



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة ابن خلدون تيارت

كلية الحقوق و العلوم السياسية

ملحقة السوقر



مذكرة لنيل شهادة الماستر

الشعبة : الحقوق

التخصص : قانون عقاري

## إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة

تحت إشراف :

الدكتور : شارف بن يحي

من إعداد الطالبين :

\* بن عواء مسعود

\* بوخد ناصر

### لجنة المناقشة :

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر قسم ب	* الدكتور : محمدي محمد أمين
مشرفا مقرر	أستاذ محاضر قسم ب	* الدكتور : شارف بن يحي
عضوا مناقشا	أستاذ مساعد قسم أ	* الأستاذ : بن أحمد محمد

السنة الجامعية : 2018 - 2019

## تشكرات :

نحمد الله تعالى أنه وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع ونتقدم

بجزيل الشكر وكامل التقدير .

إلى الأستاذ الدكتور المشرف شارف بن يحيى

نشكر اللجنة المناقشة على قبولها دعوتنا

إلى كل الأساتذة الأفاضل

كما نتقدم بالشكر الجزيل لعمال المكتبة المركزية لمعهد العلوم القانونية والإدارية

بكل من ملحقة السوقر و جامعة ابن خلدون

إلى كل من ساهموا معنا في إنجاز هذا البحث المتواضع ونعني بذلك القريب والبعيد

كما لا ننسا إخواننا من طلاب الفصل على جهودهم المبذول معنا

إلى من كانوا عربون محبة وفائق التقدير .

# مقدمة

يعتبر العقار من أهم الركائز في التنمية الاقتصادية للدولة بإعتباره ثروة دائمة لا تزول وعليه قامت الدول بسن مجموعة من القوانين و التشريعات لحمايته وبيان كيفية إمتلاكه و طرق إستغلاله .

و للعقار أهمية كبرى و هو جوهر التنمية الإجتماعية و محورا إستراتيجيا للتطور الإقتصادي في الدول و جالب و منشط لإستثماراتها و الفيصل لتطور الشعوب و المجتمعات ؛ومن ثما تكمن الحاجة الماسة إلي وجود قواعد قانونية تنظم كيفية تملك العقار و إجراءات بيعه و زجر كل من يحاول التعدي عليه سواء كان هذا العقار مملوك ملكية عامة أو خاصة<sup>1</sup>.

و تعد الجزائر من بين هاته الدول التي سعت منذ الإستقلال إلي إضفاء حماية صارمة على ملكية العقار و كيفية بيعه وذلك تحقيقا للمصلحة العامة من خلال المبادئ الدستورية و القواعد القانونية التي تحدد كيفية التصرف فيه من إستعمال و إستغلال و إثبات الحقوق العينية الواردة عليه للحد من الفوضى في المعاملات العقارية و ما ينجر عنها من منازعات و تعتبر العقارات بمختلف أنواعها<sup>2</sup> الأرضية التي تبني عليها الملكية العقارية الخاصة التي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 27 من القانون 90\_25 المؤرخ في 18-11-1990

كما أكد على ذلك في المادة 674 من القانون المدني (الملكية هي حق التمتع و التصرف في الأشياء أن لا تستعمل استعمالا تحرمه القوانين و الأنظمة ) و من خلال المادتين نستطيع أن نقول أن الملكية العقارية هي سلطة يباشرها المالك علي العقار تخول له حق الاستعمال و الاستغلال و التصرف في العين المملوكة في حدود ما يسمح به القانون

<sup>1</sup>. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد 1، الجزء 8، دار النشر، بالجامعة المصرية ، مصر، صفحة 30

<sup>2</sup>. القانون رقم 90-25 ، المؤرخ في 18-11-1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية ، عدد 49 ، صادرة بتاريخ 18-11-1990 .

ونظر للتنافس الكبير بين الأفراد في طلب ملكية العقار ما نجم عنه العديد من الخلافات ما أدى إلى ظهور نزعات كثيرة كان من الواجب حماية الملكية العقارية الخاصة فيها وذلك لتمكين صاحب العقار من ممارسة سلطاته الثلاث المتمثلة في التصرف والإستعمال والإستغلال بطريقة هادئة مما يمكنه التفكير في تطوير عقاره .

ولقد أشار المشرع الجزائري إلى حماية الملكية العقارية الخاصة دستوريا<sup>1</sup> في المادة 52 منه حيث جاء فيها (الملكية الخاصة مضمونة ) وتكرس هذه الضمانة مجموعة من المواد المختلفة من أهمها نص المادة 28 من قانون التوجيه العقاري<sup>2</sup> بقولها (الملكية الخاصة للأموال العقارية و الحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور و تخضع للأمر 58-75 المؤرخ في 26-09-1975)<sup>2</sup>

و ما ينبغي الإشارة إليه أنها تعتبر قابلة للنقل من مالك لأخر طبقا للمواد 773 إلى 834 من القانون المدني و ذلك بطرقها الخمسة و نخص بالذكر عقد البيع الذي عرفه المشرع بنص المادة 351 من القانون المدني بأنه : (البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شئ أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي )

و عليه يعتبر عقد البيع أكثر العقود أهمية و شيوعا في التعامل خاصة متى أنصب على العقار لأنه أهم ما يمكن إمتلاكه و أخطر ما يمكن التعامل فيه لذلك أوجب المشرع في إبطار ذلك إتباع الرسمية و إشتراط بالنسبة لبيعه إفراغ رضا الطرفين في شكل معين و هذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري و التي ورد فيها ما يلي ( زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ؛ يجب تحت طائلة البطلان؛ تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي ؛ ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد)

<sup>1</sup> دستور 1996-11-28 ، الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96-438 ، المؤرخ في 7-12-1996 ، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في 28-11-1996 ، الجريدة الرسمية العدد 76 ، صادرة بتاريخ 20-12-1996 .

<sup>2</sup> القانون رقم 90-25 ، المؤرخ في 18-11-1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، السابق الذكر .

فكل عقد إداري يكون موضوعه عقار أو أي حق عيني آخر يجب إفراغه في قالب رسمي من أجل إعتبره سنداً للملكية إذ يجب تحريره من طرف مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة و الجمعيات المحلية او الموثق الذي يعتبر ظابط عمومي .

وقد تبنى المشرع الجزائري في سبيل تحقيق هذه الوظيفة؛ مبدأ الرسمية منذ السبعينات بموجب قانون التوثيق 70-91 وذلك في المادة 12 الذي فرض بموجبه إفراغ كل التصرفات الواردة على العقار في القالب الرسمي تحت طائلة البطلان؛ مستبعد بذلك العقود العرفية من مجال المعاملات العقارية مما أدى إلى إنتقادات بين مؤيد ومعارض حيث كانت العقود العرفية هي المعتمدة قبل صدور هذا القانون مما انعكس سلباً على الجهة المطبقة للقانون؛ لذلك صدرت نصوص قانونية متفرقة تركت منافذ و فسحات للإجتهد القضائي قصد إيجاد حلول لهاته الإشكالات و مسابرتها إذ استمر هذا الجدل إلى غاية 1996 أين حسمت المحكمة العليا موقفها؛ فقد أوجبت إعطاء كافة التصرفات العقارية صبغة الرسمية

ويقصد بللعقار لغة كل ماكان له أصل أو مصدر كالأرض أو المنازل ويعرف بأنه "الشيء الثابت المستقر في مكانه بوضعية تجعله غير قابلاً للنقل إلى مكان آخر دون تلفاً إذا العقارات هي الأشياء الثابتة الحائزة لصفة الاستقرار سواء كان ذلك من أصل . خلقتها أو بصنع صانع إذ لا يمكن نقلها دون أن يلحق بها تلف أو خلل<sup>2</sup> يمكن أن يغير من طبيعتها الأصلية .

كما عرف المشرع الجزائري العقار في المادة 386 من القانون المدني أنه "كل شيء مستقر بحيزه و ثبت فيه و لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار و كل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول." حيث تختلف القواعد الإجرائية التي يخضع لها المنقول و العقار بمختلف القضايا المتعلقة بالعقارات التي تقع في دائرة اختصاصها العقار<sup>3</sup> و من خلال هذه المفاهيم يتضح لنا بان، العقولر ه و الشيء الذي يتسم بالثبات في مكانه و غير القابل للنقل إلى مكان، آخر من دون إلحاق التلف به

1. حمدي عمر باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، ص63.

2. د محمد كامل مرسي، شرح القانون، المدني، الحقوق العينية و أصلية و الاموال و الحقوق، حق الملكية بوجه عام، منشأة المعارف، مصر، 2005 ص 37

3. المادة 40 من القانون رقم 09/08، المتضمن الإجراءات المدنية و الإدارية المؤرخ في 25/02/2008، ج. ر. ج العدد 21 الصفحة 07

من خلال ماسبق التطرق إليه فقد ميز المشرع الجزائري بين العقار و المنقول في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية فأرجع النظر في قضايا العقار تؤول للمحكمة المتواجدة بدائرة إختصاصها العقار أما قضايا المنقول تؤول للمحكمة المتواجدة بها موطن المدعي عليه

### إشكالية البحث :

من خلال ماسبق ذكره و بما أن المشرع وضع جملة من الإجراءات لإنتقال الملكية في عقد البيع و خاصة البيع العقاري و طبيعته لكن هناك عراقيل جمة في مجال المعاملات العقارية رغم النصوص الدالة علي حمايتها من أجل تحقيق الأهداف التي تعود بالنفع علي الأفراد و المجتمع و هو ما جعلنا نطرح تساؤل يمكن تحديده في ما يلي :

**ما هي آليات إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة... ?**

وينجم عن هذا التساؤل الرئيس تساؤلات فرعية منها :

**- ما المقصود بالعقار المملوك ملكية خاصة... ?**

**- كيف يمكن نقل هاته الملكية فيما بين الأفراد وكيفية إثباتها... ?**

### أهداف البحث :

تتمحور أهداف البحث في محاولة إعطاء نظرة عامة عن العقار و أهم المعاملات المتعلقة به إستنادا إلي مجهود المشرع الجزائري في سن مجموعة من القوانين والنصوص الرامية لتقديس حق الملكية و حمايتها و كذلك نظرة الأساتذة و الكتاب في هذا المجال لما لهذا الموضوع من أهمية و دور في خدمة الأفراد و المجتمع و الإقتصاد الوطني فرغم النصوص و القوانين الجمة في هذا المجال إلا أن العقار يجب تحيين قوانينه بصفة دورية ليتماشى و متطلبات العصر من أجل ان يلعب دوره الأساسي سواء بالنسبة للجانب المحلي أو الخارجي من أجل جلب الإستثمارات التي تعتبر من إستراتيجيات الدول في مواجهة الأزمات لما تضمنه من مداخل .

والعقار يلعب دورا كبيرا وفعالا في هذا الجانب لأنه هو الرضية الخصبة لتنفيذ هاته المشاريع .

## المنهج المستخدم :

إن دراسة هذا الموضوع إقتضي منا الإعتداد علي المنهج الإستقرائي و ذلك بتتبع النصوص القانونية و آراء الفقهاء التي تناولت الموضوع وكذلك المنهج التحليلي عند شرح النصوص القانونية و التعليق علي القرارات المختلفة التي كانت في صلب الموضوع

# الفصل الأول

أحكام بيع العقار المملوك  
ملكية خاصة و إمكانية إثباته  
بالمحررات العرفية

### المبحث الأول: أحكام بيع العقار المملوك ملكية خاصة

يعتمد النظام القانوني للملكية العقارية على تصنيف ثلاثي تبناه المشروع الجزائري من خلال نص المادة 23 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري والتي جاء فيها: "تصنف الأملاك العقارية على اختلاف أنواعها ضمن الأصناف القانونية الآتية:

- الأملاك الوطنية،

- أملاك الخواص أو الأملاك الخاصة.

- أملاك الوقفية<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: الملكية العقارية الخاصة

إن موضوع دراستنا يرتبط أساسا بإثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة ومحلها - كان لزاما علينا التطرق بصفة أولية لماهية الملكية العقارية الخاصة من خلال عرض مفهومها و كذلك التطرق لمفهوم البيع العقاري

### الفرع الأول : تعريف الملكية العقارية الخاصة

يعتبر المركز القانوني للملكية العقارية الخاصة، من أهم المراكز القانونية وأوسعها نطاقا بالنظر الى تأثيرها وأبعادها المتداخلة بين الجانبين القانوني والإقتصادي، وهو ما أدى إلى جدل واختلاف فقهي في حصر مفهومها بالنظر إلى إختلاف الأسس والمعايير المعتمد عليها. تعتبر الملكية العقارية مصطلحا مفاهيميا مركبا، لذا فإن تعريفه يستدعي تحليله إلى مدلولات تركيبته اللغوية من خلال تحديد المقصود بالملكية الخاصة، ثم حصر محل هذا الحق من الناحية المفاهيمية من خلال تعريف العقار.

### أولا/ تعريف الملكية الخاصة

يختلف تعريف الملكية الخاصة بين التعريف اللغوي والفقهي والقانوني:

1. الجريدة الرسمية، المرجع السابق.

## 1/التعريف اللغوي

الملكية لغة: مصدر صناعي لأصل لغوي هو ملك، يملك، ملكا، وهي سلطة الإستئثار بالشيء واحتوائه دون الغير، أو هي مكنة منع الغير عن شيء المستأثر به على وجه خاص دون الجماعة<sup>1</sup>

## 2/التعريف الفقهي

- اختلف الفقهاء في تعريف حق الملكية تبعا لإختلاف مذاهبهم والأساس المعول عليه في تكليفها، فضلا عن تطور هذا الحق عبر الأحقاب المختلفة وإختلاف وظيفته الإقتصادية والإجتماعية من مرحلة لأخرى

فعلى صعيد الفقه الإسلامي، فإن حق الملكية أخذ حيزا واسعا من البحث والجدل الفقهي بين المذاهب المختلفة، فعرفها ابن تيمية بأنها: "القدرة الشرعية على التصرف في الرقبة بمنزلة القدرة الحسية"<sup>2</sup>

وذهب فقهاء الحنفية إلى اعتبارها: "إتصال بين الإنسان وبين الشيء يكون مطلقا للتصرف في ذلك الشيء وحاجزا على الغير للتصرف فيه"<sup>3</sup>

وما يلاحظ على هذه التعريفات رغم إختلافها اللفظي، إجماعها على اعتبار الملكية رابطة إستئثار بين الإنسان والشيء تخوله مكنة المنع في مواجهة الجماعة.

أما الفقه فاختلف في تعريف حق الملكية تبعا لإختلاف تكيف هذا الحق وحصر سلطاته بين النزعة الفردية والإجتماعية، حيث يعرفها الفقيه السنهاوري بأنها: "حق الإستئثار بالشيء بإستعماله وإستغلاله والتصرف فيه، على وجه دائم في حدود القانون"<sup>4</sup>

بينما عرفها الأستاذ رمضان أبو السعود بأنها: "ذلك الحق الذي يرد على شيء من الأشياء ويخول لصاحبه الإستئثار بسلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف في هذا الشيء وذلك في حدود القانون"<sup>5</sup>

<sup>1</sup>. ابن منظور، لسان العرب، المجلد 04، ج24، دار المعارف، مصر، 1981، ص294.

<sup>2</sup>. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، دار الفكر، سوريا، 1985، ص56.

<sup>3</sup>. وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، ص 123.

<sup>4</sup>. عبد الرزاق السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج8، دار المنشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص493.

<sup>5</sup>. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص22.

أما الأستاذ محمد كامل مرسي فيعتبرها: "حق بمقتضاه يوضع شيء تحت إرادة شخص يكون دون غيره، أن يستعمله ويستغله ويتصرف به بكل التصرفات، في حدود القانون<sup>1</sup>. ويعرفها الأستاذ مصطفى محمد جمال بأنها: "الحق الذي يخول صاحبه سلطة دائمة على الشيء يكون له بمقتضاه حق استعماله وإستغلاله والتصرف فيه، يمكنه الحصول على مكناات يمارسها المالك على ملكه تعتبر مضمونا لها<sup>2</sup>.

والملاحظ على هذه التعريفات رغم إختلافها اللفظي، إجماعها على الملكية بأنها عينيا إعتبرها سلطة للشخص على شيء معين، فضلا على إعتمادهم في تعريف الملكية على المنهج التحليلي بعرض سلطات هذا الحق وهي الإستعمال، والإستغلال والتصرف في حدود التشريعات والأنظمة السارية.

غير أن هذا التوافق لم يصل إلى درجة الإتفاق في تعريف الملكية، بحيث إختلفت هذه التعاريف في تحديد طبيعة العلاقة القائمة بين المالك والشيء المملوك، بحيث يعتبرها السنهوري علاقة دائمة بينما يذهب بقية الفقهاء عدم أبدية هذا الحق.

وقد كان لهذا الإختلاف الفقهي أثره الواضح على تكريس الأنظمة القانونية المقارنة لهذا الحق وحمائته، بحيث كرس بعضها الحماية الدائمة لحق الملكية بغض النظر عن إستعمال محل الحق أو إهماله من المالك، بينما ذهب البعض الأخر إلى تكريس الحماية المؤقتة المقترنة بالإستعمال، بحيث تسقط الحماية بالتخلي والإهمال لفترة معينة<sup>3</sup>.

ولعل هذا الإختلاف يجد منطلقه التأسيسي من الإختلاف في تكييف حق الملكية وحصر وظيفته بين الجانب الإجتماعي، أو الفردي وتغليب أحد الوظيفتين على الأخرى.

**3/ التعريف القانوني :** حق الملكية هو حق مكرس على الصعيد الدولي من خلال الإتفاقات الدولية لحقوق الإنسان، حيث إعتبرته المادة 17 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان من الحقوق الطبيعية التي لا تسقط بالتقادم وإنها تتساوى في ذلك مع الحرية والأمن<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> محمد كامل المرسي، شرح القانون المدني: الحقوق العينية الأصلية الأموال والحقوق، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص246.

<sup>2</sup> مصطفى محمد جمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، مصر، دون تاريخ، ص29.

<sup>3</sup> منذر الفضل، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة، الأردن، 1998، ص147.

<sup>4</sup> المرجع نفسه، منذر الفضل، ص149.

وعلى صعيد التشريعات الداخلية المقارنة، فقد عرف المشرع الفرنسي حق الملكية بنص المادة 544 من التقنين المدني والتي نصت أن: " الملكية هي حق الإنتفاع والتصرف بالطريق الأكثر إطلاقاً، بشرط عدم إستعمالها على وجه تحرمة القوانين و اللوائح<sup>1</sup> . وهو ما يؤكد تبني المشرع الفرنسي للنزعة الفردية النسبية أو المقيدة، بإعتبار حق الملكية حقا مطلقا مع تقييد هذا الإطلاق بالقوانين واللوائح السارية. ويعود تأصيل هذا التوجه في تعريف حق الملكية إلى القانون الروماني بإعتباره المصدر المادي لأغلب أحكام القانون المدني الفرنسي، فالملكية عند جوستينيان هي حق مانع، دائم ومطلق<sup>2</sup> . والملاحظ على هذا التعريف نزعة الفردية المطلقة في تعريف حق الملكية بإعتبار سلطة استثنائية دائمة لا يمكن المساس بها بأي حال من الأحوال ولو كان مبرر المصلحة العامة وهو توجه خالفته أغلب التشريعات الحديثة ومنها التشريع الفرنسي ذاته، حيث أخذت بتقييد حق الملكية بنصوص القوانين والأنظمة السارية والتي تتيح المساس بهذا الحق، أعمالا بمقتضيات الصالح العام، تغليباً للوظيفة الإجتماعية على الوظيفة الفردية الخاصة، كما أن بعض التشريعات تتجاوز ذلك إلى إسقاط الحماية القانونية لحق الملكية بسبب عدم الإستعمال، أو إهمال لفترة محددة قانوناً تختلف من تشريع لآخر وذلك من باب تفعيل الوظيفة الإقتصادية لهذا الحق والتي تستدعي ضرورة إستغلاله وتفعيله في التنمية الإقتصادية وعدم جموده تحت طائلة فقدان الحق<sup>3</sup> .

ولديمومة حق الملكية مفهومين مختلفين، يتعلق احدهما بحق الملكية ذاته من حيث دوامه بدوام محله ولا ينقضي بتغير المالكين، وعليه لا يتأثر بتداول الملاك وينتقل تبعاً لذلك من مالك لآخر، ولا ينقضي إلا بهلاك محله وذلك لأن حق الملكية يخول سلطة مباشرة بين الشخص والمحل مباشرة وعليه ينتقل معه من مالك لآخر وينقضي بإنقضائه دون تأثر بوفاة المالك اذ تنتقل الملكية إلى الورثة، أو الدولة في حال إنعدامهم ويتناسب هذا المفهوم مع نظام الشهر العيني الذي يكون فيه العقار محل الإعتبار دون شخص المالك، بينما يرتبط المفهوم الثاني

<sup>1</sup> مصطفى محمد الجمال، مرجع سابق، ص30.

<sup>2</sup> زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية الخاصة والحقوق العينية غير المنقولة، دار الثقافة، لبنان، 1974، ص212.

<sup>3</sup> زهدي يكن، الملكية والحقوق العينية الأصلية علما وعملا، المكتبة العصرية، لبنان، 1985، ص27.

لديمومة الملكية بديمومة الحماية القانونية لهذا الحق بصفة مطلقة دون تأثر بعدم استعماله وهو خلافا لبقية الحقوق العينية الأخرى التي تنقضي بعدم الإستعمال، غير أن الديمومة بهذا المفهوم ليست مطلقة إذ تصطدم بإحكام التقادم في مواجهة المالك الأصلي<sup>1</sup>

وعلى صعيد التشريعات العربية المقارنة نورد تعريف المشرع المصري، بإعتبره مصدرا ماديا لبعض الأحكام في القانون الجزائري، حيث نصت المادة 802 من القانون المدني المصري على أن: "لمالك الشيء وحده، وفي حدود القانون حق إستعماله وإستغلاله والتصرف فيه"<sup>2</sup>.

وما يلاحظ عند تحليل هذه المادة، أخذ المشروع المصري بالنظريتين الفردية والإجتماعية في مفهوم الملكية، حيث نص على سلطة استئثار المالك في مواجهة الغير وكرس حمايتها أعمالا للنزعة الفردية، ثم قيد هذه السلطة بحدود القوانين والأنظمة والتي تتعلق غالبا بإتاحة المجال للتعدي على الملكية للصالح العام، أو إكتسابها بالتقادم المكسب وهو تكريس للنزعة الإجتماعية لهذا الحق<sup>3</sup>.

وعلى غرار التشريعات المقارنة عرف المشرع الجزائري حق الملكية بنص المادة 674 من الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 12-26-1975 المتضمن القانون المدني، والتي نصت أن: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا تستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة"<sup>4</sup>.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد تفرد عن التشريعين المصري والفرنسي في تعريف الملكية، حيث جمع سلطتي الإستعمال و الإستغلال في مصطلح التمتع ليشكل إلى جانب التصرف السلطات المخولة بموجب حق الملكية، وهو توجه إنتقده بعض الفقهاء لإعتبارهم التمتع يتجاوز مفهومي الإستعمال والإستغلال ليشمل إشباع الرغبة<sup>5</sup>.

كما خالف المشرع الفرنسي الذي ركز على المذهب الفردي على حساب المذهب الإجتماعي في ضبط سلطات حق الملكية وحمايتها، إذ يظهر جليا المشرع الجزائري تركيزه على المذهب

<sup>1</sup> مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص32.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص33.

<sup>3</sup> زهدي يكن، شرح مفصل جديد لقانون الملكية العقارية الخاصة والحقوق العينية غير المنقولة، مرجع سابق، ص30.

<sup>4</sup> الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، عدد 78، صادرة بتاريخ 30-09-1975، ص31.

<sup>5</sup> نزيه محمد الصادق المهدي، الملكية في النظام الإشتراكي، دار النهضة العربية، مصر، دون تاريخ، ص4.

الإجتماعي وتغليب الصالح العام للجماعة على حساب المصلحة الفردية للمالك ضمانا للوظيفة الإجتماعية والإقتصادية لحق الملكية، وتقوم فلسفة المشرع الجزائري تبعا لذلك على اعتبار الحق وسيلة للمصلحة التي تعد هي الغاية من الحق، فإذا أدى إستعمال الحق إلى مخالفة الغاية منه عد ذلك تعسفا من المالك إستدعى تطبيق الجزاءات القانونية المقررة، لذا فإن عدم إستغلال الأرض الفلاحية لموسمين متتاليين دون مبرر يعد فعلا تعسفيا قد يؤدي إلى حرمان المالك من هذا الحق<sup>1</sup>.

وبوجه عام يمكن حصر المفهوم القانوني للملكية الخاصة بأنها حق عيني يتضمن منه الإستعمال والإستغلال والتصرف بشيء محدد على وجه الديمومة، وفق الضوابط والحدود المتعلقة بالمصلحة العامة، والمنصوص عليها صراحة في القوانين والأنظمة السارية.

### الفرع الثاني: أنواع الملكية العقارية الخاصة

يقصد بأنواع الملكية الخاصة، المحل الخاضع للحماية القانونية، لذا وجب التمييز بين نطاق الملكية العقارية الخاصة، وهي حدود هذا الحق ممثلة في السلطات الثلاث المخولة للمالك ومجال أعمال هذه السلطات علوا وعمقا، في حين يشار إلى نطاق حماية الملكية العقارية الخاصة للدلالة على مجال الحماية القانونية وهي أنواع الملكية الخاصة الخاضعة للحماية القانونية<sup>2</sup>.

#### أولاً: الملكية التامة

الملكية التامة هي الملكية الواقعة على ذات العين منافعها<sup>3</sup>، بعبارة اخرى هي الملكية التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث، وهي حق الإستعمال وحق الإستغلال وحق التصرف<sup>4</sup>. وهذه الحقوق يمارسها المالك على ملكه عقارا كان أم منقولا، وقد تكلفت بتحديد نطاق حق الملكية التامة المواد 674,675,676,677 من القانون المدني والمادتين 27 و28 من قانون التوجيه العقاري.

<sup>1</sup>. نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع نفسه، ص15.

<sup>2</sup>. سميحة حنان خواجية، قيود الملكية العقارية الخاصة، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص القانون العقاري، جامعة منتوري قسنطينة، الجزائر، 2007-2008، ص14.

<sup>3</sup>. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة - مصر - 1996، ص67.

<sup>4</sup>. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر - 2007، ص13.

يتضح من هذه النصوص أن حق الملكية العقارية يشمل الشيء وما يتفرع عنه من ثمار ومنتجات وملحقات، أما إذا كان هذا الشيء أرضا شملت ملكيتها ما فوقها وما تحتها إلى حد المفيد في التمتع بها وذلك فيما عدا ما يستثنيه القانون أو الإتفاق<sup>1</sup>.

عليه تتميز الملكية التامة بميزتين أساسيتين هما:

- أنها حق مطلق بمعنى إمتلاك تصرف بلا منازع في الشيء.

- أنها حق أبدي غير محدود في الزمن.

لكن لهاتين الميزتين بعض القيود نص عليها القانون، منها القيود التي تلحق بالطابع المطلق والقيود التي يلحق بالطابع الأبدي.

فأما القيود التي تلحق الطابع المطلق هي<sup>2</sup>:

- أن لا يكون إستعمالا محرما من قبل القانون أو التنظيم.

- إمكانية تأمين أو نزع الملكية من أجل المنفعة العامة .

- إمكانية الاتفاق الشرعي.

- فتح الأبواب والنوافذ على الجيران المادة 709-710 من القانون المدني.

أما القيد الذي يلحق الطابع القادم لصالح الأبدي ينجم عن عدم استعمال الإكتساب بالتقادم

لصالح الشخص آخر ومن هنا يفقد المالك السابق حق الملكية

**ثانيا: الملكية المجزأة:**

ونقدمه كذلك بالملكية الناقصة<sup>3</sup>، فالقانون كما سبق الإشارة له خول المالك، حق الإستعمال

والإستغلال والتصرف، لكن هذا الأخير قد يتنازل عن بعض الحقوق لفائدة الغير فيجزئ ملكيته

فهو قد يتنازل عن حق الإستعمال، أو الإستغلال لصاحب حق الإنتفاع فيبقى له عندئذ سوى

الملكية الرقبة، فتصبح الملكية مجزأة للمالك الأصل ملكية الرقبة ولصاحب حق الإنتفاع

استعمال أو إستغلال الملك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، ، ص12.

<sup>2</sup> عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، ، ص124.

