

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: قانون خاص - ماستر 2-

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

## الشكلية في العقود

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

التخصص: قانون خاص

الشعبة: الحقوق والعلوم القانونية

تحت إشراف الأستاذ:

من إعداد الطالبة:

بلعبدون عواد

بوعزة حورية

أعضاء لجنة المناقشة

الدكتور : ماموني فاطمة الزهراء رئيسا

الدكتور : بلعبدون عواد مشرفا مقرا

الدكتور: بوزيد خالد ممتحنا

السنة الجامعية: 2020/2019

نوقشت يوم: 2020/09/20

## خطة البحث

المقدمة

الفصل الأول: الشكلية في التشريع الجزائري

المبحث الأول: الكتابة الرسمية

المطلب الأول: ماهية الشكلية الرسمية والاستثناءات الواردة عليها

الفرع الأول: الرسمية كركن للانعقاد

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على الشكلية الرسمية

الفرع الثالث: موقف القضاء من الشكلية الرسمية

المطلب الثاني: شروط صحة العقد الرسمي

الفرع الأول: صدور المحرر الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة

الفرع الثاني: سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار السند الرسمي

الفرع الثالث: تحرير السند وفق الأوضاع التي يقرها القانون

المبحث الثاني: الكتابة العرفية

المطلب الأول: شروط صحة المحرر العرفي

الفرع الأول: الكتابة

الفرع الثاني: التوقيع

المطلب الثاني: أنواع المحررات العرفية وآثارها

الفرع الأول: أنواع المحررات العرفية

الفرع الثاني: آثار المحررات العرفية

الفصل الثاني: إجراءات انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري و آثارها

المبحث الأول: الإجراءات السابقة لتحرير العقود و عملية التسجيل

المطلب الأول: الإجراءات الأولية لتحرير عقود الملكية العقارية

الفرع الأول: مرحلة التفتيش و التحري

الفرع الثاني: مرحلة تحرير عقود الملكية العقارية

المطلب الثاني : عملية التسجيل

الفرع الأول: مرحلة تسجيل العقود بمصلحة الطابع و التسجيل بمديرية الضرائب

الفرع الثاني: أهمية عملية التسجيل

المبحث الثاني : عملية الشهر العقاري

المطلب الأول : أنواع أنظمة الشهر العقاري

الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي

الفرع الثاني: نظام الشهر العيني

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر العقاري

المطلب الثاني: قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري

الفرع الأول: قواعد الشهر العقاري

الفرع الثاني: شروط الشهر العقاري

المبحث الثالث : آثار انتقال الملكية العقارية

المطلب الأول: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين

الفرع الأول: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين قبل الشهر

الفرع الثاني: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين بعد الشهر

المطلب الثاني: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة الغير

الفرع الأول: الخلف العام

الفرع الثاني: الخلف الخاص

الخاتمة

# إهداء

إلى ملهمة بسمتي ومصدر سعادتي .. إلى التي حولت بحنانها هجير حياتي إل ظلال وارفة الفيئ  
أمي الغالية .. حفظها الله

إلى من أفنى عمره خدمة لنا، إلى من تعب لنرتاح .. وسهر لننام، وجاع لنشبع .. وظماً لنرتوي ..  
أبي العزيز .. حفظه الله وشافاه مما به عاجلا غير آجل

إلى رفيق الدرب في مسيرة الحياة .. سندي والروح التي سكنت روحي ..  
زوجي الطيب .. أطال الله في عمره

إلى الوجوه المفعمة بالبراءة ..

ابناتي .. مريم وهارون ..

إلى ذخري وشفيعي يوم القيامة .. ابني محمد - طيب الله ثراه -

إلى كل من يعرفني .. حفظه قلبي ولم يخطه قلبي ..

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع

# شكر وعرفان

الشكر أولاً لله وحده الذي أمدني بالقوة لإتمام هاته المذكرة

أتوجه بالشكر الجزيل للأستاذ المؤطر: "بلعبدون عواد" على كل ما قدمه من نصائح وتوجيهات لإنهاء هذا البحث ..

كما أقدم خالص شكري إلى زوجي الذي لم يتوان لحظة واحدة في مساعدتي طيلة فترة دراستي الماجستير

والشكر موصول كذلك إلى كل من ساعد في إتمام هذه المذكرة من قريب أو بعيد

## المقدمة:

يكتسي العقد في الوقت الحالي أهمية كبيرة لذلك يحتاج إلى عناصر يقوم عليها من أهمها وجود إرادتين أو أكثر، وضرورة اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، أما ما يتم في نطاق المجاملات الاجتماعية فلا يعد من العقود، كما يجب أن يكون الأثر القانوني الذي تنتجه الإرادة إلى إحداثه ذا طابع مالي، أي يكون قابلاً للتقويم بالنقود، وأخيراً يجب أن يكون الاتفاق واقعاً في دائرة القانون الخاص إذ يخرج عن نطاق العقد كل من المعاهدات والاتفاقيات التي تخضع لأحكام القانون الدولي.

أما العقد بالمعنى الشرعي فإنه يتسع ليشمل العقد بمعناه القانوني والتصرف القانوني بالإرادة المنفردة، كما أنه يشمل دائرة الأحوال الشخصية، فنظرية العقد قديمة أول ما ظهرت كانت مرتبطة بإرادة الإنسان التي كانت حرة دون قيد في إنشاء ما تشاء من التصرفات وبدأت في التطور ودخلت عليها مستجدات وعوامل جديدة اقتصادية واجتماعية.

إن نطاق العقد يحتاج إلى أركان يقوم عليها وهي: التراضي، المحل، والسبب، إضافة إلى ركن رابع كاستثناء وهو ركن الشكل في بعض العقود<sup>1</sup> التي يشترط المشرع فيها ذلك، مثل العقود الواردة على العقارات وعقود الرهن...<sup>2</sup>

علاوة على ذلك، هناك نوع آخر من الشكلية فرضها المشرع الجزائري على بعض العقود وهي العقود العينية التي تشترط لانعقادها زيادة على التراضي والمحل والسبب تسليم الشيء محل العقد حتى ينعقد العقد، فيعتبر فعل التسليم هذا شكلياً لا بد منها لقيام العقد، ويرجع أصل هذا العقد إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية والقرض الاستهلاكي والوديعة والرهن الحيازي، وفي الحقيقة فإن هذا النوع من العقود صار نادراً بل

1- سنوسي فضيلة ومهداوي المولات، الشكلية في عقد البيع، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدة 09/08

2- المادة 883 ق.م لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى قانون وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك.

ومنعدما بالنسبة للقانون الجزائري، والسبب في ذلك يرجع إلى الانتقادات التي وجهت لهذه العقود، إذ يعتقد معظم الفقهاء المعارضين أن هذه العقود هي عقود رضائية لا غير<sup>1</sup>.

إن الأصل في العقود هو مبدأ الرضائية، فالعقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي أي مجرد تطابق الإرادتين عليه أي كانت وسيلة التطابق كتابة أو مشافهة أو إشارة، والرضائية هي القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري ما لم يقضي بغير هذا نص خاص وذلك طبقاً لنص المادة 59 ق.م.بأن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"<sup>2</sup>.

إن انتشار مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين بخصوص كيفية إبرامها للعقد لم يدم طويلاً، وقد بدأ يتراجع مع مطلع القرن العشرين لأسباب عدة منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة.

فبالنسبة للمصالح الخاصة فإن للرضائية مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير، فهي تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر الأمور حق قدرها، وقد يغفل عن مسائل هامة وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه، كما تسهل الرضائية تضليل المتعاقد وتساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد وحتى بالنسبة لوجوده أحياناً، ويقول الفقيه الألماني أهريج في هذا الشأن: "الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة"، فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية حيث يلزم الموثق بنصح وإرشاد المتعاقد فيكون على بينة من أمره، وتشجع الكتابة على الائتمان إذ تجنب المتعاقد احتيال أو إنكار، أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه، أما الغير فهو يتجاهل تماماً

1- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة 2، 2005، موفم للنشر والتوزيع، ص241.

2- قرار رقم: 51440 المؤرخ في 11-11-1978، راجع بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 4، 2005، ص47.

التصرفات القانونية الشفهية وقد يتضرر من ذلك، ومن ثم فإن الشكلية تمثل أفضل وسيلة لإعلامه<sup>1</sup>.

كما تستدعي المصلحة العامة بدورها الشكلية في العقود، فوظيفة الدولة تطورت وصارت تتكفل بالميدانين الاقتصادي والاجتماعي مما يجعلها تهتم بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد، لذلك فالدولة وهي تقوم بتسيير وتوجيه المنظومتين الاقتصادية والاجتماعية، ويجب أن تدرج المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون العموميون والخواص وحتى المواطنون ضمن السياسة العامة التي تنتهجها البلاد، فهناك عمليات تخص بتشجيع الدولة بشتى الوسائل وأخرى تمنعها منعاً باتاً لتعارضها مع الاتجاهات العامة للسياسة الاقتصادية والاجتماعية.

إضافة إلى ذلك، تحقق الشكلية إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل، كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية كذلك بعض الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين.

ولقد بدأت العقود في القانون الروماني شكلية، وكان الشكل وحده هو الذي يجعل العقد تاماً، ولم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإتمام العقد، بل كان لابد أن يتم العقد بالشكل الذي كانوا يسمونه MANCIPATIO وهو الذي يستلزم حضور شهود وميزان وتلاوة عبارات معينة، وأما في الشكل الذي كانوا يسمونه IN JURE CESSIO أي أمام القضاء.

ولقد ظلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على العقد وعلى كسب ملكية الأعيان عند الرومان فترة طويلة من الزمن، وبعد ذلك بدأت المذاهب الاشتراكية تنتشر وصارت الدولة تتدخل في تنظيم الكثير من العقود وتحد من سلطان إرادة الأفراد وتقيدتها بمختلف القيود لمصلحة المجتمع، وبالتالي تضاعف مبدأ سلطان الإرادة في أغلب العقود وضاق إطار العقود الرضائية، وظهر ما يسمى بالعقد الشكلي<sup>2</sup>.

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 231.

2- علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، 2006، ص 23.

العقد الشكلي هو الذي يشترط لانعقاده -إضافة إلى ركن التراضي- احترام شكلية معينة، وتعد هذه الشكلية ركنا من أركان العقد بحيث يمنع إغفالها في قيام العقد وهذا ما قرره المشرع الجزائري من خلال تدخله في بعض الأحيان لفرض بعض القيود على أنواع معينة من العقود كعقد الشركة مثلا في المادة 418 من القانون المدني والتي تنص على "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا..."، وكذلك المادة 883 ق.م: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو الحكم أو بمقتضى القانون وتكون مصاريف العقد على الراهن، إلا إذا اتفقا على غير ذلك"، ولقد انتهى القضاء إلى نفس الحل حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 18-12-1982: "إذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول اتفاق بين إرادتين، فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون وبصفة استثنائية توفر شكل من أشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجبا"<sup>1</sup>.

والواقع أن مبدأ الرضائية لم يكن مطلقا، بل هو مبدأ نسبي، لأن المشرع قيد تصرفات الأفراد بمجموعة من القوانين، مراعاة للمصلحة العامة، ومن بين القوانين التي أصدرها المشرع الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق، وبدأ العمل به ابتداء من 01/01/1971 فكانت المادة 12 منه، لا تسمح بالتصرفات الناقلة للعقار إلا بتوفر الشكلية الرسمية، وإلا كان العقد باطلا، ثم تلاه القانون رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الذي أكد على نفس المبدأ، ومن هنا برزت فكرة تناول الشكلية ركن في التصرفات الواردة على العقار، نظرا لما يمثله من قيمة اقتصادية فائقة في الوقت الحالي رغم أنه موضوع تقليدي، لأن الشكلية الرسمية وجدت بهدف منع التصرف في العقارات والحقوق العينية العقارية بعقود عرفية، لما أثاره العقد الرضائي من مشكلات عملية في ذلك، وما نتج عنه من منازعات على مستوى الإدارات والمحاكم.

ونظرا لهذه القيمة القانونية الهامة التي أعطاها المشرع للشكلية واتساع مجالها وتنوع أغراضها، ارتأيت أن تكون حقل بحث بالنسبة لي في مذكرتي هذه بغية معالجة بعض الإشكاليات المثارة

1- قرار المحكمة العليا رقم 25016، منشور في الاجتهاد القضائي 1987، ص 47.

والتي مازالت تعتريها أو تشوبها في بلادنا، وكذلك بعض ما استحدثت فيها على مختلف الأصعدة، الفقهي، التشريعي، وتزاحم التشريعات فأهمية الموضوع تتمثل في محاولة رفع اللبس الذي يكتنف الشكلية (الكتابة الرسمية، التسجيل والشهر) في التصرفات الواردة على العقارات، ومحاولة إعطائها صورة أوضح مساهمة في إثراء الدراسات في هذا المجال، مما سيسمح بفتح الطريق أمام دراسات أخرى أعمق وأشمل، فالأمر يستدعي إذا إبراز أهم النقاط والأحكام المختلفة للشكلية الواردة على التصرفات العقارية، وذلك من خلال الإجابة عن إشكالية أساسية تتمثل في:

ما أثر غياب الشكلية عن التصرفات القانونية الواردة على العقارات؟ وتحت هذه الإشكالية الرئيسية تبرز بعض الإشكاليات الفرعية أهمها: هل استيفاء المحرر للكتابة الرسمية كاف لنقل الملكية العقارية؟ ما مدى أهمية التسجيل؟ ما هو المغزى من وراء اشتراط المشرع إتمام إجراءات شهر هذه التصرفات؟ وللإجابة على هذا التساؤل اعتمدت على توظيف المنهج التحليلي والتفسيري من خلال الوقوف على أهم الأحكام القانونية التي جاء بها المشرع الجزائري في هذا الإطار كما أنني أقدم من حين لآخر بعض الاجتهادات القضائية في هذا الشأن، علني أوفر بذلك دراسة قانونية عملية.

ومن هنا ارتأيت أن أقسم هذا البحث إلى فصلين: تناولت في الفصل الأول الشكلية في التشريع الجزائري، أما في الفصل الثاني فتطرق إلى إجراءات انتقال الملكية العقارية وآثارها.

## الفصل الأول: الشكلية في التشريع الجزائري

الشكلية هي تلك التي تكون ركنا في العقد، والمقصود بالشكلية كركن في العقد هو ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركنا من أركانه -إذ لا بد منه لقيام التصرف- وبالتالي يشترط في العقد الشكلي إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ركن رابع وهو ركن الشكلية، وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف.

وللشكلية المباشرة صورتان: الكتابة الرسمية والكتابة العرفية.

### المبحث الأول: الكتابة الرسمية

عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج على أنه: "...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"، وقد عالجت المادة في الحقيقة مسألة الإثبات وهي حالة متغيرة عن التصرف الشكلي، فالمادة في صيغتها الأولى أي قبل تعديل سنة 1988 كانت تشير إلى الورقة الرسمية بينما صيغتها الحالية تشير إلى العقد الرسمي. هناك فرق بين التصرف القانوني الذي يسمى بالعقد وأداة إثباته أي الورقة الرسمية، فقد يكون التصرف القانوني صحيحا والورقة الرسمية غير صحيحة وقد يحصل العكس.

وهكذا صار التعريف المذكور أعلاه يشمل علاوة على مسألة الإثبات الشكلية الرسمية كونها ركن في العقد<sup>1</sup>، ومن هنا يمكن طرح التساؤل الآتي: ما المقصود بالشكلية الرسمية؟ وما هي الشروط الواجب توفرها في العقد الرسمي؟

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 232 و 233.

المطلب الأول: ماهية الشكلية الرسمية والاستثناءات الواردة عليها

هناك عنصران أساسيان وهما الرسمية المعتبرة كركن للانعقاد في التصرفات الواردة على العقار بموجب قانون التوثيق وكذا الاستثناءات الواردة عليها:

الفرع الأول: الرسمية كركن لانعقاد

عرف التشريع الجزائري في مجال الملكية العقارية عدة مراحل، حيث كان مبدأ الرضائية هو القاعدة العامة في التعاقد، ذلك أنه يكفي فيها توافق الإرادتين على طبيعتها وسببها ومحلها لكن سرعان ما بدأ المشرع يفرض شكلا معيناً في بعض التصرفات عندما ترد على عقار وهذا بموجب صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15-12-1970 المتضمن قانون التوثيق، المطبق ابتداء من 01-01-1971 الذي أوجب الرسمية في التعاقد الوارد على عقار وأوجب إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقار في قالب الرسمي تحت طائلة البطلان، وقد نصت المادة 12 منه على ما يأتي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"<sup>1</sup>.

وقد أدرج المشرع الجزائري المادة 12 من قانون التوثيق 70/19 بكاملها في المادة 324 مكرر 1 من القانون 14/88 المؤرخ في 03-05-1988 المعدل والمتمم للقانون المدني أين أكدت صراحة على الرسمية كركن في الانعقاد.

بالرغم من أن القانون المدني لم يتضمن صراحة في بداية الأمر على لزوم إبرام العقود المتضمنة التصرفات الواردة على العقار في الشكل الرسمي، إلا أن هذه الإحالات على القوانين المعمول بها كافية للقول بأن المشرع قد جعل من الرسمية شرطا أساسيا لانعقاد تلك التصرفات.

1- قانون التوثيق القديم الصادر في 15-12-1970 بمقتضى الأمر 91/70، والذي بدأ العمل به في 01-01-1971 طبقا للمادة 53 من هذا الأمر، وقد ألغي بموجب القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12-07-1988 والذي بدأ العمل به في 01-01-1990، وهذا الأخير تم تعديله بموجب القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

وأمام عدم تخصيص نص خاص بإبرام العقود الواردة على العقارات بشكل رسمي في القانون المدني، فإن ذلك قد شكل أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة فسرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني<sup>1</sup>، حيث نص في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على أنه "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها بشكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها عن أسهم شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

صور الشكلية الرسمية كركن في العقد:

قد تتضمن الشكلية الرسمية عدة صور في العقود، فإما تكون ركنا من أركان العقد بنص القانون وقد تكون فيه بموجب الاتفاق أي بإرادة المتعاقدين.

