

جامعة زيان عاشور – الجلفة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الشكلية في البيوع العقارية في القانون الجزائري

مذكرة ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر حقوق

تخصص: قانون عقاري

إشراف الدكتور:

محمّد حميد

إعداد الطالب :

محمّد محمد

لجنة المناقشة

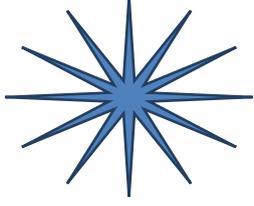
رئيسا
مقررا
مناقشا

1- الدكتور: جمال عبد الكريم
2- الدكتور: محمّد حميد
3- الدكتور: بريكي محمد

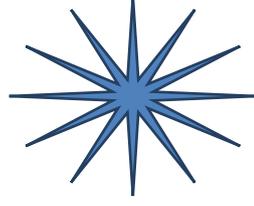
1438 – 1437

2017 – 2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



إهداء



أهدي هذا العمل إلى :

والذي رحمهما الله وأسكنهما فسيح جنانه

أبنائي وزوجتي

إلى زملاء المهنة السادة الموثقين

إلى زملاء الدراسة، وإلى كل من مد لي يد العون في إنجاز هذا العمل المتواضع

محمد محمد

شكر وعرفان

أقدم بالشكر إلى الله عز وجل الذي وفقني في إنجاز هذا البحث .

ثم أتوجه بالشكر إلى الأستاذ المشرف الدكتور "محمّد حميد" الذي لم يخل

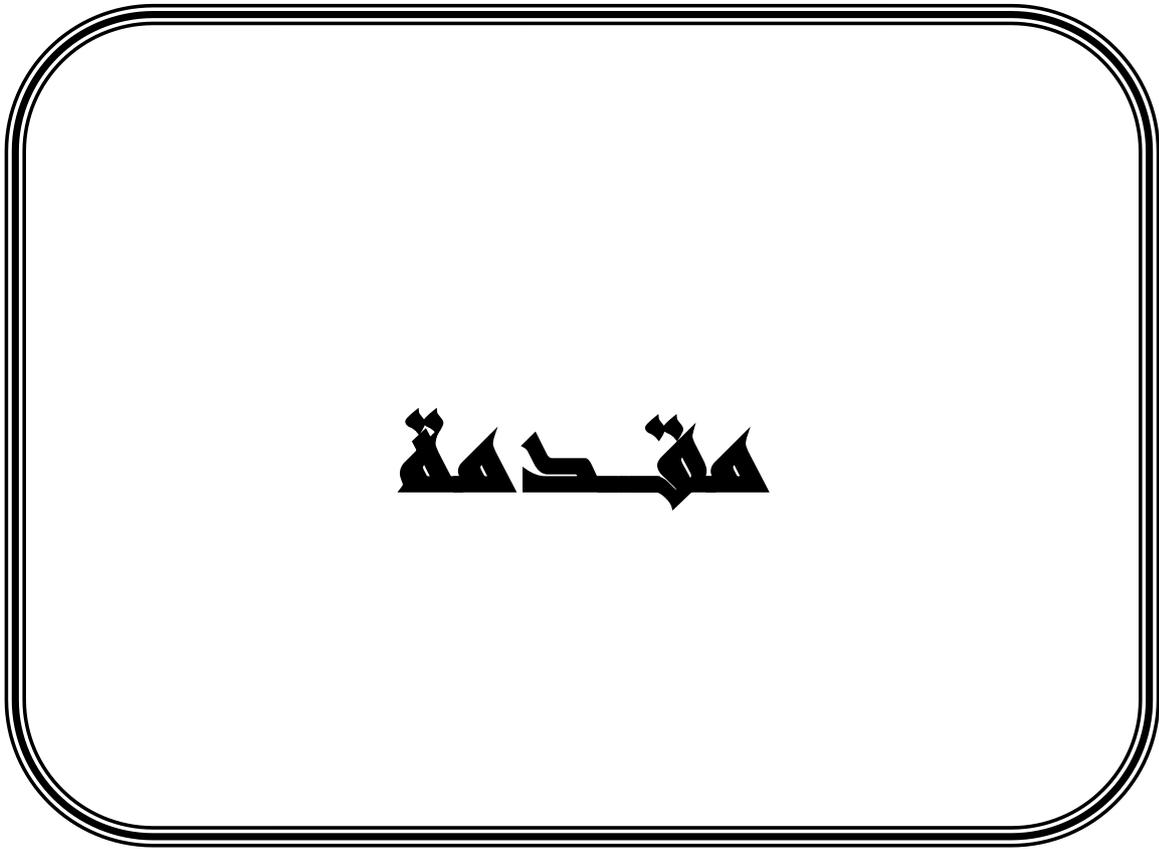
علي بالتوجيهات والنصائح اللازمة، كما لا يفوتني التوجه بخزييل الامشان إلى

أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا مناقشة هذه المذكرة

كما أخص بشكري السيد عريبي عبد الرحمان الذي أعانني في إنجاز هذا

العمل .

محمد



يجمع فقهاء القانون الحديث على أن القانون تطور نحو الرضائية ، أي أن هذا المبدأ أصبح بمثابة القاعدة العامة التي تتحكم في تكوين العقد وإنشائه، وأن التراضي يعد ركنا رئيسيا لإبرام وقيام العقد وينشأ بمجرد تطابق إرادتي المتعاقدين تحت شرط سلامته من عيوب الرضا المنصوص عليها قانونا، إلى جانب ركني المحل والسبب اللذان يستوجب على محوري العقد مراعاة توافر شروط صحتها وعدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة، ومن ثم يكون العقد قد تم بتوافر أركانه الأساسية الثلاثة السالف ذكرها.

كما أن الشخص المتعاقد له الحرية الكاملة في التعبير عن إرادته وأن القانون لا يستلزم أن يكون التعبير بوسيلة معينة أو في شكل معين لكنه ضروري ، لأن الإرادة هي حقيقة نفسية كامنة في نفس صاحبها، والتعبير عنها يظهرها إلى العالم الخارجي لكي يعتد بها القانون إذا تطابقت مع الإرادة المقابلة الأخرى¹.

وقد رسخ المشرع الجزائري ذلك في مضمون نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أن: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"².

واستنتاجا من صياغة المشرع لجأ إلى تحديد الوقائع التي يرتب عليها الأثر القانوني في مضمونها كأصل عام، وهذه هي النتائج التي استخلصها الفقه الحديث بخصوص كل من الإيجاب والقبول والتي جعلتهم يعيدون النظر في تقدير قيمة مبدأ الرضائية من جديد بنظرة أكثر موضوعية وواقعية وكان هذا التقدير من خلال المعطيات أساسية تتمثل في المعطيات الأخلاقية والمعطيات الاقتصادية.

إن تقييم مبدأ الرضائية على أساس المعطيات الأخلاقية يكون أسمى من مبدأ الشكلية فالمتعاقد يتعين عليه أن يلتزم بالكلمة التي تلفظ بها في جميع الحالات ، ويقضي بذلك احترام

¹ دحماني لطيفة - رسالة ماجستير - جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، كلية الحقوق ، الشكلية في مادة العقود المدنية ، السنة الجامعية 2003/2002 ، ص 02 .

² الأمر رقم: 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، ج ر عدد 78 المؤرخة في 30 ديسمبر

العهود التي كانت سائدة في القانون الكنيسي الذي ظهر بعد قوانين سادت فيها الشكلية في كل العقود ، والتي يعد القانون الروماني مهذا لها، ومن أمثلة ذلك ما أتى به الفقيه لوازيل Loyseل بقوله: "تقيد النيران بقرونها والرجال بكلامهم ، ومجرد وعد أو اتفاق يعدل عقود الرومان اللفظية".

والجدير بالملاحظة أن مبدأ الرضائية لا يخلو من عوارض تواجه الشخص المتعاقد، الذي يكون ضحية مناورات وطرق احتيالية من عيب أو تدليس أو إكراه ، مما يترتب عن ذلك انعكاس ليس باستطاعة مبدأ الرضائية دفعها ، وبالتالي فإن هذا المبدأ قد يعجز أحيانا عن تأمين هذا الرضا وتلك هي العيوب التي اكتشفت في هذا المبدأ الذي لا يقف عن التطور، ذلك ما أكده بعض من الفقهاء من بينهم **جاك فلور**، **وجون جاك أوبار** بأن القانون الكنيسي (وهو مبدأ الرضائية) ظل وإلى فترة من الزمن مترددا ، فالمبدأ الذي عملوا كل جهودهم على تكريسه وهو وجوب احترام القاعدة الأخلاقية إلى قاعدة قانونية¹ .

أما تقدير القيمة لمبدأ الرضائية من خلال المعطيات الاقتصادية، فرغم أن هذا المبدأ يتسم بالبساطة والسرعة في العلاقات التعاقدية وذلك من مقتضيات احتياجات التجارة ، مما حدا بالقانون الروماني بالقبول ببعض العقود الرضائية هو الآخر، لكنه ما فتى أن وجد الأطراف المتعاقدة خاصة أمام التحول السريع للأوضاع الاقتصادية ، الأمر الذي دفع بالدولة إلى عدم قبول هذا الموضوع لاعتبارات الرقابة والحصول على مداخيل ضريبية ، وبالتالي بات لزاما التحكم في مبدأ الرضائية وذلك بفرض شكلية معينة إلى إرادة المتعاقدين.

وقد ظلت هذه الاعتبارات خاضعة لمعارضة بعض الفقهاء ، الذين رأوا بأن القانون الوضعي حاول سحب هذه المحاسن والميزات التي اتصف بها مبدأ الرضائية، والتي كان يمكن الاعتماد عليها للتخفيف من الصعوبات التي تعتد في حماية وضمان حقوق الأفراد في المجال التعاقدية المكرسة منذ القدم ، وتقرير قيود لمبدأ الرضائية والاعتراف بها، وذلك تحت فكرة عامة مفادها الميلاد الجديد للشكلية في العقود ، والتي أضيفت كركن رابع إلى جانب الأركان الأساسية الثلاثة لتكوين العقد وهي الرضا والمحل والسبب ، وتمثل الشكلية استثناء عن مبدأ الرضائية، وأن التراضي في العقد الشكلي لا يكف لإنتاج العقد آثاره القانونية ما لم يفرغ ذلك التراضي في شكل معين يحدده القانون ويترتب على اغفاله أو عدم مراعاته انعدام العقد وبطلانه بطلانا مطلقا.

¹ دحمان لطيفة ، رسالة ماجستير ، المرجع السابق ، ص 02.

وتبرز أهمية تناول هذا الموضوع بالتحديد في كونه يشكل الأساس القانوني الذي ترتكز عليه كل التصرفات القانونية الواردة على المعاملات العقارية ، وإذا كانت هذه التصرفات مصدرها الرضائية وحرية المتعاقدين ، وتتسم بإجراءات مبسطة يكفي لانعقادها تطابق إرادتي المتعاقدين لإبرام وإنشاء تصرف قانوني ما .

والهدف من اختيارنا موضوع الشكلية في البيوع يكمن في إثراء الجانب الشكلي للعقود الرسمية لإضفاء مزيدا من الحماية القانونية لإرادة الأطراف المتعاقدة ، لإرساء استقرار المعاملات المدنية والتجارية للأفراد ، حتى يعم الائتمان وإعطاء القوة الثبوتية والحجية للعقود الشكلية.

ومن الأسباب التي دفعتني إلى اختيار موضوع الشكلية في البيوع العقارية ، هو الدور الأساسي الذي أصبحت تشكله العقود الرسمية ، الواردة على المعاملات العقارية في الوقت الحاضر ، من جانب آخر البحث والتعمق أكثر في اكتشاف مدى تطابق التشريعات والنصوص القانونية والتنظيمية الصادرة في تنظيم المعاملات المدنية والتجارية مع الواقع الاجتماعي بدءا من أول النصوص القانونية الصادرة واللاحقة والإشكالات القانونية التي أفرزها الجانب التطبيقي والتي لازالت آثارها إلى اليوم على مستوى الهيئات القضائية.

والدافع الآخر الذي قد يكون الأسمى في اختياري لهذا الموضوع هو مجال المهني والمتمثل في مهنة التوثيق ولما له من علاقة بالموضوع مباشرة ، مع إمكانية إضفاء عناصر أخرى قد تساهم في معالجة بعض الإشكالات القانونية المطروحة سيما في المجال التعاقدية .

و بالرغم من الجهود المبذولة من طرف بعض الأساتذة الباحثين والكتاب في هذا الموضوع وإثرائه ، إلا أن ذلك لم يكن كافيا بالقدر الذي يمكن الباحث من الإلمام به ، سيما وأن موضوع الشكلية تناوله بعض الباحثين كجزء أو كفصل من فصول النظرية العامة للالتزامات في مجال العقد.

ضف إلى قلة المراجع التي تناولت هذا الموضوع وتطبيقاته في التشريع الجزائري ، ومن جانب آخر العامل الزمني القصير لإعداد هذا الموضوع والبحث فيه ، وإبراز مختلف النظريات والتشريعات المقارنة مع التشريع الجزائري ، والإشكالات القانونية التي نتجت عن الممارسة التطبيقية في المجال التعاقدية .

من خلال ما تم عرضه آنفا يمكن طرح الإشكالية التالية :

ما مدى أهمية الشكلية أو الرسمية في البيوع العقارية ؟

نتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي سنحاول الإجابة عليها من خلال دراسة عناصر الموضوع وهي كالتالي:

ما المقصود بقاعدة الرسمية؟ وما هي الآثار المترتبة عن تخلفها؟ ومن هم الأشخاص الذين انيطت بهم مهمة تحرير المحررات الرسمية ؟ وما مدى إلزامية شهر هذه المحررات الرسمية ؟ وماهي الآثار المترتبة على عملية الشهر العقاري ؟

وقد اتبعنا في دراسة هذا البحث المنهج التحليلي للموضوع ، والمنهج الوصفي في عرضنا لمختلف الجزئيات وتحليلها وذلك في إطار تكامل منهجي.

وقصد الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية المطروحة والإمام بجوانب الموضوع ارتأينا تقسيم دراستنا إلى فصلين ، حيث تناولنا في الفصل الأول قاعدة الرسمية ، ويتفرع عنه مبحثان ، نخصص المبحث الأول للكتابة الرسمية وخصائصها ، ونخصص المبحث الثاني لسلطة واختصاص الأشخاص المؤهلين لتحرير المحررات الرسمية .

أما الفصل الثاني فتطرقنا إلى نظام الشهر العقاري ، قسمناه إلى مبحثان ، نتناول في المبحث الأول إلزامية الشهر العقاري ، والمبحث الثاني نخصصه للآثار المترتبة على الشهر العقاري ، وخلصنا في الأخير إلى خاتمة لخصنا فيها بعض النتائج المتوصل إليها بعد إنجاز هذه الدراسة.

الفصل الأول

قاعدة الرسمية

تعتبر قاعدة الإثبات بالكتابة من القواعد الثابتة في جميع نظم التشريعات القديمة والحديثة وقد كرستها الشرائع السماوية قبل أن تقرها التشريعات الوضعية وليس أدل على ذلك من أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء التي أفرت مبدأ الكتابة في المعاملات المدنية منذ أكثر من 14 قرن مصداقا لقوله تعالى في الآية 282 من سورة البقرة بسم الله الرحمن الرحيم : يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۗ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۗ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا بِيْخْسَ مِنْهُ شَيْئًا ۗ فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ ۗ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ۚ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ ۗ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ۗ وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ۗ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ۗ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ۗ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۗ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ۗ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ ۗ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۗ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ۗ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ" ¹ صدق الله العظيم .

وهذه الآية تبين بوضوح أهمية الكتابة ودورها ، وهي تشكل منهاجا ونظاما متكاملًا للإثبات بالكتابة الرسمية بالمفهوم الحديث وتشكل قانونا للتوثيق.

وتكتسي الكتابة في العقود الرسمية أهمية بالغة للإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية لذلك فقد أحاطها المشرع الجزائري بعناية خاصة فحدد مدلول العقد الرسمي وشروطه والآثار المترتبة على تخلف شروطه وحجيته في الإثبات بين أطراف العقد وفي اتجاه الغير (مبحث أول) سلطة اختصاص محرر العقد الرسمي (مبحث ثان) .

¹ - سورة البقرة ، الآية 282 و 283.

المبحث الأول : الكتابة الرسمية

إن مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين في إبرام العقود ما فتى يتراجع حديثا وذلك لأسباب عدة منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة. فبالنسبة للمصالح الخاصة فإن الرضائية مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير، فهي تزيد في تسرع المتعاقد في إبرام العقد وعدم تقدير الأمور، وقد تساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد، ولذلك فإن الشكلية قد تكفل حماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه، خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية وذلك لتجنب إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه. أما بالنسبة للمصلحة العامة فإن الشكلية قد تعود على الخزينة بإيرادات هامة عن طريق الضرائب كالتسجيل مثلا وتوفر الضمانات للوفاء بالدين بالنسبة للتجارة الداخلية والخارجية. لقد نص المشرع الجزائري عن الرسمية في بيع العقار بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني وذلك تحت طائلة بطلان العقد.

ولدراسة الرسمية في عقد البيع العقاري، يقتضي أمر أولا تحديد مفهوم المحرر الرسمي (مطلب أول) ، وجزءا تخلف الرسمية (مطلب ثان).

المطلب الأول: مفهوم الكتابة الرسمية

لقد تناول المشرع الجزائري تحديد مفهوم العقد الرسمي وذلك بتعريفه بالمادة 324 من القانون المدني بنصه: "العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

سنحاول تحديد تعريف الكتابة الرسمية (فرع أول) ، وتبيان شروط صحتها (فرع ثان).

الفرع الأول: تعريف الكتابة الرسمية

يقصد بالرسمية لتكوين عقد بيع العقار تحرير العقد من طرف ضابط عمومي مختص وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون ، والكتابة الرسمية للعقد هي رسم للعقد ، ووضعه في قالب رسمي من قبل شخص له الصفة القانونية ، يقوم به الموثق او الشخص الذي أوكلت له هذه المهمة ، و الذي يحمل الختم الرسمي للدولة ، وهو ملزم بتحقيق غاية وليس ببذل عناية .

وهي أيضا تحرير العقد من طرف ضابط عمومي مختص ، وفقا للأوضاع والإجراءات القانونية وهذا وفقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري سألفة الذكر .

ويبدو وللوهلة الأولى أن صياغة نص المادة 324 من القانون المدني من شأنها أن تحدث خلطا بين العقد بمفهوم المادة 54 من القانون المدني، وبين المحرر الذي يفرغ فيه العقد وهو ما تولى المشرع تعريفه وتحديد شروطه بالمادة 324.

ذلك أنه من المعلوم أن الالتزام ينشأ من مصادر متعددة هي العقد والتصرف بإرادة منفردة والفعل المستحق للتعويض وشبه العقد والقانون، وعقد البيع ما هو إلا مجرد مصدر من بين تلك المصادر ولذلك قد يرد ضمن محرر رسمي أو محرر عرفي وقد لا يفرغ محتواه ضمن أي محرر أصلا طالما أن القانون لا يشترط بحسب الأصل الكتابة إلا في حالات معينة، أما السند الذي تناولته المادة 324 فإنه ليس مصدرا للالتزام، بل أنه الوسيلة التي يلجأ إليها الأطراف مسبقا لتهيئة الدليل على العقد الذي تم التراضي عليه، وهذا السند هو الذي يجب أن يرد في الشكل الرسمي إذا تعلق بنقل ملكية عقار أو حق عيني عقاري طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

إن ما يعزز هذا الطرح أن المادة 324 قبل تعديل 1988 وردت بالصيغة التالية: "الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة...".

ولذلك فإننا نرى كما ذهب إليه البعض¹، أنه يجب تعديل صياغة المادة 324 من القانون المدني وذلك باستعمال مصطلح السند أو المحرر الرسمي أو الورقة الرسمية بدلا من العقد الرسمي.

وفي هذا المجال أضحى لزاما توافر الكتابة كلما تعلق الأمر بتصرف وارد على عقار أو حق عيني عقاري، لكونها تعد من أقوى أدلة الإثبات إضافة إلى أنها تعد سلفا لإثبات نشوء الحق. وقد عرف المشرع الكتابة في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري بنصها على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أي علامات أو رموز ذات

معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".²

¹ علي فيلاي: الالتزامات، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005، ص 233.

² ينظر الأمر رقم : 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المعدل بالقانون رقم : 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المادة : 323 مكرر مضافة بالقانون رقم 10-10.

وتؤدي الكتابة الرسمية في العقود الشكلية دورا بارزا ومزدوجا فهي من جهة أداة للتعاقد لا يمكن الإغفال عنها في التصرفات التي أوجب القانون إخضاعها للكتابة الرسمية ومن جهة أخرى أداة للإثبات وقد تكون الكتابة التي تترجم ركن الشكل كتابة رسمية وقد تكون كتابة عرفية¹. فالكتابة الرسمية هي العقد الرسمي والذي عرفه المشرع الجزائري بنص المادة 324 من قانون المدني سالفه ، بينما الكتابة العرفية هي محرر أو سند عرفي يتولى العاقدان كتابته وتوقيعه ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير، ولقد كانت المادة 327 من القانون المدني قبل تعديلها تستوجب توفر شرطين لقيام العقد العرفي أو الكتابة العرفية، لكن بعد التعديل القانوني رقم : 05-10 اكتفى المشرع بتوفر شرط واحد لقيام العقد العرفي هو الكتابة أو التوقيع أو البصمة.

