

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ابن خلدون - تيارت-

الملحقة الجامعية السوقر

مذكرة تدخل ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر

الشعبة: الحقوق

التخصص: القانون العقاري

بعنوان :

شكليات البيع العقاري في الجزائر

تحت إشراف الأستاذ

من إعداد

-بوحريز دايج عائشة

- بوطيبة صابرينة

- رقام رقية

لجنة المناقشة

الصفة	الرتبة	أعضاء اللجنة
رئيسا	أستاذ محاضر قسم -ب-	لزرق بن عودة
مشرفا ومقررا	أستاذ مساعد قسم -أ-	بوحريز دايج عائشة
عضوا مناقشا	أستاذ مساعد قسم -أ-	بن أحمد مُجَّد
عضو مدعو	أستاذ محاضر قسم -أ-	صافة خيرة

السنة الجامعية : 2021/2020

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

لَمَّا رَفَعَ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ

سورة المجادلة الآية 11

مكتبة الشكر

الشكر لله أولاً الذي وفقنا في مشوارنا الدراسي
والشكر الخاص إلى أستاذتنا الفاضلة بوحريز دايج عائشة
لقبولها الإشراف على مذكرتنا والتي لم تبخل علينا بالمعلومات
والإرشادات القيمة والتوجيهات والنصائح.
كما نوجه شكرنا إلى صاحبة اقتراح موضوع الدكتوراة صافية خيرة التي
أعطتنا الفرصة لدراسة هذا نوع من المواضيع ووضعت ثقتها فينا مما
زادنا علم و معرفة .
كما نوجه شكرنا إلى أعضاء اللجنة المناقشة الأفاضل وعلى رأسهم
رئيس اللجنة الدكتور لزرق بن عودة الذي قدم لنا يد المساعدة جزاه الله
خييراً.
كما لا ننسى أن نشكر سيد مدير الملحقة جندان خالد وإلى كل الأساتذة
الملحقة الذين تعبوا من أجلنا لنعيش هذا النجاح معهم.
كما أتقدم بالشكر إلى كل الموظفين وعمال ملحقة السوق.
ونتقدم بالشكر إلى من ساعدنا في إنجاز هذا العمل من قريب أو من
بعيد.

إهداء

إلى من أعلى الله منزلتهما وربط طاعتهما بعبادته وإلى من لهما الفضل بعد الله عز وجل

- إلى رجل يفوق الرجال وصفا، إلى أعظم أسباب فرحي ونجاحي، إلى من جف جبينه ليراني ألمع بين النجوم
، أنت الجمال ونحن بقاياك .

- إلى أبي حفظه الله وأطال في عمره.

- إلى النعمة التي وهبني الله إياها إلى طهر الحياة وطريق مختصر إلى الجنة، إلى التي لم تفارقني دعواتها لي
بالنجاح طول حياتي.

- إلى أمي حفظها الله وأطال في عمرها.

إلى إخوتي وأخواتي حفظهم الله وسدد خطاهم.

- إلى من دفعني وساعدني في بحثي وكان لي خير معين وخير أنيس .

- إلى زوجي حفظه الله وسدد خطاه.

إلى كل أساتذتي والطاقم الإداري بالملحقة السوقر.

- إلى من تشاركت معها هذا العمل زميلتي وحبيبتي قلبي "صابرينة"

- إلى كل زميلاتي ورفيقات دربي طيبة مساري الدراسي في الجامعة :

"ليندة، فاطمة، سمية، دنيا، خلود، مليكة، زهرة، توتة" وفقهم الله وأنار طريقهم .

- إلى كل من تمنى لي النجاح .

إهداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى وأهله ومن وفى أما بعد :

إلى من زرعني في أرض طيبة وسقاني بمكارم الأخلاق

إلى الذي تعب لأرتاح أنا، إلى من علمني النجاح قائلا: " بعد كل بداية نهاية وبعد كل عمل راحة وكل من تعب نال وكل من كسل خاب "

أهدي ثمرة الجهد والنجاح بفضل الله تعال إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي وأطال عمرهما

إلى كل العائلة الكريمة الذين ساندوني

إلى أخي أمين الذي ساندني معنويا وماديا طيلة مشواري الجامعي حفظه الله

إلى روح الطاهرة ابنة خالتي لينده رحمها الله واسكنها فسيح جنانه

إلى من تشاركت معها هذا العمل زميلتي ورفيقة مشواري الجامعي "رقية"

إلى من كانوا لي أوفياء صديقاتي جميعا

إلى الأستاذ لزررق بن عودة الذي ساعدنا له كل الشكر والتقدير

إلى الأستاذة والأخت والصديقة صافا خيرة وفقها الله في مسارها المهني

إلى الأستاذة بوحريز عائشة التي ساعدتنا في انجاز هذا العمل أدامها الله

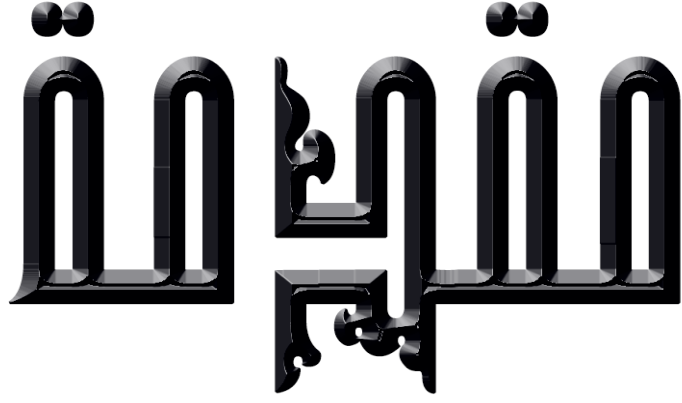
إلى كل الأساتذة الذين أناروا عقلي بالعلم والمعرفة

إلى كل من كان لهم أثر على حياتي ، وإلى كل من أحبهم قلبي ونسيهم قلمي

بوظيفة صابرينة

قائمة المختصرات :

ص	صفحة.....
ج ر	الجريدة الرسمية.....
ق م ج	القانون المدني الجزائري.....
ق ت	قانون التسجيل.....
ج	جزء.....
ط	طبعة.....
ع	عدد.....
س	سنة.....
ق إ م إ	قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.....
د ط	دون طبعة.....



مقدمة

يعتبر عقد البيع العقاري من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية، والتي اتسمت فيها المعاملات العقارية قديماً بالشكلية، والتي كانت عبارة عن رموز وطقوس شعبية تعبر فيها عن الإرادة اللازمة لإبرام العقد، ومثال ذلك ما جسده القانون الروماني والتي مرت به الشكلية بعدة مراحل، والتي اعتبرت إجراءات رسمية الواجب القيام بها لإبرام العقد، إما باللفظ أو بالكتابة وفي حالة التخلي عن هذا الالتزام اعتبر تصرفه باطلاً، ومع مرور الزمن بدأ الرومان يلاحظون مساوئ الشكلية وهذا بعد احتكاكهم بالشعوب الأخرى وهذا ما جعل بالشكلية تزول ويتجاوزها الزمن، حيث لم تعد الشكلية في القوانين الحديثة جوهر التصرف القانوني ومع تطور الفكر القانوني الذي أخذ بمبدأ الرضائية كأصل عام، وهذا ما جاء به المشرع الفرنسي في التقنين المدني الصادر سنة 1804، الذي اعتبرها قاعدة عامة في المعاملات العقارية بين الأفراد، حيث لم يشترط شكلية معينة لا في بيع العقار ولا في التصرفات الأخرى، فكان الأطراف المتعاقدون أحراراً في ذلك، لأنها كانت مجرد شكلية اتفاقية غير قانونية راجعة لإرادة الطرفين فقط.

وهذا المبدأ اعتنقه المشرع الجزائري وحدد في نطاقه وسائل التعبير عن الإرادة في المادة 60 من القانون المدني، وجعلها إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، أو اتخاذ موقف معين بصفة صريحة أو ضمنية، ثم قسم التصرفات إلى رضائية أو شكلية، إذا أكدت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على مبدأ الرضائية بنصها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ومع تطور الحضارات المنظمة كالحضارة الإسلامية، والتي تعتبر من التشريعات السباقة في الاهتمام بالتوثيق للمعاملات المدنية والتجارية على اختلاف أنواعها، حيث تجد للسند الشرعي

لشكالية مصدره في القرآن الكريم بدليل كلام الله عز وجل في آيته الكريمة ،لقوله تعالى بعد بسم الله الرحمن الرحيم " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ"¹

والتي يعتبرها الفقهاء بمثابة دستور العقود ،وأنها بمثابة قاعدة اسلامية من قواعد الاقتصاد والمعاملات تصلح لجميع العصور ،ف نجد الكتابة لها أهمية كبرى من الناحية القانونية والعملية وخاصة في التشريعات الحديثة والتي اعتبرها ركنا للانعقاد التصرف القانوني أو لنفاذه أو لإثباته وهذا ما حدث مع الجزائر حيث كانت الوضعية العقارية تطغى عليها القواعد العرفية إبان الاستعمار ،ف عملت فرنسا آنذاك على إدخال مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية خدمة لمصالح المعمرين الفرنسيين ،ودام هذا الحال حتى بعد الاستقلال وبالضبط حتى صدور قانون رقم 91/70 المتضمن قانون التوثيق ،حيث ألزم كل من يريد نقل ملكية عقارية ما بإفراغ ارادته في محرر رسمي صادر من شخص مؤهل قانونا لذلك مقابل دفع رسم على ذلك للموثق ، حيث يعتبر قانون 91/70 بمثابة مرحلة أولى لظهور نظام التوثيق في الجزائر ابان استقلالها ،ثم أصبحت مهنة التوثيق حرة بموجب القانون رقم 27/88 الذي ألغى بموجب القانون رقم 02/06 المتضمن قانون التوثيق ،والذي جاء تماشيا مع صدور الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل الذي يحدد الضرائب والرسوم الواقعة على التصرفات الواردة على العقار بدقة ،وهذا ما كرسه المشرع الجزائري لضمان صحة العقد ،وهما وسيلة تمكن الدولة من بسط مراقبتها على جميع التصرفات الواردة على العقارات ،كون عقد بيع العقار في القانون الجزائري عقد شكلي لا يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين البائع والمشتري ، بل يجب أن يصدر التراضي في الشكل الذي عينه القانون وهذا ما أكدته المادة 324 من القانون المدني التي سيأتي ذكرها الذي اشترط المشرع فيها الشكل الرسمي نقل للملكية اجراءا خاصا ويسمى الشهر العقاري ، الذي يتم لدى المحافظة العقارية ، من أجل اتمام اجراءات نقل الملكية فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير .

¹ -سورة البقرة الآية 282.

ونظرا لأهمية الكبيرة التي تؤديها الشكلية في التصرفات الواردة على العقار من خلال ما يقدمه الشكل من مزايا وكذلك السعي من حد النزاعات القائمة بين الأشخاص المتعلقة بالعقارات المثبتة بالعقود العرفية ، كون وجود الشكلية يمنح بيع العقارات بالعقود الرضائية التي تسبب مشاكل في مجال البيع والشراء .

ومن خلال دراستنا لهذا الموضوع كان لنا أسباب عدة ومنها ، كون الموضوع شكليات البيع العقاري في التشريع الجزائري من المواضيع المرتبطة بالحياة اليومية والواقع العملي وكذلك محاولتنا إلقاء الضوء ولو بصفة بسيطة على العقد الناقل للملكية العقارية في التشريع الجزائري بداية من ابرامه الى غاية تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع و انتهاءا بشهره لدى المحافظة العقارية.

أما الأسباب الذاتية تكمن في تدعيم الجانب المعرفي لدينا حول الموضوع والرغبة والميل في البحث ودراسة هذا الموضوع وهذا ما يكتسبه من أهمية بالغة في السوق العقارية.

أما عن الأهداف المتوخاة من هذا البحث تكمن في دراسة أهمية الرسمية في المعاملات العقارية وتبيان إجراءات المقررة لنقل الملكية في عقد البيع العقاري وما مدى تحقيقها لحماية الملكية العقارية وضمان الاستقرار في المعاملات العقارية.

ونلخص هذه الأهداف على النحو الآتي:

_تبيان شكل الرسمي كركن للانعقاد البيع العقاري

_معرفة الأشخاص المكلفين قانونا بتحرير المحررات الرسمية الناقلة للملكية العقاري.

_التطرق الى الإجراءات المتبعة في انتقال الملكية العقارية .

_تحديد مقصود بالتسجيل العقاري وإجراءات المتبعة فيه

_تحديد المقصود بالشهر العقاري وإجراءات المتبعة فيه

_تبيان سلطة و دور المحافظ في عملية الشهر .

و لقد مرت عليها دراسات سابقة تمثلت في:

-ميدي أحمد (كتاب) الكتابة الرسمية كدليل للإثبات في القانون المدني الجزائري.

- شيخ سناء (أطروحة دكتوراه) الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع و

القضاء.

- سيدي يخلف حفيظة (رسالة ماجستير) الشكلية لانعقاد البيع العقاري.

- مكش سهام، بطاش فاطمة (مذكرة ماستر) شكلية البيع العقاري في الجزائر.

ومما لاشك فيه أن أي بحث علمي لا يخلو من الصعوبات فقد واجهتنا خلال دراستنا لهذا

الموضوع كثرة القوانين المتعلقة بالعقارات وتعديلاتها وتداخلها في آن واحد .

و بناء على ما تقدم بيانه فإن لإشكالية التي يثيرها الموضوع محل الدراسة تتمثل في :

ماهي الشكلية التي اعتمدها المشرع الجزائري في البيع العقاري ؟ وهل هي كافية لوحدها بنقل

الملكية العقارية ؟ أم أنه لابد من أن تستكمل بشأنها اجراءات التسجيل الجبائي والشهر

العقاري؟

وقد اعتمدنا في دراستنا لهذا الموضوع على المنهج الوصفي التحليلي ،ولالإلمام بهذا

الموضوع ،فقد قسمنا بحثنا الى فصلين تناولنا في الفصل الأول الى الشكلية كآلية لنشوء البيع

العقاري ،حيث تطرقنا من خلالها الى مفهوم الشكلية وموقف التشريع والقضاء من الشكل في

البيع العقاري ، أما خصصنا في الفصل الثاني الى الشكلية اللاحقة لعقد البيع العقاري كما

تطرقنا فيه الى التسجيل كإجراء جبائي في البيع العقاري والشهر العقاري كإجراء نهائي .

الفصل الأول

الشكلية كآلية لنفاذ البيع العقاري

يمثل عقد البيع العقاري قيمة قانونية، الأمر الذي أدى بالمشرع إلى اعتماد شكليات كآليات لنشوء البيع العقاري، واشترط إفراغ البيع العقاري في شكل رسمي وذلك لتفادي التعامل في البيع بالعقود العرفية، وهذا أدى إلى نشوء فوضى في المعاملات العقارية، فالشكلية تعتبر ركنا أساسيا في انعقاد البيع المنصب على العقار، حيث أنه لا يمكن أن ينعقد العقد بدونها ولا يرتب أي أثر قانوني. وعلى إثر هذا تطرقنا في المبحث الأول إلى مفهوم الشكلية وأنواعها، وموقف التشريع والقضاء من الشكلية عقد البيع العقاري في الجزائر في المبحث الثاني .

المبحث الأول : مفهوم الشكالية

التطور الحاصل في وظيفة الدولة ناتج عن الأفكار التقليدية التي عرفتھا ؛ والتي أدت إلى اعتماد الشكالية الرسمية ركن أساسي للانعقاد والتي أحيطت بعدة قوانين وذلك من أجل مراعاة وحماية المصلحة العامة من جهة والمصلحة الخاصة من جهة أخرى .

ويختلف مفهوم الشكالية في القوانين القديمة عن مفهومها في القوانين الحديثة وذلك ناتج عن الاختلاف في الأغراض بينهما ؛ حيث كانت في القديم جوهر التصرف القانوني ؛ ولقد تعددت مفاهيم الشكالية لدى الفقه ونظرا لتعدد الأغراض التي تسعى الشكالية لتحقيقها، وكذا تنوع الجزاء أدى إلى إفراغ العقد في شكل معين بعد تراجع مبدأ الرضائية، ولقد ظهر ذلك في ظهور صور جديدة للشكالية ومن جانب آخر اكتفاء المشرع بفرض إجراءات سواء كانت لاحقة أم سابقة للتصرفات القانونية ، وهذا ما يعرف بأنواع الشكالية لذا خصصنا المطلب الأول لمفهوم الشكالية ولأنواع تطرقنا لها في المطلب الثاني .

المطلب الأول : تعريف الشكالية

تعتبر الشكالية ركن أساسي في العقود ؛ وهو حالة استثنائية حيث أن المشرع أخذ بمبدأ الرضائية كما هو مبين في نص المادة 59 من القانون المدني : "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية . " وفي الحقيقة إن التخلي عن الشكالية في العقود هو أحد المظاهر البارزة للقوانين الحديثة.¹

ويرجع السبب في ذلك الى اعتبارات حضارية ؛اقتصادية ؛ واجتماعية. فحضاريا يقول الفقيه الفرنسي LOYSEL : " تربط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها ."²

¹-سيدي يخلف حفيظة ، الشكالية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير في الحقوق ، فرع العقود والمسؤولية ، جامعة الجزائر 1، 2009-2010، ص9.

²- سيدي يخلف حفيظة ، المرجع نفسه، ص09.

وعليه فالرضا هو الذي يلزم المتعاقد وليس الشكل .

أما اقتصاديا : فالترديد في المعاملات التجارية ؛ يقتضي البساطة والسرعلة وقلة التكاليف في إبرام العقود ، مما أدى إلى استبعاد الشكلية .

أما اجتماعيا : فتعتبر الشكلية التقليدية خطر على الفرد إذا ترتب عنها التزاما لم يكن يقصده المتعاقد ولتقادي مثل هذه المواقف ؛ يجب على المتعاقد أن يكون عالما بماهية الشكلية حتى يحسن استعمالها.¹

وعلى إثر هذا سوف نتناول في الفرع الأول تعريف الشكلية ودوافع أو مبررات اعتمادها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: مفهوم بالشكلية

لقد ثار الخلاف في بين الفقهاء تعريف الشكلية فقال جيني : "أن التصرف الشكلي هو الذي فرض في الشكل تحت طائلة عدم فعالية القانونية بدرجة ما..."

ويرى روبن **ROBEN** : "أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات "

ويقول **BUNKER** بأن الشكلية : "ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية وتلك التي تخضع لشكليات خاصة ؛ والتصرفات التي تتطلب تعبيراً

¹-حشود نسيمه ،الشكلية في البيع العقاري ،(دراسة تحليلية)،رسالة ماجستير ،جامعة الجزائر ،2013، ص8.

صريحا عن الإرادة .¹ ويميز محمود زاوي : "بين التصرف الشكلي الذي يمثل فيه ركنا جوهريا والتصرف الذي يتطلب شكليات أو بمعنى آخر التصرف الرضائي الذي يتطلب شكليات ".²

وبهذا فنحن بصدد تصرف شكلي عندما يمنع المتعاقد من اختيار الطريقة التي يعبر بها عن إرادته.

فالعقد الشكلي هو الذي يحتاج إلى جانب التراضي، المحل و السبب، مع ضرورة مراعاة ركن رابع وهو الكتابة في شكلية معينة ينص عليها القانون .³

والشكلية الحديثة ليست كما هي في الشرائع القديمة ،التي كانت تتم في شكل طقوس ورموز معينة ،ورغم اختفاء الشكلية القديمة وانتشار مبدأ الرضائية في إبرام العقود ،إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا لأن الظروف اجتماعية ، اقتصادية والسياسية كان لها تأثير مباشر على القوانين حيث جعلها تأخذ بالشكلية الحديثة استثناء عن بعد الرضائية والازمة للانعقاد وذلك من أجل تحقيق الاستقرار الاجتماعي.

ورغم الخلاف القائم بين الفقهاء بشأن الشكلية إلا أنها لم تختفي ولم تستغني عنها النظم القانونية ،هي أي مرحلة من المراحل تطور القانون ،بغض النظر عن ما تحققه من استقرار المعاملات ،إلا أن مجال تطبيقها قد تغير من مرحلة إلى أخرى ،باختلاف الأغراض والشكلية تغيرت وارتبطت بالإرادة بعد ما كانت منفصلة عنها كما أنها في انتعاش مستمر ، حيث قال الدكتور فتحي عبد الرحيم : "الشكلية الحديثة في حالة انتعاش مستمر وازدهار وتزداد مظاهرها

¹-مقني بن عمار ، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية ، دار هومة ، الجزائر ، 2014 ، ص 28-29 .

²-مكش سهام ، بطاش فاطمة ، شكلية البيع العقاري في الجزائر، مذكرة ماستر ، قانون عقاري ، كلية الحقوق، جامعة الدكتور يحي فارس، المدينة، 2013-2014، ص 08.

³-بلحاج العربي ،نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ،وفق آخر تعديلات تشريعية ، ومدعم باجتهادات المحكمة العليا ، دراسة مقارنة ، ديوان المطبوعات الجامعية ،ص 63.

في القانون كما أنه يعارض الرأي القائل بعودة الشكالية وذلك لأنها لم تمت حتى تولد من جديد."

وبفضل التطور القانوني وبفضل العوامل الاجتماعية والاقتصادية...، هذا ما دفع بالشكالية إلى التزايد والتنوع ، ولقد أعطى لها الدكتور عبد المقصود عيسى معنى واسع : "يدخل في نطاق الشكالية كل الإجراءات والأشكال الواجب اتباعها لنفاذ التصرف القانوني ، والأشكال المتطلبة للإثبات والشكالية الإدارية وكل الأشكال التي يحتاج إليها الأفراد في معاملاتهم القانونية".¹

إذا فالشكالية في توثيق العقد أمام مكتب التوثيق وذلك لإفراغ التصرف الوارد على العقار في شكل الرسمي وتعتبر الرسمية بذلك ركن جوهري في التعاقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد ، وهو ما تشير إليه المادة 324 من القانون المدني التي نصت على أن : "العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقاً للشكل القانوني ، وفي حدود سلطته واختصاصه".²

الفرع الثاني: مبررات اعتماد الشكالية

ظلت الشكالية منذ القدم مصاحبة لنظام القانوني، بغرض تحقيق أغراض مختلفة كضبط وتنظيم حياة المجتمع ، واستمر وجودها في الشرائع الحديثة . وهذا ما جعل المشرع يشترط شكالية خاصة في جميع التصرفات القانون، والغرض منها تحقيق مصلحة عامة وكذا مصلحة خاصة.

¹ سيدي يخلف حفيظة ،مرجع سابق، ص 11.

² -المادة 324 من الأمر رقم 75_58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر ، ع 78، الصادرة في 30/09/1975، المعدل والمتمم.

فبالنسبة للمصلحة العامة يشترط شكلية في العقود وذلك لأن وظيفة الدولة تطورت وباتت تتكفل بالميدان الاجتماعي وكذا الاقتصادي تهتم بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد.

لذلك على الدولة أن تدرج المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون العموميون والخواص وكذا المواطنين وفق السياسة الوطنية التي تنتهجها أثناء تسييرها وتوجيهها للمنظومتين الاجتماعية والاقتصادية ، فهناك عمليات تحقق بتشجيع الدولة وأخرى تمنعها منعا باتا نظرا لتعارضه مع الاجتهادات العامة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية

فالشكلية إذن ،تعتبر وسيلة هامة في توجيه الاقتصاد الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه ، فبواسطتها يمكن مراقبة وتشجيع نوع معين من المعاملات وأخرى قد تحد منها إذا تعارضت مع توجيهات السياسة الاقتصادية للدولة.¹

إلى جانب ذلك أصبح من الضروري حاليا قيام الدولة بمراقبة كافة أنواع العلاقات الاجتماعية ،وكل التصرفات الهامة التي تقوم بها الأشخاص العامة والخاصة ، وبالتحديد المعاملات العقارية .فتؤدي الشكلية في هذا المجال دورا وقائيا ، يمكن للقاضي في العقد مراقبة مدى مطابقة التصرف القانوني للشروط الموضوعية والشكلية المحددة في القانون حيث يصعب في التصرف الرضائي الكشف عن الشروط المخالفة للنظام العام

ومن بين الأغراض التي تحققها الشكلية أيضا حماية المصلحة العامة : كالمعاملات الواردة على العقارات والمحلات التجارية ، وعقود الشركات التي تخضع لتسجيل .² والمادة 793 من القانون المدني نصت على أنه : " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الاخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير ،إلا إذا رعت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار " .

¹-علي فيلاي ،النظرية العامة للعقد ،ط 2، دار هومة ، الجزائر،230.

²- سيدي يخلف حفيظة ،مرجع سابق، ص12- 13.

ونصت المادة 58 من قانون التسجيل على أنه يجب: "أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها..."، وكذلك المادة 61 من نفس القانون. والذي يترتب عنه دفع حقوق الخزينة العامة، فالشكل الرسمي مفروض على هذه التصرفات يضمن استيفاء حقوق الخزينة. ومنع التهرب من الضرائب والرسوم المقررة على بيع العقار، الأمر الذي كان شائعا قبل صدور الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق. كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية كذلك بعض الضمانات فيما يتعلق الوفاء بالدين.¹

كذلك هو الحال بالنسبة للمصلحة الخاصة، فنجد للرضائية مساوئ قد تسبب الضرر للمتعاقد أو الغير، فهي تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر الأمور جيدا وحق قدرها، وقد يغفل عن مسائل هامة وقد لا يحتاط لسوء نية المتعاقد معه كما تساعد في تضليل المتعاقد والى نشوب النزاعات حول مضمون العقد، وأحيانا حتى بالنسبة لوجوده وفي هذا السياق يقول الفقيه الالمانى: "الشكلية هي الاخت التوأم للعدالة".²

وعليه فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامته رضائه، وبالأخص إذا تمثلت في الكتابة الرسمية عندما يفرض القانون على المتعاقد الذهاب إلى جهة معينة لإبرام عقده، حيث يلزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد فيكون على بينة من أمره. وتشجع الكتابة كذلك على الائتمان، فهي تجنب المتعاقد احتمال إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه، والشكلية تلعب دور هام في حماية الغير، لأن هذا الأخير يجهل التصرفات القانونية الشفهية وقد يتضرر منها، ومن ثم فإن الشكلية تمثل أفضل وسيلة لإعلامه.³

¹ - مكمش سهام، بطاش فاطمة، مرجع سابق، ص 11.

² - سيدي يخلف حفيظة، مرجع سابق، ص 13.

³ - شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 12.