### 1- الشكلية الرسمية بنص القانون:

لقد اشترط المشرع الجزائري صراحة في بعض التصرفات القانونية وجوب إفراغها في قالب رسمي -شكلية رسمية- تحت طائلة البطلان، نذكر منها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني: "...العقود التي تتضمن ملكية عقارية أو حقوق عقارية..." كما تقتضي المادة 883 من ق.م "لا ينعقد الرهن بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك"

### 2- الشكلية الرسمية باتفاق المتعاقدين:

إذا اتفق متعاقدين على بيع سيارة واشترط أن يتم البيع في شكل رسمي فإن العقد لا يتم إلا في الشكل المتفق عليه، إضافة إلى ذلك يمكن للمتعاقدين الاتفاق على أن يكون العقد شكلي كدليل للإثبات.

1- بن نعوم فوزية، موقفي أمينة، ورالمي أحمد، الإشهار العقاري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، معهد الحقوق معسكر، دفعة 2002-2003، ص8.

بالرغم من النص على الشكلية الرسمية في التصرفات الواردة على العقار إلا أن الأفراد بقوا يتعاملون بالعقود العرفية لسهولة وسهولتها وقلة تكلفتها من جهة، وكذا نظرا للقيود والموانع التي فرضها المشرع في تلك الحقبة الزمنية والمتعلقة بالأمر 26/74 المؤرخ في 20-02-1974 والمتعلق بالاحتياطات العقارية للبلدية، والذي كان يهدف إلى منع المضاربة على الأراضي المعدة للبناء.

لقد أعطى هذا الأمر فرصة لتحديد المحيط العمراني للبلديات وتأسيس مستندات ملكية تخص الأراضي المدمجة فيه، وقد استثنى هذا الأمر الأراضي المعدة للبناء والتي تقع داخل المنطقة العمرانية من التداول بين الأشخاص ما لم تكن البلدية طرفا في العقد طبقا للمادة 6 منه. ثم صدر المنشور الرئاسي المؤرخ في 30-06-1976 الذي جاء لتصحيح العقود العرفية ثابتة التاريخ والمبرمة قبل 05-03-1976 تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية، وسن هذا المرسوم إجراءات خاصة، فكلف المحاكم بإجراء التحقيق حول صحة البيوع ومدى توافر أركانها وتاريخها، لكن هذا المرسوم تجاهل تماما الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق الذي يفرض لصحة البيع العقاري الشكل الرسمي، كما أنه لم يحدد مدة لتصحيح البيوع العرفية، ومن ثم فتح الباب للأشخاص للتهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق، لأنه لا يستلزم تسجيل العقود العرفية لدى مصلحة التسجيل لكي يكون لها تاريخ ثابت<sup>1</sup>.

ولقد رفعت عدة دعاوى بحجة البيوع أمام المحاكم ونظرا لعدم رد الثمن من قبل البائع أو ذوي حقوقه بسبب عسرهم فقد لبت الجهات القضائية بعض هذه الدعاوى، على أن يكون البيع قد وقع قبل 05-03-1974 تاريخ العمل بالأمر التشريعي المذكور أعلاه، ولكن على المحاكم أن تتحرى في الوقائع وأن تجري تحقيقا فيها إذا كان البيع أبرم قبل هذا التاريخ، وتتوفر فيه جميع الشروط من بينها تسليم الشيء المبيع ودفع الثمن، ولا تصح سوى البيوع التي أبرمت قبل نشر هذا الأمر.

1- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، 2001، ص 79 و 80.

إن الأحكام التي تصدر في هذا الشأن يجب أن تحترم الحدود التي فرضها المرسوم رقم 28/76 المؤرخ في 07-02-1976 المحدد لكيفية تحديد الحاجيات العائلية لمالكي الأراضي في ميدان البناء وتقوم مقام العقود الموثقة فتشهر وتنتج آثارها بالنسبة للغير.

وقد تدخل المشرع الجزائري مرة أخرى لتسوية العقود العرفية بموجب قانون 01/85 المؤرخ في 13-08-1985 المتضمن قواعد شغل الأراضي قصد المحافظة عليها وحمايتها وخاصة أمام ما أثارته الفوضى الناجمة عن نقل الملكية العقارية بموجب المحررات العرفية، فصدر المرسوم رقم 85/212 المؤرخ في 18-08-1985 يحدد أو ضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خصوصية كانت محل عقود أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها وشروط إقرار حقوقهم في التملك والسكن<sup>1</sup>.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة العليا في إحدى قراراتها بأنه: "حيث يتضح من العناصر الإجرائية أن الطاعنين لم يكونوا حائزين على سندات رسمية لملكية الأراضي التي يشغلونها وبالتالي لا يمكن لهم الاستفادة من الأمر 26/74 المؤرخ في 20-02-1974 والنصوص التطبيقية له لأن هذه النصوص فقط للأفراد المالكين.

حيث أن الطاعنين يزعمون أنهم تحصلوا على القطع المتنازع فيها عن طريق الحيازة لأنهم يشغلون تلك الأراضي بصفة هادئة ومستمرة منذ أوائل 1960.

حيث يتبين من التقرير المعد من طرف مصالح أملاك الدولة خلال سنة 1989 أن مساحة القطعة الأرضية المتنازع عليها والتي تبلغ 2 هكتار ملك للدولة.

وطبقا لأحكام المادة 689 للقانون المدني فإن أملاك الدولة غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها أو اكتسابها بالتقادم.

وبالتالي لا يمكن الحصول على ملكيتها من طرف الطاعنين عن طريق الحيازة كما تنص عليه المادة 827 من القانون المدني.

1- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية في التشريع الجزائري، 2003، ص 86 و 87.

حيث أن الأمر يتعلق بشاغلين بصفة غير قانونية لأراضي غير مملوكة للدولة فيمكن للطاعنين الاستفادة من المرسوم رقم 212/85 المؤرخ في 18-08-1985 كي يتحصلوا على تسوية وضعيتهم<sup>1</sup>.

ينبغي الإشارة بهذا الخصوص أن البلديات قامت بتسوية العديد من املفات وسلمت عقودا إدارية مشهورة أو موضوعة لدى مصلحة الشهر العقاري للشاغلين الذين اشتروا عقارات بعقود عرفية، وفي هذا الشأن أصدرت المحكمة العليا قرار رقم 148.541 المؤرخ في 23-05-1997 المكرس بموجب المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، والذي حكم بإبطال العقود العرفية وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل البيع وبإخلاء المشترين للعقارات دون مراعاة للعقود الإدارية التي حررت في إطار التسوية الإدارية<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث: موقف القضاء من الشكلية الرسمية

لقد عرف الاجتهاد القضائي في الجزائر مواقف متباينة في تفسير النصوص وتطبيقها كلما تعلق الأمر بمعاملات عقارية أبرمت بواسطة عقود عرفية، فالمشرع الجزائري اشترط في السندات المثبتة لنقل الملكية العقارية الشكل الرسمي، مع إشهار العقد المثبت لها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية المختصة، ولكن على الرغم من صراحة النصوص القانونية، ظلت المحكمة العليا متجاهلة هذه القوانين ومؤكدة على صحة العقود العرفية مرتبة عليها آثار العقد الرسمي سواء بسواء.

لكن بعد العمل بهذا الاجتهاد القضائي، تراجعت المحكمة العليا عن موقفها في قرار الغرف المجتمعة الشهير رقم 135 156 الصادر في 20-02-1997 الذي جاء في الوقت المناسب لكي يوحد الاجتهاد القضائي في نقطة قانونية حساسة، ويؤكد على ضرورة التطبيق السليم للقانون ويعتبر خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون لكونه يفرض على المواطنين احترام الشكل

1- قرار رقم 73/273 المؤرخ في 21-10-1990 المجلة القضائية 1992، العدد 1، ص14، راجع حمدي باشا القضاء العقاري، المرجع السابق، ص110.

2- قرار الغرفة المجتمعة 136 156، المؤرخ في 18-02-1997، المجلة القضائية 1997، العدد1، ص10، راجع حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص316.

الرسمي في المعاملات العقارية حفاظا على حقوقهم وحقوق الدولة التي حرمت فترة من الزمن إيرادات هامة. كما جاء هذا القرار متضامنا مع التوجيهات الجديدة التي توخاها المشرع الجزائري من إصدار القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري والذي أكد في المادة 29 منه على أن يثبت الملكية الخاصة للأمولاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: شروط صحة العقد الرسمي

لتعريف العقد الرسمي نرجع إلى قانون المدني في مادته 324 التي نصت على أن العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا لأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه. يتضح من المادة 324 المعدلة بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03-05-1988 أن العقود الرسمية نوعان:

أ- عقود رسمية تعاقدية: يجب توافر فيها إرادتين متبادلتين أي تطابق الإيجاب والقبول كالبيع العقاري والهبة وعقد الشركة والإيجار.

ب- عقود رسمية تصريحية: يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقدا في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون مثل: طلب إعداد فريضة، شهادة توثيقية، تصريح شرفي، أو إقرار بالزواج من طرف واحد. وعموما ينبغي لصحة السند الرسمي توفر ثلاثة شروط أساسية نذكرها فيما يأتي:

الفرع الأول: صدور المحرر الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة  
أ- الموظف العمومي: وهو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أملاك الدولة، الوالي... الخ

ب- الضابط العمومي: مثل الموثق، المحضر القضائي، المترجم... الخ

1- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 127 وما بعدها.

ج- الشخص المكلف بخدمة عامة: وهو الشخص الذي يخوله القانون هذه الصفة بسبب المهنة التي انتدب لها كالخبير ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون، غير أنه تتمتع المحررات التي يصدرها هؤلاء الخبراء بصفة رسمية ليست محل إجماع بين الفقه، لاسيما أنه المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية لم يعط لمحاضر هؤلاء قوة ثبوتية ملزمة للقضاة<sup>1</sup>.

وتتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء غير أنهم يتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن أي من المستفيدين من خدماتهم، ولما كان الأمر يتعلق بتسيير مرافق عمومية تولى القانون تنظيم هذه المهن وذلك بتحديد المهام وشروط ممارسة المهنة والرقابة والمحاسبة والتأديب.

الفرع الثاني: سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار السند الرسمي يشترط إضافة إلى سلطة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة الاختصاص الإقليمي والنوعي، فيجب على الموظف أن يتقيد في حدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكن له القيام بذلك، وإذا قام بها لا يعتبر العقد رسمياً، كما يتقيد الضابط العمومي كذلك في حدود اختصاصه منحي الموضوع والإقليم، فلا يمكن للقاضي يقوم بتحرير عقد زواج كما لا يستطيع رئيس بلدية الجزائر أن يحرر عقد زواج لزوجين يسكنان في بلدية قسنطينة<sup>2</sup>.

وتحدد القواعد المنظمة للمرفق العام اختصاص الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بالخدمة العامة، وفي هذا السياق نذكر على سبيل المثال المادة 5 من قانون 27/88 المؤرخ بتاريخ 12-02-1988 المتضمن تنظيم التوثيق والتي تنص على: "يعد الموثق ضابطاً عمومياً يتولى تحرير العقود التي يحدد صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود أطرافها إعطاءها هذه الصيغة... كما يتولى استلام أصول جميع العقود والوثائق للإيداع التي حدد لها القانون هذه الصيغة أو التي يود حائزها ضمان حفظها".

1- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 107.

2- محمد زهدود، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، 1991، ص 107 و 108.

إضافة إلى قواعد الاختصاص هذه، هناك اعتبارات شخصية قد تحد من اختصاص الموثق مثال ذلك ما نصت عليه المادة 15 من القانون 27/88 المذكور أعلاه<sup>1</sup>.

الفرع الثالث: تحرير السند وفق الأوضاع التي يقرها القانون

تستلزم المادة 324 ق.م.م تحرير العقود الرسمية وفق الأشكال التي يفرضها القانون، وفي هذا الشأن يقدم القانون 27/88 نماذج، حيث تنص المادة 18 على: "...وفي كل الحالات تحرر باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ويصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات وكل عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل الأطراف والشهود والموثق..."  
ومن بين التصرفات القانونية الواجب إفرغها في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان نذكر المادة 324 مكرر 1 ق.م.م سالف الذكر.

وتقتضي المادة 883 ق.م.م كذلك على أنه: "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون، وتكون مصاريف العقد على الراهن، إلا إذا اتفق على غير ذلك"<sup>2</sup>.  
إن الإغفال الكلي لهذه الشكلية التي تعد ركنا في العقد تمنع قيامه، ويعتبر العقد منعدما، بينما إغفال الأشكال والشروط يفقد العقد صيغته طبقا للمادة 326 مكرر 2 ق.م.م التي تنص على أنه: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"<sup>3</sup>.

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص136.

2- علي فيلالي، المرجع السابق، ص237 و238.

3- قرار المحكمة العليا رقم 68467 المؤرخ في 21-10-1990، المجلة القضائية 1992، العدد1، ص84.

## المبحث الثاني: الكتابة العرفية

المحرر العرفي هو المحرر الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود إذا في الكتابة العرفية لا غير، ولقد نصت المادة 327 ق.م.ج على أنه: "يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء"

## المطلب الأول: شروط صحة المحرر العرفي

يستلزم المحرر العرفي توفر شرطين: ضرورة أن يكون مكتوبا بخط المتعاقد الذي ينسب إليه وأن يكون موقعا.

## الفرع الأول: الكتابة

تتشرط أحكام المادة 327 ق.م.ج كتابة المحرر العرفي بخط المتعاقد الذي ينسب إليه المحرر، لكن قد يصعب تحقيق هذا الشرط في بعض الأحيان، وذلك في حالة: المحرر التبادلي، وحالة التعاقد الأمي، وكذا التعاقد بواسطة وكيل<sup>1</sup>.

أ- المحرر التبادلي:

المحرر التبادلي يرتب التزامات على كلا المتعاقدين، وبالتالي يقتضي احترام "شرط الشكلية بخط المتعاقد"، تحرير نسختين أصليتين، الأولى بخط المدين الأول يحتفظ بها دائنها، والثانية بخط هذا الأخير، باعتباره مدينا في الوقت نفسه، ويحتفظ بها المدين الأول باعتباره دائنا لها<sup>2</sup>. وهكذا تفرغ العملية القانونية الواحدة في نسختين أصليتين وهذا غير وارد في القانون الحالي عكس القانون القديم، أي القانون الفرنسي الذي كان يشترط بموجب ركن الشكلية نسختين دون أن يفرض كتابتها بخط المتعاقدين.

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 238 و 239.

2- قرار المجلس الأعلى رقم 27136 المؤرخ بتاريخ 28-04-1982: "حيث أنه من الثابت أن المحرر العرفي المتضمن اتفاقا مزدوجا والحامل لتوقيع واحد يكون صحيحا إذا كان هذا التوقيع من طرف الغير حائزا له"، نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص 178.

ب- المتعاقد الأمي:

قد يكون المتعاقد أميا ويتعذر عليه كتابة المحرر، ولقد تخلى المشرع عن الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي في (مادة 1326 مدني) والذي يكفي بأن يكتب المتعاقد الالتزام حروفا لا أرقام متبوعة بعبارة يعتمد بها المدين التزامه "Bon pour"

ج- التعاقد بواسطة وكيل:

يستحيل كذلك في هذه الحالة تحقيق شرط الكتابة بخط المتعاقد، لأن الوكيل هو الذي يباشر عملية التعاقد وليس الأصيل.

إلى جانب هذه الحالات ولاعتبارات عملية قد يكون المحرر مطبوعا كعقد التأمين. فمثلا مما يحول دون تحقيق شرط الكتابة الخطية، وفي هذه الحالة فإنه يمكن الاستغناء عن هذا الشرط، وتكتفي بالتوقيع فقط، خاصة وأن المشرع يسمح بالتوقيع على بياض، حيث تعاقب المادة 381 من قانون العقوبات: "كل من أوتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا، التزاما أو إبراء منه أو أي تعرف آخر..."

وقد تطرق المشرع الجزائري من خلال التعديل الأخير للقانون المدني إلى نوع جديد من الكتابة يتمثل في الكتابة الإلكترونية، والتي نص عليها في المادة 323 مكرر "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"، أي أن الكتابة تعبير وإفصاح عن واقعة قانونية مهما كانت اللغة التي كتبتها سواء الآلة الناسخة أو الكمبيوتر.

الفرع الثاني: التوقيع

يفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة، وقد يشمل التوقيع الاسم واللقب كاملين، وقد يقتصر على كتابة الحرف الأول من الاسم وكتابة اللقب كاملا، أما اقانون فلم يحدد كيفية التوقيع<sup>1</sup>.

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص240.

وإذا كان المحرر ملزماً لجانب واحد فتوقيع المدين يكون كافياً، أما إذا المحرر تبادلياً، فيجب توقيعه من قبل المتعاقدين، ولا يشترط أن يتم ذلك في نفس الوقت أو في نفس التاريخ، فمتى تم توقيع المتعاقد ارتبط بالوضع القانوني الذي يتضمنه المحرر العرفي.

إن التوقيع أمر جوهري وأساسي في المحرر العرفي فلا يمكن الاستغناء عنه، لأن انعدامه يفيد انعدام الشكلية العرفية، وبالتالي انعدام المحرر، أما إذا تعذر على المتعاقد التوقيع لكونه أمياً أو لعاهة جسمانية تمنعه من ذلك، فالقانون المصري يسمح بوضع بصمة الأصبع أو الختم أو الكاربون، أما القضاء الفرنسي متردد ولم يحسم الأمر في هاته المسألة.