وإذا كان المشرع الجزائري قد جعل من الكتابة الرسمية شرطا لصفة العقد الرسمي ، فإن القضاء الفرنسي لم يجعل من الكتابة أو الرسمية سببا لتفضيل السند الكتابي أو الرسمي على غيره من الأدلة التي يمكن أن يتنازع معها.

وقد أكد القضاء الفرنسي في تحليله للمادة : 1582 من القانون المدني أن عقد البيع ينعقد حتى ولو لم يتم إفراغه في سند كتابي مؤبدا بذلك رأي الفقه في أن نقل الملكية يتم مباشرة عند إبرام العقد².

وبذلك تعتبر الكتابة الرسمية ركنا للانعقاد ، ويعني هذا أن الورقة الرسمية هي الوسيلة الوحيدة لإثبات هذا البيع ابتداء من تاريخ دخول الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق وتطبيقه ابتداء من 1971/01/01 . معدل والمقيم بالقانون رقم 88-22 والمعدل بقانون رقم 06-02 والمؤرخ في 2006/02/20.

ويستشف أيضا من مفهوم نص المادة 324 مكرر 1.

أن الرسمية تشمل كل عقد من شأنه نقل وتعديل أو إنشاء أو زوال حق الملكية العقارية وعلى كل ما يرد على الحقوق العينية الأصلية والتبعية وذلك عن طريق إفراغ هذه التصرفات في

¹ د- علي فيلاي ، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ، مرقم للنشر ، الجزائر 2008 ، ص 296.

² عثمانة وهيبة: رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق قسم العلوم القانونية، الشكلية الاسمية في السندات المثبتة للملكية

العقارية الخاصة على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، السنة الجامعية : 2009/2008

محرر ينجزه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ويرتب البطلان

المطلق كجزء على تخلف عنصر الشكل¹.

وعليه فإن الشكلية الرسمية هي ركن للانعقاد في العقود الرسمية وإغفال هذا الركن ينتج

عنه البطلان².

وقد تجسدت هذه الشكلية أيضا في القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري والمعدل والمتمم، والذي كرس الملكية العقارية الخاصة بعد أن ألغى كل القيود الواردة على المعاملات العقارية الخاصة حيث نص في المادة 29 منه: "تثبت الملكية

الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الشهر العقار العقاري"³ وعليه فإن إصدار مثل هذه النصوص القانونية وتشيدها على إخضاع المعاملات العقارية والحقوق العينية الأخرى للشكلية الرسمية توحى على أن المشرع الجزائري كان حريصا على إضفاء حماية أكثر قوة وشرعية لقاعدة الرسمية، وخصائصها أيضا بهيئات محددة ومؤهلة قانونا تتولى تحرير هذه العقود.

وتتميز الكتابة الرسمية باعتبارها وسيلة من وسائل الإثبات بالخصائص التالية:

- أنها طريق معد ومهيا سلفا للإثبات بمعنى أنه يتم إعداده مسبقا من قبل الأطراف لإثبات الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين .
- كما أن للكتابة حجية ملزمة يكفي أن القانون هو الذي حدد حجيتها ولم يترك تقديرها للقاضي .
- أنها طريق أصلي للإثبات وليس طريقا تكميليا أو احتياطيا، فالكتابة الرسمية تكفي وحدها لإثبات الواقعة المراد إثباتها متى كان العقد صحيحا ومقبولا .

¹ د- حقني بن عمار: المرجع السابق، ص 60 و 61، 62.

² د- بلحاج العربي: النظرية العامة للالتزامات د م ج، الجزائر، ط 2014. التصرف القانوني، العقد الادارة المنفردة، ص 744.

³ الجريدة الرسمية عدد 49 ص 1563. القانون رقم 90-25.

- أنها طريق ذو قوة مطلقة بمعنى أنها تصلح لإثبات جميع الوقائع مادية كانت أو تصرفات قانونية، ومهما كانت قيمة التصرف المراد إثباته.

الفرع الثاني: شروط صحة المحرر الرسمي

إن تحليل مضمون المادة 324 من القانون المدني يقودنا إلى القول بضرورة توافر بعض الشروط حتى يكتسب العقد صفة الرسمية، والتي يمكن إجمالها فيما يلي:

- شروط تتعلق بصفة محرر العقد.

أولاً/الشروط المتعلقة بصفة محرر العقد

لا يكتسب العقد صفة الرسمية إلا إذا كان محرراً من طرف شخص مؤهل قانوناً لذلك هؤلاء الأشخاص عدّتهم المادة 324 من القانون المدني وهم: الموظف، الضابط العمومي الشخص المكلف بخدمة عامة.

أ/ الموظف العام: لتعريف الموظف العام ينبغي الرجوع إلى القانون الأساسي العام للوظيفة

العمومية الصادر بموجب الأمر 03-06 المؤرخ في 15/07/2006¹، والذي عرف الموظف في المادة 04 منه: "يعتبر موظفاً كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري".

يتضح من مجمل هذا النص أن الموظف هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من

أعمالها²، وعلى هذا النحو يعتبر موظفو الولايات والبلديات والوزارات والإدارات العمومية ومدراء أملاك الدولة، وغيرهم بمثابة موظفين عموميين لهم صلاحية تحرير المحررات الرسمية التي تنتوع حسب اختصاص كل واحد منهم.

كما نجده مكرساً خاصة في النصوص التطبيقية للقانون العام للعامل لا سيما المرسوم الرئاسي رقم 85-59 المؤرخ في 23/03/1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارة العمومية، إذ حددت المادتان 01 و 02 منه القواعد القانونية التي تنطبق على العمال

¹ الجريدة الرسمية، العدد 46، سنة 2006.

² يحيى بكوش: أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر، 1981، ص 93.

الذين يمارسون عملهم في المؤسسات والإدارة العمومية، وحددت قطاع الإدارة و المؤسسات العمومية بأنها هي (المصالح التابعة للدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها أو مصالح المجلس الشعبي الوطني والمجلس الأعلى للمحاسبة و تتبع هذا القطاع أيضا جميع الهيئات العمومية التي تخضع لقواعد المحاسبة العمومية.

وقد بينت المادة "05" من نفس المرسوم ليطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمل بعد انتهاء المدة التجريبية تسميته (الموظف)، ليصبح حينئذ في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية اتجاه المؤسسة أو الإدارة التابع لها.

ب/ الضابط العمومي:

وهو كل شخص يخوله القانون سلطة التصديق على المحررات وإعطائها الصبغة الرسمية كرئيس المجلس الشعبي البلدي بصفته ضابطا للحالة المدنية ، وأمين الضبط بصفته يدون كل ما يدور بالجلسة من مرافعات¹ ، والموثق.

ولقد جاء في المادة 03 من القانون رقم 06-02 الصادر بتاريخ 20/02/2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق بأن : "الموثق ضابط عمومي مفوض من عمل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة"²

وهي ذات الصفة التي أضافها المشرع على الموثق في قانون التوثيق السابق رقم : 27-88 المؤرخ في 12/07/1988. وقد تزامن مع صدوره تعديل بعض أحكام القانون المدني وقانون العقوبات في نفس التاريخ : 12/07/1988، فاستعمل نفس المصطلح لينسجم بذلك مع قانون التوثيق وما تلاه من نصوص تشريعية تتعلق بتنظيم مهن المحضر القضائي والمترجم القضائي ومحافظ البيع بالمزايدة، والتي اعتمدت كلها صفة ومصطلح الضابط العمومي.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 235.

² - انظر الجريدة الرسمية كعدد 14 ص 15.

كما تم إضفاء هذه الصفة على مأموري السجل التجاري في القانون رقم : 22-90 المؤرخ في : 1990/08/18 المتعلق بتنظيم السجل التجاري¹.

ج/ الشخص المكلف بخدمة عامة:

هم أشخاص يقومون بمهن حرة بحسب الأصل ويتلقون أتعابهم من ذوي الشأن ويتم تعيينهم من السلطة العمومية وباعتبار أن مهامهم تتعلق بتسيير مرفق عمومي ، فإن القانون يحدد بدقة مهامهم وشروط ممارسة المهنة والرقابة والتأديب وغيرها².

وفي هذا الإطار ينبغي التنويه أن المحكمة العليا قد أكدت الطابع الرسمي للعقود التي تم تحريرها من طرف القضاة الشرعيين عندما اعتبرت: "...من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما

تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن ما هو مغاير أو معاكس لفحواها..."³، وأضافت في قرار آخر: "...حيث أن القرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون لما اعتمد على المادة 308 من القانون المدني الجديد، بينما الوعد بالبيع الرسمي المؤرخ في 1965/05/02 تحت رقم 1077 أبرمه القاضي الشرعي في ظل القانون المدني القديم الذي كان ساري المفعول...".

لم يحدد النص القانوني الشخص المكلف بخدمة عامة مما دفع بعض الكتاب والمفسرين على اختلاف في تحديد مفهوم الشخص المكلف بخدمة عامة .

منهم من عبر عنهم بالخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالمحضرين والمحامين والموثقين وتتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء غير أنهم يتقاضون أتعابهم من ذوي إنسان أي من المستفيدين من خدماتهم.

¹ - انظر المادة 11 من ق رقم 90 22 المؤرخ 1990/08/18. بتعليق بتنظيم السجل التجاري الجريدة الرسمية - عدد:36 ص:1147.

² نفس المرجع السابق ، ص ص 235-236.

³ قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 1989/06/03، ملف رقم 40097، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 1992.

ومنهم من يرى أن مصطلح الشخص المكلف بخدمة عامة في مجال تحرير العقود الرسمية ليس له أي مدلول قانوني في التشريع الجزائري ، ذلك لأن كثيرا من الشراح والكتاب القانونيين في الجزائر دأبوا على استعمال هذا المصطلح وتطبيقه على الخبراء ورؤساء المجالس الشعبية البلدية.

ثانيا/الشروط المتعلقة بالاختصاص:

يشترط ليكتسب المحرر الصبغة الرسمية أن يتقيد محرره بحدود الاختصاص النوعي والإقليمي، فإذا كانت صلاحيات محرر الوثيقة لا تسمح له بتحرير نوع معين من العقود، فإن الوثيقة المحررة على هذا النحو لا تعتبر رسمية حتى ولو صدرت من موظف عام.

كما يجب على محرر العقد أن يتقيد باختصاصه المحلي فلا يصح للمحضر القضائي أن يتولى تبليغ العرائض خارج الدائرة الإقليمية للمجلس القضائي الذي يشتغل فيه، إذ أن المادة 02 الفقرة 02 من القانون 06-03 المؤرخ في 20/02/2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر لقضائي تنص: "...يمتد الاختصاص الإقليمي لكل مكتب إلى دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس

القضائي التابع له"¹.

وتحدد القواعد القانونية المنظمة للمرفق العام اختصاص الموظف أو الضابط العام بشقيه. وفي هذا السياق ينبغي التنويه أن القانون قد يعطي الضابط أو الموظف الإختصاص الإقليمي عبر كامل الإقليم الوطني، فالقانون 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق لم يقيد الموثق بنطاق مكاني محدد، إذ أن اختصاصه يشمل كامل التراب الوطني وهو ما أكدته المادة الثانية من القانون المنظم لمهنة التوثيق بنصها: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق ... ويمتد اختصاصها على كامل التراب الوطني"، غير أنه لا ينبغي أن يفهم من النص أن الموثق ينتقل إلى مختلف الأماكن ويتولى تحرير العقود خارج مكتبه، بل على العكس فإن الانتقال خارج المكتب لا يصح إلا في حالات استثنائية جدا.

ثالثا/ شروط متعلقة ببيانات العقد:

لا يكفي صدور المحرر من شخص مؤهل لذلك وأن يتقيد هذا الشخص باختصاصه النوعي والمحلي، بل يجب فضلا عن ذلك أن يتقيد بجميع الأشكال التي يحددها القانون، وباستقراء

¹ الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2006، الصادر في 08/03/2006.

مختلف النصوص القانونية لاسيما المادة 324 مكرر 02 و324 مكرر 04 من القانون المدني الجزائري ، والمواد 26 وما يليها من القانون 06-02 المتعلق بالتوثيق والمادة 61 وما يليها من

المرسوم 63-76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري¹، يمكن القول أن الأشكال التي يجب مراعاتها لاكتساب المحرر الصفة الرسمية هي:

- أن يحرر العقد باللغة العربية في نص واحد بدون اختصار أو بياض أو نص أو كتابة بين الأسطر.

- أن تكتب المبالغ والسنة والأشهر ويوم تحرير وتوقيع العقد من ذوي الشأن بالحروف.
- أن يصادق على الإحالات في الهامش أو أسفل الصفحات ونفس الشيء بالنسبة للكلمات المشطوبة.

- أن يحدد العقار محل التعامل تحديدا كافيا نافيا للجهالة من حيث موقعه ورقمه ومساحته ومعالمه الحدودية.

- أن يتضمن تحديد أصل الملكية².

- أن يتم إيداع خمس المبلغ بين يدي الموثق طبقا للقانون 97-02 المؤرخ في 1997/12/31

المتضمن قانون المالية لسنة 1998³، مع الملاحظة أنه قبل صدور هذا القانون كان يتعين إيداع المبلغ كاملا طبقا للمادة 324 مكرر 01.

- أن يتضمن ذكر إسم الموثق وتوقيعه على العقد بمعونة الأطراف والشهود.
والشهود ثلاثة أنواع:

1-شهود التعريف: وحضورهم في العقد ليس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف.

2- شهود العدل: يساهمون في تكوين العقد وشهادتهم واجبة في العقود الإحتفائية كالهبة والوصية.

¹ الجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976، الصادر في 1976/04/13.

² يعفى الموثق من الإشارة إلى أصل الملكية في بعض الحالات منها: عقود الشهرة المعدة طبقا للمرسوم 83-352، وعقود إيداع العقود العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01، وعقود التنازل المحررة في إطار القانون 81-01 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العام، أنظر في هذا الصدد حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر 2006، الهامش 01، ص 136.

³ أنظر المادة 23 من القانون 97-02 التي عدلت المادة 256 من قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد 89 لسنة 1997، الصادر في 1997/12/31 ص 136.

3- وشهود التشريف: ليس لهم أي قيمة قانونية في العقد، بل أن حضورهم تشريف لا أكثر¹.

المطلب الثاني: جزاء تخلف الرسمية في البيع العقاري

تباينت اتجاهات القضاء حول جزاء تخلف الرسمية في عقد البيع العقاري أو العقود الرامية لنقل الملكية العقارية على مر مختلف التعديلات التي طرأت على القانون المدني منذ صدوره، بدءا بالأمر 59-75، ثم الأمر 91-70، ثم القانون 14-88 المؤرخ في 1988/05/03، الأمر الذي جعله غير مستقر إلى حد بعيد إلى غاية صدور قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا الذي سنراه أدناه.

وعليه سنحاول إبراز مختلف المواقف القضائية بخصوص هذه المسألة على النحو التالي:

الفرع الأول: الرسمية ليست ركنا لانعقاد البيع العقاري

اكتفى القضاء إلى وقت ليس ببعيد إلى ترتيب آثار عقد البيع ومنها نقل الملكية العقارية للمشتري بناء على عقود عرفية، وألزم بالتبعية البائع بالمثل أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي وذلك بتحريره في شكل رسمي.

وتجسيدا لهذا الاتجاه قررت المحكمة العليا تأييد قضاء المحاكم والمجالس القضائية في هذا الإطار، فقد قضت: "...بإحالة الأطراف إلى الموثق لإتمام إجراءات البيع فإن القضاة طبقوا

² القانون تطبيقا سليما ولا يمكن الاحتجاج بنص المادة 12 من الأمر 91-70...".

³ ويرى حمدي باشا عمر أن هذا الموقف من المحكمة العليا في الحقيقة كان يهدف إلى إيجاد حل قانوني لوضعيات فرضها الواقع، ذلك أن الأمر 26-74 المؤرخ في 1974/02/20

⁴ المتعلق بالاحتياطات العقارية منح الاحتكار لصالح البلديات فيما يخص المعاملات العقارية

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004 ص 110-109.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1995/05/05، ملف رقم 181108، غير منشور، نقلا عن حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 128.

³ المرجع السابق، ص 129.

⁴ الجريدة الرسمية، العدد 19 لسنة 1974، الصادر في 1974/03/05، ص 291، ألغي بموجب القانون 25/90 المؤرخ في 1990/11/18 يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49 لسنة 1990، الصادر في 1990/11/18، ص 1560.

ومنع الأشخاص من التداول في العقارات الداخلة ضمن المخطط العمراني للبلدية باستثناء نقل الملكية بفعل الوفاة، إذ أن المادة 06 نصت: "الأراضي الخاصة الموجودة في حدود التصميم العمراني للبلدية تخصص بالولاية لسد الاحتياجات العائلية لمالكيها، وكل ما زاد على هذه الحاجة يدمج في احتياطات البلدية العقارية، ولا يجوز التصرف في هذه الأراضي بأي صفة كانت إلا لصالح البلدية، ويستثنى من هذا الخطر نقل الملكية بموجب الإرث".

إن هذا الوضع جعل الأشخاص ولخرق الحظر المضروب بموجب الأمر المذكور يلجئون إلى التعامل في العقارات الداخلة ضمن المخطط العمراني بموجب عقود عرفية، وهو ما جعل المحكمة العليا تتماشى مع هذا الواقع الاجتماعي، ولعل السبب في ذلك يرجع - حسب رأي نفس المؤلف - إلى قناعة الكثير من قضاة المحكمة العليا إلى شدة القيود التي فرضها الأمر 26-74 أعلاه.

ولذلك فقد حاولت المحكمة العليا إعطاء حل قانوني لهذه الوضعيات بالاستناد إلى بعض الحجج القانونية منها ما ورد ذكره صراحة في القرارات المذكورة، ومنها ما يتعلق بقناعة القضاة الشخصية حول الأمر المذكور، ويمكن أن تستخلص بصفة ضمنية بالنظر للوضعيات التي عولجت بموجب القرارات القضائية المذكورة، وعلى كل فإن هذه المبررات لا تخرج عما يلي:

- أن عقد البيع يرتب آثاره بمجرد التراضي على شروطه، أما الشكلية التي جاء بها الأمر 91-70 في مادته 12 فلا تعد أن تكون مجرد إجراء لتمام العقد.

- أن المادتين 351، 361 من القانون المدني تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه والامتناع عن أي فعل قد يجعل نقل الملكية عسيرا أو مستحيلا، ولا يوجد ضمن أحكام عقد البيع ما يستوجب الشكلية المذكورة كشرط لنقل الملكية، لاسيما أن القانون المدني صدر بالأمر 58-75 بتاريخ 1975/09/26 بعد صدور الأمر 91-70 بتاريخ 1970/12/15، وكان بإمكان المشرع أن يدرج الشرط المذكور ضمن أحكام القانون المدني وتحديدا عند ذكر أركان البيع وهو ما لم يحصل، الشيء الذي يستخلص منه أن الشكلية المذكورة لا يمكن أن تعتبر بمثابة ركن للبيع.

- أن الغاية من الشرط المذكور بالمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني هي السماح للخزينة بتحصيل الرسوم والضرائب المتعلقة بنقل الملكية العقارية فقط، وهو ما يفهم منه أن الشرط المذكور لا يتعلق بالعقد في حد ذاته.

إن أغلب الحجج المبدأة - استثناء الثانية منها - حسب رأي الباحث لا تستند إلى أسس قانونية متينة على التفصيل التالي:

- أنه إذا كانت المواد المتعلقة بعقد البيع لم تورد في الحقيقة حكماً خاصاً بعقد البيع يستوجب ما مفاده ضرورة إفراده في شكل رسمي كركن من أركان انعقاده، إلا أن هذا الحكم ورد صراحة بموجب المادة 12 من الأمر 70-91 لمتعلق بالتوثيق حين اشترطت الرسمية في كل العقود الرامية لنقل الملكية العقارية بما فيها عقد البيع، وإذا كان هذا الحكم المذكور ورد بقانون التوثيق وهو قانون خاص فإن القاعدة تقضي بأن الخاص يقيد العام.

- أنه متى نصت المادة 12 المذكورة أعلاه على أن جزاء تخلف هذا الشرط هو البطلان، فإن الشرط المذكور يضحى حتماً بمثابة ركن من أركان انعقاد العقد، ومتى تخلفت أركان العقد كان جزاؤه البطلان المطلق ويصبح في حكم العدم، والعدم لا يترتب أي أثر قانوني بما فيها نقل الملكية، ولذلك فلا يمكن القضاء أن يلزم البائع بالمثل أمام الموثق لتنفيذ عقد معدوم.

