



جامعة بجاية
Tasdawit n Bgayet
Université de Béjaïa

جامعة عبد الرحمن ميرة-بجاية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

عقود بيع العقارات غير المشهورة

مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص القانون الخاص الشامل

تحت إشراف الدكتور:
• موساسب زهير

من إعداد الطالبتين:
• رضاني امال
• رزقيني حادة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ: مخالفة كريم، أستاذ محاضر، جامعة بجاية.....رئيسا
الدكتور: موساسب زهير، أستاذ محاضر، جامعة بجاية.....مشرفا ومقررا
الأستاذة: صويلح كريمة، أستاذة محاضرة، جامعة بجاية.....ممتحنة

السنة الجامعية

2018/2017



شكر وتقدير

قال الرسول صلى الله عليه وسلم

" من لم يشكر الناس لم يشكر الله."

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب ووقفنا في إنجاز هذا العمل.

نتوجه بجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إنجاز هذا العمل المتواضع.

ثم أتقدم بوافر الشكر إلى أستاذي و المشرف " موساسب زهير " في متابعته لهذه المذكرة، والذي لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه القيمة التي كانت عوناً لنا في إتمام هذا البحث.

كما لا أنسى بالشكر كل أساتذة قسم الحقوق الذين أفادونا بتوجيهاتهم طيلة مسارنا الجامعي، وأمل أن نكون قد قدمنا في هذا البحث ولو شيئاً بسيطاً من المعرفة.

الإهداء

إلى من أضاء لي درب العلم شموعا و علمني مواجهة الصعاب

أبي

إلى من يصعب حصر جميلها بصلواتها، ودعواتها

أمي

إلى كل من ساندني وأزرنني في دربي وشجّعني في رحلتي إلى النجاح

أخواتي وأخي

إلى كل من منحني ينبوع العلم والمعرفة

رمضاني آمال

الإهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين

اهدي هذا العمل إلى:

من ربّنتني وأنارت دربي وأعاننتني بالصلوات والدعوات، إلى أعلى إنسان في الوجود

أمي الحبيبة

إلى من عمل بكّد في سبيلي وعلمني معنى الكفاح، وأوصلني إلى ما أنا عليه

أبي الكريم أدامه الله لي

وإلى إخوتي

محمد، فؤاد

إلى كل من عمل معي بكّد بغية إتمام هذا العمل، وإلى كل الأصدقاء والأحباب من دون استثناء

وكل أساتذتي الكرام،

وكل رفقاء الدراسة.

زرقيني حادة

أهم المختصرات

باللغة العربية

ج: الجزء

ج.ج.ج: جريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

د.ب.ن: دون بلد النشر

د.س.ن: دون سنة النشر

د.ط: دون طبعة

ص: صفحة

ص.ص: صفحة إلى صفحة

ط: الطبعة

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري

ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية و الإدارية

باللغة الفرنسية:

p:page

p.p : page à la page

op.Cit: ouvrage précédemment cité

مقدمة

مقدمة

يعد العقار قاعدة أساسية في الحياة الإجتماعية والإقتصادية والذي يعتبر مصدر من مصادر الثروة، وحافزا قويا لجلب الإستثمارات الوطنية ، وإقامة المشاريع التنموية للنهوض باقتصاد الدولة، والأمر الذي أدى إلى بروز صعوبات حول طريقة إكتساب الملكية وخاصة إثباتها، كما يعدّ موضوع إثبات الملكية العقارية من المواضيع التي تطرح صعوبات من الجانب العلمي والعملية من حيث الإجراءات التقنية المعقّدة التي يعالجها موضوع الإثبات خاصة في الأراضي التي لم يشملها بعد عملية المسح العقاري.

ولقد شهدت المنظومة القانونية الجزائرية في بعض مراحلها عدم الإستقرار في مستوى التشريعات والتنظيمات المنظمة للملكية العقارية، تعود أسبابها إلى المخلفات الإستعمارية عن طريق إستحواذ المعمرين على جميع الأراضي الجزائرية عبر سياسة تقسيم الأراضي مع إجبار الجزائريين على التطهير العقاري وإخضاعهم للقانون الفرنسي، وإبرام عقود لصالح المعمرين وقد نتج عن ذلك إختفاء السندات.

ومما لاشكّ فيه أنّ العقارات بمختلف أنواعها تعدّ الأرضية التي تبنى عليها الملكية العقارية، وقد جاء في المادة 27 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، بأن "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها."¹ وهي توافق المادة 674 من القانون المدني

¹ قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد49، بتاريخ 18 نوفمبر 1990.

الجزائري إذ جاء فيها مايلي: " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء، بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".¹

وبذلك فإن الملكية العقارية هي سلطة يخولها القانون فقط للمالك على عقاره في استعماله واستغلاله والتصرف فيه على الوجه الذي يسمح به القانون.

فبعد البيع العقاري في القانون الجزائري عقد شكلي لا يكفي لإنعقاده توافر رضا المتعاقدين، بل يجب أن يصدر التراضي في الشكل الذي عينه القانون وفقا لما جاء في المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، بأن يحزر بيع العقار ابتداء من 1 يناير 1971 في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.²

وكذا اشترط المشرع الجزائري شهر العقار لدى المحافظة العقارية ليكون حجة على الغير وذلك طبقا للمادة 793 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواء كان ذلك بين المتعاقدين، أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري".³

وكذا نص المادة 15 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل

¹ _أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

² _أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج.ر.ج.ج. عدد 107، بتاريخ 1970/12/25.

³ _أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

العقاري: "كل حق ملكية وكل حق عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقة العقارية."¹

ولقد ثارت العديد من المشاكل تتعلق بطريق انتقال الملكية، إذ أنه بالرغم من أن المشرع وضع ضوابط لإنتقال الملكية في مقدمتها شكل البيع والذي اشترط فيه الرسمية بالنص على أنه لإنتقال ملكية العقار للمشتري يجب أن يتم شهر البيع في المحافظة العقارية، إلا أنه ولكلفة إبرام العقود بالشكل الذي يحدده القانون، ونظرا لطول الإجراءات التي يأخذها هذا الشكل من البيع لإستقراره، قد دفع العديد من الأشخاص إلى بيع عقاراتهم بموجب عقود عرفية رغم أن القانون لا يعترف بالعقد العرفي.

وفي سياق آخر أخذ المشرع الجزائري بحجّة العقود العرفية المعايينة لمعاملات عقارية، وجعل لها مكانة الرسمية، حيث كان يعتدّ بالعقود العرفية الثابتة التاريخ قبل يناير 1971، وقد حددت المادة 328 من القانون المدني الجزائري حالات ثبوت التاريخ العقد العرفي والتي كان البعض منها محل خلاف عندما يتعلق الأمر بتطبيق المادة 89 من المرسوم 76-63 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 التي تنص على أن: "تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة أعلاه عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري

¹ _أمر رقم 75-74 مؤرخ في نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم، ج.ر.ج. عدد 92، بتاريخ 1975/11/18.

والذي يتم تطبيقاً للمواد 08 إلى 18 من هذا المرسوم عندما يكون حقه المتصرف ثابتاً قبل أول يناير 1971.¹

وهذه المادة مرتبطة بالمادة 88 التي تسبقها، وقد جاء فيها ما يلي:

" لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو شهادة لانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير، وذلك مع مراعاة المادة 89...²

تعتبر العقود العرفية أحد الوثائق التي يلجأ إليها الأفراد لإبرام تصرفاتهم العقارية، حيث لا يكثرثون بعدم حجيتها في الإثبات غير تلك المنصوص عليها في القانون أي الثابتة التاريخ.

وفي ضوء تبعثر المواد القانونية المنظمة للتصرف في العقار في كل من القانون المدني الجزائري وقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقوانين أخرى، فإن الغموض ظل الشعور الذي ينتاب عقيدة الكثير من المتعاملين في العقار بخصوص حجية العقد العرفي، وطرق الطعن فيه، والدعاوى التي تهدف إلى نفي صحة العقد العرفي.

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في أنه من المواضيع الهامة في الميدان العقاري التي حظت بالدراسة الكافية على الرغم من أنها من المواضيع التي كانت تثير الجدل في القضاء بسبب لجوء الأفراد إلى بيع العقارات عن طريق عقود عرفية، والذي يعتبر أيضاً إشكالاً تعيشه المنظومة

¹ _أمر رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتضمن تأسيس السجل العقاري، ج.ر. ج. ج. عدد 30، بتاريخ

1976/12/18.

² _المرجع نفسه.

العقارية في الجزائر، والذي يمس بحدّ ذاته بالاقتصاد الوطني من زاوية عدم استغلال العقار الخاص في الاستثمار الذي يناسبه.

أسباب اختيار الموضوع:

يعود الاهتمام بدراسة هذا الموضوع إلى مجموعة من الدوافع الذاتية التي تتجلى في تنمية مكتسباتنا القبلية في القانون ككل، والقانون العقاري خاصة، أما الدوافع الموضوعية فتكمن في الإلمام بالمعرفة الصحيحة العلمية والعملية حول مصير عقود بيع العقارات غير المشهورة، والذي يعد السبب لعدم استكمال إجراءات المسح العقاري.

الإشكالية:

من خلال ما تمّ عرضه آنفا يمكن طرح إشكالية البحث على النحو التالي:

ما مدى حجية العقود العرفية المتضمنة بيع العقارات غير المشهورة؟

وتتفرع على هذه الإشكالية كسؤال يتمحور حوله الموضوع مجموعة من الأسئلة الفرعية

اللي تنحصر فيما يلي:

- ما هي المشاكل التي تتخلل بيع العقارات غير المشهورة، وبالتحديد في نقل الملكية؟
- وإلى أي مدى نجح المشرع و القضاء في حلّ المشاكل التي تعترى بيع الملكية العقارية في المناطق غير الممسوحة؟

المنهج المتبع:

اتبعنا في دراسة هذا الموضوع المنهج التحليلي لمختلف النصوص القانونية المتعلقة بوجوب شكلية العقود وحجيتها، والمنهج الوصفي في عرض لمختلف جزئيات الموضوع وتحليلها، وكذلك المنهج المقارن بين القانون الفرنسي والقانون الجزائري في رسمية العقود.

وقصد الإجابة على الإشكالية والتساؤلات الفرعية المطروحة، والإلمام بجوانب الموضوع

ارتأينا إلى تقسيم دراستنا إلى فصلين، حيث تمت معالجة الموضوع حسب الترتيب التالي:

الفصل الأول: انعقاد البيع العقاري.

المبحث الأول: الأركان العامة لعقد البيع العقاري

المطلب 1: التراضي في البيع العقاري

المطلب 2: المحل في البيع العقاري

المطلب 3: السبب في البيع العقاري

المبحث الثاني: الأركان الخاصة في البيع العقاري

المطلب 1: مفهوم المحرر الرسمي

المطلب 2: الرسمية وجزاء تخلفها

المطلب 3: انتقال الملكية في العقار

الفصل الثاني: دور العقود العرفية في البيع العقاري

المبحث الأول: ماهية العقد العرفي

المطلب 1: تعريف العقد العرفي

المطلب 2: جزاء الإخلال بشروط صحة العقد العرفي

المطلب 3: حجية العقد العرفي في إثبات البيع العقاري

المبحث الثاني: صور تثبيت العقد العرفي و طرق الطعن في حجيته

المطلب 1: إجراءات إثبات العقود العرفية في ضوء القانون والقضاء

المطلب 2: طرق الطعن في حجية العقد العرفي

المطلب 3: التحقيق في طعن العقد العرفي وسقوط حجّيته

وأنهينا البحث بخاتمة، تضمنت أهم ما خلصنا إليه من نتائج واقتراحات.

الفصل الأول

إنعقاد البيع العقاري

لم يرد في القانون الجزائري، ولا في العديد من المؤلفات الفقهية، تعريف خاص بعقد البيع العقاري، غير أن المادة 351 من القانون المدني الجزائري تصدت لتعريف عقد البيع بنصها على أن " البيع يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"¹.

ويستخلص من هذا التعريف أن البيع عقد ملزم لجانبين، إذ أن البائع ملزم بنقل ملكية شيء أو حقا آخر للمشتري، ويلزم هذا الأخير أن يدفع للبائع مقابل ذلك ثمن نقديا، كما يلاحظ أيضا أن هذا التعريف يشمل عقد بيع العقار والمنقول.

ولتحديد تعريف العقار يتعين الرجوع إلى نص المادة 683 القانون المدني الجزائري التي تنص على أن: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار ، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول"²، أما الفقه فيعرف جانب منه عقد البيع العقاري كمايلي:
"عقد البيع العقاري ناقل للملكية العقارية بالإشهار العقاري"³

ولا ينعقد البيع العقاري إلا إذا توافرت فيه ثلاثة أركان هي التراضي،المحل، والسبب طبقا للقواعد العامة، (المبحث الأول) بالإضافة إلى هذه الأركان أوجب المشرع الجزائري لإبرام عقود البيع العقاري إخضاعها لشكلية معينة تتمثل في إلزامية تحرير وإفراغ العقد في ورقة رسمية (المبحث الثاني)

¹ - أمر رقم 75_58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - المرجع نفسه.

³ - طالبي ياسمين، أهروش كهيبة، البيع العقاري، مذكرة الماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2012، ص.01.

المبحث الأول الأركان العامة لعقد البيع العقاري

لا تختلف الأركان العامة التي حددها المشرع الجزائري في عقد البيع العقاري عن تلك التي تتعقد بها عقود بيع المنقول وهي التراضي، والمحل، والسبب.

المطلب الأول

التراضي في البيع العقاري

يتوافر ركن التراضي في عقد البيع بتطابق الإيجاب مع القبول، ولصحته اشترط القانون أن تكون صادرة من أشخاص يتمتعون بأهلية كاملة لإبرام عقد البيع، وأن تكون إرادتهم خال من عيوب الإرادة بصفة عامة، والتي تتمثل في الغلط، التدليس، الإكراه و الغبن.¹ ولإبراز ركن التراضي في عقد البيع، يتعين إستعراض وجود التراضي (الفرع الأول) وشروط التراضي في البيع العقاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

وجود التراضي

يتوقف وجود التراضي على مطابقة القبول للإيجاب في المسائل الجوهرية التي اتفق عليها الطرفان وهي طبيعة العقد و المبيع (العقار) والثلث، أما العناصر الثانوية كمكان تسليم المبيع ومكان دفع الثمن وتحديد التزامات البائع و المشتري وفي حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين تسري الأحكام التي نظمها المشرع في عقد البيع.²

وتسري على تبادل الإيجاب والقبول الأحكام العامة التي نص عليها المشرع الجزائري في المواد 59 إلى 70 من القانون المدني الجزائري التي تعتبر بمثابة الإطار القانوني الذي تندرج فيه سائر العقود.

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4: عقد البيع؛ ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000، ص. 24.

² سي يوسف زاهية، الوجيز في عقد البيع؛ دار الأمل، الجزائر، 2008، ص. 25.

أولاً: التراضي على طبيعة العقد

يجب على الأطراف أن يتفقا على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه وهو البيع. فإذا قصد الطرف الأول رهنا والطرف الثاني بيعا، و يقول صاحب المنزل للمتعاقد معه خذ هذا المنزل وأعطني ألفا، وقصد أن يرهنها بهذا المبلغ، وقبل الطرف الآخر هذا الإيجاب معتقدا أن صاحبه أراد بيعه، فهنا لم يتم الاتفاق على طبيعة العقد ولا ينعقد بينهما لا بيعا ولا رهنا.¹

ثانياً: التراضي على المبيع

وهو الإتفاق على الشيء المبيع أي محل عقد البيع، وهو أمرا واجبا لإنعقاد عقد البيع، ويقع ذلك إذا انصرفت إرادة البائع و المشتري إلى العقار المراد بيعه دون غيره²، وبالتالي إذا كان لأحد الأشخاص قطعتين أرضيتين ، واحدة معدة للبناء أخرى معدة للزراعة ، وأراد أن يبيع القطعة المعدة للزراعة فعرضها للبيع، فإذا قبل أحد الأشخاص ذلك، و لكن إتجهت إرادته للقطعة المعدة للبناء دون تلك المعدة للزراعة فلا ينعقد عقد البيع، لا بالنسبة للقطعة المعدة للزراعة لعدم توافر تطابق الإيجاب و القبول على هذه القطعة و لا ينعقد كذلك بالنسبة للقطعة المعدة للبناء أيضا، وذلك لعدم توافر تطابق الإيجاب والقبول عليها.

ثالثاً: التراضي على الثمن

لا يتوقف إنعقاد البيع الإتفاق على طبيعة العقد و الشيء المبيع، وإنما يجب أن يتفق كذلك الأطراف على ثمنه ومقداره، ويكفي لتحديده تبعا لأسس محددة بصورة نافية للجهالة³، مثلا إذا طلب البائع في بيعه لقطعة ارض بعشرين ألف دينار جزائري فوافق المشتري شراء هذه القطعة بتسعة عشر ألف دينار فإن عقد البيع لا ينعقد لعدم تطابق الإيجاب و القبول.⁴

¹ _ السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: البيع والمقايضة، ط.3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.43.

² _ خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص. 25.

³ _ طالبي ياسمين، أهروش كهينة، مرجع سابق، ص. 08.

⁴ _ خليل احمد حسن قداد، مرجع سابق، ص. 26.

الفرع الثاني

شروط التراضي في البيع العقاري

يشترط لصحة العقد أن يتوفر في طرفا العقد الأهلية القانونية وأن تخلو إرادتهما من العيوب، ويصبح الشخص كامل الأهلية عندما يبلغ سن الرشد 19 سنة كاملة متمتعا بقواه العقلية وغير محجور عليه، وأن تكون سالمة من العيوب إذا لم تتعرض للإكراه أو الغلط أو التدليس أو الغبن.

أولاً: الأهلية

تطلق الأهلية ويراد بها أحد المعنيين: فهي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل الإلتزامات وهذه هي أهلية الوجوب، أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال و التصرفات القانونية.¹

ولكي ينعقد البيع صحيحا يجب أن يكون الطرفين البائع و المشتري أهلا للبيع والشراء، وتتوفر فيهما أهلية الأداء، فعقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، فإن صدر من ناقص الأهلية كان قابلا للإبطال، وهذا ما نصت عليه المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري ، و التي جاء فيها ما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا لنص المادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء".²

لذا فإن سن التمييز طبقا لنص المادة 2/42 من ق.م.ج هو 13 سنة، أما سن الرشد حسبما نصت عليه المادة 40 من نفس القانون فهو 19 سنة كاملة.

¹ _ رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام؛ ط.1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 107.

² _ أمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر.ج. عدد 24، بتاريخ 12 يونيو 1984.

كما تتأثر الإرادة بعدة عوارض وهي: الجنون، العته، الغفلة والسفه التي تطرأ على أهلية المتعاقد وتجعله ناقص الأهلية أو فاقدها.¹

ثانياً: خلو الإرادة من العيوب

عيوب الرضا في عقد البيع هي نفسها في كل العقود، قد تعيب إرادة كل من البائع والمشتري في أن تكون مشوبة بغلط أو تدليس أو إكراه أو غبن، فإذا شاب الإرادة عيب من هذه العيوب كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة من شاب إرادته العيب، مثلاً في حالة وقوع احد الأطراف في عقد البيع في تدليس وتوهم الشيء على غير حقيقته، وبالتالي أجاز له القانون المطالبة بإبطال العقد وفقاً للمادة 86 من القانون المدني الجزائري.

و قد جاء أيضاً في المادة 88 منه إبطال العقد في حالة ما إذا تعاقد شخص تحت رهبة وخوف بعثها فيه المتعاقد الآخر، أما الغلط فهو متصل بحق العلم بالمبيع أو ما يصطلح عليه بخيار الرؤية كان يعتقد المشتري انه اشترى قطعة ارض صالحة للزراعة ويتضح بعد ذلك أنه معدة للبناء وهذا ناتج عن عدم العلم و هذا ما سندرسه فيمايلي.