إن هذه الطريقة قد تشكل خطراً على المتعاقد الذي يتعذر عليه قراءة النص الذي وقعه، ولذا يستحسن في مثل هذه الحالات اللجوء إلى خدمات الموثق واستبدال المحرر العرفي بعقد رسمي<sup>1</sup>.

أما القانون الجزائري فتتص المادة 327 أنه: "يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أنواع المحررات العرفية وآثارها

يمكن التمييز بين أنواع المحررات العرفية وآثارها على النحو الآتي:

#### الفرع الأول: أنواع المحررات العرفية

أولاً: المحررات العرفية المشهورة وفقاً لمرسوم 11-03-1936 بالجزائر والمتعلق بتعديل نظام تسجيل الرهون العقارية، وكان هذا المرسوم يسمح للأشخاص بشهر عقودهم العرفية لدى المحافظة العقارية أو ما يسمى بمحافظة الرهون العقارية، وإجراء هذه الشكلية يعطي المحررات

1- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 241.

2- قرار مؤرخ في 07-12-1987، المجلة القضائية 1990، العدد 4، ص 61 و 63.

العرفية المشهورة حجية في مواجهة الغير، وتنص المادة 2 من مرسوم 30-10-1935 بأن يتم شهر المحررات العرفية بعد إيداعها لدى الموثق في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعها. هناك أيضا المحررات العرفية المنصبة حول العقارات غير المفرنسة في بعض الجهات من الجزائر ولاسيما في منطقة القبائل، والتي أخضعها مرسوم 09-02-1947 إلى إلزامية شهرها في مصلحة الرهون العقارية، وبالتالي يكون لهذه المحررات العرفية حجية وقوة إثبات تقترب من العقود الرسمية، نظرا لإشهارها.

ثانيا: المحررات العرفية المحررة وثابته التاريخ قبل صدور قانون الوثيق في 15-12-1970 وهذه المحررات العرفية صحيحة وناقلة للحقوق العينية العقارية فيما يتعلق بنوع الملك، وهي أيضا جائزة بالنسبة للحقوق العينية التبعية مثل حق الانتفاع.

لكن بالنسبة للتصرفات الواقعة بين 1964 و 1970 يجب على أطراف المحرر العرفي تقديم الرخصة الإدارية المسلمة لهم من طرف الوالي عملا بالمرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20-01-1964 المتعلق بحرية المعاملات، أما العقود المحررة قبل 1964 فلا يطلب من أطراف هذه الرخصة وبكفي المحرر<sup>1</sup>.

ثالثا: المحررات العرفية المحررة بعد 15-12-1970 ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها، كما لا يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا، تطبيقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ونصوص أخرى في قوانين مختلفة تقضي بالبطلان المطلق.

رابعا: الآثار التي يترتبها المحرر العرفي في العقارات: إن العقود الباطلة ترتب آثارا والتزامات شخصية مثل التعويض عن الأضرار الناشئة عن بطلان المحرر وإرجاع ثمن المبيع مقابل إخلاء العقار محل البيع، إذا كان ممكنا، وذلك لأن هناك حالات يستحيل فيها إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل البيع بسبب تأميم العقار ونزع ملكيته من أجل المنفعة

1- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 85.

العامة، أو حلول البلدية محل أطراف المحرر في حق الملكية العقارية وإدماجها في ممتلكات البلدية قصد إعادة بيعها لمن أقاموا عليها بناءات في إطار التسوية الإدارية طبقا للأمر رقم 01/85 المؤرخ في 13-08-1985، حيث تنص المادة 13 منه على أن: "كل نقل ملكية عقارية مخالف لأحكام المادتين 8 و9 أعلاه، وأي نقل ملكية يتم بما يخالف القوانين المعمول بها ينجر عنه بقوة القانون حلول البلدية محل أطراف صفقة النقل غير القانونية في حق ملكية دون رد الثمن المدفوع<sup>1</sup> ومن غير المصاريف والتعويضات"، كما تنص المادة 2 من الأمر نفسه على أن تدمج قانونا في الملك الخاص بالبلدية، وتحول إليها دون مصاريف ولا تعويضات أراضي البنا التي انتقلت ملكيتها قبل تاريخ نشر هذا الأمر بين أناس أحياء خارقين بذلك الأحكام التشريعية الجاري بها العمل، وذلك بقطع النظر عن الادعاءات التي يمكن أن يثيرها الغير ضد المالك الذي انتزع منه حق الملكية بالطرق والوسائل القانونية.

ينبغي الإشارة بهذا الخصوص إلى أن البلديات قامت بتسوية العديد من الملفات وسلمت عقودا إدارية مشهورة أو موضوعة لدى مصلحة الشهر العقاري للشاغلين الذين اشتروا عقارات بعقود عرفية، وفي الوقت نفسه أصدرت المحاكم أحكاما تقضي بإبطال المحررات العرفية وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل البيع وإخلاء المشتري للعقارات، دون مراعاة العقود الإدارية التي أحرزت في إطار التسوية الإدارية، وهناك أيضا حالة إقامة منشآت وبناءات فوق العقار محل البيع العرفي الباطل من طرف المشتري الذي يكون بنى عن حسن نية، وفي هذه الحالة إذا كانت قيمة المنشآت فوق قيمة الأرض فيمكن تملك المشتري أي الشاري للأرض مقابل تعويض صاحب الأرض بالرغم من بطلان المحرر العرفي<sup>2</sup>.

1- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 85 و 86.

2- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 85 و 86.

وهكذا فإن المحرر العرفي باطل بطلانا مطلقا يرتب عدة آثار شخصية، تصل في بعض الحالات إلى اكتساب حقوق عينية عقارية، وعلى القاضي أن يميز بين هذه الآثار والحقوق الشخصية، وبين نقل المحرر في حد ذاته للحقوق العينية العقارية. فالأحكام التي تقضي بصحة البيع العرفي الصادر بعد 1970 هي أحكام مخالفة للقانون ومعرضة للنقص، وأن الأحكام التي تقضي بصحة الاتفاق الوارد في المحرر العرفي المنصب حول عقار، وصرف الطرفين إلى إتمام الإجراءات الشكلية والكتابة الرسمية أمام الموثق، هي أيضا أحكام مخالفة للقانون ويستحيل تنفيذها علميا لأن أطراف المحررات العرفية يدفعون ثمن البيع وقت تحرير المحرر العرفي، أي دفع في تاريخ سابق للحكم أو القرار، وبالتالي لا يمكن دفعه بين يدي الموثق حسب ما يقتضيه القانون، وإن الموثق ملزم باحترام النصوص القانونية، وتحرير العقود وفقا للشكليات والإجراءات التي أوجبها المشرع، ومن بين هذه الإجراءات التسجيل والإشهار واستلام ثمن المبيع وإيداعه في الحساب الخاص بالودائع في الخزينة العامة أو البنك، وإن القيام بهذه الإجراءات الإلزامية لا تسمح لهم بإعطاء تاريخ سابق للعقد لأن له آجالا محددة لإيداع المحرر بمصلحة التسجيل والمحافظة العقارية لإشهاره، ومن ثم لا يتصور ولا يمكن أن تتوفر مثل هاته الشروط لإفراغ المحرر العرفي بموجب حكم في عقد رسمي<sup>1</sup>.

وفضلا عن ذلك فإن البائع يمكنه أن يرفض إتمام إجراءات الكتابة الرسمية إلا إذا كانت مصلحته تقضي ذلك، ولا يوجد نص قانوني يلزم المتعاقد عرفيا بإتمام إجراءات الكتابة الرسمية، وإن المحرر الذي يمكن على أساسه إلزام البائع أو المشتري به هو الوعد بالبيع الذي يتم في الشكل الرسمي وفقا للمادة 71 الفقرة 2 من القانون المدني، وفي هذه الحالة الأخيرة فإن القاضي لا يحتاج إلى صرف الطرفين أو إلزام أحدهما بإتمام إجراءات الكتابة الرسمية أمام الموثق ولكنه يقضي بأن يحل الحكم محل المحرر، وبتنفيذ الحكم وإتمام إجراءات التسجيل

1- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 87 و 88.

والشهر، وتنتقل الملكية العقارية دون الحاجة لكتابة عقد جديد أو ضرورة موافقة، وهناك حالات يكون البائع بعقد عرفي المحكوم بإتمام إجراءات الكتابة الرسمية متوفى، وهوما يؤكد انعدام جدول الحكم بإلزام البائع بعقد عرفي بإتمام إجراءات الكتابة الرسمية أمام الموثق.

أما الاجتهاد المبني على المادة 106 من القانون المدني للحكم بصحة البيع العرفي للعقار، مسبب ذلك على أن المحرر العرفي صحيح يرتب التزامات على الطرفين وأن المحرر شريعة المتعاقدين. غير أن هذا الاجتهاد ليس له ما يبرره ومخالف للقانون وللمادة 106 من ق.م كونه اعتمد على الفقرة الأولى من هذه المادة، وأغفل الفقرة الثانية منها والتي تقضي بأنه لا يجوز نقض المحرر ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون<sup>1</sup>.

---

1- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 88 و 89.

## الفصل الثاني: إجراءات انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري وآثارها

من أجل تنظيم المعاملات الواردة على العقارات، على الدولة أن تخصص أحكاما تتضمن انتقالها عن طريق وسائل إدارية عامة تتكفل بكل الإجراءات التي تضمن سير هذه العمليات وتضفي الثقة بين المتعاقدين، وهذه الإجراءات تعتبر من الشكليات التي تلحق التصرف القانوني وغالبا ما تكون متعلقة بالعلنية وحق الغير في العلم بالتصرف الجاري على العقار، كما تتعلق باستيفاء حقوق الخزينة العامة على هذه المعاملات.

### المبحث الأول: الإجراءات السابقة لتحرير العقود و عملية التسجيل

لقد أولى المشرع الجزائري على غرار مختلف التشريعات الأخرى أهمية قصوى لحماية الملكية العقارية، وسن تشريعات قصد حمايتها وتحديد الأطر القانونية التي يتم بموجبها تملك العقار والتصرف فيه، والأكثر من ذلك وضع الإجراءات القانونية التي تنتقل من خلالها الملكية العقارية من أجل ضمان استقرارها وتنظيم عملية انتقالها من شخص إلى آخر.

لقد أوجب المشرع في إطار ذلك اتباع الرسمية، والقيام بعملية تسجيل تلك المعاملات بمصلحة الطابع والتسجيل لأجل تحصيل الرسوم الضريبية لصالح الخزينة العامة للدولة، وأخيرا شهر لك التصرفات على مستوى المحافظة العقارية حتى تنتقل الملكية ويكون الغير على علم بها، فلا يقبل شخص على تصرف في عقار إلا وكانت له دراية به

### المطلب الأول: الإجراءات الأولية لتحرير عقود الملكية العقارية

قد أشرنا سابقا إلى أن الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار يحررها غالبا الموثق، لذلك سنعرض للأشكال التي يجب عليه مراعاتها في توثيق أو تحرير هذه الورقة، والتي من المفروض أن تراعى أيضا في حالة صدور ذات الورقة الرسمية عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ويمكن تقسيم هذه الأشكال إلى ما يأتي:

تنص المادة 15 من القانون رقم: 06-02، المنظم لمهمة الموثق على أن الموثق لا يجوز له أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه، إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفا للقوانين و الأنظمة المعمول بها.

ويستفاد من المادة 15 من القانون رقم: 06-02 المنظم لمهنة الموثق على أنه يتعين على الموثق قبل توثيق عقد بيع العقار أن يتأكد من عدم مخالفته للقوانين والأنظمة المعمول بها ذلك أن مهمته لا تنحصر في مجرد تلقي إرادة البائع والمشتري دون التأكد منها أو مراجعتها فيها<sup>1</sup>.

فيجب على الموثق قبل القيام بإجراء توثيق عقد بيع العقار أن يتأكد من شخصية المتعاقدين البائع والمشتري بمقتضى مستندات رسمية كبطاقة التعريف الوطنية، أو رخصة السياقة، أو جواز السفر، أو أن يتأكد الموثق من شخصيتهما بشهادة شاهدين بالغين وتحت مسؤوليتهما في حالة انعدام المستندات، وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني، وذلك تحاشيا للتلاعب وتفاديا لوقوع التزوير<sup>2</sup>.

ويجب على الموثق أيضا أن يتثبت من أهلية البائع والمشتري ورضاهما، فله أن يطلب منهما ما يزيد هذه الأهلية من مستندات كشهادة الميلاد أو شهادة طبية أو أي مستند آخر<sup>3</sup>، أو أن يثبت الموثق من أهليتها بشهادة شاهدين بالغين و تحت مسؤوليتهما وفقا للفقرة الأخيرة من المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني، ويقصد بأهلية البائع والمشتري بلوغها سن الرشد وعدم الحجر على أحدهما لأي عارض من عوارض الأهلية، وعدم وجود أي مانع قانوني لدى أحدهما : كأن يقوم الولي أو الوصي ببيع عقار مملوك لقاصر، أو يقوم مقدم ببيع عقار مملوك

1- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988، ص126.

2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، دار إحياء التراث، بيروت لبنان، ص130.

3- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص165.

لمحجور عليه دون الحصول على إذن بذلك من الجهة القضائية المختصة، وفقا لأحكام المواد 88 و95 و104 من قانون الأسرة.

وإذا تم بيع العقار بوكيل فيجب على الموثق أن يتأكد من أن مضمون عقد بيع العقار المطلوب منه توثيقه لا يتجاوز حدود الوكالة وإلا كان البيع باطلا لحصوله من غير ذي صفة، وتوجب المادة 29 من القانون رقم 02-06 المنظم لمهنة الموثق أن تلحق الوكالة بأصل العقد، والتي يجب أن تكون وكالة رسمية وفقا للمادة 572 من القانون المدني<sup>1</sup>.

ويجوز للموثق أن يرفض توثيق عقد بيع العقار إذا تأكد له عدم توفر أهلية البائع أو المشتري أو انعدام رضاهما أو أن يكون عقد البيع المطلوب منه توثيقه عرضة للبطلان التعلق موضوعه ببيع عقار غير مملوك للبائع أو عقار محبس، ولا يوجد في القانون رقم: 02-06 المنظم لمهنة الموثق ما يفيد جواز التظلم رفض الموثق توثيق عقد البيع، و ذلك خلافا لما تنص عليه بعض القوانين المقارنة<sup>2</sup>.

ثانيا : مرحلة التوثيق : يقوم الموثق في هذه المرحلة بتوثيق عقد بيع العقار ذاته، وقد حددت المادة 29 من القانون رقم: 02-06 المنظم لمهنة الموثق البيانات التي يجب أن تتضمنها الأوراق الرسمية أيا كان موضوعها، ومنها الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار، وتقسم هذه البيانات إلى بيانات خاصة بموضوع العقد، وبيانات عامة<sup>3</sup>.

أما البيانات الخاصة بموضوع الورقة الرسمية فهي البيانات الخاصة بالبيع المطلوب إثباته في هذه الورقة، و تتم أساسا في بيان طبيعة العقار محل البيع و حالته ومضمونه وحدوده و أسماء المالك أو المالكين السابقين، و عند الإمكان صفة و تاريخ التحويلات المتتالية، وفقا لما تقضي به المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني.

1- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص125.

2- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص126.

3- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص131.

و أما البيانات العامة التي يجب أن تتضمنها الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار فتتمثل في الآتي:

- 1- اسم و لقب الموثق و مقر مكتبه.
- 2- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة البائع والمشتري وجنسيتهما.
- 3- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الشهود عند الاقتضاء<sup>1</sup>.
- 4- اسم و لقب و موطن المترجم عند الاقتضاء.
- 5- المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه عقد البيع.
- 6- وكالة البائع والمشتري المصادق عليها التي يجب أن تلحق بأصل العقد.
- 7- توقيع البائع والمشتري والموثق والشهود والمترجم عند الاقتضاء.

وتوجب المادة 26 من القانون رقم : 06-02 المنظم لمهنة الموثق على الموثق أن يحرر الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءتها وبدون اختصار أو بياض أو نقص ، وأن يكتب الثمن والسنة والشهر ويوم التوقيع على الورقة الرسمية بالحروف، وأن يكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، وأن يصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات، وعلى الكلمات المشطوبة بالتوقيع بالأحرف الأولى من طرفه، ومن طرف البائع والمشتري، وعند الاقتضاء من طرف الشهود والمترجم إن وجدوا.

وتنص المادة 27 من القانون رقم : 06 - 02 المنظم لمهنة الموثق على وجوب ألا تتضمن الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار أي تحشير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات،

1- تنص المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني على أن تحرر الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان، وقد عدلت هذه المادة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للقانون المدني فصار حضور الشاهدين لازما فقط في العقود الاحتفائية كالزواج والهبية.

تحت طائلة بطلان الكلمات المحررة أو المكتوبة بين السطور أو المضافة، مع وجوب المصادقة في آخر الورقة على الكلمات المشطوبة غير المتنازع في عددها و المكتوبة بشكل لا يشوبه أي شك أو التباس.

وتقضي الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 29 من القانون رقم: 06-02 المنظم لمهنة التوثق بأن على الموثق قبل توقيع البائع والمشتري على الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار أن يتلو عليهما النصوص الجبائية والقوانين المعمول بها، و التتويه على هذه التلاوة في هذه الورقة<sup>1</sup>.

وإذا تمت التلاوة وقع الموثق مع البائع والشهود والمترجم إن وجدوا على الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار وفقا لما تقضي به الفقرة الأخيرة من المادة 29 من القانون رقم : 06-02 المنظم لمهنة الموثق، و توجب المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني أن يؤشر الموثق على توقيع البائع والمشتري الشهود، في آخر الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار، وإذا كان البائع أو المشتري أو أحد الشهود لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع دون الموثق تصريحاتهم في هذا الشأن في نفس المكان، ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر.

