الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية
كلية الحقوق

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر
تخصص: قانون عقاري

بعنوان :

شكليات البيع العقاري في الجزائر

من تقديم الطالبتين :
- مكمش سهام
- بطاش فاطمة

تحت اشراف الدكتور:
علياتي محمد

السنة الجامعية:2013- 2014

إهـــــداء

قال عز وجل :"وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا" .

إلى من تحت قدميها جنة الخلد ، الى من سهرت الليالي تراقب دربي الطويل الى رمز الحنان وميلاد الأمان إلى ملاكي في الحياة، الى من كان دعائها سر نجاحي بسم جراحي الى أغلى الحبايب:*أمي الغالية *حفظها الله

إلى قدوتي ومثالي في الحياة الى مصدر القوة والإرادة ، الذي لم يبخل علي بدعواته ، الى

أعز ما في الوجود إلى من كلله الله بالهيبة والوقار الى من علمني العطاء بدون انتظار إلى من أحمل اسمه بكل افتخار : *والدي الغالي*حفظه الله .

إلى الشموع التي أضاءت مشواري وأدخلت المرح والفرح إلى قلبي

إلى انوار حياتي ومنبع سروري وسندي في الحياة الى من بهم أكبر وعليم أعتمد إخوتي وأخواتي

إلى أعز شخص على قلبي "محمد الأمين"

إلى من كان معي عند دخولي الجامعة ولم يكتب له القدر أن يكون موجودا عند خروجي منها أخي "عمر" رحمه الله

إلى من تقاسمت معها تعبي وجهدي من أجل إنجاز هذا العمل إلى رفيقة دربي" سهام"

إلى كل صديقاتي وأصدقائي و كل من يعرفني ومن نسيه قلمي فلن ينساه قلبي..

فاطمة..

إهـــــداء

قال عز وجل : **" واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا"** .

إلى من أضاء لي درب العلم شموعا ، وعلمني أن الدنيا تؤخذ غلابا إلى الذي كان لي سندا وعونا طيلة حياتي "أبي الغالي "

إلى من يصعب حصر جميلها والجنة تحت أقدامها إلى نور في الدنيا وشفاعتي في الآخرة إلى رمز العطاء " أمي الغالية "

إلى انوار حياتي ومنبعي سروري وسندي في الحياة الى من بهم أكبر وعليهم أعتمد الى شموع مشتعلة تنير ظلمة حياتي الى من بوجودهم أكتسب قوة ومحبة لا حدود لها الى من عرفت معهم معنى الحياة إلى إخوتي عامر، جميلة ، مليكة ، علي .

إلى من ساندني طيلة انجازي لهذا العمل "بـــلال"

إلى من تقاسمت معها هذا العمل ،اختي ورفيقتي " فــاطمة ".

إلى كل أصدقائي وصديقاتي كل من وسعهم قلبي ولم يسعهم قلمي

سـهام..

كلمــة شـــكر

الحمد لله أولا لمن نفتح جفوننا كل صباح لنرى معجزة خلقه وجمال كل شئ صنعه بإبداع ونرفع أيدينا إلى سماءه العالية بصوت لا يسمعه غيره وندعوه بنفس تأمل في رضاءه الدائم

اتوجه بالشكر إلى من أمدنا بنصائحه وتوجيهاته الصائبة والحكيمة التي أنارت لنا الطريق إلى من عرف كيف يرغبنا في العمل بفضل معاملته الحسنة إلى الدكتور المشرف "علياتي محمد" الذي تشرفنا بالعمل تحت رعايته .

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى من ساعدانا في إنجاز هذا العمل "بلال وفيصل"

أيضا نتقدم بالشكر والتقدير إلى كل الأساتذة والإداريين بكلية الحقوق، "جامعة الدكتور يحي فارس". وختاما اتوجه بالشكر إلى كل من ساهم من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل.

مقدمة

اتسمت المعاملات في العصور القديمة بالشكلية و التي عمت كافة جوانب الحياة، فالعقل البدائي كان يميل إلى كل ما هو ملموس و مادي و أي تصرف قانوني يجب أن يصحبه رمز أو إشارة أو حركه لكي يعتبر هذا التصرف صحيحا و منتجا لأثاره.

و يعتبر القانون الروماني المثال الحي الذي يجسد الشكلية في العصور القديمة و ذلك بإتباع إجراءات و طقوس معينة و لم يكن للرضا أي دور قانوني، و قد مرت بعده مراحل:

- ❖ في المرحلة الأولى: اتسمت الشكلية بالصرامة بمعنى احترام الشكل بدقة.
- ❖ أما المرحلة الثانية: بدأ الرومان يلاحظون مساوئ الشكلية الصارمة بعد احتكاكهم بالشعوب خاصة الإغريق، حيث كانت الشكلية لا تساير الواقع الحضاري للرومان خاصة في مجال التجارة، مما أدى إلى التخلي عن بعض الشكليات التي لم تعد صالحة و بدأ الاهتمام بالرضائية.
- ❖ أما المرحلة الأخيرة: فكانت الإمبراطورية الرومانية في أوج تطورها وذلك باتصالها و احتكاكها بالشعوب لاسيما في مجال التجارة، ففي هذه الفترة ظهرت مجموعة من العقود كالعقود العينية و العقود الكتابية التي كانت تتم عن طريق قيدها في سجلات خاصة، ثم ظهور العقود الرضائية المسماة و غير المسماة. وبسقوط الرومان تحت هجمات القبائل الجرمانية و تفككها ظهرت دويلات و أقاليم صغيرة مكونة النظام الإقطاعي فانتشرت الفوضى و عادت الشكلية إلى صورتها البدائية واستعمال الرموز و الطقوس و الأعمال السحرية في المعاملات.

لقد ساهم القانون الكنسي المؤسس على احترام العهود وحلف اليمين في إبراز معالم الرضائية، التي أصبحت تتسع على حساب الشكلية ودورها الهام في مجال المعاملات خاصة بعد ظهور الصناعات وكثرة الاتصالات بين الشعوب، فأصبح لمبدأ الرضائية سند لدى المذهب الاقتصادي الحر والمذهب الفلسفي الطبيعي اللذان يناديان بتحرير الفرد من القيود لأن الأصل في المعاملات هو الحرية فأخدوا بمبدأ الرضا و استبعاد الشكلية بسبب بطئها و تعقيدها أثناء المعاملات. و يرجع السبب في تراجع الشكلية في الشرائع الحديثة إلى عوامل عديدة، اقتصادية، سياسية، اجتماعية، لذا استمر تناقص الشكلية في التصرفات القانونية في القانون الفرنس، فبعد صدور التقنين المدني و نتيجة تطور المجتمع وتغير الرأي العام و رغبة المشرع في تبسيط إجراءات التعامل و إلغاء بعض الأشغال التي لا فائدة منها أصبحت الرضائية هي الأصل أما الشكلية فتعتبر هي الاستثناء.

و في بداية القرن العشرين ظهرت الشكلية في التصرفات القانونية و هذا راجع إلى النتائج السيئة التي خلفها النظام الليبرالي و الأزمات الاقتصادية واستئثار فئة بعوامل الثروة على فئة أخرى.

هذه الأسباب دفعت بالدولة إلى التدخل و تنظيم العلاقات الاجتماعية و الاقتصادية واتخاذ الإجراءات الملائمة لعلاج الوضعية المتدهورة للمجتمع فالدولة تسعى لتنظيم مختلف جوانب العلاقات الاجتماعية والاقتصادية ووضع الوسائل القانونية المناسبة لتسهيل المعاملات العقارية و حسن الرقابة على الملكية العقارية. فالشكلية الحالية أصبح لها دور هادف تستخدم بقصد تحقيق مصالح متنوعة، هذا ما أدى إلى تنوع و تعدد الأشكال نظر لتشعب الأهداف المراد تحقيقها.

أما عن وضعية العقار في الجزائر فعملت فرنسا أثناء احتلالها على إدخال مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية خدمة لمصالحها، ومن القوانين التي أصدرتها القانون المدني الفرنسي الصادر سنة 1804. كذلك الأمر الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1842، حيث كلف وزير الحرب القيام بتنظيم ممارسة الوظائف التوثيقية وبتاريخ 1842/12/30 تقرر تطبيق قانون ventôse في الجزائر تحت غطاء تصحيح الوضعيات غير القانونية بحيث كان هناك ازدواجية التوثيق بمكاتب الموثقين يشرف عليها موثق أو موثق مساعد، يتلقى العقود المحررة باللغة الفرنسية وتخضع لإجراءات التسجيل والإشهار لإضفاء الصبغة الرسمية إضافة إلى محاكم شرعية يقوم بالإشراف عليها قاض شرعي، و العقود المبرمة من طرف هذه المحاكم تنصب عليها العقارات الموجودة في الريف فبمجرد وجودها على يد القاضي تأخذ صفتها الرسمية.

وبعد الاستقلال واصلت الجزائر العمل بالقوانين الفرنسية بموجب القانون رقم 157/62 المؤرخ في 1982/11/31 باستثناء القوانين التي تمس بالسيادة الوطنية حيث قام المشرع بتقييد تصرفات الأفراد بترسانة من القوانين خدمة للمصلحة العامة من بينها الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون التوثيق و بدأ العمل به ابتداء من تاريخ 1971/01/01 بحيث لم يعد الموثق يمارس مهنته باسمه و لحسابه و إنما بصفته موظف عام، و بموجبه تم إلغاء مكاتب الموثقين و المحاكم الشرعية سابقا وأنشئت بدلا منها مكاتب للتوثيق تابعة لوزارة العدل وأسندت لها مهام التوثيق والمحافظة على الأرشيف القديم و تسليم النسخ للأطراف المعنية، حيث أنه لا يسمح ببيع عقار إلا بتوافر الشكلية الرسمية، أي لا بد من إفراغ إرادتي المتعاقدين في قالب شكلي يحدده القانون والدافع لاختيارنا هذا الموضوع كان للسببين التاليين:

ـ الأهمية الكبيرة التي تؤديها الشكلية في التصرفات الواردة على العقار من خلال ما يقدمه الشكل من مزايا هامة تضمن حقوق كل من المتعاقدين والغير.

ـ إبراز دور الشكل في تنظيم المعاملات الواردة على العقار وسعي الدولة للقضاء على النزاعات القائمة بين الأشخاص و المتعلقة بالعقارات المثبتة بعقود عرفية، كون وجود الشكلية يمنع بيع العقارات بهذه العقود لما يسببه العقد الرضائي من مشاكل في مجال البيع والشراء.

وإذا كان المشرع هو الذي يحدد دور الشكل في العقود فلا بد من أن يحدد الجزاء المناسب على عدم مراعاة الشكليات المطلوبة انطلاقا من السياسة التي يتبعها.لهذا ارتأينا دراسة وتوضيح اعتماد وتطبيق الشكلية في البيع العقاري، محاولين الإجابة على الإشكالية التالية: إلى أي مدى نجح المشرع الجزائري في تكييف الشكلية كركن أساسي لازم لقيام البيع العقاري؟

حيث تناولنا موضوعنا هذا في فصلين: الفصل الأول الشكلية في البيع العقاري للانعقاد والإثبات، وفي الفصل الثاني تطبيقات الشكلية وحكم تخلفها في البيع العقاري، متبعين في ذلك المنهج الوصفي التحليلي.

مقدمة الفصل الأول:

كانت العقود في القديم تتصف بالشكلية ثم تطورت إلى أن صار أكثرها رضائيا و القليل منها شكلي، إذ أن الشكلية في العصور القديمة كانت وحدها التي تكون العقد و لذا لا يجوز للمتعاقد أن يطلب إبطال العقد للغلط و الخداع أو الغبن و الإكراه، لأن العقد يستمد صحته من جراء استيفاءه للشكليات المقررة قانونا لا من إرادة المتعاقدين و لكون الشكلية في العصر الحديث تمتاز عن تلك التي كانت موجودة في العصور القديمة فإنها أكثر مرونة و لا تكفي وحدها لقيام العقد حيث لابد من اقترانها بإرادة المتعاقدين. فالشكلية تعتبر ركنا أساسيا في انعقاد البيع المنصب على العقار حيث أنه لا يمكن أن ينعقد العقد بدونها و لا يرتب أي أثر قانوني، فلا يمكن أن يتم بيع عقار بين طرفين إلا بوجود عقد رسمي و تعتبر الرسمية من أقوى التصرفات الشكلية و لها قوة ثبوتية مطلقة، هذا ما تم إيضاحه في الفصل الأول حيث تناولنا الشكلية كآلية لنشوء البيع العقاري، أي الشكلية لانعقاد العقد في المبحث الأول. كما أن قوة السند الرسمي تظهر في صحته و حجيته في الإثبات فما يرد في السند يعتبر صحيحا اتجاه الكافة و من حيث قوته في الإثبات فهو حجية على ما ورد فيه و كافي لإثبات الالتزام دون الحاجة إلى التدعيم بمستند أخر لذلك أسندت مهمة إعداده إلى موظف عام مختص يراعي في ذلك القواعد القانونية الخاصة به وهذا ما سنتطرق إليه في المبحث الثاني من هذا الفصل تحت عنوان الشكلية لإثبات البيع العقاري حيث سنتناول شروط صحة السند الرسمي في إثبات بيع العقار وحجية هذه السندات في إثبات البيع العقاري.

المبحث الأول: الشكلية لانعقاد البيع العقاري:

التطورالحاصل في وظيفة الدولة سببه الأفكار التقدمية التي عرفتها، مما أدى إلى اعتماد الشكلية الرسمية واعتبارها ركن للإنعقاد وإحاطتها بمجموعة من القوانين من أجل مراعاة المصلحة العامة من جهة والمصلحة الخاصة من جهة أخرى.

ويختلف مفهوم الشكلية في القوانين القديمة عنه في القوانين الحديثة وذلك لاختلاف الأهداف والأغراض بينها، فكانت في القديم هي جوهر التصرف القانوني، وقد تحددت مفاهيم الشكلية لدى الفقه لذا نخصص في هذا المبحث مفهوم الشكلية في مطلب أول أما المطلب الثاني فنحدد فيه أنواع الشكلية.

المطلب الأول: مفهوم الشكلية:

تمثل الشكلية ركن في العقود وهو حالة استثنائية حيث أن المشرع أخذ بمبدأ الرضائية كما هو مبين في نص المادة 59 من القانون المدني:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". وفي الحقيقة فإن التخلي عن الشكلية في العقود هو أحد المظاهر اللازمة التي تميز القوانين الحديثة، والسبب في ذلك يرجع إلى اعتبارات حضارية، اقتصادية واجتماعية. [1]

فحضاريا: يقول الفقيه Lussiez" تربط الثيران من قرونها والرجال بأقوالها ".ومن ثم فإن الرضا هو الذي يلزم المتعاقد وليس الشكل.

أما اقتصاديا: فإن التكاثر والتزايد المستمر في المعاملات التجارية يقتضي البساطة والسرعة وقلة التكاليف في إبرام العقود مما يستدعي استبعاد الشكلية.

وأما اجتماعيا: فإن الشكلية التقليدية خطر على الفرد إذ ترتب أحيانا التزاما لم يقصده المتعاقد وتفاديا لمثل هذا الوضع يجب أن يكون المتعاقد عالما كل العلم بماهية الشكلية حتى يحسن استعمالها.

وعلى ذلك نتناول في هذا المطلب تعريف الشكلية في فرع أول ونبين أنواعها في فرع ثاني.

[1] أنظر/زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية، رسالة ماجستير، الجزائر، 1987، ص13.

الفرع الأول: تعريف الشكلية:

يثور الخلاف بين الفقه بشأن الشكلية فهناك تعاريف مختلفة يقول Juni:" إن التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما".

ويرى **robin**:" أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات".[1]

ويقول **bunker** بأن الشكلية:" ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية وتلك التي تخضع لشكليات خاصة، والتصرفات التي تتطلب تعبيرا صريحا عن الإرادة ".[2]

ويميز **محمود زواوي** :" بين التصرف الشكلي الذي يمثل الشكل فيه ركنا جوهريا...والتصرف الذي يتطلب شكليات أو بمعنى آخر التصرف الرضائي الذي يتطلب شكليات ".[3]

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

ويتضح من هذه التعاريف أن للشكلية تعاريف عامة وواسعة، فهي تشمل التصرف الشكلي بالمعنى الحقيقي، أي الذي يعتبر الشكل فيه ركن أساسي لقيام التصرف والشكليات الأخرى التي تؤدي أغراضا مختلفة كشكليات الإثبات، الأشكال الإدارية، والتأهيل...الخ.

فالتصرف الشكلي الحقيقي هو التصرف الذي يعتبر الشكل فيه ركن لابد منه لقيامه، فهو يقابل التصرف الرضائي، وهذا الأخير يحتاج لقيامه توافر الرضا، المحل، السبب، وفي التصرف الشكلي يضاف إليها عنصر رابع وهو الشكل.

والشكلية في التشريعات المعاصرة ليست كما هي في الشرائع القديمة، ففي الشرائع القديمة كانت عبارة عن طقوس ورموز، ورغم اختفاء الشكلية القديمة وانتشار مبدأ الرضائية في إبرام العقود، إلا أن هذا الوضع لم يدم طويلا، لأن الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية كان لها تأثير مباشر

(1) أنظر/ زواوي محمود، المرجع السابق، ص15.
(2) أنظر/ المرجع نفسه، ص31.
(3) أنظر/ المرجع نفسه، ص39.

على القوانين، بحيث جعلها تأخذ بالشكلية الحديثة، استثناءا - عن مبدأ الرضائية - اللازمة للانعقاد وذلك من أجل تحقيق الاستقرار الاجتماعي .

ورغم اختلاف الفقهاء بشأن الشكلية، إلا أنها لم تختفي أبدا ولم تستغني عنها النظم القانونية، في أي مرحلة من مراحل تطور القانون، نظرا لما تحققه من استقرار المعاملات، إلا أن مجال تطبيقها قد تغير من مرحلة إلى أخرى باختلاف الأغراض التي تؤديها.

والشكلية تغيرت وارتبطت بالإرادة بعدما كانت منفصلة عنها، كما أنها في انتعاش مستمر حيث قال الدكتور فتحي عبد الرحيم :" الشكلية الحديثة في حالة انتعاش وازدهار وتزداد مظاهرها في القانون" كما أنه يعارض الرأي القائل بعودة الشكلية، وذلك لأنها لم تمت حتى تولد من جديد.

والفضل يعود إلى التطور القانوني، إضافة إلى العوامل الاجتماعية والاقتصادية، هذا ما دفع بالشكلية إلى التزايد والتنوع، ونجد الدكتور عبد المقصود عيسى قد أعطى لها معنى أوسع، يدخل في نطاق الشكلية كل الإجراءات والأشكال الواجب إتباعها لنفاذ التصرف القانوني، والأشكال المتطلبة للإثبات والشكلية الإدارية، وكل الأشكال التي يحتاج إليها الأفراد في معاملاتهم القانونية. [1]

إذا فالشكلية هي توثيق العقد وذلك بأن يتقدم أطرافه أمام مكتب التوثيق، لإفراغ عقدهم في قالب رسمي أو أمام جهة أخرى منحها القانون صلاحيات تحرير العقود، ومنحها الطابع الرسمي كمدير أملاك الدولة باعتباره موثق الدولة، وتعتبر الرسمية بذلك ركن جوهري في التعاقد يترتب عن تخلفها البطلان المطلق للعقد، وهو ما تشير إليه المادة 324 فقرة 01 من القانون المدني التي نصت على : " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي ".[2]

الفرع الثاني: دوافع اعتماد الشكلية:

ظلت الشكلية منذ القديم مصاحبة للنظام القانوني، مؤدية أدوارا هامة، في ضبط وتنظيم حياة المجتمع، وقد استمر وجودها في الشرائع الحديثة، من أجل تحقيق أغراض شتى، وهذا ما أدى بالمشرع

[1] أنظر/ محمد جمال عطية، عبد المقصود عيسى ، الشكلية القانونية، دراسة قانونية بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الإسلامية، دكتوراه في الحقوق، جامعة الزقازيق، سنة 1993 ص157.
[2] أنظر، الأستاذ/ محمود بوركي، التوثيق والإشهار العقاري، مجلة الموثق، سنة 1998، العدد 06، ص28.

إلى اشتراط شكلية خاصة في بعض التصرفات القانونية الهامة، بقصد تحقيق أغراض مختلفة منها ما يخص المصلحة العامة ومنها ما يخص المصلحة الخاصة.[1]

بالنسبة للمصلحة العامة، أصبح الأمر يتطلب شكلية في العقود وذلك لأن وظيفة الدولة قد تطورت وأصبحت تتكفل بالميدانين الاجتماعي والاقتصادي مما يجعلها تهتم بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد لذلك فالدولة وهي تقوم بتسيير وتوجيه المنظومتين الاجتماعية والاقتصادية، يجب أن تدرج المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الاقتصاديون العموميون والخواص وحتى المواطنون ضمن السياسة الوطنية التي تنتهجها البلاد، فهناك عمليات تحظى بتشجيع الدولة بشتى الوسائل، و أخرى تمنعها منعا باتا لتعارضها مع الاتجاهات العامة السياسية أو الاقتصادية أو الاجتماعية .[2]

فالشكلية تعتبر وسيلة هامة في توجيه الاقتصاد الذي تسعى الدولة إلى تحقيقه، فبواسطتها يمكن مراقبة وتشجيع نوع معين من المعاملات الأخرى التي لا تتوافق وتوجيهات السياسة الاقتصادية للدولة.

إلى جانب ذلك فقد أصبح من الضروري حاليا قيام الدولة بمراقبة كافة العلاقات الاجتماعية وكل التصرفات الهامة التي تقوم بها الأشخاص العامة والخاصة، وبالتحديد المعاملات العقارية، فتؤدي الشكلية في هذا المجال دورا وقائيا، يمكن القاضي في العقد الشكلي من مراقبة مدى مطابقة التصرف للشروط الموضوعية والشكلية المحددة في القانون، حيث يصعب في التصرف الرضائي الكشف عن الشروط المخالفة للنظام العام .[3]

إضافة إلى ذلك توفر الشكلية حماية للمصلحة العامة في العمليات الواردة على العقارات والمحلات التجارية، وعقود الشركات التي تخضع للتسجيل، والمادة 793 من القانون المدني نصت على أنه:" لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أم في حق الغير، إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

---

[1] أنظر/ محمود زواوي، المرجع السابق، ص31.

[2] أنظر،د/علي فيلالي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد ـ، الطبعة الثانية ،مطبعة دار هومة، الجزائر،2001، ص230.

[3] أنظر/ محمود زواوي، المرجع السابق، ص25.

ونصت المادة 58 من قانون التسجيل على أنه:" يجب أن تسجل عقود الموثقين، في أجل شهر ابتداء من تاريخها..."، وكذلك المادة 61 من نفس القانون.[1] والذي يترتب عنه دفع حقوق الخزينة العامة، فالشكل الرسمي المفروض على هذه التصرفات يضمن استيفاء حقوق الخزينة، ومنع التهرب من الضرائب والرسوم المقررة على بيع العقار الأمر الذي كان شائعا قبل صدور الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق، كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية كذلك بعض الضمانات بخصوص الوفاء بالدين.[2]

أما بالنسبة للمصلحة الخاصة فنجد 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 أحيانا. [3] ويقول الفقيه الألماني **hring** i في هذا الشأن:" الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة".

فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد و سلامة رضائه، خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية، حيث يلزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد فيكون على بينة من أمره، وتشجع الكتابة كذلك على الائتمان، إذ تجنب المتعاقد احتمال إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه، وتلعب الشكلية دورا هاما في حماية الغير لأن هذا الأخير يجهل التصرفات القانونية الشفهية وقد يتضرر منها، وبالتالي فالشكلية تمثل أفضل وسيلة لإعلامه.[4]

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

---

[1] أنظر،د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص232.
[2] أنظر/ محمود زواوي، المرجع السابق، ص 31.
[3] أنظر،د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص131.
[4] أنظر، الأستاذة/ يونسي حداد، العقد العرفي والمعاملات العقارية، المجلة القضائية، العدد الأول، سنة1997.

أولا: حظر المعاملات العقارية في الوسط الحضري :

بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق، الذي بدأ سريان تطبيقه في 01 يناير1971 جاءت المادة 12 منه التي أوجبت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق، وكان من المفروض إنهاء العمل بالعقود العرفية في بيع العقار، لكن بسبب القيود التي تحيط بالعقار منها المرسوم 03/62 إذ نصت المادة الأولى منه على أنه:" تمنع جميع عمليات البيع والإيجار ..."."[1] وعليه فإن جميع العقود والاتفاقات الصادرة بعد 01 جويلية 1962 داخل أو خارج الجزائر دون مراعاة هذه الأحكام هي باطلة.

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

وقد استهدف القانون 26-74 المؤرخ في 1974/02/20المتضمن الاحتياطات العقارية في المادة 06 منه توسيع الملكية العامة على حساب الملكية الخاصة في الوسط الحضري، وألزم ملاك الأراضي بالتنازل عنها، لصالح البلديات فقط والتي تقوم بدورها ببيعها للغير ضمن شروط ومقتضيات التخطيط العمراني بحيث تعتبر إجراءات الإدماج ضمن الاحتياطات العقارية قيدا لحرية المعاملات العقارية.[2]

ثانيا حظر المعاملات العقارية في الوسط الفلاحي:

بالرجوع إلى نص المادة 68 من الأمر73/71 المتضمن قانون الثورة الزراعية نجدها تنص على أنه:" تمنع كل نقل للملكية بين الأحياء، طيلة المدة الواقعة ما بين تاريخ نشر هذا الأمر وتاريخ القفل الرسمي لعمليات الثورة الزراعية، سواء كان النقل بعوض أو بدون عوض...، فإنها تقع باطلة بطلانا مطلقا، إذا أبرمها أصحابها"،[3] وبالرجوع إلى المادة الأولى من نفس الأمر التي تنص على أن:" الأرض لمن يخدمها، ولا يملك الحق في الأرض إلا من يخدمها ويستثمرها، ونستهدف من الثورة

[1] أنظر/ المرسوم التنفيذي03/62، المؤرخ في 1962/10/23، المتضمن تنظيم معاملات البيع والإيجار.
[2] أنظر، د/ محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي، سنة2009، ص50.
[3] أنظر/ الأمر73/71 المؤرخ في 1971/11/08، المتضمن قانون الثورة الزراعية.

الزراعية القضاء على استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، وتنظيم الانتفاع من الأرض ووسائل فلاحتها بشكل يتأتى معه تحسين الإنتاج بواسطة تطبيق التقنيات الفعالة وضمان التوزيع العادل في الدخل الفلاحي، وإن الثورة الزراعية تحول بشكل جذري أوضاع المعيشة والعمل في الأرياف ".

وطبقا للمادة 22 من قانون الثورة الزراعية، فإن إلحاق الأراضي الفلاحية الخاصة بالصندوق الوطني للثورة الزراعية، جعلها أملاكا للدولة تخضع لعدم القابلية للبيع والتصرف والتملك بالتقادم .

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

وباحتجاج حاملي العقود العرفية قامت السلطة التنفيذية بالتدخل بواسطة مرسومين من أجل تسوية العقود العرفية الثابتة التاريخ، وبالرغم من أن قاعدة ثبوت التاريخ المنصوص عليها صراحة في نص المادة 328 من القانون المدني، إلا أن المحافظات العقارية لا تعترف إلا بحالة تسجيل العقد العرفي لاعتبار أن له تاريخا ثابتا،[1] وتسليم أصحابها عقود وسندات الملكية.

1- تصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1961/03/01:

بعد الاستقلال ظهرت العديد من العقود العرفية في المعاملات العقارية بسبب عوامل اجتماعية واقتصادية، وقد تمت تسوية هذه الوضعية بموجب مراسيم منها:

- المرسوم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13.

- المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25،المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الذي قام بدوره بتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1961/03/01، وبالرجوع إلى المادة 88 من المرسوم 63/76 التي تنص على أنه: "لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق التصرف أو صاحب الحق الأخير..."، ولقد تم إعفاء حاملي العقود العرفية من الإجراءات الأولية

[1] أنظر،د/ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، طبعة2009، ص19.

الخاصة بالشهر واكتسبت العقود العرفية صيغتها الرسمية.[1] وقد تم توجيه أطراف العقد أمام القضاء لإثبات صحة العقود العرفية، عن طريق أحكام قضائية نتيجة تطبيق هذا المرسوم.

2- تصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971/01/01:

بموجب المرسوم التنفيذي رقم 23/93 المؤرخ في 1993/05/19، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم للمرسوم رقم 63/76 تقرر أن العقود الثابتة التاريخ المحررة قبل 1971/01/01 تكتسب صيغتها الرسمية دون التوجه للقضاء لتثبت صحتها واكتفى بتوجيه الأطراف إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة، وقد نصت المادة 61 من المرسوم 63/76 على أنه:" كل عقد يكون موضوع إشهار بمحافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

وطبقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 212/85 المؤرخ في 1985/08/13، الذي يحدد شروط لتسوية أوضاع الذين يشغلون أراضي عمومية أو خاصة كانت محل عقود عرفية أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها على أنه:" يعد في إطار هذا المرسوم عقد الملكية حسب الشكل الإداري وتسلم رخصة البناء أو رخصة تجزئة الأرض للبناء مع عبارة تسوية الوضعية ".[2]

وتطبيقا للمادة 61 من القانون 91-25 المؤرخ في 1991/12/16 التي تنص على أنه:" يمنع مفتشي التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية للمحلات التجارية أو الصناعية...".

المطلب الثاني: أنواع الشكلية:

إن تعدد واختلاف الأغراض التي تسعى الشكلية لتحقيقها، وتنوع الجزاء المترتب على عدم مراعاتها، أدى إلى إفراغ العقد في شكل معين وتراجع مبدأ الرضائية وظهور صور جديدة ومختلفة للشكلية وهذا ما يعرف بالشكلية المباشرة، وقد يكتفي المشرع بفرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرفات القانونية وهذه هي الشكلية غير المباشرة.[3]

---

[1] أنظر/ عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص22.

[2] أنظر، الأستاذ/ نور الدين رحيمي، موثق النظم الحديثة عن مبدأ انتقال الملكية، مقال، مجلة الموثق، عدد 10، سنة 2000، ص32.

[3] أنظر، د/علي فيلا لي، المرجع السابق، ص232.

وفي هذا المطلب سنتعرض إلى أنواع الشكلية في فرعين، حيث سنخصص الفرع الأول للشكلية المباشرة، ونخصص الفرع الثاني للشكلية غير المباشرة .

الفرع الأول: الشكلية المباشرة:

الشكلية المباشرة هي تلك التي تكون ركن في العقد، والمقصود بالشكلية كركن في العقد هو ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركن من أركانه،[1] إذ لا بد منه لقيام التصرف، وبالتالي يشترط في العقد الشكلي إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ركن رابع هو ركن الشكلية، وتدعى هذه بالشكلية المباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف، وبهذا الشأن يقول محمود زواوي :" هناك تلازم بين الشكل والرضا وتأثير متبادل بينهما فدور الإرادة هو تحديد الآثار الموضوعية للتصرف، بينما يتولى الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينة فالشكل ليس هو العنصر الوحيد في التصرف الشكلي، كما كان الوضع في الشرائع القديمة بل لا بد من وجود الرضا ".

إن الفرق بين التصرف الشكلي والتصرف الرضائي لا يقتصر فقط على كون التعبير عن الإرادة مقيدا بشكل بالنسبة للتصرف الأول وحتى بالنسبة للتصرف الثاني بل العقد الرضائي له ثلاثة أركان: التراضي، المحل، السبب، أما العقد الشكلي فله أربعة أركان: التراضي، المحل، السبب والشكلية.

وللشكلية المباشرة صورتان: تتمثل الأولى في الكتابة الرسمية، أما الثانية فتتمثل في الكتابة العرفية.

أولا: الكتابة الرسمية:

طبقا لنص المادة 324 من القانون المدني عرف المشرع العقد الرسمي 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 واختصاصاته ".

لقد عالجت هذه المادة في الحقيقة مسألة الإثبات، وهي حالة متميزة عن التصرف الشكلي فالمادة في صيغتها الأولى - أي قبل تعديل 1988- كانت تشير إلى الورقة الرسمية.[2] أما النص الحالي

[1] أنظر/محمود زواوي، المرجع السابق، ص38.
[2] أنظر،د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص23.

فيشير إلى العقد الرسمي، وهناك فرق بين التصرف القانوني الذي يسمى بالعقد وأداة إثباته بمعنى الورقة الرسمية فقد يكون التصرف القانوني صحيحا والورقة الرسمية غير صحيحة وقد يحصل العكس.

وبغض النظر عن معنى الألفاظ ودقة التمييز فإن الشكلية الرسمية تعتبر ركن في العقد، ويمكن التمييز بين معنيين للرسمية المعنى الواسع والمعنى الضيق.

1-المعنى الواسع:

ويقصد بها كل سند محرر من طرف موظف عام مختص، بغض النظر عن المهام التي يمارسها سواء كانت مهمة الموظف تقتصر على تحديد العقود الخاصة فقط أم كانت تتعلق بأعمال أخرى.

حيث تشمل السندات الرسمية بهذا المعنى إلى جانب عقود الموثقين، وثائق الحالة المدنية و الأحكام القضائية والقرارات الإدارية و غيرها من الوثائق الرسمية.[1]

2- المعنى الضيق:

ويقصد بالرسمية بمعناها الضيق تحرير السند من طرف موظف عام معين، مختص بتحرير العقود والتصرفات بصفة عامة ويسمى موثقا، وهذا حسب المادة 02 من قانون التوثيق التي تنص على ما يلي :" يشكل الموثقون سلكا من الموظفين، يكلفون بتلقي الوثائق الرسمية الخاصة بعقود السلطة العامة وتأكيد تاريخها أو تحديد نظير أو نسخة منها"

وتسمى التصرفات التي يتولى تحريرها بتصرفات موثقة، [2] وقد نظم الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 مهنة التوثيق وحدد هذا الأمر أنواع التصرفات، التي تخضع إجباريا من أجل صحتها إلى تحريرها لدى الموثق في المادة 12 منه.

[1] أنظر/زواوي محمود، المرجع السابق، ص88.

[2] كان نص المادة 324 قبل تعديلها كالآتي: "الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها، موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة...".

ثانيا: الكتابة العرفية:

العقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، يتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير، ولقد نصت المادة 327 من القانون المدني: "يعتبر العقد العرفي صادر ممن وقعه ولم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء...".

ويجب أن يتوفر في العقد العرفي شرطين: آن يكون مكتوبا بخط المتعاقد الذي ينسب إليه، وأن يكون موقعا.[1]

1-الكتابة بخط المتعاقد:

بالرجوع إلى أحكام المادة 327 من القانون المدني، نجدها تشترط كتابة العقد العرفي بخط المتعاقد الذي ينسب إليه العقد، وقد يصعب تحقيق هذا الشرط في بعض الأحيان، مثل العقد التبادلي وحالة المتعاقد الأمي، وكذلك المتعاقد بواسطة وكيل.

أ- العقد التبادلي:

العقد التبادلي يرتب التزامات على كلا المتعاقدين، وبالتالي يقضي احترام " شرط الكتابة بخط المتعاقد" تحرير نسختين أصليتين، الأولى بخط المدين ويحتفظ بها دائنة والثانية بخط هذا الأخير باعتباره مدينا في نفس الوقت، ويحتفظ بها المدين الأول باعتباره دائنا له.[2]

وهكذا نفرغ العملية القانونية الواحدة في نسختين أصليتين، وهذا تمييز وارد في القانون الحالي عكس القديم.

ب- المتعاقد الأمي:

يمكن أن يكون المتعاقد أميا فيتعذر عليه كتابة العقد ولقد تخلى المشرع عن الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي في المادة 1326 مدني والذي يقضي بأن يكتب المتعاقد الالتزام حروفا لا أرقاما متبوعة بعبارة يعتمد بها المدين التزامه.Bon pour

ج- المتعاقد بواسطة وكيل:

يسجل كذلك في هذه الحالة تحقيق شرط الكتابة بخط المتعاقد، لأن الوكيل هو الذي يباشر عملية التعاقد وليس الأصيل، ولاعتبارات عملية قد يكون العقد مطبوعا كعقد التأمين، مما يحول دون

(1) أنظر،د/عبد الرزاق السنهوري، إثبات الالتزام، الجزء الثاني، سنة1973، ص184.
(2) أنظر،د/ المرجع نفسه، ص199.

تحقيق شرط الكتابة الخطية، وفي اعتقادنا أنه يمكن الاستغناء عن هذا الشرط ونكتفي بالتوقيع خاصة أن المشرع يسمح بالتوقيع على بياض، حيث تعاقب المادة 381 من قانون العقوبات: "كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض، وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا التزاما أو إبراما منه أو أي تصرف آخر ..." .

2- التوقيع:

التوقيع هو الإمضاء وهو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها عادة، وتتمثل في الكتابة بخط اليد، اسمه ولقبه في آخر الورقة ويفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة. [1]

وقد يشمل التوقيع الاسم واللقب كاملين، وقد يقتصر على كتابة الحرف الأول من الاسم وكتابة اللقب كاملا، أما القانون فلم يحدد كيفية التوقيع.

وإذا كان العقد ملزما لجانب واحد فتوقيع المدين يكون كافيا، [2]أما إذا كان العقد تبادليا، 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 العقد العرفي، وقد جاء في قرار المجلس الأعلى رقم 27136 :" حيث أنه من الثابت أن العقد العرفي، المتضمن اتفاقا مزدوجا والحاصل لتوقيع واحد يكون صحيحا، إذا كان هذا التوقيع من الطرف غير الحائز له ".

إن التوقيع أمر جوهري و أساسي في العقد العرفي، فلا يمكن الاستغناء عنه، لأن انعدامه يفيد انعدام الشكلية العرفية وبالتالي انعدام العقد.

أما إذا تعذر على المتعاقد التوقيع لكونه أميا أو عاهة جسمانية تمنعه من ذلك، فما هي قيمة التوقيع بوضع بصمة الأصبع، الختم أو الكربون ؟.[3]

إن هذه الطريقة قد تشكل خطرا على المتعاقد الذي يتعذر عليه قراءة النص الذي وقعه، ولذا يستحسن في مثل هذه الحالات اللجوء إلى الموثق واستبدال العقد العرفي بعقد رسمي.[4] وباستثناء التوقيع قد يخضع العقد العرفي مبدئيا لحرية الأشكال،

---

[1] أنظر/محمود زواوي، المرجع السابق، ص 95.
[2] أنظر، د/علي فيلا لي، المرجع السابق، ص 24.
[3] أنظر، د/محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة ،1985، ص366.
[4] أنظر/محمود زواوي، المرجع السابق، ص95.

إذ يشترط في بعض الحالات ذكر بعض بيانات معينة لصحة العقد كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية. [1]

ومن أمثلة العقود العرفية : المرتب مدى الحياة، عقد التمهين، عقد العمل الجماعي، عقد التنازل عن حق المؤلف .

الفرع الثاني: الشكلية غير المباشرة:

وتتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يعرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد، بغية تحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت بالشكلية غير المباشرة لأنها تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي تؤثر مبدئيا على صحته، ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه، وتتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها : قواعد الإثبات، الإشهار، وإجراءات إدارية و جبائيه.[2]

أولا- قواعد الإثبات:

نظم المشرع طرق الإثبات بوضع قواعد تلزم المتخاصمين، وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي، وقد نصت المادة 333 من القانون المدني في فقرتها الأولى: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دينار جزائري، أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البينة في إثبات وجوده أو انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك..." وبمقتضى هذا الحكم وفي حالة إنكار المدين يجب على الدائن لاستيفاء حقه أن يثبته كتابة.

وكثيرا ما يحتاط المتعاقد لنفسه عن سوء نية المتعاقد معه بمحرر مكتوب، يجسد العقد وفي هذا الشأن يجب التمييز بين شكلية الصحة وشكلية الإثبات.[3]

فبعض الفقهاء من يعتقد أن الفرق بين هاتين الشكليتين هو فرق مصطنع لأن العقد الذي لا يمكن إثباته يبقى دون فعالية ولا أثر له. وإذا كان لابد من الكتابة لإثبات العقد، فإن ذلك يلفت انتباه المتعاقدين إلى خطورة العقد، وليدفعهم إلى تحديد آثاره ونطاقه.

---

[1] راجع المواد 390، 465، 472، من القانون التجاري، والمادة 120 من القانون 11/90، المتعلق بعلاقات العمل

[2] أنظر، د/محمد حسنين، المرجع السابق، ص 29.

[3] أنظر/محمود زواوي ، المرجع السابق ، ص49.

أما بالنسبة للعامة فلا وجود للعقد، ولا للالتزامات ما لم يتم الإجراء المتمثل في الإمضاء، غير أن معظم الفقهاء يميزون بين شكلية الصحة وشكلية الإثبات.[1]

فإغفال الشكلية الأولى يمنع قيام العقد، حيث يكون منعدم الوجود ولا يرتب أي أثر، ولا يجوز لأي كان أن يدعيه أو يتمسك به.

أما إغفال الشكلية للإثبات فتجعل المتعاقد في وضع عسير، وصعب بخصوص إثبات وجود العقد غير أن هذا لا يعني استحالة الإثبات فإلى جانب الإقرار يجوز أحيانا الاعتداد بالقرائن وباليمين، كما يجوز لغير المتعاقدين إثبات العقد بكل الوسائل .

ثانيا- قواعد الشهر :

سنتطرق إلى الغرض من عملية الشهر، ثم الطرق المعتمدة لذلك.

1-الغرض من الشهر :

إذا كان العقد يلزم المتعاقدين دون غيرهما، فإنه يسري كذلك في حق الغير، بمعنى أنه لا يمكن للغير تجاهل التصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين فيمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير ولفائدته.

وفي بعض الحالات الخاصة يحول إغفال الشهر دون ترتيب أي أثر للعقد بين المتعاقدين نفسيهما، كما نصت المادة793 من القانون المدني:" لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا رعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

2- وسائل الشهر:

تتم عملية الشهر بطرق مختلفة تبعا لأهمية التصرف القانوني، ومنها الشهر العقاري، القيد في السجل العقاري، والنشر عن طريق الصحف:

[1] أنظر/ محمود زواوي، المرجع نفسه ، ص51.

أ- الطريقة الأولى: الشهر العقاري:

نظم الشهر العقاري بالأمر74/75، ومن خلال المادة الأولى منه،[1] أسس المشرع "السجل العقاري " بغرض تحديد الوضعية القانونية للعقارات، وتبيان تداول الحقوق العينية.

ويتضح أن الغرض من السجل العقاري هو إعلام الجميع بكل التصرفات التي تتعلق بالعقار فتلزم المادة 14 من هذا الأمر الإشهار بقولها:" جميع العقود الرسمية المنشأة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية...".

وتعتبر هذه الإجراءات واجب احترامها حتى يكون العقد نافذا في حق الغير شكلية غير مباشرة .[2]

ب- الطريقة الثانية: القيد في السجل العقاري:

يقوم النشاط التجاري على السرعة والثقة مما يقتضي أن يكون التجار على بينة من أمرهم بخصوص الأشخاص الذين يتعاملون معهم ، لذلك أسس ونظم المشرع السجل التجاري، الذي يحتوي على المعلومات المتعلقة بالتاجر والمحل التجاري، ويجب على وجه الخصوص تقييد التصرفات القانونية المتعلقة بالمحلات التجارية، وإلا كانت غير نافذة في حق الغير وتعتبر هذه الإجراءات كذلك شكلية غير مباشرة .

ج - الطريقة الثالثة: النشر في الصحف:

أحيانا يتم شهر المعاملات بواسطة النشر في الصحف الخاصة، كصحيفة الإعلانات القانونية والجرائد اليومية العامة ن فالمادة 84 من القانون التجاري تقضي بنشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في مدة 15 يوما من تاريخ البيع، كما تقضي الفقرة الثانية من نفس المادة بنشر العقد المتضمن عقد تأجير وتسيير المحل التجاري وتلزم كذلك المادة 548 قانون تجاري نشر العقود التأسيسية والمعاداة للشركات.[3] ويترتب على مخالفة هذه الإجراءات عدم نفاذ العقد في حق الغير

3- الإجراءات الإدارية والجبائية:

تتمثل هذه الإجراءات في الحصول على ترخيص مسبق، أو في التصريح الإجباري، أو في التسجيل لدى المصالح المختصة

---

[1] راجع المادة الأولى من الأمر74/75، المؤرخ في 1975/11/22، الصادر بالجريدة الرسمية رقم92، بتاريخ1975/11/18، ص1206.

[2] أنظر/ قرار المجلس الأعلى، ملف رقم 23156، المؤرخ في 1982/03/17، نشرة القضاة، 1983، السداسي الأول ص 133، والذي ورد فيه "علما وأن الملكية العقارية تنتقل بالإشهار".

[3] أنظر،د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص245.

أ- الترخيص المسبق:

لمراقبة بعض العمليات يشترط المشرع ترخيصا من قبل الإدارة ونذكر في هذا الشأن المرسوم رقم 15/64 المتعلق بحرية المعاملات[1]، والذي كان يلزم المتعاقد بالحصول على ترخيص إداري مسبق بالنسبة للتصرفات الواردة على العقارات التي تفوق قيمتها مائة ألف فرنك جديد، والمحلات التجارية التي تفوق قيمتها مأتي ألف فرنك جديد، وتشترط كذلك المادة 07 من نفس المرسوم الحصول على الترخيص المسبق بالنسبة لكل المعاملات التي تتعلق بالأراضي الزراعية.

إن مخالفة هذا الإجراء الإداري يعرض التصرف القانوني للبطلان، وهذا ما انتهى إليه المجلس الأعلى في قراره المؤرخ في 1982/03/31 ، حيث ورد فيه على وجه الخصوص:" حيث أن مرسوم 1964/01/20 يفرض في بيع الأرض الفلاحية الرخصة الإدارية وحيث أن هذا النص الذي هو من النظام العام لم يحترمه الطاعنون، مما يجعل عقودهم باطلة بطلانا مطلقا ". [2]

ب - التصريح الإجباري:

تتمثل الإجراءات الإدارية في بعض الأحيان في إلزام المتعاقدين بالتصريح بالعقد، الذي يتم إبرامه لدى المصالح المختصة، حتى تتمكن من مراقبة العملية وحماية اليد العاملة الوطنية مثلا تقتضي مراقبة استعمال اليد العاملة الأجنبية ولذلك فإن المادة 133 من الأمر 75/ 31 المؤرخ في 1975/04/29 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، تلزم صاحب العمل أن يتقدم بتصريح عند استعماله اليد العاملة الأجنبية طبقا للكيفيات المحددة، وتنص المادة 134 من نفس الأمر كذلك على ما يلي:" تسلم رخصة العمل من قبل وزارة العمل والشؤون الاجتماعية بطلب من المعني وبناء على تقديم الوثائق المثبتة لدخوله التراب الوطني بصفة قانونية ولعقد العمل ".

