

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع: .....

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## البيوع العقارية في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

التخصص: القانون الخاص

تحت إشراف الأستاذة:

لطروش أمينة

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالب:

حميدات مليكة

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

لعور ريم

الأستاذة

مشرفا مقرر

لطروش أمينة

الأستاذة

مناقشا

بوخدي فادية

الأستاذة

تاريخ المناقشة : 2023/06/11

السنة الجامعية: 2023/2022

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

" وَيَا قَوْمِ اَوْفُوا الْمِكْيَالَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ  
اَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْتُوا فِي الْاَرْضِ مُفْسِدِينَ "

هود 85.

# إهداء

أهدي ثمرة هذا العمل المتواضع إلى من أعز و أغلى شخص في حياتي منذ ولادتي ، إلى من أعطاني السند الكبير و بفضل دعواتها طيلة مشواري الدراسي من الابتدائي إلى غاية تخرجي الآن ، إلى من سهرت الليالي في تربيتي ثم تعليمي إلى أن وصلت إلى ما أنا عليه

الآن و لها الفضل الكبير و الشكر الجزيل

ألا و هي أُمي الفاضلة رحمة الله عليها

و التي أقول لها دائما شكرا على كل شيء قدمته من أجلي إلى غاية نجاحي جعل الله الجنة

دارها و مستقرها

إلى من كان دائما يدعمني و يؤازرني هو كذلك في حياتي الدراسية إلى والدي الغالي أطلب

من الله أن يرحمه و يجعله من الذين أنعم الله عليهم من الصديقين و النبيين و الشهداء و حسن

أولائك رفيقا

إلى عائلتي الصغيرة

إلى كل من أحب، إلى كل من ساندني في إنجاز هذا العمل المتواضع

إلى كل أصدقائي في العمل و الدراسة .

# شكر و عرفان

أفتح هذه المذكرة باسم الله العلي القدير الذي هداني  
بنوره و أعانني على إتمامها وجعل العسير من هذا العمل يسير و أصلي و أسلم على

المصطفى البشير النذير

- عليه أفضل الصلاة و أزكى السلام -

أما بعد

مصادقا لقوله تعالى: " لئن شكرتم لأزيدنكم "

إن كان على المرء أن يذكر لذي الفضل فضله فإنني أتوجه بالشكر و العرفان والتقدير  
والامتنان إلى كل أساتذتنا الأجلاء الذين علموني الحرف والكلمة و الجملة و النص ،راجيا  
من المولى سبحانه وتعالى أن يجعل ما غنمته منهم صدقة جارية تضاف إلى صحائف  
حسناتهم .

و اخص بالذكر بالشكر الأستاذ: لطروش أمينة الذي لم تبخل علينا بنصائحها

وإرشاداتها طيلة مدة انجاز هذا العمل.

كما أتقدم بالشكر الجزيل إلى اللجنة التي قبلت مناقشة المذكرة

وضحوا من ثمين وقتهم لقراءة صفحاتها ،و تقييمها بميزان العارفين القادرين راجين أن

ينال هذا الجهد تقديرهم ،وان تحض أخطاؤها و هفواتها بتقويمهم وتنويرهم ، وأن

تشمل نقائصها بعفوهم وصفحهم.



قائمة المختصرات

باللغة العربية

ج ر : الجريدة الرسمية

د ب ن : دون بلد نشر

د س ن : دون سنة نشر

د ط : دون طبعة

د ن : دون ناشر

ص : صفحة

ط : طبعة

ع : عدد

ق : قانون

ق م د : قانون مدني جزائري

ق م ف : قانون مدني فرنسي

باللغة الفرنسية

**Ed : édition**

**N: numéro**

**P : page**

إن من أقدس الحقوق الإنسانية على الإطلاق نظرا للمكانة التي إحتلها في رسالات الشرائع السماوية و مروراً بالأنظمة القانونية الوضعية في مختلف الحضارات البشرية نخص بالذكر و نسلط الضوء على حق الملكية، هذا الأخير الذي يشكل بحق جوهر وحقيقة الإنسان الغالب عليه التعطش لتكوين الثروة و إشباع غريزته المتمحورة أساساً حول حب التملك. و حق الملكية تزداد أهميته كلما كان محله ذا قيمة و إعتبار ، و في هذا الصدد و مما هو متعارف عليه و ثابت بين الناس أن العقار يصنف ضمن أرفع الأموال قيمة التي تشكل محلاً للملكية، و إن للعقار - و نخص بالذكر الأرض - مكانة مرموقة ما بين الناس جعل من الكثير يتهافت عليه بالطرق المشروعة و حتى غير المشروعة و لطالما كانت الأرض سبباً في الخلافات و النزاعات بين العروش و القبائل و لطالما كانت سبباً في نشوب الحروب و النزاعات الحدودية الدامية، و أيضاً الغاية المتوخاة من وراء السياسات الإستعمارية المختلفة الصور المنتهجة خاصة خلال الثورة الصناعية التي ظهرت في أوروبا أواخر القرن 18، لما توصل إليه من أن العقار خاصة الأرض تعد مصدر صافياً للثروة و هذا ما تسبب في تفاقم و إنتشار النزاعات حول ملكية العقار .

لقد أولى التشريع الجزائري على غرار مختلف التشريعات الأخرى أهمية قصوى لحماية الملكية العقارية وذلك بوضع ترسانة من النصوص القانونية التي تحكم العقار من عدة جوانب.

وهناك عدة طرق لانتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري تتمثل في :

التصرف القانوني، الواقعة المادية، الحكم القضائي، القرار الإداري والعقد الإداري.

ويعد البيع العقاري أهم تصرف قانوني وأكثرها شيوعاً في نقل الملكية العقارية.

ولقد حصرنا موضوع الدراسة في البيع العقاري باعتباره عقداً يبرم بين البائع والمشتري دون البيوع الجبرية تفادياً لتشعب الموضوع لذلك أوردنا عنوان البحث بصيغة المفرد ولما كان البيع العقاري شأنه شأن التصرفات العينية العقارية بصفة عامة يمتاز بخاصية تميزه

عن باقي العقود إذ أنه يستلزم ركنا رابعا لانعقاده إلى جانب الأركان العامة فإنه من جهة يخضع لشكلية أوجبها المشرع فلماذا هذه الشكلية ؟ وما هي الآثار المترتبة عن تخلفها ؟ وما هو موقف الاجتهاد القضائي من ذلك ؟

كل هذه التساؤلات تستدعي تحليل أركان العقد عامة (التراضي، المحل، السبب) وركن الشكلية خاصة للتوصل إلى الإجابة عن هذه التساؤلات.

ومن جهة أخرى نجد أن البيع العقاري لا يكتفي بتوافر أركانه الأربعة ليرتب الآثار التي يربتها عقد البيع بصفة عامة، ولكي يكون حجة على الغير. فبالإضافة إلى توافر الأركان فإن المشرع الجزائري وضع إجراء خاصا لإنقال الملكية العقارية بالزام الطرفين باللجوء إلى شهر عقد البيع العقاري بالمحافظة العقارية.

### أهمية الموضوع:

تتلخص الأهمية لهذه الدراسة في احاطة و الالمام بجوانب الملكية العقارية ولعله من الملاحظ أن أهمية هذه الملكية تبرز في مجالات الاستثمار المختلفة حيث أن الكثير من هذه الاستثمارات تحتوي شكلا أو أكثر من أشكال حقوق الملكية العقارية وبالتالي إذا كان نظام الحماية ضعيفا فإن ذلك سيؤدي إلى ارتفاع احتمالية التعدي على حقوق الملكية العقارية مما يجعل تلك الدول أقل جاذبية للاستثمار في زمن أصبح فيه الاقتصاد مرتبطا بكل مدخلات العولمة كما لا يخفى أن التفاوت بين الدول في امتلاك نظام حمائي لهذه الحقوق قد أدى إلى تقسيم الدول إلى مجموعات في مضمار التقدم والتخلف فهناك دول متطورة وأخرى تحت التطور وثالثة متخلفة. بل قد أصبح تحديد قوة الدولة يعتمد على مقدار ما تملكه من الحقوق العقارية، فالاختلاف في امتلاك هذه الحقوق بين الدول يترتب عليه تفاوت شديد في درجة الحماية وجودتها ومستوى الدخل القومي وكذلك مستوى معيشة الفرد فضلا عن أن صوت الدولة في المحافل الدولية يعلو أكثر فأكثر كلما امتلكت قدرا أكبر من هذه الحقوق.



## أهداف الدراسة:

إن الهدف من الدراسة هو محاولة تقديم مسار حقوق الملكية العقارية وتحديد آليات حمايتها في التشريعات الوطنية نظرا لأن حقوق الملكية العقارية ترد على حقوق لا تعرف حدودا مما استلزم حمايتها ضد الاعتداء عليها . إذ لا يكفي وضع القواعد والنصوص القانونية التي تعترف بحقوق الملكية العقارية ، بل لابد من إيجاد آلية فعالة وسريعة لضمان تطبيق هذه القوانين وإنفاذ هذه الحقوق لمصلحة أصحابها من قبل الأجهزة المختصة محليا و مركزيا مما يضمن معه رد ما يقع من اعتداء على هذه الحقوق بكل الطرق والوسائل القانونية.

-التداعيات الخطيرة لظاهرة الاعتداء على حقوق الآخرين في الحقل القانوني والأمني والتجاري والإبداعي والحضاري في ظل حركة إنتاج عارمة مما يستدعي من ذوي التخصص والخبرة وضع الحقوق العقارية في حماية شاملة وفق الأنظمة والقوانين والتشريعات.

-الرعاية الخاصة التي توليها الدول الكبرى للملكية العقارية في هذا القرن و ما سبقه باعتبارها جزءا أساسيا من السياسة الاقتصادية للدول الكبرى.

-إن مصدر التقدم الشخصي والاقتصادي كامن في القدرة على الوقوف على أسس المعارف الثابتة والتطلع إلى ما وراءها على حدود الاكتشافات.

-مساهمة الملكية العقارية في تطور المجتمعات عبر التاريخ باعتبارها فطرة في الأمم كلها ولها دور تتناقله كل الثقافات.

## أسباب إختيار الموضوع:

تكمن أسباب إختيار موضوع الدراسة في قلة الدراسات في مواضيع الملكية العقارية في هذا الجانب في مكتباتنا الجامعية ، وكذا حب الإطلاع و تزويد الباحث العلمي الحقوقي بفرصة الولوج إلى أفكار و موضوعات و بحوث دراسات جديدة في كلية الحقوق للجامعة ، لإكتساب المعرفة البحثية التي تضاف إلى رصيد الطالب ، و التذكير بالتطور الذي يطرأ على قانون الملكية العقارية.

## المنهج المتبع

لمزيد من التدقيق اقتصرنا على **البيع العقاري** ، و حتى يتسنى لنا الإلمام بالموضوع إماما كافيا استعنا على تحليل النصوص القانونية التي تنظم حماية العقار أو التي لها علاقة به، وذلك من خلال الاعتماد على المنهج التحليلي الذي مكنا من تحليل ما تضمنته النصوص القانونية من أحكام إلى جانب المنهج الوصفي الذي ساعدنا على تفسير تلك النصوص القانونية.

ونظرا لخضوع هذه العملية لإجراءات دقيقة تستجيب لقواعد وشروط قانونية محددة، وللتعرف على مختلف هذه النقاط يستدعي الأمر الإجابة على مجموعة من التساؤلات المتعلقة بهذا الإجراء :

## ما هو النظام القانوني للبيع العقاري؟

و تتفرع عن هذه الإشكالية أسئلة فرعية: ما هو موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر العقاري المعروفين؟ وما هو النظام الذي تبناه المشرع الجزائري؟ ونظرا لتعدد إجراءات العملية بحد ذاتها، ما هي الحلول القانونية التي وضعها المشرع للاستجابة وحل النزاعات التي قد تنشأ أثناء سيران العملية إلى غاية صدور قرار المحافظ العقاري الذي يدير ويشرف على المحافظة العقارية ومن يتحمل تبعه المسؤولية الناشئة عن هذه النزاعات؟

**صعوبات الدراسة:**

أهم الصعوبات هذه الدراسة هي تشعب هذا الموضوع للحماية المقررة له و غير مكرسة في قانون واحد و هذا التنوع للقوانين المنظمة راجع لتنوع صورها.

يرجع الاشكال في هذه الدراسة إلى المراحل المختلفة التي مرت بها الملكية العقارية والنصوص التي كانت تحكمها، والتي لم تعرف انسجاما وتوصلا، ولا تطبيقا ميدانيا لكثرتها ولعدم تماشيها مع التقاليد والعرف السائدين في المجتمع. ثم استمرار تضارب النصوص بعد الاستقلال، وسرعة تجديدها والذي لا يخدم استقرار الملكية العقارية ولا تطويرها ، لدرجة أنه لا يكاد ينتهي من إجراءات سنها قانون أو مرسوم ، حتى يصدر قانون آخر يسن إجراءات جديدة مغايرة .

## التصريح بالخطة

ولمعالجة هذا الموضوع والإلمام بمختلف جوانبه والنقاط القانونية التي يثيرها ارتأينا اقتراح خطة مقسمة إلى فصلين نظرا لأن كلا من عمليتي انعقاد البيع العقاري وانتقال ملكيته مستقلتين عن بعضهما البعض لاختلاف أحكامهما والآثار المترتبة عن تخلف كل واحدة منهما.

الفصل الأول : انعقاد البيع العقاري، نتناول فيه مختلف الأركان اللازمة لذلك الانعقاد مع التركيز على الشكالية التي استوجبتها المشرع بإفرادها بمبحث مستقل للإحاطة بمختلف أحكامها، ومحاولة الإجابة عن الجدل الذي أثارته الرسمية لمدة طويلة حتى على مستوى اجتهاد المحكمة العليا.

الفصل الثاني : انتقال الملكية في البيع العقاري، هذا الفصل يستوجب التطرق إلى نظام الشهر العقاري الذي تبناه المشرع الجزائري منذ صدور أمر 74/75 وما ترتبه عملية الشهر من تجسيد و تكريس للحقوق ومختلف المنازعات التي تنور عن هذه العملية التقنية والقانونية في آن واحد.

## الفصل الأول: إنعقاد البيع العقاري

عرفت المادة 351 من القانون المدني الجزائري عقد البيع بنصها : " البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي". يستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم للجانبين، إذ هو يلزم البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر ويلزم المشتري أن يدفع للبائع مقابل ذلك ثمننا نقديا. وعرفت المادة 683 من القانون المدني العقار بأنه "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك فهو منقول".

البيع لغة مصدر باع وهو مبادلة مال بمال، والشراء والبيع هما من أسماء الأضداد فيطلق الشراء على البيع، كقوله تعالى: "وشروه بثمن بخس دراهم" أي باعوه، ويطلق البيع على الشراء كقوله صلى الله عليه وسلم " لا يبيع أحدكم على بيع أخيه" أي لا يشتري، وكذلك الاشتراء والابتياح فإنهما يطلقان على فعل البائع والمشتري لغة، إلا أن العرف قد خص البيع بفعل البائع وهو إخراج الذات من الملك وخص الشراء والاشتراء والابتياح بفعل المشتري وهو إدخال الذات في الملك وله حقيقتان لغوية وشرعية، أما اللغوية فالبيع هو الإيجاب والقبول في مالمين ولو بالمنازعة، وأما حقيقته الشرعية فجمالية وتفصيلية، أما الجمالية فهو الإيجاب والقبول في مالمين مع شرائط وأما التفصيلية فهو الواقع بين جائزي التصرف المتناول لما يصح تملكه بثمن معلوم بلفظين ماضيين أو ما في حكمهما.

والبيع اصطلاحاً هو مبادلة مال بمال بقصد الاكتساب أو هو عقد معاوضة مالية تفيد ملك العين والمنفعة على وجه التأييد لا على وجه القرية بين طرفين متعاقدين بإرادتهما الحرة، وهذا التعريف يتميز به البيع عن الهبة لأن الهبة هي تملك بلا عوض حال الحياة، بينما البيع هو تملك بعوض، ويتميز البيع عن الإجارة لأن فيها تملك.

وقد عرفه المالكية بأنه عقد معاوضة وعلى غير منافع ولا متعة لذة، وذلك للاحتراز من مثل الإجارة والنكاح، وعرفه الشافعية بأنه مقابلة مال بمال على وجه مخصوص للمنفعة.

وقد اتفق الفقهاء على أن البيع مشروع على سبيل الجواز، دل على جوازه الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، فمن كتاب الله تعالى " واحل الله البيع" وقوله عز وجل " ولا تاكلوا أموالكم

بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم"، وأما السنة فمنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل أي الكسب أطيب؟ قال: "عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور".

وروى رفاة أنه خرج مع النبي صلى الله عليه وسلم ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال: إن التجار يبعثون يوم القيامة فجارا إلا من بر وصدق".

وقد قال سيدي أبو عبد الله بن الحاج في المدخل في فضل خروج العالم إلى قضاء حاجته في السوق أن يباشر ذلك بنفسه فإن فعل أتى بالسنة على وجهها.

وأما المعقول فلأن الحكمة تقتضيه لتعلق حاجة الإنسان بما في يد صاحبه ولا سبيل إلى المبادلة إلا بعوض غالبا ففي تجويز البيع وصول إلى الغرض ودفء الحاجة.

هذا هو الحكم الأصلي للبيع، ولكن قد تعثره أحكام أخرى، فيكون محظورا إذا اشتمل على ما هو ممنوع بالنص لأمر في الصيغة أو العاقدين أو المعقود عليه، وقد يكون الحكم للكرهة وهو ما فيه نهى غير جازم، ومثل له الخطاب في المالكية ببيع السباع لا لأخذ جلودها. وقد يعرض للبيع الوجوب كمن اضطر إلى شراء طعام أو شراب لحفظ نفسه، كما قد يعرض له النذب كمن أقسم على إنسان أن يبيع سلعة لا ضرر عليه في بيعها فتندب إجابته لأن إبرار المقسم فيما ليس فيه ضرر مندوب.

وهنا قال الشافعي: فأصل البيوع كلها مباح إذا كانت برضا المتعاقدين الجائزي الأمر

فيما تبايعا إلا ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم منها وما كان في معنى ما نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم محرم بإذنه داخل في المعنى المنهى عنه، ومن فارق ذلك أبحناه، وحكمة مشروعية البيع ظاهرة فهي الرفق بالعباد والتعاون على حلول معاشهم.

