

الشكلية في العقود

المقدمة:

يكتسي العقد في الوقت الحالي أهمية كبيرة لذلك يحتاج إلى عناصر يقوم عليها من أهمها وجود إرادتين أو أكثر، وضرورة إتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، أما ما يتم في نطاق المجالات الاجتماعية فلا يعتبر من العقود، كما يجب أن يكون الأثر القانوني التي تتجه الإرادة إلى إحداثه ذو طابع مالي أي يكون قابل للتقوم بالنقود، وأخير يجب أن يكون الإنفاق واقع في دائرة القانون الخاص إذ يخرج عن نطاق العقد كل من المعاهدات و الإتفاقيات التي تخضع لأحكام القانون الدولي.

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

إن نطاق العقد يحتاج إلى أركان يقوم عليها وهي التراضي، المحل والسبب إضافة إلى ركن رابع كإستثناء و هو ركن الشكل في بعض العقود¹ التي يشترط المشرع فيها ذلك، مثل العقود الواردة على العقارات و عقود الرهن...²

علاوة على ذلك، هناك نوع آخر من الشكلية فرضها المشرع الجزائري على بعض العقود و هي العقود العينية التي تشترط لإنعقادها زيادة على التراضي والمحل والسبب تسليم الشيء محل العقد حتى ينعقد العقد، فيعتبر فعل التسليم هذا شكلية لا بد منها لقيام العقد، ويرجع أصل هذا العقد إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية والقرض الإستهلاكي والوديعة والرهن الحيازي، وفي الحقيقة فإن هذا النوع من العقود أصبح نادرا بل ومنعدما بالنسبة للقانون الجزائري، والسبب في ذلك يرجع إلى الإنتقادات التي وجهت لهذه العقود ، إذ يعتقد معظم الفقهاء المعارضين أن هذه العقود هي عقود رضائية لا غير³.

¹ - سنوسي فضيلة و مهداوي المولات، الشكلية في عقد البيع، مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس جامعة سعيدة 2008-2009، ص.

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

³ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد ، الطبعة الثانية، 2005، موفم للنشر والتوزيع ، الجزائر، ص.241.

الشكليات في العقود

إن الأصل في العقود هي مبدأ الرضائية، فالعقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لإنعقاده مجرد التراضي أي مجرد تطابق الإرادتين عليه أيا كانت وسيلة التطابق كتابة أو مشافهة أو إشارة، و الرضائية هي القاعدة العامة في القانون المدني الجزائري ما لم يقضي بغير هذا نص خاص و ذلك طبقا لنص المادة 59 ق.م بأن : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"¹.

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

فالنسبة للمصالح الخاصة فإن للرضائية مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير ، فهي تزيد من تسرع المتعاقد في إبرام العقد قبل أن يقدر الأمور حق قدرها ، وقد يغفل عن مسائل هامة وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه كما تسهل الرضائية تضليل المتعاقد وتساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد وحتى بالنسبة لوجوده أحيانا، ويقول الفقيه الألماني **أهريج** في هذا الشأن " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة " فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية حيث يلزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد فيكون على بينة من أمره - وتشجع الكتابة- على الإلتزام إذ تجنب المتعاقد إحتيال إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه، أما الغير فإنه يتجاهل تماما التصرفات القانونية الشفهية، وقد يتضرر من ذلك ومن ثم فإن الشكلية تمثل أفضل وسائل لإعلامه².

كما تستدعي المصلحة العامة بدورها الشكلية في العقود فوظيفة الدولة قد تطورت وأصبحت تتكفل بالميدانيين الإقتصادي والإجتماعي مما يجعلها تهتم بمختلف المعاملات القانونية التي يقوم بها الأفراد، لذلك فالدولة وهي تقوم بتسيير وتوجيه المنظومتين الإقتصادية و الإجتماعية ، و يجب أن تدرج المعاملات التي يقوم بها المتعاملون الإقتصاديون العموميون والخواص وحتى المواطنون ضمن السياسة

¹- قرار رقم 51440 المؤرخ في :11-11-1978، راجع بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2005 ، ص. 47.

²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 231.

الشكليات في العقود

الوطنية التي تنتهجها البلاد فهناك عمليات تخص بتشجيع الدولة بشتى الوسائل وأخرى تمنعها منعاً باتاً لتعارضها مع الإتجاهات العامة للسياسة الإقتصادية والإجتماعية.

إضافة إلى ذلك تحقق الشكليات إرادات للحزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل كما تستدعي التجارة الداخلية والخارجية كذلك بعض الضمانات الخاصة بالوفاء بالدين¹.

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

ولقد ظلت هذه الشكلية المقدسة مسيطرة على العقد وعلى كسب ملكية الأعيان عند الرومان لفترة طويلة من الزمان وبعد ذلك بدأت المذاهب الإشتراكية تنتشر وأصبحت الدولة تتدخل في تنظيم الكثير من العقود وتحد من سلطان إرادة الأفراد وتقيدها بمختلف القيود لمصلحة المجتمع، وبالتالي تضائل مبدأ سلطان الإرادة في اغلب العقود وضاق إطار العقود الرضائية، وظهر ما يسمى بالعقد الشكلي².

العقد الشكلي هو الذي يشترط لإنعاقده - إضافة إلى ركن التراضي - إحترام شكلية معينة وتعد هذه الشكلية ركن من أركان العقد بحيث يمنع إغفائها في قيام العقد وهذا ما قرره المشرع الجزائري من خلال تدخله في بعض الأحيان لفرض بعض القيود على أنواع معينة من العقود كعقد الشركة مثلاً في المادة 418 القانون المدني والتي تنص " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوب وإلا كان باطلاً . . "

وكذلك المادة 883 ق.م " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو الحكم أو بمقتضى القانون وتكون مصاريف العقد على الراهن، إلا إذا إتفقا على غير ذلك ولقد انتهى القضاء إلى نفس الحل حيث جاء في قرار المجلس الأعلى المؤرخ في 18-12-1982 " إذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد حصول

¹- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 231.

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

الشكالية في العقود

إتفاق بين إرادتين ، فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون وبصورة إستثنائية توفر شكل من أشكال الرسمية ، حيث يصبح تدخل الموثق تحت طائلة البطلان واجب¹.

يطالب المتعاقدين أحيانا بالشكالية لكونها الوسيلة القانونية الوحيدة التي يسمح بها إثبات التصرف القانوني² ، وذلك طبقا لما نصت المادة 333 ق م " وفي غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . . . "

وتتميز الشكالية كركن في العقد عن شكالية الإثبات حيث يترتب على إغفال ركن الشكالية بطلان التصرف القانوني بطلان مطلق، أما إغفال شكالية الإثبات بالنسبة للعقود الرضائية الذي تفوق قيمة 100.000 دينار جزائري ، فلا تؤثر في صحة العقد إذ ينشأ صحيح ، ولكن عند إنكار أحد المتعاقدين يتعذر على المتعاقد الآخر إثبات وجود العقد.

وللشكالية - كركن في العقد - صور عديدة فقد تمثل في الكتابة الرسمية أو العرفية وقد تقتصر على حضور الشهود أو أي إجراء شكلي يصاحب التراضي³.

فلهذه الأخيرة دور كبير في حل النزاعات القائمة بين الأفراد ، وضمان حقوق كل من الأطراف وكذلك تعتبر وسيلة إثبات في حالة وجود خصومه وقد حاولنا قدر الإمكان الإلمام بالموضوع من جوانبه المختلفة معتمدين في ذلك على موقف المشرع الجزائري بإعتباره الإطار العام لهذه الدراسة والإشكاليات التي تعرضنا لها من خلال دراستنا لموضوع الشكالية في العقود هي - ما المقصود بالشكالية في العقود التي اشترطها القانون في بعض التصرفات؟ وما هي أنواعها؟ وهل يعتبر العقد الرسمي ركن جوهري في الشكالية؟ وما هي شروط صحته؟

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

²- قرار المحكمة العليا رقم 53630 ،المؤرخ في 03-04-1989 ، المجلة القضائية1991، العدد 4، ص. 145.

³- علي فيلاي، المرجع السابق، ص.54 و 55.

الشكليات في العقود

في ظل التطورات الحاصلة اليوم في جميع المجالات وخاصة في المجال القانوني وبالنسبة للتصرفات القانونية الواردة على العقار ، ما هو دور الشهر في نقل الملكية العقارية ؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟ وما مدى القوة الثبوتية للورقة الرسمية والعرفية في نظر القانون .

وللإجابة عن كل هذه التساؤلات إعتدنا على خطة تحتوي على فصلين تناولنا في الفصل الأول الشكلية المباشرة تطرقنا فيه إلى الكتابة الرسمية من جهة والكتابة العرفية من جهة أخرى، وفي الفصل الثاني تعرضنا للشكلية غير المباشرة تناولنا فيه الشهر العقاري ومسألة الإثبات فيما يخص الأوراق الرسمية والعرفية.

الشكليات في العقود

خطة البحث

المقدمة

الفصل الأول : الشكلية المباشرة

المبحث الأول : الكتابة الرسمية

المطلب الأول : مدلول الشكلية الرسمية و الإستثناءات الواردة عليه

الفرع الأول : الرسمية كركن للإنعقاد

الفرع الثاني : الإستثناءات الواردة على الشكلية الرسمية

الفرع الثالث : موقف القضاء من الشكلية الرسمية

المطلب الثاني : شروط صحة العقد الرسمي

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

الفرع الثاني : سلطة الموظف أو الظابط العمومي و إختصاصه في إصدار السند الرسمي

الفرع الثالث: تحرير السند وفق الأوضاع التي يقرها القانون

المبحث الثاني: الكتابة العرفية

المطلب الأول: شروط صحة العقد العرفي

الفرع الأول : الكتابة بخط المتعاقد

الفرع الثاني : التوقيع

المطلب الثاني: أنواع العقود العرفية وآثارها

الفرع الأول : أنواع العقود الوفية

الفرع الثاني : آثار العقود الوفية

الشكليات في العقود

الفصل الثاني : الشكلية غير المباشرة

المبحث الأول : الشهر العقاري

المطلب الأول : أنظمة الشهر العقاري

الفرع الأول : نظام الشهر الشخصي

الفرع الثاني : نظام الشهر العيني

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري من النظامين

المطلب الثاني: قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري

الفرع الأول : قواعد الشهر العقاري

الفرع الثاني : شروط الشهر العقاري

المطلب الثالث : التصرفات الواجبة الشهر وآثارها

الفرع الأول : التصرفات الواجبة الشهر

الفرع الثاني : الآثار المترتبة عن التصرفات الواجبة الشهر

المبحث الثاني : الإثبات

المطلب الأول : إثبات العقد الرسمي

الفرع الأول : حجية الورقة الرسمية الأصلية

الفرع الثاني : حجية صورة الورقة الرسمية

المطلب الثاني : إثبات العقد العرفي

الفرع الأول : حجية الورقة العرفية الأصلية

الفرع الثاني : حجية صورة الورقة العرفية

الخاتمة

الشكليات في العقود

الفصل الأول: الشكليات المباشرة

الشكليات المباشرة هي تلك التي تكون ركن في العقد، والمقصود بالشكليات كركن في العقد هو ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركن من أركانه - إذ لا بد منه لقيام التصرف -

وبالتالي يشترط في العقد الشكلي، إضافة إلى التراضي والمحل والسبب ركن رابع وهو ركن الشكليات، وتدعي هذه الشكليات بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني، حيث يترتب على إنعدامها إنعدام التصرف.

وللشكليات المباشرة صورتان : الكتابة الرسمية والكتابة العرفية.

المبحث الأول: الكتابة الرسمية

عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج على أنه "... عقد يثبت فيه موظف أو ظابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه" وقد عاجلت المادة في الحقيقة مسألة الإثبات وهي حالة متغيرة عن التصرف الشكلي فالمادة في صيغتها الأولى أي قبل تعديل سنة 1988 كانت تشير إلى الورقة الرسمية بينما صيغتها الحالية تشير إلى العقد الرسمي.

هناك فرق بين التصرف القانوني الذي يسمى بالعقد وأداة إثباته أي الورقة الرسمية، فقد يكون التصرف القانوني صحيح والورقة الرسمية غير صحيحة وقد يحصل العكس.

وهكذا أصبح التعريف المذكور أعلاه يشمل علاوة على مسألة الإثبات الشكليات الرسمية كونها ركن في العقد¹، و من هنا يمكن طرح التساؤل التالي : ما المقصود بالشكليات الرسمية و ما هي الشروط الواجب توافرها في العقد الرسمي؟

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

الشكليات في العقود

المطلب الأول: مدلول الشكليات الرسمية و الإستثناءات الواردة عليها

هناك عنصرين أساسيين و هما الرسمية المعتبرة كركن للإنعقاد في التصرفات الواردة على العقار بموجب قانون التوثيق وكذا الإستثناءات الواردة عليها :

الفرع الأول: الرسمية كركن للإنعقاد

عرف التشريع الجزائري في مجال الملكية العقارية عدة مراحل ، حيث كان مبدأ الرضائية هو القاعدة العامة في التعاقد، ذلك أنه يكفي فيها توافق الإرادتين على طبيعتها وسببها ومحلها لكن سرعان ما بدأ المشرع يفرض شكل معين في بعض التصرفات عندما ترد على عقار وهذا بموجب صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15-12-1770 المتضمن قانون التوثيق .

المطبق ابتداء من يوم 01-01-1971 الذي أوجب الرسمية في التعاقد الوارد على عقار وأوجب إفراغ جميع التصرفات الواردة على العقار في قالب الرسمي تحت طائلة البطلان وقد نصت المادة 12 منه على ما يلي : "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي ، فإن العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية ... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الظابط العمومي الذي حرر العقد".¹

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

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

الشكليات في العقود

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

وأمام عدم تخصيص نص خاص بإبرام العقود الواردة على العقارات في الشكل الرسمي في القانون المدني، فإن ذلك قد شكل أحد الأسباب التي أدت إلى تناقض قرارات الجهات القضائية بخصوص هذه المسألة فسرعان ما أدرك المشرع هذا الفراغ القانوني¹.