وقد تراجع مبدأ الرضائية بظهور صور مختلفة الشكلية، منها الشكلية للانعقاد والشكلية للإثبات، وبعد صدور الأمر 91/70 الصادر بتاريخ 15/01/1970 الذي يمنع التعامل في العقار. بعقود عرفية ونجد المعاملات العقارية قد عرفت عدة قيود من قبل الدولة منها ما يلي:

أولاً: تقييد المعاملات العقارية في الوسط الحضري :

لقد نصت المادة الأولى من المرسوم 03/62 المؤرخ في 23/10/1962 المتضمن تنظيم معاملات البيع والإيجار على أنه: "تمنع جميع عمليات البيع والإيجار... وعليه فإن جميع العقود والاتفاقات الصادرة بعد أول جويلية 1962 داخل أو خارج الجزائر دون مراعاة هذه الأحكام فهي باطلة وانتهاء العمل بها في البيع العقاري إلا أن بعد صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريان تطبيقه في 01 يناير. جاءت المادة 12 منه التي أقرت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق.¹

وكذلك المرسوم 15/64 المؤرخ في 20/01/1964، الذي أخضع جميع المعاملات العقارية إلى رخصة مسبقة، يسلمه الوالي ليضاف هذا المنع أحكام تنظيمية أخرى، تطرقت إلى وجوب معاينة جميع المعاملات العقارية بعقد رسمي مع ايداع الثمن لدى الموثق محرر العقد تحت طائلة البطلان، ثم بموجب المرسوم 304/83 الصادر بتاريخ 22/05/1983 الذي جعل الحصول على الرخصة قيدا على التملك الأجانب للعقار دون المواطنين.

علاوة على ذلك وقد استهدف القانون 74/26 المؤرخ في 20/02/1974 المتضمن الاحتياطات العقارية في المادة 06 منه إلى توسيع الملكية العامة على حساب الملكية الخاصة في الوسط الحضري، وألزم ملاك الأراضي بالتنازل عنها لصالح البلديات فقط والتي تتولى

¹- عبد الحفيظ بن عبيدة، اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، 2003، ص 17.

بيعها للغير وفقا لشروط ومقتضيات التخطيط العمراني ، بحيث تعتبر إجراءات الإدماج ضمن الاحتياطات العقارية قيودا لحرية المعاملات العقارية .¹

ثانيا: تقييد المعاملات العقارية في الوسط الفلاحي .

من أجل تسوية العقود بالنظر إلى نص المادة 68 من الأمر 73/71 المتضمن قانون الثورة الزراعية نجدها تنص على أنه: " تمنع كل نقل للملكية بين الأحياء طيلة المدة الواقعة ما بين تاريخ نشر هذا الأمر ، وتاريخ النقل الرسمي لعمليات الثورة الزراعية سواء كان النقل بعوض أو بدون عوض ... ، فإنها تقع باطلة بطلانا مطلقا إذا أبرمها أصحابها. ² وبالرجوع إل المادة الأولى من نفس الأمر التي تنص على أن : "الأرض لمن يخدمها ولا يملك الحق في الأرض إلا لمن يخدمها ويستثمرها ، ونستهدف من الثورة الزراعية القضاء على استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، وتنظيم الانتفاع من الأرض ووسائل فلاحقتها بشكل يتأتى معه تحسين الإنتاج بواسطة تطبيق التقنيات الفعالة وضمان توزيع العادل في الدخل الفلاحي ، وإن الثورة الزراعية تحول بشكل جذري أوضاع المعيشة والعمل في الأرياف".

إن الحاق الأراضي الفلاحية الخاصة بالصندوق الوطني للثورة الزراعية جعلها أملاك للدولة تخضع لعدم القابلية للبيع والتصرف والتملك بالتقادم ، وهذا طبقا للمادة 22 من قانون الثورة الزراعية .

¹-محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية الخاصة في التشريع الجزائري ، منشورات بغدادية، سنة 2009، ص50.

²-الأمر 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن قانون الثورة الزراعية .

هذه المواضيع حالت دون إبرام العقود الرسمية بين المتعاقدين في مجال المعاملات العقارية، وحلت محلها العقود العرفية¹ أدى هذا إلى ظهور حالات البناء الفوضوي والعشوائي في سهول متيجة والمناطق الخصبة وانتقال ملكية الأراضي بعقود عرفية من يد إلى أخرى دون علم المصالح المختصة، هذا الأمر خلف نزاعات عديدة على المستوى المحاكم ومن هنا فان الشكلية الرسمية ضرورية من أجل تسوية البيوع العرفية العالقة.

المطلب الثاني: أنواع الشكلية

قد راعى المشرع الجزائري مدى أهمية البالغة للشكلية العقد وهذا ما تحققه من أغراض فكان من الواجب إفراغ التصرف القانوني في عقد باستيفاء كل أركانه إلى جانب ركن الشكلية وهذا ما يدعى بالشكلية المباشرة أما الاجراءات التي يفرضها المشرع تكون سابقة أو لاحقة للتصرفات القانونية فهي تعد بالشكلية الغير المباشرة.

الفرع الأول: الشكلية المباشرة

نتناول بالدراسة في هذا الإطار تعريف المحررات العرفية وتبيان أنواعها وثانيا تعريف المحرر الرسمي وأنواعه.

¹يشترط في المحرر العرفي أن يكون موقعا عليه، ويتم عادة بالإمضاء أو بكتابة اسم الموقع ولقبه، أو أي كتابة تدل على هوية الموقع، أو البصمة طبقا لما تقتضي به المادة 327 من ق م، رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005. المعدل والمتمم، فالإمضاء هو الشكلية الاساسية لصحة العقد العرفي، فبواسطته يدل على وجود التراضي اللازم لإبرام العقد.

أولاً: العقود العرفية

1/تعريف المحرر العرفي

هي المحررات العرفية الصادرة من الأفراد دون تدخل الأشخاص المؤهلين قانوناً في تحريرها.¹

كما عرفها الدكتور نبيل ابراهيم سعد: "بأنها تلك الأوراق الغير الرسمية أي الأوراق التي تصدر من ذوي الشأن دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها وهي نوعان معدة للإثبات وغير معدة للإثبات². وهناك من عرفها أيضا على أنها: "كل ورقة مكتوبة يحررها أطراف عاديون دون تدخل أطراف رسمية". وتعرف أيضا على أنها تلك المحررات أو الأوراق التي تصدر من ذوي الشأن للإثبات واقعة قانونية وتكون موقعة من شخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه.³

كما أن المشرع الجزائري لم يعرفه، بل اكتفى فقط بتعريف العقد الرسمي في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أنه: "هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". وما يتضح لنا أن العقد العرفي هو العقد المحرر من غير الأشخاص المذكورين .

¹-توفيق حسن فرج، قواعد للإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، الاسكندرية، 2003، ص101.

²-بوفرح عبد الرزاق، حجية السندات الرسمية والعرفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013، 1/2014، ص50.

³-بوزيان محمد، بلمجاهد عدة، حجية السندات العرفية والشرعية في المعاملات العقارية، مذكرة ماستر، تخصص قانون عقاري، كلية حقوق وعلوم سياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2016/2017، ص03.

كما تعرف كذلك على أنها تلك الأوراق التي تصدر بمعرفة الأشخاص العاديين دون تدخل أي ضابط عمومي كالموثق أو موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحريرها وهي نوعان محررات عرفية معدة للإثبات ومحررات عرفية غير معدة للإثبات.¹

كما عرفه علوى عمار " السند العرفي هو عبارة عن عقد يحرره الأطراف فيما بينهم بصفتهم خواص".²

2/أنواع العقود العرفية

أ/السندات العرفية المشهورة وفقا للمرسوم 1939/03/11

فهذا المرسوم كان يقضي بتطبيق مقتضيات المرسوم الصادر في 1930/10/30 بالجزائر والمتعلق بتعديل نظام تسجيل العقاري، هناك أيضا العقود العرفية المنصبة حول العقارات المفروسة في بعض الجهات من الجزائر.

لا سيما في منطقة القبائل والتي أخضعها مرسوم 1947/02/09 على إلزامية شهرها في مصلحة شهر الرهون العقارية وبالتالي يكون لهذه العقود العرفية حجية وقوة إثبات تقترب من العقود الرسمية نظرا لشهرها.³

ب/العقود العرفية المحررة والثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق في

1970/12/15.

هذه العقود صحيحة وناقلة للحقوق العينية العقارية فيما يتعلق بنوع الملك وهي أيضا جاهزة بالنسبة للحقوق العينية .

¹ مأمون عبد الكريم ، محاضرات في طرق الإثبات طبقا لآخر النصوص ،كنوز النشر والتوزيع ، الجزائر ، 2011 ، ص 29.

² علوى عمار ، الملكية والنظام العقاري في الجزائر "العقار"، دار هومة ،الجزائر ، 2004، ص 146.

³-مرسوم 1936/03/01 المتعلق بالعقود العرفية المشهورة.

ج/العقود العرفية بعد 1970/12/15

ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقارية وليترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية ويجوز لكل ذي مصلحة إن يطلب إبطالها ،كما يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا ،تطبيقا للمادة 324 مكرر 1من القانون المدني الجزائري.¹

ثانيا : العقود الرسمية

أ/تعريف السند الرسمي: يعرف المشرع الجزائري العقد الرسمي بنص المادة 324من القانون الجزائري على أنه : "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة مالم تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته او اختصاصه."

كما أورد في المادة 324 من الأمر 85/75 المتضمن القانون المدني الصادر في 26 سبتمبر 1975 أي قبل تعديله بموجب رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 مصطلح الورقة الرسمية وهذا ما تبين من خلال المادة بنصها " :الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه".²

ما يتضح لنا خلال هذا التعديل أن المشرع الجزائري استبدل كلمة ورقة بكلمة عقد في النص العربي على عكس النص الفرنسي بقيت كما هي والتي تعني ورقة أو سند وتعد هذه أفضل ترجمة قد تحدثها كلمة عقد لأن هناك فرق بين العقد والذي هو تصرف قانوني يتم بتوافق ارادتين وبين أداة اثباته أي الورقة التي يكتب فيها ما اتفق عليه

¹-العقود العرفية قبل صدور قانون التوثيق في 15/02/1970.

²-الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني ،السابق الذكر.

المتعاقدين وتسمى وبهذه التفرقة و التمييز قد تترتب عنه نتائج وهي في حالة الحكم يبطلان الورقة أو أداة الإثبات فإن ذلك لا يؤثر على التصرف القانوني فقد يكون التصرف القانوني صحيحا و الورقة الرسمية ليست صحيحة أو قد يحدث العكس.¹

وعليه فان المشرع الجزائري قد جانب الصواب ،حين استعمل عبارة الورقة الرسمية ،بدلا من عبارة العقد الرسمي لأن مصطلح الورقة أعم وأشمل من العقد فالورقة تشمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة² وبغض النظر عن معنى الألفاظ ودقة التمييز فإن الشكلية الرسمية تعتبر ركن في العقد وهذا ما يجعلها تميز معنيين للرسمية في نقطتين هما.

أولاً: المعنى الواسع:

يقصد به كل سند محرر من طرف موظف عام مختص ،بغض النظر من المهام التي يمارسها ،سواء كانت مهمة موظف تقتصر على تحرير العقود الخاصة فقط أم كانت تتعلق بأعمال أخرى.

حيث تشمل السندات الرسمية إلى جانب عقود الموثقين ،وثائق الحالة المدنية والأحكام القضائية والقرارات الإدارية وغيرها من الوثائق الرسمية.³

ثانياً: المعنى الضيق:

ويقصد بالرسمية بمعناها الضيق وهو السند المحرر من طرف موظف عام المختص بتحرير العقود والتصرفات بصفة عامة ويسمى موثق ،وهذا حسب المادة 02 من القانون

¹-ميدي أحمد ،الكتابة الرسمية كدليل للإثبات في القانون المدني الجزائري ،مطبعة دار هومة، الجزائر ،ط2005،1،ص15-16.

²-بوفرح عبد الرزاق ، مرجع سابق ،ص09.

³- مكمش سهام ، بطاش فاطمة ، مرجع سابق ، ص16.

التوثيق التي تنص على ما يلي: "يشكل الموثقين ملكا من الموظفين يكلفون بتلقي الوثائق الرسمية الخاصة بعقود السلطة العامة وتأكيدها تاريخها أو تحديد نظير أو نسخة منها".

وتسمى هذه التصرفات المحررة بالتصرفات الموثقة، ونظم الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 مهنة التوثيق، وحدد أنواع التصرفات وعلى الموثق التأكد من صحة هذه العقود الموثقة .

ب/ أنواع العقود الرسمية

1/ السندات التوثيقية

وهي تلك السندات الصادرة عن الموثق بطلب من أطراف بتحريرها وفق طابع رسمي قانوني بتوقيع من المتعاقدين والشهود، ولقد أشارت المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري على أن تكون التصرفات الناقلة للملكية والحقوق العقارية المنصبة على العقار أو الحقوق العقارية منصبة في قالب رسمي وذلك في نصها على ما يلي: "زيادة عن العقود التي يأمر بها القانون بإخضاعها الى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر من عناصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود الإيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد. كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات عقود المؤسسات أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناجمة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد.

يشترط في العقد الرسمي، أن يكون محرر من طرف الموثق يحتوي على اتفاق الطرفين ومعين لتسديد المبلغ أمام الموثق مسجل ومنشور لدى مصالح الشهر العقاري.

ومن بين العقود التوثيقية المثبتة للملكية العقارية الخاصة، هي عقود رسمية خاضعة للشهر العقاري والتي تكون صادرة من جانبين كالباع والمقايضة، وقد تكون تصرفات صادرة

من ارادة منفردة وهي عقود الوقف ، الوصية ، الهبة ، وكذلك فيما يخص العقود التصريحية كعقد الشهرة ، والشهادة التوثيقية.¹

ومن بين أهم السندات التوثيقية المثبتة للملكية العقارية هو عقد البيع العقاري حيث يعتبر من بين التصرفات الناقلة للملكية العقارية ، وقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 351 من القانون المدني على أنه: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". بحيث يجب أن تتوفر فيه جميع أركان عقد البيع مع الشرط القانوني للعقد وهو تحريره أمام الموثق.²

ب/ السندات الإدارية

وهي تلك الوثائق التي تحررها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية ، ولفائدة الغير وهي تنقسم الى قسمين : عقود إدارية وقرارات إدارية.

1/ عقود إدارية

هي العقود التي يحررها مدير مصالح أملاك الدولة المختص اقليميا بصفته موثق الدولة و الجماعات المحلية تلجأ اليه الإدارة في سبيل نقل أملاكها العقارية للغير . كما يجب أن تكون أيضا صادرة عن المالك أو بترخيص منه ويتضمن تنازل عن الملكية العقارية .

¹ -فريدة بن زكري راضية، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة ،رسالة ماجستير في علوم القانونية ، تخصص قانون عقاري ،كلية الحقوق ،جامعة الحاج لخضر ، باتنة 2009/2010،ص51-52.

² -بلحاج العربي، مرجع سابق ،ص 67.

2/ القرارات الإدارية:

وقد عرفه المشرع الجزائري على أنه: " كل عمل قانوني انفرادي يصدر بإرادة الإدارة المختصة ،يحدث آثار قانونية بإنشاء مراكز قانونية جديدة أو تعديل أو إلغاء مراكز قانونية قائمة". تلجأ اليه الإدارة أحيانا في سبيل تحقيق المصلحة العامة إلى إصدار قرارات إدارية، تنتقل بموجبها ملكية الغير إلى رصيدها العقاري.¹

ج/ السندات القضائية:

إن المحررات الصادرة عن القضاة والمحضرون القضائيون أثناء مباشرة مهامهم هي أوراق رسمية منها حكم رسو المزاد نصت عليه المادة 762 من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.² وحكم تثبيت الوعد بالبيع العقاري وحكم المتعلق بقسمة المال الشائع، كلها تؤدي إلى نقل الملكية العقارية في حالة وقوع أي نزاع حول نقل الملكية أو أحقية كل واحد منهم فيها.

الفرع الثاني: الشكلية الغير المباشرة

إن الاجراءات التي يعرضها القانون قبل أو بعد تحرير العقد تتصل مباشرة بالتصرف القانوني والتي سميت بالشكلية الغير المباشرة تؤثر على صحة العقد ونقل من فعاليته وتتمثل هذه الإجراءات في مسائل عدة منها: قواعد إثبات ، قواعد الشهر .

¹ - بن كحيل حنان ، سندات إثبات الملكية في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر تخصص قانون عقاري،

كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن خلدون تيارت، 2018/2019، ص31

² - القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 /02/ 2008 المتضمن ق إ م و إ ، ج ر ، ع21، الصادرة في 2008/04/23.

1/ قواعد الإثبات

إن المشرع الجزائري قام بوضع قواعد الإثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي وقد وضع ذلك في نص المادة 333 من القانون المدني في فقرتها الأولى: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 10000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في اثبات وجوده أو انقضاءه مالم يوجد نص يدل على ذلك..." وبمقتضى هذا الحكم وفي حالة سوء نية المدين وانكاره فيجب على الدائن لحماية حقه أن يحتاط بمحرر مكتوب لإثبات عقده .

أما بالنسبة للفقهاء يميزون بين الشكالية الصحة والشكالية للإثبات وفي معتقدتهم أنه بانعدام الشكالية صحة فلا وجود ولا أثر للعقد.

أما بالنسبة للشكالية للإثبات فيكون اثبات صعب لكن بالاعتداد بالقرائن و اليمين ووسائل أخرى للإثبات العقد.¹

2/ قواعد الشهر

إن التصرفات القانونية الواردة في العقد يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير كما في بعض الحالات الخاصة، لا يرتب الشهر أي أثر كما ورد في المادة 793 من القانون المدني: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".

كما يلزم للشهر وسائل وطرف للأهمية التصرف القانوني والتي تتمثل في الشهر العقاري بالأمر 74/75 ومن خلال المادة الأولى منه: "أسس المشرع السجل العقاري بغرض تحديد الوضعية القانونية للعقارات، ويمكن في إعلام الغير بكل التصرفات التي تتعلق بالعقار". فتلزم

¹ - مكمش سهام، بطاش فاطمة، مرجع سابق، ص 19.

المادة 13 من هذا الأمر الإشهار بقولها: "جميع العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية ..."

كما أن من الاجراءات الشكلية الغير المباشرة القيد في السجل العقاري كل التصرفات القانونية المتعلقة بالمحلات التجارية وإلا كانت غير نافذة في حق الغير.¹

المبحث الثاني : موقف التشريع والقضاء من الشكلية في البيع العقاري

إن عقد البيع العقاري ، ناقل للملكية العقارية له قوة ثبوتية للاحتجاج به لدى الغير ، مما يستوجب أن يحزر وفق ضوابط قانونية لصحته ، وعند تخلف لركن الشكلية يعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا وهذا جزاء لتخلفه ، إن المشرع الجزائري لم يفرض في تلك الفترة قبل سنة 1970 على الزامية توفر الشكلية في المعاملات العقارية في ظل تلك الفترة عبارة عن عقود عرفية ولكن بعد سنة 1970 أصبح من الضروري اعتماد الشكلية لقيام عقد البيع العقاري بكل أنواعه و اشتراط افراغه في قالب رسمي ، وذلك باتباع إجراءات للانتقال الملكية العقارية

وعلى على هذا الأساس سوف نتناول خلال هذا المبحث ، إلى موقف التشريع من الشكل في عقد البيع العقاري في المطلب الأول ، أما في المطلب الثاني الى موقف القضاء من الشكل في عقد البيع العقاري .

¹-المادة الأولى من الأمر 74/75 ، المؤرخ في 1975/11/22 ، الصادر ب ج ر ، ع 92 ، بتاريخ 1975/11/18 ، 1206.

المطلب الأول : موقف التشريع من الشكالية في عقد البيع العقاري

إن المشرع الجزائري وبمقتضى المادة 324 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقا للشكل لقانوني ، وفي حدود سلطته واختصاصه ."

فإن الشكالية الرسمية تعتبر الركن الأساسي في العقد على حسب هذه المادة في تحرير البيوع العقارية ، ومدى حجيتها في المعاملات العقارية .

الفرع الأول : الشكالية الرسمية كركن في عقد البيع العقاري

إن المشرع الجزائري قد اشترط في نص المادة 324 من القانون المدني لصحة السند الرسمي أن يحرره ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ان يحررها في حدود سلطته و اختصاصه وفقا للقانون ، سواء تعلق الأمر ببيع عقار مملوك ملكية خاصة للأشخاص الطبيعية أو معنوية او ملك تابع للدولة أو احد جماعتها المحلية

وعلى هذا الأساس قد حددت المادة 324 من القانون المدني شروط صحة المحرر الرسمي وجزءا تخلفه وهذا ما سوف نتطرق اليه في الشكل التالي.

أولا : ضوابط صحة عقد البيع العقاري**1) الضوابط القانونية :**

قد أورد القانون المدني وبوضوح في نص المادة 324 منه وبصراحة ان تصدر الورقة الرسمية وفق شروط من الشروط التي ذكرت في المادة 324 من القانون المدني السابقة الذكر هو أن يحرر العقد من أشخاص مؤهلين قانونا ، مما قد خول وأعطى قانون التوثيق رقم 02/

06 سلطة تحرير العقود للموثق باعتباره مدير أملاك الدولة وبصفته حامل لختم الدولة ومفوض من السلطة العامة بتحرير العقود والتأكد من صحتها

وتقديم نصائح للأطراف المتعاقدة وفق التشريعات والقوانين السارية المفعول ، و قانونية وهذا ما سوف نوضحه كالاتي :

*وجوب صدور وتحرير العقد من طرف الموثق

إعلامهم بالأثار المترتبة على تصرفاتهم كلما طلب منه ذلك¹

*وجوب تمتع الموثق بالسلطة والاختصاص القانوني عند تحرير العقد الرسمي :

المقصود بسلطة الموثق هو ان يكن ذا ولاية اثناء تحريره للعقد وهذا بعد ادائه لليمين القانوني ، كما يجب ا يكون متمتعا بالأهلية اللازمة لتحرير العقد .²

أما بالنسبة للاختصاص فهنا المقصود الاختصاص الإقليمي فهو المكان الذي يمارس فيه الموثق وظيفته فهو حيز مكاني محدد في دائرة اختصاص الهيئة الإدارية المحددة أما قانونا أو تنظيميا .³

وهناك اختصاص موضوعي من حيث نوع العقد الرسمي إذ لا يكون له أن يكتب محررا من غير المنوط بإصداره وهذا ما جاء في قرار مجلس الدولة . " حيث أن عقد بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام الموثق ."⁴

¹-وسيلة وزاني ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري ، دار الهومة للطباعة للنشر والتوزيع ، الجزائر 2009، ص 25 .

² -بوزيان محمد ، بالمجاهد عدة ، المرجع السابق ، ص 30 .

³-يحي بكوش، ادلة الاثبات في القانون المدني الجزائري الفقه الاسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ط1 ، 1981 ، ص 98 .

⁴- ميدي أحمد ، المرجع السابق ، ص31.

2/ الضوابط الشكلية:

مرحلة ما قبل التحرير :وهي مرحلة يتأكد فيها الموثق من الخدمات التي طلبها منه المتعاقدين بأنها لا تخالف القانون والأنظمة المعمول بها ، وهذا ما نصت عليه المادة 12 من القانون 06 /02 المؤرخ في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20/02/2006 المنظم لمهنة الموثق على أنه : " يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة ، وأن يقدم نصائحه للأطراف قصد انسجام اتفاقهم القوانين التي تسري عليها ، وتضمن تنفيذها كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم ، ويبين لهم الآثار والالتزامات التي يخضعون لها ، والاحتياجات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم" .

وإن تبين عكس ذلك فيستوجب على بالموثق رفض التوثيق لذلك التصرف القانوني. وكذلك من المهم التأكد من شخصية المتعاقدين بمستند رسمي.¹

كما نصت المادة 15 من القانون رقم 06_02 المنظم لمهنة التوثيق على أن لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه إلا ما يخالف القانون ويستفاد من نص المادة أنه يتعين على الموثق قبل توثيق عقد بيع العقار أن يتأكد من مدى تماشي محتوى العقد مع الأنظمة المعمول بها بعد التأكد من شخصية المتعاقدين أي البائع والمشتري وذلك تفاديا وتجنباً للوقوع في التزوير.²

مرحلة تحرير العقد : على الموثق مراعاة البيانات التي يجب أن تتضمنها الورقة الرسمية الخاصة بعقد البيع العقاري وهي نوعان :

¹ - قرار رقم 210419 في 26 فيفري 2000 ، عن مجلس الدولة الغرفة الثالثة ، المشار إليه في كتاب حمدي باشا ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، المرجع السابق ، ص 10.

² - المادة 15 من قانون رقم 06_02 الصادر في 21 محرم 1427 الموافق لـ 20/02/2006 المنظم لمهنة التوثيق.

البيانات العامة : والتي تشمل كافة المعلومات التي تتضمنها الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار فتتمثل فيما يلي :

* اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه .

* اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة البائع والمشتري وجنسيتهما.

* اسم ولقب وموطن وصفة وتاريخ ولادة الشهود عند الاقتضاء والمكان والسنة والشهر

واليوم الذي أبرم فيه

عقد بيع عقار ووكالة البائع والمشتري المصادق عليها التي يجب أن تلحق بأصل العقد .

* توقيع البائع والمشتري والموثق والشهود والمترجم عند الاقتضاء .¹

وبالرجوع إلى المادة 26 من قانون 02/06 المنظم لمهنة التوثيق نجدها تنص على

الموثق أن يحرر عقد البيع العقاري باللغة العربية في نص واحد وواضح ، بدون اختصار أو بياض أو نقص و أن يتب الثمن و السنة واليوم والشهر وأن تكون موقعه من طرفه ومن طرف المتعاقدين البائع والمشتري² .

أما النوع الثاني البيانات الخاصة: فهي الخاصة بالبيع المطلوب اثباته في هذه الورقة ،

وهي التي يراعي فيها الموثق الوضعية القانونية للعقار وتحديد هويته وبيان أسماء المالك الحالي والمالكين السابقين وكذلك كل التحويلات لاننتقال الملكية لهذا العقار وفقا لما تقضي به المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني : " يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن

¹- ميدي أحمد ، مرجع سابق ، ص 33.

²- المادة 26 من الأمر 02.06 المنظم لمهنة التوثيق ، السابق الذكر.