ثالثاً: علم المشتري بالمبيع

تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري بأنه: "يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالماً بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع".²

يتبين من المادة أعلاه أن المشرع يقضي بضرورة توفر علم المشتري بذات المبيع و أوصافها الأساسية فالوصف يغني من الرؤية الحقيقية، ويعول عليها معرفة ما إذا كان المبيع ملائماً للغرض المطلوب له الذي أراد تحقيقه المشتري أم لا.

¹ _السنهوري احمد عبد الرزاق ، مرجع سابق، ص.ص. 112-113.

² _أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1976، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

أما إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع ، سقط حقه في طلب إبطال البيع بعدم علمه إلا إذا أثبت تدليس البائع.¹

المطلب الثاني

المحل في البيع العقاري

إن البيع عقد ملزم لجانبيين فهو يتكون من إرادتين يلتزم كل منهما بالتزامات، وأهم التزامات البائع نقل ملكية المبيع، لذلك يعتبر المبيع محلا في عقد البيع، وأهم التزامات المشتري هي دفع الثمن، ولذلك يكون للبيع محلا مزدوجا هما المبيع (الفرع الأول) والثمن (الفرع الثاني).

الفرع الأول

العقار المبيع

نجد أن القانون المدني الجزائري لم يضع شروط خاصة يلزم توفرها في العقار المبيع لإعتباره محلا لالتزام البائع في البيع العقاري، وعليه نرجع بخصوص محل الالتزام للقواعد العامة الواردة في المواد 92 إلى 94 من القانون المدني الجزائري.²

يجب أن تتوافر في العقار المبيع الشروط الواجب توافرها في محل الإلتزام وهي الشروط التي سنوضحها فيما يلي:

أولاً: أن يكون العقار المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود في المستقبل

تنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري على أنه: " يجوز أن يكون محل الإلتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً". و من الأمثلة على ذلك بيع الأشياء المستقبلية بيع شخص لمنزل قبل

¹ _ خليل احمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص.ص 60-61.

² - محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003، ص.

بناءه، و هذا البيع يطلق عليه في القانون الجزائري تسمية البيع على التصاميم ، وقد شاع هذا البيع حديثا.¹

وقد جاء أيضا في المادة 93 منه : "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا".² فشرط وجود المبيع إقتضته المادة 92 أعلاه ، بأن يكون موجودا وقت إبرام العقد، أو أن يكون ممكن الوجود وإلا اعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه، فإذا تعاقد الطرفان على أن العقار موجود وقت إبرام العقد، ثم تبين أن المبيع قد هلك قبل إبرام العقد بقوة قاهرة، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا.³

ولم يتناول المشرع الجزائري حكم الهلاك الجزئي للمبيع لا قبل ولا أثناء إبرام العقد ، بينما تناول ذلك المشرع الفرنسي في المادة 1601 من القانون المدني الفرنسي⁴، حيث منح للمشتري الحق في أن يطلب إبطال العقد أو يأخذ الجزء الباقي من المبيع مع دفع ما يتناسب ما تبقى من المبيع من ثمن.⁵

¹ - قان كريم، نقل الملكية في عقد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2002، ص 19.

² - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - قان كريم، مرجع سابق، ص. 19.

⁴ _Art 1601C.civ français : « Si au moment de la vente la chose vendue était périe en totalité, la vente serait nulle.

Si une partie seulement de la chose est périe, il est au choix de l'acquéreur d'abandonner la vente, ou de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation ».

⁵ _خليل احمد حسين قدادة، مرجع سابق، ص.77.

ثانيا: أن يكون العقار المبيع معينا أو قابل للتعيين

يجب أن يكون المبيع معينا ليتم الاتفاق عليه ، لأنه إن كان غير معين يستحيل الإتفاق عليه، إلا إذا كان قابلا للتعيين، فحينئذ يعتبر في الحكم المعين¹، و قد نصت المادة 94 من القانون المدني الجزائري على مايلي: "إذا لم يكن محل الإلتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا"². فيجب أن يشمل العقد على تعيين ذاته وأوصافه تعيينا يحدده ويمنع الجهالة فيه.

فالعقار يعتبر من الأشياء القيمية أي من الأشياء المعينة بالذات، ويكون تعيينه ببيان صفاته التي تميزه عن غيره، أي تحديده تحديدا نافيا للجهالة. و التحديد النافي للجهالة يكون عادة صريحا ، فالأرض الزراعية تتعين بذكر مساحتها وحدودها و اسم الحوض التي توجد فيه.

ثالثا: أن يكون العقار المبيع مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه

هناك عقارات تخرج عن التعامل فيها حكم القانون كالعقارات الموقوفة³ والتركات المستقبلية، فالتصرف الذي يصدر من أحد الورثة سواء وقع على التركة كلها أو جزء منها، فإن هذا التصرف يعد في جميع أنواعه باطل بطلان مطلق لمخالفته للنظام العام و الآداب العامة، ويبطل التصرف حتى ولو تم برضا المورث وأيا كان الطرفان.⁴ وذلك وفقا للمادة 2/92 القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطلا و لو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون"، ولا يجوز التعامل أيضا في الحقوق المتنازع فيها والتعامل في أملاك الدولة العامة طبقا للمادة 689 من القانون السالف الذكر.

¹ - مرقس سليمان، شرح القانون المدني: العقود المسماة، عقد البيع، ط.4، ج.3، مصر، عالم الكتب، 1985، ص. 46.

² - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

³ - عرفت المادة 213 من ق.أ.ج: "الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد و التصديق"

⁴ - السنهوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1: مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث العربي لبنان، 1960، ص.311.

الفرع الثاني

ثمن المبيع

توجب المادة 351 من القانون المدني الجزائري أن يكون الثمن في عقد البيع نقديا يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل إلتزام هذا الأخير بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري ، و الإتفاق على الثمن يقتضي تعيينه أو بيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره و هذا ما نصت عليه المادة 356 منه. و للثمن شروط أساسه تتمثل في أن يكون مبلغا من النقود، معيناً أو قابلاً للتعيين، أن يكون جدياً و حقيقياً.

أولاً: الثمن مبلغ من النقود

يتميز البيع عن المقايضة بأن يكون مقابل المبيع مبلغ من النقود ، فإذا كان الثمن غير النقود فالعقد يعد مقايضة¹ ، و هذا الشرط حددته المادة 351 من القانون السابق ذكره.

و يعتبر العقد بيعاً إذا كان الثمن نقدياً، بينما لا يعتبر العقد بيعاً إذا كان المقابل مثلياً له قيمة معلومة كالذهب مثلاً ، إذن لكي يعتبر العقد بيعاً يجب أن يكون مقابل نقل ملكية مبلغاً من النقود يلتزم المشتري به لأن طبيعة العقد تتحدد وقت إبرامه.²

و يمكن أن يتفق المتعاقدان على أن يكون الثمن عبارة عن إيراد مرتباً مدى الحياة أو مؤبداً، وبذلك يعتبر العقد عقد بيع وليس عقد مقايضة.³

ثانياً: الثمن معين أو قابل للتعيين

من شروط الثمن في عقد البيع أن يتفق المتعاقدان عليه و يعينه تعييناً كافياً لا يدع مجالاً للمنازعات في مقداره مستقبلاً، و يترتب على عدم الاتفاق على الثمن بطلان عقد البيع لتخلف

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص. 380.

² - محمدي سليمان، مرجع سابق، ص. 25.

³ - خليل أحمد حسن قدامة، مرجع سابق، ص. 89.

ركن من أركانه،¹ ووفقا للمادة 1592 من القانون المدني الفرنسي يجوز أن يتفق المتعاقدان على أن يترك تحديد الثمن لتحكيم الغير. ولا يوجد ما يمنع في القانون المدني الجزائري على تحديد ثمن المبيع من طرف الغير.

والتقدير قد يكون فوريا أو بالاختصار على الإشارة التي سيقدر الثمن بناء عليها بعد إبرام العقد،² طبقا لنص المادة 356 من القانون المدني الجزائري على " يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد".

ثالثا: الثمن حقيقي وجدي

يشترط لصحة الثمن في عقد البيع أن يكون حقيقيا أي جديا، وهو الذي يكون مقابلا حقيقيا للمبيع، وإذا كان الثمن غير حقيقي فهو صوريا أو تافها، فالثمن الصوري وهو الثمن الذي لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه المتعاقدان. أما الثمن التافه الذي يكون قليلا إلى درجة انعدام التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية.³

أما الثمن البخس فهو ثمن حقيقي ينعقد به عقد البيع ، و أن كان يخول لبائع العقار حق تكملة الثمن إلى 4/5 ثمن المثل ، طبقا للمادة 358 من القانون المدني الجزائري ، أو طلب فسخ عقد البيع إذا رفض المشتري تكملة الثمن إلى 4/5 قيمة العقار وقت البيع.⁴

المطلب الثالث

السبب في البيع العقاري

يعد السبب في عقد البيع الركن الجوهرى لإنعقاده صحيحا، وتظهر أهميته على إنتاج أثر قانوني مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

¹ - خليل حسن احمد قداة، مرجع سابق، ص.90.

² - طالبي ياسمين، أهروش كهينة، مرجع سابق، ص.18.

³ - قان كريم، مرجع سابق، ص. 21.

⁴ - سي يوسف زاهية، مرجع سابق، ص.ص. 88-90.

الفرع الأول: تعريف السبب

تباينت آراء الفقهاء حول تعريف السبب وتوجد بهذا الصدد نظريتان، النظرية التقليدية و التي يرى أنصارها أن سبب إلتزام كل متعاقد في العقود التبادلية كعقد البيع، هو إلتزام المتعاقد الآخر، فسبب إلتزام البائع بتسليم المبيع هو إلتزام المشتري بدفع الثمن.

أما النظرية الحديثة فيرى أنصارها أن سبب إبرام العقد أمر ذاتي خارج عن العقد و تختلف باختلاف الأشخاص المتعاقدة، وهو الباعث لإبرام عقد البيع رغبة من البائع من تسديد ديونه.¹

و بالعودة إلى التقنين المدني الجزائري نجد أن المشرع لم يعرف السبب في العقد بل اكتفى فقط بالإشارة إلى سبب الإلتزام في المادة 97 من القانون المدني الجزائري بنصه على ما يلي " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو بسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".²

ويتضح من المادة أعلاه أن المشرع الجزائري يجعل من السبب أمرا جوهريا في التعاقد، وحيث إذا تخلف أو كان عقد البيع غير مشروع وقع العقد باطلا، والبطلان هنا هو بطلان مطلق، كسواء منزل لإستعماله كمكان للقمار أو الدعارة، إذ يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك طبقا للمادة 98 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أن " كل إلتزام مفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في السبب

يجب توافر ثلاثة شروط في السبب لصحته وهو أن يكون موجودا(أولا)، أن يكون صحيحا(ثانيا) وأن يكون مشروعا(ثالثا)

¹ سي يوسف زاوية، مرجع سابق، ص.ص. 97-98.

² أمر 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سابق.

أولاً: وجود السبب

وهو الهدف التي يقصد الطرف المتعاقد الحصول عليها، بحيث يكون سبب إلتزام البائع بنقل الملكية هو حصوله على الثمن من المشتري، و سبب إلتزام المشتري بدفع الثمن هو حصوله على ملكية المبيع من البائع، ولذلك فإن إلتزام كل من المتعاقدين مرتبط بالآخر بحيث إذا تخلف إلتزام أحدهما لا ينشئ إلتزام في ذمة الآخر، وبالتالي لا ينعقد البيع لتخلف ركن من أركانه.¹

ثانياً: صحة السبب

لصحة عقد البيع يجب أن يكون السبب صحيحاً فإذا كان غير حقيقي اعتبر العقد باطلاً، ويكون السبب صورياً إذا كان يخفي سبباً آخر يجعل وجود السبب غير مشروع، كما لو تعهد الشخص بدفع دين على أنه قرض وحقيقته أنه دين قمار.²

ثالثاً: مشروعية السبب

يشترط أن يكون دافع المتعاقدين غير متعارض مع النظام العام والآداب العامة، ومن هنا يلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة بالنسبة لمشروعية السبب، ومثل ذلك أن يكون دافع مشتري العقار هو تخصيصه للدعارة، ودافع البائع هو إستعمال الثمن في شراء المخدرات وفي هذه الحالة يكون السبب غير مشروع، والعقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

أما إذا كان الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع ففي هذه الحالة هنالك إفتراضيين، إذا كان أحد الطرفين يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه، وبالتالي يكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا كان لا يعلم بعدم مشروعيته فلا يكون العقد باطلاً، ولكنه يكون قابل للإبطال.³

ونجد المشرع الجزائري وضع قرينة بسيطة لإثبات هذا الشرط، و على من يدعي العكس إثبات ذلك (عدم مشروعية السبب)

¹-السنهوري احمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الإلتزام، مرجع سابق، ص.358.

²-المرجع نفسه، ص.ص. 359-360.

³-المرجع نفسه، ص.ص. 360-361.

المبحث الثاني

الأركان الخاصة في البيع العقاري

إن الأصل في العقود الرضائية حسب المبدأ الذي كان يطبق في ظل القانون المدني القديم في الجزائر، أن التصرفات وإن وردت على عقار كانت تعد صحيحة، حتى ولو لم تحرر في الشكل الرسمي، لكن تغيّر الحال مع مرور الزمن، وتقدم فكرة العناية بالعقار، بحيث نص المشرع على الشكلية في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري والتي ورد فيها مايلي: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".¹

و بموجب الأمر رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق في المادة 12 والتي جاء فيها ما يلي: "زيادة على العقود التي يؤمر القانون بإخضاعها إلى الشكل فان العقود الرسمية، التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".²

ولم يتضح موقف المشرع الجزائري إلا بعد صدور الأمر رقم 70-91 الذي أوجب الرسمية في التعاقد الوارد في العقار، ولم يعد بذلك للعقد العرفي أية حجية، لكن ما يعاب عليه أنه وإن كان قد نظم ذلك في قانون التوثيق الصادر في 1970 إلا أنه لم يخصص لها نص صريحا في القانون المدني الصادر بموجب أمر 75-58 ما عدا ما جاء في المادة 71 من القانون المدني الجزائري التي تخص الوعد بالبيع الوارد على العقار إذ تلزم الأطراف باحترام الإجراءات الشكلية المقررة قانونا، وكذلك المادة 793 من نفس القانون التي توجب احترام الشكلية، لاسيما الإجراءات المتعلقة بالشهر العقاري حتى تنتقل الملكية العقارية.

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1971، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، مرجع سابق.

وإن كان القانون المدني لم ينص صراحة في بداية الأمر على لزوم إبرام العقود المتضمنة التصرفات الواردة على العقار في الشكل الرسمي إلا أن هذه الإحالات على القوانين المعمول بها كافية للقول بأن المشرع قد جعل الرسمية ركنا أساسيا لانعقاد تلك التصرفات.

وقد تأكدت هذه القاعدة خاصة بعد صدور الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، لا سيما المرسوم التطبيقي له رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، إذ تنص المادة 61 منه على ما يلي : "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية ، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"¹.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أدرك هذا الفراغ القانوني فأدرج المادة 12 من قانون التوثيق السالفة الذكر بكاملها في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، ليؤكد صراحة الرسمية كركن للإنعقاد في كل عقد من شأنه نقل أو تعديل أو إنشاء أو زوال الملكية العقارية.

المطلب الأول

مفهوم العقد الرسمي

. لقد كانت صياغة نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها بموجب القانون 88-14 كما يلي " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطته واختصاصاته."²

من خلال هذا التعديل يتبين أن المشرع قد استبدل مصطلح الورقة الرسمية بالعقد، وهو تعديل في غير محله إذ خرجت هذه الكلمة عن مفهومها الأصلي الذي يقصد به كل عمل قانوني يتم بتوافق إرادتين بغض النظر عن وسيلة إثباته، وكان من الأجر الإبقاء على المصطلح القديم "الورقة الرسمية" أو إستعمال لفظ المحرر الرسمي بدلا من العقد الرسمي.

¹ _مرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² _امر رقم 75_58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سابق.

و قد أكد المشرع الجزائري أيضا من خلال القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري في المادة 29 ضرورة توفر الرسمية بنصها على أن: "تثبت الملكية الخاصة للأمالك العقارية و الحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".¹

وبناء عليه يستوجب الإلمام بمفهوم الرسمية في المعاملات العقارية التمييز بين تعريف المحرر الرسمي (الفرع الأول) وشروطه (الفرع الثاني) وحجيته (الفرع الثالث).

الفرع الأول

تعريف العقد الرسمي

عرفت المادة 324 من القانون المدني الجزائري العقد الرسمي على أنه "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".²

وفقا لما جاء في صياغة المادة 324 أعلاه وجوب رسمية عقد بيع عقار، الذي يتولى تحريره موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة مختص، و تعتبر بذلك ركنا لإنعقاد بيع العقار ووسيلة إثباته، ويعتبر تخلفها بطلان عقد البيع بطلان مطلق.

الفرع الثاني

شروط العقد الرسمي

حرص المشرع الجزائري على جعل اكتساب المحرر للصفة الرسمية مرهونا بمجموعة من الشروط تتحقق باجتماعها المصادقية والثقة في المحرر، حيث يجب أن تتم من قبل موظف عام أو ضابط عمومي أو أي شخص مكلف بخدمة عامة، وأن يحزر في حدود سلطته واختصاصاته مع مراعاته الأشكال القانونية تطبيقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري، ولا يمكن الاعتداد بأي وثيقة لا تتوفر فيها هذه الشروط.

¹ قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² -امر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

أولاً: صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة

الموظف العام هو شخص يعهد إليه المشرع إجراء عمل من الأعمال المتعلقة بالمصلحة العامة بمعنى المرفق العام،¹ كمدير أملاك الدولة الذي يبرز دوره في نقل الملكية العقارية التابعة للدولة باعتباره موظف تابع للدولة، ويعتبر الموظف العام كذلك الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها سواء أجرته أو لم تؤجره.²

أما الضابط العمومي فهو الشخص الذي يمنح له القانون صفة الضابط بسبب مهنة كالموثق، مراعاة منه للدور الكبير الذي يقوم به في مجال نقل الملكية العقارية.

والشخص المكلف بالخدمة العامة هو كل شخص يخول له القانون بسبب المهام التي انتدب لها مثل رؤساء المجالس الشعبية المنتخبون ، وأن المشرع لم يعطي لمحاضر هؤلاء قوة ثبوتية ملزمة للقضاة طبقاً لقانون الإجراءات المدنية و الإدارية.³

ثانياً: تحرير المحرر في حدود سلطته واختصاصاته

يقصد بالسلطة ولاية الموظف أو الضابط العمومي و أهليته في تحرير العقد الرسمي و يجب أن تكون الولاية قائمة أثناء تحرير العقد فلو قام ضابط عمومي قبل تأديته لليمين المقررة قانوناً، أو بعد عزله عن العمل بتحرير عقد رسمي فإنه يعد باطلاً.⁴

ويمارس الموثق اختصاص محلي و نوعي في تحرير العقود الرسمية، و يستخلص الاختصاص المحلي للموثق من المادة الثانية من قانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق بنصها على "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون و التشريع

¹ _ بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية، الجزائر، 1981، ص. 93.

² _ ميدي أحمد، الكتابة كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2005، ص. 19.

³ _ وزاني وسيلة، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2009، ص. 25.

⁴ _ بوحلاسة عمر، "التوثيق والمحيط المهني"، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 05، 1990، ص.ص. 23-22.