وفي حالة وقوع مانع للموثق أو وفاته قبل توقيعه على الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار، وكانت الورقة موقعة من البائع والمشتري والشهود والمترجم إن وجدوا فإن المادة 36 من القانون رقم: 06-02 المنظم لمهنة الموثق تخول لكل من البائع والمشتري أن يطلب من السيد رئيس المحكمة تعيين موثق للتوقيع على الورقة الرسمية المثبتة له، وتعتبر الورقة الرسمية كأنها قد وقعت من طرف الموثق الذي أصدرها أو تلقاها.

---

1- تنص المادة 113 من الأمر رقم : 105/76 المؤرخ في: 09/12/1976 من قانون التسجيل على توقيع غرامة مالية على الموثق الذي لا يتلو العقد على مسامع أطرافه، ولا يشير إلى هذه التلاوة صراحة فيه، وتنص المادة 12 من القانون رقم: 06-02 المنظم لمهنة الموثق على أنه يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها، كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم، ويبين لهم الآثار والالتزامات التي يخضعون لها، والاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم.

إذا انتهى الموثق من عملية التفتيش والتحري والتوثيق، و تعرف البائع والمشتري على النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به، فإن المادة 40 من القانون رقم : 02-06 المنظم لمهنة الموثق توجب على الموثق أن يقوم بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من الملتزمين منها بتسديدها بمناسبة تحرير الورقة الرسمية، وأن يدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة عليهما بفعل الضريبة، على أن يخضع في ذلك لرقابة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به، وأن يفتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيها المبالغ التي يحوزها، و للموثق وفقا للمادة 41 من القانون رقم : 02-06 المنظم لمهنة الموثق أن يتقاضى أتعابا عن خدماته من البائع و المشتري حسب التعريف الرسمية مقابل وصل وتقضي المادة 50 من المرسوم التنفيذي رقم 91-183 المؤرخ في : 01/06/1991 بوجوب تطابق التعريف مع أحكام هذا المرسوم المحدد لكيفيات دفع أتعاب الموثق مقابل خدماته.

يجب على الموثق وفقا للمادة 37 من القانون رقم : 02-06 المنظم لمهنة الموثق أن يمسك فهرسا للأوراق الرسمية المثبتة لبيع العقار التي يصدرها أو يتلقاها بما فيها الأوراق الرسمية التي لا يحتفظ بأصلها كما يمسك سجلات أخرى مرقمة ومؤشر عليها من قبل رئيس المحكمة الذي يقع مكتبه في دائرة اختصاصها، و يحدد شكل نموذج هذه السجلات بقرار من وزير العدل حافظ الأختام ويفهم من هذا أن الموثق لا يحتفظ بأصل كل ورقة رسمية مثبتة لبيع العقار بل يسلمها للبائع والمشتري، ولكن الجاري به العمل أن يحتفظ الموثق بالأصل تفاديا للتزوير<sup>1</sup>.

ولعل أهم ما يميز مرحلة تحرير العقود احتفاظ الموثق بأصل الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار سواء التي قام بتحريرها أو التي تلقاها للإيداع، وتسليم نسخة تنفيذية للورقة الرسمية التي حررها، أو نسخة عادية منها، أو مستخرجا بناء على طلب البائع أو المشتري، أو لغيرهما في

1- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 2005، ص40.

الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك، إذ يجب على الموثق أن يلتزم بالسر المهني بألا ينشر أو يذيع معلومات إلا إذا أذن له البائع والمشتري أو أجاز له ذلك التشريع أو التنظيم المعمول بهما، وفقا لما تقضي به المواد 10، 11، و 14 من القانون رقم: 06-02 المنظم لمهنة الموثق، ومثال الحالات التي يجيز فيها الموثق أن يسلم أصل الورقة الرسمية المثبتة لبيع العقار دون أن يعتبر ذلك إخلاء بالتزامه بالسر المهني ما تقضي به المادتان 158 من قانون الإجراءات المدنية فيما يتعلق بالطعن الفرعي بالتزوير أمام المجلس فيجوز للرئيس أن يأمر الموثق بأن يسلم إلى كتابة ضبط المجلس أصل الورقة الرسمية المثبتة لعقد البيع المودعة لديه والمدعي تزويرها، وما تقضي أيضا الفقرة 3 من المادة 152 من قانون التسجيل بأنه باستطاعة الأعوان المكلفين بضمان حسن تطبيق تنظيم الصرف أن يطلبوا من الموثق المعلومات التي يرونها ضرورية للقيام بمهمتهم من دون أن يحتج عليهم بالسر المهني.

### المطلب الثاني: عملية التسجيل

إضافة إلى مرحلتي التفتيش والتحري، وتحرير عقود الملكية العقارية هناك مرحلة ثالثة تتمثل في عملية التسجيل، وهو ما نص عليه الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976<sup>1</sup> والذي يقضي بوجوب تسجيل جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية العقارية والحقوق المتعلقة بها، وكذلك التصرفات الواردة على المحلات والشركات التجارية وكل العقود الرسمية مهما كان نوعها.

### الفرع الأول: مرحلة تسجيل العقود بمصلحة الطابع والتسجيل بمديرية الضرائب

يقصد بعملية التسجيل تلك العملية الجبائية المنظمة من طرف إدارة الضرائب وفق القواعد والضوابط المحددة قانونا، حيث يتم من خلالها تأدية الرسم المستحق لحساب الخزينة

1- الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في 17 ذي الحجة 1396 الموافق ل 9 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل.

العمومية، كما أنه يمثل شكلية مفروضة قانونا على المعاملات محددة، وتكون هذه العمليات من أجل تحصيل الرسوم<sup>1</sup>.

ويعرف التسجيل أيضا على أنه شكلية منجزة من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفاءات متعددة يحددها القانون والتي يمكن تطبيقها على العقود الناتجة عن العقد، مما يسمح بالحصول على ضريبة تسمى برسم التسجيل، وتشمل هذه الرسوم عدة أنواع حيث تكون ثابتة أو نسبية أو تصاعدية و هذا تبعا لطبيعة العقود و التحويلات التابعة لها<sup>2</sup>.

و يقصد به أيضا إجراء يتمثل في إدراج بعض الإجراءات والتصريحات في سجل رسمي يملكه موظفو التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا.

كما يعرف على أنه عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ اثر العملية القانونية التي يقوم بها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، حيث تسمى هذه الأخيرة بحق التسجيل<sup>3</sup>.

و يعرف أيضا على أنه إجراء يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه محررات أو تصرفات قانونية و يتم من خلاله قبض حقوق التسجيل، و يكون هذا الإجراء إجباريا يترتب عن مخالفته عقوبات جبائية.

و من خلال هذه التعريفات يمكن استخلاص خصائص قانون التسجيل و التي تتمثل

فيما يأتي:

1- عويطي فريد، عشوري عبد العزيز، الشكلية في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16، سنة 2007-2008، ص 38 و 39.

2- الدليل الجبائي للتسجيل، وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، مديرية العلاقات العمومية والاتصال، الجزائر، 2017، ص 8.

3- المادة 180 من الأمر 105/76 تنص على: "لا يستطيع مفتشو التسجيل بأي حال ولو كان الأمر يتعلق بإجراء خدمة، أن يؤجلوا تسجيل العقود ونقل الملكيات التي تم دفع رسومها حسب المعدلات المضبوطة بموجب هذا القانون..."

1- التسجيل إجراء إداري: حيث تقوم به إدارة عمومية مختصة تابعة لوزارة المالية ويقوم به موظف عمومي، يدعى مفتش التسجيل و يجب أن يكون هذا المفتش مختصا للقيام بهذه العملية، ولا يستطيع هذا الأخير بأي حال من الأحوال أن يؤجل تسجيل العقود ونقل الملكيات التي تم دفع رسومها و ذلك طبقا لنص المادة 180 من الأمر 76-105 المتعلق بالتسجيل<sup>1</sup>.

2- تجرد عملية التسجيل بمقابل: حيث أن المفتش يقوم بعملية لقاء ضريبة تسمى الرسوم أو حقوق التسجيل تجسيدا لمبدأ المساهمة في تغطية الأعباء العامة للدولة غير أنه واستثناء على هذه القاعدة تعفى من حقوق التسجيل بعض التصرفات القانونية حسب ما نصت عليه المادة 271 من نفس الأمر.

3- التسجيل ذو طابع إجباري نهائي: إن المكلف بالتسجيل يكون مجبرا على أداء حقوق التسجيل وتسديدها بطرق إدارية وكل من يتخلف عن دفع هذه الرسوم يتعرض لعقوبة جبائية، ويكون لمفتش التسجيل الحق في رفض إتمام الإجراءات إلى حين سداد قيمة الضريبة المترتبة عن عملية التسجيل.

#### الفرع الثاني: أهمية عملية التسجيل

إن التسجيل بالغ الأهمية فهو بالدرجة الأولى يعتبر إجراء لتحصيل الرسوم مما يعود بالوفرة المالية على الخزينة العمومية ويتعلق بحقوق تستوفىها الإدارة بغض النظر ما إذا كان العقد صحيحا أو غير ذلك<sup>2</sup>، وبالدرجة الثانية يكتسي أهمية قانونية وفيما يأتي سنتعرض لهذه الأهمية من خلال النقاط الآتية:

أولا: الأهمية المالية للتسجيل: تهدف الدولة من خلال تسجيل التصرفات القانونية إلى تحقيق وفرة مالية من أجل تمويل خزينتها لتغطية جزء من نفقاتها الناجمة عن تسيير المرافق

1- قان أمين، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لتليل شهادة ماجستير في الحقوق، اختصاص قانون الأعمال المقارن، وهران، 2011/2012، ص 76 و 77.

2- عويطي فريد، عشوري عبد العزيز، المرجع السابق، ص 39.

العمومية<sup>1</sup>. ويعتبر هذا الهدف من بين أهم الأهداف التي تسعى إليها الدولة من خلال تحصيل الرسوم إلا أن أهداف التسجيل لا تتوقف عند ذلك، وإنما تشمل كذلك حسب الفكر الحديث أهدافا اقتصادية ومالية وسياسية<sup>2</sup>.

ثانيا: الأهمية الاقتصادية للتسجيل: تعتبر رسوم التسجيل من بين الطرق التي توفر لخزينة الدولة رؤوس أموال معتبرة، و لقد سعت الجزائر لذلك من خلال تشجيعها لعمليات الادخار والاستثمار، فقد عملت على تشجيع وتوسيع الإعفاءات الجبائية والامتيازات الممنوحة لقطاعات معينة، حيث أنها تعفى من رسوم التسجيل في بعض التصرفات، خاصة تلك التي لها علاقة مع جانب الاستثمار أو في مجال السياحة وغيرها.

ثالثا: الأهمية الاجتماعية للتسجيل: إن التسجيل لا يخدم فقط الجانب المالي والاقتصادي فقط وإنما يخدم الجانب الاجتماعي أيضا و لو بصفة غير مباشرة و ذلك من خلال استعمال الدولة لمداخل التسجيل من أجل تحسين وضعية الفئة المحتاجة من المجتمع، ونلتمس ذلك من خلال إعفائها من رسوم التسجيل كل من الولايات والمؤسسات العمومية التابعة للولاية والبلدية والمؤسسات العمومية الاستشفائية والمكاتب الخيرية وغيرها، و مثالها نص المادة 302 من نفس الأمر والتي تنص على: "تعفى من رسوم التسجيل التبرعات التي تقدم إلى هيئات التأمين الاجتماعي".

رابعا: الأهمية القانونية للتسجيل: ألزم المشرع الجزائري لانتقال الملكية وجوب القيام بإجراء التسجيل، بحيث اعتبره إجراء ملزم تدفع من خلاله الرسوم قبل إتمام إجراء التسجيل، حسب نص المادة 82 من الأمر 105/76، كما أن لتسجيل العقود دورا في إثبات تاريخ المحررات العرفية والتي يحررها الأطراف دون تدخل ضابط عمومي أو موظف عام وذلك حسب ما نصت

1- قان أمين، المرجع السابق، ص 82.

2- ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، 2013، ص40.

عليه المادة 328 من ق.م حيث أن العقد العرفي لا يكون حجية على الغير إلا إذا كان تاريخه ثابتا، ويكون تاريخ هذا العقد ثابتا في أربع حالات والتي من بينها التسجيل<sup>1</sup>.

### المبحث الثاني: عملية الشهر العقاري

تتمتع العقارات بحكم طبيعتها بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها حقوق عينية عقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها لإجراءات شهر معينة<sup>2</sup>، بل إن المشرع الجزائري لم يكتف بقاعدة الرسمية في نقل الملكية العقارية وحمايتها، بل أضاف شرطا ثانيا وجوهريا كإجراء ضروري بدونه لا يمكن لأي عقد من العقود المثبتة لهذه الملكية أو لحق عيني عقاري آخر أن يرتب أثره العيني<sup>3</sup>.

ويتمثل هذا الإجراء فيما يسمى بنظام الشهر العقاري والذي يعرف بأنه ذلك النظام الذي يرمي إلى شهر التصرفات القانونية التي ترمي إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها أو أي تصرف وارد عليها، لكي تنتج هذه التصرفات آثارها على الأطراف المتعاقدة وحتى على الغير.

### المطلب الأول: أنظمة الشهر العقاري

يعتبر الشهر العقاري عملا أو إجراء فنيا يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقار بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها ولإظهار وجودها<sup>4</sup>، ويتم ذلك بإثبات هذه التصرفات القانونية في سجلات يمكن الاطلاع عليها والأخذ بما جاء فيها من بيانات وقيود وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية وبتأمين استقرار المعاملات العقارية ومنع المضاربة على العقارات وتحقيق الثقة، لكن إذا كانت معظم الدول قد أخذت بهذا الإجراء إلا أنها لم تسلك في

1- قان أمين، المرجع السابق، ص 83 و 84.

2- حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية ببيروت، ص 11.

3- حركاتي فؤاد، جديد لخضر، وزيان البشير، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدة، 2008-2009، ص 4.

4- بالرغم من أن دور الشهر العقاري هو إعلام الغير وجعل العقود المشهورة حجة على الكافة، لكن تبقى العقود التي لم يتم شهرها قائمة ومنتجة لآثارها بين الأطراف المتعاقدة.

تحقيق هذا الغرض سبيلا واحدا، فهناك من أخذت بنظام الشهر الشخصي وهناك من تبنت النظام العيني.

#### الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي

يعد نظام الشهر الشخصي من أقدم أنظمة الشهر العقاري المعرفة بعد إقرار مبدأ شكلية العقود، حيث اتخذته أغلبية الدول أساسا للحفظ العقاري وشهر المعاملات العقارية<sup>1</sup>، وقد ظهر هذا النظام بالدول اللاتينية كفرنسا وإيطاليا ومن أسسه أن ينشئ سجلات على مستوى المحافظة العقارية يدون بها كل التصرفات الواردة على العقار باسم الشخص التصرف فيه، فيكون القيد وفقا لأسماء الأشخاص المالكين ويكون في المرتبة الثانية، فصاحب المصلحة لا يعرف من السجلات إلا الشخص الذي تصرف في العقار، ويكون التسجيل في نوعين من السجلات، سجل أبجدي يضم أسماء الأشخاص ويخصص عددا من الصفات لكل حرف من الأحرف الهجائية، أما السجل الثاني فيتم فيه قيد التصرفات طبقا للترتيب الزمني بتقديم المحررات للشهر.

إن الشهر العقاري وفقا لهذا النظام ليست له أية قوة ثبوتية، فهو مجرد إجراء يهدف إلى العلانية، إذ أن التصرفات التي تشهر في ظله لا يتحرى عادة مساحتها بل تشهر كما هي، فإذا كانت صحيحة تبقى صحيحة وإذا كانت معينة تبقى كذلك، ودور المحافظ العقاري سلبي إذ تقتصر وظيفته على شهر التصرف كما هو، والذي يعد قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، فيمكن لكل ذي مصلحة الاعتراض على التصرف وطلب إبطاله رغم شهره، وبالتالي فلا يعتد في هذا النظام بمواصفات العقار محل التصرف من موقع وحدود ومساحة وإنما يعتد فقط بالهوية الكاملة للأشخاص المالكين.

كما يعاب على هذا النظام صعوبة التعرف على المالك إذا ما كثرت التصرفات على العقار زيادة على خطر ضياع الملكية بالتقادم<sup>2</sup>.

1- رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري، قصر الكتاب البلدية، 2001، ص 16 و 17.

2- رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري، قصر البلدية، 2001، ص 16 و 17.

لا يمنح ضمانا كافيا للمستفيد من العقار من خلال تصرف المالك، فقد يتصرف في العقار المبيع ويسجل هذا التصرف باسمه في السجلات المخصصة للشهر، وقد يتصرف شخص آخر غير المالك الحقيقي للعقار نفسه باسمه أيضا، ويكون حينئذ للعقار نفسه تصرفان مختلفان أو أكثر، وبذلك يكثر في هذا النظام بيع ملك الغير.

تشهر المحررات التي تحمل معاملات عقارية كما هي، سوا كانت معيبة أو مزورة، إذ لا يمكن التعرف على صحتها، فدور المحافظ العقاري دور سلبي، إذ لا يمكنه مراقبة مدى صحة السند العقاري شكلا ومضمونا، وبذلك يقلل الائتمان في المعاملات العقارية تحقق الشخص المستفيد من العقار المتعامل فيه يقتضي البحث الشاق للوصول إلى شخص المالك الحقيقي للعقار محل التعامل من أجل معرفة هويته الكاملة واسم وصوله بالكامل وأسماء المالكين السابقين للعقار.