<sup>3</sup> محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص68.

<sup>4</sup> عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، الجزائر، 2007/2008، ص16،17.

ثالثا: الملكية الشائعة (المشاعة)

عرفت المادة 713 من القانون المدني الملكية المشاعة<sup>1</sup>، على أنها " إذا ملك إثنان أو أكثر وكانت حصة كل منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع وتعتبر الحصص المتساوية إذا لم يقد دليل على غير ذلك".

وقد خول المشرع الجزائري في المادة 718 من القانون المدني للمالك المشاع الحق في أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ المال المشاع ولو كان ذلك بغير موافقة باقي الشركاء في الملكية<sup>2</sup>.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 150167 المؤرخ في 19/11/1997: "من المقرر قانونا أنه لكل شريك في الشيوع أن يتخذ من الوسائل ما يلزم لحفظ الشيء ولو كان ذلك لغير موافقة باقي الشركاء.

ولما كان الثابت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس لما صادقوا على الحكم المستأنف القاضي بطرد الشاغل من المنزل محل النزاع بطلب من أحد الشركاء للمحافظة على المال المشترك فإنهم قد أصابوا في قرارهم خاصة أن القانون لا يشترط في رفع الدعوى أن تكون من قبل كل الشركاء أو أغلبهم"<sup>3</sup>.

كما أن القانون لا يشترط على الشريك في إطار المحافظة على الملك المشاع أن يستظهر أمام المحكمة بوكالة من جميع الورثة، وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في القرار رقم 116228 المؤرخ في 22/11/1994 ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع إشتروا على الطاعن الذي يملك في الشيوع المحل المتنازع عليه إثبات وكالة عن جميع الورثة لرفع الدعوى ترمي إلى طرد المطعون ضدها، عرضوا قرارهم للنقض"<sup>4</sup>.

رابعا: الملكية المشتركة.

هي حالة قانونية يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية وتكون ملكيتها مقسمة بين عدة أشخاص إلى حصص، كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في العمارات مثل

<sup>1</sup> نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية - مصر، 2006، ص 85.

<sup>2</sup> عون سيف الدين ومحمودي لطيف وسلطنية عبد الكريم، الحماية الجزائية للملكية العقارية، ص 11.

<sup>3</sup> حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 78.

<sup>4</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 14.

الأسطح، الأقبية، ممرات الدخول، الدرج، المصاعد، حيث تطبق على هذه الأجزاء قواعد الشيوخ الإجماعي<sup>1</sup>.

ولا يجوز الطالبة بقسمتها عملا بنص المادة 747 من القانون المدني<sup>2</sup>. وهو ما تبنته المحكمة العليا في القرار رقم 76988 المؤرخ في 10/07/1991: "من المقرر قانونا أن الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها لا يجوز أن تكون محلا لدعوى التقسيم، ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد.

ولما كان ثابتا - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية لا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم لها يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما<sup>3</sup>.

ومن ثمة فلا يجوز للمالكين المشتركين أن يقوموا بقسمة الأجزاء المشتركة التي يملكونها على الشيوخ، فيحظر عليهم قسمة البساتين والأفنية والمداخل والأروقة والشرفات المشتركة والأسطح والأقبية وممرات الدخول وغيرها من العقارات المبنية والغير المبنية المعدة للإستعمال المشترك.

### المطلب الثاني: مفهوم بيع العقار المملوك ملكية خاصة

للقوف على مفهوم عقد البيع العقاري يقتضي منا التطرق لتعريف عقد البيع في التشريع الجزائري و كذلك بعض التعريفات الفقهية المختصرة و كذلك خصائصه.

#### الفرع الأول: تعريف عقد البيع في التشريع الجزائري.

أولا: عقد البيع في التشريع الجزائري: البيع في اللغة هو المبادلة<sup>4</sup>.

كما عرفت المادة 351 من القانون المدني الجزائري البيع على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي<sup>5</sup>.

1. عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة، المرجع السابق، ص17.

2. عون سيف الدين ومحمودي لطفي وسلاطينة عبد الكريم، الحماية الجزائية للملكية العقارية، ص12. وتنص المادة 747 من القانون المدني على ما يلي: "لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى التقسيم".

3. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص15.

4. الشريف علي بن محمد الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، ط1، 1983، ص48.

5. الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني السابق الذكر.

ويعرف البيع العقاري على أنه " البيع العقاري على أنه " عقد ناقل للملكية العقارية بالإشهار العقاري"<sup>1</sup>.

ويقابله المشرع المصري في المادة 418 " عقد يلتزم به البائع بان ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي " ، أما التعريفات الفقهية فهي كثيرة في هذا الصدد إذ يعرفه الفقيه الصنهاوري بأنه عقد ملزم لجانبين إذ هو يلزم البائع بان ينقل ملكية الشيء للمشتري أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري بان يدفع لبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا ويعرفه أيضا إسماعيل غانم بأنه " عقد يقصد به طرفاه أن يلتزم احدهما وهو البائع بان ينقل الملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل التزام الطرف الثاني وهو المشتري بثمان نقدي.."

والبيع لغة : مقابلة الشيء بشيء وقد ثبتت مشروعية البيع في القرآن الكريم والسنة المحمدية والإجماع ففي الكتاب العزيز ورد قوله تعالى في صورة البقرة 275 " .. واحل الله البيع ... " و 282 " ... واشهدوا إذا بايعتم ... " ، وفي السنة النبوية جاءت أحاديث كثيرة منها ما سئل النبي عن أي الكسب طيب فقال صلى الله عليه وسلم " عمل الرجل بيده وكل بيع مبرور أي لا غش فيه ولا خيانة " كما أجاز العلماء البيع لحاجة الناس إليه في كل العصور والحكمة تقضيه لتأمين حوائج الناس على التبادل مع الآخرين.

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فعرفوا البيع بأنه "مبادلة مال بمال " فهم لا يفرقون بين البيع المقايضة لان البيع عندهم أما أن يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق أو بيع العين بالعين وهو المقايضة أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف .

بعد سرد مختلف التعاريف التي أتت بها مختلف التشريعات ورغم الانتقادات الموجهة إليها ننتهي بالقول إلى وجود خصائص يتميز بها عقد البيع عن غيره من العقود.

### ثانيا: خصائص عقد البيع العقاري المملوك ملكية خاصة

من خلال تعريف المادة 351 من القانون المدني الجزائري يتبين أن للبيع عدة خصائص فهناك خصائص يتميز بها كباقي العقود وتعتبر الخصائص عامة (البند الأول) وهناك خصائص تميزه عن غيره من العقود وتعتبر خصائص خاصة (البند الثاني).

<sup>1</sup> .مجيد خلفوني، شهر التصرفات القانونية في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط1، 2008، ص30.

**1- الخصائص العامة:** تتمثل الخصائص العامة في:

**أ- عقد البيع عقد شكلي.**

العقد الرضائي هو العقد الذي يتطلب المشرع لإنعقاده شكلا خاصا، وإنما يكفي تراضي طرفيه لإنعقاده.

بحيث يكفي التعبير عن رغبتهما في انعقاد أي شكل هذا التعبير كتابة أو شفاهة أو بالإشارة الدالة<sup>1</sup>.

أما العقد الشكلي فهو العقد الذي يشترط لإنعقاده إفراغ رضاء أطرافه في شكل معين، ومبدأ رضائية البيع ليس متعلقا بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين أن يتفق على خلافه، فيجوز لهما الإتفاق على أن ينعقد البيع بينهما إلا إذا أفرغ رضاءهما في شكل معين كتدوينه في ورقة رسمية، فلا ينعقد البيع في هذه الحالة إلا بإستيفاء الشكل المتفق عليه، ولكن بما أن الأصل أن عقد البيع الرضائي، فيجب على المتعاقدين إذا أراد مخالفة الأصل وتعليق وجود البيع على تحرير العقد أن يظهر نية صراحة.

كما قد يكون البيع القضائي مثال ذلك في العقارات المحجوزة

**ب- عقد البيع الملزم للجانبين.**

البيع عقد ملزم الجانبين، أو عقد تبادلي لأنه يولد التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، بحيث يصبح كل منهما دائنا ومدينا للآخر في آن واحد، ويترتب على ذلك خضوع البيع لأحكام العقود الملزمة للجانبين من ناحية تطبيق أحكام الفسخ، والدفع بعدم التنفيذ وتباعد استحالة التنفيذ<sup>2</sup>.

**ج- عقد البيع عقد معاوضة.**

عقد البيع من العقود المعاوضات لأن كل من الطرفين يأخذ مقابلا لما يعطيه، فالبائع يحصل على الثمن مقابل المبيع، والمشتري يحصل على المبيع مقابل الثمن، فإذا انعدم المقابل أصبح العقد هبة لا بيعا وتعين خضوعه لأحكام الخاصة بالهبة لا البيع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري - مصادر الإلتزام - دار الهدى، عين مليلة - الجزائر - ج1، ص2، 2004، ص83.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ص 12.

<sup>3</sup> محمد يوسف الزغبى، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة، عمان، الأردن، ط1، 2004، ص 20.

## 2 - الخصائص الخاصة.

هناك خاصيتين أساسيتين لعقد البيع، بواسطتهما يمكن أن نميزه عن غيره من العقود، ونحاول تبين هاتاهما الخاصيتين على النحو التالي:

### أ- عقد البيع ناقل للملكية.

وهي الخاصية الحقيقية لعقد البيع، ونقل الملكية هو الغرض الأساسي الذي يميز عقد البيع عن سائر العقود، وحتى يمكن نقل الملكية خاصة في عقار فيما بين التعاقدين وفي مواجهة الغير يجب أن يكون البائع مالكا للعقار، كما يجب القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية من تسجيل وشهر<sup>1</sup>، والتي سوف نتناولها بالتفصيل لاحقا.

ويعتبر نقل الملكية كأثر مترتب على عقد البيع العقاري، وهو يعد أساسا التزام واقع على البائع وذلك خلافا لعقد البيع في الفقه الإسلامي حيث ينقل عقد بيع الملكية بذاته، ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية<sup>2</sup>.

### ب- عقد البيع مقابل فيه يكون نقديا.

وهذه الخاصية الثانية لعقد البيع، فهو عقد معاوضة يحصل فيه البائع على الثمن مقابل نقل ملكية المبيع للمشتري، وهذا الثمن يجب أن يكون نقدا وفقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري، وبالتالي لا يمكن أن يكون القابل شيئا آخر وإلا كنا بصدد عقد مقايضة وليس عقد بيع.

يرى جانب من الفقه أنه في هذه الحالة لتحديد طبيعة العقد يؤخذ بالعنصر الغالب فإذا كان المبلغ هو العنصر الغالب كان العقد بيعا، أما إذا كانت السيارة مثلا في المقابل فإن العقد يعد مقايضة<sup>3</sup>. إلا أنه يبقى التمييز بين عقد البيع وعقد المقايضة، إن أعطى شخص منزله للآخر مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر القابل هنا بمثابة النقد أم لا؟

يرى بعض الفقه أن العقد في هذه الحالة هو عقد مقايضة رغم سهولة تحويل الأوراق المالية أو السبائك الذهبية إلى نقد، لأن العبرة هي طبيعة المقابل وقت التعاقد<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص13، ، ص17، 18.

<sup>2</sup>. أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ط1، 2002، ص82، 83.

<sup>3</sup>. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 28.

## الفرع الثاني: أركان عقد البيع العقاري

يجب لقيام عقد البيع العقاري توفر الأركان العامة للعقد من رضا ومحل وسبب، فإذا انعدمت هذه الأركان يترتب عليه جزاء الذي نص عليه القانون والبطلان المطلق.

فنتكلم إذن في ثلاثة بنود متعاقبة، في الرضا في عقد البيع العقاري، ثم المحل في عقد البيع العقاري، بعدها في سبب عقد البيع العقاري.

### أولاً- التراضي في عقد البيع العقاري.

التراضي هو الركن الأول في عقد البيع العقاري، ويقصد بالتراضي اتجاه الإدارة إلى إحداث الأثر القانون المطلوب<sup>2</sup>.

وعليه سنتطرق في هذا البند إلى موضوعات التراضي في عقد البيع أولاً، ثم نبين شروط صحة التراضي ثانياً.

### 1: موضوعات التراضي في عقد البيع العقاري.

يلزم لانعقاد البيع العقاري الرضا بين البائع والمشتري على العناصر الأساسية وهي المبيع الثمن وطبيعة العقد<sup>3</sup>، أما المسائل الثانوية مثل كيفية تسليم المبيع أو زمن التسليم أو سداد الثمن... وغيرها، فإنه لا يلزم لانعقاد البيع أن يتفق عليها الطرفان، إذ تكلفت ببيان أحكامها القواعد المقررة التي أوردها المشرع في باب البيع والتي يتعين إعمالها عند عدم الاتفاق عليها<sup>4</sup>.

وبتالي سنبين كيفية الاتفاق على المبيع، ثم الاتفاق على الثمن، بعدها الاتفاق على طبيعة العقد.

### أ-الاتفاق على المبيع.

إن الاتفاق على المبيع من المسائل الجوهرية، أي تطابق إرادتين على المبيع، كما لو كان للبائع داران وعرض على الشخص أن يبيعه إحداهما، فظن هذا أنه يبيع الدار الأخرى، فقبل شرائها

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه.

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الالتزام- منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان-، ط3، ج1، 2000، ص211.

<sup>3</sup> سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، ص 32

<sup>4</sup> سي يوسف زاهية حورية، المرجع نفسه، ص 32

ليتم البيع، لأن المتعاقدين لم يتفقا على المبيع، فقد قصد البائع أن يبيع دارا وقصد المشتري أن يشتري أخرى<sup>1</sup>.

### ب- الاتفاق على الثمن.

- لا بد أن توافق الإرادتين على الثمن، فلا ينعقد البيع إذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين فقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل، فلو طلب البائع في الدار ألفا ولم يقبل المشتري أن يشتريها إلا بتسعمائة، ولم يتم البيع، لأن المتبايعان لم يتفقا على الثمن<sup>2</sup>.  
إلا أنه قد يتساءل الشراح عن حكم الفرض العكسي، أي إذا عرض البائع أن يبيع بثمن معين فقبل المشتري الشراء بثمن أعلى، ذهب بعضهم إلى أن البيع ينعقد في هذه الحالة بالثمن الذي سماه البائع (الثمن الأول)، باعتبار أن المشتري الذي قبل الشراء بثمن الأعلى قد تضمنت إرادته القبول بالثمن الأقل.  
لكن هنا يجب التفرقة بين حالتين<sup>3</sup>:

**الحالة الأولى:** أن المشتري وقع في غلط لما قبل الشراء بازيد مما طلبه البائع، إذ يعتقد أنه يقبل الشراء بالثمن الذي طلبه البائع، ثم يتبين له أن الثمن الذي طلبه البائع أقل من ذلك.  
**الحالة الثانية:** وهي أن يكون المشتري قد قصد أن يزيد في الثمن الذي طلبه البائع لاقتناعه بأن المبيع يساوي هذه الزيادة والحل الذي يذهب إليه الشراح يصدق على الحالة الأولى أي حالة وقوع المشتري في غلط، فينعقد البيع بالثمن الذي سماه البائع أي الثمن الأقل.

### ج- الاتفاق على طبيعة العقد.

بالإضافة إلى الاتفاق على جميع المبيع والثمن، يجب أن يتم الاتفاق على طبيعة العقد، أي أن تنتج إرادة البائع إلى البيع وإرادة المشتري إلى الشراء.  
إذن لا يكون هناك توافق بين الإرادتين على ماهية العقد إذ اتجهت إرادة أحد المتعاقدين إلى البيع واتجهت إرادة المتعاقد الثاني إلى عقد آخر<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> سي يوسف زاهية حورية، المرجع نفسه، ص 32

<sup>2</sup> عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 43.

<sup>3</sup> سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 34.

<sup>4</sup> مثال ذلك إذا قصد أحد الطرفين أن يؤجر منزله إلى آخر مقابل أجره سنوية طوال حياته، في حين أعتقد الآخر أن يشتريه في مقابل إيراد مرتب مدى حياة البائع، فهنا لا يكون ثمة اتفاق على طبيعة العقد، ولا ينعقد بينهما بيع ولا إيجار.

ومن طبيعة العقد البيع العقاري أن ينشئ التزاما بنقل الملكية، ولذلك فإن كل عقد لا يقصد به حقيقة إنشاء هذا الالتزام لا يعتبر بيعا.

## 2- شروط صحة الرضا.

يشترط لانعقاد عقد البيع العقاري اقتران إرادتين متطابقتين، أي وجود إيجاب معين، وقبول مطابق له، ويستوي أن يصدر بثمن البائع أو المشتري<sup>1</sup>.

وينبغي لصحة الرضا أن يصدر من ذي أهلية، وأن تكون الإرادة خالية من العيوب الخفية وضرورة علم المشتري علما كافيا بالمبيع، وسندرس هذه الشروط على النحو الآتي بيانه:  
أ- الأهلية.

يجب لصحة الرضا، أن يكون صادرا من ذي الأهلية وعقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، ولذلك يشترط لصحته توفر أهلية الأداء<sup>2</sup>، فإن صدر من ناقص أهلية كان قابلا للإبطال وهذا ما نصت عليه المادة 83 من القانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني وتكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر وفي حالة النزاع يدفع الأمر إلى القضاء. وسن التمييز طبقا للمادة 42 من القانون المدني الجزائري هو 13 سنة، أما سن الرشد فهو 19 سنة كاملة، وهذا ما نصت عليه المادة 43 من القانون المدني الجزائري.

## ب- سلامة الإرادة من العيوب.

كما يشترط لصحة البيع خلو الإرادة من العيوب، أي لا تكون إرادة أحد المتعاقدين مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو إستغلال، فإن البائع أو المشتري عيب من هذه العيوب كان عقد البيع قابلا للإبطال<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد من 59 إلى 70 من القانون المدني الجزائري.

<sup>2</sup> المقصود بأهلية الأداء القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيراً صحيحاً منتجا لآثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عنه هذا التعبير.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - البيع والمقايضة - المرجع السابق، ص 112، 113.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 49339 المؤرخ في 14 / 11 / 1988: "ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن لم يلتزم بالعقد إلا على إعتبار صفة المهندس للمطعون ضده، دون أن يقدم هذا الأخير أية وثيقة تثبت صفته هذه، فإن القضاة المجلس بتأديبهم للحكم المستأنف القاضي على الطاعن أن يدفع للمطعون ضده أجوره المستحقة خرقوا القانون ومتى كان كذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

وتجد الملاحظة أن المشرع الجزائري وضع أحكاما خاصة بحالة الغبن في بيع العقار غبنا يزيد عن خمس قيمة المبيع وقت البيع، وذلك في المواد من 358 إلى 360 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

### ج- العلم الكافي للمبيع.

إشترط المشرع الجزائري في عقد البيع ضرورة علم المشتري بالمبيع علما كافيا، ويتم ذلك عن طريق رؤية المبيع ومعاينته ، أو أن يشمل عقد البيع على بيان المبيع و أو صافه الأساسية، وإذا أقر المشتري في عقد البيع بأنه عالم بالمبيع سقط حقه في طلب إبطال عقد البيع بحجة عدم العلم الكافي بالمبيع إلا إذا أثبت غش البائع، وهذا ما نصت عليه المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

### ثانيا: المحل في عقد البيع العقاري

إن البيع عقد ملزم للجانبين، فهو عقد يرتب التزاما على كل من البائع والمشتري وأهم التزام على المشتري فهو دفع الثمن، ولهذا يعتبر الثمن محلا ثانيا من عقد البيع، فالمحل في عقد البيع العقاري اذن مزدوج يتكون من العقار والثمن، ولذلك سنتناول تعريف المبيع وشروطه (أولا) وتعريف الثمن وشروطه (ثانيا) .

#### 1- العقار المبيع: نتناول على التوالي تعريف المبيع، وشروطه.

يقصد بالمبيع الحق الذي يرد على شيء من الأشياء كحق الملكية الواردة على العقار وهو حق عيني أصلا.

وقد يكون حقا شخصيا، وقد يكون حقا أدبيا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>. حمدي باشا عمر، القضاء المدني، المرجع السابق، ص32.  
<sup>2</sup>. لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2005، ص100، 101.

وباعتبار أننا بصدد دراسة عقد البيع العقاري فالمبيع هو العقار، هذا الأخير عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني بأنه " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

لم يرد في القانون المدني الجزائري نصا خاصا بالشروط الواجب توافرها في المبيع، ولذلك يجب الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بشروط محل العقد بصفة عامة<sup>2</sup>.

ومن الشروط التي نص عليها القانون :

#### أ- وجود العقار أو قابلية للوجود في المستقبل.

تقتضي القاعدة العامة أنه يجب لإنعقاد العقد أن يكون المحل موجودا، وبالتالي إذا لم يكن موجودا يقع العقد باطلا لإنعدام محله، إلا أن المادة 92 من القانون المدني الجزائري نصت على أنه " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا.

ومن الأمثلة على بيع الأشياء المستقبلية بيع شخص لمنزل قبل بنائه وهو ما يسمى بالبيع على التصاميم، وقد شاع هذا البيع في وقتنا الحاضر، وذلك لفوائد كثيرة التي يحققها للمشتريين وللمرقي العقاري الذي يتولى عملية بناء هذه السكنات لفائدة المشتري<sup>3</sup>.

#### ب - تعيين عقار المبيع.

يجب أن يكون العقار معينا حتى يمكن أن يرد عليه الإتفاق، ويعتبر العقار من الأشياء القيمة أي الأشياء المعينة بذاتها، وهي التي تتميز عن غيرها بصفات خاصة تعينه تعيينا ذاتيا يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء.

وتعيين العقار يكون بذكر موقعه وحدوده ومساحته ورقمه إذا شمله المسح العام للأراضي فيجب أن يكون التعيين واضحا نافيا للجهالة<sup>4</sup>.

#### ج- جواز التعامل في العقار المبيع.

هناك عقارات تخرج عن التعامل بحكم القانون، والعقار الموقوف هو المال المحبوس عن تملكه والتصرف فيه وجعله على وجه من الوجوه البر والإحسان.

<sup>1</sup>. أورمضيي محمد، البيع العقاري، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 16، 2007/2008، ص06.

<sup>2</sup>. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني - مصادر الإلتزام - المرجع السابق، ص210.

<sup>3</sup>. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، المرجع السابق، ص78.

<sup>4</sup>. سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص73-74.

كما لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية<sup>1</sup>، والحقوق المتنازع فيها، والتعامل في أملاك الدولة العامة.

حيث ورد المادة 689 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم.

#### د- أن يكون المبيع مملوكا للبائع وقت البيع<sup>2</sup>.

فالبائع لا يستطيع أن ينقل للغير أكثر مما يملك، وعلى هذا إذا كان البائع غير مالك للمبيع، فلا يستطيع أن ينقل ملكيته إلى المشتري، وهذا الشرط اقتضته طبيعة البيع من أنه عقد ناقل للملكية بذاته، فإذا كان البائع غير مالك للمبيع وقت البيع، إستحال إنتقال الملكية منه إلى المشتري بمجرد العقد<sup>3</sup>.

#### 2- الثمن.

تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن البيع " عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي.

من خلال هذا الثمن هو مبلغ من النقود، يلتزم بدفعه للبائع في مقابل إلتزام هذا الأخير بنقل ملكية المبيع إليه، لذا فالثمن ركن في عقد البيع لا ينعقد بدونه، فالإتفاق على الثمن يقتضي بطبيعة الحال تعيين هذا الثمن، وبيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره<sup>4</sup>.

- و من خلال ما سبق ذكره فشرط الثمن تتمثل فيما يلي:

- الثمن مبلغ من النقود، يتميز البيع عن المقايضة بأن يكون مقابل البيع نقودا وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير النقود فالعقد يعد مقايضة<sup>5</sup>. فلا بد أن يكون الثمن :

<sup>1</sup> هذا ما قضت به الفقرة 02 من المادة 92 من القانون المدني الجزائري بقولها: " غير أن التعامل مع شركة إنسان على قيد

الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

<sup>2</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، ص292.

<sup>3</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع نفسه، ص292.

<sup>4</sup> سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص79.

<sup>5</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص29.

أ- الثمن معين أو قابل للتعين:

إما يحدد ثمن المبيع من طرف المتعاقدين، ويعين تعيينا كافيا لإيداع مجالا للمنازعة في مقداره مستقبلا<sup>1</sup>.

تعيين الثمن وتقديره يرد بتعيين مبلغ محدد للشيء المبيع من طرف المتعاقدين معا بهدف حماية مصلحتهما وعدم إحداهما في الغبن، والتقدير قد يكون فوريا أو بالإقتصار على الإشارة على الأسس التي سيقدر الثمن بناءا عليها بعد إبرام العقد طبقا لنص المادة 365 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

والثمن في بيع العقار أخضعه المشرع لعدة إجراءات خاصة مختلفة عن بيع المنقول نظرا لأهمية الإقتصادية، وحماية لمصلحة الأطراف وتجنب وقوع الغبن، لذلك أوجب إيداع خمس ثمن المبيع أمام مرأى وبين يدي الموثق محرر العقد تحت طائلة البطلان طبقا لنص المادة 256 من قانون تسجيل المعدلة بالمادة 123 من القانون المالية لسنة 1998.<sup>3</sup>

ب- يجب أن يكون الثمن حقيقيا وجديا:

من شروط صحة الثمن أن يكون حقيقيا وجديا مماثلا للقيمة الحقيقية للمبيع، وإلا عد باطلا والثمن الحقيقي هو الذي تكون إرادة الطرفين قد إتجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلا بإعتباره مقابلا حقيقيا لا رمزيا، ويكون الثمن حقيقي إذا كان صوريا أو تافها أو بخسا<sup>4</sup>.

فالثمن الصوري هو الذي لا يقصد أن يتقاضاه من المشتري، بل نيته إتجهت إلى ذكر مبلغ من النقود يكتمل به المظهر الخارجي لعقد البيع، وهنا العقد لا يكون بالضرورة باطلا إذا كان الثمن المتفق عليه مخالفا للثمن المذكور في العقد زيادة أو نقصانا، إثبات الصورية في الثمن تخضع للأحكام العامة للإثبات<sup>5</sup>.

أما الثمن التافه، فمبدئيا تسمح حرية التعاقد للطرفين بإشتراط الثمن الذي يناسبها، وليست للقاضي سلطة ممارسة الرقابة على التوازن الإقتصادي للعقد ما عدا الحالات الإستثنائية للغبن

<sup>1</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> حيث نصت المادة على أنه: "يجوز أن يقتصر ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد ..."

<sup>3</sup> أورمضيني محمد، البيع العقاري، المرجع السابق، ص 12. تنص المادة 256 في فقرتها الثانية والثالثة على أنه "إذا كان الثمن قابل للدفع عن أجل، فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل خمس ثمن نقل الملكية، الذي يجب ان يحرر لزوما..."

<sup>4</sup> عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة، ص 383، 384.

<sup>5</sup> لحسين بن شيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 86.

وبالرغم من ذلك ودون الإستناد إلى أي نص قانوني وفصلا في أحكام القضاء بأنه لا يبيع إذا كان المبلغ المتفق عليه من التفاهة إلى درجة عدم تناسبه وقيمة المبيع وصولا إلى الإعتقاد بأن الثمن غير جدي والبائع لم يتعاقد للحصول على هذا المقدار من الثمن<sup>1</sup>.

أما الثمن البخس نصت عليه المادة 358 من القانون المدني الجزائري بقولها " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار حسب قيمة وقت البيع".

والثمن البخس هو ثمن جدي، لكن بينه وبين المبيع تفاوت كبير، وهو مختلف عن الثمن الصوري التافه، إذ أن الحصول الثمن البخس كان الدافع للبائع نقل المبيع إلى المشتري، ففي هذه الحالة ينعقد البيع بالثمن البخس بصفة طالما كان التفاوت عن الخمس فإن للبائع الحق بمطالبة المشتري بتكملة الثمن أو فسخ العقد وهو ما يسمى بالغبن الفاحش<sup>2</sup>.

وقد قررت هذه القاعدة للعقار دون سواء من المبيعات الأخرى نظرا لقيمة العقار أنه يؤخذ على هذه المادة حصر هذه الحماية على العقارات دون المنقولات رغم وجود بعض المنقولات التي تفوت قيمة العقارات مثل المجوهرات، السيارات الفخمة... إلخ<sup>3</sup>.