الملكية العقارية ، طبيعة وحالات و مضمون ، وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند اقتضاء صفة وتاريخ التحولات المتتالية .¹

مرحلة ما بعد تحرير العقد: بعد الانتهاء من تحرير الورقة الرسمية المثبتة للعقار من الناحية الفنية و المادية وتعرف كل من البائع والمشتري على النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به ويصبح بذلك العقد جاهزا.²

يقوم الموثق باستدعاء الأطراف المتعاقدة لبائع والمشتري والشهود إذ اقتضى الأمر إلى مكتبه من أجل تلاوة محتوى العقد على مسامعهم وذلك بتوضيح جميع البنود وحيثيات العقد قصد تنبيههم بالآثار المترتبة عن هذا التصرف من حقوق مقررة لهم و التزامات عليهم وبعد تلاوة محتوى عقد البيع العقاري على الأطراف المتعاقدة من البائع والمشتري والتأكد من قبولهم يقوم المتعاقدين بالتوقيع على العقد .

وفي حالة إن كان أحد الأطراف لا يجيد الكتابة فيحق له أن يضع بصمته وعلى الموثق إثبات ذلك في العقد وهو ما أشارت إليه المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني : " توقع العقود الرسمي من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ، ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد ."³

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاصر .

¹- براهيم سامية ، اثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري ، مذكرة لنيل الماجستير في القانون الخاص ، فرع القانون العقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منثوري ، قسنطينة 2007.2008 ، ص 38.

²-ميدي أحمد ، مرجع سابق، ص 38 .

³-المادة 324 مكرر 2 من الأمر 75 / 58 المتضمن ق م ج ،السابق الذكر .

وفضلا عن ذلك، إذا كان الضابط العمومي مجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية، لأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما .
وفي الأخير يقوم الموثق بالتوقيع والختم على العقد لإعطائه الصيغة الرسمية وذلك بتثبيت تاريخ لهذا العقد ورقم فهرسته .

ثانيا: جزاء تخلف الشكلية الرسمي في العقد البيع العقاري

في حالة توافرت الشروط المطلوبة قانونا في العقد الرسمي ،يكون العقد صحيحا وفي حالة تخلف إحدى الشروط فيكون العقد باطلا بطلانا مطلقا ولم يبين لنا المشرع في قانون التوثيق الجزاء الذي يترتب عن اختلال أحد الشروط بحيث اكتفى فقط بحكم واحد فقط تنص عليه المادة 324 مكرر 3 من ق م ج : "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية ، بحضور شاهدين ."

ونفس الحكم في حالة إذا لم تذكر هوية كل ن الموثق والأطراف المتعاقدة البائع والمشتري ،وكذلك بالنسبة لتوقيعاتهم إلا في حالة وجود مانع قاصر ، يلزم علينا التفرقة بين العقد الرسمي كركن للإثبات أو العقد كتصرف قانوني كونه ركنا للانعقاد .

فإذا كانت الرسمية وسيلة لإثبات التصرف القانوني ، بل يعد العقد قائما وصحيحا ويمكن إثباته بكافة الطرق المنصوص عليها ، أما إذا كانت الرسمية ركنا جوهريا للتصرف القانوني كما هو الحال بالنسبة للعقود الناقلة للملكية العقارية أو أي حق عيني عقاري مثل ما هو الحال في عقد البيع العقاري، وفي حالة تخلف أحد الشروط في العقد المطلوبة قانونا في تحرير العقد ،فينعدم العقد من وجوده ويصبح باطلا بطلانا مطلقا ، وهذا جزاء لعدم اكتمال أركان

العقد من وجوده ولم يرتب اي آثار قانونية ،بالنسبة للطرفين وبالتالي يبقى العقار مملوكا للبائع ولا ينتقل إلى المشتري¹.

وبما أن البيع عرفته المادة 351 من ق م ج : " أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع ،أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي ."

و بالمقابل أعطت المادة 324 مكرر 1 من ق م ج السالفة الذكر الشكل الرسمي لعقد البيع العقاري، إذ اعتبر الشكل الرسمي فيه ركنا جوهريا في المعاملات العقارية لانتقال الملكية العقارية .

وبمقتضى قانون رقم 02_06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق والتي نصت على : " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ،يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن الأسهم من الشركة أو حصص فيها أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ، كما يجب تحت طائلة البطلان ، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناجمة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد ."

ويستخلص من هذه المادة 324 مكرر 1 من ق م ج أن العقود الواردة يشترط فيها ركن الشكل و المتمثل في الكتابة الرسمية على يد الموثق كما جاء النص صريح أنه

¹- عبد الرزاق سنهوري ، الوسيط في شرح قانون المدني الجديد ، نظرية الالتزام بوجه عام آثار الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، ط 3، بيروت ، لبنان 2000 ، ص130.

يترتب على تخلف الرسمية بطلان العقد مما يدل دلالة قاطعة على أن الشكلية ليست للإثبات وإنما للانعقاد.¹

وعليه فإن البطلان عقد البيع العقاري بمفهوم المادة 324 مكرر 1 من ق م ج هو بطلان مطلق يقرر لكل ذي مصلحة ، كما هو الحال في المادة 10 من ق م ج : " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ، ولا يزول البطلان بالإجازة ، وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد ."

الفرع الثاني : حجية العقود الرسمية

أولا : حجية السند الرسمي في المعاملات العقاري

1/ من حيث الأشخاص

متى توافر للمحرر الرسمي الشروط المطلوبة وكان مظهره الخارجي ناطقا برسميته ، وهناك قرينة على سلامته من الناحية المادية أو من حيث صدوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه ، ويعتبر المحرر الرسمي حجة بذاته ، دون الحاجة إلى إقرار به كما هو الحال بالنسبة للمحرر العرفي الذي لا يعتبر حجة بما فيه ، إلا إذا لم ينكره من نسب إليه توقيعه ، فإن أنكر كان على من يتمسك به إقامة الدليل على صحته ، أما هذا كان المظهر الخارجي للمحرر الرسمي يدل على أنه به تزويرا ، أو أنه يختلف فيه شرط من شروط ففي هذه الحالة يعتبر باطلا وهنا جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تتدخل وتعتبره مزورا أو باطلا ، لذلك سوف نتكلم

¹ - بوكعبان عكاشة ، انعقاد عقد البيع العقاري و اثباته في ضوء التشريع الوطني المقارن ، مجلة الدراسات الحقوقية ، ع 2 ، كلية العلوم الاقتصادية وتجارية وعلوم التسيير ، جامعة الجليلي يابس ، سيدي بلعباس ، ص 90 - 91 .

عن دور المحرر الرسمي في إثبات من خلال عنصرين ،الأول يتمثل فيما بين الطرفين والثاني دور المحرر لمواجهة الغير .

أ/فيما يخص الطرفين

لقد أفصح المشرع الجزائري عن حجية المحرر العرفي في نص المادة 324 مكرر 6:"يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن."

غير أن في حالة الشكوى بسبب تزوير في الأصل ،يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا" كما تنص المادة 324 مكرر 07 : "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعتبر فيه الا البيانات على سبيل الاشارة ،شريطة أن تكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء."¹

يلاحظ من هذين النصين أنه متى كان المظهر الخارجي للسند أو المحرر الرسمي ناطقا برسميته ، قامت قرينة قانونية على سلامته من الناحية المادية وكذا صحة صدوره من الأشخاص الذي وقعوا عليه وإذا كان المظهر الخارجي للمحرر الرسمي يدل على أن به تزوير ،كوجود كشط أو تحشير فقد هذا السند قيمته في الإثبات.²

ويتضح من نص المادة 324 مكرر 6، أنها نقلا حرفيا لنص المادة 1319 من القانون المدني الفرنسي، كما أن هذه المادة في النص العربي جاءت بلفظ : "...حجة... بيننا نص باللغة الفرنسية الترجمة جاءت بعبارة (FAIT PLEINE FOI) أي بمعنى حجة مطلقة.

¹- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 3 ماي 1988 يعدل ويتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 /سبتمبر 1975، ج ر، الصادرة في 1988/05/04، ع 18.

²-بوفرح عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 29.

وعليه إذا اعتمدنا النص العربي الذي جاء بحكم سليم والذي استفاد منه أن الحجية المطلقة، وإنما هي حجية غير قاطعة وهي تتسق مع الفقرة الموالية للمادة، على عكس النص باللغة الفرنسية الذي يعتبر الحجية مطلقة تصبح مادة غير سليمة ومتناقضة بالنظر للفقرة الموالية لنفس المادة أو نص المادة السابقة

وعند إعادة صياغة الترجمة بحذف كلمة (PLEINE) وتصبح L'ACTE AUTHENTIQUE FAIT FOI (متنافسة حتى مع المادة 342 مكرر 5 من القانون المدني).¹

وعليه يتضح أن المحرر أو السند الرسمي يكون حجة بما دون فيها من بيانات قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويرها بالطرق القانونية، وتختلف حجية هذه البيانات حسب نوعها من عدة جوانب لاسيما اختلاف الطرق الطعن فيها وهو ما يتضح لنا وما سوف نعرضه من خلال ما يلي :

-البيانات المدونة في السند أو المحرر الرسمي والتي صدرته بمعرفة الأشخاص المكلفين بالتوثيق :

تعد هذه البيانات رسمية يتمتع على أثرها المحرر الرسمي بحجية مطلقة حيث لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير، وذلك لأنها تمت في حدود سلطة الموظف العام أو الضابط العمومي، وكذلك في إطار المهام المخولة له قانوناً، وبصفة أدق كل البيانات التي ذكر أنها تمت أمام عينيه أو سمعه بأذنه وشهد على صحتها.²

ومن بين هذه البيانات ما يتعلق بإثبات هوية المتعاقدين بحضور شاهدين أو تبيان في آخر العقد أن أحد أطراف أو الشهود لا يعرف أولاً يستطيع التوقيع وتوقيعات الأطراف، وتاريخ ومكان تحرير الورقة، واسم الموثق وحضور المترجم عند الاقتضاء، أو إذا أثبت ما جرى تحت

¹-ميدي أحمد، مرجع سابق، ص55.

²-بوفرح عبد الرزاق، مرجع سابق، ص30.

سمعه وبصره، ما صدر بين المتعاقدين أو ذي الشأن، كواقعة تسليم المشتري للبائع ثمن البيع، وحياسة المشتري الشيء المبيع، فكل هذه البيانات المدونة في الورقة الرسمية، يفترض أنها صحيحة، بالنظر لمكانة وأمانة الضابط العمومي في نظر المشرع، وجعل لها طريقاً معقداً لدحضها¹ وهو طريق الطعن بالتزوير، وخص لها مواد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية²، و الهدف من الحماية القانونية لتلك البيانات، هو أن المشرع اعتبر كل من الموظف العام والضابط العمومي والمكلف بخدمة عامة بمثابة شهود ممتازين تتميز شهادتهم بقيمة استثنائية فيما قاموا بصياغته في السند أو المحرر الرسمي. فإذا ادعى أحدهم تزويراً فيما يخص عملهم فإن ادعائه لا يتم اثباته بالطرق البسيطة وأيضاً يجب أن يخضع للإجراءات معقدة³.

وطبقاً للمادة 324 مكرر 6 فقرة 2 من ق م ج فإن الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي، يتم إما بتقديم شكوى للجهة المختصة والتي تحرك دعوى التزوير الأصلية التي تعتبر جزائية. فتكون النيابة العامة طرف فيها، وفي هذه الحالة على القاضي وقف تنفيذ هذا السند أو المحرر متى عرض عليه، وإما أن يقوم المدعي برفع دعوى تزوير فرعية تابعة للدعوى الأصلية المدنية القائمة، وهنا للقاضي السلطة التقديرية في أن يوقف تنفيذ السند مؤقتاً أو لا يوقف تنفيذه وذلك حسب الظروف المتعلقة بكل قضية⁴.

¹-دحضها : مصدرها أدحض حجته أبطلها

²-ميدي أحمد، مرجع سابق، ص 56.

³-بكوش يحيى، مرجع سابق، ص 30.

⁴-بوفرع عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 31.

-البيانات التي أثبتتها الأشخاص المكلفون بالتوثيق في السند أو المحرر الرسمي باعتبارها واردة على لسان ذوي الشأن :

وهي بيانات المتعلقة بأمر وقعت من ذوي الشأن في حضور الموظف ويدركها بسمعه أو تقع تحت بصره فيثبتها، كأن يقر البائع أمام الموثق أو الكاتب العدل، أنه قبض الثمن وأن يقوم المشتري بدفع الثمن للبائع أمام الموثق أو كاتب العدل فيقوم الأخير بإثبات ما رآه وسمعه من عند الأطراف في المحرر¹، ولا تصل حجيتها إلى حد الطعن فيها بالتزوير، وإنما تعتبر صحيحة حتى يثبت مدعي ما عدم صحتها أي تثبت إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية كما تصلح أن تعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة وهذا ما جاءت به المادة 324 مكرر 7 من ق م الذي ينص على: "يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو يعتبر فيها إلا على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الاجراء". إذ لا يجب استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء كبداية للثبوت².

وعليه فتدوين البيانات في المحرر الرسمي لا يعتبر اختفاء نوع من القوة الخاصة إلى حقيقة ما تتطوي عليه، ومن ثمة يمكن اثبات صورية العقد المثبت في المحرر الرسمي دون الحاجة إلى اجراءات الطعن بالتزوير لان الموثق لم تكن لديه وسيلة للتحقق من جديته أو تكييفه القانوني، لذلك فان الادعاء بأن ارادة الطرفين لن تتجه مطلقا الى ابرام العقد، أو كونها اتجهت الى ابرام العقد آخر غير العقد الظاهر من المحرر، لا يمس بأمانة الموثق³.

¹- محمد حسن قاسم، قانون الاثبات في المواد المنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د ط، سنة 2003، ص 180.

²- ميدي أحمد، مرجع سابق، ص 57.

³- بوفرح عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 31.

وبالنظر الى نوعين البيانات السابقة ذكرها يكمن في اعتبار كل ما يتعلق بالمساح بالأمانة وصدق المكلفين بالتوثيق حسب نص المادة 324 من القانون المدني لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير ،أما دون ذلك فيكفي إثبات عكسه بطرق الإثبات العادية¹

وهذا ما جاء في قرار المحكمة العليا ونص : "حيث ... إذا كانت حجية الورقة الرسمية في الإثبات هي حجية على الناس كافة ،أي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير معا ،فإنه يجب التفرقة بين الوقائع التي اثبتتها الموثق مما جرى تحت سمعه وبصره ،والتي فيها مساس بأمانة الموثق وهذه حجيتها مطلقة ولا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير ،أما الوقائع التي ينقلها ذوي الشأن فيجوز الطعن فيها عن طريق إثبات عكسها دون الحاجة إلى الطعن في الورقة ذاتها بطريق التزوير."²

2/ بالنسبة للغير

تنص المادة 324 مكرر 6 منق م ج: "العقد الرسمي يكون حجة بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن."

ومن خلال نص المادة يفهم أن حجية العقد الرسمي تقتصر فقط على الأطراف المتعاقدة وورثتهم ،وخلفهم دون غيرهم ، لأن النص الذي جاء به المشرع الجزائري نقلا عن المشرع الفرنسي في المادة 1319 من القانون المدني الفرنسي .والذي نشأ في حقبة زمنية كان فيها الخلط بين حجية الورقة الرسمية كأداة اثبات وبين التصرف المكتوب في ذلك المحرر ،إذ أن الاثر وحده هو الذي يقتصر على المتعاقدين والورثة والخلف وليس على الحجية الورقة كأداة للإثبات.³

¹ - بلقاضي كريمة ،الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، رسالة ماجيستر ،كلية الحقوق ،بن عكنون ،الجزائر ،سنة 2004/2005،ص29.

² -قرار رقم 190514 المؤرخ في 29/03/2009 المجلة القضائية ،ع 01 ، 2000 ،ص145.

³ -ميدي أحمد ،مرجع سابق ،ص 58-59.

وعلى ذلك فيعتبر مادون في المحرر الرسمي حجة ليس على أطرافه فقط بل وعلى الغير والناس كافة¹

ويرى الأستاذ ملزي عبد الرحمان أن الغير الاجنبي هو كل شخص يضار أو يستفيد من المحرر لكنه ليس من ذوي الشأن وخلفائهم سواء كان خلفا عاما أو خاصا.²

ولقد نص المشرع المصري في المادة 11 من القانون الاثبات لسنة 1968 على أن: "المحررات الرسمية حجة على الناس كافة ، بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته ، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا ."

فبالنسبة لحجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير ، هي نفسها نحو الطرفين المتعاقدين وبالتالي يسري في حقه التصرف القانوني ، الذي أثبتته الموظف أو الضابط العمومي في الورقة الرسمية ويحتج بها نحوه ، ولا يجوز له دحضها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير هذا بالنسبة للبيانات التي تدخل في اختصاصه وعينها بنفسه .

أما بالنسبة للبيانات الصادرة عن ذوي الشأن وتحت مسؤوليتهم فهي حجة على الغير ، إذ يمكن لهذا الأخير أن يثبت عكسها بغير طريق بالتزوير ، فيمكنه ذلك عن طريق إقامة دليل على العكس بالطرق المقررة قانونا³ . فالدائن البائع يجوز له أن يطعن بالصورية في البيع المحرر في الورقة الرسمية ، والصادر عن المؤجر ، وله أن يثبت هذه الصورية بكافة طرق الإثبات المعروفة ، والمغزى من ذلك أن بهذا الطعن لا يقصد به المساس أو الطعن في أمانة ونزاهة الضابط العمومي ويجوز التمسك به ودون الطعن في الورقة الرسمية بالتزوير.⁴

¹- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 186 ..

²- ملزي عبد الرحمان ، طرق الإثبات في المواد المدنية +محاضرات ألقيت على طلبة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الخامسة عشر ، الجزائر ، سنة 2005/2004 ، ص 01 .

³- محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 187 .

⁴- ميدي أحمد ، المرجع السابق ، ص 60 .

ثانيا: حجية صور السند الرسمي في إثبات البيع العقاري

تنص المادة 325 من القانون المدني: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل..." وتتص المادة 326 من القانون المدني: "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي". "يكون الصورة الرسمية الاصلية التنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصور الاصلية حجة ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الاصلية التي أخذت منها .

أما ما يأخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذي تحمل توقيعات أصحاب الشأن والشهود وغيرهم ممن استعانة بهم الموثق، وعليه فكل من وقع على المحرر الرسمي قد وقع على الاصل، أما صور المحرر الرسمي فلا تحمل هذه التوقيعات وكذا لا تصدر عن الموثق بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص، وهذا ما يعطيها صفة الرسمية¹ والصورة بالوجه العام هي نسخة حرفية تنتقل عن أصل ورقة من الأوراق وتكون خالية من التوقيع.² ويستخلص من نص المادتين 325 و326 من ق م ج، والتي تقابلها المادتين 1335 من القانون المدني الفرنسي و392 و393 من القانون المدني المصري، وكذا المادة 12 و 13 من القانون الاثبات المصري أن المشرع قد تناول حالتين:

-حالة ما إذا كان الأصل الورقة الرسمية موجودا .

¹-محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص187.

²-بوفرح عبد الرزاق، المرجع السابق، ص34.

-حالة ما إذا كان أصل الورقة الرسمية غير موجوداً¹.

1/حجية الصورة الرسمية إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً

تنص المادة 324 السابقة الذكر على أنه: "إذا كان أصل المحرر الرسمي موجوداً فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل...".

وتنص المادة 148 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه: "تعتبر الصورة الرسمية للسند الرسمي مطابقة له ما لم ينازع في ذلك أحد الخصوم، فتقابل عندئذ هذه الصورة مع الأصل".

وحسب نص المواد السابقين، أنه إذا كان أصل محرر الرسمي موجوداً وهذه هي الحالة الغالبة فقلما يفقد الأصل الذي يبقى محفوظاً في مكتب التوثيق، أو لدى كاتب العدل، ولا يفقد إلا لأسباب قهرية كالحريق أو السرقة فإذا وجد الأصل وكانت هناك صورة رسمية، ومأخوذة عن الأصل، سواء كانت هذه الصورة خفية أم فوتوغرافية ولم يتنازع أحد الطرفين اعتبرت هذه الصورة مطابقة لأصل².

إن يشترط القانون لقيام هذه الحجية أن يكون أصل الورقة الرسمية موجوداً للرجوع إليه عند الضرورة وأن تكون الورقة المتنازع فيها، ليست الأصل بل صورة منها، وأن تكون رسمية فإذا كانت عرفية لا يعقد بها لأنها ليست لها حجية. ويستحب أن تكون مأخوذة من الأصل أو من صورة مأخوذة من الأصل ومهما تعددت الصور الرسمية التي توسطت بينها وبين الأصل فالعبرة بوجود الأصل وذلك بالرجوع إليه في حالة قيام بمنازعة³.

¹-ميدي أحمد، المرجع السابق، ص60.

²- محمد حسن قاسم، المرجع سابق، ص188-ص189.

³- ميدي أحمد، مرجع سابق، ص61 - 62.

2/حجية الصورة إذا كان الأصل غير موجود:

الظاهر من نص المادة 326 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر ، أن المشرع أورد ثلاث حالات لحجية الصورة إذا كان الأصل غير موجود وهي :

أ/حجية الصورة الرسمية الأصلية المأخوذة من الأصل .

ب/حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية.

د/حجية الصور الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية .

أ/حجية الصورة الرسمية الأصلية المأخوذة من الأصل :

الصورة الرسمية الأصلية هي التي تنتقل مباشرة من الورقة الرسمية بواسطة الضابط العمومي ويستوي أن تكون صورة تنفيذية أو غير تنفيذية ويستوي أن تكون صورة أصلية أولى أو تالية لها وتكون للصورة بهذا المعنى حجية الأصل ،متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.¹

وحجية الصورة في هذه الحالة مستمد من ذاتها وليس الأصل ،لأنه غير موجود والسبب الذي جعل الصورة تأخذ هذا الحكم هو وجود ختم الموثق عليها ،رغم أنها لا تحمل توقيعها ولا توقيع أطرافه.²

2/حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية

إن الصورة الرسمية التي لم تنقل عن الأصل مباشرة ،بل هي منقولة عن الصورة الأصلية المأخوذة من الأصل وتكون لها حجية الصورة الرسمية وتعتبر مطابقة لها ،مالم يحدث نازع

¹-محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني الجزائري،الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا للأحدث التعديلات ومزينة بأحكام القضاء ،ط1، سنة 2008-2009،ص57.

²-ملزي ،المرجع السابق،ص16.

فيها أحد الطرفين ،ففي هذه الحالة وجب مراجعتها على الصورة الأصلية والتأكد من مدى مطابقتها فإذا ثبتت مطابقتها ،كانت لها حجيتها كحجية الصورة الأصلية ،التي تستمدّها من الورقة الرسمية الأصلية وإذا كان غير ذلك استبعدت وأُعتد على الصورة الأصلية .¹

3/حجية الصورة الرسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية :

في هذه الحالة لا تكون الصورة مأخوذة من الأصل وإنما من الأصل وإنما من الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية أي الصورة الثالثة وفي هذه الحالة قررت الفقرة 3 من المادة 325 عدم الاعتداد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف أي لا تصلح إلا أن تكون قرائن يستنبط منها القاضي ما يراه، ولا تصلح حتى مبدأً ثبوت بالكتابة.

المطلب الثاني :موقف القضاء الجزائري من الشكلية في عقد البيع العقاري

إن المشرع الجزائري أوجب الشكلية واعتبرها عنصراً جوهرياً في إبرام التصرف الناقل للملكية ،وبالرغم من ذلك فإن الكثير من الأفراد ما يلجؤون إلى العقود العرفية في البيوع العقارية ،وهذا ما كان سائداً في حقبة من الزمن مضى إلا بعد صدور قانون الشهر الذي منع بإصدار العقود العرفية المتعلقة في بيع العقارات في الجزائر وهذا لاعتبارها أنها غير رسمية ولم تخضع لإجراءات القيد وغير مسجلة ومشهرة لدى مصالح التسجيل والشهر العقاري وكذلك دون استعانة بضابط عمومي في تحريرها .وعليه سندرس مرحلة ما قبل و ما بعد صدور قانون التوثيق رقم 91/70.

¹-مكمش سهام ، بطاش فاطمة ، مرجع سابق ،ص38.

الفرع الأول : مرحلة ما قبل صدور قانون التوثيق رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970.

وعلى هذا الأساس سنتطرق أولاً إلى حجية العقود العرفية في المعاملات العقارية وثانياً إلى موقف الاجتهاد القضائي من العقود العرفية.

أولاً: حجية العقود العرفية في المعاملات العقارية

إن المشرع الجزائري قد أعطى تعريفاً واضحاً للعقد في مادة 54 من ق م ج أنه اتفاق بين الأفراد وأنه مصدراً للالتزام، وأن هذا التعاقد يتم وفق إرادة الأطراف وما يتماشى مع القانون، باستثناء العقود المبرمة فيما يخص المعاملات العقارية، أو حق عيني عقاري، ولا تنتقل الملكية هنا إلا بعد التسجيل ومراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر، أما العقود العرفية لا تخضع لهذه الإجراءات وإنما هي مجرد التزامات شخصية بين الأطراف المتعاقدة.

العقد الرسمي يستمد حجيته من إثبات من ثلاثة عناصر

1/ كون الموثق هو عنصر أساسي في تحرير هذا العقد.

2/ القانون الذي أعطى الصفة الرسمية وألزم عليها في المعاملات العقارية.

3/ إرادة الأطراف المتعاقدة التي تعطي التعاقدات حجية العمل المتعاقد فيه¹ كما قد جاء

نظام الشهر العيني لحماية الحقوق العينية المسجلة والمشهرة، كما أنه يسمح للعقد أن يكون نافذاً بين الأطراف وفي مواجهة الغير متى تم قيده.

1/ الفرق بين العقد الرسمي والعقد العرفي :

من عدة نواحي وهذا لا اعتبار أن المشرع استبعد العقود العرفية من اثبات الحقوق العينية العقارية.

¹-مكمش سهام، بطاش فاطمة، المرجع السابق، ص43، 42.

1/العقد الرسمي له حجية في الإثبات حتى يثبت تزويره على خلاف العقد العرفي وقد نصت المادة 324 مكرر منق م ج : "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في التراب الوطني".¹

2/إن العقد الرسمي ثابت التاريخ، أما العقد العرفي فلا يثبت تاريخه إلا من تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه بموجب عقد لاحق يحرره ضابط عمومي.

3/إن العقد العرفي يحرر باتفاق المتعاقدين أما العقد الرسمي يحرر من طرف ضابط عمومي.²

2/ جزء البيع العقاري العرفي

بالرغم من وجود العقد العرفي إلا أنه لا يلعب دور مهم في إثبات أو انتقال ملكية خاصة في المعاملات العقارية على خلاف العقد الرسمي الذي ألزم المشرع إلى تحريره وفقا للقانون وهذا قوة ثبوته وولضمانات تحمي الأطراف حقوقهم .

