



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة العربي التبسي - تبسة -
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



مذكرة مكملة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر
تخصص: قانون عقاري

بغنوان:

منازعات العقود التوثيقية المشهورة ومدى سلطة القاضي العادي في إبطالها

إشراف الأستاذة :

بن طيبة صنية

إعداد الطالبة :

براح نصيرة

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الصفة في البحث
طواهرية الكاملة	أستاذ محاضر - ب -	رئيس
بن طيبة صنية	أستاذ محاضر - أ -	مشرفا ومقررا
بخوش إلهام	أستاذ مساعد - أ -	ممتحن

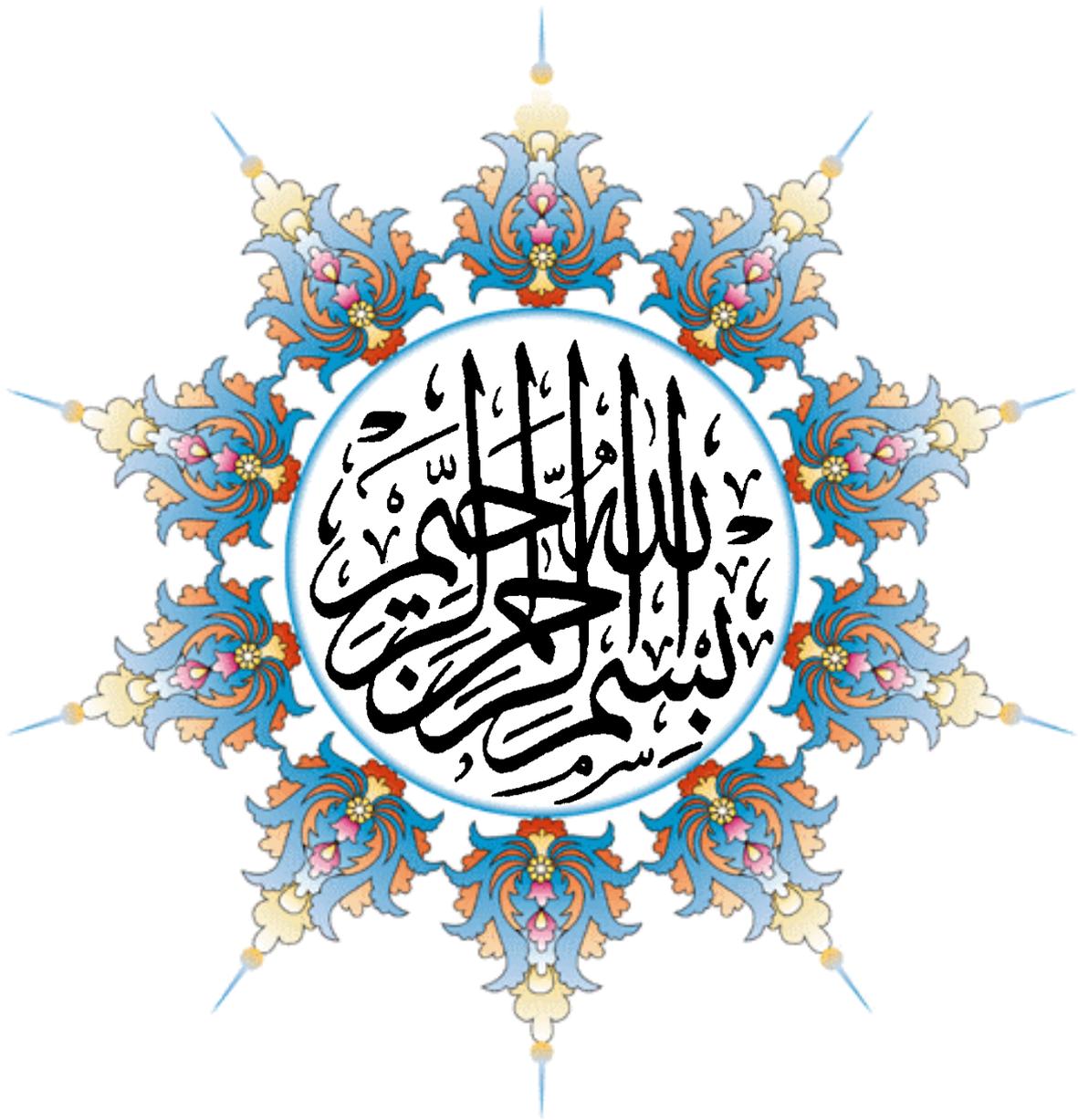
السنة الجامعية: 2020/2019

الكلية لا تتحمل

أي مسؤولية على

ما يرد في هذه

المذكرة من آراء



شكر وعرّفان

بداية أتقدم بالحمد والثناء وعظيم الشكر لله تعالى الذي وفقني في انجاز

هذا العمل البسيط.

ومن ثم أتقدم بجزيل الشكر والعرّفان الى أستاذتي الفاضلة أطل الله في

عمرها وأمدّها دوام الصحة والعافية بن طيبة صنية على قبولها الإشراف على

هذه المذكرة وكل توجيهاتها ومساعدتها لإنجازها.

كما أتوجه بالشكر إلى الأساتذة أعضاء اللجنة العلمية التي تكّرمتم بقبول

مناقشتها كل من:

- طواهرية الكاملة رئيسا

- بخوش إلهام مناقشا

إهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الانبياء والمرسلين وبعد:

إلى أعز الناس وأغلاهم... أمي الحبيب

وإلى أبي الحنون... أطل الله في عمرهما

إلى كل من ساندني ولو بكلمة

سواء من بعيد أو من قريب

ولو بنصيحة أو توجيه

براح نصيرة

قائمة المختصرات

ص: صفحة

ج: جزء

ط: طبعة

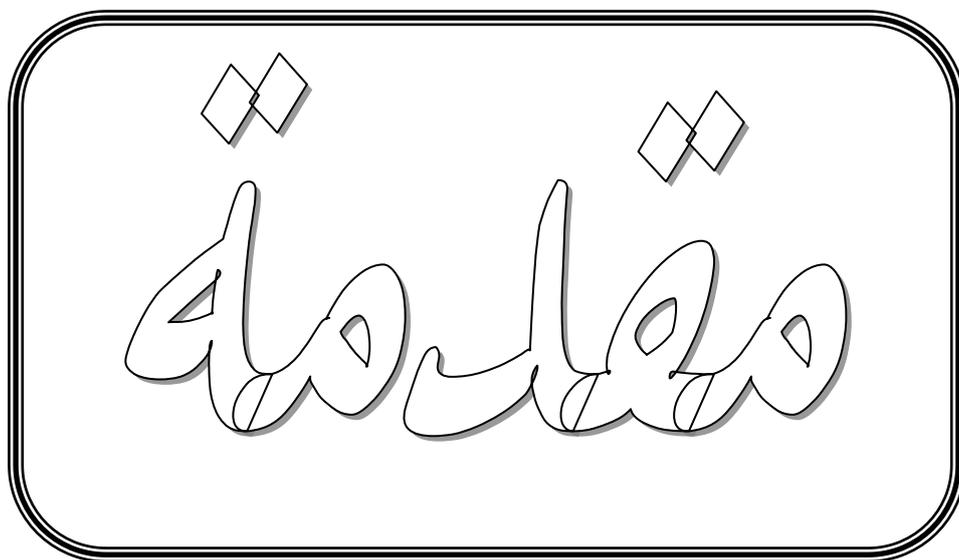
ع: عدد

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

ق.إ.م.إ.ج: قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية

ق.ت.ع: قانون التوجيه العقاري



يعد العقار مسألة حيوية في تحقيق التنمية الإجتماعية والإقتصادية، كما له دور فعال في تنمية الاقتصاد الوطني لما تجنيه الدولة من فوائد وحتى على المستوى العالمي ففي هذا الإطار تعتبر الملكية العقارية والحقوق العقارية الأخرى من أهم الثروات التي يركز عليها النظام الإقتصادي ويدخل ضمن سيادة الدولة على أراضيها، ويعرف العقار بأنه كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف.

ولقد أرسى الشريعة الإسلامية دعائم للمحافظة على الحقوق أي كان نوعها، فوضعت لذلك القواعد العامة التي تكفل حماية الحقوق المعتمد بها شرعا، ولما كانت الأموال جزءا من الحقوق المتكفل بحمايتها وصيانتها تمثل مكانة عظيمة في المجتمع الإسلامي باعتبارها من مقومات المجتمع، حرصت الشريعة الإسلامية على وضع منهج للكافة ينظم معاملاتهم في قضاء مصالحهم ، مما يوفر الإستقرار ويؤدي الى حفظ أموالهم وتنظيم علاقة الأفراد بعضهم ببعض.

وأبرز هذه الوسائل في هذا المجال ما أرشد به القرآن الكريم في قوله تعالى: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَيْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ۚ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ۗ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ۗ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي لِيهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا " ، الآية 282 من سورة البقرة، فقد أكد ديننا الحنيف على أن التوثيق له أهمية في حياة الأفراد والأمم خاصة في المجالات المدنية ، وذلك في وجوب إفراغ الإتفاقات في قالب رسمي ، حيث جعلت الشريعة الإسلامية توثيق الدين يكون بالكتابة كوسيلة إثبات فتوثيق الحقوق يعد وسيلة للحصول عليها عند حلول آجالها و سببا في إستيفائها و لو جبرا.

كما أكد المشرع أن الكتابة هي أحد أعمدة اثبات التصرفات القانونية و اعترف لها بالقوة والثبوتية المطلقة، هذا الدافع الذي أدى إلى تزايد لجوء الأفراد الى ضبط معاملاتهم بواسطتها بالإضافة إلى تمتعها بالصفة الرسمية، ومن أهم الصور التي تجسدت فيها نجد

العقد التوثيقي، الذي يقوم على دعامات قانونية هامة في مختلف التشريعات، ولعل أبرزها الشريع الجزائري الذي نظمها بموجب قانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

ونظرا للتنافس الكبير بين الأفراد في طلب ملكية العقار وعلى غرار باقي التشريعات المقارنة، أصدر المشرع الجزائري ترسانة من القوانين تحيط بالعقار تهدف إلى تحقيق الإستقرار في المعاملات العقارية وضمان لحقوق الأفراد، من أجل ذلك كان من الضروري إيجاد آلية قانونية من شأنها تنظيم الملكية وما يرد عليها من حقوق عين ية خاصة في إتمام التصرفات المتضمنة نقل أو إنشاء أو تعديل أو تصريح أو إنقضاء الحق العيني العقاري لتكون حجة على الكافة وذلك لا يتجسد إلا بإخضاعها لعملية الشهر العقاري، من خلال تبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني حيث نجد كل من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، و تأسيس السجل العقاري و ما صاحبه من مراسيم تنفيذية أهمها المرسوم 76-62 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وكذا المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

وعليه فإن العقود التوثيقية المتضمنة لتصرفات عقارية صادرة من موثق عمومي تخضع لضرورة تطبيق إجراءات الشهر على مستوى المحافظ ة العقارية لإنتقال الملكية العقارية، وذلك وفقا لما سنه المشرع الجزائري.

إلا أن هذا الأخير بتبنيه لنظام الشهر العيني لم يأخذ بالمبدأ المطهر للحق المشهر في السجل العيني بحجة مطلقة حيث أبقى على الحجية النسبية وهو ما تم التأكيد عليه صراحة في المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري " إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها،...".

لقد فتح المشرع في ظل المادة 85 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 سالف الذكر للمتضررين من الحقوق المشهورة باب الطعن في هذه التصرفات أمام القضاء، ويعني ذلك إمكانية ابطال العقود التوثيقية المشهورة لكل ذي مصلحة، مع ضرورة شهر الدعاوى

القضائية العقارية المذكورة على سب طي الحصر في المادة 85 أعلاه. أما فيما يتعلق بالإختصاص القضائي، فهي تعد من المسائل الجوهرية في تحديد الجهة المختصة، لا سيما بعد الأخذ بالازدواجية القضائية، لذا يتعين على المتقاضي أن يحدد الجهة القضائية المختصة التي خولها القانون حق النظر في الدعوى نوعيا واقليميا. وفيما يخص القضاء المختص في الفصل عن إبطال العقود التوثيقية المشهورة فهو القضاء العادي بصفته حامي الحقوق الفردية، كون المنازعات العقارية تحتل المرتبة الأولى في المحاكم الجزائرية وذلك لشساعة مواضيعها.

هذا وتتجلى أهمية الموضوع:

في أن المشرع الجزائري أقر نظام الشهر العيني لحفظ وحماية الملكية العقارية إلا أنه لم يأخذ بالحجية المطلقة للشهر بحيث يمكن الطعن فيها بالإبطال وذلك باللجوء إلى القضاء العادي للفصل في منازعاتها.

دوافع إختيار الموضوع: إن أبرز الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع يكمن في دوافع موضوعية وأخرى ذاتية:

***الدوافع الشخصية:** ويرجع ذلك إلى رغبتني الخاصة لما لمستته من أهمية بالغة للموضوع ومعالجته كدراسة يمكن الإعتماد عليها.

الإحاطة بالقوانين التي وضعها المشرع الجزائري للفصل في المنازعات المتعلقة بالعقود التوثيقية المشهورة.

* الدوافع الموضوعية:

- إيجاد نظام قانوني عقاري من شأنه تقليص حجم المشاكل العملية التي تظهر في الميدان بسبب المنازعات المثارة حول تلك العقود.

- يشمل الموضوع الجانب التطبيقي العملي أكثر من الجانب النظري.

- إستفحال وتعدد المعاملات العقارية نتيجة حدة المنازعات حول التصرف المشهر.

- السعي إلى إبراز إشكالية تحديد الإختصاص القضائي الذي خول له الفصل في التصرفات المشهورة.

الإشكالية: أما التساؤل الذي يطرح في هذا الموضوع يتمثل أساسا في:

ما مدى نجاعة السياسة التشريعية العقارية التي انتهجها المشرع الجزائري في الحد من تزايد منازعات إبطال العقود التوثيقية المشهورة؟ وإلى أي مدى وفق المشرع في تحديد وضبط القضاء المختص للفصل في هذه النزاعات؟

المنهج المتبع: وللإجابة على الإشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي باعتباره المنهج الأنسب للدراسة وذلك من خلال التعريف ببعض الجوانب وتحليل بعض النصوص القانونية والمراسيم والأحكام القضائية، كما تم معالجة بعض أنواع منازعات العقود التوثيقية المشهورة سواء كانت عقود معاوضة أو احتفالية أو عقود مصرحة للملكية، وذلك لأجل إبراز مدى اهتمام المشرع بتنظيم تلك العقود لتحقيق استقرار المعاملات العقارية.

أهداف الدراسة:

- تسليط الضوء حول كثرة المنازعات التي من شأنها زعزعة استقرار الملكية العقارية، فالمعلوم أن شهر التصرفات العقارية وإعلانها للكافة هو خير ضمان واستقرار وائتمان في المعاملات العقارية.

- معرفة مدى حجية العقود التوثيقية المشهورة بنوعها سواء الناقل أو المصرحة للملكية العقارية.

- البحث عن الأسباب التي تقف وراء نشوب منازعات العقود المشهورة لتفادي وقوع الأطراف المتعاقدة في مثل هذه المنازعات.

الدراسات السابقة:

لقد اعتمدت في دراسة موضوعي على:

- الدراسة الأولى المتعلقة بالمنازعات العقارية في الجزائر تشريعا وقضاءا من إعداد الباحثة صيفاوي سليمة، أطروحة دكتوراه في الحقوق، وقد تضمنت هذه الدراسة بابين تطرقت في الباب الأول إلى المنازعات القضائية التي يختص بها القاضي العادي، وفي الباب الثاني تطرقت إلى المنازعات العقارية التي يختص بها القاضي الإداري.
- الدراسة الثانية بعنوان حماية التصرفات القانونية وإثباتها في نظام الشهر العقاري، من إعداد الباحثة زهدور إنجي هند، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تضمنت هذه الدراسة بابين: تطرقت في الباب الأول إلى تاريخ الملكية العقارية وتطور نظام الشهر العقاري، وفي الباب الثاني إلى حماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية.

صعوبات البحث:

إنه بالرغم من تعدد الدراسات وتنوعها في بعض جوانب الموضوع إلا أن الصعوبة تكمن في عدم التمكن من الحصول على قدر كاف من المراجع بسبب العطلة الاستثنائية وغلق المكتبات الجامعية التي تعد المنفذ والمنقذ في إتمام الأبحاث والدراسات الأكاديمية، وهذا راجع للظروف الصحية الراهنة التي تمر بها البلاد، بالإضافة إلى أن هذه الدراسة تعتمد على الجانب التطبيقي أكثر من الجانب النظري والذي يتطلب فيه اللجوء لبعض الهيئات والمؤسسات من أجل إثراء البحث، إلا أن الوضع الحالي حال دون ذلك.