حيث نص في المادة 324 مكرر¹ من القانون المدني على أنه " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها بشكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود، التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلا تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها عن أسهم شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الظابط العمومي الذي حرر العقد".

صور الشكلية الرسمية كركن في العقد:

قد تتضمن الشكلية الرسمية عدة صور في العقود إما تكون ركن من أركان العقد بنص القانون وقد تكون فيه بموجب الإتفاق أي بإرادة المتعاقدين.

1. الشكلية الرسمية بنص القانون:

لقد إشتراط المشرع الجزائري صراحة في بعض التصرفات القانونية وجوب إفرادها في قالب رسمي - شكلية رسمية- تحت طائلة البطلان، نذكر منها : المادة 324 مكرر¹ من القانون المدني "... العقود التي تتضمن ملكية عقارية أو حقوق عقارية .." كما تقتضى المادة 883 من ق. م "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون و تكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك"

¹ - بن نعم فوزية ، موفقي أمينة و الرمي أحمد، الإشهار العقاري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، معهد الحقوق معسكر، دفعة 2002-2003، ص.

الشكليات في العقود

2. الشكلية الرسمية باتفاق المتعاقدين:

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

الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على الشكلية الرسمية

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

لقد أعطى هذا الأمر فرصة لتحديد المحيط العمراني للبلديات وتأسيس مستندات ملكية تخص الأراضي المدججة فيه، وقد استثنى هذا الأمر الأراضي المعدة للبناء والتي تقع داخل المنطقة العمرانية من التداول بين الأشخاص ما لم تكن البلدية طرف في العقد طبقا للمادة 6 منه.

ثم صدر المنشور الرئاسي المؤرخ في 30-06-1976 الذي جاء لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ و المبرمة قبل 05-03-1976 تاريخ العمل بقانون الإحتياجات العقارية، وسن هذا المرسوم إجراءات خاصة، فكلّف المحاكم بإجراء التحقيق حول صحة البيوع ومدى توافر أركانها وتاريخها، لكن هذا المرسوم تجاهل تماما الأمر رقم 91/70 المتعلق بالتوثيق الذي يفرض لصحة البيع العقاري الشكل الرسمي، كما أنه لم يحدد مدة لتصحيح البيوع العرفية، و من تم فتح الباب للأشخاص للتهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق، لأنه لا يستلزم تسجيل العقود العرفية لدى مصلحة التسجيل لكي يكون لها تاريخ ثابت¹.

و لقد رفعت عدة دعاوي بحجة البيوع أمام المحاكم ونظرا لعدم رد الثمن من قبل البائع أو ذوي حقوقه بسبب عسرهم فقد لبت بعض الجهات القضائية مثل هذه الدعاوي، على أن يكون البيع وقع

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، 2001، ص. 79 و80.

الشكليات في العقود

قبل 05-03-1947 تاريخ العمل بالأمر التشريعي المذكور أعلاه ولكن على المحاكم أن تتحرى في الوقائع وأن تجري تحقيق فيها إذا كان البيع أبرم قبل 05-03-1974، وتتوفر فيه جميع الشروط التي من بينها تسليم الشيء المبيع ودفع الثمن، ولا تصحح سوى البيوع التي أبرمت قبل نشر هذا الأمر.

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

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

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

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

حيث يتبين من التقرير المعد من طرف مصالح أملاك الدولة خلال سنة 1998 أن مساحة القطعة الأرضية المتنازع عليها والتي تبلغ 2 هكتار ملك للدولة.

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

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

الشكليات في العقود

و بالتالي لا يمكن الحصول على ملكيتها من طرف الطاعنين عن طرق الحيازة كما تنص عليه المادة 827 من القانون المدني.

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

ينبغي الإشارة بهذا الخصوص بأن البلديات قامت بتسوية العديد من الملفات وسلمت عقود إدارية مشهورة أو موضوعة لدى مصلحة الشهر العقاري للشاغلين الذين إشتروا عقارات بعقود عرفية وفي هذا الشأن أصدرت المحكمة العليا قرار رقم 148.541 المؤرخ في 23-05-1997 المكرس بموجب المادة 324 مكرر1 من القانون المدني، و الذي حكم بإبطال العقود العرفية وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل البيع وبإخلاء المشترين للعقارات دون مراعاة للعقود الإدارية التي حررت في إطار التسوية الإدارية.²

الفرع الثالث : موقف القضاء من الشكليات الرسمية

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

لكن بعد العمل بهذا الإجتهد القضائي، تراجعت المحكمة العليا عن موقفها في قرار الغرف المجتمعة الشهير رقم 136 156 الصادر في 20-02-1997 الذي جاء في الوقت المناسب لكي يوحد الإجتهد القضائي في نقطة قانونية حساسة، و للتأكيد على ضرورة التطبيق السليم للقانون و

¹- قرار رقم 271 73 المؤرخ في 21-10-1990، المجلة القضائية 1992، العدد 1، ص. 14، راجع حمدي باشا القضاء العقاري، المرجع السابق، ص. 110.

²- قرار الغرفة المجتمعة 136 165، المؤرخ في 18-02-1997، المجلة القضائية 1997، العدد 1، ص. 10، راجع حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص. 316.

الشكليات في العقود

يعتبر خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون لكونه يفرض على المواطنين إحترام الشكل الرسمي في المعاملات العقارية حفاظا على حقوقهم وعلى حقوق الدولة، التي حرمت فترة من الزمن إيرادات هامة.

كما جاء هذا القرار متضامنا مع التوجيهات الجديدة التي توخاها المشرع الجزائري من إصدار القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري والذي أكد في المادة 29 منه على أن يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري.¹

المطلب الثاني: شروط صحة العقد الرسمي

لتعريف العقد الرسمي نرجع إلى القانون المدني في مادته 324 التي نصت على أن العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ظابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و إختصاصه.

يتضح من المادة 324 المعدلة بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03-05-1988 أن العقود الرسمية نوعان :

أ/ عقود رسمية تعاقدية:

يجب توافر فيها إرادتين متبادلتين أي تطابق الإيجاب والقبول كالبيع العقاري و الهبة وعقد الشركة والإيجار.

ب/ عقود رسمية تصريحية:

يقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون مثل: طلب إعداد فريضة ، شهادة توثيقية ، تصريح شرعي ، أو إقرار بالزواج من طرف واحد.

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

الشكليات في العقود

و عموماً، ينبغي لصحة السند الرسمي توافر ثلاث شروط أساسية هي :

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

أ/الموظف العام: وهو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أملاك الدولة، الوالي... إلخ

ب/الظابط العمومي: مثل الموثق، المحضر القضائي، المترجم... إلخ

ج/الشخص المكلف بخدمة عامة: وهو الشخص الذي يحوله القانون هذه الصفة بسبب المهنة التي أنتدب لها، كالخبير ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون، غير أنه تتمتع المحررات التي يصدرها هؤلاء الخبراء بصفة رسمية ليست محل إجماع بين الفقهاء، ولا سيما وأن المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية لم يعطي لمحاظر هؤلاء قوة ثبوتية ملزمة للقضاة.¹

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

الفرع الثاني: سلطة الموظف أو الظابط العمومي و إختصاصه في إصدار السند

الرسمي

يشترط إضافة إلى صفة الموظف أو الظابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة الإختصاص الإقليمي والنوعي ، فيجب على الموظف أن يتقيد في حدود سلطته وإختصاصه ، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكن له القيام بذلك، وإذا قام بها لا يعتبر العقد رسمي، كما يتقيد الظابط العمومي كذلك في حدود إختصاصه من حيث الموضوع والإقليم ، فلا يمكن للقاضي أن

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

الشكليات في العقود

يقوم بتحرير عقد زواج كما لا يستطيع رئيس بلدية الجزائر أن يحرر عقد زواج لزوجين يسكنان في بلدية قسنطينة.¹

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

إضافة إلى قواعد الإختصاص هذه هناك إعتبرات شخصية قد تحد من إختصاص الموثق مثال ذلك ما نصت المادة 15 من القانون 27/88 المذكور أعلاه.²

الفرع الثالث: تحرير السند وفق الأوضاع التي يقرها القانون

تشرط المادة 324 ق.م تحرير العقود الرسمية وفق الأشكال التي يفرضها القانون ، وفي هذا الشأن يقدم القانون 27/88 نماذج ، حيث تنص المادة 18". . . وفي كل الحالات تحرر باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته و بدون إختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر وتكتب المبالغ والسنة والشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام ويصادق على الإحالات في الهامش أو إلى أسفل الصفحات وكل عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف من قبل كل من الأطراف والشهود والموثق. . . ."

ومن بين التصرفات القانونية الواجب إفراغها في شكلية رسمية تحت طائلة البطلان نذكر المادة 324 مكرر1 ق.م السالفة الذكر.

¹ - محمد زهدود، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، 1991، ص. 107 و 108

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 136

الشكليات في العقود

وتقتضي المادة 883 ق م كذلك على أنه " لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون، وتكون مصاريف العقد على الراهن، إلا إذا اتفق على غير ذلك ".¹

إن الإغفال الكلي لهذه الشكليات التي تعد ركنا في العقد تمنع قيامه، ويعتبر العقد منعدما، بينما إغفال أحد أو يصف الإشكال والشروط يفقد العقد صيغته طبقا للمادة 326 مكرر 2 ق م التي تنص على أنه " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الظابط العمومي أو إنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف ".²

المبحث الثاني: الكتابة العرفية

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

المطلب الأول: شروط صحة العقد العرفي

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

الفرع الأول: الكتابة بخط المتعاقد

تشتت أحكام المادة 327 ق م ج ، كتابة العقد العرفي بخط المتعاقد الذي ينسب إليه العقد ، لكن قد يصعب تحقيق هذا الشرط في بعض الأحيان ، وذلك في حالة : العقد التبادلي، وحالة التعاقد الأمي ، وكذا التعاقد بواسطة وكيل.³

¹- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 237 و 238.

²-قرار المحكمة العليا رقم 68467 المؤرخ في 21-10-1990، المجلة القضائية 1992، العدد 1، ص. 84.

³- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 238 و 239.

الشكليات في العقود

1-العقد التبادلي:

العقد التبادلي يرتب إلتزامات على كلا المتعاقدين، وبالتالي يقتضي إحترام " شرط الكتابة بخط المتعاقد"، تحرير نسختين أصليتين، الأولى بخط المدين الأول يحتفظ بها دائنه، والثانية بخط هذا الأخير، بإعتباره مدينا في نفس الوقت ، و يحتفظ بها المدين الأول بإعتباره دائنا لها¹ (1). و هكذا تفرغ العملية القانونية الواحدة في نسختين أصليتين، وهذا غير وارد في القانون الحالي عكس القانون القديم، أي القانون الفرنسي الذي كان يشترط بموجب ركن الشكلية نسختين، دون أن يفرض كتابتها بخط المتعاقدين.

ب-المتعاقد الأمي:

قد يكون المتعاقد أميا فيتعذر عليه كتابة العقد، ولقد تخلى المشرع عن الحل الذي أخذ به القانون الفرنسي في (مادة 1326 مدني) والذي يكفي بأن يكتب المتعاقد الإلتزام حروفا لا أرقاما متبوعة بعبارة يعتمد بها المدين إلتزامه "Bon pour"

ج-التعاقد بواسطة وكيل:

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

إلى جانب هذه الحالات، و لإعتبرات عملية قد يكون العقد مطبوعا، كعقد التأمين. فمثلا مما يحول دون تحقيق شرط الكتابة الخطية، و في هذه الحالة فإنه يمكن الإستغناء على هذا الشرط، وتكتفي بالتوقيع فقط، خاصة وأن المشرع يسمح بالتوقيع على بياض حيث تعاقب المادة 381 من ق ع: "كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا، إلتزاما أو إبراء منه أو أي تعرف آخر . . ."

¹ - قرار مجلس الأعلى رقم 27136 المؤرخ بتاريخ 28-04-1982 : "حيث أنه من الثابت أن العقد العربي المتضمن إتفاقا مزدوجا والحامل لتوقيع واحد يكون صحيحا إذا كان هذا التوقيع من طرف الغير حائز له"، نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص. 178.

الشكليات في العقود

الفرع الثاني: التوقيع

يفيد التوقيع قبول المتعاقد الموقع ما ورد في هذه الورقة، وقد يشمل التوقيع الإسم واللقب كاملين وقد يقتصر على كتابة الحرف الأول من الإسم وكتابة اللقب كاملا، أما القانون فلم يحدد كيفية التوقيع¹.

وإذا كان العقد ملزما لجانب واحد فتوقيع المدين يكون كافيا أما إذا كان العقد تبادليا، فيجب توقيعه من قبل المتعاقدين، ولا يشترط أن يتم ذلك في نفس الوقت أو في نفس التاريخ، فمتى تم توقيع المتعاقد إرتبط بالوضع القانوني الذي يتضمنه العقد العرفي.

إن التوقيع أمر جوهري وأساسي في العقد العرفي، فلا يمكن الإستغناء عنه، لأن إنعدامه يفيد إنعدام الشكلية العرفية وبالتالي إنعدام العقد، أما إذا تعذر المتعاقد التوقيع لكونه أميا أو لعاهة جسمانية تمنعه من ذلك. فالقانون المصري يسمح بوضع بصمة الأصبع أو الختم أو الكاربون، أما القضاء الفرنسي متردد ولم يحسم الأمر في هذه المسألة.

إن هذه الطريقة قد تشكل خطرا على المتعاقد الذي يتعذر عليه قراءة النص الذي وقعه، ولذا يستحسن في مثل هذه الحالات اللجوء إلى خدمات الموثق و استبدال العقد العرفي بعقد رسمي².

أما القانون الجزائري فتتص المادة 27 أنه " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه أم ورثه أو خلفه، فلا يطلب متهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنا الخط أو الإمضاء أو البصمة هو امن تلقوا منه هذا الحق "

" ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر³."

