

جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور العقود التوثيقية في إثبات الملكية العقارية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون العقاري

تحت اشراف الدكتور ————ور :

سعودي سعيد

من اعداد الطالب:

قشبوط محمد

أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا

الدكتور: بطيمي حسين

مقررا مشرفا

الدكتور: سعودي سعيد

عضو مناقشا

الأستاذة: طويسات عائشة

السنة الجامعية: 2018/2019

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الاهـداء:

بدانا بأكثر من يد وقاسينا أكثر من هم وعانينا الكثير من الصعوبات وهانحن اليوم والحمد لله
نطوي سهر الليالي وتعب الأيام وخلاصة مشوارنا بين دفتي هذا العمل المتواضع.
إلى منارة العلم والامام المصطفى إلى الأمي الذي علم التعلمين إلى سيد الخلق إلى رسولنا الكريم سيدنا
محمد صلى الله عليه وسلم.
إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها إلى والدتي العزيزة.
إلى من سعى وشقى لأنعم بالراحة والهناء الذي لم يبخل بشيء من أجل دفعي في طريق النجاح الذي
علمني أن أرتقي سلم الحياة بحكمة وصبر إلى والدي العزيز.
إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى أخواتي وأخواني. إلى من سرنا سوياً ونحن
نشق الطريق معاً نحو النجاح والإبداع.
إلى من علمونا حروفاً من ذهب وكلمات من درر وعبارات من أسمى وأجلى عبارات في العلم إلى من
صاغولنا علمهم حروفاً ومن فكرهم منارة تنير لنا سيرة العلم والنجاح إلى أساتذتنا الكرام.
اهدي تخرجي زوجتي الغالية والشكر كل الشكر الى اساتذتي واصدقائي الذين وقفو معي خلال هذه
الرحلة الطويلة من النجاح.

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله عز وجل الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع. نتقدم بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى الأستاذ الفاضل سعودي سعيد على مجهوداته وتوجيهاته النبيرة طوال فترة إعداد هذا البحث لتنظيم هذه المعلومات وإخراج هذا العمل بهذا الشكل. ونتقدم بجزيل الشكر والاحترام والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة وكل الأساتذة الكرام بكلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق بجامعة الأغواط على المجهودات الجبارة التي بذلوها معنا في المشوار الدراسي، ولهم جزيل الشكر والتقدير والعرفان على جودهم علينا وصبرهم. جزاهم الله خيرا على ما قدموه لنا وجعله في ميزان حسناتهم.

مقدمة

مقدمة

ان مسألة إثبات الملكية العقارية وتنظيمها يشكل عائقا رئيسيا، وإشكالا عويصا، يواجه الجهات المشرفة على تنظيم الملكية العقارية، وتسوية المنازعات المثارة بشأنها، وسواء تعلق الأمر بمهام القضاة أثناء فصلهم في المنازعات العقارية المعروضة عليهم، أو تعلق الأمر بمصالح مسح الأراضي والشهر العقاري، ومصالح إدارة الأملاك الوطنية العمومية والخاصة

وسبب هذه الصعوبة والإشكال يرجع إلى المراحل المختلفة التي مرت بها الملكية العقارية والنصوص التي كانت تحكمها، والتي لم تعرف انسجاما وتوصلا، ولا تطبيقا ميدانيا، لكثرتها ولعدم تماشيها مع التقاليد والعرف السائدين في المجتمع، وبصفة عامة عدم مراعاتها للثقافة الريفية، مما جعل الفلاحين لا يعيرون اهتماما كبيرا لبعض هذه القوانين التي فرضت عليهم أثناء الاحتلال الفرنسي، ثم استمرار تضارب النصوص، وسرعة تجديدها والذي لا يخدم استقرار الملكية العقارية، ولا تطويرها بعد الاستقلال، لدرجة له لا يكاد ينتهي من إجراءات سنها قانون او مرسوم، حتى يصدر قانون آخر يسن إجراءات جديدة مغايرة. والعقود الرسمية يقصد به محرر رسمي صادر من طرف موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، بصرف النظر عن نوعية المهام التي يمارسها مصدر تلك الوثيقة سواء أكانت مهمة كل واحد منهم تقتصر على تحرير العقود الخاصة فقط أو كانت تتعلق بأعمال أخرى. أما العقود التي يصدرها الموظف العمومي وتحمل توقيعها، فمثالها النسخ التنفيذية لأحكام القضائية التي يحررها أمناء الضبط و مثالها أيضا العقود المحررة من طرف مدير أملاك الدولة إذا تعلق الأمر بالتنازل عن أملاك عقارية ذات استعمال سكني أو مهني أو تجاري أو حرفي تابعة للدولة و الجماعات المحلية و مكاتب الترقية العقارية و التسيير العقاري و المؤسسات و الهيئات و الأجهزة العمومية لصالح الأشخاص. وأما العقود الرسمية التي يصدرها شخص مكلف بخدمة عامة، فمثالها تلك التي يصدرها الخبير و هو شخص يعينه القاضي طبقا لأحكام المواد من 125 إلى 145 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية و ذلك في الأمور ذات الطابع الفني و التقني التي يصعب على القاضي فهمها من أجل الحصول على معلومات تفيد مجرى القضية المتنازع بشأنها الأطراف.

أما العقود التوثيقية التي يصدرها الضابط العمومي فهي تلك التي يصدرها من يخول له القانون هذه الصفة بسبب المهنة التي ينتمي إليها، ومثال ذلك تلك العقود التي يحررها الموثقون عندما يتعلق الأمر بالتصرفات الواردة على العقار كعقد البيع العقاري أو المبادلة العقارية... الخ. وهذا موضوع بحثنا بالتحديد

تتجلى أهمية دراسة موضوع المذكرة في كونه يعالج اثبات الملكية العقارية . ذات أهمية كبيرة وبالغة لأنها تعالج وتطرح باستمرار في القضاء كما يمس بالاقتصاد الوطني الذي يتوقف نموه على تسوية الوضعية القانونية للعقار وذلك عن طريق فرض الرسمية في المحررات الواجبة الشهر والتي تتضمن نقل الملكية العقارية ومدتتاثير الشهر العقاري في اثبات الملكية العقارية بحثا عن الايمان في المعاملات العقارية

وتتلخص أسباب اختياري للموضوع فيما يلي:

السعي إلى إبراز فكرة "العقد التوثيقي كسند تنفيذي" باعتباره أهم وسيلة في اثبات الملكية العقارية وحماية الموثق يضيفي الصفة الرسمية على كل العقود التي يحررها دون استثناء وهذا الشكل الرسمي يعد أحيانا من أهم أركان بعض العقود كالعقود التي تنصب على العقارات، ولكن إلى من أين تستمد العقود التوثيقية قوتها في اثبات الملكية العقارية؟

ولقد اعتمدنا على تقسيم الدراسة لخطة ثنائية تتكون من فصلين، خصصنا الفصل الأول لتنظيم العقود التوثيقية في القانون الجزائري، قسمناه الى مبحثين: المبحث الاول نتناول فيه مفهوم العقد التوثيقي وفي المبحث الثاني اكتساب العقد التوثيقي القوة التنفيذية أما الفصل الثاني فخصصته شهر العقود التوثيقية وضمنه تم دراسة الشهر العقاري للعقود التوثيقية في الملكية العقارية في المبحث الأول و

المبحث الثاني ودرست ضمنه أسس تنظيم الشهر العقاري واثاره

تستند الدراسة على منهجين، المنهج الوصفي سيتم استخدامه عند التطرق للمفاهيم الرئيسية التي تتعلق بالموضوع، والمنهج التحليلي عند التطرق إلى مدلول بعض المواد القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة.

الفصل الاول: تنظيم العقود التوثيقية في القانون الجزائري

المبحث الأول: مفهوم العقد التوثيقي

لقد عرف المشرع العقد الرسمي في نص المادة (324) من القانون المدني على أنه: "ذلك العقد الذي 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 سلطنته واختصاصه"¹.

يمكن تقسيمها العقود الرسمية الى اربعة انواع وهي : العقود الادارية والعقود القضائية والعقود التشريعية والعقود التوثيقية .

تقتضي معالجة مفهوم العقد التوثيقي التطرق بالدراسة إلى تحديد وتعريف العقد التوثيقي وكذا شروط صحته وذلك فيمطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف العقد التوثيقي

بالرجوع إلى تحليل نص المادة 324 من القانون المدني يتبين لنا أن الأوراق الرسمية مختلفة ومتنوعة باختلاف الجهة التي تصدرها، فقد تكون صادرة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة. نتناول في هذا المطلب: التوثيق لغة واصطلاحا في الفرع الاول و الفرع الثاني العقود التوثيقية

الفرع الأول: التوثيق لغة واصطلاحا

التوثيق بالإنجليزية (documentation) : هو مصطلح بأكثر من معنى، أما الأكثر شيوعا فهي:

اولا /التوثيق لغة : مصدر لفعل و ثق بمعنى احكم الأمر ، و التوثيق لغة له عدة معان منها : الأحكام : يقال و ثق الشيء بظم الثاء و ثقة : قوي و ثبت ، فهو و ثق ، ثابت محكم.

ومنها الائتمان يقال : و ثقت بكسر الماء به أثق بكسرهما ثقة و وثوقا : ائتمنته، ويطلق على الشد و الروابط من الوثاق : و هو ما يشد به من حبل و قيد ومنه قول تعالى(فشدو الوثاق) سورة محمد الاية 4 . و منه الميثاق للعهد، و على هذا المعنى سميت الوثيقة و وثيقة ، لانها نشد المتعاقدين بما جرى حتى يصير ميثاق عليهما ، و الوثيقة بهذا المعنى قريبة من معنى العقد ، و لذلك يطلق العقد بمعنى الوثيقة .

¹مادة324من القانون المدني الجزائري

ثانيا التوثيق اصطلاحا: علم التوثيق هو ذلك العلم الذي ينظم سير العلاقات بين الناس ، و يحد معالم ذلك التعامل طبقا للنصوص الشرعية و اجتهادات الفقهاء ، و ما جرى به عمل القضاة من غير اغفال عرف الناس و عاداتهم¹.

وبالرجوع الى أحكام المادة 03 من قانون التوثيق 02/06 المنظم لمهنة التوثيق نلاحظ ان المشرع لم يعرف التوثيق وانما عرف القائم بالتوثيق

الفرع الثاني: العقود التوثيقية

والتعريف القانوني هي طائفة من الأوراق الرسمية تحرر من قبل شخص مؤهل و مختص و صاحب الصفة القانونية في تحريرها وفقا للشروط التي حددها القانون المدني و قانون التوثيق ، و هذا الشخص المؤهل قانونا لتولي مهمة تحرير هذه السندات يسمى بالموثق² ، و هو ضابط عمومي خوله المشرع القيام بمهمة إصباغ القالب الرسمي للعقود الخاصة هو أشبه بقاضي ودي (قاضي تحرير) مخول قانونا بتقديم خدمة عامة هي تحرير العقود الرسمية و الموثق حين قيامه بهذه المهمة يراعي مجموعة من الشروط القانونية و الشكليات التنظيمية المتطلبة لصحة العقود التوثيقية .

اذ يعتبر الموثق قاضي العقود بامتياز لأنه يسهر على تنفيذها لضمان إستقرار المعاملات على أحسن وجه، وكما يعتبر مستشارا قانونيا في مجال التوثيق والعقود، إذ يمكنه تقديم الإستشارات القانونية في حدود إختصاصه وصلاحيته، كلما طلب منه ذلك دون أن يؤدي ذلك حتما إلى تحرير العقد

كل هذا من أجل تعزيز مبدأ استقرار المعاملات التعاقدية بصفة عامة و العقارية بصفة خاصة و بث الطمأنينة في نفس أطراف العقد كون توثيق إرادتهم في عقد رسمي يجعله قوي من الناحية القانونية مقارنة مع العقد العرفي أو شهادة الشهود.

و لقد نظم القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 مهنة التوثيق³ بعد إلغاء القانون

¹https://elkanoon.blogspot.com/2016/02/blog-post_29.html

² يعرف الموثق على انه ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية. يتولى تحرير العقود التي يشترط القانون فيها صبغة الرسمية

³ القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الجريدة الرسمية 14 لمؤرخ في 20 فيفري 2006، صفحة 15

القديم¹ بموجب المادة 71 منه و الذي حدد شروط الالتحاق بمهنة التوثيق بموجب المادتين 05 و 06 و ذلك باستحداث شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق قصد الوصول إلى تأهيل هاته المهنة و ترقيتها و التي لا تسلم إلا بعد النجاح في مسابقة الالتحاق بالمهنة و إنهاء فترة التكوين و التأهيل ، كما يشترط في المترشح للمسابقة أن يكون متمتعاً بالجنسية الجزائرية و حائزاً على شهادة الليسانس في العلوم القانونية و الإدارية أو شهادة معادلة لها وبالغا لسن خمسة و عشرون سنة على الأقل و متمتعاً بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة و أن لا يكون قد حكم عليه من أجل جنائية أو جنحة باستثناء الجرائم غير العمدية و أن لا يكون ضابطاً عمومياً وقع عزله أو محامياً شطب اسمه أو عون دولة عزل بمقتضى إجراء تأديبي نهائي.

مع الإشارة أن الشروط الثلاثة الأخيرة قد تم النص عليها في المادة الثالثة من مرسوم تنفيذي رقم 08 - 242 مؤرخ في أول شعبان عام 1429 الموافق 3 غشت 2008 ، يحدد شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها لتأديبي وقواعد تنظيمها².

و يؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسة مهامه اليمين القانونية أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه و طبقاً للمادة الثامنة من القانون رقم 06-02 تكون كالتالي " :أقسم بالله العظيم ، أن أقوم بعمل أحق قيام ، و أن أخلص في تأدية مهنتي و أكتف سرها و أسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف ، و الله على ما أقول شهيد " .

المطلب الثاني : صحة العقد التوثيقي

حتى يكتسب العقد المحرر من طرف الموثق حجيته و قوته بمناسبة إبرام عقود انتقال الملكية العقارية استوجب القانون مراعاة و احترام جملة من الشروط و الضوابط، ومتى تخلف شرطاً منها ترتبت جزاءات على ذلك و هذا ما سوف نتطرق إليه في الشكل التالي.

¹ القانون 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق. الجريدة الرسمية 28 المؤرخة في 13/07/1988. صفحة 1035. الملغى بدوره بموجب القانون 06/02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الجريدة الرسمية 14 لمؤرخ في 20 فيفري 2006 صفحة 15

² مرسوم تنفيذي رقم 08 - 242 مؤرخ في أول شعبان عام 1429 الموافق 3 غشت سنة 2008، يحدد شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها لتأديبي وقواعد تنظيمها

لقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول تحرير العقد التوثيقي من طرف الموثق والفرع الثاني شرط الشكلية في العقد التوثيقي الناقل للملكية العقارية

الفرع الاول: تحرير العقد التوثيقي من طرف الموثق

لقد خول و أعطى قانون التوثيق رقم 06-02 سلطة تحرير العقود للموثق و في هذا الإطار يقوم الموثق بتقديم النصائح للأطراف بصفة موضوعية وحيادية، و يسهر على أن يكون مضمون العقد بكيفية جد دقيقة للإرادة المشتركة لكل الأطراف المعنية و بفعل ذلك تكون العلاقة القانونية القائمة بين الأفراد منظمة من البداية بكيفية مضبوطة و خالية من الشوائب، مما يخفض من احتمال المنازعات إلى حدها الأدنى.

بمعنى اخر يجب على الموثق قبل القيام بعملية تحرير العقد و توثيق إرادة طرفيه أن يتأكد من صحة العقود المقامة بمناسبة إبرام العقود الناقلة للملكية ، و أن يقدم نصائحه إلى طرفي العقد و ذلك قصد أن ينسجم اتفاقهما مع التشريعات و القوانين السارية المفعول ، كما يمكن للموثق أن يقدم استشارات الأطراف العقد في حدود صلاحياته و سلطاته و له أن يعلمهم بالآثار المترتبة عن تصرفاتهم كلما طلب منه ذلك ، كما أن السوق بصفته حامل لختم الدولة و مفوض من السلطة العامة بتحرير العقود ملزم بتحرير أي عقد يطلب منه إلا إذا كان العقد المطلوب تحرير مخالف لقوانين و الأنظمة المعمول ب ا كأن يطلب منه تحرير عقد هبة عقار غير قابل للتصرف أصلا .¹

لا يكفي أن تكون الورقة الرسمية محررة من طرف موثق، وإنما يجب أن يكون هذا الأخير متمتع عند تحريره للعقود بالسلطة والاختصاص اللازمين، وهو ما سوف نتطرق إليه على النحو التالي

أولا سلطة الموثق عند إبرام العقد التوثيقي:

يقصد بسلطة الموثق أن يكون ذا ولاية في تحرير العقد ، أي أن يكون قائما بعمله وقت تحرير الورقة التوثيقية ، فان كان قد عزل أو نقل زالت ولايته ، كما لا يجوز للموثق القيام بتحرير أي عقد مهما كانت طبيعته إلا بعد أدائه اليمين القانونية ، أم إذا كان الموثق قد حرر عقد من العقود الناقلة للملكية في الفترة التي عقيت صدور قرار العزل و لم يتم تبليغه به أي بدون أن يعلم بذلك فإن العقد يبقى صحيحا حماية للوضع الظاهر و المصحوب بحسن النية تحقيقا لاستقرار المعاملات المدنية و الوصول إلى الأمن القانوني بين الأفراد ، كما يجب أن يكون الموثق عند إبرامه أو تحريره الرسمي ممتعبا بالأهلية اللازمة

¹ كوشي كهيبة. عيادي ليندة ، دور الموثق في استقرار المعاملات ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2018، صفحة 15

لتحرير العقد، وفي هذا الإطار نصت المادة 19 من قانون التوثيق على أنه: لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي

- 1- يكون فيه طرفاً معيناً أو ممثلاً أو مرخصاً له بأي صفة كانت، يتضمن تدابير لفائدته،
- 2- يعني أن يكون فيه وكيلاً أو متصرفاً أو أي صفة أخرى كانت.
- 3- أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة
- 4- أحد أقاربه أو أصهاره تجمعهم به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم و ابن الأخ و ابن الأخت

ثانياً اختصاص الموثق عند تحرير العقد الرسمي المثبت للملكية العقارية: المقصود بالاختصاص أن يكون الموثق مختصاً نوعياً ومحلياً بتحرير العقود الرسمية، أما عن الاختصاص النوعي للموثق فلا يمكن تصور تحرير هذا الأخير عقداً من العقود الناقلة للملكية بين مؤسستين تابعيتين للقانون العام بل يعود ذلك إلى اختصاص مدير أملاك الدولة باعتباره ممثلاً للإدارة العمومية المسماة إدارة أملاك الدولة والشؤون العقارية باعتباره موثق الدولة، كما لا يمكن تصور قيام على سبيل المثال محافظ البيع بالمزايدة إبرام عقد بيع أو هبة عقارية بين الأفراد كون الاختصاص النوعي هنا يعود حصرياً للموثق.