ولا ينعقد البيع العقاري شأنه شأن أي عقد آخر إلا إذا توافرت فيه ثلاثة أركان هي: التراضي

المحل والسبب والتي سنتناولها في المبحث الأول لكن بالإضافة إلى هذه الأركان العامة وباعتبار البيع العقاري من العقود التي أخضعها المشرع لشكلية معينة لإبرامها هذه الشكلية المتمثلة في إلزامية تحرير العقد في ورقة رسمية يتعين علينا إفرادها بمبحث مستقل للتطرق إلى أحكامها.

## المبحث الأول: الأركان العامة في البيع العقاري

إن الأركان العامة للعقد المتمثلة في التراضي، المحل والسبب تخضع في أحكامها إلى القواعد العامة سواء من حيث وجودها، شروطها والآثار المترتبة عنها.

## المطلب الأول: التراضي:

إن انعقاد البيع يقتضي أن يتبادل طرفا العقد التعبير عن إرادتهما ، وذلك على حدّ تعبير المشرع في المادة 59 من القانون المدني "...أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين"، فلا ينعقد البيع إلا إذا اقترن الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول مطابق له صادر من المتعاقد الآخر.

ويقصد بالتراضي توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين.<sup>1</sup>

وبوجود إرادتين متطابقتين يقوم هذا الركن الذي لا يكفي لإبرام العقد الإلكتروني، فللرجوع إلى المادة 59 من القانون المدني الجزائري فإن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.<sup>2</sup>

ولصحة التراضي وبالتالي صحة البيع يشترط أن تكون الإرادة خالية من عيوب الرضا بالإضافة إلى صدورهما من شخص ذي أهلية.

## الفرع الأول: تطابق الإيجاب والقبول:

الإيجاب هو التعبير عن الإرادة المتضمن إقتراح إبرام عقد معين وفقا لشروط معينة. والقبول هو التعبير عن الإرادة التالي للإيجاب والصادر ممن وجه إليه والذي يتضمن إرادة مطابقة لإرادة الموجب.

1 عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح ق المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، ومصادر الالتزام، ج 1، دار أحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص 172.

2 قانون رقم 07-05 مؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق 13 مايو سنة 2007، يعدل ويتم الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني.

ويتضمن تطابق الإيجاب والقبول على عناصره الأساسية والتي هي المبيع والثمن، وإذا كان اتفاق المتبايعين على البيع والمبيع والثمن ضروريا ليتم البيع، فهو أيضا كاف ولا ضرورة لتمام البيع أن يتفقا على أكثر من ذلك<sup>1</sup>.

يقصد بالإيجاب العرض الصادر من شخص يعبر على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد، ولذلك يجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للعقد بحيث يتم بمجرد اقترانه بقبول مطابق له وإلا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض<sup>2</sup>

### الفرع الثاني: صحة التراضي:

طبقا للقواعد العامة فإن صحة التراضي تتحقق من خلال اشتراط أن يكون المتعاقد أهلا لإبرام العقد من ناحية، وأن تكون إرادته خالية من العيوب من ناحية أخرى. التعبير عن الإرادة قد يكون بالرضا أو التراضي، وهو تطابق إرادتين أو أكثر على أمر معين لإحداث أثر قانوني، مع وجوب أن يكون الرضا مستوف لكافة شروطه، كشرط الأهلية القانونية باعتبارها صلاحية الشخص وقدرته على اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ذلك عن طريق مباشرته لمختلف التصرفات القانونية، و الأهلية تنقسم إلى نوعين أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

### أولا: الأهلية:

1- لغة : الأهلية هي الصلاحية، الجدارة والكفاية للقيام لأمر من الأمور، فالأهلية

للأمر هي الصلاحية له<sup>(3)</sup>، ومنه قوله تعالى في حق المؤمنين،

"وألزمهم كلمة التقوى وكانوا أحق لها وأهلها"<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> عبد الرزاق أحمد السهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، الجزء الرابع، لبنان 1960، ص43.

<sup>2</sup> بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم قية، تخصص قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2014، 2015، ص 67.

<sup>(3)</sup> إيتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب،

البلدية، بدون سنة النشر، ص43.

الأهلية المقصودة هي أهلية الأداء أي أهلية الشخص للقيام بتصرفات قانونية (أهلية التصرف)، وأهلية الأداء (التصرف) في القانون الجزائري هي بلوغ 19 سنة حسب م 40 من القانون المدني.

ويعتبر عقد البيع من بين التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، لذا يكفي للمتعاقدين أن يبلغا سن التمييز والذي هو 13 سنة حسب المادة 42 من القانون المدني كي يبرما عقد البيع مع احتفاظ هذا الأخير بحقه في إبطال العقد إلا إذا أجازه بعد بلوغه سن الرشد.

## 2- أنواع الأهلية

تعتبر الأهلية بوجه عام شرط من شروط صحة التراضي في العقد ركن، والقانون يعتبر جميع الأشخاص الطبيعيين الذين بلغوا سن الرشد، وهو سن التسعة عشر سنة (19) في القانون المدني الجزائري أهلا للتعاقد، ما لم يوجد نص صريح يمنعهم من إبرام بعض العقود أو جميعها<sup>(2)</sup>، على أساس أن العقود حسب الأهلية يمكن أن تنقسم إلى أربعة أقسام:

\_ عقود اغتناء: بحيث يغتني من يباشرها دون أن يدفع عوضا (الهبة بالنسبة إلى الموهوب له).

\_ عقود إدارة: وهي العقود التي ترد على الشيء لاستغلاله (الإيجار).

\_ عقود تصرف: العقود التي ترد على الشيء للتصرف فيه بعوض (البيع).

\_ عقود بتوع: وهي العقود التي ترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض (الهبة بالنسبة إلى الواهب).

من توافرت فيه الأهلية الكاملة كان صالحا لمباشرة هذه العقود المذكورة أعلاه، أما الشخص ناقص الأهلية فليس أهلا لمباشرة البعض منها<sup>(3)</sup>، حيث لا يصلح الصبي

<sup>1</sup>سورة الفتح، الآية 26.

<sup>(2)</sup>قانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

<sup>(3)</sup>عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي

الحقوقية، لبنان، 1997، ص222.



المميز لمباشرة عقود التبرع، إنما يصلح لمباشرة عقود الاغتناء والإدارة فقط، كما لا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف، بينما إذا كانت الأهلية معدومة كالصبي الغير مميز فهو لا يصلح لمباشرة هذه العقود جميعها<sup>(1)</sup>.

الأهلية نوعان: أهلية الوجوب وأهلية الأداء

#### أ\_ أهلية الوجوب

يعرف علماء أصول الفقه الإسلامي أهلية الوجوب بأنها صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق المشروعة له، وعليه، فالشخص سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا (اعتباري) ينظر إليه من الناحية القانونية، بأنه شخص صالح لأن تكون له حقوق ويتحمل كافة الالتزامات، وتثبت أهلية الوجوب للشخص بمجرد ولادته حيا<sup>2</sup>، بل وتتعدى لأبعد من ذلك في بعض الوجوه، عندما يكون جنينا، وفي حالة انعدام أهلية الوجوب انعدمت الشخصية معها كحالة ولادة الجنين ميتا.

#### ب\_ أهلية الأداء

يقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتتقرر عليه التزامات، وهي أهلية تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا، كما تثبت للصبي الغير مميز وحتى المجنون، ولكي يعتد بأهلية الأداء، فلا بد من توافر أهلية الوجوب في الشخص والعكس غير صحيح<sup>(3)</sup>. كما يمكن فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاما<sup>(4)</sup> وهذه الأخيرة هي التي تهتمنا في دراستنا للموضوع محل البحث.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1997، ص222.

(2) المادة 25 من القانون المدني الجزائري<sup>2</sup>.

(3) ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص175.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص222.

## ثانيا: عيوب الرضا:

عيوب الرضا في عقد البيع هي عيوبه في أي عقد آخر، فيعيب إرادة أي من البائع والمشتري أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب كان البيع قابلا للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب<sup>(1)</sup>.

وبالتالي تطبق الأحكام العامة للعقود بالنسبة لهذه العيوب مع تطرقنا في الموضوع إلى كل من الغلط والتدليس لارتباط الأول بحق العلم بالمبيع وارتباط الثاني بمحل عقد البيع بالخصوص الغبن في البيع العقاري.

## 1. علم المشتري بالمبيع

وهو ما يطلق عليه في الفقه الإسلامي خيار الرؤية وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 2/352 من القانون المدني.

لقد أراد المشرع بهذا النص إضفاء قدرا أكبر من الحماية لرضاء المشتري بالبيع فلم يكتفي بالحماية التي تقررها القواعد العامة بشأن عيوب الإرادة وإنما أضاف إليها اشتراط علم المشتري علما كافيا بالمبيع وإلا كان له حق طلب إبطال البيع.

وتشترط المادة 352 من القانون المدني أن يكون علم المشتري بالعين المبيعة علما كافيا، ويتحقق هذا الشرط إذا علم المشتري بذات المبيع وأوصافه الأساسية، وذلك لأن من الأوصاف ما لا يتحقق الرضا إلا بها، حيث يعول عليها معرفة ما إذا كان المبيع ملائما للغرض المطلوب له والذي أراد تحقيقه المشتري أم لا<sup>(2)</sup>.

ولا يظهر إذن خيار الرؤية إلا في الغرض النادر الآتي: تكون العين المبيعة معينة تعيينا نافيا للجهالة الفاحشة ولكنها لا توصف الوصف المميز الذي يمكن من تعرفها، وفي

(2) عبد الرزاق احمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص ص 112. 113.

(2) خليل احمد حسن قدارة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، ج 4 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،

1994، ص 61.

الوقت ذاته لا يقر المشتري في عقد البيع أنه علم بالمبيع، ولم يكن قد سبقت له رؤيتها، ففي هذه الحالة وحدها يثبت للمشتري خيار الرؤية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني: المحل:

عقد البيع هو عقد ملزم لجانبيين يترتب إلتزامات متقابلة في ذمة البائع والمشتري فإلتزام البائع محله المبيع أما المشتري فيلتزم أساسا بدفع الثمن.

### الفرع الأول: المبيع

يقصد بالمبيع الحق الذي يرد على شيء من الأشياء كحق الملكية الواردة على العقار والذي هو حق عيني أصلي، أو قد يكون حقا شخصيا، وقد يكون حقا أدبيا. ويجب أن تتوفر في المبيع الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام بوجه عام، هذه الشروط التي سنوضحها في النقاط التالية:

#### أولاً: أن يكون المبيع موجودا أو ممكنا:

بالرجوع إلى المادة 93 من القانون المدني فإنه يجب أن يكون المبيع موجودا وقت إبرام عقد البيع أو يكون ممكن الوجود بعد ذلك. فإذا تعاقد الطرفان على اعتبار أن المبيع موجود وقت إبرام عقد البيع ثم تبين أن المبيع هلك قبل التعاقد فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، كما في بيع منزل تبين هلاكه قبل إبرام العقد.

والمشرع الجزائري لا يلزم أن يكون المبيع موجودا وقت التعاقد، بل يجوز أن يكون المبيع شيئا مستقبلا طبقا لنص المادة 92 من ق المدني الجزائري: "يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئا مستقبلا ومحققا" النص أورد لفظ محقق بعد مستقبل، وهنا ينقض الحقيقة بالواقع، فلا يمكن مطلق الجزم على أن الشيء المستقبل سيتحقق فعلا أو لا يتحقق لاحتمالية وجوده<sup>(1)</sup>.

(3) السنهوري ، المرجع السابق ، ص 125.

(1) خليل أحمد حسن قداد، "الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري"، المرجع السابق، ص 78.

فلا ينعقد بيع المعدوم قبل وجوده وماله خطر العدم، ومن أمثلة الأول : بيع الثمر قبل انعقاد شيء منه على الشجرة، ومن أمثلة الثاني : بيع الحمل وبيع اللبن في الضرع، فكل من الحمل واللبن متردد بين الوجود وعدم الوجود فهما خطرا العدم.

ودليله في الجملة : أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها ويستثنى بيع السلم والاستصناع وبيع الثمر على الشجر بعد ظهور بعضه في رأي بعض الحنفية.

ونجد تطبيقا لهذا الشرط في ق.ل.ع. المغربي في الفصل 486 حيث جاء ينص على أنه "يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع يصح. في هذه الحالة، إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو القياسي والصنف، على نحو يجيء معه رضا المتعاقدين على بينة وتبصر"<sup>1</sup>. وكذلك الفصل 58 من ق.ل.ع.<sup>2</sup>.

ومن أمثلة الأشياء المستقبلية: بيع شخص محصول أرضه التي لم تثبت بعد. أما بالنسبة للعقار: بيع بناية قبل إتمام الإنجاز أو ما يعرف بالبيع بناء على التصاميم والمعلقة على شرط تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية لذلك بناء على نص المواد 18/17/11/10 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري.

لكن هناك الشيء المستقبل المحتمل الوجود كبيع نتاج المواشي التي قد توجد أو لا توجد، وعليه يكون البيع معلقا على شرط واقف هو تحقيق نتاج الحيوان<sup>3</sup>. وإذا كان المشرع الجزائري أباح التعامل في الأشياء المستقبلية، إلا أنه أدرج عدة استثناءات من ذلك التعامل بنص المادة 92 الفقرة الثانية من القانون المدني: "غير أن التعامل في

<sup>1</sup> قانون الالتزامات والعقود، ظهير 1913، الفصل 486.

<sup>2</sup> ينص الفصل 58 من ق.ل.ع. على أن : "الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معيناً على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلاً للتحديد فيما بعد".

<sup>3</sup> محمد صبري السعدي، "النظرية العامة للالتزامات"، الجزء الأول، الجزائر، سنة 2011، ص214.

تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون".

والتركة يقصد بها مجموع ما للإنسان من أموال وما عليه من ديون وقت وفاته، فإذا جرى تعامل في التركة ككل أو جزء منها أثناء حياة الشخص، فهنا نفرق بين حالتين:

### 1. التصرف الصادر من الوارث

التصرفات التي تصدر من أحد الورثة لوارث آخر أو من موصى له لوارث، أو من لموصى له آخر أو لأجنبي عن الورثة سواء وقع التصرف على التركة كلها أو جزء منها، شائعا أو على عين معينة تدخل ضمن أموال التركة، فإن هذا التصرف يعد باطلا بطلانا مطلقا.

لكن في حالة وقوع التصرف على عين من أعيان التركة المملوكة للمورث لمشتري حسن النية اعتقد أن المبيع مملوك للوارث البائع، فإن التصرف يكون باطلا بطلانا نسبيا باعتباره بيع ملك الغير، لكن إذا كان المشتري يعلم أن المبيع من ممتلكات المورث غير أنه اتفق مع الوارث البائع على تسليمه العين بعد وفاة المورث، فهنا البيع باطل بطلانا مطلقا يعد تعامل في تركة مستقبلية حتى ولو كان برضا المورث مما ينتج من آثار تعتبر مضاربة على حياة المورث والحث على استعجال موته<sup>(2)</sup>.

### 2. التصرف الصادر عن المورث

القاعدة العامة أن المورث في حياته له كامل حرية التصرف في أمواله المنقولة والعقارية، لكن استثناءا يمكن أن يتصرف المورث نفسه في أموال التركة المستقبلية فيعتبر تصرفه باطلا وعلّة البطلان هو تصرف المورث من شأن الإخلال بأحكام الميراث المتعلقة بالنظام العام<sup>(1)</sup>. ومثال ذلك أن يتفق المورث مع الوارث أن يتنازل عن نصيبه في التركة مقابل مبلغ مالي على اعتبار أنه وارث له في اعتبار ما سيكون مستقبلا.

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 195.

(2) لا يعتبر رهن المال الموصى به من قبل الموصي من التصرفات التي يستخلص منها رجوعه عن التصرف طبقا لنص المادة 193 من قانون الأسرة الجزائري.

والحالة التي أجازها القانون للمورث هي التصرف بالوصية بما لا يزيد عن الثلث وما زاد عنه يتوقف على إجازة الورثة، غير أن الوصية يمكن الرجوع فيها قبل وفاته (2) طبقا لنص المادة 192 من قانون الأسرة الجزائري.

**ثانيا: أن يكون المبيع معينا أو قابلا للتعين**

محل عقد البيع لابد أن يكون معينا أو قابلا للتعين، فإذا لم يكن معينا كان العقد باطلا، والمادة 94 من القانون المدني الجزائري نصت على: "إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا".

المبيع لابد أن يكون محددًا تحديداً نافيا للجهالة من قبل البائع، فإذا وقع البيع على شيء معين بذاته وجب وصف المبيع وصفا دقيقا واضحا لا يثير أي لبس، وأمثلة ذلك:

1. إذا كان المبيع سيارة: وجب ذكر أوصافها التي تميزها عن غيرها كسنة صنعها، نوعها، رقمها، قوة محركها وسعتها.

2. إذا كان المبيع عقارا كمنزل أو بناية: وجب تعيين موقعها، بيان أوصافها الأساسية ومشمولاتها، ففي حالة البيع على تصاميم نصت المادة 10 الفقرة الثانية من المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري على: "وصف البناية المباعة أو جزء البناية المبيع ومشمولات ذلك".

**ثالثا: أن يكون المبيع مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه**

مناط مشروعية المبيع أو عدم مشروعيته هو اتساقه أو مخالفته للنظام العام والآداب العامة وفكرة النظام العام والآداب العامة هي فكرة نسبية تختلف من دولة إلى أخرى حسب ثقافة ومفهوم الأخلاق لكل مجتمع، فما يكون غير مشروع في المجتمعات المحافظة يكون مباحا في مجتمع آخر.

نصت المادة 93 من القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/05: "إذا كان محل الإلتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام كان باطلا بطلانا مطلقا".

(2) محمد حسنين، "عقد البيع في القانون المدني"، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

كما نصت المادة 682 من القانون المدني الجزائري "كل شيء خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محلا للحقوق المالية والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي لا يجيز القانون أن تكون محلا للحقوق المالية".

يفهم من سياق هذين النصين أن المشرع الجزائري أوجد شرطا ثالثا للمبيع يتمثل في وجوب مشروعيته وعدم مخالفه للنظام العام والآداب العامة وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا. كما فرق بين المال والشيء، فالمال يقصد به الدلالة على الحق ذي القيمة المالية كالحق العيني والحق الشخصي، أما الشيء فهو كل ماله وجود مستقل عن ذات الشخص طبيعيا أو معنويا سواء كان الشيء ماديا كالأرض والبناء، أو معنويا كالحق الذهني للمؤلف والاختراعات.