### الفرع الثالث: الوعد بالبيع العقاري

يعتبر الوعد بالبيع العقاري أشهر العقود التمهيديّة التي تسبق عقد البيع العقاري، وذلك لاعتبارات كثيرة قد تتعلق بأطراف العقد أو بالعقد ذاته

### أولاً: تعريف الوعد بالبيع العقاري

لم يعرف المشرع الجزائري الوعد بالبيع العقاري و لم يخصص له أحكاما خاصة به بالرغم من أهميته<sup>4</sup>. ولقد نص في المادة 71 و 72 من القانون المدني على الوعد بالتعاقد بصفة عامة<sup>5</sup>، بحيث نصت المادة 71 على: هو الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد مع بين

<sup>1</sup> أرمضيني محمد، المرجع السابق، ص12.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، للبيع والمقايضة، المرجع السابق، ص390.

<sup>3</sup> أرمضيني محمد، المرجع السابق، ص13.

<sup>4</sup> خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص35.

<sup>5</sup> زكريا سرايش، الوجيز في عقد البيع: وفقا للقانون الجزائري، دار الهدى للطباعة و النشر، الجزائر، سنة 2010 ص21

في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و المدة التي يجب إبرامه فيها .

و إذا اشترط القانون لإتمام العقد استيفاء شك ل مع ين فهذا الشكل ليطلق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد<sup>1</sup>

وبالعودة إلى نص المادة 72 فقد جاء فيها : "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد"<sup>2</sup>.

نستخلص في هاتين المادتين أن الوعد بالتعاقد وفقا للقواعد العامة هو العقد الذي يتعهد بمقتضاه الواعد بأن يبيع شيئاً إلى الموعود له إذا أبى رغبته في الشراء خلال المدة المعينة<sup>3</sup> . وبالتالي يمكن تعريف الوعد بالبيع العقاري، أنه عقد يلتزم بموجبه الواعد ببيع عقاره للموعود له، إذا أبى هذا الأخير رغبته في الشراء خلال مدة معينة<sup>4</sup>.

وإذا كانت القاعدة أن عقد الوعد بالبيع العقاري، عقد رضائي فلا يتطلب القانون إفراغه في شكل معين، غير أنه إذا كان الوعد ينصب على بيع عقار، فإنه يجب أن يكون عقد الوعد في الشكلية التي يتطلبها القانون و إلا كان باطلاً<sup>5</sup>.

**ثانياً: صور الوعد بالبيع العقاري:** إن الوعد بالبيع العقاري يتجلى في عدة صور، سوف نعالجها في ثلاث نقاط:

## 1- الوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد:

<sup>1</sup>. أمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1398 الموافق 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 18 ، صادر في 1988/05/04.

<sup>2</sup>. الأمر 58/75 ، المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق .

<sup>3</sup>. زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص21.

<sup>4</sup>. محمد حسن قاسم ، القانون المدني : العقود المسماة ، البيع ، التأمين ، الإيجار ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان 2005 ص113 .

<sup>5</sup>. محمد البصري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري : النظرية العامة للإلتزامات . مصادر الإلتزام : العقد الإرادة المنفردة ، ج1 ، ط4 ، دار الهدى ، الجزائر 2007 ، ص129 .

في هذه الصورة، يعد الواعد الموعود له ببيعه عقارا معيناً إذا رغب هذا الآخر في شرائه خلال مدة معينة<sup>1</sup>.

وعلى الواعد أن يبقى على وعده في المدة المتفق عليها، أما الموعود له فلا يلزمه الشراء بل هو حر، إن شاء أعلن رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي و إذا امتنع عن الرغبة لا يتم البيع و يسقط الوعد<sup>2</sup>.

و يوجد ضرورة خاصة للوعد بالبيع العقاري الملزم لجانب واحد هي الوعد بالتمضي، وهو أن يقوم الواعد بتفضيل شخص آخر هو الموعود له في حالة ما إذا قرر أن يبيع العقار، أن يعرضه عليه أولاً قبل الآخرين في مدة محددة.

فللواعد في الوعد بالتمضي، لا يلتزم بالبيع في مواجهة الموعود له، وإنما يلتزم إذا رغب هو بيع العقار أن يعرضه أولاً على الموعود له قبل أن يعرضه على الآخرين، وهذا بخلاف الوعد بالبيع<sup>3</sup>.

ومن ثمة، فإن البيع النهائي في الوعد بالتمضي العقاري لا يتم إلا بتفويض أمرين و هما:

أن يرغب الواعد ببيع عقاره، و أن يرغب الموعود له بشرائه، و كذلك أن يكون التزام الواعد بعرض عقاره على الموعود له معلقاً على شرط واقف و هو رغبته بالبيع<sup>4</sup>.

و الفارق بين الوعد بالتمضي و الوعد العادي بالبيع هو انه لا يعتبر الواعد في الوعد بالتمضي مخلاً بالتزامه إلا إذا باع عقاره لشخص آخر، فيكون له أن يبرم مع الغير ما شاء من التصرفات فيها عدا البيع<sup>5</sup>.

و يجب أن تتوفر في الوعد بالتمضي جميع العناصر الجوهرية المتمثلة في تحديد العقار و المدة التي يجب على الواعد أن يعرض فيها العقار للبيع إذا أراد بيعه<sup>1</sup>. كما يجب إفراغ هذا الاتفاق في

<sup>1</sup> زاهية سي يوسف ، عقد البيع ، ط 4 ، دار الأمل ، 2000 ، ص 34.

<sup>2</sup> محمد البصري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني : عقد البيع و المقايضة . دراسة مقارنة في القوانين العربي ، ط05 ، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر ، 2008 ص22 .

<sup>3</sup> زكريا سرايش ، المرجع السابق ، ص22.

<sup>4</sup> خليل أحمد قدارة ، المرجع السابق ، ص42 .

<sup>5</sup> المرجع نفسه ، خليل أحمد قدارة ، ص42 .

في قالب رسمي وفقا لما نصت عليه المادة 71 من القانون المدني، و يتم تحديد فيه الثمن أو ليكون قابل للتحديد<sup>2</sup>

## 2- الوعد بالشراء العقاري من جانب واحد

يتحقق هذه الصورة عندها يهد شخص شخصا آخر بأن يشتري منه عقارا معيناً إذا قبل ببيعه له خلال مدة معينة<sup>3</sup>. و مثل ذلك أن يتفق مستأجر قطعة أرض مع المؤجر بأن ليشتريها منه إن هو أبدى رغبة في بيعها خلل مدة معينة<sup>4</sup>. و يعتبر الوعد بالشراء عقد ملزم لجانب واحد هو الواعد بالشراء، و يجب أن ليتوفر في الوعد بالشراء العقاري كل العناصر الجوهرية لقيامه مثلما هو الحال في عقد الوعد بالبيع العقاري.

## 3- الوعد بالبيع العقاري المتبادل

هذه الصورة تجمع الحالتين السابقتين، حالة الوعد بالبيع و بالشراء من جانب واحد، وحالة

الوعد بالبيع و الشراء من الجانبين

و في هذه الصورة يلتزم كل من الطرفين بإبرام العقد إذا أعلن الطرف الآخر رغبته في ذلك<sup>5</sup>.

### أ- الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد

ومثل ذلك لو وعد شخص شخصا آخر بان يشتري منه بيتا في مدة معينة لأنه قد ينتقل إلى تلك المدينة ليقطن بها، فينقذ بينهما وعد بالشراء ملزم لجانب واحد هو الواعد بالشراء<sup>6</sup>.

و من جانب آخر يري مالك البيت أن ينتقل من تلك المدينة إلى غيرها و هو بصدد البحث عن

<sup>1</sup> محمد حسين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2005 ، ص 35

<sup>2</sup> بدري جمال ، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع و القضاء الجزائري ، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر، 2008/2009.

<sup>3</sup> المرجع نفسه .

<sup>4</sup> بدري جمال ، المرجع السابق ، ص 13 .

<sup>5</sup> محمد صبري السعيد ، الواضح في شرح القانون المدني : عقد البيع و المقايضة ، المرجع السابق ، ص 101 .

<sup>6</sup> المرجع نفسه ، محمد صبري السعيد.

بيت آخر في مكان آخر، فبعد ذلك الشخص يبيعه البيت إذا رغب في شرائه في مدة محددة، فيتعقد بينهما وعد بالبيع ملزم لجانب واحد هو الواعد مالك البيت<sup>1</sup>.

#### ب: الوعد بالبيع و الشراء الملزم للجانبين

ينتج في هذه الصورة التزام بالتعاقد يقع على الطرفين في عقد الوعد بالبيع وبالتالي يكون الوعد ملزم للطرفين في نفس الوقت.

في هذه الصورة، يعد الواعد للموعد له أن يبيعه عقارا إذا رغب في شرائه خلال مدة زمنية معينة، و بالمقابل يعد المتعاقد الآخر الأول أن يشتري منه ذلك العقار إذا رغب في بيعه في نفس المدة، و بالتالي نكون هنا أمام وعد بالبيع ملزم للطرفين محله عقار.

<sup>1</sup>. خليل احمد حسن قداة ، المرجع السابق ص44 .

### المبحث الثاني: المحررات العرفية في إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة

تعرضنا لهذا المبحث كون العديد من المعاملات العقارية كانت سارية به خاصة قبل صدور قانون التوثيق أي قبل سنة 1970 و كذلك كيفية إتخاذه كسند للإثبات فالمشرع الجزائري لم يعطي تعريفا خاصا للعقد العرفي ، بل اكتفى فقط بتعريف العقد الرسمي في نص المادة 324 من القانون المدني<sup>1</sup>.

### المطلب الأول: أحكام العقد العرفي

بما أن العقد العرفي كان ساري العمل به في البيوع العقارية سوف نتحدث في هذا المطلبين علي فرعين الأول لتعريف العقد العرفي و الثاني لشروط صحة هذا العقد .

### الفرع الأول : تعريف العقد العرفي

بالرجوع إلى نص المادة 326 مكرر 2 التي تنص على: يعتبر العقد عرفي بسبب عدم الكفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، كمحرر عرفي إذ كان موقعا من قبل الأطراف." نستنتج أن العقد العرفي هو كل عقد يحرر من طرف غير الأشخاص المذكورين في نص المادة أعلاه، أو من طرفهم، لكن خارج إطار مهامهم القانونية. فقد حاول الفقهاء تعريف المحرر العرفي العقد العرفي فهناك من عرفه إعتقادا على القائم بتحريره على أنه" سند معد الإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف"<sup>2</sup>.

وهناك من عرفه أيضا على أنه" كل ورقة مكتوبة يحررها أطراف عاديون دون تدخل أطراف رسمية"<sup>3</sup>.

ومن خلال التعريفات السابقة نستخلص أن العقد العرفي هو تلك الورقة المكتوبة والتي لا تخضع في تحريرها إلى شكلية معينة ماعدا إمضاء صاحب الشأن في تحريرها.

<sup>1</sup>. الأمر رقم 75\_58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر. عدد78، الصادرة في 30-09-1975، معدل ومتمم.

<sup>2</sup>. بكوش يحي: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، د.ب.ن، 1988، ص122.

<sup>3</sup>. عجة الجيلالي: مدخل العلوم القانونية، نظرية الحق، بارتي للنشر، الجزائر، سنة 2009، ص564.

## الفرع الثاني: شروط صحة العقد العرفي

لقد تولى المشرع الجزائري تبيان الشروط اللازمة لصحة المحرر العرفي المعد للإثبات، وذلك في المادتين 327 و 328 من القانون المدني الجزائري المتمثلة في شرط الكتابة و شرط التوقيع، ومن خلال هذا الفرع سيتم دراسة هذين الشرطين بالتفصيل كالآتي:

### أولاً: الكتابة

يشترط في كتابة العقد العرفي الذي يصلح أن يكون دليلاً كتابياً لإثبات ملكية العقار أو بيع العقار، أن يكون مكتوباً، والمقصود بالكتابة أن يكون متضمناً على كتابة تدل غرض الذي أعدت من أجله، ومنصبه على واقعة معينة المراد إثباتها بالمحرر<sup>1</sup>.

فالورقة العرفية لا تخضع لأي شكل في إعدادها بالنسبة للغة المستعملة أو الشخص القائم بتحريرها<sup>2</sup>، فليس إلزاماً أن يتولى تحريرها الأطراف المتعاقدين بأنفسهم بل يمكن أن يقوم بذلك أي شخص كان سواء في هيئة كاتب تابع لهم أو لا، أن يكون مستخدماً مستعملاً في ذلك، وقد يكون موظفاً عاماً غير هيئته الرسمية.

ويترتب عن مبدأ الحرية في تحرير العقد العرفي أنه لا يؤثر في صحته وجود شطب في الكلمات أو تحشير أو إضافة بين السطور، إذ يترك الأمر في تقرير ما يترتب عن هذه العيوب المادية إلى المحكمة التي يعود إليها سلطة تقدير ذلك<sup>3</sup>.

ويستوي الأمر أن تكون الكتابة بخط اليد أو عن طريق آلة راقنة، ويمكن أن تكون أيضاً عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة أو شبكة الأنترنت، وقد تطرق المشرع الجزائري إلى نوع جديد من الكتابة وهي الكتابة الإلكترونية والتي نص عليها المادة 323 مكرر القانون المدني الجزائري والتي عرفها بأنها: "يعتبر الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، كذا طرق إرسالها." أي أن الكتابة تعبير إفصاح واقعة قانونية مهما كانت الآلة التي كتبت بها سواء الآلة الناسخة أو الكمبيوتر.

1. حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط 2002، ص 17.

2. مصطفى مجدي هرجة: التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيابة، دار الفكر العربي، مصر، 1993، ص 77.

3. د. محمودي عبد العزيز: آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، طبعة سنة 2009، ص 145.

ولا يهيم بأي لغة كتب العقد العرفي، فقد يكون باللغة العربية أو الأجنبية، إلا أنه إذا كتب بلغة غير اللغة العربية وقدم أمام القضاء فإنه يتطلب ترجمته رسمياً للغة العربية تحت طائلة عدم قبوله كسند إثبات في موضوع الدعوى، وهذا ما قضت به أحكام المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>1</sup>، التي تنص على " يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول.

يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول... " أي أن يكون هذا أمام القضاء في حالة وجود نزاع عقاري، لكن قد يكون هناك تناقض بين العقد العرفي والمحرر بلغة أجنبية وترجمته أصلية، لذلك ينصح أو يلزم دائماً بإرفاق الترجمة بالعقد الرسمي الأصلي.

وتجدر الإشارة أن الشروط الموجودة في الكتابة تتوفر أيضاً في الكتابة الإلكترونية من حيث كونها مقروءة وقابلة للإثبات بالإستمارة، فالكتابة الإلكترونية تتم معالجتها بطريقة رقمية حيث تخزن البيانات المكتوبة إلكترونياً عن طريق أقراص DC، ويمكن لأصحاب الشأن إستعمال هذه الأقراص عن طريق جهاز الكمبيوتر وقراءة الكتابة الإلكترونية بشكل واضح حيث يظهر على شاشة الحاسوب في صور مقروءة واضحة، كما أن عملية تخزين الكتابة في الأقراص أو الأشرطة المغناطيسية يضمن حفظها وإستمرار وجودها لمدة أطول قد تفوق هذه مدة حفظ الأوراق التقليدية التي تتأثر بعوامل الزمن أو الحريق أو الرطوبة<sup>2</sup>.

ولا يشترط كتابه التاريخ في الورقة العرفية، الرجوع إلى نص المادة 328 من ق م ج يجب أن العقد العرفي لا يكون حجه على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت. ومع ذلك فإن القانون أوجب على سبيل الاستثناء ذكر التاريخ على بعض المحركات العرفية في الأوراق التجارية<sup>3</sup> مثل السند لأمر و السفتحة، لكن عدم ذكر التاريخ فيها لا يشكل سبباً من أسباب البطلان، وإن تعددت التواريخ في المحرر العرفي فإنه يأخذ بعين الاعتبار بالتاريخ الأخير إلا إذا ثبت

<sup>1</sup>. قانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد21، سنة 2008.

<sup>2</sup>. علوان رامي: التعبير في الإدارة عن طريق الأنترنت واثبات التعاقد الإلكتروني، مقال منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، سنة 2002، ص62.

<sup>3</sup>. بن طبال عصام: العقود العرفية كوسيلة إثبات في التشريع الجزائري، مذكرة مقدمة لإستكمال متطلبات شهادة ليسانس أكاديمي، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، سنة 2013 ص07.

تزويره، وكذلك نفس الشيء بالنسبة لمكان تحرير العقد العرفي أما بالنسبة للعقود العرفية المثبتة للملكية العقارية يشترط فيها التاريخ.

### ثانياً: التوقيع

يعتبر التوقيع الشرط الأساسي و الجوهرى لوجود العقد العرفي فلا توجد إلا بوجوده<sup>1</sup>، وهو الذي يؤكد صدور المحرر العرفي من موقعه ما لم يطعن فيه بالإنكار، ويتمثل التوقيع على العقد العرفي أن يضع الشخص بخط يده عليها لقب أو اسمه أو كلاهما معا أو أي كتابه أخرى. يتميز التوقيع بالطابع الشخصي، لذلك لا يمكن إعطاء القيمة للتوقيع على إذا كان صادر ممن وقع عليه، ومن ثم فإن الوكيل لا يستطيع أن يوقع باسم موكله ولو تلقى تعليمات في ذلك وإنما يجب أن يوقع باسمه الشخصي.

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى تعريف التوقيع أو تحديد شروط فقد كان يقتصر التوقيع على الإمضاء، و استبعد التوقيع بالختم وذلك خشية من ضياعه واستعمالها على وجه غير شرعي. لكن بعد تعديله للقانون المدني وسع المشرع من نطاق التوقيع، بل وترك المجال مفتوحا لإرادة الطرفين حيث نصت المادة 327 من ق م ج على أن: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..." نستنتج من خلال هذه المادة أنه يمكن التوقيع على المحرر العرفي بالإمضاء أو بوضع البصمة<sup>2</sup> أو بأي وسيلة تدل على ذلك، كما قد يكون التوقيع في شكل بصمة التي تتم عبر وضع الأصبع في الحبر ووضعه من جديد على المحرر العرفي وهذه الطريقة لها قوة ثبوتية مطلقة لتمييز كل شخص ببصمة خاصة به، كما أثبتته علم البصمات<sup>3</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن التوقيع قد يكون قبل كتابة النص وعلى ورقة بيضاء وهذا ما يعرف بالتوقيع على بياض، غير أن هذه الطريقة فيها نوع من المشاكل، إلا أن الشخص الذي وقع على

<sup>1</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني، الإلتزام بوجه عام - الإثبات - آثار الإلتزام، ط الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص176.

<sup>2</sup> الشراوي جميل، النظرية العامة للإلتزام - مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، بيروت طبعة سنة 1996، ص127.

<sup>3</sup> بكوش يحيى، المرجع السابق، ط1988، ص130.

ببإضامهما كانت غفلته يستطيع التنصل من الالتزام المضاف إلى ذلك المحرر العرفي، فيثبت أن البيانات الموجودة ليست مطابقة لنواياه.

### المطلب الثاني : إثبات بيع العقار بالمحرر العرفية

إن المحررات العرفية كانت أداة الإثبات الوحيدة خلال الحقبة الإستعمارية و كانت لها حجية إذ تعتبر عقد رضائي يكفي فيه توافق إرادة الطرفين و ظلت سارية حتي بعد انتزاع السيادة الوطنية لتجنب الفراغ أي حتي بعد صدور قانون التوثيق سنة 19970

من خلال تعريف العقد العرفي وتبيان شروطه توصلنا أن الشكالية الأساسية لقيامه صحيحة هي التوقيع من طرف المتعاقدين على ذلك العقد، فيكون هذا الأخير حجية فيما بين الطرفين وحجية في مواجهة الغير .

### الفرع الأول: حجية الورقة العرفية بالنسبة للطرفين

تتمثل حجية العقد العرفي المثبت لبيع العقار فيما بين الطرفين (البائع والمشتري) في أن يكون لها صدورها ممن وقع عليها حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع أو الخط، وفي أن تكون لها من حيث صحة ما ورد فيها من بيانات حجية قائمة إلى أن يثبت العكس.

#### 1- من حيث صدورها ممن وقع عليه:

نصت المادة 327 ق م ج : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقع عليه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء. " <sup>1</sup>

ويتضح لنا من خلال نص هذه المادة أن المحرر العرفي لا يصبح حجة على محرره إلا إذا أنكر صراحة، إذا حجته متوقفة على عدم إنكاره أي أن هذا النص يقضي بأن من يحتج عليه بورقة عرفية، باعتبارها أنها موقعة منه، يجب عليه إذا لم يكن ملما بذلك أن ينكر توقيعه لها

<sup>1</sup>. أمر رقم 75-58، المرجع السابق.

إنكار صريحا<sup>1</sup> ، وان مجرد سكوتهم يعد إقرار بصحة العقد العرفي أو الورقة العرفية، ومتى كان ذلك فإن هذا المحرر يصبح بمواجهته كالمحرر الرسمي من حيث الحجية ولا يجوز الإنكار بعد ذلك ، ولا يبقى بيده من أجل دحض حجيته إلا بالطعن فيه بالتزوير .

إذا أنكر صاحب التوقيع صراحة توقيعه أو خطه يعتبر بذلك قد أنكر العقد كله وانه صدر منه<sup>2</sup> ، ويقع عبء إثبات أن المحرر صادر من صاحب التوقيع، فالبيينة على من يدعي ، ذلك عن طريق التحقيق بمضاهاة الخطوط، هذا ما نصت عليه المادة من ق إ / من الأمر رقم 66-154 المتضمن قانون الإجراءات المدنية<sup>3</sup> بقولها: " إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو توقيع الغير فيجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع وإلا فإنه يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراءات تحقيق الخطوط، أما بمستندات أو بشهود وإذ لزم الأمر فبواسطة خبير. "

إذا اثبت التحقيق أنه الورقة العرفية تحمل توقيع من أنكرها ، فإن هذه الورقة يصبح لها حجية كالورقة الرسمية، وفي كل الأحوال يجوز لصاحب التوقيع الطعن فيها بالتزوير<sup>4</sup>.

أما إذا كان التوقيع مصادق عليه من طرف جهة مختصة مثلا موظف في البلدية. فإن هذه المصادقة على التوقيع تكسبه حجية ولا يتم دحضها عن طريق الإنكار، بل يتم الطعن فيها بالتزوير شأنها شأن الحالة المذكورة سابقا

## 2- من حيث صحة مضمونه

تكون الوقائع الواردة في الورقة العرفية حجة على أطراف العقد، ذلك أنها تحمل البيانات المتفق عليها فيما بينهم، وتنسب الورقة العرفية لمن حملت توقيعه أو خطه، وتكون حجة عليه

<sup>1</sup> بكوش يحي، المرجع السابق، ص138.

<sup>2</sup> بن عبيدة عبد الحفيظ: إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط 2002، ص77.

<sup>3</sup> الأمر رقم 66-154 المؤرخ في 08/07/1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية القديم، معدل ومتمم.

<sup>4</sup> براهامي سامية، مذكرة لنيل شهادة ماستر 02 جامعة قسنطينة إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة، ص33.

سواء اعترف بها صراحة أو ضمناً أو أنكرها ثم ثبت بعد التحقيق أنها صادرة من طرفه<sup>1</sup>، ويقع على عاتق من يدعي عكس هذه الوقائع تقديم الدليل القانوني بكافة الطرق لإثبات القانونية<sup>1</sup>

لا يمنع اعتراف بائع العقار بتوقيعه على الورقة المثبتة له أن يطعن في موضوع الورقة العرفية ذاتها أي الطعن في حجية الوقائع الواردة فيها، كأن يثبت أن البيع صورياً أو أنه لم يقبض الثمن<sup>2</sup>، ويقع على عاتقه عبء إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة في الإثبات الذي لا تجبر له إثبات ما يخالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة<sup>3</sup>، كما يفترض أيضاً صحة التاريخ الذي يحمله المحرر العرفي حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح وهو لا يستطيع ذلك إلا بالكتابة .

### الفرع الثاني: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير

تنص المادة 327 من ق م ج على أن من يحتج عليه بورقة عرفية يجب عليه أن يعترف بها أو ينكر صراحة خطه أو إمضائه أما الورثة أو الخلف فيكفي أن يحلفوا اليمين أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا الحق عنه<sup>4</sup> .

بالتالي فإن الغير بالنسبة لحجية الورقة العرفية المثبتة لبيع العقار، هو كل شخص يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي تثبته الورقة العرفية وهو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص<sup>5</sup>، ومن ثم يحتج عليه بالتصرف الذي تضمنه الورقة العرفية، سواء من حيث مصدرها أو من حيث الوقائع الثابتة فيه، أو من حيث تاريخها.

### أولاً: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث مصدرها

إذا اعترف صاحب التوقيع بالعقد العرفي المثبت لبيع العقار صراحة أو ضمناً، أو لم ينكر صراحة توقيعه عليها أو خطه، كانت هذه الورقة حجة على خلفه العام كالوارث أو الموصى له،

1. أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص195.

2. براهيم سامية، المرجع السابق، ص32.

3. محمد حسين قاسم: قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان 2003، ص241.

4. براهيم سامية، المرجع السابق، ص34.

5. Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD : Droit civil, les obligation, t 1, les sources, 2<sup>e</sup> édition, SIREY, Paris, 1988, pp272.274.

وعلى خلفه الخاص كالمشتري أو الدائن، فإذا أراد أي منهم بعد ذلك إنكار الورقة العرفية فلا سبيل أمامه إلا الطعن بالتزوير<sup>1</sup>.

في حالة إنكار صاحب التوقيع للعقد العرفي فإنه يطلب منه أن ينكر خطه أو إمضائه، أما بالنسبة إلى الغير فإن الأمر مختلف، بحيث في حالة موت صاحب التوقيع على الورقة العرفية المثبتة لبيع العقار، وبعد موته احتج بالورقة العرفية على الوارث أو الموصى له (خلفه العام) أو خلفه الخاص، فإن هؤلاء لا يطلب منهم إنكار صريح لإسقاط حجية الورقة العرفية كما كان يطلب من صاحب التوقيع<sup>2</sup>، بل يكفي فقط أن يحلف أي واحد منهم أنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقى الحق عنه، وهذا ما قضت به نص المادة 327 ق.م.ج<sup>3</sup>.

إذا الغير ليس أمامهم سوى حلف اليمين بأنهم لا يعلمون من حرر الورقة العرفية .

#### ثانياً: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث مضمونها

إذا صدر العقد العرفي المثبت لبيع العقار من البائع المتوقى الذي نسب إليه، ولم يعلن أي من خلفه العام أو خلفه الخاص عدم علمهم بأن الخط أو التوقيع هو للبائع، كان لهذا العقد حجيته بالنسبة إليهم من حيث صحة الوقائع الواردة فيه<sup>4</sup>، باستثناء التاريخ الذي يحمله العقد العرفي ذلك انه لا يكون حجية بالنسبة لتاريخه إلا إذا كان تاريخاً ثابتاً<sup>5</sup> .

ولكن عدم إعلان أي من الخلف العام أو الخلف الخاص بعدم علمهم بأن الخط أو التوقيع هو لمن تلقى منه الحق، لا يمنعهم من الطعن في صحة الوقائع الواردة في الورقة العرفية، فله أن يثبت صورية الوقائع وفقاً للقواعد العامة للإثبات<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> براهيم سامية، المرجع السابق، ص35.

<sup>2</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع، ص198.

<sup>3</sup> لقد عدل المشرع الجزائري المادة 327 من القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/04/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 57-58 المؤرخ في 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، بحيث أضاف المشرع الجزائري عدم العلم بالبصمة والتوقيع الإلكتروني.

<sup>4</sup> أحمد عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابقة، ص198.

<sup>5</sup> براهيم سامية، المرجع السابق، ص36.

<sup>6</sup> محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004، ص93.

ثالثا: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث صحة تاريخه.

إذا كان لتاريخ الورقة العرفية المثبتة لبيع العقار حجية الوقائع الواردة فيها بالنسبة للبائع والمشتري وخلفهما العام والخاص، حتى يثبتوا عكسها بالطرق المقررة قانونا لإثبات، فلا حجية لتاريخ الورقة العرفية على الغير (الخلف العام والخلف الخاص) إلا إذا كان تاريخا ثابتا بصورة

### الفرع الثالث: حجية الورقة العرفية الثابتة التاريخ

إن انتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي المورث عن الحقبة الاستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث بالأمر 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل<sup>1</sup>، والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أساسه شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية التدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ.