أما عن الاختصاص المحلي للموثق فإن المشرع الجزائري وفقاً للقانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق لم يحدد له اختصاصاً محلياً¹، وهذا يعني أن يكون الموثق دائماً مختصاً إقليمياً بتلقي و تحرير العقود في مكتبه مهما كان موطن الأطراف، و أينما وجد محل العقد، منقولاً أو عقاراً أو هذا خلافاً لنظام التوثيق السابق إذا كان الاختصاص الإقليمي للموثقين منحصراً و مقتصرًا فقط في دائرة اختصاص المحكمة التي يباشرون فيها مهامهم العادية، مع الإشارة أن تمتع الموثق باختصاص وطني يجعله مختصاً في إبرام أي عقد من العقود الناقلة للملكية العقارية الخاصة حتى إذا كان محل العقد أي العقار المتصرف فيه خارج دائرة اختصاص المكتب الذي يزاول فيه الموثق عمله، و بالتالي أصبح على سبيل المثال الموثق الموجود مكتبه في دائرة اختصاص محكمة سيدي امحمد مجلس قضاء الجزائر أن يحرر عقد بيع عقاري لمنزل موجود في دائرة اختصاص محكمة بشار و العكس صحيح.

¹المادة 02 من القانون 02/06 المتضمن مهنة التوثيق

ويبدو أن قاعدتي الاختصاص الوطني للموثق والنفاذ في كامل التراب الوطني تستجيب لمتطلبات السرعة والفعالية في المعاملات، لاسيما إذا تعلق الأمر بمؤسسات أو مشاريع اقتصادية يمتد نشاطها إلى أكثر من دائرة اختصاص محكمة أو مجلس قضائي واحد و لا ربما إلى كامل التراب الوطنية

الفرع الثاني : شرط الشكلية في العقد التوثيقي الناقل للملكية العقارية

إن أهم فرق يسجل بين عقد بيع العقار وعقد بيع المنقول هو وجوب إفراغ العقد الناقل للملكية العقارية في قالب رسمي، غير أنه هناك استثناءات ترد على مبدأ الرسمية، وقد أخذ المشرع الجزائري موقفا واضحا منذ سنة 1971 حين أوجب إعطاء العقود الناقلة للملكية صبغة الرسمية.

أولاً قاعدة الرسمية: إن القصد من الشكلية هو توثيق العقد، أي أن يمثل طرفا العقد بين يدي الموثق وذلك من أجل إفراغ التصرف في قالب رسمي، وهو يعتبر ركنا جوهريا في التصرف وينجم عن غيابه البطلان المطلق للعقد. وهذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني «زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي يتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقاري..... في شكل رسمي.

تبنى العقود بصفة عامة على مبدأ الرضائية في القانون الجزائري، وينتج العقد الرضائي بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بين طرفي العقد دون الحاجة لشكل معين، فيكفي التراضي لإنشاء العقد. غير أنه استثناءات يكون العقد ذو طابع شكلي إذا كان الشكل ركنا لصحة العقد، وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد تبنى سابقا مبدأ الرضائية في عقود البيوع العقارية إلا أنه قد تخلى على هذا المبدأ تدريجيا¹

وكانت بداية التحول بموجب قانون المالية لسنة 1965 تحت رقم 61/64 المؤرخ في 12 - 1964 والذي أوجب الشكل الرسمي في بعض التصرفات بعوض، دون أن يوجب هذه الشكلية تحت طائلة البطلان. ولم يتضح موقف المشرع الجزائري إلا بعد صدور الأمر 91 /70 المتضمن قانون التوثيق².

لقد أوجب هذا القانون الرسمية في العقود الواردة على العقارات، ولم يعد بذلك للمحرر العرفي

¹ زروقي ليلي. حمدي باشا عمر. المنازعات العقارية. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر. طبعة 2003. صفحة 67

² قانون التوثيق القديم صدر في 15/12/1970 بمقتضى الأمر 91/70 الجريدة الرسمية عدد 107. صفحة 1615. بدأ العمل به 01/01/1971. الملغى بقانون 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق. الجريدة الرسمية 28 المؤرخة في 13/07/1988. صفحة 1035. الملغى بدوره بموجب القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق

الجريدة الرسمية 14 المؤرخ في 20 فيفري 2006 صفحة 15

أية حجية، وأوجب إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقارات في قالب الرسمي تحت طائلة البطلان. فقد نصت المادة 12 منه على أن «زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، فإن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو ... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد .

فهذه المادة أضفت حماية خاصة على كل التصرفات الواردة على العقارات، فلا يكفي توافر الرضا والمحل والسبب، بل لا بد من إتباع شكل معين يتمثل في الرسمية التي هي ركن لانعقاد ولصحة العقد. كما أن المشرع استعمل في الصيغة الفرنسية للنص كلمة Impérativement التي تدل صراحة على الطابع الإلزامي للرسمية، ولكن ما يلاحظ عليه أنه وإن كان قد نظم ذلك في قانون التوثيق الصادر في 1970، إلا أنه لم يخصص لها نصا صريحا في القانون المدني.

وقد تأكدت هذه القاعدة خاصة بعد صدور الأمر 74/75 المذكور أعلاه، لا سيما المرسوم التطبيقي له رقم 63/76 ، إذ نص في المادة 61 منه « بأنه يقدم على الشكل الرسمي كل عقد يكون موضوع إشهار». وأمام عدم تخصيص نص خاص لإبرام العقود الواردة على العقارات في الشكل الرسمي في القانون المدني، فإن ذلك قد شكل أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة، وسرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني فأدرج المادة 12 السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرر فقرة 1 من قانون 14/88 المؤرخ في 03-05-1988 المعدل والمتمم للقانون المدني، أين أكدت صراحة على الرسمية كركن لانعقاد في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو زوال حق الملكية العقارية، وعلى كل ما يرد على الحقوق العينية الأصلية والتبعية، وذلك عن طريق إفراغ هذه التصرفات في محرر ينجزه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة. ورتبت البطلان المطلق كجزاء على تخلفها. وتجسدت هذه الشكلية أيضا بصدور قانون التوجيه العقاري رقم / 2590 المؤرخ في 18-11-1990 الذي كرس الملكية العقارية الخاصة المذكور سابقا، بعد أن ألغى كل القيود الواردة على المعاملات العقارية لا سيما ما كان مفروضا منها بموجب قانون الاحتياطات العقارية رقم 24/ 76 في مجال العقار الحضاري، وكذا قانون الثورة الزراعية¹.

¹الأمر رقم 73/71 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية. الجريدة الرسمية عدد 97 المؤرخة

وتم التأكيد على قاعدة الرسمية من جديد بموجب المادة 25 من قانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية التي تنص على ما يلي " يجب أن يكون البيع من طرف المرقي العقاري لعقار مبني أو بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانونا في الشكل الرسمي طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقا الأحكام هذا القانون "

1-مزايا قاعدة الرسمية:تعتبر الرسمية وسيلة لترقية المعاملات القانونية وحماية قوية لاستقرارها نظرا لما تنطوي عليه من مزايا كثيرة يمكن حصرها فيما يلي:

أ-إن الرسمية تقتضي تدخل أشخاص يؤهلهم القانون، وهم الموظف العام أو الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة كل في حدود اختصاصه، وهذا ما يزيد من القيمة القانونية للمحرر وحجيته، ويجعل البيانات التي تتضمنها المحررات الرسمية ذات قوة إثبات وحجية بالغة¹.

ب-إن الرسمية تضمن إشهارا للمحركات المودعة بالمحافظة العقارية في الآجال القانونية المحددة لها

ج-إسناد عملية تحرير مختلف المحررات الرسمية الخاضعة للحفظ العقاري إلى موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، يعد بمثابة حماية تامة للأطراف المتعاقدة والغير،

لاسيما مع علمهم بمدى خطورة التصرف المقدمين عليه، وكذا الأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكمه

د-قاعدة الرسمية تلزم بعض محرري العقود استلام أصول جميع العقود والوثائق من أجل الإيداع، والاحتفاظ في نفس الوقت بنسخ أصلية مثلما يمليه قانون التوثيق في هذا الشأن على سبيل المثال .

هـ-قاعدة الرسمية تمكن الدولة من بسط مراقبتها على السوق العقاري قصد التقليل من المضاربة وتمكين الخزينة من تحصيل مداخيل مالية من رسوم التسجيل .

و-كما أن قاعدة الرسمية تضع بين يدي البائع والمشتري سندا قابلا للتنفيذ والإجراء الشهر دون الحاجة إلى الحكم بتنفيذه².

2- تميز العقد التوثيقي عن العقد العرفي: اذا ما ثبت صدور المحرر العرفي من الشخص المنسوب اليه كان المحرر حجية من حيث صحة الوقائع الثابتة له، وعلى من يدعي عكس ذلك عبئ الاثبات وفقا

¹ جمال بوشناق. شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري. دار الخلدونية. طبعة 2006. صفحة 142

² خالد رامول. المرجع السابق. صفحة 38

للقواعد العامة، بقاعدة انه لا يجوز اثبات عكس الكتابة الا بالكتابة ، فالعقد العرفي يتميز عن العقد التوثيقي من حيث الالوجه التالية¹

أ: من حيث الشكل: يختلف العقد التوثيقي عن العقد العرفي من ناحية الشكل على أساس أن العقد العرفي لا يتطلب القانون فيه أية شكلية معينة ما عدا الكتابة و توقيع أصحاب الشأن ، في حين يتطلب القانون في العقد التوثيقي أن يكون محررا من طرف ضابطا عموميا و ذلك بحسب الشكليات و الإجراءات القانونية حيز التنفيذ . و مما لا شك فيه ، أن أساس صحة العقد العرفي يتمثل في مضمونه و توقيعات الأطراف وفي بعض الأحيان توقيعات الشهود ، نصت المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني بأن : " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف.²

و بالتالي متى تحول العقد التوثيقي إلى عقد عرفي نتيجة عيب في الشكل يصبح بالإمكان مهاجمته و الطعن فيه دون دعوى الطعن بالتزوير³ .

ب: من حيث الحجية: للسند التوثيقي حجية مطلقة في الإثبات بين أطرافه و ورثتهم و ذوي الشأن و لا يطعن في صحة مضمونه إلا بالتزوير، بينما في المحرر العرفي يكفي إنكار الخط أو التوقيع من المدين الإسقاط حجيته و يقبل إثبات العكس⁴

ج: من حيث التنفيذ: يتميز العقد العرفي أنه لا يتمتع بالقوة في تنفيذه حتى و إن تم الاعتراف به من طرف الاخر الناقل للملكية العقارية فإذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ ما جاء في العقد وجب عليه رفع دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة إقليميا لإجباره على تنفيذ ما جاء في العقد العرفي و لا يكون ذلك إلا باستصدار حكم نهائي ، في حين أن العقد التوثيقي يكون قابلا للتنفيذ بمجرد استخراج الصيغة التنفيذية

¹ ميدي احمد، الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، طبعة سنة 2005، صفحة 53

² عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة ، الجزائر ، طبعة سنة 2002 ص 62 .

³ تنص المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني على أنه: يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني ."

⁴ د الغوثي بن ملح، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى ، سنة 2001 ، ص 70 .

من الموثق واطمام عملية الشهر محرر الوثيقة دون حاجة للجوء إلى القضاء و تضييع المصاريف و الوقت¹.

ثانيا: موقف القضاء من قاعدة الرسمية: لقد عرف الاجتهاد القضائي في الجزائر مواقف متباينة في تفسير النصوص وتطبيقها كلما تعلق الأمر بمعاملات عقارية أبرمت بواسطة محررات عرفية، فرغم صراحة النصوص القانونية إلا أن المحكمة العليا في الكثير من الأحيان لم تسايرها بل تجاهلتها وأكدت صحة المحررات العرفية، فانقسم القضاء إلى فريقين. يرى الفريق الأول ضرورة احترام نص المادة 12 من قانون التوثيق السابق والمادة 324 مكرر 1 مدني، بينما اعتبر الفريق الثاني العقود الرسمية وسيلة للتعبير عن الإرادة، وهو ما دعى إلى ضرورة انعقاد الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا لمقتضيات القانون رقم 89-22 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وتسييرها² قصد اتخاذ موقف توحد به الاجتهاد القضائي .

ثالثا: جزاء تخلف الرسمية في العقد المتضمن نقل الملكية العقارية: جزاء تخلف الرسمية في العقد المتضمن نقل الملكية العقارية ولمعالجة الجزاء الذي رتبته القانون وجب علينا التفريق بين الجزاء القانوني المترتب بين طرفي العقد والجزاء القانوني المترتب بالنسبة للغير وذلك على النحو التالي:

1- جزاء تخلف الرسمية بين طرفي العقد: متى توافرت الشروط المطلوبة قانونا في العقد الرسمي السابق ذكرها فإن العقد يصبح صحيحا ومنتجا لكافة آثاره ، وإذا احتل أحد الشروط فإننا نكون أمام عقد باطل ، إلا أنه وجب الإشارة في هذا الصدد التفريق بين ما إذا كانت الرسمية مطلوبة لمجرد الإثبات فقط ، أم أنها ضرورية لقيام التصرف كونها ركنا للانعقاد.

فإذا كانت الرسمية وسيلة فقط من وسائل إثبات التصرف القانوني ، كما هو الحال في عقد المقاوله أو عقد القرض فإن عدم وجود الرسمية لا يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني ، بل يبقى قائما وصحيحا وتمكن إثباته بكافة الطرق المنصوص عليها قانونا.

¹ رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزيوزو 2014 صفحة 20

² قانون 22/89 مؤرخ في 12/12/1989. المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها. الجريدة الرسمية العدد

53 المؤرخة في 13/12/1989 صفحة 1435. المعدل بالقانون العضوي رقم 12/11 المؤرخ في 26 جويلية

2011. الجريدة الرسمية العدد 42. المؤرخة في 31 جويلية 2011

أما إذا جعل المشرع الكتابة الرسمية أساسا لوجود التصرف القانوني ، مثلما هو الأمر بالنسبة للعقود الناقلة للملكية العقارية أو أي حق عيني عقاري آخر ، فإن يخلف أحد الشروط المستوجبة قانونا في تحرير المحرر الرسمي تؤدي حتما إلى جعل التصرف منعدم وبالتالي يصبح كأنه لم يكن ، كأن يلجأ شخصان لإبرام عقد بيع عقاري إلى المحضر القضائي لتحرير التصرف فإن العقد في هاته الحالة باطلا بطلانا مطلقا لعدم صلاحية المحضر القضائي في تحرير عقود البيوع العقارية.

2 - جزاء تخلف الرسمية بالنسبة للغير: لا يقتصر أثر البطلان على المتصرف والمتصرف له في العقار بل يمتد إلى الغير ، والمقصود بالغير هنا كل شخص أكتسب حق على الغير محل العقد الذي تقرر بطلانه ، كأن يكون عقد بيع العقار باطلا ويتصرف المشتري فيه ببيعه لشخص آخر ، فالأصل إذا أبطل العقد الأول والمتمثل في عقد البيع العقاري يجب إبطال العقد الثاني تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان وبالتالي لا يمكن للمشتري أن يمتلك العقار الذي اشتراه على أساس ما بني على باطل فهو باطل مع الإشارة أنه لا بطلان إلا بحكم قضائي.

هذا ونشير إلى أن إطلاق قاعدة الأثر الرجعي للبطلان قد تؤدي إلا عدم استقرار المعاملات التعاقدية والإضرار بالثقة والائتمان خاصة إذا كان الخلف الخاص¹ (حسن النية)² أي أنه لا يعلم أن العقد مهددا بالإبطال أو باطلا و واضح أيضا أن العدالة تقتضي حماية الغير حسن النية من آثار بطلان العقود حتى يتمكن الغير من تثبيت الأضرار الجسيمة التي تلحقهم ، بل إن الصالح العام نفسه يقتضي تلك الحماية رعاية الائتمان العام والاعتداء بالثقة المشروعة التي يعتمد عليها الناس ، الأمر جعل المشرع يحمي الغير إذا كان حسن النية في عدة مواضع ومثال ذلك ما جاءت به المادة 198 من القانون المدني والتي تنص على أنه : " إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين والخلف الخاص ، متى كانوا حسن النية ، أن يتمسكوا بالعقد الصوري ". يقصد بالخلف الخاص الشخص الذي يخلف المتعاقد في عين معينة بالذات، كالمشتري في عقد البيع، والمرهوب له في عقد الهبة.

¹ يقصد بالخلف الخاص الشخص الذي يخلف المتعاقد في عين معينة بالذات. كالمشتري في عقد البيع. والمرهوب له في

عقد الهبة

² حسن النية مفترض دائما وعلى من يدعي العكس اثبات ذلك

المبحث الثاني: اكتساب العقد التوثيقي للقوة التنفيذية

القاعدة العامة في مادة التنفيذ، مفادها عدم اقتضاء الأفراد لحقوقهم بأنفسهم، منعا لانتشار الفوضى في المجتمع، وضياح حقوق المنفذ عليه، لوجود مظنة إساءة الدائن لها والمساس بها، لذا فإن القاعدة المطبقة في معظم تشريعات الدول الحديثة تستوجب تدخل السلطة العامة لمباشرة عملية التنفيذ وتمكين الدائن من تحصيل حقوقه جبرا على المدين الذي امتنع عن الوفاء بدينه، بالنظر إلى الامتيازات التي تتمتع بها والقوة العمومية التي تملكها، وحتى تتدخل الدولة لابد أن يكون الدائن حائزا لسند تنفيذي مهور بالصيغة التنفيذية.

وذكر المشرع في المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنالعقود التوثيقية، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة،¹ من بين أنواع السندات التنفيذية . ويعرف السند التنفيذي بأنه عمل قانوني يتخذ شكلا معينا، ويتضمن تأكيد حق الدائن الذي يريد الإقتضاء الجبري.

ويعرف كذلك بأنه عمل قانوني يحدد حق الدائن بطريقة يفترض فيها القانون حسم كل منازعة سابقة في موضوعه أو كل منازعة في صحته، ومن ثم يجعله وثيقة يتحتم على ممثل السلطة العامة المختص تنفيذ ما تثبته من حق على من هو ثابت ضده هذا الحق² .

المطلب الأول: تطور القوة التنفيذية للعقد التوثيقي.

إن مفهوم القوة التنفيذية اختلف في تحديده وضبطه باختلاف العصور، فالمقصود بها في نظر القانون المعاصر هي: الأثر الذي يترتب على أعمال السند التنفيذي المحرر الموثق متى توفرت فيه الشروط الموضوعية والشكلية المنصوص عليها في القانون الإجرائي.