فإن البيع الوارد على العقار الذي يكون بعقد عرفي لا يعتبر صحيحا ولا يرتب أي أثر قانوني بين البائع والمشتري بمجرد إنكار التوقيع وهذا ما لا يمكن السماح به في المعاملات العقارية .

إن البيع العقار بعقد عرفي يعد باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو ثبت صحته أو باعتراف كل من البائع والمشتري بتوقيعها عليه.

وبالرجوع إلى نص المادة 326 مكرر 2 من ق م ج : "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرف عرفي إذا كان موقعا من قبل

¹-المادة 324 من القانون المدني الجزائري، السابق الذكر.

²-محمد أحمد العابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات و طرق الطعن عليها -التزوير-الانكار- الجهالة، المعارف الاسكندرية، س 2002، ص16.

الأطراف." بمعنى أن العقد الرسمي إذا بطل لا يؤدي حتماً إلا البطلان التصرف القانوني الثابت فيه وإنما يتقلب إلى محرر عرفي يكون موقعا من قبل الأطراف ويترتب عليه آثار باعتباره عقدا عرفيا صحيحا بحيث يعتبر حكم المادة 326 مكرر 2 شبيها بحكم المادة 105 من ق م ج التي تنص على أنه: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركانه، إذا تبين نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام العقد." إلا تحول العقد الرسمي الباطل إلى عقد عرفي صحيح يفقد فائدته إذا كان التصرف القانوني ثابت فيه. يبطل إذا تخلف الشكل الرسمي فيه كما هو الشأن في بيع عقار، فيكون التحول أثر إذا كان التصرف رضائياً قابلاً للإثبات بالكتابة العرفية، كما هو الشأن مثلاً في البيع الوارد على المنقول¹.

ثانياً: موقف الاجتهاد القضائي من العقود العرفية

إن الاجتهاد القضائي في الجزائر عرف مواقف متباينة في تفسير النصوص وتطبيقها كلما تعلق الأمر بالمعاملات العقارية أبرمت بواسطة عقود عرفية وذلك تبعاً لمراحل عديدة شهدتها تطور التشريع المعمول به .

1/ موقف المحكمة العليا قبل صدور الاجتهاد الغرفة المجتمعة

لقد كانت المعاملات العقارية قبل سنة 1970 المتعلقة ببيع العقار في الشكل العرفي تشكل سندات ناقلة للملكية العقارية، يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء طبقاً لمقتضيات القانون المدني الفرنسي، الذي تم تمديد العمل به بموجب الأمر رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 حيث تنص مادة منه 1582: "البيع هو اتفاق يقوم بمقتضاه أحد تسليم شيء وآخر بدفع الثمن، يجوز أن يتم ذلك بعقد رسمي، أو بعقد عرفي."

¹ -يونسى حداد، مقال صدر في مجلة المدرسة الوطنية للإدارة باللغة الفرنسية، المجلد 08، ع 7، سنة 1988، ص 75.

وما يستفاد من المادة أن العقود العرفية الواردة على العقارات صحيحة، منتجة لكل آثاره، وأن إفراغها في شكل رسمي ما هو إلا شرط للإجراء الشهر طبقا لما جاء به المرسوم المؤرخ في 1955/01/04 المتعلق بالشهر العقاري وبمجرد شهر هذه العقود تنتقل الملكية العقارية.

وبهذا الصدد صدر قرارين عن المجلس الأعلى -الغرفة المدنية- المعبرة عنه المحكمة العليا 1962/02/03 والآخر 1983/02/06 بشأن العقود العرفية المبرمة قبل صدور قانون التوثيق لسنة 1970 في مجال المعاملات العقارية، أكد قضاء المجلس الأعلى على صحة العقود العرفية المحررة في التشريع القديم واعتبرها عقود ذات قيمة قانونية.

غير أنه بصدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريان العمل به ابتداء من الفاتح جانفي 1971 والذي نصت فيه المادة 12 منه بصراحة على الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان.¹

والتي أدمجت لاحقا في المادة 324 مكرر 01 من ق م ج². والتي سبق وذكرناها، فأصبحت السندات الرسمية هي الوحيدة التي يحتج بها في المعاملات العقارية للانتقال الملكية العقارية.

وبهذا كان للقضاء وجهة نظر أخرى، باستبعاد العقود العرفية من مجال وسائل إثبات، كلما تعلق الأمر بنقل الملكية العقارية، وقد يرجع ذلك إلى محاولة القضاة الذين أخذ وصحة المعاملات العقارية المحررة بموجب العقود العرفية بمجابهة التصرفات اليومية للمواطن بوصفها واقعة اجتماعية ومادية متفشية وفتح مجال أمام القضاة موضوع من أجل تسوية الوضعيات المماثلة.

¹-بوفرح عبد الرزاق، المرجع السابق، ص43-44.

²- المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري السابق الذكر.

2/موقف المحكمة العليا من حجية العقود العرفية

إن الاجتهادات القضائية بما فيها المحكمة العليا ظلت مدة من زمن تعطي المحررات العرفية المنصبة على الأملاك العقارية قوة ملزمة شأنها شأن المحررات الرسمية إلى غاية 1997/02/18. أين اجتمعت بجميع غرفها بأمر من الرئيس الأول لها، وقررت بتاريخ مذكور بقرار يحمل رقم 13615 ما يلي: "حيث أن الشكل الرسمي في عقد البيع -محل تجاري- شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي الى بطلان ذلك العقد."

وبهذا القرار تكون المحكمة العليا قد فصلت في نقطة قانونية وهي صحة العقود العرفية الواقعة على التصرفات المنصوص عليها في محتوى نص المادة 324 مكرر 1 من ق م ج وذلك بوضع حد للاختلاف وجدال القائم بين المحاكم ومجالس القضائية وبهذا قد استدركت محكمة عليا الأمر في توحيد الاجتهاد وهذا يعرضها ملف رقم 13615 على غرفها مختلطة المكونة من قضاة الغرفة المدنية وقضاة الغرفة التجارية وبحرية، وبتاريخ 1996/05/21 وتمت مناقشة حجية السندات العرفية، رغم صراحة النص القانوني، إلا أن وقع اختلاف بين آراء الفرق منها ما تمسكت بموقفها واعترافها بصحة العقود العرفية ومثل ما جاء من غرفة مدنية ومنها ما أكد على حكم البطلان لسندات العرفية المنصبة على بيع محل تجاري أو عقار¹، وبهذا الخصوص صدر قرار في 1997/02/18 وجاء لتصويب الاجتهاد القضائي، ووضع حد للتضارب الواقع بين قرارين للمحكمة العليا في نقطة قانونية برغم من صراحة نص قانوني، وهذا ما يخالف القاعدة القانونية. وهذا ما أقرت به المحكمة العليا في قرار صادر عن الغرفة المدنية اعترفت بالتناقض بمخالفتها للقانون عندما اعترفت بحجية المحررات العرفية التي تتضمن نقل ملكية العفار أو الحقوق العينية العقارية، والمحرة بعد صدور قانون التوثيق في 1970/12/12، والتي أمر القانون بموجب المادة 324 مكرر 01 من ق م ج اخضاعها

¹-حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، س 2000، ص 186-187.

الى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، وما جاء كذلك في المادة 12 من قانون التوثيق 91/70 بوضوح النص القانوني فيما يخص الزامية الشكل الرسمي في محررات التي تتضمن نقل الملكية العقار أو الحقوق العينية العقارية .

وما يستخلص من هذا القرار أنه جانب الصواب للاجتهاد القضائي وفرض احترام شكل رسمي في المعاملات التجارية و العقارية.¹

الفرع الثاني: مرحلة ما بعد صدور قانون التوثيق 91/70 المؤرخ في 15/12/1970.

بعد صدور قانون التوثيق بمقتضى الأمر رقم 91/70 الصادر بتاريخ 15/12/1970، تغيير نمط البيع العقاري في الجزائر، فبعد أن كانت كل المعاملات العقارية العرفية، أصبحت تختلف وسائل للإثبات بالنسبة للملكية العقارية طبقا للتشريع الجزائري بين النص العام الذي يمثل القانون المدني والنصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة من حيث ترتيبها ومدى حجيتها أما الجهات القضائية، حيث تنص المادة 324 مكرر 01 من ق م ج : "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي".

والمقصود بالرسمية ما جاءت به المادة 29 من القانون 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري²، وعليه يتضح أن الملكية العقارية لا تثبت بغير سند رسمي كأن يلجأ الى العقود العرفية وهو ما وصفه الأستاذ سباغ موثق بتلمسان : "وجود العقد الرسمي بالنسبة للعقد العرفي كحضور الماء في بطلان التيمم للوضوء."³

¹-بوفرح عبد الرزاق، مرجع سابق، ص99.

²-المادة 29 من القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري : "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

³-سباغ محمد ، التوثيق والعقود الرسمية، مجلس الموثق، ع 5، الغرفة الوطنية للموثقين، ط1998، ص21.

أما العقد الرسمي وفقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني هو السند الرسمي ACTE وليس عقد بمفهوم CONTRAT. حيث عرفت المادة 324 من نفس القانون. العقد الرسمي بأنه: "عقد يثبت فيه الموظف أو الضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

أولاً: العقود التوثيقية المشهورة

يقصد بالعقود التوثيقية المشهورة السندات المحررة من طرف ضابط عمومي يطلق عليه تسمية موثق وفقاً لمحتوى الأمر 91/70 المؤرخ 15/12/1970 والمتضمن تنظيم التوثيق. المعدل بموجب قانون 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 .

العقود التوثيقية هي المحررات المثبتة للتصرفات سواء تمت بإرادة المنفردة كالوصية، الوقف والتنازل أو باتفاق ارادتين كالبيع والذي هو موضوعنا .

وفي كلتا هذين الحالتين يقوم الموثق بتحرير سندات رسمية تكون ذات حجة فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير متى توافرت على شكلها القانوني بمعنى خضعت لعملية التسجيل والإشهار لدى المحافظة العقارية.

حيث تم إخضاع تحرير عقود البيع بناء على التصاميم للشكليات القانونية بالرغم من غياب محل البيع مادياً وقت إبرام الاتفاق.

ولقد ميز ق م ج من خلال المواد 324 الى 329 بين العقود الرسمية والعقود العرفية بحيث اعتبر العقود ذات الشكل الرسمي تلك السندات الوحيدة القابلة للنقل الملكية وما دونها هي العقود العرفية.¹

¹ - ليلي رزقي، التصرفات القانونية الواجبة في الشهر و الآثار المترتبة عن القيد، مجلة الموثق، ع 05، س 1998، ص 13.

ثانيا: الوثائق المسلمة من طرف السلطة الإدارية

المراد بها تلك الوثائق التي تحررها الإدارة العمومية بمناسبة التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير وهي تنقسم الى قسمين: عقود ادارية و قرارات إدارية وشهادة الحياة.¹

1/ القرارات الإدارية

وفقا للتعريف الفقهي يقصد بالقرار الإداري هو كل عمل قانوني انفرادي يصدر بإرادة إحدى الجهات الإدارية المختصة، ويحدث آثارا قانونية بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم.²

وتصدر القرارات الإدارية عن السلطة الادارية المختصة بشكل منفرد وملزم في ذات الوقت دون الحاجة لرضاء الأفراد أو الغير وهذا في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وهي بذلك تعتبر من أفضل وسائل القانون العام نجاعة وفعالية وسرعة في الفصل في القضايا المعروضة، إلا أن الإرادة غير محيرة بصورة دائمة للجوء للإصدار قرارات فقد نجد في ابرام العقود الرضائية مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية وما يحقق أهدافها، وتختلف العقود الادارية عن القرارات الإدارية، فالعقود الادارية هي انصراف ارادتين لشخصين من أجل تحقيق نتيجة على أن ينتهي أحدهما بالضرورة الى أحد أشخاص القانون العام، ومن تطبيقات القرارات الإدارية الناقلة للملكية العقارية:

- ما نصت عليه المادة 243 من الامر 73/71 المتضمن قانون الثورة الزراعية حيث يصدر الوالي بموجب هذه المادة قرارات التأميم والمنح على أساس القوائم المصادق عليها من قبل المجلس الشعبي الولائي، والجائز على قرار المنح يعد بمثابة مالك الحق للانتفاع الدائم وفقا لأحكام المادة 124 من نفس القانون.

¹-حمدي باشا، عقود التبرعات الهبة، الوصية والوقف، دار هومة، الجزائر، س2004، ص41.

²-عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط3، س1989، ص215.

وقد ألغى الأمر 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن التوجيه العقاري كان يخول للدولة حق اتخاذ قرارات إدارية تتضمن تأميم الأراضي لفائدة الصندوق الوطني للثورة الزراعية.¹

وبالرجوع الى المادة 14 في فقرتها الثانية من الأمر رقم 01/85 المؤرخ في 13/08/1985 المتضمن تحديد انتقالي لقواعد شغل الاراضي قصد المحافظة عليها وحمايتها وهو ما يعرف بقانون تسوية البيانات الفوضوية. وتتخذ البلدية أي إجراء يستهدف تثبيت الذين يشغلون فعلا هذه الأراضي التي أدمجت على هذا النحو في حقوقهم الحيازية و الممكنة عن طريق التنازل لهم بعض بالتراضي متى كانت المباني التي شيدها أو اعتزموا تشييدها تتوفر فيها الشروط والمقاييس التي يتطلبها التنظيم الجاري العمل به.

كذلك قرارات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة التي تتخذ في إطار القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27/04/1991. الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة. إذ جاء في نص المادة 02 منه: "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية...". وتنص المادة 30 منه: "يبلغ القرار الإداري الخاص بنزع الملكية الى المنزوع منه والى المستفيد ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة فبعد أن يدفع المالك سند عرفي ورسميا ذا طابع استثنائي للخرينة العامة تسلمه البلدية سندا يسمى قرار إداري يكسب صاحب العقار صفة رسمية أمام الغير.

¹-حمدي باشا ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ،المرجع السابق ،ص43.

2/ العقود الإدارية

أما بالنسبة للعقود الإدارية كان المشرع الجزائري يطلق عليها تسمية ACTE باللغة الفرنسية خلافا لما ذهب اليه في القانون المدني أين يقابل مصطلح العقد تسمية CONTRAT لأن مصطلح ACT ومفردها باللغة العربية كلمة سند¹. وهذا الأخير لفظ عام يشتمل كل الوثائق بما فيها العقود والقرارات والأحكام والقول بإسناد الملكية الى عقد اداري لا ينفي عن السند صفة العقد، وهو اتفاق الذي يتم بين طرفين توافقت ارادتهما بالإيجاب والقبول مع الأهلية وعدم مخالفة مقتضياته للنظام العام و الآداب.

ويعرف القانون المدني الجزائري العقد وفقا للأحكام المادة 54 على أنه : "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين يمنع أو يفعل أو عدم فعل شيء ما". كما عرفه الاستاذ عبد الرزاق السنهوري بأنه : "توافق ارادتين على احداث أثر قانوني سواء كان الأثر انشاء التزام أو نقله أو إنهائه"².

وللعقد ثلاث أركان هي :

التراضي والمحل والسبب والشكل استوجب القانون ذلك كما إذا كان المحل التصرف عقارا أو حقا عينيا عقاريا.

والمادة 59 من القانون المدني الجزائري اعتبرت التراضي في العقود قائما متى صدر الايجاب وقبول متطابقتين واتجها الى احداث أثر قانوني هو انشاء التزامات تترتب على اتفاقهما ويجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب لا يعدل منه ولا يقيد منه أو يزيد عليه

¹-إبتسام القرام،المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري،قصر الكتاب،البلدية،1999،ص01،ص11.

²-عبد الرزاق السنهوري،نظرية العقد،دار إحياء التراث العربي،بيروت، ج 1،طبعة 1934،ص811.

والتراضي في عقدي المستثمرات الفلاحية والاستصلاح يشملان ايجاب من طرف الإدارة المختصة.

أما المحل في العقد فهو محل الالتزام الذي نظمته نصوص المواد من 92 إلى 96 من القانون المدني الجزائري ويشترط في صحته:

1/ أن يكون موجودا عند ابرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل

2/ أن يكون معينا أو قابلا للتعين.

3/ أن يكون مشروعاً أي فيما يجوز التعامل فيه.¹

والشروط التي أشرنا إليها أعلاه متوفرة في عقد المستثمرات الفلاحية وكذا عقد الاستصلاح وفق للأمر رقم 210/80 المؤرخ في 19/05/1993 وكذلك عقود التنازل المحررة طبقاً للقانون رقم 01/81 المؤرخ في 07/02/1981 من العقود الإدارية، والتي تتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات استعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترفيه والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية.

أيضاً عقود بيع عقار في إطار تسوية البناءات التشريعية تنفيذاً للمرسوم رقم 212/85 المؤرخ في 13/08/1985 الذي يحدد شروط تسوية أوضاع الذين ينشغلون فعلاً أراضي عمومية أو خاصة كانت محل العقود أو المباني غير مطابق للقواعد والشروط التي تقر حقوقهم في التملك والسكن.

-العقود المحررة في إطار المرسوم التنفيذي رقم 483/57 المؤرخ في 15/12/1997 المحددة لكيفيات منح حق الامتياز لقطعة أرضية من الاملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة.

¹- خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في القانون المدني الجزائري، ج 1، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 1994، ص 78.

ولكي يمكن اعتبارها سندات ملكية صحيحة، يجب أن تفرغ في شكل عقد رسمي يحرر مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة والجماعات المحلية أو الموثق إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه كما هو جاري به العمل بالنسبة للوكالات العقارية البلدية.¹

ولكي يأخذ ويحتج بهذه العقدية الناقلة للملكية، لا بد أن يكون قد تم إشهارها في البطاقات العقارية أعمالا لنص المادتين 15 و 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح أراضي عام وتأسيس سجل تجاري.

3/ شهادة الحيابة

تنص المادة 39 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري: يمكن لكل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الامر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 ممارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها، ملكية مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلائية لا يشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة الحيابة وهي تخضع للشكليات التسجيل والشهر العقاري وذلك في المناطق التي لم يتم فيها إعداد مسح الأراضي.²

والمشرع الجزائري لم يعطينا تعريف لشهادة الحيابة ضمن القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري والمرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 الذي يحدد كيفية إعداد شهادة الحيابة وتسليمها.

وبالتالي سنقدم بعض التعريفات الفقهية، نبدأ بالدكتور "محمودي عبد العزيز" الذي عرف شهادة الحيابة بأنها سند حيازي يعد من قبل رئيس المجلس الشعبي البلدي، طبقا للاشكال

¹-حشود نسيمة، مرجع سابق، ص 59.

²-قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج ر، ع 49، الصادرة بتاريخ 1990/11/18.

القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه يتضمن شهر الحيازة بناء على طلب التصريح من الحائز وتخضع لشكليات التسجيل والشهر العقاري.¹

أما الأستاذ "بن عبيدة عبد الحفيظ" فقد عرفها بأنها: "محضر رسمي يثبت للحائز حق الحيازة على العقار محل الشهادة بعد اتمام إجراءات تسجيلها وأشهارها وإن هذه الشهادة لا ترقى إلى سند الملكية لكن يمكن أن تكون سندا قويا للاكتساب الملكية عن طريق التقادم المكسب وفقا للإجراءات القانونية السارية المفعول."²

وعليه يمكننا تحديد موقع هذه الشهادة بين الوثائق الرسمية في كونها أقل من العقود الرسمية وأفضل من العقود العرفية بحيث يمكن الاحتجاج بها كسند ملكية أمام الغير كما توفر لحاملها صفة التقاضي على خلاف العقود العرفية، لكنها لا ترقى إلى درجة العقود الرسمية الناقلة للملكية للانتفاء عنصر التأييد.

ثالثا: الأحكام القضائية

إن الأحكام القضائية المتعلقة بنقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية أو تعديل لهذه الحقوق أو قسمتها أو أي تغيير في الملكية العقارية بصفة عامة وبما أن هذه الأحكام القضائية الناقلة أو المعدلة للملكية العقارية هي بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل والشهر العقاري وعليه فعلى الجهات القضائية بدءا بكاتب الضبط على القاضي أو الغرفة التي تفصل في النزاع أن تراعي الإجراءات والشروط الخاصة بالدعوى العقارية من حيث الشكل والموضوع.³ كما هو الحال بالنسبة للأحكام رسو المزاد وحكم تثبيت الوعد بالبيع العقاري، والحكم القضائي بقسمة المال الشائع.

¹-محمودي عبد العزيز ، مرجع سابق،ص238.

²-بن عبيدة عبد الحفيظ ، مرجع سابق ،ص133.

³-بن عبيدة عبد الحفيظ ،مرجع سابق ،ص69.

1/ حكم رسو المزاد

بعد اتباع إجراءات الحجز العقاري المنصوص عليها في المواد 721 وما بعدها من قانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يلتزم الراسي عليه بالزاد بدفع الثمن الذي رسا عليه المزاد العلني والمصاريف الإدارية والقضائية قلم أمانة رئاسة المحكمة في خلال عشرين يوما من تاريخ جلسة المزادة ويعتبر حكم رسو المزاد سند الملكية، الراسي عليه المزاد بعد القيام بإجراءات اشهاره لدى المحافظة العقارية حيث يعود الاختصاص بإيداع حكم رسو المزاد، وشهره بالمحافظة العقارية الى رئيس الامانة ضبط المحكمة طبقا لنص المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

حيث نصت المادة 791 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "تنتقل الى الراسي عليه المزاد كل حقوق المحجوز عليه، التي كانت له على العقارات الراسي عليها المزاد، ويعتبر حكم رسو المزاد سند الملكية." ويتعين على الراسي عليه المزاد، ان يقوم بتسجيل سنده بمكتب الرهون خلال الشهرين التاليين لتاريخه وإلا أعيد للبيع على ذمته بالمزاد، ويجب أن يؤشر بذلك التسجيل من الأمين على هامش سند الملكية المحجوز عليه، إذا فالشخص الذي رسا عليه المزاد يصبح مالكا جديدا للعقار المحجوز ويصير حائز لصفة المالك العقاري التي تزول عن صاحب العقار المحجوز عليه .

2/ حكم تثبيت الوعد بالبيع العقاري

الوعد بالبيع هو عقد ملزم لجانبيين واحد يطلق عليه تسمية الواعد حيث يلتزم في مدة معينة بإجراء العقد الموعود إذا أعلن الموعود له ارادته خلال هذه المدة في ابرامه وتعيين جميع الوسائل الجوهرية، قرار رقم 23385 المؤرخ في 2000/05/24 المستفاد من القرار المطعون فيه أن المطعون ضدهما التزم بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في

الشراء ، مما جعل المطعون ضدهما يتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر ،وهو تصرف سليم من الناحية القانونية.

فإتمام إجراءات البيع لا يحتاج الى رضا جديد من طرف الوعد ،فإذا تراجع عن وعده جاز للموعد اللجوء إلى القضاة للاستصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد ،ويصير سند الملكية بعد سيرورته نهائياً.¹ إذ تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري : "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة منها قام الحكم مقام العقد."

والوعد بالبيع يسجل لدى مصلحة التسجيل ،الغرض من تسجيل العقد الرسمي هو تمكين الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحولات الواردة على الملكية العقارية الخاصة ،وإعادة تقويمها وتحصيل الرسو والضرائب المترتبة عليها. لا يشهر الوعد بالبيع العقاري لدى المحافظة العقارية ،لأن الالتزام الذي يترتب على الواعد هو التزام بعمل ،وهذا العمل يتمثل في إبرام عقد نهائي مع الموعد له وعليه ،فحق الموعد له في هذه المرحلة هو حق شخصي وليس حق عيني لهذا السبب لا يشهر الوعد بالبيع العقاري لدى المحافظة العقارية لأن الشهر العقاري ليس ركنا وإنما هو اجراء قانوني لنقل الملكية.²

ثالثا : الحكم القضائي بقسمة المال الشائع

المال الشائع هو الذي يتعدد فيه الملاك بحيث يكون لكل مالك حصة في مجموع الشيء المملوك ،ومصدر الملكية الشائعة هي نفس أسباب الملكية العقارية والأكثر طرح في المحاكم هي الميراث حيث أن الدعوى الحالية لا تتعلق بنقل الملكية التي تطبق عليها المواد القانونية

¹-حمدي باشا ،حماية الملكية العقارية الخاصة ،دار هومة ،س 2009 ،ص56.

²-عبد الوهاب عرفة ،الوسيط في الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية ،الإسكندرية ،ص34.

المذكورة في المادة 12 من قانون التوثيق¹ والمادة 793 من القانون المدني، فأكثر ما يكون الشيوخ عند وفاة المورث وترك ورثة متعددين تنتقل اليهم أمواله التي خلفها حال حياته.²

وينتمي الشيوخ بطريقة القسمة القضائية، حيث يفرض القانون على الشريك المشاع أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء بدون استثناء، ويدخلون خصوصاً في دعوى تحت طائلة عدم قبولها لعدم انتظام الإجراءات، لأن القضاء في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوق، وعليه فهذه دعوى إجراءات للقسمة وليست للخصوم³

والأصل في قسمة المال الشائع أن يكون حق عيني لكي يعطى لكل شريك جزء مفرز من المال الشائع، وإن كان المال لا يقبل القسمة مثل جرار أو سيارة فإن القسمة تتم بطلب أحد الشركاء ببيع العقار، وذلك أمام محكمة مقر المجلس القضائي اعمالاً بنص المادة 01 الفقرة الثالثة، من قانون إجراءات المدنية.⁴

وإذا كان المال الشائع لا يعرف إن كان قابلاً للقسمة أو غير قابلاً للقسمة إلا بعد معاينة من طرف المحكمة أو الخبير. فيحتاج إلى البدئ بالقسمة العينية ثم القسمة عن طريق المزاد العلني في حالة استحالة قسمة العقار عينا.

¹-المادة 12 من قانون التوثيق: "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفقاتهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها".

²-المادة 793 من القانون المدني: "بل يتعلق بقسمة مخلفات المالك، وكان على القضاة الموضوع أن يتحققوا أن الأرض المذكورة كانت بحوزة المورث عند وفاته، وحيث أن اثبات ملكية العقار يمكن أن يكون بكل وسائل الإثبات".

³-عبد الرزاق سنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، دار احياء التراث، ص95.

⁴-المادة 01 الفقرة الثالثة ق، إ، م: "يجوز لكل شخص يدعي حقا، رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته، يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائلهم دفاعهم يلتزم الخصوم والقاضي بمبدأ الوجاهية، تفصل الجهات القضائية في الدعاوى المعروضة أمامها في آجال معقولة".