- أن المادة 15 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/09/1975 المتضمن إعداد مسح

1

الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، نصت على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...". وأضافت المادة 16 من نفس الأمر: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". وتكون المادة 14 من نفس الأمر قد ألزمت المحافظ العقاري حين مسك الدفتر العقاري الإشارة إلى جميع العقود الرسمية المتعلقة بحق الملكية العقارية بنصها: "تلتزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى...: - جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية...".

¹ الجريدة الرسمية، العدد 92 لسنة 1975، الصادر في 14/11/1975.

وتطبيقاً لهذا الأمر صدر المرسوم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25 يتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي نصت مادته 61: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

إن مجموع هذه النصوص يتضمن ما مفاده أن الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية لا تنتقل بين المتعاقدين إلا من تمام إجراءات الشهر العقاري، وهذه العملية لا تتم إلا بموجب وثائق رسمية وهو ما يجعل المحافظ العقاري ملزماً من الناحية القانونية - باستثناء بعض الحالات ليس هو مجال دراستها- برفض إشهار أي عقد يتضمن نقل ملكية عقارية لم يقدم في الشكل الرسمي.

- أنه لا يمكن التسليم بشدة القيود التي فرضها الأمر 26-74 أعلاه والاستناد عليها كمبرر ولو ضمناً لمعالجة أوضاع واقعية نشأت بسبب معاملات مخالفة للقانون، ذلك أن القضاء مكلف بالفصل في المنازعات المعروضة عليه طبقاً للقانون وهو ما يستدعي إلغاء كل المعاملات التي تمت خلافاً له، وليس محاولة إيجاد حل لتلك الوضعيات بمخالفة القانون.

ورغم أن أغلب الحجج المذكورة لم تكن تستند إلى دعائم قانونية متينة على النحو المتقدم، إلا أن هذا الاتجاه للمحكمة العليا كان مبرراً من الناحية القانونية وإلى حد بعيد إلى غاية صدور القانون رقم 14-88، وأن الإستناد إلى الحجة الرامية للتمسك بأحكام القانون المدني الذي لم يشترط ضمن أحكامه الرسمية - وهو القانون اللاحق زمنياً لقانون التوثيق-، كان سبباً كافياً لاستبعاد المادة 12 من الأمر 70-91.

الفرع الثاني: الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري

تميزت هذه المرحلة في البداية بتذبذب في الاجتهاد القضائي بخصوص مسألة الرسمية في عقد البيع العقاري وفي العقود الناقلة للملكية العقارية بوصف عام، مع أسبقية ملحوظة لموقف معاكس تماماً للموقف السابق دراسته أعلاه، بحيث أن القضاء صار يميل وبشكل كبير إلى اعتبار الرسمية ركن لانعقاد عقد البيع العقاري يترتب على مخالفته البطلان المطلق.

غير أن الموقف لم يحسم بصفة نهائية لصالح أحد الاتجاهين على حساب الاتجاه الآخر، وهو ما جعل الوضع يزداد حدة من الناحية العملية، إذ أن قضاة المحاكم والمجالس وجدوا أنفسهم في حالة عدم استقرار نتيجة عدم وضوح الموقف، خاصة أن المحكمة العليا هي الجهة المخولة دستورياً بتوحيد الاجتهاد القضائي تعرف موقفين مختلفين وهو ما يصعب معه على قضاة

الدرجات الدنيا تفضيل موقف على الآخر، وهو ما استدعى تدخل الغرفة المجتمعة للفصل في المسألة بصفة نهائية.

أولاً/ الوضع قبل صدور قرار الغرف المجتمعة بتاريخ 18 فيفري 1997:

لقد بدأت نوايا تكريس الموقف الثاني الرامي للقول أن الرسمية ركن من أركان عقد البيع تظهر جليا من توالي صدور قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد لاسيما بعد صدور القانون 88-14 المؤرخ في 1988/05/03.

فقد قضت المحكمة العليا: "...يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في الشكل الرسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان... أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط

¹

الجوهريّة".

وفي نفس الإطار ذهبت المحكمة العليا بموجب قرار آخر صادر في 1990/10/21 رقم 68467 إلى القول: "...ولما ثبت في قضية الحال أن كلا من العقدين المقدمين للمحكمة عرفيين، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بأخذهم الليف واعتباره عقدا رسميا دون توفره على

²

الشروط المنصوص عليها قانونا خرقوا القانون".

ثانيا/ قرار الغرف المجتمعة بتاريخ 18 فيفري 1997:

رغم توالي صدور العديد من القرارات التي قضت بضرورة استيفاء الرسمية كشرط لنقل الملكية العقارية، إلا أن المسألة لم تحسم بصفة نهائية.

فقد أثار الملف رقم 136153 مسألة قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي، ولذلك انعقدت الغرفة المختلطة طبقا للمادة 20 من القانون 89-22 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وسيرها وتنظيمها للنظر في هذا الملف، وقد

¹ قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1994/11/09، ملف رقم 103656، نشرة القضاة، العدد 51، نقل عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري المرجع السابق، ص12.

² قرار المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 1990/10/21، ملف رقم 68467، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1992، ص ص 84-86.

تشكلت هذه الغرفة من قضاة الغرفة المدنية والغرفة التجارية والبحرية، ويعد النقاش لم تتوصل الغرفة المختلطة إلى حل نهائي على اعتبار أن الغرفة المدنية تمسكت بموقفها الرامي للقول بصحة العقود العرفية كما تم بيانه أعلاه عند دراسة الموقف في ظل الإجتهد القديم، بينما تمسكت الغرفة التجارية بموقفها الرامي للقول ببطلان هذه العقود لمخالفتها شرط الرسمية.

ونظرا لهذا التباين الملحوظ في المواقف تقرر إحالة الملف طبقا للمادتين 22، 23 من القانون 89-22 أعلاه على الغرف المجتمعة، لأن القرار الذي سيتخذ من شأنه أن يؤدي إلى التراجع عن الإجتهد القضائي لإحدى الغرفتين على النحو السابق بيانه.

وقد انتهت الغرف المجتمعة إلى إصدار قرار بتاريخ 18/02/1997 قضت فيه: "من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري لمحل تجاري... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا. ومن المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... يجب أن تحرر على الشكل الرسمي. ومن المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله".

ورغم أن هذا القرار صدر فصلا في نزاع قضائي يتعلق ببيع محل تجاري غير أنه يمكن تعميمه على جميع الحالات المذكورة في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني ومنها عقد البيع الوارد على عقار أو حق عيني عقاري.

ويرى البعض أن قرار الغرف المجتمعة جاء في وقت مناسب بالنظر لكونه فصل في نقطة قانونية مهمة موحدًا بشأنها الاجتهد القضائي، وذكر جميع القضاة بضرورة التطبيق السليم للقانون.

غير أن القرار المذكور كان يمكن أن يكون أكثر جدوى لو جاء في مرحلة سابقة أين كان تباين الاجتهادات القضائية مبررا من الناحية القانونية بحجج سليمة.

ذلك أنه وكما مر معنا وقبل صدور القانون 88-14 فإن التباين في المواقف كان راجعا لتمسك أصحاب الاتجاه الأول - عن صواب - باستبعاد المادة 12 من الأمر 70-91 التي تستوجب الرسمية وتطبيق مقتضيات القانون المدني لاسيما المادة 351 التي ألزمت البائع بنقل الملكية العقارية دون أن تستوجب أي شروط شكلية، لاسيما أن القانون المدني صدر بعد الأمر

70-91 المتعلق بالتوثيق وكان المشرع يملك مكنة إدراج الحكم المذكور بالقانون المدني بكل سهولة غير انه لم يفعل.

بينما تمسك أصحاب الاتجاه الثاني بضرورة تطبيق المادة 12 من الأمر 70-91 باعتبارها نصا خاصا والخاص يقيد العام.

فإلى غاية هذه المرحلة كان كل موقف من الموقفين المذكورين يشكل اجتهادا قضائيا، مادام أن الاجتهاد وكما هو معلوم هو عملية فكرية يلجأ إليها القاضي لإيجاد حل قانوني لنزاع معروض عليه في حالة عدم وجود نص قانوني أو وجود نص غامض يحتمل أكثر من تفسير واحد، أو وجود أكثر من نص واحد ولكن تطبيق النصين في آن واحد يكون أمرا غير ممكن، أو أن تطبيق كل نص على حدا يعطي حلا قانونيا مخالفا للحل الآخر.

أما وبعد صدور القانون 88-14 المذكور أعلاه فقد أدرج محتوى المادة 12 من الأمر 70-91 في القانون المدني ضمن المادة 324 مكرر 01، ومن ثمة فإن أعمال الإتجاه الأول المذكور صار مفتقدا لأدنى مبرر قانوني، وهو ما يجعل إمكانية الاجتهاد بخصوص مسألة الرسمية غير ممكن على الإطلاق طالما أن القواعد العامة تقضي أنه لا اجتهاد مع وضوح النص.

ولذلك فإن أن قرار الغرف المجتمعة في الحقيقة لا يشكل قرارا مبدئيا ولا يمكن أن يوصف بالاجتهاد القضائي، طالما أنه توصل إلى تكريس موقف الغرفة التجارية البحرية وهو بدوره لا يعد من قبيل الاجتهاد لأنه كان بالأساس مجرد تطبيق سليم لنص قانوني واضح ولا يحتاج لأي تفسير.

ومع ذلك فإن قرار الغرف المجتمعة لا يخلو من فائدة، لأن تباين القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا كان من شأنه أن يبقي الغموض مستمرا ويؤثر بصفة مباشرة على قضاة المحاكم والمجالس ويبقي الجدل مستمرا.

المبحث الثاني : سلطة اختصاص محرر العقد الرسمي

لا يكفي أن يكون العقد الرسمي محررا من طرف الضابط العمومي الموثق أو الموظف العمومي ليكون رسميا وإنما يجب أن يكون هذا الضابط العمومي أو الموظف العمومي متمتعا عند تحريره للعقود بالسلطة (مطلب أول) و الاختصاص (مطلب ثان).

المطلب الأول : سلطة محرر العقد الرسمي

المقصود بسلطة الموظف أو الضابط العمومي كما يعرفها فقهاء القانون هنا ، هي ولاية الموظف العمومي أو الضابط العمومي (فرع أول) وأهليته (فرع ثان).

الفرع الأول: الولاية

وهي أن يكون الضابط العمومي قد تم تعيينه و تكليفه بهذه السلطة عند تحريره للعقود حيث لو قام الموثق أو الموظف قبل تعيينه بممارسة مهامه، فإنه يترتب عليه البطلان.

كما لا يجوز للموظف أو للضابط العمومي تحرير أي عقد مهما كانت طبيعته ، ما لم يكن قد أدى اليمين القانونية ، وهذا ما نصت به المادة : 08 من القانون رقم 06-02 الصادر في 20/02/2006 المنظم لمهنة الموثق.

أما إذا كان الموظف العمومي أو الموثق قد حرر عقدا من عقود نقل الملكية في الفترة التي عقب صدور قرار العزل ، ولم يتم تبليغه لقرار العزل وكان البائع والمشتري حسنا النية لا يعلمان بهذا القرار، فإن العقد يبق صحيحا حماية للوضع الراهن والمصحوب بحسن النية تحقيا لاستقرار المعاملات المدنية¹.

الذي يحرز الموظف العام أو الضابط العمومي، كأن يكون تعيينه في هذه الوظيفة قد تم مخالفا للقانون أو من قبل سلطة غير الشرعية ونفس الشيء ينطبق على الشخص المكلف بخدمة عامة.

الفرع الثاني: الأهلية

¹ ميدي أحمد : الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر : ط 01 ، سنة 2005 ص 35.

الأصل أن الموظف العمومي أو الضابط العمومي مؤهل لتحرير جميع العقود التي تدخل في اختصاصاته، والأصل كذلك كلاهما أهلا لتحرير العقد الرسمي (بيع العقار) .

وجدير بالمقارنة أن القانون الفرنسي الضابط لمهنة التوثيق قد نظم بعض الأحكام التي لا نجد لها مثيلا بنظيره الجزائري، منها ما نصت عليه المادة التاسعة والتي وضعت استثناءات على أهلية الموثق في تحرير العقود بحيث أوجبت أن تتم طائفة منها من قبل موثقين اثنين على الأقل ويتعلق الأمر بالوصايا الخاضعة لقواعد خاصة في القانون المدني أو العقود المتضمنة تراجعاً عن وصايا أو وكالات وذلك تحت طائلة البطلان وأن مخالفة هذه المادة ترتب بطلان الورقة بطلاناً كاملاً يشمل جميع الأجزاء بما فيها تلك التي لا مصلحة للموثق فيها¹.

وقد قيد المشرع الجزائري من صلاحية وأهلية الموثق (الضابط العمومي) في تلقي وتحرير بعض العقود تم حصرها في المواد 19 و 20 ، 21 من القانون رقم 06-02 المتضمن بتنظيم مهنة الموثق حيث لا تجيز للموثق أن يتلقى العقد الذي يكون طرفاً معيناً أو ممثلاً أو مرخصاً له بأية صفة كانت ، أو يتضمن تدابير لفائدته ، بمعناً يكون فيه وكيلاً ، أو متصرفاً أو أية صفة أخرى كانت (أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب، حتى الدرجة الرابعة، أو أحد أقاربه أو أصهاره تجمعهم به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت)².

كما لا يجوز لأقارب وأصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته أن يكونوا شهوداً في العقود التي يحررها³، وفي نفس الموضوع لا يجوز للموثق العضو في مجلس شعبي محلي منتخب أن يتلقى العقد الذي تكون فيه الجماعة المحلية التي هو عضو فيها (في مجلسها) طرفاً فيه⁴، كما يمنع علم الموثق (الضابط العمومي) سواء كان بنفسه أو بواسطة أشخاص بصفة مباشرة أو غير مباشرة القيام بعملية تجارية أو مصرفية وعلى العموم كل عملية مضاربة، التدخل في إدارة أية شركة، القيام بالمضاربة المتعلقة باكتساب

¹ مقني بن عمار: الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات الرسمية، دراسة في القانون المدني، شرط اختصاص المحرر، ص 114.

² ينظر ،المادة 19 من القانون رقم 06-02 ، سالف الذكر.

³ ينظر ، المادة 20 من نفس القانون.

⁴ ينظر ،المادة 21 ، من القانون 06-02 .

العقارات أو إعادة بيعها أو تحويل الديون و الحقوق الميراثية أو أسهم صناعية أو تجارية أو غيرها من الحقوق المعنوية، أو الانتفاع من أية عملية يساهم فيها، أو استعمال أسماء مستعارة مهما تكن الظروف ولو بالنسبة لغير العمليات والتصرفات التي ذكرت أعلاه ، أو ممارسة مهنة السمسرة أو وكيل أعمال بواسطة زوجه، أو السماح لمساعديه بالتدخل في العقود التي يتلقاها دون توكيل مكتوب¹.

المطلب الثاني: اختصاص محرر العقد الرسمي

قد تثور أحيانا فكرة الاختصاص المحلي أو الإقليمي والاختصاص النوعي أو الموضوعي كلما كنا بصدد الحديث عن مؤسسات أو هيئات عمومية، أو عن موظفين عموميين وقواعد الاختصاص تختلف عن نظام الإقامة المهنية ومكان ممارسة النشاط بالنسبة للتجار والحرفيين وأصحاب المهن الحرة، فكل واحد من هؤلاء ملتزم فقط باختيار موطن له لاتخاذ مقرا اجتماعيا ومكانا لممارسة نشاطه، وتكون صلاحياته محددة بشكل موضوعي وشخصي.

غير أن الأمر يختلف بالنسبة للمكاتب العمومي للتوثيق والموثقين والتي خصها المشرع بصلاحيات واسعة غير التي نجدها لدى الموظف العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة باعتبار أن أغلب المحررات الرسمية يتولى تحريرها الضابط العمومي لا سيما المنصوص عليها في المادة 324 من القانون المدني، بالإضافة إلى المحررات التي يؤد الأطراف إخضاعها للشكلية الرسمية في إعطائها الصيغة الرسمية، لذلك سنتناول في الفرع الاول اختصاص الموظف والضابط العمومي والشخص المكلف بخدمة عامة مع التركيز أكثر على الضابط العمومي كونه هو المختص في تحرير عقود البيع بين الخواص والأكثر شيوعا ويخصص الفرع الثاني للاختصاص الاقليمي لمحرر العقد الرسمي .

الفرع الأول : الاختصاص الموضوعي

¹ ينظر ، المادة 22 من القانون رقم 06-02 المذكور أعلاه .

وفيه يكون الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة مختص موضوعيا أو نوعيا بتلقي وتحرير المحررات الرسمية، ويتحدد اختصاص كل موظف تبعا للقانون الذي ينظم الهيئة الإدارية التي يتبعها ذلك الموظف ومن هؤلاء الموظفين:

أولا/ مدير أملاك الدولة :

تنص المادة الأولى من القرار المؤرخ في 1992/01/20 المتضمن منح التفويض لمدير أملاك الدولة للولاية لإعداد العقود التي تخص الأملاك الوطنية الخاصة للدولة ، كما أجازت المادة 175 من المرسوم التنفيذي رقم 91-454 المؤرخ في 1991/11/23 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوطنية الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها للوزير المكلف بالمالية بمنح تفويض لمديري أملاك الدولة بالولاية ، بتحرير عقود البيع المتعلقة بالأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة وبحفظ النسخ الأصلية ذات الصلة بها¹ .

ومن بين العقود المعدة والمحرة من قبل مدير أملاك الدولة بالولاية :

-عقود التنازل المحررة طبقا للقانون رقم 81-01 المؤرخ في 1981/02/07 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة أو الجماعات المحلية ، ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية.

-عقود الاستصلاح: التي تبرم في ظل القانون رقم 83-18 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية والمرسوم التنفيذي التطبيقي له رقم : 83-724 في 1983/12/10 .

- العقود المحررة في إطار المرسوم التنفيذي رقم: 97-483 المؤرخ في 1997/12/15 والمحدد لكيفيات منح حق امتياز قطعة أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعبائه وشروطه .

¹ الجريدة الرسمية عدد : 60- 1991 - ص 383 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي بالمرسوم التنفيذي رقم 93-303. المؤرخ في 1993/12/08. جريدة رسمية عدد 82.

ثانيا/رئيس المجلس الشعبي البلدي:

والذي يعتبر ضابطا عموميا والذي يقوم بإعداد وتحرير العقود بالنسبة للعقارات التابعة للبلدية المدمجة في الاحتياطات العقارية والتي جردت قبل صدور القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري.

ثالثا/القنصل :

فوضت المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 02-407 رئيس المركز القنصلي بالخارج بالخارج على أن رئيس المركز القنصلي يمارس الوظيفة التوثيقية في إطار التنظيم المعمول به والأحكام التعاقدية المتصلة بذلك¹.

رابعا/الضابط العمومي:

لقد أعطى المشرع الجزائري صلاحيات واسعة للضابط العمومي (الموثق)، في تحرير جميع العقود التي يتطلب فيها القانون الصبغة الرسمية، او التي يرغب أطرافها في إلحاق هذه الصفة بها، ويبرز هذا الاحتكار القانوني بتقديم هذه الخدمة ربما بكفاءة الموثقين المهنية والنضج والوعي الذي يفترض تحليهم به، وبالتالي أعطى لهم الاختصاص المطلق، إن لم نقل أنهم الأشخاص الوحيدين المؤهلين لإضفاء الصبغة الرسمية على عقود القانون الخاص، فالبيع العقاري بين الخواص لا يملك احد تحريرها سوى الضابط العمومي -الموثق- وذلك بحكم نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ، وكذلك الشأن بالنسبة للتصرفات التي لم يشترط القانون فيها الشكلية أو الرسمية، لكن أطراف العقد اتفقا على إفراغها وإثباتها في سند رسمي²، وهذه هي الشكلية الاتفاقية التي مصدرها إرادة الأطراف ، والإغفال عنها أو تخلفها لا يرتب البطلان لأنها ليست شكلية مباشرة متصلة بالعقد ولا هي ركن لانعقاد العقد، بل هي للإثبات فقط خلافا للشكلية القانونية التي تخضع للقانون.

¹ الجريدة الرسمية عدد 79 ص 21، مرسوم رئاسي رقم 02-04. المادة 38 يمارس رئيس المركز القنصلي المهام التوثيقية .

² د - مقني في عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية ، المرجع السابق ، ص 112.

وبالرجوع إلى الاختصاص الموضوعي للموثق، فإن النصوص التشريعية المتتالية المنظمة للتوثيق ومهنة الموثق نجدها كلها تحدد صلاحيات ومهام الموثق بشكل عام، دون أن تضع حدودا موضوعية لمجال تدخل الموثق، ودون أن تضع ضوابط أو معايير لتحديد دائرة الاختصاص الموضوعي أو النوعي للموثق ومكتب التوثيق.

فبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 06-02 نجد أن المادة 03 منه نصت على أنه: "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاؤها هذه الصيغة".