¹- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 240.

²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 241.

³- قرار مؤرخ في 07-12-1987، المجلة القضائية 1990، العدد 4، ص. 61 و 63،

الشكليات في العقود

المطلب الثاني: أنواع العقود العرفية وآثارها

يمكن التمييز بين أنواع العقود العرفية وآثارها على النحو التالي:

الفرع الأول: أنواع العقود العرفية

أولاً: العقود العرفية المشهورة وفقاً لمرسوم 11-03-1936 بالجزائر والمتعلق بتعديل نظام تسجيل الرهون العقارية، وكان هذا المرسوم يسمح للأشخاص بشهر عقودهم العرفية لدى المحافظة العقارية أو ما يسمى بمحافظة الرهون العقارية، وإجراء هذه الشكلية يعطي العقود العرفية المشهورة حجية في مواجهة الغير، و تنص المادة 2 من مرسوم 30-10-1935 بان يتم شهر العقود العرفية بعد إيداعها لدى الموثق في خلال 3 أشهر من تاريخ توقيعها.

هناك أيضاً العقود العرفية المنصبة حول العقارات غير المفرنسة في بعض الجهات من الجزائر ولاسيما في منطقة القبائل والتي أخضعها مرسوم 09-02-1947 إلى إلزامية شهرها في مصلحة الرهون العقارية وبالتالي يكون لهذه العقود العرفية حجية وقوة إثبات تقترب من العقود الرسمية، نظراً لإشهارها.

ثانياً: العقود العرفية المحررة والثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق في 15-12-1970 وهذه العقود العرفية صحيحة وناقلة للحقوق العينية العقارية فيما يتعلق بنوع الملك، وهي أيضاً جائزة بالنسبة للحقوق العينية التبعية مثل حق الإنتفاع.

لكن بالنسبة للتصرفات الواقعة بين 1964 و1970 يجب على الأطراف العقد العرفي تقديم الرخصة الإدارية المسلمة لهم من طرف الوالي عملاً بالمرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20-01-1964 المتعلق بحرية المعاملات أما العقود المحررة قبل 1964 فلا يطلب من أطراف هذه الرخصة ويكفي العقد.¹

ثالثاً: العقود العرفية المحررة بعد 15-12-1970 ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً فيما يتعلق

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

الشكليات في العقود

بالحقوق العينية العقارية ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها ، كما لا يجوز للقاضي إثارتها تلقائياً، تطبيقاً للمادة 324 مكرر1 من القانون المدني ونصوص أخرى في قوانين مختلفة تقضي بالبطلان المطلق.

رابعاً: الآثار التي يترتبها العقد العرفي في العقارات : إن العقود الباطلة ترتب آثاراً و إلتزامات شخصية، مثل التعويض عن الأضرار الناشئة عن بطلان العقد وإرجاع ثمن المبيع مقابل إخلاء العقار محل البيع، إذا كان ممكناً، وذلك لأن هناك حالات يستحيل فيها إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل البيع بسبب تأميم العقار أو نزع ملكيته من أجل المنفعة العامة أو حلول البلدية محل أطراف العقد في حق الملكية العقارية وإدماجها في ممتلكات البلدية قصد إعادة بيعها لمن أقاموا عليها بنايات في إطار التسوية الإدارية طبقاً للأمر رقم 01/85 المؤرخ في 13-08-1985، حيث تنص المادة 13 منه على أن كل نقل ملكية عقارية مخالف لأحكام المادتين 8 و9 أعلاه وأي نقل ملكية يتم بما يخالف القوانين المعمول بها ينجر عنه بقوة القانون حلول البلدية محل أطراف صفقة النقل غير القانونية في حق ملكية - دون رد الثمن المدفوع¹ ومن غير الصاريف والتعويضات"، كما تنص المادة 2 من نفس الأمر على أن تدمج قانوناً في الملك الخاص بالبلدية، وتحوّل إليها دون مصاريف ولا تعويضات أراضي البناء التي إنتقلت ملكيتها قبل تاريخ نشر هذا الأمر بين أناس أحياء خارقين بذلك الأحكام التشريعية الجاري بها العمل ، وذلك بقطع النظر عن الإدعاءات التي يمكن أن يثيرها الغير ضد المالك الذي إنتزع منه حق الملكية بالطرق والوسائل القانونية.

ينبغي الإشارة بهذا الخصوص إلى أن البلديات قامت بتسوية العديد من الملفات وسلمت عقود إدارية مشهورة أو موضوعة لدى مصلحة الشهر العقاري للشاغلين الذين اشتروا عقارات بعقود عرفية ، وفي نفس الوقت أصدرت المحاكم أحكاماً تقضي بإبطال العقود العرفية وإعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل البيع وإخلاء المشترين للعقارات، دون مراعاة العقود الإدارية التي حرزت في إطار التسوية الإدارية وهناك أيضاً حالة إقامة منشآت وبنائات فوق العقار محل البيع العرفي الباطل من طرف المشتري الذي يكون بنى عن حسن نية، وفي هذه الحالة إذا كانت قيمة المنشآت فوق قيمة الأرض

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

الشكليات في العقود

فيمكن تمليك المشتري أي الشاري للأرض مقابل تعويض صاحب الأرض بالرغم من بطلان العقد العرفي.¹

الفرع الثاني: آثار العقود العرفية

وهكذا فإن العقد العرفي الباطل بطلانا مطلقا يترتب عدة آثار شخصية، تصل في بعض الحالات إلى إكتساب حقوق عينية عقارية، وعلى القاضي أن يميز بين هذه الآثار والحقوق الشخصية، وبين نقل العقد في حد ذاته للحقوق العينية العقارية.

فالأحكام التي تقضي بصحة البيع العرفي الصادر بعد 1970 هي أحكام مخالفة للقانون ومعرضة للنقص، وأن الأحكام التي تقضي بصحة الإتفاق الوارد في العقد العرفي المنصب حول عقار ، وصرف الطرفين إلى إتمام الإجراءات الشكلية والكتابة الرسمية أمام الموثق، هي أيضا أحكام مخالفة للقانون ويستحيل تنفيذها علميا لأن أطراف العقود العرفية يدفعون ثمن البيع وقت تحرير العقد العرفي أي دفع في تاريخ سابق للحكم أو القرار، وبالتالي لا يمكن دفعه بين يدي الموثق حسب ما يقتضيه القانون، وان الموثق ملزم لإحترام النصوص القانونية. وتحرير العقود وفقا للشكليات والإجراءات التي أوجبهها المشرع ومن بين هذه الإجراءات التسجيل والإشهار وإستلام ثمن المبيع وإيداعه بالحساب الخاص بالودائع في الخزينة العامة أو البنك، وإن القيام بهذه الإجراءات الإلزامية لا تسمح له بإعطاء تاريخ سابق للعقد لأن له آجال محددة لإيداع العقد بمصلحة التسجيل والمحافظة العقارية لإشهاره . ومن ثمة لا يتصور ولا يمكن أن تتوفر مثل هذه الشروط لإفراغ العقد العرفي بموجب حكم في عقد رسمي.²(1)

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

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

²- عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق. ص. 87 و 88.

الشكليات في العقود

موافقة، وهناك حالات يكون البائع بعقد عرفي المحكوم بإتمام إجراء الكتابة الرسمية متوفيا، وهو ما يؤكد إنعدام جدوى الحكم بإلزام البائع بعقد عرفي بإتمام إجراءات الكتابة رسمية أمام الموثق.

أما الإجتهد المبني على المادة 106 من القانون المدني للحكم بصحة البيع العرفي للعقار ، مسبين ذلك على أن العقد العرفي صحيح يترتب إلتزامات على الطرفين وأن العقد شريعة المتعاقدين . غير أن هذا الإجتهد ليس له ما يبرره ومخالف للقانون وللمادة 106 من القانون المدني كونه إعتمد على الفقرة الأولى من هذه المادة . و اغفل الفقرة الثانية منها والتي تقضي بأنه لا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.¹

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

الشكليات في العقود

الفصل الثاني: الشكليات الغير مباشرة

تتمثل الشكليات غير مباشرة في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة وقد سميت هذه الإجراءات بالشكليات غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني.

فهي لا تؤثر مبدئياً على صحته ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه، وتتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة أهمها قواعد الشهر وقواعد الإثبات.¹

ومن أجل ذلك أولى المشرع الجزائري كامل الإهتمام بمثل هذه المسائل و ما يرد عليها من تصرفات ومعاملات وذلك من خلال إصداره للعديد من التشريعات التي تهدف إلى تنظيم عملية الشهر العقاري بما يتماشى وفكرة حماية الملكية العقارية وضمن إستمراريتها، ضف إلى ذلك زرع الثقافة القانونية في أذهان الأشخاص وخاصة ما يتعلق بمسائل الإثبات.

المبحث الأول: الشهر العقاري

تتمتع العقارات بحكم طبيعتها بنظام قانوني خاص يقضي بإخضاع التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء حقوق عينية عقارية أو نقلها أو تعديلها أو إسقاطها لإجراءات شهر معينة²، بل وإن المشرع الجزائري لم يكتف بقاعدة الرسمية في نقل الملكية العقارية وحمايتها، بل أضاف شرط ثاني وجوهري كإجراء ضروري بدونه لا يمكن لأي عقد من العقود المثبتة لهذه الملكية أو الحق عيني عقاري آخر أن يترتب أثره العيني.³

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 242.

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

³ - حركاتي فؤاد، جديد لخضر و زيان البشير، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدية، 2008-

2009، ص. 4.

الشكليات في العقود

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

المطلب الأول: أنظمة الشهر العقاري

يعتبر الشهر العقاري عمل أو إجراء فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقار بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها وإظهار وجودها¹ ويتم ذلك بإثبات هذه التصرفات القانونية في سجلات، يمكن الإطلاع عليها والأخذ بما جاء فيها من بيانات وقيود وذلك من أجل تنظيم الملكية العقارية وتأمين إستقرار المعاملات العقارية و منع المضاربة على العقارات وتحقيق الثقة، لكن إذا كانت معظم الدول قد أخذت بهذا الإجراء إلا أنها لم تسلك في تحقيق هذا الغرض سبيلا واحدا ، فهناك من أخذت بنظام الشهر الشخصي وهناك من تبنت النظام العيني.

الفرع الأول: نظام الشهر الشخصي

يعتبر نظام الشهر الشخصي من أقدم أنظمة الشهر العقاري المعرفة بعد إقرار مبدأ شكلية العقود حيث إتخذته أغلب الدول أساسا للحفظ العقاري وشهر المعاملات العقارية²، وقد ظهر هذا النظام بالدول اللاتينية كفرنسا و إيطاليا ، ومن أسسه أن ينشأ سجلات ت على مستوى المحافظة العقارية يدون بها كل التصرفات الواردة على العقار بإسم الشخص التصرف فيه، فيكون القيد وفقا لأسماء الأشخاص المالكين ويكون في المتربة الثانية، فصاحب المصلحة لا يعرف من السجلات إلا الشخص الذي تصرف في العقار، ويكون التسجيل في نوعين من السجلات، سجل أبجدي يضم أسماء الأشخاص ويخصص عدد من الصفات لكل حرف من أحرف الهجائية، أما السجل الثاني فيتم فيه قيد التصرفات طبقا للترتيب الزمني لتقديم المحررات للشهر.

¹ - بالرغم من أن دور الشهر العقاري هو إعلام الغير وجعل العقود المشهورة حجة على الكافة لكن تبقى العقود التي لم يتم شهرها قائمة و منتجة لآثارها بين الأطراف المتعاقدة.

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

الشكليات في العقود

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

كما يعاب على هذا النظام صعوبة التعرف على المالك إذا ما كثرت التصرفات على العقار زيادة إلى خطر ضياع الملكية بالتقادم.¹

لا يمنح ضمانا كافيا للمستفيد من العقار من خلال تصرف المالك، فقد يتصرف في العقار المبيع و يسجل هذا التصرف باسمه في السجلات المخصصة للشهر، و قد يتصرف شخص آخر غير المالك الحقيقي لنفس العقار باسمه أيضا، و يكون حينئذ لنفس العقار تصرفان مختلفان أو أكثر و بذلك يكثر في هذا النظام بيع ملك الغير.

تشهر محررات التي تحمل معاملات عقارية كما هي، سواء كانت معيبة أو مزورة، إذ لا يمكن التعرف عن صحتها، فدور المحافظ العقاري دور سلمي إذ لا يمكنه مراقبة مدى صحة السند العقاري شكلا و مضمونا، و بذلك يقلل الائتمان في المعاملات العقارية تحقق الشخص المستفيد من العقار المتعامل فيه يقتضي البحث الشاق للوصول إلى الشخص المالك الحقيقي للعقار محل التعامل من أجل معرفة هويته الكاملة و اسم أصوله بالكامل و أسماء المالكين السابقين للعقار.

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

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

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

الشكليات في العقود

تحديد مساحة العقارات تقريبية قد تكون وهمية لا تتفق مع المساحات و الحدود الحقيقية، مما قد يخلق عدم استقرار الملكية العقارية و ضبطها و انعدام الائتمان في المعاملات العقارية.

و أهم ما يلاحظ على نظام الشهر الشخصي هو أن عملية الشهر العقاري للسندات العقارية وفقا لهذا النظام تقتصر فقط على إعلام الجمهور بما ورد على العقار من حقوق و لأر لها في إنشاء الحق العيني، فهذا الأخير ينشأ صحيحا بمجرد تمام العقد و يبقى صحيحا إلى أن يفسخ العقد أو يقرر بطلانه.