وتثور المشكلة حول المحكمة المختصة في الأمر ببيع العقار المشاع بالمزاد العلني في حالة قسمته عينا ، وعليه تقضى محاكم الجمهورية بعد اعادة السير في الدعوى بعد الخبرة التي تبين استحالة القسمة العينية بعدم الاختصاص النوعي ، والمحكمة المختصة ببيع العقار المشاع في محكمة مقر المجلس القضائي وليست محكمة موطن العقار وإذا بدأت الخصومة بدعوى القسمة فإعادة السير هنا يتم أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع ، وإن رفضت الفصل في الدعوى لعدم الاختصاص النوعي تكون قد رفضت الفصل في الدعوى القسمة وهي من صميم اختصاصها سواء كانت عينية أو قسمة تصفية¹

خلاصة الفصل الأول

يلعب السند الرسمي دور فعال في نشوء البيع العقاري كركن أساسي للانعقاد العقد وذلك بإفراغ التصرفات الواقعة على العقار في الشكل المطلوب قانونا الصادر عن الموثق وذلك لقيمته القانونية وحجيته في مواجهة الغير ، ولابد من الشكلية الرسمية في عقد البيع العقاري ليكون صحيحا ويرتب أثره القانوني ، باعتباره قاعدة رسمية يضمن استقرار في المعاملات العقارية من شأنه ترقية السوق العقارية ، غير أن الرسمية لا تكون لها حجية مطلقة إلا بإتمام الإجراءات اللاحقة لعقد البيع العقاري وهذا ما سنتناوله في الفصل الثاني .

¹ - حمدي باشا، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق ، ص59.

الفصل الثاني

الشكلية اللاحقة لعقد البيع العقاري

باعتبار أن عقد بيع العقار من أكثر العقود الناقلة للملكية العقارية والذي اشترط فيه المشرع الجزائري الطابع الرسمي وهذا بعد استيفاءه للإجراءات التوثيق له أمام الموثق فيقوم هذا الأخير بعملية التسجيل هذا المحرر وفقا للقانون التسجيل المعمول به ويتم على مستوى مفتشية التسجيل والطابع ولا بد من مراعاة إجراء الشهر العقاري، التابع لعملية التسجيل لأنه من دونه يكون العقد باطلا بالرغم من تسجيله، لأن المشرع الجزائري اعتبره حماية للملكية العقارية، وناقل للحق العيني العقاري، والذي يتم وفق إجراءات خاصة به التي جاء بها القانون رقم 75_74 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وهذا لإحداث أثره القانوني ونفاذه و احتجاج به في مواجهة الغير، وذلك حين نشره في مجموعة البطاقات العقارية.

ولتحديد الإجراءات اللاحقة بعقد البيع العقاري قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: مفهوم التسجيل العقاري وإجراءاته القانونية في التشريع الجزائري.

المبحث الثاني: مفهوم الشهر العقاري وإجراءاته القانونية في التشريع الجزائري.

المبحث الأول: مفهوم التسجيل العقاري في التشريع الجزائري

إن التسجيل باعتباره مرحلة قانونية لانتقال الملكية العقارية، والذي يتم على مستوى مفتشية التسجيل والطابع، ومدى ارتباطه بجميع المعاملات سواء كانت واردة على المنقولات أو العقارات، وما يتميز به من ازدواجية من حيث الوظيفة. فله وظيفة جبائية تتمثل في تحصيل الدولة للحقوق وبالتالي تمويل الخزينة العمومية بالإضافة إلى الوظيفة القانونية في إمكانية الاحتجاج بالعقود العرفية التي تم تسجيلها لدى مفتشية التسجيل والطابع التي يصبح لها تاريخ ثابت، ولهذا قد أولى له المشرع الجزائري أهمية بالغة، حيث أفرد له مساحة تشريعية خاصة من خلال الأمر رقم 105_76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل إضافة إلى النصوص العامة التي أوردها في القانونين المدني والتجاري، وعلى إثر هذا سوف نتطرق إلى مفهوم التسجيل العقاري في المطلب الأول وإجراءاته القانونية في المطلب الثاني.

المطلب الأول: مفهوم التسجيل العقاري

اعتمد قانون التسجيل على مجموعة من المبادئ التي نظمت تسيير حقوق التسجيل كمرحلة قانونية أولية لنقل الملكية العقارية، وميزه عن باقي المفاهيم المشابهة له، كما حدد المشرع الجزائري من خلال هذه المبادئ كافة الشروط من شأنها أن تجعل التسجيل اجراءا صحيحا ومكتملا.

الفرع الأول: تعريف التسجيل العقاري

نتناول في هذا الفرع تعريف تسجيل العقاري ومدى أهميته وكذلك التفريق بين بعض المفاهيم المشابهة له، وبيان الشروط القانونية الواجب توافرها في عقد بيع العقاري.

أولاً : المقصود بالتسجيل العقاري

من الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفاً شاملاً لإجراء التسجيل في نصوصه القانونية، بل اكتفى ببيان أهميته فقط، ولهذا كان من الضروري على الفقهاء إعطاء تعريف لتسجيل العقارات والمنقولات في آن واحد.

فيعرف التسجيل على أنه: "إجراء يقوم به موظف عمومي طبقاً لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة".¹

ويمكن تعريف التسجيل على أنه: "ذلك الإجراء المتبع في نظام الشهر العيني والذي ينقل الملكية العقارية وله الحجية المطلقة بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير وله أهم ميزة للتسجيل العقاري فهو يصحح كل التصرفات المعيبة ويؤدي ذلك إلى استقرار الملكية العقارية".²

يعتبر تسجيل عقد البيع العقاري لدى مصلحة الضرائب مسألة قانونية جوهرية تهدف إلى ضمان استقرار الملكية العقارية ودعم الثقة في المعاملات المتعلقة بها خزينة الدولة.

كما يعرف التسجيل على أنه: "تلك العملية المنظمة من طرف إدارة الضرائب وفق قواعد وضوابط محددة قانوناً، يتم من خلالها تأدية الرسم المستحق لحساب الخزينة العمومية، كما أنه يمثل شكلية مفروضة قانوناً على المعاملات المحددة".³

يمكن تعريف التسجيل على أنه: "شكلية منجزة من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفايات متعددة يحددها القانون.

¹-جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر ص71.

²-محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط4، 1994، ص101.

³-بلقاضي كريمة، مرجع سابق، ص82.

كما يمكن أن تطبق الشكلية إما على العقود أو على التحويلات الغير الناتجة عن العقد ، مما يسمح بالحصول على ضريبة تسمى برسم التسجيل.¹

وعرفه بعض الفقه أيضا أنه : " عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية ، بواسطته يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ، والتي ينجم عنها دفع الضريبة إلى الموظف هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل".

يمكن القول أن التسجيل كان مجرد عملية قانونية مدونة في سجل يمسكه موظف عمومي مختص أما في وقتنا الراهن فالتسجيل هو إجراء يقوم به موظف عمومي وذلك بتحليل التصرفات القانونية وعلى أساس نتائج هذا التحليل تفرض حقوق التسجيل²

التسجيل عموما هو إجراء إداري يقوم به موظف عمومي يكون مؤهلا قانونا بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل.

ونستخلص من هذا التعريف أن الشخص المؤهل قانونا هو مفتش التسجيل حسب المادة 108 من قانون 105_76 متعلق بالتسجيل. فهو من يقوم بعملية التسجيل ويقبض جراء هذه العملية ضريبة رسوم التسجيل تجسيدا مبدأ للعدالة وتغطية أعباء العامة للدولة.³

¹ -وزارة المالية، الدليل الجبائي للتسجيل ،س 2017،ص08.

² -قان كريم ،نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، رسالة ماجيستر، اختصاص قانون الأعمال المقارن ،كلية الحقوق ، جامعة وهران ، القطب الجامعي بلقايد ، 2012/2011 ،ص77.

³ -المادة 108 من قانون 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل ، ج ر ، ع 81،الصادرة في 18/12/1976.

2- تمييز التسجيل عن المفاهيم المشابهة لها**1- التسجيل والشهر العقاري**

يختلف التسجيل عن الشهر العقاري من حيث الشخص المكلف قانونا في التسجيل وهو مفتش التسجيل ويتم ذلك لدى مصلحة التسجيل ، أما المكلف في عملية الشهر هو المحافظ العقاري ويتم ذلك في المحافظة العقارية.¹

حيث أن وظيفة التسجيل لا تكسب العقد العرفي الرسمية، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط ، كما أنه لا يعتبر اشهارا للحق الذي يحمله السند بالمحافظة العقارية.²

ويختلف من حيث القانون فإن عملية التسجيل ينظمها قانون الصادر بموجب الأمر رقم 76_105 المؤرخ في 09/12/1976 المتعلق بالتسجيل ، وأن عملية الشهر العقاري نظمها الأمر رقم 75_74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.³

إلا أن هناك أوجه تشابه بين كل من التسجيل والشهر العقاري من حيث رسوم التي تدفع لصالح الدولة. فإن رسم التسجيل وتطبيقا لنص المادة الأولى من قانون التسجيل وذلك عند القيام بعملية تسجيل التصرفات القانونية لدى مصلحة التسجيل والطابع تقبض رسوم التسجيل لصالح الدولة .

¹- جميلة زاويدي ، مرجع سابق ، ص 58.

²- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة المحكمة العليا ، دار هومة ، الجزائر ، سنة 2003 ، ص 313.

³- الأمر رقم 76_105 المؤرخ في 09/12/1976 والأمر رقم 75_74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد ومسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج ر ، ع ، 81 ، الصادرة في 18/12/1976.

أما رسم الإشهار العقاري: وهذا قد نصت عليه المادة 14_353 من قانون التسجيل وذلك يتم بالقيام بالإجراءات شهر التصرفات في المحافظة العقارية يتم حينها قبض رسم لصالح خزينة الدولة.¹

2- تمييز التسجيل عن القيد

إن الفرق بين التسجيل والقيد يكمن في أن التسجيل يكون بالنسبة للحقوق العينية الأصلية . أما القيد فيكون بالنسبة لشهر الحقوق العينية التبعية وتابع لعملية الشهر العقاري ويتم على مستوى المحافظة العقارية على غرار التسجيل الذي يتم في مصلحة التسجيل ويقوم به مفتش التسجيل.²

3- تمييز التسجيل عن التوثيق

يختلف التسجيل عن التوثيق من حيث أشخاص فالموثق هو من يتولى توثيق أما التسجيل فيقوم به مفتش التسجيل وهو موظف عمومي .أما من حيث اطار القانوني .فالتوثيق نظمه الأمر رقم 70_91 الموافق ل 15/12/1970 أما التسجيل فنظمه الأمر رقم 76_105 المؤرخ في 09/12/1976.³

وأن التسجيل الذي يقوم به مفتش التسجيل للتصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل هو لا يعطي الصيغة الرسمية للعقود العرفية وإنما يعطيها تاريخ ثابت فقط طبقا لنص المادة

¹-وزارة المالية ، قانون التسجيل ،سنة 2014 ،ص 08 ،87.

²-مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، دار هومة ،الجزائر ،ط2، س 2008 ص31-32.

³-جميلة زايدي ،مرجع سابق ،ص60.

328 من القانون المدني الجزائري ،على عكس التوثيق الذي يقوم به الموثق بإعطاء الوثائق والعقود الصيغة الرسمية تطبيقا لنص المادة 02 من الأمر 70_91 المتعلق بتنظيم التوثيق.¹

4- تمييز التسجيل عن الضريبة

إن الفرق بين التسجيل والضريبة يكمن في الحقوق التي يقبضها مفتش التسجيل مقابل إجراء عملية التسجيل فهي تشكل ضريبة تفرض بصفة جبرية ونهائية.

ثانيا : أهمية التسجيل العقاري

يلعب التسجيل العقاري أهمية مزدوجة منها تتمثل في الأهمية الجبائية وكذلك الأهمية القانونية.

أ/ الأهمية الجبائية للتسجيل العقاري

إن عملية تسجيل التصرفات لاسيما منها ذات الطبيعة العقارية التي يقوم بها الشخص وذلك بعد دفع الضريبة في مقابل هذه الخدمة. و بالتالي تساهم في تطوير الجانب الاقتصادي والتنمية الاجتماعية والمالية.

الهدف المالي لتسجيل العقاري

إن الهدف الأساسي من تسجيل العقاري هو ذو طابع مالي ، فحقوق التسجيل تعتبر من أهم الضرائب التي تعتمد عليها خزينة الدولة ، وهذا ما يساهم في تحقيق إيرادات الدولة ، حتى تستطيع هذه الأخيرة مواجهة نفقاتها المحدودة من أجل تسيير المرافق العامة.

¹-قان كريم، مرجع سابق، ص 81.

ويظهر الهدف المالي جليا من خلال التعديلات المتكررة التي تطرأ على قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر 76_105 المؤرخ في 1976/12/09 بحيث يعدل ويتم مرتين في السنة بموجب قانوني المالية الأول والتكميلي.¹

_الهدف الاقتصادي لتسجيل العقاري

إن التسجيل من أحد أهم المصادر المهمة للتنمية الاقتصادية وقوامها والذي يلعب دورا مهما في تحقيق التوازن واستقرار الاقتصادي وذلك من خلال تشجيع الاستثمار وتوسيع الاعفاءات الجبائية و الامتيازات الممنوحة للدولة والجماعات المحلية.

_الهدف الاجتماعي لتسجيل العقاري

إن النظام الجبائي هو جزء من السياسة العامة للدولة والذي يتمثل في الرسوم التي تقبضها الدولة والتي تساهم بها في الدخل الوطني لفائدة الفئة الفقيرة وذلك من خلال تحقيق الرفاهية العامة في الميادين الاجتماعية والاقتصادية.²

ب/ الأهمية القانونية لتسجيل العقاري

إضافة إلى الدور الجبائي الذي تلعبه، حيث يعتبر التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية وذلك بعد تحريره لدى الموثق وتسجيله لدى مصلحة الضرائب ، وهذا ما يولد حق شخصي.

¹-فاصلة عبد اللطيف ، مزيان محمد أمين، أحكام التسجيل عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية و السياسية، ع 02، ص360.

²- دوة آسيا ، رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، ص30-31.

كما يعد اجراء التسجيل بالنسبة للتصرفات التي أخضعها القانون وخاصة بما يتعلق الأمر بتسجيل العقارات مما له من أهمية وذلك باعتبار أن حقوق التسجيل تدفع قبل القيام بهذا الاجراء تطبيقا للمادة التسجيل 393 من ق م ج.¹

الفرع الثاني : شروط التسجيل العقاري في التشريع الجزائري

إن الهدف القانوني من تسجيل التصرفات الواردة على الحقوق العقارية هو اعطاء تاريخ ثابت لها من جهة ، وتحصيل رسوم التسجيل عليها من جهة أخرى ،ولهذا كان من الضروري التأكد من صحة هذه الوثائق الرسمية الخاضعة للتسجيل العقاري .

وبناء عليه سنتطرق إلى الشروط المتعلقة بالأطراف أولا ،وبعدها الشروط المتعلقة بتعيين العقارات ثانيا .

أولا : الشروط المتعلقة بتعيين الأطراف

يقصد بتعيين الأطراف هنا بالتعيين الدقيق للأشخاص أصحاب الحقوق وذلك بذكر كل المعلومات في العقد الذي يقدم للتسجيل من تاريخ ومكان الولادة الأطراف وهذا ما يدعى بالشخصية القانونية وقد نصت عليه المادة 25 من القانون المدني ومن خصائص الشخص الطبيعي الاسم والحالة والأهلية والذمة المالية والموطن التي جاءت المادة 138 من قانون التسجيل لتشمل على أسماء وألقاب وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف مع رقم بطاقة التعريف ومكان تسليمها فضلا عن ذلك فإن المصريحين المولودين في الخارج يجب عليهم أن يقدموا كل وثيقة أخرى أو بيان تطلبه إدارة الضرائب.

¹-المادة 393 من ق م ج تنص على أن : "نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري مالم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

كما يجدر علينا الذكر والإشارة في حالة توفي أحد الأطراف إليه وذلك بذكر اسمه ولقبه وتاريخ ومكان سكناه وتاريخ وفاته مع ذكر ورثته الشرعيين وتاريخ ومكان الازدياد وتاريخ زواجه وتاريخ أولاده إن كان ومكان ازديادهم ومقر سكناهم.¹

علما أن عناصر التعيين الأطراف تختلف قد تكون أشخاص معنوية مثل الولاية والبلدية طرفا في التصرفات القانونية ، وعليه فبالنسبة للجماعات المحلية لا بد أن يذكر في عقد التصرف تسمية البلدية أو الولاية حتى يتم تسجيل وهذا بالنسبة للشخصية المعنوية العامة ، أما بالنسبة للشخصية المعنوية الخاصة منها الشركات سواء كانت مدنية أو تجارية فقد نصت عليها المادة 218 من القانون المدني² وكذا المادة 50 من القانون المدني على أنه تبرم التصرفات القانونية عن طريق شخص ينوب عنها وهو المدير ويجب ذكر جميع البيانات الضرورية مثل اسمه ومركزه وعنوانه ومقرر تعيينه بهذه الصفة .

ثانيا : الشروط المتعلقة بتعيين العقارات

إن تعيين العقارات دور كبير لتسيير عملية التسجيل باعتبار أن العقار هو محل التصرفات القانونية والذي قد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 من القانون المدني ولذلك لا بد من وصف العقار وصفا دقيقا منافيا للجهالة وعلى هذا الأساس يمكن للمفتش التسجيل تحصيل حقوق تسجيل، لكن قانون التسجيل لم ينص صراحة على كيفية تعيين العقارات في المحررات الخاضعة للتسجيل ، لكن من المتعارف عليه أن تكون التصرفات المنصبة على العقارات في قالب رسمي من طرف الموثق تطبيقا لنص المادة 324 مكرر 1 ، حيث يذكر الموثق كل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقار محل التصرف في عقد البيع العقاري، ولا بد من تحديد

¹ -دوة آسيا ، رمول خالد ،مرجع سابق ،ص40.

² - تنص المادة 218 ق م : " إذا كان التضامن بين الدائنين جاز للمدين الوفاء بالدين بأي منهم ما لم يمانع أحدهم في ذلك غير أن التضامن لا يجوز دون انقسام الدين بين الورثة ،أحد الدائنين المتضامنين إلا إذا كان الدين غير قابل للانقسام ."

الثنى العقار في عقد بيع العقار وهذا ما نصت عليه المادة 351 من ق م ج تنص : "إن البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". وهذا حتى يتمكن مفتش التسجيل من اقتطاع حقوق التسجيل المفروضة على عقد البيع العقاري.¹

المطلب الثاني : الإجراءات القانونية المتبعة في عملية التسجيل العقاري

نظرا للدور الذي تلعبه مفتشية التسجيل والطابع القائمة على عملية التسجيل العقارات والتي أخضع لها التشريع الجزائري اجراءات عملية التسجيل بصفة اجبارية وهذا بعد احترام القواعد والشروط الواجب توافرها في الوثائق المودعة لإجراء التسجيل ومدى مطابقتها للقانون وذلك وفق آجال قانونية محددة بموجب قانون التسجيل.

الفرع الأول : إجراءات التسجيل العقاري

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى كيفية تسجيل عقد بيع العقار في التشريع الجزائري واجال القانونية لذلك.

أولا : كيفية تسجيل عقد بيع عقار في التشريع الجزائري

إن عقد بيع العقار قد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 351 من ق م ج على أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".² وكذلك يعتبر من المحررات الرسمية الناقلة للملكية العقارية والذي يتم تحريره أمام الموثق في شكل رسمي حسب نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني³، حيث يقوم الموثق بإيداع

¹-حمدي باشا ،نقل الملكية العقارية وفق آخر تعديلات وأحدث الأحكام القضائية، مرجع سابق ،ص06.

²-المادة 351 من القانون المدني الجزائري السابق الذكر.

³-المادة 324 من القانون المدني الجزائري ،السابق الذكر.

المحرر الرسمي المراد تسجيله لدى مصلحة التسجيل والطابع ، ويجب ارفاقها بكافة الوثائق التي أشار إليها المشرع والتي تتمثل في:

_الكشوف الاجمالية

يعتبر إيداع الكشوف الاجمالية لدى مفتشية التسجيل والطابع ، هو إجراء ضروري نصت عليه المادة 153 من قانون التسجيل والتي هي عبارة عن ملخص للعقد يعدها الموثقون وكتاب الضبط وكتا الإدارات المركزية أو المحلية في حافظة من نسختين تسلم له من طرف دائرة الضرائب مجاناً والتي يذكر فيها:

_تاريخ ورقم العقود

_ألقاب وأسماء والأطراف ومسكنهم

_نوع العقود والمبالغ أو القيم الخاضعة لتحصيل الرسوم .

_مبلغ الرسوم النسبية المستحقة والتي تتضمن قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعا بصفة قانونية.¹

_النسخ الأصلية

قد جاء نص المادة 09 فقرة 01 من قانون التسجيل بأن يتم إيداع النسخ الأصلية للعقود المحررة لدى مفتشية التسجيل ، حيث يقوم مفتش التسجيل بتكليف وتحليل النسخ الأصلية من أجل اقتطاع رسوم التسجيل وذلك لما تحتويه العقود الرسمية على المعلومات التالية ، طباعة

¹-المادة 153 من الأمر رقم 76_105 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل، السابق الذكر.

وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية.¹

الملخصات

طبقا لما جاء في نص المادة 09 فقرة 03 من قانون التسجيل على أنه: "تقدم هذه الجداول والمستخرجات إلى مصلحة في نفس الوقت الذي تقدم فيه النسخ الأصلية أو البراءات"². يتوجب في هذه الحالة على الموثقون إيداع ملخصات العقود الناقلة للملكية العقارية والذي هو عبارة عن ملخص تحليلي على استمارة تسلم من طرف الإدارة مجانا، ويتم في نسختين النسخة الأولى تقدم لمفتش التسجيل والنسخة الثانية يتم ارسالها لمفتشية الضرائب المباشرة أو الغير مباشرة وهذا تطبيقا لنص المادة 153 فقرة 2 من قانون التسجيل.³

أما بالنسبة للرسوم الضريبية التي تتم في عملية التسجيل عقد بيع العقار فهي تقدر بنسبة 5 % يتم توزيعها بين الطرفين أي بنسبة 2,5 % لكل واحد منهما.

وكذلك بالنسبة للوعد بالبيع العقار له نفس الرسم وهذا بعد التأكد من صحته قانونيا وفق توافر الشروط التالية:

-تحديد هوية المتعاقدين بدقة.

-تعيين العقار الموعود ببيعه تعيينا دقيقا نافيا للجهالة.

-تحديد الثمن المتفق عليه بين الواعد والموعود له.

¹-المادة 09 فقرة 01 من الأمر رقم 105_76 المتضمن قانون التسجيل، السابق الذكر .

²-المادة 09 فقرة 03 من الأمر المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل، السابق الذكر .

³-المادة 153 فقرة 02 من الأمر رقم 105_76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل،

السابق الذكر .

-تحديد مدة إيداع رغبة الموعود له.

-توافر ركن الرسمية عملا بمقتضيات القانون المدني الجزائري.

وبعد إيداع الوثائق القانونية المرفقة للعقد المذكورة أعلاه بمصلحة التسجيل والطابع وفق للآجال المحددة قانونا ،يقوم مفتش التسجيل بفحص المعلومات والبيانات الواردة ومراجعتها من حيث الشكل وهذا ما جاء في المادة 180 من قانون التسجيل ، وله الحق احتفاظ به طيلة 24 ساعة من يوم الإيداع .كما يقوم بتحديد قيمة رسوم التسجيل وعلى الأطراف تسديدها قبل البدء في عملية التسجيل وقد سبق وذكرناها والتي تقع على عاتقهم حسب نص المادة 91 من نفس القانون. كما يقوم مفتش التسجيل بنقل تأشيرة التسجيل على العقد المراد تسجيله ويبين خلالها الرسوم المستحقة للتسجيل¹.

أما فيما يخص بعض العقود المتضمنة بيع العقارات ،فقد ميزها المشرع ببعض الإعفاءات ، وتطبيقا لنص المادتين 271 و 272 من قانون التسجيل قد أعتفت الدولة وجماعتها المحلية من تسديد هذه الرسوم فيما يخص العقود المتعلقة بشراء العقارات.

كما أعتفت من الرسم اقتناء عقارات الذي يتم من أجله إحداث نشاط صناعي جديد ذي طابع أولي مقرر في مخطط الوطني للتنمية .

إعفاء الشركات التعاونية والجمعيات الثقافية والجمعيات التي اعترف بمنفعتها العمومية من اقتناء عقارات تخدم مصالحها الاجتماعية².

¹-قان كريم ،مرجع سابق ،ص94.

²-دوة آسيا ، رمول خالد ،المرجع السابق ،ص82.

وفي حال كن هذا العقار شائع فيخضع لرسم قدره 3 وإذا كان المشتري أحد الشركاء في الشيوخ فتنخفض نسبة الرسم إلى 1,5%¹.

بإضافة إلى حقوق التسجيل في عقد البيع العقاري التي تقع على عاتق المشتري حيث يتحمل كل الرسوم المضروبة على هذا العقد. أن مصاريف والرسوم الشهر العقاري وأتعاب الموثق يتحملها كلها تطبيقاً للمادة 393 من القانون المدني²، وما على البائع إلا الأعباء المالية الواقعة على احتمال زيادة سعر العقار.

وتكون رسوم التسجيل في التصرفات العقارية بالقيمة الحقيقية للعقار وهذا ما يسمى بالوعاء الضريبي، غير أنه غالباً ما يتم التهرب من التصريح بسعر العقار الحقيقي، وهذا لعدم دفع الرسوم المستحقة للخرينة العمومية خاصة، إذا كانت المعاملة المصرحة بها مرتفعة، وفي هذه الحالة يتم تعيين خبير عقاري من مصلحة التسجيل للقيام بعملية التقييم المالي للعقار وذلك وفق معايير منها مساحة العقار وموقعه وحالة بناءه ويكزن تصريح على عاتق الأطراف العقد، ويدون الثمن في عقد البيع العقاري وفي حالة وقع البائع في غبن يؤدي إلى بطلان العقد، لا يتحمل الموثق المسؤولية، لأنه ملزم قانوناً، بتنبية الأطراف المتعاقدة بآثار القانونية فقط، أما إذا كانت قيمة العقار أكبر من قيمة المصرح بها فهنا يجوز لإدارة التسجيل إعادة تقييم قيمة العقار وهذا ما يتطلب رسوم إضافية على عاتق الأطراف³.

¹ - مقني بن عمار، القواعد المتعلقة بتسجيل التصرفات العقارية في ضوء القانون الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، ع 4، جانفي 2015.

² - تنص المادة 393 على ما يلي: "نفقات التسجيل، والطابع والرسوم والإعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري، ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

³ - مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية دراسة في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 174_ص 178.