المعمول به، ويمتد الاختصاص الإقليمي إلى كامل التراب الوطني.¹ و هذا يعني أن يكون الموثق دائما مختص إقليميا بتلقي تحرير العقود في مكتبه مهما كان موطن الأطراف، و أينما وجد محل العقد.²

ثالثا: وجوب مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير العقد

يحدد القانون للموظف أو للضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة عند ممارسة مهامه مجموعة من الشكليات التي يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان، و بالتالي عدم إضفاء طابع الرسمية على الورقة المحررة التي تتم فيها مراعاة الإشكالية القانونية، و هذه الأوضاع و الشكليات تختلف حسب نوع العقد ولتبسيط الصورة يجب على سبيل المثال توضيح الشروط المستلزمة في المحررات التوثيقية الصادرة من مكاتب التوثيق، و بالرجوع إلى أحكام المواد من 324 مكرر 4 من القانون المدني³، وكذلك المواد 26 الى 29 من القانون 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق يتعين مراعاة الشكليات التالية:

- _ التأكد من شخصية أطراف العقد.
- _ توقيع المحرر من قبل ذوي الشأن.
- _ حضور شاهدين في العقود الشكلية.
- _ أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية وفي نص واحد.
- _ المصادقة على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات.
- _ كتابة المبالغ والسنة والشهر واليوم والتوقيع على العقد بالحروف.
- _ عدم تضمينها أي تحرير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات.
- _ المصادقة على الإحالات في الهامش.⁴

¹ قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن مهنة الموثق، مرجع سابق.

² وزاني وسيلة، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 95.

³ امر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سابق.

⁴ قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن مهنة بالتوثيق، المرجع السابق.

الفرع الثالث

حجية العقد الرسمي

إذا توفرت في العقد الرسمي الشروط السابقة الذكر، اكتسب الصبغة الرسمية وأصبحت له ذاتية في الإثبات، بحيث من يدعي العكس أن يقدم الدليل على بطلانها، ويكون الادعاء إلا بالطعن بالتزوير، فالعقد الرسمي يتكون من قرينتان، الأولى قرينة السلامة المادية و الأخرى بصوره من الأشخاص الذين وقعوا عليه أمام الموظف العام أو الضابط العمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة حتى يثبت تزويره أو بطلانه سواء كانت هذه الحجية بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير¹.

أولاً: حجية المحرر الرسمي بالنسبة للأشخاص (المتعاقدين - الغير)

تنص المادة 324 مكرر 06 من القانون المدني الجزائري على أنه " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة، وورثتهم وذوي الشأن غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الإتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً"².

و تنص المادة 324 مكرر 7 على مايلي: " يعتبر العقد الرسمي حجية بين الأطراف حتى و لو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء، ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت"³.

ويستفاد من نص المادتين أن للعقد الرسمي حجة على المتعاقدين وخلفهم، ويشمل الخلف العام والخاص، وهذه الحجية مستمدة من قرينة الرسمية التي تعطي الثقة والائتمان متى كان العقد في مظهره يوحي بصحته وسلامته إلى أن يثبت تزويره.

¹ - أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم ، مرجع سابق.

³ - مرجع نفسه.

أما مضمون البيانات الصادرة من الطرفين، و التي لم تكن محل تحقيق من طرف الموثق، فإنه بإمكان الغير إثبات عكسها بجميع الطرق.¹

ثانيا: حجية العقد الرسمي لما دون فيه

يتضح من المادة 324 مكرر 5 من القانون السالف الذكر أن العقد الرسمي يكون حجة لما دون فيه من البيانات، وهي على نوعين:

_ البيانات التي تكون في المحرر الرسمي حجة حتى يطعن فيه بالتزوير، ويشمل كل البيانات التي دونها الضابط العمومي فيما وقع من ذوي الشأن بمحضره و تحت نظره ، كحضور الأطراف و الشهود والتأكد من هوية شخصية المتعاقدين، إما بوثائق رسمية أو شهادة شاهدين تحت مسؤوليته ، دفع أو قبض الثمن إذا كان واجب الدفع بمعينة، و بين يدي الضابط العمومي ، كذلك صدور العقد من الضابط العمومي ببيان اسمه ، لقبه وصفته ومحل إقامته و توقيع، فمثل هذه البيانات لا تكون قابلة للطعن فيها إلا بالتزوير.²

_ تتمثل البيانات الأخرى التي لا تعد مهمة الموثق كأن يصرح مثلا أن الشخص المائل أمامه يتمتع بكامل قواه العقلية فإن ذلك لا يعد إلا كشهادة عادية يمكن الطعن فيه بأي دليل باعتبارها واردة على لسان ذوي الشأن فلا تصل حجيتها إلى حد الطعن فيها بالتزوير.

و بالرغم من الحجية التي يمنحها القانون للعقد الرسمي ، فإن هذا لا يمنع القاضي من أن يقوم بتفسيرها، لأنه يبحث عن نية المتعاقدين، وعن مضمون الاتفاق المبرم بينهما، و لكن يجب أن لا يتعرض للشكل الذي صيغ فيه ذلك الاتفاق.³

¹ _ طالبي ياسمين، أهروش كهينة، مرجع سابق، ص. 39.

² _ بكوش يحي، مرجع سابق، ص. 118.

³ _ المرجع نفسه، ص. 118.

المطلب الثاني

الرسمية وجزاء تخلفها

يقصد بنفاذ العقد الرسمي فعاليته فيما بين الطرفين وفي مواجهة الغير، حيث أنه حجة على الغير فيما يتعلق بالبيانات الصادرة فيه، إذ لا يستطيع الغير إدعاء عكس العقد الرسمي إلا بالطعن فيه بالتزوير (الفرع الأول) كما يؤدي تخلف بيان من بيانات ركن الرسمية إلى ترتيب وتقرير بطلان التصرف (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الرسمية في عقد بيع العقار

يبرز نفاذ الرسمية في عقد بيع العقار بعد شهره في المحافظة العقارية لنقل ملكية المبيع، لذلك يتعين التمييز بين نفاذ العقد فيما بين المتعاقدين وبين نفاذه في مواجهة الغير.

أولاً: نفاذ العقد فيما بين المتعاقدين

إن الرسمية تعتبر حجة على المتعاقدين في البيانات الصادرة عنهما، والتي قام الموثق بتدوينها في العقد الرسمي مثلما تلقاها و الموثق ليس ملزم بالتحقيق فيه، ويجوز للأطراف إثبات عكس هذه البيانات وفقاً لقواعد الإثبات دون الحاجة للطعن بالتزوير لأن الطعن في صحة البيانات لا يمس بأمانة الموظف، يكون المتعاقدين ملزمين بتنفيذ ما ورد في العقد، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع، وذلك بإتمام شهر عقد البيع العقاري، وأن يقوم المشتري بدفع الثمن لإكتساب ملكية العقار المبيع.¹

حسب مقتضيات المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب يقررها القانون".²

¹ _حوو يمينة، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ط1، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص.ص. 85 - 86.

² _ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سابق.

فالقوة الملزمة للعقد لها أثر على المتعاقدين، وعلى ما تضمنه العقد فقط. وكذلك تنص المادة 108 منه على أن "ينصرف العقد إلى المتعاقد و الخلف العام ، ما لم يتبين من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام ، كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث".¹

وطبقا للمادة أعلاه فإن العقد لا يمثل فقط أطرافه بل يشمل أيضا الخلف العام للمتعاقدين، فتنتقل الحقوق والالتزامات إليهم باعتبارهم السلف في الذمة المالية كلها أو بعضها، باعتبارها مجموعة أموال تنتقل إليه عن طريق الميراث أو الوصية.

و لا يكون عقد بيع العقار نافذا بين المتعاقدين فيما يتعلق بنقل الملكية إلا من يوم شهر البيع في المحافظة العقارية كما نصت عليه المادة 793 من القانون السلف الذكر أن: " الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين و لا في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص تلك التي تدير مصلحة الشهر العقاري".²

ثانيا: نفاذ العقد في مواجهة الغير

إذا كان عقد البيع يلزم الأطراف دون غيرهما، فإنه يسري كذلك في حق الغير، و وهذا لا يعني أن الغير ملزم بتنفيذ ما ورد في العقد بين المتعاقدين لأنه أجنبي عن العقد، حيث يفترض أن العقد لا يضره و لا ينفعه، و بالتالي هذا الغير لا يستطيع تجاهل التصرفات القانونية التي تتم بين المتعاقدين، و أن يحترم هذا العقد وأن لا يعرقل تنفيذه، ولكي يكون عقد بيع العقار نافذا في حق الغير، يجب أن يكون مشهرا في المحافظة العقارية، وإلا كان العقد غير موجود بالنسبة إليه،³ و هذا ما يتضح من نص المادة 793 من القانون المدني الجزائري المذكورة أعلاه.

¹ _ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² _ مرجع نفسه.

_ حوحو يمينة ، مرجع سابق ، ص.ص. 86-87.

الفرع الثاني

جزاء تخلف ركن الرسمية

يترتب على عدم مراعاة شرط الرسمية عند إبرام التصرفات العقارية آثار قانونية تتمثل في بطلان العقد الرسمي أو تحوله إلى عقد عرفي.

أولاً: بطلان العقد الرسمي

يجب إفراغ عقد البيع في شكل رسمي تحت طائلة البطلان المطلق ، إذا انصب البيع على العقار أو حقوق عينية عقارية أو غيرها من الحقوق و هذا طبقاً لنص المادة 324 مكرر 1 السالفة ذكرها التي تنص على أنه : "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي ، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد."¹

و هذا البطلان من النظام العام ، إذ يجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه ، كما أنه لا يقبل الإجازة، و لا يسقط الحق في طلب إبطاله إلا بمرور مدة التقادم و هي 15 سنة.²

إن جميع التصرفات التي جعل المشرع الرسمية ركناً لانعقادها تبطل بطلاناً مطلقاً، مثل العقود الواردة في نص المادة أعلاه كنقل ملكية عقار أو محل تجاري عند انعدام الشكل أو عند تخلف البيانات الجوهرية فيه. حيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 28/06/2000 مايلي: "الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات ، اعتماداً على المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و كذلك المادة 16 من الأمر 75-74".³

¹ - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² - حوحو يمينه، مرجع سابق، ص. 88.

³ - المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 197347 مؤرخ في 28 جوان 2000، (قضية ق- س ضد و- ق- ش)، المجلة القضائية، عدد 01، 2004، ص. 258.

ثانياً: إعتبار العقد كمحرر عرفي

قد تتوفر في العقد المبرم لبيع العقار، كافة شروطه المتعلقة بالرسمية ويقوم الموثق بتحرير العقد كونه الشخص المؤهل قانوناً لهذا الغرض، و لكن العقد لا يشهر¹، وكما هو معمول به فإن العقد الذي لا يشهر لا يكون نافذاً في مواجهة الغير، ويبقى ملزماً لأطرافه فقط. و حسب ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1994/02/07 يعتبر العقد الرسمي غير المشهر في مرتبة العقد العرفي.²

ويرجع السبب لعدم شهر العقد الرسمي في المحافظة العقارية، إما لتقاعس الموثق وعدم سعي البائع لتنفيذ إلتزامه بنقل الملكية، ولا المشتري لحماية حقه بشهر العقد في المحافظة العقارية، وإما لرفض المحافظة العقارية شهر هذا العقد الرسمي بسبب ثبوت حقوق الغير على نفس العقار.

فالعقد الرسمي في هذه الحالة توافرت فيه جميع شروطه من أهلية التصرف، ومحل البيع والسبب، و شكل رسمي لدى الموثق، لكنه يفتقر للشهر الذي يجعله المشرع سبباً لنقل الملكية.³

المطلب الثالث**إنتقال الملكية في العقار**

لا تنتقل ملكية العقار إلى المشتري كقاعدة عامة إلا بشهر التصرف في المحافظة العقارية، ويعد الشهر الإجراء الأخير من إجراء انتقال الملكية في العقار بعد التوثيق والتسجيل،

¹ - محمود أحمد عبيدة، الوسيط في شرح قانون التوثيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، (د.ب.ن)، 2011، ص.ص. 70_71.

² - المحكمة العليا، الغرفة التجارية و البحرية، قرار رقم 113840 مؤرخ في 07 / 02 / 1994 (قضية ب-ع ضد ف-أ)، المجلة القضائية، عدد 02، سنة 1994، ص.ص. 158.

³ - محمد أحمد عبيدة، مرجع سابق، ص.ص. 70-71.

ومن خلالها يصبح العقد نافذاً، وقبل شهر عقد البيع فإنه لا يرتب إلا آثار شخصية بين المتعاقدين¹.

ويسهر الموثق بشهر بيع العقار في المحافظة العقارية، وفقاً للمادة 10 من القانون رقم 02-06 المتضمن قانون التوثيق التي تنص على أنه: " يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانوناً لا سيما تسجيل إعلان ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة"². كما نصت المادة 90 من المرسوم 63-76 المتعلقة بتأسيس السجل العقاري على أنه: " ينبغي على الموثق، وكتاب الضبط، والسلطات الإدارية أن تعمل على إشهار جميع العقود، والقرارات القضائية الخاضعة للإشهار، والمحرة من قبلهم أو بمساعدتهم، وذلك ضمن الآجال المحددة"³.

ونشير أن العقد المتضمن بيع عقار المستوفي لشروط الرسمية لا ينقل الملكية للمشتري إلا إذا تم شهره بالمحافظة العقارية⁴.

وعلى ذلك يتعين التمييز بين تسجيل العقارات (الفرع الأول) وشهرها في المحافظة العقارية (الفرع الثاني)

الفرع الأول

تسجيل العقارات

إن الملكية العقارية التي تمنح سلطة مباشرة لصاحب العقار الذي يستطيع بموجبها أن يستعمله ويستغله ويتصرف فيه ضمن حدود والقوانين والأنظمة، وهو ما يفرض إتباع إجراءات التسجيل العقارية كمرحلة أولية لشهر لتصرفات التي تثبت هذا النقل.

¹ _ حوحو يمينة، مرجع سابق، ص. 90.

² _ قانون رقم 02-06، مؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن قانون مهنة التوثيق، مرجع سابق.

³ _ مرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتضمن تأسيس السجل العقاري، مرجع سابق.

⁴ _ بوشنافة جمال، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري؛ د.ط، دار الخلدونية، الجزائر، 2006. ص. 245.

أولاً: تعريف تسجيل العقارات

من خلال النصوص القانونية الواردة في موضوع التسجيل نجد أن المشرع الجزائري لم يورد أي تعريف لإجراء التسجيل، بل إقتصر على تبيان أهميته.

و يعرف التسجيل في الفقه بأنه: " إجراء يتمثل في تدوين عقد في السجل الرسمي جبائياً"¹، كما يعرف أيضا أنه: " إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الإجراءات و التصرفات و السجلات الرسمية شرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة"².

ثانياً: وظيفة التسجيل

يتمثل الهدف الأساسي من تسجيل العقارات في الجانب المالي، فحقوق التسجيل تؤدي وظيفة أساسية في تمويل الخزينة العمومية، بحيث أن الضرائب تعد أهم مورد تعتمد عليه الدولة لفرض نسبة معينة من ثمن البيع في شكل ضريبة تشكل جزء هام من إيراداتها³. كما أن عملية التسجيل تسمح أيضا للدولة من إحصاء الممتلكات، و إن الامتيازات التي تمنحها الدولة لبعض القطاعات ما هي إلا تشجيع للاستثمار ولتطوير الاقتصاد الوطني⁴.

بالإضافة إلى الدور الجبائي التمويلي الذي يلعبه تسجيل العقارات، يعد إجراء تسجيل العقارات من مراحل انتقال الملكية كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن رسوم العقود تستخلص قبل إتمام

¹ _GARRAME Ibtissem، *Terminologie juridique dans la législation algérienne ; lexique français –arabe* Palais des livres, algerie, 1998, p. 133.

² _Le petit Larousse illustré, paris 2007, p. 415.

³ _ محرز محمد عباس ، اقتصاديات الجبائية والضرائب؛ (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2003، ص. 30.

⁴ _ بوقرة العمري، تسجيل العقارات لدى مفتشية التسجيل والطابع، مذكرة الماجستير ، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، 2007، ص. 12.

إجراء التسجيل.¹ وهذا حسب المادة 82 من قانون التسجيل التي تنص على " أن رسوم العقود يجب تسجيلها ، وتستخلص قبل إتمام الإجراءات ."²

الفرع الثاني

شهر العقارات

فضلا عن التوثيق لتكوين العقد وتسجيله لدى مصلحة الضرائب، فإن المشرع استلزم شهره ليحدث أثره الناقل للملكية عملا بالمادتين 15 و 16 من قانون تأسيس السجل العقاري إذ يجب تسجيله لإحداث أثره سواء بالنسبة للغير أو بالنسبة للمتعاقدين.

أولاً: تعريف الشهر

باستقراء جملة من القوانين والمراسيم المنظمة للشهر العقاري، نجد أن المشرع لم يتصد لتعريف الشهر و هو الأمر الذي تكفل به الفقه، إذ نجد من عرفه: "بأنه عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها إظهارا لوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها "³.

وكما عرف أيضا: "بأنه نظام قانوني، له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية و كذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات."⁴

¹ _ سوار محمد وحيد الدين ، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية؛ مكتبة دار الثقافة ، عمان، (د.س.ن)، ص. 148.

² _ أمر رقم 76-105 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976، يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، عدد 81، بتاريخ 18 ديسمبر 1976.

³ _ خلفوني مجيد ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري؛ دار هومة، الجزائر، 2011، ص. 13.

⁴ _ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية،(د.ط.)، دار هومه، الجزائر، 2013، ص. 170.

ثانيا: وظيفة الشهر

تتمثل وظيفة الشهر العقاري في تأمين للمعلومات القانونية في ميدان العقارات، و القاعدة الأساسية واضحة وهي أن الحقوق غير المشهورة تعتبر لا وجود لها في مواجهة الغير والذين قاموا بشهرها، حيث أنه في حالة القيام بالإشهار الصحيح سيؤدي ذلك إلى الإعلام بحقيقة الحقوق الموجودة، وبالإضافة إلى وظيفة الشهر في نقل الملكية، فالإشهار له دور آخر وقائي لحدوث تنازع قابل للحصول في حالة وجود تصرف قانوني غير مشهر.¹

¹ _ SIMLER Philippe, PHILIPPE Delebecque, *Droit civil, Les suretés, Publicité foncière*, 5eme édition, Dalloz Paris, 2009 ,p. 724.

خلاصة الفصل الأول

درسنا في هذا الفصل انعقاد البيع العقاري، وقمنا بتبيان أركانه من تراضي محل، وسبب ورسمية والإجراء الأخير الذي يعتبر لازم لانتقال الملكية وهو الشهر.

إن الأصل في عقد البيع هو مبدأ الرضائية، يكفي توافق الإيجاب والقبول لانعقاد عقد البيع، حيث نشير أن المشرع استثنى من هذه القاعدة واستوجب لانعقاد البيع العقاري، إبرامها في الشكل الرسمي، وإلا اعتبره باطل بطلان مطلقا، وبالتالي الذي يعتبر هذا الركن لانعقاده صحيحا.

كما أن المشرع الجزائري لم يشترط الرسمية فقط لانعقاد البيع صحيحا بل يستوجب استكمال شرط آخر وهو الشهر، حتى تتم نقل ملكية العقار إلى المشتري.

يمكن القول أن المشرع الجزائري قد أحسن صنعا بوجوب رسمية وشهر العقود، كآليتين يستوجب توافرها لنقل الملكية في كل التصرفات الواردة على العقار، وبدونهما يندم العقد.

الفصل الثاني

العقود العرفية في

البيع العقاري

العقد العرفي هو تلك الورقة المكتوبة التي لا تخضع في تحريرها إلى شكلية معينة كما هو الحال بالنسبة للعقد الرسمي ماعدا صاحب الشأن في تحريرها، ولا يشترط أن تكون بلغة معينة، إلا أن القانون يعتبر كل عقد عرفي خال من توقيع المتعاقدين معا باطلا، فلا وجود لمحضر عرفي بدون ذلك.

وقد مرت العقود العرفية في البيوع العقارية بعدة مراحل في التشريع الجزائري، من محرر له حجية المحرر الرسمي، إلى محرر باطل من ناحية أخرى. وتبقى حجية المحرر العرفي نسبية هناك عقود ثابتة التاريخ، يمكن إثبات حجيتها، وهناك عقود غير ثابتة التاريخ، فتلك العقود عقود غير معدة للإثبات وبالتالي فهي باطلة.