أولا: بمقتضى المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 1980/09/13 والذي عدل المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>2</sup>، إذ بموجب المادة 03 منه أصبحت المادة 89 من المرسوم 63-76 المحررة على النحو التالي: " تعدل المادة 89 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 المذكور أعلاه، وتتم وتستبدل بها ما يلي: المادة 89: لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

عند الأجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري، والذي يكون متمما تطبيقا للمواد منم 8 إلى 18 من هذا المرسوم .

عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير، ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل 01 مارس 1963 ."

<sup>1</sup> أمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12، المتضمن إعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر عدد92، المؤرخة في 1972/11/18

<sup>2</sup> أمر رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بإعداد السجل العقاري، ج.ر عدد 30، مؤرخة في 1976/04/13، معدل و متمم.

وعليه فحسب هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 صيغتها الشرعية<sup>1</sup>.

**ثانياً:** بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1963 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي تم بموجبه تمديد فترة 1961/03/01، إن الأول من شهر يناير 1971 وعليه اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل أول جانفي 1971 صيغتها الرسمية، دون الحاجة إلى اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشأن سابقاً، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحريير عقد إيداع<sup>2</sup> بشأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة، وعلى ضوء ذلك أعفية من الإشهار المسبق الذي كان مفروضاً بحكم نص المادة 88 من المرسوم 76-63 المشار إليه أعلاه<sup>3</sup>.

**ثالثاً:** المنشور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30 وقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ و المبرمة قبل 1974/03/05، تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية وسن هذا المنشور إجراءات خاصة فكلف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه.

لكن هذا المنشور الرئاسي لم يلقي صدى أمام المحاكم باعتباره لا يقيد القاضي، كونه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويل المرسوم رقم 74-26 المؤرخ في 1974/02/20 المتعلق بالاحتياطات العقارية فضلاً على أنه تجاهل تماماً الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملة العقارية وإفراجها في قالب رسمي، ودفع الثمن بيد الموثق تحت طائلة البطلان.

لكن بعد صدور الأمر 70-91 المتعلق بمهنة التوثيق وبموجب المادة 12 منه أصبحت كل العقود العرفية ولو كانت ثابتة التاريخ بعد الفاتح جانفي 1971 هو تاريخ سريان قانون التوثيق

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 20.

<sup>2</sup> يعاد تسجيل العقد العرفي وفقاً لتاريخ الإيداع لتوثيقه.

<sup>3</sup> رحايمية عماد الدين: الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، جامعة ملود معمري، تيزي وزو، سنة 2014، ص 30.

أذناك باطلة بطلان مطلق ، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء لأنها لا تعد سندا للملكية العقارية وللقاضي إثارة البطلان من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة كانت الدعوى على أساس أن الرسمية أصبحت شرطا جوهريا و أساسيا بعد تاريخ 1971/01/01 وهي ركن في العقد .

#### الفرع الرابع: حجية الورقة العرفية غير الثابتة التاريخ

يتم التعامل بالعقد العرفي دون إلزامية إظهار التاريخ ولا يعد من الشروط الجوهرية ، إلا أنه لا يمكن إثبات حجيته مقارنة مع العقد العرفي الثابت التاريخ وخصوصا بعد فترة الاستقلال وسريان الأمر 70-91 المتعلق بقانون التوثيق السالف الذكر، و بالتالي لا يمكن إثبات حجيتها أمام مرفق العدالة<sup>1</sup>، ففي حالة قضاء القاضي بحجيتها يأمر بشهرها أمام المحافظة العقارية ، و لقد سرت على مختلف العقود عدة تجاوزات و تزويرات واستحواذ على عدة أراضي تعود للخواص بمجرد تحرير وثائق عرفية غير ثابتة التاريخ هذا من الأسباب الجوهرية التي تفقد العقد العرفي غير ثابت التاريخ حجيته.

و خلاصة القول فإن رغم صدور قانون التوثيق في 15/12/1970 وكان ساري المفعول الذي اشترط إفراغ المعاملات التعاقدية خاصة العقارية في قالب رسمي ، إلا أنه نجد الأفراد مازالوا يتعاقدون وفق محررات عرفية من جانب وكذا عدم القيام بتسوية هذه العقود بموجب النصوص القانونية التنظيمية التي سنها المشرع خصيصا من أجل إضفاء رسميتها من آخر .

وما نخلص إليه أنه وقبل صدور قانون التوثيق تعتبر ا لعقود العرفية العقود التي يحررها الأفراد العاديين أو بمساعدة الغير دون أن يتدخل موظف عام أو ضابط عمومي في تحريره، وتتخذ هذه العقود نوعان: عقود معدة لإثبات نقل الملكية العقارية والتي يكون الغرض منها تهيئة الدليل على التصرف بمناسبة إنشائه وتحمل توقيع من يراد الاحتجاج بها عليه، وعقود غير معدة لإثبات نقل الملكية العقارية والتي لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير ذلك لأنها لا تحمل توقيع طرفي العقد أو أنها عقود غير ثابتة التاريخ أو لعدم تحديد العقار الذي وقع عليه التصرف تحقيقا دقيقا.

<sup>1</sup>. حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ط2002، ص 26.

والعقد العرفي كغيره من العقود الأخرى يستلزم توافر مجموعة من الشروط لقيامه صحيحا ومنتجا لأثاره، وتتمثل هذه الشروط في أن يكون العقد العرفي المثبت للملكية العقارية مكتوبا يدل على الغرض الذي أعد من أجله (المادة 327 من ق.م.ج)، وأن يكون موقعا من طرف البائع والمشتري (م 328 ق.م.ج) ويترتب على الإخلال بشرط التوقيع البطلان المطلق .

أما من حيث حجية العقود العرفية فهي تختلف من عقد لآخر، فتعتبر ذات حجية متى توافرت فيها الشروط المقررة قانونا سواء فيما بين الطرفين أو في مواجهة الغير ما لم يتم إنكار التوقيع أو الخط .

وما نخلص إليه أيضا أن ذكر التاريخ في العقد العرفي ليس بالشرط الضروري أو الجوهري لصحة هذا الأخير، إلا أنه من ناحية الحجية فالعقد الثابت التاريخ فلا يمكن الاعتداد به أو اعتباره كدليل كامل لإثبات الملكية العقارية.

ويتضح لنا من خلال هذه الدراسة أن العقد العرفي لا يعتبر وسيلة للإثبات بسبب تراجع حجتيه في إثبات المعاملات العقارية خاصة بعد صدور قانون التوثيق سنة 1970 الذي اشترط الرسمية كشرط أساسي ، إلا أنه عمليا الأفراد يلجئون إليه وذلك أما التكاليف الباهظة التي يقتضيها العقد الرسمي إلا أنه لا يثبت البيع و لا ينقل الملكية،بالإضافة إلي ذلك ماتزال بعض قضايا العقار حبيسة المحاكم بسبب تنازع الأفراد المالكين لهاته العقود العرفية أي المعاملات التي تمت خلالها .

### المطلب الثاني: صور وأشكال تثبيت العقد العرفي

من الأهمي أن نتعرض في هذه الدراسة إلى كيفية تدخل المشرع الجزائري لتسوية وضعية العقود العرفية بحيث كانت هذه الأخيرة الوسيلة الوحيدة التي يلجأ إليها الأفراد في إبرام التصرفات القانونية بالأخص التصرفات الناقلة للملكية العقارية ، و التي نتج عنها فوضى في المعاملات العقارية خاصة في فتوة ما بعد الاستقلال.

لكن بعد صدور الأمر 70-91 المتضمن قانون التوثيق أصبحت عملية نقل الملكية العقارية تشترط الرسمية في صحتها، لذا ألزم المشرع الجزائري أصحاب العقود العرفية المبرمة

قبل هذا التاريخ بإتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتثبيتها وإضفاء الرسمية عليها حتى تكون لها حجة في الإثبات .

لذلك إرتأينا أن نتحدث في هذا المطلب على الإجراءات القانونية المتبعة في العقود العرفية لإثبات الملكية العقارية.

### الفرع الأول: الإجراءات القانونية المتبعة في العقود العرفية لإثبات الملكية العقارية

إن التحول من الرضائية إلى الرسمية في نقل الملكية العقارية قد خلق فراغا في إبداع حلول للعقود المحررة قبل تاريخ العمل بمبدأ الرسمية كشرط أساسي لنقل الحقوق العينية العقارية، سواء كانت هذه العقود ثابتة التاريخ أو غير ثابتة ال توخي، ويكون ذلك إما باللجوء إلى الموثق أو اللجوء إلى القضاء.

#### 1- الإيداع لدى الموثق

بالرجوع إلى نص المادة 05 من القانون رقم 27/88 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق فإن عملية الإيداع مشروطة ببثوث تاريخ العقد العرفي<sup>1</sup> بحيث تم الاكتفاء باللجوء إلى الموثق لتحريير عقد إيداع يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة. على أن يعاين هذا العقد التعيين الدقيق للعقار والأشخاص المذكورين في العقد العرفي وبعض المعلومات الجوهرية الثابتة به وذلك من أجل تسهيل ضبط الطاقة العقارية.

وكما يجب على الموثق أن ي تؤكد من ثبوت تاريخ العقد العرفي في حتى يتمكن من شهر مضمونه لدى المحافظة العقارية<sup>2</sup>. يقوم حامل العقد العرفي بجمع ملف يتكون من العقد العرفي موضوع الإيداع، شهادة ميلاد المنتفع من العقد، أصل ملكية البائع، متع تعين العقار يعينا دقيقا، مع العلم أن يتم إعفاء الموثق من ذكر أصل الملكية العقارية في العقد.

<sup>1</sup>. أنظر: المادة 05 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق، الملغى بموجب القانون رقم 02/06 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج. ر عدد 14، الصادرة بتاريخ 08/03/2006.

<sup>2</sup>. أنظر: المادة 328 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

يقوم الموثق بتحرير عقد إيداع للعقد العرفي ملتزما بكافة ما ورد في العقد العرفي. وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة وفاة : الشخص المعني قبل إيداع الورقة أو العقد العرفي، يحرر الورثة لدى الموثق شهادة توثيقية باسم المالك مع الملف المذكور سابقا، إضافة إلى عقد الفريضة .

## 2- اللجوء إلى القضاء

بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق، بعد هذا التاريخ ودخول قانون التوثيق حيز التنفيذ بتاريخ 01/01/1971 الذي اشترطت الرسمية في كافة المعاملات العقارية و من ثم أصبحت هذه العقود لا تشكل سندات ملكية مثبتة للملكية العقارية و من ثم اشترط المشرع أن يتم تثبيت تاريخ هذه العقود و هذا حتى يتسنى لأصحابها شهرها على مستوى المحافظة العقارية فأصبح لزوما على أصحابها اللجوء إلى المحاكم قصد تثبيت تاريخها و يتعين على القاضي قبل الحكم بتثبيت صحة العقد العرفي أن يتأكد مما يلي :

- التحقق من الشرط الشخصي للأطراف إذا يجب على القاضي التأكد من هوية محري العقد العرفي و ذلك بتبيان أسمائهم، ألقابهم، موطنهم، تلوخيخ و مكان الإزدياد والمهنة و الجنسية هذا ما قضت به المادة 65 من المرسوم 63/76 المتعلق بإعداد السجل العقاري<sup>1</sup> - أن يكون العقار المبرم بشأنه العقد العرفي واقعا في بلدية لم تمسحها علمية المسح العقاري. لأن في مثل هذه الحالة يصرح الدفتر العقاري هو السند الوحيد لإثبات الملكية العقارية.

- التأكد من تاريخ إبرام العقد العرفي الذي يكون مبرما قبل 01/01/1971 دخول قانون التوثيق حيز التطبيق و هو اكرسته المحكمة العليا في قرارها رقم 197347 المؤرخ في 28/06/2000 الذي ينص : من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي نطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي على ضوءه يعتبر المحرر العرفي صحيحا و منتجا لجميع أثره أو باطلا مطلقا<sup>2</sup>.

- التثبت من نوا فر الأركان العقد ( التراضي - المحل - السبب ) و التغيين الدقيق للعقار بطريقة كافية نافية للجهالة من ناحية تسميته، موقعه ، مساحته ومعالمه الحدودية. - سماع شهود العقد و تحرير محضر بهذا الشأن.

<sup>1</sup>. أمر رقم 63/76، المرجع السابق .

<sup>2</sup>. حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص 59

- التأكد من أصل الملكية وذلك يطلب سند ملكية البائع الأصلي للتحقيق مما إذا كان التصرف وارد من مالك حقيقي والشهادة السلبية للتعبير عن حالة العقار المعني ومعرفة جميع الحقوق المتعلقة به.

وإذا استوفي ملف الطالب على هذه الشروط يقوم القاضي بتثبيت صحة العقد العرفي بعد أن يصبح الحـكم نهائية حائـزاً على قوة الشيء المقضي فيه، ويقوم صاحب المصلحة بتسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب و شهره علي مسيرتي المحافظة العقارية<sup>1</sup> المختصة و يترتب طي عدم شهر هذا الحكم عدم جواز هـ ( الاحتجاج به في مواجهة الغير<sup>2</sup> .

### الفرع الثاني: موقف المشرع والقضاء من العقود العرفية

بعد أن كانت العقود العرفية تشكل سندات معترف بها في نقل الملكية العقارية في المرحلة السابقة عن صدور الأمر 91/70 المتعلق بمهنة التوثيق، إلا أنه بعد هذا التاريخ أخذ المشرع والقضاء من عرجا آخر، بحيث اختلفت المواقف حول مدى صحة هذه العقود في نقل الملكية العقارية، وانقسم اجتهاد المحكمة العليا إلى اتجاهين الأول يقر بصحة السندات العرفية وإمكانية التمسك بها للتدليل على حق الملكية والثاني بعدم صحتها، وبالتالي فلدراسة مضمون هذا الطلب، فإنه يستلزم الأمر بتقسيم المطلب إلى فرعين. الأول حول موقف المشرع من العقد العرفي، والثاني خصصناه لموقف القضاء من هذه المسألة.

### أولاً: موقف المشرع من العقد العرفي

بعد صدور الأمر رقم 91/70 المتضمن مهنة التوثيق أغلقت كل المجالات في وجه المعاملات العرفية في العقار لإشتراط الكتابة الرسمية تحت طائلة البطلان وفقاً لما نصرت عليه صراحة المادة 12 منه العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار والحقوق العقارية. يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان في الشكل الرسمي وأن يدفع الثمن لدى الموثق. وهو الأمر الذي أكدته المادة 61 من المرسوم رقم 63/76 ونصوص أخرى خاصة بالعقار مثل المادة 29 من قانون التوجيه العقاري<sup>3</sup>، فكل خلاف لأحكام هذه المواد يترتب عنه البطلان المطلق، بإعتباره

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص 60-61.

<sup>2</sup> المرجع نفسه، ص 62.

<sup>3</sup> قانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري

قاعدة الرسمية المشترطة في المعاملات العقارية من النظام العام، ويتعين على القضاة إثارته من تلقاء أنفسهم، إلى جانب حق الأفراد التمسك بهلما فيهم المتعاقد في مواجهة من استظهر للإدعاء بحق الملكية أو أي حق عيني عقاري آخر<sup>1</sup>.

لكن حتى لو كان السند العرفي المحرر بعد سريان قانون التوثيق الموافق لل فاتح جانفي 1971 لا اثر له حتى بين أطرافه فيما يتعلق بنقل الملكية لبطلانه بطلانا مطلقا، إلا أن ذلك لا يمنع من إتماده كأداة ودليل للتمسك على أساسه بالحيازة والتقديم المكتسب إذا ثبتت الحيازة الفعلية والمادية المستوفية لشروط وأجالها التي يبدأ حسابها من يوم تحرير و ابرام العقد العرفي<sup>2</sup>. كما أن تقرير بطلان المحرر العرفي لا يمنع من جهة أخرى إستعماله كمبدأ ثبوت بالكتابة<sup>3</sup>.

ما يكن استخلاصه عن موقف المشرع بشأن السندات العرفية، أن هذا الأخير حسم موقفه حول موضع العقود العرفية من الإثبات بإقراره بصحة جميع العقود العرفية المحررة قبل سريان قانون التوثيق الموافق ل 1971/01/01، وأمر بتصحيحها لكي تكون لها قوة في إثبات حق الملكية. اما تلك العقود المحررة بعد هذا التاريخ تعتبر بطلانة بطلانا مطلقا دون إستثناء، لكن وجهة نظر التشريع هذه ليست نفسها التي عرفها القضاء الذي ثبت فيه تعارضا وجهات النظر حول مسألة العقود العرفية .

### ثانيا: موقف القضاء من العقد العرفي

لقد عرف الإجتهد القضائي في الجزائر مواقف متباعدة في تفسير النصوص القانونية وتطبيقها كلما تعلق الأمر بمعاملات عقارية أبرمت بواسطة عقود عرفية، فرغم صراحة النصوص القانونية إلا أن المحكمة العليا في الكثير من الأحيان لم تسأيرها بل أخذت بصحة العقود العرفية، فإنقسم القضاة بين فريق يرى ضرورة احترام نص المادة 122 من الأمر 91/70 السالف الذكر وكذلك المادة 01 من ق.م.ج، وبين فريق اعتبر العقود الرسمية وسيلة للتعبير عن الإرادة. وهذا

<sup>1</sup>. ارحمون نورة. السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحيى فارس بالمدينة، 2011-2012 ص93.

<sup>2</sup>. لعلو غنيمة. تقادم دعوى بطلان العقد، التقادم المكسب، (تعليق على قرار صادر من المحكمة العليا تحت رقم 448006) م.م.ع، عدد خاص، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، ج03، 2010، ص ص 112-115

<sup>3</sup>. تطبيقا لاحكام المادة 335ق.م.ج التي تنص على...". وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها ان تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا من الاحتمال، تعتبر مبادا ثبوت بالكتابة".

ما دعا إلى ضرورة إنعقاد الغرف المجتمعة للمحكمة العليا قصد اتخاذ موقف موحد بشأن هذه المسألة.

### 1 - موقف القضاء سابقا (للمحكمة العليا)

لقد كانت المحكمة العليا تعطي في ظل الإجتهااد القضائي القديم للعقود العرفية حجية كاملة في عملية نقل الملكية مؤيدة إتجاه المحاكم التي تقضي بصحة هذه العقود. وإلزام البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري، وفي حالة إمتناع المطلب قام الحكم مقام العقد فالرسمية لم تكن تعتبرها ركنا للإنعقاد بل هي شرط للإثبات، إذ جاء في قرارها الصادر في 1990/02/07 تحت رقم 57930<sup>1</sup> أنه إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري وكانت أركانه كاملة من حيث الرضا و المحل والتمن ولم ينكر البائع ذلك ولم يهازع في أركانه فإن يتعين على المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية، أما أن تلغى عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه لشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون.

وقد أكد هذا الإتجاه قرار صادر من الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 05/05/1995 تحت رقم 108/108 غير منشور..... وانه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي فإن قضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، لأنه لا يمكن للمدعي بالإحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 والتي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط<sup>2</sup>.

ويتبين من خلال ما تقدم إختلاف الإجتهاادين من حيث تفسير المادة 12 من قانون التوثيق وقد يرجع ذلك أساسا إلى محاولة القضاة الذين أخذوا بصحة المعاملات العرفية. ونظرا لهذا التباين في قرارات المحكمة العليا والإشكالات الناتجة عن تطبيق القواعد القانونية بخصوص الرسمية، فإن ذلك قد إستدعى انعقاد الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا للنظر فيه وذلك بمناسبة عرض الملف رقم 136/156 المؤرخ في 1997/02/18 .

<sup>1</sup> قرار رقم 57930، صادر بتاريخ 1990/02/07، "تطبيقات في المادة العقارية" المحكمة العليا، ص ص 27-31

<sup>2</sup> بونسي حداد نادية. تعليق على قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا 1997/02/18، المجلة القضائية

، عدد 01، سنة 1997، ص ص 212-224

2 - مواقف القضاء حديثاً ( المحكمة العليا )

أمام تضارب الاجتهادات الفضائية فعيها يخص صحة العقود العرفية، أصدرت المحكمة العليا بهيئة الغرفة المجتمعة قرار رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 في قضية يؤكد فيها على ضرورة احترام نص المادة 324 مكرر 1 لاسيما ركن الرسي لصحة العقود، بل أكثر من ذلك يتعين إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد العرفي .

فتم التأكيد على الرسمي من خلال الرد على الوجه الوحي المثار والمأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه بدعوى أن عملية بيع المحل التجاري تخضع لاحكام المادة 79 من ق.م.ج و المادة 32 مكرر 1 من ق.م.ج وانه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، إلا أن القرار المنتقد رفض الدفع الخاص ببطلان العقد العرفي وقضى بصحته وجاء في حيثياته حيث أنه يتبين من القرار المطعون أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 1988/08/22 بين ... المتضمن ببيع قاعدة تجارية... عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن ويترتب عليه التزامات شخصية ونتيجة لذلك قضاوا بصرف الطرفين أمام الموثق<sup>1</sup>.

حيث أن قضاءهم هذا، يخرق أحكام المادة 79 من ق.م.ج والمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج لكونهما يشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي..... وإلا كان باطلا. وضمن هذه الظروف فإنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي، المتعلق ببيع القاعدة التجارية وان يأمرُوا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إلزام العقد ... وبما أن القرار لا يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض. ومن خلال القرار المعروف نلاحظ بأن المحكمة العليا قد عدلت قرارها واجتهاداتها بخصوص صحة هذه العقود العرفية، وبهذا تكون قد طبقت القانون تطبيقاً حرفياً، والذي يستدعي إفراغ العقد الذي يتضمن نقل ملكية عقارية أو الحقوق العقارية أو محلات تجارية أو صناعية في الشكلى الرسمي.

ولقد تم التأكيد على الرسمي مؤخراً في قراراتين صادرتين عن مجلس الدولة الأول بتاريخ 14/02/2000 تحت رقم 186443 والثاني بتاريخ 26/04/2000 تحت رقم 210419 (غير منشورين)، وجاء في القرار الأخير ان المادة 324 مكرر 1 مدني توجب تحرير العقود الناقلة

<sup>1</sup> . يونسي حداد نادية. المرجع السابق، ص2245

للملكية العقارية في الشكل الرسمي، مع دفع الثمن للموثق وان الرسالة المحتج بها والعقد العرفي لا يتعد عقد بيع من جهة ومن جهة أخرى لا يمكن الاستجابة لطلب المستأنفين الرامي إلى توجيي أوامر للإدارة والمتمثلة في إتمام إجراءات البيع والشهر للعقد....<sup>1</sup>

وخلصة القول أن قرار 1997/02/18 جاء في الوقت المناسب لكي ليو حد الاجتهاد الفضائي في نقطة قانونية حساسة وللتأكيد على ضرورة التطبيق السليم للقانون، ويعتبر خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون، لكونه يفرض على المواطنين احترام الشكل الرسمي في المعاملات العقارية حفاظا على حقوقهم وحقوق الدولة التي حرمت فتوة من الزمن من إيرادات هامة<sup>2</sup>، إلا أنه لا ليوجد إجتهد قضائي أمام وجود نص قانوني قانوني صريح.

<sup>1</sup>. بوصوف موسى. دور القاضي الاداري في المنازعات العقارية، محاضرة القيت بمناسبة ايام دراسية بوهرا، مجلة مجلس الدولة، عدد 02 ، 2000 ص 29

<sup>2</sup>. حسان بوعروج. تعليق على قرار الغرفة المجتمعة، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية، ص43-42

## الفصل الثاني

آليات الرسمية في إثبات بيع  
العقار المملوك ملكية خاصة

### الفصل الثاني: الآليات الرسمية في إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة

إن المشاكل التي كانت و لا تزال عائقا كبيرا أمام الأفراد في التعاملات العقارية خلال المحررات العرفية أدي بالمشرع إلي ضرورة التفكير لإيجاد حل لظبط هاته الأخيرة وكان ذلك من خلال صدور قانون التوثيق سنة 1970 الذي بدأ العمل به سنة 1971 الذي إشتراط الرسمية لإثبات صحة هاته العقود

#### المبحث الأول: الرسمية في عقد البيع

يتسم العقد الرسمي المحرر من طرف الموثق بتوفيره راحة البال والطمأنينة والاستقرار المعنوي لأطرافه، كما يتميز على أنه دليل إثبات قطعي لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير على أساس أن محرره يعد ضابطا عموميا مفوض من السلطة العامة في حدود مهامه وتحت مسؤولية، الأمر الذي جعل إرادة المشرع الجزائري دون أي شك تتجه نحو إقرار الرسمية كشرط أولي لإثبات الملكية العقارية الخاصة .

#### المطلب الأول: مفهوم العقد الرسمي وشروطه

نقصد معالجة مفهوم العقد الرسمي التطرق بالدراسة إلى تحديد وتعريف العقد الرسمي وكذا شروط صحة ذلك الفرعين الآتيين:

#### الفرع الأول: تعريف العقد الرسمي

لقد عرف المشرع العقد الرسمي من نص المادة 324 من القانون المدني على انه ذلك العقد الذي يثبت فيه موظف وضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمه عامه ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا الأشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه.

و لكن قبل تعديل المادة السالفة الذكر بموجب القانون رقم 88-14 كان المشرع ينص على مصطلح الورقة الرسمية وليس العقد الرسمي و ذلك لأن المشرع رأى فيها ترجمه صحيحة لكلمة ACTE الواردة في النص الفرنسي<sup>1</sup>.

كما ان الورقة الرسمية قد تكون شرط لانعقاد بعض التصرفات القانونية كما قد تكون أداءه فقط لإثباتها، فبالنسبة لكونها شرطا لانعقاد بعض التصرفات القانونيه، ومثال ذلك جميع التصرفات الناقلة للملكية العقارية بعقد البيع وعقد الهبة في حاله انعدام الورقة الرسمية يؤدي إلى انعدام وجود التصرف القانوني من أصله وبالتالي فهو من عدم قانونيه ولا مجال للتحدث عن آثاره بالنسبة للطرفين إلا من حيث البطلان.

أما إذا اشترط القانون الكتابة الرسمية للإثبات فقط، كما هو الحال في عقد الكفالة فإنها تخلفها لا يؤدي إلى بطلان العقد وإنما يبقى صحيحا و يمكن إثباته طرق الإثبات المقررة قانونا كون الإثبات في المواد المدنية لا يعتبر من النظام العام وان الأصل في هذه التصرفات القانونية الرضائي ة والشكلية يقرره المشرع ما هو إلا استثناء في القاعدة العامة.

وبالرجوع إلى تحليل نص المادة 324 من القانون المدني تبين لنا إن الأوراق الرسمية مختلف ة باختلاف الجهة التي تصدرها فقد تكون صادرة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامه وهذا ما يجعلنا نميز بين معنيين للرسمية معنى واسع و معنى ضيق وذلك على النحو التالي:

#### أولاً: المعنى الواسع

يقصد بالمحرر الرسمي صادر من طرف موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، بصرف النظر عن نوعية المهام التي يمارسها مصدر تلك الوثيقة سواء كانت مهمة كل واحد منهم تقتصر على تحرير العقود الخاصة فقط أو كانت تتعلق بإعمال أخرى.

<sup>1</sup>. رمول خالد، المحافظة العقارية كألية للحفاظ العقاري، قصر الكتاب، البلدة، طبعة سنة 2005، ص 35

أما العقود التي يصدرها الموظف العمومي<sup>1</sup> و تحمل توقيعها أمثالها النسخة التنفيذية للأحكام القضائية التي يحررها أمناء الضبط ومثالها أيضا العقود المحررة من طرف مدير أملاك الدولة كالتنازل عن أملاك عقارية ذات استعمال سكني أو مهني أو تجاري أو حرفي تابعه للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية العقارية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية لصالح الأشخاص. أما العقود الرسمية التي يصدرها الضابط العمومي فهي تلك التي يصدرها من يقوله القانون هذه الصفة بسبب المهن التي ينتمي إليها<sup>2</sup>، ومثال ذلك في العقود التي يحررها الموثقون<sup>3</sup> من اجل إضفاء الرسمية عندما يتعلق الأمر بالتصرفات الواردة على العقار بعقد البيع العقاري أو المبادلة العقارية... الخ

وأما العقود الرسمية التي يصدرها شخص مكلف بخدمه عامه مثالها تلك التي يصدرها الخبير وهو شخص مساعد للقضاء محلف طبقا لأحكام المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك في الأمور ذات الطابع الفني والتقني التي يصعب على القاضي فهمها من اجل الحصول على معلومات تفيد مجرى القضية المتنازع بشأنها الأطراف

### ثانيا: المعنى الضيق

يقصد بالرسمية بمعناها الضيق تلك العقود المحررة من طرف الموثق وهو ضابط عمومي وظيفته إبرام العقود بين الأشخاص الطبيعية كانت أو معنوية وإضفاء الرسمية عليها، كل هذا من اجل تعزيز مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية بصفه عامه والعقارية بصفه خاصة وبث الطمأنينة في نفس أطراف العقد كون توثيق إرادتهم في عقد الرسمي يجعله قوي من الناحية القانونية مقارنة مع العقد العرفي أو شهادة الشهود.

### الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في الورقة الرسمية

بالاستناد لتعريف المحررات الرسمية يمكن إجمال شروط صحة المحررات الرسمية في ما يلي :

<sup>1</sup> طبقا للمادة الرابعة من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية، الجريدة الرسمية، العدد 46، فإن الموظف اللفظي يطلق على كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم برتبة في السلم الإداري.  
<sup>2</sup> جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة سنة 2006، ص 142.  
<sup>3</sup> يعرف الموثق على أنه ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط القانون فيها الصيغة الرسمية.

أولاً : صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة :

يشترط القانون أن تصدر هذه المحررات من طرف الأشخاص الذين عددهم 324 من القانون المدني و التي ميزت ما بين ثلاثة أشخاص مخولين قانوناً لتحضير هذه المحررات الرسمية و هذا التمييز لم يأتي هكذا عبثاً ولكن له ما يبرره نظراً للاختلاف في المركز القانوني لكل فئة و بالتالي فإن أي محرر غير صادرة من طرف الأشخاص الذين عددهم المادة المذكورة أعلاه لا يعتبر رسمياً ، أما الأشخاص الذين عددهم المادة 324 من القانون المدني هم :

أ - **الموظف العام** : هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها و يتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها ، و يدخل في هذا المفهوم جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية و الخارجية ، الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية والإدارات ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي.

ب **الضابط العمومي** : هو كل شخص يعطي القانون هذه الصفة و نذكر على سبيل المثال لا الحصر من يعتبر من الضابط العموميين الموثق<sup>1</sup> المحضر القضائي<sup>2</sup>، المترجم، وحتى الموظف المكلف بالوظيفة القنصلية<sup>3</sup>.

ج- **الشخص المكلف بخدمة عامة** : وهو كل شخص يشغل منصبا ما بقوار إداري أو بمقتضي عقد سواء أكان مأجور أو غير مأجور، تابع الجهاز المركزي أو محل أو هيئه عامه تابعه للدولة أو كان يعمل تحت سلطه جهاز إداري، تم ذبحهم الخبراء فنيه وما يقومون به من قبل المحررات الرسمية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> حسب ما جاءت به المادة 03 من القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق (الجريدة الرسمية 14 لسنة 2006).

<sup>2</sup> حسب ما جاءت به المادة 04 من القانون 03/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006).

<sup>3</sup> حسب ما جاءت به المادة 28، 38 من المرسوم الرئاسي 405/02 متعلق بوظيفة القنصلية (الجريدة الرسمية رقم 79 لسنة 2002).

<sup>4</sup> الأستاذ: يحي بكوش، المرجع السابق، ص94.

أما المقصود بصدورها من احد هؤلاء الأشخاص هو إن يكون المحرر صادرا باسم الموظف أو موقع من طرفه ولا يشترط إن يكون محررا بيده، و معنى هذا الكلام إن ينسب المحرر لأحد هؤلاء الأشخاص.

### ثانيا : أن يتم تحرير الورقة في حدود سلطة الموظف

تشرط المادة 324 من القانون المدني السالفة الذكر بالإضافة إلى الشرط الأول أن يتم تحرير المحرر في حدود سلطة هذا الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمه عامه و في دائرة اختصاصه.

ومعنى أن يتم تحرير المحاضر في حدود سلطته حسب ما يراه الدكتور عبد الرزاق السنهوري هو أن يكون للموظف في الولاية الكاملة من حيث التحرير وأهلي من حيث عدم وجود مانع شخصي به وان يكون له اختصاص موضوعي من حيث نوع المحرر الرسمي، أما الاختصاص في الاقتصاد يكون على الاختصاص المكاني فقط<sup>1</sup>.

ونعني بالولاية أن يكون للموظف الولاية القانونية في تحرير هذه المحررات وذلك بان يكون تعيينه قانونيا فان كان غير معين أو تم عزله أو إيقافه عن العمل أو نقل فان المحرر يكون باطلا، بالإضافة إلى أن يكون أهلا لتحرير هذه المحررات.

كما يجب أن يكون مختص النوعية من خلال نوع المحررات الرسمية، القاضي يصدر الأحكام القضائية و الموثق في جذر العقود التوثيق وضابط الحالة المدنية مختص في تسجيل الولادات والوفيات.

أما أن يكون في حدود اختصاصه في المقصود به الاختصاص الإقليمي أو المكاني وهو ممارسه وظائفه في حيز مكاني محدد أو في دائرة اختصاص الهيئة الإدارية المحدد إما قانونا أو تنظيما.

<sup>1</sup>. الدكتور: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 122.

أ - اختصاصه من حيث الموضوع

طبقا للمواد 15. 16. 17 من قانون تنظيم مهنة التوثيق المؤرخ في 12/07/1988 فإنها تستوجب أن يكون الموظف أهلا لكتابه محرر ولا تتوفر في حاله من حالات التنافي الممنوعة قانونا وعليه لا يجوز للموثق توثيق محرر يخصه<sup>1</sup> شخصي أو تربطه و أصحاب الشأن فيه صلة مصاهره القرابة لغاية الدرجة الرابعة يكون هو طرفا فيها أو لأحد ذوي الشأن وبوجه عام التي تكون له مصلحة شخصيه مباشره في المحرر الذي يوافقته تحت طائلة البطلان.

كما انه يتعين إن يتحدد اختصاص الموظف بنوع العمل فلا يكون له أن يكتب محررا من غير المنوط به إصداره، فمثلا القاضي يغتصب كتابه الحكم الكاتبة فلا يجوز له إلا النسخ فقط والموثق يختص بجميع المحررات الواجبة الشهر وهذا ما جاء في قرار مجلس الدولة "حيث أن عقد البيع العقاري لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق"<sup>2</sup>، وله أيضا توثيق جميع التصرفات القانونية مهما كانت تبثها وفقا لإحكام قانون التوثيق، فيجوز له مثلا تحرير عقد الزواج وتسجيله في الحالة المدنية طبقا للمادة 18 من قانون الأسرة الجزائري. غير أن الوقائع المادية لا تدخل في اختصاص وولايته و إنما من اختصاص ضابط الحالة المدنية.

ب - اختصاصه من حيث الزمان

يجب أن تكون ولاية أو سلطه الموظف قائمه وقت تحرير المحرر الرسمي إذا كان قد عزله من وظيفته أو أوقف من عمله أو نقل منه فان ولايته لا يتول ولا يجوز له مباشرة عمله، ويكون المحرر الذي يحرره باطلا للإخلال بشرط من شروط صحته على انه إذا كان الموظف لم يعلم<sup>3</sup> بالعزل أو التوقف أو النقل أو انتهاء الولاية وذوي أيضا كانوا حسني النية لا يعلمون لذلك فان الورقة الرسمية التي يحررها الموظف من هذه الظروف تكون صحيحة عن الوضع الظاهر المصحوب بحسن النية لدى الموظف في هذه الحالة موظفا عن فعليا، إما إذا على من موظف أو

<sup>1</sup> الدكتور محمد حسين منصور - قانون الإثبات، مبادئ الإثبات وطرقه - دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة الطبعة 1998، ص 60.

<sup>2</sup> قرار رقم 210419، المؤرخ في 26/02/2000، عن مجلس الدولة الغرفة الثالثة، مشار إليه في كتاب حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، سنة الطبع 2004، ص 10.

<sup>3</sup> يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون الجزائري و فقه إسلامي مؤسسة وطنية للكتاب ط 2، ص 98.

الضابط العمومي في عزله أو توقيفها قانون من وظيفته واستمر مع ذلك في ممارسة أعمال وظيفته فان المحررات التي يحررها تصبح كمحرر عرفي إذا وقع عليها.

### ج- اختصاصه من حيث المكان

لا يكون في اختصاص الموثق من حيث الموضوع الذي يجب أن يكون مختصر من حيث المكان فلكل مكتب التوثيق دائرة معينة يقوم في حدودها موقف ب

توثيق الأوراق الرسمية التي يطلب إليهم توثيقها ونجد الاختصاص المكاني أن ما يقيد مكتب التوثيق وحده الموثقين من مباشرة عملهم خارج دائرة اختصاصهم أما صاحب الشأن فله حرية التقدم بمحرره إلى أي مكتب بتوثيقه عبر كامل التراب الوطني، وعليه فان بالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني فإنها إشارة إلى عبارة " اختصاصه " فهنا يثار التساؤل حول طبيعة الاختصاص المكان للموثق هل هو من النظام العام أم لا؟

هنا بالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري نجد أنها قررت لمصلحة من يتمسك بفحواها وبالتالي التنازل عن ما تتضمنه هو التمسك الاختصاص المكاني إذا تعدى الموفق حدود اختصاصه ولا يثيرها القاضي من تلقاء نفسها لا تتعلق بالنظام العام وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا انه " من المقرر قانونا الاختصاص الإقليمي للموثق ليس من النظام العام... ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه مخالفة القانون غير مؤسس " من هنا إذا عرض على القاضي المحرر الرسمي تجاوز فيه الموفق اختصاصه المكاني تعيين عليه البحث عن ما إذا كانت الرسمية للانقضاء وبالتالي لها من تلقاء نفسه أم للإثبات و التي تقتضي على الأطراف إثارتها<sup>1</sup>.

### - صفة الموظف

بالرجوع إلى نص المادة 324 من ق. م. ج " ... وذلك طبق الأشكال القانونية... " <sup>2</sup>. ونفهم من خلال نص المادة أن القانون يحدد لكل نوع من هذه المحررات الرسمية أشكال يتوجب على الموظف العام، أو المكلف بخدمه عامه أو إتباعها أثناء تحريرها للمحرر، ومن بينه الأشكال

<sup>1</sup>. قرار بتاريخ 1987/06/03، ملف رقم 49898، مجلة قضائية سنة 1990، عدد 3، ص36.

<sup>2</sup>. أمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، الممورخ في 1975/09/26 المعدل والمتمم، ت-05-10 المؤرخ في 2005/07/20، ج، عدد 44، 2005.

القانونية التي يجب توفرها في الكتابة الرسمية هي المحرر بشكل رسمي وكذلك توقيعها من قبل الأطراف، وهناك بعض العقود يشترط حضور الشهود، وهذا ما نجده في المواد 324 مكرر 1 إلى 3 124 مكرر 4 من قانون المدني الجزائري<sup>1</sup> و زيادة على ذلك تضمنت المواد 26، 27، 28، 29، لقانون التوثيق<sup>2</sup> تفصيل البيانات الواجب مراعاتها لتوثيق الأوراق الرسمية، ومن بينها أن تحرير العقود التوثيقية باللغة العربية في نص واضح وسهل القراءة دون اختصار أو نقص، وتكتب المبادئ و اليوم و الشهر و السنة التوقيع على العقد بالأحرف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، و كما يدرس في الوثيقة الأسماء والألقاب، وصفات الأطراف و مكان و زمان الإبرام، و تحديد الموضوع، وتعتبر الشروط سالفة الذكر المعيار لقيام صفة رسمية في المحررات، وبالتالي تخلف أحدهما يؤدي لا محالة إلى فقدان هذه الصفة في الأصل أن كل إخلال بشرط من هذه الشروط البطلان المحرر بواسطة محرر رسمي<sup>3</sup> إلا أن المادة 326 المكرر 2 من ق. م. ج تنص: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية ال ضابط العمومي أو انعدام الشكل لمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"<sup>4</sup>، فإذا فقد المحررات الرسمية بسبب تخلف احد الشروط، فإن ذلك لا يعني أنه فقد كل قيمته، فيقرر القانون في هذه الحالة انه أن لم يكتسب صفة الرسمية، كان له قيمة المحرر العرفي<sup>5</sup>، شرط أن يتم توقيع عليه من قبل في الشأن بإمضاء هم، أو أختامهم، أو ببصمات، أصابتهم، غير أنه إذا كان التصرف القانوني لا يمكن إثباته إلا بشكلية فإن هذه القواعد لا تجدي نفعاً باطلة بطلانا مطلقاً، وغير قابلة لان تتحول إلى ورقة عرفية.

### الفرع الثالث: سلطة الموظف

حدد المشرع الجزائري حجية المحرر الرسمي في المواد 324 مكرر 5 إلى المواد 324 مكرر 7 على النحو التالي: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجية حتى يثبت تزويره..." المادة 324 مكرر 6 تنص: " يعتبر العقد الرسمي حجه لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة

<sup>1</sup>. أمر رقم 58-75 المتضمن المتضمن القانون المدني المعدل ، المرجع نفسه.

<sup>2</sup>. قانون 02-06 المتعلق بمهنة الموثق.

<sup>3</sup>. رضا المزغني، أحكام الإثبات، معهد الإدارة العامة المملكة العربية السعودية، 1985، ص186.

<sup>4</sup>. الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>5</sup>. Muriel (fabre-magnan), introduction général au droit,(cours et méthodologie), 1ere édition, presses universitaire de France, prisn 2009,p242. Un acte qui ne peut etrequallifié d'authentique en raison de certains vices, peut etre valoir comme acte sous seing privé.

وورثتهم وذوي الشأن ... " وتنص المادة 324 مكرر 7 : " يعتبر العقد الرسمي حجية بين الأطراف حتى ولو لم يعتبر فيه إلا بيانات على سبيل الإشارة، شريطه أن يكون ذلك علاقة مباشرة مع الإجراء..."<sup>1</sup> ، ويتضح من هذه النصوص مجتمعة ما تتوفر المحرر الرسمي الشروط المطلوبة و كان مظهره الخارجي ناطقا برسميته، قامت قرينه قانونيه على سلامته من الناحية المادية و من حيث صدوره من الأشخاص الذي وقع عليه.

#### الفرع الرابع: اختصاص الموظف

من خلال نصوص المواد 324 مكرر 5: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره... " ، كذلك المادة 324 مكرر 6 التي تنص: "يعتبر العقد الرسمي حجية المحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن... " وتنص المادة 324 مكرر 7 على: "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى لو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء..."<sup>2</sup> ، وضع المشرع الجزائري قاعدة عامه مفادها أن المحرر الرسمي حجة على الناس كافة ، أي فيها بين المتعاقدين وكذلك في مواجهة الغير<sup>3</sup> ولا يجوز لذوي الشأن أول غير نقض الحجية الرسمية للمحرر إلا بإثبات التزوير بالطرق المقررة قانونا<sup>4</sup> أما إذا كان ما يراد نقضه من البيانات التي تثبت له صفة الرسمية، أما لأنه صادر من ذوي الشأن أو لأنه صادر من الموظف في العام ولكن خارج حدود اختصاصه فان هذه البيانات يمكن إثباتها عكسها بالطرق العادية.<sup>5</sup>

وقد منح المشرع الجزائري للقاضي سلطه إسقاط الرسمية على المحرر أو دعوة الموظف الذي حرره بسؤال في حاله ملاحظه شطب أو تحشير أو غير ذلك من العيوب المادية وهذا ما يتعلق بالمحرر ذاته أما بالنسبة للتصريحات ذوي الشأن فان حجيتها لا تنقرر إلا بالنسبة لهم وخلفائهم سواء كان خلفا عاما او خاصا فيجب على من يدعي منهم عدم صحة ما ورد في تلك

<sup>1</sup> الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>2</sup> الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع نفسه.

<sup>3</sup> محمد حسين قاسم، الإثبات في المواد المدنية والجزائية، دار الجامعة للنشر والطباعة، لبنان، 2003، ص139.

<sup>4</sup> محمد الكيلاني، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص53.

<sup>5</sup> أحمد شوقي محمد عبد الرحمان، الدراسات البحثية في قانون الإثبات في الفقه والقضاء المصري والفرنسي، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2007، ص55.

التصريحات أن يثبت ذلك، أم الغير الأجنبي فهو كل شخص من غير ذوي الشأن وخلفائه فلا تكون التصريحات ذو الشأن حجة عليهم إذا أنكر صحتها دون حاجه أن يثبت ذلك وإذا رغبه في إثبات عكس مضمونها فيكون بكافه طرق الإثبات، مثل الشفيع الذي هو شخص ثالث من عقد البيع في العقد اتجاه يعتبر واقعه ماديه له أن يثبتها بكافه طرق الإثبات<sup>1</sup> بعد ما يذكره الموظف الرسمي انه شهادة أو سمعه بنفسه عند تنظيم المحرر الرسمي والتي لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن وبالتزوير.

المحرر الرسمي كل ما دون فيه من أمور التي قام بها محرره في حدود المهمة الموكلة له، أو وقعت من أصحاب الشأن في حضوره يكون حجه ما لم يثبت تزويره بجميع الطرق التي حددها القانون، ولهذا فان بيانات المحرر الرسمي تختلف باختلاف الوقائع ولهذا يجب التفرقة بين نوعين من البيانات التي يحتويها المحرر الرسمي<sup>2</sup>.

البيانات الصادرة من موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة تفوض لها حجية مطلقة على كافة الناس، ولا يمكن إنكارها إلا عن طريق التزوير، هناك بعض البيانات والوقائع يقوم الموظف بتدوينها في حدود سلطته و اختصاصه كتاريخ الورقة، ومع رفقا أهلية وتوقيع ذوي الشأن والتأكد منها، ولا بد أن تحتوي على توقيع الموثق<sup>3</sup>، وكما هناك نوع ثاني من البيانات وهي التي صدرت من موظف عام وكتبها بنفسه أو تم هاته الأمور والوقائع من أصحاب الشأن في حضوره وتمت أمام أعينه تكون حجة مطلقة<sup>4</sup>.

هذا ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا فيما يخص بالمعاينات التي قام بها الموثق نفسه، ولما كان ثابتا في قضية الحال، أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل مع الورثة الرئيسيين بتعمد من المدنيين فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع، ومن ثمة فإن

<sup>1</sup> إلياس أبو عبيد، نظرية الإثبات في أصول المحاكماتاغلمدية والجزائية، الجزء الأول، د.ط، 2005، ص151.

<sup>2</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص63.

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص ص 58-59.

<sup>4</sup> محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص64.

قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قراراتهم تسببياً كافياً ومنه يستو جب النقض<sup>1</sup>.

إن البيانات الصادرة من أصحاب الشأن والمدونة من موظف عام وفق لإقراراتهم دون اللجوء إلى التأكد من صحتها، يكمن إثبات عكسها وفق للطرق المقررة قانوناً دون اللجوء إلى الط عن بالتزوير، باعتبار الطعن بالتزوير يكون فقط في حالات الطعن في صحة البيانات المدونة فقط، وفي حالة ما إذا تم كتابة هذه البيانات في ورقة رسمية وأثبتت كتابة في هذا المحرر فلا يجوز لأصحاب الشأن إثبات عكسها إلا بالكتابة أو مع استكمال البيانات أو بلقرائن<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: صور الورقة الرسمية في إثبات بيع العقار

أسندت لمكاتب التوثيق حفظ أصل المحرر الرسمي ويعطي لذوي الشأن صوراً رسمية منه، والقاعدة أن الحجية لا تكون إلا للنسخة الأصلية حيث أنها هي التي تحمل توقيعات صادرة من الموظف العام أما الصورة فلا تحمل توقيعات وهي التي صدرت من موظف عام فتعد ورقة رسمية ولكن رسميتها تكمن في أنها صورة لا في أنها أصل ولهذا يجب التمييز في حجية صور المحررات الرسمية إذا كان الأصل موجود أو غير موجود.

### الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية في حالة وجود الأصل.

بالرجوع إلى نص المادة 325 من ق.م.ج: " إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فيها ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل."<sup>3</sup> نستخلص من نص المادة أن الصورة الأصلية سواء كانت الصورة خطية أو فوتوغرافية، ولكن اشترط مطابقة الصورة للأصل لتتحصل على نفس حجية الأصل، وليس المقصود بمطابقة الصورة للأصل أن تكون الصورة الرسمية مباشرة من الصورة

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 148561 المؤرخ في 30 أبريل 1997، مجلة قضائية، العدد 2، 1997، ص 47.

<sup>2</sup> عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 202.

<sup>3</sup> الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

الأصلية بحيث اكتفي بأن تكون الصورة رسمية فحسب ومطابقة للأصل<sup>1</sup>. وإذا نازع أحد الطرفين في هذه الصورة يتعين على المحكمة أنت تراجع الصورة عن الأصل وهذا حتى تتحقق من مطابقتها للأصل، بحيث تكون لها نفس حجية الصورة الرسمية (للأصل)<sup>2</sup>.

**الفرع الثاني: حجية الورقة الرسمية في حالة عدم وجود الأصل.**

تنص المادة 326 من ق.م.ج على هذه الحالة حيث جاءت كما يلي: " إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجية على الوجه الآتي: يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية، حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها، إما يأخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف"<sup>3</sup>.

**الفرع الثالث: حجية نسخة طبق الأصل من الصورة الأصلية**

نتعرض في هذا الفرع إلى الحالات المتعددة لنسخ طبق الأصل من الصورة الأصلية في إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة .

### 1 - حالة الصورة الأصلية المأخوذة من الأصل:

إن هذه الحالة تفرض وجود صور مأخوذة من الأصل مباشرة وسواء كانت هذه الصورة الرسمية تنفيذية من الأصل مباشرة ووضعت لها صيغته تنفيذية أو كانت غير تنفيذية، بحيث تعتبر مثل الصور الأصلية لكونها مأخوذة من الأصل مباشرة بمجرد التوثيق وهذه الصورة لا تعطي لأصحاب الشأن ويمكن أن تعطي للغير و يمكن أن تعطي للغير ولكن بعد إذن من المحكمة<sup>4</sup>، وفي هذه الحالة تعد الصورة المنقولة من الأصل الضائع حجية على هذا الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بأي شكل في مطابقة الأصل.

<sup>1</sup>. سفيان خالي، الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة السابعة عشر 2009، ص 34.

<sup>2</sup>. عبد الحميد الشواربي، التعسف الموضوعي على قانون الإثبات، د.ط منشأة المعارف، الإسكندرية، 2002، ص 96.

<sup>3</sup>. الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المرجع السابق.

<sup>4</sup>. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، د.ط، الدار الجامعية للنشر والطباعة، لبنان، 2003، ص 150.

## 2- الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية:

إن هذه الصورة صورة رسمية صادرة عن موظف عام، وتكون منقولة عن الصورة الأصلية، لا عن الأصل مباشرة وسواء أكانت الصورة خطية أو فوتوغرافية وتكون لها نفس حجية الصور المأخوذة من الأصل، بحيث جعل لها المشرع حجية الأصل متى كانت الصورة الأصلية المأخوذة منها موجودة حتى يمكن مراجعتها في حالة نزاع أحد الخصوم في صحتها، وبذلك يستوجب إحضار الصورة الأصلية المأخوذة منها موجودة حتى يمكن مراجعتها في حالة نزاع أحد الخصوم في صحتها، وبذلك يستوجب إحضار الصورة الأصلية لإجراء مضاهاة بينهما، بحيث أن المشرع منح قرينة مفادها أن للصورة الرسمية حجية الصورة الأصلية، ولكن هذه القرينة تزول بمجرد المنازعة وكما أن حجية هذه الصورة غير مستمدة من ذاتها، بل هي مستمدة من الصورة الأصلية المأخوذة عنها، وفي حالة ما إذا كانت الصورة مطابقة كانت لها حجية الأصل، وإن كانت غير مطابقة استبعدت هذه الصورة، واحتفظ بالصورة الأصلية وهي التي تكون لها الحجية.

ولذلك إذ فقدت الصورة الأصلية و الأصل أيضا مفقود لا تكون لصورة المأخوذة عنها حجية عند المنازعة ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس في حين يرى الدكتور حسين منصور أنه يمكن اعتبار الصورة الرسمية إذ لم تطابق الصورة الأصلية مجرد مبدأ ثبوت الكتابة إذ توفرت شروط ذلك وهذا ما لا يتوفر بالفعل كوجود سند سابق كامل فهنا الصورة الرسمية الأصلية ليست سندا كاملا حتى تعتبر الصورة الرسمية المأخوذة عنها بمبدأ ثبوت الكتابة.

## 3- الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية:

إن هذه الصورة تنقل عن صورة رسمية غير أصلية، فهي غير منقولة عن الأصل، مباشرة بل هي صورة تالفة للأصل بحيث تعتبر بالنسبة للأصل صورة الصورة، وكما أن هذا النوع من الصور لا يكون له حجية الأصل و لا يمكن أن يعتد به إلا في حالة الاستئناس، و هذا تبعا للظروف، فهي مجرد قرائن بسيطة أي القاضي يقوم باستخلاص منها فقط.

### المبحث الثاني: التسجيل و الشهر في بيع العقار المملوك ملكية خاصة.

بعد صدور قانون التوثيق إشتراط المشرع الشكل الرسمي من أجل إثبات جميع المعاملات الخاصة بالعقار بالإضافة إلي ضرورة تسجيل هاته المعاملات و شهرها لإعلام الغير و إعطائها حجية أكثر لضمان سيرورة المصالح سواء الخاصة بالإدارة أو الموطن

#### المطلب الأول: إجراءات التسجيل واصنافه

التسجيل من الإجراءات اللاحقة لبيع العقار و ذلك لتسجيل التغيرات الطارئة عليه و كذا لدفع الرسوم الخاصة بذلك لإنعاش مداخل الخزينة

#### الفرع الأول: مفهوم وإجراءات التسجيل

التسجيل: l'enregistrement هو إجراء قانوني يفرضه القانون على كل التصرفات الرسمية ، لاسيما منها الواردة على عقارات أو حقوق عينية عقارية. كما يفرض التسجيل على العقود والاتفاقات الرسمية (والعرفية استثناء) وتستوفي بموجبه ضريبة تسمى رسم التسجيل ، وهو عبارة عن مبلغ مالي محدد بموجب قوانين المالية والتسجيل ، يدفع لصالح الخزينة العمومية. ويمكن تعريفه بأنه إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الإجراءات والتصريحات والتصرفات سجلات رسمية، بشرط دفع حقوق أو رسوم مالية محددة قانونا لفائدة الإدارة المكلفة لهذه المهمة.

وعرف أيضا بأنه : " عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ إثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل<sup>1</sup>.

والغرض من عملية تسجيل العقود الرسمية تمكين إدارة الضرائب من مراقبة و متابعة جميع التحويلات في الملكية خاصة العقارية وإعادة تقويمها وتحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عليها . ويترتب عن القيام بإجراء التسجيل هذا ضمان حفظ المحررات والاتفاقات الرسمية، كما أنها تؤدي إلى اكتساب العقود العرقية تاريخا ثابتا بمجرد تسجيلها في المصلحة المعنية.

<sup>1</sup> .- رمول خالد، وأدوة آسيا: الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، سنة 2008، ص19.

أما بالنسبة المحررات والاتفاقات النسبة ولو أنها تسجل في سجلات إيداع خاصة بها، فإنها لا تحتاج لإجراء التسجيل من أجل ثبوت تواريخها بسبب صبغتها الرسمية. سواء كانت صادرة عن موثق (محررات توثيقية) أو صادرة عن جهة إدارية أو قنصلية أو عن جهة قضائية. ويعتبر إجراء التسجيل صحيحا فيما يخص تعيين أطراف العقد أو الإتفاق أو المحرر، وتحليل بنوده، ما لم يثبت عكس ذلك. أما بالنسبة لحجية التسجيل كإجراء جبائي، فإنه لا ينهض دليلا قاطعا أو حجة كاملة بالنسبة لأطراف العقد، كما لا يعتبر لو حده حتى بداية حجة كتابية. ويقوم بهذا الإجراء موظفو أو مفتشو التسجيل، بناء على سعي من الطرف المعني، من خلال تدوين العقد في سجل رسمي خاص مقابل دفع رسوم جبائية تخص الطابع التسجيل وان جميع السندات بمختلف أنواعها تخضع لرسم الطابع<sup>1</sup>، وإن كان رسم الطابع محددًا وثابتًا، فإن رسم التسجيل يختلف كونه يحدد عادة على أساس العقار المصرح به<sup>2</sup>.