هناك نوعين من الأشياء لا تصح أن تكون محلا لعقد البيع إما بحكم طبيعتها أو كان التعامل فيها مخالفا للقانون والنظام العام، لذلك سنوضحها في النقطتين التاليتين:

### 1. الأشياء الخارجة عن التعامل بطبيعتها

الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها هي التي تكون محل انتفاع لكل الأشخاص على حد سواء دون استثناء أحدهم بحيازتها، وهي الأشياء ذات الإستحالة الطبيعية كالهواء والشمس وماء البحر فهي لا تصح أن تكون محلا لعقد البيع لعدم قابليتها للتملك. والسؤال المطروح في حالة انعدام هذه الإستحالة هل يمكن التعامل بها كمحل للبيع؟ في حالة ما إذا استخدمت الأشياء الطبيعية بطريقة عملية كضغط الهواء بأنايب معينة مخصصة أو إحرار مياه البحر في قارورات معينة فهنا تصبح الإستحالة ممكنة ويصح أن تكون محلا لعقد البيع.

### 2. الأشياء الخارجة عن التعامل بحكم القانون

هي أشياء غير قابلة للتعامل فيها بحكم القانون تقديرا للغرض الذي خصصت له بحكم القانون سواء باعتبارها أموالا عامة أو بتجريمها لإخلالها بالنظام العام، ونفرق بين نوعين:

**أولاً:** الأشياء التي خرجت عن التعامل بها بحكم القانون تقديراً للغرض الذي خصت له، وتتمثل في الأموال المملوكة للدولة من عقارات ومنقولات المخصصة لمصلحة إدارة عامة أو الإدارة أو مؤسسة عمومية أو لهيئة لها طابع إداري.

أموال الدولة لا يجوز التصرف فيها أو تملكها بالتقادم طبقاً لنص المواد 688-689 من القانون المدني الجزائري، كذلك بالنسبة للمال الموقوف يقتضي الغرض الذي خصص له عدم جواز التصرف فيه<sup>(1)</sup>.

**ثانياً:** أشياء خرجت من دائرة التعامل بها بحكم القانون لعدم مشروعيتها ومخالفتها للنظام العام، ومن أمثلة ذلك: بيع المخدرات، تجارة الأسلحة والسموم، بيع الحقوق السياسية والحقوق الشخصية.

كما يوجد نوع آخر من المعاملات التي حرّمها القانون نذكر منها:

1. **بيع التركة المستقبلية:** قد سبق ذكر تفاصيلها سابقاً.
2. **بيع ملك الغير:** وهو بيع شخص لشخص آخر شيئاً معيناً بذاته لا يملكه.
3. **بيع الحقوق المتنازع عليها:** لا يجوز للقضاة ولا المدافعين القضائيين ولا للمحامين أن يشتروا لأنفسهم أو بواسطة أسماء مستعارة الحق المتنازع فيه كله أو بعضه وإلا كان البيع باطلاً طبقاً للمواد (400-401-402-403 القانون المدني الجزائري).
4. **البيع في مرض الموت:** فلا يجوز للمريض مرض الموت أن يقوم بالبيع للغير دون إقرار باقي الورثة طبقاً لنص المواد (409-408 ق.م.ج).

### الفرع الثاني: ثمن المبيع:

بما أن البيع من العقود الملزمة لجانبين، فإنه يوجد مقابل لا يكون فيه البائع مديناً وملتزماً، بل كدائن ويكون المشتري فيه مديناً بدفع ثمن المبيع، بمعنى أن عقد البيع يرتب التزامين أساسيين وللثمن شروط أساسية تتمثل في أن يكون نقوداً، معيناً أو قابل للتعيين، جدياً وحقيقياً.

(1) السنهوري، المرجع السابق، ص 264.



## أولاً : الثمن مبلغ من النقود

يتميز البيع عن المقايضة بأن يكون مقابل المبيع نقوداً وهو الثمن، فإذا كان الثمن غير نقود، فالعقد يعد مقايضة<sup>(1)</sup>، هذا الشرط حددته المادة 351 من القانون المدني الجزائري.

- لكن السؤال المطروح: هل يمكن أن يكون الثمن ديناً على البائع؟ ومثال ذلك: نقل المدين لدائنه ملكية أحد الأشياء عقاراً أو منقولاً كوفاء لدينه، فهل يعد هذا بيعاً؟
- لا يغني عن النقود شيء آخر حتى ولو كان من المثليات وحتى ولو كان له سعر نقدي معروف في البورصة أو في الأسواق.
- في حالة اتفاق المتعاقدان على أن يكون الثمن عبارة عن إيراد مرتب لمدة الحياة، فهنا العقد يعتبر عقد بيع وذلك لأن الإيراد ليس إلا مبلغاً من النقود، لكن يجب توافر شرط ورود العقد مكتوباً ليكون صحيحاً، فالشكالية هنا ركن أساسي في عقد البيع.
- لكن لا يمكن اعتبار الإيراد المرتب مدى الحياة عقد بيع إذا كان المقابل التزام بالنفقة الكسوة، وحجة ذلك أن التزام المشتري ليس نقوداً وإنما التزام بعمل وهو من العقود المسماة<sup>(2)</sup>.

## ثانياً : الثمن معين أو قابل للتعين

إما أن يحدد ثمن المبيع من طرف المتعاقدين ويعين تعييناً كافياً لا يدع مجالاً لمنازعة في مقداره مستقبلاً<sup>(3)</sup>.

تعيين الثمن وتقديره يرد بتعيين مبلغ محدد للشيء المبيع من طرف كلا المتعاقدين معا بهدف حماية مصلحتهما وعدم وقوع إحداهما في الغبن، والتقدير قد يكون فورياً أو بالاقتران على الإشارة على الأسس التي سيقدر الثمن بناءً عليها بعد إبرام العقد طبقاً

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 364.

(2) سليمان مرقس، "شرح القانون المدني"، الجزء الثالث، العقود المسماة، عقد البيع، 1980.

(3) حسين بن الشيخ آث ملويا، "المنتقى في عقد البيع"، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2006، ص 77.

لنص المادة 356 من القانون المدني الجزائري : " يجوز أن يقتصر ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاه فيما بعد".

والثمن في بيع العقار أخضعه المشرع لعدة إجراءات خاصة مختلفة عن بيع المنقول نظرا لأهميته الاقتصادية، حماية لمصلحة الأطراف وتجنباً لوقوع الغبن، لذلك أوجب إيداع خمس ثمن المبيع أمام مرأى وبين يدي الموثق محرر العقد تحت طائلة البطلان طبقاً لنص المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بالمادة 123 من قانون المالية لسنة 1998.

تنص المادة 256 في فقرتها الثانية والثالثة على أنه: "إذا كان الثمن قابل للدفع عن أجل، فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل خمس 5/1 ثمن نقل الملكية الذي يجب أن يحرر لزوماً...".

### ثالثاً: الثمن الحقيقي وجدي

من شروط صحة الثمن أن يكون حقيقياً وجدياً مماثلاً للقيمة الحقيقية للمبيع وإلا عد باطلاً والثمن الحقيقي هو الذي تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلاً باعتباره مقابلاً حقيقياً لا رمزياً<sup>(1)</sup>.

ويكون الثمن غير حقيقي إذا كان سورياً أو تافهاً أو بخساً.

### 1. الثمن السوري

الثمن السوري هو الذي لا يقصد البائع أن يتقاضاه من المشتري، بل نيته اتجهت إلى ذكر مبلغ من النقود ليكون ثمناً يكتمل به المظهر الخارجي لعقد البيع<sup>(2)</sup>، وهنا العقد لا يكون بالضرورة باطلاً إذا كان الثمن المتفق عليه مخالفاً للثمن المذكور في العقد زيادة أو نقصاناً، وإثبات الصورية في الثمن تخضع للأحكام العامة للإثبات.

### 2. الثمن التافه

مبدئياً تسمح حرية التعاقد للطرفين باشتراط الثمن الذي يناسبهما، وليست للقاضي سلطة ممارسة الرقابة على التوازن الاقتصادي للعقد ما عدا الحالات الإستثنائية للغبن،

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 180.

(2) حسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص 86.

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

### 3. الثمن البخس

نصت المادة 358 من القانون المدني الجزائري: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن

الخمس، فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ويجب لتقدير

ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس، أن يقوم العقار حسب قيمته وقت البيع".

الثمن البخس هو ثمن جدي ولكن بينه وبين المبيع تفاوت كبير (1) لكنه مختلف عن

الثمن الصوري والتافه، إذ أن الحصول على الثمن البخس كان الدافع للبائع نقل ملكية

المبيع إلى المشتري، ففي هذه الحالة ينعقد البيع بالثمن البخس بصفة طالما كان التفاوت

بين قيمة المبيع والثمن لا تزيد عن خمس قيمة المبيع وقت البيع، فإذا زاد هذا التفاوت عن

الخمس، فإن للبائع الحق بمطالبة المشتري بتكملة الثمن أو فسخ العقد وهو ما يسمى بالغبن

الفاحش.

وقد قررت هذه القاعدة للعقار دون سواه من المبيعات الأخرى نظرا لقيمة العقار رغم

أنه يؤخذ على هذه المادة حصر هذه الحماية على العقار دون المنقولات رغم وجود بعض

المنقولات التي تفوت قيمة العقارات مثل: المجوهرات والسيارات الفخمة...إلخ.

**المطلب الثالث: السبب:**

**الفرع الأول: تعريف السبب**

لم يعرف المشرع الجزائري السبب في العقد واكتفى بالنص في المادة 97 من القانون

المدني على: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو

للأداب كان العقد باطلا". ولقد عرف ركن السبب نظريتين، تقليدية وحديثة.

(1) خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 99.

وتعني النظرية التقليدية للسبب الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من وراء إلتزامه، فالبائع مثلا يقصد بتحملة بنقل ملكية المبيع أن يتحمل المشتري بالإلتزام بدفع الثمن<sup>(2)</sup>.

أما النظرية الحديثة فتعتمد بالسبب الدافع وهو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب في ذمته الإلتزام. فمن يشتري منزلا قد يكون الدافع له على الشراء والإلتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل، أو أن يخصص لسكانه، أو أن يجعل منه محلا لعمله... إلخ ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاث الآتية: هو شيء خارجي عن العقد، هو شيء ذاتي للملتزم، هو شيء متغير<sup>(1)</sup>.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالإلزامية السبب كركن في العقد رغم أن المشرع لم ينص صراحة على إلزاميته في المادة 97 من القانون المدني ولكن يستشف ذلك من تفسير المادة بمفهوم المخالفة وكذا من تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 إذ أصر المشرع على وضع عنوان فرعي بعد المادة 95 من القانون المدني، عنوانه "2 مكرر - السبب" وبالتالي نستخلص أن القانون المدني الجزائري يشترط أن يكون للإلتزام سبب، فإذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع فإن العقد يكون باطلا، وهو يأخذ بمعنى الباعث الدافع إلى التعاقد في السبب<sup>(2)</sup> وبذلك يكون المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة في السبب.

### الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في السبب

#### أولاً: وجود السبب

ينصرف هذا الشرط إلى السبب القسدي، وهو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها. وفي عقد البيع العقاري يكون سبب إلتزام البائع بنقل الملكية هو ارتقاب الحصول

(2) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 225.

(1) عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1960، ص 438.

(2) محمد صبري السعدي ، المرجع السابق، ص 238.

على الثمن من المشتري، وسبب إلتزام المشتري بدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع، ولذلك فالإلتزام كل من البائع والمشتري مرتبط بالآخر، بحيث إذا تخلف الإلتزام أحدهما فلا ينشئ إلتزام الآخر وبالتالي لا ينعقد عقد البيع<sup>(3)</sup>.

### ثانيا: صحة السبب

يجب أن يكون السبب صحيحا، فإذا كان موهوما أو صوريا فيكون السبب غير صحيح. فإذا تعهد الخلف العام أو الخاص بوفاء دين سلفه ثم اتضح أن هذا الدين انقضى، فهنا يكون السبب موهوما لأن المتعاقد وقع في غلط بشأن وجود السبب، ويبطل العقد. ويكون السبب صوريا إذا كان يخفي سببا آخر غير مشروع، كما إذا تعهد الشخص بدفع دين على أنه قرض وحقيقته أنه دين قمار.

### ثالثا: مشروعية السبب

ينصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع، أي الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب الإلتزام في ذمته، ويكون السبب غير مشروع إذا خالف النظام العام والآداب. فإذا كان الباعث للمتعاقدين معا باعثا غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا. أما إذا كان الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروع ففي هذه الحالة هناك افتراضين:

1. إذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا.

2. إذا كان الطرف الآخر لا يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه، فلا يكون العقد باطلا<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثاني: الرسمية في البيع العقاري

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.

(3) محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طو، الجزائر، 1990، ص76.

(1) محمد حسنين ، المرجع السابق، ص 77.

فبالنسبة للمصالح الخاصة فإن للرضائية 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 يقتضي أولا تحديد مفهوم المحرر الرسمي، وهو ما نتناوله في مطلب أول.

ولما كان المشرع قد أورد الحكم المنوه عنه بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لأول مرة بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق، ثم تلاه صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 ولم يتضمن الإشارة ضمن أحكام عقد البيع لأي حكم مماثل، فقد أفرز هذا الوضع اختلافا حادا حول طبيعة الشرط المنصوص عنه بالمادة 12 من قانون التوثيق أعلاه لذلك فإننا نتناول تحديد جزاء تخلف الرسمية في البيع العقاري في مطلب ثان.

#### المطلب الأول: مفهوم المحرر الرسمي:

لقد تناول المشرع 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 تحليل التعريف الذي أورده المادة 324 من القانون المدني ثم نخرج على تحديد شروط المحرر الرسمي.

## الفرع الأول: تعريف المحرر الرسمي

لقد أورد المشرع الجزائري للحكم المنصوص عليه بالمادة 324 أعلاه تحت عنوان الإثبات بالكتابة ضمن الفصل الأول من الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني وهو نص عام يتعلق بالإثبات.

ويبدو وللوهلة الأولى أن صياغة نص المادة 324 من القانون المدني من شأنها أن تحدث خطأ 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 الإلتزام 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 للإلتزام، 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 البعض<sup>(1)</sup> أنه يجب تعديل صياغة المادة 324 من القانون المدني وذلك باستعمال مصطلح السند أو المحرر الرسمي أو الورقة الرسمية بدلا من العقد الرسمي.

قام العديد من الفقهاء بوضع تعريف للمحررات الرسمية و من بينهم نجد الدكتور السنهوري الذي يعرفها بأنها: " أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا للأوضاع

(1) أنظر علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للإلتزام، الطبعة الثانية، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2005،

المقررة و هي كثيرة و متنوعة منها الأوراق الرسمية المدنية كتلك التي تثبت العقود و التصرفات المدنية ، و منها الأوراق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية و القوانين و المعاهدات و منها الأوراق الرسمية القضائية كعرائض الدعوى و أوراق المحضرين و محاضر الجلسات و الأحكام " (1) .

و عرفها الأستاذ محمد زهدور بأنها : " الأوراق التي تحرر بمعرفة شخص ذي صفة رسمية أي موظف من موظفي الدولة أو شخص مكلف بخدمة عامة " (2) .  
أما الأستاذ يحي بكوش فيعرفها بأنها : " الأوراق التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقا لأحكام قانونية و هي كثيرة و متنوعة " (3) .

إذا فهي الأوراق (المحررات) التي يقوم بتحريرها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص وفقا لأحكام قانونية مقررة ، و تختلف هذه الأوراق باختلاف محرريها .

#### - ثانيا : المفهوم القانوني:

عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 324 من القانون المدني بقوله : "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه".  
أما المشرع المصري فنجد أنه قد عرفها بموجب المادة 10 من قانون الإثبات (4) بنصه : "هي المحررات التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية، و في حدود سلطته و اختصاصه".

1 - د / عبد الزراق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، دار 'حياء التراث العربي بيروت ، الطبعة الأولى ، ص 106.

2 - د / محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، بدون دار نشر ، طبعة 1991 ، ص 25

3 - الاستا يحي بكوش . ادلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الاسلامي . الشركة الوطنية للنشر و التوزيع. الطبعة الاولى سنة 1981 ص 91 .

4 - قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل بالقانون رقم 23 لسنة 1992 و القانون رقم 18 لسنة 1999



الملاحظ أن كلا من التشريعين الجزائري و المصري أعطيا نفس التعريف العضوي للمحركات الرسمية في شكلها التقليدي و ان لم يكن تعريفا خالصا بل مضمونه جملة من الشروط.

### الفرع الثاني: شروط 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 في ثلاث هي:

- شروط تتعلق بصفة محرر العقد.

- شروط تتعلق باختصاص محرر للعقد.

- شروط متعلقة ببيانات العقد.

### 1. الشروط المتعلقة بصفة محرر العقد

يشترط القانون ان تصدر هذه المحركات من طرف الاشخاص الذين عدتهم المادة 324 من القانون المدني و التي ميزت ما بين ثلاثة أشخاص مخولين قانونا لتحريير هذه المحركات الرسمية و هذا التمييز لم يأتي هكذا عبثا و لكن له ما يبرره نظرا للاختلاف في المركز القانوني لكل فئة وبالتالي فان أي محرر غير صادر من طرف الأشخاص الذين عدتهم المادة المذكورة أعلاه لا يعتبر رسميا ، أما الأشخاص الذين عدتهم المادة 324 من القانون المدني هم:

### 1. الموظف العام

هو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها و يتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها، و يدخل في هذا المفهوم جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية و الخارجية ، الولاية و البلدية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية و الإدارات ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و التكنولوجي.

لتعريف الموظف العام ينبغي الرجوع إلى القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية الصادر بموجب الأمر 03-06 المؤرخ في 15/07/2006<sup>(2)</sup> والذي عرف الموظف في المادة 04 منه: "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري".

**الترسيم هو الإجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته".**

يتضح من مجمل هذا النص أن الموظف هو كل شخص تعيينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها<sup>(3)</sup> وعلى هذا النحو يعتبر موظفو الولايات والبلديات والوزارات والإدارات العمومية ومدراء أملاك الدولة<sup>(1)</sup> وغيرهم بمثابة موظفين عموميين لهم صلاحية تحرير المحررات الرسمية التي تتنوع حسب اختصاص كل واحد منهم.