وللإدارة التسجيل الحق في رفض اجراء عملية التسجيل في حال وجود أي اشكال في العقار أو عدم التفاهم على ثمن العقار أو نقص في العقد المراد تسجيله الذي هو محل الإيداع.

ثانيا : آجال التسجيل

بعد القيام بعملية الإيداع الوثائق بمكتب التسجيل المختص ، يجب على القائمين على هذه العملية احترام الآجال القانونية المحددة بموجب قانون التسجيل والتي تكون في مدة محددة بشهر منذ تاريخ تحرير العقد وتختلف حسب التصرفات القانونية ، فمنها ماهي خاضعة لرسم نسبي ومنها ما هو خاضع لرسم ثابت¹. أما بالنسبة للعقود الناقلة للملكية العقارية منها عقد بيع العقاري فهو خاضع لرسم نسبي قد حدده القانون وهذا ما جاء به نص المادة 04 من قانون التسجيل ويتم تسجيل عقد البيع العقاري في أجل مدة شهر ابتداءا من تاريخ تحريره وذلك بموجب المادة 58 من قانون التسجيل وكذا المادة 60 من نفس القانون، ويتم ايداع طيلة أيام الأسبوع مع مراعاة الأوقات الرسمية للعمل والتي تحددها الإدارة ،حيث تكون مكاتب التسجيل مفتوحة في هذه الفترة ماعدا يوم الجمعة وبعد الظهر من كل خميس ،وأيام العطل القانونية².

وتمدد الآجال المحددة لتسجيل العقد في حالة ما إذا أغلقت المصلحة إلى يوم يلي يوم الغلق وهذا حسب نص المادتين 72 و74 من قانون التسجيل³.

¹-مقني بن عمار ،الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقة دراسة في القانون الجزائري ،المرجع السابق،ص184.

²-لرزق بن عودة ،سندات إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري،أطروحة دكتوراه، تخصص قانون مدني ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة وهران 2،محمد بن أحمد ،2017/2018،ص 130.

³-تنص المادة 72 من قانون التسجيل على ما يلي: "إن يوم تاريخ العقد أو يوم فتح الشركة لا يؤخذ بعين الاعتبار ضمن الآجال المحددة بموجب المواد السابقة من أجل تسجيل العقود والتصريحات".

الفرع الثاني : جزاء الإخلال بمواعيد تسجيل العقارات

يترتب على الإخلال بمواعيد التسجيل التي يقوم بها الموثقون والمحضرون ومحافظي البيع بالمزايدة الذين لم يقوموا بالتسجيل عقودهم في الآجال المحددة عقوبات جنائية ترتبها إدارة الضرائب والتي أقرها المشرع الجزائري في القسم الأول من الباب السادس من قانون التسجيل رقم 105_76 بأن يدفعوا شخصا غرامة مالية يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما يأتي:

10 إذا كان كل تأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد وثلاثين يوما .

-التزام مالي مقدر ب 3% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير وذلك دون أن يتعدى مجموع الالتزام المالي والغرامة الجنائية المشار إليها سابقا على مستوى 25%¹.

غير أن هذا الأخير يترتب التزامات على المكلفين المكلف الحقيقي ، المكلف القانوني.

1/المكلف الحقيقي

ما يميز التسجيل العقاري عن غيره ،فإن الشخص الذي يدفع المبلغ المستحق فيه ومن أمواله الخاصة إلى الموثق مباشرة وليس إلى قابض الضرائب ، وهذا راجع للرسمية التي تتمتع بها التصرفات العقارية ،وفي حالة قاموا الأطراف المتعاقدة بإخفاء جزء من ثمن بيع العقار فيتعرضون لعقوبات جنائية حسب المادة 113 فقرة 01 من قانون التسجيل ،كما أنه إذا قام الشخص المتعاقد بالتخفيض أو حاول التخفيض سواء الكل أو البعض من الوعاء الضريبي أو تصفيتها أو دفع الضرائب أو الرسوم² يتعرض لغرامة مالية حسب المادة 119 من قانون التسجيل.

¹-المادة 93 من الأمر 105_76 المتضمن قانون التسجيل ،السابق الذكر .

²-المادة 113 من الأمر 105_76 المتضمن قانون التسجيل .

إضافة على ذلك هناك عقوبات جنائية يتعرضون لها الأطراف الخاضعون للضريبة التملص من حقوق التسجيل وهذا عن طريق تصاريح الكاذبة أو الناقصة والتي من شأنها أن تنقص من قيمة الحقوق الواجبة الدفع والمقررة للتصرف المراد تسجيله.

ناهيك عن إخفاء ثمن البيع الذين يقومون به المتعاقدين خارج مكتب الموثق فإن هذه الحالة لمفتشية التسجيل الحق في اللجوء إلى كل الوسائل المشروعة للإثبات هذا الإخفاء الذي غرضه التهرب من دفع حقوق التسجيل ، وهذا حسب المادة 113 فقرة 2 ، كما خول القانون كل الصلاحيات لمفتش التسجيل من التمكن في تحصيل أموال الدولة¹.

ثانيا :المكلف القانوني

يعتبر المكلف القانوني الشخص القائم بتحصيل رسوم التسجيل ،ودفعها لقابض الضرائب في الآجال المحددة ، وتعود تسميته بالمكلف القانوني كونه يمارس عمله بمقتضى نص قانوني ،وليس بعقد يربطه بالإدارة الجائية ،إن الموثق له صفة المكلف القانوني الذي يتم إبرام العقد بين يديه ويدفع المتعاقدين حقوق التسجيل عنده ،ويتم ايداعها بصندوق قابض الضرائب المختص اقليميا ،وفقا لآجال القانونية المنصوص عليها في المادة 58 من قانون التسجيل².

وعليه يعتبر الموثق مسؤولا وتترتب عليه عقوبات جنائية عند اخلاله بأحكام التسجيل ، كما يجدر الإشارة إلى أن القانون أوجب الموثق قراءة محتوى العقود والتأكد منها وإلا تعرض إلى غرامة مالية ولا بد من إشارة إلى تلك القراءة وأنها تمت وعلى الموثقون الإشارة بأنهم يتلقوا أي وثيقة تتضمن الزيادة في الثمن المصرح به وينوه إلى أن هذا العقد لم يتم تعديله وهذا طبقا للمادة 113 فقرة 4 من قانون التسجيل³.

¹-دوة آسيا ، رمول خالد ،مرجع سابق ،ص96.

²-قان كريم ،مرجع سابق ،ص97.

³ - دوة آسيا ،رمول خالد ،المرجع نفسه ،ص97.

كما يتعرض الموثقون إلى دفع غرامة مالية على عدم احترام آجال القانونية لعملية التسجيل، كما يتعرض الموثقين وكتاب الإدارات المركزية والمحلية إلى عقوبات تأديبية توقعها عليهم السلطة المختصة دون تطبيق عليهم عقوبات أخرى، وهذا ما أكدته المادة 93 فقرة 2 من قانون التسجيل، كما جاءت المادة 193 فقرة 5 من قانون التسجيل على أن إذا ثبت أن الموثق كان شريك مع الزبائن في إخفاء ثمن بيع العقار قصد التهرب من دفع رسوم التسجيل، ففي هذه الحالة يكون متضامن مع الأطراف المدنيين بها¹.

المبحث الثاني: الشهر في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري

الشهر العقاري، عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإرادة الشهر العقاري لإعلام كافة بها وإظهار لوجودها ليكون الكل على بينة ودراية من أمرها². والشهر يهدف إلى تنظيم هوية العقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص³.

والشهر يرد على الحقوق العينية أصلية التبعية، ولا يتم الاحتجاج إلا بالشهر. لان المشرع الجزائري ألزم القائمين على تحرير العقد على إجراء عملية الشهر ففي المجال العقاري لا بد من مراعاة الجانب الشكلي أمام الموثق والتأكد من الإجراءات التي قام بها إمام المحافظة العقارية لإكمال عملية الشهر وهذا ينشأ أثر قانوني. والهدف منه ليس الإثبات وإنما هو تحقيق الثقة اللازمة في التعاملات العقارية⁴.

ولتحديد المقصود بالشهر العقاري وتبيان الإجراءات الواجب إتباعها من أجل شهر التصرفات والحقوق العقارية قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين :

¹ - المادة 113 فقرة 05 من قانون التسجيل، السابق الذكر.

² - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 13

³ - قان كريم، مرجع سابق، ص 45.

⁴ - رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدية،

المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري

المطلب الثاني : الإجراءات القانونية للشهر .

المطلب الأول : مفهوم الشهر العقاري.

تخضع العقارات بحكم طبيعتها لنظام قانوني خاص. يقتضي بإخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو زوالها لإجراءات معينة ومن مجمل هذه الإجراءات ما يسمى بنظام الشهر العقاري¹.

الفرع الأول : تعريف الشهر العقاري

الشهر العقاري عبارة مركبة من كلمين هما : الشهر والعقار .كلمة الشهر الواردة في القانون المنظم للشهر العقاري لا يفهم منها عدد أيام الأسبوع وإنما يقصد بها طريقة الإعلام والنشر إما كلمة عقار يقصد بها كل ما هو ثابت ومستقر لا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف².

ولقد اختلفت التعاريف الخاصة بالشهر العقاري .وذلك بالاختلاف زوايا النظر إليه سنتطرق إلى مجموع التعاريف الآتية :

التعريف الأول : يعرف الشهر العقاري على انه تلك التقنية أو العمل الفني الذي يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها.³

¹-إبراهيم يامة ،سليمان بن شريف ، نظام الشهر العقاري ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية ،مجلد العلوم الإنسانية لجامعة أم البواقي ،المجلد 6 ،ع1 ، جوان 2009 ،ص 49.

²-مجيد خلفوني ،العقار في القانون الجزائري ،دار الخلدونية ،الجزائر ، 2012، ص 118.

³-مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، مرجع سابق ،ص 13.

يتبين لنا من خلال هذا التعريف بان الشهر هو آلية يتم من خلاله مسك السجل العقاري من طرف هيئة مختصة .وهنا يتضح أن السجل العقاري يعتبر الأساس المادي والقانوني لوجود الشهر .وهنا دلالة على وجود هيئة مختصة بمسك السجل العقاري ويفهم من هذا شخص مكلف قانونا بمسك هذا السجل على مستوى هذه الهيئة بغرض تسجيل مختلف التصرفات القانونية المتعلقة بالعقارات أو قيد كل الحقوق العينية .

وهو ما يجعل التعريف مشتملا على طرق الشهر .ومن ثم نوع الحقوق المراد شهرها محددًا في ذات الوقت القصد من إجراء الشهر ،وهو إعلام الغير بالتصرف . فلا يقبل شخص على التصرف في عقار إلا وكانت له دراية به .

التعريف الثاني :

كما يعرف الشهر العقاري على انه ذلك النظام الذي يرمي الى شهر التصرفات القانونية التي تهدف إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية .او نقلها او تعديلها او إسقاطها .ويتم هذا الشهر بإثبات التصرفات القانونية المذكورة في سجلات يمكن الاطلاع عليها و أخذ الإفادات بما جاء فيها من بيانات وقيود¹ .

يلاحظ لنا من خلال هذا التعريف ان الشهر يشكل نظام إشهار عقاري يهدف إلى شهر التصرفات القانونية التي تسعى إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها .وهذا التعريف لم يعطي تفسيراً دقيقاً لمعنى كلمة "الشهر" بل اكتفى بذكر مصطلح نظام دون تحديد طبيعة هذا النظام .

¹ -جميلة زايدي ،مرجع سابق، ص 93.

التعريف الثالث :

ويعرف الشهر العقاري على انه "النظام القانوني الذي يتضمن مجموعة من الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تتكفل بالإعلام على الحقوق الموجودة على العقارات..."¹

يتبين من خلال هذا التعريف أيضا أن الشه هو النظام الذي يكون من مجموعة الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق هيئة عمومية ،كذلك يشير فقط إلى سير عمليات الشهر.

كما عرف الشهر أيضا بأنه إعلام الحقوق الواردة على العقارات

من خلال هذه التعاريف يمكن القول بان الشهر العقاري هو : "عمل فني يهدف إلى تسجيل وتدوين مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها .

أو هو : "ذلك العمل القانوني المتعلق بالعمليات الواردة على العقارات والهادف إلى إعلام الغير بالأوضاع القانونية المتعلقة بالعقارات " .²

الفرع الثاني : أنظمة الشهر العقاري في التشريع الجزائري

من المعروف ان الشهر العقاري ، يعمل على تحقيق الثقة اللازمة في التعاملات العقارية بما يضمن استقرارها واستمراريتها، ومن أجل ذلك وجد نظامان أساسيان للشهر العقاري³. يسمى الأول

¹-بوزيتوني عبد الغني ، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري ،رسالة ماجيستر في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة منتوري ، قسنطينة ،2010/2009 ، ص52.

²- جميلة زايدي ،مرجع سابق ،ص 94.

³-رمول خالد ، المحافظة العقارية في التشريع الجزائري ،مرجع سابق ،ص 15.

بنظام الشهر الشخصي والذي يعتمد على المالك أساساً في عملية الإشهار العقاري والنظام الثاني يطلق عليه نظام الشهر العيني وهو يعتمد على بيانات العقار أساساً في عملية الإشهار العقاري¹.

أولاً: نظام الشهر الشخصي

يعتبر نظام الشهر الشخصي من أقدم أنظمة الشهر الشخصي بعد إقرار مبدأ شكلية العقود، حيث اتخذته أغلب الدول أساساً للحفاظ العقاري، وشهر المعاملات العقارية.

1) مفهوم نظام الشهر الشخصي :

عملية الشهر وفق هذا النظام تتم على أساس أسماء طرفي التصرف الذي ينشأ الحق أو نقله². دون الحاجة إلى النظر للعقار محل التصرف³. إذ يخص لكل حرف من الحروف الأبجدية صفحة أو عدة صفحات من السجل العقاري حسب أهمية ذلك الاسم من حيث الشهرة أو الندرة وسجل آخر يمسك حسب الترتيب الزمني لتقييم التصرفات للشهر، فصاحب المصلحة لا يعرف من سجلاته إلا الشخص الذي تصرف في العقار ويسمى المتصرف⁴.

2) خصائصه:

يتميز نظام الشهر الشخصي بجملة من المميزات التي تميزه عن غيره من الأنظمة. ولعل أبرز ما يميزه الخصائص الآتي نكرها:

❖ أساس الشهر في هذا النظام. هو أسماء الأشخاص الذين تصدر عنهم التصرفات بغض النظر على العقار المتصرف فيه. ومن هذه الخاصية استمد هذا النظام تسميته.

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 13.

² - عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء الفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية مصر، 1999، ص 3.

³ - رمول خالد، مرجع سابق، ص 16.

⁴ - إبراهيم يامة، سليمان بن شريف، مرجع سابق، ص 50.

- ❖ لهذا النظام وظيفة العلانية فالملكية والحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية تنتقل بمجرد تراضي الطرفين .
- ❖ التصرفات وفقا لهذا النظام تشهر كما هي دون أن يظهر الشهر العيوب التي قد تشوب الحق الذي هو موضوع التصرف .كأن يكون قابل للإبطال أو الفسخ أو مثقلا بأعباء عينية .
- ❖ نظام الشهر الشخصي أقدم نظام من الشهر العيني .لذلك اغلب الدول في تشريعاتها القديمة انتهجت هذا النظام في عملية شهر الحقوق والتصرفات كما هو عليه الحال في القانون الفرنسي .وقوانين المملكة العربية السعودية ومصر¹ .

(3) مزاياه:

- لعل من أهم محاسن هذا النظام هو سهولة تطبيقه²، وهذا ما جعل النظام يتميز بسهولة إجراءاته وانخفاض تكلفته³ .
- ❖ التحقق من شخص المالك الحقيقي للعقار المراد التعامل فيه ،واسم أبيه وجده بالكامل مع الوقوف على أسماء المالكين السابقين الذين تداولوا على هذا العقار خلال المدة المطلوبة .
- ❖ يكون للمتعامل فرصة الاطلاع على مستندات ملكية من يريد معه .وفحصها والتحقق من مدى سلامتها وكفايتها.
- ❖ لا يتطلب عملية مسح الأراضي مقارنة بنظام الشهر العيني الذي يجعلها شرط لقيامه⁴ .

(4) عيوبه :

- يتبين لنا من خلال تعريف نظام الشهر الشخصي أن دوره إعلام الجمهور بوقوع تصرفات عقارية معينة ،إلا أنه يحوي مساوئ عديدة أهمها :

¹ رمول خالد ،المرجع السابق ،ص 17 .

² جميلة زايدي ،المرجع السابق ،ص 97.

³ رمول خالد ، المرجع نفسه ،ص 18.

⁴ عدلي أمير خالد ، إجراءات ثبوت وشهر الملكية العقارية بوضع اليد ، منشأة المعارف ،الإسكندرية مصر،ص 214،215.

قيام عملية الشهر العقاري على اسم المتصرف تجعل المشتري لا يعرف إلا اسم الشخص المتصرف في العقار دون معرفة الأعباء التي ترد عليه مما يجعل. مما يجعل عملية البحث عن الملكيات العقارية للمواطنين صعبة خاصة في حالة تشابه الأسماء¹.

❖ فضلا عن ذلك فإن هذا النظام لا يعطي المتصرف إليه ضمانا بثبوت حق المتصرف فيه بصفة نهائية. بل يعرضه للمنازعة في أي وقت وللحكم بزوال هذا الحق². وهذا لكونه لا يبطل عقدا صحيحا. ولا يصح عقدا باطلا فالتصرفات تشهر كما هي فإن كانت صحيحة بقيت على حالها و إن كانت معيبة أو مزورة فلا تصح. مما يجعلها قابلة للطعن في أية لحظة .

❖ نظام غير دقيق ولا يساهم في استقرار الملكية العقارية كونه لا يسهل الإحاطة بالرصيد العقاري من جهة، وكونه قد يخلط الأسماء نظرا لتشابهها من جهة ثانية. ولا يساهم في تدعيم الائتمان العقاري³.

❖ إن الاستكشاف في السجلات عن حالة عقار معين يقضي أن يكون المستكشف متحققا من شخص المالك الحقيقي لهذا العقار وعارفا لاسمه و اسم أبيه وجده بالكامل وأسماء المالكين السابقين الحقيقيين الذين تداولوا هذا العقار خلال المدة المطلوبة للكشف عنها، أي أنه يستلزم أن يكون الطالب قد اطلع على مستندات ملكية من يريد التعامل معه وفحصها وتحقق من سلامتها وكفايتها بالنسبة إلى مستندات من تلقى ذلك الشخص الملكية عنهم خال مدة لا تقل عن 15 سنة وهي مهمة شاقة طويلة⁴.

من كل هذا يتبين أن عيوب نظام الشهر الشخصي طغت على مزاياه. وبالتالي حاد عن الهدف الأسمى للشهر، وهو تأمين الغير ضد ضياع الحقوق أي تجسيد فكرة الائتمان العقاري على أرض

¹ ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار بغدادي، الجزائر، بدون ط، ص84.

² عبد الحميد الشواربي، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه، مرجع سابق، ص 4.

³ ريم مراحي، المرجع نفسه، ص86.

⁴ عبد الحميد الشواربي،، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء و الفقه، مرجع سابق، ص 4،5.

الواقع. ووصف الدكتور عبد الرزاق السنهوري نظام الشهر الشخصي بأنه نظام الشهر السديد يجب أن يكون محكما في ترتيبه و حجيته¹. ولقد دعا غالبية الفقه إلى ضرورة إلغائه وإتباع نظام آخر يحل محله ولو تدريجيا يكون ناجح وفعال في تحقيق أهداف نظام الشهر العقاري. وعرف هذا النظام بنظام الشهر العيني .

أولا :نظام الشهر العيني

يعتبر نظام الشهر العيني .النظام الكفيل بحماية حق المتصرف إليه على حد سواء نظرا لما يتميز بهي من خصائص ومحاسن تجعله يحقق الهدف المتوخى من عملية الشهر العقاري².وعليه سوف نتطرق إلى مفهوم نظام الشهر العيني ،وخصائصه بالإضافة إلى محاسنه ومساوئه .

مفهوم نظام الشهر العيني :

يكون الشهر في هذا النظام على أساس العقارات ذاتها³.أي العقار محل التصرف وفي هذا النظام يمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر يخصص فيه صفحة أو أكثر خاصة بكل عقار يثبت فيها كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه، مساحته، رقمه ،حدوده. إذ بمجرد الاطلاع على هذه الصفحة يمكن معرفة تاريخ ملكية هذا العقار، والملاك الذين تعاقبوا عليه منذ إنشاء السجل والتصرفات التي صدرت منهم ومن المالك الأخير وأما إذا كانت ملكيته تامة وخالية من الحقوق العينية. فهي بمثابة بطاقة تعريفه⁴.

ويسمى هذا السجل في التشريع الجزائري. مجموعة البطاقات العقارية إذ تعرف بالحقوق والالتزامات والاتفاقات التي تثقل العقار فالأشخاص الذين يقومون بالتصرفات ليس لهم أهمية كبيرة في هذا النظام .

¹- عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط في البيع والمقايضة ،الجزء 4،مصر ،1982، ص476.

²-رمول خالد ،المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري ،مرجع سابق ،ص20.

³- ريم مراحي ،المرجع السابق ،ص 85.

⁴- عبد الحميد الشواربي ،اجراءات الشهر العقاري ،مرجع سابق ،ص 5.

وقد تبنى المشرع الجزائري هذا النظام وذلك بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتعلق بإعداد المسح العام للأراضي، وتأسيس السجل العقاري.

ويصبح نظام الشهر العيني عمليا بالانتهاء من عمليات المسح العام للأراضي بصفة كلية وهو المبتغى أو بصفة جزئية لقطاعات معينة .

ويعرف المسح العام للأراضي على أنه : "عملية تقنية وقانونية تهدف إلى تعيين جميع البيانات التي تطلبها المعرفة الكاملة والواضحة لهوية العقار المتعلقة بموقعه وحدوده وقواعده ونوعه القانوني، لإعداد عقود ملكية سليمة وصحيحة .

ويعرف السجل العقاري على أنه مجموعة البطاقات التي تمسك على مستوى كل بلدية، ويتم إعداد هاته البطاقات أولا بأول لتأسيس و انجاز مسح الأراضي على إقليم بلدية معينة، وتمسك في ظل هذا النظام بطاقات وقطع الأراضي في العقارات الممسوحة وبطاقات العقارات الحضرية المعدة طبقا للمقاييس المحددة بموجب المادة 21 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/3/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹.

خصائصه :

لنظام الشهر العيني مجموعة من الخصائص جعلته يتميز بها على نظام الشهر الشخصي وتتجسد في جملة من المبادئ وهي :

مبدأ التخصيص : بمعنى أن كل تصرف وارد على عقار .سواء كان هذا التصرف منشئ أو معدل أو ناقل لحق الملكية ، تخصص له بطاقة عقارية عينية تقيد فيها جميع التصرفات

¹ - جميلة زايدي ، مرجع سابق ، ص 100، 95.

الواردة على هذا العقار ،ومجموعة هذه البطاقات تكون ما يعرف بالسجل العيني الذي استمد منه نظام الشهر العيني تسميته ،لقد نصت عليه المادة 23 من المرسوم 62/76¹.

مبدأ القيد المطلق: من الخصائص المميزة لنظام الشهر العيني ويعني أن جميع التصرفات الواردة على العقار سواء كانت منشئة أو معدلة أو ناقلة للملكية و الحقوق العينية الأخرى ،أصلية كانت أم تبعية لا يمكن الاحتجاج بها إلا من تاريخ قيدها في السجل العيني ، نص المشرع على هذا المبدأ في المادة 16 من الأمر 74/75².

مبدأ الشرعية: مضمون هذا المبدأ ،هو إجراء مراقبة عامة ومراجعة سابقة لجميع الوثائق التي تكون محلا للإيداع من أجل شهرها حتى لا يقيد في السجل العقاري إلا الحقوق المشروعة فعلا ،وبالتالي اجتناب شهر الادعاءات المشكوك فيها ،والتي لا تسند إلى أساس قانوني صحيح وسليم .

وبناء على هذا يمكن للمحافظ العقاري مراقبة الشروط القانونية الأولية الواجب توافرها في الوثائق الخاضعة لعملية الحفظ.

وبالرجوع الى المادة 22 من الأمر 74/75 نجدها تنص على ما يلي : "يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من اجل الإشهار..."

¹ - مرسوم 62/76 مؤرخ في 1976/3/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ،الجريدة الرسمية ،العدد 30 مؤرخ في 1976/4/13 معدل ومتمم. تنص المادة 23 منه : "تحدث بطاقة قطع أراضي للملكية بالنسبة لكل وحدة عقارية موجودة في مسح الأراضي العام الذي تم إعداده ."

² - الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ،الجريدة الرسمية ،العدد 52 ،المؤرخ في 1975/11/18. تنص المادة 16 منه : "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى انشاء أو نقل أو تصحيح أو تعديل أو انقضاء حق عيني .لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

مبدأ عدم سريان التقادم: بداهة ما دام الشهر هو مصدر كل الحقوق العينية فإن كل الطرق الأخرى لاكتساب هذه الحقوق مستبعدة ومنها التقادم ذلك أن مبدأ الشهر يقضي بأن من ثبت اسمه في السجل العيني كمالك للعقار أو صاحب حق عليه يصبح في مأمن من أن يفاجأ بادعاء أي مغتصب يزعم أنه تملك العقار بالتقادم¹.

مزاياه :

لنظام الشهر العيني عدة محاسن يمكن حصرها في النقاط التالية :

توفير الحماية التامة للمتعاملين . فكل ما هو مقيد في السجل العقاري يعتبر عنوانا للحقيقة بالنسبة للغير .

يعمل هذا النظام على استقرار الملكية العقارية ، وبالتالي تفعيل فكرة الائتمان العقاري على أرض الواقع .

انتقال الملكية وفق هذا النظام ، لا تتم إلا بعد التحقق من المحررات المودعة ومدى صحتها وخلوها من أي عيب شكلي أو موضوعي .

هذا النظام يعكس الحالة الحقيقية للعقار المراد التعامل فيه . وبالتالي تقادي الكثير

من النزاعات التي يمكن أن تثار في هذا الموضوع مستقبلا .

الشهر العيني يستدعي تعيينا دقيقا للعقار من حيث مساحته . حدوده وموقعه ، الأمر

الذي يسهل على الدولة تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة صحيحة . ومتجانسة بما يضمن تنمية اقتصادها .

الشهر العيني يحفز المتعاملين العقاريين للإقدام على الافتراض ، والرهن العقاري² .