المبحث الأول

ماهية العقد العرفي

تعد الرسمية في البيوع العقارية القاعدة الأساسية في نقل الملكية، إلا أن الفراغ التشريعي بعد الاستقلال وعدم امتلاك أصحاب العقارات لعقود رسمية أجبر المواطنين على إبرام تصرفاتهم وفقا لإرادتهم دون مراعاة شكلية معينة، وهذا ما يسمى بالعقود العرفية، مما أدى إلى ظهور ظاهرة التعاقد العرفي في البيوع العقارية.¹

وللوقوف على ماهية العقد العرفي والعناصر المساعدة على تحديد مفهومه يتعين تعريف العقد العرفي (المطلب الأول)، ثم استعراض جزاء الإخلال بشروط العقد العرفي (المطلب الثاني)؛ وإثبات الملكية في البيع العقاري (المطلب الثالث).

المطلب الأول

تعريف العقد العرفي

لم يرد في القانون المدني الجزائري تعريفا خاصا للعقد العرفي، ولكن بالرجوع إلى نص المادة 326 مكرر 02 التي تنص على: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"²، يمكن القول بأن العقد العرفي هو العقد المحرر من غير الأشخاص الذين لهم صلاحية تحرير العقود، أو أنها العقد الذي يحرر ويوقع من قبل الأطراف.

¹ _صرادوني رفيقة، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري؛ مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص. 11.

² _أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

فالعقد العرفي هو عبارة عن عقد يحرره المتعاقدان، أو أنه عقد يحرر بواسطة شخص آخر قد يكون كاتب من أجل إثبات تصرف قانوني مع توقيعه من قبل الأطراف وحدهم أو بحضور الشهود دون تدخل ضابط عمومي مختص ومؤهل في تحريره.¹

وعلى هذا الأساس يبقى العقد العرفي هو مجرد تطابق إرادتين بين طرفين أو أكثر أمام أطراف خواص أو حتى أمام أشخاص مؤهلين قانوناً، دون استكمال الإجراءات الرسمية من تسجيل وإشهار.²

الفرع الأول

أنواع العقود العرفية

للمحركات العرفية نوعان منها ما هو معد لإثبات الملكية العقارية، ومنها ما يعتبر غير معد للإثبات، وفيما يلي عرض موجز لكل واحد منهما.

أولاً: العقود المعدة لإثبات الملكية العقارية

يكمن الهدف من كتابة العقود العرفية في استعمال المحرر العرفي للإثبات، أي إقامة دليل على التصرف القانوني المتمثل في البيع العقاري، ويجب لإعتبار العقد العرفي دليلاً كاملاً لإثبات ذلك التصرف أن يكون العقد العرفي مستوفياً لشروطه المذكورة في المادة 327 من القانون المدني الجزائري المتمثلة في الكتابة والتوقيع.³

¹ _حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة؛ (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2004، ص. 17.

² _أورحمون نورة، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري؛ مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص. 74.

³ _بن معمر خوخة، بركو ليلية، العقود العرفية كوسيلة لإثبات الملكية العقارية؛ مذكرة الماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، 2016، ص.ص. 14-15.

وتعني الكتابة أن يكون العقد مكتوباً، ويحتوي على الغرض المراد إثباته من خلال واقعة معينة.¹ أما التوقيع فهو شرط أساسي لصحة العقد العرفي، حيث يتخذ التوقيع عدّة أنواع منها بصمة الأصبع، وقد يكون عن طريق الإمضاء²، وذلك بأن يضع المتعاقد بخطّ يده على العقد العرفي اسمه أو لقبه أو أيّة كتابة أخرى تدل على هويته.³

إذ يلتزم المتعاقدون بالتوقيع على العقد العرفي حسب طبيعته، حيث إذا كان الإلتزام من طرف واحد فإنّ هذا الطرف يلتزم بالتوقيع وحده دون الأطراف الأخرى، أما إذا كان الإلتزام من جانبيين فإنّ العقد يجب توقيعه من كلا الطرفين.⁴

ثانياً: العقود غير المعدّة للإثبات في الملكية العقارية

إنّ هذا النوع من العقود العرفية لم يكن الغاية منها تهيئة دليل لإثبات التصرف القانوني، وعادة لا تكون موقعة من ذوي الشأن عكس العقود المعدّة للإثبات التي يجب أن تكون دائماً موقعة من الأطراف.

وتتمثّل العقود العرفية غير المعدّة للإثبات في الملكية العقارية، في العقود غير ثابتة

التاريخ والعقود العرفية غير الموقعة، والعقود غير المحددة للعقار تحديد دقيق.

¹ بن معمر خوخة، بركو ليلية، مرجع سابق، ص. 15.

² أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص. 58.

³ خالي سفيان، الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري؛ مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007، ص. 11.

⁴ بن معمر خوخة، بركو ليلية، مرجع سابق، ص. 15.

أ- العقود غير الثابتة التاريخ

يعتبر القانون الكتابة والتوقيع شرطان جوهريان لصحة العقد العرفي من خلال المواد 327 و328 من القانون المدني الجزائري، وفي هذه الحالة فإنّ التاريخ لا يعد من الشروط الجوهرية لصحة العقد العرفي؛ بحيث أن الأطراف غير ملزمون على إظهار التاريخ فيه، لكن تغيير الأمر بعد صدور الأمر 70-91 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، أصبحت العقود العرفية غير ثابتة التاريخ لا يمكن الاحتجاج بها أمام مرفق العدالة، وهذا ما يفيد أن هذا النوع من العقود عقود غير معدة للإثبات.¹

ب- العقود العرفية غير الموقعة

يؤدي تخلف ركن التوقيع في العقد العرفي إلى جعله باطلا لتخلف ركن من أركانه الذي يعدّ شرطا جوهريا لصحته، وبالتالي لا يعتدّ به كدليل لإثبات الملكية العقارية، فإذا تخلف توقيع أحد الطرفين تحوّل العقد إلى مبدأ الثبوت بالكتابة، فيمكن تكملته بالبنية والقرائن أو باليمين المتممة، وبالتالي فالعقد العرفي غير الموقع هو عقد غير معدّ للإثبات.²

ج- العقود العرفية غير المحددة للعقار تحديدا دقيقا

عندما يتضمّن العقد العرفي تصرف قانوني كبيع عقار يجب تحديد موقع العقار، وبيان أوصافه ومشمّلاته أي تحديده تحديدا دقيقا، وذلك بذكر السجل العقاري المعتمد لتمليكه، وحصّة البائع منه، وذكر قيده في السجل العقاري. وطبقا للمادة 94 من القانون المدني الجزائري التي تحدد

¹ _ بن معمر خوخة، بركو ليلية، مرجع سابق، ص. 16.

² _ مرجع نفسه، ص. 16.

شروط عقد البيع ومن بينها أن يكون المبيع معيناً أو قابلاً للتعيين¹، فإذا خلا هذا العقد من هذا الشرط كان العقد باطلاً بطلان مطلقاً، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير.

الفرع الثاني

شروط صحة العقد العرفي

لقد أورد المشرع الجزائري الشروط اللازمة لصحة العقد العرفي في المادتين 327 و328 من القانون المدني الجزائري، وقد حددها في شرط التوقيع وشرط الكتابة.

أولاً: الكتابة

تعتبر الكتابة الشرط الأول لصحة العقد العرفي لتحديد الواقعة المراد إثباتها، والغرض الذي أعد له هذا العقد، ولا تخضع لأي شكل لإعدادها بالنسبة للغة المستعملة ولا للشخص القائم بتحريرها. ويجب أن يتضمن العقد العرفي على البيانات الجوهرية المتعلقة بأطراف العقد كالثمن والشهود إن وجدوا، غير أن تخلف أحد البيانات التي تعد ثانوية مثل التاريخ الذي لا يؤثر في حجّيته. حيث أن القانون لا يشترط كتابته في العقد²، لأنه بالرغم من عدم وجود التاريخ في العقد يكون منتجاً لآثاره بين أطرافه.

إلا أن عدم تدوين التاريخ يمكّن من حدوث مشاكل بالنسبة للأطراف الموقعين على العقد، مثلاً إذا فقد أحدهم الأهلية بعد مرور مدة على تحرير العقد، فغياب التاريخ يمنح من له مصلحة

¹ خليل احمد حسين قدارة، مرجع سابق، ص. 24.

² محمودي عبد العزيز، تطهير الملكية العقارية الخاصة غير الممسوحة في التشريع الجزائري؛ رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2008، ص. 95.

فرصة إثارة الدفع بالبطلان لانعدام الأهلية، وبالتالي الطعن بعدم صحته وعدم نفاذه، لذلك فإن وجود التاريخ يجعله دليلاً في صالح الموقعين عليه¹.

ثانياً: التوقيع

لابد لوجود العقد العرفي أن يكون هناك التوقيع الذي يعتبر العنصر الجوهرى لقيام العقد بدونه لا وجود له².

والتوقيع في العقد العرفي هو عبارة عن علامة أو إشارة أو بيان تعود الشخص على استخدامه وذلك ليعبر الأطراف عن إرادتهم³، وتمتاز التوقيعات بالطابع الشخصي لأنها صادرة من المتعاقدين حتى يكون للتوقيع قيمة⁴، ويتم التوقيع عادة بالإمضاء أو كتابة اسم الموقع ولقبه أو كلاهما معا أو أي كتابة أخرى.

ويمكن أن يكون التوقيع بوضع الختم أو بصمة الأصبع، وقد أضافها المشرع في تعديل القانون المدني سنة 2005 وقد أضاف عبارة بصمة الأصبع من خلال نص المادة 327 من القانون المدني بنصها على مايلي: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقّعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..."⁵ " كما أن توقيع المتعاقدين على العقد العرفي هو بمثابة الروح سواء أكان التوقيع صادرا من المتعاقدين أو على الأقل من المتعاقد

¹ _ بن عيسى سعيدة، العقد العرفي في بيع العقار؛ مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدية، 2001، ص. 10.

² _ السنهوري أحمد عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج.2، الالتزام بوجه عام-الإثبات- آثار الالتزام؛ دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص. 187.

³ _ محمودي عبد العزيز، مرجع سابق، ص. 95.

⁴ _ بن معمر خوخة، بركو ليلية، مرجع سابق، ص. 20.

⁵ _ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

الملتزم، وينطوي التوقيع على معنى الجزم بأنّ العقد صادرة من الشخص الموقع، ولو لم تكن العقد مكتوبة بخطّه.¹

الفرع الثالث

تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي

إشترط المشرع الجزائري لصحة العقد العرفي أن يتوافر على الشرطين السابقين المنصوص عليهما في أحكام القانون المدني، على خلاف المشرع الفرنسي الذي أضاف شرط تعدد النسخ الأصلية الذي نصّ على أنّ الورقة العرفية المثبتة لبيع عقار باعتباره عقد من عقود الملزمة لجانبين، لا تكون صحيحة إلا إذا تعددت نسخها الأصلية مع تعدد الأطراف، وهذا ما قضت به المادة 1375 من القانون المدني الفرنسي.

وبالإضافة إلى تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي بقدر عدد أطرافه، يجب ذكر في كل نسخة عدد النسخ التي كتبت، وأن تكون موقع عليها من كل أطراف العقد.²

ويعود السبب في اشتراط المشرع الفرنسي إلى تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي المثبتة لبيع العقار إلى حصول المتعاقدين على الضمان في المعاملة التي قاموا بها، وكذلك تحقيق

¹ _الغوثي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري؛ الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص. 45.

² _MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, Droit civil, t, 1 introduction générale a l'étude du droit, 2^e, édition, paris,1972, p. 396 .

Art.1375al.1-2 Civ. français Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations JORF n°35 du 11 février 2016 www.legifrance.gouv.fr

« L'acte sous signature privée qui constate un contrat synallagmatique ne fait preuve que s'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, à moins que les parties ne soient convenues de remettre à un tiers l'unique exemplaire dressé.

Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui en ont été faits ».

المساواة بينهم بخصوص إثبات البيع، وذلك من أجل حصول كل متعاقد على أدلة الإثبات لما له ولما عليه¹.

إذا افترضنا أن أحد الطرفين لا يملك نسخة من العقد العرفي المثبت للبيع لأصبح تحت رحمة الطرف الآخر الذي يملك نسخة من العقد العرفي، وتعتبر قاعدة تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي من النظام العام، لا يجوز مخالفتها وهذا ما درج عليه الفقه الفرنسي، وما يستفاد من المادة 1375 من القانون المدني الفرنسي في تعديله الأخير الذي يضمن بالنسبة للعقود العرفية المبرمة في شكل إلكتروني تمكين كل واحد من الأطراف الحصول على نسخة مسجلة على دعامة إلكترونية².

المطلب الثاني

جزاء الإخلال بشروط صحة العقد العرفي

يكون العقد العرفي دليلاً للإثبات إذا اجتمعت فيه شروط الكتابة والتوقيع وتعدد النسخ الأصلية بالنسبة للقانون المدني الفرنسي، فإذا إنتفت هذه الشروط في العقد العرفي يتعين التمييز بين توقيع الجزاء القانوني على الإخلال بشرط التوقيع (الفرع الأول)، وتوقيع الجزاء على الإخلال بشروط تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي (الفرع الثاني).

¹ _براهامي سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري؛ مذكرة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة 2008، ص. 25.

² _PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil T. II, Obligations, Contrats ; Sûretés réelles*, 3eme édition, Par RIPERT Georges et BOULANGER Jean, Paris L.G.D.J., 1949, pp.151-152.

Art.1375 al.3-4 C. Civ. français. Modifié par Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Précité.

« Celui qui a exécuté le contrat, même partiellement, ne peut opposer le défaut de la pluralité d'originaux ou de la mention de leur nombre. L'exigence d'une pluralité d'originaux est réputée satisfaite pour les contrats sous forme électronique lorsque l'acte est établi et conservé conformément aux articles 1366 et 1367, et que le procédé permet à chaque partie de disposer d'un exemplaire sur support durable ou d'y avoir accès. ».

الفرع الأول

جزاء الإخلال بشرط التوقيع

يجب أن يتوفر شرط أساسي لصحة العقد العرفي وهو شرط التوقيع، بحيث أن وجوده يدل على وجود الرضا¹، وبدون هذا الشرط يعدّ العقد باطلاً؛ لأنّ حجّية العقد العرفي تتحقق بتوافر هذا الشرط وبالتالي إذا خلا العقد من توقيع المتعاقدين فلا تكون له حجّية ولا يصحّ الاستناد إليه كمبدأً ثبوت الكتابة إلّا إذا كان محرراً بخطّ منه²، ذلك أنّ صحة التوقيع تكفي لإعطاء العقد العرفي حجّيته في رضا أصحاب التوقيع والالتزام به، فإذا أرادوا نفي هذه الحجّية بإدعائهم اختلاس التوقيع، وأنّ العقد كان موقع على بياض، وتمّ الحصول عليه من غير رضا المتعاقدين، كان عليهم عبء إثبات ذلك.

نخلص فيما سبق إلى أنّ التوقيع في العقود العرفية يعطي له حجّية الدليل الكامل، وبالتالي فإنّ تخلف شرط التوقيع تتحوّل تلك العقود إلى مبدأً ثبوت بالكتابة، والذي يمكن تكملته بالبنية والقرائن بتوفر الشروط اللازمة لذلك أو بإتمامها باليمين المتممة في بعض الحالات³.

¹ _PLANIOL (M.), op-cit, p.151.

² _براهمي سامية، مرجع سابق، ص. 24.

³ _همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية و التجارية؛ ط.2، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص. 239.

الفرع الثاني

جزاء الإخلال بشرط تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي

يترتب على الإخلال بشرط تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي المثبت لبيع العقار أن يكون هذا العقد موقع عليه ممن يحتج عليه به، والمستقر عليه قضاء وقانونا في فرنسا أن العقد العرفي يعتبر باطل كدليل إثبات إذا لم تتعدد نسخها في العقود الملزمة لجانبين ومنها عقد بيع العقار¹.

يعتبر العقد العرفي في القانون المدني الفرنسي دليلا كتابيا لإثبات عقد بيع العقار، فتجوز البينة والقرائن في إثباته، وفي حالة فقدان الدائن على الورقة التي يستوجبها القانون لإثبات عقد بيع العقار لسبب أجنبي لا يد له فيه المنصوص عليه في المادة 1348 من القانون المدني الفرنسي التي تقابلها المادة 336 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها بالقانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، التي تستثني من قاعدة ضرورة الدليل الكتابي بسبب حادث فجائي غير متوقع أو قوّة قاهرة.²

من إدعى أنه قد تحصّل على ورقة مكتوبة تثبت فيها بيع العقار، بحيث ضاعت منه لسبب أجنبي عليه أن يثبت ما يلي:

_ أن بيع العقار قد تمّ فعلا وحرر على ورقة عرفية، وأن تكون قد استوفت جميع الشروط لصحتها.

¹ _ براهيم سامية، مرجع سابق، ص. 26.

² _ المرجع نفسه، ص. 27.

_ وأن الورقة العرفية المثبتة لبيع العقار فقدت منه بسبب حادث غير متوقع أو قوّة قاهرة، أي ضاعت منه بسبب خارج عن إرادته، وأن يكون هذا الضياع كان سبب تقصيره في الحفاظ على تلك الورقة.¹

المطلب الثالث

إثبات الملكية في البيع العقاري

بعد دراسة تعريف العقد العرفي، وشروط صحّته وجزء تخلف هذه الشروط، يتبيّن أنّ شرط التوقيع في العقد العرفي هو شرط جوهري لقيامه صحيحا كسند عرفي كامل الحجّية، وبالتالي يكون لهذا العقد العرفي حجّية فيما بين الأطراف وحجّية في مواجهة الغير.²

وعلى ذلك فإن إثبات الملكية في هذا المقام تستوجب استعراض حجّية العقد العرفي في إثبات البيع العقاري (الفرع الأول)، والإجراءات القانونية لإثبات الملكية العقارية في ضوء موقف المشرع والقضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حجّية العقد العرفي في إثبات البيع العقاري

يكون للعقد العرفي المتضمن معاملات عقارية حجّية في التدليل على حق الملكية، والتّمسك به في مواجهة أطرافه والغير على حدّ سواء ما لم يطعن فيه بالطرق المقررة قانونا.³

¹ _MAZEAUD Henri et Léon, CHABAS Jean, *Introduction générale à l'étude du droit*, 11eme édition par CHABAS François et JUGLART Michel, Paris, Delta, 2000, p. 578.

² _حاجي نعيمة، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر؛ (د.ط.)، دار الهدى، الجزائر، 2002، ص. 143.

³ _أورحمون نورة، مرجع سابق، ص. 83.

وبناء عليه يتعين استعراض حجّية العقد العرفي بالنسبة للطرفين (أولاً)، وحجّية العقد العرفي بالنسبة للغير (ثانياً).

أولاً: حجّية العقد العرفي بالنسبة للطرفين

لا تتوقف حجية العقد العرفي المثبت لبيع العقار فيما بين الطرفين من حيث صدورها والموقعين عليها، بل يتوقف على اعتراف الأطراف صراحة بصدوره ومنها ونسبة التوقيع إليهما، أي تبقى الحجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع أو الخط، وبالتالي بالإقرار بصحة التوقيع يعد حجة على المقر.¹

أ_ حجّية العقد العرفي من حيث صدوره ممن وقع عليه

تنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..."²

يتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع قد أفصح على أن حجّية العقد العرفي تبقى قائمة إلا إذا أنكر أحد الأطراف توقيعه صراحة، إذ أن حجّيته متوقفة على عدم إنكاره باعتباره هو الموقع عليه ومتى كان ذلك فإن العقد يصبح حق في مواجهته مثله مثل العقد الرسمي، وسكوته أيضاً يعد إقراراً بصحة العقد العرفي، ونشير إلى أن الدفع بإنكار التوقيع على العقد العرفي يخول

¹ _ الغوثي بن ملحّة، مرجع سابق، ص. 48.