وعليه نظرا لأن الشهر الشخصي لا يصحح عقد باطل و لا يبطل عقد صحيح ونظرا لعجزه عن تحقيق الغرض الذي أنشأ من أجله ذلك لصعوبة معرفة المالك الحقيقي وخطر ضياع الملكية بالتقادم ، زيادة إلى قابلية التصرفات المسجلة للطعن فقد وصفه الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري بأنه نظام متأخر ومبرره في ذلك أن نظام الشهر السديد يجب أن يكون محكما في ترتيبه و حجته ، فأما في ترتيبه فينبغي أن ييسر لذوى الشأن معرفة ما تمهم من تصرفات، أما في الحجية فينبغي أن يكون للشهر حجية قاطعة بحيث لا يشهر التصرف إلا بعد التحري عن مدى صحته ومن منطلق هذه العيوب والنقائص كان لابد من إيجاد نظام آخر قصد تنظيم الملكية العقارية أحسن تنظيم فظهر نظام جديد عرف بنظام طوارنس نسبة لمبتكره¹، يجعل الشخص الذي يقدم على تصرف العقار عالما بحقيقته و ذلك بمجرد الاطلاع على البطاقة العقاري، و ذلك بعد إتمام عملية المسح العام للأراضي المسوكة على مستوى إدارة الشهر العقاري.

¹ - حركاتي فؤاد. جديد لخضر و زيان البشير، مذكرة الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، المرجع السابق، ص. 4.

الشكليات في العقود

الفرع الثاني: نظام الشهر العيني

في نظام الشهر العيني يتم شهر التصرفات وفقا للعقارات وليس وفقا لأسماء مالكيها أو أصحاب الحقوق العينية عليها كما يحصل في نظام الشهر الشخصي، ومن هنا كانت تسميته بنظام الشهر العيني فلكل عقار في هذا النظام صحيفة في السجل العقاري يسجل فيها جميع ما يقع على العقار من تصرفات وما ينقله من الحقوق وتعرف هذه الصحيفة باسم الصحيفة باسم الصحيفة العينية ، وهي تحمل رقم العقار وتتضمن بيان ماهيته وموقعه ومساحته و إسم ملكه أو أسماء مالكيه " إذا تعددت" وجميع الحقوق المترتبة له أو عليه ولا يتم التسجيل في الصحيفة العينية إلا بعد التحري عن صحة التصرفات المراد تسجيلها، وإذا وجد عيبا أمتنع هذا التسجيل وبتمام التسجيل ينتقل الحق العيني من المتصرف له، فالتسجيل وليس العقد أو التصرف هو الذي ينقل الحق العيني، ولذلك تتمتع قيود السجل العقاري بحجية كاملة.¹

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

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

يعد الشهر العقاري مصدر الحق العيني ، إذ أن الحق العيني العقاري لا ينشأ و لا يعدل ولا يزول و لا ينقل إلا أن إذا أخضع لعملية الشهر العقاري و هذا ما جاء في نص المادة 793 من القانون المدني " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى. 2003، ص. 18.

الشكليات في العقار

إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار ، و لا يمكن الاحتجاج بالحق العيني سواء بين المتعاقدين أطرافى مواجهة الغير إلا من تاريخ إشهاره ، و كذا للأحكام و القرارات القضائية النهائية المثبتة لهذه التصرفات ، يجب إخضاعها للشهر لتتبع آثار بالنسبة لأطراف المتعاقدة و الغير ، و هذا ما نصت عليه المادة 72 من المرسوم رقم 76/63 : "لا يمكن لأي تعديل الوضعية القانونية لعقار، أن يكون موضوع نقل لمسح الأراضي إذ كان العقد أو القرار القضائي المثبت لهذا التعديل لم يتم إشهاره مسبقا ، في مجموعة البطاقات العقارية . "

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

إن عملية الشهر العقاري للسندات الخاضعة للشهر، تسبقها دراسة قانونية دقيقة ، إذا أوجب المشرع المحافظ العقاري بالتدخل لمراقبة مدى استيفاء المحرر المرد شهرها على الشروط الشكلية و الموضوعية و هذا طبقا لنص المادة 105 من المرسوم 76/63 : "يحقق المحافظ العقاري بمجرد إطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة ، بأن موضوع أو سبب العقد ليس غير مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح . "

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

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

إن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل بحكم القانون الملكية أو حق عيني، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالشهر العقاري، كما نصت عليه المادة 156 من القانون المدني . و قد جاء في نص المادة 793 من القانون المدني أنه لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار ، سواء بين المتعاقدين أو في مواجهة الغير إلا إذا روعيت إجراءات الشهر العقاري، و كذا ما جاء في المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75/74 على وجوب إخضاع المعاملات العقارية إلى الشهر العقاري حيث ينتج آثاره القانونية .

الشكليات في العقود

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

أولاً : مزايا نظام الشهر العيني

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

- توفير الحماية التامة و الطمأنينة لكل من يتعامل على العقار، فكل ما هو مقيد في السجل العقاري يعبر عنواناً للحقيقة بالنسبة للغير، بما يضيفه على هذه القيود و البيانات من الحجية الكاملة.
- يعمل هذا النظام على استقرار الملكية العقارية، وبالتالي تفعيل فكرة الإئتمان العقاري على أرض الواقع.
- انتقال الملكية وفق هذا النظام، لا تتم إلا بعد التحقق من المحررات المودعة و مدى صحتها وخلوها من أي عيب شكلي أو موضوعي.
- هذا النظام عكس الحالة الحقيقية للعقار المراد التعامل فيه. و بالتالي تفادي الكثير من النزاعات التي يمكن أن تثار في هذا الموضوع مستقبلاً.
- يجنب العيوب و الأخطار التي قد تنجم عن تشابه الأسماء.
- يصبون الحقوق العينية العقارية من خطر إكتسابها مع مرور الزمن بالتقادم.
- يؤدي إلى إستقرار الملكية و توفير الثقة بها، مما يشجع على التعامل في العقارات و يقرر الإئتمان العقاري.
- الشهر العيني يستدعي تعينا دقيقا للعقار من حيث مساحته وحدوده وموقعه الأمر الذي يسهل على الدولة تحديد وعاء الضريبة العقارية بطريقة صحيحة ومتجانسة بما يضمن تنمية إقتصادها.

الشكليات في العقود

ثانيا: عيوب نظام الشهر العيني

إن العمل بنظام الشهر العيني يستدعي أولا وقبل كل شيء إعداد مسح عام وشامل لعقارات البلد مع تحديد موقع كل عقار منه - مساحته ، بيان حدوده ، قوامه ، تحديد هوية مالكة وهذا ما يتطلب وقت طويل وإمكانيات ضخمة.

- كما أن هذا النظام يتطلب إنشاء بطاقة عقارية لكل عقار على حدا سواء كان هذا العقار ريفي أو حضري ومجموع هذه البطاقات ما يعرف بالسجل العقاري غير أن إنشاء هذه البطاقات وعملية تنظيمها وجمعها تتطلب ميزانية ضخمة من خزينة الدولة وهذا ما زاد في تأخر تفعيل هذا النظام.

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

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

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظامين

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني وهذا واضح من خلال الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 والمتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري ، هذا الأمر الذي

¹ - رمول خالد، المرجع السابق، ص. 25.

² - حسين عبد اللطيف حمدان، المرجع السابق، ص. 15.

الشكليات في العقود

وضع حيز التطبيق بمقتضى المرسومين 62/76 و63/76 المؤرخين في 25-03-1976 وقد أسندت هذه النصوص بمسك السجل العقاري إلى مصلحة إدارية يشرف عليها محافظ عقاري تابع لإدارة المالية ولم يسند ذلك إلى قاضي عقاري كما هو الشأن في التشريع الألماني.¹

و نظرا لحالة الغموض التي عرفتها الملكية العقارية بالجزائر إبان الإستعمار الفرنسي والتي لا تزال آثارها موجودة إلى يومنا هذا. كان من الطبيعي وكمرحلة إنتقالية أن ينتهج المشرع الجزائري نظام الشهر الشخصي في إنتظار عملية مسح الأراضي حتى تتسع دائرة تطبيق نظام الشهر العيني.²

وكخلاصة لذلك فإن المشرع الجزائري في حقيقة الأمر قد تبني نظاما مزدوجا - النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد - والنظام العيني إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العامة أو عقارات حضرية يمكن تعيينها بسهولة وبدقة، زيادة على انه قد ترك بعض المسائل التي تشكل في القوة الثبوتية المطلقة لنظام الشهر العيني كعدم نصه صراحة على عدم جواز التقادم المكسب في ظل هذا النظام وكذا إمكانية الطعن في قرارات المحافظ العقاري.³

ومن اجل تجسيد نظام الشهر العيني وضمان سلامة نظام الشهر الشخصي في إنتظار تعميم عملية مسح الأراضي عبر كامل أقاليم الجمهورية مع الحصر الكلي لجميع الملكيات، وضع المشرع الجزائري قواعد وشروط تهدف إلى تنظيم الحفظ العقاري وتسييره كي يضمن الحماية التامة للملكية العقارية مما يحقق إستمراريتها وتسلسلها.⁴

المطلب الثاني: قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري

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

¹ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة، دار هومة، 2003، ص.14.

² - محمدي لخضر و عبو عبد القادر، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، جامعة سعيدة، دفعة 2008-2009، ص. 28.

³ - حركاتي فؤاد. جديد لخضر و زيان البشير، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، ص. 7.

⁴ - حمدي لخضر و عبو عبد القادر، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، ص. 31.

الشكليات في العقود

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

الفرع الأول : قواعد الشهر العقاري

أولاً: قاعدة الرسمية

القاعدة العامة في التعاقد طبقاً للقانون الجزائري هي الرضائية لأنه بمجرد تطابق الإرادتين ينشأ العقد ما لم يقضي القانون بغير ذلك طبقاً لنص المادة 59 ق.م.ج " يتم العقد بمجرد أن يتبادلا الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

وفي مقابل ذلك فقد أقر المشرع الجزائري مبدأ شكلية العقود في بعض التصرفات - مثلاً المعاملات الواردة على العقارات - تفرغ هذه المعاملات في شكل رسمي من طرف ظابط عمومي أو موظف مختص أثبت له القانون هذه الصفة فأصبحت قاعدة الرسمية مشترطة في كل المحررات الخاضعة للحفظ العقاري.¹

ثانياً: قاعدة الأثر النسبي أو الشهر المسبق

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

يظهر جلياً من نص هذه المادة أنه لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سبباً في إكتساب

¹ - محمدي لخضر و عبو عبد القادر، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص. 33.

الشكليات في العقود

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

ومن أجل تطبيق مراقبة حسنة على هذه القاعدة منح المشرع الجزائري للمحافظ العقاري سلطة كاملة لمراقبة كل وثيقة تكون محل إيداع على مستوى مصلحته قصد التأكد من إحتوائها على مراجع الإجراء السابق، وفي حالة غياب هذه البيانات فإن الإيداع يرفض طبقا للمادة 101 فقرة 1 من المرسوم رقم 63/76 المذكور سابقا، وعند قبول الإيداع و تبين بعد ذلك أن مراجع الإشهار الأول متناقضة مع مراجع الإشهار اللاحق فإنه في هذه الحالة يمكن للمحافظ العقاري رفض إجراء الإشهار وذلك لضمان تسلسل الملكية العقارية وتقوية الطابع الإلزامي للشهر العقاري.¹

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

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

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

¹ - حمدي باشا عمرو زروقي ليلي، المنازعات العقارية، دار هومة، 2003، ص. 221 و 222.

الشكليات في العقود

وقبل هذا التاريخ كان الإشهار العقاري إختياري بالنسبة لعقود القضاة، وبعض القرارات القضائية المتعلقة بالعقارات أو الحقوق العينية العقارية غير المنظمة من طرف القانون المدني الفرنسي، ومن مختلف الأسباب التي أدت بالمشرع إلى تقرير هذا الإستثناء هي أن التاريخ الثابت يفسر أو يثبت عن طريق مصلحة التسجيل الموضوعية على العقود المودعة للإشهار.¹

وخلاصة لذلك فإن العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 01-01-1971 اكتسبت صيغتها الرسمية دون اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض إثباتها كما الشأن سابقا، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع يتم شهره في المحافظة العقارية المختصة.²

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

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

الإستثناء الثالث: إشهار شهادة إكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب

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

¹ - محمدي لخضر و عبو عبد القادر، شهر التصرفات العقارية، المرجع السابق، ص. 40.

² - حمدي باشا عمرو زروقي ليلي، المرجع السابق، ص. 221.

الشكليات في العقود

الإستثناء الرابع: إشهار عقود الملكية للأراضي المتنازع عنها في إطار عملية إستصلاح الأراضي.

وهي تتعلق بإشهار عقود الملكية للأراضي المتنازل عنها في إطار عملية إستصلاح الأراضي طبقا للقانون رقم 18/83 المؤرخ في 18-08-1983 المتعلق بجيازة الملكية العقارية الفلاحية يمكن للأفراد الإستفادة من قطع أراضي قصد استصلاحها وتحيلها إلى أراضي فلاحية، وتمنح لهم عقود إستفادة وفقا للنموذج المحدد من طرف وزارة المالية والذي اقره بعد ذلك المرسوم رقم 724/83 المؤرخ في 10-12-1983 .

إن شهر هذه العقود يعتبر بمثابة إجراء أولي لا يتطلب توافر قاعدة الشهر المسبق ، وهنا يتجلى الإستثناء الذي أقره المشرع على هذه القاعدة.¹

الإستثناء الخامس: شهر شهادة الحيازة

نص عليها المشرع الجزائري في المادتين 39 و40 من القانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري والمرسوم التنفيذي رقم 254/91 المؤرخ في 27-07-1991 الذي يحدد كيفية إعدادها وتسليمها، هذه الشهادة هي مستحدثة من أجل تطهير وضعية العقار في الجزائر وتكريس الملكية وهذا بالسماح لكل شخص حاز بصفة هادئة وعلنية ومستمرة لا يشوبها إنقطاع لمدة سنة كاملة في المناطق التي لم يمسه المسح بعد ولم تحرر عقودها، أن يحصل على سند حيازي يسمى بشهادة الحيازة تخضع للتسجيل العقاري والإشهار، كما أنه بموجبها يمكن الحصول على رخصة البناء والحصول على قروض من البنوك من أجل الإستثمار.²

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للشهر العقاري

إن الهدف الأساسي للحفظ العقاري هو شهر و إعلان التصرفات الخاضعة بالحقوق العقارية سواء كانت حقوق عينية أصلية أو تبعية، وحتى تلقى الحجية المطلقة والحماية التامة من قبل السلطات العمومية للدولة في حالة وجود نزاع بشأنها، ولتحقيق هذا الهدف كان من الضروري التأكد أن كل

¹ - حمدي باشا عمرو زروقي ليلي، المرجع السابق، ص. 225.