لقد اعتنت الدولة كذلك بسياسة التمهين، فأخضعت عقد التمهين لمراقبة مؤسسة التكوين طبقا للمادة 11 من القانون 07/81 المتعلق بالتمهين.[3] يجب بعد تسجيل عقد التمهين من طرف المجلس الشعبي البلدي إرساله :"...للمصادقة عليه إلى أقرب مؤسسة معتمدة للتكوين المهني".

---

[1] أنظر/المرسوم التنفيذي رقم15/64، المؤرخ في 1964/01/20، المتعلق بحرية المعاملات، الجريدة الرسمية رقم07،المؤرخة في 1964/01/21.

[2] أنظر/ نشرة القضاء، 1982، عدد خاص، ص129.

[3] راجع المادة11 من القانون 07/81، المتعلق بالتمهين، الصادر بالجريدة الرسمية رقم26/بتاريخ30 يونيو1981،ص880.

وفي إطار عملية المراقبة هذه يجب تقديم العقد في شكل مكتوب وهذه شكلية غير مباشرة كذلك.

ج - التسجيل:

تخضع لإجراءات التسجيل طبقا للأمر 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، الأحكام، القرارات القضائية، عقود الموثقين، العقود الناقلة للملكية، الوصية، عقود الشركات وكذلك العقود العرفية.

ويترتب على إغفال إجراء التسجيل بطلان التصرف القانوني مثلما هو الأمر بالنسبة للهبة في ظل القانون القديم، حيث قضت المحكمة العليا بنقض القرار الصادر في مجلس قضاء الأغواط بتاريخ 1989/11/07، والقاضي بصحة الهبة الواقعة بتاريخ 1975/10/24، في حين أن هذه الهبة التي تضمنها محرر عرفي لم يتم تسجيلها لدى مكتب التوثيق طبقا للمادة 931 من القانون المدني القديم التي توجب التسجيل لدى موثق رسمي تحت طائلة البطلان .[1]

وقد يتقدم الأطراف من تلقاء أنفسهم إلى مصلحة من المصالح المختصة لإتمام إجراء التسجيل حتى يثبت تاريخ العقد بالنسبة للكتابة العرفية ويعتبر التسجيل كذلك إجراءات جبائيا إذ يترتب عليه دفع الرسوم المستحقة.[2]

وبمقتضى المادة 09 من قانون التسجيل التي تنص على أنه:" تسجل العقود المدنية والعقود غير القضائية على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول ..." وهذا بمقتضى تحرير مكتوب وهو شكلية غير مباشرة.

المبحث الثاني: الشكلية لإثبات البيع العقاري:

تعتبر الكتابة أهم طرق الإثبات وهي دليل يعد مقدما حين قيام التصرف القانوني، في حين لا يكون لأي من الخصوم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية، ولا يمكن أن يرد على الكتابة أي تحريف كونها تدون في سند رسمي لذلك تقررت لها قوة إثبات مطلقة فتصلح لإثبات جميع التصرفات القانونية، وتعتبر الكتابة ركنا شكليا في بعض التصرفات القانونية كالكتابة الرسمية في البيع

[1] أنظر/ المجلة القضائية، 1993، العدد الرابع، ص88.
[2] أنظر،د/علي فيلالي، المرجع السابق، ص247.

العقاري وهي أيضا دليل إثبات التعامل في العقار والتصرفات الواردة عليه، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث، إذ سنتحدث في المطلب الأول عن شروط صحة السند الرسمي في إثبات بيع العقار ونتطرق في المطلب الثاني إلى حجية السند الرسمي في إثبات بيع العقار.

المطلب الأول: شروط صحة السند الرسمي في إثبات بيع العقار:

المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.[1]

ومنه إذا لم تكتسب المحررات الرسمية صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو بصمات أصابعهم ومنه يشترط لصحة المحرر الرسمي توافر مجموعة من الشروط.[2] وهذا ما سنتطرق له في هذا المطلب حيث سنبين في الفرع الأول صدور المحرر من موظف عام ومراعاة الأوضاع القانونية فيه، ونوضح في الفرع الثاني حجية السند الرسمي في إثبات بيع العقار.

الفرع الأول: صدور المحرر من موظف عام ومراعاة الأوضاع القانونية فيه:

السند الرسمي وحتى يكون صحيحا في إثبات بيع العقار لا بد من متابعة كيفية صدوره والتي تتمثل في:

أولا: صدور المحرر من موظف عام واختصاصه بتوثيقه:

يتصف المحرر بالرسمية نتيجة لتحريره بمعرفة موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولا يستلزم ذلك أن يكتب المحرر بيد الموظف بل يكفي أن ينسب إليه، أي أن تكون الورقة صادرة باسمه وأن يوقها بنفسه، ويقصد بالموظف العام كل من يشغل وظيفة عامة .[3] ولا يلزم لاعتبار المحرر رسميا أن يكون قد صدر من الموظف من أول الأمر فقد يكون مجرد محرر عرفي في البداية ثم ينقلب إلى محرر رسمي بعد ذلك إذا ما تدخل فيه موظف عمومي في حدود وظيفته، إذ العبرة بما يؤول إليه المحرر لا بما كان، عليه مؤدى ذلك أن الأوراق التي يتقدم بها الأفراد إلى الموظف العام أو

---

[1] أنظر،د/ محمد حسين منصور، قانون الإثبات ـ مبادئ الإثبات وطرقه ـ دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2004، ص57.

[2] أنظر،د/ محمد أحمد عابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن فيها، منشأة المعارف، حزى وشركاه، طبعة 2002، ص66.

[3] أنظر،د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص58.

المكلف بخدمة عامة سابقة على الإجراءات التي يريدون اتخاذها لا تعدو أن تكون محررات عرفية إلى أن يتدخل الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة في حدود وظيفته وعندئذ فقط تكتسب الورقة الصفة الرسمية وتنقلب إلى محرر رسمي، حيث لا يكفي لذلك أن يكون دور الموظف قد اقتصر على مجرد استلام هذه الطلبات دون أن يثبت فيها بيانات خاصة أو بيانات فنية ومن أمثلة الموظف العام الموثقون الذين يختصون بتوثيق العقود والتصرفات المقدمة لهم.[1] ولهذا لا بد من التطرق إلى التوثيق بشكل عام والذي يقصد به أنه علم يبحث في كيفية إثبات العقود والتصرفات والالتزامات والمكاتبات التي تتم في المعاملات، فهو ينظم كيفية إثبات المعاملات المالية بصفة عامة كالبيع والشراء، فالتوثيق هو كتابة ضبط المحكمة التي يوجد بها محل إقامة مكتبه وبمقتضاه خول القانون للموثق بصفته ضابط عمومي سلطة تحرير وإضفاء الصبغة الرسمية للعقود التي يتلقاها ودمغها بختم الدولة وإلا وقعت باطلة، فختم الدولة هو الذي يضفي الصبغة الرسمية للعقود المحررة من طرف تنفيذ قوانين الدولة الجزائرية وتسيير شؤون المجتمع بمجموعة من النصوص القانونية عن طريق التوثيق.[2]

فالموثق بصفته ضابط عمومي يمنح للزبائن الطمأنينة في العلاقات التعاقدية، وعليه يمكن اعتبار الموثق بمثابة تجسيد فعلي للقانون فيما يتعلق بالمعاملات العقارية بين الأفراد وغيرها من التصرفات القانونية.[3] ويعتبر الموثق هو الشخص المؤهل لإضفاء الصبغة الرسمية على المحررات والعقود حتى ولو كانت هذه العقود غير رسمية.

وحسب نص المادة 324 من القانون المدني المعدل والمتمم التي تنص على ما يلي:" العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام 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"، فإنه لا يكفي للموظف أو الموثق الولاية القائمة والأهلية القانونية إنما يجب أن تحرر الوثيقة في حدود صلاحياته الموضوعية.[4]

---

[1] أنظر،د/ محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المبادئ العامة للإثبات: عبء الإثبات- محل الإثبات- الحق في الإثبات-مبدأ حياد القاضي/ طرق الإثبات: الكتابة (الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني)-شهادة الشهود- القرائن- الإقرار- اليمين- المعاينة- الخبرة، منشورات الحلبة الحقوقية، الطبعة الأولى2005،ص150.

[2] أنظر/ سيدي يخلف حفيظة، الشكلية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، 2001، ص35.

[3] أنظر/ المرجع نفسه، ص36.

[4] أنظرد،/ يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر، 1981، ص97.

وتنص المادة الثالثة من القانون 02/06 الخاص بتنظيم مهنة التوثيق 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"، من خلال هذه المادة يتضح أن الموثق يختص بتوثيق جميع المحررات التي يقضي بها القانون ويتسع معنى كون تحرير السند الرسمي داخلا في سلطة الموظف العام لوجوب أن يكون له ولاية وقت كتابة المحرر، فإذا كان قد عزل أو وقف عن عمله أو نقل، فإن ولايته غير قائمة ويكون المحرر باطلا في حالة ما إذا كان الموظف لم يعلم بالعزل أو الوقف أو النقل أو انتهاء الولاية وكان ذوو الشأن هم أيضا حسن النية لا يعلمون بشيء من ذلك فإن الورقة الرسمية التي يحررها الموظف في هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن النية. كما تنتفي سلطة الموظف العام إذا لم يكن أهلا لتحرير المحرر الرسمي لكونه يخص شخصيا أو له فيه مصلحة أو تربطه بأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة، أو قرابة لغاية الدرجة الرابعة فلا يجوز أن يكون الموظف طرفا في المحرر الرسمي.[1] الذي يحرره بل ولا يجوز أن تكون له فيه مصلحة شخصية وإلا كان المحرر الرسمي باطلا كما، لا يجوز أن يكون قريبا قرابة نسب أو مصاهرة لأحد أطراف المحرر لغاية الدرجة الرابعة لرفع مظنة المحاباة.[2]

أما من حيث الاختصاص الزماني يجب أن يصدر الموظف المحرر أثناء ولايته أي بعد تعيينه ومباشرة العمل لا قبل ذلك وقبل عزله من وظيفته أو نقله منها فإذا تم عزل أو وقف أو نقل الموظف فإنه يفقد سلطته ولا تكون له ولاية تحرير المحرر ويكون باطلا ويستثني من ذلك تحرير الموظف للمحرر قبل إبلاغه بقرار العزل أو النقل، وكذلك حالات الموظف الفعلي الذي يعين بقرار مخالف للقانون صادر من سلطة غير شرعية.[3]

وفيما يتعلق بالاختصاص المكاني فأساسه أن لكل موظف اختصاص إقليمي فلا يجوز له أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاصه، فالموظف في أحد مكاتب التوثيق يمتنع عليه أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاص هذا المكتب، لكن الزبائن أصحاب الشأن ممن يطلبون توثيق أوراقهم غير مقيدين بدائرة اختصاص معينة فالقيد المكاني يرد على مكاتب التوثيق. ومنه فالتحديد يقصد به أن يمتنع الموثق من

---

[1] أنظر، د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص47 - 48.

[2] أنظر، د/عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة2009، ص134.

[3] أنظر، د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 48.

مباشرة عمله خارج دائرة اختصاصه فالموظف التابع لمكتب معين لا يجوز له أن يوثق سوى المحررات المقدمة لهذا المكتب فقط،[1] إلا في حالة الضرورة مع الحفاظ على شرف المهنة وأكدت على ذلك، المادة 95 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية.[2]

ثانيا: مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير المحرر الرسمي:

ينص قانون التوثيق وكذلك لائحته التنفيذية على الأوضاع الواجب مراعاتها سواء قبل توثيق الورقة الرسمية أو أثناء توثيقها أو بعد توثيقها فينبغي قبل توثيق الورقة الرسمية أن يدفع الرسم الخاص بتوثيقها وينبغي أيضا أن يتحقق الموثق من شخصية أصحاب الشأن عن طريق شاهدين بالغين عاقلين معروفين لديه أو ثابتة شخصيتهم بمقتضى أوراق رسمية، وينبغي أن يتحقق الموثق كذلك من أهلية أطراف الورقة في إبرام التصرف المراد إبرامه وإذا كان العقد يتم بطريق النيابة فينبغي التحقق من أن إبرامه يدخل في حدود سلطة النائب سواء كان وكيلا أو وصيا أو غير ذلك وينبغي أن يتحقق الموثق أخيرا من رضاء أصحاب الشأن بالورقة المطلوب توثيقه.[3] ومن قبيل الأوضاع القانونية التي يجب على الموثقين أن يراعوها في توثيق المحررات الرسمية ما تتطلبه اللائحة التنفيذية لقانون التوثيق أن المحرر يجب أن يكون مكتوبا وسائر الإجراءات الواجب إتباعها في توثيق المحررات طبقا للائحة التنفيذية لقانون التوثيق.[4]

وهكذا يجب أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو تحشير أو كشط وأن يشتمل على البيانات الخاصة بموضوع المحرر على ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق واسم الموثق ولقبه ووظيفته وبيان ما إذا كان قد تم التوثيق بالمكتب ، أو في مكان آخر وأسماء الشهود وأسماء أصحاب الشأن والموثق كما يجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن على المحرر المراد توثيقه أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم ،وتحفظ بالمكتب أصول المحررات التي توثق صور منها لتسليمها لأصحاب الشأن ويؤشر الموثق بالتسليم على أصل المحرر ويوقع على هذا التأشير.[5]

---

[1] أنظر،د/توفيق حسن فرج الصدة، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبى الحقوقية، ص68.

[2] راجع المادة 95 تنص على أنه "يحضر الموثق، أن يتلقى عقودا، أو يقدم إرشادات خارج مكتبه، إلا في حالة الضرورة المنصوص عليها قانونا.

[3] أنظر، د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 50-51.

[4] راجع المادة 03 من القانون 02/06، المؤرخ في28فبراير2006، المتضمن تنظيم مهام الموثق، الجريدة الرسمية، العدد10، سنة1943.

[5] أنظر، د/عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 138.

بعد انتهاء عملية التوثيق وجب حفظ أصل المحرر في مكتب التوثيق ويجوز استخراج صور منه بناءا على طلب أصحاب الشأن، ولا يجوز تسليم صورة منه للغير إلا بعد الحصول على إذن من قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة التي يقع في دائرتها مكتب التوثيق.[1] فأهم ما في هذه المرحلة هو حفظ أصل السند وتسليم الصور.

الفرع الثاني: التأكد من توفر الشروط الموضوعية والشكلية للعقد:

عند قيام الموثق بتحرير السند الرسمي لابد أن يراعي في ذلك شروط أخرى وتتمثل هذه الشروط في:

أولا: الشروط الموضوعية:

يفترض على الموثق عند تحريره عقد البيع العقاري أن يراعي في ذلك تعيين العقار محل العقد وتحديد الثمن أي تحديد الشروط الموضوعية الواجبة في العقد.

1- الشروط الواجبة في العقار المبيع:

اشترط المشرع في العقار المبيع شروط معينة حتى لا يقع باطلا، ومن بين هذه الشروط :

أ- أصل الملكية:

يجب أن يكون نموذج العقد يحتوي على أصل الملكية، بيان اسم البائع الحالي وكيف انتقلت إليه ملكية العقار وكذلك بيان أسماء المالكين السابقين، وكيف انتقلت إليهم ملكية العقار وعند الإمكان تاريخ التحويلات من أجل تجنب الوقوع في التصرف في ملك الغير.[2]

ب- تعيين العقار المبيع:

يجب أن يكون العقار محددا تحديدا نافيا للجهالة من ناحية موقعه رقمه مساحته ومعالمه، فإذا قام شخص ببيع عقار له عليه أن يصف العقار المبيع وصفا يحقق العلم الكافي للمشتري بهذه الأوصاف من خلال ذكر أوصافه التي تميزه عن غيره، وقد اشترط المشرع شروطا خاصة بتعيين العقارات

[1] أنظر، د/محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص168.
[2] أنظر، د/حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة2009، ص109.

كاشتراطه في العقود الخاضعة للشهر ضرورة تعيين العقارات تعيينا دقيقا ولكن عناصر تعيين العقارات تختلف باختلاف موقع العقار المعين.[1]

1- القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في أماكن ممسوحة:

هناك مجموعة من العناصر تتبع في تعيين العقارات التي شملتها عملية المسح ومن بينها نجد:

أ- تحديد طبيعة العقار:

يشترط تعيين طبيعة العقار لمعرفة ما إذا كان العقار المعني أرضا مبنية أو غير مبنية.[2] وتظهر أهمية هذا التعيين من جانب أنه مؤهل للتعديل والتغيير.

ب- تحديد البلدية التي يوجد فيها العقار:

يشترط تحديد البلدية التي يقع في دائرة اختصاصها هذا العقار.[3] وتظهر أهمية هذا التعيين عند تحديد قيمة العقار التجارية وكذا الجهة القضائية المختصة في حالة قيام نزاع ومدى تقدم أعمال المسح على نطاق هذه البلدية.[4]

ج- رقم مخطط المسح: يوضع لمخطط المسح رقم ترتيبي خاص به.

د- **تحديد المكان المسمى:** يسمى أيضا بالمكان المعلوم يمكن تسميته بالحي، أو الشارع إذا كان في منطقة حضرية.

2- القواعد الخاصة بتعيين العقارات الريفية غير الممسوحة:

حسب المادة 66 من المرسوم 63/76 التي تقضي أنه: "عند عدم وجود مخطط مسح الأراضي فإن كل عقد، أو قرار قضائي حتى يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يبين فيه، بالنسبة إلى كل عقار ريفي ما يلي:

- نوع العقار.

---

[1] راجع المواد 21-27-66 إلى غاية71-114 من المرسوم 63/76، المؤرخ في 1976/03/25.

[2] أنظر،أ/خالد رامول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، بدون تاريخ ، ص66.

[3] راجع المادة 66، من المرسوم 63/76، المتعلق بتأسيس السجل العقاري الصادر بالجريدة الرسمية، العدد30.

[4] أنظر/سيدي يخلف حفيظة، الشكلية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص46.

- موقع العقار.

- محتويات العقار.

- وفضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح الأراضي والمحافظة العقارية.

3-القواعد الخاصة بتعيين العقارات الحضرية:

من بين العناصر الضرورية لتعيين العقارات لا بد من ذكر اسم البلدية والشارع الموجود فيه العقار، الرقم، طبيعة العقار، مساحته، وبهذه المعلومات تعد بطاقة عقارية حضرية للعقار المعين حسب ما جاءت به المادة 27 من المرسوم 63/76 التي تنص على ما يلي:" تعد بطاقة عقارية لكل عقار ولكل جزء من عقار حضري حسب مفهوم المادة 21 وتعد بطاقة العقار الحضري حتى في حالة عدم وجود مسح الأراضي وفي هذه الحالة يعين العقار بالاستناد إلى البلدية التي يقع فيها وإلى اسم الشارع والرقم.[1]

4- تعيين العقارات المبنية ملكية مشتركة:

بالإضافة إلى القواعد والأحكام المنظمة للملكية المشتركة في القانون المدني وعملا بالمواد 66 إلى 71 من المرسوم 63/76، فقد خص المشرع تعيين العقارات المبنية ملكية مشتركة بمجموعة من القواعد منها:

1- ضرورة إعداد جدول وصفي للتقسيم وهو وثيقة تقنية.

2- تحرير بيان وصفي يتضمن ما يلي:

- رقم قطعة الأرض حسب الترتيب التصاعدي للأرقام.

- نوع قطعة الأرض.

- العمارة.

- الدرج.

[1] أنظر/ سيدي يخلف حفيظة، المرجع السابق، ص 47.

ـ الطابق.

ـ الحصة في الملكية المشتركة.

2- شروط خاصة بالثمن:

عنصر الثمن ركن هام جوهري في البيع، [1] يجب أن تتوفر فيه جملة من الشروط هي:

أ- أن يكون الثمن نقديا:

حيث نصت المادة 351 من القانون المدني:" البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع، أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي في مقابل ثمن نقدي".

ب ـ يجب أن يكون الثمن محددا أو قابل للتحديد:

بالرجوع إلى نص المادة 356 مدني في فقرتها الأولى: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد". من خلال هذه المادة قد يكتفي في تحديد الثمن بيان الأسس التي سيقدر بموجبها الثمن بحيث لا يتوقع معها حصول نزاع بين المتعاقدين إلى تقديره والقانون لا يفرض صورا معينة لهذه الأسس فاتفاق البائع والمشتري صراحة أو ضمنا على طريقة تقدير الثمن يجعلها وسيلة تحديد. [2]

ثانيا: الشروط الشكلية:

على الموثق مراعاة البيانات الخاصة بشكل العقد عند مرحلة تحرير عقد البيع بالرجوع إلى أحكام المادة 28 من قانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق [3] نجد أن المشرع ترك للموثق حرية اختيار وسيلة الكتابة التي يراها مناسبة له لتدوين العقود، كما يلاحظ من جهة أخرى أن المشرع ساير ما تقتضيه أوضاع التطور باختيار الحاسوب كوسيلة لإنجاز الموثق عمله من خلاله. وبالرجوع إلى نص المادة 26 الفقرة الأولى والثانية من القانون 02/06 نجدها تنص على:" تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان

---

[1] أنظر/ سيدي يخلف حفيظة، المرجع السابق، ص47.

[2] أنظر/ المرجع نفسه، ص48.

[3] راجع المادة28 التي تنص على أنه :"تكون العقود التي يحتفظ بها الموثق تحت مسؤوليته سواء كانت مكتوبة باليد ، أو بآلة الكتابة ، أو مطبوعة أو مستنسخة بالأجهزة ، أو بأي وسيلة أخرى ".

باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالحروف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ".

يتضح من ذلك أن يكون العقد الرسمي المطلوب توثيقه مكتوبا باللغة العربية وبخط واضح غير مشتمل على إضافة أو تحوير أو كتابة بين السطور إبعاد لشبهة التزوير في العقد وإذا اقتضى الأمر إضافة أو حذف يجب ذكر ذلك في أسفل الورقة موقعا عليها من ذوي الشأن والشهود والموثق والمترجم إن وجد وهذا ما نصت عليه المادة 26 في فقرتها الثالثة من قانون 02/06 .[1] فعلى الموثق عند قيامه بتحرير العقد أن يراقب ويصحح المعلومات المدرجة فيه. وعادة ما يختم النص التوثيقي لدى الموثق بعبارة "إثباتا لما ذكر" وهذا يدل على تأكيد الموثق بصحة ما جاء في العقد .[2]

بعد انتهاء الموثق من تحرير العقد يقوم بتلاوته على الأطراف والشهود والمترجم قبل وضع الختم عليه ويتلوا عليهم الأحكام التشريعية الخاصة بالضرائب ويبين لهم الأثر القانوني المترتب على التصرف الذي يقدمون عليه هذا ما أشارت إليه المادة 29 في فقرتها الأخيرة من قانون 02/06.

تنص المادة 324 مكرر 2 في فقرتها الأولى من القانون المدني على ما يلي :" توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد".