## 2. الضابط العمومي

وهو كل شخص يخوله القانون سلطة التصديق على المحررات وإعطائها الصبغة الرسمية، كرئيس البلدية بصفته ضابطا للحالة المدنية وأمين الضبط بصفته يدون كل ما يدور بالجلسة من مرافعات<sup>(2)</sup>، الموثق. إذن هو كل شخص يعطي له القانون هذه الصفة و نذكر على سبيل المثال لا الحصر من يعتبر من الضباط العموميين الموثق<sup>1</sup> المحضر القضائي<sup>(2)</sup>، المترجم، و حتى الموظف المكلف بالوظيفة القنصلية<sup>(1)</sup>.

<sup>1</sup> الجريدة الرسمية، العدد 46، سنة 2006.

<sup>2</sup> يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1981، ص.93

<sup>3</sup> مدير أملاك الدولة الذي يعتبر موثق الدولة.

<sup>4</sup> علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 235.

<sup>5</sup> حسب ما جاءت به المادة 03 من القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق (الجريدة الرسمية 14 لسنة 2006).

<sup>6</sup> حسب ما جاءت به المادة 04 من القانون 03/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (الجريدة الرسمية رقم 14 لسنة 2006).

## 3. 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 وغيرها<sup>(3)</sup>.

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..."<sup>(4)</sup>، 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..."

## II. الاختصاص

يشترط ليكتسب المحرر الصبغة الرسمية أن يتقيد محرره بحدود الإختصاص 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 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 يتضمن تنظيم

7 حسب ما جاءت به المادة 28، 38 من المرسوم الرئاسي 405/02 متعلق بوظيفة الفئصلية (الجريدة الرسمية رقم 79 لسنة 2002) .

(3) نفس المرجع، ص ص 235-236.

(4) قرار المجلس الأعلى، الغرفة الإدارية، بتاريخ 1989/06/03، ملف رقم 40097، المجلة القضائية، العدد الأول،

سنة 1992.

مهنة المحضر لقضائي تنص: "...يمتد الإختصاص الإقليمي لكل مكتب إلى دائرة الإختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له"<sup>(1)</sup>.

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 02/06 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.

### III. 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 مختلف النصوص القانونية لاسيما المادة 324 مكرر 02 و 324 مكرر 04 المواد 26 وما يليها من القانون 02/06 المتعلق بالتوثيق والمادة 61 وما يليها من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>(2)</sup>، 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.

(1) الجريدة الرسمية، العدد 14 لسنة 2006، الصادر في 08/03/2006، ص21.

(2) الجريدة الرسمية، العدد 30 لسنة 1976، الصادر في 13/04/1976، ص498.

- 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 الملكية<sup>(1)</sup>.
- أن يتم إيداع خمس المبلغ بين يدي الموثق طبقا للقانون 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1998<sup>(2)</sup>، مع الملاحظة أنه قبل صدور هذا القانون كان يتعين إيداع المبلغ كاملا طبقا للمادة 324 مكرر 01.
- أن يتضمن ذكر اسم الموثق وتوقيعه على العقد بمعية الأطراف والشهود. والشهود ثلاثة أنواع: شهود التعريف (Les témoins de certification) وحضورهم في العقد ليس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف، شهود العدل (Les témoins instrumentaires) يساهمون في تكوين العقد وشهادتهم واجبة في العقود الإحتفالية (Les contrats solonels) كالهبة والوصية والتنزيل، وشهود التشريف (Les témoins d'honneur) ليس لهم أي قيمة قانونية في العقد بل أن حضورهم غرضه التشريف لا أكثر<sup>(3)</sup>.

(1) يعفى الموثق من الإشارة إلى أصل الملكية في بعض الحالات منها: عقود الشهرة المعدة طبقا للمرسوم 352/83، وعقود إيداع العقود العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01، وعقود التنازل المحررة في إطار القانون 01/81 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.

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

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

**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، بدءاً 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 ركناً 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 بالتمثل أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي وذلك بتحريره في شكل رسمي. وتجسيدا لهذا الإتجاه قررت المحكمة العليا تأييد قضاء المحاكم والمجالس القضائية في هذا الإطار، فقد قضت: "... بإحالة الأطراف إلى الموثق لإتمام إجراءات البيع فإن القضاة طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ولا يمكن الإحتجاج بنص المادة 12 من الأمر 91/70..."<sup>(1)</sup>.

كما قضت المحكمة العليا للقول بنقض قضاء المحاكم الابتدائية التي فصلت على خلاف هذا الإتجاه، فذهبت المحكمة العليا للقول: "أنه كان يتعين على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351، 361 وليس المادة 12 من الأمر 91/70 الغير قابلة للتطبيق

(1) قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 1995/05/05، ملف رقم 181108، غير منشور، نقلا عن حمدي باشا

عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص128.

في قضية الحال... وأن المشرع قد قصد تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد مصدرا للإلتزامات المتعاقدين...»<sup>(2)</sup>.

ويرى حمدي باشا عمر<sup>(3)</sup> 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 المتعلق بالإحتياطات العقارية<sup>(4)</sup> منح الإحتكار لصالح البلديات فيما يخص المعاملات العقارية 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 الإحتياجات العائلية لمالكها، 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 الإجتماعي، 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<sup>(1)</sup>.

<sup>(2)</sup> قرار، المحكمة العليا، الغرفة المدنية، بتاريخ 19/11/1990، ملف رقم 61796، غير منشور، نقلا عن حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص128.

<sup>(3)</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص129.

<sup>(4)</sup> الجريدة الرسمية، العدد 19 لسنة 1974، الصادر في 05/03/1974، ص291، ألغي بموجب القانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49 لسنة 1990، الصادر في 18/11/1990، ص1560.

<sup>(1)</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص129.

ولذلك فقد حاولت المحكمة العليا إعطاء حل قانوني لهذه الوضعيات بالإستناد 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 والإمتناع عن أي فعل قد يجعل نقل الملكية عسيراً أو مستحيلاً، 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 وتحديدًا 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 للخبزينة 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 إفرغه في شكل رسمي كركن من أركان انعقاده، إلا أن هذا الحكم ورد صراحة بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 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 حتما بمثابة ركن من أركان انعقاد العقد، ومتى تخلفت أركان العقد كان جزاؤه البطلان المطلق ويصبح في حكم العدم، والعدم لا يرتب 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 الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري<sup>(1)</sup> - وهو قانون لاحق للقانون المدني - 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 الناقل أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية...".

وتطبيقاً لهذا الأمر صدر المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 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 -

(1) الجريدة الرسمية، العدد 92 لسنة 1975، الصادر في 14/11/1975، ص 1206.

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 والإستناد عليها كمبرر ولو ضمنا لمعالجة أوضاع واقعية نشأت بسبب معاملات مخالفة للقانون، ذلك أن القضاء مكلف بالفصل في المنازعات المعروضة عليه طبقا للقانون وهو ما يستدعي إلغاء كل المعاملات التي تمت خلافا 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 مبررا 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 زمنيا لقانون التوثيق - ، كان سببا كافيا لاستبعاد المادة 12 من الأمر 91/70.

### الفرع الثاني: الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري

تميزت هذه المرحلة في البداية بتذبذب في الإجتهااد القضائي بخصوص مسألة الرسمية في عقد البيع العقاري وفي العقود الناقلة للملكية العقارية بوصف عام، مع أسبقية ملحوظة لموقف معاكس تماما 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 الإتجاهين على حساب الإتجاه 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 دستوريا بتوحيد الإجتهااد 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 14/88 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 الجوهرية"<sup>(1)</sup>.

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 الشروط المنصوص عليها قانونا خرقوا القانون"<sup>(2)</sup>.

**ثانياً: 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 الإجتihad القضائي، ولذلك انعقدت الغرفة المختلطة طبقا للمادة 20 من القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلقة بصلاحيات المحكمة العليا وسيرها وتنظيمها للنظر في هذا الملف، وقد تشكلت هذه الغرفة من قضاة الغرفة المدنية والغرفة التجارية والبحرية، وبعد النقاش لم تتوصل الغرفة المختلطة إلى حل نهائي على اعتبار أن الغرفة المدنية تمسكت بموقفها

(1) قرار المحكمة العليا، بتاريخ 1994/11/09، ملف رقم 103656، نشرة القضاة، العدد 51، نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 12.

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

الرامي للقول بصحة العقود العرفية كما تم بيانه أعلاه عند دراسة الموقف في ظل الإجتهااد 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 22/89 أعلاه على الغرف المجتمعة، لأن القرار الذي سيتخذ من شأنه أن يؤدي إلى التراجع عن الإجتهااد 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 موحدا بشأنها الإجتهااد 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 الإجتهاادات القضائية مبررا من الناحية القانونية بحجج سليمة. ذلك أنه وكما مر معنا وقبل صدور القانون 14/88 فإن التباين في المواقف كان راجعا لتمسك أصحاب الإتجاه الأول - عن صواب- باستبعاد المادة 12 من الأمر 91/70 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 91/70 المتعلق بالتوثيق وكان المشرع يملك مكنة إدراج الحكم المذكور بالقانون المدني بكل سهولة غير انه لم يفعل.

بينما تمسك أصحاب الإتجاه الثاني بضرورة تطبيق المادة 12 من الأمر 91/70 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 14/88 المذكور أعلاه فقد أدرج محتوى المادة 12 من الأمر 91/70 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 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.

## الفصل الثاني: انتقال الملكية في البيع العقاري

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

يستلزم علينا لتحليل وشرح إجراءات شهر عقد بيع العقار التطرق إلى هذا النظام بصفة مفصلة وتناول مختلف الإشكالات القضائية التي تثور في هذه العملية.

### المبحث الأول: نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري

يعرف مجيد خلفوني الشهر العقاري بأنه: "عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام كافة بها، إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها"<sup>(1)</sup>.

ويعرفه جمال بوشناق بأنه: "مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية لشخص أو أشخاص معينين اتجاه الغير، ومن شأن هذه القواعد والإجراءات تنظيم شهر حق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى الواردة في سجلات معدة لإطلاع كافة"<sup>(2)</sup>.

وبالرجوع إلى الخلفية التاريخية لنظام الشهر العقاري المطبق على الملكية العقارية في الجزائر، نجد أن نظام الشهر العقاري في الجزائر مر بعدة مراحل لكن أهم مرحلتين هما: المرحلة الأولى: مرحلة الإستعمار الفرنسي وتطبيق نظام الشهر الشخصي. والمرحلة الثانية: مرحلة الإستقلال وصدور الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وتطبيق نظام الشهر العيني لكن مع بقاء نظام الشهر الشخصي كمرحلة انتقالية لهذا فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: المطلب الأول:

(1) مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص13.

(2) جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 05-06.

نظام الشهر العقاري في الجزائر أثناء الفترة الإستعمارية وقبل صدور الأمر 74/75 وبعد صدور الأمر 74/75 ثم تتناول في المطلب الثاني القواعد المنظمة للشهر العقاري في الجزائر.

**المطلب الأول: التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري في الجزائر:**

**الفرع الأول: نظام الشهر العقاري في الجزائر قبل صدور الأمر 74/75**

تميزت هذه المرحلة بتطبيق نظام الشهر الشخصي، والتي يمكن تقسيمها إلى مرحلتين:

**أولاً: مرحلة الإستعمار الفرنسي للجزائر حتى سنة 1962**

لقد تميزت هذه المرحلة بإصدار العديد من القوانين والمراسم المتناقضة وهذا راجع إلى السياسة التي انتهجتها الإدارة الإستعمارية منذ دخولها للجزائر بهدف الإستيلاء على الأراضي، لكن ما يهمنا نحن في هذا البحث طبيعة نظام الشهر المطبق على الملكية العقارية في الجزائر أثناء هذه الفترة، وهذا يقودنا إلى ضرورة معرفة نظام الشهر المطبق في فرنسا آنذاك.

بالرجوع إلى التشريع الفرنسي نجد أن فرنسا تبنت نظام الشهر الشخصي وذلك من خلال المرسوم رقم 55-22 المؤرخ في 04/01/1955 المتضمن نظام الشهر العقاري في فرنسا، والذي قامت بتطبيقه في الجزائر بموجب المرسوم رقم 59/1190 المؤرخ في 21/10/1959 والذي حددت مهلة تطبيقه ابتداء من الفاتح مارس 1961 وذلك بموجب المرسوم رقم 61-185 المؤرخ في 22/02/1961 المتضمن تنظيم الإدارة العمومية محددًا طرق إعداد الدفتر العقاري وصلاحيات محافظ الرهون في إيداع الوثائق الخاضعة للشهر العقاري<sup>(1)</sup>.

**ثانياً: مرحلة الإستقلال حتى سنة 1975 قبل صدور الأمر رقم 74/75**

وهذه المرحلة يمكن تقسيمها إلى فترات:

(1) لقد أدخل هذا المرسوم تغيير جذري في نظام الشهر العقاري الفرنسي على المستوى التقني والقانوني - فعلى المستوى التقني - وجد ما يسمى بالفهرس العقاري يتضمن كل البيانات المتعلقة بالعقارات والأطراف وعلى المستوى القانوني: أخضع للإجراءات التي تفوق مدتها 12 سنة إلى عملية الشهر وكذا الشهادات التوثيقية.

## 1. الفترة الإنتقالية ما بين 1962/07/05 إلى غاية 1970/12/15

تبتدئ هذه المرحلة بصدور الأمر رقم 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 المتضمن في مادته الأولى: تمديد العمل بالتشريعات الفرنسية إلا ما يمس منها بالسيادة الوطنية في الجزائر، وهذا نتيجة لحالة الفراغ الذي تعرضت له الإدارات الجزائرية بعد مغادرة الموظفين الفرنسيين للجزائر وهذا يعني تطبيق نظام الشهر الشخصي على الملكية العقارية وحمايتها وهذا ما أسفر عن صدور العديد من القوانين والمراسيم<sup>(1)</sup>.

## 2. فترة صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق

والذي أوجب صراحة الرسمية في التعاقد بموجب المادة 12 منه: "... يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد" والذي قد بدأ العمل به ابتداء من 1971/01/01.

## 3. فترة صدور قانون الثورة الزراعية بموجب الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/08

في إطار تنظيم القطاع الفلاحي الذي نص على تأسيس مسح الأراضي العام، وهذا يعكس بكل وضوح ضرورة وضع قاعدة قانونية وتقنية للفضاء العقاري وحمايته.

## 4. فترة صدور الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن التقنين المدني معدل

ومتتم

وهذا في إطار تعزيز وحماية الملكية العقارية أكثر، وكان أول نص وأهم نص تطرق فيه المشرع بصراحة إلى ضرورة إخضاع كل التصرفات العقارية إلى عملية الشهر العقاري وضرورة مراعاة قواعد الشهر وآثاره، وهو نص المادة 793 منه والتي نصت: "لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

<sup>(1)</sup> الأمر المؤرخ في 1962/08/24 المتعلق بحماية وتسبير الأملاك الشاغرة وكذا المرسوم رقم 18/63 المؤرخ في

0301963/18 المتضمن تنظيم الأملاك الشاغرة الصناعية والتجارية وجميع الحقوق العقارية.



وإذا كان المشرع الجزائري في ظل هذا الأمر وفي ظل القوانين التي سبقت صدره أشار إلى عملية الإشهار العقاري فإن المواد التي تضمنها غير كافية لتنظيم الملكية العقارية<sup>(2)</sup>، فلذلك كان واجبا عليه أن يتبنى نظام للشهر العقاري لتحقيق ذلك وتجسد ذلك بصدور الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري وهذا ما سيتم التطرق له في الفرع الموالي.

### الفرع الثاني: نظام الشهر العقاري في الجزائر بعد صدور الأمر 74/75

لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بصدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ولأجل تفعيله وتوسيعه صدرت مراسيم تطبيقية وأهمها: المرسومين رقم 62/76 المؤرخ في 25/03/1962 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام المعدل والمتمم<sup>(1)</sup>، ورقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المعدل والمتمم والمتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>(2)</sup>. إلا أن تحقيق هذا النظام واقعا لا يكون إلا على سبيل التدرج حتى تتم عملية مسح كل أقاليم البلديات مما جعل المشرع يبقى على نظام الشهر الشخصي كمرحلة انتقالية، وذلك في المناطق غير المسوحة وهذا ما نستشفه من نص المادة 27 من الأمر 74/75 التي نصت: "إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم".

(2) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص8.

(1) المرسوم رقم 62/76 المعدل والمتمم بالمرسومين رقم 400/84 المؤرخ في 24/12/1984 ورقم 138/92 المؤرخ في 07/04/1992.

(2) المرسوم رقم 63/76 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 13/09/1980 و المرسوم التنفيذي رقم 138/93 المؤرخ في 19/05/1998.

ولقد أوكل الأمر المذكور أعلاه مهام إعداد مسح الأراضي والمحافظة عليه إلى الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية إلا أنه بصدر المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المؤرخ في 19/12/1989 أصبحت هذه المهام من اختصاص الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

كما أكد على ضرورة إنشاء السجل العقاري وأن هذه العملية لا يمكن أن تتم إلا بعد القيام بعملية المسح العام للأراضي التي تحدد وتعرف النطاق الطبيعي على العقارات على إقليم كل بلدية ويعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات ويبين تداول الحقوق العينية ويمسك على شكل مجموعة البطاقات العقارية التي ينسخ محتواها على الدفتر العقاري الذي يسلمه المحافظ العقاري إلى المالك باعتباره سندا على ملكيته.

إلى جانب الأمور الإجرائية التي جاء بها هذا الأمر، فإنه أرسى قواعد الشهر العيني من خلال تأكيده على قاعدة الأثر المنشئ والناقل للشهر وذلك من خلال المادتين 15 و16.

فنصت المادة 15: "أن كل حق للملكية وكل حق عيني عقاري آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية". ويفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعترف بغير القيد للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية في مواجهة الغير، فإذا تم شهرها فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد، فأصبح من الواجب على كل شخص يدعي أنه مالك لأي حق عيني عقاري مصدره واقعة مادية (1) كالتقادم المكسب أو الإلتصاق فعليه إثبات ذلك بالقيد.

أما فيما يخص حالة الوفاة فإن الملكية تنتقل من تاريخ حدوث الوفاة ويمكن للورثة الإحتجاج بحق الملكية في مواجهة الغير، لكن بالمقابل فإن قانون الشهر ألزمهم بشهر هذا الحق لإثبات انتقال الملكية العقارية إليهم وذلك عن طريق قيد الشهادة التوثيقية في

(1) ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، ص ص 69-70.