² _ أمر 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

فقط للأطراف دون خلفهم، حيث يحق لهم فقط الدفع بعدم علمهم أو عدم تعرفهم على الخط والإمضاء، وهو ما يعرف بالدفع بالجهالة مع أداء اليمين.¹

ب_ حجية العقد العرفي من حيث صحة الوقائع الواردة فيه

إذا صدر العقد العرفي المثبت لبيع العقار من البائع، واعترف به صراحة أو ضمناً أو في حالة إنكاره صراحة لخطه أو لإمضائه، وعند صدور حكم بعد التحقيق بصحة العقد العرفي، كان لهذا العقد حجيته من حيث مضمونه وصحة الوقائع الواردة فيه، وبالتالي يقع عبء الإثبات على من يدعي عكس ذلك، وذلك بكل طرق الإثبات القانونية.²

وفي حالة اعتراف بائع العقار بتوقيعه على العقد له أن يطعن في حجية الوقائع الواردة فيه كأن يثبت أن البيع صورياً، وهو ما يطلق عليه الدفع بالصورية كما له الدفع بالبطلان³، وبالتالي يقع على بائع العقار عبء الإثبات بحيث لا يجوز له إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة.⁴

كما يجب أيضاً أن يتأكد من صحة التاريخ المدون في العقد العرفي حتى يثبت صاحب التوقيع أنه غير صحيح، وهو لا يستطيع ذلك إلا بالكتابة.⁵

¹ _ عصام أنور سليم، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص.ص. 203-204.

² _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج.2، الالتزام بوجه عام-الإثبات-آثار الالتزام؛ مرجع سابق، ص. 195.

³ _ السعدي محمد صبري، الواضح في القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ دار الهدى، الجزائر، 2009، ص. 79.

⁴ _ محمد حسين قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2003، ص. 241.

⁵ _ المرجع نفسه، ص. 241.

ثانياً: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير

نص المشرع في المادة 328 ق.م.ج على أنه: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في

تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداءً:

- من يوم تاريخ تسجيله،

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.¹

يتضح من هذه المادة أنه إذا كان تاريخ العقد العرفي المثبت لبيع العقار حجة مضمونة

بالنسبة للمتعاقدين، وكل من الخلف العام والخاص، حتى أن يتمكن من إثبات العكس بطرق

الإثبات القانونية، فلا يحتج بتاريخ العقد العرفي على الغير أي على الخلف العام والخلف الخاص

إلا إذا كان تاريخه ثابتاً بصورة قطعية.

ويرجع السبب في عدم حجية تاريخ العقد العرفي المعد للإثبات في بيع العقار في مواجهة

الغير إلا إذا كان له تاريخاً ثابتاً، وهو أن المشرع قد أفرد حماية خاصة للغير الذي قد يستعمله

الطرفين (البائع والمشتري) في تقديم وتأخير تاريخ العقد العرفي المثبت لبيع العقار للإضرار بهذا

¹ - أمر 58_75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، مرجع سابق.

الغير¹، كأن يتعمد الطرفين تأخير تاريخ العقد العرفي المثبت لبيع العقار قصد إخفاء أن أحدهما كان قاصرا وقت التعاقد.²

وتبعا للمادة أعلاه أيضا حتى يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم التسجيل ومن يوم ثبوت مضمونه في عقد حرره موظف عام يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، ومن يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء، وهي مسألة تتطوي على أهمية عملية وعلمية لا يمكن إغفالها.

أ_ إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم تسجيله

إن إجراء التسجيل يتم عن طريق تقديم هذا العقد في شكل عدة نسخ إلى مصلحة التسجيل، فتحفظ نسخة من العقد في السجل المعد لذلك، وتقوم بإعادة النسخ الأخرى إلى الأطراف بعد تسجيل تاريخ الإيداع مع أداء مقابل الرسوم، وبهذا يكون العقد العرفي قد اكتسب تاريخ ثابت من تاريخ الإيداع.³

ب_ إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم ثبوت مضمونه في عقد حرره موظف عام

قد يثبت العقد العرفي عن طريق حكم قضائي إذا تعلق الأمر بمنازعة قضائية، ويقوم القاضي بذكر مضمون العقد العرفي في ورقة الحكم على أساسه أن القاضي ملزم بذكر وقائع القضية

¹ _ مرقس سليمان، مرجع سابق، ص.88.

² _ براهيم سامية، مرجع سابق، ص.38.

³ _ بوصبيعات سوسن ، " فعالية العقود العرفية الثابتة التاريخ في تطهير الملكية العقارية في الجزائر"؛ مجلة العلوم

الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، عدد43، 2015، ص. 209.

وطلبات وإدعاءات الخصوم وطلباتهم في الحكم، وهذا ما جاءت به المادة 2/277 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.¹

وقد يثبت أيضا تاريخ العقد العرفي بقيام المحضر القضائي بتبليغ نسخة منه إلى الغير، وتسليم محضر تبليغ العقد العرفي للمرسل.²

ج_ إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عمومي مختص

وهو عندما يقدم العقد العرفي إلى ضابط عمومي مختص ليؤشر عليه بأية إشارة أو عبارة تفيد أن العقد قد تم عرضه عليه، ويعتبر تاريخا ثابتا بالنسبة للعقد مثل أن يقدم محرر عرفي في قضية فيؤشر عليه القاضي أو كاتب ضبط، ونشير أنه لا يمكن أن يعتد بهذا التاريخ إلا إذا كان صادرا من ضابط عمومي مختص.³

د_ إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم وفاة أحد الموقعين عليه

ينبغي الإشارة إلى أن المشرع في المادة 5/328 من القانون المدني الجزائري لم يحدد صفة صاحب التوقيع على العقد العرفي لكي يكون العقد ثابت التاريخ، فقد يكون دائن أو مدين أو شاهد أو ضامن.

¹ _ قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر.ج. عدد 21، سنة 2008.

² _ رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري؛ رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص.26.

³ _ محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص.186.

ويلاحظ على هذه المادة أنها ليست سهلة التطبيق، إذ يمكن لأصحاب المصلحة بدفع عقد عرفي مزور أن يدّعوا أن الموقع على ذلك العقد قد توفى، وفي مثل هذه المنازعات فما على القاضي سوى القيام بإجراء تحقيق ومضاهاة الخطوط.¹

وقد جاء في هذا الصدد للمديرية العامة للأموال الوطنية في مذكرة رقم 3124 المؤرخ في 17 ديسمبر 1995 للسيد المحافظ العقاري لولاية تبسة بمناسبة استفساره حول طريقة إثبات تاريخ العقود العرفية بأن طرق إثباته تنحصر في أربعة طرق وهي تلك التي جاءت بها المادة 328 السالف الذكر وأكدت المذكرة بأنه فيما يخص الحالات الثلاثة الأولى فإن المحافظ العقاري يمكن له التأكد منها بمجرد الإطلاع على الوثائق المذكورة، أما الحالة الرابعة فإنها تخرج عن نطاق المحافظ العقاري المختص إقليمياً التي هي مسألة انتساب الخط أو إمضاء المتوفى²، فهذا يرجع إلى اختصاص القضاء.

ثالثاً: حجية العقد العرفي في إثبات البيع العقاري من حيث التاريخ

لقد كانت عملية نقل الملكية العقارية وإثباتها لا تشترط في صحتها الرسمية حيث يكفي فيها الشكل العرفي، ولكن بعد صدور الأمر 70-91 المتضمن مهنة التوثيق أصبحت الرسمية شرط لانعقاد العقد، وركنا فيه مع الإشارة أن حجية العقد العرفي كانت قائمة فقط قبل صدور قانون التوثيق؛ لأن بعد هذا التاريخ أصبحت العقود العرفية باطلة في نظر القانون.

¹ _ رحايمية عماد الدين، مرجع سابق، ص.27.

² _ سعداوي عبد الحميد، "العقد العرفي الثابت التاريخ"، مجلة الموثق، العدد 8، سنة 2000، ص. 21.

أ_ حجية العقد العرفي المبرم قبل قانون التوثيق

تشير هذه الحالة مصير العقود المبرمة قبل صدور قانون التوثيق بحيث يوجد نوعان من العقود

هي العقود الثابتة التاريخ والعقود غير الثابتة التاريخ، حيث أن النوع ا

1_حجية العقد العرفي ثابت التاريخ

لقد مر النظام العقاري في الجزائر من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الفترة الاستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث بالأمر 75-74 المتعلق إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والذي أدى بالسلطة التنفيذية إلى التدخل لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل صدور قانون التوثيق، وقد تم ذلك بمقتضى المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 الذي يعدل المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري إذ بموجب المادة 03 منه¹ أصبحت المادة 89 من المرسوم 63/76 المحررة على النحو التالي: (تعديل المادة 89 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ 27 مارس 1976 المذكور أعلاه) وتستبدل بما يلي: "لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه"

- عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري، والذي يكون

متمما تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم.

¹_المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976، يتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم. مرجع سابق.

- عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجة عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل 1961/03/01، ومنه حسب هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 صيغتها الشرعية.¹
- بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي تم بموجب تمديد فترة 1961/03/01 إلى 1971/01/01، وعليه اكتسبت العقود العرفية ثابتة التاريخ المحررة قبل 1971/01/01 صيغتها الرسمية بمجرد التوجه إلى الموثق لتحرير عقد الإيداع، ليتم بعد ذلك شهره بالمحافظة العقارية.

_ بصدر الأمر 70-91 المتضمن مهنة التوثيق وبموجب المادة 12 منه تعد كل العقود العرفية ولو كانت ثابتة التاريخ باطلة بطلانا مطلقا، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء لأنها لا تعتبر سند ملكية منذ دخول هذا الأمر حيز التطبيق في 01 جانفي 1971.

2_ حجية العقد العرفي غير ثابت التاريخ

بمجرد صدور الأمر رقم 75-74 المتعلق بمرح الأراضى العام وتأسيس السجل العقاري انتهجت الجزائر نظام الشهر العيني، وبالتالي يجب على المواطنين الذين يملكون عقود عرفية غير ثابتة التاريخ اللجوء إلى القضاء لتثبيت صحتها وإشهارها أمام المحافظة العقارية، حيث لا يعد إظهار التاريخ من الشروط الجوهرية لانعقاده ولكن لإثبات حجيته مقارنة مع العقد العرفي الثابت التاريخ،

¹ _حمدي باشا عمر، وزاني وسيلة، المنازعات العقارية؛ ط.13، دار هومة، الجزائر، 2002، ص.ص. 220-221.

وخصوصاً بعد سريان الأمر رقم 70-91 بحيث لا يمكن إثبات حجيته أمام مرفق العدالة¹؛ لأنه تداولت بعض العقود التي تعرضت للتزوير وقام أصحابها بالاستحواذ على عدة أراضي تعود للملكية الخاصة عن طريق تحرير وثائق عرفية غير ثابتة التاريخ، وهذا هو السبب الذي يفقد للعقد العرفي غير ثابت التاريخ حجيته.²

ب_ حجية المحرر العرفي المبرم بعد قانون التوثيق

لقد جاء في المادة 12 من أمر رقم 70-91 الذي يتضمن تنظيم مهنة التوثيق الذي دخل حيز التطبيق في الفاتح جانفي 1971 أن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار، والحقوق العقارية... يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان في الشكل الرسمي...³ وبالتالي نستنتج أن الرسمية ركن في انعقاد البيع العقاري وليس لمجرد الإثبات كما كانت سابقاً، وتخلفها يعرض العقد للبطلان المطلق. ومنه فالعقود العرفية المبرمة بعد 01 جنفي 1971 تعتبر في نظر القانون عقود باطلة بطلاناً مطلقاً لتخلف ركن من أركان التصرف في الملكية العقارية.

¹ _ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة؛ ط.8، دار هومه، الجزائر، 2012، ص. 26.

² _ بن معمر خوخة، بركو ليلية، مرجع سابق، ص. 34.

³ _ أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق المعدل والمتمم، مرجع سابق.

المبحث الثاني

صور تثبيت العقد العرفي و طرق الطعن في حجيته

بعد الوقوف على مفهوم العقد العرفي وحجيته في إثبات الملكية العقارية، والاهتداء إلى أن حجية العقد العرفي لا تتوقف على توافر شروطه فقط، بل يمكن أن يكون محل إنكار من الخصم أو دفع بعدم العلم بالخط أو الإمضاء من طرف الخلف العام، مما يفقد العقد العرفي حجيته مؤقتاً إلى حين الفصل فيه، تقوم صورة أخرى منح فيها القانون للمحتج عليه بالمحرر العرفي إمكانية دحض حجية العقد، وذلك بالطعن بالتزوير.

وعلى ذلك فإن الطعن في حجية العقد العرفي تستوجب التمييز بين الإجراءات القانونية لإثبات العقود العرفية في ضوء موقف القانون والقضاء (المطلب الأول)، وطرق الطعن في حجية العقد العرفي (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات إثبات العقود العرفية في ضوء موقف القانون والقضاء

تختلف الإجراءات المتبعة لإثبات العقود العرفية ثابتة التاريخ الواردة على العقارات، ومراد ذلك عدم التطابق بين نظام هذه العقود قبل سريان قانون التوثيق أو بعده، وللوقوف على مواطن الاختلاف يتعين استعراض الإجراءات القانونية المتبعة لإثبات الملكية العقارية (الفرع الأول)، وموقف القانون والقضاء من العقد العرفي (الفرع الثاني)

الفرع الأول

الإجراءات القانونية المتبعة لإثبات الملكية العقارية

بعدما كان العقد يتم بمجرد تطابق الإيجاب والقبول دون الإخلال بالنصوص القانونية فيما يتعلق بنقل الملكية العقارية، تغير الأمر بعد ذلك وأصبحت الرسمية ركن في انعقاد البيع العقاري، وهذا ما أدى إلى وجود فراغ في إيجاد حلول للعقود العرفية قبل سريان قانون التوثيق سواء كانت هذه العقود ثابتة التاريخ أو غير ثابتة التاريخ، ويتم ذلك إما بإيداعها لدى الموثق أو باللجوء إلى القضاء.

أولاً: الإيداع لدى الموثق

لقد حاول المشرع من خلال المرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 18 يناير 1993 التخفيف من عبء اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة بهدف تصحيح العقود العرفية، واكتفى بتوجيه الأطراف إلى الموثق وذلك لعدة أسباب:

أن إفراغ العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل دخول قانون التوثيق حيز التطبيق في يناير 1971 في صورة عقد إيداع ويتم شهره في المحافظة العقارية المختصة، على أن تقوم بمعاينة هذا العقد تعييناً دقيقاً للعقارات، والأطراف المتعاقدة في العقد العرفي، والشهود وبعض المعلومات الأساسية والجوهرية المتعلقة به، وهذا من أجل سهولة ضبط البطاقة العقارية.¹

ويبدو كذلك أن محل الإيداع لدى المحافظة العقارية ليس هو العقد العرفي الثابت التاريخ المعايين للمعاملات العقارية التي خالفت الحظر المذكور في المادة 12 من الأمر رقم 70-91، وإنما العقد

¹ عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص.77.

الرسمي الذي يثبت إفراغ محتوى العقد العرفي تطبيقاً لمبدأ الرسمية في العقود الموجهة للشهر، وهو ما يجعل وظيفة الشهر إعلامية فقط في هذه الحالة وليست مصدر انتقال الملكية، لأن هذا الحق قائم وموجود قبل تاريخ 01 يناير 1971 بمقتضى التصرف المبرم.¹

ويتعين كذلك على الموثق أن يتأكد من ثبوت تاريخ العقد العرفي حتى يتمكن من شهر محتواه لدى المحافظة العقارية²، بعيداً عن المحكمة وإجراءات التي قد تطول لمدة طويلة، وعلى صاحب العقد العرفي أن يقوم بجمع ملف يحتوي على العقد العرفي موضوع الإيداع، وشهادة ميلاد المنتفع من العقد وأصل ملكية البائع، وكذلك التعيين الدقيق للعقار، ثم يقوم بإيداع العقد العرفي ملتزماً بكلماته الواردة ضمن العقد العرفي³، وتجدر الإشارة أن الموثق معفى من ذكر أصل الملكية العقارية في العقد.

ثانياً: اللجوء إلى القضاء

بعد تبني نظام الشهر العيني بصدور الأمر 74-75 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، أصبح على أصحاب العقود العرفية الواردة على العقارات التي كانت تشكل عقود صحيحة قبل سريان قانون التوثيق، وبالأخص تلك المرتبطة بعقود عرفية غير ثابتة التاريخ، اللجوء إلى المحاكم بهدف تثبيت صحتها حتى يتمكن لهم إظهارها لدى المحافظة العقارية، وعلى القاضي قبل تثبيت صحة العقد العرفي⁴ أن يتأكد على ما يلي:

¹ _ بوصبيعات سوسن، مرجع سابق، ص. 205.

² _ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. مرجع سابق.

³ _ بن معمر خوخة، بركو ليلية، مرجع سابق، ص. 39.

⁴ _ قتال حمزة، شهر عريضة الدعوى العقارية؛ مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2006، ص. 53.

- هوية طرفي العقد العرفي بمعنى التأكد من الشرط الشخصي للمتعاقدين، وذلك بتحديد أسمائهم وألقابهم ومواطنهم، وتاريخ ومكان ميلادهم والمهنة، وفقا للمادة 65 من المرسوم 63-76 المتعلق بإعداد السجل العقاري.¹
- أن يكون العقار المبرم في العقد العرفي واقعا في بلدية لم تمسها عملية المسح العام.
- _ التأكد من تاريخ إبرام العقد، والذي يجب أن يكون قبل 01 يناير 1971 وهو ما كرسته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 28/06/2000² الذي ينص على: "من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي على ضوءه يعتبر المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لآثاره أو باطلا مطلقا".³

¹ _ مرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم، مرجع سابق.

² _ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 197347، مؤرخ في 28/06/2000، مرجع سابق.

³ _ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، (د.ط)، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 24.

- التأكد من توافر أركان العقد من التراضي، والمحل، والسبب من تسميته، وموقعه، ورسم حدوده ومساحته بطريقة نافية للجهالة.
 - سماع شهود العقد وتحرير محضر في هذا الشأن.
 - التأكد من أصل الملكية بطلب تقديم سند ملكية البائع الأصلي، للتحقق مما إذا كان التصرف وارد على ملكيته الحقيقية.
- وإذا توفرت في ملف الطالب كافة هذه الشروط يقوم القاضي بتثبيت صحة العقد العرفي، وبعد صدور الحكم نهائياً يقوم صاحب المصلحة بتسجيله لدى مصلحة السجل والطابع بمفتشية الضرائب، ثم شهره في المحافظة العقارية المختصة، وفي حالة عدم شهر هذا الحكم لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير.¹

الفرع الثاني

موقف القانون والقضاء من العقد العرفي

كان العقد العرفي قبل صدور الأمر 70-91 المتعلق بمهنة التوثيق هو السائد في المعاملات بين الناس رغم وجود هيئات متخصصة في تحرير العقود الرسمية، إلا أن المواطنين في تلك المرحلة لا يفضلون اللجوء إلى إبرام العقود الرسمية لأسباب نذكر منها التهرب الضريبي، وسهولة إبرام العقود في شكل عرفي.²

¹ حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، ط8، مرجع سابق، ص.ص. 73-74.

² سيف الإسلام مشانة، وسائل إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري؛ مذكرة ماستر، كلية الحقوق، جامعة الشهيد حمه لخضر، الوادي، 2015، ص. 24.

ولكن بعد صدوره تغير الأمر حيث أخذ المشرع والقضاء منحرجا آخر، وذلك في اختلاف في المواقف حول صحة العقود العرفية فينقل الملكية في بيع العقار، وانقسم الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا إلى موقفين الأول يعترف بصحة العقود العرفية وقابلة التمسك بها كدليل على حقوق الملكية، و الثاني لا يعترف بها ويعتبرها باطلة.