بما أن هوية الشخص محل اعتبار في نظام الشهر الشخصي تقرر لصاحب المصلحة الحق في طلب شهادة إثبات للتحقق من أن الشخص المتعامل معه هو فعلا مالك العقار، وما يزال مالكا له أو غير ذلك.

إن عدم تحديد العقارات بصورة دقيقة بناء على وثائق المسح العام للأراضي يؤدي إلى تغيير أسماء المالكين لأسباب مختلفة مثل إجراء عملية القسمة العقارية، اكتساب ملكية العقار بالتقادم المكسب، الميراث.

تحديد مساحة العقارات التقريبية قد تكون وهمية لا تتفق مع المساحات والحدود الحقيقية، مما قد يخلق عدم استقرار الملكية العقارية وضبطها وانعدام الائتمان في المعاملات العقارية. وأهم ما يلاحظ على نظام الشهر الشخصي هو أن عملية الشهر العقاري للسندات العقارية وفقا لهذا النظام تقتصر فقط على إعلام الجمهور بما ورد على العقار من حقوق وآثارها في إنشاء الحق العيني، فهذا الأخير ينشأ صحيحا بمجرد تمام العقد ويبقى صحيحا إلى أن يفسخ العقد أو يقرر بطلانه.

وعليه نظرا لأن الشهر الشخصي لا يصح عقدا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا، ونظرا لعجزه عن تحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله وذلك لصعوبة معرفة المالك الحقيقي وخطر ضياع الملكية بالتقادم، زيادة إلى قابلية التصرفات المسجلة للطعن فقد وصفه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه نظام متأخر، ومبرره في ذلك أن نظام الشهر السديد يجب أن يكون محكما في ترتيبه وحجيته، فأما في ترتيبه فينبغي أن يبصر لذوي الشأن معرفة ما تهمهم من تصرفات، أما في الحجية فينبغي أن يكون للشهر حجية قاطعة بحيث لا يشهر التصرف إلا بعد التحري عن مدى صحته، ومن منطلق هذه العيوب والنقائص كان لابد من إيجاد نظام آخر قصد تنظيم الملكية العقارية أحسن تنظيم، فظهر نظام جديد عرف بنظام طوارنس نسبة لمبتكره<sup>1</sup>، يجعل الشخص الذي يقدم على تصرف في العقار عالما بحقيقته وذلك بمجرد الاطلاع على البطاقة العقارية، وذلك بعد إتمام عملية المسح العام للأراضي الممسوكة على مستوى إدارة الشهر العقاري.

#### الفرع الثاني: نظام الشهر العيني

في نظام الشهر العيني يتم شهر التصرفات وفقا للعقارات وليس وفقا لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها كما يحصل في نظام الشهر الشخصي، ومن هنا كانت كانت تسميته بنظام الشهر العيني، فلكل عقار في هذا النظام صحيفة في الشجل العقاري يسجل فيها كل ما يقع على العقار من تصرفات وما ينقله من الحقوق، وتعرف هذه الصحيفة باسم العينية، وهي تحمل رقم العقار وتتضمن بيان ماهيته وموقعه واسمه مالكة أو أسماء مالكيه -إذا تعددت- وجميع الحقوق المترتبة له أو عليه، ولا يتم التسجيل في الصحيفة العينية إلا بعد التحري عن صحة التصرفات المراد تسجيلها، وإذا وجد عيب امتنع هذا التسجيل، وبتمام التسجيل ينتقل الحق العيني من من المتصرف له، فالتسجيل وليس العقد أو التصرف هو الذي ينقل الحق العيني، ولذلك تتمتع قيود السجل العقاري بحجية كاملة<sup>2</sup>.

1- حركاتي فؤاد، جديد لخضر، وزيان البشير، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، المرجع السابق، ص4.

2- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2003، ص18.

وفقا لنظام الشهر العيني، يخصص لكل عمل وارد على العقار، سواء منشأ أو معدلا أو ناقلا لحق الملكية العقارية، بطاقة عقارية عينية، تفيد فيها جميع التصرفات الواردة على العقار، وتتص على ذلك المادة 38 من المرسوم 76/63: "كل إشهار لعقود أو قرارات قضائية تتضمن إنشاء أو تعديل أو إشهاد اتفاقات أو حقوق مشتركة، يجب أن يكون موضوع تأشيرها على بطاقة كل عقار"، ومجموعة البطاقات العقارية، تشكل ما يعرف بالسجل العقاري، ويعد السجل العقاري بمثابة سجل العقارات المسوحة.

وكل تغيير في حدود وحدة عقارية يكون موضوع إعداد بطاقات عقارية مطابقة، وبعد ترقيم الوحدات الجديدة يؤشر على البطاقة الأصلية والجديدة، وكذا كل تصرف يرد على العقار سواء عيني أصلي أو تبعي، فيجب أن يؤشره على البطاقة العقارية المخصصة.

يعد الشهر العقاري مصدر الحق العيني، إذ أن الحق العيني العقاري لا ينشأ ولا يعدل ولا يزول ولا ينقل إلا إذا أخضع لعملية الشهر العقاري وهذا ما جاء في نص 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"، ولا يمكن الاحتجاج بالحق العيني سواء بين المتعاقدين أطراف مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهاره، وكذا للأحكام والقرارات القضائية المثبتة لهذه التصرفات، يجب إخضاعها للشهر لتتبع الآثار بالنسبة للأطراف المتعاقدة والغير، وهذا ما نصت عليه المادة 72 من المرسوم رقم 76/63: "لا يمكن لأي تعديل الوضعية القانونية لعقار، أن يكون موضوع نقل لمسح الأراضي إذا كان العقد أو القرار القضائي المثبت لهذا التعديل لم يتم إشهاره مسبقا، في مجموعة البطاقات العقارية".

إن عملية الشهر العقاري في نظام الشهر العيني له القوة الثبوتية، مما يعطي السند العقاري القوة مما يمنحه الائتمان بين المتعاملين على العقارات ويسهل تداوله.

إن عملية الشهر العقاري للسندات الخاضعة للشهر تسبقها دراسة قانونية دقيقة، إذا أوجب المشرع المحافظ العقاري بالتدخل لمراقبة مدى استيفاء المحرر المراد شهرها على

الشروط الشكلية والموضوعية وهذا طبقا لنص المادة 105 من المرسوم 76/63: "يحقق المحافظ العقاري بمجرد اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة، بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح".

إن العقارات التي شملتها عملية المسح العام للأراضي غير قابلة للاكتساب بالتقادم المكسب، على أساس أن المسح العام للأراضي يحدد الوضع المادي لأصحاب العقار، وذلك بناء على وثائق المسح ثم تأسيس السجل العقاري.

الشهر العقاري ناقل للملكية العقارية، إذ أخضع المشرع إفراغ كافة التصرفات الواردة على العقار في قالب شكلي وإن كان باطلا.

إن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل بحكم القانون الملكية أو حق عيني، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري، كما نصت عليه المادة 156 من القانون المدني، وقد جاء نص المادة 793 من القانون المدني أنهلا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا إذا روعيت إجراءات الشهر العقاري، وكذا ما جاء في المادتين 15 و16 من الأمر 75/74 على وجوب إخضاع المعاملات العقارية للشهر العقاري حيث ينتج آثاره القانونية.

من خصائص الشهر العقاري العيني إعلام المتعاملين بالعقارات، فكل من يريد التعامل في عقار فعليه أن يعرف ما يثقل به من حقوق، ولذلك ينبغي تسجيل وقيد كافة السندات العقارية بإرادة الشهر العقاري.

أولاً: مزايا الشهر العيني

لنظام الشهر العيني جملة من المزايا يمكن حصرها في النقاط الآتية:

- توفير الحماية التامة والطمأنينة لكل من يتعامل على العقار، فكل ما هو مقيد في السجل العقاري يعبر عنوانا للحقيقة بالنسبة للغير بما يضيفه على هذه القیود والبيانات من الحجية الكاملة.

- يعمل هذا النظام على استقرار الملكية العقارية، وبالتالي تفعيل فكرة الائتمان العقاري على أرض الواقع.
- انتقال الملكية وفق هذا النظام لا تتم إلا بعد التحقق من المحررات المودعة ومدى صحتها وخلوها من أي عيب شكلي أو موضوعي.
- هذا النظام عكس الحالة الحقيقية للعقار المراد التعامل فيه، وبالتالي تفادي الكثير من النزاعات التي يمكن أن تثار في هذا الموضوع مستقبلا.
- يجنب العيوب والأخطار التي قد تنجم عن تشابه الأسماء.
- يصون الحقوق العينية العقارية من خطر اكتسابها مع مرور الزمن بالتقادم.
- يؤدي إلى استقرار الملكية وتوفير الثقة بها، مما يشجع على التعامل في العقارات ويقرر الائتمان العقاري.
- الشهر العيني يستدعي تعيينا دقيقا للعقار من حيث مساحته وحدوده وموقعه، الأمر الذي يسهل على الدولة تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة صحيحة ومتجانسة بما يضمن تنمية اقتصادها.

#### ثانيا : عيوب نظام الشهر العيني

- إن العمل بنظام الشهر العيني يستدعي أولا وقبل كل شيء إعداد مسح عام وشامل لعقارات البلد مع تحديد موقع كل عقار منه، مساحته، بيان حدوده، قوامه، تحديد هوية مالكة وهذا ما يتطلب وقتا طويلا وإمكانيات ضخمة.
- كما أن هذا النظام يتطلب إنشاء بطاقة عقارية لكل عقار على حدة، سواء كان هذا العقار ريفيا أو حضريا، ومجموع هذه البطاقات ما يعرف بالسجل العقاري غير أن إنشاء هذه البطاقات وعملية تنظيمها وجمعها تتطلب ميزانية ضخمة من خزينة الدولة وهذا ما زاد في تأخر تفعيل هذا النظام.

- إلا أنه وعلى الرغم من هذه العراقيل والحواجز التي تعيق تطبيق هذا النظام، نجد العديد من الدول اعتمدته كأساس لعملية الحفظ وحماية الملكية العقارية وذلك نظرا لما يحققه من ثقة وطمأنينة لدى المتعاملين في العقار بصفة عامة<sup>1</sup>.

فضلا عن ذلك فإن المشرع الجزائري في مجال المحافظة العقارية والسجل العقاري اختار النظام العيني لا الشخصي، ومن هنا فإن حلول الشفيع محل المشتري في تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته من حيث البيانات الخاضعة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه، كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى التي خصتها بالذكر المادة 85 من المرسوم 76/63 المذكور سابقا<sup>2</sup>.

#### الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من النظامين

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني وهذا واضح من خلال الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12-11-1975 والمتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، هذا الأمر الذي الشكلية في العقود وضع حيز التطبيق بمقتضى المرسومين 76/62، 76/63 المؤرخين في 25-03-1976 وقد أسندت هذه النصوص بمسك السجل العقاري إلى مصلحة إدارية يشرف عليها محافظ عقاري تابع لإدارة المالية ولم يسند ذلك إلى قاضي عقاري كما هو الشأن في التشريع الألماني<sup>3</sup>.

ونظرا لحالة الغموض التي عرفتها الملكية العقارية بالجزائر إبان الاستعمار الفرنسي والتي لا تزال آثارها موجودة إلى يومنا هذا، كان من الطبيعي وكمرحلة انتقالية أن ينتهج المشرع الجزائري نظام الشهر الشخصي في انتظار عملية مسح الأراضي حتى تتسع دائرة تطبيق نظام الشهر العيني<sup>4</sup>.

1- رامول خالد، المرجع السابق، ص25.

2- حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص15.

3- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة، دار هومة، 2003، ص14.

4- محمدي لخضر وعبوعبد القادر، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، جامعة سعيدة، دفعة 2008-2009، ص28.

وكخلاصة لذلك فإن المشرع الجزائري في حقيقة الأمر قد تبنى نظاما مزدوجا: النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد، والنظام العيني إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العامة أو عقارات حضارية يمكن تعيينها بسهولة وبدقة، زيادة على أنه قد ترك بعض المسائل التي تشكل في القوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني كعدم نصه صراحة على عدم جواز التقادم المكسب في ظل هذا النظام وكذا إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري<sup>1</sup>.

ومن أجل تجسيد نظام الشهر العيني وضمان سلامة نظام الشهر الشخصي في انتظار تعميم عملية مسح الأراضي عبر كامل أقاليم الجمهورية مع الحصر الكلي لجميع الملكيات، وضع المشرع الجزائري قواعد وشروط تهدف إلى تنظيم الحفظ العقاري وتسييره كي يضمن الحماية التامة للملكية العقارية مما يحقق استمراريتها وتسلسلها<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني : قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري

لكي يكون العقد قابلا للإشهار يجب أن يتوفر على شرطين أوليين أو سابقين، وعلى هذا الأساس فقد أوجد المشرع الجزائري قاعدتين لتنظيم الشهر العقاري، وأوجبها في جميع المحررات والوثائق التي تكون خاضعة للشهر العقاري، حتى يضمن المراقبة الشكلية لها ويصبح العقد قابلا للإشهار

الشرط الأول هو أن يحرر العقد في صفة رسمية وهذا ما يعرف بالقاعدة الرسمية، أما الثاني هو أن يكون أصل الملكية السابقة قد أشهر حتى تتفادى نقل ملكية غير الثابت أو أن لا يكون هناك خلل في سلسلة نقل الملكية، وهذا الشرط معروف بقاعدة الأثر النسبي أو قاعدة الشهر المسبق.

### الفرع الأول : قواعد الشهر العقاري

#### أولا : قاعدة الرسمية

1- حركاتي فؤاد، جديد لخضر وزيان البشير، المرجع السابق، ص7.

2- حمدي لخضر وعبوعبد القادر، المرجع السابق، ص31.

القاعدة العامة في التعاقد طبقا للقانون الجزائري في الرضائية لأنه مجرد تطابق الإرادتين ينشأ العقد ما لم يقض القانون بغير ذلك طبقا لنص المادة 59 ق.م.ج " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"<sup>1</sup> وفي مقابل ذلك فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ شكلية العقود في بعض التصرفات مثالها المعاملات الواردة على العقارات، تفرغ هذه المعاملات في شكل رسمي من طرف ضابط عمومي أو موظف مختص أثبت له القانون هذه الصفة، فأصبحت قاعدة الرسمية مشترطة في كل المحررات الخاضعة للحفظ العقاري<sup>1</sup>.

ثانيا : قاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق

حرص المشرع الجزائري في عملية الشهر أو ما يعرف بالحفظ العقاري على ضرورة توافر قاعدة الشهر المسبق لضمان فكرة الائتمان العقاري والاستمرارية في سلسلة نقل الحقوق العقارية حيث نصت المادة 88 فقرة 1 من المرسوم 76/63 على أنه: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89" في المرسوم نفسه.

يظهر جليا من نص هذه المادة 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 سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه. ومن هذا المنطلق تظهر فكرة التسلسل في الملكية العقارية، حيث تنقل الملكية من المتصرف إلى المتصرف إليه بطريقة قانونية واضحة يمكن من خلالها معرفة جميع الملاك السابقين والذين تداولوا على ملكية هذا العقار، ومنه يمكن التصدي لظاهرة التصرفات المزدوجة التي كثيرا ما تحدث في الحياة العملية.

ومن أجل تطبيق مراقبة حسنة على هذه القاعدة منح المشرع الجزائري للمحافظ العقاري سلطة كاملة لمراقبة كل وثيقة تكون محل إيداع على مستوى مصلحته قصد التأكد من احتوائها

1- محمدي لخضر وعبوعبد القادر، المرجع السابق، ص33.

على مراجع الإجراء السابق، وفي حالة غياب هذه البيانات فإن الإيداع يرفض طبقا للمادة 101 فقرة 1 من المرسوم رقم 76/63 المذكور سابقا، وعند قبول الإيداع وتبين بعد ذلك أن مراجع الإشهار الأول متناقضة مع مراجع الإشهار اللاحق فإنه في هذه الحالة يمكن للمحافظ العقاري رفض إجراء الإشهار وذلك لضمان تسلسل الملكية العقارية وتقوية الطابع الإلزامي للشهر العقاري<sup>1</sup>.

إلا أن هناك حالات يتلقى فيها المحافظ العقاري بعض الوثائق التي تستعصي عليه فيها مراقبة الشهر المسبق وذلك باعتبارها أو ل إجراء أو أنها حالات تتطلبها عمليات التحول من نظام الشهر الشخصي إلى العيني، وقصد إيجاد حل لهذه الحالات أورد المشرع الجزائري جملة من الاستثناءات على هذه القاعدة منها ما ورد النص عليها في المرسوم 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ومنها ما ورد في المرسوم 210/80 المؤرخ في يوم 13-09-1980 المعدل بموجب المرسوم رقم 123/93 وهي كالاتي:

الاستثناء الأول: العقود المحررة قبل 01-01-1971 (العقود العرفية)

هذا الاستثناء يهدف مبدئيا إلى السماح بإشهار العقود في محافظة عقارية أو الحقوق الناتجة عن عقود حررت بصفة أكيدة قبل 01-01-1971، ولهذا الغرض نجد أن الكثير من العقود والقرارات القضائية والشهادات التوثيقية مثل شهادة الفريضة المحررة من طرف القضاة، التي لم تكن تخضع إلزاما إلى الإشهار، ومن بين هذه الوثائق يمكن ذكر الأوراق العرفية المسجلة بغية إعطائها تاريخا ثابتا قبل 01-01-1971.

وقبل هذا التاريخ كان الإشهار العقاري اختياريا بالنسبة لعقود القضاة، وبعض القرارات القضائية المتعلقة بالعقارات أو الحقوق العينية العقارية غير المنظمة من طرف القانون المدني الفرنسي، ومن مختلف الأسباب التي أدت بالمشرع إلى تقرير هذا الاستثناء هي أن التاريخ الثابت يفسر أو يثبت عن طريق مصلحة التسجيل الموضوعة على العقود المودعة للإشهار<sup>2</sup>.