المحافظة العقارية والمعدة من طرف الموثق التي تفيد إنتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم والمستند في تحريرها على الفريضة - عقود الملكية- الشهادة العقارية ومنه نصت المادة 39 من المرسوم 63/76: "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الإنتقال المشاع للأملاك..." وتضيف المادة 91 فقرة 1 "كل انتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة بالمادة 99 يجب أن تثبت بموجب شهادة موثقة"، ويكون الشهر للشهادة التوثيقية بتاريخ رجعي يمتد إلى تاريخ الوفاة.

أما المادة 16 فإنها تكلمت عن: "إن العقود الإرادية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية". وهذا يعني أن التصرفات الصادرة بإرادة منفردة والعقود المبرمة بين الأطراف ومن بينها عقد البيع العقاري لا يكون لها أثر بينهم ولا يحتج بها في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها بالمحافظة العقارية، وبالتالي فإن السند أو الإتفاق ليس له وجود قانوني إلا بمراعاة إجراءات الشهر، فلا ينتج عن التصرفات التي لم تشهر سوى إلتزامات شخصية بين الأطراف وهذا في حالة ما إذا استوفى العقد الشكلية المطلوبة لانعقاده<sup>(1)</sup>.

فالمبدأ العام الذي جاء به هذا الأمر هو أن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر أي أن القيد هو الذي ينشئ الحق وليس التصرف، وهذا يترتب عليه أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد كالرجوع بأثار القيد إلى تاريخ انعقاد العقد وليس للعقد أي أثر في نقل الملكية لأن العبرة بالشهر في المحافظة العقارية.

وحتى تتم عملية الإشهار العقاري بصفة صحيحة ومنظمة وتتحقق الغاية من تبني نظام الشهر العيني فلقد وضع المشرع ضوابط وقواعد تحكم جميع المحررات والوثائق

(1) ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 67.

الخاضعة للشهر والشروط الواجب أن تتوافر عليها، فما هي هذه القواعد والشروط وكيف نظمها القانون؟ وهذا ما سيتم دراسته في المطلب الثاني.

### المطلب الثاني: قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري:

إن الغاية الأساسية للشهر العقاري وهو شهر وإعلان التصرفات الخاصة بالحقوق العقارية حتى تلقى الحجية المطلقة وكل الحماية في حالة وجود نزاع بشأنها، ولتحقيق هذا الهدف من الضروري أن تخضع المحررات والوثائق التي يتم شهرها لمجموعة من القواعد ولشروط تضبطها خاصة فيما تتضمنه من معلومات التي تعكس التصرف وأطرافه. ولهذا فإننا قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين: الأول خصصناه للقواعد المنظمة، والمطلب الثاني خصصناه للشروط الواجب توافرها.

### الفرع الأول: قواعد تنظيم الشهر العقاري

لقد أخضع المشرع عملية الشهر العقاري إلى قاعدتين أساسيتين أوجبهما في كل المحررات والوثائق الخاضعة لعملية الشهر العقاري حتى تتم المراقبة الشكلية والموضوعية لهما، وهما قاعدة الرسمية وقاعدة الأثر الإضافي وهذا ما سوف نراه عند دراسة كل عنصر.

#### أولاً: قاعدة الرسمية

إن رضائية العقود هي القاعدة العامة المطبقة في القانون الجزائري<sup>(1)</sup>، إلا أن لكل قاعدة استثناء ذلك أن المشرع أخضع بعض التصرفات ومنها الواردة على العقارات إلى مبدأ شكلية العقود، ويعد الشكل ركن من أركان العقد وتخلفه يجعل العقد باطلاً بطلانا مطلقاً كما سبق شرحه، كما اشترط أن يكون المحرر الذي أفرغ فيه العقد رسمياً<sup>(2)</sup>، والرسمية هي أن يتم إنجاز المحرر من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة

(1) المادة 59 من القانون المدني "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

(2) المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني "زيادة على العقود التي أمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية...".

طبقا لنص المادة 324 من القانون المدني. ومنه فإن الرسمية تثبت حتى للأحكام القضائية.

وقاعدة الرسمية أوجبها قانون الشهر في كل العقود التي يراد شهرها في المحافظة العقارية وهذا ما قضت به المادة 61 من المرسوم 63/76 "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

واشترط قانون الشهر للرسمية في العقود له عدة مزايا نلمسها في عدة جوانب سواء بالنسبة للأطراف أو المحرر في حد ذاته وحتى للدولة.

### 1. بالنسبة للأطراف والغير

ذلك أن إسناد مهمة تحرير العقد من طرف أحد الأشخاص المذكورين بالمادة 324 من القانون المدني يعد حماية للأطراف وذلك بإعلامهم وتنبههم بمدى خطورة التصرف المقدمين عليه وكذلك إطلاعهم على الأحكام القانونية التي تحكمه.

### 2. بالنسبة للمحركات

اكتساب المحركات حجية ذلك أن البيانات التي تتضمنها صحيحة إلى أن يتم إثبات العكس عن طريق الطعن فيها بالتزوير كما يضمن تحرير العقد وفق الشروط الشكلية والقانونية الخاصة بتعيين الأطراف والعقار وإشهارها في المحافظة العقارية في الآجال القانونية.

### 3. بالنسبة للدولة

قاعدة الرسمية تمكن الدولة من فرض وبسط رقابتها على السوق العقارية، وذلك بالتدخل للتقليل من المضاربة غير المشروعة في المعاملات العقارية وتمكينها من تحصيل مستحقات الخزينة العمومية وذلك بفرض رسوم التسجيل والشهر<sup>(1)</sup>. فاشترط قانون التسجيل الصادر بتاريخ 1976/12/09 بموجب الأمر 105/76 "على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع".

(1) المادة 28 من القانون رقم 27/88 "يحصل الموثق الحقوق والرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها ويدفع مباشرة بقباضات الضرائب".

### • المحررات والوثائق الخاضعة للشهر العقاري

من خلال دراسة أحكام قانون الشهر العقاري نجد أن المحررات والوثائق الخاضعة للشهر متنوعة تشمل التصرفات التي يقوم بها الأطراف والأحكام القضائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية، كما نجد إلى جانب قانون الشهر قوانين خاصة أخضعت هي كذلك بعض التصرفات القانونية إلى عملية الشهر العقاري.

#### 1/ المحررات والوثائق الخاضعة للشهر طبقاً للأمر 74/75

#### 1. المحررات والوثائق الواجبة الشهر المذكورة بالمادة 14

#### أ. التصرفات والعقود المتعلقة بالملكية العقارية

إن هذه التصرفات والعقود سواء كانت صادرة بإرادة منفردة كعقد الهبة أو صادرة باتفاق الطرفين كعقد البيع، وسواء تعلقت بأحد الحقوق العقارية المتفرعة عن حق الملكية كحق الإنتفاع ومهما كان نوع التصرف ناقل للملكية أو منشأ أو مصرح أو معدل فلا بد من شهره بالمحافظة العقارية بهدف انتقال الملكية سواء كان ذلك بين الطرفين أو في مواجهة الغير طبقاً للمادة 16 منه. وهذا ما كرسه الإجتهد القضائي من خلال القرارين الصادرين عن المحكمة العليا ومجلس الدولة.

- قرار المحكمة العليا رقم 182360 المؤرخ في 28/10/1998 مجلة قضائية لسنة 1999 العدد 01 الصفحة 81 الذي أكدت فيه "من المقرر قانوناً بالمادة 793 من القانون المدني أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالشهر".

- قرار مجلس الدولة رقم 186443 المؤرخ في 14/02/2000 - غير منشور -  
"حيث أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر إجراءات من النظام العام وأن تسري شرعية العقود التوثيقية ابتداء من يوم إشهارها في المحافظة العقارية"<sup>(1)</sup>.

(1) حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، طبعة 2002، ص314.

ب. جميع القرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس

البطاقات العقارية والخاضعة للإشهار العقاري

ويشترط أن تكون هذه الأحكام والقرارات صادرة عن جهات قضائية ومكرسة لحقوق

عينية عقارية إما بتعديلها أو تغييرها أو إزالتها، ولا يمكن شهر هذه الأحكام إلا إذا كان

هناك شهر مسبق لهذا العقار في مجموعة البطاقات العقارية لتأسيس السجل العقاري،

فالقانون ألزم كتاب الضبط بشهر هذه الأحكام والقرارات بالمحافظة العقارية<sup>(2)</sup>، - ولكن

عمليا فإن عملية الشهر يقوم بها من صدرت الأحكام أو القرارات لصالحه - حتى تكون

سندا ناقلًا للملكية وفي هذا ذهبت المحكمة العليا في قرارها رقم 99699 المؤرخ في

1993/07/25 - المجلة القضائية لسنة 1994 العدد الثاني الصفحة 212 "أن

المستأنفتان لم تبادرا بتسجيل وإشهار الحكم القضائي المؤرخ في 1975/05/28 الذي

أثبت البيع المبرم بموجب عقد عرفي في سنة 1973 المنصب على القطعة الأرضية

المعروفة باسم - بورفرف - البالغ مساحتها 05 هكتار 65 آر 72 سنتيار المملوكة

أساسا لفريق صخري بموجب مداولة بتاريخ 1977/04/30 فإن العقد المذكور أختل فيه

هذا الشرط مما يفقده الحجية تجاه الغير"<sup>(3)</sup>.

ج. تسجيلات الرهون والإمتياز

بالرجوع للقانون المدني نجد أن عقد الرهن وحقوق الإمتياز جاءت تحت عنوان الحقوق

العينية التبعية أو التأمينات العينية. فهي لا تعد طرقا من طرق انتقال الملكية إنما هي عبارة

عن ضمانات مقررة للدائن لاستيفاء دينه، ولقد عرفت المادة 882 من القانون المدني الرهن

الرسمي "الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له

بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار

في أي يد كان". وعرفت المادة 982 من القانون المدني حق الإمتياز "الإمتياز أولوية

(2) المادة 90 من المرسوم رقم 63-76 "ينبغي على الموثقين وكتاب الضبط والسلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار

جميع العقود القضائية الخاضعة للإشهار والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم وذلك ضمن الآجال المحددة".

(3) حمدي باشا، المرجع السابق، ص 147.

يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني"، ولقد نص القانون المدني على ضرورة قيد الرهن والإمتيازات.

- فيما يخص الرهن فلقد نصت المادة 904 "لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على عقار..." وتضيف المادة 905 "يسري على إجراء القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري".

- فيما يخص حقوق الإمتياز التي أوجب المشرع شهرها هي حقوق الإمتياز الخاصة الواردة على عقار وليس حقوق الإمتياز العامة التي أعفاها المشرع من إجراءات الشهر وفي ذلك نصت المادة 986 من القانون المدني "تسري على حقوق الإمتياز العقارية أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق وتسري بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد وشطب، غير أن حقوق الإمتياز العامة لو كانت مترتبة على عقار لا يجب فيها الإشهار..."، وهذا ما يمكن أن نفهمه من نص المادة 16 من الأمر 74/75 لأنه جاء عاما بذكر العقود الإرادية والإتفاقات المتعلقة بحق الملكية.

د. المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص

العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية

لقد نصت المادة 83 من المرسوم 63/76: "أنه تبلغ إلى المحافظ العقاري ضمن الأشكال المنصوص عليها في المادة 84 التعديلات التي أدخلتها المصلحة المكلفة بضبط مسح الأراضي فيما يخص ترقيم الوحدات العقارية على إثر التغيرات التي هي من اختصاص هذه المصلحة لمعاينتها على الفور تطبيقا للمادة 23 من المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/52 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وكذلك التعديلات الناتجة عن البناء والتهديم". وبالرجوع للمادة 84 منه نجدها تنص على أن التعديلات الواردة في المادة 83 لا بد أن تكون على شكل محاضر التي تصادق عليها



المصلحة المكلفة بضبط مسح الأراضي وتكتب في سجل الإيداع ويؤشر في البطاقات العقارية.

هـ. كل التعديلات القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية

لقد أحالت المادة 14 إلى مرسوم سيصدر لاحقا لتطبيقها وجاء توضيح هذه التعديلات في المادة 85 من المرسوم 63/76 التي نصت "إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا طبقا للمادة 14-4 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري إذا تم إثبات هذا الإشهار بموجب شهادة من المحافظ العقاري أو تقديم نسخة من الطلب الموجود عليه تأشير الإشهار" ومقصود هذه المادة هو أن كل شخص يريد المنازعة في حق عيني مشهر بالمحافظة العقارية وذلك بالمطالبة بفسخ أو إبطال بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق أو سندات أو عقود توثيقية أو قرارات قضائية فعليه أن يقوم بشهر العريضة الإفتتاحية بالمحافظة العقارية.

ويثبت الشهر من خلال التأشير التي يضعها المحافظ العقاري على نسخة العريضة الإفتتاحية أو أن يسلم له شهادة تثبت عملية شهرها، وإلا فإن الدعوى المرفوعة لن تقبل وما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري لم يحدد المهلة التي يتم فيها شهر العريضة هل يجب أن تكون قبل رفع الدعوى أم أثناء سيرها؟ كما أن العريضة الإفتتاحية لا تعتبر من الوثائق الرسمية إلا أن المشرع أخضعها لعملية الشهر، وهذا راجع للأهمية التي أولاها للحقوق العينية العقارية الثابتة بالشهر والمراكز القانونية الناشئة وعملية الشهر هذه فيها تجسيد لنظام الشهر العقاري الفرنسي والذي يأخذ بنظام الشهر الشخصي الذي يعتمد هذه الطريقة في الشهر لإعلام الغير ليس إلا وهو شيء مخالف لمبادئ نظام الشهر العيني الذي يهدف إلى حماية الملكية العقارية للأفراد.

كما أن هذه العملية توفر الحماية الكاملة للمدعي في حالة ما إذا كان الحكم صدر لصالحه للإحتجاج به في مواجهة الغير الذي تعامل في العقار موضوع النزاع، ومن جهة

أخرى فهي توفر الحماية لمن يريد التعامل في أحد هذه الحقوق وذلك بتبنيه إلى النزاع الواقع عليها وهذا كله تماشيا مع الغاية التي يسعى المشرع إلى تحقيقها من تبنيه نظام الشهر العيني وهو إعداد بطاقة عقارية لكل عقار حتى تكون المرآة العاكسة للصورة الحقيقية والواقعية للعقار إذا كان سليما خاليا من العيوب أم أنه مثقل بأعباء لأن المحافظ العقاري لما يتلقى العريضة يشير إلى ذلك في البطاقة العقارية بالتأشير.

وبالرغم ما لهذه المادة من أهمية في إرساء وتثبيت قواعد نظام الشهر العيني إلا أنها أثارت خلافا كبيرا في الوسط القضائي بين من يعتبرها من النظام العام وقيد على رفع الدعوى وبالتالي عدم الشهر يؤدي إلى عدم قبول الدعوى شكلا. وبين من يعتبرها مجرد إجراء وضعه المشرع لصالح رافع الدعوى فهو حر في القيام به أو عدم القيام به فللأطراف الصفة وحدهم في إثارة هذا الدفع ولا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، وبالتالي فلا أثر لهذا الإجراء على قبول الدعوى أو رفضه. وفي هذا الشأن صدر إجتهادان مختلفان عن مجلس الدولة والمحكمة العليا.

- قرار مجلس الدولة - الغرفة الأولى - بتاريخ 2000/06/12 رقم 203024 "ففي الدعاوى العقارية والإدارية المتعلقة بعقار والرامية إلى إبطال العقود المشهورة بالمحافظة العقارية تشترط المادة 85 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 لقبول الدعوى شهر العريضة الإفتتاحية مسبقا لدى المحافظة العقارية المشهر لديها العقد مسبقا وشرط لقبول الدعوى"<sup>(1)</sup>.

- قرار المحكمة العليا - الغرفة المدنية - بتاريخ 1995/07/12 رقم 130145 "كما أن شهر الدعوى في المحافظة العقارية لا يترتب عليه أي بطلان إذ أن تطبيق المادتين 13 و 14 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 فقد أحال المشرع تطبيق هاتين المادتين على المرسوم. إذ أن اشتراط إشهار العريضة قبل تسجيلها لدى كتابة ضبط المحكمة يعد قيد على رفع الدعوى استحدثه هذا المرسوم، والمشرع نص على إجراءات

(1) نقلا عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص152.

رفع الدعوى وشروط قبولها أمام القضاء في قانون الإجراءات المدنية ولم ينص على هذا القيد بالنسبة للدعوى العينية العقارية ومن ثمة يوجد تعارض بين أحكام قانون الإجراءات المدنية وأحكام هذا المرسوم وتبعاً لذلك إذا وقع تعارض بين التشريع العادي والتشريع الفرعي ويطبق التشريع الفرعي ويطبق التشريع العادي. إن قبول قضاة الموضوع للدعوى من دون أن يسبق شهر العريضة في المحافظة العقارية لا يعد خرقاً للقانون<sup>(1)</sup>.

وحسب رأينا فإن الرأي الأول هو الأرجح بالرغم ما للرأي الثاني من حجة قانونية ذلك أن هذا القيد الذي وضعه المشرع لا يخدم مصلحة المدعي فحسب، إنما يخدم مصلحة المجتمع ككل وخاصة بالنسبة للطرف المتعامل في العقار الذي قد يزول حقه بعد صدور الحكم لصالح المدعي لأنه لو علم بوجود نزاع لما أقدم على هذا التصرف، وهذا فيه مساس بعدم استقرار الملكية في يد المالك ومبدأ القيد المطلق للأمر رقم 74/75 وبالتالي تناقض قانون الإجراءات المدنية.

## 2. المحررات الواجبة الشهر طبقاً للمادة 17

لقد نصت المادة 17 على أن الإجراءات المبرمة لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها رغم أن حق الإيجار هو حق شخصي لا يرتب إلا إلتزامات شخصية ولا ينشأ حقوق عينية إلا أن المشرع جعل لهذا النوع من الإيجارات هذا الأثر بموجب الشهر. وما يجب ذكره هو أن عقود الإيجار المحررة بعد صدور المرسوم رقم 03/93 المؤرخ في 12/03/1993 المتضمن النشاط العقاري أصبح من الواجب أن تفرغ في شكل خاص طبقاً للنموذج المحدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 96/94 المؤرخ في 19/03/1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه بالمادة 21 منه فالعبرة بالمدة المحددة في العقد.

(1) نقلاً عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص153.