لذلك يتعين التمييز بين موقف كل من المشرع والقضاء من العقد العرفي.

أولاً: موقف القانون من العقد العرفي

كانت العقود العرفية تشكل عقود معترف بها في انتقال الملكية العقارية قبل تاريخ 01 يناير 1971 ، ولكن بعد هذا التاريخ أغلق المشرع كل الأبواب على المعاملات العرفية في بيع العقارات من خلال المادة 12 من الأمر 70-91 المتضمن مهنة التوثيق التي تنص على مايلي " العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار والحقوق العقارية، يجب أن تحرر تحت طائلة البطلان في الشكل الرسمي وأن يدفع الثمن لدى الموثق"¹.

نفهم من النص أعلاه أن كل العقود العرفية حتى ولو كانت ثابتة التاريخ بعد 01 يناير 1971 وهو تاريخ تطبيق قانون التوثيق تعد باطلة بطلانا مطلقا، وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء لأنها لا تعتبر سند الملكية العقارية، ويتعين على القضاة إثارة البطلان من تلقاء أنفسهم، وذلك لاعتبار الرسمية شرطا أساسيا في المعاملات العقارية من النظام العام منذ تاريخ 1971/01/01 التي أصبحت الرسمية ركنا من أركان العقد وليس شرطا في الإثبات، وهذا يعني أن المشرع خرج من مبدأ الرضائية المنصوص عليها في المادة 59 من القانون

¹ _ الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1971 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق المعدل والمتمم، مرجع سابق.

المدني الجزائري¹ التي تنص على أن: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وكذلك تنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري على ما يلي: "يثبت الملكية الخاصة للأملك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"²، ومن الثابت من خلال المادة أنه لا تثبت الملكية العقارية الخاصة إلا بسند رسمي.

ثانياً: موقف القضاء من العقد العرفي

تأرجح موقف القضاء بين فريقين فريق يرى الالتزام بنص المادة 12 من الأمر 70-91 المتعلق بمهنة التوثيق والمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، وبين فريق آخر يعتبر العقود الرسمية وسيلة للتعبير عن الإرادة وهذا ما دعى إلى ضرورة انعقاد الغرف المجتمعة للمحكمة العليا قصد اتخاذ موقف موحد بشأن هذه المسألة.

أ- موقف القضاء السابق في نقل الملكية العقارية

كانت المحكمة العليا في ظل الاجتهاد القضائي السابق، تمنح للعقود العرفية الحجية الكاملة في إجراء نقل الملكية العقارية، وأخذت بموقف المحاكم التي تقضي بحجية العقود العرفية، وإلزام البائع بالمثل أمام الموثق لإستكمال إجراءات البيع النهائي مع المشتري، وفي حالة امتناع ما أمر به أصبح الحكم في مقام العقد.

¹ - رحايمية عماد الدين، المرجع السابق، ص. 33.

² - قانون 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، مرجع سابق.

فقد جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1990/02/07 "إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري، وكانت أركانه كاملة من حيث الرضا، المحل والثمن، ولم ينكر البائع ذلك، ولم ينازع في أركانه، فإنه يتعين على المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية، أما أن تلغي عقد أتمام الأركان بسبب عدم احترامه لشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون"¹.

كما جاء في قرار الغرفة المدنية المؤرخ في 1990/11/19: "كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 من القانون المدني وليس المادة 12 من الأمر 70-91 الغير قابلة للتطبيق في قضية الحال، وأن المشرع قصد فعلا تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية، ويعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين"².

ونظرا لعدم اقتناع القضاة آنذاك بفكرة الرسمية في المعاملات العقارية، أصدر رئيس الجمهورية تعليمة رئاسية بتاريخ 30 جوان 1976 وجهت للقضاة حثهم فيها على ضرورة الأخذ بعين الاعتبار المحرر العرفي المتضمن التصرف في العقار، حيث كان غرضها سياسي أكثر منها قانوني؛ لأنها جاءت مخالفة لنص قانوني صريح يعلوها مرتبة.³

¹ _المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 57930، مؤرخ في 1990/02/07، نقلا عن حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص. 128.

² _المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار رقم 61796، مؤرخ في 1990/11/19، مشار إليه من/ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 128.

³ _نادية يونس حداد، "العقد العرفي والمعاملات العقارية"، تعليق على قرار الغرف المجتمعة، الصادر في 1997/02/18، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1997، ص. 244.

ب- موقف القضاء الحديث في نقل الملكية العقارية

إستمرت المحكمة العليا فترة من الزمن في عدد من قراراتها متضاربة في الأخذ أو عدم الأخذ بالعقد العرفي الثابت التاريخ بعد الفاتح يناير 1971 إلى غاية تاريخ 18 فبراير 1997 أين اجتمعت غرفها بأمر من الرئيس الأول لها، وقررت بالتاريخ المذكور في القرار رقم 156-136 ما يلي " حيث يتبنى من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعة إلى المطعون ضده عقدا صحيحا مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع، وتحديد الثمن، وتترتب عليه التزامات شخصية، ونتيجة لذلك قضاوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع"¹.

ويعد هذا القرار المبدئي قد فصل في نقطة هامة هي مدى صحة العقود العرفية ووضعت حدا للاختلاف الموجود على مستوى العمل القضائي في المحاكم والمجالس القضائية²، الذي يستوجب إفراغ العقد الذي يتضمن نقل الملكية العقارية أو الحقوق العقارية في الشكل الرسمي، ولقد تم التأكيد على الرسمية في المادة 324 مكرر 1 ق م ج في المعاملات، خاصة تلك المتعلقة ببيع العقارات المبنية وغير المبنية التي توجب تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي مع دفع الثمن للموثق.³

¹ رحايمية عماد الدين، مرجع سابق، ص. 35.

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 130.

³ بوصوف موسى، " دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية"، مجلة مجلس الدولة، عدد 52، سنة 2000، ص. 29.

أن قرار 18/02/1997 جاء ليوحد العمل القضائي في المحاكم والمجالس القضائية وذلك من أجل التأكد على ضرورة التطبيق السليم للقانون وكذلك يعتبر هذا القرار خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون على كونه يفرض على الأشخاص احترام الرسمية في المعاملات وكذلك التجارية ذلك من أجل الحفاظ على حقوقهم وحقوق الدولة.¹

المطلب الثاني

طرق الطعن في حجية العقد العرفي

حدد القانون طريقتين للطعن في حجية العقد العرفي، وهما الدفوع الشكلية المتمثلة في الدفع بالإنكار والدفع بعدم العلم (الفرع الأول)، والدفوع الموضوعية المتمثلة في الدفع بالتزوير (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الدفوع الشكلية

تعتبر الدفوع الشكلية من الطرق الدفاعية المقررة لأحد الخصوم في الدعوى الذي يُحتج فيها عليه بعقد عرفي، وله أن يدفع عنه هذا العقد المنسوب إليه بإنكار توقيعه، أما في حالة ما إذا كان العقد العرفي منسوب إلى مورث الشخص أو خلفه، يكتفي هذا الوارث أو سلفه الادعاء بعدم العلم.

¹ _حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 131.

أولاً: الدفع بالإنكار

يعد الدفع بالإنكار رخصة مخولة لمن يحتج عليه بعقد عرفي لإسقاط حجبه بصفة مؤقتة دون حاجة إلى الدفع بالتزوير، خلافا للعقد الرسمي الذي لا يؤثر فيه إنكار التوقيع¹، والإنكار يكون من الشخص المنسوب إليه التوقيع شخصياً، وبمجرد إنكار التوقيع يفقد العقد العرفي حجبه وينتقل عبء إثبات صحة العقد العرفي على عاتق المتمسك به وفقاً لمقتضيات المادة 327 من القانون المدني الجزائري؛ أما إذا كان التوقيع مصادق عليه من طرف صاحب التوقيع فلا يجوز له الطعن بالإنكار، بل يجب عليه أن يطعن بالتزوير.

وتتحدد شروط الدفع بالإنكار حسب المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و

الإدارية. والمادة 76 منه. فيما يلي:

- أن يصدر الإنكار من الشخص المنسوب إليه العقد العرفي أي موقعه؛ أما بالنسبة

للخلف العام يكفي فقط الدفع بعدم العلم أن هذا التوقيع هو لمورثهم.

- أن يكون الطعن بالإنكار صراحة من موقعه، وفي حالة السكوت يعد بمثابة إقرار من

موقعه.

_ أن يكون الإنكار منتجا في الدعوى الأصلية القائمة بين الخصوم بمعنى أن الفصل في

الدعوى قائمة على صحة العقد العرفي أو عدم صحته، وإلا فإن للمحكمة أن تصرف النظر

¹ - ناصف سعاد، الأحكام الإجرائية المدنية لمضاهاة الخطوط والتزوير في المحررات العرفية والرسمية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011، ص. 06.

على هذا الإنكار¹ وفي حالة تخلف إحدى هذه الشروط أو كلها يكون الدفع بالإنكار غير مقبول وتحكم المحكمة بعدم قبوله.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الدفع بالإنكار هناك من يدرجه ضمن الدفع الموضوعية المتعلقة بالمستندات المقدمة في الدعوى، إلا أن هنالك من يعتبره من الدفع الشكلية على أساس أنه يجب إثارته قبل اللجوء إلى الموضوع².

ثانيا: الدفع بعدم العلم

يعتبر الدفع بعدم العلم صورة من صور الدفع بالإنكار، وتكون هذه الصور في الحالة التي يكون فيها العقد منسوباً إلى مورث أو خلفه، فيكفي أن يحلف الوارث وسلفه يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة صادرة من سلفه، وهذا ما نص عليه المشرع في المادة 327 من القانون المدني والمادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

إن أحكام الدفع بعدم العلم تخضع لنفس القواعد التي تحكم الدفع بالإنكار، وبالتالي لا يقع عبء إثبات حجية العقد على الورثة بل يكفيهم فقط أن يحلفوا يمينا بعدم علمهم أن الإمضاء أو الخط لمورثهم، ويلاحظ هنا أن الدفع بالجهالة من طرف الورثة دون تأدية اليمين، يجعل التوقيع المبين في العقد صحيحاً و منسوب إلى مورثهم، و يكون بذلك دليلاً كاملاً في الإثبات³.

وإذا سبق أن أقر المورث بصحة توقيعه أو خطه الوارد في العقد فإن الوارث أو خلفه في هذه الحالة لا يمكن لهم الدفع بعدم العلم، وإنما يجب عليهم الطعن بالتزوير.

¹ _ بن طبال عصام، العقود العرفية كوسيلة إثبات في التشريع الجزائري، مذكرة الليسانس، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرياح، ورقلة، 2015، ص.ص. 20-21.

² _ ناصف سعاد، مرجع سابق، ص. 07.

³ _ بن معمر خوخة، بركو ليلة، مرجع سابق، ص. 51.

الفرع الثاني

الدفع الموضوعية

يعتبر التزوير إحدى الوسائل الدفاعية الموضوعية التي يرد بها المدعي عليه على طلب المدعي، ويتعلق الأمر في هذا المقام بموضوع العقد العرفي، على اعتبار أن التزوير في هذا المجال هو إحداث تغيير الحقيقة في العقد بإحدى الطرق التي حددها القانون تغييراً من شأنها الإضرار بالغير، لذلك يجب تحديد تعريف الدفع بالتزوير، وتمييزه عن بعض الدفع المشابهة له.

أولاً: الدفع بالتزوير

الدفع بالتزوير هو إجراء وضعه المشرع لإثبات عدم صحة عقد ما مهما يكن العقد رسمياً أو عرفياً وإسقاط حجتيه في الإثبات، أما التزوير فهو تغيير الحقيقة في العقد، تغييراً من شأنه أن يحدث ضرراً للغير.¹

والتزوير نوعان:

أ- التزوير المادي: هي تلك التغيرات المادية الصورية بمعنى غير حقيقة التي يقوم المزور

بإحداثها على العقود لم تكن مثبتة بها أصلاً أثناء إنشاءها.²

والتزوير المادي يأخذ إحدى صورتان: تتمثل الأولى في اصطناع ورقة رسمية لا وجود لها

أصلاً ويستند فيها إلى موظف أو ضابط عمومي، فهو يرد على النقود وعلى العقود خاصة

¹ _ ناصف سعاد، مرجع سابق، ص. 43.

² _ بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 23.

الرسمية منها؛ أما الصورة الثانية فهي إحداث تغييرات غير حقيقية في عقد رسمي صحيح ، ويكون ذلك إما بزيادة الكلمات أو الحشو بين أسطرها¹.

التزوير المادي بوجه عام يمكن أن يتم من موظف أو ضابط عمومي أو أي شخص آخر سواء كان العقد رسميا أو عرفيا.

ب_التزوير المعنوي: ولا يكون التعبير في شكل العقد ومادته، بل يكون في معناه أو مضمونه، ويتم هذا التزوير بإنشاء وتحرير العقد من قبل موظف عام، ويكون فيه الشكل صحيحا إلا أنه يحتوي على بيانات غير صحيحة أو غير مطابقة للواقع، وهذا التزوير يكون صادر من الضابط العام، فلا يمكن تصوره من شخص عادي.

كما يتعين الإشارة إلى أن التزوير المعنوي يكون في العقود الرسمية دون العرفية.²

ثانيا: تمييز الدفع بالإنكار عن الدفع بالتزوير

يجب التمييز بين الدفعين حتى نتمكن من معرفة أوجه الشبه وأوجه الاختلاف.

أ_أوجه التشابه: يوجد تماثل وتشابه بين الدفعين في ثلاث جوانب.

_ وحدة طرق الإثبات: وهي إجراء تحقيق الخطوط في المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتكون إما شهود أو مستندات، وإن تحتم الأمر بواسطة خبير.

_ وحدة الطبيعة القانونية: وتشكل هذه الطعون، طعون موضوعية موجهة للدليل الكتابي الذي يستند إليه الطلب.

¹ _ ناصف سعاد، مرجع سابق، ص. 42.

² _ بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 24.

_ وحدة الغاية: تهدف كل هذه الدفع إلى الوصول إلى الحقيقة التي تتمثل في معرفة ما إذا

كان العقد صحيحاً أو غير صحيح.¹

ب_ أوجه الاختلاف: تختلف هذه الدفع في أوجه متعددة.

_ بالنسبة لمحل الطعن: الطعن بالإنكار أو الطعن بعدم العلم يردان على العقود العرفية أما

الطعن بالتزوير يكون في المعاملات العرفية والرسمية.

_ بالنسبة لنطاق الادعاء: الدفع بعدم العلم والدفع بالإنكار يردان على واقعة الكتابة أو التوقيع

فقط دون مضمون العقد؛ أما الدفع بالتزوير ينصب على التوقيع والمضمون معا في معظم

الأحيان.

_ بالنسبة لعبء الإثبات: المدعي بالتزوير يقع عليه عبء إثبات عدم صحة العقد المطعون

فيه بالتزوير، على خلاف الطعن بالإنكار أو عدم العلم فإن الخلف أو الوارث المنكر لا يقع

عليه عبء الإثبات.

_ بالنسبة لأثر الدفع على حجية العقد: في الدفع بتزوير العقد لا يفقد العقد قوته التنفيذية إلا

بعد أن يثبت تزويره؛ أما فيما يتعلق بالدفع بالإنكار أو عدم العلم، فبمجرد الإنكار يفقد العقد قوته

التنفيذية بصفة مؤقتة إلى غاية إثبات صحته.²

_ بالنسبة لترتيب الطعون: الدفع بالإنكار أو عدم العلم طريقا سهلا ، بحيث يجوز التمسك

بالدفع بالتزوير في حالة فشل الدفع بالإنكار أو الجهالة ، وهي نفس الشيء بالنسبة للوارث أو

¹ بن معمر خوخة، بركو ليلة، مرجع سابق، ص. 54.

² ناصف سعاد، مرجع سابق، ص.ص. 44-45.

الخلف على عكس الدفع بالتزوير الذي يعد طريقاً صعباً، لا يسمح بإتباع طريق آخر بعد الفشل.¹

بالنسبة للتحقيق في الدفع: بالرغم وجود تشابه في الطعن إلا أن الدفيعين بعدم العلم والإنكار ينشأ عنهما دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية والأصلية، بينما الدفع بالتزوير يتولد عنه دعوى تزوير الفرعية والأصلية.

المطلب الثالث

التحقيق في الطعن وسقوط حجية العقد العرفي

يتطلب استعمال طرق الطعن في حجية العقد العرفي تحديد إجراءات التحقيق في الطعن في العقد العرفي (الفرع الأول)، وسقوط صحة هذا العقد في حالة بروز صحة إدعاء المدعي في التزوير والإنكار (الفرع الثاني)، وبعد ذلك يتحول العقد إلى مبدأ ثبوت بالكتابة أو سقوطه لتخلف الرسمية في التصرفات القانونية الواردة على العقار.

الفرع الأول

إجراءات التحقيق في الطعن في العقد العرفي

تنتقل إجراءات التحقيق في الطعن الخاصة بحجية العقد العرفي في حالة الدفع بالإنكار حيث يقع عبء الإثبات على عاتق الخصوم ، وفي هذه الحالة يتعين اللجوء إلى اتخاذ إجراءات مضاهاة الخطوط في صورة دعوى فرعية تنشأ بعد قيام الإنكار ، غير أن دعوى مضاهاة الخطوط لا تأخذ في كل الحالات صورة الدعوى الفرعية، بل يحق للخصم الآخر في

¹ - بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 25.

حالة ما إذا قدم محرر عرفي من أجل إثبات الادعاء بالتزوير لسقوط حجية المحرر، و ذلك في صورة دعوى تزوير متفرعة عن دعوى أصلية.¹

وطبقا لما سبق يتعين التطرق إلى دعوى مضاهاة الخطوط ودعوى التزوير.

أولاً: دعوى مضاهاة الخطوط

تحقيق الخطوط أو التحقيق بالمضاهاة " هو مجموعة من الإجراءات التي وضعها القانون لإثبات صحة الأوراق العرفية التي يحصل إنكارها ، لتكون لها حجية تسمح بالتمسك بها اتجاه المنكر "².

ويكون الهدف منها هو إما إثبات أو نفي التوقيع أو الخط الذي صدر في العقد العرفي، والذي يكون إما على أساس دعوى مضاهاة خطوط فرعية، أو على أساس دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية.³

أ_ دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية

نظم المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذه الدعوى في المواد من 164 إلى 174، وقد انصب الاهتمام في نصوص هذه المواد على أحكامها من حيث شروطها، والمحكمة المختصة بالنظر فيها، والأمر بإجراء مضاهاة الخطوط، وأخيرا الحكم فيها.

- شروط الدعوى: يؤخذ من نصوص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه يشترط لقبول دعوى مضاهاة الخطوط توافر الشروط الشكلية التالية:

¹ - بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 25.

² - مصطفى مجدي هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء أحدث الآراء وأحكام النقض ؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1994، ص. 399.

³ - بن معمر خوخة، بركو ليلة، مرجع سابق، ص. 56.

أن يكون الإنكار صريحا وليس ضمنيا: أي أنه وفقا لنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري، " يعتبر العقد العرفي صادر ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء...¹، ولا يقبل أيضا الإنكار بعد أن اعترف بصحة توقيعه أو خطه.² أن يكون المحرر موضوع الإنكار منتجا في الدعوى الموضوعية: يترتب على عدم توافر هذا الشرط اعتبار الدفع بالإنكار غير مقبول، بحيث نصت عليه المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير، يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذ أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع...³"

- المحكمة المختصة بالنظر في الدعوى: تعتبر دعوى مضاهاة الخطوط دعوى فرعية تنفرع عن دعوى أصلية، وتتمثل في الاستدلال المحرر العرفي، وبالتالي يعود بالاختصاص لمن ينظر في دعوى الفرعية إلى المحكمة نفسها التي تنظر في الموضوع الأصلي، فيكون الحكم الصادر فيها قابلا للاستئناف أو غير قابل تبعا لقابلية الحكم الصادر في موضوع الدعوى للاستئناف.⁴

تنص المادة 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية على أنه: " إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه، أو صرح بعدم الاعتراف بخط أو توقيع الغير ، يجوز

¹ _ أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق.