الفصل الأول:

مفهوم العقود التوثيقية المشهورة

ومدى حجتها

الفصل الأول

إهتم المشرع الجزائري بتنظيم مهنة التوثيق من خلال فرض ترسانة من القوانين وهذا الصدد، بغرض تنظيم العلاقات ذات الطابع المالي والتجاري بين الأفراد، وكان أولها القانون رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، هذا الأخير الذي دخل حيز التنفيذ في 01 جانفي 1971، وبموجبه تم إلغاء التقسيم الثنائي لمهنة التوثيق المورث عن النظام الفرنسي، وأصبحت مكاتب التوثيق موحدة تابعة لوزارة العدل تحت إشراف موقنين لهم صفة الموظفين.

غير أنه ألغي بموجب القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988، الذي أعاد تنظيم مهنة التوثيق من خلال منحها الإستقلالية عن تبعية وزارة العدل.

ونظرا لتبني الدولة اقتصاد السوق من جهة، وما يترتب عنه سرعة إبرام التصرفات من جهة أخرى، ألغي القانون السابق الذكور بموجب القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ومع تبني المشرع لنظام الشهر العيني أوجب شهر العقود التوثيقية كإجراء قانوني لإنتقال الملكية العقارية، ويعد هذا الإجراء مرحلة حتمية توجب على الموثق بعد تحريره للعقد المتضمن تصرف قانوني واقع على عقار إلزامية شهره على مستوى المحافظة العقارية، لأجل أن يترتب هذا الأخير آثاره، كإعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار، ليكتسب العقد التوثيقي المشهر حجيته من خلال القوة الثبوتية ما لم يتم إثبات عكس ما قدمه أطراف العقد، إلا أن ذلك لا يفي بوجود منازعات حول العقود التوثيقية المشهورة التي تختلف باختلاف الموضوع والأطراف والغرض الذي أشأ لأجله، وهذا ما سيتم التعرض إليه في هذا الفصل تبعا للتقسيم الآتي:

المبحث الأول: تعريف العقد التوثيقي

المبحث الثاني: نماذج عن بعض العقود التوثيقية المشهورة المتنازع فيها.

المبحث الأول: تعريف العقد التوثيقي

يعد عنصر الرسمية ضروريا في عملية التعاقد من ضمان وحماية لحقوق المتعاقد لذا كان من الضروري تأسيس نظام محكم بضوابط وقيود لتسيير عملية التعاقد، حيث أثبتت المعاملات اليومية أن الشكلية هي الأساس لإثبات التصرفات القانونية نظرا لما توفره من ضمانات وتحصين لحقوق الأفراد والمجتمع، وتجنب الوقوع في إلتباسات ولكي يكتسي العقد صفة الرسمية المطلوبة سعى المشرع الجزائري إلى اسناد مهام التوثيق وتحرير العقود والإشهاد عليه إلى الموثق الذي يحرص على صحة شكله ومضمونه وتنظيم المعاملات بين الأطراف المتعاقدة وفقا لشروط منصوص عليه قانونا وفي حدود إختصاصه، كما يقوم الموثق بإخضاع تلك العقود بعد تحريرها لعملية الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية في مقابل رسوم يدفعها أطراف العقد، ومن خلال هذا المبحث سيتم معالجة العقد التوثيقي في مطلبين:

المطلب الأول: المقصود بالعقد التوثيقي .

المطلب الثاني: إجراءات إخضاع العقد التوثيقي للشهر العقاري.

المطلب الأول: المقصود بالعقد التوثيقي.

عرف القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في المادة 03 منه، التي تنص: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصفة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصفة"¹.

فالموثق بصفته ضابط عمومي له طبيعة خاصة في تعيينه وكذا في إختصاصه الوطني، ونظرا للدور الذي يضطلع به أسندت الدولة له جزءا هاما من سلطاتها، حيث أن

¹ المادة 03 القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006. المتضمنة مهنة التوثيق. الجريدة الرسمية. العدد 14 مؤرخة في 08-03-2006 ص 15.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

المشروع خوله القيام بمهمة اسباغ القالب الرسمي للعقود الخاصة وبتقديم خدمة عامة في تحرير العقود الرسمية ومن خلال ذلك يراعي مجموعة من الشروط القانونية والشكليات التنظيمية المتطلبة لصحة العقود التوثيقية، وسنتطرق لدراسة التعريف اللغوي للعقد التوثيقي في (الفرع الأول) وتبيان تقسيماته "أنواعه" في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف اللغوي للعقد التوثيقي.

نصت المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".¹

وبالنظر إلى نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري نلاحظ أن المشرع لم يصب في تحديده لمصطلح "العقد الرسمي" وهو ما نص عليه المشرع في المادة 284 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بصدد الحديث في موضوع حجيته، ويلاحظ أن هذا الأخير اخلط بين التصرف القانوني وإعداد إثباته فاطلق لفظ العقد الرسمي على التصرف ثم استعمل اللفظ ذاته على أداة إثباته، إذ أن هناك فرق أساسي بين التصرف القانوني الذي يتم بتوافق إرادتين الذي يسمى عقداً وأداة إثبات السند الذي دون فيها اتفاق المتعاقدين² يقوم الموثق بتحرير العقود التوثيقية إما بناء على طلب أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام، إذ قد تكون الإدارة العمومية طرفاً في العقد ومع ذلك يبقى العقد خاصاً مثل عقود شراء عقارات مملوكة للخواص، كما يلزم الموثق بحفظ هذه

¹ المادة 324 من أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975. يتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78. صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. معدل و متمم بالقانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005. الجريدة الرسمية عدد 44. صادر بتاريخ 26 يونيو 2005. و معدل بالقانون 07-05 المؤرخ في 13 مايو 2007 الجريدة الرسمية العدد 31 الصادر بتاريخ 13 مايو 2007.

² عربي باي يزيد، (العقود التوثيقية سندات تنفيذية)، دفاتر السياسة و القانون، العدد العاشر، جانفي 2014 ص 132.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

العقود أو الأوراق أو السندات التي يحررها أو يسلمها للإيداع ويسهر على تنفيذ الإجراءات اللاحقة واللازمة لنفاذها، لاسيما التسجيل، الاعلان، النشر، الشهر.¹

كما أورد المشرع أن العقد التوثيقي يقصد به العقد بمعناه المادي أي المحرر أو الورقة المثبتة للتصرف وليس معناه الموضوع أي توافق الإرادتين لأن المحرر قد يتضمن تصرف مصدره الإرادة المنفردة كالوصية والوقف... إلخ.²

إلا أن التطورات الحاصلة في الحياة وكثرة تشعبها لمختلف مظاهرها جعل من الصعب إعطاء تعريف دقيق لمصطلح التوثيق³ غير أنه يمكن تعريفه من الناحية اللغوية مع ذكر الألفاظ ذات الصلة وما يقابلها من مصطلح الموثق.

أولاً: التوثيق لغة:

بمعنى شد الرباط، والموثق بكسر الناء، اسم فاعل وهو الشخص الذي يقوم بتوثيق الشيء أي ربطه بقوة وبدقة. أما الموثق بفتح الناء فهو اسم مفعول، وهو الشيء الذي يوثق وشاع الخطأ بين الناس أن يطلق الموثق بفتح الناء على الضابط العمومي القائم بالتوثيق.⁴

الثقة: مصدر قولك وثق به يثق، بالكسر فيهما، واثقة وثقة، وأنا واثق به وهو موثق به، وهي موثوق بها وهم موثوق بهم.

ويقال: فلان ثقة وهي ثقة وهم ثقة ويجمع على ثقات في جماعة الرجال والنساء، ووثقت فلانا إذا قلت أنه ثقة.

والوثاقة: مصدر الشيء الوثيق المحكم، والفعل اللازم يوثق وثاقة و الوثاق اسم الإيثاق.

¹ بوغالم أسماء، العقد التوثيقي في السند التنفيذي، مذكرة ماجستير، تخصص فرع تنفيذ الأحكام القضائية، جامعة الجزائر، 2017/2016، ص 27.

² عربي باي يزيد، المجلة السابقة، ص 133.

³ أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي،

مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص 3.

⁴ وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في القانون الجزائري، دار هومة، ط2، 2012، ص 16.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

والوثيقة: في الأمر أحكامه والأخذ بالثقة وجمع الوثائق.

والوثيق: الشيء المحكم والجمع وثاق.

والوثيقة: الأحكام في الأمر والجمع وثيق.

الميثاق: من الموائقة والمعاهدة ومنه الموثق. ويقال أخذ بالوثيقة في أمره أي بالثقة. وتوثق في أمره مثله، ووثق الشيء توثيقاً فهو موثق و وثقة أيضاً قال له أنه ثقة، واستوثق منه أخذ منه الوثيق. وهناك ألفاظ ذات صلة بهذا:

ثانياً: التوثيق اصطلاحاً:

هو مجموعة الإجراءات القانونية التي يعيدها الموثق بناء على طلب المتعاقدين لكي يكتسب العقد فيما بينهم صفة العقود الرسمية، ومن ذلك يفهم ان التوثيق المقصود به هو جميع ما يقوم به الموثق من إجراءات قانونية الذي يتصل به المتعاملين الراغبين في إضفاء الصبغة الرسمية على معاملاتهم، حتى تتمتع هذه المعاملات بالقوة القانونية في مواجهة الغير.¹

كما تم تعريف التوثيق أيضاً: على أنه علم باحث عن كيفية تدوين الأحكام الثابتة عن القاضي في الكتب والمجلات على وجه يصح الإحتجاج به عند إنقضاء شهود الحال وموضوعه تلك الأحكام من حيث الكتابة، وبعض مبادئه مأخوذه من الفقه. وبعضها من علم الاشياء، وبعضها من الرسوم والعادات والأمور الإستحسانية، وهو من فروع الفقه من حيث كون ترتيب معاينة موافقة لقوانين الشرع.

وهو كذلك علم يبحث في كيفية اثبات العقود، والتصرفات والإلتزامات ونحوها في الحج والسجلات، هو المكاتبات التي تتم في المعاملات على وجه الإحتجاج.²

¹ وسيلة وزاني، المرجع السابق، ص 17.

² أحمد حمزة، المذكرة السابقة، ص 3.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

-أما المشرع الجزائري فلم يعرف مهنة التوثيق وإنما عرف الموثق وذلك من خلال المادة 05 من القانون رقم 02-06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق " الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي تشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة¹."

الفرع الثاني: تقسيمات العقد التوثيقي:

يطلق مصطلح العقود التوثيقية على السندات الرسمية والتي تحرر من قبل موثق مفوض من السلطة العمومية وفقا لشروط منصوص عليها قانونيا في حدود اختصاصه، كما أن هذه العقود تنقسم إلى ثلاثة أقسام عقود تعاقدية، عقود إحتفالية، عقود تصريحية وهذا ما سنعرفه في ما يلي:

أولا: العقود التعاقدية:

هي العقود التي تنطوي على تفاعل إرادتين متطابقتين، تتضمن إلتزامات متبادلة، حيث أنه يتطلب تكوينها صدور إيجاب من جهة واقترانها بقبول مطابق له من جهة أخرى.²

لا تتعد العقود التعاقدية إلا بالايجاب والقبول من طرفي العلاقة التعاقدية فالموثق يقوم بتجسيد إرادة الأطراف في قالب الرسمي والمتعاقدان له ما أن يشترطان ما يريدان في هذا العقد بشرط عدم مخالفة هذه الشروط للقواعد القانونية الآمرة ومن أهم هذه العقود في الحياة العملية للموثقين عقد البيع، عقد المقايضة، المبادلة... إلخ.³

ثانيا: العقود الإحتفالية: هناك نوع معين من العقود الإحتفالية والتي أساسها عقود رسمية لكن ليس كل العقود التوثيقية على عمومها عقود إحتفالية إذ لم يقم المشرع بتحديد هذه العقود لا بتسميتها ولا حتى بوضع معيار تشريعي، لكن لم يختلف العمل القضائي

¹ المادة 5 من القانون رقم 02/06 المتضمن مهنة التوثيق.

² حمود ميليسا، (حجية العقود المثبتة للملكية العقارية الخاصة في الأراضي غير الممسوحة في الجزائر)، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة، العدد 47، جوان 2017، ص376.

³ وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص154.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

والتوثيقي خاصة حول اعتبار كل من عقود الهبة، الوصية، الوقف، الزواج عقود احتفالية (حضور شهود العدل في العقود الإحتفالية واجب تحت طائلة البطلان للعقد على خلاف العقود الرسمية التي لا تعتبر حضور شهود التعريف فيها إلزاميا فضلا عن عدم حضورهم لا يرتب عليه أي بطلان) حسب نص المادة 45 من القانون رقم 10/05 مؤرخ في 2005/06/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، وهو ما يتطلب تدخل الإدارة التشريعية لوضع ضوابط لها نفاذا للتأويلات.¹

وإعمالا بنص المادة 324 مكرر من القانون المدني أن حضور شهود العدل وشهادتهم واجبة في العقود الإحتفالية تحت طائلة البطلان ومثال تلك العقود: الهبة، التنزيل، الوصية، الوقف... الخ بموجب القانون رقم 05-10 سالف الذكر تم تعديل المادة 324 مكرر 3 كون أن مصطلح الرسمية الوارد في المادة 324 مكرر قد تسبب في إشكالات عديدة أثناء تطبيقها، وفي إطار إدخال تعديلات على المواد المتعلقة بالإثبات بالكتابة تم تعديل المادة السابقة الذكر باستبدال مصطلح الرسمية بمصطلح الإحتفالية كونه مصطلح معبر عن المعنى المقصود بعيدا عن التأويلات وأصبحت صياغة المادة كالتالي:

"يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان العقود الإحتفالية بحضور شاهدين".²

ثالثا: العقود التصريحية:

يقتصر دور الموثق في هذه العقود على استقبال التصريح من الطالب وتحرير عقد بشأنه في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون³ استنادا على شهادة الشهود، ومع ذلك فإن الموثق لا يقف عند هذه التصريحات بل يسعى جاهدا للبحث عن

¹ عربي باي يزيد، العقود التوثيقية سندات تنفيذية، المجلة السابقة، ص 133.

² وسيلة وزاني، المرجع السابق ص 166.

³ حمود ميليسا، (حجية العقود المثبتة للملكية العقارية الخاصة فب الأراضي غير الممسوحة في الجزائر)، المجلة السابقة، ص 376.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهرة ومدى حجيتها

مدى صحتها ومن أمثلة ذلك: الشهادة التوثيقية، عقد الشهرة، والذي سيتم تبياناه كنموذج للعقود التصريحية.

بمقتضى الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمراسيم التطبيقية له، تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني، حيث شرع في مسح مجموعة من البلديات على مستوى التراب الوطني. إلا ان هذه العملية لم تشهد تقدما كبيرا إذ لم يتم مسح أكثر من ثلث البلديات ولا تزال مساحات شاسعة من الأراضي لم تمسحها بعد عمليات المسح، وذلك لسبب أن العملية مكلفة وباهظة للغاية ليتم مسح كل أراضي التراب الجزائري إضافة الى عدم توفر القدر الكافي من المتخصصين في عملية المسح من جهة ، ومن جهة أخرى عدم تزويد الفرق العاملة في الميدان بالمخططات الجوية اللازمة من طرف المصالح الجهوية لمسح الأراضي.

كل هذه المعطيات واخرى أدت بالمشرع الجزائري إلى التدخل سنة 1983 بالمرسوم رقم 352/83 المؤرخ في 1983/05/21 ، الذي تضمن سن إجراء اثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية لحث المواطنين الذين يحوزون أراضي لم تشملها عملية المسح للحصول على سندات ملكية في آجال مقبولة عن طريق إجراءات بسيطة لإعداد عقد الشهرة.

فالعقد الشهرة هو محرر رسمي يعد من قبل موثق طبقا لأشكال قانونية يتضمن إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد ، وهدف المشرع الجزائري من تبنيه لهذه العقود هو لأجل تطهير الوضعية العقارية للأموال التي لم يمر عليها المسح العام.

إلا أنه تم إلغاء عقد الشهرة بموجب القانون رقم 07-02 المؤرخ في 9 صفر 1428 الموافق ل 27 فبراير سنة 2007 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري.¹

المطلب الثاني: إجراءات الشهر العقاري للعقد التوثيقي.