وقاعدة الرسمية مكرسة في التشريع الجزائري منذ 1971/01/01 بمقتضى أحكام المادتين (12 و 13) من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق.

وتشمل شكلية الرسمية وفقا لنص المادة 324 مكرر 1 المذكورة أعلاه، تحت طائلة البطلان جميع المعاملات والعقود الواردة على :

- الحقوق العينية العقارية الأصلية كانت أو التبعية.
- المعاملات الواردة على المحلات التجارية والصناعية أو بعض عناصرها.
- الإيجارات الزراعية والتجارية وتشديد المحلات التجارية.
- العقود المؤسسية والمعدلة للشركات وحلها مدنية كانت أو تجارية.
- المعاملات الواردة على الحصص والأسهم الاجتماعية في الشركات .
- عقود التسيير المتعلقة بالمحلات التجارية والمؤسسات التجارية والصناعية.
- وتتجلى مظاهر ممارسة السلطة العمومية من طرف الموثق في الصلاحيات والمهام المسندة له، والمتمثلة بصفة أساسية في :

1- إضفاء الصبغة الرسمية للعقود المتضمنة اتفاقات الأشخاص سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أم أشخاص اعتبارية عموميين أو خواص، في حدود صلاحياته واختصاصه، طبقا للمادة 03 من القانون رقم : 06-102¹.

2- حفظ العقود التي يحررها والتي يتسلمها للإيداع وحفظ الأرشيف التوثيقي وفقا للمادة 10 من القانون 06-02 والذي يعتبر أرشيفا عموميا للدولة ، طبقا لأحكام المادة 05 من قانون الأرشيف الوطني والذي يتمتع بالحماية المقررة للأموال العمومية وفقا لأحكام المادة 16 من نفس القانون فضلا عن الأحكام الجزائية المقررة في المادتين 155 و 159 من قانون العقوبات.

3- السهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما تسجيل وإعلان ونشر شهر الحقوق في الآجال المحددة قانونا، ويعني بذلك العقود الواردة على الأملاك العقارية التي يجب شهرها، بعد تسجيلها، وكذا عقود تأسيس الشركات وتعديلها والتي يجب إعلانها ونشرها في الجرائد وفي النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، طبقا لنص المادة 10 من القانون رقم 06-02.

4- القيام بمهمة المراقبة القبلية للتأكد من صحة العقود والاتفاقات لضمان انسجامها مع الأحكام التشريعية والتنظيم الجاري به العمل وضمان تنفيذها وهو ما جاء في المادة 12 من نفس القانون.

5- تحصيل الحقوق والرسوم الجبائية المختلفة المترتبة على العقود المبرمة أمام الضابط العمومي الموثق والمستحقة لفائدة الخزينة العمومية ودفعها لقابض الضرائب باعتباره المكلف القانوني والمحصل لها طبقا للمادة 40 من نفس القانون والمادة 82 من قانون التسجيل الصادر بالأمر 76-105 المعدل والمتمم².

6- إعطاء الصيغة التنفيذية للعقود التي يحررها أو يتلقاها من أجل ضمان تنفيذها جبرا، في حالة عدم تنفيذها طوعا من قبل الأطراف ، وذلك دون حاجة إلى استصدار أحكام قضائية.

¹ الأستاذ زيتوني عمر ، مؤلف، النظام القانوني لمكاتب التوثيق ، مجلة الموثق، العدد 01 ، ص 24 ، شهر يونيو.

² ينظر المادة 82 ، من الامر رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم .

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي لمحضر العقد الرسمي

يرتبط الاختصاص الإقليمي بكل موظف عمومي في السلك الإداري بدائرة الاختصاص للهيئة الإدارية التابع لها ولا يمكن أن يتجاوز حدودها ، فاختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يمتد إلى مجموع إقليم البلدية واختصاص مدير أملاك الدولة يمتد إلى كامل إقليم الولاية واختصاص القنصل يمتد إلى الدائرة القنصلية، واختصاص كاتب الضبط بالمحكمة يتحدد بدائرة اختصاص المحكمة التي يشتغلون على مستواها.

ويرتبط الاختصاص المحلي أو الإقليمي بمسألتين جوهريتين هما:

1- المواطن القانوني للأطراف أو محل إقامتهم أو المواطن المختار أو مكان التعاقد.

2- مكان وجود الأموال العامة والعقارية منها خاصة.

وإذا كان الاختصاص الإقليمي أو المحلي للموظف أو الشخص المكلف بخدمة عامة يتحدد والنظام القانوني المنظم للهيئة الإدارية التي يتبعها ذلك الموظف ، فإن الضابط العمومي - الموثق - خرج عن القواعد العامة للاختصاص المحلي الذي يخضع له الموظفون العموميون .

إذا كان قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 المؤرخ في 25/02/2008 في المواد 37 وما بعدها، قد وضع جملة من قواعد الاختصاص قائمة كلها على أساس مسألتين المذكورتين أعلاه فإن قانون التوثيق السابق رقم: 88-21 جعل الاختصاص الإقليمي للمكاتب العمومية للتوثيق المرتبطة في إنشائها بدائرة اختصاص محكمة ومجلس قضائي محدد يمتد إلى كامل التراب الوطني بالنص على ذلك في المادة 02 منه : "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تخضع لأحكام هذا القانون وأحكام التشريع¹ المعمول به، ويمتد اختصاصها إلى كامل التراب الوطني". ونفس النص تضمنته المادة 02 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 .

ويفهم من ذلك أن الموثق مختصا إقليميا بتلقي وتحديد العقود مهما كان موطن الأطراف المتعاقدة أو محل إقامتهم، وأينما وجدت الأموال العقارية أو المنقولة محل العقد وهذا خلافا لنظام

¹ الأستاذ الموثق ، زيتوني عمر، النظام القانوني لمكتب التوثيق، المرجع السابق ، ص 22 و 23

التوثيق السابق الصادر بالأمر رقم 70-91 إذ كانت المادة 06 منه تقضي بتحديد اختصاص الموثق بدائرة اختصاص المحكمة المعين بها.

وتنص المادة 02 من القرار المؤرخ في 14/11/1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، والمادة 59 من القرار المؤرخ في 14/11/1992 على أنه: "لا يجوز للموثق أن يصدر أو يتلقى الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار خارج مكتبه إلا إذا كان البائع والمشتري في حالة لا تسمح لهما بالحضور إلى المكتب ، ففي هذه الحالة يجوز للموثق أن ينتقل لإصدار هذه الورقة أو تلقيها".

إن قاعدة الاختصاص الإقليمي الوطني لمكتب التوثيق تنسجم وقاعدة نفاذ العقد الرسمي في كامل التراب الوطني المقررة بموجب المادة : 324 مكرر 5 التي تنص: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

يستنتج من هذا النص أن هذه القاعدة الأخيرة هي التي تشكل حلقة الربط بين قاعدة الاختصاص الوطني لمكتب التوثيق وقاعدة الاختصاص الإقليمي المحدود للمؤسسات والهيئات العمومية .

الفرع الثالث: شروط مراعاة الأشكال القانونية

تختلف الأشكال القانونية في تحرير أية وثيقة أو عقد رسمي من إدارة إلى أخرى حسب الأشكال المعتمدة قانونا لدى الجهة المختصة في تحرير الوثيقة أو العقد الرسمي الصادر عنها.

وبعض هذه الشكليات يحددها القانون وبعضها يحددها التنظيم، وبعضها يخضع للعرف ومنها ما هو عبارة عن عادات شكلية متوارثة منذ العهد الاستعماري¹.

وقد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 324 من القانون المدني الجزائري² وغالبا ما تحدد النصوص التشريعية ، والتي تحيل على التنظيم كليات وشكل تحرير السندات

¹ د - تقني بن عمار ، المرجع السابق ، ص ص119،118.

² ينظر، الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 ديسمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، سالف الذكر .

الرسمية والعناصر التي يقتضي توافرها ، وذكرها في ذلك العقد الرسمي التي تعتبر جوهرية ، مثل ما هو منصوص عليه في المادتين 26 و 29 من القانون رقم: 06-02 ، والمرسوم رقم 76-63 سالف الذكر(المواد : من 61 إلى 71) .

وتتطبق هذه الأشكال أيضا على العقود التي يختص بتحريرها كل من مدير أملاك الدولة ورئيس المجلس الشعبي البلدي، حيث تظهر هذه النماذج في العقود التي تصدر عن كل منهما بموجب نصوص تنظيمية، وحتى في بعض العقود الأخرى ومنها الوكالات الصادرة عن القنصلية في الخارج هي ذات شكل خاص وموحد.

غير أنه بالنسبة للعقود الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري فالأشكال والأوضاع التي يشترطها القانون لاسيما بعض البيانات الأساسية في هذه العقود المتعلقة بالشرط الشخصي لمحرر العقد، والأطراف، وتعيين العقار هي واحدة بالنسبة لهذه العقود مهما كان مصدرها سواء كانت أحكاما أو قرارات قضائية أو عقود إدارية أو عقود توثيقية.

وبالنسبة للعقود التوثيقية فإن الشكليات المتبعة في تحرير العقد التوثيقي تمر بثلاث مراحل هي :

- مرحلة ما قبل تحرير العقد.
- مرحلة تحرير العقد .
- مرحلة ما بعد تحرير العقد.

أولا/ مرحلة ما قبل تحرير العقد:

وهي المرحلة التي تتميز بالدراسة الدقيقة للملف المودع لدى الموثق لا سيما إذا ما تعلق الموضوع بالبيع (بيع عقار) .

وللتذكير في هذا المجال، سبق وأن أشرنا إلى أن الضابط العمومي (الموثق)، لا يجوز له أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان مخالفا للقوانين والأنظمة السارية المفعول (المادة 15 من القانون رقم 06-02) ، ويتعين على الموثق في هذه المرحلة دراسة الملف بعناية وتركيز وذلك بالتأكد من حضور الأطراف المعنية من خلال الاطلاع على الوثائق المقدمة ظاهريا

وصحتها ومطابقة البيانات المدونة فيها مع البيانات الموجودة في سند الملكية، لا سيما ما تعلق بهوية الأطراف المقيدة في بطاقة التعريف الوطنية أو رخصة السياقة أو جوازات السفر وكذا أهليتهم المدنية ومدى مدة صلاحيات الوثائق المقدمة، وما يثير الانتباه في هذه الحالة هو أن طول مدة صلاحية وثائق الهوية يتغير أحيانا إلى درجة يصعب معها التأكد من أن الوثيقة المقدمة التي يحملها هي فعلا له .

والتأكد أيضا من أهلية الأطراف المدنية الظاهرة وذلك ببلوغ سن الرشد المدني ، وانقضاء عوارض الأهلية كالعته والجنون، وعيوب الرضا، كالإكراه المادي، أو المعنوي الظاهرة أمام الموثق.

إلى جانب ذلك يجب التأكد من عدم تسجيل أي من الأطراف في قائمة المحجور عليهم بدائرة اختصاص المحكمة، والتي يتعين تعليقها بمكتب الموثق لمعرفة الأطراف أو الأشخاص المحجور عليهم.

بالإضافة إلى التأكد من صفة كل طرف في العقد المواد إبرامه، وتحدد صفة كل طرف إن كان مالكا أو حائزا أو وارثا أو وليا شرعيا أو مقما أو شريكا في الملك أو وكيفا وفي هذا الجانب يجب التأكد من شكل الوكالة سيما إذا كانت محررة في دولة أجنبية ، هنا ينبغي التأكد من النموذج والشكل المحدد قانونا لها .

كما يجب التأكد من الصلاحيات الممنوحة للوكيل المراد استعمالها في موضوع العقد المراد إبرامه، وأن صلاحية الوكالة لازالت سارية ولم تعثرها أحكام وإنهائها طبقا لنص المادة 586 من القانون المدني الجزائري.

التأكد من سندات الملكية والوثائق الملحقة بها، وأن العقد الرسمي أو سند الملكية المقدم هو عقد رسمي مسجل ومشهر بالمحافظة العقارية يتضمن جميع البيانات المتعلقة بالعقار من حيث التعيين الدقيق له، واصل ملكيته، ووضعيته بالنسبة للمسح، والتأكد من الطرف المالك المدون في سند الملكية من حيث الهوية ومطابقتها للوثائق الحالة المدنية المقدمة ، وإن كان مالك العقار ورثة يتعين في هذه الحالة التأكد من الفريضة المقدمة وانتقال الملكية للورثة قد تمت بموجب الشهادة التوثيقية وأن العقار غير مثقل برهن أو محجوز عليه.

ثانيا/مرحلة تحرير العقد :

وهي مرحلة تجسيد إرادة الأطراف في عقد رسمي وفقا للشروط والأشكال التي ينص عليها القانون ، وبعد الدراسة الوافية للملف المودع لدى المكتب العمومي للتوثيق وفحص جميع الوثائق والمستندات المرفقة والملحقة بالملف والتأكد من رغبة ونية ورضا الأطراف في إبرام العقد المتمثل في نقل ملكية العقارات تأتي مرحلة التحرير وهي الكتابة الرسمية للعقد، وفي هذا الإطار ذكر القانون رقم 02-06 بوجوب تحرير العقود التوثيقية الرسمية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام¹، والمواد (من المادة رقم 61 إلى المادة 71) من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري سالف الذكر والخاصة بالعقود المنصبة على المعاملات العقارية.

ويجب أن تدون في العقد الرسمي جميع البيانات سواء منها المتعلقة بالأشخاص (الأطراف المتعاقدة) أو العناصر والبيانات المتعلقة بالموضوع وهو العقار .
وتقسم هذه البيانات المثبتة للبيع إلى بيانات عامة وبيانات خاصة.

أ/ البيانات العامة :

وهي التي يجب إدراجها في العقد الرسمي بل وفي جميع العقود الرسمية مهما كان مصدرها وتتعلق أساسا :

- بصفة محرر العقد ، فيذكر إسم ولقب الموثق ومقر مكتبه.
- إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ميلاد البائع والمشتري وجنسيتهما (إذا كان أحد طرفي العقد شخص معنوي ، يتعين ذكر المقر الاجتماعي للشركة، وسجلها التجاري، ورقمها الجبائي وتاريخ صدور القانون الأساسي لها، ومسيرها مع تبيان هويته) .
- إسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ميلاد الشهود عند الاقتضاء.

¹ المادة 26 من القانون 02-06 ، سالف الذكر.

- إسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء .
- المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه عقد البيع .
- وكالة البائع والمشتري المصادق عليها التي يجب أن تلحق بأصل العقد.
- توقيع البائع والمشتري والموثق والشهود والمترجم عند الاقتضاء .

وقد نصت على وجوب ذكر هذه البيانات العامة عدة نصوص قانونية مختلفة منها نص المادة 29 من القانون رقم 06-02 ، المادة 28 من القانون المدني ، المادة 138 من قانون التسجيل ، المادة 62 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، والمادة 30 من قانون الحالة المدنية¹.

ب/ البيانات الخاصة :

يتوجب على الموثق في العقود الناقلة للملكية (البيع) أن يحدد في العقد التوثيقي تعيين العقار تعيينا دقيقا بحيث يحدد في فقرة التعيين طبيعة العقار إن كان أرضا صالحة للبناء أو أرض فلاحية ، أو عقار سكني يقع في عمارة ذي ملكية مشتركة، أو سكن مفرز أو مشاع ، ومشمولاته وموقعه ومساحته، وحدوده عن كان العقار يقع في منطقة غير ممسوحة وذكر البناية والرقم والشارع أو الحي، الذي يقع فيه موقع العقار، ورقم الوحدة ، وبقية الأجزاء المشتركة إن كانت شقة في عمارة ذي ملكية مشتركة ، وذكر القسم ومجموعة الملكية إن كان العقار ممسوحا.

والجدير بالذكر في هذا الجانب أن الموثق مقيد بالتعيينات الموجودة في سند الملكية أو الدفتر العقاري ولا يمكن الخروج عنها ولو تغيرت طبيعة العقار عدا في حالة قسمة جديدة للعقار أو تجزئته .

¹ المادة 30، من الأمر 20-70 ، المتعلق بالحالة المدنية، المعدل بالقانون 14-08: "تبين في عقود الحالة المدنية: السنة والشهر واليوم والساعة التي تلتقيت فيها، وكذا اسم ولقب وصفة ضابط الحالة المدنية وأسماء وألقاب ومهن وموطن كل الذين ذكروا، كما تبين فيه تواريخ وأماكن ولادة الأب و الأم الموجودة في عقود الميلاد، والأزواج في عقود الزواج والوفاة في عقود الوفيات عندما تكون معروفة أما إذا كانت مجهولة فإن العمر يبين بعدد السنوات كما هو في جميع الأحوال عمر المصريحين أما فيما يتعلق بالشهود فتبين فقط صفة رشحهم كما يمكن أيضا ذكر الأسماء المستعارة والكنيات، وإذا خشي وقوع التباس بين عدة أسماء مترادفة فيجب أن يسبقها نعت (المدعو)".

وقد تناولت نصوص قانونية هذا الباب بدءاً بالمادة 324 مكرر 4 من القانون المدني وكذلك المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري سالف الذكر¹.

كما يجب ذكر أصل الملكية والذي يتمثل في المصادر والمراجع التي اكتسب بها المالك (البائع) إما بالشراء، أو عن طريق الميراث، أو طريق الحيازة والتقدم المكسب المنصوص عليه بالمادة 827 من القانون المدني.

إلى جانب ذلك يتعين على الموثق ذكر مراجع قرار رخصة التجزئة، ورقمه وتاريخ صدوره، والجهة التي أصدرته إن كان العقار مفزراً، أو مراجع الجدول الوصفي للتقسيم ومراجعته وإشهاره والخبير العقاري الذي أعده إن كان العقار ذو ملكية مشتركة، وغالباً ما ينصب على العمارات ذات الملكية المشتركة دون الإغفال عن ذكر رقم موافقة مصالح التعمير عليها والمؤشر عليها بالمخطط.

ثم تأتي مرحلة ذكر الثمن باعتبار أن لكل تصرف ثمن يعبر عن قيمته وهو عنصر جوهري في العقود، وقد نص المشرع على ذلك صراحة في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني مع وجوب دفع الثمن تحت طائلة البطلان بين يدي الموثق، وهو ما نلمسه في المادة 1-256 من قانون التسجيل رقم 76-105²، التي تلزم دفع ثمن نقل الملكية بين يدي الموثق في جميع العقود التوثيقية المتضمنة نقل الملكية لقاء عوض تحت رفض إجراء تسجيل العقد من قبل مفتشية التسجيل والطابع المختصة، ويجب أن يبين في العقد كيفية الدفع إن كان معجلاً أو مؤجلاً، وإن كان الثمن يتم تسديده على أقساط، يتعين عندئذ تحديد تلك الأقساط وآجال دفعها لتمكين البائع من استخراج النسخة التنفيذية لدى الموثق محرر العقد إذا ما تأخر المشتري عن دفع الأقساط في أجلها.

¹ ينظر، المادة 66 والمواد (من 68 إلى 71) من المرسوم 76-63 سالف الذكر.

² أمر رقم 76-105، مؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق لـ 9 ديسمبر سنة 1976، يتضمن قانون التسجيل.

ويجب التذكير أيضا في العقود الشكلية (البيع العقاري) أن ينص في العقد على أجل تسليم المبيع ، إن كان من تاريخ إبرام العقد أم بتاريخ لاحق ، والغرض من ذلك هو تمكين المشتري من نسخة تنفيذية للعقد، إذا ما أدخل البائع في تسليم المبيع في الآجال المتفق عليها.

ج/التصريحات :

وهي تلك التي يتلقاها الموثق من ذوي الشأن وهو ما نص المشرع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني ، لا سيما في عقود البيع التي يدلي بها البائع وتدون في العقد أن العقار المبيع خال من كل دين أو رهن أو استحقاق للغير مهما كان نوعه ، وبالمقابل يصرح المشتري بأنه عاين العقار المبيع ورضي به.

إلى جانب التصريحات يتعين تدوين الشروط والتكاليف التي يرتضيها الطرفان على أن تكون هذه الشروط لا تتنافى مع طبيعة العقد أو مخالفة للقوانين والأنظمة السارية المفعول، مع تلاوة القوانين الجبائية على الأطراف وهو عنوان يميز كل العقود التي يكون محلها نقل ملكية حقوق عقارية أو تجارية وهو ما أوجبه الفقرة الرابعة من المادة 4/113 من قانون التسجيل رقم : 105-76 تحت طائلة عقوبات مالية وأن يتم التنصيص في العقد على أن الموثق تلا على المتعاقدين أحكام المواد 13 إلى 118، إلى 121، ثم يردفها بعبارة مفادها أنه لا يعلم إذا كان الثمن المصرح به في العقد قد تم تعديله بسند مضاد، ثم عليه أن يثبت بأن الأطراف يؤكدون أمامه بصحة الثمن المصرح به طبقا للمادة 133.