ويظهر الدولة الحديثة، وأخذها السلطة تأكيد احترام القواعد القانونية ومنع الفرد من اقتضاء حقه بنفسه، كان من الضروري تنظيم وسائل قانونية لحماية صاحب الحق، ذلك أن الحق بغير حماية لا يمكن أن يوفر لصاحبه المصلحة التي هي جوهره، فحيث لا توجد حماية بواسطة القوة الخاصة، يجب أن تنظم حماية قانونية، إن وصول القوة التنفيذية للعقد التوثيقي لهذا الشكل اليوم لم يأت دفعة واحدة وإنما كان على مراحل .

¹ في المادة 600 من قانون الاجراءات المدنية والادارية ذكر العقود التوثيقية كسند تنفيذي من بين سندات اخرى على سبيل الحصر

² عمر حمدي باشا. طرق التنفيذ وفقا للقانون 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. دار هومة. الجزائر. ص93

لقد قسمنا هذا المطلب الى فرعين، نتناول في الفرع الاول القوة التنفيذية للعقد التوثيقي في القانون الوطني والفرع الثاني أساس إضفاء القوة التنفيذية على العقد التوثيقي.

الفرع الاول : القوة التنفيذية للعقد التوثيقي في القانون الوطني.

أسند المشرع القوة التنفيذية للعقد التوثيقي نقلا عن المشرع الفرنسي، وتجسد ذلك سواء في قانون التوثيق رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، ثم قانون التوثيق رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988،¹ وأخيرا قانون التوثيق 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، وقد نص على أن العقد التوثيقي سند تنفيذي كما سبق ذكره بموجب المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية واستعمل لفظ العقد، والذي قصد به العقد بمعناه المادي، أي المحرر أو الورقة المثبتة للتصرف، وليس بمعناه الموضوعي أي الإتفاق أو توافق الإرادتين، لأن المحرر قد يتضمن تصرفا مصدره الإرادة المنفردة كالوقف، أو يتضمن إتفاق إرادتين أو أكثر لإبرام تصرف قانوني وتحمل آثاره المترتبة عليه، ولعل استعمال المصطلح العقد راجع إلى أنه جرى العمل على إطلاق مصطلح العقود من طرف رجال القانون سواء أساتذة أو موثقين على التصرفات والمحررات التي يقوم الموثق بتحريرها.

الأصح لو استعمل المشرع مصطلح سند أو محرر توثيقي بدلا من عقد توثيقي، شأنه شأن المشرع المصري² لأن ذلك سيكون أوضح وأشمل لجميع التصرفات القانونية التي يقوم الموثق بتحريرها والتي ليست في مجملها عقودا قائمة على تبادل إرادتين أو أكثر.

وقد مرت القوة التنفيذية للعقد التوثيقي في بلادنا بمرحلتين، فقبل سنة 1988 كان يغلب عليها الطابع القضائي، إذ كان الموثق من رجال القضاء ومزودا بسلطة قضائية وبالتالي كان حضور الأطراف أمامه لا يختلف عن حضورهم الخصومة أمام القاضي، لكن بصدور قانون التوثيق 88-27 السابق ذكره، استقل التوثيق عن القضاء وأصبح الموثق يتولى تسيير مكتبه لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، وتغير

¹ القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988، المتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية رقم 28، بتاريخ 13 يوليو 1988، صفحة 1035

² تبنى المشرع المصري مصطلح المحررات بدلا من العقود لكونه أدق وأشمل، إذ تنص 02 من قانون التوثيق: تقوم مكاتب التوثيق بما يأتي:

تلقي المحررات وتوثيقها

إثبات المحررات الرسمية في الدفاتر المعدة لذلك .

وضع الصيغة التنفيذية على صورة المحررات الرسمية الواجبة التنفيذ .

حفظ أصول المحررات التي تم توثيقها وموافاة المكتب الرئيسي بصورة من كل منها

إعداد فهرس المحررات التي تم توثيقها.

معه شكل القوة التنفيذية للعقود التوثيقية، فأصبحت قائمة بذاتها وتستمد شكلها القانوني من الموثق في حد ذاته وليس من القضاء، وهو ما أكده بدوره فيما بعد قانون التوثيق 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006.

من الناحية العملية لم تعرف الفترة الممتدة من تاريخ صدور قانون الإجراءات المدنية الملغي سنة 1966، إلى غاية التسعينات لجوء الأفراد إلى تنفيذ العقود التوثيقية دون اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بشأنها، وذلك لسببين، الأول لكونهم يجهلون أن العقد التوثيقي قابل للتنفيذ بذاته، وهذا الجهل ناتج عن عدم وجود تطبيق للنصوص القانونية السالفة الذكر من طرف القضاء، والسبب الثاني لكون القائمين على التنفيذ في ظل النظام القديم لا يستسيغون تنفيذ أية وثيقة ما لم تكن صادرة من القضاء، بالإضافة إلى رفض قضاة النيابة تنفيذ تسخير القوة العمومية لتنفيذ العقود التوثيقية لعدم ذكرها في المادة 324 من قانون الإجراءات المدنية الملغيا، فمثلا لو أن شخصا استأجر منزلا وتعهد أمام الموثق بأنه سيخليه في أجل معين، وبحلول الأجل رفض الإخلاء، هنا لو توجه صاحب المنزل إلى وكيل الجمهورية لتسخير القوة العمومية من أجل إجباره على الإخلاء، فإن ممثل النيابة يرفض الطلب لكون المادة 324 من قانون الإجراءات المدنية لم تنص على العقد التوثيقي.

وهذا إن دل على شيء فهو يدل على نية المشرع التي لا تعترف بالتنفيذ الجبري واستعمال القوة العمومية إلا للأحكام أو القرارات القضائية.

هذا الوضع غير السليم من الناحية القانونية دفع بالمشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى إزالة الغموض الذي كان سائدا في السابق، وهذا بإبراز العقود التوثيقية وتعداد البعض منها ضمن قائمة السندات التنفيذية الواردة في المادة 600، وكذا الحرص على تعداد هذه السندات على سبيل المثال لا الحصر دون ترتيب لجعلها تنبأ نفس القوة التنفيذية.

الفرع الثاني أساس إضفاء القوة التنفيذية على العقد التوثيقي

بالرغم من أن العقود التوثيقية لا تعد أعمالا قضائية، ومع ذلك اعترف لها القانون بقوة التنفيذ وعدها من السندات التنفيذية، وقد اختلف الفقهاء حول الأساس الذي يبرر إضفاء القوة التنفيذية على هذه العقود، فظهرت بذلك عدة آراء.

أولا الخضوع الإرادي للمدين: يرى هذا الاتجاه أن أساس منح القوة التنفيذية للعقد التوثيقي هو الخضوع الإرادي للمدين، أي رضا المدين المسبق بالتنفيذ ضده بمقتضى العقد الموثق وخضوعه للتنفيذ الجبري في حالة عدم وفائه اختياريا بالإلتزام الثابت في العقد وهذا الخضوع مفترض بمجرد اتباع أشكال معينة،

ودون اللجوء إلى القضاء¹، لكن أعيب على هذا الإتجاه أنه يصلح إلا في تشريعات الدول التي تتطلب من المدين أن يذكر بعبارة صريحة أمام الموثق ارتضائه مقدما بالتنفيذ الجبري ضده، كما هو الحال في ألمانيا والنمسا، الأمر الذي لا يصلح في ظل التشريع المصري أو الفرنسي أو الإيطالية²، بل وحتى الجزائري، إذ لا تتطلب هذه التشريعات ذكر العبارة السابقة، كما يعاب عليه أيضا أنه ينسب إلى المدين إرادة قد لا توجد على الإطلاق، وافترضها على الدوام يخالف قاعدة أن الإرادة لا تفترضة³.

ثانياً صفة الموثق: يرى هذا الرأي أن صفة الموثق في حد ذاتها هي التي تبرر منح القوة التنفيذية للسندات التي يحررها، فهو يمارس مهامه طبقاً للقانون و يراعي الإجراءات التي ضبطها،

مما يؤدي إلى الثقة في تأكيده للحق، فهو يوثق التصرف بعد التأكد من هوية الأطراف وصفاتهم وأهليتهم، ثم يقوم بتلاوة العقد كاملاً مبيناً آثاره القانونية، وغير ذلك من الإجراءات التي تؤكد وجود الحق بصورة تغني عن الإلتجاء إلى المحاكم⁴.

لكن انتقد هذا الرأي لأن عمل الموثق يقتصر على مجرد إثبات إبرام التصرف أمامه، دون إجراء تحقيق لتأكيد الحق المثبت في المحرر، ولذلك لا يمكن أن يقوم عمله مقام حكم القاضي في تأكيد وجود الحق⁵، كما أن الثقة في الموثق وأعماله لا يمكن أن تبلغ درجة الثقة في أعمال القاضي وإجراءات المحاكمة، ومع ذلك فإنه ليست جميع الأحكام القضائية تتمتع بالقوة التنفيذية ومن جهة أخرى فإن هذه الثقة تتوافر في موظفين عموميين آخرين ولا تعتبر أعمالهم سندات تنفيذية.

ثالثاً العقد شريعة المتعاقدين: يرجع هذا الرأي إضفاء القوة التنفيذية على العقد التوثيقي، إلى القاعدة القانونية "العقد شريعة المتعاقدين"، وهو أساس غير صحيح لأن هذه القاعدة تبسط آثارها كذلك إلى العقود غير الموثقة، ومع ذلك فإنها لا تتمتع بالقوة التنفيذية ولا يمكن بمقتضاها التنفيذ جبراً.

رابعاً العقود من القضاء الخاص: يرى هذا الإتجاه، أن أساس القوة التنفيذية للعقد التوثيقي يكمن في أن هذه العقود تعد نوعاً من القضاء الخاص أو الإستثنائي شأنها في ذلك شأن التحكيم العادي، وكذا حالة الدفاع الشرعي وحالة الضرورة أين يأخذ الشخص حقه بنفسه دون اللجوء إلى القضاء، وعليه تعتبر القوة

¹ د. فتحيوالي. التنفيذ الجبري. دار النهضة العربية. طبعة 1971. ص 95

² د. احمد مليحي. التنفيذ وفقاً للنصوص قانون المرافعات معلقاً عليها براء الفقه واحكام النقص. مكتبة دار النهضة العربية القاهرة. توزيع دار الفكر العربي. صفحة 213

³ د. فتحي والي. المرجع السابق. صفحة 95

⁴ د. احمد مليحي. المرجع السابق. صفحة 213/212

⁵ د. احمد مليحي. نفس المرجع. صفحة 213

التنفيذية للعقود التوثيقية حالة من الحالات التي يجوز فيها للشخص أن يطلب الأعمال الفعلية لحقه دون اللجوء إلى القضاء¹.

وما يعاب على هذا الرأي ، أنه لا يمكن اعتبار العمل التوثيقي أو إضفاء القوة التنفيذية على العقود التوثيقية قضاء خاصا، لكون هذه الفكرة جاءت أساسا لفصل العمل التوثيقي عن القضاء وتجسيد استقلالته بسبب الإجراءات الطويلة والمعقدة والمكلفة أحيانا التي تفرض على المتقاضين للمطالبة بحقوقهم.

المطلب الثاني: شروط إضفاء القوة التنفيذية على العقد التوثيقي.

حتى يكتسب العقد التوثيقي القوة التنفيذية ويصبح سنداً قابلاً للتنفيذ بذاته لا بد من توفر جملة من الشروط سواء من حيث شكل العقد، أو من حيث مضمونه، وهو ما سأعرض له في الفرعين المواليين الشروط الشكلية والشروط الموضوعية.

الفرع الأول: الشروط الشكلية

هذه الشروط كما سبق شرحها في مكانها يجب أن تتوفر في كل العقود التوثيقية التي يحررها الموثق سواء كانت تتمتع بالقوة تنفيذية أم لا، وزيادة على هذه الشروط يشترط المشرع في العقد التوثيقي الذي يكون قابلاً للتنفيذ بحد ذاته، وجوب إمهاره بالصيغة التنفيذية، وتسليم نسخة تنفيذية للمستفيد من العقد، حتى يتمكن من مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري مباشرة دون اللجوء إلى القضاء في حال إمتناع المدين عن التنفيذ، وتختلف هذه النسخة عن النسخة الأصلية

أولاً: ضبط مفهوم النسخة التنفيذية: تنص المادة 281 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "النسخة التنفيذية هي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية، توقع وتسلم من طرف أمين الضبط إلى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه، وتحمل النسخة التنفيذية العبارة التالية نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وكذا ختم الجهة القضائية.

تنطبق هذه المادة على العقود التوثيقية أيضا مع الإختلاف فقط في كون الموثق هو الذي يوقع ويسلم النسخة التنفيذية بدلا من أمين الضبط، وهو ما ورد في المادة 602 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية "... يمهر ويوقع على النسخة التنفيذية رئيس أمناء الضبط أو الضابط العمومي ، حسب الحالة و تحمل عبارة "نسخة تنفيذية مطابقة للأصل "وتختتم بالختم الرسمي للجهة التي أصدرته..."، وتختلف النسخة التنفيذية عن النسخة الأصلية في كون الثانية، يوقع عليها الموثق ولا تسلم للأطراف بل يحتفظ بها ضمن

¹د. احمد مليحي. نفس المرجع. صفحة 214

أرشف مكتبه للرجوع إليها عند الحاجة، إذ تنص المادة 10 من القانون 06-02 'يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل وإعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا، كما يتولى حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره وفقا للشروط والكيفيات التي يتم تحديدها عن طريق التنظيم¹.

هذا وقد حددت المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصيغة التنفيذية الواجب إمرارها في النسخة التنفيذية وذلك على النحو التالي:

لا يجوز التنفيذ في غير الأحوال المستثناة بنص في القانون، إلا بموجب نسخة من السند التنفيذي، ممهورة بالصيغة التنفيذية التالية:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

وتنتهي بالصيغة الآتية:

وبناء على ما تقدم، فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، تدعو و تأمر جميع المحضرين القضائيين وكذا كل الأعوان الذين طلب إليهم ذلك، تنفيذ هذا الحكم، القرار... ، وعلى كل النواب العامين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه، وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء، إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية. و بناء عليه وقع هذا الحكم.

ثانيا :تسليم النسخة التنفيذية:نظرا لأهمية النسخة التنفيذية ودورها الرئيسي في عملية التنفيذ الجبري، اشترط المشرع تسليمها إلا لمن يستفيد من التنفيذ أو من ينوب عنه بموجب وكالة خاصة، وقد قوبل هذا القيد باحتجاج كبير من طرف هيئة الدفاع لأنه يعطل مصالح المحامين ويشكل إهانة تمس بمصداقية مهنة المحاماة²، كما يمكن إعطاء النسخة التنفيذية إلى كل خلف مستفيد سواء كان خلفا عاما كالورثة أو خاصا كالمحال بالحق الثابت في السند، لكن يشترط أن تكون الخلافة قد نشأت بعد تكوين السند التنفيذي، وأن تكون ثابتة ونافاذة في مواجهة الخصم، لذا فحوالة الحق يجب أن تكون قد أعلنت للمدين و

¹صدر في هـ الشأن المرسوم التنفيذي رقم 08-245 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 45 بتاريخ 06 اوت 2008 والمحدد

لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه

²د. عبد الرحمان بربارة. طرق التنفيذ. منشور اتبغادي. الطبعة الثانية. سنة 2013. صفحة 149

رضي بها حتى يتمكن الخلف المحال إليه، من استعمال السند التنفيذي الصادر أصلا لمصلحة المحيل سواء كان عقدا توثيقيا أو أي سند تنفيذي آخر.

هذا ويؤشر الموثق، على النسخة الأصلية المحفوظة لديه بتسليم النسخة التنفيذية وتاريخ التسليم واسم الشخص الذي استلمها كما يعد سجلا بتسليم النسخ التنفيذية بوقع فيه المستلم مع تحديد صفته ويؤشر فيه على هذا التسليم¹، وهذا من أجل الرجوع إليه في حالة وقوع أي إشكال وتحديد المسؤوليات. لايسلم الموثق إلا نسخة تنفيذية واحدة لمن يستفيد منها، تحت طائلة العقوبات التأديبية، وفي حالة ضياعها أو تلفها قبل مباشرة عملية التنفيذ، فيمكن الحصول على نسخة ثانية²، بشرط احترام الإجراءات المنصوص عليها في المادة 603 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وكذا المادة 32 من القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وتتمثل في :

- 1-توجيه عريضة ممن فقد العقد التوثيقي، إلى رئيس المحكمة المتواجد بها مكتب الموثق،
- 2-أن تكون العريضة معللة، مؤرخة وموقعة ممن تسلم النسخة الأولى،
- 3-استدعاء جميع الأطراف استدعاء صحيحا بسعي من الطالب للحضور أمام رئيس الجهة القضائية المختصة لإبداء ملاحظاتهم التي يجب أن تدون في محضر يرفق مع أصل الأمر الذي سيصدر،
- 4-يجب أن يكون الأمر الصادر عن رئيس المحكمة مسببا سواء تم قبول الطلب أو رفضه، ويمكن مراجعة أمر الرفض، متى استوفت شروط منح نسخة تنفيذية ثانية،
- 5-إرفاق الأمر الصادر بالأصل.

إذا كانت القاعدة العامة هي عدم جواز التنفيذ الجبري دون وجود النسخة التنفيذية، فإن المشرع قد وضع استثناء لهذه القاعدة خص بها فئة معينة من الأحكام القضائية دون باقي السندات التنفيذية بما فيها العقود التوثيقية، إذ نصت المادة 303 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: "... في حالة الإستعجال القصوى يأمر القاضي بالتنفيذ بموجب النسخة الأصلية للأمر حتى قبل تسجيله"، و هذا في

¹تنص المادة 31 من القانون 02/06 المتضمن مهنة الموثق على ما يلي: تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقا لتشريع المعمول به . ويسري عليها ما يسري على تنفيذ الاحكام القضائية. ويؤشر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية.

²تنص المادة 32 من القانون 02/06 المتضمن مهنة الموثق على ما يلي: لا تسلم الا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة العقوبات التأديبية . غير انه يمكن تسليم نسخة تنفيذية ثانية بامر صادر من رئيس محكمة تواجد المكتب ويرفق بالأمر الصادر بالأصل

نظري إن دل على شيء فهو يدل على قناعة المشرع بأن القوة التنفيذية للأحكام القضائية تسمو على باقي السندات التنفيذية.

إن اجتماع كل هذه الشروط الشكلية في العقد التوثيقي، لا يكف لكي يصبح سندا تنفيذيا، بل لابد إلى جانب القواعد الشكلية توفر شروط تتعلق بمضمون العقد في حد ذاته والإلتزام أو الحق الذي تناوله .

الفرع الثاني: الشروط الموضوعية.