عيوبه : بالرغم من المزايا التي ميزته إلا أن هناك عيوب تنسب إليه :

¹ - رجال صليحة ، الشهر العقاري في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر في القانون ، جامعة آكلي مجد أولحاج ، البويرة ، 2013 ، ص 27 .

² - عبد الحميد الشواربي ، إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقهاء ، مرجع سابق ، ص 5 .

كثرة النفقات في تطبيقه كونه يعتمد على إعداد مسح عام وشامل للعقارات لتحديد الموقع

"الحدود" المالك وهو ما يتطلب نفقات باهضة وجهد كبير¹.

تطهير التصرفات قد يؤدي إلى اغتصاب الحقوق، إذ قد يقيد شخص حق عيني لا

يملكه باسمه فيصبح هو المالك له².

إن تخصيص بطاقة عقارية أو عدة بطاقات عقارية لكل وحدة يعتبر أمرا صعب التطبيق لا

سيما في قسمة العقارات الموروثة فقد يحدث أن يملك شخص أو عدة أشخاص أجزاء صغيرة

جدا من العقار .

غير أن هذا العيب يمكن تجاوزه بتحديد حد أدنى لمساحة الوحدة العقارية³.

إلا أنه وعلى الرغم من هذه العراقيل والحواجز التي تعيق تطبيق هذا النظام. نجد العديد من

الدول اعتمدته كأساس لعملية الحفظ، وحماية الملكية العقارية وذلك نظرا لما يحققه من ثقة

وظمأنينة لدى المتعاملين في العقار بصفة عامة.

ثالثا: موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري :

إن المسح العقاري هو الأساس التقني لنظام الشهر العيني، فبمقتضى هذا النظام تقوم

الدولة المتبنية له بإجراء عملية المسح العقاري لكافة أراضيها وعقاراتها المتواجدة على

أراضي إقليمها بحيث يتم تحديد ملكياتها تحديدا دقيقا .

وبتفحص النصوص القانونية الواردة في الأمر رقم 75/74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي

العام وتأسيس السجل العقاري، والمراسيم التنفيذية له (المرسوم 62/76 المعدل والمتمم

بالمرسوم رقم 400/84 والمرسوم رقم 134/92 المتعلق بإعداد مسح الأراضي. والمرسوم رقم

63/76 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 210/80 والمرسوم رقم 123/93 المتعلق بتأسيس

السجل العقاري).

¹-رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، مرجع سابق، ص 25.

²-ريم مراحي، مرجع سابق، ص 86.

³-قان كريم، مرجع سابق، ص 52.

نجد أن الجزائر قد سارعت في إرساء نظام الشهر العيني . والذي يعتمد على المسح العقاري كأساس مادي والسجل العيني كأساس قانوني وذلك بمسك مجموعة البطاقات العقارية لدى مصلحة الشهر العقاري وتخصيص لكل عقار بطاقة أو أكثر تدون فيها كل المعلومات الخاصة بالعقار (معلومات أو تصرفات) طبقاً لنص المادة الأولى من المرسوم التنفيذي رقم 62/76 المعدل والمتمم والمادة 15 من نفس المرسوم ،وبالموازاة وطبقاً لنص المادة 27 من الأمر رقم 74/75 والتي تنص على "إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية ،والتي تخص عقارات أو حقوق العينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي ،تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي ..."

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام وكاستثناء وكمرحلة انتقالية .وفي انتظار استكمال تعميم المسح العقاري على كامل التراب الوطني أخذ بنظام الشهر الشخصي ،وبالتالي فنظام الشهر العقاري في الجزائر هو نظام مختلط ¹.

المطلب الثاني: الإجراءات القانونية المتبعة لعملية الشهر العقاري

إن القانون لم يجعل للمحركات الناقلة للملكية أثراً إلا من تاريخ إشهارها. فلا ينتج عن التصرفات التي تتضمنها تلك المحركات والتي لم يتم إشهارها سوى التزامات شخصية بين الأطراف المتعاقدة. وبما أن الشخص المكلف قانوناً بإجراء عملية شهر التصرفات العقارية هو المحافظ العقاري. فقد يرتكب هذا الأخير أخطاء أثناء تأدية وظيفته ،وأثناء ذلك إما يقبل إيداعها أو يرفض حتى وإن قبل إيداعها تبين أثناء الفحص وجود أخطاء ،فيأمر بوقف تنفيذ إجراء الشهر .

ولكي نوضح ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين :نتناول في الفرع إجراءات الشهر العقاري، والفرع الثاني سلطة المحافظ في مراقبة عملية الشهر .

¹ -ريم مراحي ، المرجع السابق ،ص 87 وما بعدها .

الفرع الأول : إجراءات الشهر العقاري

عندما تتوفر الشروط القانونية المتعلقة بتعيين الأطراف والعقارات المنصوص عليها في المواد من 62 إلى 66 من المرسوم 63/76، يتم الانتقال إلى مرحلة الشهر العقاري التي تتم باتّباع الإجراءات والمتمثلة في الإيداع والقيام بالإجراء و التأشير على البطاقة العقارية وأخيرا التأشير على الدفتر العقاري¹.

أولا: الإيداع

الإيداع هو إجراء قانوني أولي لازم في كل عملية الشهر له محل وأجال قانونية يجب احترامها. يتم على مستوى المحافظة العقارية المعنية، وهذا فيقسم الإيداع وعمليات المحاسبة . حيث تنص المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 على ما يلي : " ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية للإشهار والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم .وذلك ضمن الآجال المحددة في المادة 99 وبكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف".

نستخلص من خلال هذه المادة ،أن المشرع الجزائري قد خص أشخاصا دون غيرهم وجعلهم مكلفين بإيداع العقود والوثائق بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا .وهم الأشخاص المؤهلين لتحرير العقود والوثائق الرسمية أي كتاب الضبط والموثقين والسلطات الإدارية. وذلك مباشرة وإما عن طريق البريد برسالة مضمونة الوصول .لكن يلاحظ في الحياة العملية أن الإيداع يتم بصورة مباشرة من طرف أعوان أو مساعدين يعينهم هؤلاء بموجب وثيقة رسمية يستظهرها هؤلاء الأعوان عند إيداع العقود والوثائق أو سحبها.

وفي حالة رفض الإيداع أو الإجراء فإنه يتم إعادة الوثائق إلى من صدرت عنه . أما فيما يخص أوقات إيداع العقود فإنه على المحافظة العقارية فتح أبوابها لمودعي العقود والوثائق

¹ - جميلة زايدي ،إجراءات نقل الملكية في عقد بيع عقار في التشريع الجزائري ،رسالة ماجستير ،تخصص قانون العقود المدنية،كلية حقوق وعلوم سياسية ،جامعة العربي بن مهيدي ،أم بواقي ،س2011/2012 ، ص133.

المعدة للإجراء كل يوم خلال الأوقات الرسمية للعمل ،على أن يتوقف قبول الإيداع بساعة من قبل المصلحة أي الساعة الثالثة مساء يوم الأربعاء ، وذلك حتى يتمكن المحافظ العقاري من تسجيل الوثائق المسلمة له في سجل الإيداع¹.

ثانيا :القيام بالإجراء

لا بد على المحافظ العقاري خلال مدة خمسة عشرة يوما من تاريخ الإيداع أن يبلغ للموقع على التصديق برفض الإيداع في حالة عدم احترام شروطه وإجراءاته أو قبول الإيداع ،وبالتالي إجراء الشهر العقاري على الوثيقة المودعة الذي يأخذ تاريخه ابتداء من ذلك اليوم بمعنى أن تاريخ الشهر ليس له أثر رجعي .وآثاره لا ترد إلى من تاريخ إبرام التصرف ومن الآثار المترتبة على هذه الطريقة نذكر ما يلي :

أن وجود الحقوق العينية لا يتحقق إلا من تاريخ تمام إجراء الشهر ،أما قبل ذلك فإن الحق العيني يضل على حاله ،فالمتصرف إليه لا يعتبر مالكا للعقار محل التصرف ،بل يبقى هذا الأخير مملوكا للمتصرف ،وهو ما يخول لدائن المتصرف الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على عقار مدينه باعتباره ليس مالكا له .

البيع الغير مشهر يرتب حقا شخصيا في ذمة البائع الذي يلتزم بنقل الملكية إلى المشتري غير أن التصرفات والإجراءات التي تباشر بمعرفة البائع ،أو تتخذ ضده لا تنفذ في حق المشتري ولا يحتج عليه بها، إذ يظل البائع هو المالك للعقار وصاحب الصفة في كل ما يتعلق به ،غير أنه إذا أشهر عقد البيع انتقلت الملكية إلى المشتري .ليصبح وحده صاحب الصفة في كل ما يتعلق بهذا العقار وكل التصرفات الصادرة من البائع بعد ذلك تعد باطلة ولا أثر لها لأنه يعتبر بتصرفه هذا قد تصرف في ملك الغير².

¹-جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ،دار الخلدونية ،ط 2006 ،ص181وما بعدها .

² -جميلة زايدي ، مرجع سابق ،ص 135.

وإجراء الشهر لا يكفي وحده لكي يرتب هذه الآثار وإنما لابد من التأشير بالحقوق المكتسبة على مجموعة البطاقات العقارية التي تم إعدادها خصيصاً لذلك¹.

ثالثاً: التأشير على البطاقة العقارية²

طبقاً للمادة 27 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. فإن المحافظ العقاري مكلف بمسك مجموعة البطاقات العقارية حسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق التي تم شهرها. بشرط أن تكون تشمل كل بطاقة على بيانات كافية لتعيين أصحاب الحقوق والعقارات محل التصرف عملاً بالمادة 44 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري. وبالنسبة للشكل الخارجي للبطاقة العقارية فهي مقسمة إلى قسمين :

قسم علوي: تقيد فيه كل البيانات الخاصة بهوية أصحاب الحقوق سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين .

قسم سفلي: وهو عبارة عن جدول مخصص لتحديد عناصر تعيين العقار تعييناً دقيقاً، أما بالنسبة لترتيب هذه البطاقات فيكون بشكل منظم حتى يسهل على الأعوان عمليات البحث، حيث يتم ترتيب البطاقات الخاصة بالأشخاص ضمن مجموعة معينة، وحسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق وتواريخ الشهر. أما البطاقات الخاصة بالأشخاص الاعتباريين. فهي ترتب ضمن مجموعة متميزة وحسب الترتيب العددي لهذه البطاقات وترتيب البطاقات العقارية بهذا الشكل ينتج عنه إنشاء فهرس أبجدي متشكل من مجموعة البطاقات العقارية الشخصية .

¹ -رمول خالد، مرجع سابق، ص 122.

² - البطاقة العقارية والسجل العقاري ليس تعبير عن مفهوم واحد وإنما البطاقة العقارية أداة مستحدثة تهدف إلى تنظيم عملية الحفظ العقاري بغية الوصول إلى معرفة الحالة القانونية والمادية للعقار .

بالإضافة إلى ذلك إلزامية التأشير على البطاقة العقارية بالحبر الأسود الذي لا يمحي بكيفية واضحة ومقروءة ويمنع التحشير والكشط. أو المحو لما لهم من تأثير على المظهر الخارجي للبطاقة العقارية.¹

رابعاً: التأشير على الدفتر العقاري

يعتبر الدفتر العقاري سنداً قانونياً ذو حجية قوية تقيد فيه جميع الحقوق العقارية وما يرد عليها من تصرفات على العقارات علماً أنه تم تحديد نموذج خاص به بموجب القرار المؤرخ في 1976/5/27. وكل تأشير على البطاقة العقارية يجب أن ينقل على الدفتر العقاري حتى يرسم الوضعية القانونية للعقار، وعليه لا يعتبر إلا من تاريخ آخر شهادة تتطابق مع البطاقة العقارية يوقع عليها المحافظ العقاري في الصفحة الأخيرة من الدفتر العقاري .

يؤشر على الدفتر بالبيانات الموجودة على البطاقات العقارية بمناسبة الإجراءات اللاحقة للإجراء الأول بنفس الكيفية المؤشر بها عليه عند إعداده أول مرة.

وحسب نص المادة 45 من المرسوم 63/76 يجب أن يكون التأشير بكيفية واضحة ومقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحي والبياض يشطب عليه بخط والجدول مرقمة وموقعة. وتكتب الأسماء العائلية للأطراف بأحرف كبيرة والأسماء الشخصية بأحرف صغيرة.²

وفي حالة ضياع الدفتر من صاحبه، يستطيع هذا الأخير الحصول على دفتر عقاري جديد بعد أن يقدم طلباً مكتوباً ومسبباً للمحافظ العقاري، والذي عليه أن يتأكد من مدى صحة تطابق هذا الطلب مع هوية الشخص والبطاقة العقارية الخاصة بذات العقار.³

¹ -رمول خالد ، مرجع سابق ،ص 115 وما بعدها .

² - سلمى بومعزة ،النظام القانوني للشهر العقاري في التشريع الجزائري ،مذكرة ماستر في الحقوق ،قانون أعمال ،جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي ،2019/2018، ص 58.

³ -رمول خالد ،مرجع سابق ،ص 120.

وفي حالة إعداد دفتر عقاري جديد من طرف المحافظ العقاري كما في حالة القسمة مثلا فعلى المحافظ إتلاف الدفتر السابق ويشير إلى هذا الإتلاف على البطاقة العقارية المطابقة¹. ونظرا لأهمية الدفتر العقاري ألزم المشرع تقديمه في كل طلب عملية الإيداع، مع مراعاة الاستثناءات الواردة على ذلك².

الفرع الثاني : سلطة المحافظ العقاري في مراقبة عملية الشهر العقاري

يتمتع المحافظ العقاري بمجموعة من السلطات أثناء القيام بعملية الشهر العقاري، فله سلطة التحقق من هوية وأهلية الأطراف عن طريق وسائل الإثبات، وكذا التأكد من قانونية المحررات المراد شهرها، ويمارس هذه الرقابة عند الإيداع وعند تنفيذ الإجراء.

ولقد نصت المواد 100،101،102 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على الحالات التي يمكن فيها للمحافظ العقاري رفض القيام بإجراء الشهر، على أنه يتم كل ذلك تحت رقابة القضاء .

وعلى إثر هذا سنتناول الإيداع القانوني للمحررات العقارية وإجراء عملية الشهر العقاري. وكذا الإيداع غير القانوني للمحررات العقارية ورفض إجراء الشهر. بعدها نبين دور المحافظ العقاري عند وبعد القيد الأول .

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، مرجع سابق، ص 120.

² - تقتضي الفقرة الأخيرة من نص المادة 50 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/3/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري على ما يلي: "لا يتم أي إجراء عندما تكون الوثائق المودعة غير مصحوبة بالدفتر العقاري .

غير أن المحافظ العقاري يقوم بعملية الإشهار من دون أن يطلب الدفتر إذا كان الأمر يتعلق بأحد العقود المشار إليها في المادة 13 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق ل 12/11/1975، والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري :
بعقد يحرر أو بقرار قضائي صدر بدون مساعدة المالك أو ضده
بتسجيل امتياز أو رهن قضائي أو قانوني."

أولاً : الإيداع القانوني للمحركات العقارية وإجراء عملية الشهر العقاري

يعتبر إيداع المحركات الرسمية بالمحافظة العقارية بمثابة عمل قانوني أولي لازم لكل محرر يستوجب إخضاعه لعملية الإشهار العقاري ، ويسبق ذلك إجراء تسجيلها والطابع وفقاً لأحكام الأمر 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل والطابع وتسهيلاً لعملية الإشهار العقاري قد يطلب المحافظ العقاري إلى جانب ذلك كل وثيقة من شأنها مساعدته على التأكد والتحقق من الحالة المدنية الكاملة للأشخاص والتعيين الدقيق للعقار¹ .

وفي حالة عدم احترام الآجال من طرف مودعي العقود .يتعرضون لغرامة مالية مقدرة ب 100 دينار جزائري ، والتي رفعت إلى 1000 دينار جزائري بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1990.

ونرى هنا أن المشرع الجزائري قد أدخل العديد من التعديلات على الآجال ، وهي كالاتي :

بالنسبة للشهادة التوثيقية المتضمنة نقل الملكية عن طريق الوفاة ، أصبحت ثلاثة أشهر وتمتد إلى خمسة أشهر إذا كان المعني ليس مقيماً بالخارج ، بدل شهرين والتمديد بأربعة أشهر بالنسبة المعني مقيم بالخارج.

و بالنسبة لقرارات القضائية أصبحت ثلاثة أشهر من اليوم الذي أصبحت فيه نهائية ، بدل من سيرورتها نهائية .

أما بالنسبة للعقود الأخرى والتي كانت من يوم تاريخها .فقد عدلت وأصبح الأجل شهرين من تاريخ تحريرها² .

وعندما يتأكد المحافظ العقاري من الإيداع القانوني للوثائق العقارية الخاضعة للشهر يتولى عملية الإشهار خلال مدة خمسة عشرة يوماً التالية لتاريخ إيداعها ويكون الشهر العقاري أثر فوري فلا يرتد أثره إلى تاريخ إبرام التصرف وبه ينشأ الحق العيني . غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق .

¹-مجيد خلفوني ،نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ،مرجع سابق ،ص 123.

²-رمول خالد ، مرجع سابق ، ص106.

ويتم إنشاء بطاقات أبجدية في الأراضي الغير ممسوحة طبقا لنص المادة 27 من الأمر 74/75. أما المناطق التي تمت فيهل عملية المسح فتنشأ فيها بطاقات عقارية عينية أي غير أبجدية حيث تدون فيها الحالة القانونية والوصفية للعقار .
ويعتبر الدفتر العقاري سندا قويا للملكية ولا يمكن أن يسجل أي إجراء في السجل دونه ،فكل تأشير في البطاقة ينبغي أن ينتقل إلى الدفتر العقاري حتى يرسم الوضعية القانونية¹.

ثانيا : الإيداع الغير قانوني للمحركات العقارية ورفض تنفيذ إجراءات الشهر العقاري

لقد خولت صلاحيات المراقبة في مدى استيفاء المحركات المراد شهرها للشروط والقواعد المنصوص عليها قانونا للمحافظ العقاري وأعطى سلطة رفض الإيداع في حالة ما تبين له بعد الفحص لمجمل الوثائق وجود نقص أو خلل فيها كما منحت له سلطة رفض الإجراء بعد قبول الإيداع ومن أجل ذلك وضع المشرع الجزائري في يد المحافظ العقاري وسيلتين قانونيتين وهما رفض الإيداع ورفض الإجراء².

رفض الإيداع:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 100 من المرسوم رقم 63 /76 على الأسباب التي تدفع المحافظ العقاري إلى رفض إيداع المحرر والتي يمكن إجمالها فيما يلي :
عند عدم تقديم الدفتر العقاري للمحافظ العقاري ، أو مستخدم مسح الأراضي³، وفي حالة تغيير حدود الملكية وثائق القياس ،ويعتبر مماثلا لحالة عدم تقديم مستخدم مسح الأراضي السهو على هذا الأخير بذكر واحد من العقارات في الوثيقة المودعة . أو تقديم مستخرج يرجع تاريخه إلى أكثر من ستة أشهر⁴.

¹ - مجيد خلفوني ،مرجع سابق ، ص 126.

² - سلمى بومعزة ،المرجع السابق ، ص 63.

³ - قان كريم ،مرجع سابق ،ص 143.

⁴ - جميلة زايدي ، مرجع سابق ، ص 140.

عندما يتطلب التصديق على هوية الأطراف وعند الاقتضاء على الشرط الشخصي. لم يتم ولم يثبت ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد من 62 إلى 65 والمادتين 102 و103 من المرسوم 63/76.

إذ لم تقدم وثيقة واجب تسليمها للمحافظ أو لم تعطي الإثبات المطلوب .

عند عدم استجابة تعيين العقارات لأحكام المادة 66 من المرسوم رقم 63/76.

عندما تكون الجداول التي نصت على إيداعها بموجب المواد 93،94،95،98 لا تحتوي أي من البيانات المطلوبة بموجب المواد المذكورة أو عندما تكون هذه الجداول غير محررة على الاستمارات المقدمة من طرف الإدارة .

عندما تظهر الصور الرسمية أو النسخ المودعة قصد الإجراء بأن العقد الذي قدم إلى الإشهار غير صحيح من حيث الشكل، أو عندما لا تتوفر في هذه الصور أو النسخ الشروط الشكلية المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل¹.

❖ عند مخالفة أحكام المواد من 67 إلى 71. والمتعلقة بكيفيات وأشكال إعداد الجداول الوصفية للتقسيم في حالة ما إذا كانت الوثيقة المودعة تتعلق بملكية الطبقات .

❖ عدم تقديم شهادة تثبت عدم جرد العقار في سجلات مسح الأراضي أو أن العقار ممسوح لكن غير مودع لدى المحافظة العقارية المختصة وذلك حتى يقبل المحافظ العقاري تنفيذ إجراء الإشهار في نظام الشهر الشخصي .

❖ في حالة الإيداع لدى محافظة عقارية غير مختصة إقليمياً. لأن كل محافظة يمتد اختصاصها الإقليمي إلى مجموعة بلديات معينة وبالتالي في حالة إيداع لدى محافظة عقارية وثيقة تتعلق بعقار واقع في بلدية خارج دائرة اختصاص هذه المحافظة فيرفض، لأن وثائق المسح والبطاقات المتعلقة بهذا العقار غير محفوظة على مستواها .

¹-يرفض الإيداع في حالة عدم تحرير الصورة المودعة والمحفظ بها في المحافظة العقارية والمستعملة في عملية المطابقة مع البطاقة العقارية على نموذج خاص يعرف بسلسلة الشهر العيني رقم 06(06 PR)

❖ ويبلغ قرار تبليغ رفض الإيداع إلى المعني بواسطة رسالة موسى عليها مع إشعار بالوصول او بواسطة تسليم شخصي للموقع على التصديق مقابل إقرار بالاستلام ويكون ذلك خلال مدة 15 يوم من تاريخ الإيداع حسب ما هو منصوص عليه في المادة 107 من مرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹.

❖ ويمسك ملف الرفض من طرف المحافظ العقاري ، وينقسم إلى أربعة ملفات فرعية وهي :

❖ ملف فرعي خاص بقضايا انتظار قرار الرفض .

❖ ملف فرعي خاص بقضايا المنازعات للحفظ.

❖ ملف فرعي خاص بالرفض النهائي.

❖ ملف فرعي خاص بقضايا المنازعات.

❖ وعند اتخاذ المحافظ قراره برفض الإيداع عليه التأشير به على الملف الخاص بالقضايا في انتظار الرفض . مع ذكر تاريخه وسببه .

❖ رفض الإجراء :

❖ على عكس رفض الإيداع الذي يستوجب فحصا شاملا وسريعا للوثيقة المودعة ، فإن رفض الإجراء يتطلب مراقبة دقيقة وفحصا معمقا للوثيقة التي تم قبول إيداعها ، مع ضرورة مقارنة بيانات الوثائق المشهورة سابقا مع مجموعة البطاقات العقارية . وقد حدد المشرع ضمن نص المادة 101 من المرسوم رقم 63/76 التي يتم على إثرها رفض الإجراء ، والتي من بين الضمانات القانونية التي سنها المشرع لحماية المتعاملين وهي كالاتي²:

¹ - تقضي المادة 107 من المرسوم رقم 63/76 على ما يلي : " عندما يلاحظ المحافظ العقاري عدم صحة او خلافات أو عدم إشهار سند المتصرف أو شهادة نقل الملكية عن طريق الوفاة لصالحه. فإنه لا يقوم بالتأشير على البطاقة العقارية ويبلغ في أقصى اجل قدره خمسة عشر يوما ابتداء من الإيداع ..."

² - جميلة زايدي ، مرجع سابق ، ص 181.

- ❖ عندما تكون الوثائق المودعة والوثائق المرفقة بها غي متطابقة وغير متوافقة .
- ❖ عندما يكون تعيين الأطراف وتعيين العقارات أو الشرط الشخصي كما هو محدد في المادة 65 غير متوافق مع البيانات المذكورة في البطاقة العقارية .
- ❖ عندما تكون صفة المتصرف أو الحائز الأخير والمحددة في الوثائق المودعة متناقضة مع البيانات الموجودة على البطاقات العقارية .
- ❖ عندما يكون التحقيق المنصوص عليه في المادة 104 يكشف بأن الحق غير قابل التصرف¹.
- ❖ عندما يكون العقد الذي قدم للإشهار مشوبا بأحد أسباب البطلان المشار إليها في المادة 105.
- ❖ عندما يظهر وقت التأشير على الإجراء بأن الإيداع كان من الواجب رفضه وما يلاحظ من خلال عرضنا لأسباب رفض الإجراء ، هو ان المشرع الجزائري قد عدد أسباب رفض الإجراء على سبيل الحصر عكس المشرع الفرنسي الذي توسع في تعداد أسباب رفض الإجراء حيث أعطى السلطة الكاملة لمحافظ الرهون في تقدير أي سبب يرى فيه مانعا لرفض تنفيذ الإجراء².
- وفي حالة وجود سبب دافع لرفض الإجراء فعلى المحافظ العقاري إعلام الغير بهذا الرفض . إذ لابد على المحافظ أن يبلغ قراره إلى الموقع التصديق على الوثيقة المرفوضة تمنح له مهلة خمسة عشر يوما لتصحيح الوثيقة المرفوضة تسري ابتداءا من تاريخ الإشعار أو من تاريخ الإشعار برفض الرسالة الموصى عليها .

¹-تنص المادة 104 من المرسوم 63/76 على: "يحقق المحافظ بأن البطاقة العقارية مؤشر عليها بأي

سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير "

²-رمول خالد ،مرجع سابق ، 182.

وعلى الموقع التصديق على اتخاذ أحد الحلين : إما القيام بإيداع الوثيقة التعديلية خلال الآجال الممنوحة له .ويقوم المحافظ بتنفيذ الإجراء الذي يأخذ مرتبته بأثر رجعي . وإما يرفض إيداع الوثيقة التعديلية ضمن الآجال القانونية الممنوحة له .أو يعلن عدم القدرة على التصحيح وفي هذه الحالة يقوم المحافظ العقاري بتثبيت قراره ويصبح رفض الإجراء نهائيا مراعيًا في ذلك أحكام المادة 106 من المرسوم 63/76 المتعلقة بحالات الرفض الجزئي .وعلى المحافظ التأشير بالرفض في الخانة المخصصة للملاحظات ،و عند الاقتضاء على البطاقة العقارية والدفتر العقاري المتعلقة بنفس العقار¹ .