والجدير بالملاحظة أن الهدف من تلاوة النصوص الجبائية على أطراف العقد للفت انتباههم إلى الآثار المترتبة على إخفاء الثمن الحقيقي تهريا من حقوق التسجيل، وأن إدارة الضرائب لها كامل الصلاحيات في إعادة تقويم العقار خلال أربع (4) أشهر من تاريخ إبرامه.

والجدير بالملاحظة والتذكير في اختتام العقد ، عادة ما ينص في نهاية العقد بعبارة : (إثباتا لما ذكر) ، بناء على أن العقد وسيلة إثبات وحجة على ما ورد فيه .

وبالنسبة للشهود، فخلو العقد الرسمي لا سيما في عقود البيع الواردة على العقارات من حضور شاهدين ، يعد عيبا شكليا ويتعرض العقد للبطلان وفقا لنص المادة 324 مكرر 3 من

القانون المدني رقم 88-14 حيث جاء في نصها ما يلي : "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين" .

خلافًا لنص المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني التي تركت أمر توقيع الشاهدين على العقد للسلطة التقديرية للموثق، وهو ما نلمسه أيضا من نص المادة 29 البند 3 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق والتي نصت على: "...توقيع الأطراف ، والشهود والموثق، والمترجم عند الاقتضاء..." .

وبعد تعديل المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005¹ والتي تنص على انه: "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية، بحضور شاهدين" .

ويستفاد من هذا العقد أن العقود الإحتفائية ولو لم يحددها المشرع ولكن شراح القانون ذكروا منها عقود: الهبة ، والوصية ، الوقف ، عقود الزواج.

¹ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو 2005 المعدل والمنتم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44 ، لسنة 2005 .

خلاصة الفصل الأول:

لقد كانت المعاملات العقارية تتم بمجرد تبادل التراضي بين طرفي العقد و بصيغة الإيجاب و القبول ينشأ العقد و يرتب التزامات بين طرفي العقد دون اللجوء إلى إفراغ هذا التراضي في شكل معين ، و لذلك فإن شروط العقد تحكمها القواعد العامة التي تقتضي توافر الأركان الثلاثة في العقد و هي الرضا و المحل و السبب .

و قد كانت الشريعة الإسلامية السماح سبابة في جعل الكتابة و الإشهاد أكثر دلالة على توثيق إرادة طرفي العقد لاسيما في المعاملات المدنية و هو ما تجلى في الآية القرآنية الكريمة من أواخر سورة البقرة .

و بالنسبة للتشريعات الوضعية و بالتحديد التشريع الجزائري فالشكلية لم تكن قد نشأت قبل الاستقلال، حيث كانت القوانين الفرنسية المطبقة على المعاملات العقارية و التي لم تكن تتطلب شكلية ، بل كانت الرضائية تكفي لإنشاء العقد ، إلى جانب العقود العرفية التي تتم بين المواطنين تجنباً للتكاليف و الرسوم التي يتطلبها العقد من جهة ، و من جهة ثانية غياب السندات الرسمية المثبتة للملكية لدى أغلب السكان آنذاك، و بعد الاستقلال صدر أول نص تشريعي يقر شكلية و يلزم المتعاقدين إخضاع المعاملات العقارية في تحريرها أمام الموثق مع إلزامية دفع الثمن بين يدي الموثق ، و ذلك في قانون المالية لسنة 1965 تحت طائلة رفض إجراء التسجيل .

و بصور الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق و في مادته 12، نص المشرع الجزائري تحت طائلة بطلان جميع المعاملات العقارية و المنقولة في تحريرها أمام الموثق مع إلزامية دفع الثمن بين يدي الموثق ، و يعتبر النص المذكور بمثابة الاستثناء الذي فرضه المشرع على مبدأ الرضائية و الذي أصبح ركناً رابعاً في إنشاء العقد .

و قد تباين موقف القضاء الجزائري بشأن تكييف شكلية المقررة في المادة 12 من الأمر 70-91 وذلك حتى بعد إدراجها ضمن المادة 324 مكرر من القانون المدني مما استدعى تدخل المحكمة العليا ، بإصدار قرار عن غرفها المجتمعة بتاريخ: 18/02/1997 و الذي من خلاله استقر على التصريح بأن شكلية الرسمية ركن لانعقاد يترتب على تخلفها البطلان المطلق .

الفصل الثاني

نظام الشهر العقاري

إن نظام الشهر العقاري عمل فني يهدف إلى شهر مختلف التصرفات القانونية الواردة على العقارات بالمحافظة العقارية لإعلام الكافة بها ، ويعتبر من الأهداف التي ترمي إليها معظم التشريعات من أجل تنظيم الملكية العقارية وضمان الاستقرار والائتمان العقاري.

ويعرف الشهر العقاري أيضا بأنه مجموعة إجراءات وقواعد قانونية ملزمة، هدفها إعلام الكافة بجميع التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت كاشفة أو منشئة ، أو ناقلة أو معدلة أو منهية لحق عيني عقاري أو تبعي ، وبغض النظر عن نوع التصرف كان عقدا أو حكما قضائيا أو قرارا إداريا¹.

ولعل أو قانون تطرق إلى وجوب إخضاع التصرفات القانونية الواردة على المعاملات العقارية لعملية الشهر العقاري هو نصا المادة 793 من القانون المدني التي نصت على أن كل المعاملات العقارية لا تكون نافذة حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة إلا بمراعاة إجراءات الشهر، ثم تلاه صدور الأمر رقم : 74-75 سالف الذكر².

غير أن التطور الذي عرفته مختلف الشعوب والأول في مختلف العصور أدى إلى ظهور نظامين أساسيين للشهر العقاري، هي نظام الشهر الشخصي، ونظام الشهر العيني .

ويعد نظام الشهر الشخصي من أقدم أنظمة الشهر العقاري، حيث ساد هذا النظام بلاد العالم كلها منذ يوم 1855/03/23 لا سيما الدول اللاتينية.

ويعرف نظام الشهر الشخصي هو ذلك النظام الذي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين عليها، وليس طبقا للعقار ومن هنا جاء تسمية هذا النظام بنظام الشهر الشخصي والتي تفيد أن الشخص محل اعتبار التصرفات العقارية .

¹ الدكتور : مقني بن عمار ، المرجع السابق ، ص ص 189،190

² ينظر المادتان 15 و16 من الامر 74-75 سالف الذكر.

أما نظام الشهر العيني فقد ظهر نتيجة للانتقادات التي واجهت نظام الشهر الشخصي والعيوب التي ألحقت به، ولذلك ظهر هذا النظام البديل عن الأول، وكضمان أكثر في تحقيق استقرار الملكية العقارية والائتمان العقاري، ويرتكز هذا النظام على خلاف نظام الشهر الشخصي في شهر التصرفات العقارية على أساس العقار محل التصرف وليس على أساس الأشخاص المالكين.

المبحث الأول : إلزامية الشهر العقاري

لقد رتب المشرع الجزائري إجراءات لاحقة لإتمام شكلية العقد الرسمي وترتيب آثاره العينية بين المتعاقدين واتجاه الغير، وقبل الشروع في عملية إجراء عملية الإيداع ، نذكر بأن محري العقود والوثائق الخاضعة للشهر العقاري ملزمون سواء كانوا ضباط عموميون، موثقون، أو كتاب الضبط، أو سلطات إدارية (مدير أملاك الدولة، رؤساء المجالس الشعبية البلدية القنصلية ...). بإيداع الوثائق والعقود والقرارات لدى المحافظة العقارية المختصة ، لشهرها في الآجال المحددة قانونا.

غير أن ما يجب التذكير به في هذا المجال قبل عملية الإيداع بالمحافظة العقارية، أن تكون الوثائق والعقود والقرارات موضوع تسجيل لدى مصالح مفتشية التسجيل والطابع المختصة إقليميا عملا بأحكام المواد من 192 إلى 195 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم ، لتكون الوثائق والعقود المراد إيداعها بالمحافظة العقارية للإشهار تتضمن في فترتها الخاصة بالتسجيل تاريخ تسجيلها، ومبلغ الرسوم المحصلة ورقم الوصل.

وسوف نتطرق الى الإيداع القانوني للوثائق بالمحافظة العقارية (مطلب أول) ، ولإيداع غير القانوني ورفض الإيداع والإجراءات (مطلب ثان).

المطلب الأول: الإيداع القانوني وإجراء عملية الشهر

كما سبق وان ذكرنا بأن الضابط العمومي(الموثق) عند الانتهاء من مرحلة تسجيل عقده أو عقوده، تبقى له المرحلة الأخيرة من عملية إتمام العقد وتأخذ هذه المرحلة أهمية كبيرة نظرا لما قد يترتب عليه آثار قانونية في مصلحة المتعاقدين والغير.

وبالرجوع إلى نص المادة 793 من القانون المدني ، التي تؤكد على أهمية مراعاة إجراء الشهر للعقد موضوع نقل الملكية العقارية وأن الآثار المترتبة على العقد الخاص بنقل الملكية لا يسري مفعولها بين طرفي العقد واتجاه الغير إلا بشهر الحقوق العينية العقارية .

وسنتناول عملية الإيداع القانوني للعقود بالمحافظة العقارية (فرع أول) ، وإجراءات عملية الشهر (فرع ثان).

الفرع الأول: عملية الإيداع القانوني للعقود بالمحافظة العقارية

يتعين على محرر العقد أن يعد العقد المراد إشهارة، ويفرغه في نموذج خاص عبارة عن استمارة تدعى: (PR06) وتحرر على نسختين يتم إيداعهما بالمحافظ العقارية مرفقتين بالوثائق الضرورية للعقد تحت طائلة رفض الإيداع من قبل المحافظ العقاري طبقاً للمادة 92 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المذكور أعلاه، وأن يتم الإيداع في الآجال المحددة طبقاً لنص المادة 90 من المرسوم المشار إليه أعلاه، وأن يكون العقد المودع للإشهار مستوف جميع الشروط القانونية الخاصة بالأطراف ومحل العقد طبقاً لنص المادة 62 من المرسوم التنفيذي : 63-76¹ ، والتي تم تعديلها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19/05/1993 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 63-76 السالف الذكر ، وذلك بإضافة عنصر جنسية الأطراف، وفقاً للمادة الأولى من المرسوم المعدل وقد أطلق المشرع على الهوية الكاملة للأشخاص الطبيعيين الشرط الشخصي للأطراف وهو ما أشارت إليه المادة 65 من المرسوم 63-76 السالف الذكر بقولها : " إن العقود والقرارات والجدول فيما يخص الأشخاص الطبيعيين يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرطي الشخصي للأطراف ...".

أما بالنسبة لعناصر التعيين بالنسبة للأشخاص المعنوية، فإنها تختلف باختلاف شكلها وطبيعتها القانونية .

¹ ينظر المادة 63 من الأمر 63-76 المتعلق بتأسيس سجل العقاري ، جريدة رسمية عدد 30 ص 504.

وقد يتطلب العقد المودع للإشهار وثائق جوهرية تلحق بالعقد تتمثل في :

- الجداول الوصفي للتقسيم: عندما يتعلق محل العقد بجزء من عقار مبني على شكل ملكية مشتركة من أجل تحديد الوحدة العقارية محل التصرف.

- مستخرج مسح الأراضي: إذا كان محل العقد عقار واقع في المنطقة الممسوحة.

- وثيقة القياس : عندما يتضمن العقد التعديل أو التغيير في الحدود أو المساحة.

- قرار تجزئة الأراضي : عندما يتعلق الأمر بعملية التجزئة، حيث يتم شهر قرار حصة التجزئة والدفتر الشروط والقائمة الشكلية لمختلف الوحدات العقارية.

وفي هذا الصياغ يتعين على محرر العقد التقيد بما ورد في المادة 63 من المرسوم 63-76.

وإلى جانب ذلك أوجب المشرع التصديق على هوية الأطراف وذلك بتوقيع محرر العقد الذي يشهد على صحة هوية الأطراف على العقد المراد إيداعه بالمحافظة العقارية للشهر ، ذلك ما نستشفه من نص المادة 64 من المرسوم 63-76 السالف الذكر، تحت طائلة رفض الإيداع من طرف المحافظ العقاري طبقا لنص المادة 100 من المرسوم 63-76 السابق الذكر ، والتي جاء فيها: "... كما يرفض الإيداع على الخصوص:

- عندما يكون 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 و 103".

من خلال استيفاء العقد الرسمي الناقل للملكية (البيع العقاري) للشروط الشكلية والموضوعية للعقد يتبين لنا أنها كافية لحماية الملكية العقارية إذا ما أودعت للإشهار، وهذا الإجراء يستوجب خطوات قانونية دقيقة لتنفيذه تكون تحت رقابة وسلطة المحافظ العقاري.

ولهذا الأخير خول له المشرع الجزائري صلاحيات في مراقبة صحة التصرفات القانونية والمعلومات التي تتضمنها الوثائق المودعة بالمحافظة العقارية ، وبعد تأكد المحافظ العقاري من

صحة الوثائق المرفقة بالعقد، واستيفاء جميع العناصر الرئيسية في العقد المودع، يقوم المحافظ العقاري بعملية الشهر خلال مدة 15 يوما التالية لتاريخ الإيداع، فيكون للشهر أثر فوري وليس أثر رجعي إلى تاريخ إبرام التصرف القانوني، وعندئذ ينشأ الحق العيني، إذ لا وجود لحق الملكية وسائر الحقوق العينية الأخرى، سواء فيما بين الأطراف المتعاقدة أو اتجاه الغير، إلا من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية وفقا لنص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 74-75 المشار إليه سلفا¹.

الفرع الثاني: إجراء عملية الشهر

لقد جعل المشرع الجزائري شهر التصرفات القانونية الواقعة على العقارات أمرا إلزاميا حتى تنتج آثارها سواء بين المتعاقدين أو اتجاه الغير²، إذ يترتب على عدم قيدها، عدم قابليتها للاحتجاج بها اتجاه الغير خلافا لما هو عليه الحال في القانون الفرنسي، الذي يجعل نقل الملكية يتم سواء في المنقول أو العقار بمجرد انعقاد العقد، كما لا يجعل من الشه رشرط النشأة الحقوق وصحتها . ولم يكلف المشرع الجزائري بإلزام الشهر العقاري للأطراف فقط ، بل ألزم الموثقين والسلطات الإدارية شهر جميع العقود والقرارات القضائية المحررة من قبله مضمن آجال محددة قانونا.

ويترتب عن تنفيذ إجراء الشهر إنشاء البطاقات العقارية وتسليم الدفتر العقاري³:

¹فردى كريمة: مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم القانون الخاص، فرع القانون العقاري ، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، جامعة الإخوة منتوري، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، السنة الجامعية 2007/2008 .

²المادة 793، من الأمر 75-58 ، سالف الذكر .

³تنظر المادة 64 من الامر رقم 76 - 63 . المرجع السابق ، ص 504.

1- إنشاء البطاقات العقارية : وتعد البطاقة العقارية بمثابة هوية العقار، إذ تسجل فيها جميع التصرفات والتحويلات الواردة على العقار المتصرف فيه، وهي تهدف إلى تنظيم عملية الشهر لمعرفة الحالة أو الوضعية القانونية والمادية للعقار ، وتكون في مجموعها (البطاقات العقارية) ما يعرف بالسجل العقاري، ويتكون السجل العقاري من مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة (شخصية) ومجموعة بطاقات عقارية عينية وتختلف هذه البطاقات باختلاف موقع العقارات موضوع التصرف ما إذا كان في منطقة ممسوحة أو غير ممسوحة.

أ/ البطاقات العقارية الشخصية:

يمسك المحافظ العقاري مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة وشخصية في الأراضي الريفية غير الممسوحة وفقاً للترتيب الأبجدي لهذه الحقوق التي تم شهرها ، وطبقاً لنموذج خاص يحدد بقرار من وزير المالية طبقاً لنص المادة 27 من الأمر رقم 74-75 المذكور أعلاه.

وتشمل كل بطاقة على البيانات الكافية لتعيين أصحاب الحقوق والعقارات محل التصرف بحيث من الضروري أن يبين في العقار غير الممسوح نوع العقار وموقعه، ومشمولاته طبقاً للمادة 114 من المرسوم التنفيذي 63-76 المشار إليه أعلاه، ثم ترتب البطاقات العقارية الشخصية بشكل منظم حسب الترتيب الأبجدي لألقاب أصحاب الحقوق وتواريخ الشهر وينشأ عن ترتيب مجموعة البطاقات العقارية الشخصية بهذا الشكل ما يعرف بالفهرس الأبجدي¹.

ب/ البطاقات العقارية العينية :

يمسك المحافظ العقاري في أراضي البلديات التي شملتها عملية المسح بطاقات عينية، يسجل فيها الحالة القانونية والوصفية للعقار، وتنشأ هذه البطاقات بعد إيداع وثائق المسح

¹ تنص المادة : 21 من الأمر رقم 74-75 : " إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية والتي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية موجود في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة.

بالمحافظة العقارية ، وكل تصرف قانوني يرد على العقار، يؤشر به من قبل المحافظ العقاري على البطاقة المنشأة وعلى الدفتر العقاري على حد سواء¹.

وذكرت المادة 20 من المرسوم 63-76 أن بطاقات العقارات تتضمن بالنسبة لكل بلدية تابعة لاختصاص المحافظة العقارية نوعين من البطاقات، بطاقات قطع الأراضي، وبطاقات العقارات الحضرية.

- **بطاقات قطع الأراضي:** فهي تحدث بالنسبة لكل وحدة عقارية موجودة في مسح الأراضي العام الذي تم إعداده، والوحدة العقارية هي مجموعة القطع المتجاورة التي تشكل ملكية واحدة أو ملكية على الشيوخ والمثقلة بنفس الحقوق والأعباء².

- **بطاقات العقارات الحضرية :** وهي العقارات المبنية أو غير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة.

وهذه إما أن تكون في صورة بطاقة عامة للعقار ويتعلق الأمر بعقار مبني يشمل أو لا يشمل أجزاء مشتركة ومخصصة للاستعمال الجماعي، أو في صورة بطاقة خاصة بالملكية المشتركة وتحدث هذه البطاقات الأخيرة عند التخصيص الأول الفعل لكل قطعة ولكل جزء مقسم إذا كان العقار موضوع نظام خاص بالملكية المشتركة³.

¹ فردي كريمة ، المرجع السابق ، ص 130.

² الأستاذ جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية ، طبعة 2006 ، ص 189.

أنظر المادة 23 من المرسوم 83/76 السابق الذكر .

³ المادة 32-2 من المرسوم 63-76 التي تنص : " وترتب البطاقات الخاصة تبعا للبطاقة العامة المطابقة وحسب الترتيب العددي للقطع " .

2- تسليم الدفتر العقاري: تعددت التعاريف الفقهية للدفتر العقاري، ولكل فقيه نظرة خاصة فهناك من عرفه بأنه: "سند قانوني ذو حجية قوية، تقيد فيه جميع الحقوق العقارية وما يرد عليها من تصرفات على العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة، ويسلم إلى كل مالك يكون حقه قائماً بمناسبة إنشاء البطاقات العقارية.

ويتم ضبط هذا الدفتر في كل مرة يتم فيها القيام بتصرف يخص العقار المقيد، حيث يودعه المالك السابق بمناسبة القيام بإجراء لدى المحافظة العقارية، ويتسلمه المالك الجديد، وقد يكون هذا المالك الجديد شخصاً واحداً أو عدة أشخاص مثل الملكية الشائعة.

ففي الحالة الأولى يتم تسليمه للمالك شخصياً، أما في الحالة الثانية فإنه يجب تعيين وكيل لاستلام الدفتر العقاري .

مع العلم أن كل تصرف عقاري جديد للمالك صاحب الدفتر العقاري سواء كان هذا التصرف منشئاً أو ملغى لعقد ملكية ، ينتج عنه ضبط جديد للدفتر العقاري ويتسلمه المالك الجديد باعتباره الشخص المشتري الجديد.

وتختلف عملية تسليم الدفتر العقاري باختلاف عدد المالكين الجدد فإن كان المالك الجديد واحداً، يسلم له الدفتر العقاري، أما إن تعدد المالكون أصحاب الحقوق المشاعة فإنه يتعين عليهم أن يعينوا أحدهم وكيلاً بموجب وكالة رسمية، وفي هذه الحالة يؤشر المحافظ العقاري على البطاقة العقارية الخاصة بالعقار موضوع التصرف ، والجهة التي آل إليها الدفتر العقاري ومستلمه تجنباً لضياعه.

إلا أنه في حالة ضياع الدفتر العقاري أو تلفه، فقد أجاز المشرع للمالك بموجب أحكام المادة 52 من المرسوم 63-76 السالف الذكر، أن يتحصل على دفتر عقاري جديد، وذلك بعد تقديم طلب مكتوب ومسبب للمحافظ العقاري للحصول على هذا الدفتر، كما أنه على المحافظ

العقاري في حالة إعداد دفتر جديد، أن يعمل على إتلاف السابق¹، وأن يؤشر لهذا الإتلاف على البطاقة العقارية الخاصة بذات العقار .