إن إضفاء القوة التنفيذية على العقد التوثيقي متوقف على طبيعة الحق الذي تضمنه، والذي يجب أن تتوفر فيه شروط الحق الوارد في كل سند تنفيذي بصفة عامة، والتي إن تخلف أحدها تعذر التنفيذ ولو وجد السند، وتتمثل هذه الشروط في: أن يكون الحق محقق الوجود، معين المقدار وحال الأداء.

أولا : أن يكون الحق محقق الوجود. لم يتفق الفقهاء حول تحديد معنى أن يكون الحق محقق الوجود، فمنهم من يرى بأن المقصود هو أن يكون الحق خاليا من النزاع، أو أن يكون المدين مقرا به، وأعيب على هذا الرأي أن إجراء التنفيذ جبرا على المدين يفترض في الغالب أن هذا الأخير ينازع في وجود الحق أو بقاءه، ولو اشترط الخلو من النزاع لما أمكن إطلاقا القيام بالتنفيذ الجبري على المدين.¹ أما الرأي الثاني فيرى أن الحق المحقق الوجود، يعني بأن السند يقطع بوجود الحق على سبيل التحديد والتعيين من حيث محله وأشخاصه، فلا يجوز مثلا التنفيذ بموجب عقد موثق لاستيفاء قيمة الشرط الجزائي الوارد فيه، لأن مجرد وجود هذا الشرط في العقد لا يفيد استحقاق المبلغ المذكور فيه، إذ يجب صدور حكم بذلك، كما لا يجوز تنفيذ وعد بجائزة للجمهور موثق لعدم معرفة صاحب الحق، وتحديد الحق على هذا النحو له أهمية من جانبين هما :

1 - تحديد طريقة التنفيذ: إذا كان محل الأداء مبلغا من النقود، فإن التنفيذ يكون عن طريق الحجز لاستيفاء ذلك المبلغ، أما إذ كان الحق محل الأداء التزاما بعمل، أو امتناعا عن القيام بعمل، أو تسليم شيء، يكون التنفيذ الجبري هنا تنفيذا مباشرا.

2- تحديد طرفي الحق في التنفيذ: تحديد العقد التوثيقي للحق الذي يجري التنفيذ لإقتضائه من حيث أشخاصه، يحدد طرفي الحق في التنفيذ، ذلك أن صاحب الحق الموضوعي المبين في السند هو الذي يكون له الحق في التنفيذ الجبري، ويكون له الحق في مواجهة مدينه.²

¹ د. فتحي والي. المرجع السابق. صفحة 106

² د. فتحيوالي. المرجع السابق. صفحة 109

ثانيا/ أن يكون الحق معين المقدار: تعيين مقدار الحق الوارد في العقد التوثيقي معناه أن يكون محل الإلتزام محدد المقدار، هذا التحديد ينصرف إلى الحقوق التي يكون محلها مبلغ من النقود، أو من المثليات، فيبين وزنها أو قياسها أو حجمها، أما إذا كان محل الإلتزام تسليم شيء، أو القيام بعمل أو الإمتناع عن القيام بعمل، فيجب ذكر الإلتزام وتحديده بدقة لتفادي وقوع أي إشكال عند الشروع في عملية التنفيذ الجبري.

ثالثا : أن يكون الحق حال الأداء:معناه ألا يكون الحق معلقا على شرط واقف أو مضافا إلى أجل، فإذا كان المدين لا يلزم بالوفاء بالتزامه قبل حلول أجله، فمن باب أولى أنه لا يجوز إجباره على التنفيذ قبل الوفاء، وإذا لم يتحقق هذا الشرط عند البدء في إجراءات التنفيذ، كانت عملية التنفيذ باطلة ولا تصح بحلول الأجل أو تحقق الشرط اللاحق، وإذا كان الأجل مقررا لصالح المدين فلا يوجد ما يمنع تنازله عنه ويصبح الحق حال الأداء، قابلا للتنفيذ الجبري، أما إذا كان الأجل مقررا لمصلحة الدائن وقرر العدول عنه والمطالبة بحقه، جاز التنفيذ في هذه الحالة بشرط أن يعلن مدينه قبل مباشرة الإجراءات بتنازله عن الأجل، وإن كنت أتخفظ حول هذه المسألة ولا أوافق هذا الطرح لما فيه من مساس بحقوق المدين وخلق عدم موازنة بين طرفي التنفيذ بتغليب كفة الدائن على حساب مصلحة وحقوق المدين.

فإذا ما اجتمعت كل الشروط المذكورة (موضوعية وشكلية) أصبح العقد التوثيقي سندا تنفيذيا قابلا للتنفيذ في الإقليم الجزائري، ويمكن طلب التسخير من النيابة العامة لتنفيذه جبرا¹، وفقا للمادة 604 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جاء فيها: " جميع السندات التنفيذية قابلة للتنفيذ في الإقليم الجزائري، ولأجل التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية، يجب على قضاة النيابة العامة تسخير استعمال القوة العمومية في أجل أقصاه عشرة (10) أيام من تاريخ إيداع طلب التسخيرة.

نص المشرع على هذه المادة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لتصحيح الخطأ الذي كان سائدا في قانون الإجراءات المدنية الملغي في المادة 324 ، و الذي يمنح التسخيرة إلا للأحكام والقرارات القضائية، وهي من بين الأمور التي حققت قفزة نوعية في الإجراءات وفعلت من صلاحيات قضاة النيابة العامة، كما أكدت على القوة التنفيذية لباقي السندات التنفيذية شأنها شأن الأحكام القضائية.

وخلاصة القول هو أن تعزيز مكانة العقد التوثيقي في ظل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين سائر السندات التنفيذية، جاء لتسهيل المعاملات المالية والاقتصادية بين الأفراد والحفاظ عليها دون المساس أو خرق القانون.

¹السندات التنفيذية تتطلب تنفيذها الجبري استخدام القوة العمومية عن طريق تسخيرها. هي سندات التي تضمن التزاما لا يستلزم تنفيذه تدخل المدين شخصيا

لظالما اعتبر عنصر الرسمية ضروريا في عملية التعاقد لما فيه من حماية لحقوق المتعاقدين، لذا كان من الضروري تأسيس نظام محكم، بضوابط و قيود، لتسيير عملية التعاقد. ومع ظهور الحاجة الى تدوين التعاملات و مختلف النشاطات لما تحوي من حقوق وواجبات بين الطرفين ولكي يكتسي العقد الرسمية المطلوبة، أسندت مهام تحريره و الاشهاد عليه الى الموثق الذي يحرص على صحة شكله و مضمونه وعلى توافق ارادات الأطراف المتعاقدة، أصبحت التعاملات تتم بموجب عقود رسمية يحررها موثقون.

ان القوة العقد التوثيقي جاءت بعد مراحل بعد سن جملة من القوانين التي حدة وقيدت حرية الافراد في استقرار التعاملات العقارية وتحقيق الامن التعاقدية بالتحديد فاصبح سند تنفيذي بمراعاة الشروط الواجب توفرها في العقد التوثيقي.

الفصل الثاني: شهر العقود التوثيقية

الفصل الثاني: شهر العقود التوثيقية

لاشك بأن المجال العقاري مجال بالغ الأهمية، وبالأخص في الجزائر نظرا للقيمة المالية والاقتصادية والاجتماعية التي أصبح العقار يمتاز بها، لاسيما في السنوات الأخيرة ما يجعل الطلب عليه في تزايد مستمر، ويعرف العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف، ويعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار بما في ذلك حق الملكية

المبحث الأول: الشهر العقاري للعقود التوثيقية للملكية العقارية

يعد الشهر العقاري قاعدة أساسية في عملية التطهير للملكية العقارية الخاصة، لما يتسم به من خصائص أهمها عملية الإعلام والحجية بالنسبة لأطراف المعاملات العقارية، أو بالنسبة للغير و هذا ما سنبينه من خلال المطلبين:

المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري وانظمته

لمعرفة الشهر العقاري لا بد من الحديث عن ماهيته وخصائصه وهذا ما سنوضحه من خلال مفهوم الشهر العقاري تستعمل كلمة الشهر في ميادين مختلفة وبمعاني قد تكون في بعض الأحيان غير متشابهة ولهذا الغرض والسبب سنحاول أن نتعرف على مجموعة من المفاهيم لهذه الكلمة، حيث سنتناول تعريف الشهر من الناحية اللغوية ومن الناحية الاصطلاحية المستعملة في الميدان القانوني بصفة خاصة.

التعرض لخصائص الشهر العقاري ثم أهمية الشهر العقاري في ثلاث فروع

الفرع الأول: الشهر العقاري:

الشهر العقاري عبارة عن كلمتين هما الشهر والعقار، فيقصد بكلمة الشهر الإعلام والنشر، أما العقار فعرفته المادة 683 من القانون المدني " هو كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف"¹

أولا تعريف الشهر العقاري:1- تعريف الشهر لغة:شهر ، الشهرة ، ظهور الشيء في شئنة حتى يشهره الناس وفي الحديث " من لبس ثوب شهرة ألبسه الله ثوب مذلة ، " الشهرة وضوح الأمر ، وقد شهره يشهره شهرا و شهرة ، فاشتهر ، الشهرة الفضيحة ، رجل شهير ومشهور: معروف المكان المذكور ، والشهر

¹المادة 683 من القانون المدني

القمر ، سمي بذلك لشهرته وظهوره ، والشهر العدد المعروف من الأيام ، سمي بذلك لأنه يشهر ، بالقمر وأشهرت المرأة : دخلت في شهر ولادتها، الشهور : العلماء ، الواحد شهرا.

2- التعريف الاصطلاحي: ينصرف تعريف عملية الشهر العقاري بأنه نظام قانوني يتضمن مجموعة الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تسمى " المحافظة العقارية" ويضمن هذا التنظيم توفير الإعلام حول الحقوق الموجودة على العقارات بغية حماية الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى ويسمى هذا النظام بالسجل العيني. وتوجه عملية الإعلام على الخصوص للجمهور او ما يعبر عنه بالغير سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية، وينصب إعلام الغير بمجمل المعاملات والتصرفات الواردة على حقوق الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى ، سواء كانت أصلية أم تبعية ، تتكون عملية الإشهار من طريقتين عمليتين:

أ- عملية التلقي: وبموجبها يتلقى السجل العقاري المعطيات حول الذمم العقارية والطبيعة القانونية للأشخاص الطبيعيين ، أو المعنويين ، ويكون هذا التلقي سواء بالإيداعات المختلفة لكل السندات الخاضعة للشهر او بواسطة عمليات الترقيم المؤقت والنهائي للعقارات في إطار المسح العام للأراضي، ويتوازي كلا النظامين الشخصي والعيني كوعاء منتظم لعملية التلقي ، وبمقتضى هذه العملية ينشأ رويدا ما اصطلح عليه بالسجل العقاري ، هذا المصطلح الذي يميل استعماله في غالب الأحيان في حالة " نظام الشهر العيني

ب - عملية الإعلام وإعطاء المعلومات: بتوفر المعلومات حول الذمم العقارية لمختلف الأشخاص بصورة دقيقة ومتفتحة ومضبوطة يصبح من الممكن إعلام وإعطاء الجمهور والغير الملمس ، كل المعلومات المطلوبة بإتباع الإجراءات التنظيمية المعمول بها بدون قيد أو شرط

كما عرف البعض الشهر العقاري، هو مجموعة من القواعد والإجراءات التي نص عليها التشريع وذلك لضمان حق الملكية والحقوق العينية الأخرى الموجودة على العقارات .وعرفه البعض :

(هو مجموعة إجراءات وقواعد قانونية وتقنية تتعلق بالفعالية الكاملة لحقوق الشخص الطبيعي أو المعنوي حول ملكيته العقارية).

ويمكن تعريف الشهر العقاري على انه مجموعة من الاجراءات وقواعد قانونية وتقنية نص عليها التشريع هدفها تعريف واعلام الغير بكل التصرفات المنصبة على العقارات سواء كانت هذه التصرفات كاشفة او منشئة، ناقلة ، معدلة او منهيّة لحق عيني عقاري اصلي او تبعي بغض النظر عن وع التصرف عقدا كان او حكما او قرارا اداريا¹.

أما ابرز تعريف هو الذي أورده الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري " الحق العيني نافذ بطبيعته في حق الكافة فكان الواجب شهره ، أي إيجاد طريقة تيسر لذي المصلحة من المتعاملين العام بوجوده ما دام هذا الحق نافذ في حقه حتى يعتد به ويدخله في حسابه عند التعامل مع الغير، وشهر الحقوق العينية يكون بإثبات التصرفات القانونية التي هي مصدر لها في سجلات يمكن للناس كافة الاطلاع على ما جاء فيها من البيانات واخذ شهادات بها"²

الفرع الثاني: خصائص الشهر العقاري:

تتمثل خصائص عملية الشهر العقاري فيما يلي:

أولاً إنها عملية كاشفة للحقوق وليست عملية منشئة، إذ حدد القانون المدني سبل ومصادر إنشاء الحقوق أو ما يعبر عنه بمصادر الالتزام ومن بينها العقود والقانون وفي مجال اكتساب الملكية العقارية فقد حدد عدة طرق وهي : الاستيلاء والتركة والوصية والاتصاق بالعقار ، عقد الملكية ، الشفعة، الحيازة.

ثانياً إنها عملية قانونية تخضع للأحكام والنصوص القانونية المقررة بصفة مسبقة والقواعد التنظيمية المعمول بها ونذكر على سبيل الخصوص النصوص القانونية الأساسية ولا سيما:

* الأمر رقم 75/ 74 المؤرخ في 12 / 11 / 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

* المرسوم رقم 62/ 76 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام .

* المرسوم رقم 63/ 76 المؤرخ في 25 / 03 / 1976 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

¹ ليلي زروقي، التصرفات القانونية الواجبة للشهر العقاري والاثار المترتبة عن القيد، مقال منشور بمجلة الموثق، العدد 05 سنة 1998، صفحة 13

² د احمد عبد الرزاق السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. العقود التي تقع على الملكية. الجزء الرابع. البيع والمقايضة. دار احياء التراث العربي. بيروت لبنان. ص 434

ويجدر التذكير أن هذه النصوص جاءت لتكرس مفهوم النظام العيني على إثر تغطية التراب الوطني بعملية المسح العام للأراضي، أنشئت لهذا الغرض الوكالة الوطنية لمسح الأراضي للاضطلاع بهذه المهمة بصورة شاملة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المؤرخ في 19 / 12 / 1989 .

كما أنها عملية تقنية من حيث كيفية مسك السجل العقاري وضبط الوثائق العقارية والتأشير عليها وكيفية تسليم المعلومات، وتبادل المعلومات العقارية وتحقيقها بين المصالح المعنية " المحافظة العقارية " و "وكالات المسح المحلي للولاية" وغيرها من الأعمال المترتبة عن عملية الشهر

ثالثا أن التصرفات الواردة على العقارات المكرسة بعقود إرادية لا تنتج أثرها حتى فيما بين المتعاقدين إلا من تاريخ شهرها في السجل العقاري¹.

رابعان استيفاء إجراءات الشهر تؤدي إلى نقل الملكية لصاحب الحق الأخير ، وبمفهوم المخالفة فإن تخلف استيفاء إجراءات الشهر العقاري لا تؤدي إلى نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى إلا أن الاستيفاء ورد بالنسبة لنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى² بعد الوفاة (الميراث، الوصية) إذ يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق على أن يكرس هذا النقل بموجب شهادة توثيقية³ كما أن عقود الإيجارات العقارية لمدة تفوق 12 سنة ،فبالرغم من أنها حقوق شخصية فإنها تخضع بدورها لعملية الشهر وبخلاف ذلك لا تكون نافذة لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة للغير إلا باستيفاء شهرها.

خامسا يستدعي الحال التمييز بين مصطلح الشهر ومصطلح القيد، فالمصطلح الأخير يتطرق إلى شهر المعاملات الواردة على الحقوق العينية التبعية (الرهن الرسمي، والرهن الحيازي....)، أما مصطلح الشهر فينصرف إلى المعاملات المنصبة على الحقوق العينية الأصلية وعلى رأسها حق الملكية.

سادسا القواعد الثبوتية المطلقة للحقوق المشهورة.

إنها طريق العلنية في شهر المعاملات العقارية،

¹المادة 16 من الامر رقم 74/75 المؤرخ في 11/12/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري

²المادة 793 من القانون المدني الجزائري

³المادة 91 المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 معدل ومتمم ب المرسوم 93_123

الفرع الثالث: أهمية الشهر العقاري:

إن عملية أو نظام الشهر العقاري لا تهدف فحسب إلى تخزين المعلومات والمعطيات بل تقوم بدور حيوي يبدا في عمومته على النحو الآتي:

أولاً تكريس المعاملات العقارية بكل أنواعها بترسيهما عن طريق شهرها.

ثانياً تصحيح ما شاب هذه المعاملات من نقائص شكلية أو موضوعية، وبتعبير آخر فإن عملية الشهر تقوم أحياناً برد التصرف نهائياً أو تصحيحه ليأخذ مجراه القانوني السليم.

ثالثاً العمل على استقرار الملكية العقارية وتثبيت الحقوق العينية الأخرى.

رابعاً حماية الأطراف المشاركة في إنشاء الحقوق (أطراف العقد)، والغير الذي يتخوف من ضياع حقوقه بإعلامهم بكل ما يتعلق بوجود محل العقد والقيود المرتبطة به.

خامساً هو طريق للعلنية.

سادساً لا يرد إلا على عقار أو حق عيني عقاري بصفة عامة، واستثناءاً ترد على بعض العقود المنشأة لحقوق شخصية (الإيجارات التي تزيد عن 12 سنة)

سابعاً توفير المعلومات وإخطارها لمن يطلبها من الأشخاص الطبيعية والمعنوية.

ثامناً منظم ودقيق لأنه يحتوي على عنصرين أساسيين وهما: التحديد المادي للعقار من طرف خبراء مساحين والتحديد القانوني لطبيعة العقار من طرف المحافظين حول طبيعة الملك .

تاسعاً هو ركن في العقد يوجد بوجوده وينهدم بانعدامه.

المطلب الثاني: أنواع الشهر العقاري

يعد شهر التعاملات العقارية ضروري لمن يريد التعامل في عقار بعينه بطبيعة الحال أن يعرف ما يتقل هذا العقار من الحقوق حتى يكون على بصيرة من أمره فلا يقدم على التعامل ، إلا وهو عارف بحالته . وتتم آلية معرفة حالة العقارات عن طريق أنظمة الشهر فهناك نوعان من أنظمة الشهر، سنتناول نظام الشهر الشخصي في فرع أول، ونظام الشهر العيني في فرع ثاني وموقف المشرع من هذين النظامين في فرع ثالث.