## II/ المحررات الخاضعة للشهر العقاري طبقاً للقوانين الخاصة

المحررات التي نقصدها في هذا العنصر هي السندات الإدارية والمتمثلة في القرارات والعقود الإدارية المتعلقة بحق عيني عقاري<sup>(2)</sup> الصادرة عن الدولة - الولاية - البلدية - ومختلف الإدارات العمومية وهذا يعني أن الإدارة غير معفية من عملية الشهر العقاري كلما تعلق الأمر بحق عيني عقاري ومن بين هذه النصوص:

1. القانون رقم 19/87 المؤرخ في 1987/12/08 الذي يتضمن ضبط كيفية

إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم: إذ نصت المادة 33 "تتكون المستثمرة الفلاحية الجماعية قانوناً عند تاريخ نشر العقد الإداري المنصوص عليه بالمادة 12 من هذا القانون في سجل الحفظ العقاري".

2. القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة

العامة الذي نص في المادة 30 "يبلغ القرار الإداري بنزع الملكية إلى المنزوع منه وإلى المستفيد ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة في مجال التحويل العقاري".

3. القانون رقم 30/90 المؤرخ في 1990/12/01 المتضمن قانون الأملاك الوطنية

المادتين 29-30 وكلاهما تكلمت عن النشر طبقاً للتشريع المعمول به.

## ثانياً: قاعدة الأثر الإضافي للشهر - قاعدة الشهر المسبق -

إن مدلول القاعدة يتجلى في أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار

محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان

سبباً في اكتساب العقار المتصرف فيه، وهذا ما جاء به نص المادة 88 من المرسوم

63/76<sup>(1)</sup> والحكمة التي إبتغاها المشرع من وضع مثل هذه القاعدة هو تحقيق فكرة تسلسل

(2) القرار الإداري تلجأ إليه الإدارة في سبيل تحقيق المصلحة العامة وذلك بنقل ملكية الغير إلى رصيدها العقاري. أما

العقد الإداري فإن الإدارة تلجأ إليه في سبيل نقل أملاكها العقارية للغير والذي تم تحريره من طرف مدير أملاك الدولة.

(1) المادة 88 من المرسوم 63/76 "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار للمحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار

مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق

الأخير...".

انتقال الملكية العقارية ومنه تحقيق الطمأنينة في المعاملات العقارية وذلك من خلال معرفة صاحب الحق الأخير وجميع الملاك السابقين الذين تداولوا على ملكية هذا العقار بمجرد الإطلاع على البطاقة العقارية، ولقد أعطى القانون للمحافظ العقاري سلطة رفض القيام بعملية الإشهار لهذه المحررات إذ رأى عدم احترام قاعدة الأثر المسبق للشهر. غير أن هذه القاعدة لا يمكن تعميمها على كافة المحررات وفي جميع الحالات لورود استثناءات عليها:

### 1/ الإستثناءات الواردة على قاعدة الشهر المسبق

إن قاعدة الشهر المسبق تطبق في الحالات العادية أي التي يمكن من خلالها للمحافظ العقاري مقارنة الوثائق محل إجراء الشهر مع المحررات التي سبق شهرها والمحتفظ بنسخة منها لدى المحافظة العقارية، غير أنه في بعض الأحيان يتلقى المحافظ العقاري حالات قانونية يستعصى عليه مراقبة الشهر المسبق وذلك باعتبارها أول إجراء أو أنها حالات تطلبتها عملية التحول من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني<sup>(1)</sup>. ولقد أورد المشرع استثناءات على هذه القاعدة منها ما جاء بالمرسوم ومنها ما جاء في قوانين أخرى.

#### 1. الإستثناءات الواردة بالمرسوم رقم 63/76

لقد جاءت المادة 89 من المرسوم 63/76 باستثناءين فنصت: "تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه:

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي تم تطبيقا للمواد 08 إلى 18 من هذا المرسوم.

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971".

(1) رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2001، ص ص

## أ. الإجراء الأول في السجل العقاري

بالرجوع إلى المواد 08 إلى 17 من المرسوم نجدتها تتعلق بإيداع وثائق مسح الأراضي على مستوى المحافظة العقارية بعد الإنتهاء من عملية المسح، والإيداع هو من الإجراءات الأولية للقيام بعملية إعداد البطاقات العقارية وتأسيس السجل العقاري وبالتالي فهو ليس بحاجة إلى إشهار مسبق كي يتم التسجيل في السجل العقاري.

## ب. العقود الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01

لقد وضع هذا الإستثناء لإعطاء الحجية للعقود التي لم تكن خاضعة لعملية الشهر العقاري لأنه قبل تاريخ 1971/01/01 كانت عملية شهر مختلف العقود الموثقة أمرا اختياريًا ولقد أعفى المشرع حاملي هذه السندات من إيداع أصل الملكية الخاصة، وبالمقابل ألزمهم بتعيين العقار تعيينا دقيقا وذكر كل الأشخاص الذين جاءت أسماءهم في العقد العرفي بدون استثناء وذلك لتسهيل عملية ضبط البطاقة العقارية. ويتم ذلك عن طريق اللجوء للموثق لتحرير -عقد إيداع- يتم شهره بالمحافظة العقارية<sup>(2)</sup>. فالتصرف صحيح بين الأطراف لكن لا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا من بعد إفراغه في الشكل الرسمي وإشهاره وهذا عملا بنص المادة 16 من الأمر 74/75.

## 2. الإستثناء الوارد بقانون 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المعدل والمتمم

## المتضمن التوجيه العقاري

لقد نصت المادة 39 من القانون المذكور أعلاه على أن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من القانون المدني<sup>(1)</sup> يحوز أرضا من نوع الملك الخاص لم يحرر لها عقود بشرط أن تكون حيازته هادئة - علنية - مستمرة - ولا تشوبها شبهة، يمكن له أن يحصل على سند حيازي يسمى "شهادة الحيازة" وهذه الشهادة تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري.

(2) ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص ص 221-225.

(1) المادة 823 من القانون المدني "الحائز لحق يفرض أنه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك".

كما أخضعت المادة 41 منه طلب شهادة الحيابة لإجراء الإشهار ونصت: "يخضع طلب تسليم شهادة الحيابة وشهادة الحيابة لإجراء الإشهار الذي يحدد كفياته عن طريق التنظيم" وشهادة الحيابة المشهورة لا تنقل الملكية، إنما يعتبر حائر بحسن النية ويمكنه اكتساب العقار بالتقادم المكسب.

3. الاستثناء الوارد بالمرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 يسن إجراءات

إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية

عقد من طبيعة خاصة و لأهمية مكانته في القانون العقاري و خاصة في نظام الشهر الشخصي و نظراً لعدم استكمال عملية المسح، هذا العقد قنن لتسوية وضعية معينة و في نفس الوقت طرح عدة مشاكل ميدانية، جاء المشرع بهذا الإجراء بمقتضى المرسوم 352/83 لتطهير الملكية العقارية و الوضعيات العالقة، و كذلك لتبسيط الإجراءات و التشجيع على خدمة الأرض، و بالنظر إلى التكاليف الباهضة لعملية المسح مما جعل أغلبية العقارات تفتقر إلى سندات ملكية مكتوبة.

و لم يعرف المشرع عقد الشهرة و ترك المهمة للفقهاء و القضاء، و قد عرف أنه: "محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقاً للأشكال القانونية و في سلطته و اختصاصه، يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد"<sup>1</sup>

يستمد عقد الشهرة أساسه القانوني، من نصوص القانون المدني المتعلقة بآثار الحيابة و التقادم المكسب، والمرسوم رقم 352-83 المؤرخ في 1983/09/21، المتعلق بسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، فعقد الشهرة هو عقد توثيقي، لا يمكن حصر مفهومه بسهولة لأنه ليس كباقي العقود، و لذا حلت مفهومه في الفرعين التاليين.

لم يحدد له المشرع تعريفاً، و ترك ذلك للفقهاء، فيمكن تعريفه كالتالي: "هو عقد رسمي يعد من قبل الموثق طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه، يتضمن إشهار

<sup>1</sup> - حمدي باشا عمر: محررات شهر الحيابة ص 17.

الملكية على أساس التقادم المكسب بناءً على تصريح طالب العقد<sup>1</sup> تبناه المشرع الجزائري من أجل تطهير الوضعية العقارية للأملاك.

إذن فهو عقد أحادي الطرف، لكن مصطلح عقد يفيد توافق إرادتين، من المفروض يسمى محرر شهر التقادم المكسب<sup>2</sup>، في حين أن الموثقين يعتبرونه مصطلح صحيح كون العقود التوثيقية تصنف إلى قسمين تعاقدية؛ و تحمل توافق إرادتين، و تصريحية؛ يستقبل فيها الموثق التصريح الذي يحرر بشأنه عقد رسمي.

عقد الشهرة يطالب به صاحب الصفة و المصلحة، و يكون دائماً محله عقار أو حق عيني عقاري و له شروط، فنجد أصله في القانون المدني و بالتحديد في المادتين التاليتين:

المادة 827<sup>3</sup> من القانون المدني، أي في آثار الحيازة و التقادم المكسب، هو عقد يحوّل الحيازة<sup>4</sup> ( الفعلية أي وضع اليد) إلى الملكية، كما أن المادة 828<sup>5</sup> من نفس التقنين، أيضاً توحى إلى عقد الشهرة، و بالتالي فإن هذا العقد يشترط للمطالبة بانعقاده توفر الحيازة على العقار المراد امتلاكه و نلاحظ اختلاف في المادتين اللاتي تنص عليهما المادتين

<sup>1</sup> راجع حمدي باشا عمر - محررات شهر الحيازة - عقد الشهرة و شهادة الحيازة - دار هوم - الجزائر - طبعة 2001 - ص 17.

<sup>2</sup> رأي الأستاذ حمدي باشا.

<sup>3</sup> المادة 827 من القانون المدني " من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصاً به صار له ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع."

<sup>4</sup> وما يثير الانتباه أن المشرع لم يشترط في المادة 827 في حائز العقار حسن النية، بل اقتصر فقط على مدة الحيازة، وهي 15 سنة، كما أنه لم يفرق بين العقارات المشهورة سندات ملكيتها والعقارات غير المشهورة سندات ملكيتها بالمحافظة العقارية. وهو ما يتعارض مع نص المادة الأولى من المرسوم 83 - 352، مما جعل القضاء يختلف في تطبيق هذه النصوص بين قضاء مجلس الدولة والغرفة الإدارية بالمحكمة العليا سابقا وبين قضاء الغرفة المدنية بالمحكمة العليا وهو ما سنتناوله لاحقاً.

<sup>5</sup> المادة 828 من نفس القانون " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري و كانت مقترنة بحسن النية و مستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات."



المذكورتين آنفًا، بالنسبة لمدة خمسة عشر سنة في حالة عدم وجود سند صحيح<sup>1</sup>، أمّا مدة عشرة سنوات في حالة وجود سند صحيح.

<sup>2</sup> يشترط في الحيابة للعقار أن تكون حيازة هادئة و مستمرة و دون انقطاع طيلة المدة المشترطة.

لتطبيق عقد الشهرة لا يكون ذلك إلا في الأراضي التي لم يمسه المسح و كذا العقارات التي ليس لها عقود أو سندات مشهورة، كما أنه لا يجوز توقيعه على عقار محبس أي يمكن تطبيقه في العقارات الغير ممسوحة و الأملاك الخاصة.

فهو عقد له صفة تقريرية و تصريحية أي يمكن إثبات عكس ما جاء فيه بكل الطرق كون حجيته محدودة في تصريحات الشهود و التي يمكن إثبات عكسها كما سنراه في إجراءاته، و كذا توفره على بيانات قابلة للإبطال.

هذا العقد من اختصاص الموثق هو الذي يصدره شرط أن يكون مختص إقليمياً، و يلجأ إليه صاحب الصفة و المصلحة لاستصداره.

هذا العقد يختلط و عدة مفاهيم القانونية و منها:

عقد الشهرة و الإقرار: طبقاً للمادة 341 من القانون المدني، تنص على أن الإقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، و ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة، لكن عقد الشهرة يكون نوعاً ما إقرار لكن أمام الموثق، إقرار يرتب التزام على المقر، في حين عقد الشهرة لا يرتب التزام على ذمة المطالب به.

<sup>1</sup> - السند الصحيح كما تنص عليه المادة السابقة في فقرتها الأخيرة هو ذلك التصرف الذي يصدر عن شخص لا يكون مالكاً للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم و يجب إشهار السند.

<sup>2</sup> - مدة الحيازة تختلف حسب نوع الحق ففي الحقوق الميراثية كما تنص المادة 829 من القانون المدني لا تكتسب بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث و ثلاثين سنة.

عقد الشهرة و العقد العرفي: طبقاً للمادة 327 من القانون المدني على أن العقد العرفي هو عقد صادر ممن وقعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، من خط أو إمضاء، فهو دليل لإثبات واقعة قانونية، و بهذا المعنى فهو منشئ لالتزام، بينما عقد الشهرة لا ينشئ التزام.

عقد الشهرة و الإرادة المنفردة: هذه الأخيرة هي مصدر من مصادر الالتزام، لكن عقد الشهرة هو مجرد تثبيت لتصريحات في عقد رسمي.

عقد الشهرة و شهادة الحيازة: هذه الأخيرة تخضع لشكليات التسجيل و الشهر العقاري، و ذلك في المناطق التي يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي، و هي إسمية لا تباع و لا تشتري، و لا تنتقل لا للورثة و لا للشركاء، و لا يترتب على تسليمها التغيير في الوضعية القانونية للعقار، كما نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المؤرخ في 27/07/1991 المتضمن تحديد كفيات إعداد شهادة الحيازة و تسليمها، المستحدثة بموجب المادة 39 من القانون رقم 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري على أن المدة اللازمة للحيازة هي سنة، كما أن هذه الشهادة ترد على أرض الخواص الغير ممسوحة و التي لا سند لها، و أن يثبت طالبها حيازته للأرض للمدة المذكورة أعلاه، هي شهادة لا تكسب صاحبها العقار، و لا تمكنه من التصرف فيه، في حين عقد الشهرة هو سبب من أسباب اكتساب الملكية.

عقد الشهرة و الإعلان: و هذا الأخير هو إما جزء من العمل القانوني و إما هو العمل القانوني كله، و به يتم الإبلاغ عن واقعة ثابتة إلى علم الغير و ذلك بطريقة حددها القانون، خاصة إن كان عنصر جوهري في هذا العمل و يترتب تخلفه البطلان، كإعلان الخصومة، كما يمكن الإعلان عن واقعة ثابتة، و قد تكون هذه الوسيلة هي الكتابة سواء رسمية أم عرفية أو شهادة شهود...، و أهم مكون لعقد الشهرة، هو التصريح بالشرف إذن فهو جزء من العمل القانوني.

عقد الشهرة هو عقد يهدف إلى التملك بعد الحيابة<sup>1</sup> أي الاعتراف بالملكية العقارية على الأراضي التي يحوزها أصحابها دون سندات، يعني ذلك الاعتراف بالملكية و ليس معاينة الحيابة، فوجد هذا العقد لتسوية الوضعية القانونية للعقار للحد من النزاعات و المنازعات عليه، و كل ذلك لتسوية الوضعية القانونية للعقار في الجزائر بعد أن عمّ الاستعمار الفرنسي بالفوضى في الساحة العقارية و وضعه لقوانين تتنافى و المنطق القانوني تدعيماً لسياسة التعمير، و خاصة أن العقار هو حجر أساس الاستثمار و جلباً للاستثمار الأجنبي، قنن عقد الشهرة من بين عدة قوانين لتسهيل التعامل في العقار و حرصاً على تطهيره و تسهيل الانتقال إلى نظام الشهر العيني في إعداد المخططات المستقبلية و مجموعة البطاقات العقارية، و بالتالي فوجوده له خلفيات اقتصادية، تنظيمية و قانونية، لكنه و للأسف لسوء نية الأفراد طرح عدة مشاكل ميدانية ندرسها في المطلب المقبل.

ذكرت المادة الأولى من المرسوم 352/83 أن: " كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع لحد الآن للإجراء المحدث بالأمر 74/75 المؤرخ في 120 نوفمبر 1975 المذكور أعلاه عقارا من نوع الملك بحيابة مستمرة غير منقطعة و لا متنازع عليها و ليست مشوبة بلبس طبقاً لأحكام الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني يمكن أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق ..."

فيجب أن تتوفر في من يطلب إعداد عقد شهرة الشروط التي سبق تفصيلها و المتعلقة بالحيابة إضافة إلى شروط حددتها المادة متعلقة بالعقار.

فقد نصت المادة على أنه يجب أن يقع العقار المراد إعداد عقد شهرة بشأنه في بلدية لم تشملها إجراءات الأمر 74/75 و هذا لأن البلديات التي تمت فيها عملية المسح يتحصل فيها الحائزون على سند رسمي و هو الدفتر العقاري.

كما نصت المادة الأولى السابقة الذكر على أن عقد الشهرة يعد في الأراضي المملوكة ملكية خاصة و بالتالي تستبعد من تطبيق هذا المرسوم الملكيات التابعة للدولة أو التي تكون وقفا .

<sup>1</sup> راجع: التطبيقات القضائية للغرفة العقارية- مديرية الشؤون المدنية- وزارة العدل- الجزائر- 1995.

أكدت المادة الأولى من هذا المرسوم على أن كل شخص يحوز في إقليم بلدية عقار مملوك ملكية خاصة ولم تشمله عملية المسح ولا يوجد له منازع في الحيازة أي أن حيازته للعقار تكون هادئة - علنية - مستمرة - غير مشوبة بلبس طبقاً لأحكام الحيازة الواردة بالمادتين 827 و 828 من القانون المدني، يمكن له اللجوء إلى الموثق ويطلب منه إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية ويرفق طلبه بالوثائق التي تبين طبيعة العقار محل الحيازة - موقعه - حدوده - مساحته - والأوراق الإثباتية للحالة المدنية الخاصة به والتصريح الشرفي بممارسته الحيازة... إلخ، وعليه يقوم الموثق بعد إتباعه مجموعة من الإجراءات لإعداد عقد الشهرة بتحرير العقد التوثيقي المثبت للتقادم المكسب، ويتم شهره بالمحافظة العقارية. ويعتبر أول إجراء ولكن المشكل الذي طرح بخصوص عقد الشهرة واكتساب الملكية بالتقادم هو هل يمكن أن يتم إعداد عقد شهرة على عقار مشهر؟.