ويجب التنبيه بدائي أنه لا يمكن تسجيل العقد أو التصرف إلا بعد توثيقه. فمرحلة التسجيل إذن تتوسط مرحلتين مهمتين هما: مرحلة التوثيق ال تي تتم بمعرفة الموثق و مراحل الإشهار ال تي يتولاها المحافظ العقاري. وتطبيقا لنص المادة 28 من قانون التسجيل فإن الموثق يتولى تحصيل الرسوم والحقوق المالية

بمختلف أنواعها لصالح الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها. ويقوم بدفعها أو صبتها مباشرة لدى قيضات الضرائب المختصة<sup>3</sup>. فتسجل التصرفات، لاسيما منها ذات الطبيعة العقارية، الهدف الأساسي منه هو طابع مالي، فحقوق التسجيل تعتبر من أهم الضرائب التي تعتمد عليها خزينة الدولة، الذي تسعى من خلا لها تمويل مواردها حتى يتمكن من مواجهة نفقاتها المحدودة من أجل تسيير المرافق العمومية.

<sup>1</sup>. قرار مجلس الدولة - الغرفة الثانية بتاريخ 20/07/2004، ملف رقم 11956، منشور بمجلة مجلس الدولة، سنة 2005، العدد 07، ص 102.

<sup>2</sup>. ينظر المادة 113 وما بعدها من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم (تعديل سنوي بموجب قوانين المالية). منشور بالجريدة الرسمية العدد 81، في 18/12/1977، ص 12.

<sup>3</sup>. الأستاذ الموثق حمان بكاي: العقد التوثيقي الإجراءات المراحل التي يمر بها، مقال منشور بمجلة الموثق، ج 2، العدد 11، سنة 2004، ص 31 وما بعدها.

كما أن عملية التسجيل تسمح أيضا للدولة من إحصاء التصرفات والممتلكات واثراء خزينة الدولة وبالتالي تساهم في تطوير الاقتصاد وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية<sup>1</sup>. وفي المقابل فإن بعض المحرر أو العقد أو الاتفاق وتاريخه، ولو كان المحرر معيبا شكلا، بمعنى أن التسجيل يحفظ العقد فقط لا الحق موضوع العقد.

ويتخذ التسجيل في التشريع الجزائري طابعا إجباريا. مع مراعاة بعض الإعفاءات القانونية في بعض التصرفات. وهي على كل إعفاء من دفع رسوم، وليست إعفاء من إجراء التسجيل يحد ذاته.

والهيئة التي تتولى القيام بإجراء التسجيل وقبض رسوم التسجيل هي مفتشية التسجيل والطابع. وهي هيئة عمومية تابعة لمديرية الضرائب الولائية الخاضعة هي الأخرى لوصاية وزارة المالية<sup>2</sup>، وهذا على خلاف إجراء الأشهار العقاري الذي تقوم به المحافظة العقارية في طائفة محددة من الوثائق ذات الصلة بملكية العقارية أو بالحقوق العينية العقارية. وهنا يظهر الفرق بين الدور الذي يقوم به مفتش التسجيل والهور الذي يقوم به المحافظ العقاري<sup>3</sup>.

الإعفاءات الجبائية والامتيازات الممنوحة لبعض الهيئات في مجال التسجيل أملت اعتبارات المصلحة العليا للدولة والمنفعة العامة واعتبارات اجتماعية في بعض الأحيان.

<sup>1</sup> للمزيد من التفاصيل ينظر:

بوقرة العمرية: تسجيل العقارات لدى مفتشية التسجيل والطابع، مذكرة لنيل شهادة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدية، سنة 2007، ص12.

<sup>2</sup> ينظر المرسوم التنفيذي رقم 327/06 الممضي في 18 سبتمبر 2006 الذي يحدد تنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وإختصاصاتها.

منشور بالجريدة الرسمية العدد 59، مؤرخة في 26/09/2006، ص06. وينظر القرار الوزاري رقم 312 الممضي من طرف وزير المالية في 14 يوليو 1999 المتضمن إحداث مفتشية التسجيل والطابع والمواريث والبطاقية وتحديد إختصاصها الإقليمي.

منشور بالجريدة الرسمية العدد 54، مؤرخة في 11/08/1999، ص16. ينظر القرار الوزاري المشترك الممضي في 21 فبراير 2009 المحدد لتنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وصلاحياتها. منشور بالجريدة الرسمية العدد 20، مؤرخة في 29/03/2009، ص11.

<sup>3</sup> عملية الإشهار تتم أيضا بموجب رسم يتولى تحصيله المحافظ العقاري، تطبيقا لنص المادة 14/353 من قانون التسجيل التي جاء فيها: "يكلف المحافظون العقاريون ورؤساء مكاتب المحافظة بتحصيل رسم الإشهار العقاري".

ينظر القرار الوزاري (وزارة المالية) المؤرخ في 25 ماي 2009 الذي يحدد المبالغ الواجب دفعها للخزينة العمومية عن الحقوق المحصلة مقابل خدمات توديعها المحافظات العقارية.

منشور بالجريدة الرسمية العدد 40، مؤرخة في 08/07/2009، ص17.

وإضافة إلى الدور الجبائي التمويلي الذي تلعبه عملية تسجيل العقارات وسائر التصرفات المدنية والتجارية. وهو دور أساسي، هناك أهمية قانونية، بما أن إجراء التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية، كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن رسوم العقود تستخلص قبل إتمام إجراء التسجيل، وهذا تطبيقاً للمادة 82 من قانون التسجيل التي تنص: " إن رسوم العقود أي يجب تسجيلها، تستخلص قبل اتهاام الإجراءات....."

وعادة ما يتولى الموثقون، نيابة عن الأطراف المعنية، مهمة الاتصال بمصالح التسجيل والطابع من أجل السعي لتسجيل العقود التوثيقية، مع ضرورة دفعهم مسبقاً لحق تناسي يدفع للخزينة العمومية (زيادة على أتعاب الموثق) يمثل رسم التسجيل، مع حق آخر يمثل رسم الطابع، ويضاف هذا المبلغ إلى مصاريف الإشهار العقاري. مع ال فلو ق أن مصاريف توثيق العقود تعود للموثق أما رسوم الطابع والتسجيل والإشهار فتعود إلى الخزينة العمومية.

كما أن السعي لإجراء التسجيل لدى المصالح المؤهلة يناط أيضاً بالمحضرين القضائيين ومحافظي البيع بللمزاد العلني وبأئتمنلت ضبط المحاكم والمجالس القضائية.

ويلزم مفتشو التسجيل والضرائب المكلفون بإتمام عملية التسجيل بالاحتفاظ في أرشيف مصلحة التسجيل بأصول العقود، الرسمية منها أو العرفية التي سبق تسجيلها المدة الكافية، قصد استخراج نسخ منها مشهود بمطابقتها للأصل، كلما طلب ذلك أحد الأطراف أو من ينوب عنهما، أو بناء على أمر صادر عن جهة قضائية أو إدارية.

### الفرع الثاني: أصناف رسوم التسجيل

رسوم التسجيل هي عبارة عن مبالغ مالية أو جبائية شبيهة بالضريبة غير المباشرة. يحددها التشريع المالي، تحصل من طرف الموثقين و المحضرين القضائيين ومحافظي البيع بالمزاد والإدارات المختصة وكتاب الضبط. وتستوفي حقوق التسجيل إما بناء على رسم نسبي أو رسم ثابت، وهي على كل مصادر مالي للدولة تساهم دون شك في الرفع من الموارد العامة وإثراء الخزينة العمومية. فطبقاً لقانون التسجيل نجد أنه ينص على نوعين من رسوم التسجيل: فقد تكون ثابتة يحددها المشرع أو نسبية (تصلعية) تبعا لاختلاف قيمة العين أو الشيء محل العقد المراد تسجيله. وفي هذا الصدد نصت المادة الثانية من قانون التسجيل:

" تكون رسوم التسجيل ثابتة أو نسبية أو تصاعديتبعاً لنوع العقود ونقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم .

**فرسوم التسجيل الثابتة:** تطبق على العقود التي لا تثبت نقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع لمدة الحياة أو لمدة غير محددة لأموال منقولة أو عقارية ولا تتعلق بحصة في شركة ، ولا قسمة أموال منقولة أو عقارية، وبصفة عامة يطبق هذا الرسم على جميع العقود الأخرى التي تقدم طواعية لإجراء التسجيل، حتى ولو كانت معفاة منه.

ويحصل هذا الرسم حسب المعدلات المحددة بموجب المادة 206 والمواد من 208 إلى 212 من هذا القانون<sup>1</sup>.

**فالرسوم الثابتة** تكون فيها الحصة ثابتة بالنسبة لجميع العقود التي لا تتضمن أحكاماً من شأنها تحصيل الرسم النسبي أو التصاعدي<sup>2</sup>.

**أما رسوم التسجيل النسبية أو التصاعدية** فهي مقررة في حال نقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بأموال منقولة أو عقارية. سواء بين الأحياء أو بعد الوفاة ، وكذلك بالنسبة للعقود المشار إليها في المادة 221 أدناه والعقود المثبتة إما لحصة في شركة أو قسمة أموال منقولة أو عقارية. وتجدر الإشارة إلى أن قانون التسجيل، وزيادة على الرسوم السابقة الذكر ، يفرضه رسماً على نقل

**الملكية العقارية أو حق الانتفاع** بملأك عقارية: بمقابل مالي قيم خمسة بالمائة (5 ٪)، يتحملها طرف البيع بالتضامن. سواء تمت عملية التنازل عن طريق مزايدات أو عن عمليات البيع وإعادة البيوع والتنازلات.....<sup>3</sup> ، غير أن الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية الإدارية معفية بقوة القانون من الرسم، وهذا تطبيقاً لنص المادتين 271 و 272 من قانون التسجيل.

<sup>1</sup>. ينظر المادتين 3 و 4 من الأمر رقم 105/76 المتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم.

<sup>2</sup>. تنص المادة 58 من قانون التسجيل: "العقود الموثقة التي تفتح الحق في الرسوم الثابتة تقدم من أجل تأشيرة التسجيل خلال الشهر الذي يلي شهر اعداد هذه العقود..."

<sup>3</sup>. ينظر المادة 252 من قانون التسجيل، المعدل والمتمم.

مع الإشارة إلى أن المشرع، وبموجب المادتين 08 و 09 قانون المالية التكميلي لسنة 2011، أعفى من حقوق التسجيل ومن رسم الملكية الإقتناءات العقارية، وكذا عقود تأسيس الشركات المنشئة من قبل فئة الشباب ذوو المشاريع المدعمة.

كما تعفى جزئياً بعض الإستثمارات الأجنبية بصفة مؤقتة من رسوم التسجيل.

أما في حالة بيع عقارات في حالة الشيوع: التي تعذرت قسمتها عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قسمة المال المراد قسمته لبيع في الم زاد العلني فيخضع لرسم عقاري يحدده معدله بثلاثة بالمائ ( 3 % ) إذا تمت العملية لحساب أشخاص الغير المشتركين في الشيوع. وتخفض النسبة إلى نسبة ( 1.5 % ) في حالة ما إذا تمت عملية الاقتناء من طرف أحد الشركاء في الشيوع، طبقا لنص المادة 230 من قانون التسجيل.

وهذا يعني أن التصرفات الخاضعة لرسم نسبي يترتب عنها ارتفاع تعريفه الرسم يتضاعف القيمة، تبعا لنوع للعقود، وبالمقابل فإن الرسوم النسبية لعقد تحدد بنسبة ثابتة للقيم المذكورة للعقود. عندما يتضمن عقد تدبيرين مختلفان في التعريف و لكن، نظرا لإرتباطهما، ليس من طبيعتهما أن يترتب عنهما الحق في تعدد الرسوم، فإن التدبير الذي يكون أساسا لتحصيل الرسم هو التدبير الذي يتضمن التعريف القسوي<sup>1</sup>.

وفي التصرفات الواردة على عقار تحسب رسوم التسجيل<sup>2</sup> على أساس قيمة العقار المصرح به. وفي حالة الشك في قيمة العقار يجوز لمفتشي مصالح التسجيل إعادة تقييم العقار، كما يمكن تعيين خبير عقاري تسند له عملية التقييم العقاري<sup>3</sup> وتكون مصاريف الخبرة على عاتق المكلفين يدفع رسوم التسجيل (المصرحين أو أطراف العقد بالتضامن).

وفي حالة التصريحات الكاذبة يجوز اللجوء إلى المتابعة الجزئية على أساس التصريحات الكاذبة أو على أساس الغش الضريبي.

ويجيز القانون لمديرية الضرائب إجراء تسوية ودية مع المعني قبل رفع الإجراء إلى القضاء.

ينظر الأمر رقم 03/01 المؤرخ في 20 أوت 2001 المتعلق بتطوير الإستثمار، المعدل والتمم. منشور بالجريدة الرسمية العدد 47، مؤرخة في 2001/08/22، ص 04.

<sup>1</sup> ينظر المادة 5 من قانون التسجيل.

<sup>2</sup> ينظر الأمر 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> قضى مجلس الدولة بأن عقود نقل الملكية العقارية بدون عوض تخضع لرسوم التسجيل، ولكن لا تخضع لإعادة التقييم، طبقا للمادة 236 من قانون التسجيل، المعدل والمتمم.

قرار الغرفة الثانية بتاريخ 2001/02/05، ملف رقم 198371. منشور بمجلة مجلس الدولة، سنة 2003، عدد خاص، ص 108.

وتعفى من مصاريف التسجيل و التصرفات العقارية التي تتم لصالح الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري ، وكذا قرارات نزع الملكية للمنفعة العامة و أيضا التصرفات التي يتم لصالح الجمعيات الثقافية. ولصالح الأوقاف...

ويحدد الأساس الضريبي وفقا للسعر المعبر عنه في العقد بالإضافة إلى تكاليف حق الاتفاق والأشغال التي يستفيد منها العقار مباشرة.

**أما بالنسبة لعقد المقايضة :** أي مبادلة عقار بعقار أو عقار بمنقول أو منقول بمنقول. فإنه في حالة مبادلة عقار بعقار ذوي قيمة متساوية أو مبادلة عقارات ذات قيمة غير متساوية فتخضع التبادلات لحق نسبي قدره 2.5 % .

أما إذا كانت قيمة العقارات غير متساوية يحصل أيضا الحق الخاص على التحويلات بمقابل عن الفارق أو الفائض طبقا لنص المادة 226 من قانون التسجيل.

**أما في حالة تبادل عقار بمنقول :** فإن الأموال العقارية هي التي تعتبر أملاك مباحة. أما الأموال المنقولة فتكون الثمن. إذا كانت قيمة الأموال العقارية هي الأعلى فإنها تستعمل كأساس لتصرفية حق التحويل بعوض للعقار، أي تخضع لمعدل قدره 5%.

غير أن الرسوم المطبقة في حالة المبادلة بالنسبة للعقارات الموجودة في المناطق الريفية أو التي تكون الدولة طرفا فيها فإنها تسجل هذه العقود مجانا، تطبيقا لنص المادة 271 من قانون التسجيل. وزيادة على رسوم التسجيل فإن المشرع كان يلزم أطراف عقد بيع العقار (بعد سنة 2010 وقبل سنة 2011 بأن يودعوا نصف الثمن (5%) من قيمة العقار المراد التصرف فيه بالبيع بحسب المبلغ المصرح به للمبيع<sup>1</sup> بخصوص التصرفات المتضمنة نقل كامل الملكية لقاء عوض أو نقل ملكية الرقيب أو عقود الانتفاع لعقارات أو حقوق عقارية وكذلك التصرفات المتعلقة بنقل ملكية المحلات التجارية.

<sup>1</sup>. ينظر المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة والمتممة بمقتضى المادة 11 من القانون رقم 01/10 المؤرخ في 26 أوت 2010 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010. منشور بالجريدة الرسمية العدد 49، مؤرخة في 29/08/2010، ص 03.

كما تسري هذه الإجراءات على العقود المتعلقة بالشركات التجارية من تأسيس وتعديل في رأسمالها، أو التنازل عن حصص أو أسهم أو سندات..... غير أن بعد صدور قانون المالية التكميلي لسنة 2011 أعيد العمل بنظام الخمس ( 5/1 ) الذي كان معمولاً به من قبل، مع إدخال بعض التغييرات الطفيفة على ن ص المادة 258 من قانون التسجيل. وبموجب هذه التعديلات الأخيرة أصبحت المادة 258 من قانون التسجيل تقضي بما يلي<sup>1</sup>: يجب أن يدفع لزوماً خمس (5/1) ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل كامل الملكية لقاء عوض أو ملكية الرقباء أو الانتفاع لعقارات أو حقوق عقارية.

ويرفع مبلغ الإيداع إلى نصف (2/1) الثمن إذا كان أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً أو في حالة نقل ملكية المحلات تجارية أو الزبائن. وكذلك، فإن دفع نصف (2/1) الثمن بمرأى وبين يدي الموثق محرر العقد إلزامي في جميع القسومات أو في جميع العقود أو العمليات التي من آثارها المنح بالي وسهولة كانت لشريك أو لشخص ثالث الملكية بكامله أو ملكية الرقباء أو حق الانتفاع لعقارات أو محلات تجارية تابعة لأموال الشركة.

كما تخضع لإلتزامات إيداع نصف (2/1) الثمن مبلغ عقود تأسيس الشركة ذات رأسمال أجنبي. وتطبق هذه التدابير على العقود بمبلغ نصف (2/1) الثمن على العقود المتضمنة التنازل عن أسهم أو حصص في الشركة، وعلى العقود المؤسسة أو المعدلة لشركات، باستثناء العقود أو العمليات المتضمنة الزيادة في رأسمال شركة عن طريق دمج الاحتياطات والأرباح.

1 - إذا كان الثمن أو جزء من الثمن قابلاً للدفع عند أجل، فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين

يدي الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل، حسب الحالة، خمس ( 5/1 ) أو نصف ( 2/1 ) ثمن نقل الملكية الذي يجب أن يحرر لزوماً.

2 - إن الموثقين والموظفين العموميين و المودعين الآخرين الذين تلقوا الأموال الممثلة لخمس

(5/1) أو نصف ( 2/1 ) ثمن نقل الملكية كإيداع لا يمكنهم التخلي عن الأموال إلا ضمن

<sup>1</sup>. ينظر المادة 07 من القانون رقم 11/11 المؤرخ في 08 جويلية 2011 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011 المعدلة للمادة 256 من قانون التسجيل. منشور بالجريدة الرسمية العدد 40، مؤرخة في 20/08/2011، ص 03.

القواعد المنصوص عليها في المادة 388 من قانون الضرائب المباشرة و الرسوم المماثلة...إلى البائع بناء على التماسه .

وتودع مبالغ التسجيل لدى الموثق، لأنها تعتبر بمثابة ضمان قانوني لأية ديون لصالح الخزينة العمومية. وه ذا النص ليس قاصرا على التصرفات الواردة على العقارات ، بل أيضا على التصرفات الواردة على المنقولات، وبالخصوص التصرف في المحلات التجارية والتنازل عن الأسهم والسندات أو الحصص في الشركات أو تأسيس الشركات وزيادة رأسمالها ..... ونشير إلى أن رسوم التسجيل للمشتري طالع قانونيا إجباري، وبالتالي لا يمكن إعفاء أي شخص منها من طريقه مفتش التسجيل، دون وجود نص يقرر ذلك، إذ لا يمكن المفتش أي سلطة تقديرية في هذا المجال. كما لا يمكن الإنقاص من الرسم أو الزيادة فيه. ولا يمكن لأحد أن يخفض من قيمة الرسم ولا أن يؤجله تحت ذريعة النزاع في العقار أو النزاع في خصص التركة، غير أنه في حالة الخطأ في حساب الرسوم فيمكن استدراكها أما بلستدعاء المكلف لتكملة الناقص أو إرجاع ما زاد من رسوم غير مستحقة لصاحبه.

### المطلب الثاني : أثر العقد على انتقال الحق العيني وموقف المشرع الجزائري

#### الفرع الأول:أثر شهر العقد على تحديد وقت إنتقال الحق العيني العقاري.

انقسم الفقه والقضاء في هذا الشأن إلى رأيين رأي يقول بالأثر الرجعي للشهر أي أن انتقال الملكية يكون من وقت انعقاد عقد البيع ورأي يقول بالأثر الفوري له أن انتقال الملكية يكون من وقت الشهر هذا ما سنتناوله في نقطتين على التوالي<sup>1</sup> .

#### أولا: الرأي القائل بالأثر الرجعي للشهر.

ذهب بعض الفقه إلى القول بالأثر الرجعي للشهر أي الانسحاب أثر الشهر إلى تاريخ إبرام العقدة ولقن ساق أصحاب هذا الرأي العديد من الحجج التي تستند على اعتبارات قانونية وعملية<sup>2</sup> فمن الناحية القانونية يذهب هذا الرأي إلى أن القول بأن الأثر الرجعي يؤدي إلى تمكين المشتري من

<sup>1</sup> منقول: أناد بوشناقفة (جامعة يحي فارس – المدية الجزائر).

<sup>2</sup> انظر الدكتور ياسين محمد يحي، نظام السجل العيني، أثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، 1982، 138.

التصرف في العقار قبل أن يقوم بشهر عقد البيع كما أن القول بوجعية أثر الشهر في نقل وإنشاء وانقضاء الحقوق العينية العقارية الأصلية يتوافق مع قواعد القانون المدني والتي تجعل للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من وقت تمام البيع وليس من وقت الشهر ، كذلك يدل هذا الرأي على وجوب القول بالأثر الرجعي بما يحققه ذلك من مصالح للمشترى، ومن ذلك على سبيل المثال تمكنه من التخلص من مزاحمة باقي الدائنين في حالة إفلاس البائع قبل الشهر، وتمكينه من تجنب مزاحمة دائري الشركة الموعودة في حالة وفاة البائع قبل الشهر، كما استند أصحاب هذا الرأي إلى أن مخ تلف النصوص المنظمة للشهر العقاري لا تحدد صراحة وقت انتقال الملكية، وهو ما يفهم منه إمكان إعمال الأثر الرجعي، وبالتالي فإن أصحاب هذا الرأي يعتبرون أن الشهر ليس إلا شرطاً واقفاً لانتقال الملكية. فإذا تحقق هذا الشرط فإن الملكية أو الحق العيني الأصلي ينتقل فيما بين المتعاقدين من تاريخ التعاقد<sup>1</sup> كذلك استند أصحاب هذا الرأي على أن عدم القبول لمبدأ الأثر الرجعي للشهر يؤدي إلى تجريد العقد من وجوده القانوني وهو ما يخالف ما يقر به المشرع نفسه ولا يعارضه الفقه والقضاء من أن العقد يترتب على وجوده العديد من الآثار القانونية ويرتب لكل من طرفية الحقوق والالتزامات التي يمكن المطالبة بها قضاء هذا وقد أضاف أصحاب هذا الرأي أيضاً أن الطبيعة العامة لنظم الشهر يقتصر فيها دور الشهر على إعلام الغير بالتصرفات القانونية وأن الشهر ليس مصدراً للحق العيني .

ولكن لما كانت مصادر الحقوق العينية العقارية الأصلية متعددة فإن المقام لا يبرح لنا بالتطرق إليها كلها لكثرتها لذلك وتوخياً للإيجاز وتحقيقاً للغرض من دراسة هذه الرقطة القانونية نمثل لمصادر الحقوق العينية العقارية الأصلية بعقد البيع، وذلك لأن عقد البيع الذي من شأنه أن ينقل ملكية العقار هو التصرف الذي يغلب وقوعه في العمل، ولأن الأحكام التي تسري على عقد البيع فيما نحن بشأنه تسري على جميع التصرفات الأخرى والأحكام التي من شأنها أن تنشئ أو تنتقل أو تتغير أو تزيل الحقوق العينية العقارية الأصلية<sup>2</sup>.

هذا ونشير إلى أن هناك علاقة وطيدة بين فكرة الأثر الرجعي أو الفوري للشهر وفكرة مصدر

<sup>1</sup>. انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الرابع في البيع والمقايضة، دار النهضة العربية 1968، ص 525.

<sup>2</sup>. انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان، 1968، ص 357 و 358.

الحق العيني العقاري هل هو العقد أو الشهر لأن القول بأن العقد محل الشهر هو مصدر الحق العيني معناه أن للشهر أثر رجعي يترد إلى تاريخ إبرام العقد وليس تاريخ الشهر و إلا لما كان هناك فائدة أو معنى للقول بأن الملكية تنتقل بللعقد محل الشهر، أما القول بأن الشهر هو مصدر الحق العيني معناه أن الشهر ليس له أثر رجعي بل أثر فوري يبدأ من تاريخ الشهر وليس من تاريخ إبرام العقد، هذا إلا إذا نصت تشريعات السجل العيني صراحة على أن للشهر أثر فوري فحينذاك لا يجوز القول بالأثر الرجعي للشهر نظرا لارتباط فكرة الرجعية والفورية بمدى اعتبار العقد مصدر الحق العيني بين المتعاقدين.

وعلى ذلك سنقسم هذا الموضوع إلى نقطتين نتناول في الأولى اثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري وموقف التشريع والقضاء الجزائي من ذلك، وفي الثانية أثر الشهر على تحديد الطبيعة القانونية للعقد وموقف التشريع والقضاء الجزائي من ذلك.

**أ- أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري وموقف التشريع والقضاء الجزائي من ذلك .**

إن مبدأ الأثر المنشئ للشهر قد تطور من حيث أطرافه مع تطور نظم الشهر العقاري في مختلف التشريعات المقارنة. فقد تطور هذا الأثر وانتقل من القاعدة المزدوجة في نقل الملكية العقارية شرط والتي مؤداها أن الملكية العقارية كانت تنقل بين المتعاقدين فور العقد، ولكن لا يجوز للمشتري أن يحتج بها على الغير إلا إذا شهر عقده، أي أن الأثر المنشئ لا يكون إلا في مواجهة الغير فقط - إلى توسيع وتوحيد القاعدة بالنسبة للغير والمتعاقدين كذلك، حيث أصبحت الحقوق العينية الأصلية وعلى رأسها حق الملكية لا تنتقل لا فيما بين المتعاقدين ولا في مواجهة الغير إلا إتمام إجراءات الشهر في السجل العقاري وقد ثار التساؤل في هذا الشأن عن تحديد وقت انتقال الملكية، فهل تنتقل من وقت الشهر أم من وبالإضافة إلى ما تقدم ذهب هذا الرأي إلى أن الشهر مادام قد وجد لتنظيم مصالح المتعاقدين والغير فإنه لا يجب أن يؤدي إلى الإضرار بمصالح المتعاقدين. وهو ما يحدث في حالة رفض القبول بالأثر الرجعي للشهر<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>. انظر الدكتور ياسين محمد يحيى، نظام السجل العيني أثره على مصادر الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 141.

وأخيرا فقد ذهب هذا الرأي إلى أنه يترتب على عدم الأخذ بالأثر الرجعي الإضرار بمشتري العقار حيث أن الأثر الرجعي للشهر - وعلى سبيل المثال - هو الذي يبرر حصول المشتري على ثمار المبيع في الفقرة السابقة على الشهر ، كما ويبرر اعتبار ال بلقي على العقار غير المشهر بانبا على ملك الغير استنادا إلى قواعد الالترراق<sup>1</sup> ، لذلك فهم يرون ضرورة الاعتراف بالأثر الرجعي للشهر لتبرير ما سبق بيانه .

### ثانيا: الرأي القائل بالأثر الفوري للشهر.

يرى أنصار هذا الرأي الذي يأخذ به غالبة الفقه<sup>2</sup> ويؤيده في ذلك القضاء أن الاستمرار في أعمال الأثر الرجعي والذي كان أمرا منطقيا على ضوء التشريعات التي تجعل انتقل الملكية والحقوق العينية الأصلية سرد التعاقد ، أضى أمرا غير مقبول ، فقد تغير الوضع مع نظم الشهر العقارية إذ لم يعد العقد كافيا لنقل الحق العيني العقاري ، بل تطلبت التشريعات إتمام الشهر لترتب الأثر العيني الذي تعاقد الطرفان على تحقيقه ؛ وذلك بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لنظام السجل العيني الذي لا تنحصر وظيفته في الإعلام بوقوع التصرفات العقارية فقط ، وإنما يعتبر الأداة القانونية التي يتحقق بواسطتها الغرض - من خلال الشهر في السجل العقاري - الذي يهدف إليه المتعاقدان سواء من حيث إنشاء الحقوق العينية أو نقلها أو التعديل فيها أو زوالها.