الفرع الأول: الشهر الشخصي:

ساد هذا النظام منذ 23 مارس 1855 من بلاد العالم كلها وخاصة الدول اللاتينية والمقصود بالدول اللاتينية (فرنسا، إيطاليا، إسبانيا، البرتغال، بلجيكا، اليونان، ودول أمريكا الجنوبية)

أولاً مفهوم نظام الشهر الشخصي: إن نظام الشهر الشخصي هو ذلك النظام الذي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها وليس طبقاً للعقار، ومن هنا جاءت تسمية هذا النظام بنظام الشهر الشخصي والتي تفيد بأن الشخص محل اعتبار في المعاملات والتصرفات العقارية، إذ هذا النظام يتخذ من اسم الشخص أساساً لشهر التصرفات العقارية التي تصدر عنه وتتم عملية الشهر في نوعين من السجلات، سجل يمسك حسب الترتيب الزمني لتقديم العقود المتضمنة معاملات عقارية، لإجراء الشهر وسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية.

هذا ويلاحظ أن السجل الذي يمسك على أساس أسماء الأشخاص ترتب فيه التصرفات العقارية حسب الحروف الأبجدية لأسماء المتصرفين حيث يخصص لكل حرف من الحروف الهجائية صفحة أو عدة صفحات من السجل وذلك حسب أسبقية الاسم من حيث الشبوع أو الندرة، فإن كان اسم المتصرف نادراً يمكن أن تخصص له صفحة واحدة فقط، ولكن إذا كان الاسم شائعاً فتخصص له عدة صفحات حتى يمكن ذلك من استيعاب كل التصرفات التي يبرمها الأشخاص الذين يحملون نفس الاسم¹.

ثانياً/مبادئ نظام الشهر الشخصي: بناء على ما تقدم نستخلص أن نظام الشهر الشخصي يتميز بالمبادئ التالية:

1: أن الأساس والمحور الذي يركز عليه نظام الشهر الشخصي هو أسماء الأشخاص الذين تصدر عنهم التصرفات العقارية الواجبة الشهر وليس على أساس العقارات، كما هو الحال في نظام الشهر العيني².

¹جمال بوشنافة. شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري. طبعة 2006. صفحة 37

²ياسين غانم . القضاء العقاري . الطبعة الثانية . مطبعة كرم . سوريا . 1994. ص 21

2 : ليس لنظام الشهر الشخصي أية قوة ثبوتية ، ذلك أن التصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام لا تخضع للتدقيق والبحث عن مدى صحتها بل تشهر كما هي ، فإن كانت باطلة أو قابلة للإبطال أو للفسخ، ظلت كذلك حتى بعد شهرها مما يعطي الحق لكل ذي مصلحة الطعن فيها - رغم شهرها- بالإبطال أو الفسخ إذ ليس من شأن عملية الشهر في هذا النظام تطهير عيوب التصرف ، وبالتالي يبقى حق المتصرف إليه مهددا بدعاوى الإبطال والفسخ والصورية ، على الرغم من شهر التصرف الصادر إليه وهذا ما يجعل من عملية الشهر في ظل نظام الشهر الشخصي مجرد وسيلة للإشهار والعلنية وليست سببا لنشوء الحقوق العينية وانتقالها.

ويترتب على هذه الخاصية الثانية لنظام الشهر الشخصي قاعدتين أساسيتين:

أ-القاعدة الأولى: إن الشخص لا يملك إلا ما ملك، أي أن الشخص الذي يتصرف في حق عيني معين لا يمكن أن ينقله إلى الغير إذا كان هو لا يملكه، فقد يبيع شخصا عقارا لشخص آخر ثم يظهر شخص ثالث يكون هو المالك الحقيقي للعقار إما لأن بيده سند صحيح أو لأنه يدعي ملكية العقار بالتقدم فيطلب استرداد العقار، فهنا لا يحول شهر العقد طبقا لنظام الشهر الشخصي دون هذا الاسترداد.

ب-القاعدة الثانية: هي أن الإنسان لا يستطيع أن ينقل إلى غيره حقوقا أكثر مما يملك هو ، وهذا ما يحول دون أن يطهر الشهر العيوب التي قد تشوب الحق موضوع التصرف الذي تم شهره فمن ينقل إليه حق قابل للفسخ أو البطلان أو منقل بتكاليف وأعباء معينة لا يطهره الشهر ، ويترتب على ذلك أن الشهر طبقا لنظام الشهر الشخصي لا يزيد في الحق ولا في التصرف شيئا بل يبقى الحق أو التصرف مهددا بكل الدفوع أو الطعون التي كان يمكن الاحتجاج بها في مواجهة المتصرف ، وعلى هذا الأساس سمي نظام الشهر الشخصي بنظام تسجيل العقود وتسجيل التصرفات كما هي دون إعاقة أدنى إهتمام الصحة التصرف أو عدم صحته ، هذا ويلاحظ أن غالبية تشريعات الدول اللاتينية تأخذ بهذا النظام وعلى رأسها فرنسا ، التي منها انتشر نظام الشهر الشخصي إلى معظم مستعمراتها السابقة.

ثالثا/تقييم نظام الشهر الشخصي: يظهر لنا من خلال تعريف نظام الشهر الشخصي وتبيان مبادئه أن عيوبه أكثر من مزاياه ، الأمر الذي يستدعي منا التطرق لعيوبه ثم مزاياه

1-عيوب نظام الشهر الشخصي: يعاب على نظام الشهر الشخصي ما يلي:

أ-نظام الشهر الشخصي عاجز عن تحقيق الغرض الذي من أجله تأسس الشهر العقاري، فقد ظهر هذا النظام من أجل إعلان كل التصرفات العقارية وذلك حتى يكون كل الناس على دراية وبينه منها من جهة، ومن جهة ثانية حتى يكون المتصرف إليهم في مأمن من رفع دعاوى عليهم من شأنها استحقاق أو استرداد العقار وبالتالي تستقر الملكية العقارية ويقوي الائتمان العقاري.

وتفاديا لتلك الأخطار ودفعاً لها تفضل المؤسسات المالية عدم الإقدام على إقراض أصحاب العقارات الاحتمال ضياع أموالها، ثم إن هذه الأخيرة تهدف أساساً إلى الحصول على المبلغ الذي دفعته كاملاً مضافاً إليه الفوائد المتفق عليها، وعليه فإذا لم تتأكد من ذلك أو تأكدت من ضياع المبلغ والفوائد فإنه لا يعقل أن تقدم عملية القرض هذه، هذا من ناحية الأشخاص ومصالحهم الخاصة، لكن من ناحية المصلحة العامة، فإن الخسارة تكون أكثر تأثيراً على الاقتصاد الوطني في بلد يأخذ بهذا النظام، ويتمثل ذلك في عجز أصحاب العقارات، كالأراضي الزراعية عن استغلالها، فالشخص الذي لا يتلقى دعماً مالياً يشتري به بذوراً وآلات وأسمدة يفشل حتماً في زراعة أرضه أو يتخلى عنها، ويتركها بوراً وهذا ضار للفرد والجماعة وبذلك يجب التخلي على هذا النظام وإحلال نظام آخر محله يتلاءم مع تطور استغلال العقارات، ويكون حافزاً لاستثمار الأموال العقارات الزراعية وغير الزراعية خاصة إذا علمنا بأن القاعدة القانونية يجب أن تعكس مصالح المجتمع كله.

ب- صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار: فإذا أراد شخص الاستعلام عن عقار تم شهره وفقاً لهذا النظام وجب عليه أن يكون ملماً بأسماء الملاك الذين تعاقبت ملكيتهم للعقارات على وجه الدقة، إذ لا يكفي أن يعثر على اسم البائع في هذه السجلات حتى يمتلك العقار بالبراءة، فقد يكون هذا البائع قد اشترى العقار من غير مالكة الحقيقي، وبالتالي يظل من حق هذا المالك استرداد هذا العقار من يد البائع أو المشتري، وعليه إذا أردنا معرفة مالك عقار معين وجب علينا بالضرورة الرجوع إلى السجل الذي ترتب فيه التصرفات العقارية حسب الترتيب الأبجدي للحروف الهجائية التي يبدأ بها اسم المتصرف، وهنا تقع الصعوبة في معرفة المالك الحقيقي خاصة إذا كثرت التصرفات على عقار معين من طرف أشخاص تتشابه أسمائهم، كما هو الحال بالنسبة لبعض العائلات الكبيرة حيث نجد اسم العائلة مشتركاً بين كل أفراد العائلة ناهيك عن طول المدة التي تستغرقها عملية البحث هاته¹.

¹د/عبد الحميد الشواربي. إجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه. دون طبعة. منشأة المعارف بالإسكندرية

ج- خطر تعارض سندات ملكية عقار معين واحد : من العيوب البارزة في نظام الشهر الشخصي خطر احتمال تعارض عدة سندات الملكية عقار واحد ، ويحدث هذا عندما يتصرف شخص في عقار معين معتقداً أنه مالكة الحقيقي بالبيع ، مثلاً إلى شخص ثانٍ ثم يفاجئ هذا الأخير بشخص ثالث يدعي ملكية هذا العقار بموجب سند صادر عن المالك الحقيقي للعقار ، وعليه يصبح لدينا شخصان كل منهما لديه سند الملكية نفس العقار وعليه تقع في مشكلة معرفة المالك الحقيقي للعقار بين شخصين لكل واحد منهما سند ملكية ، و لحل هذه الإشكالية يتعين علينا طبعاً الرجوع إلى السجل الذي رتبته هذه التصرفات ، ومنها نجد أنفسنا أمام مشكلة أخرى هي موافقة اسم المالك الحقيقي، إذ أن هذا يجعل كلا التصرفين قابل للشهر وبالتالي يدلي هذا السجل ببيانات متعارضة مع ملكية شخصين لنفس العقار وهذا ما ينزع الثقة بين الناس في إبرام التصرفات العقارية.

د- خطر ضياع الملكية بالتقادم المكسب: طالما إن تسجيل تصرف معين وفقاً لنظام الشهر الشخصي لا يخص حق المتصرف إليه ، فإن هذا المتصرف إليه في العقار الذي شهر تصرفه وتسلم سندا لملكية العقار لا يأمن فقط من خطر رفع دعوى الاستحقاق أو الاسترداد ، بل لا يأمن كذلك من خطر آخر يتمثل في ظهور شخص آخر من الغير يدعي ملكية العقار عن طريق التقادم ، إضافة إلى ذلك قد لا يشهر الحائز ملكيته المكتسبة بالتقادم ، وبالتالي نكون بصدد مالكين لعقار واحد ، مالك خفي وهو الحائز ومالك ظاهر هو الثابت اسمه في سجلات مصالح الشهر، وعليه تصبح هذه السجلات عاجزة عن الإدلاء بالبيان الصحيح بشأن ملكية العقار والأعباء الموقعة عليه¹.

هـ- قابلية التصرفات المسجلة للطعن: إن نظام الشهر الشخصي لا يظهر فيه الشهر عيوب السند المشهر وبالتالي تكون كل التصرفات المشهورة في ظل هذا النظام قابلة للطعن فيها ، فإذا كانت هذه التصرفات قابلة للإبطال أو الفسخ ، تبقى كذلك مهددة بالزوال إلى أن تزول برفع دعوى إبطال أو فسخ أو تصحيح بالإجازة أو التقادم المسقط لهذه الدعاوى ، ولأن كان هذا المبدأ - قابلية الطعن في التصرفات المشهورة في ظل نظام الشهر الشخصي

¹د/عدي امير خالد. اكتساب الملكية العقارية بالحيازة. دون طبعة. دار الفكر الجامعي. مصر. دون سنة. ص340

و- يستجيب لدعاوى العدالة ووجوب حماية المالك الحقيقي أو صاحب الحق الذي ش اب رضائه عيب ، إلا أنه يتنافى مع ما يجب أن يتوفر للشهر بعد تمامه من حجية مطلقة ويؤدي إلى عدم استقرار الملكية العقارية ، ولأن السماح بالطعن في التصرفات المشهورة أمر خطير لا يطمئن إليه الناس يجب تجنبه¹.

2- **مزايا نظام الشهر الشخصي:** رغم كل هذه الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي ، إلا أنه يبقى نظام قائم بذاته ويؤدي دوره في إعلام الجمهور بوقوع تصرفات عقارية معينة، كما أن مجرد شهر هذه التصرفات يعد قرينة على ملكية العقار من طرف الشخص الذي سجل التصرف، وإن كانت هذه القرينة القانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس فإنه يلاحظ في اغلب الأحيان انه يصعب إثبات عكسها لسبب أو لآخر بالإضافة إلى أنه يقع كثيرا أن يكون المتصرف في العقار هو المالك الحقيقي، وبالتالي لا تثار مسألة الطعن في التصرفات المشهورة. كما أن إجازة الطعن في التصرفات المشهورة تعد حماية للمالك الحقيقي من تصرف الغير في ملكه"، هذا بالإضافة إلى إن هذا النظام لا يتطلب عملية مسح الأراضي ، كما هو الحال في نظام الشهر العيني، كما سنرى ذلك فيما بعد، والتي تتطلب تكاليف باهضة لا يمكن لكل الدول توفيرها . ونظرا للانتقادات العديدة التي وجهت لنظام الشهر الشخصي وقلة مزاياه ، فقد دعا غالبية الفقه إلى ضرورة إلغائه وإحلال نظام آخر محله ولو تدريجيا، يكون ناجع وفعال في تحقيق أهداف الشهر العقاري.

وخاصة ضمان استقرار الملكية العقارية ودعم الائتمان العقاري، هذا النظام هو نظام الشهر العيني أو السجل العيني وهذا ما سنتناوله في الفرع الموالي.

الفرع الثاني: الشهر العيني:

يرتكز نظام الشهر العيني على خلاف نظام الشخصي في شهر التصرفات العقارية على أساس العقار محل التصرف، وليس وفقا لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها².

لكل عقار في هذا النظام بطاقة خاصة ضمن السجل العقاري يسجل فيها كل ما يقع على هذا العقار من تصرفات، كما تحوي كذلك الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته وموقعه، ويتميز نظام الشهر العيني بأن الملكية وسائر الحقوق العينية الواردة على العقارات لا تكتسب فيه إلا بالشهر سواء كانت

¹ حسين عبد اللطيف حمدان. احكام الشهر العقاري. دون طبعة. الدار الجامعية للطباعة والنشر. لبنان. دون سنة

طبع.ص.13.

² ياسين غانم. المرجع السابق الذكر ص 18

حقوق عينية أصلية أو تبعية ، وأيا كان سبب اكتسابه ومتى تم إثبات بيان معين في السجل العقاري ، فإن هذا البيان يعد بمثابة الحقيقة المطلقة لأنه لا يجوز وفق هذا النظام، شهر أي تصرف إلا بعد التثبت من صحته ، إذ من شأن الشهر تطهير جميع عيوب التصرف وهو ما يجعل من يكسب حقا عينيا بالاستناد إلى هذا الشهر، يعتبر مالكا لهذا الحق بصورة نهائية فلا يجوز منازعته فيه ولكل من له مصلحة في التعرف على الحالة القانونية لعقار معين أن يرجع إلى السجل العقاري حيث يمكنه معرفة العقار ذاته ومالكة وما يقرر عليه من حقوق عينية، وبالتالي يطمأن للتعامل فيه ، ذلك أن التصرفات العقارية لا يتم شهرها إلا بعد الفحص والدراسة حول موقع العقار وحدوده واسم مالكة وأهلية الأطراف، وعليه بمجرد الشهر في السجل العيني ينتقل الحق العقاري إلى المتصرف إليه وهنا يكون الشهر في هذا النظام منسئ للحقوق.

يظهر لنا من خلال ما سبق أن نظام الشهر العيني نتيجة الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي ، أنه بمبادئه قادر على تحقيق استقرار الملكية العقارية ودعم الائتمان العقاري وبذلك فإن مزاياه أكثر من عيوبه،بناء على ما سبق سنتناول في هذا ظهور نظام الشهر العيني ومبادئه ، و تقييم نظام الشهر العيني

أولا/ظهور الشهر العيني ومبادئه :1- ظهور الشهر العيني: ظهر نظام الشهر العيني بفضل جهود السيد (روبر رينشارتورنس)، الذي وضع أسس وقواعد هذا النظام في استراليا وذلك في بداية النصف الثاني من القرن التاسع عشر وقد أصبح يسمى هذا النظام فيما بعد باسمه (نظام تورنس أو قواعد تورنس)ويعتبر تورنس شخص استرالي الجنسية كان يشغل وظيفة مراقب في إدارة الجمارك وبعدها أمينا عاما للعقود وقد انطلق تورنس في فكرته هذه من ملاحظة أن الأراضي كانت تنتقل لأصحابها بطريقتين ، إما نتيجة من الحكومة وإما بطريقة عادية أي بالبيع والهبة والوصية وما نحو ذلك، وبالنسبة للطريقة الأولى كانت الحكومة تقيد في دفاتها أسماء من تمنحهم

الأراضي وفي حال الخلاف حول ملكية إحدى الأراضي كان يسهل بالتالي عليها تحديد المالك بمراجعة قيود دفاتها.

أما بالنسبة للطريقة الثانية فكان يتعذر في حال الخلاف على ملكية الأرض تعيين المالك الحقيقي بها فسعى "تورنس" إلى جعل جميع الأراضي المملوكة للأفراد في وضع مماثل للأراضي الممنوحة من الحكومة بحيث يسهل التعرف على مالكيها فتتولى السلطة الإدارية التحقيق في هذه الملكية والشخص الذي تعود إليه وتقرر ذلك وقد كان تورنس مطلعاً على نظام ملكية السفن البحرية بحكم وظيفته السابقة كمراقب في إدارة الجمارك ، وما يفرضه هذا النظام من قيد أسماء مالكي السفينة في سجل خاص في ميناء التسجيل كي تقرر الملكية لهم ، وقيد أي عقد أو تصرف جاري على السفينة من بيع أو رهن أو تأمين أو غير ذلك حتى يكون نافذاً أو محتجاً به على الغير ، وقد سعيتورنس إلى إقرار نظام مماثل بالنسبة للأراضي وبالفعل فقد اقتنع البرلمان الاسترالي بمقترحاته في هذا الصدد وأصدر في الثاني من جويلية سنة 1858، قانوناً أطلق عليه Real Property Act واستقرت تسميته فيما بعد بطريقة أو قانون تورنس واكتملت طريقته في عام 1861، بإدخال تعديلات عديدة عليه وقد وضعت هذه التعديلات قيد التنفيذ سنة 1873، وقد بنيت طريقة تورنس على قواعد خمس رئيسية يمكن إجمالها فيما يلي:

- أ- تصفية الملكية وزوال جميع الحقوق والأعباء العينية التي لم تعلن في الوقت المناسب ومن ثم إنشاء سند للملكية العقارية، فتبثق بذلك ملكية جديدة مستندة إلى أصول جديدة.
- ب- بمنح القوة الثبوتية التامة للقيود العقارية المدونة في الصحائف العينية العقارية وبالتالي لبيانات الإسناد بوجه عام.
- ج- ضرورة شهر جميع الحقوق العينية العقارية والتغيرات التي تطرأ عليها بحيث تكون القيود متفقة في كل وقت مع الوضع الحقيقي لهذه التغيرات.
- هـ- إجراء التدقيق المسبق لجميع العقود الخاضعة للتسجيل قبل قيدها في السجل . هـ تسهيل تداول الملكية العقارية
- و- بتسهيل إجراءات نقل الملكية والحقوق العينية الأخرى.