يستلزم على الموثق بعد تحريره للعقد التوثيق ي وفقا لشروط قانونية وفي حدود اختصاصه أن يقوم بإتباع إجراءات الشهر العقاري وهي وحدها التي تنقل ملكية العقار طبقا للمادة 793 من القانون المدني، وفي مضمونها أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالشهر، ويشترط في العقد التوثيق بئقي لقبول إشهار هعلى مستوى المحافظة العقارية توفر عنصرين أساسيين وهو ما سيتم التطرق له ما من خلال دراسة قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق كالتالي:

الفرع الأول: شروط إخضاع العقد التوثيقي للشهر.

من أجل ضمان إستمرارية سلسلة نقل الملكية العقارية، قيد المشرع الجزائري عملية الشهر العقاري بقاعدتين مهمة لدعم فكرة الائتمان العقاري والمحافظة على حقوق المالك الجديد، وذلك من خلال شرطين أساسيين ألا وهما قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق.

أولا: قاعدة الرسمية:

القاعدة العامة في التعاقد طبقا للقانون الجزائري هي رضائية العقود والعقد الرضائي ينعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون الحاجة إلى شكل معين فيكفي تطابق الإرادتين لإنشاء العقد.²

وخرج ا على هذه القاعدة فقد إشتربت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة

¹ وسيلة وزاني، المرجع السابق، ص 157، 159.

² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في التشريع العقاري، دار هومة، الجزائر، د.س.ن، ص 85.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

البطلان،¹ فللرسمية بالنسبة لهذه العقود هي ركن الانعقاد، فلا يكفي الرضا والمحل والسبب بل لا بد من إفراغ التصرف بشكل معين يتمثل في الكتابة الرسمية مما يوفر حماية خاصة للتصرفات الواردة على العقارات.

وفي نفس السياق فقد جاء في نص المادة 61 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري " كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في الشكل الرسمي "، وعليه فإن المشرع الجزائري اشترط صفة الرسمية في جميع العقود والوثائق الخاضعة للشهر.²

كما نصت المادة 324 من القانون المدني التي عرفت العقد الرسمي بأنه: " عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه".³

فالموظف العام طبقاً للمادة الرابعة من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية هو كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري، يعد ضابطاً عمومياً كل شخص يخوله القانون سلطة التصديق وإعطاء الصفة الرسمية للعقود والوثائق، كرئيس البلدية بصفته ضابطاً للحالة المدنية وكتاب الضبط لدى المحاكم والموثقين، أما المكلفون بالخدمة العامة فهم الخواص الذين يساهمون في سير بعض المرافق العامة ويتقاضون أتعابهم من ذوي الشأن، وجرى بالبيان أن العقود التي كانت تحرر سابقاً من قبل القاضي الشرعي تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي يضيف على العقود التي تتحرر من قبل الموثق وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 40097 المؤرخ في 03 جوان 1989 الوارد في المجلة القضائية لسنة 1992 العدد الأول الصفحة 119 حيث جاء فيه: " من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي

¹ المادة 324 مكرر 1 من الأمر 58/75 تضمن القانون المدني الجزائري.

² المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 متعلق بتأسيس السجل العقاري، ج.ر، العدد 30، مؤرخة في 13 أبريل 1976.

³ المادة 324 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

تكتسبه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنواناً على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن اثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواه".¹

وسواء كان محرر العقد موظفاً عاماً أو ضابطاً عمومياً أو شخصاً مكلفاً بخدمة عامة فإنه يجب أن يكون مختصلاً موضوعياً، إقليمياً وزمنياً لتحريره فلا يعد محرراً رسمياً السند الذي يحرره موظف عام لا يمنحه القانون سلطة التحرير العقود، أو الذي يصدر عن ضابط عمومي خارج نطاق اختصاصه الإقليمي، ولا يكفي أن يكون محرر السند مختصاً بل يجب أن يلتزم كذلك بتحريره وفقاً لأشكال قانونية، ففي ميدان التوثيق مثلاً فإن هذه الأشكال المحددة بموجب القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق لا سيما المواد 26-27-29 من هكها تحدد نصوص تنظيمية عادة الأشكال والنماذج التي تعد وفقها العقود التي يحررها موظفون عموميون، ويترتب عن عدم الأهلية محرر السند لتحريره أو مخالفته لأشكال القانونية إزالة صفة الرسمية عنه وهو ما يستفاد من نص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يعتبر العقد غير الرسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقع عليه من قبل الأطراف"، وفي هذا الصدد فإنه تجدر الإشارة إلى أن تطبيق هذه المادة يقتصر على المحررات التي يرغب الأطراف في إضفاء الصفة الرسمية عليها، أما بالنسبة للمحررات التي فيها القانون الشكل الرسمي ويكرسه كركن الإنعقاد فإن التصرف القانوني يعد في حد ذاته باطلاً ولا مجال لأن يتحول هذا المحرر إلى محرر عرفي²، أما إذا توفرت في المحرر الرسمي شروطه بأن يكون قد حرره موظفاً عاماً أو ضابطاً عمومياً أو شخصاً مكلفاً بخدمة عامة مثبتاً فيه ما تم لديه وضمن سلطته واختصاصه وفقاً للأشكال التي يحددها القانون فإنه يكون حجة على صحة ما ورد فيه حتى يثبت تزويره، ولعل حجة ته هي سبب جعله قيدياً على عملية الشهر.

¹ أوباهي إيمان، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري ومدى فعاليته في ضمان استقرار الملكية ودعم الائتمان العقاري، مذكرة ماجستير، فرع القانون العقاري، جامعة الجزائر، 2014/2015، ص 94، 95.

² أوباهي إيمان، المذكرة السابقة، ص 95.

ثانيا: قاعدة الشهر المسبق

من أجل ضمان سلسلة نقل الملكية العقارية سن المشرع الجزائري قاعدة الأثر النسبي- مبدأ الشهر المسبق- كتقنية لدعم فكرة الإئتمان العقاري وبالتالي المحافظة على حقوق المالك الجديد وهذا ما جاء في نص المادة 88 من المرسوم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري كمدلول قاعدة الشهر المسبق، يستشف من خلال المادة 88 سالفه الذكر أن قاعدة الشهر المسبق تعني بأنه لا يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم بشهر أي وثيقة ناقلة للملكية العقارية ما لم يكن لها أصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية تثبت حق المتصرف الأخير في العقار بحيث تنتقل الملكية العقارية بطريقة واضحة لا لبس فيها، يمكن من خلاله معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا حق الملكية، وهذا من شأنه الحيلولة دون وقوع تصرفات مزدوجة على نفس العقار.

ولتجسيد هذه القاعدة على أرض الواقع كان لزاما على المشرع أن يزود المحافظ العقاري بأدوات الرقابة القانونية اللازمة فخولت له المادة 101 من المرسوم 63/76 سلطة مراقبة كل وثيقة تكون محل إيداع لدى مصلحة الحفظ العقاري، من أجل تحقق من احتوائها على مراجع الإجراء السابق وفي حال غياب أحد البيانات فله الحق في رفض قبول الإيداع.¹

أما الإستثناءات الواردة على قاعدة الشهر المسبق تكمن في أن تطبيق القاعدة ليس مطلقا، فالواقع العملي إستلزم تكييف النصوص بحيث تسمح بإشهار بعض المحررات دون إشتراط شهر المسبق كما بينا سابقا، الامر يفتح المجال للحديث عن بعض الإستثناءات وذلك في:²

¹ ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الطبعة الثالثة عشر، 2011، ص 219.

² المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13-04-1976

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

ما ورد في المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري واستثناءات وردت في نصوص خاصة.¹

الإستثناءات التي نص عليها المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث جاء في نص المادة 89 المعدلة بموجب المرسوم رقم 123/93 إستثناءين إثنين هما:

1-العقود المحررة قبل 01 جانفي 1971: هذا الإستثناء وضع لكي يحدد الاطار

القانوني ويعطي الحجية اللازمة للعقود والشهادات التوثيقية المحررة من قبل القضاة سابقا، التي لم تكن خاضعا لعملية الشهر العقاري بشكل إلزامي ويلحق بها العقود العرفية المسجلة بغية إعطائها تاريخ ثابت.

وقد تم التنصيص على هذا الاستثناء في المادة 89 من المرسوم رقم 63/76 : " لا تطبق أحكام المادة 88 على العقود الخاضعة للإشهار العقاري عند الإجراء الأول" وعدلت بموجب المادة 03 من المرسوم 210 /80 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 وأصبحت كالتالي: " عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري والذي يتيح تطبيق للمواد من 08 الى 18 من هذا المرسوم.²

عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخيا ثابتا قبل أول مارس 1961".³

فمن خلال هذا الاستثناء يمكن شهر العقود والوثائق التي تم تحريرها بصفة مؤكدة قبل هذا التاريخ من طرف القضاء سابقا والتي لم يكن أصحابها ملزمون بشهرها، كما يمكن التحقق من التاريخ بواسطة وسائل إثبات أخرى أشار إليها القانون المدني في المادة 328 تنص: " لا يكون للعقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا - ابتداء من يوم تسجيله - من يوم ثبوت مضمونه

¹ جديلي نوال، السجل العيني، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري و التشريع المغربي، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، جامعة الجزائر1، جانفي 2017، ص 196.

² المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المرجع السابق.

³ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 155.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

في عقد آخر حرره موظف عام - من يوم التأثر عليه على يد ضابط عام مختص - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء".

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن عملية الشهر.

في ظل نظام الشهر العيني يعتبر الشهر مصدرا للحقوق العقارية، إذ تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول إلا من تاريخ شهرها، فلا تنتج عن التصرفات العقارية التي لم تشهر سوى التزامات شخصية بين أطراف العقد متى إستوفى هذا الأخير الشكلية المطلوبة لإنعقاده.¹

أولاً: الأثر المنشئ للشهر العقاري:

جعل المشرع الجزائري من الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية العقارية، ويستشف ذلك من نص المادتين 15 و 16 من الامر 74 /75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، حيث نصت المادة 15 مايلي: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير الا من تاريخ يوم اشهارها في مجموعة البطاقات العقارية، غير ان نقل الملكي ة عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية كما نصت المادة 16: "على ان العقود الإرادية والإتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو إنقضاء حق العيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية ".²

حيث قضت المادتين على أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني لم يعترف إلا بشهر الملكية للحقوق العينية، فاشتراط المشرع إجراء الدعوى الذي من شأنه تحديد

¹ ليلي رزوقي، حمدي باشا عمر، المرلزعات العقارية، دار هومة، طبعة 2003، ص 67.

² المادة 16 من الأمر 75-76 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيسه السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18 نوفمبر 1975.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهرة ومدى حجيتها

المراكز القانونية لأصحاب الحقوق واجبة الشهر أو تقيد التصرف من أجل ترتيب الحقوق في مواجهة الغير.¹

والقول أن الشهر هو مصدر الحقوق العينية العقارية في ظل نظام الشهر العيني، لا يعني هذا أن قيمة التصرف القانوني المبرم تسقط بإجراء عملية الشهر، في عقد البيع الواقع على عقار مثلا، إنتقال الملكية من البائع الى المشتري لا تتم بناء على مجرد الشهر، فللشهر بمفرده لا ينقل الملكية بل لابد أن يستند الى عقد بيع صحيح ونافذ فكيف يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم بشهر حق من الحقوق دون أن يكون هناك سند قانوني يبرره، فللمحافظ العقاري لا يبادر بإجراء الشهر إلا إذا تأكد من هوية الاطراف، ومن صحة الوثائق المدلى بها تأييدا لطلب الشهر شكلا وجوهرا، والمفعول الإنشائي للشهر أهمية بالغة في دفع المتعاقدين إلى الإسراع في شهر عقودهم لتثبيت ملكيتهم مما يؤمن شهر المعاملات العقارية، ويتيح لكل ذي مصلحة الإطلاع عليها لمعرفة مدى حقوق من يتعاقد معه، وبضمن لخزينة الدولة جباية الرسوم المترتبة على هذه المعاملات.

ثانيا: الأثر المطهر للشهر العقاري:

يقصد بالتطهير في نظام الشهر العيني قيد الحقوق العينية في السجل العيني مما يمكن صاحبه الاحتجاج به تجاه الكافة، ولا يمكن الطعن فيه مهما كان السبب كما أن الحق المقيد ينتقل إلى صاحبه دون أي حقوق عينية أخرى غير مشهرة تنقل للعقار موضوع التصرف، كما يقيد الحق العيني المشهر ولكن غير مثقل بحقوق عينية أخرى، إلا أن التصرف القانوني الذي أدى إلى شهره كان يشوبه عيب من عيوب الرضا، كالغلط والتدليس والإكراه أو نقص الأهلية للمتصرف، ففي هذه الحالة التصرفات قابلة للإبطال من طرف المتصرف إليه ومع ذلك لا يمكن الاحتجاج بهذه العيوب مادام التصرف القانوني قد أشهر اعتمادا على القوة الثبوتية المطلقة في ظل هذا النظام.²

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 222.

² زروقي ليلي، حمدي باشا، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 70.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

والأثر المطهر للشهر أمر طبيعي ذلك أن المحافظ العقاري لا يجري عملية الشهر إلا بعد التدقيق في هوية الأطراف وأهليتهم والوثائق الموجودة بين يديه، ويتأكد من رسمية الوثيقة المراد شهرها، كما نصت على ذلك المادة 22 من الامر 74/75 بقولها: " يحقق المحافظ في هوية واهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات ، وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الاشهار". كما عليه التحقق من أن المعاملة العقارية غير مخالفة للنظام العام والأداب العامة¹ طبقا لما نصت عليه المادة 105 من المرسوم 63/76 الاثر المطهر للشهر يهدف ب الدرجة الأولى إلى المحافظة على المعاملات العقارية، تدعيم الائتمان العقاري، مع طمأنة المتعاملين الاقتصاديين و تشجيع القروض المرتبطة بالرهون ، غير أن مبدأ القوة الثبوتية التي يقوم عليها نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري ليس له قوة ثبوتية مطلقة بل نسبية ذلك أن المشرع الجزائري أجاز الطعن في الحقوق العينية الناتجة عن وثائق مشهورة حيث نصت المادة 85 من المرسوم 63/76 السالف ذكرها بقولها: " أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق نتيجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها اذا تم إشهارها مسبقا... " وعليه فإذا كان للشهر العقاري أثر منشئ ومطهر للحقوق العينية العقارية المقيدة في مجموعة البطاقات العقارية، فإنه إضافة الى ذلك يعطيها الحجية الكاملة سواء فيما بين الأطراف المتعاقدة أو إتجاه الغير².

¹ فردي كريمة، المذكرة السابقة، ص 122.

² المادة 105 من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري

المبحث الثاني: نماذج عن بعض العقود التوثيقية المشهورة المتنازع فيها.

يتبع الموثق بعد تحريره للعقود التوثيقية باقي الإجراءات القانونية اللازمة والمطلوبة لصحة ولحجية تلك العقود من خلال القيام بالتسجيل لدى مصلحة التسجيل وشهرها بالمحافظة العقارية، ليكتسب العقد التوثيقي المتضمن تصرف قانوني محله عقار، الحجية المطلقة في إثبات أو نقل أو تعديل ملكية عقارية، وبالرغم من الحجية التي يتمتع بها العقد التوثيقي المشهر إلا أنه لا يمنع من ظهور منازعات حولها كما تختلف العقود التوثيقية المشهورة من حيث منازعاتها باختلاف موضوع التصرفات أو العقود المبرمة بين أطراف العقد وبحسب الغرض الذي أنشئت لأجله سواء كانت عقود ملزمة لجانبين كعقود المعاوضة التي تعد من صميم مهام الموثق اليومية والأكثر تداولاً من جهة ، ومن جهة أخرى كثرة المنازعات حولها ، أو عقود ملزمة لجانب واحد كعقود التبرع "الإحتفالية" أو عقود مصرحة بالملكية " كعقد الشهرة " .

ومن خلال ما تم تحليله س نورد بعض المنازعات التي تقع على تلك العقود وذلك بتقسيم المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: عقود المعاوضة والمنازعات الواردة عليها.

المطلب الثاني: نماذج عن العقود التوثيقية المصرحة بالملكية.

المطلب الأول: عقود المعاوضة والمنازعات الواردة عليها.

من بين التصرفات القانونية للملكية العقارية، منها ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاق كعقد البيع وعقد الإيجار وهذا ما سيتم مناقشته في الفرع الأول والفرع الثاني وسنخصص الفرع الثالث للعقود الإحتفالية المثلث فيها النزاع.