1- حمدي باشا عمر وزروقي ليلي، المنازعات العقارية، دار هومة، 2003، ص 221 و222.

2- محمدي لخضر وعبوعبد القادر، المرجع السابق، ص40.

وخلاصة لذلك فإن العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 01-01-1971 اكتسبت صيغتها الرسمية دون اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض إثباتها كما كان الشأن سابقا، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع يتم شهره في المحافظة العقارية المختصة<sup>1</sup>.

الاستثناء الثاني: الإجراء الأول في السجل العقاري (ترقيم العقارات الممسوحة)

عند عمليات مسح الأراضي المحدثة بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 اتضح أن هناك عددا هاما من الوحدات العقارية مشغولة من قبل أطراف بدون أن يكون لأصحابها وثائق رسمية مما يجعلها مجهولة المالك، لذلك فإن المشرع الجزائري يسمح في قانون الشهر العقاري للمحافظين العقاريين بترقيم هذه العقارات باسم الشخص الحائز دون اشتراط توافر قاعدة الشهر المسبق كون هذه العقارات ليس لها أصل ثابت بالمحافظة العقارية، ويتجلى ذلك من نص المادة 89 من المرسوم 76/63.

الاستثناء الثالث: إشهار شهادة اكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب

وذلك سواء كان مكرسا في عقد الشهر طبقا للمرسوم 352/83 الذي يبين إجراءات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، أو حالة اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يكرس اكتساب الملكية بالتقادم، وفي كلتا الحالتين فإن عملية الشهر لا تتطلب من الموثق والقاضي ذكر مراجع أصل الملكية لأن اكتساب الملكية في هذه الحالة يعد كإجراء أول بالنسبة للعقار المراد اكتسابه ثم إعفاؤه من مبدأ الأثر الإضافي للشهر.

الاستثناء الرابع: إشهار عقود الملكية للأراضي المتنازع عنها في إطار عملية استصلاح الأراضي

وهي تتعلق بإشهار عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار عملية استصلاح الأراضي طبقا للقانون رقم 18/83 المؤرخ في 18-08-1983 المتعلق بحياسة الملكية العقارية الفلاحية، يمكن للأفراد الاستفادة من قطع أراضي قصد استصلاحها وتحويلها إلى أراضي

1- حمدي باشا عمر وزروقي ليلي، المرجع السابق، ص 221.

فلاحية، وتمنح لهم عقود استقادة وفقا للنموذج المحدد من طرف وزارة المالية والذي أقره بعد ذلك المرسوم رقم 724/83 المؤرخ في 10-12-1983.

إن شهر هذه العقود يعتبر بمثابة إجراء أو لي لا يتطلب توافر قاعدة الشهر المسبق، وهنا يتجلى الاستثناء الذي أقره المشرع على هذه القاعدة<sup>1</sup>.

الاستثناء الخامس: شهر شهادة الحياة

نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 39 و 40 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، والمرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27-07-1991 الذي يحدد كيفية إعدادها وتسليمها، هذه الشهادة هي مستحدثة من أجل تطهير وضعية العقار في الجزائر وتكريس الملكية، وهذا بالسماح الكل شخص حاز بصفة هادئة وعلنية ومستمرة لا يشوبها انقطاع لمدة سنة كاملة في المناطق التي لم يمسه المسح بعد ولم تحرر عقودها، أن يحصل على سند حيازي يسمى بشهادة الحياة تخضع للتسجيل العقاري والإشهار، كما أنه بموجبها يمكن الحصول على رخصة البناء والحصول على قروض من البنوك من أجل الاستثمار<sup>2</sup>.

الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للشهر العقاري

إن الهدف الأساسي للحفاظ العقاري هو شهر وإعلان التصرفات الخاضعة بالحقوق العقارية سواء كانت حقوقا عينية أصلية أو تبعية، وحتى تلقى الحجية المطلقة والحماية التامة من قبل السلطات العمومية للدولة في حالة وجود نزاع بشأنها، ولتحقيق هذا الهدف كان من الضروري التأكد أن كل المعلومات التي تتضمنها الوثائق الخاضعة للحفاظ العقاري هي معلومات صحيحة وسليمة وتعكس بالفعل واقع التصرف وأطرافه، ولهذه الأسباب سن المشرع الجزائري مجموعة من الشروط القانونية وألزم مراعاتها في كل عملية تحرير رسمية تحت طائلة البطلان، ومنها ما هو متعلق بتعيين العقارات موضوع التصرف من حيث تبيان موقعها، ومساحتها وحدودها.

1- حمدي باشا عمر وزروقي ليلي، المرجع السابق، ص225.

2- رامول خالد، المرجع السابق، ص55.

أولاً : الشروط الخاصة بتعيين الأطراف

حتى يكون المحرر الرسمي سليماً ومقبولاً لدى المحافظة العقارية لا بد أن تتوفر فيه مجموعة من البيانات التي تتعلق بهوية الأطراف والتي ينبغي على محرري العقود التحقق من صحتها والتصديق عليها، مما يضمن قانونية العقد وسلامته وهو ما أكدت عليه المواد 62 إلى 65 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 23-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>1</sup>.

وعليه فيجب على محرري السندات الرسمية المودعة للشهر العقاري تعيين الأطراف تعييناً دقيقاً لكون ذلك يعد شرطاً أساسياً لقبول إيداع الوثائق لدى المحافظة العقارية، وتجدر الإشارة في هذه الحالة أنه ينبغي التمييز بين البيانات الواجبة بالنسبة للأشخاص الطبيعيين، إذ نصت المادة 62 من المرسوم 76/63 السابقة الذكر على أن "كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف..."

أما بالنسبة للشهادات التوثيقية التي تعد بعد الوفاة يجب الإشارة فيها إلى الحالة المدنية للمتوفى والتصديق عليها مع ذكر أسماء وألقاب وموطن وتاريخ الولادة ومهنة كل وارث، وهذه البيانات تعرف في التشريع الجزائري بما يسمى الشرط الشخصي للأطراف وهو ما نصت عليه المادة 65 من المرسوم 76/63 المذكور آنفاً<sup>2</sup>، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فتحرير وتعيين الأشخاص المعنوية يختلف باختلاف شكلها وطبيعتها القانونية، وقد نصت على هذا المادة 63 من المرسوم 76/63 على أن: "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على هوية الشركات والجماعات والنقابات والأشخاص الاعتبارية..."

إضافة لكل ما تقدم فإن المشرع الجزائري أكد على ضرورة التصديق على هذه الهوية، فمن أجل تنفيذ إجراء الشهر بالمحافظة العقارية لمختلف المحررات والعقود، لا بد أن تكون جداول المستخرجات والصورة الأصلية أو أي نسخ أخرى مصادق عليها أو على هوية الأطراف

1- مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 97.

2- رامول خالد، المرجع السابق، ص 57 و 58.

ضمن الشروط المنصوص عليها في المادتين 63 و64 من المرسوم 76/63 التي أشارت إلى الأشخاص المؤهلين للتصديق على هوية الأطراف (موثق، كاتب طبط، قضاة، النيابة العامة).  
ثانيا : الشروط الخاصة بتعيين العقارات

لقد اشترط المشرع الجزائري بموجب الأمر 74/75 سالف الذكر تعيين العقارات تعيينا دقيقا منافيا للجهالة وذلك بتعيين نوعها، مساحتها، حدودها وتبيان مراجع المسح. وهو ما تضمنه المادة 66 من المرسوم 76/63 غير أن عناصر تعيين العقارات تختلف باختلاف موقع العقار المعين ونوعه، وينبغي التمييز ما بين العقار الواقع في بلدية مسها المسح أم لم يمسه.

#### 1 - القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في منطقة ممسوحة

نصت على ذلك المادة 1/66 من المرسوم 76/63 على أن: "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي من مسح الأراضي" فالعناصر التي ينبغي توافرها لتعيين العقارات الواقعة في مناطق ممسوحة تشمل<sup>1</sup>:

- تحديد طبيعة العقار بالنوع، أي إذا ما كان أرض عارية، فلاحية أو غابية.
- تحديد البلدية الواقع بها رقم مخطط مسح الأراضي الذي يعكس التمثيل البياني لإقليم البلدية وكل التفاصيل الأخرى المتعلقة بالمكان المعني إن وجد القسم.
- قسم مخطط المسح وهو يشكل جزء من إقليم البلدية المحدد بطريقة ما يتم نقله على ورقة من مخطط مسح الأراضي.

- تحديد المكان المسمى -ويسمى أيضا بالمكان المعلوم- كما ورد في المادة 2/15 من المرسوم 76/62 المؤرخ في 25-03-1976 والمتعلق بإعداد مسح الأراضي العام يمكن أن يطلق على مجموعة من القطع الأرضية داخل إقليم البلدية، وإذا كانت هذه القطع تقع في منطقة حضرية يمكن استبدال اسم المكان المسمى باسم الحي والشارع.

1- رامول خالد، المرجع السابق، ص 65 و70.

- محتوى وثائق المسح، هي من العناصر الأساسية المعتمد عليها في تعيين العقارات لأنه بواسطته يتم ضبط كل البيانات المتعلقة بالبطاقة العقارية ولهذا الغرض ألزم المشرع محرري العقود والوثائق الخاضعة للشهر بضرورة إرفاق مستخرج بالمحرر المودع لدى المحافظة العقارية<sup>1</sup>.

2- القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في المناطق غير الممسوحة:

وضع المشرع الجزائري أحكاما انتقالية تحدد بموجبها معالم تعيين العقارات الواقعة في المناطق التي لم تمسها عملية المسح بعد، وذلك في العقود والوثائق التي تكون واجبة الشهر بالمحافظة العقارية، وهذه القواعد تختلف ما إذا كان الأمر يتعلق ب:

أ- عقارات ريفية:

في حالة عدم وجود مخطط مسح الأراضي فإن المشرع اشترط أن يكون عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في المحافظة العقارية، وأن يسبق فيه بالنسبة لكل عقار فلاحي نوع العقار، موقعه، محتوياته...<sup>2</sup>

ب- عقارات حضرية غير ممسوحة:

يقصد بالعقارات الحضرية طبقا للمادة 21 من المرسوم 76/63 العقارات المبنية وغير المبنية والمرقمة بصفة نظامية، والواقعة في المناطق السكنية التابعة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن ألفي نسمة.

ومن بين العناصر المتطلبية أيضا لتعيين مثل هذه العقارات نشير إلى ضرورة ذكر اسم البلدية، الشارع الواقعة فيه، الرقم، طبيعة العقار ومساحته.

وبناء على تلك المعلومات، تعد بطاقة عقارية حضرية للعقار المعين مثلما أكدته المادة 27 من المرسوم رقم 76/63 بنصها على ما يأتي: "...تعد بطاقة العقار الحضري حتى في حالة عدم وجود مسح للأراضي وفي هذه الحالة يعين العقار بالاستناد إلى البلدية التي يقع فيها

1- حركاتي فؤاد، جديد لخضر، وزيان البشير، المرجع السابق، ص13.

2- رامول خالد، المرجع السابق، ص69 و70.

والى اسم الشارع والرقم"، كما أن تعيين العقارات المبنية تختلف باختلاف نوع البناية والنظام الذي يخضع إليه كما هو الشأن في نظام العقارات المهنية المشتركة<sup>1</sup>.

### 3- العقارات المبنية بصفة الملكية المشتركة

عملية تعيين العقارات المبنية بصفة مشتركة تخضع إلى طرق وإجراءات خاصة أملتتها الطبيعة القانونية للملكية المشتركة، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري إلى سن قواعد قانونية وإجرائية لتنظيمها، وذلك عملا بالمواد من 66 إلى 71 من المرسوم 76/63 حيث نظم المشرع الملكية المشتركة في المواد من 743 إلى 772 من القانون المدني حيث عرفته المادة 743 ق.م كما يأتي: "الملكية المشتركة هي التي يكون عليها العقار المبنى أو مجموعة العقارات المبنية، والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص تشمل كل وحدة على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة"

بموجب هذا النظام يكون لكل شريك في الملكية الحق في التمتع واستعمال الأجزاء الخاصة التابعة لحصته، بالإضافة إلى حقه في الانتفاع بالأجزاء المشتركة بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين، أو يلحق ضررا بالعقار.

وخلاصة لما تقدم فإنه يتضح لنا بأن القواعد والشروط التي ألزمها المشرع في الوثائق الخاضعة للشهر العقاري كافية لحماية الملكية العقارية إذا ما تم احترامها عند تحرير مختلف السندات المودعة بقصد شهرها.

ولمراقبة ذلك بالشكل اللازم استحدث المشرع الجزائري نظام المحافظة العقارية كأحد الآليات الأساسية في عملية الحفظ العقاري، والتي تباشر بموجبها عمليات المراقبة لجميع المحررات والوثائق التي تكون مودعة بقصد إشهارها وذلك بما يضمن حماية ملكية الأفراد والدولة<sup>2</sup>.

1- محمدي لخضر وعبوعبد القادر، المرجع السابق، ص52.

2- حركاتي فؤاد ، جديد لخضر وزيان البشير، المرجع السابق، ص14.

## المطلب الثالث : التصرفات الواجبة الشهر وآثارها

تقتضي المعاملات العقارية إضافة إلى الكتابة الرسمية ضرورة إجراء الشهر لدى المحافظة العقارية، وذلك وفقا لنص المادة 793 من ق.م التي نصت على أن: "الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا حتى في حق الغير إلا إذا راعينا الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص تلك التي تدعم مصلحة الشهر العقاري"<sup>1</sup>، فضلا عن ذلك نصت المادة 16 من الأمر رقم 74/175 المؤرخ في 11-12-1975 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على ما يأتي: "العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

ويتضح من مضمون كلا النصين أن إجراء العقد في السجل العقاري هو شرط ضروري لنقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى، بعض النظر عن نوع التصرف سواء كان منشئا أو كاشفا أو ناقلا أو معدلا للحق العيني، وسواء كان مصدره عقدا أو حكما قضائيا أو قرارا إداريا.

كما يستوي أن يكون الحق ناشئا عن تصرف قانوني أو عن واقعة مادية، لذلك ينبغي التطرق للتصرفات الواجب شهرا لنقل الملكية وكذا الآثار المترتبة على الشهر العقاري.

## الفرع الأول : التصرفات الواجبة الشهر

نصت المادة 14 من الأمر 75/74 على أنه: "تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ما يلي:

1- جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

1- قرار المحكمة العليا رقم 68 764 المؤرخ في 21-01-1990، المجلة القضائية 1992، العدد 1، ص 86.

2- جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس مجموعة البطاقات العقارية، والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري العمل به وكذلك تسجيلات الرهون أو الامتيازات.

3- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية.

4- وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية<sup>1</sup>.

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المحررات الخاضعة للشهر العقاري هي كثيرة ومتنوعة بتنوع التصرفات سواء كانت صادرة من جانب واحد كالهبة والوقت، أو تضمنت التزامات من جانبيين كالبيع والمبادلة الواردة على حق الملكية، وعليه فإن عدم شهر عقد البيع -المقايضة- أو الهبة المنصبة على عقار لا يرتب إلا التزامات شخصية فتبقى ملكية العقار دائما على ذمة البائع أو الواهب حسب نوع العقد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 21-10-1990 تحت رقم: 68467<sup>2</sup>.

وفيما يتعلق بأحكام القسمة والصلح والحكم المصرح باكتساب الملكية بالتقادم فإنه يتعين شهر هذه الأحكام وذلك وفقا لأحكام المادة 14 من الأمر 75/74، فالعقود المتضمنة قسمة رضائية وكذلك الأحكام القاضية بالقسمة يتعين شهرها إذ لا يكون للعقد ولا للحكم حجة على الغير إلا من يوم الشهر، كما أنه يصبح كل شريك منهم مالكا بالقدر الذي آل إليه بموجب القسمة<sup>3</sup>.

#### الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن التصرفات الواجبة الشهر

ولعل أهم هذه الآثار هو ما يعرف بالآثر الإنشائي للقيد، ومعناه أن الحقوق المشار إليها سابقا لا تنشأ ولا تنتقل ولا تزول سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ القيد، وفي

1- الأمر 75/74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

2- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 21-10-1990 تحت رقم: 68467، المجلة القضائية 1992، العدد 1، ص 86.

3- حركاتي فؤاد، جديد لخضر، وزيان البشير، المرجع السابق، ص 26.

غياب هذا الأخير فإن التصرف لا يترتب إلا التزاما شخصيا بين أطراف العقد، فالقيد في ظل نظام الشهر العيني يؤدي إلى إلغاء مبدأ سلطان الإرادة إذ أن الأطراف الحاملين للمحركات الناقلة للملكية العقارية ملزمون قانونا بشهرها حتى تحدث أثرها العيني<sup>1</sup> ولا يخضع الأمر لإرادتهم، فالقيد هو المنشئ للحقوق وهو الذي يزيلها ويعدلها، ومن النتائج المترتبة على هذا المبدأ:

- إعلام الغير بكل التصرفات الواردة على العقار، ونفاذها في مواجهة الغير<sup>2</sup>.
- إذا لم يقيد العقار باسم المشتري، فإن هذا الأخير لا يعتبر مالكا ولا يكسب أي حق من الحقوق المتفرعة عن الملكية، فلا يجوز له التصرف في العقار ولا استمراره بقبض فوائده.
- في حالة هلاك العقار قبل قيد عقد البيع، فإن تبعات الهلاك تكون على البائع ويبقى ملتزما بمنح التعويض وضمان العيوب الخفية مادام لم يسجل ولم يشهر العقد<sup>3</sup>.

طبقا لنص المادة 15 من الأمر 75/74 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، وبذلك يكون هذا النص قد اقتصر في استثناءاته على الوفاة، التي يعتد بها وحدها لإعمال الأثر الرجعي لنشوء حقوق الورثة في الملكية عند أي قيد لاحق.