وقد رد أنصار هذا الرأي على حجج رأي القائل بالأثر الرجعي للقي بما يلي :

- إن القول بلق الأثر الرجعي يؤدي إلى تمكين المشتري من التصرف في العقار قبل أن يقوم بشهره ، هي حجة تعد مناقضة لمقصد المشرع الذي استهدف أيضا تقييد سلطة المشتري من التصرف في العقار المبيع قيل إتمام إجراءات الشهر.

- إن القول بالأثر الرجعي يتوافق مع قواعد القانون المدني والتي تجعل للمشتري ثمار المبيع ونماؤه من وقت تم ام البيع وليس من وقت الشهر ، هي حجة واهبة إذ لا ارتباط بين ثمار المبيع و بين

<sup>1</sup> انظر الدكتور ياسين محمد يحيى، المرجع السابق ،صفحة 139.

<sup>2</sup> انظر الدكتور السيد عبد الوهاب عرفه، المطول في الملكية العقارية و العقود المدنية العقارية، الجزء الأول دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 2004 صفحة 47 و 48، وانظر كذلك الدكتور معوض عبد التواب موسوعة الشهر العقاري والتوثيق علما وعملا، الطبعة 3 مكتبة عالم الفكر والقانون مصر ، 2003 ، ص75 . وانظر كذلك المحامي جوزيف كريم كبة، اكتساب الملكية العقارية بين التشريع العقاري و القانون المدني، الطبعة 1 المكتبة القانونية دمشق 2000، ص 15.

ملكيتة، إذ يستطيع المالك التصرف في ثمار المبيع وزمائه استقلالاً عن العقار ذاته وإذا كانت للعقود غير المشهورة ترتب التزاماً على المشتري ببفع نفقات المبيع و التكفل بنفقات صيانته والحفاظ عليه، فلن التزم البائع بتمكين المشتري من ثمار المبيع نتعد المقابل العادل لتلك الالتزامات التي ي ودي إبرام العقد إلى ترتيبها على عائق المشتري قبل الشهر، ويذهب رأي في الفقه إلى أن ثمار العقار قبل الشهر هي من حق المشتري على أساس الالتزام الناشئ عن عقد البيع، وليس على أساس ملكية المشتري للعقار، فالعقد وان كان لا ينقل الملكية لذاته إلا انه ينشئ التزامات شخصية ب ين المتعاقدين، يستطيع المشتري بموجبها أن يطالب البائع بثمار العقار المبيع من يوم العقد ويرد على هذا الرأي أن الالتزام الناشئ عن عقد البيع والمتمثل في تسليم العقار و ضمان عيوبه واستحقاقه ليس من بينها الالتزام بتسليم الثمار، وحتى على فرض وجود الالتزام فإن العدالة تأبى أن يتلقى المشتري ثمار العقار قبل أن يسلم العقار بذاته لأنه يكون قد أثري على حساب البائع الذي حافظ على العقار وفي ذلك مجافاة لقاعدة الغرم بللغرم، وأن اكتساب المشتري ملكية العقار بالشهر وليس بمجرد العقد تجعل العقد غير المشهر عديم الأثر ليس في نقل الملكية فح سب ، ولكن في الحصول على ثمار العقار المبيع من تاريخ العقد حتى تاريخ الشهر فلا يعد مسؤولاً من يحاول الاستفادة من مركز مقرر بمقتضى القانون فالبيع الم شهر وحده هو يصدر الحقوق الناشئة عن حق المشتري المتهاون بحمايت القانون ما لم يكن التأخر في الشهر ناشئ بسبب من البائع نفسه وعندها فقط يمكن الرجوع بأثر الشهر إلى تاريخ العقد وينسجم هذا الرأي مع القاعدة التي تقول ب أن الحقوق والصرافات غير المشهورة في السجل العقاري لا يحتج بها على الغير وليس لها أثر حتى بين المتعاقدين و طى ذلك يكون لقيود السجل العقاري قوة ثبوت مطلقة ويعد الشهر منشئ لتلك الحقوق وليس كاشفا لها<sup>1</sup>.

أما بالنسبة إلى اعتبار الشهر شرطاً واقفاً في نقل الملكية بين المتعاقدين لتبوير الأثر الرجعي للقيود استناداً خاطر، مردود عليه بلن الشرط الواقف لا يكون إلا في منطقة الإرادة. كما أن الشرط الذي يؤدي تحققه إلى أعمال الأثر الرجعي إنما هو الشرط الذي يعتبر من أوصاف الإلتزام، وليس كذلك الشرط الذي يضعه المشرع ويعلق عليه حكماً من الأحكام فإن هذا الحكم المشروط لا يوجد إلا عند تحقق شرطه ومن وقت تحققه ذا الشرط، لأن الأثر لا يسبق المؤثر وما كان من الشروط مردوداً

<sup>1</sup>. انظر الدكتور عبد الحميد الحاج صالح، الحجية المطلقة للقيود في نظام السجل العيني للعقارات، دراسة للنظام في المملكة العربية السعودية، مقال منشور بدوريه الإدارة العامة معهد الإدارة العامة الرياض، المملكة العربية السعودية، المجلد الخامس والأربعون، العدد الأول، في فبراير 2005، ص 16 و 17.

إلى إرادة الشارع كشرط الشهر لنقل الملكية لا ينسحب أثره إلى الماضي<sup>1</sup> ، وفي الرد على ما يدعيه الرأي السابق من الضرر الذي يقع على المتصرف إلبع في الحق العيني العقاري من عدم إعمال الأثر الرجعي للشهر، فإن الحقيقة أن هذا الضرر لن يصيب إلا المتصرف إليه الذي يتقاعس عن إتمام إجراءات الشهر، لذلك فعلى المتصرف إليه ألحريص أن يبادر بإتمام إجراءات الشهر التي وضعت لتحقيق الاستقرار في المعاملات وحماية الغير حسني النية.

وفي شأن ما يسمح به الأثر الرجعي من تمكين المشتري من الحصول على ثمار المبيع قبل شهر العقد، فإن هذا الأثر يترتب على إبرام عقد البيع وما يترتب على ذلك من التزامات شخصية بين المتعاقدين وهي التزامات تصبح واجبة التنفيذ مجرد التعاقد، وبغض النظر عما إذا كانت ملكية المبيع قد انتقلت إلى المشتري أم لم تنتقل، إذ عقد البيع يرتب التزاما على البائع بتسليم المبيع وثماره منذ وقت التعاقد إلى المشتري. أما إذا قام البائع بالبناء في الأرض المبيعة. فإن المشتري يستطيع أن يصل إلى ذات الحماية التي تنقرر له في حالة إتمام الشهر وذلك من خلال ما يترتب على التعاقد من التزام البائع بالضمان وبعدم التعرض.

فإذا أقدم البائع على البناء في الأرض المبيعة أو قام بتعليق العقار المبيع فإن التزامه بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها والتزامه بالضمان وعدم التعرض، كل ذلك يسمح للمشتري بالمطالبة باعتباره بانبا سيئ النية وبالتالي بأن تطبق في هذه الحالة من باب القياس - أحكام البناء في ملك الغير.

- إن انتقال الملكية تكون من تاريخ إجراء عملية الشهر في السجل العقاري ولو أرادت التشريعات أن تجعل لها أثرا رجعيا لصرحت بذلك دون لبس، وكذلك فإن القول لانتقال الملكية إلى المشتري بتاريخ العقد وليس بتاريخ الشهر يتعارض مع الغرض الأساسي لهذا النظام الذي يجعل من قيود السجل وحدها مصدرا للحق ويجعل انتقالها حتى بين المتعاقدين متعلقا بالشهر وحده وفي هذا استقرار لنظام انتقال الملكية ودافع يحث المتعاقدين إلى المبادرة لشهر عقودهم مادامت العقود لذاتها لا تنقل الملكية حتى فيما بين البائع والمشتري قبل تمام الشهر ومن وقت الشهر. ولو أن المشروع أجاز انتقال الملكية بالشهر ولكن بلأثر رجعي يرجع إلى وقت العقد لاتسعت أمام المشتري

<sup>1</sup>. انظر الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الرابع المرجع السابق صفحه 518 و 519.

أسباب التراخي في تسجيل العقد مادام موقفاً بلأن التأخير في الشهر لن يلحق بمضراً فيستوي عنده الإسراع في الشهر أو تأجيل ذلك، لأن النتيجة واحدة في الحالتين، كما أن القول بالأثر الرجعي للشهر فيما بين المتعاقدين يجعل الملكية تنتقل في توخيّن مختلفين من وقت العقد بالنسبة لأطرافه ومن وقت الشهر بالنسبة للغير وفي ه ذا شذوذ ينبغي أن يتنزه عنه المشرع<sup>1</sup>.

وبالرغم من الحجج التي ساقها الرأي السابق فإننا نتفق مع ما تنص عليه تشريعات السجل العيني صراحة من رفض الأثر الرجعي للشهر، وما ذهب إليه الغالبية العظمى من الفقه وما استقرت عليه القضاء من عدم قبول الأثر الرجعي للشهر إلا في الحالات الاستثنائية التي يرد لها نص تشريعي صريح، مع إعمال التفسير الضيق في تطبيق هذه الأسس استثناءات، حيث يمكن أن يترد أثر الشهر بالنسبة للأحكام القضائية إلى تاريخ شهر عريضة الدعوى استثناء من القاعدة العامة والذي لا يجب التوسع فيه وإنما أجزى حماية لأصحاب تلك الدعاوى بل من ترتبت لهم حقوق عينية على ذات العقار أو ديون عقارية عليه منذ تاريخ شهر عريضة الدعوى<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني : موقف التشريع والقضاء الجزائري من أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري.

لمعرفة موقف التشريع يجب الرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في قانون الشهر العقاري أم بالنسبة للقضاء فيجب الرجوع إلى للقرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن من المحكمة العليا وذلك في نقطتين على التوالي:

#### **أولاً: موقف التشريع الجزائري.**

من خلال تفحص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه، نستشف بأنه قد أخذ بالرأي القائل بالأثر الفوري للشهر في السجل العيني حيث جاء في المادة 15 بلأن " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق

<sup>1</sup> انظر الدكتور عبد الحميد الحاج صالح، الحجية المطلقة للقيد في نظام السجل العيني للعقارات دراسة للنظام في المملكة العربية السعودية، المرجع السابق، ص 16.

<sup>2</sup> انظر المستشار عبد الحميد المنشاوي وعبد الفتاح مراد، شرح قوانين الشهر العقاري الطبعة 1 دار الجامعيين بالإسكندرية، مصر 1993، ص 55.

العينية" ، كما نصت المادة 16 من نفس الأمر المذكور أعلاه " أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " . والشاهد في هاتين المادتين هي عبارة إلا من تاريخ يوم إشهاره ما في مجموعة البطاقات العقارية وعلو إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " والتي تدلان على أن المشرع اعتبر أن الأثر المنظر للشهر يتحقق من تاريخ إجراء الشهر وبالتالي فإنه ينتج أثره بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير من تاريخهم أي أن الملكية و الحقوق العينية الأخرى تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر ، وبذلك فإن للشهر أثر فوري وليس رجعي وهذا ما يتفق صراحة مع نصوص القانون ذلك أن الشهر شرط قانوني ليس إرادي يخضع لإرادة الأطراف وعلى هذا النحو لا يمكن أن يكون من قبيل الشرط الواقف بالمعنى المعروف في أوصاف الالتزام ولا يمكن بالتالي أن يكون لتحققه أثر رجعي<sup>1</sup> .

ولقد أحسن المشرع الجزائري صنعا بالبت نهائيا في هذا الموضوع باستبعاد أي أثر رجعي للشهر وتقريره أن إنشاء أو انتقال أو تغيير أو زوال الحقوق العينية العقارية لا يتم إلا من ثلويخ شهر المحرر المتضمن لأي حق من هذه الحقوق دون أن يكون للشهر أثر ي سحب إلى ثلويخ سابق ، إلا في الحالة التي حددها القانون في آخر نص المادة 15 من الأمر رقم 74/75 المذكور أعلاه ، والتي تتعلق نقل الملكية عن بفعل الوفاة التي يسري مفعولها من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية . يلاحظ من خلال ما سبق أن هذا المبدأ يحقق استقرار التعامل و يطمئن المتعاقدين و الغير . وما على الطرف الذي يريد أن يحمي نفسه إلا أن يبهر بلشهر ، وإن إلتزام مواصلة إجراءات البيع لأجل نقل ملكية العين المببعة في المادة العقارية في التشريع الجزائري يقع على عائق محرر العقد سواء أكان التصرف محرر بيد الضابط العمومي في مكتب التوثيق<sup>2</sup> أو بيد للموظف العمومي مديرية أملاك الدولة وهذا دون إرادة الأطراف أو تدخل منهم ، مع الإشارة إلى أن طبيعة التزام الموثق المتمثلة في نقل الملكية العقارية بإخضاع التصرف العقارية إلى إشهار العقاري بالمحافظة العقارية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية ويكمن هذا الإلتزام في تمكين الأطراف المتعاقدة

<sup>1</sup> انظر الدكتور مصطفى محمد الجمال ، نظام الملكية شركة سعيد رأفت للطباعة ، مصر 1985 ، ص 395 .

<sup>2</sup> انظر المادة 10/01 من القانون 06/02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ، الجريدة الرسمية العدد 14 المؤرخة في 2006/03/08 .

بالحصول على مبتغاهم وذلك بإشهار التصرف حتى يولد أثره القانوني وذلك بنشأة الحق العيني العقاري لأن الإشهار العقاري هو الذي ينشئ الحق .

وباعتبار أن التزام الموثق هو التزم بتحقيق نتيجة بنقل ملك بيع العين المبيعة لفائدة المشتري فلين تماطل الموثق عن أداء هذا الالتزام وكيف على أساس خطأ مهني جسيم يترتب على جزاء تأديبي من الغرفة الوطنية للموثقين وجزاء مدني يتجسد في مطالبته بالتعويض قضاء وجبرا عما لحق المتعاقد معه من أضرار، ونظرا لأهمية هذا الإجراء الذي يرتكف عليه إنشاء أو انقضاء أو تعديل الحق العيني

العقاري. فإنه تقع على الأشخاص المحددين بمقتضى المادة 90 المشار إليها أعلاه، مسؤولية مدنية فيما لحق أصحاب الحقوق من أضرار ل سبب التماطل في نقل العقار أو الحق العيني العقاري بالإشهار لأن ال بائع مالك الع قد يتصرف في المبيع مرة أخرى لفائدة الغير بسبب تهاون الموظف العمومي أو الضابط العمومي في إيداع العقود المحررة بواسطتهم بالمحافظة العقارية من أجل إنشاء أو إزالة أو تعديل الحق العيني العقاري وتكون للتصرفات العقارية الأس بقي والأولية لمن سارع إلى الحصول على تأشيرة المحافظ العقاري حتى يتسنى له الادعاء بوجود الحق العيني العقاري.

**ثانيا: موقف القضاء الجزائري من أثر شهر العقد على تحديد وقت انتقال الحق العيني العقاري.**

لمعرفة موقف القضاء يجب الرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة في هذا الشأن من المحكمة العليا حيث أصدرت هذه الأخيرة قرارا بتاريخ 2003/03/19 الملف رقم 343402 قضية بين (ع خ) ضد (ع أ) ومن معه، جسدت فيه قاعدة الأثر الفوري وليس الرجعي للقيد عن طريق وضع مبدأ هام يتمثل في أن العبرة في نقل الملكية في حالة وجود عقدين لتاريخ الشهر وليس بتاريخ العقد.

المطلب الثالث: دفتر العقاري كآلية إثبات بيع العقار.

من خلال استقراء النصوص التشريعية والتنظيمات المنظمة للعقار في الجزائر، فالمشرع الجزائري لم يقد بتعريف الدفتر العقاري بصفة مباشرة بل ترك ذلك للفقهاء.

الفرع الأول: تعريف الدفتر العقاري

إن أول مرة استعمل المشرع الجزائري مصطلح الدفتر العقاري كان في المادة 32 من المرسوم<sup>1</sup> رقم 32/73 المؤرخ في 1973/11/05، المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة، والذي جاء تنفيذاً للأمر رقم 73/71 المؤرخ في 1971/11/08، والمتضمن الثورة الزراعية حيث جاء في النص القانوني ما يلي: " بعد الانتهاء من عملية المسح العام للأراضي كما هو المنصوص عليه في المادة وهي المادة 25 من الأمر 73/ 71، يسلم للملكية العقارية بدلاً من شهادة الملكية

أما عن مختلف التعاريف الفقهية للدفتر العقاري فقد اختلفت باختلاف الزاوية التي ينظر إليها كل باحث قانوني فيعرفه الأستاذ<sup>2</sup> "MAZOU" أنه: "سند يحمي الملكية العقارية، ووسيله لإعلام الغير بالتصرفات التي طرأت على العقار فالدفتر العقاري يسلم للمالك الذي حقه قائم بمناسبة إنشاء بطاقة عقارية مطابقة وهو المحدد بموجبه نموذج خاص وبقرار صادر<sup>3</sup> عن وزير المالية وهو القرار الصادر بتاريخ 1976/05/27، المعبر عن الوضعية القانونية المالية للعقارات<sup>4</sup> وهو سند قانوني ذو حجية قوية، تقيد فيه جميع الحقوق العقارية وما يرد عليها من تصرفات على العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة<sup>5</sup> ويسلم إلى كل مالك يكون قائماً بالنسبة إنشاء البطاقة العقارية.

ويستنتج من خلال ما تم ذكره أن الدفتر العقاري هو ذلك السند القانوني الذي يعطي لمالك العقار الحق في التصرف فيه واستغلاله بعد الانتهاء من عملية المسح العقاري والذي يدون فيه جميع التصرفات الناقلة للملكية والتي من شأنها إحداث تغيير في المركز القانوني للملكية العقارية و

<sup>1</sup> المادة 32: المرسوم رقم 32/73، المؤرخ في 1973/11/15، المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة، جريدة رسمية عدد 15 سنة 1997.

<sup>2</sup> Mazoud : leçons de droit civil. T3 suretés et publicité foncière. 6<sup>ème</sup> édition. France 1988. P590.

<sup>3</sup> رحامية عماد الدين: الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، نخصص قانون، جامعة الحقوق تيزي وزو، سنة 2014، ص 249.250.

<sup>4</sup> القرار الوزاري: الصادر عن وزير المالية، بتاريخ 1973/05/27، المتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري، جريدة رسمية عدد 20 سنة 1976.

<sup>5</sup> حشود نسيم: الشكليات في البيع العقارات (دراسة تحليلية)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، سنة 2003، ص 15.

يمكن للشخص إثبات ملكية العقار مهما كان نوعها في الأراضي الممسوحة إلا عن طريق الدفتر العقاري عملاً بنص المادة<sup>1</sup> 19 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975، والمتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العقاري، وأنه بمجرد استلام المالك الدفتر العقاري الخاص بعقاره الممسوح سواء كان مبنياً أو غير مبنياً أصبح له الحق في التصرف فيه بجميع أنواع<sup>2</sup> التصرفات القانونية للبيع والهبة والمقايضة وأصبح له أن يستغله في الإطار القانوني الساري المفعول .

ومن هنا فالدفتر العقاري كرس من أجل وظيفتين، حماية الملكية والحقوق العينية، و دعم الائتمان العقاري وهذا من خلال ما يتضمنه الدفتر العقاري من بيانات ومعالم وحدود واضحة نافية للجهالة. الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفتر العقاري.

لقد تبين رأي الفقهاء حول طبيعة الدفتر العقاري في ما إذا كان قراراً إدارياً أم لا، لذلك نجد هناك فريقين فريق يقربلأن الدفتر العقاري هو عبارة عن قرار إداري، في حين الفريق الثاني ينكر هذا الوصف ويرى بأن الدفتر العقاري ليس بقرار، هذا ما سوف نبحث من خلاله النقطتين التاليتين:

### أولاً: الدفتر العقاري قرار إداري

يعرف القرار الإداري: " بأنه عمل قانوني انفرادي يصدر من جانب الإدارة لوحدها وبإرادتها الملزمة بما لها من سلطه بمقتضى القوانين في الشكل الذي يتطلبه القانون بقصد إنشاء وضع قانوني م عين ابتغاء تحقيق مصلحة عامة"<sup>3</sup>

في حين يعرفه البعض الآخر: " هو عمل الذي يصدر عن الإدارة للتعبير عن إرادتها المهمة بوصفها سلطة عامه مستمدة من القوانين و المراسيم يكون من آثاره إنشاء أو تعديل أو أنها مركز قانوني."

من خلال تعريف القرار الإداري يمكن استخلاص خصائصه والمتمثلة في ما يلي:

<sup>1</sup> المادة 19: "تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل التجاري أو الدفتر العقاري الذي يشكل سند الملكية"، الأمر رقم 74/75، المؤرخ في 12/11/1995، مرجع سابق.

<sup>2</sup> خلفوني مجيد: الدفتر العقاري، مقال منشور في مجلة الموثق، العدد الثامن، سنة 2008، ص 77.

<sup>3</sup> د/عادل السعيد أبو الخير- القانون الإداري - ( القرارات الإدارية، الضبط الإداري، العقود الإدارية) دون مكان النشر، ط2008، ص14.

- القرار الإداري عبارة عن عمل قانوني يستمد قوته من القوانين واللوائح والتنظيمات
- القرار الإداري عبارة عن عمل إداري انفرادي يصدر من جانب الإدارة دون أن يشاركها الفرد في إعداد القرار
- القرار الإداري يرتب آثار قانونية تتمثل في إنشاء أو تعديل أو إنهاء مركز قانوني
- القرار الإداري يصدر عن سلطة إدارية مختصة

هذه الخصائص التي يتمتع بها القرار الإداري إذا ما حاولنا إسقاطها على دفتر العقاري نقول أنها خصائص تتوافر في دفتر العقاري، هذا ما تبينه القوانين التي تؤسس لهذا الأخير، بحيث ألزم المشرع الإدارة و بإرادتها منفردا ضرورة إعداد و تسليم دفتر عقاري للمعنى أو لوكيله<sup>1</sup> حسب المادة 18 من الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، كما بينت المادة 45 من المرسوم 73/63 مواصفات الدفتر العقاري وكيفيه التأثير عليه، يضاف إلى هذا النص القرار المؤرخ في 27/05/1976 الذي يتضمن تحديد نموذج الدفتر العقاري

من خلال هذه النصوص التشريعية السالفة الذكر نستشف أن الدفتر العقاري هو عبارة عن عمل إداري انفرادي يصدر عن الهيئة الإدارية وفق شكل المحدد قانونا بقصد إنشاء أو إنهاء حقوق عينية عقارية أو أي تعديل يطرأ على هذه الحقوق يؤشر عليه في الدفتر العقاري، لذلك كيف بعض الأستاذ من بينهم الأستاذ عمار بوضياف و الأستاذ جمال عبد الناصر الدفتر العقاري على انه قرار إداري نظرا لاحتوائه جميع عناصر القرار الإداري<sup>2</sup>، هذا ما سوف نتناوله بالشرح حسب الأتي:

### 1 - الدفتر العقاري عمل إداري:

يصدر الدفتر العقاري عن هيئة إدارية تخضع للقانون الإداري تتمثل هذه الهيئة في المحافظة العقارية باعتبارها مصلحة إدارية موضوعة تحت وصاية وزاره المالية حسب المادة 2 من

<sup>1</sup> أ/ خالد رامول- المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري - قصر الكتاب، الجزائر، ط2001، ص97.

<sup>2</sup> نعيمة حاجي - المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر، دار الهدى، الجزائر، طبعة 2009، ص120.

المرسوم التنفيذي رقم 91/65 المؤرخ في 1991/03/02<sup>1</sup>، يشرف عليها محافظ عقاري تتبع مديره الحفظ العقاري على مستوى الولاية<sup>2</sup>، وعملا المعيار الشكلي الذي تبناه المشرع الجزائري بموجب المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية<sup>3</sup>، فإن كل عمل يصدر عن هيئته إدارية يعد عملا إداريا يكون الاختصاص فيه للمحاكم الإدارية، وعليه مادام دفتر العقاري يصدر عن هيئته إدارية فهو عمل إداري.

## 2 - الدفتر العقاري يصدر بإرادة منفردة:

الدفتر العقاري يصدر بإرادة الإدارة المنفردة (المحافظة العقارية)، يحمل توقيع المحافظ العقاري لوحده بعد أن يستوفي الإجراءات و الأعمال التمهيديّة المتعلقة بإعداد و تسليم الدفتر العقاري التي تشارك فيها عده هيئات كالبديّة، الولاية والقضاء، مصالح المسح الأراضي... الخ

## 3 - الدفتر العقاري يرتب اثر قانوني

إن الهدف المتوخى من إعداد و تسليم الدفتر العقاري للمالك أو لوكيله هو تثبيت الحقوق العينية الواردة على العقارات، حسب ما تشير إليه المادة 33 من المرسوم رقم 73/32 المؤرخ في 05/01/1973 و المتعلق بحق الملكية الخاصة، يضاف إليه نص المادة 19 من الأمر رقم 75/74 السالف الذكر، وهو ما يبين و من دون لبس أن الدفتر العقاري يتولد عنه اثر قانوني يتمثل في إثبات أو تعديل أو إنهاء حقوق عينية عقارية.

## 4 - الدفتر العقاري عمل إداري قانوني:

يستمد دفتر العقاري مشروعيته من القوانين والنصوص التنظيمية التي تؤسس لهذا العمل منها الأمر 75/74 والمرسوم 76/63 السابق ذكره ما.

<sup>1</sup>. المرسوم رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02 يتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة والحفظ العقاري الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 1991/03/06 العدد 10.

<sup>2</sup>. أ/ رامول خالد- مرجع سابق، ص 79..80.

<sup>3</sup>. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 2008/04/23، العدد 21.

ثانياً: دفتر العقاري ليس بقرار إداري:

بخلاف الرأي الأول ، هناك من يرى بأن الدفتر العقاري ليس بقرار إداري و حجتهم في ذلك أن الدفتر العقاري دوره كاشف للمراكز القانونية ولا ينطبق عليه عناصر القرار الإداري كما أنه ليس بعمل إنفرادي تتدخل في وجوده عدة جهات إدارية ، وحين يوقع المحافظ العقاري على الدفتر العقاري فإن عمله يقتصر على الإشهاد بمطابقة هذا الأخير للبطاقة العقارية و السجل العقاري<sup>1</sup> و بالتالي فهو مجرد شهادة إدارية.

هذا الرأي مأخوذ عليه ، بحيث أن الدفتر العقاري ليس دائماً دوره كاشفاً للحق العيني أو مجرد إشهاد على وجود الحق ، بل قد يكون في أحيان أخرى مؤسساً للحق ذاته ، كالحائز الذي له حق الحصول على دفتر عقاري يمكنه من إثبات ملكيته ، وبالتالي يكون هذا الأخير منشأً للحق بعد أن يتحول الحائز إلى مالك.

من خلال الرأيين السابقين نستطيع القول ، أن الدفتر العقاري وإن كان يتمتع بمواصفات القرار الإداري إلا أن دعوى إلغائه لا تستوفي الشروط الشكلية لدعوى الإلغاء التي يكون موضوعها قرار إداري أخص بالذكر شرط الميعاد المحدد بأربعة أشهر و الذي يسري ابتداءً من تاريخ التبليغ الشخصي بنسخة من القرار ، في حين يمكن إلغاء الدفتر العقاري إلغاءً قضائياً في أي وقت عملاً بالمادة 16 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري و التي لم تحدد أجل مسقط لرفع الدعوى هذا ما يؤثر سلبياً على إستقرار المعاملات و المراكز القانونية للمتعاملين العقاريين ، مما يزرع الثقة في التعامل بالعقار.