الفرع الأول: عقد البيع والمنازعات التي تطرأ بشأنه.

يعد من أهم السندات الرسمية المثبتة للملكية العقارية، حيث يقوم البائع بموجبه بنقل ملكية عقار مبنى أو غير مبني إلى المشتري، حيث جاء في القرار رقم 210419 المؤرخ في 26 فيفري 2000 الصادر عن مجلس الدولة الغرفة الثالثة " حيث أن عقد بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام الموثق".¹

وبذلك فإن الشكل الرسمي في عقد بيع العقار شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد من أهم المنازعات التي تثوت بشأن هذا النوع من البيوع العقارية:

أولاً: إثبات مرض الموت في عقد البيع العقاري.

يطرح موضوع البيع في مرض الموت الوارد على عقار العديد من المشاكل من الناحية العملية، وإن القاعدة الموضوعية في التصرفات التي تصدر عن المريض مرض الموت تعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتأخذ أحكام الوصية مهما كانت التسمية التي يطلقها المتعاقدان على التصرف، ويقع على الورثة عبء إثبات أن المتصرف القانوني الصادر عن مورثهم كان أثناء مرض الموت، وبالمقابل لا يمكن للمتصرف له أن يحتج على الورثة بالعقد الصادر عن مورثهم، إلا إذا كان للعقد تاريخا ثابتا، وهو ما أشارت له المادة 776 فقرة 03 من القانون المدني جاء فيها " ... وإذا اثبت الورثة أن المتصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة تخالفه".²

وفي المقابل أن هذه القرينة ضعيفة لأنه بإمكان المتصرف له أن يثبت أن العقد تم بمقابل وهذا المقابل مساوي لقيمة الشيء الذي أخذه، وبالتالي يكون تصرفا نافذا على الورثة.

¹ حمدي باشا عمر، حماية لملكية العقارية الخاصة، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر طبعة 2003 ص30.

² صيفاوي سليمة، المنازعات العقارية شرعا وقضاء، أطروحة دكتوراه، قانون عقاري، جامعة باتنة 1 الحاج لحضر، 2017-2018 ص 98،99.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

منها ما جاء في القرار رقم 33719 المؤرخ في 9 جويلية 1984 جاء فيه متى كان من المقرر فقهًا وقضاءً أن المرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت ويفقد متصرف وعيه وتمييزه ولا صحة إدارته وقت تصرفه، وأن المرض الأخير الذي اعتراه أدى إلى تصرف باطل فإذا قضاه الموضوع اقتنعوا بما لهم وأن المرض الأخير لم يكن مرضا من شأنه أن يفقد المتصرف مراقبة أمواله، وقد وفقوا فيما قضاوا به في النزاع.

ثانيا: تحرير عقد بيع دون ذكر أصل الملكية.

بمقتضى المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني الجزائري يجب على الموثق أن يذكر أصل الملكية للعقار محل المعاملة وذلك ببيان أسماء المالكين السابقين وصفة وتاريخ التحويلات المتتالية من أجل تجنب الوقوع في تصرف ملك الغير.

غير أن النصوص القانونية وضعت حلا لعقود البيع التوثيقية التي يكون موضوعها عقار دون أن يذكر فيها أصل الملكية. حيث تم إعفاء الموثق من الإشارة إلى أصل ملكية إذا تعلق الأمر بعقود الشهرة المنشأة بموجب المرسوم 352/83، وإذا تعلق الأمر بعقود إيداع عقود عرفية ثابتة التاريخ قبل 01/01/1971 نفس الأمر بالنسبة لعقود التنازل المحررة في إطار أحكام القانون رقم 01/81 المؤرخ في 07/02/1981 المعدل والمتمم المتضمن للتنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العام¹.

الفرع الثاني: عقد الإيجار والمنازعات الواردة عليه.

عرف المشرع الجزائري عقد الإيجار في القانون المدني من خلال المادة 467 المعدلة بقانون 05/07 بتاريخ 13 ماي 2007 على أنه " عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم"².

¹ زهدور إنجي هند، حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة دكتوراة، وهران،

2015-2016، ص 143.144.

² المادة 467 من الأمر 58/75 يتضمن القانون المدني.

أولاً: إخلال المستأجر بالتزاماته.

وضع المشرع الجزائري أهم الإلتزامات الواقعة على المستأجر وعدم الإمتثال بما يكون خارقاً لحقوق الطرف الآخر، ومنه تحدث نزاعات من بينها:

- **الإخلال بدفع بدل الإيجار:** يتفق الأطراف في العقد على قيمة بدل الإيجار والميعاد المحدد لدفعها، وكذا المكان وطريقة تسليمها لكن في بعض الأحيان يمتنع المستأجر عن دفع الأجرة أو يتأخر عن الميعاد، كما قد يهتزع عن إلتزامات أخرى متفق عليها من قبل، ففي هذه الحالة يحق للطرف الآخر اللجوء إلى القضاء وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري لم يحدد جزاء يترتب على إخلال المستأجر إلتزاماته، وإنما ترك ذلك للقواعد العامة فطبقاً لهذه القواعد يحق للمؤجر طلب التنفيذ العيني أو الفسخ بعد انذار المستأجر، كما يحق له في الحالتين طلب الحكم بالتعويض له¹.

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري من خلال المادة 120 من القانون المدني.²

- **إخلال المستأجر برد العين المؤجرة:** يقع على المستأجر إلتزام بحفظ وصيانة العين المؤجرة في حالة حدوث عكس ذلك أي إخلاله بهذا الإلتزام برد العين المؤجرة سواء كان ذلك بالتأخر في ردها أو عدم ردها، أو بردها تالفة أو هالكة أو بعدم إستيفاء ما يجب الرد من إجراءات فهذا يؤدي إلى نشوء نزاع بين الطرفين منه يحق للمؤجر أن يطلب التعويض عن ما أصابه من ضرر.³

ففي كل الأحوال للمؤجر المطالبة إما بالتنفيذ العيني، وهنا يجب التمييز بين حالتين:

¹ علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية حق الملكية، الحقوق المنقرعة عن الملكية، دراسة موازنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع د.ب.ت 2008 ص 302.

² المادة 120 من القانون المدني الجزائري تقضي بما يلي: "يجوز الإلتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه..."

³ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 8: حق الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، 1997 ص 610-611.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

الحالة الأولى: كون المؤجر ليس مالك للعين، فلا يحق له الجمع بين الدعوى الشخصية ودعوى الإستحقاق العينية، ولكن يجوز له الإعتماد على عقد الإيجار فهو طرف فيه.

أما في **الحالة الثانية** تتمثل في كون المؤجر مالك للعين المؤجرة أو صاحب الحق العيني عليها فيمكن له الجمع بين الدعويين أو اللجوء لأي منها في سبيل استرداد العين المؤجرة إليه.

كما له الحق في المطالبة بالتعويض جبرا للضرر الذي لحقه، باعتبار القيمة الإيجارية للعين المؤجرة وهي أجرة المثل، وذلك عن كل المدة التي أبقى فيها المستأجر العين المؤجرة تحت يده وعن الضرر الذي لحقه من تضييع عليه فرصة تأجيرها لمستأجر آخر.

إخلال المستأجر بعدم استعمال العين المؤجرة في ما أعدت له: يجب على المستأجر أن يستعمل العين المؤجرة للغرض المعدة له، واتفق الطرفان عليه في العقد، والإخلال بهذا الإلتزام يكون بطريقتين إما بالقيام بأعمال من شأنها تغيير من طبيعة العين المؤجرة، أو قيام بنشاطات لا علاقة لها بما إنفقت عليه، وللمؤجر الحق في المطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت، وذلك بالتنفيذ العيني.¹

ثانيا: إخلال المؤجر بالتزاماته.

لا يمكن تصور عقد الإيجار يكون خرق التزاماته من طرف المستأجر وحده، أي وجود خلافات من طرف فقط وإنما يكون أيضا نزاع من الطرف الثاني "المؤجر" ويكمن في:

- **إخلال المؤجر بالتزاماته في التسليم:** إن الهدف من الإلتزام بالتسليم هو تمكين المستأجر من الإنتفاع بالعين المؤجرة ، وهو التزام جوهرى يثقل أعباء المؤجر والقيام بعكس ذلك يعد تعديا وإخلال الطرف الآخر ، وأن جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم يعطى للمستأجر الحق في طلب التنفيذ العيني ويكون ذلك جبرا بموجب حكم قضائي أو

¹ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 9، أسباب كسب الملكية، ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1997، ص 531.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

باستخراج حكم من طرف القضاء المستعجل يقضي بالتسليم، أو القيام بفسخ العقد كما يمكن له المطالبة بالتعويض عن الأضرار.¹

- **إخلال الالتزام بالصيانة من المؤجر:** ينجر عن عدم التزام المؤجر بالبقاء على إلتزامه بصيانة العين حقوقا يحركها المستأجر ضده، وقد تناول المشرع هذه الحقوق في نص المادة 480 من القانون المدني الجزائري² بحيث للمستأجر إذا تأخر بعد إعداره بالقيام بالترميمات أن يطالبه بالتنفيذ العيني، وذلك برفع دعوى أمام القضاء وللمستأجر قبل رفع دعوى أن يقوم بحبس الأجرة حتى يقوم المؤجر بعمل الترميمات وهو ما نصت عليه المادة 200 من القانون المدني الجزائري تقضي بما يلي " كل من إلتزم باداء شيء يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوفي بالتزام ترتب عليه وله علاقة سببية وارتباط بالالتزام المدين أو ما دام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كافي للوفاء بالتزامه "، حيث يشترط قبل ذلك أن يكون قد أعذر المؤجر.³

أما إذا أراد المستأجر عدم التنفيذ، فله أن يقوم بطلب فسخ الإيجار، وهذا لعدم الوفاء بالالتزام والصيانة، بحيث يجب ان يكون مسبقا بأعدار من المؤجر الخاص بإجراءات الترميم الضرورية لإنتفاع المستأجر، وللقاضي السلطة التقديرية كما يحق للمؤجر إنقاص الأجرة بقدر ما نقص له من منفع العين المؤجرة، وفي كل الحالات سواء الفسخ أو إنقاص الأجرة، يمكن له أن يطالب المستأجر بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به.

- **إخلال المؤجر بالضمان:** إن المؤجر يبقى محافظا على إلتزامه بضمان الإنتفاع من جهتين، سواء بالنسبة لضمان التصرفات الصادرة عنه أو من الأجانب، أو بالنسبة للعيوب الخفية التي تشوب العين المؤجرة، وإذا كان هناك إخلال بهذه الإلتزامات كان في يد المستأجر ما يمكنه من تدارك ذلك واسترجاع حقه عن طريق اللجوء إلى القضاء.⁴

¹ سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، المجلد الثاني، الطبعة 4، سنة 1985، ص 309.

² المادة 480 من القانون المدني الجزائري: " في حالة عدم تنفيذ الموجز لإلتزاماته بالصيانة بعد إعداره بموجب محرر

غير قضائي يجوز للمستأجر المطالبة بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض...."

³ مجيد مخلوفي، الإيجار المدني في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر 2008 ص 163.

⁴ مجيد مخلوفي، المرجع السابق، ص 164.

الفرع الثالث: نماذج عن العقود الإحتفالية والمنازعات الواردة عليها.

من المعلوم أن العقود الإحتفالية يلتزم فيها أحد الأطراف المتعاقدة للطرف الآخر منه العقد دون مقابل كعقد الهبة أو الوصية وتختلف منازعاتها باختلاف الأطراف والموضوع والغرض الذي أنشأ لأجله.

أولاً: الهبة ومنازعاتها.

1- تحرير عقد الوعد بالهبة: الهبة تمليك بلا عوض تم تعريفها من خلال المادة 202 من قانون الأسرة، من خلال الممارسة التطبيقية لوحظ امتناع بعض الموثقين عن تحرير عقد الوعد بالهبة وذلك بحجة أن الهبة تتم بصورة منجزة وسريعة، فضلاً عن انعدام التحويل القانوني الذي يسمح بإبرام الوعد بالهبة.¹

هناك من العقود الأخرى الناقلة للملكية كالبيع، المبادلة... هي الأخرى عقود فورية لكن هذه الميزة لا تمنع من إبرام وعود بالتعاقد بشأنها لأن انعدام نص في قانون الأسرة يشير إلى الوعد بالهبة، لا يمنع من تحريرها في مثل هذه الحالات يجب دائماً الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني باعتباره الشريعة العامة وذلك في أحكام المادتين 71 و 72 منه اللتان تتصان على مبدأ الوعد بالتعاقد.²

إن رفض تحرير الوعد بالهبة وذلك بحجة أنها تتم بصورة فورية يعتبر موقفاً غير سديد باعتبار أن هذه الميزة ذكرها الشراح للدلالة على أن الهبة يراد بها إضافة التمليك الفوري وذلك من أجل تمييزها عن الوصية التي يقصد بها إضافة تمليك لها بعد الموت.³

2- الرجوع في عقد الهبة: نجد أن قانون الأسرة في التشريع الجزائري ينص على أن الهبة عقد ملزم فلا يجوز الرجوع فيه بإرادة الواهب المنفردة⁴ إلا باستثناء وفي حدود ما

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص143.

² المادة 71-72 الأمر 58-75 يتضمن القانون المدني.

³ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص143.

⁴ حمدي باشا عمر، عقود التبرعات، دار هومة للتوزيع والنشر، الجزائر، طبعة 2004، ص31.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

أوردته المادة 211 من قانون الأسرة التي تقضي بأن للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما مهما كان سنه، إلا في الحالات التالية:

- إذا كانت الهبة من أجل زواج الموهوب له.
- إذا كانت الهبة لضمان قرض أو قضاء دين.
- إذا تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب ببيعه أو تبرع به أو أدخل عليه ما غير من طبيعته.¹

أما المادة 212 التي تنص على عدم جواز الرجوع في الهبة إذا كانت من أجل المنفعة العامة يعتبر تأكيداً للزوم الهبة ولمبدأ عدم الرجوع في الهبة ، إلا في الحالات المستثناة، وإنما ورد في هذه المادة هو المنع في الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة للواهب، ويبقى للواهب حق طلب الفسخ القضائي إن اشترط على الموهوب له القيام بعمل من أجل المنفعة العامة وفي حال لم ينفذ الموهوب له هذا الشرط، لأن الهبة تكيف على انها هبة بعوض وتقبل الفسخ لعدم أداء العوض، وتقدير الفسخ من عدمه يرجع إلى السلطة التقديرية للقاضي.

غير أن المشرع الجزائري قيد حق الرجوع في الهبة للوالدين دون سواهما بثلاث موانع اثنان منه تكون قائمة اثناء عقد الهبة وهي الهبة من اجل زواج الموهوب له، أو من أجل قضاء قرض، أما المانع الأخير هو مانع ينشأ بعد الهبة ويكون في حالة تصرف الموهوب له في الشيء الموهوب أو تغيير طبيعته.

مما تقدم نخلص أن المشرع الجزائري قد استنبط أحكام الهبة والرجوع فيها من الفقه الإسلامي وبالضبط أخذ عن المذهب المالكي مع ورود بعض الفوارق إضافة على أن

¹ المادة 211 من قانون 84-11، مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية، عدد 24 صادر بتاريخ 12/06/1984.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

المشروع لم يذكر كيفية الرجوع في عقد الهبة صراحة ، بل تركها الى القواعد العامة التي تقضي بالرجوع إلى القضاء، في حال لم يكن الرجوع بتراضي الواهب والموهوب له.¹

ثانيا: الوصية ومنازعاتها

1 الوصية في حدود الثلث: نصت المادة 185 من قانون الأسرة على أنه " تكون الوصية في حدود ثلث التركة و ما زاد على ثلث تتوقف على إجازة الورثة:" يبين نص المادة أن الوصية تكون بحدود الثلث وما زاد عن الثلث لا بد أن يحيزه الورثة، فإذا تجاوزت الثلث لا تسري بحق من لا يحيزها من الورثة.

وهو ما أشار له القرار رقم 166090 ورد في: " من المقرر قانون أن تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد عن الثلث يتوقف على إجازة الورثة".