1- تجدر الإشارة إلى أنه ثار خلاف قضائي وفقهي حاد قبل سنة 2003 حول ضرورة شهر عقد الوعد بالبيع، فذهب اتجاه إلى عدم ضرورة ذلك لاعتبار أن التصرف لا يؤثر على المركز القانوني للعين من جهة، ومن جهة أخرى اعتبار إمكانية الرجوع قبل حلول التاريخ المحدد للإبرام عقد البيع، وذهب الاتجاه الغالب إلى إخضاع الوعد بالبيع إلى ذات أحكام عقد البيع لكونه ينصب على عقار، وهو ما كرسه مجلس الدولة بقراره رقم 004983 في تاريخ 2002/07/15، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 155 إذ اعتبر أن الوعد بالبيع إذا لم يراع الشهر فلا يحتج به في مواجهة الغير، وهو الموقف الذي اتخذته المشروع بقانون المالية لسنة 2004.

2- أما فيما يتعلق بمصير الدعاوى غير المشهورة فإن مجلس الدولة بقراره رقم 2160 المؤرخ في 08-10-2001 رتب عدم قبول الدعاوى الدائرة حول حقول كانت مشهورة، ورغم ذلك استتنتت الغرفة العقارية للمحكمة العليا من هذا الشرط العرائض الافتتاحية الدائرة حول العقارات المتواجدة بالأماكن التي لم تكن خاضعة للمسح.

3- الأمر رقم 75/74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

أما بالنسبة للتصرفات الإدارية كالوقف والوصية فإنه يتعين الشهر فيها حتى تنتقل الملكية العقارية، وهنا ينبغي الوقوف على مسألة كانت محل جدال تتعلق بالوصية، فإن حق الملكية والحقوق العينية الأخرى التي تكتسب عن طريقها مبدئياً لا يجب شهرها في البطاقات العقارية وفقاً للقانون الجزائري، وذلك لانعدام نص خاص في القانون المدني، لكنه من مصلحة الموصى له شهر هذا التصرف حتى يكون حجة على الكافة، كما أن تحقيق استمرار المعاملات يستلزم أن يكون الموصى له على بينة من مدى صيرورة الشيء الموصى به خالصاً من عدمه.

غير أنه ينبغي الإشارة أنه إذا أراد الموصى له التصرف في العقار الذي انتقلت ملكيته إليه عن طريق الوصية فإنه يجب عليه إجراء القيد، ويستصدر الموصى له في هذه الحالة شهادة رسمية تسمى الشهادة التوثيقية تثبت انتقال هذا الحق وأنه تم قيده في مجموعة البطاقات العقارية، ويتعين عليه استخراجها في أجل 06 أشهر من الوفاة وإلا اعتبر مسؤولاً مدنياً إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإضرار بالغير، كما أن المشرع اشترط إشهار جميع العقود والقرارات الإدارية المنصبة على نفس الحقوق لنقل الملكية، وأكد على ذلك في قوانين خاصة - كالقانون المتعلق بالتنازل على أملاك الدولة في المادتين 29 و 30 منه<sup>1</sup> -.

أما بالنسبة للقرارات والأحكام القضائية النهائية التي تكرر الحقوق العينية العقارية أو تقر أو تعدل هذه الحقوق أو تكشف عنها، فإنه يتعين شهرها وذلك لكونها إما سندات للملكية بحكم القانون كالحكم بثبوت الشفعة طبقاً للمادة 803 من القانون المدني الذي يعتبره سندا لملكية الشفعة<sup>2</sup>، وعموماً فإن القرارات القضائية النهائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية حيث لم يفرق المشرع الجزائري بينها وبين سائر التصرفات القانونية باعتبارها سندات ملكية، فقد ألزم المشرع الجزائري الموثقين والموظفين وكتاب أمناء الضبط، كل في حدود تخصصه

1- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 30.

2- المادة 803 ق.م: "يعتبر الحكم الذي يصدر نهائياً لثبوت الشفعة سندا لملكية الشفعة وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري."

بإجراء شهرها ضمن الآجال التي حددها المادة 90 من المرسوم رقم 76/63 المطبق لقانون الشهر.

### المبحث الثالث: آثار انتقال الملكية العقارية

لقد بات الحديث عن الائتمان العقاري الذي توفره عملية الشهر العقاري من أهم الآثار وأخطرها على الإطلاق، فالتصرفات المشهورة وفقا لنظام الشهر العيني قد تتحصن من كل الطعون وتصبح في مأمن منها وتكتسب بموجب ذلك حجية غير مسبوقه، فإعادة النظر في تلك الحقوق غير جائز، ليتدعى الأمر إلى صيرورة الحقوق الباطلة صحيحة وهي كذلك لا تقبل أي طعن إلا بالطعن فيها بالتزوير.

ويعتبر الشهر في ظل نظام الشهر العيني مصدرا للحقوق العقارية، إذ لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا من تاريخ شهرها، فلا تنتج عن التصرفات العقارية التي لم تشهر سوى التزامات شخصية بين أطراف العقد، متى استوفى هذا الأخير الشكلية المطلوبة لانعقاده<sup>1</sup>. كذلك فإن الحقوق العقارية وبعد شهرها تنتقل إلى أصحابها خالية من العيوب مهما كان مصدرها، نتيجة القوة الثبوتية لنظام الشهر العيني.

#### المطلب الأول: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين

إن التصرف القانوني الجاري على عقار لا يرتب أثره العيني فيما بين أطراف التصرف ولا بالنسبة للغير، إلا من يوم تمام إجراء الشهر، ولا يترد أثره إلى تاريخ إبرام التصرف، فالشهر العقاري يهدف بالدرجة الأولى إلى إعلام الغير بالتصرف القانوني الجاري على العقار، حتى يكون على بينة واطلاع كامل بالحالة القانونية لهذا العقار.

يعتبر موضوع حجية الشهر العقاري من أهم الفروع التي نتطرق إليها من خلال دراستنا وذلك بالنظر للأهمية التي يضيفها الشهر على التصرف القانوني بحيث أن تخلف الأطراف عن القيام به يؤدي إلى نتائج تعاكس الحجية وذلك بفقدان التصرف أو المحرر غير المشهر كل حجيته ويقصد بحجية الشهر العقاري قيمته كوسيلة للإثبات، وضمان الحقوق المشهورة سواء فيما بين أطراف المحرر المشهر أو في مواجهة الغير.

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

ويقصد بأطراف المحرر طرفا العقد اللذان أبرماه باسميهما ولحسابهما، وقد يباشر المتعاقد عملية التعاقد بنفسه أو بواسطة شخص آخر يكون وكيلًا أو نائبًا عنه، وهذا الوكيل أو النائب لا يعد طرفًا في العقد بل هو أجنبي عنه، وما ينشئه العقد من حقوق وواجبات تضاف إلى ذمة الأصل. ويبقى الشخص الذي لم يكن طرفًا في العقد أجنبيًا ولا يتحمل أي التزام بموجب العقد ولو كانت له علاقة بالمعقود عليه<sup>1</sup>.

#### الفرع الأول: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين قبل الشهر

ولما كان انتقال الحق العيني أو نشوؤه أو تغييره أو زواله من أهم الآثار المترتبة على الشهر، فإن وجودها لا يتحقق إلا من تمامه، أما قبل ذلك أي خلال الفترة الممتدة من تاريخ إبرام التصرف إلى الساعة السابقة على الشهر، فإن الحق العيني يظل على الحالة التي كان عليها قبل إبرام التصرف القانوني، أي أن ملكية العقار موضوع التصرف لا تنتقل إلى المتصرف إليه، بل يبقى العقار مملوكًا للمتصرف الذي يتمتع بكافة مزايا ملكيته، من تصرف واستغلال واستعمال، كما يترتب عليه تحمل كافة التكاليف المتعلقة بالعقار<sup>2</sup>، وهذا ما يخول لدائن المتصرف الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على عقار مدينه أي المتصرف في حين لا يحق لدائن المتصرف إليه مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار، باعتبار أن المتصرف إليه أي المدين لم يعد مالكا للعقار بعد<sup>3</sup>.

فالعقد الذي محله عقار و مبرم بين طرفين ولم يتم شهره بعد، يرتب جميع الآثار القانونية متى استوفى جميع أركان العقد العامة من رضا و محل و سبب، إضافة إلى إفراغه في الشكل القانوني استنادا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، إلا الأثر العيني الذي لا يترتب على العقد إلا بعد شهره، فعقد البيع غير المشهر مثلا يرتب في ذمة المشتري الالتزام بدفع ثمن العقار المبيع، وفي مقابل ذلك يرتب في ذمة البائع حقا شخصيا، إذ يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، ويبقى هذا الالتزام من أهم الالتزامات التي تقع على عاتق البائع إذ لا تظهر

1- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 426.

2- محمد خيري، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، دار النشر والمعرفة، ط2، 1990.

3- خالد رامول، المرجع السابق، ص 111.

أهمية الالتزامات الأخرى إلا إذا تم انتقال حق الملكية بواسطة عملية الشهر<sup>1</sup>، وهنا يصبح المشتري وحده صاحب الصفة في كل ما يتعلق بهذا العقار، وكل التصرفات الصادرة من البائع بعد ذلك تعد عديمة الأثر، لأنها من قبيل التصرفات في ملك الغير.

الفرع الثاني: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين بعد الشهر

يظهر من خلال المواد 16 و17 من الأمر 75-74<sup>2</sup> أن المشرع الجزائري جعل من الحق والتصرف المشهر حجة على طرفي العلاقة، ذلك أنه لا وجود لهذا الحق ولا أثر للتصرف في إنشاء الحق العيني العقاري بين أطرافه إلا من تاريخ شهر التصرف مصدر الحق، وأنه ابتداء من لحظة شهره فإن الحق يعتبر موجودا و يحوز حجية بين أطرافه.

كما نصت المادة 793 من ق.م على أنه: (لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار)، وبالتالي يمكن القول أن الشهر العقاري هو من ينشئ الحق العيني العقاري وينقله إلى المتصرف إليه فور تنفيذ إجراء الشهر العقاري بحيث يصبح هو صاحب الحق الجديد، في حين تغل يد المتصرف الثاني في التصرف في الحق من جديد.

غير أن هذا الموضوع يستلزم منا أن نتعرض إلى ما إذا كانت هذه الحجية مطلقة ودائمة أم أنها حجية مؤقتة ونسبية قابلة للإلغاء ومعرضة للزوال، لذا فإن تقدير هذه الحجية يتوقف ببساطة على معرفة ما إذا كان الشهر يؤدي إلى تطهير التصرف المشهر من العيوب أو لا.

1- محمد خيري، المرجع السابق، ص491.

2- المادة 16 من الأمر 74-75 تنص على: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية" وتنص المادة 17 من الأمر نفسه على: "أن الإجراءات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها ذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر 71-73..."

وبالنسبة للتشريع الجزائري فهو من بين التشريعات التي لا تأخذ بالأثر المطهر للشهر بالرغم من رغبته ومحاولاته في اتباع هذا النظام وذلك من خلال صدور الأمر 74-75 والمرسومين 62-76 و 63-76 فإنه يمكن القول أن الشهر العقاري في القانون الجزائري لا يعطي للتصرف المشهر سوى حجية نسبية بالنسبة للمتعاقدين، بحيث تبقى تلك الحجية منتجة لآثارها المانعة ضد المنازعات والإنكار وتكرار التصرف من جديد طالما مازال التصرف موجودا و صحيحا، و تزول تلك الحجية بزوال ذلك التصرف، هذا ما نلتمسه من خلال المادة 85 من المرسوم 63-76 التي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة بكافة صور الدعاوى والتي تنص على (أن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بالفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقص حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها...) إذ تتيح هذه المادة للمتعاقد المتصرف إلغاء أو إبطال أو فسخ التصرف بالدعوى التي يرفعها، وبعد أن يصبح حكمه هذا نهائيا فإن كل آثار التصرف تزول وحتى الحجية التي اكتسبها من الشهر فيما بين الأطراف تزول أيضا، و يعود الحق المشهر إلى صاحبه أيضا و يقوم المحافظ العقاري بمحو آثار الشهر الأول بالتبعية لإيداع الحكم الفاصل في الدعوى.

وعن قيمة التصرفات القانونية غير المشهورة والتي تكون مثلا في حالة تأخر أو إهمال الموثق في إجراء عملية الشهر، أو في حالة رفض شهر التصرف أو رفض الإيداع في انتظار تقديم وثيقة من أحد الأطراف، ففي هذه الحالة يمكن تطبيق القواعد العامة والتي تقضي حسب المادة 107 من ق.م و التي تنص على: (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام)، وأيضا نصت المادة 119 من نفس القانون والتي أكدت على أنه في حالة إخلال أحد الأطراف المتعاقدة في العقود الملزمة لجانبين فإنه يجوز للطرف الآخر أن يطالبه بالتنفيذ العيني أو بالفسخ مع التعويض عن الضرر في

الحالتين<sup>1</sup>. هذا ونصت المادة 361 من ق.م ب. بخصوص التزام البائع بنقل الملكية في عقد البيع حيث أنه إذا كان المبيع منقولاً معيناً بنوعه فعلى البائع إفرازه حتى تنتقل ملكيته، وإذا كان عقاراً فعلى البائع تسهيل عملية شهره<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة الغير

إن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري، هي شهر المعاملات القانونية المتعلقة بكل عقار، لتمكين الغير من الاطلاع عليها والإحاطة بالحالة الحقيقية للعقار، إذا ما شاء إجراء أي اتفاق بشأنه، ولذا أوجب المشرع الجزائري شهر كل ما للعقار من حقوق، وما عليه من أعباء، حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير كما نصت على ذلك المادة 15 من الأمر 75/74 السالف الذكر. ويقصد بالغير في هذا المقام، حسب مبادئ القانون العامة، كل شخص لم يكن طرفاً في التصرف القانوني، وفي مجال الشهر العقاري يعتبر من الغير، كل شخص لم يكن طرفاً في العقد غير المشهر وله مصلحة في استبعاد تنفيذ هذا العقد. بالاستناد إلى حق عيني مترتب له على العقار، أو إلى أي سبب آخر مشروع<sup>3</sup>. وتطبيقاً لهذا المعنى يعتبر من الغير، الخلف الخاص و الدائن العادي الذي يحق له التذرع بعدد شهر العقد الذي أجراه المدين، وكذا جماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار، أما الورثة أو الموصي لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير، إذ أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات الذي أجراها هذا الأخير<sup>4</sup>.

### الفرع الأول: الخلف العام

يقصد بالخلف العام من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها، باعتبارها مجموعة أموال ويكون الخلف العام إما الوارث للتركة أو الموصي له بجزء منها ولا تلحق هذه

1- تنص المادة 119 من ق.م ب. على: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر

بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك"

2- تنص المادة 361 من ق.م ب. على: "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يتمتع عن كل

عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً"

3- حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص402.

4- محمد خيري، المرجع السابق، ص521.

الصفة بالشخص إلا في حالة وفاة السلف فقط<sup>1</sup>. والخلف العام كالوارث يعتبر متمما لشخص من يخلفه وحالا محله في ما له وما عليه، ولكن مع مراعاة حق الوارث في عدم قبول الإرث وفي كونه لا يلزم بدين مورثه منابة<sup>2</sup>.

والقاعدة بالنسبة للخلف العام أن أثر العقد ينصرف إليه سواء من حيث ما يقرره من حقوق أو ما يوجبه من التزامات وذلك على أساس أن الوارث يعتبر امتداد لشخصية مورثه<sup>3</sup>.

وبعبارة أخرى فإن الحقوق التي يكتسبها الخلف العام، والواجبات التي يتحملها ليست له ولا عليه من حيث الأصل، و إنما تلقاها لكونه حل محل السلف ويلزم الخلف بالعقد لأن السلف كان ملزما به، ولقد استلهم المشرع هذا الحكم من القانون الفرنسي الذي يرى أن الخلف يخلف السلف في ذمته المالية، فيكمل شخصيته فيما يتعلق بالمعاملات المالية مع الغير<sup>4</sup>.

ونصت المادة 108 من القانون المدني على أنه : "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف ما لم يتبين من طبيعة التعاقد، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".

وكما أشرنا سابقا إلى أن الورثة أو الموصى لهم بوجه عام لا يعتبرون في الأصل من الغير، إذ أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات التي أجزاها هذا الأخير، و يلزمون بالتالي بتنفيذ التصرفات الصادرة عنه بما لا يتجاوز قيمة الحصة التي آلت إليهم، فإذا باع مورثهم عقارا ولم يشهر هذا البيع، فإنهم ملزمون بإجراء هذا الشهر بعد أن حلوا محل مورثهم في ملكية العقار المبيع، إلا أن الأمر يختلف إذا كان المورث قد أجرى تصرف بالتركة عن طريق الوصية أو الهبة بأكثر من النصاب الشرعي أو القانوني الذي يحق له التصرف به، ففي هذه

1- السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 242

2- محمد الزين، النظرية العامة لالتزامات العقد، ط2، مجلة الالتزامات والعقود، تونس، 1997، ص 333.

3- فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص 138.

4- علي فيلاي، المرجع السابق، ص 401.

الحالة لا تسري تصرفات المورث على الورثة، الذين يعتبرون من الغير في ما زاد عن النصاب المذكور.

#### الفرع الثاني: الخلف الخاص

الخلف هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء محدد أو في ملكية مال معين كالمشترى فهو خلف خاص للبائع والموهوب له خلف خاص للواهب، والمشرع الجزائري لم يعرف الخلف الخاص كما هو الأمر بالنسبة للخلف العام بل اكتفى بالنص عليه في نص المادة 109 من القانون المدني على أنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوق شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"<sup>1</sup>.