لقد اختلفت الآراء في الإجابة على هذا المشكل بين مؤيد لشهر العقد على أساس ما جاء به القانون المدني<sup>(1)</sup> لأن التقادم المكسب سبب من أسباب كسب الملكية إذا كان لمدة 15 سنة دون انقطاع أو 10 سنوات للحائز حسن النية، وبين رافض على أساس أن ذلك يتعارض مع القوة الثبوتية للشهر والحيازة قرينة على الملكية، والملكية ثابتة بالشهر.. وهذا ما ذهبت إليه التشريعات العربية التي أخذت بنظام الشهر العيني ومنها قانون الشهر السوري الذي نص في مادته 19 "إن مرور الزمن لا يعترض به على الحقوق المسجلة في السجل العقاري". وحسب رأينا فإن الرأي الراجح هو الرأي الأول نظراً لأن المادة 827 من القانون المدني جاءت بصفة عامة، وانه إذا لم تكن قاعدة التقادم المكسب التي سنها المشرع للمحافظة على استقرار المراكز القانونية قد وضعت في مواجهة المالك للعقار ولو بسند مشهر فهي في مواجهة من؟

(1) المادة 827 من القانون المدني "من حاز منقولاً أو عقاراً أو حقاً عينياً منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا أو خاصاً به صار ذلك ملكاً إذا استمرت حيازته 15 سنة بدون انقطاع"، وهذه المادة لم تفرق بين العقارات المشهورة سنداتها والعقارات غير المشهورة سنداتها.

## 4. الاستثناء الوارد بالقانون رقم 18/83 المؤرخ في 13/08/1983 المتضمن حيازة

## الملكية العقارية الفلاحية

يعتبر الإستصلاح في التشريع الجزائري سببا من أسباب اكتساب الملكية العقارية لأراضي تابعة للدولة والواقعة في المناطق الصحراوية أو المنطوية على مميزات مماثلة، وكذا الأراضي الأخرى غير المخصصة والممكن استخدامها في الفلاحة بعد الإستصلاح. وتمنح ملكية الأرض بعد استيفاء شروط الإستصلاح ويحرر عقد الملكية من طرف مدير أملاك الدولة ممثلا في ذلك والي الولاية مع وجوب إشهاره في المحافظة العقارية.

## الفرع الثاني: شروط تنظيم الشهر العقاري

حتى تتم عملية الشهر العقاري بصفة سليمة وصحيحة وتكتسب التصرفات العقارية المشهورة حجيتها كان من الضروري التأكد من أن المحررات المراد شهرها تحمل المعلومات الكافية والدقيقة التي تمكن المحافظ العقاري من تحديد العقار ومالكه بصفة نافية للجهالة، لذلك فإن قانون الشهر وضع مجموعة من الشروط القانونية تضبط هذه المحررات.

## أولا: الشروط القانونية الخاصة بتعيين الأطراف

لم يميز قانون الشهر في الأطراف بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي فكلاهما لا بد أن يتم تحديده تحديدا دقيقا لكن كل واحد حسب ما تقتضيه طبيعته. ولقد أوكل الأمر 74/75 مهمة التحقق من هوية الأطراف وأهليتهم الموجودة على الوثائق وكذلك التأكد من صحة المحررات المراد شهرها إلى المحافظ العقاري. فنصت المادة 22 "يحقق المحافظ في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار".

بالنسبة للأشخاص الطبيعية: لقد وضحت المادة 62 من المرسوم 123/93 العناصر التي لا بد أن يتضمنها كل عقد أو قرار قضائي قبل أن يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية وهي: ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف مع المصادقة عليها من طرف الموثق أو كاتب الضبط أو السلطة الإدارية في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء أما الشهادات التوثيقية

المعدة بعد الوفاة فيجب الإشارة فيها إلى الحالة المدنية للمتوفى، والتصديق عليها مع ذكر كل من أسماء وألقاب وموطن وتاريخ الولادة ومهنة كل وارث.

بالنسبة للأشخاص المعنوية: لقد جاءت المادة 63 من المرسوم 63/76 بالشروط التي يجب ذكرها بالنسبة للأشخاص المعنوية، وهي مختلفة باختلاف الأشخاص فذكرت: أن كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشمل على:

- بالنسبة للشركات سواء كانت مدنية أو تجارية: لابد من تحديد تسميتها، شكلها القانوني، مقرها وكذا رقم التسجيل في السجل العقاري بالنسبة للشركة التجارية.
- بالنسبة للجمعيات: تسميتها، مقرها، تاريخ ومكان تصريحها.
- بالنسبة لل نقابات: تسميتها، مقرها، تاريخ ومكان إيداع قوانينها الأساسية.

وبعد أن يكون المحافظ العقاري قد راقب كل هذه المعلومات لابد عليه أن يراقب هل أن المحررات رسمية ومصادق عليها من طرف الأشخاص المنصوص عليهم قانونا بالمادتين 62-64 من المرسوم 63/76. وشرط المصادقة فرضته المادة 64 "كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة في محافظة عقارية قصد تنفيذ إجراء، يجب أن تحمل تأشيرة موقعة من قبل محرر العقد أو من قبل سلطة إدارية تشهد بهوية الأطراف" وإذا ما وجد المحافظ العقاري عدم توافر هذه الشروط له كل السلطة في رفض الإيداع والإمتناع عن القيام بإجراء الشهر طبقا لنص المادة 100 من نفس المرسوم<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: الشروط القانونية الخاصة بالعقار

إن الفكرة التي قام على أساسها نظام الشهر العيني هو الحصر الدقيق للعقار وذلك بتحديدته تحديدا نافيا للجهالة من خلال ذكر كل العناصر المكونة له. إلا أن عملية تعيين العقارات تختلف باختلاف مواقعها إذا كان في منطقة ممسوحة أو حضرية أو ملكية مشتركة وهو ما حددته مواد المرسوم 63/76.

(1) المادة 65 من المرسوم رقم 63/76 "إن العقود والقرارات والجدول فيما يخص الأشخاص الطبيعيين يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف ويقصد بالشرط الشخصي حسب مفهوم هذا المرسوم بالأهلية المدنية للأطراف".

- بالنسبة للعقارات الواقعة في منطقة ممسوحة: يجب أن يتم ذكر نوع العقار، البلدية الواقع فيها، تعيين القسم المساحي لكل جزء من إقليم البلدية ورقم المخطط وكل ما احتوته وثائق المسح.
- بالنسبة للعقارات الواقعة في منطقة غير ممسوحة: أن المشرع الجزائري وفي انتظار تعميم الشهر العيني، وضع أحكاما انتقالية التي تحدد بموجبها عناصر تعيين العقارات الواقعة في منطقة غير ممسوحة ضمن الوثائق التي يكون موضوع شهر بالمحافظة العقارية. وهذا التعيين يختلف باختلاف موقع العقار سواء واقع في منطقة ريفية أو حضرية.
- أ. العقار الريفي: إن العقارات الواقعة في المناطق الريفية تخضع إلى نظام انتقالي حسب نص المادة 114 "خلافًا لأحكام المادة 66 من هذا المرسوم وعند عدم وجود مخطط لمسح الأراضي فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه: نوعه، موقعه، محتوياته وفضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية لدى مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين" مع الإشارة إلى أن هناك بعض المناطق الريفية خضعت لعمليات المسح أثناء الحقبة الإستعمارية، إلا أنها لم تكتمل مما استوجب وجود مخططات نظامية ووثائق لا تزال محفوظة ويمكن الرجوع إليها في عمليات التعيين.
- وفي هذه الحالة فإن المحافظ العقاري يقوم بمسك مجموعة البطاقات العقارية بصفة مؤقتة وتكون فردية للمالكين وتفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحفوظات تحت اسم كل مالك<sup>(1)</sup>.
- ب. العقار الحضري: طبقا للمادة 21 من المرسوم 63/76 فإن العقارات الحضرية هي العقارات المبنية وغير المبنية الموجودة على الطرقات والمرقمة بصفة نظامية والواقعة في المناطق السكنية التابعة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة والتي لم

(1) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 99.

تشملها عملية المسح وتعد بطاقة عقارية للعقار بناء على ذكر إسم البلدية -الشارع الواقعة فيه الرقم- طبيعة العقار ومساحته.

- العقارات المبنية الخاضعة لنظام الملكية المشتركة: عرفت المادة 743 من القانون المدني الملكية المشتركة بأنها حالة قانونية يكون فيها عدة أشخاص مالكين بالإشتراك لعين معينة، ويحتوي على أجزاء خاصة وأجزاء مشتركة. أما الأجزاء الخاصة فهي التي تستعمل استعمال شخصي وبشكل خاص كتبليط الأرض، الأبواب، النوافذ،...إلخ. ومالكها حر في التصرف فيها وتعتبر أجزاء مشتركة الأرض، الفناء، المداخل،...إلخ.

ولتعيينها وجب ذكر بالإضافة إلى البيانات العامة البيانات الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم وهي رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للعمارة، الدرج، الطابق، والنسبة في الأجزاء المشتركة. وكل تغيير أو تعديل فإنه يتعين إعداد جدول وصفي جديد ويتم شهره إلى جانب العقد في المحافظة العقارية.

### المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بعملية الشهر العقاري

إن الحماية التي أقرها المشرع للملكية العقارية لم تتوقف عند وضع مجموعة من الإجراءات إنما تعدها إلى إعطاء الحق لكل ذي مصلحة للطعن في هذه الإجراءات وكذا الأخطاء الناتجة عنها، وذلك بفتحه باب المنازعة سواء أمام المحافظ العقاري نفسه أو أمام القضاء. وللتفصيل أكثر فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لدراسة المنازعات الناشئة عن إجراءات الشهر العقاري، ونخصص المطلب الثاني لدراسة المنازعات الناتجة عن الأخطاء التي يرتكبها المحافظ العقاري.

#### المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بإجراءات الشهر العقاري:

سننطلق في هذا المطلب إلى دراسة المنازعات المتعلقة بعملية الشهر بالنسبة لعملية الترقيم في فرع أول ثم المنازعات المتعلقة بعملية إجراء الشهر الناشئة عن قرارات المحافظ العقاري في فرع ثان.



## الفرع الأول: المنازعات الناشئة عن ترقيم العقارات

إن ترقيم العقارات هو أحد الإجراءات الشكلية الأولية لإشهار حقوق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى في السجل العقاري التي جاء بها المرسوم 63/76. ويكون الترقيم في السجل العقاري على أساس وثائق المسح المودعة لدى المحافظ العقاري فقد أجاز قانون الشهر لكل مصلحة أن يعترض على الترقيم سواء كان مؤقتاً أو نهائياً.

## أولاً: المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت

نصت المادة 15 من المرسوم 63/76 على أن النزاع في الترقيم المؤقت سواء كان لمدة 04 أشهر أو لمدة سنتين يكون أولاً بالإعتراض أمام المحافظ العقاري خلال هذه المدة، وينبغي على الطرف المحتج أن يبلغ إحتجابه للمحافظ العقاري وإلى الطرف الخصم الذي سجل العقار باسمه عن طريق رسالة موصى عليها.

ويملك المحافظ العقاري في هذه الحالة سلطة المصالحة بين الطرفين ويكون أمام

موقفين:

إما أن تتجح محاولة الصلح وفي هذه الحالة يقوم بتحرير محضر بذلك ويكون له القوة الإلزامية والثبوتية والحجية الكافة.

وإما أن تفشل فيحرر محضر بذلك ويبلغه إلى المعنيين بالأمر وفي هذه الحالة يمكن للمعتراض أن يلجأ للقضاء ويرفع دعوى يطلب فيها إلغاء الترقيم، وذلك في مهلة 06 أشهر من تاريخ تبليغه فإذا انقضت المهلة ولم ينازع في الترقيم يسقط حقه. أما إذا رفع الدعوى في الآجال المحددة فإن الترقيم يحافظ على طابعه إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي، وفي هذه الحالة يجب شهر العريضة الإفتتاحية طبقاً لأحكام المادة 85 من المرسوم 63/76 ويتم تبليغها للمحافظ العقاري.

أما عن تحديد الجهة القضائية المختصة فإن الأمر يتطلب التمييز بين حالتين:

- حالة ما إذا كان أطراف النزاع من أشخاص القانون الخاص فإن الإختصاص يعود للمحكمة الواقع في دائرتها العقار، وبالتالي فإن الإختصاص يعود للقاضي العادي.

- حالة ما إذا كان أحد أطراف النزاع من أشخاص القانون العام فإن الإختصاص

يؤول للقضاء الإداري الغرفة المحلية وذلك على أساس المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية.

يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات ترقبما مؤقتا لمدة أربعة (4) أشهر أو ترقبما مؤقتا لمدة سنتين (2) حسب الأحوال.

#### ب-1 الترقبم المؤقت لمدة أربعة (4) أشهر:

يقوم المحافظ العقاري بتقييم العقارات ترقبما مؤقتا لمدة أربعة (4) أشهر تسري ابتداء من

تاريخ الترقبم، عندما تشير المعلومات المبينة في وثائق المسح إلى وجود حيازة ذات مدة

تسمح بتملك العقار عن طريق التقادم المكسب طبقا للمادة 808 وما يليها من القانون

المدني<sup>1</sup>، وتطبيقا لأحكام المرسوم 83-352 الذي سن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد

الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية<sup>2</sup>، ويصبح الترقبم المؤقت نهائيا عند انقضاء المدة

المحددة، إذا لم يعرف المحافظ العقاري بأي اعتراض يتعلق بحق الملكية أو فيما إذا سحبت أو رفضت الاعتراضات التي قد تكون حدثت<sup>3</sup>.

وتعتبر فترة أربعة أشهر فرصة للأشخاص الذين لهم مصلحة ويرون أن حقوقهم قد ضاعت

جراء هذه العمليات، من أجل المطالبة بها طبقا للمرسوم السابق، وقد منحهم المشرع هذه

الفرصة لاحتتمال غيابهم عن الحضور أثناء مباشرة العمليات، أما إذا انقضت المدة ولم يتقدم

أي فرد للاعتراض فإنه يصبح الترقبم نهائيا كما سبق الإشارة.

<sup>1</sup>- أمظر المادة 2/12 من نفس المرسوم (63/76).

<sup>2</sup>- أنظر المادة 808 وما يليها من القانون المدني، القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 المعدل والمتمم

الأمر رقم 75-58 المؤرخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن قانون المدني ج ر عدد 31، صادر 13 ماي 2007.

<sup>3</sup>- المرسوم 83-352 الذي يسن إجراء إثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ج ر عدد

21 صادر 24 ماي 1983.

**ب-2 الترقيم المؤقت لمدة سنتين:**

عند غياب سند كافي وعندما لا تكون عناصر التحقيق كافية لتحديد الطبيعة القانونية من طرف المحافظ العقاري بالنسبة للعقارات التي لا يحوز أصحابها على سندات إثبات كافية، فيقوم نتيجة لذلك بتزقيمها طبقا للمادة 14 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تنص على: " يعتبر الترقيم مؤقت لمدة سنتين ( 2 ) يجري سريانها ابتداء من يوم إتمام هذا الترقيم بالنسبة للعقارات التي ليس لملاكها الظاهرين سندات إثبات كافية، وعندما لا يمكن للمحافظ العقاري أن يبدي رأيه في تحديد حقوق الملكية .ويصبح هذا الترقيم نهائيا عند انقضاء المدة المحددة في الفقرة السابقة إلا إذا سمحت وقائع قانونية للمحافظ العقاري بالثبوت بصفة مؤكدة من أن الحقوق العينية الواجب شهرها في السجل العقاري ويكون قد اطلع عليها في غضون ذلك عن طريق أي شخص معين".

ويجوز للمحافظ العقاري أن يرقم العقار ترقيميا مؤقتا باسم الدولة لمدة سنتين (2) في حالة ما إذا لم يكشف التحقيق العقاري أثناء المسح عن أي مالك أو صاحب الحق العيني أو عن الحائز للعقار الممسوح، والذي بقي شاغرا من دون مطالب وتعرف هذه الحالة بحالة الترقيم لحساب مجهول، الذي يتحول إلى ترقيم نهائي لفائدة الدولة بعد مضي سنتين من إيداع وثائق مسح الأراضي بالمحافظة العقارية.

**ثانيا: المنازعات المتعلقة بالترقيم النهائي**

إن الترقيم النهائي يترتب عليه منح الدفتر العقاري أي سند الملكية، لكن وبالرغم من هذا الأثر الهام للشهر العيني إلا أن المشرع أجاز للأشخاص إعادة النظر فيه وذلك بالطعن فيه أمام القضاء دون أن يقيد به بأجل محدد ومسقط. وهذا يفتح المجال إلى رفع الدعاوى القضائية للطعن في بيانات السجل العقاري حتى بعد فوات آجال طويلة من صيرورة الترقيم نهائيا وحصول المعني بالأمر على سند الملكية، الدفتر العقاري، وهذا يشكل نقطة ضعف في نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري وذلك بالتأثير سلبا على غاية نظام الشهر العيني لأنه يؤدي إلى عدم استقرار الملكية العقارية في بلادنا ويقلل من درجة الإلتزام

العقاري إذ يبقى مركز المالك دائما مهددا بظهور المالك الجديد، مع العلم أن الدول التي أخذت بنظام الشهر العيني جعلت الترقيم النهائي غير قابل للمنازعة وما للمالك الذي أهدرت حقوقه إلا المطالبة بالتعويض عن إهدار حقه<sup>(1)</sup>.

يعتبر الترقيم النهائي في حالة ما إذا كان السند القانوني ثابت لا يترك أي مجال للشك في ملكية العقار المحقق فيه، فإن هذا الأخير يكون محل ترقيم نهائي من يوم الإمضاء على محضر تسليم وثائق مسح الأراضي وذلك بناء على نص المادة 1/12 من المرسوم التنفيذي 63-76 التي جاء فيها:

" يعتبر الترقيم نهائيا بالنسبة للعقارات التي يحوز مالكوها سندات أو عقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة طبقا للتشريع المعمول به لإثبات حق الملكية" والسندات المقبولة في هذا النوع من الترقيمات هي السندات الرسمية وغير الرسمية و المذكورة في الفقرتين 1/2/2/3/3/1 و 2/2/3/3/1 من التعليم رقم 16.