ومتى تبين أن الوصية صدرت في حياة الموصية لأولاد ابنها حالة حياته في ثلث التركة باعتبارهم غير وارثين، بتأييد حكم المحكمة للقاضي يحصر التركة وقسمتها على الورثة وتحديد نصيب كل وارث وإلغاء الوصية على أساس أن الموصي لهم يعدون من ورثة الموصية قد خالفوا القانون".²

يتضح من القرار السابق أن قيام بعض القضاة بإلغاء الوصية يكونون قد خالفوا القانون حتى ولو كانت الوصية للورثة ، لأنها كانت في حدود ثلث من التركة حسب ما حدده القانون.

2 -الرجوع عن الوصية: الوصية باعتبارها عقد يحق للمعني الرجوع فيها في اي وقت يشاء باعتبارها من عقود التبرع وتتوقف عن إرادته.

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 54727 المؤرخ في 1990/01/24 من المقرر قانونا أنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا

¹ بريش نعيمة، عقود التبرع دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والفقهاء الإسلامي ، مذكرة ماجستير، قانون العقود، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة، 2018/06/23، ص110.

² نقلا عن صيفاوي سليمة، المنازعات العقارية، تشريعا وقضاء، الأطروحة السابقة، ص120.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة المجلس لما قضاوا بصحة الوصية وثبوتها واستخراج الثلث منها للمستأنف، بالرغم من كون الموصري قد تراجع عن وصيته بموجب الوكالة الرسمية، التي وكل من خلالها ابن عمه ببيع جميع ممتلكاته العقارية يكونون بقضائهم كما فعلوا اخطؤوا في تطبيق القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون به.

إذن حسب القرار السابق فإن الوصية جائزة الرجوع فيها ويجب على القضاة مراعاة هذا التراجع، طالما ثبت لهم تنازل الموصي عنها، فالنزاع أثير بشأن مدى إحترام القضاة لإرادة الموصي، وأن حقه في الرجوع عن الوصية ليشكل عمل غير مشروع طالما أجاز القانون ذلك¹.

المطلب الثاني : نماذج عن العقود التوثيقية المصرحة بالملكية.

يعتمد الموثق في تحريره لهذه العقود بناء على تصريحات طالب العقد متى كانت هذه التصريحات غير مخالفة للقانون، ومن أهم العقود التي كانت متداولة في الحياة العملية سابقا هما الشهادة التوثيقية وعقد الشهرة، وسنفتح باب فيما يخص المنازعات المشاركة بشأنهم.

الفرع الأول: المنازعة في صحة عقد الشهرة.

وأكثر المنازعات التي تثار في صحة عقد الشهرة هي تلك التي تكون بين الخواص لأحد الأسباب التالية:

المنازعة حول أحقية الحيابة، هنا على المحكمة فتح تحقيق في القضية لمعرفة الحائز الفعلي، فيقوم القاضي بدعوة الخصوم لإعطاء تفسير للوقائع المراد استجلاؤها، كما يقوم بسماع إفادات الشهود الذين يقدمهم الأطراف في تحديد الأفضلية في الحيابة، هل هي حيابة صاحب عقد الشهرة، أم حيابة الطاعن في صحة عقد الشهرة، وهنا تجدر الإشارة

¹ صيفاوي سليمة، المنازعات العقارية، تشريعا وقضاء، الأطروحة السابقة، ص121.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهرة ومدى حجيتها

إلى أنه لا يكفي إثبات عدم توفر شروط التقادم المكسب لإعداد عقد الشهرة، وإنما يجب أيضا ان يكون المعارض هو صاحب الحياة القانونية التي استمرت المدة المحددة قانونا، وإلا قضت المحكمة بعدم قبول الدعوى لعدم الصفة وإلى انعدام المصلحة أيضا المنازعة في معالم الحدود على المحكمة المطروح عليها النزاع اللجوء إلى الخبرة باعتبار أن المسألة تكنسي طابعا فنيا، فتعين خبيراً تسر له مهمة الانتقال إلى القطع الأرضية المملوكة للأطراف المتنازعة والتأكد مما إذا كان المخطط المرفق في عقد الشهرة يشمل أجزاء من ملكية المعارض فللمنازعة حول ملكية المعارض أنه هو المالك الحقيقي للقطعة الأرضية وإدعاء الملكية ليس كإدعاء الحياة، إذ يجب على المدعي أن يثبت صفته في الدعوى، وذلك باثبات ملكية للقطعة الأرضية التي لا تثبت إلا بسند رسمي مشهر، وحتى في حالة تقديم المعارض لسند رسمي مشهر كثيرا ما يلجأ القضاة في هذا النوع من القضايا إلى ندب خبير من أجل مطابقة العقود على القطع الأرضية محل النزاع.¹

ويرى الفقه أن مهلة 04 أشهر التي نص عليها المشرع هي مهلة انتظار لمنع الموثق من تحرير العقد وليس ميعاد سقوط الحق في رفع الدعوى، ويؤيد هذا في ذلك الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا وذلك من خلال قرارها: قرار رقم 215221، صادر بتاريخ 2003/12/29 جاء فيه: " يتحقق قاضي الموضوع في حالة المنازعة في عقد الشهرة من توفر عناصر الحياة... لا يحول عدم الإعراف خلال أربعة أشهر على تحرير العقد دون الحق في رفع الدعوى".²

القرار رقم 258062 صادر بتاريخ 2003/12/17 جاء فيه: " تتعلق مدة 04 أشهر المنصوص عليها في المادة 05 من المرسوم 352/83 بالفترة التي يقوم الموثق بعد إنقضائها، بإعداد عقد الشهرة، لا يترتب عن فواتها سقوط الحق في رفع الدعوى بطلان عقد الشهرة أمام القضاء المختص".³

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 44.

² حمدي باشا عمر، نفس المرجع، ص 44، 45.

³ المجلة القضائية للمحكمة العليا، عدد خاص، الغرفة العقارية، العدد الثالث، 2010، ص 286.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهرة ومدى حجيتها

كما لم يفرض المشرع لميعاد سقوط دعوى إبطال عقد الشهرة أحكام خاصة في القوانين التي تحكم عقد الشهرة ، وأشارت المحكمة العليا في حيثيات قرار لها تحت رقم 215227 صادر بتاريخ 2001/12/29، بأن الدعوى الرامية لإبطال عقد الشهرة تخضع في تقادمها للقواعد الموجودة في القانون المدني، دون ذكر الأساس القانوني لها بالرجوع إلى اعتبارات الصالح العام ، وهذا الأخير يقتضي استقرار الحالات الواقعية التي مضت عليها بمرور 15 سنة يتحصن حفاظا على استقرار المراكز القانونية وتصبح له حجية قاطعة في اثبات الملكية.

تنص المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على وجوب شهر عريضة دعوى الإبطال في المحافظة العقارية وذلك من خلال ما يلي: " أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بنسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم اشهارها، لا يمكن قبولها إلا اذا تم اشهارها مسبقا".¹

وقد فصل المشرع مؤخرا بموجب المادة 02/17 والمادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجدول القائم سابقا حول مدى إلزامية شهر العرائض لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار أو بحق عيني عقاري مشهر طبقا لما ينص عليه القانون، فجعل المشرع من الإجراء شرطا لقبول الدعوى.²

وعليه فإن شهر عريضة افتتاح دعوى إبطال عقد الشهرة هو أمر إلزامي تحت طائلة عدم قبول الدعوى شكلا، ورغم هذا ينبغي التمييز بين أمرين، بين طلب إبطال عقد الشهرة الذي يكون بموجب دعوى أصلية وبين الدفع بعدم صحة ما ورد في عقد الشهرة، ففي الحالة الأخيرة لا يعتبر شهر عريضة الدعوى شرطا لقبولها وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار لها الصادر بتاريخ 2000/02/27 تحت رقم 202764 جاء فيه : " ... حيث من جهة أخرى دفع الطاعن بوجوب احترام الاجراء المنصوص عليه في المادة 85 من الامر 63/76 لطلب إبطال عقد الشهرة هو دفع مردود لأن

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا، الغرفة العقارية، العدد الثاني، سنة 2004، ص 384.

² القانون رقم 09/08 مؤرخ في 25 فيفري 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، صادرة بتاريخ 23 أفريل 2008.

الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها

المطعون ضده لم يقدّم دعوى لإبطال عقد الشهرة وإنما تمسك بعدم صحة ما ورد في عقد الشهرة من تصريحات عن طريق الدفاع في الدعوى الأصلية المقامة من طرف الطاعن نفسه".¹

الفرع الثاني: الشهادة التوثيقية.

هي الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق وتقييد انتقال الملكية العقارية من المالك المورث إلى الورثة أو الموصى لهم، يحق لكل وارث يلجأ إلى الموثق يلتمس من إعداد شهادة توثيقية لئلا يحق لمجموعة الورثة أن يوكلوا أحدهم للقيام بذلك مع ضرورة إحضار الموثق ملفا يحتوي على الفريضة وعقود الملكية والشهادة العقارية.²

والغرض الذي توخاه المشرع من إستحداث هذه الشهادة لشهر حق الإرث لمجموع البطاقات العقارية ، هو تطبيق مبدأ الشهر المسبق كما يعد وسيلة للحفاظ على سلسلة انتقال الملكية العقارية، حيث تعد الشهادة التوثيقية وسيلة فنية للإثبات في انتقال الملكية العقارية إلى الورثة عند إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية الأمر الذي تؤكد المادة 39 من المرسوم 63/76 "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد الوفاة يثبت الانتقال المشاع للأملك"، كما تضيف المادة 91 من المرسوم المذكور " كل انتقال أو انشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة وفاة أو بفعل الوفاء ضمن الأجل المحددة في المادة 99 يجب أن تثبت بموجب شهادة موثقة" ،³ ورغم وقوع التباين بين الجهات القضائية في تعاملها مع هذه المسألة فهناك من اعتبر الشهادة التوثيقية قيدا على رفع الدعوى وبالتالي يحكمون بعدم القبول على أساس انقضاء الصفة وهناك من يقبل الدعوى رغم غياب الشهادة التوثيقية ويفصل في موضوعها رغم اعتبار أن الملكية انتقلت إلى الورثة بمجرد وفاة مورثهم المالك عملا بنص المادة 15 من الأمر 74 /75.

¹ المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01 ، سنة 2003 ، ص 309.

² زروقي ليلي، باشا عمر، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2004، ص 209-210.

³ المرسوم التنفيذي 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

ملخص الفصل الاول

نلخص من خلال ما درسناه في هذا الفصل أن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة لتنظيم الملكية العقارية وتوفير حماية قانونية باشتراط تحرير العقود وفقا للقانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، وبالرجوع للقواعد العامة للقانون المدني وتحديد إجراءاتها طبقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

كما أن شهر العقود والتصرفات التي تتضمن حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى تكون على مستوى المحافظة العقارية بهدف تبيان الوضعية القانونية للعقار، ولضمان وسلامة المعاملات العقارية فإن المشرع قد وضع قاعدتين أساسيتين تتمثل في قاعدة الرسمية، وقاعدة الشهر المسبق، لتنتج الآثار القانونية للعقد.

ونظرا لتبني نظام الشهر العيني وما يكتسبه من حجية، إلا أنه يبقى العقار مصدر للإشكالات القانونية، فأخضاع العقود التوثيقية لعملية الشهر سواء كانت عقود ناقلة للملكية بإرادتين أو بإرادة منفردة، أو عقود مصرحة بالملكية، غالبا ما تطرح منازعات مستمرة أمام القضاء.

الفصل الثاني:

سلطة القاضي المدني في إبطال

العقود التوثيقية المشهورة

الفصل الثاني

إن أول القوانين التي تطرقت إلى وجوب إخضاع التصرفات العقارية لعملية الشهر العقاري، هو القانون المدني في مضمون المادة 793 منه التي تنص على أن " كل المعاملات العقارية لا تكون نافذة حتى فيما بين الأطراف المتعاقدة إلا بمراعاة إجراءات الشهر".

هذا ولم يجسد ذلك إلا بصدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، هذا ما فرض على الموثقين في تحريرهم للعقود التوثيقية اتباع إجراءات الشهر المنصوص عليها قانونا وذلك لحماية حقوق الافراد وضمان استقرار المعاملات العقارية.

حيث حرص المشرع الجزائري على اكتساب العقد التوثيقي المشهر حجيته من جهة، ومن جهة أخرى جعل عملية الشهر لا تحول دون الطعن بإبطال العقود التوثيقية للشهرة من طرف كل ذي مصلحة أمام الجهة القضائية، مما يؤدي إلى وقف رفاذ العقد إلى حين الفصل فيه إما بالبطلان أو سلامة العقد.

كما عمل على تنظيمه بموجب الامر رقم 58/75 المؤرخ ب 26/09/1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، وأقر اجراءاتها قانون 08-09 المؤرخ في 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث طرحت مسألة اختصاص القضاء العادي والقضاء الإداري في حل المنازعات العقارية المتعلقة بإبطال العقود التوثيقية المشهورة إشكالا دام مدة من الزمن، واستمر إلى غاية صدور قرارات عن مجلس الدولة، ليؤول الإختصاص القضائي في الأخير بالنظر في إبطال العقود التوثيقية المشهورة إلى جهة القضاء العادي.

وعلى هذا الأساس سيتم تقسيم الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: مدى جواز الطعن في العقد التوثيقي المشهر.

المبحث الثاني: رفع دعوى الإبطال أمام القضاء المدني.

المبحث الأول: مدى جواز الطعن في العقد التوثيقي المشهر.

كرس المشرع الجزائري العديد من النصوص والقوانين لإثبات الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى وتنظيم المعاملات العقارية حيث اشترط في تحرير العقود أن يتولى الموثق إضفاء الصفة الرسمية، بلعبه ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية وفقا لأشكال مقررة قانونا، مع ضرورة الإلتزام بشهرها لتجعل التصرف قائم في مواجهته الغير، الأمر الذي يمنح للغير قدرا من الإلتئمان والطمأنينة في التعامل بشأن العقار.

وكما تولى المشرع إثبات الحقوق العقارية والتصرفات القانونية المشهرة سواء العقود المشهرة الناقلة للملكية أو المصرحة بها، أجاز الطعن في تلك العقود التي تكتسي حجية معينة، ما حدد أسباب إبطالها عن طريق اللجوء للقضاء، ومن خلال هذا المبحث سيتم توضيح ما يلي:

المطلب الأول: حجية العقد التوثيقي.

المطلب الثاني: أسباب إبطال العقد التوثيقي المشهر.

المطلب الأول: حجية العقد التوثيقي.

يحضري العقد التوثيقي المشهر من خلال حجيته في مواجهة التصرفات الأخرى من جهة، ومن جهة أخرى يكون قائم في مواجهة الغير، وعلى هذا الأساس يجب تحديد مصدر الحق العيني كفرع أول ثم التطرق للطعن في صحة العقود التوثيقية المشهرة في الفرع الثاني، وكفرع ثالث الطعن ببطلان العقد التوثيقي.

الفرع الأول: مصدر الحق العيني.

إن القاعدة العامة والمطبقة في نظام الشهر العيني هي أن التصرف هو مصدر الحق العيني لكن بتمام التصرف ينشأ الحق أو يتغير أو يزول وفي حالة قيد هذا الأخير في السجل العقاري سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير، إذ نجد أن الحق العيني الذي نشأ

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

بالقيد لا يتأثر بالعيوب التي كانت قد شابته التصرف من بطلان أو عدم نفاذ إذ يصبح القيد مطهر للتصرف مما يكون قد علق به من عيوب.¹ والتي يمكن إثبات عكسها في حالة ما شاب قرار القيد نفسه عيب ويعتبر القيد معيبا إذا أجري بدون وجه حق.

أما بالنسبة لآثار العقد بين الأطراف أو في مواجهة الغير على إجراءات الشهر العقاري يبين أنه لم يعد في صحة التصرف في حد ذاته، وهذا هو الداعي والدافع لتغيير النظام الشخصي واستبداله بنظام الشهر العيني حيث سعى المشرع الجزائري لأجل تحقيق ما يسمى بالتطهير أي تطهير الوضع الموجود فيه الحقوق العقارية ، مما نتج عنه أن الملكية العقارية تكون أكثر استقرارا من حيث المعاملات واعطاء التصرفات الواردة عليها وائتمان أكثر، كما أنه يصبح للعقد المشهر قوة ثبوتية مطلقة في مواجهة الكافة ، مما يعمل بذلك على تطهير سند الملكية من كل العيوب، والأصل أن هذه العقود تكون قابلة للإلغاء أو الإبطال أو الفسخ، إلا أنه يمنع الإحتجاج بهذه الدفوع في نظام الشهر العيني، لأجل الحفاظ على استقرار المعاملات العقارية وذلك أن التصرف كان م عيب وليس القيد بحجة أنه هذا الأخير من نقل الحق العيني وليس التصرف، وبالرجوع للقواعد العامة لا يبقى أمام رافع الدعوى إلا المطالبة بحقه بالتعويض أمام القضاء.²

الفرع الثاني: الطعن في العقود التوثيقية المشهورة.