المطلب الثاني : الإيداع غير القانوني ورفض الإيداع والإجراء

لقد منح المشرع الجزائري للمحافظ العقاري صلاحيات واسعة ودورا كبيرا في مراقبة وفحص كل الوثائق الرسمية الخاضعة للشهر العقاري لا سيما مراعاة، استيفاء عقد البيع المراد شهره للشروط الشكلية المتعلقة بالرسمية ودقة البيانات الخاصة بهوية الأطراف ، وتعيين العقارات وخلافا لما ينتج عن إيداع الوثائق في حالتها القانونية من إتمام إجراء الشهر، فإن الإيداع غير القانوني يتولد عنه إما رفض الإيداع أو رفض الإجراء وذلك تبعا لما يكتشفه المحافظ العقاري عند دراسته للعقد والوثائق الملحقة به².

الفرع الأول : رفض الإيداع

بعد إيداع عقد البيع بالمحافظة العقارية المختصة قصد شهره، وبعد دراسته دراسة دقيقة، وحصر جميع الأخطاء والنقائص يبلغ محرر العقد لكي يقوم بتسوية وتصحيح ما ورد من الملاحظات المدونة في قرار الرفض خلال 15 يوما من تاريخ إيداع العقد الرسمي لدى المحافظة العقارية.

وتختلف أسباب رفض الإيداع فقد تمس بالشروط الشخصية لأطراف العقد أو الشروط المتعلقة بمحل العقد كالتعيين وقاعدة الشهر المسبق، أو نقص وثيقة من الوثائق الأساسية للعقد وهذه الحالات تناولها المشرع في المادة 100 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي جاءت على سبيل الحصر وهي:

¹ تجدر الإشارة إلى ضرورة وضع صيغة قانونية أكثر صرامة في ما يخص استخراج الدفاتر العقارية التي تم إتلافها أو ضياعها .

² المادة 52 : 63-76 تنص على انه: " يستطيع المالك في حالة ضياع الدفتر أو إتلافه وبموجب طلب مكتوب ومكسب وبناء على إثبات هويته أن يحصل على دفتر آخر ويؤشر في بطاقة على الحصول على هذا الدفتر .

- حالة عدم تقديم للمحافظ العقاري إما الدفتر العقاري أو مستخرج مسح الأراضي بالنسبة للعقارات المسوحة وكذا وثائق القياس والتي غالبا ما تكون عند تغيير حدود الملكية أي في حالة تجزئة -
- نوع العقار غير محدد (قطعة أرض، أو عقار ممسوح مبني، أو تقديم مستخرج مسح الأراضي يعود تاريخه إلى أكثر من 06 أشهر) .

- عندما يكون تعيين العقارات لا يستجيب لأحكام المادة 66 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76.
- عندما يكون 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 و 103 .
- عندماتكون الجداول التي نص على ايداعها بموجب المواد : 93 و 95 و 98 من المرسوم المذكور.

- لا تحتوي على أي من البيانات المطلوبة بموجب المواد المذكورة أو تكون هذه الجداول غير محررة على الاستمارة المقدمة من طرف الإدارة .
- عند عدم استيفاء الجدول الوصفي للتقسيم على الشروط المنصوص عليها في المواد 67 إلى 71 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76.

بالإضافة إلى ذلك هناك أسباب أخرى لرفض الإيداع وردت في المادة 12-353 من قانون التسجيل رقم 76-105 والتي تتمثل في :
- عدم تقديم التصريح التقييمي للعقار أي عدم تحديد القيمة التجارية للمعاملات.
- عدم دفع رسوم الشهر العقاري مسبقا من طرف المودع¹.

¹ قانون المالية لسنة 2004 .

مع الإشارة أيضا أن هناك حالات يكون فيها رفض الإيداع جزئيا حددتها المادة 106 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المذكور أعلاه¹.

يقوم المحافظ العقاري بتبليغ قرار الرفض بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالوصول إلى محرر العقد، أو بواسطة التسليم الشخصي للموقع على التصديق مقابل الإقرار بالاستلام، يحدد بموجبها تاريخ الرفض، أسبابه والنص القانوني الذي يبرره مع ضرورة توقيع المحافظ العقاري، وذلك في أجل 15 يوم من تاريخ الإيداع.

وعلى محرر العقد تدارك الأخطاء الموجود في العقد المؤشر عليها من قبل المحافظ العقاري ويتم تصحيحها في أجل لا يتعدى 15 يوما من استلام العقد فإن المحافظ العقاري يقوم حينئذ بقبول الإيداع بعد التأكد من تصحيح الأخطاء، وتنفيذ إجراء الشهر.

أما إذا تبين لمحرر العقد أن قرر رفض الإيداع الصادر عن المحافظ العقاري غير قانوني ومخطئ فيه، فإن القانون قد منحه مهلة شهرين للطعن في قرار المحافظ العقاري أمام القضاء، فإذا أيد القضاء قرار المحافظ العقاري برفض الإيداع، يصبح الرفض نهائيا، وأما إذا ألغى قرار المحافظ العقاري وجب على هذا الأخير قبول الإيداع وتنفيذ إجراء الشهر.

الفرع الثاني: رفض الإجراء

بعد قبول الإيداع يقوم المحافظ العقاري بتسجيله في سجل الإيداع وبيدا في عملية الفحص الدقيق والشامل للعقد والوثائق المودعة ومقارنتها بالبيانات المقيدة على مجموعة البطاقات العقارية، للوصول إلى أحد الأسباب التي يمكن أن تؤدي إلى رفض الإجراء المنصوص عليها بالمادة 101 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 بنصها: "عندما يقبل المحافظ العقاري الإيداع

¹ الأستاذ بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق ، ص 207.

ويسجل الإجراء في سجل الإيداع، فإنه يوقف الإجراء ويباشر في عملية التسوية المنصوص عليها في المادة 107 عندما :

- تكون الوثائق المودعة والأوراق المرفقة بها غير متوافقة .
- يكون مرجع الإجراء السابق المطلوب بموجب المادة 95-1 غير صحيح.
- يكون تعيين الأطراف وتعيين العقارات أو الشرط الشخصي كما هو محدد في المادة 65 غير متوافق مع البيانات المذكورة في البطاقة العقارية.
- تكون صفة المتصرف أو الحائز الأخير للشخص المذكور كما هي موجودة في الوثائق المودعة متناقضة مع البيانات الموجودة في البطاقة العقارية.
- يكون التحقيق المنصوص عليه في المادة 104 يكشف بأن الحق غير قابل للتصرف.
- يكون العقد الذي قدم للإشهار مشوب بأحد أسباب البطلان المشار إليها في المادة 105.
- يظهر وقت التأشير على الإجراء بأن الإيداع كان من الواجب رفضه.
- وعندما لا تكشف التحقيقات المتممة عن أي سبب للرفض فإن المحافظ العقاري ينهي تنفيذ الإجراء.

- كما يقرر رفض إجراء الشهر إذا تبين له وجود ما يقيد حقوق المتصرف في الحق قبل صاحبه الأخير وفقا لنص المادة 104 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63، كذلك إذا تبين له أيضا أن محل أو سبب العقد غير مشروع وفقا لنص المادة 105 من نفس المرسوم.

وإذا اكتشف المحافظ العقاري من خلال تفحصه الدقيق للوثائق المودعة لديه واكتشاف نسيان أو غياب شرط من الشروط المنصوص عليها في المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المذكور أعلاه، فإنه يقوم بتوقيف إجراء الشهر وتبليغ قرار رفض الإجراء لمحضر العقد الموقع على

التصديق بواسطة رسالة موضح عليها مع إشعار بالاستلام، في أجل أقصاه 15 يوما من تاريخ الإيداع، أو عن طريق التسليم الشخصي مقابل إقرار بالاستلام، وذلك من أجل تسوية وتصحيح أو استدراك النقائص الموجودة بالعقد موضوع الإشهار، وهذا ما نصت عليه المادة 107 من المرسوم المذكور أعلاه، كما يؤشر المحافظ العقاري على البطاقة العقارية بعبارة "إجراء قيد الانتظار".

فإذا قام محرر العقد الموقع على شهادة الهبة بإتمام الوثيقة الناقصة أو إيداع الوثيقة التعديلية خلال 15 يوما من تاريخ تبليغه، يقوم المحافظ العقاري بتنفيذ الإجراء النهائي الذي يكون له اثر رجعي من تاريخ الإيداع الأول.

الفرع الثالث: الطعن في قرارات المحافظ العقاري

لقد منح المشرع الجزائري للمتضرر من قرار المحافظ العقاري القاضي برفض الإيداع والإجراء الطعن أمام الجهات القضائية المختصة حسب ما نصت عليه المادة 24 من الأمر رقم 74-75 المتعلق بالمسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

والتي جاء فيها : "تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا".

وترفع الدعوى القضائية ضد قرارات المحافظ العقاري خلال أجل حدده المادة 110-3 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المذكور سلفا بشهرين تحسب من تاريخ رفض الرسالة الموصى عليها أو تاريخ الاعتراف بالاستلام إذا سلم للمعني شخصيا.

ويستشف من خلال هذين النصين المذكورين أعلاه، أن قرارات المحافظ العقاري القضائية برفض الإيداع أو الإجراء تكون قابلة للطعن خلال شهرين الإخطار الخاص بقرار الرفض أمام

الجهات القضائية المختصة ، وهي المحكمة الإدارية على مستوى المجلس القضائي الذي يوجد العقار بدائرة اختصاصه¹.

ويلاحظ أن هذه الدعوى ترفع ضد مدير الحفظ العقاري بصفته ممثلاً لوزير المالية ، أما في حالة إصدار قرار رفض الإجراء النهائي بعد اكتشاف شهر العقد خطأ، فإن قرار الرفض النهائي الصادر عن المحافظ العقاري يبلغ إلى المدير الولائي، وهذا الأخير هو الذي يباشر دعوى إلغاء القرار الإداري طبقاً لأحكام المادة 10 من المرسوم 91-65 المؤرخ في 02/03/1991².

ويترتب على فصل الجهة القضائية المختصة في موضوع الدعوى المرفوعة ضد قرارات المحافظ العقاري أحد الفرضيتين :

- إما أن يؤيد مطالب المدعي وبالتالي بطلان قرار الرفض الصادر عن المحافظ العقاري، وفي هذه الحالة يجب أن يواصل المحافظ العقاري إجراءات الشهر.

- أما إذا كان مؤيداً لقرار الرفض فإنه في هذه الحالة يقوم المحافظ العقاري بالتأشير بهذا الحكم على جميع الوثائق الخاصة بالعقار موضوع الشهر³.

¹ الأستاذ جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، ص 212، 213. أُلْمِرجع السابق .

² المرسوم التنفيذي رقم 91-65 المؤرخ في 02 مارس 1991 ، ج ر ، عدد : 10/91 .

³ الأستاذ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، ص 213، 214. أُلْمِرجع السابق .

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على الشهر العقاري

بعد التطرق إلى الشهر العقاري كنظام والتصرفات الخاضعة له والإجراءات المتبعة ، لإجراءات لاحقة لإنتاج العقد الرسمي آثاره، فإنه من الضروري التعرف على الآثار التي تنتج عن عملية الشهر وفقا لما جاء في الأمر رقم 74-75 والمرسومان التنفيذيان له 62-76 و 63-76 المذكورين أعلاه.

ويمكن أن نستخلص من النصوص القانونية المتعلقة بالشهر العقاري أن الغاية من شهر التصرفات القانونية تتلخص في نقطتين أساسيتين أن المشرع جعل من هذا الشهر منشأ للحق العيني والمصدر الوحيد له من جهة ومن جهة ثانية أن الحقوق العينية لا يحتج بها اتجاه الغير إلا من تاريخ شهرها في السجل العقاري.

إلى جانب النقطتان اللذان ينتجان عن عملية الشهر، نجد بعض التشريعات التي أخذت بنظام الشهر العيني أضافت أثرا ثالثا : يتمثل في الأثر المطهر للشهر ويقصد به أن الحقوق العينية العقارية تنتقل مطهرة بالشهر من كل الحقوق التي يمكن أن تعلق بها، وبغض النظر عن صحة أو عدم صحة التصرفات التي أدت إلى شهرها، وما على المتضرر من ذلك إلا رفع دعوى للمطالبة بالتعويض لاستحالة استرداد حقه، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وتدعيما للالتزام العقاري، وأساس ذلك هو مبدأ الشرعية، ومبدأ القوة الثبوتية المطلقة للشهر.

المطلب الأول: الأثر المنشئ والمطهر للشهر

لقد أقر المشرع الجزائري بأن المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية هو الشهر، وهذا ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المذكور أعلاه : "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله في يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية".

الفرع الأول: الأثر المنشئ للشهر

نصت المادة 16 من نفس الأمر المذكور أعلاه : "أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

يستشف من هذا النص أن المشرع الجزائري الذي أخذ بنظام الشهر العيني لم يعرف بغير الشهر للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية، فإذا تم شهر هذه الحقوق فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد ما عدا الحقوق الميراثية التي تنتقل الملكية فيها بالوفاة وليس بالشهر¹، فالتصرف المشهر يصبح الحق العيني بمقتضاه موجود وثابتاً، في حين أن التصرف غير المشهر يبق حق صاحبه معلقاً إلى حين شهره، حيث لا ينتقل الحق العيني ولا يسقط إلا بموجب الشهر وحده، وفي نفس الاتجاه ، فإن المشرع الجزائري لما اقر بانتقال الملكية بمجرد الوفاة ، فإنه بالمقابل شدد ولم يرخص للوارث التصرف في حقه من التركة، إلا بعد إعداد الشهادات التوثيقية لدى الموثق وان يتم شهرها لتنتقل الملكية مشاعة بين جميع الورثة لتمكينهم من التصرف في مخلفات موروثهم من العقارات ، وفقاً للمادة 91 من المرسوم 63-76 السابق الذكر والمادة 99 من نفس المرسوم.

وإلى جانب ذلك فإن القول بأن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية في ظل نظام الشهر العيني لا يعني هذا أن قيمة التصرف القانوني المبرم تسقط بإجراء عملية الشهر، ففي عقود البيع الواردة على العقارات نجد أن انتقال الملكية من البائع إلى المشتري لا تتم بناء بمجرد الشهر، لأن إجراء الشهر بمفرده لا ينقل الملكية إذ لا بد وأن يستند إلى عقد بيع صحيح ونافذ لا يمكن للمحافظ العقاري أن ينفذ إجراء الشهر على الحقوق العينية العقارية، ما لم تكن الوثائق والعقد المودع للإشهار يستوف جميع الشروط الشكلية سواء منها المتعلقة بشكلية العقد، أو هوية

¹ - الحسين بن شيخ اث ملويا ، المنتقى في عقد البيع ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، ط : 2010 ص : 253.

الأطراف كاملة، وكذا الشروط الموضوعية والتي تمس محل العقد، وكافة البيانات العامة والخاصة وكذا التصديق على هوية الأطراف من قبل محرر العقد.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المفعول الإنشائي للشهر يكتسي أهمية بارزة في دفع المتعاقدين إلى الإسراع في شهر عقودهم لتثبيت ملكيتهم مما يؤمن معاملاتهم العقارية ويتيح لكل ذي مصلحة الإطلاع عليها لمعرفة مدى حقوق من يتعاقد معه، والمفعول الإنشائي للشهر يوفر أيضا للملكية العقارية ما تحتاج إليه من ثبات واستقرار لأداء وظيفتها الاجتماعية، مما قد يبعث في نفوس المتعاقدين ضمنا وأمنا في إجراء مختلف العمليات المدنية والتجارية.

ومن جانب آخر نجد أن الأمر المنشئ للشهر لم تأخذ به كل التشريعات، فالتشريع التونسي كما سبق الإشارة إليه رغم تبنيه لنظام الشهر العيني، إلا أنه يعتبر أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد التوقيع على العقد دون الأخذ بعين الاعتبار لشهرها، لكن لا يحق لأصحاب هذه الحقوق الاحتجاج بها على الغير إلا من تاريخ شهرها.

ويرى التشريع التونسي أن العقد هو المنشئ للحق العيني وليس الشهر، وأن الشهر ما هو إلا وسيلة إعلانية لصاحب الحق العيني تمكنه من الاحتجاج به على الغير، وهي بذلك تعتبر أن مفعول الأثر المنشئ للشهر يعد ارتدادا إلى عقلية العصور القديمة، وأنه قيد على مبدأ سلطان الإرادة لكن بالرجوع إلى التشريع الجزائري، والنصوص القانونية التي اعتبرت أن مصدر الحقوق العينية العقارية هي من تاريخ إشهار هذه الحقوق وليست من إبرام التصرف القانوني وهو ما تناولته المادتان 15 و 16 من الأمر 74-75 السالف الذكر بالإضافة إلى أن للشهر أثر فوري وليس له أثر رجعي، بمعنى أن الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى تنتقل بين الطرفين وبالنسبة للغير ابتداء من تاريخ الشهر ذلك أن الشهر شرط قانوني وليس إرادي يخضع لإرادة الأطراف.

ويترتب على الأثر الفوري للشهر ما يلي :

- أن الملكية لا تنتقل بمجرد إبرام العقد، فالمشتري لا يعد مالكا طالما لو يشهر الحق العيني العقاري، فلا يمكن له التصرف في العقار بأي صبغة كانت إلا إذا تم إشهاره.

- إذا أصبح العقار المبيع قبل الشهر محل إجراءات نزع الملكية فإن التعويض يؤول إلى البائع باعتبار أن ملكية العقار لا تزال باسمه، ولم تكن انتقلت إلى المشتري، ولا يستفيد المشتري بأي شيء من التعويض.

- وعليه فإن هناك فرق بين الأثر المنشئ للشهر وبين مصدر الحق، فمصدر الحق هو السبب القانوني الذي ينشأ به الحق وفقا لقواعد كسب الحقوق ولكن بالنسبة للحقوق العينية قد لا يكف السبب القانوني لكسب الحق وإنما يقتضي شهر هذا الحق في السجل العقاري حتى يعتبر أنه قد كسب¹، سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير وهذا خلافا لما هو عليه الحال في القانون المدني الفرنسي الذي يجعل نقل الملكية يتم سواء في المنقول او العقار بمجرد العقد².

وقد أكدت المحكمة العليا الأثر المنشئ في قرارها رقم 467 المؤرخ في 1990/10/21 والذي جاء فيه: "إن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني "

ومن مميزاته أيضا (الأثر المنشئ للشهر) أنه يؤدي إلى اعتبار أن الشخص الذي أشهر الحق العيني العقاري باسمه مالكا له من تاريخ الشهر وليس من تاريخ عقد البيع (إبرام التصرف) وانتقال هذا الحق العيني العقاري المشهر يعطيه الحجية بينه وبين الطرف البائع وفي نفس الوقت اتجاه الناس كافة.

والجدير بالذكر في هذا الصياغ إن الشهر ليس شرطا لصحة العقد، وإنما هو شرط لنقل الملكية فقط، ولا يمتد إلى بطلان العقد، فالشهر ليس ركنا من أركان العقد، بل هو إجراء لاحق

¹ الأستاذ جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق ، ص ص 235،236.

² انظر حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، دار هومة للطباعة ط : 2003 ، ص 106.

للعقد لترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية إلى الطرف المشتري، فالعقد صحيح قبل إشهارة متى استوفى ركن الشكلية الرسمية، وهو ما أكدته المادة 61 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المذكور أعلاه والتي تنص على ما يلي : "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

ويستشف من مفهوم هذه المادة ، أن العقد ينتج كل آثاره قبل شهره ، عدا ما تعلق بترتيب الأثر العيني ، وهو نقل الملكية وهو ما تنص عليه المادة 16 من الأمر رقم 74-75 سالف ذكرها¹.

الفرع الثاني : الأثر المطهر للشهر العقاري

التطهير هو طرح وتنظيف شيء معين من كل ما يشوبه أو يلحق به ، والتطهير في ظل نظام الشهر العيني يجعل من الحق المقيد في مجموعة البطاقات العقارية، ينتقل إلى صاحبه خاليا من الحقوق العينية الأخرى غير المشهورة التي تثقل العقار موضوع التصرف، كما يمكن أن ينتقل الحق العيني المشهر ولو لم يكن العقار مثقلا بحقوق عينية عالقة به.

إن فكرة الأثر المطهر للحق العيني العقاري من خلال شهره اختلف في تبنيه من طرف التشريعات، بل وتأرجح الأمر في موقف المشرع الجزائري من الأخذ به من عدمه

ويقصد به ما يرتبه الشهر من حصانة للحق من كل العيوب والنقائص التي تكون السبب في إبطالها، ويكسبه حجية مطلقة في مواجهة الكافة، ويقصد بذلك طرفي العقد.

فبمجرد إجراء القيد في السجل العقاري يصبح التصرف في منأى عن أي طعن بسبب إخضاع التصرفات الواردة على الحقوق العينية العقارية للفحص الدقيق قبل شهرها .

¹ أنظر المادة 16 من الأمر رقم 74/75 سالف الذكر.