² _ بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 27.

³ _ قانون 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، مرجع سابق .

⁴ _ محمد حسين قاسم، مرجع سابق، ص. 266.

للقاضي أن يصرف النظر عن ذلك إذا رأى أن هذه الوسيلة غير منتجة في الفصل في النزاع".¹

يفهم من هذا النص أن للقاضي أن يستمر في النظر في الدعوى في حالة إنكار أحد الخصوم لما ورد في المحرر العرفي، أي لا يكتفي بما ورد فيه من وقائع أو في عدم صحته، و بالتالي إذا رأى القاضي أن العقد يهدف إلى إثبات واقعة منتجة في الدعوى يتوقف عليها مصير الدعوى أن يصدر أمر بإجراء التحقيق في الخط أو التوقيع.²

- الأمر بإجراءات مضاهاة الخطوط: طبقاً للمادة 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يمكن للمحكمة في حالة الإنكار للتوقيع الوارد في العقد العرفي، أن تأمر بإيداع الأصل في كتابة الضبط، وتأمر بإجراء مضاهاة الخطوط أو الاستعانة بخبير، ويجوز سماع شهادة الشهود لإثبات نسبة التوقيع بحضورهم، كما يمكن أيضاً للقاضي أن يأمر بمطابقة العقد المطعون فيه بالإنكار أو عدم العلم بوثائق أخرى تحمل خط أو توقيع الخصم الذي أنكر التوقيع وفقاً لما ورد عليه النص في المادة 167 من ق.إ.م.إ التي حددت المستندات.³

- مرحلة التحقيق: يتم التحقيق إما بمضاهاة الخطوط أو بسماع الشهود أو بواسطة الخبرة، حيث يكون التحقيق في مضاهاة الخطوط عن طريق مستندات سليمة و معترف بها بين الخصمين⁴، و قد أشارت إليها المادة 167 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، أما مضاهاة الخطوط بواسطة الشهود تتحدد في أنهم شاهدوا المنسوب إليه وهو يكتب أو يوقع على

¹ قانون 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 27.

³ قانون 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

⁴ -المرجع نفسه.

العقد طبقاً للمادة 166 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. كما يمكن الاستعانة بأهل الخبرة للفصل في النقاط التي لا يملك القاضي فيها خبرة أين يكلف القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم بالقيام بتعيين خبير، فللقاضي السلطة التقديرية في الأخذ أو الرفض بالخبرة.¹

- الحكم في الدعوى: على ضوء النتائج المترتبة على إجراء التحقيق فإن المحكمة عندما تصدر حكمها في دعوى تحقيق الخطوط الفرعية استقلالاً عن موضوع الدعوى الأصلية، و تحدد في الحال أجل للنظر فيها في أقرب جلسة، وتجدر الإشارة أن القاضي غير ملزم بالأخذ بنتيجة التحقيق المتحصل عليه بل له السلطة التقديرية في ذلك، أي أن التحقيق النهائي مرجعه إلى القاضي بصفته الخبير الأعلى ما دامت الأسباب التي استند إليها في حكمه كافية و مقنعة.²

ب_ دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية

لقد أفصح المشرع في المادة 3/164 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للعقد العرفي كدعوى أصلية أمام القضاء، ليست بالضرورة متفرعة عن دعوى أخرى قائمة أمام القضاء. وبالتالي تفصل المحكمة في هذه الدعوى بالتحقيق في المحرر فقط بنسبته إلى المدعي عليه أو عدم نسبته إليه، دون أن تتعرض لأصل الحق الوارد به.

إذا رفعت الدعوى وفق الإجراءات الواجب إتباعها أمام المحكمة المختصة بنظرها فإن

نتيجتها تتحدد في ضوء موقف المدعي عليه حيث:

¹ - بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 29.

² - المرجع نفسه، ص. 29.

_ إذا حضر المدعي عليه وأقر بصحة العقد العرفي، يصبح للعقد العرفي حجية العقد الرسمي فيما يتعلق بصحة صدوره من الشخص الذي ينسب إليه، وبالتالي لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير.

_ عدم حضور المدعي بعد تبليغه ولم يعتبر عذره مشروع وبالتالي يعتبر عدم حضوره إقرار منه بصحة العقد.

_ و إذا حضر المدعي و أنكر نسبة الخط و التوقيع إليه، يمكن للقاضي الأمر باتخاذ التدابير اللازمة بشأن دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية.¹

ثانيا: دعوى التزوير

يقصد بالتزوير أنه تغيير للحقيقة أي تغيير ما ورد في عقد عرفي أو أي محرر بإحدى الطرق التي ذكرها القانون يكون من شأنه إحداث ضرر للغير، وهو يمثل جريمة وفقا لقانون العقوبات اصطلح على تسميتها بجنحة التزوير في محررات عرفية إذا توفر فيها ركن القصد الجنائي.²

ويتعين فيما يلي التمييز بين دعوى التزوير الفرعية، ودعوى التزوير الأصلية.

أ_ دعوى التزوير الفرعية

يكون الادعاء بالتزوير عموما من خلال دعوى كانت قائمة أمام القضاء يستند فيها المدعي إلى محرر معين، فيطعن الخصم أو المدعي عليه في هذا المحرر بالتزوير، وعندها

¹ _ تنص المادة 3/164 من ق.إ.م.إ. " يمكن تقديم دعوى مضاهاة الخطوط للمحرر العرفي كدعوى أصلية أمام الجهة القضائية المختصة "

² _ ملزي عبد الرحمن، محاضرات في الإثبات المدني؛ محاضرات أقيمت على طلبة القضاة، 2007-2008، ص. 21.

نكون أمام دعوى تزوير فرعية وفقا لمقتضيات المادة 175 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- المحكمة المختصة في النظر في الدعوى: يعود الاختصاص في النظر في دعوى التزوير الفرعية للمحكمة نفسها التي تولت النظر في الدعوى الأصلية.

وطبقا للمادة 180 ق.إ.م.إ يثار الادعاء الفرعي بالتزوير بمذكرة تودع أمام القاضي الناظر في الدعوى الأصلية ، حيث تتضمن هذه المذكرة الأوجه التي يستند إليها الطعن لإثبات التزوير تحت طائلة عدم قبول الادعاء.¹

- شروط قبول دعوى تزوير الفرعية: يجب لإيداع أي دعوى ألا تكون خالية من الشروط المنصوص عليها في ق.إ.م.إ المتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية، ويتعرض مودعها إلى رفض الدعوى شكلا لانعدام هذه الشروط، وإلى جانب وجوب توافر الشروط العامة اللازمة في أية دعوى، لا بد من توافر الشروط الخاصة بالإدعاء الفرعي بالتزوير. وهناك شروط متعلقة بالأطراف، وأخرى بالمحرمات.

بحيث لقبول الادعاء بالتزوير الفرعي توافر شروط منها:

_ قد سبق وأن تم الفصل في الادعاء بحكم حائز لقوة الشيء المقضي فيه، وبالتالي فلا مجال للطعن بالتزوير.

¹ - ابن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 31.

_ أن يكون هنالك محرر مزور سواء كان التزوير ماديا أو معنويا وسواء كان المحرر عرفيا أو رسميا.

أما الشروط المتعلقة بالأطراف حيث أن دعوى التزوير تتم بين طرفين هما المدعي والمدعي عليه، حيث أن المدعي هو الطاعن بالتزوير والمتضرر من المحرر المطعون فيه، أما المدعي عليه فهو الشخص المتمسك بقوة المحرر المطعون فيه.¹

أما الشروط المتعلقة بالمحرر قد سبق أن تم استعراض شروط صحة المحرر العرفي إلا أنه تجدر الإشارة إلى حالات يكون فيها الدفع بالإنكار أو عدم العلم مجديا، بل يتوجب طلب الطعن بالتزوير مباشرة، ونذكر أيضا أن هذه الحالات لم يتطرق إليها المشرع الجزائري، ولكن تناولها الفقه والقوانين المقارنة، ومن بين هذه الحالات:

- _ حالة من احتج عليه بمحرر عرفي وناقض موضوعه.
- _ حالة ما إذا أقر الخصم أن الختم الموضوع على المحرر هو له لكن ينكر فعل التختيم عليه.
- _ حالة صدور التوقيع على المحرر العرفي أمام موظف عام مختص.
- _ حالة ما إذا أقر الخصم بأن التوقيع الوارد في المحرر له لكي يناع فيما ورد في الإنكار.
- _ حالة ما إذا صدر حكم بصحة التوقيع الوارد على المحرر بعد إجراء تحقيق الخطوط.²

- تقديم الادعاء إلى المحاكمة: يستفاد من مقتضى نص المادة 145 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " أن يكون الإدعاء بالتزوير منتجا في الدعوى"، أي أن يكون هنالك أثر فعال

¹ - ملزي عبد الرحمن، مرجع سابق، ص. 21.

² - بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 31.

ومباشر في الدعوى، وهذا يعود للسلطة التقديرية التي يتمتع بها القاضي في مراقبة ما إذا كان منتجا أم لا أي يتحدد ما إذا كان الادعاء بالتزوير صحيح أولا.¹ و يكون الإدعاء بالتزوير منتجا في الدعوى في ثلاثة حالات هي :

- أن يكون للمحرر حجية في الإثبات.

_ أن يكون المحرر مما لم يسبق الطعن فيه بالتزوير.

_ أن يكون هنالك تمسك صريح بالمحرر المدعى بتزويره من طرف من قدمه.²

- الحكم الصادر في موضوع الادعاء: بعد الانتهاء من التحقيق في المحرر المدعى بتزويره يكون حكم القاضي إما برفض الادعاء أو إما الحكم بعدم صحة المحرر العرفي.

و في حالة حكمه برفض الإدعاء لعدم التأسيس لأن الطاعن قد أخطأ في تكييفه لإدعائه

يحتفظ المحرر بكل حجية و قوته في الإثبات في الدعوى الأصلية القائمة بين الطرفين.³

أما في حالة ثبوت وجود تزوير المحرر فإن القاضي يحكم بعدم صحة العقد أو السند

جزئيا أو كليا مع استبعاده بالتأشير عليه بذلك طبقا للمادة 183 من قانون الإجراءات المدنية و

الإدارية.⁴

وعلى القاضي أن يحكم على المدعي بغرامة، و مناطه هو الرد على قصد الإساءة في استعمال

الحق والتعمد في إطالة زمن التقاضي بغير حق عن طريق إثارة الطعن بالتزوير.⁵ ولقد حددت

¹ _ بن معمر خوخة، بركو ليلة، مرجع سابق، ص. 64.

² _ بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 3.

³ _ ناصف سعاد، مرجع سابق، ص. 62.

⁴ _ المادة 183 ق.إ.م.إ، " إذا قضى الحكم بثبوت التزوير، بالأمر إما بإزالة أو إتلاف المحرر أو شطبه كلياً أو جزئياً

وإما بتعديله..."

⁵ _ عبد الحكيم فودة، الطعن بالتزوير، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 143.

المادة 174 من القانون السالف الذكر مقدار هذه الغرامة المدنية والتي تتراوح ما بين 5000 إلى 50000 دج.¹

ومن بين آثار الحكم القاضي بالتزوير هما: أثر مدني يتمثل في بطلان المحرر العرفي، ويستبعد من الدعوى الأصلية، أما مضمون ذلك المحرر يبقى قابل للإثبات بكل وسائل الإثبات القانونية.

أما الأثر الثاني يتمثل في نشوء جريمتين الأولى تتمثل في جريمة التزوير في محررات عرفية، أما الجريمة الثانية تتمثل في جريمة استعمال المزور طبقا للمادة 223 من قانون العقوبات.²

ب_ دعوى التزوير الأصلية

أجازت المادة 176 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية إلى من يدعي التزوير أن يرفع دعوى أصلية ضد خصمه أي من يتمسك بالمحرر، مثلا أن يعلم أنه بيد شخص آخر محرر عرفي مزور يخشى أن يحتج به عليه، وعلى المدعي إثبات تزويره طبقا للأوضاع القانونية لإثبات صحة المحرر ، و للمحكمة أن تراعي في الحكم فيه القواعد المنصوص عليه في أمر تقدير الادعاء بالتزوير ، ويلاحظ أنه لا يكون المحرر المدعى بتزويره قد رفعت به دعوى موضوعية أمام القضاء أو قدمه المتمسك به دليلا لصالحه ضد خصمه في النزاع بينهما.³

¹ قانون 08-09، مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق.

² أمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ج.ج. عدد 49، بتاريخ 11 يونيو 1966.

³ المادة 176 ق.إ.م.إ: " إذا كان للمحرر العرفي محل دعوى أصلية بالتزوير يجب أن يبين في العريضة أوجه التزوير "

الفرع الثاني

سقوط حجية العقد العرفي

تسقط حجية العقد العرفي في حالتين: في الحالة الأولى قد تسقط بصفة مؤقتة إلى حين يفصل القاضي في صحة العقد العرفي المحتج عليه بالإنكار أو التزوير، وقد تسقط هذه الحجية كدليل كامل في الإثبات، وتتحول إلى مبدأ ثبوت الكتابة والذي بدوره يجوز تكملته بالبينة والقرائن، أما في الحالة الثانية قد تسقط حجية العقد بصفة نهائية كدليل إثبات لاشتراط الرسمية كركن في التصرفات الواردة على العقار.¹ وللاحاطة بمسألة سقوط حجية العقد العرفي يتعين التمييز بين تحول العقد العرفي إلى مبدأ ثبوت الكتابة، وبين سقوط الحجية لتخلف الرسمية.

أولاً: تحول العقد العرفي إلى مبدأ ثبوت بالكتابة

سبقت الإشارة إلى أن التوقيع هو إجراء و شكل أساسي لصحة العقد؛ لأنه الشرط الوحيد الذي يدل على وجود رضا، و بتخلفه يعد العقد بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة²، يجوز تكملته بالبينة و القرائن، وبالتالي لايفقد العقد قيمته في الإثبات بانعدام شروط التوقيع؛ لأن التوقيع ما هو إلا قرينة على وجود التصرف القانوني .

ثانياً: سقوط الحجية لتخلف الرسمية

يجب طبقاً المادة 1/324 من القانون المدني الجزائري والمادة 12 من الأمر 90-71 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق مراعاة ضرورة إبرام التصرفات الواردة على العقار في الشكل

¹ _ بن طبال عصام، مرجع سابق، ص. 34.

² _ عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام-للاثبات-آثار الالتزام؛ مرجع سابق، ص. 423.

الرسمي تحت طائلة البطلان المطلق، وكذلك يجب حسب المادة 203 من القانون التجاري الجزائري إفراغ العمليات المتعلقة بالمحل التجاري في الشكل الرسمي.

و نخلص مما سبق أن المشرع الجزائري صريح في نصه على اشتراط الرسمية في التصرفات القانونية الواردة على العقار.

خلاصة الفصل الثاني

ما توصلنا إليه في هذا الفصل أن العقود العرفية هي التي لا تحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عام، وأن المشرع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في تحريرها، ويكفي لصحتها توفر شرطين، وهما: أن تكون موقعة من أطراف العقد أي البائع والمشتري، وأن يكون مكتوبا يدل على الغرض الذي أعدّ من أجله.

والعقود العرفية نوعان: عقود معدة لإثبات الملكية العقارية التي لها تاريخ يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير كونها تحمل توقيع أطراف العقد وعقود غير معدة لإثبات لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير كونها لا تحمل توقيع أطراف العقد، أو أنها غير ثابتة التاريخ، أو عدم تحديد العقار تحديدا دقيقا الذي وقع عليه التعرف.

و أن حجية العقد بالنسبة لأطراف العقد يكون العقد صحيحا ويكون حجة عليهم، ما لم ينكروه صراحة ما هو منسوب إليهم من خطأ أو إمضاء وأن مجرد سكوتهم يعدّ إقرار بصحة العقد طبقا للمادة 327 من قانون المدني الجزائري.

غير أن هذه المادة استتنت ورثة وخلف موقع العقد من الإنكار الصريح، واكتفت بأن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخطأ والإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق.

أما بالنسبة للغير فلا يكون العقد العرفي حجة إلا إذا كان له تاريخ ثابت، وهذا من خلال المادة 328 من القانون السالف ذكره.

وكذلك بما أن العقد العرفي عقد مبرم بين طرفين دون تدخل موظف عمومي، فإنه من الممكن أن يشوبه عيب من عيوب، أو تغيير في محتواه مما قد يؤدي إلى سقوط حجّيته بصفة مؤقتة أو نهائية، لذلك فالمشرع منح لمن يحتج عليه بعقد عرفي أن يدافع عن نفسه بنسبة هذا المحرر إليه عن طريق إحدى الوسائل الدفاعية المقررة قانونا من خلال قانون الإجراءات المدنية و الإدارية سواء كانت دفعو شكلية المتمثلة في الدفع بالإنكار المقرر لمن يحتج عليه

بالعقد أو بالدفع بعدم العلم المقرر للخلف العام أو الخاص لصاحب التوقيع، ويقع ذلك بالإثبات على الخصم الذي له اللجوء إلى اتخاذ إجراءات مضاهاة الخطوط في صورة فرعية أو أصلية، أو عن طريق الدفع الموضوعية المتمثلة في الدفع بالتزوير الذي يكون في حالة ما وقع تغيير في البيانات الواردة في العقد، ويتم ذلك برفع دعوى أمام القضاء بصورة دعوى فرعية أو أصلية لوقوع جريمة التزوير، فالقاضي يحكم بغرامة مالية في الحالتين، وبالتالي فإن حجية العقد تسقط بصفة مؤقتة لغاية الفصل في صحة العقد من عدمه.

كما يمكن أن تسقط هذه الحجية بصفة نهائية في حالة تخلف شرط التوقيع دون النظر إذا كان هناك تزوير أم لا ويتحول إلى مبدأ ثبوت بالكتابة أو سبب تخلف الرسمية في إبرام العقد لاشتراط المشرع الرسمية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية، ولذلك لا يمكن اعتبار العقد العرفي كدليل لإثبات الملكية العقارية.

خاتمة

لقد توصلنا من خلال هذه الدراسة أن الجزائر منذ استرجاعها لسيادتها الوطنية بدأت العمل على ضبط الإجراءات القانونية الخاصة بال عقار، وذلك من خلال إصدارها لعدة قوانين تعالج فيها الوضعية التي خلفها الاستعمار.

من أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذا البحث يمكن إجمالها في النقاط التالية:

1- أن المشرع الجزائري تبنى رسمية العقود على التصرفات الواردة على العقار بعد أن دخل قانون التوثيق 91/70 حيز النفاذ و هذا استثناء عن القاعدة الأصلية أن عقد البيع يرتكز على مبدأ الرضائية.

2- إضافة إلى ركن الرسمية إشتراط المشرع إجراء الشهر في المحافظة العقارية لترتيب الأثر العيني المتمثل في نقل ملكية العقار إلى المشتري.

3- الشهر العقاري عملية فنية هدفها إعلام الغير بكل مكونات العقار وحدوده، وهو في نفس الوقت حماية للمتعاملين في العقار.

4- العقود العرفية عقود تتوافر فيها جميع الشروط إلا أنها تبقى ملزمة للأطراف المتعاقدة ولا يجوز الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا من تاريخ اكتسابها لتاريخ ثابت.

5- بيع العقارات بموجب عقود عرفية عقد باطل ابتداء من 1971/01/01 و هو تاريخ سريان قانون التوثيق.

6- إكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 1971/01/01 صيغتها الرسمية، دون حاجة اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها ليتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة.

7.المشرع و إجتهد المحكمة العليا أنهى الخلاف المتعلق بحجية العقود العرفية في إجراء نقل الملكية العقارية وذلك من خلال المادة 12من قانون 91/70 و كذلك المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لأن الرسمية تعتبر ركنا في العقد و ليس فقط وسيلة إثبات.