معنى ذلك أنه بعد توقيع الأطراف والشهود على العقد يؤشر الموثق في آخر العقد على توقيع هؤلاء وفي الأخير يثبت الموثق ذلك بتوقيعه وختمه، وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع لعجز جسماني التوقيع بالحروف يمكن التوقيع بوضع بصمة إبهام يده اليسرى ويشير الموثق إلى تصريحاتهم في العقد، وبمقتضى المادة 324 مكرر 2 في فقرتها الثانية ما لم يكن هناك مانع قاهر.[3]

ويصبح العقد جاهزا إذا كان مضمون العقد هو الاتفاق عليه وتعرف الأطراف على النصوص المتعلقة بالضرائب يقوم هؤلاء بدفع الرسوم المستحقة عنها حيث نصت المادة 40 من القانون 02/06 أنه: "يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود ويدفع مباشرة لقبضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به ...".

---

[1] راجع المادة 26التي تنص على أنه "ويصادق على الحالات، في الهامش أو في أسفل الصفحات، وعلى عدد الكلمات المشطوبة، في العقد بتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق، والأطراف، وعند الاقتضاء الشهود، والمترجم ".

[2] أنظر/سيدي يخلف حفيظة، المرجع السابق، ص51.

[3] أنظر/ المرجع نفسه، ص 52.

وقد ألزم المشرع الموثق طبقا للمادة 11 من قانون 02/06 بتسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها أو نسخ عادية منها أو المستخرجات والعقود التي لا يحتفظ بأصلها وهي عادة تكون أقل أهمية كالوكالات فبمجرد أن ينتهي الموثق من تحريرها يسلمها مباشرة للأطراف.[1] كما ألزم المشرع وطبقا لنص المادة 20 التي تقضي بأن: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يسلمها للإيداع"، حيث ترقم هذه الفهارس ويؤشر عليها رئيس المحكمة محل إقامة المكتب.

المطلب الثاني: حجية السند الرسمي في إثبات بيع العقار:

إذا ثبت للمحرر صفة الرسمية على الوجه المطلوب بتوفر الشروط اللازمة فيه فإنه يعتبر حجة بما فيه على الطرفين وحجية المحرر الرسمي لا تقتصر على أصله فقط وإنما لصوره أيضا حجية في الإثبات وعليه سنتناول حجية أصل المحرر الرسمي في الفرع الأول ثم نتطرق بعد ذلك لحجية صور المحرر الرسمي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حجية أصل السند الرسمي:

تتمثل حجية السند الرسمي في إثبات بيع العقار في ثلاث جوانب فتكون هناك حجية بين الأشخاص أي بين طرفيه وتكون هناك حجية من حيث الموضوع و حجية البيانات المدونة في المحرر الرسمي وهذا ما يتم التطرق إليه من خلال:

أولا: حجية السند الرسمي من حيث الأشخاص:

يملك السند الرسمي حجية بين المتعاقدين وتتعداهما إلى الغيرو تتلخص هذه الحجية في:

1- مدى حجية المحرر الرسمي بين طرفيه :

من المسلم به أنه إذا اقتضت مصلحة أحد من ذوي الشأن أي أحد طرفي المحرر الرسمي، أن يقيم الدليل على عكس بيان من البيانات التي تلحق بها وصف الرسمية تعين عليه أن يلجأ إلى طريق الطعن بالتزوير وهذا ما هو المتاح فقط له في المحررات الرسمية ذلك أن إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع يرد على المحررات غير الرسمية، أما ادعاء التزوير فيرد على جميع المحررات الرسمية

[1] أنظر/أحمد ميدي، الكتابة الرسمية في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير، الجزائر، سنة2001-2002، ص10.

وغير الرسمية وقد تكفل المشرع بتحديد هذه البيانات فقصرها على الأمور التي يثبتها الموظف العام في حدود مهمته أو التي تصدر من ذوي الشأن في حضوره وهي بهذا الوصف تضم:

ـ ما يثبته الموظف العام من وقائع أو أمور باعتباره أنه تولى ضبطها بنفسه.[1] ومن بين هذه الوقائع والأمور نجد التاريخ، أي تاريخ تلقي الورقة وقيدها.

ـ ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف العام ويدرك بالحس.

ويشترط أن تكون الوقائع أو الأمور المتقدم ذكرها مما يدخل في حدود مهمة الموثق لأن إلحاق صفة الرسمية بما يثبت الموظف العام في المحرر مشروط باقتصاره على هذه الحدود كما رسمها نص القانون فإن جاوزها انقطعت عنه الولاية وسقطت تبعا لذلك قيمة ما يتولى اثباته على هذا الوجه، فلو أثبت الموثق أن المتعاقد متمتع بكامل قواه العقلية مثلا فلا يكون لإثبات هذه الواقعة أثر في إمكان الاحتجاج بها لأن إثباتها ليس مما يدخل في مهمة من يتولى التوثيق.[2]

2ـ حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير:

الغير الذي لا يسري عليه التصرف لا يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت له، مثال ذلك المشتري الذي يسبق إلى تسجيل عقده يفضل على المشتري الآخر لنفس العقار بعقد غير مسجل أو تم تسجيه متأخرا، هنا تكون للمحرر الرسمي المثبت للعقد حجية في مواجهة المشتري الآخر الذي يعتبر دائنا بعقده لبائع آخر وإذا ورد في المحرر الرسمي المثبت لعقد بيع العقار أن له حق مطل على العقار المجاور فلا حجية لذلك على الجار ما دام التصرف لا يسري عليه لأن أطرافه لا يملكون قانونا التأثير في حقوقه ومن ثم لا يكون ما يقررونه حجة عليه.[3]

ثانيا: حجية السند الرسمي من حيث الموضوع:

يعتبر المحرر الرسمي حجة بما دون فيه من أمور قام بها محرره في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا، يتضح من ذلك أنه ينبغي التفرقة بين البيانات التي ترد في المحررات الرسمية، وهي الأمور التي دونها الموظف بنفسه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره بحيث يمكن إدراكها بسمعه وبصره ويشمل ذلك نوعين من الوقائع. نوع يقوم الموظف بتدوينه

(1) أنظر، د/عصام أنور سليم، المرجع السابق، ص 152-153.
(2) أنظر،د/ المرجع نفسه، ص154.
(3) أنظر، د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص64.

في حدود مهمته كالتاريخ والتحقق من أسماء ذوي الشأن وأهليتهم وتوقيعاتهم ومكان التوثيق، أما النوع الثاني فيشمل ما قام به ذوو الشأن أمام الموثق عن طريق القول أو الفعل كإقرار الأطراف بالتراضي عن التصرف بالشروط المدونة في المحرر ودفع الثمن أمام الموثق و إقرار البائع بأنه تسلمه وبأن المشتري قد تسلم المبيع.[1]

ثالثا : حجية البيانات المدونة في المحررات الرسمية :

يفرق بالنسبة لما ورد في المحررات الرسمية بين نوعين من البيانات[2]

1- البيانات التي يطعن فيها بالتزوير:

تكون المحررات الرسمية حجية في الإثبات بالنسبة لما ورد فيها من أمور قام بها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وإذا أراد شخص أن يطعن في صحة هذا النوع من البيانات ليس أمامه سوى الإدعاء بالتزوير فيدخل تحت هذه الطائفة نوعان من البيانات ،نوع يقوم بتدوينه الموثق في حدود سلطته وبيانات عن أمور وقعت من ذوي الشأن في حضوره ومن أمثلة الأمور التي يقوم الموثق بتدوينها في حدود مهمته نجد البيانات العامة التي يثبتها في المحرر وهي: التاريخ ومكان التوثيق واسم كل منهما وكل البيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي تطلبها القانون والتي وقعت من ذوي الشأن في حضور الموثق فأكثرها يتعلق بموضوع المحرر أي البيانات الخاصة بهذا المحرر بالذات ففي حالة البيع يثبت الموظف أن البائع قرر أنه يبيع والمشتري قرر أن يشتري طبقا للشروط المدونة بالمحرر، فإذا تم دفع الثمن أمام الموثق فإنه يذكر أيضا كل البيانات التي تقع من ذوي الشأن ويدركها الموثق بسمعه وبصره تكون حجة إلى أن يطعن فيها بالتزوير[3] وقد رسم القانون إجراءات معينة لتعيين العلة في تحديد البيانات التي يطعن فيها بالتزوير وجعل عبء الإثبات فيه على مدعي التزوير.

2-البيانات التي يمكن إثبات عكسها:

هي تلك البيانات التي يدونها الموظف العام، أو المكلف بخدمة عامة في المحرر الرسمي وهي الإقرارات، أو البيانات التي يدلي بها ذوو الشأن إلى الموظف العام عن أمور لم تقع أمامه ولم تجرى بحضوره وإنما قام بتدوينها على مسؤوليتهم وتبعا لإقراراتهم بناءا على ما سمعه منهم ودون أن يتحرى

---

[1] أنظر، د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص156.
[2] أنظر،د/توفيق حسن فرج الصدة، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 91.
[3] أنظر/ المرجع نفسه، ص 93.

صحتها أو يتحقق منها.[1] فإذا أثبت الموظف أن أحد المتعاقدين قررأنه باع منزلا لآخر وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذا المنزل فإن ما تم من إقرار ذوي الشأن أمام الموظف من بيع وشراء يلحقه وصف الرسمية لأنه وقع في حضور الموظف ولا يجوز إنكاره إلا بالإدعاء بالتزوير، لكن إذا ادعى أحد المتعاقدين أن هذا البيع ضروري وهذا لا يمس الإقرار الذي تم أمام الموظف كان له أن يثبت صورية البيع بالطرق المقررة قانونا دون حاجة إلى الإدعاء بالتزوير.[2] ومثال هذه البيانات إقرار البائع أمام الموثق أو كاتب العدل أنه قبض الثمن وإقرار المشتري أنه عاين المبيع ووضع يده عليه فإثبات هذين الإقرارين من قبل الموظف المختص، دليل على صحة صدور الإقرار فيهما لا صحة الوقائع ذاتها في هذه الحالة يكون وقوع الإقرار أمرا مقررا لا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير، لكن هذه الإقرارات أو البيانات لا يلحقها وصف الرسمية، من حيث دلالتها على وقوعها في الحقيقة فالموظف أو المكلف بخدمة عامة لم يتحقق وليس مطلوبا منه أن يتحقق من صحة البيانات أو الإقرارات من حيث مطابقتها للواقع، وبالتالي يجوز إثبات عكسها بالطرق المقررة في قواعد الإثبات دون حاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير.[3]

ومن هنا نرى أن البيانات التي ترد على لسان ذوي الشأن تعتبر صحيحة حتى يقوم الدليل على عكسها وأن تدوينها في ورقة رسمية لا يضفي عليها قوة خاصة بالنسبة إلى حقيقة ما تنطوي عليه.[4]

الفرع الثاني: حجية صور السند الرسمي في إثبات بيع العقار:

بموجب قواعد التوثيق يودع أصل المحرر الرسمي في مكان التوثيق أما صاحب الشأن فلا يعطى إلا صورة منه وأصل المحرر الرسمي هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن وتوقيع الموثق أما الصورة وهي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص فلا يحمل توقيعات وقد حلت الآن الصور الضوئية محل الصور الخطية. ولبيان حجية صور السندات الرسمية لا بد من التمييز بين حالتين:

---

[1] أنظر،د/محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المبادئ العامة في الإثبات عبء الإثبات، محل الإثبات ـ الحق في الإثبات ـ مبدأ حياد القاضي، طرق الإثبات (الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني)ـ شهادة الشهود ـ القرائن ـ الإقرار ـ اليمين ـ المعاينة ـالخبرة، منشورات الحلبة الحقوقية، طبعة 2007، ص182 -183.

[2] أنظر،د/ توفيق حسن فرج الصدة، المرجع السابق، ص95.

[3] أنظر، د/محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 183.

[4] أنظر،د/توفيق حسن فرج الصدة، المرجع السابق، ص 96.

أولا: حالة وجود أصل السند الرسمي:

طبقا لنص المادة 325 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فتوغرافية، تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".[1]

يتبين من نص المادة أنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا وهي المسألة الغالبة إذ قلما ينعدم الأصل الذي يبقى محفوظا في مكتب التوثيق، أو لدى كاتب العدل ولا يفقد إلا لأسباب قاهرة كالحريق أو السرقة، اعتبرت الصورة المأخوذة عنه سواء كانت صورة خطية أو فوتوغرافية مطابقة للأصل ويكون لها ذات حجية الأصل في الإثبات ما لم ينازع أحد الطرفين في مطابقة الصورة الرسمية للأصل ويعتبر مجرد عدم منازعة الخصم في مطابقة الصورة للأصل إقرار بهذه المطابقة. [2]

ويتضح مما تقدم أن المشرع قد وضع قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، مؤداها اعتبار الصورة مطابقة للأصل، ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، والصورة التي تكتسب حجية الأصل طبقا لهذه القرينة هي الصورة الرسمية.

إن الصورة الرسمية خطية كانت أو فتوغرافية تكون لها حجية في الإثبات بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل ولما كانت الصورة الرسمية ينقلها موظف عام مختص فقد اعتبر القانون أن الصورة مطابقة للأصل بمقتضى القرينة القانونية، وهي ما لم ينازع أحد الطرفين في مطابقتها للأصل وفي هذه الحالة فإن المحكمة تأمر بمراجعة الصورة على الأصل.[3]

ثانيا: حالة عدم وجود أصل السند الرسمي:

لا يفقد أصل السند الرسمي إلا نادرا لأنه يحفظ في مكتب التوثيق، أو في قلم كتاب المحكمة التي وثقته غيرأنه قد يفقد نتيجة حريق، أو سرقة أو قدم العهد به ويقع على الخصم الذي يتمسك به إقامة

---

[1] راجع المادة325 من القانون المدني الجزائري.

[2] أنظر، د/محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص188.

[3] أنظر،د/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة ـ الجزائر ـ طبعة 2009، ص62.

الدليل على فقد الأصل، وقد بينت المادة 326 من القانون المدني الجزائري الحل في حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية وأوجبت التفرقة بين ثلاثة أنواع من الصور:

ـ النوع الأول: الصور الرسمية الأصلية.

ـ النوع الثاني: الصور الرسمية، المأخوذة عن الصور الأصلية.

ـ النوع الثالث: الصور الرسمية للصور المأخوذة عن الصور الرسمية.

1ـ الصور الرسمية الأصلية:

هي المنقولة مباشرة من الأصل بواسطة موظف عام مختص ويستوي أن تكون صورة تنفيذية أو صورة غير تنفيذية ويستوي أن تكون صورة أصلية أولى أو تالية لها وتكون للصورة بهذا المعنى حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا سمح بالشك في مطابقتها بالأصل وكما تقدم فقد سوى النص في الحكم بين الصور التنفيذية وغير التنفيذية أي التي لا تحمل هذه الصيغة.

2ـ الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية :

وهي منقولة بمعرفة موظف عام مختص من الصورة الأصلية فهي ليست منقولة من الأصل ولا تعتبر صورة من الأصل إلا بطريق غير مباشر وهي لها حجية الأصل وهذا ما نصت عليه المادة 325 /2، ولكن لا يجوز لكل من الطرفين طلب مراجعتها على الصورة الأصلية فإذا فقدت الصورة الرسمية وتعذر إجراء المضاهاة فلا يجوز الاعتداد بها أثناء المنازعة[1] إلا على سبيل الاستئناس

3ـ الصورة الرسمية للصور المأخوذة من الصور الرسمية:

في هذه الحالة لا تكون الصورة مأخوذة من الأصل وإنما من الصورة المأخوذة من الصورة الأصلية، أي الصورة الثالثة وفي هذه الحالة قررت الفقرة الثالثة من المادة 325 عدم الاعتداد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف أي أنها لا تصلح إلا أن تكون قرائن يستنبط منها القاضي ما يراه.[2]

يستخلص مما سبق أن البيع الوارد على العقار إذا تم إفراغه في شكل رسمي مستوفيا لجميع الشروط الواجب توفرها في هذا السند يكون العقد بذلك صحيحا وله قوة إثبات مطلقة.

---

[1] أنظر، د/محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 63-64.

[2] أنظر/أحمد ميدي، الكتابة الرسمية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص14.

خاتمة الفصل الأول:

اهتم المشرع بالشكلية الرسمية و نظم القواعد التي تتبع في تحرير السند الرسمي بدقة، حيث ابرز الدور الفعال المقرر للسند الرسمي في نشوء البيع العقاري بتكييفه للشكل كركن أساسي لانعقاد العقد، حيث يستلزم في عقد البيع الوارد على العقار حتى يرتب أثاره القانونية، و تكون له الحجية في مواجهة الغير لابد أن يخضع هذا البيع للكتابة. أي يشترط أن يوثق العقد بمعية الموظف العمومي المختص ألا و هو الموثق، فيعتبر العقد المحرر من طرفه سندا رسميا للبيع، و لابد أن يكون هذا العقد متوفر على مجموعة من الشروط تجعل له حجية مطلقة و تكسبه مناعة ضد العيوب التي تلحق عادة بالسندات العرفية. فالسند الرسمي هو قمة التصرفات القانونية من حيث القوة التنفيذية و الحجية في الإثبات و بذلك تعتبر الشكلية الرسمية وسيلة لانعقاد البيع العقاري كما أنها تعتبر آلية إثباته.

مقدمة الفصل الثاني:

نظرا لتعدد الأهداف والأغراض التي تؤديها الشكلية في العقود والتي تتنوع ما بين حماية المصالح العامة والخاصة في المجتمع وتحقيق الاستقرار في المعاملات بين الأشخاص خاصة تلك المعاملات المتعلقة بالعقارات، فقد اهتم المشرع الجزائري بالشكلية الرسمية و جعلها ركنا جوهريا لازما لإبرام التصرفات الناقلة للملكية فجعل منها ركن أساسي لانعقاد البيع للعقاري و اعتبرها دليل اثباته حيث عمد إلى إلغاء العقود العرفية التي كانت سائدة في زمن مضى من خلال تصحيح المعاملات العقارية التي كانت مبرمة بعقود عرفية وقد تم اللجوء الى توثيقها و اعطائها صفة الرسمية فأصبحت الشكلية هي العنصر الجوهري في العقد لا يمكن أن يتم التصرف بدونها و خصها المشرع بحماية خاصة من خلال مجموعة من النصوص القانونية كما أنه جعل الجزاء على تخلف هذه الأخيرة في عقد البيع العقاري أن التصرف يكون باطلا بطلانا مطلق لا يرتب أي أثر قانوني فيعتبر العقد الباطل منعدما و لاوجود له و ذلك لانعدام الشكل فيه هذا ما سنتطرق له في هذا الفصل تحت عنوان تطبيقات الشكلية و حكم تخلفها في البيع العقاري حيث نتناول في المبحث الاول أشكال البيع العقاري قبل 1970 و بعد 1970 كما سنتحدث في المبحث الثاني عن الاهداف التي تحققها الشكلية الرسمية في العقود المتعلقة بالعقارات و موقف المشرع من تخلف هذه الأخيرة في عقد البيع الوارد على العقار.

المبحث الأول: أشكال البيع العقاري في الجزائر:

تعتبر الملكية العقارية الخاصة بوصفها حق عيني لا تثبت ولا يمكن الاحتجاج بها لدى الغير إلا من يوم تسجيلها وإخضاعها للشهر، تطبيقا لنص المادة 15 من الأمر74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري:" كل حق للملكية وكل حق عيني يتعلق بعقار لاوجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية ...".

ويقصد بالشهر مجموع الإجراءات والقواعد القانونية والتقنية التي تؤدي إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات المنصبة على العقارات، سواء كانت كاشفة أو منشئة أو منهية أو معدلة لكل حق عيني عقاري أصلي أو تبعي، بغض النظر عن التصرف، عقدا كان أو حكما أو قرار إداري.[1]

والملاحظ قبل سنة 1970، كانت معظم المعاملات التي تتم بين الأفراد عبارة عن عقود عرفية حتى ولو كان محلها تصرفات واردة على عقارات، وخلال تلك الفترة لم يتشدد المشرع ولم يقرر في ضرورة توافر الشكلية في التصرفات الواردة على العقارات، ولكن بعد سنة1970 أوجب قانون التوثيق المشرع ضرورة إتباع إجراءات شكلية وذلك حتى تنتقل الملكية بين المتعاقدين، وحتى يكون لها أثر في العلاقة مع الغير، إذا كانت التصرفات محلها عقارات وفي هذا المبحث سنتناول شكل البيع العقاري في الجزائر قبل 1970 في مطلب أول ثم نبين شكل البيع العقاري في الجزائر بعد سنة1970 في المطلب الثاني.

المطلب الأول: شكل البيع العقاري في الجزائر قبل سنة1970:

المشرع الجزائري لم يتشدد في إثبات المعاملات المدنية، مثلما تشدد في المسائل المتعلقة بالعقار حيث أوجب الشكلية وجعل منها عنصرا جوهريا لإبرام التصرف الناقل للملكية، ومع ذلك فكثيرا ما يلجأ الأفراد إلى تحديد البيوع العقارية في عقود عرفية، وأيا كانت الأسباب التي ترجع إليها هذه الظاهرة التي كانت سائدة في زمن مضى وبعد صدور قانون الشهر أصبح ممنوعا إصدار العقود العرفية حاليا عند بيع العقارات في الجزائر، وهنا نتساءل عن المقصود بالعقود العرفية؟ وما هي حجيتها في المعاملات العقارية؟ وماذا يميزها عن العقود الرسمية؟ خاصة وأن القضاء الجزائري من جهة اعتبر العقود العرفية سندات معبرة عن مبدأ سلطان الإرادة، فهي حينئذ صحيحة في حين التزمت جهات

(1)أنظر/ حشود نسيمة الشكلية في البيع العقاري، (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، سنة2013، الجزائر، ص42.

قضائية أخرى بتطبيق نص المادة 12 من قانون التوثيق رقم 91/70 أين تغير شكل البيع العقاري الجزائري، والمادة 324 مكرر من القانون المدني التي تعتبر الشكلية ركنا في عقد البيع العقاري، وعليه سنتناول حجية العقود العرفية في المعاملات العقارية في الفرع الأول، ونبين موقف الاجتهاد القضائي من العقود العرفية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حجية العقود العرفية في المعاملات العقارية:

تعتبر العقود العرفية عقود غير رسمية و لم تخضع لإجراءات القيد، فهي غير مسجلة أو مشهرة لدى مصالح التسجيل والشهر العقاري بغض النظر عن صفة القائم بتحرير العقد سواء كان شخص عادي أو ضابط عمومي.[1]

فالقيد في البطاقات العقارية ليس هو الذي يضفي للعقد صفة الرسمية، وإنما صدوره من موظف عمومي مختص في إصدار العقود الرسمية، أما الشهر فيرتب أثره الناقل للملكية فحسب.

وعرف الأستاذ "MICHEL"، و"DOBIVLLAR "، و"ILLIAVRE"، السند العرفي على أنه: "يتعلق الأمر كما نعلم بعقد، قام طرفاه بتسوية علاقتهما القانونية، دون الاستعانة بضابط عمومي".