² - رامول خالد، المرجع السابق، ص. 55.

الشكليات في العقود

المعلومات التي تتضمنها الوثائق الخاضعة للحفظ العقاري هي معلومات صحيحة وسليمة وتعكس بالفعل واقع التصرف وأطرافه، ولهذا الأسباب سن المشرع الجزائري مجموعة من الشروط القانونية وألزم مراعاتها في كل عملية تحرير رسمية تحت طائلة البطلان، و منها ما هو متعلق بتعيين العقارات موضوع التصرف من حيث تبيان موقعها، مساحتها وحدودها.

أولا: الشروط الخاصة بتعيين الأطراف

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

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

أما بالنسبة للشهادات التوثيقية الذي تعد بعد الوفاة يجب الإشارة فيها إلى الحالة المدنية للمتوفي والتصديق عليها مع ذكر :ل أسماء وألقاب وموطن وتاريخ الولادة ومهنة كل وارث. وهذه البيانات تعرف في التشريع الجزائري بما يسمى الشرط الشخصي للأطراف وهو ما نصت عليه المادة 65 من المرسوم 63/76 المذكور آنفا²، أما بالنسبة للأشخاص المعنوية فتحرير وتعيين الأشخاص المعنوية يختلف باختلاف شكلها وطبيعتها القانونية، وقد نصت على هذا المادة 63 من المرسوم 63/76 "كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يشتمل على هوية الشركات والجماعات والنقابات والأشخاص الاعتبارية . . ."

¹ - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص. 97.

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

الشكليات في العقود

إضافة كل ما تقدم فإن المشرع الجزائري أكد على ضرورة التصديق على هذه الهوية، فمن أجل تنفيذ إجراء الشهر بالمحافظة العقارية لمختلف المحررات والعقود لا بد أن تكون جداول المستخرجات والصورة الأصلية أو أي نسخ أخرى مصادق عليها أو على هوية الأطراف ضمن الشروط المنصوص عليها في المادتين 64/63 من المرسوم 63/76 التي أشارت إلى الأشخاص المؤهلين للتصديق على هوية الأطراف (موثق- كاتب ضبط -قضاة -النيابة العامة)

ثانيا: الشروط الخاصة بتعيين العقارات

لقد إشتراط المشرع الجزائري بموجب الأمر 74/75 السالف الذكر تعيين العقارات تعيينا دقيقا منافيا للجهالة وذلك بتعيين نوعها، مساحتها، حدودها وتبيان مراجع المسح.

وهو ما تضمنه المادة 66 من المرسوم 63/76 غير أن عناصر تعيين العقارات تختلف بالإختلاف موقع العقار المعين ونوعه، وينبغي التمييز ما بين العقار الواقع في بلدية مسها المسح أم لم يمسه.

1-القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في منطقة ممسوحة

نصت على ذلك المادة 1/66 من المرسوم 63/76 على أن " كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين "القسم ورقم المخطط و المكان المذكور" وما يحتوي من مسح الأراضي " فالعناصر التي ينبغي توافرها للتعيين العقارات الواقعة في مناطق ممسوحة تشمل¹ :

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

¹- رمول خالد، المرجع السابق، ص. 65 و 70.

الشكليات في العقود

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

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

1. القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في المناطق غير الممسوحة

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

أ- عقارات ريفية:

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

ب- عقارات حضرية غير ممسوحة :

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

¹- حركاتي فؤاد. جديد لخضر و زيان البشير، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، ص. 13.

²-رمول خالد، المرجع السابق، ص. 69 و 70.

الشكليات في العقار

ومن بين العناصر المتطلبة أيضا لتعيين مثل هذه العقارات نشير إلى ضرورة ذكر إسم البلدية، الشارع الواقعة فيه، الرقم، طبيعة العقار و مساحته.

وبناء على تلك المعلومات، تعد بطاقة عقارية حضارية للعقار المعين مثلما أكدته المادة 27 من المرسوم رقم 63/76 بنصها على ما يلي ". . . تعد بطاقة العقارية الحضري حتى في حالة عدم وجود مسح للأراضي وفي هذه الحالة يعين العقار بالإستناد إلى البلدية، التي يقع فيها وإلى إسم الشارع والرقم" كما أن تعيين العقارات المبنية، تختلف بالإختلاف نوع البناية، والنظام الذي يخضع إليه كما هو الشأن في نظام العقارات المبنية المشتركة.¹

2. العقارات المبنية بصفة الملكية المشتركة

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

بموجب هذا النظام يكون لكل شريك في الملكية الحق في التمتع وإستعمال الأجراء الخاصة التابعة لخصته، بالإضافة إلى حقه في الإنتفاع بالأجزاء المشتركة بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء الآخرين، أو يلحق ضرر بالعقار .

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

¹ - محمدي لخضر و عبو عبد القادر، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص. 52.

الشكليات في العقود

ولمراقبة ذلك بالشكل اللازم إستحدث المشرع الجزائري نظام المحافظة العقارية كأحد آليات الأساسية في عملية الحفظ العقاري، والتي تبشر بموجها عمليات المراقبة لجميع المحررات والوثائق التي تكون مودعة بقصد إظهارها وذلك بما يضمن حماية ملكية الأفراد والدولة.¹

المطلب الثالث: التصرفات الواجبة الشهر وآثارها

تقتضي المعاملات العقارية إضافة إلى الكتابة الرسمية ضرورة إجراء الشهر لدى المحافظة العقارية ، وذلك وفقا لنص 793 من ق.م التي نصت على أن "الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار لا تنتقل فيما بين المتعاقدين ولا حتى في حق الغير إلا إذا راعينا الإجراءات التي ينص عليها القانون ، وبالأخص تلك التي تدعم مصلحة الشهر العقاري"²، فضلا عن ذلك نصت المادة 16 من الأمر رقم 74/175 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن قانون المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري على ما يلي " العقود الإدارية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية.

ويتضح من مضمون كلا النصين أن إجراء العقد في السجل العقاري هو شرط ضروري لنقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى ، بعض النظر عن نوع التصرف سواء كان منشأ أو كاشف أو ناقل أو معدل للحق العيني وسواء كان مصدره عقد أو حكما قضائيا أو قرارا إداريا.

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

¹- حركاتي فؤاد. جديد لخضر و زيان البشير. الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، ص. 14.

²- قرار المحكمة العليا رقم 68 764 المؤرخ في 21/01/1990، المجلة القضائية 1992، العدد 01، ص. 86.

الشكليات في العقود

الفرع الأول: التصرفات الواجبة الشهر

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

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

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

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

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

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المحررات الخاضعة للشهر العقاري هي كثيرة ومتنوعة بتنوع التصرفات سواء كانت صادرة من جانب واحد كالهبة والوقت أو تضمنت إلتزامات من جانبيين كالبيع والمبادلة الواردة على حق الملكية، وعليه فإن عدم شهر عقد البيع -المقايضة - أو الهبة المنصبة على عقار لا يرتب إلا إلتزامات شخصية فتبقى ملكية العقار دائما على ذمة البائع أو الواهب حسب نوع العقد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار المؤرخ في 21-10-1990 تحت رقم 68467.²

وفيما يتعلق بأحكام القسمة والصلح والحكم المصرح باكتساب الملكية بالتقادم فإنه يتعين شهر هذه الأحكام وذلك وفقا لأحكام المادة 14 من الأمر 74/75. فالعقود المتضمنة قسمة رضائية

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

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

الشكليات في العقود

وكذلك الأحكام القاضية بالقسمة يتعين شهرها إذ لا يكون للعقد ولا للحكم حجة على الغير إلا من يوم الشهر كما أنه يصبح كل شريك منهم مالك بالقدر الذي آل إليه بموجب القسمة.¹

الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن التصرفات الواجبة الشهر

ولعل أهم هذه الآثار هو ما يعرف بالآثار الإنشائي القيد، ومعناه أن الحقوق المشار إليها سابقا لا تنشأ ولا تنقل ولا تزول سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا من تاريخ القيد، وفي غياب هذا الأخير فإن التصرف لا يترتب إلا إلزاما شخصي بين أطراف العقد، فالقيد في ظل نظام الشهر العيني يؤدي إلى إلغاء مبدأ سلطان الإرادة إذ أن الأطراف الحاملين للمحركات الناقلة للملكية العقارية ملزمين قانونا بشهرها حتى تحدث أثرها العيني² ولا يخضع الأمر لإرادتهم، فالقيد هو المنشئ للحقوق وهو الذي يزيلها ويعدلها ومن النتائج المترتبة على هذا المبدأ :

- إعلام الغير بكل التصرفات الواردة على العقار، و نفاذها في مواجهة الغير³.
- إذا لم يقيد العقار باسم المشتري، فإن هذا الأخير لا يعتبر مالكا ولا يكسب أي حق من الحقوق المنفرعة عن الملكية، فلا يجوز له التصرف في العقار ولا إستثماره بقبض فوائده.
- في حالة هلاك العقار قبل قيد عقد البيع فإن تبعات الهلاك تكون على البائع ويبقى ملتزما بمنح التعويض و ضمان العيوب الخفية مادام لم يسجل ولم يشهر العقد.⁴

¹- حركاتي فؤاد. جديد لحضر و زيان البشير. الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية، ص. 26.

²- تجدر الإشارة إلى أنه ثار خلاف قضائي و فقهي حاد قبل سنة 2003 حول ضرورة شهر عقد الوعد بالبيع، فذهب اتجاه إلى عدم ضرورة ذلك لاعتبار أن التصرف لا يؤثر على المركز القانوني للعين من جهة، ومن جهة أخرى اعتبار إمكانية الرجوع قبل حلول التاريخ المحدد لإبرام عقد البيع، و ذهب الاتجاه الغالب إلى إخضاع الوعد بالبيع إلى ذات أحكام عقد البيع لمونه ينصب على عقار، و هو ما كرسه مجلس الدولة بقراره رقم 004983 في تاريخ 15/07/2002 مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص. 155 إذ اعتبر أن الوعد بالبيع إذا لم يراع الشهر فلا يحتج به في مواجهة الغير، و هو الموقف الذي اتخذته المشروع بقانون المالية لسنة 2004.

³- أما فيما يتعلق بمصير الدعاوى غير المشهورة فإن مجلس الدولة بقراره رقم 2160 المؤرخ في 2001/10/08 رتب عدم قبول الدعاوى الدائرة حول حقوق كانت مشهورة، و رغم ذلك استثنت الغرفة العقارية للمحكمة العليا من هذا الشرط العرائض الافتتاحية الدائرة حول العقارات المتواجدة بالأماكن التي لم تكن خاضعة للمسح.

⁴- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.

الشكليات في العقود

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

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

غير أنه ينبغي الإشارة أنه إذا أراد الموصي له التصرف في العقار الذي إنتقلت ملكيته إليه عن طريق الوصية فإنه يجب عليه إجراء القيد ويستصدر الموصي له في هذه الحالة شهادة رسمية تسمى الشهادة التوثيقية تثبت إنتقال هذا الحق وأنه تم قيده في مجموعة البطاقات العقارية، ويتعين عليه إستخراجها في أجل 06 أشهر من الوفاة وإلا أعتبر مسؤولا مدنيا إذا ما أدى عدم الإعلان إلى الإصرار بالغير. كما أن المشرع إشتراط إشهار جميع العقود و القرارات الإدارية المنصبة على نفس الحقوق لنقل الملكية، وأكد على ذلك في قوانين خاصة - كالقانون المتعلق بالتنازل على أملاك الدولة في المادتين 29 و 30 منه.¹

أما بالنسبة للقرارات والأحكام القضائية النهائية التي تكرس الحقوق العينية العقارية أو تقرأ أو تعدل هذه الحقوق أو تكشف عنها، فإنه يتعين شهرها وذلك لكونها إما سندات للملكية بحكم القانون كالحكم بثبوت الشفعة طبقا للمادة 803 من القانون المدني الذي يعتبره سندا ملكية الشفيع² (2)، وعموما فإن القرارات القضائية النهائية الصادرة عن مختلف الجهات القضائية - حيث لم

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص30.

² - المادة 803 ق.م" يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا لثبوت الشفعة سندا ملكية الشفيع وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري.

الشكليات في العقود

يفرق المشرع الجزائري بينها وبين سائر التصرفات القانونية باعتبارها سندات ملكية، فقد ألزم المشرع الجزائري الموثقون والموظفون وكتاب أمناء الضبط، كل في حدود تخصصه بإجراء شهرها ضمن الآجال التي حددها المادة 90 من المرسوم رقم 63/76 المطبق لقانون الشهر.

المبحث الثاني: الإثبات

الإثبات بصفة عامة هو تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأي دليل أو برهان، والإثبات بهذا المعنى تتنوع أساليبه بتنوع العلوم التي يتصل بها، فالعالم أو الباحث في أي فرع من فروع المعرفة يسعى لإقامة الدليل على صحة حقيقة معينة أو تأكيد وجودها بالإلتجاء إلى كل الوسائل العلمية المعروفة.