ثانياً/مبادئ نظام الشهر العيني : يقوم نظام الشهر العيني على خمس مبادئ أساسية تتمثل في مبدأ التخصيص ومبدأ قوة الثبوت المطلقة ومبدأ الشرعية ومبدأ القيد المطلق ومبدأ حضر التملك بالتقادم

1- مبدأ التخصيص: يقوم نظام الشهر العيني على أساس تخصيص لكل وحدة عقارية صفحة أو بطاقة عقارا تقيد فيها كل التصرفات الواردة على العقار ، كما تحدد وصفه من الناحية الواقعية بحيث تعد هذه الصحيفة أو البطاقة العقارية كوثيقة هوية للعقار وكل من أراد الكشف عن عقار معين ، كان عليه بالتالي أن يراجع القيود المدونة في الصحيفة أو البطاقة العقارية الخاصة به وبناء على ذلك فإن مبدأ التخصيص هو تشخيص ذاتي لهذا العقار دون أدنى اعتبار الشخص المتصرف فيه، وللتعرف على الحالة القانونية والمادية للعقار يكفي الاطلاع على الصحيفة أو البطاقة العقارية المخصصة له لمعرفة ذلك بكل دقة وسهولة

2- مبدأ قوة الثبوت المطلقة: لقد أراد منشؤوا هذا النظام أن يجعلوا من سجلهم العيني سجلا يغني بقدر الإمكان عن أية وسيلة أخرى لإثبات الملكية، فتوصلوا إلى ذلك بتطبيق المبدأ الذي أسموه بالثقة الواجبة للسجل أو مبدأ القوة المطلقة ، ويقصد بذلك جعل إثبات الملكية غير ممكن بالنسبة للشخص غير المقيد في السجل العيني ويترتب على ذلك أن تنشأ قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على ملكية العقار ذاته ومالكة وما يقرر عليه من حقوق عينية وبالتالي يطمئن للتعامل فيه، ذلك أن التصرفات العقارية لا يتم إثبات العكس على ملكية العقار أو الحق العيني عليه للمتصرف إليه وأن هذا التصرف صحيح وخال من العيوب التي قد تلحق به لأن من شأن الشهر في ظل هذا النظام تطهير التصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها ، فيصبح المتصرف إليه في مأمن من كل دعوى ترفع عليه بشأن التصرف الذي قام به على عكس ما هو الحال عليه في ظل نظام الشهر الشخصي، الذي يتميز بقابلية الطعن في التصرفات المشهورة ، ويترتب على إقرار هذا المبدأ أن كل حق عيني عقاري تم شهره وفق هذا النظام يعتبر حجة في مواجهة الكافة، وهو ما يوفر الثقة في بيانات السجل العقاري ويؤدي إلى استقرار الملكية العقارية وبذلك فإن هذا المبدأ يشمل الفكرة الأساسية الفاصلة بين نظام الشهر العيني ونظام الشهر الشخصي¹.

3- مبدأ الشرعية: نظرا لأهمية قوة الثبوت المطلقة السالفة البيان اقتضى الأمر الأخذ بمبدأ الشرعية ويتمثل مضمونه في أنه يجب على الموظف المكلف بعملية الشهر أو القيد في السجل العيني التأكد والتحقيق من كافة السندات التي تجري عملية الشهر في السجل العيني بموجبها، لا تشهر إلا الحقوق المشروعة فعلا ، كأن يتحقق من توافر أركان التصرف القانوني وشروط صحته، فيتحقق مثلا من مدى توافر الأهلية لدى

¹ معوض عبد التواب. الشهر العقاري والتوثيق. علما وعملا. دون طبعة. نشأة المعارف بالإسكندرية. مصر. 1986. ص41.40.

المتصرفين وخلو إرادتهم من العيوب كما يثبت من سند ملكية المتصرف ، لا حق المتصرف فيه .وعليه فمبدأ الشرعية هذا لا ينتج في ظل نظام الشهر العيني شهر التصرفات الباطلة والقابلة للإبطال ، وإن حدث وان تم خطأ شهر تصرفات معينة ، مما يؤدي إلى إهدار حقوق أصحابها وإن كان يحدث نادرا جدا فإن الدول التي أخذت بهذا النظام قد أنشأت صندوق للتأمين والضمان تكون مهمته تعويض المتضررين من جراء ضياع حقوقهم نتيجة لعدم إمكانية رفع دعوى قضائية ضد الموظف المكلف بالشهر للمطالبة بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن ذلك ، على أن الدولة تحل محله في دفع مبلغ التعويض.

4- مبدأ القيد المطلق: مفاد هذا المبدأ أنه لا تكتسب الملكية ولا سائر الحقوق العينية الواردة على العقارات إلا بالشهر سواء كانت هذه الحقوق تبعية أو أصلية وأيا كان سبب اكتسابها ، فبدون القيد لا تنشأ . هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم، فالشهر هو مصدر الحق وبالعكس من ذلك يعتبر كل حق تم قيده حجة بالنسبة للكافة ولا يمكن لأي كان أن ينازع في ذلك . ويلاحظ أن هناك صلة وثيقة بين مبدأ القيد المطلق ومبدأ قوة الثبوت المطلقة، حيث أن هذا الأخير يكمل المبدأ الأول فالحق الذي يعتبر موجودا بشهره قد يكون قابلا للطعن لأن هذا الأخير يظهر التصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها¹.

5- مبدأ عدم إكساب الحقوق المشهورة بالتقادم: يعتبر التقادم وسيلة أو سبب من أسباب كسب الملكية وانتقالها مثله في ذلك مثل البيع و الوصية والميراث والالتصاق الخ

غير أن التقادم في ظل نظام الشهر العيني ، لا يكون سببا من أسباب كسب الملكية للعقارات والحقوق العينية الأخرى وذلك لأنه يتعارض صراحة مع مبدأ القيد المطلق ومبدأ قوة الثبوت المطلقة لإجراء الشهر في السجل العيني ، إذ يقتضي المبدأ أن من يثبت اسمه في السجل العيني كمالك للعقار يصبح في مأمن من أن يفاجأ بإدعاء أي مغتصب يزعم أنه يمتلك العقار بالتقادم، وينفي على ذلك أن الحقوق غير المشهورة يمكن اكتسابها بالتقادم وشهرها في السجل العيني لأول مرة دون أن يعتبر ذلك خروجاً عن مبدأ حضر التقادم ، ففي نظام الشهر العيني ليس هناك ما يبرر ويثبت حقوق المالك سوى عملية الشهر ، فليس هناك مالك آخر سوى ذلك المقيد بهذه الصفة في بطاقة العقار ، فمن غير الممكن

¹جمال بوشنافة. الموجع السابق ص32

إذن قبول القول بأن الحقوق العينية المكتسبة بمعرفة الغير وذلك على أساس الثقة في هذه القيمة الرسمية للسجل العيني يمكن إبطالها بمعرفة الشخص الذي يمكن أن يثبت وضع يد كاف للاكتساب بطريق التقادم، إذ أن هذا سيكون هدمًا لسلطة السجل العيني ، ونقضا لجميع النتائج الحسنة التي يمكن أن ترجي من هذا النظام¹.

ثالثا/ تقييم نظام الشهر العيني: لقد تجنب نظام الشهر العيني عيوب نظام الشهر الشخصي الذي أثبت عدم فاعليته وقصوره في تحقيق أهداف الشهر العقاري على عكس نظام الشهر العيني الذي يمتاز بتحقيقه للأهداف الأساسية التي يقوم عليها الشهر والمتمثلة في استقرار الملكية العقارية وتدعيم الائتمان العقاري وعلى الرغم من ذلك ، لم يسلم هذا النظام من بعض الانتقادات ، بناء على ما سبق نقسم هذا البند إلى نقطتين : نتعرض في النقطة الأولى لعيوبه نظام الشهر العيني وفي النقطة الثانية لمزايا.

1- عيوب نظام الشهر العيني: ما يعاب على نظام الشهر العيني انه نظام مكلف ويتطلب نفقات باهضة تتمثل في مسح كل اراضي القطر الى جانب توفير رجال متخصصين في عمليات المسح ، كما يعاب عليه انه يتسبب في اهدار الحقوق العينية ويمكن ان تكون وسيلة لاغتصاب الملكية خاصة في القيد الاول بعد المسح بالنسبة للأراضي التي لم تكن لديها عقود².

2-مزايا نظام الشهر العيني: يترتب على هذا النظام مزايا عديدة نوردتها فيما يلي:

أ-تفادي عدم تأثير العيوب والأخطار الناجمة عن تشابه الأسماء، ذلك أن الشهر في ظل النظام العيني يتم على أساس مواقع العقارات وأرقامها ومساحتها ، فتخصص لكل عقار بطاقة عقارية تدون فيها جميع البيانات المتعلقة به والحقوق المترتبة له أو عليه ، كما يؤدي هذا النظام إلى تبسيط الإجراءات وسرعتها والتناسق بينها، والى وضوح تام في قيود السجلات وهذا عكس نظام الشهر الشخصي ، حيث تشهر التصرفات باسم الشخص المتصرف في الحقوق العينية ، الشيء الذي يؤدي إلى كثرة الأسماء وتشابهها مما يترتب عليه صعوبة واستحالة العثور على المالك الحقيقي للعقار أو الحق العيني.

¹معوض عبد التواب. السجل العيني. علما وعملا. دون طبعة. دار الفكر العربي. مصر. 1978.ص.62.

² عمر حمدي باشا، ليلي زروقي ، المنازعات العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، سنة 2007، صفحة

ب- توفير الحماية للمتعاملين: إن أساس نظام الشهر العيني هو القوة المطلقة للشهر بالنسبة للغير ويقتضي هذا أن كل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير¹.

كما أن الشهر يطهر العقد من العيوب التي كانت تشوبه، فلا يجوز الطعن فيه بالبطلان أو بأي سبب آخر حتى ولو كان التصرف الذي تم شهره في السجل العيني من غير مالك العقار فإن من شأن الشهر نقل الملكية نظرا للقوة المطلقة التي يوفرها نظام السجل العيني ، الذي يفرض تمحيصا سابقا ودقيقا لمستندات المالك عند إجراء القيد الأول كي لا يتم هذا القيد على اسم غير المالك الحقيقي ، وإذا فرض أن حدث ضرر نتيجة تطبيق هذه القاعدة فإن القانون يولي المتضرر حق مطالبة مسبب الضرر بالتعويض، فتصان بذلك اعتبارات العدالة دون إخلال باستقرار المعاملات.

ج- سهولة معرفة المالك الحقيقي للعقارات : إن الأخذ بنظام الشهر العيني يضمن معرفة الحالة القانونية للعقار وذلك عن طريق تخصيص بطاقة عقارية لكل عقار، تسجل فيها كل التصرفات الواردة عليه ، وعلى كل من يريد معرفة المالك الحقيقي لهذا العقار والأعباء التي تنقله فما عليه إلا الرجوع إلى البطاقة المخصصة لهذا العقار ليجد فيها كل البيانات المتعلقة بحالته القانونية.

د- تجنب خطر التقادم: لا مجال للتقادم في ظل نظام الشهر العيني مما يجعل الملاك في مأمن من التعرض لخطر التقادم

هـ- عدم تعارض سندات الملكية: يضمن نظام الشهر العيني عدم تعارض سندات الملكية على أساس أنها تستخرج من مصدر واحد وهو البطاقة العقارية فتكون هذه السندات مطابقة للبيانات المدونة في هذه البطاقة

و- إن تسجيل العقار في السجل العيني يستدعي تحديدا دقيقا وسليما، الأمر الذي يسهل ويساعد على تحديد وعاء الضريبة والرسوم العقارية بطريقة سليمة وعادلة في المستقبل

ز- الإقلال من النزاعات : إن ضبط مساحة العقار يؤمن عدم الاستيلاء على أي جزء منه بسبب تحديده ومسحه ورسم خريطة له، يقع التسجيل على أساسها ويكون من شأنه بالتالي الحد من المنازعات التي

¹ معوض عبد التواب. المرجع السابق. ص33.34

تثور بين الجيران بشأن الملكية والحدود ، الأمر الذي يترتب عليه الإقلال من الدعاوى التي تفرض على القضاة في هذا الشأن.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من كلا النظامين

لكي نقف على نظام الشهر الذي أخذ به المشرع الجزائري كان من البديهي أن ندرس نظامي الشهر، دراسة تحليلية حتى نتأكد على ضوء هذه الدراسة أن نتبين موقفه من كلا النظامين.

إن فحص النصوص القانونية الواردة في الأمر رقم 75 / 74 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، وتأسيس السجل العقاري وكذا المرسوم التنفيذي له وهما المرسوم رقم 62 / 76 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام والمرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، يظهر لنا أن العبارات التي استعملها في الأمر رقم 74/75 والمرسومين التنفيذيان له تفيد بأنه أخذ بنظام الشهر العيني الذي يعتمد على المسح كأساس مادي والسجل العيني كأساس قانوني ، ويظهر ذلك من خلال المادة الأولى الفقرة 01 من المرسوم رقم 62/76 التي تنص على ما يلي : ان تصميم مسح الأراضي يكون موضوع إعداد ما يلي في كل بلدية

جدول للأقسام وسجل لقطع الأرض حيث ترتب في مختلف العقارات حسب الترتيب الطبوغرافي. كما تنص المادة 15 من المرسوم رقم 62 / 76 المذكور أعلاه على ما يلي: "إن مسح الأراضي المقسم إلى أقسام و إلى أماكن معلومة يعطي التمثيل على الرسم البياني لإقليم البلدية في جميع تفصيلات تجزئته إلى أجزاء للملكية وإلى قطع الأراضي."

من خلال ما تقدم، يلاحظ أن المشرع اعتمد على المسح من أجل تقسيم الأرض إلى وحدات عقارية، تلك الوحدات العقارية التي تخصص لها بطاقات عقارية في السجل العيني لتدوين كل التصرفات التي ترد عليها، وبيان مالكيها الحقيقي وكل ما لها وما عليها من أعباء¹.

غير أن المشرع ووعيا منه بمدى صعوبة تجسيد نظام الشهر العيني على الواقع نظرا لصعوبة عملية المسح وما تتطلب من وسائل مادية وبشرية مؤهلة، فقد نص على ذلك في المادة 27 من الأمر رقم 74/75

¹<http://middi.over-blog.com/2016/03/56fccc9e-5c0c.html>

إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية ، في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات محددة بموجب مرسوم.

وبذلك فإن نظام الشهر العقاري الحالي يشمل في آن واحد نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني وإذا كان المشرع قد أخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام ، وكاستثناء أو كمرحلة انتقالية أخذ بنظام الشهر الشخصي، فالى أي مدى كان موقفا في تجسيد مبادئ الشهر العيني

أولا/ ازدواجية نظام الشهر: بالرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في الأمر رقم 74/75 ، والمرسومان التنفيذيان له، وهما المرسوم رقم 62/76 و63/76 نلاحظ أن المشرع قد أخذ بنظام الشهر العيني كمرحلة انتقالية ومؤقتة وفي انتظار إتمام عملية مسح الأراضي ، الذي يشكل الأساس المادي للسجل العيني ، أخذ بنظام الشهر الشخصي في البلديات التي لم تمسحها بعد عمليات المسح ، هذا النظام الذي ورثه عن الاستعمار الفرنسي حيث عمد هذا الأخير بمجرد احتلاله للجزائر إلى التفكير في وجود وسيلة فعالة تؤكد هذا النظام ، تشمل كل الميادين الحيوية التي تمكن من استغلال ارض الجزائر وسكانها أحسن استغلال ، ومن أجل ذلك أدخلت الإدارة الاستعمارية مختلف قوانينها لتطبيقها .

نستنتج مما سبق بيانه أن نظام الشهر المتبع في الجزائر هو نظام الشهر العيني من الناحية التشريعية مع خضوع ثلث العقارات لهذا النظام، أما الثلثين الباقين، فيخضعان لنظام الشهر الشخصي إلى حين إتمام عملية مسح الأراضي وتعميم نظام الشهر العيني.

ثانيا: مدى اخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني: ولكن هذا النظام لا يمكن أن يطبق إلا إذا تم مسح كل أراضي التراب الوطني ذلك أنه إذا كان القيد في السجل العقاري يمكن أن يعرف على أنه مجموع الإجراءات و القواعد القانونية و التقنية التي تهدف إلى إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقارات سواء كانت أصلية أو تبعية منشئة كاشفة ناقلة أو مزيلة فإن هذه القواعد لا يمكن تنفيذها إلا بعد المسح الذي يتكفل بتحديد معالم الأرض وتقسيمها إلى وحدات الملكية وإعطائها أرقام خاصة ورسم مخططاتها فالمشرع قد أخذ من واضح النصوص بنظام الشهر العيني ، لكن في الواقع لا يمكن تطبيق هذا النظام إلا تدريجيا مع تقدم عمليات المسح وهذا ما يعكس فعلا نية المشرع بالاحتفاظ بالنظام الشخصي في المناطق التي لم يمسه المسح بعد ، وهو ما نصت عليه المادة 27 من الأمر

74/75 السابق الذكر بنصها " أن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية والتي تخص العقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها مسح الأراضي العام تفهرس بصفة انتقالية في مجموع بطاقات عقارية مؤقّنة تمسك على شكل فردي طبقا " لكيفيات تحدد بموجب مرسوم " وكذلك ما نصت عليه المادة 113 من المرسوم 63/76 دائما فيما يخص العقارات الريفية.