وعليه فإن معظم التشريعات تبنت إجراءات دقيقة ودراسة دقيقة من خلال استيفاء العقد للشروط الشكلية والقانونية للبيانات المتعلقة بالأطراف وكذا العناصر الأساسية الواجب توافرها تحت رفض من قبل المحافظ العقاري الذي خول له المشرع صلاحيات واسعة في مراقبة العقد ومطابقة البيانات والعناصر مع ما هو مدون في الوثائق الملحقة بالعقد تجنباً لقيود حقوق لا تستند إلى أي أساس قانوني سليم أو أنها مشابهة بعيوب تحول دون قيدها .

ومن خلال ما سبق يتضح أن الأخطاء المادية لا يمكن أن تكون بأي حال من الأحوال محلاً للتطهير مهما كان سببها كونها هي في حد ذاتها ليست عيوباً بالمفهوم القانوني أو الشكلي التي قد تعترى المحررات.

أولاً / خصائص الأثر المطهر للحق العيني:

يتميز الأثر بعدة خصائص نذكر منها :

- الفحص الدقيق.
- تطهير التصرفات المشهورة من العيوب والتي قد تشوبها عيوب ونقائص فالأثر المطهر يجمد العيوب التي قد تشوب هذه التصرفات، ويطهرها في كل النقائص ويحصنها من إمكانية إبطالها بعد إجراء شهرها، مع إمكانية تصحيح الأخطاء المادية بمراجعة بيانات السجل العقاري.
- اكتساب الحق بصفة نهائية.
- إن الشهر هو عنوان الحقيقة بالنسبة للوضعية المستجدة للعقار في مواجهة الكافة كما أنه المالك الأصلي مما يجعله في منأى عن أي احتمال آخر قد يهدد استقراره وبالتالي عدم جواز الطعن في التصرف بعد إشهاره.

فالآثر المنشئ للشهر أمر طبيعي طالما أن المحافظ العقاري لا يجري عملية الشهر إلا بعد التحقيق في هوية الأطراف وأهليتهم من خلال الوثائق المودعة لديه ويتأكد من رسمية الوثيقة المراد شهرها وذلك حسب المادة 22 من الأمر رقم 74-75 السالف ذكرها¹.

فالآثر المطهر للشهر يهدف بالدرجة الأولى إلى المحافظة على استقرار المعاملات العقارية وتدعيم الائتمان العقاري.

ثانيا/ موقف المشرع الجزائري من الأثر المطهر للشهر:

لقد نصت المادة 23 من الأمر 74-75 على أنه: " تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه، ... وللدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ في حالة الخطأ الجسيم لهذا الأخير " .

يستشف من خلال نص هذه المادة أن المشرع قد حدد موقفه من الأثر المطهر للشهر العقاري من خلال نص المادة المذكور نصها أعلاه ، ولم يترك المجال إلا للتعويض بمعنى أن شهر الحقوق العينية العقارية لا يظهرها من عيوب.

إن تبني المشرع الجزائري لنظام الشهر الشخصي والموروث عن التشريع الفرنسي قبل الاستقلال، واستمرارية تطبيق القوانين الفرنسية بعد الاستقلال نتيجة الفراغ القانوني، وعملية الشهر العقاري كانت تتم بأسماء مالكي الحقوق العينية العقارية، وكان صاحب الحق العيني العقاري محل اعتبار خلافا للشهر، ومن ثم فإن نظام الشهر الشخصي لا يظهر العيوب نظرا لاعتماده كما سبق القول ، على شهر الحقوق العينية بأسماء الأشخاص ، مما نتج عنه إشكالات وعيوب لا سيما في تشابه الأسماء، وأن الشهر العقاري في الجزائر لا يظهر العيوب في المناطق غير الممسوحة.

¹ أنظر المادة 22 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975. المرجع السابق .

وقد أيدت الغرفة المدنية بالمحكمة العليا عدة قرارات تقر فيها بمبدأ التقادم المكسب دون تمييز بين العقار المملوك بسند عرفي، أو سند رسمي شهر وفي نفس الاتجاه اتخذته الغرفة العقارية التي أقرت مبدأ جواز إعداد عقد الشهرة على الملكيات التي لها سندات مشهورة.

وليحسم الأمر أكثر في هذا الصياغ، جاء نص المادة 85 من الأمر رقم 76-63 والتي أوجبت إشهار الدعاوى أثر منه إلى النطق بالفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها.

ثالثا/ الأثر المظهر للشهر العقاري في ظل الأمر 75-74 :

إن المتمعن في الأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري وما تلاه من مراسيم تطبيقية يستشف منه اتجاهين، أحدهما يقر بوجود الأثر المظهر للشهر العقاري والاتجاه المعاكس يحد من نسبيته.

فالاتجاه الأول يستند في مبرراته بوجود الأثر المطهر على أن الشهر العيني يعتمد أساسا على العقار واعتبار محل اعتبار دون الأخذ بصفته المالك للعقار الذي يقوم على أساسه نظام الشهر الشخصي، وذلك كون نظام الشهر العيني تشكل بياناته المسجلة في البطاقة العقارية قوة ثبوتية مطلقة في مواجهة كافة الناس، فالأخذ بهذا النظام يضبط حالة العقار واسم مالكة بصفة صحيحة، على أساس وقواعد سليمة متينة تقضي بإسناد الملكية العقارية إلى مالكة الحقيقي¹.

فمن يقدم على إبرام تصرف أو عقد مع صاحب الحق العيني يكون على يقين منذ البداية بأنه هو المالك الحقيقي، وهو على علم بخلو العقار من أي أعباء ويعتبر الشهر العيني بمثابة إنشاء صحف الحالة المدنية للعقارات، تقيد فيها التصرفات الواردة على العقارات، وبالتالي يمكننا من معرفة المالك الحقيقي للعقار².

¹ مجيد خلوفي: نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، طبعة أولى، دون ذكر البلد ، 2003، ص18.

² ليلي زروقي ، نظم الشهر وإجراءاته في القانون الجزائري، مجلة مجلس الدولة، العدد الثاني ، سنة 2002، ص 63.

رابعاً/ نسبة الأثر المطهر للشهر العقاري:

لقد نصت المادة 12 من الأمر رقم 75-74 المتعلق بإعداد المسح العام وتأسيس السجل على: "إن السجل العقاري... يتم إعداده أولاً بأول بتأسيس مسح الأراضي على إقليم بلدية ما".

وعلى ضوء هذا النص نرى أن القوام المادي لنظام الشهر العيني هو المسح العام للأراضي والذي على أساسه تنشأ السجلات العينية .

ويبدو أن إجراءات عملية إعداد المسح العام قد أسندت لكل بلدية وقدراتها فطبق نظام الشهر العيني تدريجياً.

إن كل سند مشهر قابل للطعن فيه بالإلغاء أو الفسخ أو النقض أو الإبطال مما يجعل القوة الثبوتية لهذه السندات وحتى الدفاتر العقارية والترتيبات هي قابلة للاهتزاز في أي وقت وفقاً للنصوص القانونية الدالة على ذلك ومنها نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المعدل والمتمم المتعلق بالسجل العقاري¹، ويستفاد من نص المادة المذكورة نسبة القوة الثبوتية لما هو مدون في السجلات وإمكانية مراجعته عن طريق القضاء.

إن جعل عمليات مسح الأراضي تخضع للطعن دليل على أنه لا يمكن لها أن تعطي الصورة الحقيقية، وأنه حتماً ستضيع حقوق من جهة ومن جهة ثانية دليل على عدم تبني المشرع الجزائري نظام السجل العيني بحذافيره بالإضافة كذلك إلى المادة 33 من نفس المرسوم المذكور اعلاه التي نصت على إمكانية تصحيح الأغلط إما بمبادرة من المحافظ العقاري لوحده أو بناء على طلب صاحب العقار دون إعطاء معيار مبرر متى تطبق نص المادة 16 و 33 و 51 من المرسوم سالف الذكر.

¹ أنظر إلى نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

المطلب الثاني :حجية الشهر العقاري

إن من أهم الآثار المترتبة على الشهر هو انتقال الملكية العقارية إلى الطرف الثاني "المشتري"، بحيث أن أي تصرف قانوني يرد على عقار (البيع العقارية) لا يرتب أي أثر عيني سواء بالنسبة للأطراف المتعاقدة أو بالنسبة للغير. إلا من تاريخ الشهر ، وليس له أثر رجعي إلى تاريخ إبرام التصرف (تاريخ عقد البيع)، والغاية من الشهر العقاري هو إعلام الغير بالبيع الواقع بين المتعاقدين على العقار لإطلاع الغير على الحالة والوضعية القانونية للعقار موضوع التصرف.

وسنحاول التطرق إلى حجية الشهر فيما بين طرفي العقد (فرع أول) ، و حجية الشهر اتجاه الغير (فرع ثان) .

الفرع الأول: حجية الشهر ما بين الطرفين

إن قيمة الشهر كوسيلة لإثبات و ضمان الحقوق المشهرة سواء فيما بين الأطراف المتعاقدة أم في مواجهة الغير فهو فضلا أنه ناقل للملكية العقارية، فإن عقد البيع المشهر يكتسب قوة ثبوتية تسري في مواجهة الكافة.

أما قبل شهره، فإن الحق العيني يبق على الحالة التي كان عليها، أي يبق العقار مملوكا للبائع الذي يتمتع بكافة مزايا ملكيته، من تصرف واستغلال واستعمال، مما يمكنه من التصرف فيه (بيعه) إلى مشتر ثان بادر إلى شهر عقده قبل المشتري الأول.

كذلك يخول لدائن البائع الحق في مباشرة التنفيذ على العقار المبيع، باعتبار أن المشتري لم تنتقل إليه الملكية بعد، ومع ذلك فإن العقد الذي محله عقار ومبرم بين طرفين ولم يتم شهره بعد، يرتب جميع الآثار القانونية متى استوفى.

ونعني بالآثار القانونية الالتزامات الشخصية بين البائع و المشتري ترتب جميع أركان العقد العامة من رضا ومحل وسبب، إضافة إلى إفراغه في الشكل القانوني استنادا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، إلا الأثر العيني الذي لا يترتب على العقد إلا بعد شهره، لكنه يترتب التزاما بين الطرفين، فالبائع ملزم بتسليم المبيع للمشتري وبضمان التعرض والاستحقاق وبضمان العيوب الخفية ويلتزم المشتري بسداد الثمن ولو لم يتم الشهر واستلام العقار المبيع.

الفرع الثاني: حجية الشهر اتجاه الغير

لقد أوجب المشرع الجزائري شهر الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير كما نصت على ذلك المادة 15 من الأمر 74-75 السابق الذكر.

ويعتبر من الغير الخلف الخاص والدائن العادي الذي يحق له التذرع بعدم شهر العقد الذي أجراه المدين ، وذلك من أجل استيفاء هذا العقار في ذمة مدينه والتنفيذ عليه بطريق الحجز العقاري، حتى إذا جرى توقيع الحجز العقاري، وشهره في البطاقة العقارية اكتسب الدائن الحاجز حقا عينيا عليه ، ولا ينفذ في حقه بعد ذلك الشهر الذي يجري لاحقا للتصرف المذكور، أما الورثة أو الموصى لهم، فلا يعتبرون في الأصل من الغير باعتبارهم يحلون محل موروثهم في التصرفات التي أجراها هذا الأخير ويلزمون بتنفيذ التصرفات الصادرة عنه بما لا يتجاوز قيمة الحصة التي آلت إليهم¹.

¹ الأستاذ : جمال بوشنافة ، التصرفات العقارية في الشهر، المرجع السابق ،ص 240.

خلاصة الفصل الثاني :

لقد أقر المشروع الجزائري إجراءات لاحقة للعقود الناقلة للملكية العقارية (البيع العقارية) إلى جانب العقود العينية الأصلية ، العقود التبعية و من بين هذه الإجراءات بعد إتمام عملية تحرير العقود المذكورة من قبل الضابط العمومي الموثق أو الموظف العمومي المختص، وتودع العقود المذكورة الى إدارة التسجيل و الطابع المختصة ، بغية تحصيل الرسوم المستحقة عليها و المحددة قانونا حسب طبيعة العقد ، و من ثم التأشير على أصول العقود وإعطائها تاريخا ثابتا بعدها تأتي مرحلة إيداع هذه العقود لدى مصالح المحافظة العقارية المختصة للشهر طبق نص المادة 793 من القانون المدني المعدل و المتمم للمادتين 15 و 16 من الامر رقم 75-74 المتضمن عداد المسح العام و تأسيس السجل العقاري و أحكام المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

و الغاية من إجراء عملية الإشهار التي أوجبها المشرع الجزائري ، هو ترتيب الآثار العينية للعقود الناقلة للملكية بين المتعاقدين ، و إعلام الغير بحالة ووضعية العقار المتصرف فيه و هذا خلاف للتشريع الفرنسي و التونسي ، كما أن التشريعي الجزائري لا يعتبر إجراء الشهر ركنا في العقد و لا يؤثر في صحة العقد طالما توافرت فيه الشكلية ، بجانب الأركان الثلاث المعروفة و تخلف إجراء الشهر بالنسبة للعقود الشكلية ، لا يرتب الأثر العيني للمشتري بنقل الملكية للعقار المبيع إليه و لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير و كل ما ينتج عنه هو أنه يرتب التزامه بنقل الملكية ، و عدم التعرض ، و ضمان العيوب ، و إلتزمات على عاتق المستفيد بدفع الثمن و استلام المبيع و يبقى الأثر المنشئ للعقد مفقودا طالما لم يتم إشهار العقد ، لأن التصرف الشهر يصبح الحق العيني بمقتضاه موجودا و ثابتا في حين أن التصرف غير الشهر، يبقى حق صاحبه معلقا إلى حين شهره .

خاتمة

خاتمة

لقد ورثت الجزائر بعد استقلالها إرثا كبيرا في التنظيم الذي كان يسجل مساحات شاسعة غير مستغلة ، وفراغ مؤسساتي ، وقانوني لا يتماشى والواقع الاجتماعي الجزائري ، فما كان لها إلا أن تصدر قانون تحاول من خلاله تهدئة الأوضاع في انتظار الإلمام بالمعطيات الجديدة وتحديد النظام السياسي و الاقتصادي و الاجتماعي الذي سوف تعتمده الدولة في التسيير ومن ثم فقد صدر الأمر رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31 الذي يقضي بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية لاسيما التقنين المدني الفرنسي .

وفي هذه الفترة سادت فوضى المعاملات العقارية بين المعمرين والجزائريين مما دفع السلطات الجزائرية آنذاك إلى إصدار مرسوم رقم 62-03 المؤرخ في 1962/ 10/23 يمنع كل المعاملات العقارية والمنقولة في الأملاك الشاغرة وتعتبر باطلة ، والمبرمة بعد أول جويلية 1962.

وقد تميزت المرحلة ما قبل صدور هذه القوانين ، حيث كانت المعاملات العقارية تتم بين الخواص عرفيا ، و يحكمها مبدأ الرضائية ويتم تسجيلها بمفنتشيات التسجيل التي تخضع للقوانين الفرنسية مقابل ذلك كانت المكاتب التوثيقية موجودة يسيرها موثقون فرنسيون والتي تتلقى وتحرر العقود الواردة على العقارات بالفرنسية وتسجل وتشر بمكاتب الرهون والتي تسمى حاليا بالمحافظات العقارية ، كما كان للمحاكم الشرعية الموروثة عن نظام الحكم العثماني وجودا يشرف على تسييرها القضاة الشرعيون والتي تقوم بتحرير العقود الواردة على العقارات التي لاتمس الأراضي المفرنسة ، بل غالبا ما تنصب على الأراضي الصحراوية ، إلى جانب إبرامها لعقود الوصايا والهبات والفصل في القضايا التي تمس الأحوال الشخصية بين الأهالي ، غير أن العقود التي تبرم أمام القضاة الشرعيون تسجل ولا يتم شهرها ، وهي غالبا تفتقر الى الضوابط القانونية والشكليات اللازمة مثلما هو معمول به بالمكاتب التوثيقية الفرنسية .

وكان أول نص قانوني صدر بعد الاستقلال يلزم إخضاع العقود الواردة على نقل الملكية العقارية للشكلية هو القانون رقم 64-31 المتضمن قانون المالية لسنة 1965 في المادتين: 48

و55 منه تحت طائلة رفض إجراء التسجيل ورفض إشهارها كما ورد في نص المادة 55 مع إلزامية دفع الثمن بين يدي محرر العقد.

ومن خلال تناولنا لهذا الموضوع خلصنا إلى جملة من النتائج والتوصيات يمكن أن نوردتها في النقاط الآتية :

- أن قانون المالية لسنة 1965 لم يتجسد تطبيقه عمليا آنذاك ، وذلك في غياب صدور مراسيم تطبيقية تلزمه ، وان العقود المبرمة خارج إطار نص المادة 48 منه والتي سكت القانون ولم ينص صراحة على بطلانها ، إلى جانب ذلك أيضا أن إصدار هذا القانون كان يستهدف أساسا وبالدرجة الأولى منع الأداء في الخارج ثمن المعاملات العقارية أو الأموال التجارية الكائنة في الجزائر حسب عرض الأسباب من إصدار النص المذكور، ومن ثم فقد استمرت المعاملات العقارية بين الخواص دون اللجوء إلى إخضاعها إلى الشكل الرسمي وتجنبنا أيضا إلى دفع الرسوم والتكاليف المترتبة على العقد ودفع الثمن بين يدي الموثق وقد يضاف إلى ذلك أيضا غياب السندات الرسمية لدى الكثير المثبتة للملكية العقارية .
- بصدور الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق أصبح إلزاميا وإجباريا إفراغ التصرفات القانونية الناقلة للملكية في الشكل الرسمي وذلك تحت طائلة البطلان المطلق ، لأن الشكلية في هذه الحالة ركنا للعقد وليست وسيلة إثبات فقط وذلك من اجل إضفاء حماية أكثر لحقوق الأطراف المتعاقدة وتحقيق الأمن القانوني للأطراف ، غير انه لم يواكبها صدور القوانين المدنية والتجارية في هذا الخصوص .
- كما تم بصدور الأمر رقم 70-91 دمج نظام المحاكم الشرعية ومكاتب التوثيق آنذاك في جهاز المحاكم الجزائرية و تسييرها من قبل أعوان الدولة يخضعون للقانون العام الأساسي للوظيفة العمومي .
- تباين مواقف القضاء بشأن تكييف الشكلية المقررة بالمادة 12 حتى بعد إدراج مضمونها في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني المعدل بموجب القانون رقم: 88- 14

خاتمة

- واستمرار المعاملات العرفية وتسجيلها ، وتباين وجهات الرأي بين صحة هذه العقود وبطلانها بحكم المادة 12 سالفه الذكر.
- وبصدور قانون المالية لسنة 1992 تم منع تسجيل العقود العرفية الواردة على نقل الملكية العقارية ، والمنقولة وفقا للمادة 63 منه .
- صدور قانون رقم : 88-27 المتضمن قانون التوثيق المعدل للأمر رقم 70-91 .
- صدور قرار المحكمة العليا بتاريخ 1997/02/20 عن جميع غرفها المجتمعة بوجوب إلزامية تطبيق القانون بإخضاع جميع العقود الواردة ضمن نص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المعدل للقانون رقم 88-27 والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني المعدل رقم 88-14 للشكالية الرسمية تحت طائل البطلان المطلق وإلزامية دفع الثمن بين الموثق محرر العقد واعتبار الشكالية ركنا للانعقاد .
- إقرار الإجراءات اللاحقة للشكالية في المعاملات العقارية لترتيب آثارها العينية بين الأطراف وفي اتجاه الغير بتسجيلها وإيداعها بالمحافظة العقارية للإشهار طبقا للأمر رقم: 74-75 والمرسومين 62-76 و 63-76 والأمر رقم: 76-105.
- غير أن عدم استيفاء العقد الرسمي لهذه الإجراءات لا يؤثر على صحة العقد وتكوينه إذا ماستوفى الشروط الشكالية (الرضا ، المحل ، والسبب) ، ويبقى العقد صحيحا عدا نقل الملكية ، وكل ما يرتبه من آثار هو التزامات شخصية بين طرفي العقد البائع والمشتري وليس له حجية في مواجهة الغير لكن بإتمام إجراءات الشهر للعقد يرتب آثاره العينية بنقل الملكية وبذلك يضيفي الحماية القانونية لحقوق الأطراف وإعلام الغير بالوضعية والحالة القانونية للعقار المبيع ، وذلك خلافا للتشريع الفرنسي والتونسي اللذان يقران بصحة البيع بمجرد وقوع التراضي وتوقيع العقد دون اشتراط الشهر والذي يستوجب فقط لإعلام الغير وإن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد ، وهذا ما يترتب عنه حسب رأينا عدم استقرار لحقوق الأطراف ، إذ لا يمكن تصور نقل الملكية العقارية دون اللجوء إلى إجراءات الشهر وكيف يمكن لصاحب الحق الأخير (المشتري) التصرف في العقار بمجرد التوقيع وهو لا يملكه ولذلك فإن المشرع الجزائري عند إقراره لإجراءات الشهر للعقود الناقلة للملكية ، وكان يرمي

إلى إعطاء ضمانات قانونية وحماية أكثر وحجية للعقد الرسمية واعتبار الشكيلة ركنا إلى الانعقاد وليست مجرد إثبات وذلك لاستقرار معاملات وتمكين الدولة من بسط رقابتها على المعاملات العقارية ، وتدعيم الخزينة العمومية بالعائدة والرسوم المترتبة عن هذه العقود من رسوم التسجيل و الإشهار المحصلة عن هذه المعاملات.