نصت المادة 81 من القانون المدني الجزائري مايلي: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله ويستفاد من نص المادة أن المشرع الجزائري أجاز لأطراف العقد إبطال التصرف وفقا للقواعد العامة متى تأكد وقوع أحد المتعاقدين في غلط، أو شابه عيب من عيوب الرضا وقت إبرام العقد.³

فالطعن في صحة العقد التوثيقي يكون إما بالتزوير الذي يعد إجراء مدني يهدف إلى إثبات عدم صحة التوثيق ، ويكون ذلك أمام الجهات القضائية المختصة حيث يتوقف

¹ صيفاوي سليمة، المنازعات العقارية تشريعا وقضاء، الأطروحة السابقة، ص 40-42.

² نفس الأطروحة، ص 42.

³ المادة 81 من الأمر 75-58 من القانون المدني.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

الفصل في النزاع إلى غاية ظهور نتيجة الخبرة التي تؤكد تزوير السند من عدمه أو من خلال إبرام عقد توثيقي على عقار أو أشهر سند ، وتبين ضرر لإحدى المتعاقدين جاز للطرف الآخر طلب الحكم بإبطال العقد طبقا للقواعد العامة و يكون هذا الإبطال أمام قاضي مكان تواجد العقار لأن الدعوى عينية عقارية، وبعد الحصول على الحكم أو القرار القضائي يتقدم البائع بشهر هذا الحكم ليبقى حقه ثابت على العقار ، أما إذا تصرف المشتري لشخص آخر فلا يستطيع البائع إبطال التصرف الذي انتقلت به ملكية العقار للغير ، لأنه لديه مصلحة في ذلك ويحكم القاضي بعدم قبول دعواه، فالحل المقدم في هذا الشأن أنه عندما يبطل العقد، يرفع من له مصلحة دعوى استحقاق الملكية على من إنتقلت إليه ملكية العقار لما هو متصور بمجرد الحكم بإبطال العقد فإن التصرفات التي تمت تبطل بقوة القانون على أساس أن ما بني على باطل فهو باطل وفيما يخص الجهة القضائية المختصة بصحة العقود التوثيقية فإن القاضي العادي هو المختص بالرغم من وجود الإدارة طرفا في العقد.¹

وبالتالي إستقر الإجتهد القضائي على تخويل سلطة النظر، وإبطال تلك العقود إلى القاضي العادي بصفته حامي الحقوق الفردية الناتجة عنها، وبذلك يكون القضاء الإداري قد تخلى عن اختصاصه في النظر فيها، بالرغم من وجودها طرفا في العقد ،² فبموجب المادة 73 من قانون التوجيه العقاري والتي تقضي بما يلي : "تسيير المحافظة العقارية التابعة للجماعات المحلية في إطار أحكام المادة 71 سالفه الذكر هيئة التسيير والتنظيم المتميزة والموجودة والمستقلة التي ينبغي إنشائها ، وكل تصرف تبشره الجماعات المحلية مباشرة لا تكون لفائدة شخصية عمومية يعد باطلا وعديم الأثر".³

أكد مجلس الدولة في قراره 294199 المؤرخ في 12 جوان 2000 بقوله أن العقد التوثيقي تخرج مسألة إلغاؤه من نطاق صلاحيات القاضي الإداري مما يتعين إخراج الوالي

¹ حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص37.

² حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص246.

³ المادة 73 من القانون 90-25 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990، يتضمن التوجيه العقاري، ج.ر، عدد 49، المؤرخة في 18 نوفمبر 1990.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

ومدير أملاك الدولة من الخصام والتصريح بعدم الإختصاص، يعود للمحاكم العادية على أساس أن العقود التوثيقية ليست بقرارات ولا عقود إدارية حتى يتم الطعن في صحتها أمام الجهات الإدارية.

الفرع الثالث: الطعن ببطلان العقد التوثيقي.

البطلان لغة : هو الضياع والخسران، بطل الشيء بطلا وبطولا بالضم الأوائل فسد أو سقط حكمه فهو باطل وجمعه أباطيل على غير قياس.

أما **البطلان اصطلاحاً**: هو وصف يلحق بالتصرف القانوني المعيب بسبب مخالفته لأحكام القانون المتضمنة لإنشائه، فيجعله غير صالح لأن ينتج آثاره القانونية المقصودة.¹

ويصنف البطلان إلى صنفين بطلان موضوعي وبطلان إجرائي و موضوع دراستي هو البطلان الموضوعي الذي يعتبر جزءاً مترتباً على تخلف أحد أركان التصرف أو شرط من شروطه الموضوعية أو الشكلية، البطلان الذي يلحق العقد التوثيقي قد يكون بطلان مطلق أو بطلان نسبي.

أولاً: البطلان المطلق:

يبطل العقد بطلاناً مطلقاً إذا تخلف أحد أركانه كالمحل أو السبب أو الشكل الرسمي أو الرضا، أو صدر من شخص عديم الأهلية، كما نصت المادة 26 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق على: " تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته بدون إختصار أو بياض أو نقص..."²

كما قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 408837 الصادر بتاريخ 2008/05/21 بما يلي: " حيث أن عكس ما يدعيه الطاعنين قضاة المجلس أعطوا لقضائهم أساساً

¹ بوغالم أسماء، العقد التوثيقي كسند تنفيذي، المذكرة السابقة، ص 82.

² المادة 26 من قانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

قانونيا سليما ولم يخالفوا أية قاعدة جوهرية في الإجراءات باعتبارهم العقود الرسمية المطعون ضدها بالبطلان عقود باطلة لتحريرها باللغة الفرنسية خرقا للقانون 05/91 المؤرخ في 16/01/1991 المتضمن تعديل استعمال اللغة العربية الساري المفعول، ذلك أنه يستفاد من أحكام المواد 6.5.2 ومن القانون 05/91 أن شكل تحرير الوثائق الرسمية والعقود باللغة العربية من النظام العام حتى أنه يمنع تسجيل وإشهار العقود التي كانت محررة بغير اللغة العربية وزيادة على ذلك الشكل الوجوبية المتمثلة في تحرير العقود التوثيقية باللغة العربية مؤكداً بنص المادة 18 من القانون 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون تنظيم التوثيق.¹

وكما أكدت أيضا كل من المواد 93، 97، 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أن تخلف ركن من أركان العقد يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد.²

ونصت المادة 102 من القانون المدني: "إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا بالبطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة، وتسقط دعوى البطلان بمضي 15 سنة من وقت إبرام العقد".³

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 391371 المؤرخ في 21/11/2007 ما يلي:

"حيث أنه وبخصوص التمسك بنص المادة 101 من القانون المدني فهو في غير محلّه فما دام أن العقد لم يكن له أي وجود قانوني فهو باطل من أساسه والمعروف أن سقوط دعوى البطلان في حالة وجود العقد الباطل لا يترتب عليه سقوط الدفع بالبطلان مهما طال الزمن على أساس قاعدة أبدية الدفع إذ ليس معناه أنه بمرور عشر سنوات على

¹ قرار صادر عن المحكمة العليا، الغرفة المدنية قضية رقم 408837 بتاريخ 21/05/2008، قضية (ل.ع. ومن معه) ضد (ورثة خ)، قرار منشور في مجلة المحكمة العليا نص وروح القانون، الذكرى الخمسون لتتصيب المحكمة العليا، الجزء الثاني، فيفري 2014، ص 98.

² راجع في ذلك المواد 93، 97، 324 مكرر 1 من القانون المدني.

³ المادة 102 من القانون المدني، مرجع سابق.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

العقد الباطل أن يصير عقد صحيح ليبقى مجمل ما أثاره الطاعن غير مؤسس وهو مرفوض".¹

غير أنه وعلى عكس الإجازة يمكن انتقاص العقد الباطل، وذلك بالإبقاء على الجزء الصحيح منه استبعاد الجزء الباطل من العقد، بشرط ألا يتعارض الانتقاص مع قصد المتعاقدين وأن يكون العقد قابلاً للإنقسام، بحيث إذا تبين أن أي منهما ما كان ليرضى إبرام العقد بغير الشق المعيب، أي أنه أساس موضوع العقد وبالتالي فإن بالابطال يمتد إلى العقد كله ولا يقتصر على هذا الشق وحده،² وهذا ما أكدت عليه المادة 104 من القانون المدني: " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، وحده هو الذي يبطل إلا إذا تبين أن العقد مأكول ليرضى بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله".³

ثانياً: البطلان النسبي.

قابلية العقد للإبطال هو جزء يترتب على العقد في تكوينه، وذلك بأن يشوبه عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في: الإكراه، التدليس، الاستغلال، الغلط، أو في حالة نقص أهلية أحد أطراف العقد، في حالة البطلان النسبي يكون العقد قائماً بالرغم من أنه معيب بعيوب الرضا إلا أنه مهدد بالبطلان، فنقص أهلية المتعاقدين ثبت له الحق بطلب إبطال العقد لمصلحته، ليس المتعاقد الثاني وهذا ما نصت عليه المادة 99 من القانون المدني الجزائري: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق"، طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقدم طلب و ترفع دعوى مدنية بشأنه، م ع ضرورة توفر الصفة والمصلحة في المدعي ورفعها في المواعيد المحددة لها والمتمثلة في خمس سنوات.⁴ أو بموجب دفع

¹ قرار منشور في مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني 2008، ص 169.

² العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 517.

³ المادة 104 من الأمر 58-75 يتضمن القانون المدني.

⁴ المادة 101 من القانون المدني " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال 5 سنوات ويبدأ سرياً هذه المدة، في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

موضوعي تثار فيه مسألة الإبطال، على ان الدفع بالإبطال يختلف عن الدفع بالبطلان ، فالأخير عبارة عن دفع محض من ناحية الموضوع والإجراءات، ولذلك لا يسقط بالتقادم لأن الدفوع لا تتقادم قانونا.

أما الدفع بالإبطال فهو في حقيقته دعوى وهو كذلك من ناحية الإجراءات إذ يجب أن يتخذ صورة دعوى فرعية يقيمها المدعى عليه ويطلب صراحة إبطال العقد ولهذا فهو من الناحية القانونية يسقط بالتقادم¹.

ثالثا: آثار البطلان الموضوعي.

لا يرتب العقد الباطل بطلان ا مطلقا أو بطلانا نسبيا أي أثر قانوني سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير، ويرجع الأطراف إلى الحالة التي لم يكن فيها عقد، حيث نصت المادة 103 من القانون المدني الجزائري ما يلي: ² " يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو ابطاله فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل..." كما قضت المحكمة العليا في قرارها رقم 274815 الصادر بتاريخ 2003/07/30 بما يلي: ³ " من المقرر قانونا أن القضاة إذ كرسوا بطلان عقد بيع العقار فإن ذلك وحده لا يعفيهم من إعادة الحالة إلى م ا كانت عليه قبل التعاقد طبقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني.⁴

1- أثر البطلان بين المتعاقدين: الأصل العام في أثر البطلان هو زوال التصرف وإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليه ا قبل إبرام تصرف وإرجاع كل منهما الشيء الذي تسلمه بمناسبة هذا العقد، في استحالة رد أحد المتعاقدين يلزم القاضي على من استحال

يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا إنقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد.

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 509.

² راجع في ذلك المادة 103 من القانون المدني.

³ المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 274815 بتاريخ 2003/07/30، قرار منشور في مجلة المحكمة العليا، الجزء الثاني، فيفري 2014، ص 351.

⁴ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 522.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهرة

عليه الرد بتعويض معادل وأساس الرد هو دفع غير مستحق وفقا لأحكام المواد 103 و 143 و ما بعدها من القانون المدني، مثال ذلك إذ هلك المبيع في يد المشتري بسبب لا دخل له فيه وكان حسن النية فإنه لا يسأل إلا بقدر ما عاد عليه من منفعة.¹

2- أثر البطلان بالنسبة للغير: المبدأ العام إذا ابطال العقد او تقرر إبطاله بأنه لا يسري بأثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين فقط بل يمتد للغير أيضا والغير هنا هو الخلف الخاص للمتعاقدين كما لو باع المشتري العين التي اشتراها إلى آخر فإن بطلان عقد البيع الأول يسري بحق المشتري الثاني بحيث يمكن للبائع الأصلي استرداد المبيع منه إلا أن هناك استثناءات تحمي حسن النية ولحفظ استقرار المعاملات وتتمثل في ما يلي: عقود الإدارة، عقود التصرف.²

المطلب الثاني: أسباب إبطال العقد التوثيقي المشهر.

لم يحصن المشرع الجزائري شهر التصرفات ضد مخاطر البطلان، أين يبقى العقد المشهر قابلا للابطال، وبما ان الشهر العقاري لا يصح عقد باطل ولا يبطل عقد صحيح فيبضح أنه يجوز الطعن بالتصرف المعترى على عيب من عيوب الرضا أو عدم مشروعيته، وبالتالي فإن الشهر العقاري في القانون الجزائري لا يعطي للتصرف سوى حجج نسبية وحق اللجوء إلى القضاء للمتضررين من الحقوق المشهرة، ابطال التصرف او العقد المشهر بحسب حالته وعليه لا بد التمييز بين اسباب ابطال العقد الناقل للملكية بلوادتين وأسباب ابطال العقد المصرح بالملكية.

الفرع الأول: إبطال العقد الناقل للملكية العقارية بإرادتين

يجب أن يتوافر في العقد جميع أركانه من رضا ومحل وسبب شكلية فإن تخلف أحد هذه الأركان أدى ذلك إلى البطلان المطلق، فللقاضي ان يقضي به من تلقاء نفسه ولا يزول هذا البطلان بالإجازة غير انه يشوب التصرف بعض العيوب التي قد تؤدي إلى

¹ العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 524 و525.

² العربي بلحاج، نفس المرجع، ص 533.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

إبطاله إذا ما تمسك به صاحب المصلحة، كون القانون قد قررها للمصلحة الخاصة، فإذا ما انطوى العقد التوثيقي المشهر على مثل هذه العيوب جاز لصاحب المصلحة الطعن فيه والمطالبة بإبطاله، ومن أهم الأسباب التي تفسح المجال لتدخل القاضي هو مساسه لحجية العقود المشهورة من خلال إبطالها نذكر حالتين:

العقد المنطوي على غش أو تدليس: يعد التصرف المنطوي على الغش محلال

للإبطال من قبل القاضي ولو كان مشهرا، وذلك انطلاقا من المبادئ العامة للقانون التي تقضي بحماية الغير لكل تصرف صادر عن الغش عملا بقاعدة " الغش يفسد جميع التصرفات". كما أكد المشرع الجزائري على هذا المبدأ في القانون المدني في المواد 384.379.377.196.192 ذلك سعيا لتحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية.

العقد الصوري: يقصد بالصورية خلق وضعية قانونية ظاهرة تختلف عن الوضعية

القانونية الحقيقية وقد تكون الصورية مطلقة أو نسبية ففي الحالة الأولى كلما كان العقد الظاهري لا وجود له أساسا كبيع المالك أملاكه لتفادي الحجز وتنفيذ الدائنين عليه ويتم الاتفاق في العقد المستتر أن البيع الصوري ليس حقيقي أما بالنسبة للصورية النسبية فتكمن في حالة إخفاء الهبة بعقد صوري يكون بشكل بيع.¹

فالعقد مهما كان نوعه يجب أن يتوافر على أركان الرضا، المحل والسبب، فإن تخلف أحد هذه الأركان لاسيما إنعدام الرضا نكون أمام بطلان مطلق يجوز للقاضي أن يقضي به من تلقاء نفسه ولا يجوز هذا البطلان بالإجازة غير أنه قد يعترى العقد بعض العيوب التي قد تؤدي إلى إبطاله إذا ما تمسك بها صاحب المصلحة، كون القانون قد قررها للمصلحة الخاصة فإذا ما انطوى العقد التوثيقي المشهر على مثل هذه العيوب جاز لصاحب المصلحة الطعن فيه والمطالبة بإبطاله، ومن بين هذه العيوب التي تمس بحجية العقود المشهورة هي: التدليس، الصورية....².

¹ صيفاوي سليمة، الأطروحة السابقة، ص 43-45.

² صيفاوي سليمة، نفس الأطروحة، ص 43-46.

الفرع الثاني: أسباب إبطال العقد المصرح بالملكية العقارية.