كخلاصة لذلك فإن المشرع الجزائري في حقيقة الأمر فقد تبنى نظاما مزدوجا ، النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد ، وعيني إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العام أو عقارات حضرية يمكن تعيينها بسهولة وبدقة زيادة على أنه قد ترك بعض المسائل التي تشكل في القوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني كعدم إنصافه صراحة على عدم جواز التقادم المكسب في ظل هذا النظام وكذا إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري

المبحث الثاني : أحكام الشهر العقاري واثاره

مناجل تحقيق الحماية للملكية العقارية كان من الضروري إيجاد ضوابط كافية لنظام الشهر العقاري، تضمن صحة المعلومات المقدمة حول العقارات واصحابها، وقسمنا هذا المبحث الى مطلبين المطلب الأول قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري والمطلب الثاني الآثار القانونية المترتبة على عملية الشهر

المطلب الاول:قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري

الفرع الاول :قواعد تنظيم الشهر العقاري

لضمان تنظيم محكم لعملية الشهر العقاري اوجد المشرع قاعدتين اساسيتين اشترط توفرهما في جميع العقود والوثائق الخاضعة لعملية الشهر وهما : قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق وهو ما نتناوله في العنصرين التاليين¹:

اولا:قاعدة الرسمية اشترط المشرع الجزائري صفة الرسمية في جميع العقود والوثائق الخاضعة للشهر وذلك في نص المادة 61من المرسوم 63/76 المتعلق بأسيس السجل العقاري والتي تنص على ان **كل عقد يكون موضوع اشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي**

¹شوتحييمينة.بطانة خديجة .دور الموثق في عقود نقل الملكية العقارية .مذكرة ماستر .كلية الحقوق جامعة عمار ثلجي الاغواط.2013.صفحة99

من خلال هذا النصفان كل عقد لا يستوفي صفة الرسمية يكون محل رفض الإيداع من طرف المحافظة العقارية لان هذا المبدأ لا يعتبر مجرد اجراء شكلي بل هو في نفس درجة الشهر¹

وقد سبق وأن عرفنا أن العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً لأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته.²

ان اخضاع المحررات الخاضعة للشهر العقاري الى قاعدة الرسمية مؤداه حماية الأطراف وحقوقهم وتدخل الموظف العام أو الضابط العمومي في تحرير العقد يؤكد قانونية المحرر ورسميته ويعطيه الحجية الكاملة.³

وحتى تكون السندات رسمية وقابلة للإيداع بالمحافظة العقارية للإشهار يجب ان تكون صادرة من: الموثقون، السلطات القضائية، السلطات الادارية.

ثانياً: قاعدة الشهر المسبق الشهر المسبق أو ما يعرف كذلك بالأثر النسبي للشهر، مؤدى هذه القاعدة أنه لا يمكن للمحافظ العقاري اجراء تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي على أساسه تم التصرف في العقار بأي شكل من أشكال التصرف.⁴

الشهر المسبق للمحرر يحقق الطمأنينة في المعاملات العقارية ويبين صاحب الحق الآخر الوارد على عقار الذي يمكن معرفته بمجرد الاطلاع على البطاقة الممسوكة بمصلحة الشهر العقاري . ويكون للمحافظ كامل الصلاحية في رفض طلب الاشهار إذا تبين له من خلال مراقبته وفحصه للسند أنه لم يكن محل شهر مسبق بالمحافظة العقارية.

ويرد الاستثناءات الواردة على هذه القاعدة

1- عند الاجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية

¹ جمال بوشناق، المرجع السابق، صفحة 140

² انظر المادة 324 من القانون المدني

³ حسين طاهري، المرجع السابق، صفحة 101

⁴ انظر المادة 88 من المرسوم 63/76 السالف الذكر

- 2- العقود التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01¹: وهي العقود التي تم تحريرها قبل هذا التاريخ من طرف القضاة سابقا
- 3- شهر شهادة الحيازة : نص المشرع على شهادة الحيازة في نص المادة 39 وما بعدها من القانون رقم 25/90 المتضمن قانون التوجيه العقاري بشهرها بالمحافظة العقارية ويكون الشهر الاجراء الاول فيما يخص هذا العقار

الفرع الثاني: الشروط القانونية للمحركات الخاضعة للشهر

لكي تتم عملية الشهر بصفة سليمة وتكتسب التصرفات العقارية المشهورة حجيتها كان من الضروري تمكين المحافظ العقاري من كافة المعلومات المتعلقة بتحديد العقار ومالكه بصفة نافية للجهالة من أجل التأكد من الوثائق والمحركات المراد شهرها، ولذلك فإن قانون الشهر رسم مجموعة من الشروط القانونية التي عن طريقها يمكن ضبط هذه المحركات والوثائق.

أول الشروط القانونية الخاصة بتعيين الأطراف: لقد أوكل الأمر رقم 74/75 مهمة التحقيق من هوية الأطراف وأهليتهم الموجودة في الوثائق وكذلك صحة المحركات المراد شهرها إلى المحافظ العقاري، فنصت المادة 22: "يحقق المحافظ في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل إشهارها."

1- بالنسبة للأشخاص الطبيعية: لقد أوضحت المادة 62 من المرسوم 123/93 العناصر التي لا بد أن يتضمنها كل عقد أو قرار قضائي قبل أن يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية وهي: ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف مع المصادقة عليها من طرف الموثق أو كاتب الضبط أو السلطة الإدارية في أسفل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة من أجل تنفيذ الإجراء، أما الشهادة التوثيقية المعدة بعد الوفاة فيجب الإشارة فيها إلى الحالة المدنية للمتوفى والتصديق عليها مع ذكر كل من أسماء وألقاب وموطن وتاريخ الولادة ومهنة كل وارث.

2- بالنسبة للأشخاص المعنوية: لقد جاءت المادة 63 من الأمر رقم 63/76 بالشروط التي يجب ذكرها بالنسبة للأشخاص المعنوية وهي تختلف باختلاف هذه الأشخاص، فذكرت: "أن كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشمل على:

¹ راجع المادة 89 من المرسوم 63/76 المعدلة بموجب المرسوم 123/93 الصادر بتاريخ: 1993/05/19

أ- بالنسبة للشركات القانونية سواء كانت مدنية أو تجارية، لا بد من تحديد شكلها القانوني . مقرها وكذا رقم التسجيل في السجل العقاري بالنسبة للشركات التجارية.

ب- بالنسبة للجمعيات: تسميتها . مقرها . تاريخ ومكان تصريحها.

ج- بالنسبة للنقابات: تسميتها. مقرها . تاريخ ومكان إيداع قوانينها الأساسية.

بعد أن يكون المحافظ العقاري قد راقب كل هذه المعلومات، لا بد له من مراقبة هل أن هذه المحررات رسمية ومصادق عليها من طرف الأشخاص المنصوص عليهم قانونا بالمادتين 62 و64 من المرسوم 63/76، وشروط المصادقة وردت بالمادة 46 يقولها: "كل جدول أو مستخرج أو صورة أو أصلية أو نسخة مودعة في محافظة عقارية قصد تنفيذ إجراء، يجب أن تحمل تأشيرة موقعة من قبل محرر العقد أو من قبل سلطة ادارية تشهد بهوية الأطراف"، وإذا ما لاحظ المحافظ العقاري عدم توافر هذه الشروط له كل السلطة في رفض الإيداع عن القيام بإجراء الشهر طبقا للمادة 100 من نفس المرسوم المذكور أعلاه.

ثانيا: الشروط القانونية الخاصة بالعقارين الفكرة الأساسية لنظام الشهر العيني هي الوصف الدقيق للعقار وذلك بتحديد تحديدا نافيا للجهالة من خلال ذكر العناصر المكونة له بالتفصيل، وبذلك نجد أن عملية تعيين العقارات تختلف باختلاف مواقعها ما إذا كانت ممسوحة أو غير ممسوحة، حضرية أو ريفية أو ملكية مشتركة طبقا للمرسوم 63/76.

. بالنسبة للعقارات الواقعة في منطقة غير ممسوحة: يجب أن يتم ذكر نوع العقار. البلدية الواقع فيها . تعيين القسم المساحي لكل جزء من الأجزاء الموجودة في البلدية الواحدة . ورقم المخطط وكل ما احتوته وثائق المسح.

بالنسبة للعقارات الواقعة في منطقة غير ممسوحة لقد وضع المشرع بخصوصها أحكام انتقالية في انتظار تعميم الشهر العيني باكتمال عملية المسح على كامل التراب الوطني، ولذلك يختلف تعيين هذا النوع من العقارات حسب موقع كل منها سواء كانت في منطقة ريفية أو حضرية.

1- العقار الريفي: يخضع هذا النوع من العقار إلى نظام انتقالي حسب المادة 114 خلافا لأحكام المادة 66 من المرسوم رقم 63/76 وعند عدم وجود مخطط لمسح الأراضي: " فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه: نوعه . موقعه . محتوياته . وفضلت عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية لدى مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين"، مع الإشارة إلى أن هناك بعض المناطق الريفية خضعت لعمليات

المسح أثناء الفترة الاستعمارية، إلا أنها لم تكتمل مما استوجب وجود مخططات نظامية ووثائق لا تزال محفوظة ويمكن الرجوع إليها في عمليات التعيين، وفي هذه الحالة فإن المحافظ العقاري يقوم بمسك مجموعة البطاقات العقارية بصفة مؤقتة وتكون فردية للمالكين وتفهرس مستخرجات الوثائق التي تم إشرافها حسب الترتيب في محفوظات تحت اسم كل مالك .

2-العقار الحضري:طبقاً للمادة 21 من الموسوم 63/76 فإن العقارات الحضرية هي العقارات المبنية في المناطق السكنية التابعة للبلديات التي يزيد عدد سكانها عن 2000 نسمة، والتي لم تشملها عملية المسح وتعد بطاقة عقارية للعقار بناء على ذكر اسم البلدية . الشارع الواقعة فيه . الرقم و طبيعة العقار ومساحته.

3-العقارات المبنية الخاضعة لنظام الملكية المشتركة:عرفت المادة 743 من القانون المدني، الملكية المشتركة بأنها حالة قانونية يكون فيها عدة أشخاص مالكين بالاشتراك لعين معينة، ويحتوي على أجزاء خاصة وأجزاء عامة.

فالأجزاء الخاصة، فهي التي تشكل استعمال شخصي وبشكل خاص كتبليط الأرض والأرضية، الأسقف، الأبواب، النوافذ.... الخ، ومالكها حر في التصرف فيها وتعتبر أجزاء مشتركة الفناء والمداخل والسلالم... الخ، ولتعيينها وجب ذكر بالإضافة إلى البيانات العامة الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم وهي لرقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام وللعمارة . الدرج ت الطابق . والنسبة في الأجزاء المشتركة طبقاً للمادة 67 من المرسوم رقم 63/76، وكل تغيير أو تعديل فإنه يتعين إعداد جدول وصفي جديد ويتم شهره إلى جانب العقد في المحافظة العقارية.

المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عملية الشهر

لا تظهر قيمة الشهر العقاري إلا من خلال الآثار التي يرتبها هذا الأخير، ولذلك نرى من الضروري الوقوف على حقيقة هذه الآثار، و الحجية التي يرتبها التصرف المشهر فيما بين ذوي الشأن و إتجاه الغير، وذلك ضمن فرعين مستقلين، نخصص الفرع الأول لدراسة الأثر المنشئ للشهر العقاري، والفرع الثاني الأثر المطهر للشهر العقاري و نخصص الفرع الثالث لدراسة حجية الشهر العقاري.

الفرع الأول: الأثر المنشئ للشهر العقاري

إن الشهر في ظل نظام الشهر العيني يعتبر مصدراً للحقوق العقارية، إذ لا تنشأ ولا تنتقل و لا تتغير و لا تزول إلا من تاريخ شهرها، فلا تنتج عن التصرفات العقارية التي لم تشهر، سوى إلتزامات شخصية

بين أطراف العقد، متى إستوفي هذا الأخير الشكلية المطلوبة لإعقاده¹، كذلك فإن الحقوق العقارية و بعد شهرها تنتقل إلى أصحابها خالية من العيوب مهما كان مصدرها، نتيجة القوة الثبوتية لنظام الشهر العيني .

المنشئ للشهر العقاري: جعل المشرع الجزائري من الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية، ويستشف ذلك من نص المادتين 15 و 16 من الأمر 74/ 75 السالف الذكر، حيث نصت المادة 15 على ما يلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية"، كما نصت المادة 16 على: " إن العقود الإرادية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف، إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

فالتشريع الجزائري الذي أخذ بنظام الشهر العيني لم يعترف بغير الشهر للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية، فإذا تم شهر هذه الحقوق، فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ شهرها، فالتصرف المشهر يصبح الحق العيني بمقتضاه موجودا و ثابتا، بينما التصرف غير المشهر، يبقى حق صاحبه معلقا إلى أن يتم الشهر، و هذا هو الأثر المنشئ للشهر بوجهيه الإيجابي و السلبي، حيث لا ينتقل الحق العيني و لا يسقط إلا بموجب الشهر وحده، ما عدا في الحقوق الميراثية، التي تنتقل فيها الملكية العقارية إلى الورثة بمجرد حدوث واقعة الوفاة.

إن المشرع الجزائري بالرغم من جعله الملكية العقارية تنتقل بمجرد الوفاة، فإنه لم يجز للوراث التصرف في نصيبه من التركة، إلا بعد إعداد الشهادة التوثيقية، التي تعد الوسيلة و الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية، و القول أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية في ظل نظام الشهر العيني، لا يعني هذا أن قيمة التصرف القانوني المبرم تسقط بإجراء عملية الشهر، ففي عقد البيع الواقع على عقار مثلا، إنتقال الملكية من البائع إلى المشتري لا تتم بناء على مجرد الشهر، لأن إجراء الشهر بمفرده لا ينقل الملكية، بل لا بد أن يستند إلى عقد بيع صحيح و نافذ، فكيف يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم بشهر حق من الحقوق دون أن يكون هناك سند قانوني يبرره، فالمحافظ العقاري لا يبادر

¹ ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، 2003، ص 67

بإجراء الشهر إلا إذا تأكد من هوية الأطراف، ومن صحة الوثائق المدلى بها تأييدا لطلب الشهر شكلا وجوهرا.

و المفعول الإنشائي للشهر أهمية بالغة في دفع المتعاقدين إلى الإسراع في شهر عقودهم لتثبيت ملكيتهم، مما يؤمن شهر المعاملات العقارية، و يتيح لكل ذي مصلحة الإطلاع عليها لمعرفة مدى حقوق من يتعاقد معه، و يضمن لخزينة الدولة جباية الرسوم المترتبة على هذه المعاملات¹، كما أن المفعول الإنشائي للشهر يوفر للملكية العقارية ما تحتاج إليه من ثبات و استقرار الأداء وظيفتها الإجتماعية، ولكي تحظى بالثقة العامة التي تجعل منها ضمانا هاما لعمليات الإقتراض، التي تساعد على الإستثمار و بالتالي زيادة الدخل الوطني.

ونجد أن الأثر المنشئ للشهر العقاري لم تأخذ به كل التشريعات، فالتشريع التونسي مثلا ورغم تبنيه لنظام الشهر العيني، إلا أنه يعتبر أن الحقوق العينية العقارية تنتقل بين المتعاقدين بمجرد توقيع العقد، وبدون قيدها في السجل العقاري، ولكن لا يحق لأصحاب هذه الحقوق أن يحتجوا بها على الغير إلا من تاريخ شهرها، وهذا يعني أن القانون التونسي يعتبر العقد لا الشهر هو المنشئ للحق العيني، و أن الشهر ما هو إلا وسيلة إعلانية للحق العيني تمكن صاحبه من الإحتجاج به على الغير²، و يبدو أن القانون التونسي والقوانين التي حذت حذوه، ترى أن القول بالمفعول الإنشائي للشهر يعد إرتدادا إلى عقلية العصور القديمة، التي كانت تتمسك بالشكليات في إبرام العقود، و لا تتفق مع مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسه القوانين الحديثة، ولذلك إعتبرت أن الحقوق العينية كغيرها من الحقوق تنتقل بين المتعاقدين بمجرد التعاقد، ولكنها لا تسري على الغير إلا من تاريخ شهرها.

إذن فالشهر هو الوسيلة الوحيدة التي يعتد بها لنقل الملكية و سائر الحقوق العينية الأخرى، كما أن الحق العيني المشهر ينتقل إلى صاحبه بغض النظر عن التصرف القانوني الذي أدى إلى شهره، عما إذا كان تصرفا صحيحا أو معيبا.

¹ حسين عبد اللطيف حنان، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص: 177

² حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، المرجع السابق، ص: 375

الفرع الثاني: الأثر المطهر للشهر العقاري

التطهير هو طرح و تنظيف شيء معين من كل ما يشوبه أو يلحق به، و التطهير في ظل نظام الشهر العيني يجعل من الحق المقيد في مجموعة البطاقات العقارية، ينتقل إلى صاحبه خاليا من الحقوق العينية الأخرى غير المشهورة التي تنقل العقار موضوع التصرف، كما يمكن أن ينتقل الحق العيني المشهر دون أن يكون العقار مثقلا بحقوق عينية عالقة به، ولكن التصرف القانوني الذي أدى إلى شهره معيبا بعيب من عيوب الرضا مثلا، أو كان الشخص المتصرف ناقص الأهلية، فالأصل أن مثل هذه التصرفات تكون قابلة للإبطال من طرف المتصرف إليه، ومع ذلك لا يمكن التدرع و الإحتجاج بهذه العيوب، ما دام التصرف القانوني قد أشهر إستنادا لمبدأ القوة الثبوتية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني، و التي تجعل الحق العيني ينتقل إلى المتصرف إليه خاليا و مطهرا من العيوب مهما كان مصدرها، فيصبح الحق العيني المقيد موجودا بالنسبة للكافة، و لا يمكن الطعن فيه لا بدعوى البطلان ولا بدعوى الإستحقاق أو الإسترداد، فيكون صاحبه مالكا لهذا الحق على وجه نهائي و في مأمّن تام من المنازعات القضائية¹، فلا يبقى أمام رافع الدعوى سوى حقه في التعويض الإستحالة إسترداد حقه عينا

و الأثر المطهر للشهر أمر طبيعي طالما أن المحافظ العقاري، لا يجري عملية الشهر إلا بعد التدقيق في هوية الأطراف و أهليتهم من خلال الوثائق الموجودة بين يديه، و يتأكد من رسمية الوثيقة المراد شهرها، كما نصت على ذلك المادة 22 من الأمر 75 / 74 بقولها: يحقق المحافظ في هوية و أهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات و كذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار "...، كما عليه التحقق من أن المعاملة العقارية غير مخالفة للنظام العام و الآداب العامة، طبقا لما نصت عليه المادة 105 من المرسوم 63/ 76 السالف الذكر²

فالأثر المطهر للشهر يهدف بالدرجة الأولى إلى المحافظة على إستقرار المعاملات العقارية و تدعيم الإئتمان العقاري، مع طمأننة المتعاملين الاقتصاديين و تشجيع القروض المرتبطة بالرهون .

غير أن مبدأ القوة الثبوتية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، ليست قوة ثبوتية مطلقة بل نسبية، ذلك أن المشرع الجزائري أجاز الطعن في الحقوق العينية الناتجة عن وثائق مشهورة، كما

¹ليلي زروقي، حمدي باشا عمر . المرجع السابق، ص: 46

²راجع المادة 105 من المرسوم (63/ 76 المتعلق بتاسيل السجل العقاري)

نصت على ذلك المادة 85 من المرسوم 63/ 76 السالف الذكر بقولها: "إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إذا تم إشهارها مسبقا "...