أما الإثبات بمعناه القانوني ، وهو ما يطلق عليه الإثبات القضائي فيقصد به إقامة الدليل أمام القضاء، بطريق من الطرق التي يحددها القانون، على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها.¹

أما طرق الإثبات فهي الوسائل المقبولة قانونا والتي يلجأ إليها الأطراف المتنازعة لإقناع القاضي بصحة الوقائع القانونية التي يدعونها، ويعد الدليل الكتابي في العصر الحديث من أهم طرق الإثبات، ويقصد به كل كتابة يمكن أن يستند عليها أحد الطرفين في إثبات حقه أو نفيه ويأخذ بها في الإثبات بوصفها دليلا كاملا في إثبات العقد الرسمي أو العقد العرفي.²

المطلب الأول: إثبات العقد الرسمي

يقصد بالعقد الرسمي، الورقة الصادرة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية مختص أصلا بتحريرها من حيث نوعها ومكان التحرير حسب القواعد المقررة قانونا، ويثبت فيها ما يتلقاه أو يتلى عليه من ذوي الشأن أو ما تم على يده.³

من التعريف المتقدم يتبين أنه يلزم أو يشترط توافر ثلاثة أركان لتكون الورقة رسمية والتي سبق وأن تناولناها في شروط السند الرسمي في الفصل الأول، وما يهمنا في هذا المطلب هو حجية السند الرسمي.

¹ - محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، ص. 7.

² - عباس العبودي، شرح أحكام القانون، الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005، ص. 119.

³ - محمد أحمد عابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن عليها، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص. 7.

الشكليات في العقود

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية الأصلية

إذا استوفى المحرر مقومات الرسمية، ولم يكن في مظهره الخارجي ما يهدم الثقة في سلامته، قامت من ناحية قرينة على صدوره من الأشخاص الذين يحمل توقيعاتهم بحيث يعتبر المحرر بذاته حجية عليهم دون حاجة إلى الإقرار به من جانبهم، ولا يكون أمام الخصم الذي ينازع في نسبية المحرر إليه إلا الإدعاء بتزوير توقيعهم، كما قامت من ناحية أخرى قرينة على صحة ما تضمنه من بيانات أوردها فيه الموظف العام في حدود مهمته، ولا يكون أمام الخصم الذي ينازع في صحتها إلا أن يثبت إدعائه من خلال الإدعاء بالتزوير.¹

فيما يلي نفضل هذه الحجية من جهة من حيث الموضوع ومن جهة أخرى من حيث الأشخاص

أولاً : حجية الورقة الرسمية من حيث الموضوع

تنص المادة 324 مكرر 06 فقرة 01 من القانون المدني الجزائري على أنه " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة، وورثهم وذوي الشأن"، وقد نص المشرع في المادة 324 مكرر 5: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"، و يتضح من هاذين النصين أن المحرر الرسمي يعتبر حجية على صحة مادون فيه ولا ينفي هذه الحجية إلا بإثبات تزويره، غير أن هذه الحجية تثبت ما قام به الموظف أو الضابط العمومي (الموثق) بنفسه أو في نطاق مهمته و إختصاصه، أما ما صدر من ذوي الشأن في غياب الضابط العمومي و إقتصر دور هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحاتهم فهذه البيانات لا تلحقها صفة الرسمية ويمكن إثبات عكسها بالطرق العادية فهناك إذا نوعان من البيانات.²

¹ - همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2002، ص. 220 و 221.

² - قرار رقم 176264 المؤرخ في 18-11-1998: " من المقرر قانوناً أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى تثبت تزويره ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني،"

الشكليات في العقود

أ- البيانات الصادرة عن الموظف نفسه أو من ذوي الشأن في حضوره:

تنقسم هذه البيانات إلى قسمين:

القسم الأول:

يشمل البيانات التي يشتملها الموظف العام تطبيقاً لواجبات وظيفته، أو تحقق منها في حدود مهمته، ومثالها توقيعه على المحرر، أو التاريخ الذي يدونه على المحرر أو البيان الذي يكتبه خاص بمكان صدور، وإثباته حضور أطراف المحرر والشهود وتوقيعهم أمامه وإثباته أيضاً قيامه بتلاوة المحرر على ذوي الشأن، وغير ذلك من الإجراءات المتعلقة بإتمام المحرر التي يتطلبها القانون.

القسم الثاني:

يشمل البيانات المتعلقة بأمر وقعت من ذوي الشأن في حضور الموظف ويدركها بسمعه أو تقع تحت بصره فيثبتها ومثال ذلك: أن يقر البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن أو أن يقوم المشتري يدفع الثمن للبائع أمام الموثق فيقوم الأخير بإثبات ما رآه أو سمعه من الأطراف في المحرر.

هذه البيانات بنوعيتها تكون لها حجيتها التي لا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، فكل تلك البيانات وأمثالها تكون حجة بصدورها ممن تنسب إليه، فإذا ادعى أحد أطراف المحرر أو غيره عدم صحتها فليس أمامه لإثبات ذلك إلا الطعن بالتزوير.¹

ب- البيانات الصادرة من ذوي الشأن وإقتصر دور الموظف العام على تدوينها تحت

مسئوليتهم:

إن البيانات التي تصدر من أصحاب العلاقة و يدونها الموظف العام تحت مسؤوليتهم بناء على سمعه منهم دون أن يكون قد شاهدها أو تحرى عن صحتها و المتعلقة غالباً بموضوع السند، فإن هذه البيانات لا تثبت لها صفة الرسمية ويجوز إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية، كما في واقعة قبض الثمن

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 138 و 139.

الشكليات في العقود

أو تسليم المبيع الذي ذكرناها ، فهذه الواقعة لا تلحقها صفة الرسمية لأنها لم تحدث أما م الموظف العام.¹

ثانيا : حجية الورقة الرسمية من حيث الأشخاص

فحسب المادة 324 مكرر 5 و6 سالفه الذكر يعتبر المحرر حجة على الأطراف المتعاقدة وعلى خلفائهم العامين وعلى بقية الأشخاص، وحجيته أيضا على بقية الناس، و لا يمكن نفي هذه الحجية إلا بطريق الطعن بالتزوير وهو ما نصت عليه المادة 324 مكرر فقرة 2 بقولها " غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الإحتجاج بتوجيه الإتهام وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير، و يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا.

وعلى ذلك فيعتبر مادون في المحرر الرسمي حجة ليس على أطرافه فحسب بل وعلى الغير والناس كافة. على أنه يتغير لبيان مدى هذه الحجية في مواجهة الغير إجراء ذات التفرقة التي أجريناها بالنسبة لحجة المحرر الرسمي، بين أطرافه بين نوعي البيانات التي يتضمنها المحرر الرسمي.

فبالنسبة لحجة المحرر الرسمي بالنسبة للغير فيما يتعلق بالبيانات الصادرة عن الموظف أو المكلف بخدمة عامة أو بيانات التي وقعت من ذوي الشأن في حضوره، له حجية بالنسبة إلى الغير وإذا ما أريد الإحتجاج عليه بهذا المحرر، فلا يجوز له إثبات عكس تلك البيانات إلا عن طريق الطعن بالتزوير، فإذا تعلق الأمر مثلا بمدين بيع عقار له بمحرر رسمي، و يدعي دائئه أن هذا البيع الرسمي لم يصدر من مدينه حتى يتمكن من التنفيذ بحقه على العقار المبيع، فلا يجوز لهذا الدائن إثبات ما يدعيه أو إثبات عكس ما ورد بالمحرر من بيانات أثبتها الموثق في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره إلا عن طريق الطعن بالتزوير.²

أما بالنسبة للبيانات الصادرة عن ذوي الشأن وتحت مسؤوليتهم فهي حجة على الغير، غير أنه يمكن لهذا الغير أن يثبت عكسها بغير طريق الطعن بالتزوير ، فيمكنه ذلك عن طريق إقامة الدليل عن

¹ - عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 130.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 144.

الشكليات في العقود

العكس بالطرق المقررة قانونا. فالدائن البائع مثلا يمكنه أن يطعن بالصورية في البيع الرسمي الصادر عن مدينه. و له أن يثبت هذه الصورية بكافة طرق الإثبات لأنه من الغير.

إذن الحجية التي يضيفها القانون على المحرر الرسمي بالنسبة للأطراف المتعاقدة هي نفس الحجية التي تتعلق بها إتجاهه، بمعنى أن كل شخص يمكن أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي يثبته ذلك المحرر ويحتج به عليه ، ولا يكون أمام هذا الغير الذي له مصلحة في إثبات عكس ما ورد فيها إلا الطعن بالتزوير وذلك بالنسبة للبيانات التي قام الموظف بتدوينها على أساس أنه عاينها أو تحقق من صحتها بنفسه، أما مضمون البيانات الصادرة من ذوي الشأن والتي لم تكن محل معاينة أو تحقيق من طرف الموثق، فإنه بإمكان الغير إثبات عكسها بجميع الطرق.

الفرع الثاني: حجية صورة الورقة الرسمية

تعرضنا فيما سبق للحجية التي تترتب عن المحررات الأصلية الرسمية والفرق بين الأصل والصورة أن الأصل هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن والشهود وغيرهم ممن تم الإستعانة بهم و الموثق، أما صورة المحرر الأصلي أو الرسمي فلا تحمل هذه التوقيعات كما أنها لم تصدر من الموثق، بل هي منقولة عن الأصل بواسطة موظف عام مختص وهذا ما يعطيها صفة الرسمية . وحجية الصورة الرسمية أقل من حجية الأصل، وليبيان ذلك يجب أن نفرق بين حالتين : حالة ما إذا كان الأصل موجودا ، وحالة ما إذا كان الأصل غير موجود.

أولا : حجية صورة الورقة الرسمية إذا كان الأصل موجود

إذا كان أصل المحرر الرسمي موجود - وهي المسألة الغالبة، إذ قلما ينعدم الأصل الذي يبقى محفوظا في مكتب التوثيق أو لدي كاتب العدل ولا يفقد إلا لأسباب قهرية كالحريق أو السرقة - إعتبرت الصورة المأخوذة عنه سواء كانت صورة خطية أو فوتوغرافية مطابقة للأصل ويكون لها ذات حجية الأصل في الإثبات.¹

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص145.

الشكلية في العقود

ثانيا: حجية صورة الورقة الرسمية إذا كان الأصل غير موجود : هناك ثلاث حالات

الحالة الأولى: حجية الصورة الرسمية الأصلية

يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، بحيث إذا داخل الصورة الرسمية بعض العيوب المادية تسقط حجيتها.

الحالة الثانية: الصورة الرسمية مأخوذة من الصورة الأصلية.

هي المستنسخة بمعرفة الموظف المختص وتحمل توقيع من الصورة الرسمية الأصلية وليس من المحرر الرسمي الأصلي مباشرة.

فإذا استحال تقديم الصورة الأصلية افتقدت الصورة الرسمية أساس حجيتها، ذلك واختلف الفقه حول ذلك فالبعض رأى أنه لا يصح الاعتداد بها إلا بمجرد الاستئناس

بينما يرى بعض الآخر اعتبارها بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة ورأي البعض الثالث اعتبر الصورة غير الأصلية بمثابة صورة أصلية من الصورة الأصلية المفقودة قياسا، فتكون لها ذات حجيتها متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها لها. ويرى البعض الأخير ترك تقدير الصورة في هذه الحالة للمحكمة التي لها أن تعتبرها بمثابة الصورة الأصلية أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو لا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس.¹

الحالة الثالثة: الصورة الرسمية المأخوذة من صورة رسمية غير أصلية

بالنظر لتباعد صلة الصورة الرسمية في هذه الحالة عن أصل المحرر الرسمي، إذا لم تستنسخ منه أو من الصورة الأصلية بل من صورة رسمية غير أصلية. فلقد ترك للقاضي تقدير دلالتها في الإثبات بحسب ما يراه تبعا لظروف الدعوى بإعتبارها قرينة من القرائن ولا يجدي من يتمسك بها لرفع قوتها في الإثبات طلبه مظاهرها بالصورة الرسمية التي استنسخت منها، لأن هذه الأخيرة بدورها لم تنقل مباشرة عن أصل

¹ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص. 230 و 231.

الشكليات في العقود

المحرر الرسمي، وليس أمامه لرفع قوتها في الإثبات إلا مرتبة الصورة الأصلية إلا طلب مظاهتها بهذه الأخيرة إذا وجدت، باعتبار أن هذه هي التي تم نقلها عن الأصل مباشرة. فإذا استحال تقديم الصورة الأصلية التي فقدت شأن الأصل فإن الصورة الثالثة ومن باب أولى أية صورة دونها مهما تعددت الصورة التي تفصل ما بين الأصل والصورة التي يراد الاحتجاج بها لا يعتد بها إلا بمجرد الاستئناس باعتبارها مجرد قرينة.¹

المطلب الثاني: إثبات العقد العرفي

العقد العرفي هو الذي يقوم بتحريره الأفراد وهو على نوعين :

1- أوراق معدة للإثبات كالأوراق المعدة لإثبات التصرفات القانونية من بيع وإيجار ونحو ذلك وتسمى أيضا بالسندات و هي تعتبر أدلة كاملة لأنها موقعة من خلال أطرافها .

2- أوراق غير معدة للإثبات كدفاتر التجار والأوراق المنزلية والبرقيات والرسائل ويغلب فيها ألا تكون موقعة ولكنها تحتوي على عناصر من الإثبات تتفاوت قوة و ضعفا².

وستتناول دراسة إثبات العقد العرفي من خلال حجية الورقة العرفية الأصلية وحجية صورة الورقة العرفية الأصلية.

الفرع الأول: حجية الورقة العرفية الأصلية

إن العقود العرفية هي التي لا تحرر من طرف ظابط عمومي أو موظف عام، و لا يطلب المشرع توافر أي شرط شكلي في تحريرها والشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الإحتجاج بها بالنسبة للغير ومن ثم نميز بين حجية العقد العرفي بين أطرافه وحجية العقد بالنسبة للغير،

¹ - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.232.

² - محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص. 9.