وقد تناول كلا من قضاء المجلس الأعلى سابقا والمحكمة العليا حاليا، والمرسوم رقم 72/73 المؤرخ في 1970/01/05، والمتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة بمسألة العقود العرفية في مجال المعاملات العقارية الواقعة على الأملاك العقارية الخاصة. وعليه نتناول في هذا الفرع المسائل التالية:

أولا: تمييز العقود العرفية عن العقود الرسمية:

العقد وإن كان أصله اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنع أو فعل أو الامتناع عن فعل، كما يشكل مصدرا من مصادر الالتزام، فالقاعدة العامة هي جواز التعاقد وفق مبدأ سلطان الإرادة تبعا لما يرتضيه الأطراف، إلا فيما منعه القانون والاستثناء من هذه القاعدة العامة يكمن في العقود المبرمة بمناسبة معاملة عقارية، أو حق عيني عقاري بحيث لا ينعقد العقد ولا تنتقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد التسجيل ومراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر.

[1] أنظر/ حشود نسيمة، المرجع السابق، ص42.

أما العقود التي لم تخضع لإجراءات التسجيل والشهر فهي عقود عرفية لا ينجم عنها سوى التزامات شخصية بين الأطراف المتعاقدة.[1]

والعقد التوثيقي يستمد حجيته في الإثبات من ثلاثة عناصر:

ـ صفة الموثق من حيث كونه شاهدا ممتازا يفترض فيه العدل.

ـ القانون الذي أضفى الصيغة الرسمية على المعاملات التي يحررها الموثق.

ـ إرادة الأطراف المتعاقدة الودية التي تعطي التعاقدات حجية العمل المتعاقد فيه، والذي لا يقبل الاستئناف.

والملاحظ أن نظام الشهر العيني يجعل من أصحاب الحقوق المسجلة والمشهرة وكل من تعامل معهم في مأمن من أي تصرف تم دون قيده، فالشهر يسمح للعقد متى تم قيده أن يكون نافذا بين الأطراف، وفي مواجهة الغير.

أما العقود العرفية ورغم أنها عقود رضائية فهي غير نافذة سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير نظرا لاستبعاد المشرع لها من مجال إثبات الحقوق العينية العقارية. ويتميز العقد الرسمي عن العقد العرفي من عدة نواحي:

1ـ أن العقد الرسمي حجيته قاطعة لا تقبل إثبات العكس، إلا بإثبات التزوير على خلاف العقد العرفي وقد نصت على ذلك المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

ويترتب على ذلك أنه يمكن للمنسوب إليه التوقيع في العقد العرفي أن ينكره ويكفي في رفع الحجة أن يكون هذا الإنكار صريحا. ولا يقع على من أنكره إثبات عدم نسبته إليه، بينما يمكن للمنسوب إليه الموقع على العقد الرسمي أن ينكره إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وإذا اعترف صاحب التوقيع بصدوره منه أو لم ينكره صراحة فإن العقد العرفي يكتسب قوة العقد الرسمي ، ولا ترفع عنه الحجية إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

[1] أنظر، د/محمد حسن قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة- الإسكندرية، مصر للنشر، طبعة 1996، ص199.

2 - إن العقد الرسمي ثابت التاريخ، أما العقد العرفي فلا يثبت تاريخه إلا من يوم تسجيله أو من يوم ثبوت مضمونه بموجب عقد لاحق يحرره ضابط عمومي.[1]

3- إن العقد الرسمي يحرر من طرف ضابط عمومي، بينما العقد العرفي يحرره الأطراف المتعاقدين وفق صيغ يتم الاتفاق عليها.

ثانيا: أثر البيع العقاري العرفي:

إن العقد العرفي لا يؤدي من حيث الأهمية الدور الذي يؤديه العقد الرسمي، بحيث أن العقد الرسمي له قوة إثبات وهي ضمانات تحفظ للأطراف حقوقهم، الشيء الذي دفع المشرع إلى فرض تحرير العقود ذات الأهمية الخاصة في شكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

إن البيع الوارد على عقار لا يكون صحيحا إذا تم تحريره في عقد عرفي وإلا استطاع كل من البائع والمشتري إزالة أثره بمجرد إنكار التوقيع وهذا ما لا يمكن السماح به في المعاملات العقارية.

إذا فبيع العقار العرفي هو بيع باطل بطلانا مطلقا حتى ولو ثبت صحة العقد العرفي الذي حرر فيه وحتى لو اعترف كل من البائع والمشتري بتوقيعهما عليه.

وبالرجوع إلى نص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني فإنه إذا بطل العقد الرسمي لاختلال شرط من الشروط اللازمة لصحته ، انقلب إلى محرر عرفي إذا كان موقعا عليه من قبل الأطراف طالما أن بطلان العقد الرسمي لا يؤدي حتما إلى بطلان التصرف القانوني الثابت فيه، فهذا يبقى دائما قائما منتجا لأثاره وإثباته بالعقد الرسمي الباطل نفسه، إذا كان هذا العقد صحيحا باعتباره عقد عرفي، بحيث يعتبر حكم المادة 326 مكرر 2 شبيها بحكم المادة 105 من القانون المدني التي تنص أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، إلا أن تحول العقد الرسمي الباطل إلى عقد عرفي صحيح يفقد فائدته إذا كان التصرف القانوني الثابت فيه[2] يبطل إذا تخلف الشكل الرسمي فيه كما هو الشأن في بيع العقار، فيكون للتحول أثر إذا كان التصرف رضائيا قابلا للإثبات بالكتابة العرفية، كما هو الشأن مثلا في البيع الوارد على المنقول.

---

[1] أنظر/محمد أحمد عابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن فيها، المرجع السابق، ص16.

[2] أنظر،الأستاذة/ يونسي حداد، مقال صدر في مجلة المدرسة الوطنية للإدارة باللغة الفرنسية، المجلد08، العدد01، سنة 1988،ص75.

الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من العقود العرفية:

عرف الاجتهاد القضائي في الجزائر مواقف متباينة في تفسير النصوص وتطبيقها كلما تعلق الأمر بمعاملات عقارية أبرمت بواسطة عقود عرفية، وذلك تبعا لمراحل عديدة شهدها تطور التشريع المعمول به.[1]

أولا: موقف المحكمة العليا قبل صدور اجتهاد الغرف المجتمعة:

كانت المحكمة العليا ـ في ظل الاجتهاد القضائي القديم ـ تعطي للعقود العرفية الحجية الكاملة في عملية نقل الملكية العقارية، مؤيدة اتجاه المحاكم التي تقضي بإلزام البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري، وفي حالة امتناع المطلوب قام الحكم مقام العقد .

وفي قرارين صادرين عن الغرفة المدنية لدى المجلس الأعلى المعبر عنه حاليا بالمحكمة العليا الأول بتاريخ 1982/02/03، والآخر في 1986/02/06 بشأن العقود العرفية المبرمة قبل صدور قانون التوثيق لسنة 1970 في مجال المعاملات العقارية، أكد قضاء المجلس الأعلى أن العقود العرفية المحررة في ظل التشريع القديم هي عقود ذات قيمة قانونية بالنسبة للبيوع العقارية ، إلا أنه وبعد صدور قانون التوثيق في سنة 1970، شهد موقف القضاء منعرجا آخرا من حيث مدى اعتبار عنصر الشكل إجراء جوهري لصحة العقد.

ونلاحظ بأن اجتهاد الفريق الثاني يختلف بصورة جوهرية عما ذهب إليه الفريق الأول، وقد يرجع ذلك إلى محاولة القضاة الذين أخذوا بصحة المعاملات العقارية المحررة بموجب عقود عرفية بمجابهة التصرفات اليومية للمواطنين بوصفها واقعة اجتماعية و مادية متفشية، وفتح المجال لقضاة الموضوع من أجل تسوية الوضعيات المماثلة.

ثانيا: موقف المحكمة العليا من حجية العقود العرفية:

أمام الاجتهادات القضائية فيما يتعلق بصحة المعاملات العقارية المحررة بواسطة عقود عرفية أصدرت المحكمة العليا، قرار يحمل رقم 136156 مؤرخ في 1997/02/20 في قضية بن عودة أحمد صد عريب حميد، يؤكد على ضرورة احترام نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لا سيما عنصر الشكل لصحة العقود بل أكثر من ذلك، وجوب إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل

[1] أنظر/ يونسي حداد، المرجع السابق، ص91.

إبرام العقد العرفي، وذلك من خلال الرد على الوجه الوحيد المثار المأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه بدعوى أن عملية بيع محل تجاري يخضع لأحكام المادة 79 من القانون التجاري، والمادة 324 مكرر من القانون المدني، و أنه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان.[1] إلا أن القرار المنتقد رفض الدفع الخاص ببطلان العقد وقضى بصحته حيث أنه يثبت من القرار المطعون فيه، أن قضاة الاستئناف قد اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن بن عودة أحمد إلى المطعون ضده غريس حميد، عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف البيع وتحديد الثمن، وتترتب عليه التزامات شخصية ونتيجة لذلك قضوا بصرف الطرفين، فالمادة 12 التي أدمجت لاحقا في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني المعدل بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 التي تنص على: "زيادة على العقود، التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها فأصبحت العقود الرسمية هي السندات الوحيدة الناقلة للملكية والقابلة للاحتجاج بها في المعاملات العقارية "، واستبعدت بذلك صراحة العقود العرفية من مجال وسائل الإثبات، كلما تعلق الأمر بملكية عقارية إلا أن اجتهاد المحكمة العليا انقسم بين من يرى بضرورة احترام نص المواد 12 من قانون التوثيق والمادة 324 من القانون المدني، بحيث يجب تحرير العقود الناقلة للملكية أمام ضابط عمومي وكل تصرف مخالف يقع تحت طائلة البطلان بينما فريق من القضاة اعتبروا العقود العرفية وسيلة للتعبير عن الإرادة وتنطبق عليها أحكام القانون المدني، لا سيما المادة 106 منه ـ العقد شريعة المتعاقدين ـ ومبدأ سلطان الإرادة.

إن المعاملات العقارية المحررة في شكل عقود عرفية هي وعد بالبيع وهذا حسب القرارات الثلاثة الصادرة عن المحكمة العليا، المؤرخة في 1981/10/21 - 1982/07/07 -1983/05/07 غير منشورة نوردها على سبيل المثال .

وعلى هذا الأساس لا تسمح للمستفيد إلا بالمطالبة بإتمام الإجراءات أمام الموثق أو بالتعويض إذا لم يتحقق الاتفاق حيث خلص القرار المؤرخ في 1981/10/21.[2] بأن: " العقد العرفي لا يشكل إلا وعد بالبيع وبإمكان المشتري المطالبة بتجسيد البيع في شكل عقد توثيقي وإن حالة عدم التنفيذ لا تخول إلا الحصول على التعويضات المدنية"، وهذا ما ذهب إليه القرار المؤرخ في 1982/07/07: "ولما كان

[1] أنظر/ مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلة رقم08، العدد1، سنة 1988، باللغة العربية، ص 91.
[2] أنظر/ المرجع نفسه، ص79.

العقد العرفي غير ناقل للملكية إنما يولد التزامات شخصية تسمح بالحصول على التعويضات المدنية في حالة عدم التنفيذ".[1] وبالرجوع إلى المادة 793 من القانون المدني، فإن عقد الملكية الصحيح هو الذي تم إخضاعه لإجراءات التسجيل والشهر العقاري وفقا لأحكام الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، حيث تنص المادة 15 منه على ما يلي: "كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموع البطاقات العقارية ، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية ".

إذا لم يكن لديه سند رسمي وكان حائز للعقار حيازة هادئة مستمرة وغير منقطعة يجب عليه الاقتراب من موثق لإعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بإجراءات إثبات التقادم المكسب، وهذا محتواه: "كل شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن لإجراء المحدث بالأمر رقم58/75 المؤرخ في 1975/09/26المتضمن القانون المدني ، يمكنه أن يطلب من الموثق المسؤول عن مكتب التوثيق المختص إقليميا عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية".

أما اجتهاد الفريق الثاني ، فيظهر من خلال قرارات عديدة من بينها القرار رقم 6/304 الصادر بتاريخ 1990/11/19،عن الغرفة المدنية، غير منشور، والقرار رقم 769 /6، صدر في نفس اليوم غير منشور، والقرار رقم 101108، الصادر بتاريخ 1995/05/05، غير منشور، كل هذه القرارات تعبر عن غاية المشرع من نص المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق وهي الحفاظ على مصالح الخزينة العمومية والشهر العقاري بينما صحة المعاملات تخضع للمواد 27-351-361 من القانون المدني.[2]

وجاء في القرار الأول: "حيث يتبين من القرار المطعون فيه، أن قضاة الموضوع ناقشوا العقد العرفي، المحرر في 09/ 04/ 1981 واعتبروه صحيحا من خلال الشروط المنظمة له ولما كان العقد العرفي صحيحا، وأنشأ التزامات بين أطرافه وفقا للمواد 72- 351-361 من القانون المدني وأن الملكية قائمة والمشرع أراد أن يعطي للعقود العرفية مكانة في المعاملات القانونية، لأنه يشكل في نظر القانون مصدر التزامات بين الأطراف، وأمام هذه الظروف فإن قضاة الموضوع أصابوا عندما أعلنوا صحة العقد العرفي، وصرف الأطراف لإتمام إجراءات البيع .

---

[1] أنظر/ مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المرجع السابق، ص82.

[2] أنظر/ المرجع نفسه، ص95.

أما القرار الثاني: فقد خلص لما يلي: "إن من صلاحيات قضاة الموضوع مناقشة المواد 351-361 من القانون المدني وليس مناقشة المادة 12 من الأمر الصادر في 1970 الذي لا ينطبق على قضية الحال وأن المشرع أراد أن يعطي للعقود العرفية مكانة في المعاملات القانونية، لأنه يشكل في نظر القانون مصدر التزامات بين الأطراف.

القرار الثالث:" ينصرف الأطراف إلى موثق لإتمام البيع ويكون قضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا سليما وأنه ليس للطاعن إشارة خرق نص المادة 120 من الأمر الصادر في 1970 والتي سنت لفائدة الخزينة العمومية والشهر العقاري "، أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع حيث أن قضائهم قد خرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و324 مكرر من القانون المدني لكونهما يشترطان في كل بيع محل تجاري تحريره عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف وكذا حقوق الغير وإلا كان باطلا .

حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد .

حيث أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية إذا كان صحيحا، يجب أن يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام ولا يمكن للقاضي، أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع

ويجب على قضاة الموضوع ضمن هذه الظروف أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية، ويأمروا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103من القانون المدني. وبما أن القرار المنتقد لم يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فانه يستحق النقض.[1]

وفي تعليق بقلم السيد حسان بوعريج[2] حول اجتهاد المحكمة العليا المشار إليه أعلاه جاء: "إن الحل القانوني الذي أعطته الغرفة المجتمعة متعلق بمدى صحة العقود العرفية التي تتضمن بيع المحلات التجارية، لكنه يمكن توسيع موضوع هذا القرار ليشمل أيضا بيع العقارات المبنية وغير المبنية كون نفس النصوص القانونية تطبق على بيع المحلات التجارية والعقارية "

---

[1] أنظر/ مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المرجع السابق، ص93.

[2] أنظر/حسان بوعريج، نائب الرئيس للمحكمة العليا، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، طبعة 1999، ص43 .

إذا فإن اجتهاد المحكمة العليا بهيئة الغرفة المجتمعة وتطبيقا لأحكام المادة 324 مكرر من القانون المدني، فإن العقد العرفي لا يعد سند لإثبات ملكية عقارية أو حقوق عقارية.

المطلب الثاني :شكل البيع العقاري في الجزائر بعد سنة1970.

تغير شكل البيع العقاري في الجزائر بعد صدور قانون التوثيق بمقتضى الأمر رقم 91/70 الصادر بتاريخ 1970/12/15، بحيث أن معظم المعاملات الواردة على العقارات كانت عرفية، ثم اختلفت وسائل الإثبات بالنسبة للملكية العقارية طبقا للتشريع الجزائري بين النص العام الذي يمثله القانون المدني، والنصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة، من حيث ترتيبها ومدى حجيتها أمام الجهات القضائية، حيث تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارأو حقوق عقارية ...في شكل رسمي".

وبالرجوع إلى نص المادة 09 من القانون 25/90، المؤرخ في 1990/11/18المتضمن قانون التوجيه العقاري، فإن المقصود بالرسمية حسب هذه المادة:" يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".

إن الملكية العقارية لا تثبت بغير سند رسمي، كأن يلجأ إلى العقود العرفية، وقد وصفه الأستاذ سباغ محمد موثق بتلمسان:" وجود العقد الرسمي بالنسبة للعقد العرفي كحضور الماء في بطلان التيمم للوضوء".[1] والحق العيني العقاري لا وجود له بالنسبة للغير إلا من يوم إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، وطبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، فإن المقصود بالعقد الرسمي هو السند الرسمي وليس العقد ، حيث عرفت المادة 324 من القانون المدني العقد الرسمي بأنه:" 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".

والسندات التي يجيزها المشرع هي السندات المحررة من طرف ضابط عمومي أو موظف عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة وهي ثلاثة أنواع :

[1] أنظر،الأستاذ/ سباغ محمد، مقال بعنوان التوثيق والعقود الرسمية، مجلة الموثق، العدد 05، طبعة 1998، ص21.

1- العقود التوثيقية المشهرة هي السندات المحررة من طرف ضابط عمومي، يطلق عليه تسمية موثق وفقا لمحتوى الأمر91/70، المؤرخ في 1970/12/15 والمتضمن تنظيم التوثيق، المعدل بموجب القانون 27/88 المؤرخ في 1988/07/12، وقد ألغيت هذه العقود.

2- الوثائق المسلمة من طرف السلطة الإدارية.

3- الأحكام القضائية.

ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى الوثائق المسلمة من طرف السلطة الإدارية في فرع أول ثم نتطرق إلى الأحكام القضائية في الفرع الثاني.

الفرع الأول:الوثائق المسلمة من طرف السلطة الإدارية:

المقصود بالوثائق الإدارية هي الوثائق التي تحررها الإدارة العمومية، وهي تنقسم إلى ثلاثة أنواع :

- قرارات إدارية وتصدرها الإدارة العمومية بإرادتها المنفردة.

- عقود إدارية تتم بموجب اتفاق بين طرفين أحدهما الإدارة.

- شهادات تثبت وقائع مادية تكسب المستفيد منها مركزا قانونيا.

أولا: القرارات الإدارية:

وفقا للتعريف الفقهي يقصد بالقرار الإداري هو كل عمل قانوني انفرادي، يصدر بإرادة إحدى الجهات الإدارية المختصة، ويحدث آثارا قانونية بإنشاء مركز قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء مركز قانوني قائم،[1] وتصدر القرارات الإدارية عن السلطة الإدارية المختصة بشكل منفرد وملزم في ذات الوقت، دون حاجة إلى انتصار لرضاء الأفراد أو الغير وهذا في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وتعد أفضل وسائل القانون العام فعالية وسرعة في الفصل في القضايا المعروضة.

غير أن الإدارة ليست مجبرة بصورة دائمة الجوء لإصدار قرارات فقد تجد في إبرام عقود رضائية مع الأفراد أو الأشخاص المعنوية ما يحقق أهدافها. وتختلف العقود الإدارية عن القرارات

[1] أنظر، د/عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة 1989، ص215.

الإدارية فالعقود الإدارية هي انصراف إرادتين لشخصين من أجل تحقيق نتيجة على أن ينتهي أحدهما بالضرورة إلى أحد أشخاص القانون العام، ومن تطبيقات القرارات الإدارية الناقلة للملكية العقارية:

- الأمر 73/71 المتضمن قانون الثورة الزراعية في مادته 243 حيث تنص: " يصدر الوالي بموجب المادة قرارات التأميم والمنح على أساس القوائم المصادق عليها من قبل المجلس الشعبي الولائي" والحائز على قرار المنح يعد مالك لحق الانتفاع الدائم وفقا لأحكام المادة 124 من نفس القانون.

وقد ألغي الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتضمن قانون الثورة الزراعية بموجب المادة 75 من القانون رقم 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، كان يخول للدولة حق اتخاذ قرارات إدارية تتضمن تأميم الأراضي لفائدة الصندوق الوطني للثورة الزراعية.[1]

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

ـ قرارات نزع الملكية من أجل المنفعة العامة التي تتخذ في إطار القانون رقم 11/91 المؤرخ في 1991/04/27، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، إذ جاء في نص المادة 02 منه :" يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العامة طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية ..."، و تنص المادة 30 منه:" يبلغ القرار الإداري الخاص بنزع الملكية إلى المنزوع منه وإلى المستفيد ويخضع للشكليات القانونية المطلوبة في مجال التمويل العقاري وعندئذ يلزم المعنيون بإخلاء الأماكن ".

فبعد أن يدفع المالك السند العرفي ورسما ذا طابع استثنائي للخزينة العامة تسلمه البلدية سندا يسمى قرار إداري يكسب صاحب العقار صفة رسمية أمام الغير.

[1] أنظر، د/ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص42.

ثانيا :العقود الإدارية :

كان المشرع الجزائري يطلق عل العقود الإدارية باللغة الفرنسية تسمية **ACT**، خلافا لما ذهب إليه في القانون المدني، أين يقابل مصطلح العقد تسمية **CONTRAT**، لأن مصطلح **ACT**، [1]مفردها باللغة العربية كلمة سند، وهذا الأخير لفظ عام يشمل كل الوثائق بما فيها العقود والقرارات والأحكام والقول بإسناد الملكية إلى عقد إداري لا ينفي عن السند صفة العقد ، وهو الاتفاق الذي يتم بين طرفين توافقت إرادتهما بالإيجاب والقبول مع الأهلية وعدم مخالفة مقتضياته للنظام العام والآداب

ويعرف القانون المدني الجزائري العقد وفقا لأحكام المادة 54 على أنه: "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنع أو فعل أو عدم فعل شيء ما "، كما عرفه الأستاذ عبد الرزاق السنهوري[2] بأنه: "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني سواء كان الأثر إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه".

وللعقد أركان تتمثل في: التراضي، المحل، السبب والشكل، ومن العقود الإدارية بوصفها سندات رسمية والتي تثبت الملكية العقارية، العقود المتضمنة اكتساب الحيازة عن طريق الاستصلاح وفقا للقانون رقم 18/83، والمرسوم التنفيذي رقم 724/83 المؤرخ في 1983/12/10.

وبالرجوع إلى المادة 59 من القانون المدني الجزائري اعتبرت التراضي في العقود قائما متى صدر إيجاب وقبول متطابقين واتجها إلى إحداث أثر قانوني هو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما ويجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب لا يعدل منه ولا يقيد منه أو يزيد عليه ، وعنصر التراضي في عقدي المستثمرات الفلاحية والاستصلاح يشملان إيجابا من طرف الإدارة المختصة .

أما المحل في العقد فهو محل الالتزام الذي نظمته نصوص المواد من 29 إلى 96 من القانون المدني الجزائري ويشترط لصحته :

ـ أن يكون موجودا عند إبرام العقد، أو ممكن الوجود في المستقبل.

ـ أن يكون معينا، أو قابلا للتعيين.

---

[1] أنظر/ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البليدة،1999، ص01 ..11.

[2] أنظر،د/ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ـ الجزء الأول، طبعة 1934 ص811 .

ـ أن يكون مشروعا، أي يجوز التعامل فيه[1].