فقد أعطى المشرع الجزائري الحق للأطراف المتعاقدة الطعن قضائيا في الحقوق العينية المشهورة بإحدى الدعاوى المنصوص عليها في المادة 85 من المرسوم 63 / 76 السالف الذكر، وهي كالتالي: **أولادعوى الفسخ:** و التي ترفع في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته، كأن يتمتع المشتري عن تسديد ثمن العقار المبيع المتبقي في ذمته، إذا كانت عملية البيع قد تمت بالتقسيت

ثانيا دعوى الإبطال: وتمارس في حالة ما إذا أختل شرط من شروط صحة العقد، كإنعدام الأهلية، أو عيب من عيوب الإرادة كالتدليس، الإكراه، الغلط و الغين

ثالثادعوى الإلغاء: و التي تنصب على إلغاء عقد إداري ناقل للملكية العقارية، بإعتبار أن العقد الإداري يشكل إحدى وسائل نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري .

رابعادعوى النقض: و التي ترفع في حالة المطالبة بنقض القسمة الودية الحاصلة بالتراضي إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها غبن يزيد على الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة، كما يجب أن ترفع هذه الدعوى خلال السنة التالية للقسمة إعمالا بنص المادة 732 من القانون المدني .

وعليه فإذا كان للشهر العقاري أثر منشئ ومطهر للحقوق العينية العقارية المقيدة في مجموعة البطاقات العقارية، فإنه إضافة إلى ذلك يعطيها الحجية الكاملة سواء فيما بين الأطراف المتعاقدة أو إتجاه الغير .

الفرع الثالث: حجية الشهر العقاري

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

¹ - ليلي زروقي، حمدي با عمر. المرجع السابق، ص: 231 و 232

أولاً : حجية الشهر فيما بين الأطراف لما كان إنتقال الحق العيني أو نشوئه أو تغييره أو زواله من أهم الآثار المترتبة على الشهر، فإن وجودها لا يتحقق إلا من تمامه، أما قبل ذلك أي خلال الفترة الممتدة من تاريخ إبرام التصرف إلى الساعة السابقة على الشهر، فإن الحق العيني يظل على الحالة التي كان عليها قبل إبرام التصرف القانوني، أي أن ملكية العقار موضوع التصرف لا تنتقل إلى المتصرف إليه، بل يبقى العقار مملوكا للمتصرف الذي يتمتع بكافة مزايا ملكيته، من تصرف و إستغلال و إستعمال، كما يترتب عليه تحمل كافة التكاليف المتعلقة بالعقار، وهذا ما يخول لدائن المتصرف الحق في مباشرة إجراءات التنفيذ على عقار مدينه أي المتصرف في حين لا يحق لدائن المتصرف إليه مباشرة إجراءات التنفيذ على العقار، بإعتبار أن المتصرف إليه أي المدين لم يعد مالكا للعقار بعد¹.

فالعقد الذي محله عقار و ميرم بين طرفين و لم يتم شهره بعد، يرتب جميع الآثار القانونية متي إستوفي جميع أركان العقد العامة من رضا و محل و سيب، إضافة إلى إفراغه في الشكل القانوني إستنادا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، إلا الأثر العيني الذي لا يترتب على العقد إلا بعد شهره، فعقد البيع غير المشهر مثلا، يرتب في ذمة المشتري الإلتزام بدفع ثمن العقار المبيع، و في مقابل ذلك يترتب في ذمة البائع حقا شخصيا، إذ يلتزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، و يبقى هذا الإلتزام من أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق البائع، إذ لا تظهر أهمية الإلتزامات الأخرى إلا إذا تم إنتقال حق الملكية بواسطة عملية الشهر، ليصبح المشتري بعدها وحده صاحب الصفة في كل ما يتعلق بهذا العقار، وكل التصرفات الصادرة من البائع بعد ذلك تعد عديمة الأثر، لأنها من قبيل التصرفات في ملك الغير.

والحقوق العينية العقارية المشهورة لا تكون لها حجية فيما بين أطراف التصرف القانوني فقط، بل تتعداه إلى كل شخص من الغير لم يكن من أطرافه.

ثانيا: حجية الشهر إتجاه الغير إن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري، هي شهر المعاملات القانونية المتعلقة بكل عقار، لتمكين الغير من الإطلاع عليها و الإحاطة بالحالة الحقيقية للعقار، إذا ما شاء إجراء أي إتفاق بشأنه، ولذا أوجب المشرع الجزائري شهر كل ما للعقار من حقوق، و ما عليه من أعباء، حتى يمكن الإحتجاج بها على الغير كما نصت على ذلك المادة 15 من الأمر 74 /75 /السالف الذكر.

¹ خالدرامول، المرجع السابق، ص: 111

ويقصد بالغير" في هذا المقام، حسب مبادئ القانون العامة، كل شخص لم يكن طرفاً في التصرف القانوني، و في مجال الشهر العقاري يعتبر من الغير، كل شخص لم يكن طرفاً في العقد غير المشهر، وله مصلحة في إستبعاد تنفيذ هذا العقد، بالإستناد إلى حق عيني مترتب له على العقار، أو إلى أي سبب آخر مشروع¹، و تطبيقاً لهذا المعنى يعتبر من "الغير"، الخلف الخاص و الدائن العادي الذي يحق له التذرع بعدم شهر العقد الذي أجراه المدين، و كذا جماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار، ذلك أن الدائن العادي يستطيع التمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين غير المشهر في حقه، لأجل إستفاء هذا العقار في ذمة مدينه، و التنفيذ عليه بطريقة الحجز العقاري و الذي بعد شهره، يكتسب بموجبه الدائن الحاجز حقا عينيا على العقار موضوع الحجز

أما الورثة أو الموصى لهم بوجه عام فلا يعتبرون في الأصل من الغير، إذ أنهم يحلون محل مورثهم في التصرفات التي أجراها هذا الأخير، و يلزمون بالتالي بتنفيذ جميع التصرفات الصادرة عنه بما لا يتجاوز قيمة الحصة التي آلت إليهم. فإذا باع مورثهم عقار، و لم يشهر هذا البيع، فإنهم ملزمون بإجراء هذا الشهر بعد أن حلوا محل مورثهم في ملكية العقار المبيع، إلا أن الأمر يختلف إذا كان المورث قد أجرى تصرف بالتركة عن طريق الوصية أو الهبة بأكثر من النصاب الشرعي أو القانوني الذي يحق له التصرف به، ففي هذه الحالة لا تسري تصرفات المورث على الورثة، الذين يعتبرون من الغير في ما زاد عن النصاب المذكورة².

وفي مقابل ذلك فإن الحقوق العينية العقارية غير المشهورة لا تكون موجودة بالنسبة للغير، فلا يمكن بالتالي لأصحاب تلك الحقوق الإحتجاج بها إتجاه الغير، ولا يقتصر هذا المبدأ على الحقوق العينية العقارية فحسب، بل يشمل كذلك كل تعديل أو تغيير يطرأ على الكيان المادي للعقار، و ذلك لكي تبقى البطاقة العقارية للعقار، المرآة التي تعكس حقيقته المادية و القانونية، بحيث يكفي لمن يرغب في إجراء أي تعامل على هذا العقار، أن يلقي نظرة على البطاقة العقارية لكي يقف على كل ما يتعلق به، و يحاط علما بكل ما هو جار عليه من تصرفات.³

¹ حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقارية المرجع السابق، ص: 12

² جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص: 240

³ حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقارية المرجع السابق، ص: 43

كما رتب المشرع عن شهر الدعاوى العينية العقارية آثارا قانونية، تسري إتجاه الغير من يوم شهرها بالمحافظة العقارية، هذه الآثار التي يمكن تلخيصها في النقاط التالية

1- حفظ حقوق المدعي: فالهدف الأساسي من شهر الدعوى العينية العقارية هو الحفاظ على حقوق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه، حيث أنه لا يمكنه الإحتجاج بالحكم الصادر لفائدته ضد الغير، الذي إكتسب حقا عينيا على العقار موضوع المطالبة القضائية، وتم شهره قبل شهر الدعوى، كما نصت على ذلك المادة 86 من المرسوم 63/ 76 السالف الذكر بقولها: " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها، عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به الخلف الخاص لصاحب الحق المهودور، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم قانوني تطبيقا للقانون."

وونرى من نص هذه المادة أن عدم شهر الدعوى أو عدم شهر الشرط الذي بمقتضاه حصل فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض الحقوق التي سبق شهرها، وذلك بعدم سريان الشرط ولا الحكم الذي يقرره في مواجهة الخلف الخاص لصاحب الحق المهودرة.¹

2- عدم إيقاف إجراءات الشهر مكنة التصرف في العقار: إذا كان شهر الدعوى العينية العقارية يحفظ حقوق المدعي، فإنه لا يمنع المدعى عليه من التصرف في العقار محل النزاع بأي تصرف آخر ناقل للملكية، و في هذه الحالة على المحافظ العقاري أن يعلم الموقع على التصديق بأن العقار محل التصرف القانوني، هو موضوع مطالبة قضائية، دون أن يمتنعن شهر أي تصرف قانوني وارد على العقار الذي أشهرت بشأنه الدعوى، حيث أنه قد يلتبس الأمر على بعض المحافظين العقاريين، إذ بمجرد شهر العريضة الإفتتاحية أو تلقيهم طلبات من المواطنين، تتضمن إلتماس لإيقاف إجراء شهر لتصرف قانوني محله عقار محل نزاع، يمتنعون عن إتمام عملية الشهر لأي تصرف قانوني آخر محله ذات العقار .

¹ ليلي زروقي، علي باشا عمر، المرجع السابق، ص: 137

الخلاصة:

بإثبات الملكية العقارية أولى المشرع الجزائري عناية خاصة اوجب اتباع اجراءات شكلية دقيقة في تحرير العقود التي تتضمن نقل او تغير او تعديل ملكية عقار او حقوق عينية عقارية، وبهذا يكون المشرع قد قيد حرية الافراد في اثبات ملكيتهم العقارية.

و لقد أسند المشرع بإجراء المحررات الموثقة إلى مكاتب التوثيق بموجب القانون 06-02 و بذلك استقلت المحررات التوثيقية عن القضاء، كما نجد أن المحررات التوثيقية سندات تنفيذية بذاتها دون حاجة لعرضها على القضاء للحكم بتنفيذها و قد نص المشرع الجزائري على اعتبار هذه المحررات التوثيقية سندات تنفيذية بموجب المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية 08 / 09 المعدل و المتمم، كما أن المشرع الجزائري يشترط في المحررات التوثيقية مجموعة من الشروط الموضوعية و الشكلية

ونظرا للدور الذي يلعبه العقار المملوك ملكية خاصة في تنمية وتطوير الاقتصاد الوطني، قام المشرع الجزائري بتحديد طرق و وسائل إثباته من خلال سنه لجملة من القوانين والأنظمة التي تتماشى حسب طبيعة الحيز الجغرافي الموجود عليه العقار المراد إثباته، فإذا كنا أمام أراضي ممسوحة لا يمكن إثبات الملكية العقارية إلا عن طريق العقد العرفي الثابت التاريخ قبل عام 1971 أو العقد الرسمي المشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا أو الحكم القضائي بالمفهوم العام، و مما نستخلصه في الأخير أن العقود التوثيقية لنقل الملكية العقارية يجب ان تستجيب لمطلبين وهما:

- ان يكون في شكل رسمي معد امام موثق

- ان يكون مشهرا في المحافظة العقارية.

وفي ذالك بعض الاقتراحات :

- ضرورة اعداد برنامج جدي للمسح العام للاراضي لتسهيل عمل المحافظة العقارية والتطبيق الفعلي لنظام الشهر العيني وواعادة النظر في التشريعات التي ترافق الملكية العقارية.
- اعادة النظر في مصاريف الشهر والتسجيل والتوثيق لتحفيز المواطنين على المحررات التوثيقية

المراجع

قائمة المراجع :

الكتب

- 1- جمال بوشناق. شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري. دار الخلدونية. طبعة 2006.
- 2- حمدي باشا عمر. المنازعات العقارية. دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع. الجزائر. طبعة 2003.
- 3- د الغوثي بن ملح، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري ، الطبعة الأولى ، سنة 2001 ، .
- 4- حمدي باشا عمر. طرق التنفيذ وفقا للقانون 09/08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية. دار هومة. الجزائر
- 5- د.فتحيوالي.التنفيذالجبري.دار النهضة العربية. طبعة1971
- 6- د.احمد مليحي .التنفيذ وفقا للنصوص قانون المرافعات معلقا عليها براء الفقه واحكام النقض.مكتبةدار النهضة العربية .القاهرة .توزيع دار الفكر العربي .
- 7- د.عبد الرحمان بريارة. طرق التنفيذ. منشورات بغدادي. الطبعة الثانية. سنة 2013.
- 8- د احمد عبد الرزاق السنهوري .الوسيط في شرح القانون المدني. العقود التي تقع على الملكية. الجزء الرابع .البيع والمقايضة. دار احياء التراث العربي. بيروت لبنان.
- 9- دعبد الحميد الشواربي .اجراءات الشهر العقاري في ضوء القضاء والفقه .دون طبعة .منشأة المعارف بالاسكندرية .مصر1999
- 10- د/عدلي امير خالد. اكتساب الملكية العقارية بالحيازة. دون طبعة. دار الفكر الجامعي. مصر. دون سنة.
- 11- ميدي احمد،الكتابة الرسمية كدليل اثبات في القانون المدني الجزائري ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ،الجزائر ،طبعة سنة2005،
- 12- عبد الحفيظ بن عبيدة ،إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة ، الجزائر ، طبعة سنة 2002 .
- 13- ليلي زروقي ،التصرفات التصرفات القانونية الواجبة للشهر العقاري والاثار المترتبة عن القيد، مقال منشور بمجلة الموثق،العدد05سنة1998 ،
- 14- ياسين غانم . القضاء العقاري .الطبعة الثانية .مطبعة كرم .سوريا .1994
- 15- حسين عبد اللطيف حمدان. احكام الشهر العقاري. دون طبعة. الدار الجامعية للطباعة والنشر. لبنان. دون سنة طبع.
- 16- حسين عبد اللطيف حمدان، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت بدون سنة

17- معوض عبد التواب. الشهر العقاري والتوثيق. علما وعملا. دون طبعة. نشأة المعارف بالإسكندرية. مصر. 1986.

18- معوض عبد التواب. السجل العيني. علما وعملا. دون طبعة. دار الفكر العربي. مصر. 1978.

19- عمر حمدي باشا، ليلي زروقي ، المنازعات العقارية ، دار هومة للطباعة والنشر ، الطبعة الثالثة ، سنة 2007

20- ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، 2003

الرسائل والمذكرات الجامعية :

1- كوشي كهينة. عيادي ليندة ، دور الموثق في استقرار المعاملات ، مذكرة ماستر ، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2018.

2- رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري. تيزيوزو 2014

3- يمينة. بطانة خديجة . دور الموثق في عقود نقل الملكية العقارية . مذكرة ماستر . كلية الحقوق جامعة عمار تليجي الاغواط. 2013.

النصوص القانونية

أ/ القوانين والامر

1- القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الجريدة الرسمية 14 لمؤرخ في 20 فيفري 2006،

2- القانون 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق. الجريدة الرسمية 28 المؤرخة في 13/07/1988.

3- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني ، المعدل والمتمم

4- قانون 89/22 مؤرخ في 12/12/1989. المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها. الجريدة الرسمية العدد 53 المؤرخة في 13/12/1989 صفحة 1435. المعدل بالقانون العضوي رقم 12/11 المؤرخ في 26 جويلية 2011. الجريدة الرسمية العدد 42. المؤرخة في 31 جويلية 2011

5- الامر رقم 71/73 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية. الجريدة الرسمية عدد 97 المؤرخة 08/11/1971 صفحة 1642

6- الامر 70/91 الجريدة الرسمية عدد 107. صفحة 1615.

ب/ المراسيم التنظيمية

- 01 مرسوم تنفيذي رقم 08 - 242 مؤرخ في أول شعبان عام 1429 الموافق 3 غشت سنة 2008، يحدد شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها لتأديبي وقواعد تنظيمها
- 02 المرسوم 63/76 المتعلق بتاسيل السجل العقاري المعدلة بموجب المرسوم 123/93 الصادر بتاريخ: 1993/05/19
- 03 المرسوم التنفيذي رقم 08-245 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 45 بتاريخ 06 اوت 2008 والمحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه
- 04

مواقع الانترنت:

https://elkanoon.blogspot.com/2016/02/blog-post_29.html

<https://www.joradp.dz>

<http://www.cn-notaires.dz>

<http://middi.over-blog.com/2016/03/56fcce9e-5c0c.html>

الفهرس

- 4المبحث الأول: مفهوم العقد التوثيقي
- 4المطلب الأول: تعريف العقد التوثيقي
- 4الفرع الأول: التوثيق لغةً وصطلحا
- 5الفرع الثاني: العقود التوثيقية
- 6المطلب الثاني : صحة العقد التوثيقي
- 7الفرع الاول : تحرير العقد التوثيقي من طرف الموثق
- 9الفرع الثاني : شرط الشكلية في العقد التوثيقي الناقل للملكية العقارية
- 15المبحث الثاني: اكتساب العقد التوثيقي للقوة التنفيذية
- 15المطلب الأول: تطور القوة التنفيذية للعقد التوثيقي
- 16الفرع الاول : القوة التنفيذية للعقد التوثيقي في القانون الوطني
- 17الفرع الثاني أساس إضفاء القوة التنفيذية على العقد التوثيقي
- 19المطلب الثاني شروط إضفاء القوة التنفيذية على العقد التوثيقي
- 19الفرع الأول: الشروط الشكلية
- 22الفرع الثاني: الشروط الموضوعية
- 26الفصل الثاني: شهر العقود التوثيقية
- 26المبحث الاول: الشهر العقاري للعقود التوثيقية للملكية العقارية
- 26المطلب الأول: مفهوم الشهر العقاري وانظمته
- 26الفرع الاول: الشهر العقاري:
- 28الفرع الثاني:خصائص الشهر العقاري:
- 30الفرع الثالث:أهمية الشهر العقاري:

30	المطلب الثاني: أنواع الشهر العقاري.....
31	الفرع الأول: الشهر الشخصي:.....
35	الفرع الثاني: الشهر العيني:.....
42	الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من كلا النضامين.....
44	المبحث الثاني : أحكام الشهر العقاري واثاره.....
44	المطلب الاول: قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري
44	الفرع الاول : قواعد تنظيم الشهر العقاري.....
46	الفرع الثاني: الشروط القانونية الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للشهر.....
48	المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على عملية الشهر
48	الفرع الأول: الأثر المنشئ و المطهر للشهر العقاري
52	الفرع الثاني: حجبية الشهر العقاري.....
56	خاتمة :.....
58	قائمة المراجع :