نجد في حالة ما إذا تم شهر عقار عن طريق عقد الشهرة في منطقة ممسوحة علما أنه يشترط في إعداد عقد الشهرة أن العقار لم يخضع لعملية المسح، وألا يدخل ضمن الأملاك الوطنية أو الوقفية ويتم إعدادها من الموثق المختص ومستوفيا كل الإجراءات وفي حالة عدم توفر ذلك أجاز لصاحب الحق طلب إبطاله، ويحق له طلب إبطال عقد الشهرة ويوجد أيضا الاعتراض على إجراءات تحقيق لطلب الحيازة بموجب القانون 07-1.02¹

في حالة تسجيل الاعتراض من الغير وفشلت المصالحة طبقا للمادة 516 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية فاذا كان النزاع بين أشخاص طبيعيين أو معنويين تابعين للقانون الخاص وتكون الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا فالغرفة الإقليمية الواقع في دائرتها العقار أو الحق العيني محل الدعوى أي المحكمة العادية المتواجدة في دائرتها محل النزاع والزمّت الفقرة 05 للمادة 12 قانون 07-02 إشهار العريضة رفعها خلال شهرين وذلك الزامي² كما يمكن إبطال عقد الشهرة المبرم من طرف شخص محجور عليه تطبيقا المادة 107 من القانون الأسرة الجزائري ، وقد صدر قرار عن مجلس قضاء الأغواط رقم 181889 الصادر بتاريخ 1998/03/17 حيث أقرت المحكمة العليا في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها : " أنه من المقرر قانونا أن التصرفات التي يقوم بها المحجور عليه تعتبر باطلة مطلقة تطبيقا للمادة 107 من قانون الأسرة من تم أن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام قصور الأسباب ليس في محله، ومتى تبين في قضية الحال أن قضاة المجلس قضاوا بإبطال عقد الشهرة على اختيار أن الواهب كان محجورا

¹ ليلي زروقي، المنازعات العقارية التصرفات القانونية الواجبة الشهر والآثار المترتبة عند القيد، دار هومة، الجزائر، 2015، ص62.

² عبد الحفيظ بن عبيدة، إنبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، ط 8، دار هومة، 2013، ص 220، 221، 223.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

عليه ولا يجوز له إبرام التصرفات القانونية، فإن القضاة بقضاءهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً ومتى كان ذلك استوجبه رفض الطعن.¹

يتضح أن المشرع الجزائري رغم تبنيه نظام الشهر العيني إلا أنه أبقى على الحجية النسبية فقط، حيث أقر المتضررين حق طلب إبطاله أمام الجهة القضائية المختصة، الإختصاص للقاضي العادي في النظر في صحة العقود التوثيقية المشهورة الناقلة منها المصرحة للملكية العقارية، فيختص القضاء العادي بالنظر في إبطال الحقوق الناقلة للملكية والحق العيني العقاري كما في الحقوق المصرحة تطبيقاً لمضمون المادة 515 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والزامية توافر الشروط القانونية لرفع الدعوى وكما ألزمت المادة 85 من المرسوم 76-63: تقديم العريضة للدعوى لشهرها.²

وقد أقر القضاء في عدة قرارات صادرة عنه أن الإختصاص يؤول للقاضي العادي ومن ذلك نجد القرار الصادر عن الغرفة الثانية لمجلس الدولة رقم 191983 مؤرخ في 8 ماي لسنة 2000 غير منشور، جاء في حيثياته أنه بموجب العريضة الإفتتاحية للدعوى رفعت مديرية الأملاك الوطنية طعناً بإبطال الجزئي للعقد التوثيقي مؤرخ في 1991/10/29 يتضمن بيع أراضي زراعية من طرف العارض "ب" وان الطعن بالإبطال يهدف إلى الإحتجاج أمام القضاء الإداري بقرار منتخب من سلطة إدارية أثناء ممارستها لسلطاتها المتمثلة في السلطة العادية حيث العقد التوثيقي يهدف إلى مصالح الخاصة وهي خص الأشخاص الخاصة فإنه لا يتناسب مع المعايير المذكورة للعقد الإداري وبالتالي فإن العقد التوثيقي ليس من اختصاص القاضي الإداري.³

¹ قرار المحكمة العليا، فرقة الأحوال الشخصية رقم 181889 مؤرخ في 1998/03/17، المجلة القضائية قسم

المستندات والنشر للمحكمة العليا، العدد 2، سنة 1998، ديوان الوطني للأشغال التربوية 1999، ص 82-84.

² المادة 515 من قانون رقم 08-09 مؤرخ في 2008/02/25، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21، بتاريخ 2008/02/23.

³ منقول عن حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 86.

المبحث الثاني: رفع دعوى الإبطال أمام القضاء المدني.

لإبطال العقود التوثيقية المشهورة أمام القضاء، ورفع دعوى الطعن القضائي المتضمن إبطال عقود مشهورة، وجب تحديد الجهة القضائية المختصة التي طال ما كانت محل نزاع في السابق بين القضاء العادي والقضاء الإداري خاصة في حال وجود الإدارة طرفاً في العقد.

وتجدر الإشارة أن الإجتهد القضائي استقر على فض النزاع بين جهتي القضاة " العادي والإداري" على أن الإختصاص يؤول للنظر في إبطال العقود التوثيقية المشهورة للقضاء العادي، بحكم أن تلك العقود ليست بقرارات إدارية، في حين أن المشرع الجزائري لم يأتي بشروط خاصة بالقوانين المتعلقة بالشهر العقاري فيما يخص كيفية رفع الدعاوى القضائية العقارية، نادى المشرع الجزائري بالرجوع إلى القواعد العامة الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، عدا أنه ألزم شهر العريضة الإفتتاحية للدعوى مضمون الطعن، وانطلاقاً مما حللناه سيتم تقسيم المبحث إلى:

المطلب الأول: الاختصاص القضائي الرامي للفصل في إبطال العقود التوثيقية المشهورة.

المطلب الثاني: ضرورة شهر الدعاوى العقارية.

المطلب الأول: الإختصاص القضائي الرامي للفصل في إبطال العقود التوثيقية المشهورة.

لرفع دعوى إبطال العقود التوثيقية المشهورة وجب تحديد الجهة القضائية المختصة من خلال التطرق إلى تبيان الاختصاصات، الاختصاص النوعي في الفرع الأول والاختصاص الإقليمي في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الاختصاص النوعي

وينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية حيث لا يقتصر الاختصاص على الملكية العقارية فاستعمال لفظ الأملاك العقارية أدق حيث يستغرق

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

الحقوق العينية غير الملكية كحق الانتفاع والحقوق الشخصية كالإيجار،¹ إن الحالات الإحدى عشر الواردة في المادة 512 من ق.إ.م.إ التي ينظر فيها القسم العقاري على وجه الخصوص تخضع من الناحية الموضوعية لمجموعة من القوانين ذات صلة بالعقار منها القانون رقم 25-90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 متضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم والقانون 30-90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 متضمن قانون الاملاك الوطنية والمرسوم التشريعي رقم 03-93 كما حددت المادة سريان الاختصاص بالنسبة للشيعة العامة منها أحكام القانون المدني بالنسبة لحق الملكية بما فيها نظاما الملكية المشتركة والملكية على الشيوع والحقوق العينية الأخرى والتأمينات العينية والحيازة والتقدم وحق الاستعمال والاستغلال والسكن، كما منح المشرع صراحة الاختصاص للقسم العقاري بالنسبة للقضايا الآتية:

- 1 الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها طبقا للمادة 85 من المرسوم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- 2 المنازعات المتعلقة بالترقيم المؤقت للسجل العقاري القائمة بين أشخاص القانون الخاص طبقا للمادة 15 من نفس المرسوم.
- 3 المنازعات المتعلقة بمقايضة عقارات تابعة للأمولاك الخاصة للدولة مع عقارات تابعة لملكية الخواص طبقا للمادة 96 من القانون 30-90.²

كما يختص القسم العقاري حسب نص المادة 511 من قانون الإجراءات المدنية والادارية في المنازعات المتعلقة بالأمولاك العقارية، ويختص بالقضايا المنصوص عليها في المواد 512 - 513 - 514 - 515 - 516 - 517 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، منشورات بغدادية، ط 2، البلدية، 2009، ص 365.

² بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 365، 366.

الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي.

المادة 37 من ق.إ.م.إ: " يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك".¹

لقد وضع المشرع ضوابط تبين متى تكون محكمة ما مختصة محليا دون غيرها بالنظر بالدعوى فالقاعدة العامة تبين أن الاختصاص الاقليمي هو أن المدعي يسعى إلى المدعى إليه في أقرب المحاكم إلى موطنه وهي قاعدة رومانية قديمة.

كما قد خرج المشرع على القاعده فأورد عليها ب عض الإستثناءات مراعاة مصلحة العدالة ومصلحة المدعي بموجب المادتين 39 و 40 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، إذ جاءت هذه الأخيرة : " فضلا عما ورد في المواد 37 و 38 و 46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهات القضائية المبينة أدناه دون سواه المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجاري المتعلقة بالعقارات، والدعاوي المتعلقة بالأشغال العمومية وطرق أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال...". كما أضاف المشرع المادة 518 مؤكدا على أن الاختصاص الاقليمي القسم العقاري يؤول إلى المحكمة التي يوجد العقار في دائرة اختصاصها.

نستخلص أن الاختصاص الاقليمي كمبدأ أو كأصل عام أن المحكمة يؤول فيها النظر في الدعوى وذلك في حال ابطال عقود شهرة، إما إذا كانت المنازعة متعلقة باجراءات المسح العام أو تحقيق العقاري أو الترقيم المؤقت، فإن الاختصاص الاقليمي

¹ المادة 37 من القانون رقم 09/08 متضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهرة

أولوي إلى المحكمة التي يوجد بها العقار محلا للفزع عملا بأحكام المواد 40 و 518 من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية¹.

المطلب الثاني: ضرورة شهر دعاوى العقارية.

بالرجوع إلى أحكام مبادئ الشهر الوارد في المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، متعلق بتأسيس السجل العقاري الذي جاء فيها إعمالا بنص المادة 85 من المادة كما يلي: " أن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء حقوق ناتجة عن وثائق تم شهرها لا يمكن قبولها إلا إذا تم شهرها مسبقا... "

نفهم من خلال المرسوم المذكور أعلاه أن عملية الشهر لا تقتصر على التصرفات القانونية المنصبة على العقارات بل تمتد إلى وجوب شهر الدعاوى القضائية العقارية المتضمنة للطعن في التصرف مضمون العقد المشهر.²

الفرع الأول: الدعاوى القضائية العقارية واجبة الشهر.

ألزم المشرع الجزائري إخضاع دعاوى عقارية ذكرت على سبيل الحصر لشهرها على مستوى المحافظة العقارية الرامية للفصل فيها أمام القضاء العادي، فكل دعوى قضائية يستلزم توفر شروط قانونية للجوء الى القضاء من صفة ومصلحة وأهلية، الآجال، العريضة وغيرها.

وهذا ما أكده المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإضافة المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 والمادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، إلزامية شهر العريضة الافتتاحية للدعوى تحت طائلة عدم قبولها شكلا.

¹ لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية، بسكرة، 2012/2011، ص 154.

² راجع في ذلك المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25.

أولاً: دعوى فسخ الحقوق المشهورة.

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بناء على طلب أحد طرفي العقد إذ أخل الطرف الآخر بالتزامه، فالفسخ جزاء إخلال المتعاقد بالتزامه ليتحرى المتعاقد نهائياً من الالتزامات التي يفرضها عليه العقد، كما نصت المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون"، يفهم من ذلك أن الأفراد الحق في إبرام العقود التي يريدونها ويقع عاتق الالتزام لكلا طرفي العقد فيما تم الاتفاق عليه في مضمون هذا الأخير، كما نصت المادة 119 من القانون المدني أن الفسخ وجزاء تخلف احد المتعاقدين بالوفاء بالتزاماته.¹

ويجب تمييز حالات الفسخ القضائي والفسخ الإتفاقي والفسخ القانوني عما يعرف باستحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة وما يلحقه من تبعات.

1-الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي.

تنص المادة 120 من القانون المدني على فسخ الاتفاق بقولها لا يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي، وهذا الشرط لا يعفي من الأعدار الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين ، فقد يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا إذ لم يفهم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه، الحالة إذا لم يقوم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه وجب رفع دعوى إلى القضاء ووجب توجيه إعدار للمدين، وللقاضي أن يمنع المدين نظرة الميسرة لتنفيذ التزامه ، وقد يزيد المتعاقدين درجة فيتفقان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وفي هذه الحالة يجب رفع دعوى طلب الفسخ، ويجب إعدار المدين ولكن على القاضي أن يقضي حينئذ الفسخ، وقد يزيد المتعاقدين درجة في الشدة فيتفقان على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه وبدون حاجة إلى حكم من القضاء، وفي هذه الحالة يتم فسخ العقد عن عدم تنفيذ الالتزام بغير حكم القضاء ولكن إذا رفع نزاع حول هذا الاتفاق إلى القضاء فعليه أن يقضي بالفسخ

¹ زهدور إنجي هند، حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، الأطروحة السابقة، ص 162.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

ويكون حكمه لكاشفا لا منشئا له، لأن الفسخ يترتب على اتفاق المتعاقدين وليس على حكم القاضي ولكن هذا الاتفاق لا يعفى عن وجوب توجيه إعدار إلى المدين بتنفيذ التزامه.¹

2-الفسخ بحكم القانون:

نصت المادة 121 من القانون المدني : " في العقود الملزمة لجانبين إذا انقضى الإلتزام بسبب "إستحالة" تنفيذه انقضت الإلتزامات المقابلة له ويفسخ العقد بحكم القانون".

إذن فشروط الانفساخ للعقد بحكم القانون ثلاثة شروط:

-أن يكون تنفيذ الإلتزام قد صار مستحيلا، فاذا كان تنفيذه مرهقا فوط طبقت نظرية الظروف الطارئة.

-أن ترجع هذه الاستحالة إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فاذا كان عدم التنفيذ بخطئه كان مسؤولا عن التعويض.

-وأن يثبت المدين هذين الأمرين، اي أن عبء اثبات الاستحالة والسبب الأجنبي يقع على عاتق المدين.

وتطبيقا لما تقدم نصت المادة 176 من القانون المدني على أنه: " اذا استحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عين حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك اذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه.²

ثانيا: دعوى الابطال للحقوق المشهورة.

لكي يكون العقد صحيحا لابد أن تكون أركانه جميعا قد توافرت وسلمت من الخلل الذي يصيبها، كعدم مراعاة بعض القواعد القانونية التي يوجبها المشرع عند تكوين العقد ،

¹علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، 2003، ص 106-107.

² المادة 176 من الأمر 75-58 من القانون المدني.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

لقد نظم المشرع الجزائري ضمن نصوص القانون المدني قواعد وشروط الاعتبار العقد صحيحا ، وذلك بموجب المواد من 59 الى 98، كما أضاف على ذلك مباشرة تنظيم الجزاء المترتبة على عدم احترامها بموجب المواد من 99 الى 105، وقد رتب البطلان على تخلف أي ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته.

والبطلان هو عبارة عن جزاء صارم وضع لجميع العقود، بصرف النظر عن كونه ملزمة لجانبين أول ملزمة لجانب واحد، غير أن الجزاء يختلف من حيث القوة والصرامة باختلاف نوع القاعدة التي أوجبه المشرع، بحيث إذا تخلف ركن من أركان العقد كان الجزاء هو البطلان المطلق.¹

ويكون العقد قابلا للإبطال فيما إذا لم يتوفر أركانه جميعا، كأن يشوب إرادة أحد المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة أو أن يكون ناقص أهلية وبالتالي فإن الجزاء يكون أقل صرامة، وهي قابلية العقد للإبطال.

وبذلك يكون بطلان العقد إذا انعدم ركن من أركان العقد أو كان السبب غير مشروع في عدم المشروعية ثاني عدم الوجود من الناحية القانونية في القانون لا يعترف بمثل هذا الوجود وإن وجد من الناحية المادية.

دعوى الطعن ببطلان التصرف يكون الغرض منها الطعن في وجود التصرف ذاته ومنه اعتبار تصرف منذ ابرامه، وهذا الانعدام ينال من وجوده أصلا ويكون عن طريق دعوى البطلان المطلق أو دعوى البطلان النسبي وهي التي أشارت إليها المادة 85 من المرسوم 63/76 بوجوب شهر الدعاوى القضائية الرامية إلا النطق بإبطال حقوق الناتج عن وثائق تم إشهارها.²

¹ لبيض ليلي، (شهر الدعاوى القضائية في القانون الجزائري " قراءة في نصي المادتين 17 و 519 كم قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08)، مجلة الفكر، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد التاسع، ماي 2013، ص 318-319.