التوصيات :

رغم أن المشرع الجزائري قد أقر الشكلية الرسمية في البيوع العقاري وهي كفيلة بحماية حقوق الأطراف المتعاقدة ذلك بالنسبة للذين يمتلكون ملكية رسمية وعليه أقترح:

1- تسوية العقود العرفية المنصبة على المعاملات العقارية بعد صدور الأمر 70-91 والغير مسجلة على مستوى الأجهزة القضائية.

2- تدعيم مصالح المسح باليات تمكنها من إتمام عملية المسح للمناطق الغير ممسوحة وتخضع في تعاملاتها إلى الكتابات العرفية.

3- إعادة النظر في القانون رقم 07-02 المتضمن تأسيس إجراء المعاينة في الملكية وتقليص مدة الحيازة للأشخاص الذين ليس لهم أي سند.

4- إعطاء القوة الثبوتية للعقد الرسمي فعلا ، ومراجعة المادة 16 من المرسوم 76-63 التي تسمح بإعادة النظر في الحقوق المشهورة عن طريق القضاء، دون أن تحدد أجلا مسقطا لطلب المراجعة هذه الحقوق كما فعلت ذلك المادة 15 من المرسوم 76-63 السالف الذكر بالنسبة للترقيم المؤقت.

5- على المشرع إعادة النظر في صياغة نص المادة 85 من المرسوم 76-63 وجعل الطعن القضائي في الوثائق التي تم شهرها ، لا يكون إلا في حالات نادرة بالطعن بالتزوير أو التدليس، وهذا لتحقيق مبدأ القوة الثبوتية المطلقة للسجل العقاري.

وأخيرا نتمنى أن نكون قد وفقنا ولو بالقدر القليل في هذا العمل من خلال التطرق إلى موضوع الشكلية في البيوع العقارية، فاتحين المجال لإثراء هذا الموضوع في أعمال لاحقة.

الملاحق

نموذج لعقد بيع عقار

الحمد لله وحده // لدى الأستاذ.....

الموثق بمكتب التوثيق ، والموقع أسفله.

- حضر :

السيد /..... المولود ب....."....." بتاريخ من شهر سنة ألف و تسعمائة و
(.....) حسب شهادة ميلاده رقم ... جزائري الجنسية مهنته ، الساكن ب الحامل لبطاقة التعريف رقم
..... المسلمة له من دائرة..... بتاريخ
البائع من جهة أولى .

و الذي صرح للموثق الموقع أسفله حال صحته و كمال أهليته طائعا مختارا أنه باع بموجب هذا العقد ملتزما بجميع الضمانات
القانونية و العادية المعمول بها في مثل هذا الشأن .

السيد /..... المولود ب..... ولاية..... بتاريخ من شهر سنة ألف و تسعمائة
و (.....) حسب شهادة ميلاده رقم..... جزائري الجنسية مهنته عامل ، الساكن ب.....
لبطاقة التعريف رقم المسلمة له من دائرة..... بتاريخ
المشتري من جهة ثانية .

الحاضر و القابل بنفسه العقار المعين فيما يلي :

التعيين :

قطعة أرض صالحة و مخصصة للبناء كائنة بتراب بلدية ولاية يقع بالمكان المسمى قسم مجموعة
ملكية من مخطط التجزئة مساحتها الإجمالية مترا مربعا (..... م²) .

الحدود الإجمالية لهذه القطعة مبينة كما يلي

من جهة أولى : من جهة ثالثة :

من جهة ثانية : من جهة رابعة :

و كما يوجد هذا العقار يمتد و يسترسل مع جميع منافعه و مرافقه من غير إستثناء أو تحفظ و هو معروفة أتم المعرفة من المشتري الذي صرح للموثق الموقع أسفله أنه رآه و عاينه و قبل به بالحالة التي هو عليها الآن من غير أي شرط أو قيد .

أصل الملكية

تملك البائع العقار المعين أعلاه المباع حاليا بموجب هذا العقد بطريق التخصيص و التوزيع من التعاونية العقارية للسكن العائلي لولاية الجزائر بموجب عقد تخصيص تلقته الأستاذةالموثقةبتاريختحت رقممن فهرس العقود لسنةسجل هذا العقد بمصلحة التسجيل بتاريخ و شهرت نسخة منه بالمحافظة العقارية بتاريخمجلد.....رقمو كما هو ثابت من الدفتر العقاري رقم المسلم من المحافظة العقارية ب..... بتاريخو المشهور من نفس المحافظة العقارية بتاريخحجم تريعة تم هذا الشراء لقاء ثمن إجمالي قدره دينار جزائري (.....دج) دفعه البائع كله جملة واحدة بتاريخ العقد المحلل كما يستفاد ببراءة الذمة بالعقد المحلل .

أما عن أصل الملكية السابق فقد أعفى الطرفان سيما المشتري الموثق الموقع أسفله من التوسع بإثباته بهذا العقد مكتفين بالرجوع للعقد المحلل عند اللزوم .

الملكية والإنتفاع .

يصبح المشتري بموجب هذا العقد و إبتداء من اليوم مالكا للعقار المعين أعلاه المباع له بموجب هذا العقد و يكون له حق التمتع به و إستغلاله و الإنتفاع به من نفس اليوم بالحيازة الحقيقية و الفعلية لصالحه إذ أن العقار المذكور خال و سالم من أي إحتلال أو تبعية .

التكاليف و الشروط .

تم هذا البيع و قبل به الطرفان وفق التكاليف و الشروط العادية و القانونية الجارية في مثل هذا الشأن لا سيما التالية التي إلتزم المشتري بتنفيذها و أدائها و هي :

أولا / يأخذ العقار المعين أعلاه المباع له حاليا بموجب هذا العقد بالحالة التي هي عليها الآن من غير رجوع على البائع لأي سبب كان لا سيما لرداءة الأرض أو فساد في البناء أو خطأ في التعيين أو المحتويات ، أو المساحة الحقيقية حتي و لو تجاوز ذلك الجزء من العشرين منها إذ يبقى لصالح المشتري أو على حسابه .

ثانيا / يتحمل المشتري جميع حقوق الإرتفاق المترتبة على العقار المباع حاليا مهما كان نوعها الظاهرة منها أو الباطنة الجارية أو المتوقعة ما لم يعارض فيها و ينتفع بالمقابل بتلك الإيجابية و النافعة إن وجدت كل ذلك تحت مسؤوليته من غير رجوع على البائع لأي سبب كان و من دون أن يمنح هذا الشرط لأي كان حقوقا أكثر مما يستحق بموجب وثائق رسمية لم تسقط بالتقادم أو بحكم القانون و من غير أن يضر هذا الشرط بالحقوق الناتجة للمشتري بموجب هذا العقد .

ثالثا / يسدد من يوم تملكه للعقار المعين أعلاه المباع حاليا بموجب هذا العقد جميع الضرائب و التكاليف و الرسوم و غيرها من المساهمات كيفما كانت لا سيما ما يخص الماء و الغاز و الكهرباء بحيث لا يكون البائع متبوعا أبدا في شأن ذلك .

رابعا و أخيرا / يتحمل سائر المصاريف و الحقوق و الأتعاب التوثيقية المترتبة على هذا العقد و توابعه القانونية و العادية ، ماعدا التي هي على البائع بمقتضى القانون .

- توكيل -

صرح الطرفان أنهما يوكلان الموثق الموقع أدناه لأجراء أي تعديلات مطلوبة من طرف المحافظة العقارية المختصة .
التمن

تم هذا البيع بعد الإيجاب و القبول بين الطرفين لقاء ثمن إجمالي نهائي قدره دينار جزائري (.....دج) دفع منه..... دينار جزائري (.....دج) خارج المكتب كما صرح الأطراف في مجلس العقد و الخمس الباقي و المقدر دينار جزائري (.....دج) دفع للخزينة تطبيقا للمادة 256 فقرة "01" المعدل بقانون رقم 08/97 المؤرخ في 31 ديسمبر 1997 والذي سيسحب من طرف البائع في الآجال القانونية .

الحالة المدنية

صرح البائع تحت طائلة العقوبات القانونية جازما أنه من جنسية جزائرية يتمتع بكامل أهليته المدنية وأنه ليس في حالة حجر أو افلاس أو تسوية قضائية أو توقف عن الأداء و أنه غير متبوع أو محتمل أن تمسه النصوص القانونية المتعلقة بتهمة التعدي على التراث الوطني و أن العقار المعين أعلاه حال و سالم من أي إحتلال أو دين أو تبعية .

تسليم المستندات

و في الحين سلم البائع للمشتري المعترف بذلك التسليم نسخة من عقد الملكية المحلل أعلاه و لايسلم للمشتري أي سند ملكية آخر قدم إذ يحل محل البائع في جميع حقوقه و دعاواه و بموجب هذا الحلول يكون له الحق في إستخراج جميع مايراه ضروريا من الوثائق و السندات كل ذلك على نفقته الخاصة .

الشهر العقاري

ستشهر نسخة من هذا العقد بالمحافظة العقارية ب.....بسعي من الموثق الموقع أسفله و على نفقة المشتري و إن ثبت من الشهادة التي تسلم إثر هذا الإجراء قيد رهن على العقار المعين أعلاه المباع حاليا بموجب هذا العقد يجب على البائع العمل على رفع اليد و شطب هذا القيد خلال شهر من الإعلان الذي يوجه له إلى موطنه و على نفقته .

لأجل تنفيذ هذا العقد وتوابعه العادية والقانونية إختار الطرفان , موطنهما القانوني محل سكنهما المذكور أعلاه , يمكن مخاطبتهما فيه عند الإقتضاء .

تلاوة القوانين و التأكيدات .

قبل الختام تلا الموثق الموقع أسفله على مسامع الطرفين المعترفين بذلك أحكام المواد 113 ، 118 119 ، 133 و 134 من قانون التسجيل المعدل والمتمم فصرح كل واحد من الطرفين بعد إستجوابهما كل على حدة , تحت طائلة العقوبات القانونية المنصوص عليها بالمادة 134 من قانون التسجيل المذكور أن البيع الحالي يتضمن كامل القيمة الحقيقية للأموال العقارية المعينة أعلاه موضوع العقد الحالي وأكد الموثق الموقع أسفله بدوره أنه حسب علمه فإن هذا العقد غير مغير أو مناقض بأي سند مضاد يتضمن زيادة في القيمة المصرح بها أعلاه .

الإشهاد .

أبرم هذا العقد و حرر بمحضر شاهدي العدل الذان أكدا للموثق الموقع أسفله هوية و أهلية الطرفين مؤكداين معرفتهما لهما معرفة تامة و أكيدة و هما :

أولا / السيد المولود بتاريخ ولاية جزائري الجنسية مهنته عامل الساكن ب..... الحامل رقم المسلمة له من دائرة بتاريخ

ثانيا / السيد المولود ولاية جزائري الجنسية مهنته عامل الساكن ب..... ، الحامل رقم المسلمة له من دائرة بتاريخ

. إثباتا لما ذكر .

حرر و إنعقد بمكتب التوثيق ببرج الكيفان الجزائر . - في سنة ثمانية و ألفين - و في يوم :
- و بعد التلاوة بصم و وقع الحاضرون مع الموثق .

. التسجيل .

تتبع التوقعات ثم يلي ذلك تأشيرة التسجيل التالية : المفتشية المتعددة الضرائب ببرج الكيفان سجل بتاريخ الحقوق دج قبضت حسب المخالصة رقم : إمضاء رئيس المفتشية .

شهادة أهلية الطرفين

يشهد الأستاذ بن عقون الشريف الموثق ببرج الكيفان 24 شارع 11 ديسمبر الموقع أسفله ، أن هذه النسخة قد تم نقلها عن الأصل المحفوظ بالمكتب مع التطابق و المماثلة التامة له و للنسخة المخصصة لتلقي تأشيرة الاشهار العقاري و هي محررة على صفحات من غير شطب بها أو تخريجة أو إحالة أو هامش مع () تسطيرا على بياض ، كما يشهد من جهة أخرى أن الهوية الكاملة للأطراف المذكورة أعلاه جنب أسمائهم قد تم التأكد منها بتقديم شهادات ميلادهم ، طبقا للقانون و أنهم جميعا من جنسية جزائرية يتمتعون بكامل أهليتهم المدنية من غير أي عارض مادي أو قانوني و ذلك طبقا للمادة 65 من المرسوم 63 / 76 المؤرخ في 25 مارس 1976 و المتعلق بالسجل العقاري .

الموثق

قائمة المراجع والمصادر

قائمة المراجع:

أولا/ المؤلفات:

- 1/ - د عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة ، الجزء الرابع ، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1960 .
- 2/ - د عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1960 .
- 3/ - د خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 4/ - د محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر 1990.
- 5/ - د محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، دار الهدى،الجزائر 2004.
- 6/ - سليمان مرقس ، شرح القانون المدني، العقود المسماة ، الجزء الثالث ،عقد البيع،الجزائر سنة 1980.
- 7/ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار هومة ، الجزائر 2006.
- 8/ - علي فيلاي، الإلتزامات ،النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع الجزائر، 2005 .
- 9/ - يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة ، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981.
- 10/ - ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المنازعات العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة الجزائر، 2006.
- 11/ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2003.
- 12/ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ، دار هومة، الجزائر 2004.
- 13/ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر 2003.

- 14/ - رمول خالد ، المحافظة العقارية كالية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب البلدية ، 2001.
- 15/- جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2006.
- 16/ - د بلحاج العربي، نظرية العامة للالتزامات في القانون المدني "العقد والإرادة المنفردة" ،ديوان المطبوعات الجامعية ، طبعة سنة 2014 .
- 17/ - ميدي أحمد ، الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة والتوزيع ، الجزائر ، الطبعة الأولى ، 2005 .
- 18/ - قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية ، الديوان الوطني للاشغال التربوية ، الجزائر الطبعة الثالثة ، 2004 .
- 19/ - لحسين بن الشيخ ، المقتني في عقد البيع ، دار هومة ،الجزائر ، طبعة 2010 .
- 20/ - د بوبارة عبد الرحمان ، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية ، دار بغدادي ، الجزائر الطبعة 2009 .

ثالثا/ الرسائل والمذكرات:

أ/الرسائل:

- 1- رحايمية عماد الدين ، الوسائل القانونية لاثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه ، جامعة مولود فرعون ، تيزي وزو ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مارس 2014 .
- 2- براهيمي صالح ، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه ، التخصص قانون ، جامعة مولود فرعون ، تيزي وزو ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مارس 2012.

ب/المذكرات:

- 3- عثمانة وهيبة : الشكلية الرسمية في السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة على ضوء التشريع و القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة السنة الجامعية 2008 / 2009

- 4- دحماني لطيفة ، الشكلية في مادة العقود المدنية ، مذكرة ماجستير،كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان ، السنة الجامعية 2002 / 2003
- 5- براهيم سامية ، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، السنة الجامعية 2007/2008.
- 6- فردي كريمة إثبات بيع الشهر العقاري في التشريع الجزائري ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الإخوة منتوري ، قسنطينة ، السنة الجامعية 2007/2008.
- 7- عبد الغني عبان ، السندات الإدارية و القضائية المثبتة لحق الملكية العقارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 2007/2010.

ثالثا/ النصوص التشريعية:

أ / الأوامر و القوانين :

01/ الأوامر:

- أمر رقم 154/66، مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم.
- أمر 71-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق ، الجريدة الرسمية عدد 78 لسنة 1970.
- أمر رقم 58/75 ، مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم .
- أمر رقم 74/75، مؤرخ في 12/11/1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .
- أمر 76-105 المتضمن قانون التسجيل ، المؤرخ في 09/12/1976 جريدة رسمية عدد 51 لسنة 1976 .
- أمر رقم 03/06، مؤرخ في 15/07/2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

02/ القوانين :

- قانون رقم 64-31 المؤرخ في 31/12/1964 المتضمن قانون المالية لسنة 1965 ،
الجريدة الرسمية عدد 01.
- قانون رقم 81-01 المؤرخ في 07/02/1981 يتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات
الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة أو الجماعات المحلية و
مكاتب الترقية و التسيير العقاري و المؤسسات ، جريدة رسمية عدد 06.
- قانون 83-352 المؤرخ في 21/05/1983 يسن إجراء لإثبات النقادم المكسب و إعداد
عقد الشهرة المتضمن الإعراف بالملكية، الجريدة الرسمية عدد 21.
- قانون 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن مهنة التوثيق ، الجريدة الرسمية عدد
18 لسنة 1988 .
- قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18/11/1990، يتضمن التوجيه العقاري، جريدة رسمية
49 لسنة 1990.
- قانون رقم 90-29 مؤرخ في 01/12/1990 ، يتضمن قانون التهيئة و التعمير جريدة
رسمية 52 لسنة 1990.
- قانون رقم 90-30 المؤرخ في 01/12/1990 ، المتضمن قانون الأملاك الوطنية و المعدل
و المتمم ، الجريدة الرسمية 52 لسنة 1990.
- قانون رقم 06-02 ، مؤرخ في 20/02/2006، يتعلق بتنظيم مهنة الموثق.
- قانون رقم 06-03 ، مؤرخ في 20/02/2006، يتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي.

ج- المراسيم التنظيمية :

- المرسوم 62/03 المؤرخ في 23/10/1962 المتضمن منع المعاملات العقارية في
الأملك الشاغرة ، الجريدة الرسمية عدد 53 لسنة 1962.
- المرسوم 73 / 32 المؤرخ في 05/11/1973 المتعلق بإثبات املكية العقارية الخاصة ،
جريدة رسمية عدد 15.
- مرسوم رقم 76/62 ، مؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام معدل
ومتتم.

- مرسوم رقم 63/76 ، مؤرخ في 1976/03/25، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل ومنتتم.
- المرسوم التنفيذي رقم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لأملاك الدولة و الحفظ العقاري.
- المرسوم 144/08 ، المتضمن تنظيم مفتشية أملاك الدولة و الحفظ العقاري و صلاحياته المؤرخ في 2008/05/10، جريدة رسمية عدد 25 لسنة 2008 .
- المرسوم التنظيمي رقم 242/08 المؤرخ في 2008/08/03 المحدد لشروط الالتحاق بمهنة التوثيق وممارستها ونظاما التأديبي وقواعد تنظيمها ، جريدة رسمية عدد 45 .

رابعاً/ المجالات القضائية :

- 1- العدد 1 و 2 لسنة 1992.
- 2- العدد 2 لسنة 1994.
- 3- العدد 1 لسنة 1999.

الفهرس

الفهرس

أ	مقدمة
06	الفصل الأول : قاعدة الرسمية
08	المبحث الأول : الكتابة الرسمية
08	المطلب الأول : مفهوم الكتابة الرسمية
08	الفرع الأول : تعريف الكتابة الرسمية
12	الفرع الثاني : شروط صحة المحرر الرسمي
17	المطلب الثاني : جزاء تحلف الرسمية في البيع العقاري
17	الفرع الأول : الرسمية ليست ركنا لانعقاد البيع العقاري
20	الفرع الثاني : الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري
24	المبحث الثاني : سلطة و اختصاص محرر العقد الرسمي
24	المطلب الأول : سلطة محرر العقد الرسمي
24	الفرع الأول : الولاية
25	الفرع الثاني : الأهلية
26	المطلب الثاني : اختصاص محرر العقد الرسمي
27	الفرع الأول : الاختصاص الموضوعي
31	الفرع الثاني : الاختصاص الإقليمي
32	الفرع الثالث : شروط مراعاة الأشكال القانونية
40	خلاصة الفصل الأول
41	الفصل الثاني : نظام الشهر العقاري
44	المبحث الأول : إلزامية الشهر العقاري
44	المطلب الأول : الإيداع القانوني و إجراء عملية الشهر

45	الفرع الأول : عملية الإيداع القانوني للعقود بالمحافظة العقارية
47	الفرع الثاني: إجراء عملية الشهر
51	المطلب الثاني : الإيداع غير القانوني و رفض الإيداع و الإجراء
51	الفرع الأول : رفض الإيداع
53	الفرع الثاني : ر فض الإجراء
55	الفرع الثالث : الطعن في قرارات المحافظ العقاري
57	المبحث الثاني : الآثار القانونية المترتبة على الشهر العقاري
57	المطب الأول : الأثر المنشئ و المطهر للشهر
58	الفرع الأول : الأثر المنشئ للشهر
61	الفرع الثاني : الأثر المطهر للشهر
66	المطلب الثاني : حجية الشهر العقاري
66	الفرع الأول : حجية الشهر ما بين الطرفين
67	الفرع الثاني : حجية الشهر اتجاه الغير
68	خلاصة الفصل الثاني
69	الخاتمة
74	الملاحق
79	قائمة المراجع
85	الفهرس