الشكليات في العقود

أولاً : حجية الورقة العرفية من حيث المضمون

للورقة العرفية من حيث صدورها ممن عليها حجية قائمة إلى أن ينكرها صاحب التوقيع، كما أن للورقة العرفية حجية من حيث صحة ما ورد بها من مضمون ووقائع.¹

فإذا ما تقرر ثبوت صحة التوقيع على السند العادي بعدم إنكاره صراحة أو ثبوته بعد إنكاره يجعل السند العرفي حجة على صاحبه بصرف النظر عما إذا كان السند محرراً بخط غيره ويكون مكتسباً لقوة السند الرسمي في الإثبات وقد أقرت ذلك المادة 1322 من القانون المدني الفرنسي " السند العادي المعترف به تكون له فيما بين موقعيه وورثتهما وخلفائهما نفس حجية السند الرسمي ذاته".

تجدر الإشارة إلى انه لا يرد في غالبية القوانين العربية نص على حجية السند العادي، وقد إكتفت هذه القوانين بالنص أن السند العادي لا يكون حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت. ومن هذا النص نستنتج أن السند العادي الذي تقررت صحة التوقيع عليه له حجية السند الرسمي ذاته.

يعتبر العقد العرفي بالنسبة لأطرافه صحيحاً و يكون حجة عليهم ما لم ينكروه صراحة أي ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط وإمضاء وأن مجرد سكوتهم يعد إقرار بصحة العقد أو الورقة العرفية. غير أن الإقرار الصريح أو الضمني للعقد العرفي لا يؤثر بأي حال في أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن أقر بالورقة العرفية أن يتمسك بها مثل بطلان العقد لعدم إتباع الرسمية أو الشكلية التي تعد ركناً رابعاً من أركان العقد المتعلق بنقل الحقوق العينية العقارية، في العديد من التشريعات الدولية وهو ما نصت عليه المادة 327 من القانون المدني التي تعتبر العقد العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء. غير أن هذه المادة استثنت ورثة و خلف موقع العقد من الإنكار الصريح واكتفت بأن يخلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق.²

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 165.

² - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 77.

الشكليات في العقود

يتبين من مضمون المادة 327 ق.م. أن حجية المحرر العرفي أو الورقة العرفية و قوته الشبوتية متوقفة على عدم إنكار من ينسب إليه التوقيع أو الخط، فإذا أنكر الخط أو التوقيع زال عن المحرر العرفي حجته و سقطت مؤقتا، و حينئذ يتعين على المتمسك به أن يقوم بإثبات صدوره ممن يحتج به عليه، كأن يطلب من القاضي أو المحكمة بمضاهاة الخطوط و توقيع المحرر مع الخطوط و التوقيعات الأخرى غير المتنازع فيها.

فإن نتجت عن هذه المضاهاة صدور المحرر أو الورقة العرفية ممن وقعه رجعت إليه حجته و أخذ به من كان ناكرا له، على أنه إذا كان المتمسك هو الخلف العام فلا يطلب منه الإنكار و يكفي أن يقر يمين يؤديها على أنه لا يعلم أن الإمضاء أو الخط أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

فإذا أدى الخلف العام اليمين زالت عن المحرر العرفي حجته مؤقتا و حينئذ يتعين على المتمسك به اللجوء لى إثبات صدور المحرر ممن ينسب إليه بإجراءات مضاهاة الخطوط.

لكن هناك حالة في المحرر العرفي لا يكفي فيها إنكار الخط أو التوقيع صراحة لنفي حجته، و إنما عليه أن يسلك طريق آخر و هو الطعن بالتزوير، و تتمثل هذه الحالة في الأوراق العرفية المصادق على توقيعاتها من طرف موظف عام مختص (موظف أو ظابط عمومي أو مكلف بخدمة عامة).

و هذه الحالة كثيرة في الحياة العملية، و تعرض على المحاكم بصورة مستمرة، إذ كثيرا ما يتفق متعاقدان في محرر عرفي أو ورقة عرفية بأن يتم اللجوء إلى موظف عام مختص، و يوقعان على المحرر أمامه بعد تقديم الأوراق الشبوتية، فيشهد الموظف العام على توقيع الطرفين و يضع طابع أو ختم المصلحة أو الإدارة التي ينتمي إليها و يوقع بإشهاده على ذلك، و في هذه الحالة تكسب مصادقة الموظف العام للورقة العرفية صفة الرسمية، و إذا أنكر الخصم التوقيع المنسوب إليه، عليه أن يطعن بالتزوير و لا يكفي صدور الإنكار منه.

يستخلص مما سبق أن تاريخ العقد العرفي أو الورقة العرفية يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا العقد من بيانات ، ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة أن يلتزم بأحكام القواعد العامة في ذلك ومؤدى هذا وجوب تقديم الدليل الكتابي، إذ لا يجوز نقض أو إبطال الثابت كتابة إلا بالكتابة.

الشكليات في العقود

ثانيا: حجية الورقة العرفية بالنسبة للغير

يقصد بالغير بوجه عام في حجية السند العادي كل شخص يجوز أن يسري في حقه التصرف القانوني الذي أثبتته السند العادي وتقضي القواعد العامة بحمايته من سريانه عليه، فالغير بهذا المعنى الخلف العام والخلف الخاص والدائن، ومع ذلك فإن الغير تضيق دائرته في حجية تاريخ السند العادي عن الغير بمعناه العام فهو أمر لم يتفق الفقهاء على تحديده، ويمكن تحديد الأشخاص الذين يعدون من الغير بالنسبة لتاريخ السند العادي بالخلف الخاص والدائن والحاجز والدائن المرتهن والدائن الذي يرفع دعوى نفاذ التصرفات أو الدعوى غير مباشرة إذا إنتقل إلى مرحلة في التنفيذ.¹

وإن كان لتاريخ السند العادي حجية البيانات الواردة في السند ثم يفترض أنه التاريخ الصحيح إلا أن يقوم الدليل على عكسه، فإنه بالنسبة للغير لا يكون حجة عليه إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا وعليه فإن التاريخ السند العادي لا يكون نافذا في مواجهة الغير إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ السند ثابتا في إحدى الحالات الآتية:

أ- من يوم أن يصدق عليه كاتب العدل.

ب- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ.

ج- من يوم أن يؤشر عليه قاضي أو موظف عام مختص .

د- من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة إبهام أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يصمم لعله في جسمه وبوجه عام من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن السند قد صدر قبل وقوعه.²

لا يكون للعقد العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخ ثابت، وهو ما نصت عليه المادة 328 ق.م التي تقتضي بأنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت

¹- عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 144 و145

²- عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 145.

الشكليات في العقود

، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء من يوم تسجيله، أو ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام. أو التأشير عليه على يد ضابط عام مختص أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.

والأصل في الورقة العرفية أن تكون حجة قبل الكافة، فيما عدا التاريخ، فلا تكون له حجة بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتا وقد قصد من هذا الإستثناء إلى حماية الغير من خطر تقديم التاريخ في العقود العرفية ، و يترتب على ذلك أن المادة 328 من القانون المدني لا تطبق في هذه الحالات :

1/ إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة كالنصوص المتعلقة بالتسجيل والشهر.

2/ إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحة صراحة أو ضمنا أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقة مع الواقع.

3/ لا تطبق أيضا على من يكون بشخصيه أو بنائيه طرفا في العقد العرفي، لأنه لا يعتبر من الغير، ولا يطبق على من يخلفه عن طريق الميراث أو الوصية ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوى مدنيهم الدعوى غير مباشرة إذ ليس لهؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين.¹

هذا بالنسبة للإثبات بصفة عامة في جميع المواد أما في العقارات بصفة خاصة، فينبغي التمييز أولا بين أنواع العقارات الخاصة والعامة وطريقة استغلالها من قبل الأفراد أو الجماعات ، وثانيا التمييز بين بعض أنواع العقود العرفية في الجزائر، وتاريخ تحريرها، للقول بعد ذلك فيما إذا كانت صحيحة وناقلة للحقوق العينية أم هي باطلة، ولا تصلح إلا كأساس للالتزامات الشخصية، وبدون هذا التمييز يصعب تطبيق القانون تطبيقا سليما على مثل هذه العقود والمنازعات المتعلقة بها، وذلك بالنظر إلى تغير القوانين المنظمة للعقارات في كل مرحلة، ولكل نوع من أنواع العقارات وقوة الإثبات التي خصت بها العقود العرفية، وعليه فإن القاضي مثلما هو مطالب بتكييف الوقائع قبل أن يطبق عليها القانون، فهو مطالب أيضا بتكييف وترتيب العقود العرفية وفقا للقوة الثبوتية المعطاة لها من طرف المشرع، حسب نوع العقار

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 77 و 78.

الشكليات في العقود

أو الحق العيني العقاري الذي تتضمنه هذه العقود وحسب تاريخها الثابت، وعلى هذا الأساس ينبغي بيان تحديد أنواع العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية وأنواع هذه العقود العرفية.¹

العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية.

لبيان دراسة العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية ينبغي تقسيمها إلى نوعين من العقارات أو الحقوق العينية العقارية.

أولاً: العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية وهي العقارات التي يملكها الأشخاص أي الخواص بصفة فردية أو جماعية من نوع الملك أو مكان يسمى بالعقارات الإسلامية أثناء الإحتلال الفرنسي أي العقارات التي يملكها الجزائريون بدون عقود رسمية ولم يمتلكها المعمرون الأوربيون من قبل والتي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العرفية .

ثانياً: العقارات التي لا تقبل الإثبات إلا بالعقود الرسمية و هي :

1- العقارات المفرنسة التي تم إكتسابها بموجب عقود رسمية سواء كانت إدارية أو توثيقية أو بموجب أحكام وقرارات قضائية مشهورة وكذلك العقارات التي يملكها الأوربيون في الجزائر حتى ولو انتقلت ملكيتها فيما بعد إلى الجزائريين لأن التصرف فيها يتم حتما بعقود رسمية أو بقرارات قضائية.

كما أن المعمرين الفرنسيين والأوربيين بصفة عامة إستولوا على الأرض بموجب قرارات إدارية أو عقود رسمية مشهورة في مصلحة الرهون العقارية. حيث تنص المادة الأولى من قانون 1844/11/23 على أن المسلمين المقيمين في الجزائر يخضعون لقوانينهم وأعرافهم فيما يتعلق بالأحوال الشخصية والموارث والأموال العقارية التي لم تحدد فيها الملكية حسب القوانين الفرنسية الخاصة بالنظام العقاري أو بموجب سند إداري فرنسي أو توثيقي أو قضائي.²

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 79.

² - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 79 و 80.

الشكليات في العقود

وعليه ينبغي الإلتباع الرسمية في التصرفات الخاصة بمثل هذه العقارات سواء كانت أراضي فلاحية أو بيانات مع الملاحظة أن أغلب هذه الأنواع من العقارات انتقلت ملكتها للدولة بعد رحيل المعمرين في 1962 والدولة لا تتصرف في العقارات إلا بقرارات وعقود رسمية.¹

2- العقارات التي تم مسحها فهذه العقارات المسوحة لا يمكن أن تنتقل فيها الحقوق العينية العقارية إلا بموجب عقود رسمية أو قرارات قضائية مشهورة وذلك عملاً بالمادتين 15 و16 من الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العامة وتأسيس السجل العقاري حيث تنص المادة 16 منه على أن: "العقود الإدارية و الإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".²

و تجدر الملاحظة إلى أن المشرع في هذه المادة أغفل ذكر كلمة (عقاري) وهو المقصود فيها لأن الحقوق العينية غير عقارية أي المنقولة لا تخضع للمسح أو لل منع في التصرف فيها عرفياً، من تم تعيين القول: حق عيني عقاري تفادياً لكل لبس. وهكذا لا يجوز التصرف في الحقوق العينية العقارية المسوحة إلا بعقود رسمية مشهورة في مجموعة البطاقات العقارية.

3- العقارات التي لا يمكن التصرف فيها أصلاً لا بعقود رسمية ولا عرفية :

وهي العقارات التابعة للأمالك الوطنية العمومية حيث تنص المادة 12 فقرة 2 من القانون المتضمن الأملاك الوطنية لأنه " لا يمكن أن تكون الأملاك الوطنية العمومية موضوع تملك خاص أو موضوع حقوق تمليلية" وإن هذه الأملاك العمومية تضمنتها المادة 17 من الدستور وكذلك المادة 4 من نفس القانون المتضمن الأملاك الوطنية.

كما أنه لا يجوز التصرف في أصل الملكية الموقوفة على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه البر والخير وهو نوعان:

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 80 و 81.

² - الأمر 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل التجاري.

الشكليات في العقود

أ/ الوقف العام : ما حبس على جهات خيرية من وقف أنشأه.

ب/ الوقف الخاص : وهو ما يجسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد إنقطاع الموقوف عليهم. وتقضي المادة 23 من قانون 10/92 بأنه لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء للبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها.

وعليه فليس للموقوف عليهم الخواص إلا حق الإنتفاع والتصرف في هذا الحق حسب ما يسمح به القانون دون المساس بأصل الملكية العقارية.¹

الفرع الثاني: حجية صورة الورقة العرفية

تناولنا فيما تقدم حجية صورة الورقة الرسمية ورأينا أن لهذه الصورة حجية في الإثبات تتفاوت قوتها وضعفا على النحو الذي ذكرناه سابقا، والعلة في هذه الحجية أن هذه الصور كأصولها يقوم بتحريرها موظف عام مختص مما يبعث على الثقة في صحتها، أما صور المحررات العرفية فليست لها بحسب الأصل أية حجية في الإثبات طالما أنها غير موقعة ممن صدرت عنه، ذلك أن قيمة المحررات العرفية وحجيتها إنما تستمد من هذا التوقيع، والمفروض أن صورة هذه المحررات خالية من التوقيع لذلك لا تكون لها حجية في الإثبات.

أما إذا كانت الصورة محررة بخط يد المدين فتعتبر هذه الصورة ولو كانت خالية من التوقيع مبدأ ثبوت بالكتابة وعندئذ تكتمل بشهادة الشهود أو القرائن أو بهما معا. والصورة الفوتوغرافية كالصورة الخطية أو المكتوبة لا قيمة لها في الإثبات.