والشروط الثلاث المشار إليها أعلاه متوفرة في عقدي المستثمرات الفلاحية والاستصلاح وفقا للأمر رقم 210/80 المؤرخ في 1993/05/19 وبما أن أحد طرفي العقد سواء المتعلق بالمستثمرات الفلاحية أو الاستصلاح هي الدولة ، فإن التدابير المتعلقة بإعداد عقد الملكية مخولة بقوة القانون لإدارة أملاك الدولة بينما يبقى النشر من اختصاص المحافظة العقارية.

كذلك من أمثلة العقود الإدارية، عقود التنازل المحررة طبقا للقانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/07، المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية، والذي ترتب عليه إلحاق أضرار معتبرة بالخزينة العمومية لكون أن عملية التنازل تمت بأثمان زهيدة من جهة ، كما فقدت الخزينة العمومية مداخيل دائمة من جهة أخرى وهو ما جعل المشرع يقوم بإلغاء قانون 01/81، بموجب القانون رقم 06/2000، المؤرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2000.

أيضا العقد الإداري المتضمن بيع عقار في إطار تسوية البنايات اللاشرعية، تنفيذا للمرسوم رقم 212/85 المؤرخ في 1985/08/13 الذي يحدد شروط تسوية أوضاع الذين يشغلون فعلا أراضي عمومية أو خاصة كانت محل عقود أو مباني غير مطابقة للقواعد المعمول بها أو شروط إقرار حقوقهم في التملك والسكن، حيث نصت المادة 12 منه:" يعد في إطار هذا المرسوم عقد الملكية حسب الشكل الإداري وتسلم رخصة البناء أو رخصة تجزئة الأرض للبناء مع عبارة (تسوية الوضعية)".

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

ويقوم بتحرير العقود الإدارية مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة للدولة والولاية بصفته موثق الدولة والجماعات المحلية، وكذا رئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة للعقارات التابعة للبلدية المدمجة في الاحتياطات العقارية و التي جزئت قبل صدور القانون رقم25/90 المتضمن التوجيه

[1] أنظر، د/ خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994، ص78.

العقاري وهو ما أشار إليه مجلس الدولة في القرار رقم 193/370 المؤرخ في 2000/05/28 غير منشور:" حيث أنه فيما يتعلق بالوجه الذي أثاره العارض فيما يخص منع ممثلي الجماعات المحلية من التصرف في القطع الأرضية العارية التابعة للغير وذلك بموجب القانون رقم25/90ألمؤرخ في 1990/11/18.

أما بعد صدور قانون التوجيه العقاري رقم 25/90 فإنه وطبقا لأحكام نص المادة 73 منه، فإن الوكالة العقارية هي المختصة لوحدها بتسيير المحفظة العقارية للبلدية والتي غالبا ما تلجأ إلى إبرام عقودها عن طريق مكاتب التوثيق.[1] ولم يبقى لرؤساء المجالس الشعبية البلدية سوى حق تحرير عقود التصرف في الملكية العقارية التابعة للبلدية لصالح الأشخاص المعنوية العامة.

والملاحظ أن الممارسة التطبيقية دلت على بعض الجهات القضائية تعتبر بعض العقود الإدارية كسندات ملكية، ولكنها في الحقيقة ليست كذلك، ومثال ذلك عقد التخصيص، محضر تعيين قطعة أرض لإنجاز مشروع، رخصة البناء، مداولة المجلس الشعبي البلدي، بطاقة التصريح بالإقامة المعاملات الإدارية، محضر اجتماع مجلس الإدارة .

تعتبر هذه السندات الإدارية ليست عقود ملكية وإن كانت يمكن أن تشكل إثبات لتعامل صحيح تم بين الإدارة والمستفيد، ولكي تعتبر سندات إدارية مثبتة للملكية العقارية، يجب أن تفرغ في قالب رسمي يحرره مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة أو الموثق إذا اختارت الإدارة اللجوء إليه.

وللاحتجاج بهذه العقود الإدارية فيما بين المتعاقدين أو اتجاه الغير يجب أن يكون قد تم إشهارها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظات العقارية المختصة إعمالا لنص المادتين15-16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمواد 165-792-793 من القانون المدني، والمادة 29 من قانون التوجيه العقاري وبما أن عملية تحرير العقود الإدارية هي من اختصاص الإدارة البائعة فإن تسجيلها لدى مصلحة التسجيل والطابع بمتفشية الضرائب وشهرها بالمحافظة العقارية تبقى على عاتق ومن اختصاص الإدارة التي تظل ملزمة بالقيام بجميع الشكليات.

[1] أنظر/ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص47.

ثالثا : شهادات الملكية:

استعملت شهادات الملكية العقارية من طرف الإدارة الاستعمارية الفرنسية أراضي الأهالي وهذا لأول مرة بموجب القانون المؤرخ في 1873/07/26، المعدل والمتمم بموجب القانون المؤرخ في 1987/02/16، الذي استحدث لجان تحقيق ميدانية من أجل التثبت من هوية الملاك وذوي الحقوق العينية التبعية، الذين تسلم لهم شهادات لذلك والمشرع الجزائري يضع نفس الإجراءات بمناسبة عملية إثبات حق الملكية العقارية الفلاحية الخاصة بالنسبة للملاك الذين يفتقدون إلى سندات ملكية مكتوبة في إطار تطبيق قانون الثورة الزراعية بموجب المرسوم رقم 32/73 المؤرخ في 1973/01/05 المتعلق بإثبات حق الملكية الخاصة الذي أنشأ لهذا الغرض لجان تقنية على مستوى كل مجلس شعبي بلدي موسع وبعد الانتهاء من عمليات التحقيق وانعدام المعارضة خلال الآجال القانونية المقررة تقوم إدارة أملاك الدولة بتحرير" شهادات الملكية" وتسلم إلى الملاك المعترف بأنهم أصحاب أراضي خاصة زراعية أو معدة للزراعة يشار فيها إلى نوع وموقع ومساحة الأراضي، كما كانت مستخلصة أثناء التحقيق وفي حالة الشيوع كما نذكر فيها أسماء الورثة والشركاء في الملك والحصة التي تعود لكل واحد منهم كما يشار فيها إلى التكاليف والارتفاقات التي تكون قد ظهرت أثناء عملية التحري، وتنص المادة 32 من نفس القانون على استبدال شهادات الملكية بدفاتر عقارية، بمجرد إحداث المسح العام للأراضي للبلاد لأن عملية المسح كانت مزمع البدء فيها بموجب الأمر 73/71 المؤرخ في 1971/11/08 المتعلق بالثورة الزراعية[1]، ونجد المشرع الجزائري استعمل هذه التقنية بمقتضى القانون رقم 18/83 المؤرخ في 1983/08/13 المتعلق بحيازة الملكية الفلاحية، إذ حددت المواد من 08 إلى 17 من المرسوم التنفيذي رقم 724/83 المؤرخ في 1983/12/10، المحدد لكيفيات تطبيق القانون رقم 18/83المذكور للإجراءات الواجب إتباعها من طرف المترشح للاستصلاح، وكذا من طرف المجموعات المحلية المكلفة بدراسة الملف وألزمت أحكام هذا المرسوم التنفيذي أية جهة معينة تعترض أو ترفض المشروع أن تسبب موقفها .

كما فرضت المادة 16 منه على رئيس المجلس الشعبي البلدي، تبليغ قرار الوالي إلى المعنيين به واعتبرت عدم صدور قرار بعد مضي ثلاثة أشهر من إيداع المتر شح لملفه، بأنه قبول ضمني إلى مشروع الاستصلاح وألزمت رئيس البلدية بأن يسلم للمعني شهادة الملكية وهو حل غريب، إذ كيف يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي أن يحل محل الوالي، ويمنح شهادة ملكية على ممتلكات تابعة للدولة

[1] أنظر/ زروقي ليلى ،التقنيات العقارية، الجزء الأول، العقار الفلاحي، الطبعة الأولى، الجزائر، لديوان الوطني للأشغال التربوية،2000،هامش، ص 126 .

علما أن انتقال الملكية العقارية لا يمكن أن يتم إلا إذا حرر عقد رسمي صادر من المالك أو من يمثله أي من الوالي أو مدير أملاك الدولة ويشترط أن يتم إشهاره بالمحافظة العقارية.[1]

أما بالنسبة لشهادة الحيازة المستحدثة بموجب المادة 39 من القانون رقم 25/90، المؤرخ في 1990/11/18المتضمن التوجيه العقاري، والذي حدد المرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 1991/07/27 كيفية إعدادها وتسليمها، فهي كما تدل عليها تسميتها مجرد سند حيازة مؤقت، يسلم من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي على الرغم من أنها ترتب لصاحبها مجموعة من الإمكانيات القانونية التي لا تمنح إلا للمالك بسند رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية، كحق إبرام عقد رهن على العقار المحاز، وكذا إمكانية الحصول على رخص التعمير، كرخصة البناء، رخصة الهدم، شهادة المطابقة...الخ

لكن نظرا للطابع الشخصي لهذه الشهادات، فهي لا تخول صاحبها كل الخاصيات المتعلقة بحق الملكية لكن يمكن أن تشكل وسيلة للتملك في المستقبل أثناء انتهاء عمليات مسح الأراضي المنصوص ، عليها بموجب الأمر رقم 74/75، المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والنصوص التنظيمية التي اتخذت لتطبيقه، إذ يسلم لصاحب شهادة الحيازة "دفتر عقاري" بعد مرور مهلة أربعة أشهر المقررة بموجب الترقيم المؤقت، إذ يصبح هذا الترقيم نهائيا بعد انقضاء هذه المهلة دون حصول اعتراض.

الفرع الثاني: الأحكام القضائية:

إن الأحكام القضائية المتعلقة بنقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية أو تعديل لهذه الحقوق أو قسمتها أو إبطالها أو أي تغيير في الملكية العقارية بصفة عامة، وبما أن هذه الأحكام القضائية الناقلة أو المعدلة للملكية العقارية هي بمثابة عقود رسمية خاضعة للتسجيل والشهر العقاري فينبغي على الجهات القضائية بدءا بكاتب الضبط على القاضي أو الغرفة التي تفصل في النزاع أن تراع الإجراءات والشروط الخاصة بالدعاوى العقارية من حيث الشكل والموضوع[2] كما هو الشأن بالنسبة لأحكام رسو المزاد وحكم تثبت الوعد بالبيع العقاري، الحكم القضائي بقسمة المال المشاع.

---

[1] أنظر/ عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص127.

[2] أنظر، د/ بن عبيدة عبد الحفيظ ، إثبات الملكية العقارية، والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، طبعة 2003 ، ص69 .

أولا :حكم رسو المزاد :

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

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

ثانيا: حكم تثبيت الوعد بالبيع العقاري:

إذا التزم الواعد ببيع عقار خلال مدة معينة وأبدى الموعود له رغبته في الشراء، خلال المدة المقررة قرار رقم 23385 المؤرخ في 2000/05/24: "المستفاد من القرار المطعون فيه أن المطعون ضدهما التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع ،لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء ،مما جعل المطعون ضدها يتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر، وهو تصرف سليم من الناحية القانونية ".

فإتمام إجراءات البيع النهائي لا تحتاج إلى رضاء جديد من طرف الوعد، فإذا ما نكل وتراجع عن وعده جاز للموعود له اللجوء إلى القضاة لاستصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد ،ويصير سند الملكية بعد صيرورته نهائيا.[1]

[1] أنظر، د/عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص56.

والوعد بالبيع يسجل لدى مصلحة التسجيل، لأن الغرض من تسجيل العقود الرسمية هو تمكين الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحويلات الواردة على الملكية العقارية الخاصة، وإعادة تقويمها وتحصيل الرسو والضرائب المترتبة عليها ،والوعد بالبيع العقاري لا يشهر بالمحافظة العقارية، لأن الالتزام الذي يترتب في ذمة الواعد هو التزام بعمل، وهذا العمل هو أن يبرم عقد نهائي مع الموعود له إذا أظهر هذا الأخير رغبته في الشراء خلال المدة المحددة بالوعد.

وبالتالي فحق الموعود له في هذه المرحلة ـ أي قبل ظهور الرغبة- حق شخصي وليس حق عيني لهذا السبب لا يشهر الوعد بالبيع العقاري في المحافظة العقارية لأن الشهر العقاري ليس ركنا وإنما هو إجراء قانوني لنقل الملكية ،[1] وهذه الأخيرة لا تقوم إلا بشهر الحقوق العينية الأصلية والتبعية.[2]

ثالثا :الحكم القاضي بقسمة المال الشائع:

الشيوع حالة قانونية تنجم عن تعدد أصحاب الحق العيني ومصادر الملكية الشائعة هي نفس أسباب الملكية العقارية، لكن أهمها وأكثرها طرحا في المحاكم هي الميراث، حيث جاء في القرار رقم 199696، المؤرخ في 2000/06/28، الغرفة العقارية: "غير منشور" حيث أن الدعوى الحالية لا تتعلق بنقل الملكية التي تطبق عليها المواد القانونية المذكورة في المادة 12 من قانون التوثيق، والمادة 793 من القانون المدني:" بل يتعلق بقسمة مخلفات المالك، وكان على قضاة الموضوع أن يتحققوا أن الأرض المذكورة كانت بحوزة المورث عند وفاته، وحيث أن إثبات ملكية العقار يمكن أن يكون بكل وسائل الإثبات"، فأكثر ما يكون الشيوع عند وفاة المورث وترك ورثة متعددين تنتقل إليهم أمواله التي خلفها حال حياته.

وللخروج من حالة الشيوع بطريقة القسمة القضائية، يوجب القانون على الشريك المشاع أن يرفع دعوى القسمة على سائر الشركاء بدون استثناء، فيدخلون خصوصا في الدعوى تحت طائلة عدم قبولها لعدم انتظام الإجراءات، لأن القضاء في دعوى القسمة هو حكم يؤثر في الملكية وتترتب عليه حقوق وعليه فإن دعوى القسمة هي مجرد دعوى إجراءات لا تأثير لصفة الخصوم فيها، وإذا رفعت

[1] أنظر، د/ عبد الوهاب عرفة، الوسيط في الشهر العقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص34.
[2] أنظر، د/عمر حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر،2001، ص47-48.

دعوى القسمة على بعض الشركاء دون البعض، جاز بعد ذلك إدخال من لم يدخل في الدعوى، وجاز لهؤلاء أن يتدخلوا في الخصومة من تلقاء أنفسهم.[1]

والأصل في القسمة أن تكون عينا حيث يعطي لكل شريك جزء مفرز من المال الشائع، ولكن إذا كان هذا المال لا يقبل القسمة عينا ابتداءا مثل جرار أو سيارة فإن القسمة تتم بطلب أحد الشركاء بيع العقار، وذلك أمام محكمة مقر المجلس القضائي إعمالا بنص المادة01 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات المدنية.

أما إذا كان المال الشائع عقارا لا يعرف ابتداءا ما إذا كان غير قابل للقسمة أوغير قابلا لها إلا بعد معاينة من طرف المحكمة أو الخبير، فإن الأمر يحتاج إلى البدئ بالقسمة العينية ثم القسمة عن طريق البيع بالمزاد العلني في حالة استحالة قسمة العقار عينا.

وتثور مشكلة المحكمة المختصة في الأمر ببيع العقار المشاع بالمزاد العلني في حالة استحالة قسمته عينا ، إذ أن الكثير من محاكم الجمهورية تقصى بعد إعادة السير في الدعوى بعد الخبرة التي تبين استحالة القسمة العينية بعدم الاختصاص النوعي، تأسيسا على أن المحكمة المختصة ببيع العقار المشاع هي محكمة مقر المجلس القضائي، وليست محكمة موطن العقار.

غير أن هذا القضاء لا يستند على أساس قانوني قوي، ذلك أن المشرع حينما أسند بيع المال المشاع إلى محكمة مقر المجلس القضائي، لم يقصد أن تكون هذه الأخيرة مختصة في قسمة المال المشاع، وإنما قصد بيع المال المشاع الذي لا تقبل قسمته ابتداءا مثل السيارة، السفينة، الطائرة، وما إلى ذلك .

أما إذا بدأت الخصومة بدعوى القسمة، فإن إعادة السير فيها يجب أن يتم أمام المحكمة التي أصدرت الحكم الصادر قبل الفصل في الموضوع، ولكن إذا رفضت الفصل في الدعوى لعدم الاختصاص النوعي تكون قد رفضت الفصل في دعوى القسمة وهي من صميم اختصاصها سواء كانت عينية أو قسمة تصفية .[2]

---

[1] أنظر، د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثامن، دار إحياء التراث العربي، ص95 .
[2] أنظر،د/عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص59.

إن الحكم الصادر بالقسمة يعد مثبتا للملكية العقارية بعد شهره لمصلحة الحفظ العقاري في حالتين: [1]

1- سواء كانت القسمة عينية، إذا نصت المادة 727 من القانون المدني: "تجرى القسمة بطريق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز".

2- إذا تمت بطريق البيع بالمزاد العلني، إذ نصت المادة 728 من القانون المدني: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، بيع بالمزاد العلني بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتنقص المزايدة على الشركاء وحدهم، إذا طلبوا هذا الإجماع".

المبحث الثاني: أهداف الشكلية وحكم تخلفها في البيع العقاري:

ظلت الشكلية منذ القديم مؤدية أدوارا مختلفة وهامة في تنظيم حياة المجتمع واستمر وجودها في الوقت الحديث من أجل تحقيق أغراض متنوعة و أهداف شتى، ورغم الاختلاف بين الأهداف التي كانت في السابق والأهداف الحديثة إلا أنها ترمي كلها إلى حماية المصالح العامة والخاصة لكل طرف على حدا، وهذا ما جعل غياب الشكلية من العقود التي تتطلب بروزها فيها يشكل عائقا أمام أطراف العقد عند إقبالهم على التصرف المراد إنشائه، وهذا ما سنتحدث عنه في هذا المبحث حيث سنتناول الأهداف التي ترمي إليها الشكلية في العقود في المطلب الأول، ثم نتطرق إلى موقف المشرع من تخلف هذه الأخيرة في عقد البيع الوارد على العقار في المطلب الثاني .

المطلب الأول:أهداف الشكلية:

اعتبر المشرع الشكلية ركنا أساسيا لازما لانعقاد العقد وجعل تخلفها في عقد البيع العقاري يؤدي إلى بطلانه، وذلك لما تحمله هذه الأخيرة من مزايا هامة لمنع تضارب مصالح الأشخاص في المجتمع، فالشكلية هي وسيلة لحماية المصالح العامة والخاصة وهذا ما سنوضحه في هذا المطلب حيث نبين في الفرع الأول الشكلية لحماية المصلحة العامة ثم نتطرق إلى الشكلية لحماية المصلحة الخاصة في الفرع الثاني.

[1] أنظر،د/ عمر حمدي باشا، المرجع السابق، ص60.

الفرع الأول: الشكلية لحماية المصلحة العامة:

الشكلية باعتبارها وسيلة لحماية المصلحة العامة تهدف إلى ضمان حسن سير المرافق العامة وتوجيه اقتصاد الدولة وتنظيم الملكية.

أولا: الشكلية وسيلة توجيه ورقابة:

تلعب الشكلية دورا هاما في توجيه اقتصاد الدولة وفرض الرقابة على المستوى القضائي والإداري.

1- التوجيه الاقتصادي:

يقوم الشكل بوصفه وسيلة فنية للصياغة القانونية دورا هاما في توجيه السياسة الاقتصادية للدولة،[1] فالقاعدة باعتبارها منظمة لسلوك الفرد في المجتمع يجب أن تربط ربطا وثيقا بالنظام القانوني والاقتصادي الذي تنتهجه الدولة، إذ أن الاتجاه التشريعي الحديث يتسم بتعدد التشريعات واتساعها لتشمل كافة أنواع العلاقات الاجتماعية، فالنصوص التشريعية والتنظيمية تعد أداة ضرورية لتوجيه سياسة الدولة، ويعتبر الشكل إحدى الوسائل الممتازة التي تعتمد عليها هذه السياسة من أجل الوصول إلى تحقيق الأهداف التي تتبناها الدولة.[2]

فبالشكل لابد من إدراج الإرادة المنفردة ضمن الإطار الاجتماعي حتى تستطيع الدولة فرض رقابة على التصرفات المدنية والتجارية الهامة التي يقوم بها الأفراد والتي تؤثر في الاقتصاد الوطني، فلا يكون للأفراد تأثيرا لوحدهم بل يكون الهدف الأول للشكلية هو تحقيق المصلحة العامة قبل المصلحة الخاصة، فالشكلية تعتبر وسيلة هامة في توجيه الاقتصاد الذي تسعى الدولة لتحقيقه.[3]

2- الشكل للرقابة:

في الوقت الحالي أصبحت الدولة ملتزمة بمراقبة كافة أنواع العلاقات الاجتماعية وكل تصرفات الأشخاص العامة والخاصة وتؤدي الشكلية دورا بارزا في هذا المجال يتجلى من خلال الأوجه الآتية:

---

[1] أنظر/ زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات القانونية ، المرجع السابق، ص24.
[2] أنظر/ المرجع نفسه، ص24.
[3] أنظر/المرجع نفسه، ص25.

أ- على المستوى القضائي:

الرقابة القضائية طريق تقليدي معروف حيث يتولى القضاء عن طريق فصله في النزاعات مراقبة مدى مطابقة التصرف القانوني للشروط الموضوعية والشكلية المحددة في القانون، فيتسنى للقضاء بذلك تطبيق الجزاء المقرر على مخالفة قواعد القانون الآمرة، وهنا يظهر دور الشكلية في تسهيل هذه العملية حيث يصعب في التصرف الرضائي التأكد من مدى مخالفة القاعدة القانونية، بينما يكون الوضع واضحا في حالة كون التصرف شكليا فيتمكن القاضي من تقصي الحقيقة وفرض الجزاء على مخالفة القانون بإبطال التصرف، أو فرض عقوبات.

ويظهر ذلك في عقد البيع الوارد على العقار حيث يصعب على القاضي معرفة حقيقة الشروط والعناصر العديدة التي يتضمنها هذا العقد، بينما يصبح الوضع أقل صعوبة عند تحرير عقد البيع الوارد على العقار في سند رسمي محرر من طرف موثق فيستطيع القاضي بالرجوع إلى ذلك السند معرفة مدى امتثال أطراف العقد للشروط الواجبة في هذا العقد.

ومنه فالشكل الكتابي يجسم إرادة المتعاقدين بصورة بارزة وواضحة مما يسهل إجراء الرقابة على مدى مطابقتها لقواعد القانون.[1]

ب- الشكلية كوسيلة للرقابة الإدارية:

تمارس الرقابة الإدارية بواسطة مختلف الأجهزة الإدارية ولها أثر حاسم وتأثير فعال في الحياة العملية فبالنسبة للتصرفات ذات الدور الهام في الاقتصاد الوطني يشترط لصحة إجرائها الحصول على ترخيص إداري مسبق.

إن أهمية هذه التصرفات في الحياة الاقتصادية والاجتماعية جعلت المشرع يخضعها لبعض الإجراءات الإدارية المتمثلة في التراخيص والتصريحات، وقد رتب المشرع جزاءات عقابية على مخالفة الشكليات الإدارية وقد يكون الجزاء بطلان التصرف مثلا بيع العقار الذي تزيد قيمته على ألف دينار جزائري دون الحصول على ترخيص مسبق يترتب عليه بطلان التصرف رغم اكتمال أركانه ،كما أن الرقابة الإدارية قد تتم بواسطة سجلات معينة فسجل الشهر العقاري يسمح بالرقابة على تداول العقارات.