ويسلم المحافظ العقاري عند الترقيم النهائي دفترا عقاريا للملاك المعترف بهم سواء كانوا أشخاص طبيعية أو أشخاص معنوية، وفي حالة الشيوخ يعد دفتر عقاري واحد يحتفظ به في المحافظة العقارية أو يتفق المال ك في الشيوخ فيما بينهم بتعيين وكيل عنهم قصد سحبه من المحافظة العقارية والاحتفاظ به<sup>1</sup>، كما ينقل المحافظ العقاري عند الاقتضاء بمناسبة هذا الترقيم إجباريا في السجل العقاري قيود الامتيازات والرهن، وحقوق التخصيص غير مشطب عليها والتي لم تنتقض مدة صلاحيتها<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن قرارات المحافظ العقاري

إن عملية الإشهار العقاري تأخذ شكل القرار الإداري، والنتيجة التي يصل إليها المحافظ العقاري سواء بقبول إجراء الشهر العقاري أم برفضه يعد قرارا إداريا يخضع لأوجه

(1) ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص ص 49-50.

<sup>1</sup> - نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي 63/76 السالف الذكر.

<sup>2</sup> - زهرة بن عمار، دور المحافظة العقارية في نظام الشهر العقاري ومنازعاته أمام القضاء الجزائري، مذكرة ماجستير

تخصص قانون إداري، جامعة باجي مختار، عنابة، الجزائر، 2011، ص 109

الطعن التي تحكم سائر القرارات الإدارية كما أشارت إلى ذلك المادة 24 من الأمر رقم 74/75 التي نصت: "تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليمياً"<sup>(2)</sup>.

ولم يذكر قانون الشهر شروط خاصة لرفع الطعن القضائي ضد قرارات المحافظ العقاري لذلك فإنه يتم تطبيق القواعد العامة في كيفية رفع الدعوى المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية<sup>(3)</sup> وخاصة المادة 459 المتعلقة بشروط رفع الدعوى. ويتم رفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة وموقعة من قبل الطرف ومستشاره طبقاً لأحكام المادة 112 من المرسوم 63/76.

إلا أن المشرع لم يبين مهلة رفع الطعن والجهة القضائية المختصة بالتحديد إذ اكتفى بالنص "وأن الجهة القضائية المرفوعة لديها الدعوى تبت فيها طبقاً لأحكام قانون الإجراءات المدنية...". ويفهم من هذا النص أن طبيعة الدعوى من اختصاص القضاء الإداري طبقاً لنص المادة 07 من قانون الإجراءات المدنية ويرفع الطعن وفقاً للقواعد العامة خلال أجل شهرين تسري ابتداءً من تاريخ تبليغ قرار رفض إجراء الشهر العقاري دون تقديم تظلم مسبق.

وترفع الدعوى طبقاً لأحكام المادة 169 من قانون الإجراءات المدنية مع ضرورة إرفاق العريضة الإفتتاحية بالقرار المطعون فيه.

ونصت المادة 111 من المرسوم 63/76 على أن الدولة تمثل من طرف الوالي بمساعدة مدير أملاك الدولة والمحافظ العقاري فيما يخص القضايا المتعلقة بالعقار ونص المرسوم 65/91 المؤرخ في 1991/03/02 المتضمن تنظيم المصالح الخارجية لإدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري على أن متابعة هذه القضايا يتكفل بها المحافظ العقاري<sup>(1)</sup>.

(2) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 62.

(3) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 62.

(1) ليلي زروقي، عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص 53.

أما فيما يخص الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى فإن المشرع الجزائري لم يحددها واكتفى بعبارة "...أمام الجهات القضائية المختصة إقليمياً" حسب المادة 24 المذكورة أعلاه، وإن كان القضاء الإداري هو المختص بالرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية، وللتمييز بين إختصاص الغرف الإدارية الجهوية والمحلية فالأمر يختلف بحسب موضوع الدعوى<sup>(2)</sup>.

- فإذا كان موضوع الدعوى هو إلغاء قرار المحافظ العقاري المتعلق بالشهر العقاري فإن الإختصاص يؤول إلى إحدى الغرف الجهوية الخمسة.
- أما إذا كان موضوع الدعوى ماعدا ذلك كأن يتعلق بإبطال بيان من البيانات الواردة بالدفتر العقاري مثلا، فإن الإختصاص يؤول إلى إحدى الغرف الإدارية المحلية على مستوى المجالس القضائية.

#### المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بأخطاء المحافظ العقاري

يحق لكل متضرر من تصرفات المحافظ العقاري أن يرفع دعوى تعويض على الدولة وذلك عملا بأحكام المادة 23 من الأمر 74/75 التي تنص: "تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بحقوق الغير والتي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه ودعوى المسؤولية المرفوعة ضد الدولة ترفع في أجل عام واحد ابتداء من اكتشاف فعل الضرر وإلا سقطت الدعوى. وتتقادم الدعوى بمرور خمسة عشر عاما ابتداء من ارتكاب الخطأ. وللدولة الحق في رفع دعوى الرجوع ضد المحافظ العقاري في حالة الخطأ الجسيم".

#### الفرع الأول: مسؤولية الدولة عن أخطاء المحافظ العقاري

باستقراء المادة 23 أعلاه، ينصح أن أساس المسؤولية المترتبة عن أخطاء المحافظ العقاري يقوم على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أي مسؤولية الدولة على أساس خطأ الموظف التابع لها.

(2) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص65.

فارتكاب المحافظ العقاري خطأ ما حال تأدية وظائفه أو بمناسبةها دون أن ينجم عن تبصره أو مدفوعا بعوامل شخصية ودون أن يكون خطأه جسيما يصل إلى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة التشريع العقابي، فإن الخطأ في هذه الحالة يعتبر خطأ مصلحيا إداريا، تتحملة الدولة<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني: مسؤولية المحافظ العقاري الشخصية

تقوم المسؤولية استنادا إلى القواعد العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي الواردة بالمادة 124 من القانون المدني (الخطأ، الضرر وعلاقة السببية بينهما) وذلك رغم أن دعوى التعويض لا ترفع على المحافظ العقاري وإنما على الدولة ممثلة في وزير المالية، ويؤول اختصاص النظر فيها عملا بأحكام المادة 7 من قانون الإجراءات المدنية إلى الغرفة الإدارية المحلية مع احتفاظ الدولة بحقها في الرجوع على المحافظ العقاري. ويستثنى من ذلك الخطأ الذي يكتسي وصفا إجرائيا والذي تترتب عنه الدعوى العمومية والتي لا يمكن فيها مسائلة ومتابعة ممثل الدولة استنادا إلى مبدأ شخصية العقاب في القانون الجزائي، فيتابع وترفع الدعوى مباشرة على المحافظ العقاري.

(1) مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص143.

من خلال دراستنا لموضوع بيع الحقوق المتنازع فيها مقارنة بالتشريعات المقارنة، وفك البس الذي كان يعتريه مع بيع ملك الغير وبيع المشاع وبعد ضبط مفهوم بيع الحق المتنازع فيه وتحديد شروطه ومميزاته وحصر الأشخاص المحظور عليهم التعامل في الحقوق المتنازع عليها ولاسيما الحظر الواقع على المحامي في ظل القانون المدني وفي ظل قانون تنظيم مهنة المحاماة الذي نظمه المشرع وأعطاه قدرا من الاهتمام على غرار الأشخاص الآخرين الذين يمتد إليهم الحظر والجزاء الذي ينجر على هذا المنع.

كما استرسلنا في الأثر المنجر عن بيع الحقوق المتنازع فيها لغير الأشخاص المحظور عليهم التعامل في مثل هذه الحقوق ألا وهي رخصة الاسترداد وما يترتب عليها من آثار في مواجهة أطراف العلاقة- المتنازل ضده والمتنازل له والمتنازل- وقد خلصنا إلى أن رخصة الاسترداد ما هي إلا وسيلة خولها المشرع بيد المتنازل ضده في مواجهة المتنازل له للحد من فكرة المضاربة، لأن المتنازل له غالبا ما يكون شخصا يحترف مثل هذه المعاملات الخسيسة، فتدخل المشرع من خلال هذا الإجراء للحد من هذه المعاملات التظليلية التي يكون فيها دائما المتنازل ضده طرفا ضعيفا في العلاقة.

ومن خلال ما تقدمنا به نخلص إلى أن بيع الحق المتنازع فيه نوع خاص من أنواع البيوع ينفرد بأحكام خاصة تجعله يختلف عن صور البيع الأخرى سواء بالنظر إلى أحكامه أو آثاره. والملاحظ أن رخصة الاسترداد تحسم النزاع المثار بين المتنازل ضده والمتنازل من مغبة، في حين أن البطلان الوارد على التعامل في الحقوق المتنازع فيها من قبل الفئة المحظور عليها التعامل في مثل هذه الحقوق ما هو إلا جزء رتبته المشرع في مواجهة هذه الفئات لدرء الشبهة التي قد تكتنف هذه الأخيرة.

لما كان المقصود من الحماية دفع الإعتداء كيفما كان بما توفره الطرق المشروعة قانونا، فإن الحماية الجزائية للملكية العقارية تشكل مسلكا فعالا لتحقيق الحماية ذلك أن الدعوى العمومية تعد وسيلة ذات الأهمية بمكان لما لها من أثر في تحقيق الردع العام و الخاص إذ أنها تسمح بإستخدام القوة العمومية لفرض النظام العام و إجبار الكافة على إحترام سيادة



القانون ، و ما يؤكد كلامنا هذا مجموعة الإستنتاجات التي أمكننا التوصل إليها بعد دراستنا المتواضعة محل البحث المقدم ، و بعد الإطلاع على بعض الدارسات السابقة في محور هذه الدراسة و التي تتمثل فيما يلي :

- 1- الحماية الجزائية للملكية العقارية مكفولة للملكية الوطنية : عمومية كانت أم خاصة ، و الملكية الوقفية و الخاصة .
- 2- الحماية الجزائية تشمل العقار بطبيعة و العقار بالتخصيص على السواء .
- 3- يتوسع مفهوم الملكية العقارية المحمية جزائيا ليشمل ملكية العقار و الحقوق العقارية أي ملكية الرقبة و حق الإنتفاع و الإستعمال و السكن بمفهوم القانون المدني و ملكية حق الرقبة و حق الإنتفاع بمفهوم قانون المستثمرات الفلاحية و قانون التوجيه العقاري .
- 4- تشمل الحماية الجزائية ملكية العقار الحقيقية و حيازته المشروعة القانونية .
- 5- حماية الحائز الفعلي تكون حتى في مواجهة المالك غير الحائز تطبيقا لمبدأ عدم جواز إقتضاء الشخص حقه بنفسه ، و حفاظا على الوضع الظاهر .
- 6- الوقف شخصية معنوية أين تكون ملكية الرقبة لله عز وجل، و حق الإنتفاع للموقوف عليهم .

بعد هذه الإستنتاجات نتطرق إلى بعض الملاحظات التي يمكن إ بدؤها بعض تعرضنا بالدراسة لموضوع بيع الحقوق المتنازع فيها :

- أ- عدم إتمام المسح العقاري العام للأراضي بكل أصنافها حال دون التطبيق الفعال و الجيد للأحكام المتعلقة بالجرائم الماسة بالعقار .
- ب- غموض بعض النصوص القانونية و خاصة النص المجرم للتعدي على الملكية العقارية و هو نص المادة 386 من قانون العقوبات مما يؤثر في ميزان العدالة في البلاد نظرا لإختلاف التفسيرات ، فيدان شخص من أجل تهمة التعدي على الملكية العقارية في جهة في حين يبرأ شخص آخر في جهة أخرى من أجل نفس الوقائع .

ج- عدم تعديل المادة 386 من قانون العقوبات بما يتوافق و النصوص القانونية الصادرة التي أتت بأحكام جديدة منها : حق الإنتفاع الدائم ، و حيازة العقار عن طريق الإستصلاح ، و إكتسابها بموجب عقد شهرة أو عن طريق شهادة الحيازة .

و من أجل إثراء أكثر للبحث ، نورد في الختام بعض الإقتراحات التي قد يكون لها فعالية إيجابية قانونية و واقعية لو أحسن و أحكم العمل بها و هي كالتالي :

1- أول شيء نقتح إضفاء تعديل على نص المادة 386 من قانون العقوبات لنتناول بوضوح العقار بالتخصيص و أيضا الحيازة الجديرة بالحماية، بدلا من حصر الحماية في الملكية العقارية الثابتة بموجب سند رسمي .

2- منح دور للنيابة العامة في إطار الحماية الجزائية للملكية العقارية من خلال تمكينها من إتخاذ تدابير جزائية في شكل إستعجالي بموجب أمر قضائي تحفظي يتم الفصل فيه خلال فترة وجيزة من طرف قاضي الموضوع ، و أن تجعل خلال هذه المدة الحيازة في يد حارس قضائي إلى حين الفصل النهائي في النزاع .

3- تعديل المادة 386 بشكل يجعل الجريمة قائمة بمجرد التعدي على الملكية العقارية مهما كانت الوسيلة و جعل عنصري الخلسة و التديليس ظرفي تشديد .

4- و في حالة عدم اتخاذ الإجراء التحفظي تجدد القضية في أقرب وقت ممكن، و تحدد مهلة معتبرة لقاضي الحكم للفصل في القضية في أقرب وقت ممكن لتفادي إحداث المتهم تغييرات في العقار يصعب تعديلها أو إزالتها و إعادة الأماكن إلى حالتها السابقة .

- 1/ - عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، البيع والمقايضة، الجزء الرابع، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1960.
- 2/ - عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، 1960.
- 3/ - خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 4/ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1990.
- 5/ - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر 2004.
- 6/ - سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، الجزء الثالث، عقد البيع، 1980.
- 7/ - لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2006.
- 8/ - علي فيلالي، 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، البليدة، 2001.

15/ - جمال بوشناقفة شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2006.

## II. النصوص التشريعية

1/ - قانون رقم 11/84 مؤرخ في 09/06/1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

2/ - قانون رقم 19/87، مؤرخ في 08/12/1987، يتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم.

3/ - قانون رقم 25/90، مؤرخ في 18/11/1990، يتضمن التوجيه العقاري.

4/ - قانون رقم 11/91، مؤرخ في 27/04/1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية.

5/ - قانون رقم 02/06، مؤرخ في 20/02/2006، يتعلق بتنظيم مهنة الموثق.

6/ - قانون رقم 03/06، مؤرخ في 20/02/2006، يتعلق بتنظيم مهنة المحضر القضائي.

7/ - أمر رقم 154/66، مؤرخ في 08/06/1966، يتضمن قانون الإجراءات المدنية، معدل ومتمم.

8/ - أمر رقم 58/75، مؤرخ في 26/09/1975، يتضمن القانون المدني معدل ومتمم.

9/ - أمر رقم 74/75، مؤرخ في 12/11/1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.

10/ - أمر رقم 03/06، مؤرخ في 15/07/2006، يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

11/ - مرسوم رقم 62/76، مؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، معدل ومتمم.

12/ - مرسوم رقم 63/76، مؤرخ في 25/03/1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل ومتمم.

13/ - مرسوم تشريعي رقم 03/93، مؤرخ في 01/03/1993، يتعلق بالنشاط العقاري.

## III. المجالات القضائية :

1/ - العدد 1 و 2 لسنة 1992.

2- العدد 2 لسنة 1994.

3- العدد 1 لسنة 1999.

	إهداء
	شكر و عرفان
01	مقدمة
06	الفصل الأول : انعقاد البيع العقاري
08	المبحث الأول : الأركان العامة في البيع العقاري
08	المطلب الأول : التراضي
08	الفرع الأول : تطابق الإيجاب والقبول
09	الفرع الثاني : صحة التراضي
13	المطلب الثاني : المحل
13	الفرع الأول : المبيع
18	الفرع الثاني : ثمن المبيع
21	المطلب الثالث : السبب
21	الفرع الأول : تعريف السبب
22	الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في السبب
23	المبحث الثاني : الرسمية في البيع العقاري
24	المطلب الأول : مفهوم المحرر الرسمي
25	الفرع الأول : تعريف المحرر الرسمي
27	الفرع الثاني : شروط المحرر الرسمي
32	المطلب الثاني : جزاء تخلف الرسمية في البيع العقاري
32	الفرع الأول : الرسمية ليست ركنا لانعقاد البيع العقاري

36	الفرع الثاني : الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري
40	الفصل الثاني : انتقال الملكية في البيع العقاري
40	المبحث الأول : نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري
41	المطلب الأول : التطور التاريخي لنظام الشهر العقاري في الجزائر
41	الفرع الأول : نظام الشهر العقاري في الجزائر قبل صدور الأمر 74/75
43	الفرع الثاني: نظام الشهر العقاري في الجزائر بعد صدور الأمر 74/75
46	المطلب الثاني : قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري
46	الفرع الأول : قواعد تنظيم الشهر العقاري
63	الفرع الثاني: شروط تنظيم الشهر العقاري
66	المبحث الثاني: المنازعات المتعلقة بعملية الشهر العقاري
66	المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بإجراءات الشهر العقاري
67	الفرع الأول: المنازعات الناشئة عن ترقيم العقارات
70	الفرع الثاني: المنازعات الناشئة عن قرارات المحافظ العقاري
72	المطلب الثاني: المنازعات المتعلقة بأخطاء المحافظ العقاري
72	الفرع الأول : مسؤولية الدولة عن أخطاء المحافظ العقاري
73	الفرع الثاني : مسؤولية المحافظ العقاري الشخصية
74	الخاتمة
77	قائمة المراجع
80	الفهرس

**الملخص :** يحتل عقد البيع مكانة جد حساسة في أوساط المجتمع، كون مجمل المعاملات التي يقوم بها الأفراد داخل المجتمع تتمحور في غالبيتها حول البيع. وعلى هذا الأساس تدخل المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة، ورجال الفقه لتسمية العقود الواردة على هذا الأخير، فمنها: بيع ملك الغير، بيع المشاع، بيع المريض مرض الموت، بيع التركة، بيع الجراف، وبيع الحقوق المتنازع فيها و... ويعتبر النوع الأخير من هذه البيوع النوع الأكثر شيوعا وفي نفس الوقت الأكثر جهلا من طرف المتقاضين .

**الكلمات المفتاحية :** عقد البيع ، المشرع الجزائري، بيع التركة

**Absrtact :** The sale contract occupies a very sensitive position in society, since the majority of transactions carried out by individuals within the society revolve around selling. On this basis, the Algerian legislator intervened in the manner of comparative legislation, and the men of jurisprudence to name the contracts contained in the latter, among them: the sale of the property of others, the sale of the communal, the sale of the sick with death, the sale of the estate, the sale of scraps, and the sale of disputed rights and ... and the type is considered The last of these sales is the most common type and at the same time the most ignorant of the litigants.

**key words :** The sale contract - the Algerian legislator – the sale of the estate