8-في حالة بيع عقار غير مشهر لا يرتب عنه سوى حقوق شخصية بين الأطراف، أي أن عقد البيع في هذه الحالة لا ينشئ حقا عينيا للمشتري لكن يبقى على الطرفين بتنفيذ ما اتفقا عليه أي أن البائع ملزم بنقل الملكية و التسليم و يبقى المشتري ملزم بدفع الثمن، وعليه أن العملية التي تلي إبرام العقد لا تقل أهمية عن مرحلة إبرامه نظرا للأثر القانوني الذي ترتبه، وهي مرحلة وعملية إشهار العقد في المحافظة العقارية أي هي التي تنتقل الملكية في البيع العقاري. و لكن ما دام أن عملية المسح العقاري لم تغط بعد كامل المساحة الجغرافية لبلدنا فإن فعالية الشهر العيني تبقى معلقة على عملية المسح التي تستلزم أموال طائلة نظرا لتقنية العملية و اتساع القطر الجزائري.

وفي الأخير نقدم بعض الاقتراحات العملية التي يمكن أن تساهم في حل للمشاكل التي أثيرت ضجة، منها:

- يجب على السلطات العمومية إتمام عمليات المسح العام للأراضي على كافة التراب الوطني من أجل تسوية سندات الملكية ويمكن تفعيلها بمضاعفة الوسائل التقنية و البشرية بتجنيد الكفاءة المحلية المتمثلة في المساحين و المهندسين و الطوبوغرافيين، و بهذه يمكن أن تساهم في التقليل من إبرام العقود العرفية و بيع أملاك الغير بعقود عرفية.

- تشجيع الأشخاص على شهر تصرفاتهم العقارية في المحافظة العقارية ذلك من أجل ضمان الحماية لممتلكاتهم و ضمان إستقرار المعاملات بين الأفراد و التقليل من المنازعات أمام القضاء حول الملكية العقارية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

-باللغة العربية:

أولاً: الكتب

- 1-أنور السلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ؛ دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2005.
- 2-السعدي محمد صبري، الواضح في القانون المدني:الإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ دار الهدى،الجزائر،2009.
- 3-السنهوري احمد عبد الرزاق ،الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1:مصادر الالتزام؛ دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1960.
- 4- _____ ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد: البيع والمقايضة؛ ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 5- _____،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد:ج2، الإلتزام بوجه عام-الإثبات- أثار الإلتزام ؛ ط3، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان، 2002.
- 6-الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري؛ الديوان الوطني لإشغال التربوية،الجزائر،2001.
- 7-بكوش يحي، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي،دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة؛ الشركة الوطنية، الجزائر، 1981.
- 8-بن عبيدة عبد الحفيظ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري؛ دار هرمة، الجزائر، 2003 .

- 9-بوشنافة جمال ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري؛ د.ط ، دار الخلدونية ،الجزائر، 2006.
- 10-تناغو عبد السيد سمير، النظرية العامة القانون؛ منشأ المعارف، مصر، 1999.
- 11-حاجي نعيمة، المسح العام وتأسيس السجل العقاري في الجزائر؛ (د.ط)، دار هومة ،الجزائر، 2002.
- 12-حمدي باشا عمر، وزاني وسيلة، المنازعات العقارية؛ ط.13، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 13-حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة؛(د.ط)، دار هومة ، الجزائر ، 2009.
- 14- _____ ، نقل الملكية العقارية؛ (د.ط)، دار هومة ، الجزائر ، 2009.
- 15- _____ ، حماية الملكية العقارية الخاصة؛ ط8، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 16-حوحو يمينه، عقد البيع في القانون المدني الجزائري؛ ط.1، دار بلقيس، الجزائر، 2016.
- 17-خلفوني مجيد، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ؛ دار هومة، الجزائر، 2011.
- 18-خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج4:عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000.
- 19-رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام؛ ط1، الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2007.
- 21-زهودر محمد، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات؛ د.ب.ن، 1991.
- 22-سوار محمد وحيد الدين، شرح القانون المدني ،الحقوق العينية الأصلية؛ مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، (د.س.ن).

- 23-سي يوسف زاهية،الوجيز في عقد البيع ؛ دار الأمل ،الجزائر ،2008.
- 24-عصام أنور سليم، النظرية العامة لإثبات المواد المدنية والتجارية؛ منشأ المعارف، القاهرة، 2005.
- 25-علوي عمار، الملكية والنظام العقاري في الجزائر"العقار"، دارهومة ،الجزائر،2004.
- 26-فودة عبد الحكيم، الطعن بالتزوير؛ منشأ المعارف، الإسكندرية،2005.
- 27-محمد حسين قاسم ، قانون الإثبات والمواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ،2003.
- 28-محرزي محمد عباس، اقتصاديات الجبائية والضرائب، د.ط، دار هومة، الجزائر،2003.
- 29-محمود احمد عبيدة،الوسيط في شرح قانون التوثيق ؛ المركز القومي للإصدارات القانونية،(د.ب.ن)، 2011.
- 30-مرفس سليمان، شرح القانون المدني:العقود المسماة،عقد بيع؛ ط4، ج3، عالم الكتب، مصر، 1985 .
- 31-مصطفى مجيدي هرجه،قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء احدث الآراء وأحكام النقض؛ دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1994.
- 32-ميدي احمد،الكتابة كدليل إثبات في القانون المدني الجزائر ،دار هومة ، الجزائر، 2005.
- 33-همام محمد محمود زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية؛ ط.2، دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية، 2003.
- 34-وزاني وسيلة، وظيفة التوثيق في النظام الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.

ثانيا: الرسائل

- 1-رحايمية عماد الدين،الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة فيالتشريع الجزائري؛ رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،2014.
- 2-محمودعبد العزيز،تطهير الملكية العقارية الخاصة غير الممسوحة في التشريع الجزائري؛رسالة دكتوراه،كلية الحقوق،جامعة البليدة،2008 .

ثالثا: المذكرات:

- مذكرات الماجستير:

- 1-أورحمون نورة،إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع والقضاء الجزائري؛ مذكرة الماجستير،كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.
- 2-برا هامي سامية،إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري؛ مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الإخوة متتوري، قسنطينة،2008.
- 3-بن عيسى سعيدة، العقد العرفي في بيع العقار؛ مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة،2001.
- 4-بوقرة العمرية، تسجيل العقارات لدى مفتشية التسجيل والطابع؛ مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البليدة،2007.
- 5-صرادوني رفيقة، ضمانات الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري؛ مذكرة الماجستير،كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2013.
- 6-قتال حمزة، شهر عريضة الدعوى العقارية؛ مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس،2006.

7-ناصر سعاد،الأحكام الإجرائية والمدنية لمضاهاة الخطوط والتزوير في المحررات العرفية والرسمية؛ مذكرة الماجستير، كلية الحقوق،الجزائر،2011.

- مذكرات الماستر:

1-بن معمر خوخة، بركو ليلة، العقود العرفية كوسيلة لإثبات الملكية العقارية؛ مذكرة الماستر، كلية الحقوق،جامعة عبد الرحمان ميرة ،بجاية،2016.

2-طالبى ياسمين،اهروش كهينة ،البيع العقارى؛ مذكرة الماستر، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2012.

3-مشانة سيف الإسلام، وسائل إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري؛مذكرة الماستر، كلية الحقوق،جامعة حمه لخضر، الوادي، 2015.

4-نتورى سعاد، وارث سهام، إثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري؛ مذكرة الماستر، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة ، بجاية،2014 .

-مذكرات الليسانس:

-بن طبال عصام، العقود العرفية كوسيلة إثبات في التشريع الجزائري، مذكرة الليسانس، كلية الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014.

-مذكرات لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء:

خالى سفيان، الإثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر،2007.

-رابعاً:المقالات العلمية

- 1-بوحلاسة عمر،"التوثيق والمحيط المهني"، مجلة الموثق،الغرفة الوطنية للموثقين،العدد05، سنة 1990، ص.ص. 22-23.
- 2-بوصبيعات سوسن،" فعالية العقود العرفية الثابتة التاريخ في تطهير الملكية العقارية في الجزائر"، مجلة العلوم الإنسانية، العدد43، سنة 2015، ص.209.
- 3-بوصوف موسى،"دور القاضي الإداري في المنازعات العقارية"، مجلة مجلس الدولة، عدد02، سنة 2000، ص.29.
- 4-سعداوي عبد الحميد، "العقد العرفي الثابت التاريخ"، مجلة الموثق، العدد08، سنة 2000.
- 5-نادية يونس حداد،"العقد العرفي والمعاملات العقارية"، المجلة قضائية، العدد01، سنة1997، ص.244.

-محاضرات:

- 1-محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع (غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002-2003.
- 2-ملزي عبد الرحمان، محاضرات في الإثبات المدني(غير منشورة)، أقيمت على الطلبة القضاة، الدورة 17، 2007 - 2008.

خامساً:النصوص القانونية :

1-النصوص التشريعية

- 1-أمر رقم 66-156 مؤرخ في 08 يونيو 1966، يتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، ج.ر.ج. ج، عدد48، بتاريخ 11 جوان 1966.

- 2-أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970، يتضمن تنظيم مهنة التوثيق المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، عدد 107، بتاريخ 25 ديسمبر 1970.
- 3-أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، عدد 78، بتاريخ 30 سبتمبر 1975.
- 4-أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، عدد 92، بتاريخ 18 نوفمبر 1975.
- 5- قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، عدد 24 ، بتاريخ 12 يونيو 1984.
- 6-قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18 نوفمبر 1990، يتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، عدد 49، بتاريخ 18 نوفمبر 1990.
- 7-قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج، عدد 14 بتاريخ 08 مارس 2006.
- 8-قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج، عدد 21، بتاريخ 23 أبريل 2008.

2-النصوص التنظيمية

- مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتضمن تأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج، عدد 30، بتاريخ 18 ديسمبر 1976.

سادسا: القرارات القضائية

- 1-المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، قرار رقم 113840 مؤرخ في 1994/02/07،
قضية: (ب-ع ضد ف-أ) ، مجلة قضائية، العدد 02، سنة 1994.
- 2-المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار رقم 197347 مؤرخ 2003/03/19، (قضية ق-س
ضد و-ق-ش)، مجلة قضائية، العدد 01، سنة 2004.

ثانيا: باللغة الأجنبية

1-Ouvrages:

- 1-PHILIPPE Simler, PHILIPPE Delebeque, *droit civil, le suretés, la
publicité foncière*, Sene, édition, Dalloz, paris,2009.
- 2-PLANIOL Marcel, *Traité élémentaire de droit civil, obligation*, t,
2, obligation, 3eme édition, par GRIPERT et J.BOULANGE,1949.
- 3-GARAMME Ibtissem ; *terminologie juridique dans la législation
algérienne*, palais des livres, Blida,1998.
- 4-MARTY Gabriel et RAYNAUD Pierre, *Droit civil*, t 1,introduction
générale a l'étude du droit,2eme, paris, 1972.

2-texte juridique:

www.legifrance.gouv.fr

3-Dictionnaire et lexique

-Le petit Larousse illustré, Paris, 2007.

الفهرس

الموضوع:	الصفحة
مقدمة	01
الفصل الأول: انعقاد البيع العقاري	08
المبحث الأول: الأركان العامة لعقد البيع العقاري	09
المطلب الأول: التراضي في البيع العقاري	09
الفرع الأول: وجود التراضي	09
أولاً: التراضي على طبيعة العقد	10
ثانياً: التراضي على المبيع	10
ثالثاً: التراضي على الثمن	10
الفرع الثاني: شروط صحة التراضي في البيع العقاري	11
أولاً: الأهلية	11
ثانياً : خلو الرضا من العيوب	12
ثالثاً: علم المشتري بالمبيع	12
المطلب الثاني: المحل في البيع العقاري	12
الفرع الأول: العقار المبيع	13
أولاً: أن يكون العقار المبيع موجوداً أو قابليته للوجود مستقبلاً	13
ثانياً: أن يكون العقار معيناً أو قابل للتعيين	15

15.....	ثالثا: أن يكون العقار المبيع مشروعا وقابلا للتعامل فيه.....
16	الفرع الثاني: ثمن المبيع.....
16	أولا: الثمن مبلغ من النقود.....
16.....	ثانيا: الثمن معين أو قابل للتعين.....
17	ثالثا: الثمن حقيقي وجدي.....
17.....	المطلب الثالث: السبب في البيع العقاري.....
18.....	الفرع الأول: تعريف السبب.....
18.....	الفرع الثاني: الشروط الواجب توفرها في السبب.....
19	أولا: وجود السبب.....
19	ثانيا: صحة السبب
19.....	ثالثا: مشروعية السبب.....
20	المبحث الثاني: الأركان الخاصة في البيع العقاري.....
21	المطلب الأول: مفهوم العقد الرسمي.....
22	الفرع الأول: تعريف العقد الرسمي.....
22	الفرع الثاني: شروط العقد الرسمي.....
23	أولا: صدوره من موظف عام
24	ثانيا: تحرير المحرر في حدود سلطته واختصاصه

24 ثالثا: مراعاة الأشكال القانونية
25 الفرع الثالث: حجية العقد الرسمي
25 أولا: حجية العقد الرسمي بالنسبة للأشخاص (المتعاقدين-الغير)
26 ثانيا: حجية العقد الرسمي لما دون فيه
27 المطلب الثاني: الرسمية لنفاذ عقد البيع وجزاء تخلفها
27 الفرع الأول: الرسمية لنفاذ عقد بيع العقار
28 أولا: نفاذ العقد فيما بين المتعاقدين
29 ثانيا: نفاذ العقد في مواجهة الغير
29 الفرع الثاني: جزاء تخلف ركن الرسمية
29 أولا: بطلان العقد الرسمي .
30 ثانيا: اعتبار العقد الرسمي كمحرر عرفي
31 المطلب الثالث: انتقال الملكية في العقار
32 الفرع الأول: تسجيل العقارات
32 أولا: تعريف تسجيل العقارات
33 ثانيا: وظيفة التسجيل
33 الفرع الثاني: شهر العقارات
34 أولا: تعريف شهر العقارات
34 ثانيا: وظيفة الشهر

36	الفصل الثاني: دور العقود العرفية في إثبات الملكية العقارية.....
37	المبحث الأول: ماهية العقد العرفي.....
37	المطلب الأول: تعريف العقد العرفي
38	الفرع الأول:أنواع العقود العرفية
38	أولاً:العقود المعدة لإثبات الملكية العقارية.....
39	ثانياً: العقود غير المعدة للإثبات في الملكية العقارية
40	أ-عقود غير الثابتة التاريخ
40	ب-العقود العرفية غير الموقعة
40	ج-العقود العرفية غير محددة للعقار تحديداً دقيقاً
41	الفرع الثاني: شروط صحة العقد العرفي.....
41	أولاً: الكتابة
42	ثانياً:التوقيع
43	الفرع الثالث: تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي
44	المطلب الثاني: جزاء الإخلال بشروط صحة العقد العرفي.....
45	الفرع الأول: جزاء الإخلال بشرط التوقيع
46	الفرع الثاني: جزاء الإخلال بشروط تعدد النسخ الأصلية للعقد العرفي
47	المطلب الثالث: إثبات الملكية في البيع العقاري

- 47..... الفرع الأول: حجية العقد العرفي في إثبات البيع العقاري.
- 48..... أولاً: حجية العقد العرفي بالنسبة للطرفين.....
- 48..... أ- حجية العقد العرفي من حيث صدوره ممن وقع عليه.....
- 49..... ب- حجية العقد العرفي من حيث صحة الوقائع الواردة فيه.....
- 50..... ثانياً: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير
- 51..... أ- إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم تسجيله.....
- 51..... ب- إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.....
- 52..... ج- إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عمومي مختص.....
- 52..... د- إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم وفاة احد الموقعين عليه
- 53..... ثالثاً- حجية العقد العرفي في إثبات البيع العقارين حيث التاريخ.....
- 54..... أ- حجية العقد العرفي المبرم قبل قانون التوثيق.....
- 54..... 1- حجية العقد العرفي الثابت التاريخ.....
- 55..... 2- حجية العقد العرفي غير الثابت التاريخ.....
- 56..... ب- حجية العقد العرفي المبرم بعد قانون التوثيق.....
- 57..... **المبحث الثاني: صور تثبيت العقد العرفي وطرق الطعن في حجته.....**
- 57..... **المطلب الأول: إجراءات إثبات الملكية العقارية في ضوء موقف القانون والقضاء.....**
- 58..... **الفرع الأول: الإجراءات القانونية لإثبات الملكية العقارية**

- 58.....أولاً: الإيداع لدى الموثق
- 59.....ثانياً: اللجوء إلى القضاء
- 61.....الفرع الثاني: موقف القانون والقضاء من العقود العرفية
- 62.....أولاً: موقف القانون من العقد العرفي
- 63.....ثانياً: موقف القضاء من العقد العرفي
- 63.....أ-موقف القضاء السابق في نقل الملكية العقارية
- 65.....ب- موقف القضاء الحديث في نقل الملكية العقاري
- 66.....المطلب الثاني: طرق الطعن في حجية العقد العرفي
- 66.....الفرع الأول: الدفع الشكلية
- 67.....أولاً: الدفع بالإنكار
- 68.....ثانياً: الدفع بعدم العلم
- 69.....الفرع الثاني: الدفع الموضوعية
- 69.....أولاً: الدفع بالإنكار
- 69.....أ-التزوير المادي
- 70.....ب-التزوير المعنوي
- 70.....ثانياً: تميز الدفع بالإنكار عن الدفع بالتزوير
- 70.....أ-أوجه التشابه

71.....	ب- أوجه الاختلاف.....
72.....	المطلب الثالث: التحقيق في طعن العقد العرفي وسقوطه.....
73.....	الفرع الأول: إجراءات التحقيق في الطعن في العقد العرفي.....
73.....	أولاً: دعوى مضاهاة الخطوط.....
73.....	أ- دعوى مضاهاة الخطوط الفرعية.....
76.....	ب- دعوى مضاهاة الخطوط الأصلية.....
77.....	ثانياً: دعوى التزوير.....
77.....	أ- دعوى التزوير الفرعية.....
81.....	ب- دعوى تزوير أصلية.....
82.....	فرع الثاني: سقوط حجية العقد العرفي.....
82.....	أولاً: تحول العقد العرفي إلي مبدأ ثبوت بالكتابة.....
83.....	ثانياً: سقوط الحجية لتخلف الرسمية.....
86.....	خاتمة.....
88.....	قائمة المراجع.....
97.....	الفهرس.....

ملخص

تختلف حجية بيع العقار فيما إذا كان قد إنعقد قبل أو بعد سريان قانون التوثيق، حيث أن عقد بيع العقار المبرم بعد تاريخ سريان قانون التوثيق الموافق ل 1971/01/01 هو عقد شكلي لا يجوز إثباته إلا بورقة رسمية يحررها موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، بحيث يعد تخلف العقد الرسمي لشروطه يترتب عليه بطلان عقد البيع، أما عقد بيع العقار المبرم قبل تاريخ سريان القانون السالف الذكر، هو عقد رضائي يجوز إثباته بعقد عرفي بشرط أن يكون ثابت التاريخ و إلا كان تحت طائلة البطلان.

Résumé

La preuve de la cession d'un immeuble diffère selon que le contrat avait été conclu avant ou après l'entrée en vigueur de la loi notariale.

Le contrat de vente de l'immeuble conclu après la date d'entrée en vigueur du code notarial, c'est à dire après le 01/01/1971, est un contrat formel qui ne peut être prouvé que par un acte authentique dressé par un fonctionnaire public, un officier ministériel ou une personne dotée d'une charge publique. Le défaut d'une des conditions ayant présidé à la validité de l'acte authentique de la vente d'un immeuble entraîne la nullité absolue du contrat.

Quant au contrat de vente d'un immeuble conclu avant l'entrée en vigueur du code notarial sus cité, c'est un contrat consensuel pouvant être ainsi prouvé par acte sous seing privé à condition que celui-ci ait date certaine sous peine de nullité.