[1] أنظر/ زواوي محمود ، المرجع السابق ، ص 24-25 .

وإذا كانت الشكليات الإدارية لا تجعل بمفردها التصرف شكليا بالمعنى الحقيقي إلا أنها تعبر عن مدى الدور الفعال الذي يؤديه الشكل أيا كان نوعه أضف إلى ذلك أن الشكليات الإدارية تفرض عادة على التصرفات الهامة التي يشترط المشرع الشكل كركن لصحتها .[1]

ثانيا: تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء:

تساهم الشكلية في تحقيق العدالة وتسهل مهمة القضاء.

1- تحقيق العدالة:

الشكلية تعتبر أداة لتحقيق العدالة بين الأشخاص، وذلك من خلال تطبيق نفس القوانين على الجميع أي التزام الشكل يكون بصورة واضحة وجلية في العقود التي تتطلب شكلا معينا دون تمييز، حماية للمصلحة العامة أي حماية لأطراف العقد والغير بتطبيق العدالة وتحقيقها على الفرد والمجتمع تمنح الحرية المطلقة للفرد في مجال النشاط الذي يقوم به. وتعتبر الإرادة غير المقيدة للفرد إحدى مظاهر هذه الحرية. [2]

فالتصرفات الشكلية التي تجري أمام موظف عمومي، أو الموثق تخول عادة إلى عدم تأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف فوجود شخص ثالث يمثل السلطة مع أطراف التصرف يعد ضمانا لتحقيق المساواة والعدالة في التعاقد ويعمل على تفادي استعمال الشروط التعسفية التي يمليها الطرف القوي على الضعيف، أضف إلى هذا أن الموظف العمومي وغالبا ما يكون موثقا هو ملزم بتقديم نصائحه للأطراف.[3]

2- تسهيل مهمة القضاء:

يظهر الدور الهام الذي تؤديه الشكلية إذا كان التصرف شكليا فمهمة القاضي سهلة في اكتشاف النية المشتركة للمتعاقدين وتحديد التزامات وحقوق كل منهما ويكون الوضع أكثر سهولة فيما إذا كان الشكل رسميا حيث يعد ما جاء في السند الرسمي حجة لا يقبل دحضها إلا بالطعن بالتزوير.

---

[1] أنظر/محمود زواوي، المرجع السابق، ص26.

[2] أنظر،د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، جزء الثاني، دار إحياء التراث العربي،1973، ص 153.

[3] أنظر/ زواوي محمود، المرجع السابق، ص31.

وتكون بالتالي مهمة القاضي في تقصي الحقيقة سهلة و بسيطة.[1] ومنه يساعد الشكل في تسهيل مهمة القاضي وذلك من خلال أنه يساعد في الفصل في المعاملات بسرعة كما أن القاضي يتجنب البحث ولا يتحمل أعباء ومتاعب كثيرة في مجال الإثبات، فعبء الإثبات يقع على الأطراف والقاضي دوره يكون ثانوي في تكوين اعتقاده من خلال ما توصل إليه من أدلة إثبات الأطراف.

الفرع الثاني: الشكلية لحماية المصلحة الخاصة:

بالإضافة إلى وظيفة الشكلية بالنسبة للمصلحة العامة إلا أنها توفر حماية للخواص تتمثل في:

أولا: حماية أطراف التصرف:

يقوم الشكل بحماية المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره ويدعوه إلى الإمعان والروية والتفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته، وهذا ما لا يتحقق في التصرف الذي يجرى شفاهة.

إن أهمية الشكل في حماية مصلحة الخواص، هي التي دعت المشرع إلى إخضاع التصرفات الهامة إلى شكل رسمي من أجل تحقيق حماية للمصلحة الخاصة، وقد اشترط المشرع الشكل الرسمي في العقود ذات الأهمية الكبيرة في حياة الجماعة كالتصرفات الواردة على الأملاك العقارية،[2] بحيث إذا تخلف هذا الركن كان التصرف باطلا.[3] حماية لأطراف التصرف من جهة أولى.

فالعقد غير المسجل تترتب عليه الآثار التي تترتب على عقد البيع عادة ماعدا الأثر الخاص بانتقال الملكية فهو لا يتم إلا بالتسجيل، فعقد البيع ما يزال عقدا من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الفريقين وأن أحكام السجل العقاري لم تغير من طبيعة عقد البيع وإنما غيرت فقط أثرا من آثاره هو نقل الملكية.[4] إن تدخل الموثق في تحرير هذه العقود ضمانة لتحقيق مصلحة أطراف التصرف فيقدم لهم نصائحه وإرشاداته.[5] ويدلهم على الطريق الأرجح أو التصرف الناجح كما ينبههم إلى مدى الالتزامات التي قد تترتب من جراء تصرفهم، فبالنسبة للرضا فإن الشكل يعد دعامة في حمايته، فعيوب الرضا تقل في التصرف الشكلي عنه في التصرف الرضائي.

---

[1] أنظر/ زواوي محمود، المرجع السابق، ص32.
[2] أنظر/المرجع نفسه، ص35-36.
[3] أنظر،د/حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص122 .
[4] أنظر،د/ محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت- لبنان، الطبعة الأولى1428-2007، ص122.
[5] أنظر/ زواوي محمود، المرجع السابق، ص35.

فالشكل يقي المتصرف من التسرع والوقوع في الخطأ ويضمن له حقوقه، مما يسمح بالقيام بتصرف دقيق وبتمعن مع إدراك ما سينجر من وراء هذا التصرف الذي سيقوم به، فالشكل يعتبر أداة حماية كل من المتعاقدين بالنسبة للتصرفات التي يشترط فيها القانون إجراءات شكلية محددة .

ثانيا: حماية الغير:

يتجاوز الدور الحمائي للشكل طرفي التصرف إلى حماية مصلحة الغير، بحيث كثيرا ما يهم الغير العلم ببعض التصرفات التي لها أهمية كبيرة فقد جعل المشرع أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه فمن مصلحة الدائن أن يعلم بالتغييرات الهامة التي تطرأ على هذا الضمان لكي يتخذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على حقوقه.

وبما أن الشكل في المعاملات العقارية ينصب على الورقة الرسمية التي يحررها الموثق بمعيته فهي تضمن مصلحة طرفي العقد وتتعداها إلى مصلحة الغير وإذا كان الشهر قد تقرر مبدئيا لحماية الغير فقد يكون له دور هام بالنسبة لطرفي العقد أنفسهم، بحيث يصبح تصرفهم نافذا في مواجهة الكافة ولا يخشى عليهم من تقديم معارضة الغير، وقد يكون للشهر دور خاص في بعض الحالات كما هو الشأن في بيع العقار حيث لا تنتقل الملكية بين طرفي العقد إلا بعد شهره، ومن البديهي أنه لكي يشهر التصرف يتعين تحريره في سند مكتوب، فكل التصرفات التي اشترط المشرع شهرها هي تصرفات كتابية أي شكلية.[1]

إن نظام السجل العقاري يهدف إلى تأمين شهر جميع المعاملات المتعلقة بكل عقد ليطلع الغير عليها كي يكون على علم تام باسم مالك العقار ولما للعقارات من حقوق وما عليها من أعباء.[2]

فالقيد هو الذي ينشأ الحق فيما بين المتعاقدين لأن غاية الشهر العقاري هو حماية حقوق الغير.[3]

المطلب الثاني: موقف المشرع من تخلف الشكلية في بيع العقار:

قد ينعدم السند أو الورقة الرسمية التي يثبت فيها الموثق إرادة المتعاقدين في عقد البيع الوارد على العقار وهذا يعني تخلف الشكلية الرسمية وقد يحدث أن يتوفر الشكل الرسمي في العقد، والذي يقصد به الورقة الرسمية أو أداة إثباته، لكن يحدث اختلال في شرط من شروط العقد لهذا لابد من التمييز

---

(1) أنظر/ زواوي محمود، المرجع السابق، ص35-36.
(2) أنظر،د/ محمد علي عبده، المرجع السابق، ص 98.
(3) أنظر/ المرجع نفسه، ص99.

بين العقد باعتباره تصرف قانوني محرر في سند رسمي الذي سنتطرق إليه في الفرع الأول وبين العقد الرسمي باعتباره ورقة تبطل بذاتها إذا تخلفت شروط صحتها الذي سنتطرق له في الفرع الثاني.

الفرع الأول: حالة عدم وجود الرسمية في البيع العقاري:

يقصد بالشكل الذي يشترطه المشرع ركنا للعقد إفراغ إرادة المتعاقدين في قالب يحدده القانون ومعنى ذلك أن العقد الرسمي الذي يكون مصدر للالتزامات ومرتبا لآثار قانونية لا يكفي فيه تطابق الإرادتين [1]، إنما يستلزم أن يكون هذا العقد متبعا بعض الإجراءات الشكلية المنصوص عنها لقيامه حيث نصت المادة 324 من القانون المدني أن: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف، أو ضابط عمومي ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية ..."، يلاحظ أنه لا من إفراغ عقد البيع الوارد على العقار في قالب رسمي يقوم الموثق بتحريره وفق الشروط المطلوبة وكذلك المواد القانونية المنصوص عنها في قانون رقم 02/06 المنظم لمهنة التوثيق، وإلا تعرض العقد للبطلان المطلق في حالة عدم وجود الشكل الرسمي كونه ركن لا ينعقد العقد إلا به، ويجب مراعاة الأركان الأخرى.[2] لأن العقد الصحيح هو ما توافرت فيه أركان انعقاده وشروط صحته التي تطلبها المشرع وهي كل من: التراضي بشرط أن يكون المتعاقدين متمتعين بالأهلية، كما يجب أن يتوفر محل معين ينصب عليه التراضي بشرط أن يكون المحل موجودا عند إبرام عقد البيع، أو ممكن الوجود في المستقبل ومعينا، أو قابلا للتعيين ولا بد من أن يتوفر السبب الذي يشترط فيه أن يكون مشروعا وكذلك الثمن هو ركن أساسي في عقد البيع الوارد على العقار وإلا تعرض هذا العقد للبطلان المطلق.

أولا :تعريف البطلان :

أمر البطلان متروك للفقه لذلك عرفه الدكتور خليل أحمد حسن قدادة بأنه[3]:" الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توافر أركان العقد وشروط صحتها".

كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه :[4] "الجزاء الذي يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد، كانعدام التراضي أو المحل أو السبب أو الشكل أو لاختلال ركن من أركانه ".

---

[1] أنظر/محمد حبار، نظرية بطلان العقد، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة 1976، ص 35.

[2] أنظر،د/ محمد السعيد جعفور، نظرات في صحة العقد وبطلانه في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة، بدون تاريخ ، ص 32-33-34.

[3] أنظر،د/خليل حسن قدادة، الوجيز في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص81 .

[4] أنظر،د/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، طبعة 1952، ص486 .

وقد نظم القانون المدني هذا البطلان من المادة 99 إلى غاية المادة 105منه متناولا أحكامه ومحددا أنواعه.

من خلال هذه التعريفات السابقة يتضح أن العقد الذي لم يستكمل أركانه، أو كان هناك عيب في شروط صحته كان هذا العقد باطلا لا يرتب أي أثر قانوني ولا تلحقه الإجازة ولا يتقادم بطلانه لأنه لم ينعقد، أو لأنه مخالف للنظام العام والآداب العامة فهو غير موجود قانونا، كما يتضح من خلال هذه التعريفات أيضا أن البطلان له طابع ردعي يتمثل في منع التصرف الذي لم تراع فيه متطلبات القانون من إنتاج أي أثر في الماضي أو في المستقبل كما له دورا وقائيا يتجلى في تحذير الأفراد من إبرام عقد يكون عرضة للبطلان في مرحلة لاحقة.[1]

وعليه فقد استقر الفقه على أن عدم مراعاة الإجراءات المطلوبة في إبرام العقد الشكلي يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا وذلك لانعدام أحد أركانه الجوهرية، ومنه فإن تخلف الشكل في البيع الوارد على العقار يؤدي إلى عدم صحته ويكون جزاء تخلف الشكل الرسمي هو البطلان المطلق للعقد.

ثانيا : موقف المشرع من البطلان:

استنادا لحكم المادة 324 مكرر 01 وكذلك المادة 102 من القانون المدني الجزائري التي عالجت البطلان المطلق والتي نصت على أنه: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة من وقت إبرام العقد". ومنه يتضح أن موقف المشرع من تخلف ركن الشكلية الرسمية في بيع العقار يقضي ببطلان العقد بطلانا مطلقا.

من خلال المادة 102 السابقة الذكر، يظهر أن المشرع أقر البطلان المطلق لانعدام الشكل الرسمي في بيع العقار وأكد على هذا البطلان بعبارة مطلقا، والبطلان المطلق هو جزاء عدم اكتمال أركان العقد كاملة، الأمر الذي يمنع انعقاده وبالتالي عدم إنتاجه لآثاره حتى فيما بين طرفيه.[2] كون العقد لا يرتب آثاره القانونية، ولا ينعقد إلا بتمام أركانه المحددة قانونا وبالتالي في بيع العقار يبقى العقار مملوكا للبائع ولا ينتقل إلى المشتري إذ لا يمكن لهذا الأخير أن يطالب بتسليمه، كما لا يستطيع أن يتصرف فيه.[3] كما أن التمسك بالبطلان يكون على أساس المصلحة والتي تستند إلى حق يتأثر بصحة

---

[1] أنظر،د/ محمد السعيد جعفور، المرجع السابق، ص 39.
[2] أنظر/ محمد حبار، المرجع السابق، ص86 .
[3] أنظر/ حشود نسيمة، الشكلية في البيع العقاري(دراسة تحليلية)، المرجع السابق، ص 86 .

العقد، أو بطلانه أي أن صحة العقد أو بطلانه تؤثر في كل صاحب حق وحسب تحليل الدكتور علي فيلا لي للمادة 102 من القانون المدني فإنه يرى أن: " المصلحة هي أساس البطلان المطلق وما دام الأمر يتعلق بالمصلحة العامة، فمن المنطقي أن يكون لكل ذي مصلحة الحق في التمسك ببطلان العقد أي أن حق التمسك بدعوى البطلان لا يقتصر على المتعاقدين أو من يقوم مقامها، بل تقرر أيضا للخلف الخاص والدائنين والغير والخلف العام ...بشرط أن يكون لهؤلاء مصلحة مشروعة في بطلان العقد".[1]

من خلال هذا الرأي يتضح أن المشرع يفرض توثيق عقد بيع الوارد على العقار من أجل حماية المتعاقدين كما يحيل كل منهما إلى التفكير والتأني قبل القيام بأي خطوة، أي قبل الإقدام بأي تصرف حتى لا يرتب هذا التصرف آثارا سلبية عليهما ومن جهة أخرى توثيق عقد بيع العقار يوفر حماية للغير الذي قد يتضرر من التصرفات غير الموثقة.

ثالثا: آثار بطلان العقد:

العقد الباطل بطلانا مطلقا (هو في الحقيقة لا وجود له) لا ينتج أي أثر لولادته ميتا ،[2] وهو في الحقيقة لا وجود له لتخلف أركانه، أو أحد شروط صحة هذه الأركان وبالتالي إذا كان العقد باطلا ولم يتم العمل به ولم يتم تنفيذه، فهنا لا يترتب أي إشكال ولا يستوجب أن يتدخل القاضي لتحديد البطلان وتقريره ولا يكون هناك أي التزام في ذمة كلا المتعاقدين اتجاه الآخر فيبقى العقار محل البيع تحت يد البائع يتمتع بملكيته الخاصة ويجوز له أن يتصرف فيه على الوجه الذي يشاء دون التعرض إلى المطالبة بنقل الملكية من المشتري، وهذا الأخير لا تكون له أي سلطة على العقار ولا يجوز له التصرف فيه.

ويجوز للبائع أن يرفع دعوى بطلان العقد العرفي إذا لم تتقادم وأن يتمسك بالبطلان دفعا إذا ما رفع عليه المشتري دعوى يطالب فيها بإتمام إجراءات البيع النهائي لأن الدفوع لا تتقادم.[3]

أما إذا كان المتعاقدان قد نفذا التزامهما فإنه طبقا لحكم المادة 103 في فقرتها الأولى من القانون المدني[4] التي نصت على أنه:" يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

---

[1] أنظر،د/ علي فيلا لي، التزامات النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص259،هامش ، ص23 .

[2] أنظر،د/ مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني ـ المجلد الأول ـ نظرية العقد والإرادة المنفردة، ص 422 - 423 .

[3] أنظر/حشود نسيمة، المرجع السابق، ص86 .

[4] أنظر/ سيدي يخلف حفيظة، الشكلية لانعقاد البيع العقاري في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص61.

من خلال نص المادة السابق يتضح أن قصد المشرع قد انصرف إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، أي أن يلتزم كل من الطرفين بأن يرد للمتعاقد الآخر ما تسلمه فقط دون تعويض، إلا إذا ثبت أن أحد المتعاقدين قد ارتكب خطأ تقصيريا فإنه حينئذ يجوز الحكم عليه بالتعويض عند تحقق الضرر والتأكد من وقوعه.

إذا تعذر الرد بأن انتقل المبيع إلى ملكية الغير بسند صحيح مثلا، فإن القاضي يجوز له أن يحكم على محدث الضرر بتعويض معادل،[1] فإذا كان المشتري قد دفع الثمن وكان البائع قد سلم العقار المبيع فإنه يحق لكل منهما أن يسترجع ما دفعه للثاني فترجع حالتهما إلى ما كان عليه قبل التعاقد وأساس هذا الاسترداد هو الدفع غير المستحق الذي قضت به المادة 143 في فقرتها الأولى من القانون المدني التي نصت على أنه:" كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده".

من خلال المادة المذكورة أعلاه يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر من غير أن يكون له حق فيه ومن ثم يلتزم برده إليه.[2]

قد يدعي أحد المتعاقدين صحة العقد ويفند رأي الآخر ويقوم برفع دعوى قضائية تطبيقا للمادة 413 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد التي تتطلب في المتقاضي توفر الصفة وأهلية التقاضي وأن تكون له مصلحة في ذلك ويطلب في هذه الدعوى تنفيذ العقد، يكتفي المتعاقد الآخر بالاحتجاج ببطلان العقد في دفاعه ردا على طلب المدعي، وقد يحصل العكس حيث بعد أن ينفذ العقد يتضح للمتعاقد أن العقد باطل، فيقوم بالمطالبة باسترداد ما أداه في حالة ما إذا نازعه المتعاقد الآخر، هنا يصبح تدخل القضاء أمر وجوبي، [3] حيث يتقرر البطلان عن طريق رفع دعوى قضائية أمام المحكمة ليطعن في صحة العقد إذا كان البائع قد سلم العقار المبيع إلى المشتري، وانقضت دعوى البطلان بالتقادم بمرور خمسة عشرة سنة من إبرام العقد،[4] في هذه الحالة يجوز للبائع أن يرفع دعوى استحقاق يسترد بها العقد موضوع المطالبة القضائية كون دعوى الاستحقاق لا تتقادم.

كما أنه بالرجوع إلى قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 1985/04/21 نجده قرر بطلان العقد من تلقاء نفسه كون محل العقد مخالف للنظام العام والآداب "، أي أنه يجوز للقضاء أن يقضي ببطلان

---

[1] أنظر/ محمد حبار، المرجع السابق، ص 152- 153.
[2] أنظر،د/ لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة دار التأليف 1976، ص 234 .
[3] أنظر،د/ علي فيلالي، المرجع السابق، ص 257 .
[4] أنظر/حشود نسيمة، المرجع السابق، ص86.

العقد من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه أطراف النزاع ذلك طبقا للمادة 102 من القانون المدني في فقرتها الأولى.

فالبطلان جزاء يزيل العقد من الوجود،[1] وبالتالي فالعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أثر قانوني ويترتب على ذلك إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام هذا التصرف القانوني، فيجب على كل متعاقد أن يرد ما تسلمه، أو ما حصل عليه بمقتضاه فيلتزم المشتري برد العقار المبيع ويلتزم البائع برد الثمن وفي هذا الشأن قضى المجلس الأعلى في قرار له بتاريخ 1989/07/09 رقم 58829 (بنقض قرار مجلس القضاء) حيث أنه وإذا كان قضاة الموضوع قد نطقوا ببطلان عقد الشركة ، تطبيقا للمادة 545 من القانون التجاري من أجل عدم إفراغه في الشكل الرسمي فإنه يتعين عليهم استخلاص جميع النتائج المترتبة على هذا البطلان بقصد إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملا بالمادة 103 من القانون المدني .[2]

وكما سلف ذكره العقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج أي أثر باعتباره عقدا ولا تلحقه الإجازة طبقا لنص المادة 102 في فقرتها الأولى التي تنص على أنه:"...ولا يزول البطلان بالإجازة " ولا ينقلب العقد الباطل إلى عقد صحيح مع مرور الزمن فهو من الناحية القانونية غير موجود، أي منعدم ولكن قد تترتب عليه بعض الآثار القانونية العرضية باعتباره واقعة قانونية. ومن خلال دراسة تطبيق نظرية تحول العقد وطبقا للمادة 105 من التقنين المدني نجد أنه يستخلص منها أهم الآثار التي يخلفها العقد الباطل.

ـ تحول العقد :

نصت المادة 105 من القانون المدني أنه: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

يستخلص من نص المادة أعلاه أنه يشترط لتحول العقد ثلاث شروط هي:

---

[1] أنظر،د/ محمد علي عبده، المرجع السابق، ص196 .

[2] أنظر/ سيدي يخلف حفيظة، المرجع السابق، ص 63.

ـ بطلان التصرف الأصلي: يستلزم عند الأخذ بنظرية تحول العقد أن يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.[1] وهذا ما نصت عليه المادة 105 من القانون المدني الجزائري.

2ـ أن يتوفر أركان عقد جديد ويشترط أن يكون هذا العقد الجديد صحيحا بحيث يكون العقد كاملا دون إضافة أو حذف أي عنصر.

3ـ انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة إلى هذا العقد، حيث يجب استنتاج رغبة المتعاقدين في التمسك بالعقد الجديد بعدما تبين لهما أن العقد الأصلي باطل.

ومن الأمثلة التي يضربها الفقه[2] لحالة تحول العقد الباطل إلى عقد آخر غير صحيح نجد عقد البيع الذي يكون مكتوبا في ورقة رسمية ويكون الثمن في هذا البيع تافها، فنظرا لتفاهة الثمن يكون البيع باطلا ويحمل في طياته أركان الهبة حيث يتوفر على الإيجاب والقبول بالإضافة إلى الرسمية ونية التبرع

مما سبق يستخلص أن عقد البيع الوارد على العقار يستلزم إفراغه في قالب رسمي ويجب أن يقوم الموثق بتحريره كون عدم مراعاة هذه الشروط، أي إفراغه في شكل رسمي يخلف آثارا سلبية على العقد تلحق أضرارا بالمتعاقدين وحتى الغير، وبالتالي ينجم عن ذلك بطلان التصرف بطلانا مطلقا لتخلف ركن الرسمية فيه.