الفرع الثالث : كيفية إعداد الدفتر العقاري

أولاً : العملية التقنية للمسح

يعلن عن افتتاح أعمال المسح في كل بلدية بموجب قرار يصدره الوالي المختص باقتراحه تقدمه مديرية مسح الأراضي العام تبين فيه على الخصوص تاريخ افتتاح العمليات التي تأتي بعد شهر على الأكثر من تاريخ نشر القرار وفقاً للمادة 02 من المرسوم 26/76 ، يعقب قرار فتح عمليات

<sup>1</sup> أ/ لخضر القيزي- مرجع سابق ص 04.

المسح عمليات نشر واسعة تبدأ بنشره في الجريدة الرسمية وفي مجموعة القرارات الإدارية للولاية المعنية وكذلك الجرائد اليومية الوطنية وكذا إلى رئيس المجلس الشعبي المعني المادة 02/02 من المرسوم 62/76 ، ويتم الإعلام الجمهوري بعملية المسح فضلا النشر المذكور أعلاه بواسطة لصق الإعلانات في مقر الدائرة و البلدية المجاورة و كذا في أجل 15 قبل افتتاح هذه العمليات المادة 03 من المرسوم 62/76.

تناط بهذه اللجنة مهمة للوقوف على افتتاح عملية مسح الأراضي في البلدية المعنية وقد نصت المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 134/92 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 62/76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام على أن أعضاء لجنة المسح الأراضي التي تتكون من أعضاء دائمين وأعضاء مؤقتين تتحكم في وجودهم طبيعة المنطقة المراد مسحها<sup>1</sup>.

### ثانيا : الأعمال التقنية لمسح الأراضي العام

تقوم الأعمال التقنية على ثلاث مراحل أساسية:

- المرحلة التحضيرية .
- المرحلة الميدانية .
- مراحل التحقيقات العقارية .

### الفرع الرابع: إيداع الوثائق لدي المحافظة العقارية

يتولى المحافظ العقاري بعد تسلمه الوثائق المسح الأراضي العقارية باتخاذ الإجراءات القانونية الأولية اللازمة وهي :

#### أولاً: استلام و إشهار وثائق المسح :

تقوم المصلحة التقنية على مستوى مدير ية مسح الأراضي وبعد الإن نهاء من أشغال المسح واختتامها بإيداع جميع الوثائق المتحصل عليها لدي المحافظ العقاري من أجل إعلام الجمهور وذلك حسب نص المادة 08 من المرسوم 63/76 المعدل و المتمم ويقوم المحافظ بإعداد محضر

<sup>1</sup>. بوزيتون عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية، ماجستير عقود ومسؤولية، جامعة منتوري 2010/2009.

استلام كلي أو جزئي لعملية المسح ، يصرح ويدون فيه تاريخ الإيداع كما يحدد أقسام واسم البلدية ويكون هذا المحضر محل إشهار واسع في أجل أقصاه 08 أيام ابتداء من تاريخ الإيداع لوثائق المسح وتظل معلنه لمدة 4 أشهر.

يقوم المحافظ العقاري بفحص وثائق إذا عاين أي نقص أو غموض في الوثائق يقوم بإرجاعها إلي مصلحة المسح ن أجل تصحيحها بها ، ذلك أن من بين شروط قبول عمليه الإيداع للوثائق وإشهارها وجوب تطبقها مع الوضعية الطبيعية و الحقيقية للعقار.

يباشر المحافظ العقاري بعد قبوله للوثائق المودعة لديه وبعد أن يعطي لك ل عقار ممسوح رقما معين ويخصص له بطاقة عقاريه تشمل كافة البيانات الواردة في وثائق المسح حيث يقوم بالتدقيق في الوثائق بمساعدة أعوان آخرين تحت سلطته لجمع المعلومات المتوفرة لدى المحافظة العقارية انطلاقا من سجل مسح الأراضي العام، ويتم الرجوع إلى البطاقة الأبجدية أو شخصيه من اجل حشد المعطيات المتعلقة بالعقار وملاكه من اجل عملي الترقيم<sup>1</sup>.

وبالتزامن مع ذلك ي استدعي المحافظ العقاري ذوي الشأن وأصحاب الحقوق من اجل إحضار الوثائق الدثوتية التي تدل على حقه م في حاله الاعتراضات على نتائج المسح ويجب أن يرفق ملء شخص جدول إشهار إجراء الأول، يسلم من طرف الإدارة يحوي جميع المعلومات المتعلقة بالعقارات التي يحوزها على مستوى القسم أو جميع الأقسام التي تكون موضوع عمليه مسح مع ذكر موقعها ومحتواها وأرقام مخطط مسح الأراضي ، والمعلومات المتعلقة بتحديد هوية من حيث لقب واسم المالك والحائز الفعلي وتاريخ ميلاده مهنته وموطنه، كما يتم تسجيل جميع الحقوق والامتيازات بما فيها القيود المترتبة على العقار الممسوح، في جدول الإشهار<sup>2</sup>

### ثانيا: ترقيم العقارات الممسوحة:

1 -الترقيم النهائي: يتم الترقيم النهائي بالنسبة للعقارات التي يحوز أصحابها على سندات رسميه وغير رسميه لكن معترف بها في إثبات حق الملكية العقارية في العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01/01/1971، التي يتم تكريسها وتصحيحها بموجب حكم قضائي أو تكون

<sup>1</sup> حسن طوابية، نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2000.

<sup>2</sup> سماح ورثي، المسح العقاري واشكالاته في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 2006/2005

محل عقد توثيقي يتضمن إيداع عقد عرفي ثابت التاريخ، وذلك حسب المادة 12 من المرسوم 76/63 المعدل و المتمم فللترقيم النهائي مرتبط بنوعية السند المقدم وحجيته بمناسبة هذه العملية ينقل المحافظ العقاري عند الاقتضاء إجباريا في السجل العقاري جميع قيود الامتيازات و الرهون و حقوق التخ صيص الغير مشطب عليها التي لم تنقذ مدة صلاحيتها

2 - الترقيم المؤقت: يكون هذا الترقيم عندما لا يحتكم حائز العقار إلى سندات ملكية تثبت بصفة رسمية ملكيته للعقار الممسوح أو عند عدم ظهور المالك أو أي شخص يطالب بأحقية في العقار لذلك يتم ترقيم العقارات رقم مؤقت لمدة معينة تختلف لثلاث ترقيمات :

أ- ترقيم مؤقت لمدة أربعة أشهر:

يستفيد منها المالك الظاهر الذي لا يملك سندات رسمية لثبات ملكية يحوز حيازة قانونية صحيحة هادئة علنية غير متنازع فيها لمدة تفوق 15 سنة تمكنه من اكتساب الملكيه عن طريق التقادم المكسب وذلك حسب المادة 16 من المرسوم 76/63

ب- الترقيم المؤقت في مدة سنتين :

في حالة عدم وجود أي سنة للملكية على العقار المشمول بالمسح أو أي سنة أو قرينه تدل على الحيازة ولم يتمكن المحافظ من تحديد حقوق الملكيه للملاك الظاهرين، أو في حالة وجود سند ملكية غير دقيق و كانت المساحة المذكورة في العقد تختلف عن المساحة الثابتة واقعا و عندما يكون هناك نزاع في الحدود الفاصلة بين الملكيه، وهو نصت عليه المادة 14 من المرسوم 76/63.

الترقيم المؤقت يمكن صاحبه من الحصول على شهادة الترقيم المؤقت من طرف المحافظ العقاري ويكون له هذه الشهادة نفس آثار شهادة الحيازة تمكن صاحبها من استخراج رخصة بناء.

ج- الترقيم المؤقت في مجهول: يكون هذا الترقيم لفائدة الدولة في حالة وجود أملاك عقارية غير المطالب بها من طرف أي شخص غير معروف مالکها الحقيقي بعد التحقيق العقاري و السماع للملاك المجاورين، تقيد لمجهول بعد انتهاء السن تين التي يصبح الترقيم النهائي لصالح الدولة شروط عدم تسجيل اعتراضات وعدم ظهور مالکها الحقيقي.

- أما بموجب قانون المالية 2015 فقد عدلت المادة 65 من نص المادة 11 من الأمر 75/74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري كما يلي :

المادة 11 يقوم العون المكلف بمسك السجل العقاري من ترقيم العقارات الممسوحة في السجل العقاري على أساس وثائق المسح،

أما المادة 66 فقد بلغت أحكام المادة 13 من الأمر 75/74 وأدرجت المادة 67 القسم الرابع في الباب الثاني من الأمر 75/74 وأضافت المادة 23 مكرر يرقم كل عقار لم يطالب به خلال عملية مسح الأراضي العام ترقيم نهائيا باسم الدولة وفي حاله احتجاج مب رر بسند ملكية قانوني فان المحافظ العقاري يكون مؤهلا في غضون 15 سنة ابتداء من تاريخ إيداع وثائق المسح لدى المحافظة العقارية للقيام في غياب أي نزاع وبعد تحقيق تقوم به مصالح أملاك الدولة والتدقيق المعتاد وبناء على رأي اللجنة تتكون من ممثلين مصالح المديرية بالولاية للحفاظ العقاري بالمحافظة العقارية و أملاك الدولة ومسح الأراضي الفلاحين الدينية والأوقاف والبلدية بترقيم من الملك المطالب باسم مليكه.

أي انه بعد أن يصبح ترقيم نهائي لفائدة الدولة فإن من حق كل من يستطيع أن يثبت أحقيته للعقار أن يقدم ما يثبت ذلك خلال أجل 15 سنة، ولكن يلاحظ أن هذه المدة طويلة نوعا ما لان الأملاك المجهولة هذه هل ستبقى على ما هي عليه حتى يتقدم من يثبت أحقيته عليها أم أنها ستضم لأملك الدولة ؟

#### الفرع الخامس: تسليم الدفتر العقاري

يعتبر الدفتر العقاري هو الناتج الطبيعي وأهم أثر قانوني لعملية مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري حيث كرس له المشرع الجزائري وسائل مادية وبشرية هائلة في تأسيسه بشروط وإجراءات قانونية من أجل تسليم للشخص الذي يثبت حق الملكية على العقار، وحد د نموذج الخاص بالدفتر العقاري وفق قرار وزير المالية بتاريخ 27/05/1976 المتضمن تحديد نموذج

الدفتري العقاري الذي نصت عليه المادة 54 من المرسوم 76/63. يكون هذا الدفتري العقاري هو تشخيص بطاقة الهوية للعقار على أرض الواقع.

خاتمة

ختاماً لموضوعنا نعتبر الملكية العقارية الخاصة من المواضيع الخصبية القابلة للبحث باستمرار لما تشهده من تطورات سواء علي مستوى القوانين أو التغيرات التي تطرأ عليها بالإضافة إلي طرق وأسباب اكتسابها و كيفية انتقالها و الإجراءات الواجبة الاتباع.

وفقاً للأنظمة التي استحدثت لهذا الغرض فلقد حاول الإنسان جاهداً على اختلاف الأزمنة و العصور إحاطة المعاملات العقارية بشتى أنواعها و أشكالها بقدر من الائتمان و الحماية التي تجعل منها في منأى عن كل ما قد يهدد استقرارها و لقد استنبطت هذه الأنظمة مبادئ عديدة لمحاربة الغش و التحايلات و يزداد الأمر تعقيداً و صعوبة كل ما تعلقت المعاملات بالملكية العقارية التي طالما ارتبطت بالسيادة و العراقة، بل تعدت إلى العرض و الشرف، فلا يمكن أن تكتمل سيادة أي دولة إلا بها، مما أدى إلى التنافس عليها وبالتالي ظهور العديد من النزاعات التي تكاد تكون أزلية و أكثر تعقيداً.

فالدول تلجأ إلى تنظيم هاته الملكية و المحافظة عليها و حمايتها، عن طريق توثيقها لذلك أولى المشرع الجزائري بالغ الاهتمام لتسيير الملكية العقارية ضماناً لاستمرارها غير أن تطبيق قاعدة الرسمية لم يكن بالأمر السهل بسبب وجود ما يسمى بالعقد العرفي مما جعل المشرع يستند علي المرسوم التنفيذي رقم 80- 210، والرسوم رقم 93-123، من أجل إضفاء الحجية على السندات العرفية، إلا أن الكثير منها لم تعد تعكس الوضعية الحقيقية للعقار نتيجة لعدم دقتها، وأمام معاناة إنعدام سندات الملكية لعدد معتبر من الأملاك العقارية المنطوية تحت نظام الملكية الخاصة. ما تسبب في وجود حالات مستعصية أزمّت من وضعية العقار مما جعل المشرع الجزائري يقر المادة 12 من قانون التوثيق 70-91<sup>1</sup> و التي تضمنت أن عقد بيع العقار هو عقد شكلي لا يكفي لإنعقاده تراضي الطرفين بل يجب إفراغه في شكل رسمي بالشكل الذي يحدده القانون و إلا يقع تحت طائلة البطلان .

---

1 - المادة 12 من قانون التوثيق المؤرخ في 15-12-1970 .

## الخاتمة

و لقد أقرت المادة 12 من القانون السالف الذكر أن جميع التعاملات العقارية يجب إفراغها في قالب رسمي إبتدأ من 1971-01-01 خاصة إذا تعلق الأمر ببيع العقار.

و هذا ما تضمنته أيضا المادة 324 من القانون المدني فقد إشتطت الشكلية لإنعقاد بيع العقار بورقة رسمية يتم تحريرها من طرف موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة بموجب القانون ويكون أهلا لذلك و مختصا بها . فالمشرع الجزائري بقرار باقي المشرعين اشتراط الشكلية في إنعقاد بيع العقار حيث هناك العديد من التنضيمات لم تشتط الشكلية في عقد بيع العقار منها التشريع المدني الفرنسي ففي مادته 1583 إذ تعتبر أنه يمكن إنتقال ملكية عقار بورقة عرفية أو رسمية لأنها ركزت علي تطابق إرادتي العقد أي البائع و المشتري .

من خلال ما سبق ذكره فإن المشرع الجزائري بفرضه التعامل بالرسمية مع الحفاظ علي العقود المبرمة قبل سنة 1971 أراد تنظيم سوق المعاملات العقارية العامة و بالأخص الخاصة من أجل رفع اللبس و الغموض عليها و تحرير العقار من العراقيل و جعله يساهم في التنمية الإقتصادية من خلال فتح المجال أمام إستثمار الأفراد أو المؤسسات أو إستثمارات الأجانب من أجل الدفع بعجلة التنمية .

المراجع

## أولاً : المراجع باللغة العربية

### 1 - الدستور :

1 / دستور 28 - 11 - 1996 ؛ الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 96 / 16438 المؤرخ في 07 - 12 - 1996، يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في 28 - 11 - 1996 الجريدة الرسمية العدد 76.

### 2 - الكتب :

1 / عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، المجلد 1 ، الجزء 08 ، الجامعة المصرية ، دار المنشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2000.

2 / د. حمدي عمر باشا ، نقل الملكية العقارية ، دار هومة ، الجزائر.

3 / د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني ، الحقوق العينية و أصلية الاموال و الحقوق ، حق الملكية بوجه عام ، منشأة المعارف ، مصر ، 2005.

4 / : زرقى ليلي و حمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، دار هومة ، الجزائر ، 2006.

5 / : ابن منظور ، لسان العرب ، المجلد 4 ، دار المعارف ، مصر ، 1981.

6 / : وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، دار الفكر ، سوريا ، 1985 .

7 / : رمضان ابو مسعود ، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر 2004.

8 / : مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية ، منشأة المعارف ، مصر ، دون تاريخ .

9 / : منذر الفضل ، تاريخ القانون ، مكتبة دار الثقافة ، الأردن ، 1998.

10 / : زهدي يكن ، الملكية العقارية الخاصة و الحقوق العينية غير منقولة ، دار الثقافة ، لبنان ، 1974.

11 / : مجيد خلوفي ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ديوان وطني للأشغال التربوية ، الجزائر 2003.

12 / : نزيه محمد الصادق المهدي ، الملكية في النظام الإشتراكي ، دار النهضة العربية ، مصر ، دون تاريخ .

13 / : محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1996.

- 14/: محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2007.
- 15/: عمار علوي ، الملكية و النظام العقاري في الجزائر .
- 16/: نبيل ابراهيم سعد ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006.
- 17/: عون سيف الدين و محمود لطيف و سلاطنية عبد الكريم ، الحماية الجزائرية للملكية العقارية.
- 18/: الشريف علي بن محمد الجرجاني ، كتاب التعريفات ، بيروت ، لبنان ، 1983.
- 19/: محمد صبري السعدي : شرح القانون المدني الجزائري ، الجزائر ، 2004.
- 20/: خليل أحمد قادة ، الوجيز في شرح القانون المدنيالجزائري.
- 21/: محمد يوسف الزغبى ، شرح عقد البيع في القانون المدني ، الاردن ، 2004 .
- 22/: سي يوسف زاهية حورية ، الوجيز في عقد البيع ، الجزائر ، 2008.
- 23/: أنور العمروسي ،العقود الواردة على الملكية في القانون المدني ، مصر ، 2002 .
- 24/: لحسين بن الشيخ اث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، دار هومة ، الجزائر ، 2005.
- 25/: بكوش يحيى ، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، 1988.
- 26/: دعجة الجيلالي ، مدخل العلوم القانونية ، نظرية الحق ، بارتي للنشر ، الجزائر ، 2009 .
- 27/: مصطفى مجدي مرجة . التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيازة ، دار الفكر ، مصر ، 1993 .
- 28/: د. محمودي عبد العزيز ، مدخل العلوم القانونية ، نظرية الحق ، بارتي للنشر ، الجزائر ، 2009 .
- 29/: الشرقاوي جميل ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1996 .
- 30/: رامول خالد ، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري ، قصر الكتاب ، الجزائر ، 2005 .
- 31/: جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2006 .
- 32/: رضا المزغني ، أحكام الإثبات ، معهد الإدارة ، السعودية ، 1985 .
- 33/: محمد الكيلاني ، قواعد الإثبات وأحكام التنفيذ ، دار النشر ، عمان ، 2010 .
- 34/: نعيمة حاجي ، المسح العام و تأسيس السجل العقاري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 .

35 /: عادل السعيد أبو الخير ، القرارات الإدارية ، دون مكان النشر ، 2008.

36 /: محمد حسن قاسم ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، دار الجامعة للنشر و الطباعة ، لبنان ، 2003.

37 /: ياسين محمد يحي ، نظام السجل العيني ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1982.

38 /: عبد الوهاب عرفة ، المطول في الملكية العقارية ، المطبوعات الإسكندرية ، مصر ، 2004.

39 /: د.مصطفى محمد جمال ، نظام الملكية ، شركة سعيد رافة للطباعة ، مصر ، 1985.

### **3 - الرسائل و المذكرات الجامعية :**

01 /: سميحة حنان فوادجية ، قيود الملكية العقارية الخاصة ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2007.

02 /: عمار نكاح ، إنتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ، جامعة قسنطينة ، 2007.

03 /: بوقرة العمري ، تسجيل العقارات لدى مفتشية التسجيل و الطابع ، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق ، جامعة سعد دحلب ، البليدة ، 2007.

04 /: بن طبال عصام ، العرفية كوسيلة إثبات في التشريع الجزائري ، مذكرة مقدمة لإستكمال شهادة ليسانس ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، 2013.

05 /: براهيم سامية ، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة ، مذكرة لنيل شهادة ماستر ، جامعة قسنطينة ، 2008.

06 /: رحايمية عماد الدين ، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية ، مذكرة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق ، جامعة مولود مهري ، تيزي وزو ، 2004.

07 /: سفيان خالي ، الإثبات عن طريق المحررات الرسمية و العرفية في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة أجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 17 ، 2009.

08 /: بوزيتون عبد الغاني ، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية ، ماجستير عقود و مسؤولية ، جامعة منتوري ، قسنطينة ، 2009.

09 /: حسن طوابية ، نظام الشهر العقاري الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2000.

10 /: سماح ورثي ، المسح العقاري و إشكالاته في الجزائر ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2005.

#### **4 – المقالات :**

- 01 /: تعليق على قرار مجلس الدولة ، الغرفة الثانية بتاريخ : 20-07-2004 ، ملف رقم 11956 ،  
جلة مجلس الدولة ، الجزائر ، 2005 .
- 02 /: الموثق حمان بكاي ، مراحل العقد التوثيقي ، مقال منشور بمجلة الموثق ، العدد 11 ، 2004 .
- 03 /: قرار الغرفة الثانية بتاريخ : 05-02-2001 ، ملف 198371 ، مجلة مجلس الدولة ، 2003 .
- 04 /: د. عبد الحميد الحاج صالح ، مقال منشور بمعهد الإدارة العامة الرياض ، مجلة 54 ، 2005 .

#### **5 – النصوص القانونية :**

##### **أ : الأوامر و القوانين :**

- 1 / أمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 08 يونيو 1966 ، المتضمن قانون العقوبات معدل و متمم .
- 2 / أمر رقم 154/66 المؤرخ في 08 / 07 / 1966 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية القديم ، معدل و متمم .
- 3 / أمر رقم 70 – 91 المؤرخ في 15 / 12 / 1970 ، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، ج.ر عدد 78 ، معدل و متمم .
- 4 / أمر رقم 75 – 56 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 ، يتضمن القانون المدني الجزائري ، ج.ر عدد 78 ، الصادرة في 30 / 09 / 1975 ، معدل و متمم .
- 5 / أمر رقم 88 – 27 المؤرخ في 12 / 07 / 1988 ، المتضمن قانون التوثيق ، ج.ر ، عدد 18 ، لسنة 1988 .
- 6 / قانون 90 – 25 المؤرخ في 18 / 11 / 1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، ج.ر ، عدد 49 ، لسنة 1990 .
- 7 / قانون رقم 06 – 02 المؤرخ في 20 / 02 / 2006 ، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، ج.ر ، عدد 14 ، الصادرة في 08 / 03 / 2006 .

8 / قانون رقم 08 – 09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25 / فبراير 2008 ، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر عدد 21 ، سنة 2008.

9 / أمر رقم 17 / 74 المؤرخ في 12 / 02 / 1975 ، المتضمن إعادة مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، ج.ر ، عدد 92 ، المؤرخة في 18 / 11 / 1975.

### **ب : المراسيم التنظيمية :**

1 / مرسوم رقم 76 – 63 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 ، المتعلق بإعادة السجل العقاري ، ج.ر ، عدد 30 ، مؤرخة في 13 / 04 / 1976 ، معدل و متمم.

### **6 – القرارات :**

1 / القرار رقم 43098 الصادر بتاريخ 12 / 04 / 1987 ، تطبيقات في المادة العقارية ، المحكمة العليا.

### **7 – المواقع الإلكترونية :**

1 – [www.joradop.dz/har/index.ht](http://www.joradop.dz/har/index.ht)

2 – [www.mjustice.dz](http://www.mjustice.dz)

3 – [www.dgdn.dz](http://www.dgdn.dz)

### **أولا : المراجع باللغة الفرنسية**

1/Muriel (fabre-magnan), introduction général au droit,(cours et méthodologie), 1ere édition, presses universitaire de France, prsn 2009,p242. Un acte qui ne peut etrequallifié d’authentique en raison de certains vices, peut etre valoir comme acte sous seing privé

2/Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD : Droit civil, les obligation, t 1, les sources, 2<sup>é</sup> édition, SIREY, Paris, 1988, pp272.274.

# الفهرس

المحتويات	الصفحة
المقدمة	5-1.....
<b>الفصل الأول: أحكام بيع العقار المملوك ملكية خاصة و إمكانية اثباته بالمحررات العرفية</b>	
<b>المبحث الأول: أحكام بيع العقار المملوك ملكية خاصة</b>	
المطلب الأول: الملكية العقارية الخاصة	06.....
الفرع الأول: تعريف الملكية العقارية الخاصة	06.....
الفرع الثاني: أنواع الملكية العقارية الخاصة	11.....
أولاً: الملكية التامة	12.....
ثانياً: الملكية المجزأة	12.....
ثالثاً: الملكية الشائعة	13.....
رابعاً: الملكية المشتركة	13.....
المطلب الثاني: مفهوم بيع العقار المملوك ملكية خاصة	14.....
الفرع الأول: تعريف عقد البيع في التشريع الجزائري	14.....
الفرع الثاني: أركان عقد البيع العقاري	18.....
الفرع الثالث: الوعد بالبيع العقاري	25-25.....
أولاً: تعريف الوعد بالبيع العقاري	27.....
ثانياً: صور الوعد بالبيع العقاري	28.....
ثالثاً: الوعد بالبيع والشراء الملزم لجانبين	29.....

**المبحث الثاني : المحررات العرفية في إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة**

- المطلب الأول: أحكام العقد العرفي ..... 30
- الفرع الأول: تعريف العقد العرفي ..... 30
- الفرع الثاني: شروط صحة العقد العرفي ..... 31-33
- المطلب الثاني : إثبات بيع العقار بالمحرر العرفي ..... 34
- الفرع الأول: حجية الورقة العرفية بالنسبة للطرفين ..... 34
- الفرع الثاني: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير ..... 35-37
- أولاً: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث مصدرها .....
- ثانياً: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث مضمونها .....
- ثالثاً: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير من حيث صحة تاريخها .....
- الفرع الثالث: حجية الورقة العرفية الثابتة التاريخ ..... 38-39
- الفرع الرابع: حجية الورقة العرفية الغير ثابتة التاريخ ..... 40
- المطلب الثاني: صور و أشكال تثبيت العقد العرفي ..... 41
- الفرع الأول: الإجراءات القانونية المتبعة في العقود العرفية لإثبات الملكية العقارية ..... 42
- أولاً : الايداع لدى الموثق ..... 42
- ثانياً: اللجوء الى القضاء ..... 43
- الفرع الثاني: موقف المشرع و القضاء من العقود العرفية ..... 44
- أولاً: موقف المشرع من العقد العرفي ..... 44
- ثانياً: موقف القضاء من العقد العرفي ..... 45-48

**الفصل الثاني : الأليات الرسمية في إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة**

- المبحث الأول : الرسمية في عقد البيع ..... 49
- المطلب الأول: مفهوم العقد الرسمي وشروطه ..... 49
- الفرع الأول: تعريف العقد الرسمي ..... 49
- أولاً: المعنى الواسع ..... 50

51.....	ثانيا: المعنى الضيق
51.....	الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في الورقة الرسمية
52.....	أولا: صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة العامة
53.....	ثانيا: أن يتم تحرير الورقة في حدود سلطة الموظف
56.....	الفرع الثالث: سلطة الموظف
57.....	الفرع الرابع: إختصاص الموظف
59.....	المطلب الثاني : صور الورقية الرسمية في إثبات بيع العقار
59.....	الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية في حالة وجود الأصل
60.....	الفرع الثاني: حجية الورقة الرسمية في حالة عدم وجود الأصل
61-60.....	الفرع الثالث: حجية نسخة طبق الأصل من الصورة الأصلية
62.....	<b>المبحث الثاني : التسجيل و الشهر في بيع العقار المملوك ملكية خاصة</b>
62.....	المطلب الأول: إجراءات التسجيل و أصنافه
62.....	الفرع الأول: مفهوم التسجيل و إجراءاته
65.....	الفرع الثاني: أصناف رسوم التسجيل
70.....	المطلب الثاني: أثر شهر العقد علي الحق العيني العقاري
70.....	الفرع الأول : أثر الشهر وتحديد وقت إنتقال الحق العيني العقاري
70.....	أولا: الرأي القائل بالأثر الرجعي للشهر
73.....	ثانيا: الرأي القائل بالأثر الفوري للشهر
76.....	الفرع الثاني: موقف التشريع و القضاء الجزائري من أثر الشهر علي الحق العيني العقاري
76.....	أولا: موقف المشرع الجزائري
78.....	ثانيا: موقف القضاء الجزائري
79.....	المطلب الثالث: الدفتر العقاري كألية لاثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة
79.....	الفرع الأول: تعريف الدفتر العقاري
80.....	الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للدفتر العقاري
82-80.....	أولا: الدفتر العقاري قرار إداري

83.....	ثانيا: الدفتر العقاري ليس بقرار إداري:
83.....	الفرع الثالث: كيفية اعداد الدفتر العقاري
83.....	أولا: العملية التقنية للمسح
84.....	ثانيا: العملية التقنية لمسح الاراضي العام
84.....	الفرع الرابع : إيداع الوثائق لدى المحافظة العقارية
84.....	أولا: إستلام وإشهار وثائق المسح
85.....	ثانيا: ترقيم العقارات الممنوحة
85.....	1/ ترقيم نهائي
86.....	2/ ترقيم مؤقت
88-87.....	الفرع الخامس : تسليم الدفتر العقاري
90-89.....	الخاتمة
94-91.....	الفهرس
99-95.....	المراجع