كما يعرف الخلف الخاص بأنه كل من ينتقل إليه من السلف حقا معيناً كان قائماً بذمته سواء كانت هذه الحقوق عينية أو شخصية أو معنوية، ومثال الاستخلاف في الحق العيني نجد صاحب حق الانتفاع الذي يعد خلفاً لمن تلقى منه هذا الحق، كما أن كل من يتقرر له حق الارتفاق وحق الرهن يعتبر خلفاً خاصاً مالك الشيء الذي تقرر عليه الحق، كما قد يكون الخلف الخاص من تلقى حقا شخصياً من سلفه كما في الحوالة، حيث يعتبر المحال إليه خلف خاص يخلف المحيل في حق شخصي هو المحال به<sup>2</sup>.

فالخلف الخاص و الدائن العادي يحق له التذرع بعدم شهر العقد الذي أجراه المدين، وكذا جماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار، ذلك أن الدائن العادي يعلم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين غير المشهر في حقه، لأجل استيفاء هذا العقار في ذمة

1- فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 139.

2- منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة بومرداس، 2015، ص 28.

مدينه، والتنفيذ عليه بطريقة الحجز العقاري والذي بعد شهره، يكتسب بموجبه الدائن الحاجز حقا عينيا على العقار موضوع الحجز<sup>1</sup>.

و في هذا السياق نصت المادة 801 من القانون المدني على أن التصريح بالرغبة في الشفعة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا وهذا لإعلام الغير بأن العقار مشفوع ويمكن إبطال أي بيع لغير الشفيع، كذلك بالنسبة لأمر الحجز العقاري فإن المشرع أوجب إشهاره لترتيب آثار منع التصرف وتقييد سلطة المالك أو الحاجز في استغلاله، وتسري هذه الآثار من يوم الشهر ولا يكون التصرف نافذا في مواجهة الحائز أو الراسي عليه المزاد سواء تعلق الأمر بالإيجار أو البيع أو قبض الإيرادات والأجور، ونصت المادة 897 من ق.م على عدم نفاذ الحوالات والمخالصات بالأجرة إذا كانت تزيد عن 3 سنوات في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، ففي كل هذه الحالات التصرف صحيح بين المتعاقدين ولكن لا تسري آثاره في حق الغير إذا كان هذا الغير حقه محمي بالشهر.

1- محمد خيري، المرجع السابق، ص 521.

## الخاتمة:

في الأخير يمكن القول أن هذه الانشغالات الجديدة وراء تراجع الرضائية وظهور صور جديدة ومختلفة للشكلية، إذ يقتضي الغرض المراد تحقيقه إفراغ العقد في شكل معين وهذه هي الشكلية المباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على عدم توافرها انعدام التصرف القانوني وللشكلية المباشرة صورتان: الكتابة الرسمية والكتابة العرفية، فالمحرر الرسمي هو العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه، فإذا توافرت في المحرر الرسمي هذه الشروط أصبحت له ذاتية في الإثبات حيث يطلب ممن ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانه وليس له طريقة لهذا الإدعاء إلا الطعن بالتزوير سواء كانت هذه الحجية بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير.

غير أنه تجدر الإشارة إلى أن هناك استثناءات على الكتابة الرسمية، فرغم النص على هذه الرسمية إلا أن الأفراد بقوا يتعاملون بالعقود العرفية لسهولة وسهولتها وقلة تكلفتها، كما أن الاجتهاد القضائي في الجزائر عرف مواقف متباينة تجاه الشكلية الرسمية.

أما فيما يخص العقد العرفي فهو عقد يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير، وحتى يكون العقد العرفي صحيحاً وله حجية بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير يستلزم توفر شرطين: ضرورة أن يكون مكتوباً بخط المتعاقد الذي ينسب إليه وأن يكون موقعاً، كما تترتب هذه العقود العرفية آثاراً فالعقد العرفي الباطل بطلانا مطلقاً يترتب عدة آثار شخصية تصل في بعض الأحيان إلى اكتساب حقوق عينية عقارية.

كما قد يكفي المشرع بفرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرفات القانونية وهذا ما يسمى بالشكلية غير المباشرة، وسميت بذلك لأنها لا تتصل مباشرة بالعقد فهي لا تؤثر

مبدئياً على صحة العقد ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه في مواجهة الغير، وهي قواعد الشهر وقواعد الإثبات.

فالشهر العقاري هو عمل يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقار بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها ولإظهار وجودها، بحيث لا تنتقل الملكية العقارية إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري.

لكن الدول لم تسلك في تحقيق هذا الغرض سبيلاً واحداً فهناك من تبنت نظام الشهر الشخصي وأخرى نظام الشهر العيني؛ أما المشرع الجزائري فقد أخذ بنظام الشهر العيني وهذا واضح من الأمر 75/74، غير أنه في حقيقة الأمر فإن المشرع الجزائري قد تبنى نظاماً مزدوجاً، النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد، والعيني إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العام أو العقارات الحضرية.

كما يخضع الشهر العقاري لقواعد وشروط، فكل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي وهذا ما يسمى بقاعدة الرسمية، أما بالنسبة للشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للشهر العقاري، فهناك شروط خاصة بين الأطراف وشروط خاصة بتعيين العقارات.

بناء على ما سبق، ينبغي التمييز في هذا الصدد، بين كل من الشكل وشهر التصرف، فالشكل (la forme) والذي يعد ركناً في التصرف القانوني الذي يستلزمه القانون، بحيث إذا تخلف هذا الركن كان التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، فالشكل إذاً عنصر العناصر المكونة للتصرف القانوني في بعض الحالات.

أما شهر التصرف (la publicité de l'acte) فهو إجراء يتطلبه القانون أساساً بغية إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم، فضلاً عن ذلك يرتب المشرع الجزائري الأثر العيني وهو نقل الملكية في العقارات أو الحقوق العينية الأخرى سواء فيما بين المتعاقدين

أو بالنسبة للغير، وبذلك فالشهر ليس ركنا في التصرف القانوني، فهذا الأخير يعتبر قائما وصحيحا ومنتجا لآثاره فيما بين المتعاقدين، ما عدا الأثر العيني ولو لم يحصل شهره.

تختلف طريقة شهر التصرفات العقارية باختلاف ما إذا كان موضوعها هو حق عيني أصلي أو حق عيني تبعي، فالتصرفات التي ترد على الحقوق العينية الأصلية، وعلى رأسها حق الملكية، حق الانتفاع، حق الارتفاق، حق الاستعمال تشهر بالتسجيل (la transcription) أي بنقل التصرف بأكمله إلى السجل حتى يتيسر لكل ذي مصلحة معرفة جميع ما ورد على التصرف<sup>1</sup>.

أما الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والحيازي وحق التخصيص وحقوق الامتياز فتشهر بالقيّد<sup>2</sup> (l'inscription) أي بنقل ملخص التصرف، وذلك بتدوين مبلغ الدين وتعيين العقار المثقل بإحدى الحقوق العينية التبعية واسم الدائن والمدين.

فضلا عن ذلك هناك وسيلة ثالثة للشهر وهي التأشير الهامشي بالنسبة للدعاوى القضائية العقارية<sup>3</sup> التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي يتضمنه المحرر المشهر بالمحافظة العقارية، ومثل هذه الدعاوى لا تكون مقبولة ولا يمكن الاحتجاج بالحكم الصادر فيها ضد الغير الذي كسب حقا ثم شهره، قبل شهر الدعوى ذاتها<sup>4</sup>.

ويتم إثبات هذا الإشهار أمام القضاء بوسيلتين هما:

- إما بموجب شهادة تسلم من قبل المحافظ العقاري المتواجد بدائرة اختصاصه العقار المتنازع عليه.

- أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار<sup>5</sup>.

1- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص122.

2- المادة 904 و966 من القانون المدني.

3- يلاحظ من خلال الممارسة القضائية قيام بعض المتقاضين بإدخال المحافظ العقاري في الخصومة العقارية بدلا من إشهار الدعوى القضائية، وهذا يعد فهما خاطئا للمادة 86 من المرسوم 76/63 المذكور أعلاه.

4- طبقا لنص المادة 85 من المرسوم 76/63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

5- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص123.

## قائمة المصادر والمراجع

### 1. النصوص القانونية: (حسب التسلسل التاريخي)

- قانون التوثيق القديم الصادر في 15-12-1970 بمقتضى الأمر 91/70 والذي بدأ العمل به في 01-01-1971 والملغى بموجب القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12-07-1988 يتضمن تنظيم التوثيق، والذي بدأ العمل به في 01-01-1990.

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.  
- الأمر 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري

- القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

### 2. المراجع: (حسب الترتيب الهجائي)

- إدريس فاضلي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.

- أحمد ميدي، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، ط1، دار هومة، الجزائر، 2005.

- حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية " بيروت ".

- حمدي باشا عمر القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة، دار هومة، 2003.

- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات والأحكام، دار هومة، 2001.

- حمدي باشا عمر وزروقي ليلي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2003.

- رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري، قصر الكتاب " البلدية "، 2001.

- السيد محمد السيد عمران، الأسس العامة في القانون، المدخل إلى القانون، نظرية الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية في التشريع الجزائري، الطبعة الأولى، 2003.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج2، دار إحياء التراث، بيروت لبنان.
- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، 2006.
- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2005.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2003.
- محمد الزين، النظرية العامة للالتزامات العقد، ط2، مجلة الالتزامات والعقود، تونس، 1997.
- محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.
- محمد خيرى، الملكية ونظام التحفيظ العقاري في المغرب، دار النشر والمعرفة، ط2، 1990.
- محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، 1991.
- ناصر مراد، فعالية النظام الضريبي بين النظرية والتطبيق، دار هومة، الجزائر، 2013.
- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، ط2، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988.
- 3. المذكرات:**
- بن نعوم فوزية، موقفي أمينة ورالمي أحمد، الإشهار العقاري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، معهد الحقوق معسكر، 2002-2003.

- حركاتي فؤاد، جديد لخضر وزيان البشير، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدة، 2008-2009.
- سنوسي فضيلة ومهداوي المولات، الشكلية في عقد البيع، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدة، الدفعة 2008-2009.
- عويطي فريد، عشوري عبد العزيز، الشكلية في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاة، الدفعة 16، سنة 2007-2008.
- قان أمين، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في الحقوق، اختصاص قانون الأعمال المقارن، جامعة وهران، 2011/2012.
- محمدي لخضر وعبو عبد القادر، شهر التصرفات العقارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدة، 2008 و 2009.
- منصوري ليندة، القوة الملزمة للعقد من حيث الأشخاص في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة بومرداس، 2015.
- 4. الاجتهادات القضائية : (حسب التسلسل التاريخي)**
- قرار المحكمة العليا رقم 51410 المؤرخ بتاريخ 11-11-1978، راجع بلحاج العربي النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.
- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 07-12-1987، المجلة القضائية 1990، العدد 4، ص 63.
- قرار المحكمة العليا رقم 53630 المؤرخ في 03-04-1989 المجلة القضائية، ص 145.
- قرار المجلس الأعلى 27163 المؤرخ في 28-04-1989 نشرة القضاة عدد خاص 1982.
- قرار المحكمة العليا رقم 25016 منشور في الاجتهاد القضائي 1989، ص 49.
- قرار المحكمة العليا رقم 68764 المؤرخ في 21-01-1990، المجلة القضائية 1992، العدد 01، ص 86.

- قرار رقم 73271 المؤرخ في 21-10-1990 المجلة القضائية 1992، العدد 1، ص 14، راجع حمدي باشا القضاء العقاري.
- قرار المحكمة العليا 68467 المؤرخ في 21-10-1990 المجلة القضائية 1992، العدد 1.
- قرار المحكمة العليا (الغرفة المجتمعة) 163156 المؤرخ في 18-02-1997، المجلة القضائية 1997، العدد 1، ص 10، راجع حمدي باشا القضاء العقاري.
- قرار المحكمة العليا رقم 176264 المؤرخ في: 18-11-1998.
- قرار مجلس الدولة رقم 004983 بتاريخ: 15-07-2002، مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص 155.

6	المقدمة:
11	الفصل الأول: الشكلية في التشريع الجزائري
11	المبحث الأول: الكتابة الرسمية
12	المطلب الأول: ماهية الشكلية الرسمية والاستثناءات الواردة عليها
12	الفرع الأول: الرسمية كركن للانعقاد
14	الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على الشكلية الرسمية
16	الفرع الثالث: موقف القضاء من الشكلية الرسمية
17	المطلب الثاني: شروط صحة العقد الرسمي
17	الفرع الأول: صدور المحرر الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة
18	الفرع الثاني: سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار السند الرسمي
19	الفرع الثالث: تحرير السند وفق الأوضاع التي يقرها القانون
20	المبحث الثاني: الكتابة العرفية
20	المطلب الأول: شروط صحة المحرر العرفي
20	الفرع الأول: الكتابة
21	الفرع الثاني: التوقيع
22	المطلب الثاني: أنواع المحررات العرفية وآثارها
22	الفرع الأول: أنواع المحررات العرفية
25	الفرع الثاني: آثار المحررات العرفية
27	الفصل الثاني: إجراءات انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري وآثارها

- 27.....المبحث الأول: الإجراءات السابقة لتحديد العقود و عملية التسجيل
- 27.....المطلب الأول: الإجراءات الأولية لتحديد عقود الملكية العقارية
- 28.....الفرع الأول: مرحلة التفتيش والتحري
- 32.....الفرع الثاني: مرحلة تحديد عقود الملكية العقارية
- 33.....المطلب الثاني: عملية التسجيل
- 33.....الفرع الأول: مرحلة تسجيل العقود بمصلحة الطابع والتسجيل بمديرية الضرائب
- 35.....الفرع الثاني: أهمية عملية التسجيل
- 37.....المبحث الثاني: عملية الشهر العقاري
- 37.....المطلب الأول: أنظمة الشهر العقاري
- 38.....الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي
- 40.....الفرع الثاني: نظام الشهر العيني
- 44.....الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من النظامين
- 45.....المطلب الثاني : قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري
- 45.....الفرع الأول : قواعد الشهر العقاري
- 49.....الفرع الثاني : الشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للشهر العقاري
- 54.....المطلب الثالث : التصرفات الواجبة الشهر وآثارها
- 54.....الفرع الأول : التصرفات الواجبة الشهر
- 55.....الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن التصرفات الواجبة الشهر
- 58.....المبحث الثالث: آثار انتقال الملكية العقارية
- 58.....المطلب الأول: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين

- 59..... الفرع الأول: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين قبل الشهر
- 60..... الفرع الثاني: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة المتعاقدين بعد الشهر
- 62..... المطلب الثاني: حجية انتقال الملكية العقارية في مواجهة الغير
- 62..... الفرع الأول: الخلف العام
- 64..... الفرع الثاني: الخلف الخاص
- 66..... الخاتمة:
- 69..... قائمة المصادر والمراجع

لما كان مجال العقار بالغ الأهمية ونظرا لتأثيره على جميع مجالات الحياة، لجأ المشرع إلى إصدار عدة قوانين وأنظمة تكفل إثبات الملكية العقارية، فأوجب على كل المتعاملين رسمية العقود العقارية، لا بد من مراعاتها عند إبرام أي عقد لأن شرط الرضا وحده غير كاف بل يجب إلى جانب ذلك توافر الأركان والشروط التي حددها القانون، وتشمل كلا من الجانبين الموضوعي والشكلي، هذا الأخير اعتمده المشرع الجزائري كغيره من التشريعات ركنا في بعض التصرفات والمتمثل في العقد الرسمي، الذي نظمه من خلال نصوص القانون المدني وحدد شروطه وأعطاه حجية في مواجهة المتعاقدين والغير أكبر من تلك التي خص بها العقد العرفي بصيغته الورقية والإلكترونية، إلا أن هذا الشكل هو الآخر غير كاف في بعض التصرفات، حيث ألزم المشرع نوعا آخر من الشكليات تلحق بالعقد بعد تمام إجراءات تحريره تتمثل في عمليتي التسجيل والشهر العقاري، وهذا من أجل إعلان الغير وحماية حقه في العلم بالتصرف الجاري على العقار، واستيفاء حقوق الخزينة العامة على هذه المعاملات، الأمر الذي يمكن الدولة من إحكام رقابتها على السوق العقارية ومنع المضاربة غير الشرعية التي تؤدي إلى الفوضى في المعاملات، وتجعل من انتقال العقار مشكلة تسبب نزاعات الأشخاص وعدم احترام الإجراءات القانونية للتهرب من الرسوم التي من شأنها أن تعود بفائدة مالية كبيرة على الخزينة العامة.

الكلمات المفتاحية:

الشكلية، العقد الرسمي، المحرر العرفي، الملكية العقارية، الشهر العقاري

### The Summary:

Since the field of real estate is very important and due to its impact on all areas of life, the legislator resorted to issuing several laws and regulations that guarantee proof of real estate ownership, so all dealers have to formalize real estate contracts, which must be taken into account when concluding any contract because the condition of consent alone is not sufficient, rather it must be combined with This is the availability of the pillars and conditions set by the law, and it includes both the substantive and formal aspects, the latter adopted by the Algerian legislator, like other legislation, has a pillar in some actions represented in the official contract, which he organized through the provisions of the civil law and defined its conditions and gave it authority in the face of contractors and others greater than those The customary contract was singled out in its paper and electronic form, but this form is also insufficient in some actions, as the legislator required another type of formalities to be attached to the contract after completing the procedures for issuing it, represented in the registration and real estate registration processes, and this is in order to announce others and protect their right to knowledge With the ongoing disposal of the real estate, and the fulfillment of the public treasury rights over these transactions, which enables the state to tighten its control over the real estate market and prevent illegal speculation that leads to chaos in the business. And make the transfer of real estate a problem that causes people's disputes and the lack of respect for the legal procedures to evade fees that would have a great financial benefit on the public treasury.