الفرع الثاني: حالة تخلف شرط من شروط العقد الرسمي في بيع العقار:

إن انعدام أحد أركان العقد الجوهرية يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا وذلك لعدم مراعاة الإجراءات الشكلية للانعقاد وقد حدد المشرع شروطا لصحة السند الرسمي، فإذا تخلف أحد الشروط المشترطة في العقد الرسمي، فإن المحرر لا تثبت له صفة الرسمية أي لا يعتبر محررا رسميا فالمحرر يفقد رسميته إذا صدر من غير موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أو إذا تم تحريره دون مراعاة الأوضاع القانونية المقررة.

إذا فقد المحرر صفته الرسمية بسبب تخلف أحد شروطه فإن ذلك لا يعني أنه فقد كل قيمته، يقرر القانون في هذه الحالة أنه إذا لم يكتسب المحرر صفة الرسمية كان له قيمة المحرر العرفي بشرط أن يوقع عليه ذوي الشأن بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو بصمات أصابعهم ومعنى هذا أن المحرر هنا يستخدم كمحررعرفي طالما كان موقعا.

---

[1] أنظر،د/ خليل أحمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص96.
[2] أنظر،د/ لبيب شنب، المرجع السابق، ص240.

إذا كانت الرسمية مشترطة لانعقاد التصرف القانوني كما في عقد البيع الوارد على العقار، تكون الرسمية ركن من أركانه يترتب على الإخلال بشروط صحة الورقة الرسمية تجريد المحرر من كل قيمة.[1] والأصل أن الموثق مؤهل لتحرير العقد في شكل رسمي ويدخل هذا التكليف في مجال اختصاصه فلا تصلح أي كتابة أخرى حتى ولو كانت صادرة من موظف عام غير الموثق، أو كان موثقا ولكنه لم تتوافر له سلطة تحرير الكتابة، أو لم يكن مختصا بتحريرها فإن الكتابة التي تحرر في كل الأحوال لا تعد كتابة رسمية حتى ولو تمت بمراعاة كافة الإجراءات المقررة قانونا لتحريرها ومنه فإن عقد البيع الوارد على العقار الذي يتولى تحريره موثق كان قد تم عزله من وظيفته أو وقف عن عمله فإن ولايته تزول ولا يجوز له مباشرة عمله شريطة أن يكون الموثق قد بلغ بذلك.[2] بالإضافة إلى ذلك قد يحدث مانع شخصي يمنع الموثق من القيام بالتوثيق فلا يكون أهلا لتحرير المحرر الرسمي لكونه يخصه شخصيا، أو له فيه مصلحة أو تربطه بأصحاب الشأن فيه صلة مصاهرة أو قرابة.[3]

كما لا يجوز للموثق أن يقوم بتوثيق محررات له خارج مكتبه، أي خارج دائرة اختصاصه إلا في حالة الضرورة وأكدت على ذلك المادة 95 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية، حيث نصت بقولها :" يحضر على الموثق أن يتلقى عقودا أو يقدم إرشادات خارج مكتبه إلا في حالة الضرورة المنصوص عليها قانونا ..."، ومنه فالتحديد هو أن يمتنع الموثق من مباشرة عمله خارج دائرة اختصاصه فالموظف التابع لمكتب معين لا يجوز له أن يوثق سوى المحررات المقدمة لهذا المكتب فقط[4] إلا في حالة الضرورة.

يرى البعض أن ذلك يستتبع بطلان المحرر ويقتصر على مجازاة الموظف إداريا، لكن يبدو أن مكتب التوثيق باعتباره مكانا عاما يعد بذاته ضمانا لحرية الأفراد في التعبير عن أرائهم ومن ثم فلا ينبغي إهدار هذه الضمانة إلا إذا كان هناك مبرر قوي يقتضي ذلك، كما لو كان صاحب التصرف مريضا لا يقوى على الحركة، وعليه فإن إبرام الموثق لعقد خارج مكتبه دون مبرر يعد إخلالا بالضمانات القانونية ينجر عنه بطلان التصرف، كما يبطل العقد إذا كان الموثق الذي قام بتحرير الكتابة في صيغة رسمية لم يراع الأوضاع والبيانات الجوهرية في أداة إثباته المقررة قانونا.[5] ومثال هذه البيانات، اسم الموثق والمتعاقدين والشهود والمترجم إن وجد وتوقيعاتهم، مقر مكتب التوثيق، المكان

---

[1] أنظر،د/محمد حسين منصور، قانون الإثبات ـ مبادئ الإثبات وطرقه ـ المرجع السابق، ص63.
[2] أنظر/ سيدي يخلف حفيظة، المرجع السابق، ص65.
[3] أنظر،د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص47.
[4] أنظر،د/ توفيق حسن فرج الصدة، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص68 .
[5] أنظر/ سيدي يخلف حفيظة، المرجع السابق، ص67.

السنة، واليوم الذي أبرم فيه العقد بالإضافة إلى ذلك لابد أن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية وهذا ما نصت عليه المادة 26 من قانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق بقولها: " تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته ...".

وفي كل الأحوال يجب التمييز بين البيانات الصادرة عن الأطراف وتلك الصادرة عن الموثق فكل ما يعاينه الموثق بنفسه ويحرره هو حجة قاطعة، فقوة العقد الرسمي (أي أداة إثباته) مرتبطة فقط بما يعلن الموثق بأنه قام بنفسه واعتبار أن التوثيق تم باللغة العربية، كما ينبغي على الموثق عند تحريره العقد أن يتفادى كل تحريرأو شطب أو أي كتابة بين السطور لأن ذلك يؤدي إلى بطلان الورقة الرسمية طبقا لما أوردته المادة 27 في فقرتها الثانية من قانون التوثيق رقم06 /02 حيث نصت على أنه:" ...تعتبر الكلمات المحورة أو المكتوبة بين السطور أو المضافة باطلة"، ومنه إذا ثبت اختلال في شرط من الشروط المكونة للعقد الرسمي (بمعنى الورقة الرسمية) لعدم توقيع أحد المتعاقدين أو عدم توقيع الشهود على العقد فإنه يقع باطلا في كل أجزائه.[1]

من خلال ما سبق يتضح موقف المشرع من تخلف الشكلية في البيع الوارد على العقار، حيث أنه إذا لم يتم تحرير هذا البيع في شكل رسمي معين، يكون مآله البطلان المطلق ولا يرتب أي أثر قانوني بأثر رجعي كونه عقد منعدم لا وجود له منذ البداية، كذلك بالنسبة للورقة الرسمية التي يثبت فيها الموثق إرادتي المتعاقدين، إذا اختل فيها شرط من شروط صحتها بشرط أن يكون شرط جوهري في العقد تفقد الورقة صفة الرسمية وتكون باطلة بطلانا مطلقا.

[1] أنظر/أحمد ميدي، الكتابة الرسمية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص53.

خاتمة الفصل الثاني:

تعددت أشكال البيع العقاري في الجزائر، فقبل 1970 كانت المعاملات العقارية تتم في شكل عقود عرفية ، إذ أن البيع الوارد على العقار لا يكون صحيحا إلا إذا تم تحريره في عقد عرفي أما بعد سنة1970 وبصدور قانون التوثيق 71/90، أصبحت المعاملات العقارية تتم بواسطة عقود رسمية، إذ أوجب المشرع ضرورة اتباع إجراءات شكلية لانتقال الملكية بين المتعاقدين، كما أن للشكلية دور هام في حماية المصلحة العامة تظهر من خلال فرض الرقابة الإدارية المسبقة على المستوى القضائي ولها دور في حماية المصلحة الخاصة كون الشكلية ترمي إلى حماية أطراف التصرف والغير وصيانة حقوقهم، ومنه فالشكلية الرسمية ركنا أساسيا لازما لانعقاد البيع العقاري رتب المشرع على تخلفها بطلان العقد بطلانا مطلقا سواء كانت غير موجودة أصلا أو تخلف أحد شروط صحتها.

خاتمة :

من خلال تطرقنا لهذا الموضوع الذي يرمي إلى إبراز فعالية الشكلية في البيع العقاري، كشفت لنا الدراسة أن الشكلية الرسمية تكون ركنا أساسيا في انعقاد البيع الوارد على العقار كما أنها تكون دليل إثباته، فقد يستلزم القانون شكلا خاصا يفرغ فيه التعبير عن الإرادة في البيع العقاري ألا وهو الكتابة الرسمية، فتكون الكتابة بذلك لازمة للانعقاد حيث يؤدي تخلفها إلى عدم وجود التصرف أصلا لتخلف ركن من أركانه لا يمكن أن يتم العقد بدونه، كما تكون الكتابة الرسمية في عقد البيع العقاري دليل إثبات قيام هذا التصرف ذلك من خلال إفراغ هذا التصرف القانوني في قالب شكلي بمراعاة مجموعة من الشروط الواجب إتباعها فيه تحت رقابة موظف عمومي مختص يسمى الموثق الذي يحمل ختم الدولة، وتكون لهذه السندات الحجية المطلقة في إثبات البيع الوارد على العقار فتعتبر دليل قوي بين المتعاقدين و لها أثر في مواجهة الغير.

كما يلاحظ من خلال الدراسة أيضا أن تطبيقات الشكلية في البيع العقاري تختلف باختلاف الزمن حيث أنه قبل 1970 كانت عقود البيع العقاري مجرد عقود عرفية لا تخضع لإجراءات القيد و لم يقرر المشرع في تلك الفترة ضرورة توفر الشكلية في العقد لصحته، إلا أنه بعد ظهور قانون التوثيق سنة 1970 ألزم المشرع من أجل انتقال الملكية بين المتعاقدين في التصرفات الواردة على العقار ضرورة اتباع إجراءات شكلية معينة بهدف تحقيق أهداف ترمي لحماية المصالح العامة و الخاصة حتى يكون لانتقال الملكية أثرا في مواجهة الغير، هذا كله يؤثر في صحة عقد البيع العقاري و يحميه من البطلان و عليه فقد خرجنا في ختام هذا البحث بالملاحظات التالية:

أولا : من خلال المادة 324 من القانون المدني و بعد التعديل بموجب القانون 14/88 نجد أن المشرع الجزائري يسمي السند الرسمي أو الورقة الرسمية المحررة من قبل الموثق التي يثبت فيها ما اتفق عليه المتعاقدين في البيع العقاري بالعقد الرسمي الذي يثبت فيه الموثق ما تم لديته أوما تلقاه من ذوي الشأن و يتضح من ذلك أن لفظ العقد معروف في التصرفات القانونية أما أداة إثباته فلها عدة ألفاظ مثلا :الورقة أو السند أو المحرر، لهذا لابد من الفصل بين التصرف وأداة إثباته، فقد يكون التصرف القانوني الذي يسمى العقد صحيحا و أداة إثباته غير صحيحة أي الورقة الرسمية و قد يحدث العكس، لهذا لا يمكن الخلط بين المفهومين العقد و دليل إثباته، فالورقة الرسمية أوسع عن العقد الرسمي كونها تشمل جميع المحررات أو السندات الرسمية على اختلاف الجهات الرسمية التي تصدرها لأن ما يمكن تسميته الورقة هي الأوراق الصادرة من غير مكاتب التوثيق و التي ليس من شأنها إبرام العقود مثل أوراق الحالة المدنية أو

محاضر الشرطة مثلا فهي أوراق رسمية لا تنشأ عنها التزامات كونها لم تحرر من قبل موظف مختص بتحرير العقود.

ثانيا: الشكلية الرسمية تحقق حماية للمتعاقدين من جهة أولى من أجل ضمان رضا الطرفين و تتعدى هذه الحماية أطراف العقد إلى حماية الغير، من خلال شهر التصرفات القانونية الواردة على العقار.

ثالثا: تبين لنا من خلال الأمر 91/70 المتضمن مهنة التوثيق أن الشكلية الرسمية تحد من ظاهرة العقود العرفية و ما خلفته هذه الأخيرة من منازعات بين الأشخاص حول الأملاك العقارية الخاصة.

كما لاحظنا أيضا أن تدخل الدولة لتصحيح العقود العرفية بمقتضى المرسوم 210/80 حيث اكتسبت هذه الأخيرة صيغتها الرسمية دون التوجه للقضاء بل يكفي التوجه إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها ثم يتم شهره.

رابعا: الشكلية الرسمية ركنا أساسيا في عقد البيع الوارد على العقار لا يمكن الاستغناء عنه و لا يمكن أن ينعقد العقد بدونها، كما أن المشرع حرص على ضرورة وجودها في العقد تحت طائلة البطلان المطلق لهذا التصرف القانوني حيث يعتبر العقد منعدم في حالة عدم وجود الشكلية الرسمية الواجبة لانعقاد و إثبات المعاملات العقارية.

الفصل الأول :
الشكلية في البيع العقاري للانعقاد والإثبات

الفصل الثاني :
تطبيقات الشكلية وحكم تخلفها في البيع العقاري

مقدمة

خاتمة

الفهرس

قائمة المراجع

قائمة المراجع:

أولا - المؤلفات.

1- الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد دار إحياء التراث العربي، بيروت، الجزء الأول، الطبعة 1934.

2- الدكتور/عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، بوجه عام الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة 1952.

3- الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، الوسط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، 1973.

4- الدكتور/ عبد الرزاق السنهوري، إثبات الالتزام، الجزء الثاني1976.

5- الدكتور/ لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، مطبعة دار التأليف، 1976 .

6- الدكتور يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة تطبيقية – مقارنة – الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1981 .

7- الدكتور/ محمد حسنين، الوجيز في نظرية الحق بوجه عام، المؤسسة الوطنية للكتاب، طبعة 1985.

8- الدكتور/ عمار عوابدي دروس في القانون الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة ، 1989 .

9- الدكتور/ خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، ديوان المطبوعات الجزائرية ، الطبعة 1994 .

10- الدكتور/محمد حسين قاسم، الموجز في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة 1996.

11- ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري،- قصر الكتاب، البليدة، الطبعة 1999 .

12- الدكتور/ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، دار العلوم للنشر والتوزيع، طبعة2000.

13- الأستاذة/ زروقي ليلى، التقنيات العقارية، الجزء الأول، العقار الفلاحي، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية،طبعة2000.

14- الدكتور/ علي فيلا لي، الالتزامات –نظرية العامة للعقد – الطبعة الثانية ، مطبعة دار هومة ، الجزائر، 2001.

15- الدكتور/محمد أحمد عابدين ، قوة الورقة الرسمية و العرفية في الإثبات و الطرق الطعن فيها، منشأة المعارف حزى و شركائه ، الطبعة، 2002 .

16- الدكتوربن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة2003.

17- الدكتور محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مبادئ الإثبات و طرقه، دار الجامعة الجديدة للنشر، الطبعة 2004.

18- الدكتور/ أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الطبعة 2005.
19- الدكتور محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المبادئ العامة في الإثبات ، عبئ الإثبات – محل الإثبات – الحق في الإثبات – مبدأ حياد القاضي ، طرق الإثبات (الكتابة الالكترونية و التوقيع الالكتروني) شهادة الشهود – القرائن – الإقرار – اليمين – المعاينة – الخبرة ، منشورات الحلبة الحقوقية ، الطبعة الأولى ، 2005 .
20- الدكتور/ محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، المبادئ العامة في الإثبات ، عبئ الإثبات – محل الإثبات – الحق في الإثبات – مبدأ حياد القاضي ، طرق الإثبات (الكتابة الالكترونية و التوقيع الالكتروني) شهادة الشهود – القرائن – الإقرار – اليمين – المعاينة – الخبرة ، منشورات الحلبة الحقوقية ، الطبعة 2007.
21- الدكتور/ محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1428 – 2007.
22- الدكتور/ عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة 2009 .
23- الدكتور محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغدادي ، سنة 2009 .
24- الدكتور/ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع ، عين مليلة الجزائر ، طبعة 2009.
25- الدكتور/ حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة، الطبعة، 2009 ،
26- الدكتور/ محمد السعيد جعفور نظرات في صحة العقد و بطلانه في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومة ،بدون تاريخ .
27- الدكتور/ عبد الوهاب عرفة، الوسيط في الشهر لعقاري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
28- الدكتور/ مرقس سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الاول، نظرية العقد و الإرادة المنفردة .
29- الدكتور توفيق حسن فرج الصدة، القواعد الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات حلبة الحقوقية.
30- الأستاذ/ خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، بدون تاريخ .

ثانيا- النصوص القانوينة .

أ- الأوامر والقوانين.

1- الأمر 73/71 المؤرخ في 08 نوفمبر 1971 المتضمن قانون الثروة الزراعية .
2- الأمر 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل .
3- الأمر74/75 المؤرخ في 1975/11/22، المتعلق بالشهر العقاري، الصادر بالجريدة الرسمية ، رقم 92، بتاريخ1975/11/18.
4- القانون 02/06 المؤرخ في 26 فبراير 2006، الصادر بالجريدة الرسمية، العدد 10، سنة 1943.
5- القانون رقم07/81، المؤرخ في 27/يونيو1981، المتعلق بالتمهين، الصادر بالجريدة الرسمية، رقم 26،بتاريخ 30 يونيو1981.

ب - النصوص التنظيمية.

1- المرسوم التنفيذي03/62 المؤرخ في 1962/10/22 المتضمن تنظيم معاملات البيع و الإيجار.
2- المرسوم التنفيذي 15/64 المؤرخ في 1964/1/20 المتضمن حرية المعاملات، الصادر بالجريدة الرسمية رقم07، المؤرخة في 1964/01/21.

ثالثا- الرسائل و المذكرات.

1- محمد جمال عطية، عبد المقصود عيسى، الشكلية القانونية، دراسة قانونية بين نظم القانونية الوضعية و الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه للحقوق، جامعة الزقازيق، 1993.
2- محمد حبار، نظرية بطلان العقد، رسالة للحصول على شهادة ماجستير، جامعة الجزائر 1976 .
3- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، 1987 .
4- أحمد ميدي، الكتابة الرسمية في القانون المدني الجزائري، ماجستير الجزائر، 2001-2002
5- سيدي يخلف حفيظة، الشكلية لانعقاد البيع في القانون الجزائري، ماجستير، الجزائر، 2011.
6- حشود نسيمة، الشكلية في البيع العقاري (دراسة تحليلية) ماجستير، جامعة الجزائر، 2013 .

رابعا- المقالات.

1- مقال الأستاذ سباغ محمد ، التوثيق و العقود الرسمية مجلة الموثق العدد05 الطبعة 1988 .
2- مقال الأستاذة يونسي حداد، العقود العرفية صدر بمجلة الإدارة باللغة الفرنسية، المجلد الثامن ، سنة 1989 .
3- مقال الأستاذة يونسي حداد، العقد العرفي، المعاملات العقارية، المجلة القضائية، العدد 01، سنة 1997 .

4- مقال الأستاذ محمد بوركي التوثيق و الإشهار العقاري مجلة الموثق العقار 06، سنة 1998.
5- مقالة الأستاذ نور الدين رجيمي، موثق النظم الحديثة عن مبدأ انتقال الملكية، مجلة الموثق، العدد 10، سنة 2000.
6- الأستاذ حسان بوعريج ، نائب الرئيس الأول للمحكم العليا، أستاذ قضائي، المحكمة العليا، المجلة القضائية، عدد خاص، 1999 .

خامسا- المجلات.

1- نشرة القضاء، عدد خاص، 1982.
2- مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، المجلة 08، عدد 01، 1988.
3- مجلة القضائية، العدد 04، 1993.

الفهرس

	الصفحة
مقدمة	أ- ب - ج
الفصل الأول: الشكلية في البيع العقاري للانعقاد والإثبات	
مقدمة الفصل الأول	06
المبحث الأول: الشكلية لانعقاد البيع العقاري	07
المطلب الأول: مفهوم الشكلية	07
الفرع الأول: تعريف الشكلية	08
الفرع الثاني: دوافع اعتماد الشكلية	09
أولا: حظر المعاملات العقارية في الوسط الحضري	12
ثانيا: حظر المعاملات العقارية في الوسط الفلاحي	12
المطلب الثاني: أنواع الشكلية	14
الفرع الأول: الشكلية المباشرة	15
أولا:الكتابة الرسمية	15
ثانيا:الكتابة العرفية	17
الفرع الثاني: الشكلية غير المباشرة	19
أولا:قواعد الإثبات	19
ثانيا:قواعد الشهر	19
المبحث الثاني: الشكلية لإثبات البيع العقاري	23
المطلب الأول: شروط صحة السند الرسمي في إثبات بيع العقار	24
الفرع الأول: صدور المحرر من موظف عام ومراعاة الأوضاع القانونية فيه	24
أولا: صدور المحرر من موظف عام واختصاصه بتوثيقه	24
ثانيا: مراعاة الأوضاع القانونية في تحرير الورقة الرسمية	27
الفرع الثاني: التأكد من توفر الشروط الموضوعية والشكلية للعقد	28
أولا: الشروط الموضوعية	28
ثانيا:الشروط الشكلية	31
المطلب الثاني: حجية السند الرسمي في إثبات بيع العقار	33
الفرع الأول: حجية أصل السند الرسمي	33
أولا: حجية السند الرسمي من حيث الأشخاص	33
ثانيا: حجية السند الرسمي من حيث الموضوع	34
ثالثا: حجية البيانات المدونة في المحررات الرسمية	35
الفرع الثاني: حجية صور السند الرسمي في إثبات بيع العقار	36
أولا:حالة وجود أصل السند الرسمي	37
ثانيا: حالة عدم وجود أصل السند الرسمي	37
خاتمة الفصل الأول	39
الفصل الثاني: تطبيقات الشكلية وحكم تخلفها في البيع العقاري	

مقدمة الفصل الثاني	41
المبحث الأول: أشكال البيع العقاري في الجزائر	42
المطلب الأول: شكل البيع العقاري في الجزائر قبل سنة1970	42
الفرع الأول: حجية العقود العرفية في المعاملات العقارية	43
أولا: تمييز العقود العرفية عن العقود الرسمية	43
ثانيا:جزاء البيع العرفي العقاري	45
الفرع الثاني: موقف الاجتهاد القضائي من العقود العرفية	46
أولا: موقف المحكمة العليا قبل صدور اجتهاد الغرفة المجتمعة	46
ثانيا: موقف المحكمة العليا من حجية العقود العرفية	46
المطلب الثاني: شكل البيع العقاري في الجزائر بعد سنة1970	50
الفرع الأول: الوثائق المسلمة من طرف السلطة الإدارية	51
أولا: القرارات الإدارية	51
ثانيا:العقود الإدارية	53
ثالثا:شهادات الملكية	56
الفرع الثاني: الأحكام القضائية	57
أولا: حكم رسو المزاد	58
ثانيا: حكم تثبيت الوعد بالبيع العقاري	58
ثالثا: الحكم القاضي بقسمة المال الشائع	59
المبحث الثاني: أهداف الشكلية وحكم تخلفها في البيع العقاري	61
المطلب الأول: أهداف الشكلية	61
الفرع الأول: الشكلية لحماية المصلحة العامة	62
أولا: الشكلية وسيلة توجيه ورقابة	62
ثانيا:تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء	64
الفرع الثاني: الشكلية لحماية المصلحة الخاصة	65
أولا:حماية أطراف التصرف	65
ثانيا:حماية الغير	66
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من تخلف الشكلية في البيع العقاري	66
الفرع الثاني:حالة عدم وجود الرسمية في البيع العقاري	67
أولا:تعريف البطلان	67
ثانيا: موقف المشرع من البطلان	68
ثالثا:آثار بطلان العقد	69
الفرع الثاني: حالة تخلف شرط من شروط العقد الرسمي في بيع العقار	72
خاتمة الفصل الثاني	75
خاتمة	77
قائمة المراجع	80