والمحافظ ملزم كذلك بتبليغ قرار رفض الإجراء النهائي للموقع على التصديق خلال مدة ثمانية أيام الموالية لمهلة خمسة عشرة يوما الممنوحة للتسوية أما المشرع الفرنسي فقد منح للموقعين على التصديق مهلة شهر لتصحيح الوثائق محل رفض الإجراء وعلى المحافظ إرجاع الوثيقة محل الرفض إلى الموقع على التصديق برسالة موصى عليها أو شطبها من مصنفات العقود إذا كانت محكمة لتقاضي القياس عليها في حالات الإشهار المتتالية لنفس العقار .غير أنه كان من الواجب رفضه في مثل هذه الحالات .اتخاذ قرار الرفض النهائي للوثيقة دون إتباعه إجراءات رفض الإجراء النهائي للوثيقة دون إتباعه إجراءات رفض الإجراء النهائي.²

ثالثا: دور المحافظ العقاري عند وبعد القيد الأول

دور المحافظ العقاري عند القيد الأول :

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 8من المرسوم 63/76 المتعلقة بتأسيس العقاري على أنه بعد الانتهاء من عمليات المسح يتم إيداع وثائق مسح الأراضي لدى المحافظ العقارية ،والتي يتسلم عليها المعني وصلا للمعني يحرره المحافظ يثبت فيه إيداعه لوثائق مسح الأراضي .

¹-جميلة زاويدي ، مرجع سابق ، ص 143.

²-رمول خالد ،مرجع سابق ، ص 136.

وكذلك يقوم المحافظ بعد ذلك بعملية قيد الحقوق على البطاقات العقارية، ضمن جداول حددت بموجب المواد 24، 29، 30 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وتتمثل هذه الجداول فيما يلي :

القيد الوصفي : حيث يوصف العقار بموقعه وحدوده ومساحته وهذا ما اشتمل عليه الجدول الأول في كل نوع من أنواع البطاقات المذكورة فيما .

القيد بالمعنى الفني : يذكر فيه المتصرف واسم المالك وسبب التصرف وكذا السندات والوثائق المرفقة ، وهذا ما تضمنه الجدول الثاني من بطاقة قطع الأراضي والجدول الثالث من بطاقة العقارات الحضرية .

التأشيريات : يدخل هذا النوع من القيد ضمن الجدول الثالث من بطاقة قطع الأراضي والجدول الرابع من بطاقة العقارات الحضرية.

التعليقات : يدخل هذا النوع من القيد ضمن الجدول الرابع من بطاقة قطع الأراضي والجدول الخامس من بطاقة العقارات الحضرية . يذكر بموجبها بعض الحقوق الشخصية الناتجة عن تصرفات وقعت على منفعة العقار .

ونرى ان المشرع لم يستعمل كلمة تأشير ، وإنما أعطى لمعناها ومحتواها تنظيمًا خاصًا وخصص له جدول تذكر فيه كل البيانات المتعلقة بالحقوق الواجبة التطبيق .¹

ولقد قام المشرع بتحديد ثلاثة حالات الترقيم هي كالاتي:

الترقيم النهائي : يكون بالنسبة للعقارات التي يحوز ملاكها سندات وعقود مقبولة قانونًا ، أي سندات ملكية غير متنازع فيها كالسندات الرسمية والأحكام القضائية المثبتة لحقوق عقارية كانت

¹ -هادي سليمي، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص معهد العلوم القانونية والإدارية ، المركز الجامعي العربي التبسي، تبسة الجزائر ، 2007/2008، ص

مبينة بدقة للحقوق المكرسة بخبرة تحدد الملكية ،وقد نص على الترقيم النهائي نص المادة 12 من المرسوم 63/76¹.

الترقيم المؤقت لمدة أربعة أشهر :يبدأ سريانه من يوم الترقيم وتتعلق بأمالك المتمسكين بالحياسة الهادئة المستمرة مدة 15يوم بحسب المعلومات الواردة في الوثائق الخاصة بالمسح أو الحائز بموجب عقد عرفي طيلة عشر سنوات على الأقل ،كذلك شهادات الحياسة التي تم تسليمها من قبل رؤساء البلديات طبقا لأحكام قانون التوجيه العقاري . ويصبح الترقيم نهائيا إذا انقضت مدة أربعة أشهر دون أي اعتراض .

الترقيم المؤقت لمدة سنتين: يبدأ سريانه ابتداء من الترقيم المنصوص عليه في المادة 14 من المرسوم 63/76². ويتم تطبيقه لمدة سنتين صالح للدولة، وهذا بالنسبة للعقارات الشاغرة التي لا يحوزها أحد ولم يعرف لا مالك .

دور المحافظ بعد القيد الأول:

عند الانتهاء من عمليات المسح العقاري .يقوم المحافظ العقاري بتسليم الملاك الذين تم تكريس حقوقهم بصفة نهائية .مايسمى بالدفتر العقاري الذي يعتبر السند الوحيد في إثبات الملكية العقارية .كما يعتبر الناطق الطبيعي للوضعية القانونية للعقارات .ولا يتم تسليمه لصاحب العقار إلا بعد إجراء تحقيق ميداني تقوم به لجان المسح العام للأراضي³.

¹- عمر صداقي ،شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ،رسالة ماجيستر ،معهد الحقوق والعلوم الإدارية، بن عكنون ،الجزائر ،1984، ص 31.

²-تنص المادة 14 على : "يعتبر الترقيم مؤقت لمدة سنتين ،يجري سريانه ابتداء من يوم إتمام هذا الترقيم بالنسبة للعقارات التي ليس لمالكها الظاهرين سندات إثبات كافية وعندما لا يمكن للمحافظ العقاري أن يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية ،ويصبح هذا الترقيم المؤقت نهائيا عند انقضاء المدة المحددة في الفقرة السابقة إلا إذا سمحت وقائع المحافظ العقاري بالتثبت بصفة مؤكدة من الحقوق العينية الواجب شهرها في السجل العقاري ويكون قد اطلع عليها في غضون ذلك . عن طريق اي شخص معني ."

³-جميلة زايدي ، مرجع سابق ، ص 147.

ثالثاً : الطعن في قرارات وأخطاء المحافظ العقاري

نصت المادة 24 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ من 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على ما يلي : " تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليمياً . "

يتضح من نص المادة المذكورة أعلاه ، أن قرارات المحافظ العقاري سواء تعلقت برفض الإيداع أو رفض الإجراء تكون قابلة للطعن أمام محكمة اختصاص وجود العقار . أن إجراءات الطعن تحرك وفق المادة 7 من تقنين الإجراءات المدنية التي نصت على ما يلي : " تختص المجالس القضائية بالفصل ابتدائياً بحكم قابل للاستئناف أمام المحكمة العليا في جميع القضايا أياً كانت طبيعتها ، التي تكون الدولة أو الولايات أو إحدى المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية طرفاً فيها وذلك حسب قواعد الاختصاص . "

أما فيما يتعلق بميعاد رفع الدعوى ، يكون خلال مدة شهرين من يوم تاريخ الإخطار الخاص بقرار الرفض¹ .

وتنقسم الأخطاء الصادرة عن المحافظ العقاري إلى نوعين :

الخطأ لمرفقي : لقد استعمل المشرع صراحة مصطلح الخطأ الشخصي والخطأ المصلحي بموجب الفقرة 2 من المادة 17 من القانون الأساسي لوظيفة العامة التي جاء فيما ما يلي : " وعندما يلاحق موظف من طرف الغير لارتكابه خطأ مصلحياً فيجب على الإدارة والهيئة العمومية التي يتبعها هذا الموظف أن تحميه من العقوبات المدنية المتخذة ضده شرط أن يكون الخطأ الشخصي الخارج عن ممارسة مهامه غير منسوب إليه . "

وعليه ما يكن قوله أن الموظف وهو يقوم بأداء واجباته الوظيفية فكلما كان قصد الأضرار أو ابتغى تحقيق منفعة ذاتية كان خطأ شخصياً يتحمل نتائجه بنفسه .

¹ -رمول خالد ، مرجع سابق ، ص 138 .

وعلينا التفرقة بين الخطأ المصلحي والخطأ الشخصي ، وعليه فإذا كان القرار الإداري الصادر عنه قصد تحقيق مصلحة عامة فهو مصلحي أما إذا كان الموظف هدفه تحقيق مصلحة خاصة فهو خطأ شخصي¹.

الخطأ الجسيم : يعرفه عمار عوابدي بقوله : "ويمكن القول بصفة عامة أن الخطأ الجسيم هو الخطأ الذي لا يرتكبه بحسن النية أكثر الناس غباوة فهو لا ينطوي على رقابة القضاء محكمة النقض."

وسوف نتطرق لبعض الأخطاء الجسيمة التي تصدر عن المحافظ العقاري²:

- إهمال تسجيل قيد أو قيد احتياطي أو ترقيين موجود في السجل العقاري إذا ذلك بصورة قانونية .
- تأخير إرسال المحاضر والوثائق المقدمة للمحافظ العقاري .
- كل تأخير يسببه في إيداع المحاضر والوثائق المبرزة .

¹ - جميلة زايدي ، المرجع السابق ، ص 148.

² - مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ص 141 وما بعدها.

خلاصة الفصل الثاني

يتضح لنا من خلال ما جاء في هذا الفصل أن المشرع الجزائري كان موفقا بأخذ بنظامين التسجيل والشهر العقاري، وذلك بعد إعطاء الشكل الرسمي للمحركات الناقلة للملكية العقارية وهذا للانتقال الحق العيني، وإعطائه أثر منشأ للقيد كون أن عملية التسجيل، هي إجراء جبائي يقوم به محرري العقود وأنه بمثابة التزام قانوني يقع على عاتقهم، يتم على مستوى مصلحة التسجيل والطابع قصد تحصيل رسوم لتمويل خزينة الدولة، إلا أن هذا لا يكفي إلى حين استكمال إجراءات عملية الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية، حتى يتم تأمين المعاملات العقارية بين المتعاملين في العقارات، وانتقال الحق العيني العقاري والاحتجاج بها في مواجهة الغير .

فانتق

إن موضوع شكليات البيع العقاري في الجزائر من أهم المواضيع التي تطرق إليها المشرع الجزائري بترسانة من القوانين ،حيث أوجب فيها ضرورة توفر الشكل الرسمي للتعبير عن الإرادة بين المتعاقدين في البيع العقاري ألا وهو الكتابة الرسمية، وهذا لتمام التصرف وصحته، واعتبره مرحلة أولى للانتقال الملكية العقارية ،وذلك بإفراغ التصرفات القانونية المنصبة على العقار في قالب رسمي تحت رقابة الموثق الذي يحمل ختم الدولة، فتعتبر دليل قوي بين المتعاقدين وكذلك لها أثر في مواجهة الغير لما لهذه السندات من حجية مطلقة في البيع العقاري.

كما يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يكتفي بذلك بل و أورد بعض الشكليات اللاحقة للتصرف القانوني، التي تتمثل في التسجيل والذي يتم لدى مصلحة التسجيل والطابع طبقا للقانون التسجيل 105/76 قصد تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية ،وكذلك عملية الشهر اللاحقة به والتي تتم بالمحافظة العقارية ، وذلك لما يرتبه من أثر قانوني وينشأ حق عيني لانتقال الملكية العقارية من ذمة البائع إلى ذمة المشتري ، حيث اعتبر المشرع الجزائري كل من الرسمية والشهر كآليتين للانتقال الملكية العقارية ، هذا كله يؤثر في صحة عقد البيع العقاري ويحميه من البطلان.

وعليه فقد خرجنا في ختام هذا البحث بالملاحظات التالية:

-لقد أقر المشرع الجزائري الكتابة الرسمية كوسيلة اثبات لما لها من حجية مطلقة وقوية، لا يطعن فيها إلا بالتزوير و ربطها بالتصرفات التي لها أهمية كبيرة من الناحية الاقتصادية ،اجتماعية والسياسية وغيرها مثل التصرفات الذي ذكرت في المادة 324مكرر 1 والتي يترتب على تخلفها البطلان.

-نلاحظ أن الشكل العرفي أقل درجة من حيث الحجية وكذا التكلفة وذلك لسهولة التعامل فيه فلا يفترض فيها لا شكل معين ولا نوعية الكتابة ولا لغة ولا غيرها.

-نلاحظ أن الشكلية الرسمية تحقق حماية المتعاقدين من جهة وتتخطى ذلك الى حماية الغير من خلال شهر التصرفات القانونية الواردة على العقار .

-نلاحظ أن عملية التسجيل والشهر هما عبارة عن ضمانات لصحة العقد وهما أداة تمكن الدولة من مراقبتها على جميع التصرفات الواردة على العقار .

-كما أن اجراء التوثيق عقد بيع العقار لا يكفي لي وحده بل يجب اقترانه بإجراءات لاحقة به كالتسجيل والشهر وهذا لإنشاء حق عيني وتحقيق أثره القانوني .

كما لنا بعض من اقتراحات فيما يخص موضوعنا وهي :

-طرح فكرة تخفيف العبء على الموثق وتسهيل الأمر عليه وذلك بإعطائه تخصص قانوني في مجال معين مثلا موثق متخصص في العقود العقارية والحقوق العينية .

-تحسيس الأطراف المتعاقدة البائع والمشتري بمدى أهمية الرسمية في عقد بيع العقار وضرورة إفراغه في قالب رسمي وهذا لضمان حقوقهم المشروعة .

-التخفيض في رسوم التسجيل والشهر وذلك بتعديل القوانين الجبائية وهذا تشجيعا للأشخاص حول اللجوء إلى إجراءات البيع العقاري بشكل قانوني .

-إعادة النظر في قانون التسجيل بالتعديل والغاء بعض من مواده لمواكبة التطور الاقتصادي .

وفي الأخير نتمنى أن ينظر بعين الاعتبار هذه الاقتراحات ومحاولة معالجتها .

قائمة المصنفين
والمرادف

قائمة المصادر :

-القرآن الكريم

قائمة المراجع :

الكتب

- 1- بلحاج العربي ،نظرية العقد في القانون المدني الجزائري ،وفق آخر تعديلات تشريعية ومدعم بالاجتهادات المحكمة العليا ،دراسة مقارنة ،ديوان المطبوعات الجامعية.
- 2- توفيق حسن فرج ،قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ،منشورات الحلبي الحقوقية، الإسكندرية ،2003.
- 3- جميلة زايدي ،إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري ،دار الهدى ،الجزائر.
- 4- جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط 2006.
- 5- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ،دار هومة ،الجزائر ،2009.
- 6- حمدي باشا عمر ،القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة المكمة العليا ،دار هومة ،الجزائر ،2003.
- 7- حمدي باشا ، عقود التبرعات الهبة الوصية و الوقف ، دار الهومة ،الجزائر ،2004،
- 8- حمدي باشا ،نقل الملكية العقارية ،دار هومة ،الجزائر ، 2000.
- 9- حوحو يمينة ،عقد البيع في القانون الجزائري ، دار بلقيس ،الجزائر، ط1، 2016.

- 10- خليل أحمد حسن قعادة ،الوجيز في القانون المدني الجزائري ،مصادر الالتزام ،ديوان المطبوعات الجامعية ،1994.
- 11-دوة آسيا ،رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، دار هومة للنشر والتوزيع ،الجزائر ،2008.
- 12-رمول خالد ،المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليدة ،2001.
- 13-ريم مراحي ،دور المسح العقاري في اثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري ،دار بغدادي ،الجزائر ،بدون طبعة.
- 14-عبد الحفيظ بن عبيدة ، اثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة ،2003.
- 15-عبد الرزاق سنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني الجزائري ، نظرية الالتزام بوجه عام آثار الالتزام ،منشورات الحلبي الحقوقية ،طبعة الثالثة ،بيروت ،لبنان ،2000.
- 16-عمار علوي ،الملكية والنظام العقاري في الجزائر"العقار" ،دار هومة ،الجزائر ، 2004.
- 17-عمار عوابدي ،دروس في القانون الاداري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الطبعة الثالثة ،1989.
- 18-عبد الرزاق السنهوري ،نظرية العقد ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،الجزء الأول ،1934.
- 19-عبد الوهاب عرفة ،الوسيط في الشهر العقاري ،دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية.
- 20-عبد الحميد الشواربي ،إجراءات الشهر العقاري في ضوء الفقه ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر ،1999.
- 21-عدي أمير خالد ، إجراءات ثبوت وشهر الملكية العقارية بوضع اليد ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ،مصر.

- 22- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في البيع والمقايضة ، الجزء الرابع ، مصر ، 1982.
- 23- محمودي عبد العزيز ، آليات تطهير الملكية الخاصة في التشريع الجزائري ، منشورات بغدادي ، سنة 2009.
- 24- ميدي أحمد ، الكتابة الرسمية كدليل للإثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، سنة 2005.
- 25- محمد حسن قاسم ، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، دون طبعة ، سنة 2003.
- 26- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية طبقا لأحدث التعديلات ومزودة بأحكام القضاء ، الطبعة الأولى ، سنة 2008/2009.
- 27- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الرابعة 1994.
- 28- مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، الطبعة الثانية ، 2008.
- 29- مجيد خلفوني ، العقار في القانون الجزائري ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2012.
- 30- مقني بن عمار ، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية ، دراسة في القانون الجزائري ، دار هومة ، الجزائر ، 2014.
- 31- محمد أحمد العابدين ، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن عليها التزوير - الإنكار - الجهالة ، المعارف بالإسكندرية ، 2002.
- 32- وسيلة وزاني ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري ، دار هومة للطباعة للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2009.

33- يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري ، الفقه الاسلامي ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، 1981.

ثانيا : النصوص القانونية

- 1- قانون رقم 14/88 المؤرخ في 03/05/1988 المعدل والمتمم ب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 2- قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية، العدد 49 ، الصادرة في 18 /11/1990.
- 3- قانون رقم 06 -02 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، الصادر بالجريدة الرسمية ، العدد 14.
- 4- الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق.
- 5- الأمر 74/75 المؤرخ في 22/11/1975 المتعلق بالشهر العقاري ، الصادر بالجريدة الرسمية ، رقم 92 بتاريخ 18/11/1975.
- 6- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 /09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 7- الأمر 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل ، الجريدة الرسمية ، العدد 81 ، الصادرة في 18/12/1976.
- 8- الأمر رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المتضمن القانون المدني .
- 9- وزارة المالية ، الدليل الجبائي للتسجيل ، 2014.
- 10- وزارة المالية ، الدليل الجبائي للتسجيل ، 2017.

النصوص التشريعية

- 1-المرسوم 62/76 المؤرخ في 25 /03/ 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية، العدد30، المؤرخ في 13/04/1976 المعدل والمتمم.
- 2-المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

الرسائل والمذكرات العلمية

- 1-بوفرح عبد الرزاق، حجية السندات الرسمية والعرفية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2013./2014.
- 2-بوزيان محمد، بلمجاهد عدة، حجية السندات العرفية والشرعية في المعاملات العقارية، مذكرة ماستر، تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2016./2017.
- 3-براهامي سامية، إثبات بيع العقاري المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، فرع قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، 2007./2008.
- 4-بلقاضي كريمة، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، سنة 2004./2005.
- 5- بوزيتوني عبد الغني، المسح العقاري في تثبيت الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، 2009./2010.

- 6- بن كحيل حنان ، سندات إثبات الملكية في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر تخصص قانون عقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة ابن خلدون تيارت، 2019/2018
- 7- جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير ، تخصص قانون العقود المدنية ، كلية الحقوق ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2011./2012.
- 8- حشود نسيمة الشكلية في البيع العقاري دراسة تحليلية ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2014.
- 9- رحال صليحة ، الشهر العقاري في القانون الجزائري ، مذكرة ماستر ، في القانون ، جامعة آكلي محمد أولحاج ، البويرة ، 2013.
- 10- سيدي يخلف حفيظة ، الشكلية للانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق ، سنة 2009.
- 11- سلمى بومعزة ، النظام القانوني للشهر العقاري في التشريع الجزائري ، مذكرة ماستر في الحقوق ، قانون الأعمال ، جامعة العربي بن مهيدي ، أم البواقي ، 2018./2019.
- 12- شيخ سناء ، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، 2011./2012.
- 13- عمر صداقي ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، معهد الحقوق والعلوم الإدارية ، بن عكنون ، الجزائر ، 1984.

14- فريدة بن زكري راضية ، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة ، رسالة ماجستير في العلوم القانونية ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة ، 2009./2010

15- قان كريم ، نقل الملكية في عقد البيع العقاري في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير، اختصاص قانون الأعمال المقارن ، كلية الحقوق ، جامعة وهران ، القطب الجامعي بلفايد ، 2011/2012.

16- لزرق بن عودة ، سندات اثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، اطروحة دكتورا، تخصص قانون مدني ، كلية الحقوق ، جامعة وهران 2، 2017./2018

17- مكمش سهام ، بطاش فاطمة ، شكليات البيع العقاري في الجزائر ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون عقاري ، كلية الحقوق ، جامعة الدكتور يحي فارس بالمدينة ، سنة 2013./2014

18- هادي سليمي ، إجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، رسالة ماجستير في القانون الخاص ، معهد العلوم القانونية والإدارية ، المركز الجامعي العربي تبسي ، تبسة ، الجزائر ، 2007/2008.

مقالات

1- ابتسام قرام ، المصطلحات لقانونية في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب ، البليدة ، 1999.

2- ابراهيم يامة ، سليمان بن شريف ، نظام الشهر العقاري ودوره في حماية الحقوق العينية العقارية ، مجلد العلوم الانسانية لجامعة أم بواقي ، المجلد 6 ، العدد 1 ، جوان 2009.

- 3- بوكعبان عكاشة، انعقاد عقد البيع العقاري وإثباته في ضوء التشريع الوطني المقارن، مجلة الدراسات الحقوقية .
- 4- سباغ محمد، التوثيق والعقود الرسمية، مجلس الموثق ، العدد 5 ،الغرفة الوطنية للموثقين، 1998.
- 5- فاصلة عبد اللطيف ، مزيان محمد أمين، أحكام التسجيل عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري ، مجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية .
- 6- ليلي رزقي، التصرفات القانونية الواجبة لشهر و الآثار المترتبة عن القيد، مجلة الموثق، ع 05، س 1998.
- 7-مقني بن عمار ،القواعد المتعلقة بتسجيل التصرفات العقارية في ضوء القانون الجزائري ،مجلة القانون العقاري والبيئة ،العدد الرابع،جانفي 2015.
- 8_مأمون عبد الكريم ، محاضرات في طرق الإثبات طبقا لآخر النصوص ،كنوز النشر والتوزيع ، الجزائر، 2011.
- 9- ملزي عبد الرحمان ،طرق الإثبات في المواد المدنية +محاضرات أقيمت على طلبه المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة الخامسة عشر، الجزائر، سنة 2005/2004 .
- 10-يونس حداد ،العقد العرفي المعاملات العقارية ، مجلة قضائية ، العدد الأول، 1997.

المتنويات

فصلين

شكر

إهداء

.....	قائمة المختصرات
أ.....	المقدمة
2.....	الفصل الأول: _الشكلية كآلية لنشوء البيع العقاري
3.....	المبحث الأول : مفهوم الشكلية
3.....	المطلب الأول : تعريف الشكلية
4.....	الفرع الأول: المقصود بالشكلية
6.....	الفرع الثاني :مبررات اعتماد الشكلية
11.....	المطلب الثاني :أنواع الشكلية
11.....	الفرع الأول :الشكلية المباشرة
18.....	الفرع الثاني :الشكلية الغير المباشرة
20.....	المبحث الثاني : موقف التشريع والقضاء من الشكل في البيع العقاري
21.....	المطلب الأول : موقف التشريع من الشكلية في عقد البيع العقاري
21.....	الفرع الأول : الشكلية الرسمي كركن في عقد البيع العقاري
28.....	الفرع الثاني : حجية العقود الرسمية
38.....	المطلب الثاني :موقف القضاء الجزائي من الشكلية في عقد البيع العقاري
39.....	الفرع الأول : مرحلة ما قبل صدور قانون التوثيق رقم 91/70
44.....	الفرع الثاني :مرحلة ما بعد صدور قانون التوثيق 91/70

55 خلاصة الفصل الأول
57 الفصل الثاني : الشكلية اللاحقة لعقد البيع العقاري
58 المبحث الأول : مفهوم التسجيل العقاري في التشريع الجزائري
58 المطلب الأول : مفهوم التسجيل العقاري
58 الفرع الأول : تعريف التسجيل العقاري
65 الفرع الثاني : شروط التسجيل العقاري في التشريع الجزائري
67 المطلب الثاني : الإجراءات القانونية المتبعة في عملية التسجيل العقاري
67 الفرع الأول : إجراءات التسجيل العقاري
73 الفرع الثاني : جزاء الإخلال بمواعيد تسجيل العقارات
75 المبحث الثاني: الشهر في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري
76 المطلب الأول : مفهوم الشهر العقاري
76 الفرع الأول : تعريف الشهر العقاري
78 الفرع الثاني : أنظمة الشهر العقاري في التشريع الجزائري
87 المطلب الثاني : الإجراءات القانونية المتبعة لعملية الشهر العقاري
88 الفرع الأول : إجراءات الشهر العقاري
92 الفرع الثاني : سلطة المحافظ العقاري في مراقبة عملية الشهر العقاري
103 خلاصة الفصل الثاني
105 خاتمة
108 قائمة المراجع

117..... فهرس

..... ملخص

الملخص

يتمحور موضوع بحثنا حول الأهمية القانونية التي يتحلى بها عقد بيع العقار في انتقال الملكية العقارية، وضمان الاستقرار المعاملات العقارية، حيث أُلزم المشرع الجزائري الموثق بالكتابة الرسمية التي تعطي العقد قوة ثبوتية وحجية مطلقة، وإلا تعرض العقد الى البطلان. لكن هذا لا يكفي إلا باستكمال اجراءات اللاحقة به وذلك بتسجيل عقد بيع العقار على مستوى مصلحة التسجيل والطابع وفق لقانون التسجيل 105/76 مقابل دفع رسوم ضريبية لحساب خزينة الدولة واشهاره على مستوى المحافظة العقارية المختصة وهذا قصد انتقال الملكية العقارية بين البائع والمشتري.

كلمات مفتاحية

عقد بيع عقار ، الشكلية الرسمية ، التسجيل، الشهر.

Resume

Le sujet de notre recherche s'articule autour de l'importance juridique du contrat de Vente immobilière dans le transfert de propriété immobilières et assurant la stabilité des transactions immobilières.

Mais cela ne suffit pas, sauf en complétant les procédures ultérieures en enregistrant un contrat de vente de propriété au niveau du service d'enregistrement et de timbre conformément a la loi d'enregistrement 76/105 en contrepartie de frais d'impôt pour le compte du trésor public et en le rendant public. Au niveau du gouvernement immobilier entre le vendeur et l'acheteur

Mot clé :

Contrat de vente immobilier, formalité officiel, enregistrement ,publicité.