أما إذا كانت الصورة موقعا عليها ممن صدر عنه الأصل اعتبرت في هذه نسخة ثانية وكانت لها نفس قيمة الأصل في الإثبات وإذا وجدت الورقة تشير إلى الأصل وتؤكدده وكانت موقعة ممن صدر منه

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص. 81.

الشكلية في العقود

الأصل فإنها تسمى في هذه الحالة بالسند المؤيد وتكون قيمتها في الإثبات مرتبطة بمطابقتها للأصل، ولكن إذا لم يوجد الأصل ولم يتمكن من تشهد عليه هذه الورقة فتكون لها نفس قيمته في الإثبات.¹

¹-محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص. 188 و 189.

الشكليات في العقود

الخاتمة:

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

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

أما فيما يخص العقد العرفي فهو عقد يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية لا غير ، و حتى يكون العقد العرفي صحيح وله حجية بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير يستلزم توفر شرطين : ضرورة أن يكون مكتوباً بخط المتعاقد الذي ينسب إليه وأن يكون موقعا كما ترتب هذه العقود العرفية آثار فالعقد العرفي الباطل بطلانا مطلقا يرتب عدة آثار شخصية تصل في بعض الأحيان إلى إكتساب حقوق عينية عقارية.

كما قد يكتفي المشرع بفرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرفات القانونية وهذا ما يسمى بالشكلية غير المباشرة وسميت بذلك لأنها لا تتصل مباشرة بالعقد فهي لا تؤثر مبدئياً على صحة العقد ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه في مواجهة الغير، وهي قواعد الشهر وقواعد الإثبات.

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

الشكليات في العقود

لكن الدول لم تسلك في تحقيق هذا الغرض سبيلا واحدا فهناك من تبنت نظام الشهر الشخصي و أخرى نظام الشهر العيني.

أما المشرع الجزائري قد أخذ بنظام الشهر العيني وهذا واضح من الأمر 74/75 غير أنه في حقيقة الأمر فإن المشرع الجزائري قد تبني نظاما مزدوجا ، النظام الشخصي بالنسبة للعقارات الريفية التي لم تطبق عليها عمليات المسح بعد ، والعيني إذا كانت هذه العقارات واقعة في بلديات أجريت فيها عمليات مسح الأراضي العام أو العقارات الحضارية.

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

بناء على ما سبق، ينبغي التمييز في هذا الصدد، بين كل من الشكل و شهر التصرف، فالشكل (la forme, la solennité) و الذي يعد ركن في التصرف القانوني الذي يستلزمه القانون، بحيث إذا تخلف هذا الركن كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا، فالشكل إذن عنصر من العناصر المكونة للتصرف القانوني في بعض الحالات.

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

و بذلك فالشهر ليس ركن في التصرف القانوني، فهذا الأخير يعتبر قائما و صحيحا و منتجا لآثاره فيما بين المتعاقدين، ما عدا الأثر العيني و لو لم يحصل شهره.

الشكليات في العقود

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

أما الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي و الحيازي و حق التخصيص و حقوق الامتياز فتشهر بالقيود² (l'inscription) أي بنقل ملخص التصرف و ذلك بتدوين مبلغ الدين و تعيين العقار المثقل بإحدى الحقوق العينية التبعية و إسم الدائن و المدين.

فضلا عن ذلك هناك وسيلة ثالثة للشهر و هي التأشير الهامشي بالنسبة للدعاوى القضائية العقارية³ التي ترمي إلى الطعن في صحة التصرف الذي يتضمنه المحرر المشهر بالمحافظة العقارية، و مثل هذه الدعاوى لا تكون مقبولة و لا يمكن الاحتجاج بالحكم الصادر فيها ضد الغير الذي كسب حقا ثم شهره، قبل شهر الدعوى ذاتها.⁴

و يتم إثبات هذا الإشهار أمام القضاء بوسيلتين هما :

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

- أو بالتأشير في أسفل العريضة الافتتاحية على قيام الإشهار.⁵

أما فيما يخص مسألة إثبات فهو بصفة عامة تأكيد وجود أو صحة أمر معين بأي دليل أو برهان، ويعد الدليل الكتابي في العصر الحديث من أهم طرق الإثبات ويتمثل في العقد الرسمي أو العقد العرفي فالورقة الرسمية لها حجية بالنسبة للغير أو فيما بين الطرفين، أما صورة الورقة الرسمية فلها حجية أقل من

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية، المرجع السابق، ص. 122.

² - المادة 904 و 966 من القانون المدني.

³ - يلاحظ من خلال الممارسة القضائية، قيام بعض المتقاضين بإدخال المحافظ العقاري في الخصومة العقارية بدلا من إشهار الدعوى القضائية، و هذا يعد فهم خاطئ للمادة 86 من المرسوم 63-76 المذكور أعلاه.

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

⁵ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية، المرجع السابق، ص. 123.

الشكلية في العقود

حجية الأصل فإذا كان الأصل موجودا فإن صورته الرسمية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، لكن إذا كان الأصل غير موجود فالصورة الرسمية الأصلية تكون لها حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها.

والصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الرسمية الأصلية لها حجية الأصل متى كانت الصورة الأصلية التي أخذت عنها موجودة.

أما الصورة الرسمية للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية فهذا النوع من الصور لا تكون له حجية الأصل ولا يعتد بها إلا بمجرد الإئتمتناس تبعا للظروف، أما في ما يخص الورقة العرفية الأصلية فلها حجية سواء فيما بين أطرافه أو بالنسبة للغير. لكن صورة الورقة العرفية فحسب الأصل ليس لها أية حجية بالإثبات طالما أنها غير موقعة ممن صدرت عنه ذلك أن قيمة المحررات العرفية وحجيتها إنما تستمد من هذا التوقيع.

إن المادة 324 من القانون المدني قد عاجلت في الحقيقة مسألة الإثبات وهي حالة متميزة عن التصرف الشكلي فالمادة في صيغتها الأولى- أي قبل تعديل سنة 1988 - كانت تشير إلى الورقة الرسمية¹، بينما صيغتها الحالية تشير إلى العقد الرسمي، و هناك فرق بين التصرف القانوني الذي يسمي العقد من جهة NEGOTIUM وأداة إثباته INSTRUMENTUM أي الورقة الرسمية من جهة أخرى فقد يكون التصرف القانوني صحيح والورقة الرسمية غير صحيح وقد يحصل العكس ، وبغض النظر أن الألفاظ ودقة التعبير فإن التعريف المذكور أعلاه يشمل - زيادة على ذلك- الشكلية الرسمية كونها ركن في العقد.²

و عليه، يمكن القول أن الكتابة الرسمية طبقا للمادة 234 مكرر 1 من القانون المدني تعتبر شرط للانعقاد في العقود الواردة على العقارات، و من ثم تعد هذه التصرفات القانونية من العقود الشكلية، التي يرتب القانون على تخلفها بطلان التصرف ككل بحث لا يمكن أن يوجد التصرف بدونها.

¹- المادة 324 ق.م. قبل تعديلها "الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة..."

²- علي فيلاي، المرجع السابق، ص. 233.

الشكليات في العقود

و الكتابة كما تعد شرطاً للانعقاد قد تكون شرطاً للإثبات، لكنها في هذه الحالة إذا تخلفت لا يرتب بطلان التصرف القانوني، و لكن لا يجوز إثبات التصرف إذا كانت قيمته تزيد عن 100.000 د.ج. طبقاً للمادة 333 من القانون المدني، إلا بالكتابة و لا يعتد إذن بالإقرار أو اليمين الحاسمة أو شهادة الشهود.¹

¹-مدي باشا عمر، نقل الملكية، المرجع السابق، ص. 127.

الشكليات في العقود

قائمة المصادر و المراجع

1. النصوص القانونية : (حسب التسلسل التاريخي)

- قانون التوثيق القديم الصادر في 15-12-1970 بمقتضى الأمر 91/70 والذي بدأ العمل به في 01-01-1971 و الملغى بموجب القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12-07-1988 يتضمن تنظيم التوثيق، و الذي بدأ العمل به في 01-01-1990.
- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- الأمر 74/75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري.
- القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق.

2. المراجع : (حسب الترتيب الهجائي)

- حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، الدار الجامعية "بيروت".
- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري" في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة، دار هومة، 2003.
- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية " في ضوء آخر التعديلات وأخذت الأحكام، دار هومة، 2001.
- حمدي باشا عمر و رزوقي ليلي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2003.
- رامول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري، قصر الكتاب "البلدية"، 2001.
- عباس العبودي، شهر أحكام قانون الإثبات المدني دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2005.

الشكليات في العقود

- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية في التشريع الجزائري الطبعة، 2003.
 - على على سليمان ، النظرية العامة للإلتزام في القانون في القانون المدني الجزائري ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة السابعة، 2006.
 - على فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 2005.
 - مجيد خلفوني نظام الشهر العقاري في الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، 2003.
 - محمد أحمد عابدين، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات وطرق الطعن فيها، الناشر منشأة المعارف الإسكندرية، 2002.
 - محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت.
 - محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، 1991.
 - همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.
3. المذكرات :
- بن نعوم فوزية، موفقي أمينة و الرمي أحمد، الإشهار العقاري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، معهد الحقوق معسكر، 2002-2003.
 - حركاتي فؤاد، جديد لخضر و زيان البشير، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس جامعة سعيدة 2008-2009
 - سنوسي فضيلة و مهداوي المولات، الشكلية في عقد البيع، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدة، الدفعة 2008-2009.

الشكليات في العقود

- محمدي لخضر و عبوا عبد القادر، شهر التصرفات العقارية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ليسانس، جامعة سعيدة، 2008 و 2009.
- 4. الإجتهاادات القضائية : (حسب التسلسل التاريخي)
- قرار المحكمة العليا رقم 51410 المؤرخ بتاريخ 11-11-1978، راجع بلحاج العربي النظرية العامة للإلتزام ، ديوان المطبوعات الجامعة، 2005.
- قرار المحكمة العليا مؤرخ في 07-12-1987، المجلة القضائية 1990، العدد 4 ، ص. 63.
- قرار المحكمة العليا رقم 53630 المؤرخ في 03-04-1989 المجلة القضائية 1991 العدد4 الصفحة145
- قرار مجلس الأعلى 27163 المؤرخ في 28-04-1989 نشرة القضاة عد خاص 1982
- قرار المحكمة العليا رقم 25016 منشور في الإجتهاد القضائي 1989، ص. 49.
- قرار المحكمة العليا رقم 68 764 المؤرخ في 21/01/1990، المجلة القضائية 1992، العدد 01، ص. 86.
- قرار رقم 73271 المؤرخ في 21-10-1990 المجلة القضائية 1992 العدد 1، ص. 14، راجع حمدي باشا القضاء العقاري.
- قرار المحكمة العليا 68467 المؤرخ في 21-10-1990 المجلة القضائية 1992 العدد 1.
- قرار المحكمة العليا (الغرفة المجتمعة) 163156 المؤرخ في 18-02-1997 المجلة القضائية 1997، العدد1، ص. 10، راجع حمدي باشا القضاء العقاري.
- قرار المحكمة العليا رقم 176264 المؤرخ بتاريخ 18-11-1998.
- قرار مجلس الدولة رقم 004983 في تاريخ 15/07/2002 مجلة مجلس الدولة، العدد 3، 2003، ص. 155.

الشكليات في العقود

رقم الصفحة	الفهرس:
1.....	مقدمة.....
9.....	الفصل الأول: الشكلية المباشرة.....
9.....	المبحث الأول: الكتابة الرسمية.....
10.....	المطلب الأول: مدلول الشكلية والإستثناءات الواردة عليها.....
10.....	الفرع الأول: الرسمية كركن للإنعقاد.....
12.....	الفرع الثاني: الإستثناءات الواردة على الشكلية الرسمية.....
15.....	الفرع الثالث: موقف القضاء من الشكلية الرسمية.....
16.....	المطلب الثاني: شروط صحة العقد الرسمي.....
16.....	الفرع الأول: صدور المحرر الرسمي من موظف أو ظابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.....
17.....	الفرع الثاني: سلطة الموظف أو الظابط العمومي و إختصاصه في إصدار السند الرسمي.....
18.....	الفرع الثالث: تحرير السند وفق الأوضاع التي يقررها القانون.....
19.....	المبحث الثاني: الكتابة العرفية.....
19.....	المطلب الأول: شروط صحة العقد العرفي.....
19.....	الفرع الأول: الكتابة بخط المتعاقد.....
20.....	الفرع الثاني: التوقيع.....
21.....	المطلب الثاني: أنواع العقود العرفية وآثارها.....
21.....	الفرع الأول: أنواع العقود العرفية.....
24.....	الفرع الثاني: آثار العقود العرفية.....
27.....	الفصل الثاني: الشكلية غير المباشرة.....
27.....	المبحث الأول: الشهر العقاري.....
28.....	المطلب الأول: أنظمة الشهر العقاري.....
28.....	الفرع الأول: نظم الشهر الشخصي.....
31.....	الفرع الثاني: نظام الشهر العيني.....

الشكليات في العقود

- الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من النظامين..... 35
- المطلب الثاني: قواعد وشروط تنظيم الشهر العقاري..... 36
- الفرع الأول: قواعد الشهر العقاري..... 36
- الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في المحررات الخاضعة للشهر العقاري..... 40
- المطلب الثالث: التصرفات واجبة الشهر وآثارها..... 45
- الفرع الأول: التصرفات واجبة الشهر..... 45
- الفرع الثاني: الآثار المترتبة عن التصرفات واجبة الشهر..... 47
- المبحث الثاني: الإثبات..... 49
- المطلب الأول: إثبات العقد الرسمي..... 49
- الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية الأصلية..... 50
- الفرع الثاني: حجية صورة الورقة الرسمية..... 53
- المطلب الثاني: إثبات العقد العرفي..... 55
- الفرع الأول: حجية الورقة العرفية الأصلية..... 56
- الفرع الثاني: حجية صورة الورقة العرفية..... 63
- خاتمة..... 65

قائمة المصادر

الفهرس