² لبيض ليلي، نفس المجلة، ص 319.

ثالثاً: دعوى تعديل الحقوق المشهورة.

نصت عليها المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وذلك تعديلاً وتكميلاً لأحكام المادة 85 من المرسوم 63/76 التي لم تنص على هذه الدعوى في قائمة الدعاوى الخاضعة للشهر المحددة على سبيل الحصر، هذه الدعوة ترمي إلى تعديل حقوق عقارية أصلية كانت أو تبعية ومن أهمها منصة عنها المادة 512 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها: " ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:¹

- في حق الملكية والحقوق العينية الأخرى والتأمينات العينية.
- في الحياة والتقاعد وحق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن.
- في اثبات الملكية العقارية.
- في الشفعة.
- في الهبات والوصايا المتعلقة بالعقارات.
- في التنازل عن الملكية وحق الانتفاع.
- في القسمة وتحديد المعالم.
- في ايجار السكنات والمحلات المهنية.
- في الإيجارات الفلاحية " أن الحالة التاسعة المتعلقة بالقسمة وتحديد المعالم هي التي تخص دعاوى التعديل والتي يلزم شهرها لدى المحافظة العقارية وكذلك نصت المادة 515 من القانون 09/08 ينظر القسم العقاري في الدعاوى المتعلقة بإبطال أو فسخ أو تعديل أو نقض الحقوق المترتبة على عقود تم شهرها" هذه المادة تحدثت عن دعوى التعديل.²

¹ المادة 512 من القانون رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

² بوقرة العمري، (شهر الدعوى القضائية العقارية)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد السابع، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2017، ص 87.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

وتطرق المادة 72 من المرسوم رقم 63-76 الى دعوى التعديل بنصها " لا يمكن لأي تعديل للوضعي القانونية لعقار أن يكون موضوع نقل لمسح الأراضي إذا كان العقد أو القرار القضائي المثبت لهذا التعديل لم يتم إشهارة مسبقا في مجموعة البطاقات العقارية" هذه المادة تحدثت أيضا أن قيد شهر دعوى تعديل وقد أشارت المادة 18 من المرسوم التنفيذي 62/76 إلى عملية التعديل.¹

رابعاً: دعوى الإلغاء.

لتعريفها رُجِعَ إلى ما ورد في الفقه والقضاء فقد عرفها الدكتور عمار عوابدي بأنها الدعوى القضائية الإدارية والموضوعية والعينية التي يحركها ويرفعها ذو الصفة القانونية والمصلحة أمام جهات القضاء المختصة في الدولة للمطالبة بإلغاء قرارات إدارية غير مشروعة وتزحصر السلطات القاضي المختص في مسألة البحث عن شرعية القرارات الإدارية المطعون بعدم الشرعية، والحكم بإلغاء هذه القرارات إذ اتم التأكد من عدم شرعيتها وذلك بحكم قضائي ذي حجة مطلقة، ونصت على دعوى الإلغاء المادة 66 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتسمى بدعوى البطلان لأن المطالبة القضائية تنصب على إلغاء عقد إداري رسمي ناقل للملكية العقارية والذي يعد وسيلة من الوسائل إثبات الملكية العقارية وبالضرورة لتعلقه بالعقار والحقوق العينية العقارية فضرورة شهر العريضة الإفتتاحية أمر لازم لقبول الدعوى شكلاً، ومن ثم لا بد من شهر إلغاء القرارات المتعلقة بالعقارات لإعلام الغير بوضعيتها.²

خامساً: دعوى نقض الحقوق المشهورة.

القسمة حق مشروع من الكتاب والسنة، قانون وقضاء، قال الله عز وجل جلاله: "وَإِذَا

حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا".³

¹ مرسوم تنفيذي 62/76 مؤرخ في 1976/03/25، يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، ج. ر، عدد 30 بتاريخ 1976/04/13.

² بوقرة العمرية، المجلة السابقة، المرجع السابق، ص86.

³ الآية 8، من سورة النساء.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

وكما نص المشرع الجزائري في المادة 732 من القانون المدني أنه:
" يجوز نقص القسمة الحاصلة بالتراضي إذا اثبت أحد المتقاسمين أنه لحقه منها يزيد عن الخمس، على أن تكون العبرة في التقدير بقيمة الشيء وقت القسمة.
ويجب أن ترفع الدعوى خلال السنة الثانية للقسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل المدعي نقدا أو عينا ما نقص من حصته".¹

يتم شهر الدعاوى القضائية العريضة الافتتاحية للدعوى في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية عن طريق التأشير الهامشي في سجل المحررات المتضمنة العقار موضوع المطالبة القضائية.²

الفرع الثاني: موقف القضاء من شهر الدعاوى القضائية

اختلف القضاء في الزامية شهر الدعوى العقارية حيث انقسم إلى اتجاهين، اتجاه يرى بأن شهر الدعوى العقارية لا يعد قيدا على رفعها، واتجاه آخر يرى أن شهر الدعوى شرط إلزامي لقبولها.

أولا: شهر الدعاوى العقارية إختياري

يرى مؤيدي هذا الاتجاه أن شهر الدعوى القضائية العقارية بالمحافظة العقارية لا يعد قيدا على رفع الدعوى ذلك أن نص المادة 85 من المرسوم 63/76 يتعارض مع القواعد العامة المتعلقة برفع الدعاوى والتي تشترط المصلحة والصفة فقط في رافع الدعوى، كما أن شهر الدعوى العقارية شرطا لحماية رافعها وصونا لحقوقه ليعلم الغير أن العقار محل النزاع أمام القضاء، شهر مفروض عليه ولا يجوز للمدعى عليه أن يدفع بعدم شهر الدعوى أو إثارة المحكمة لهذه المسألة من تلقاء نفسه ومن بين القرارات المؤيدة لهذا الاتجاه قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا رقم 196021 المؤرخ في 2000/09/27 " لا يمكن إثارة شهر الدعوة العقارية تلقائيا من طرف القضاة بعدم تعلقها بالنظام العام" في فهم

¹ المادة 732 من الامر رقم 75-58 يتضمن القانون المدني الجزائري.

² جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 112.

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهرة

من هذا القرار ان عدم القبول بعريضة الدعوى في حالة عدم التأسيس عليها وشهرها لا يعد من النظام العام ولا يمكن للقاضي إثارته من تلقاء نفسه لأنه متعلق بحماية مصالح خاصة أكثر من حماية للمصلحة العامة.¹

ثانيا: شهر الدعاوى العقارية إجباري

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن شهر الدعاوى العقارية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو نقض الحقوق العقارية إجباري لقبول الدعوى أمام القضاء، فهذا الاتجاه تمسك بحرية نص المادة 85 من المرسوم رقم 63/76² ولهذا الصدد تدخلت المحكمة العليا و أكدت على ذلك الاتجاه المؤيد لإجبارية شهر الدعاوى العقارية الرامية إلى الطعن في صحة التصرفات التي تضمنها المحرر المشهر بالمحافظة العقارية تحت طائلة عدم القبول الدعوى أمام القضاء ومن بين القرارات المساندة لهذا الاتجاه القرار رقم 18606 المؤرخ في 2000/03/24، وقد أكدت المادة 17 فقرة 3 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وجاء فيها: " يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية ، إذا تعلقت بعقار أو حق عيني عقارى مشهر طبقا للقانون وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلا ما لم يثبت إيداعها للإشهار".³

وحجة هذا الاتجاه أن هذا الاجراء هو من النظام العام، يستوجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه فلقد جاء بصيغة الإلزام كما أن الهدف من شهر العرائض هو إعلام الغير بالوضعية القانونية للعقار محل النزاع، ولسبب الأطراف المتخاصمة حفاظا على حقوق الغير الذي يتعامل معه صاحب حق الملكية العقارية موضوع النزاع.⁴

¹ بوقرة العمري، شهر الدعوى القضائية العقارية، المجلة السابقة، ص 89.

² حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص 259.

³ بوقرة العمري، المجلة السابقة، ص 89 - 90.

⁴ موسوي عبد الرزاق، حماية حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2007-2008، ص 167.

الفرع الثالث: آثار شهر الدعاوى العقارية.

إن من آثار شهر الدعاوى العقارية بالمحافظة العقارية لا يترتب عن هوقف الأشهار العقاري للسند، لأن مهام هذا الأخير مستقل عن إدارة أطراف الدعوى فبالرغم من قيام النزاع القضائي الذي أشهر بوجوده إلا أنه يستمر في إجراءات شهر الحق المنازع فيه وأكدت المذكرة رقم 3875 المؤرخة في 1993/03/22 والتي لفتت انتباه مديري الحفظ العقاري إلى عدم الأخذ بالطلبات المختصة بإيقاف إجراء إشهار متضمن نقل حقوق عقارية، وما يؤخذ بعين الاعتبار هي الدعاوى القضائية والدعوى الاستعجالية، وأضافت المذكرة أن الدعاوى القضائية تشهر لغرض حفظ حق المدعي في حالة صدور الحكم لصالحه ولا توقف أي إشهار لاحق، أما الدعوى الاستعجالية فيجب إشهارها والقاضية بوقت إجراء الشهر ويتم في ذلك لمدة محددة مع التأكيدي على ضرورة تحديد مدة الإيقاف في نص الأمر ولو إلى غير صدور حكم نهائي.¹

فيما رأت الأستاذة ليلي زروقي بهذا الصدد عدم صواب ما انتهت إليه المذكرة من جواز التوقيات اجراءات شهر العقاري بناء على أمر استعجالي، فالحالة الوحيدة في القانون التي توقف تنفيذ العقد الرسمي هي حالة الطعن فيه بالتزوير، إن الهدف من شهر الدعوى العقارية هو إحاطة الغير علما بما يشوب التصرف الذي يقيم عليه، فله أن يتراجع عن التصرف أو أن يقدم عليهما علمه بأن الحق متنازع فيه وبشهر الدعوى حفظ المدعي حقه احتفاظا معلقا على صدور الحكم فيها، ف إن صدر الحكم برفض الدعوى وأصبح نهائيا زال أثر شهر الدعوى وأصبح ك أن لم يكن، لقد اكتفت أحكام المرسوم التنفيذي رقم 63/76 وكذا أحكام المادتين 17 و 519 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بوجود شهر عريضة رفع الدعوى دون أن تشير إلى أثر ذلك ب الشهر على الغير الذي اكتسب حقا قبل شهر الدعوى، ولا إلى امتداد الشهر إلى الحكم الصادر في الدعوى وأثر ذلك على الحقوق المكتسبة من طرف الغير حسن النية ولا إلى مصير

¹ لبيض ليلي، (شهر الدعاوى القضائية في القانون الجزائري، قراءة في نصي المادتين 17 و 519 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية، رقم 08-09)، المجلة السابقة، ص 320-321

الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة

الشهر الوارد على العريضة ومنه على البطاقات العقارية اي إلى وجوب زوال القيد بعد صدور الحكم برفض الدعوى.¹

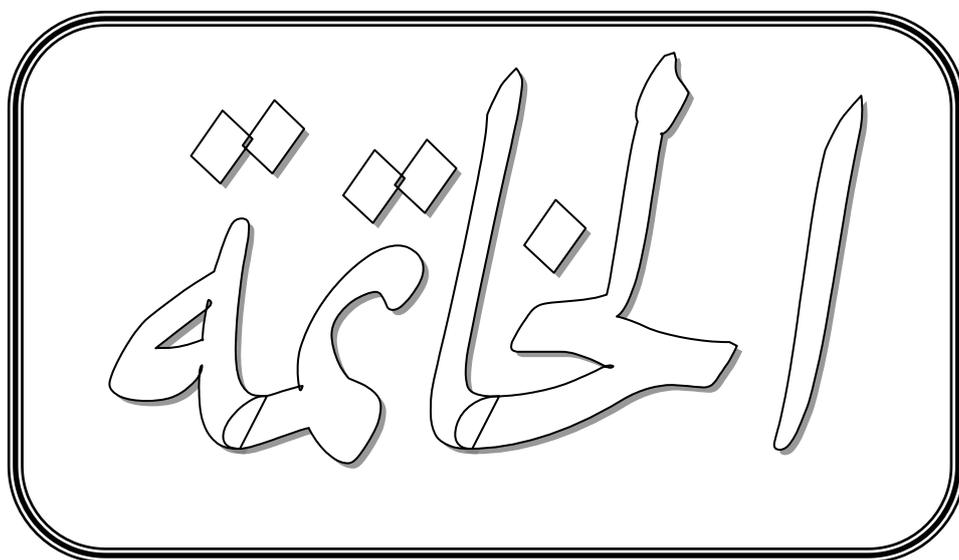
¹ لبيض ليلي، نفس المجلة، ص 321.

ملخص الفصل الثاني

أرسى المشرع الجزائري مجموعة من القواعد والأحكام ليكتسب العقد التوثيقي الحجية اللازمة لتحقيق الإلتزام في المعاملات العقارية وحتى يخص بمبدأ القوة الثبوتية في نقل أو إنشاء أو تعديل أو إبطال حقوق مشهورة.

بالرجوع للقواعد العامة أجاز المشرع في القانون المدني الطعن القضائي التصرف المشهر، وعلى هذا الأساس أعطى الحق للأشخاص المتضررين اللجوء للقضاء مع اشتراط شهر الدعاوى العقارية المذكورة في المادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

أقر هذا الأخير حالات إبطال العقود المشهورة سواء كانت عقود ناقلة للملكية بإرادتين أو مصرحة بالملكية إلا أنه لم يخصصها بإجراءات معينة بل نص على الرجوع للأحكام العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.



الخاتمة

لقد تبني المشرع الجزائري في الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمرسوم بين التنفيذيين بيان له 62/76 تضمن إعداد مسح الأراضي العام والمرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري "نظام الشهر العيني" متأثراً في ذلك بأنظمة الشهر الحديثة ساعياً من وراء ذلك إلى تحقيق الثقة والاستقرار بالمعاملات العقارية وحماية الملكية العقارية.

إن شهر العقود والتصرفات المنصبة على العقارات التي تتضمن حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى على مستوى المحافظة العقارية ، يكون في السجل العقاري الذي يعكس الوضعية القانونية للعقارات، ولصحة المعاملات العقارية وصحة سلامتها وضع المشرع قاعدتين أساسيتين حتى يكون الإيداع قانوني وهما قاعدة الرسمية وقاعدة الشهر المسبق.

هذا وإن تمت اجراءات الشهر بطريقة صحيحة فإنه يترتب عن ذلك عدة آثار تتمثل في أن الشهر المنشأ للحقوق العينية ، يعتبر المصدر الوحيد لترتيب الحقوق فيما بين الأطراف في مواجهة الغير .

أما بالنسبة للأثر المطهر للشهر فلين المشرع الجزائري لم يأخذ بمبدأ القوة الثبوتية المطلقة، والدليل على ذلك أنه أجاز الطعن في حجية العقود التوثيقية المشهورة المتضمنة لتصرف قانوني منصب على عقار، لحجة عدم الإضرار بحقوق الأفراد التي تنقل العقار موضوع التصرف ، بمعنى آخر حتى لا ينتقل إلى صاحب هـ خالياً من الحقوق العينية الأخرى غير المشهورة التي تنقله، إذن فالمتضررين حق اللجوء إلى العدالة من خلال ما نص عليه المشرع في المادة 85 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم.

ولم يتم الحسم في وجوب إشهارها إلا من خلال قانون الاجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 الذي أوجب الشهر بموجب المادتين 17 و 519، كما أشار إلى دعوى التعديل في المادة 72 من نفس المرسوم سالف الذكر. فمن خلال المادتين 17 و 519 من القانون السابق الذكر نص على دعاوى الفسخ والإبطال والإلغاء ونقض الحقوق المشهورة.

فالفسخ إما ان يكون عن طريق القضاء أو اتفاقياً أو بحكم القانون ، أم ا الإبطال فقد نظمها القانون المدني في المواد 59 الى 98 وقد يكون بطلاناً نسبي أو بطلاناً، ومما يظهر فإن الم شرع وسع من نطاق الشهر العقاري إلى الدعاوى القضائية العقارية المحصورة في المادتين أعلاه المنصبة على الطعن في صحة التصرف المشهر .

إلا أنه لوحظ في تطبيق إجراء شهر الدعاوى تضارب في موقف القضاء من موقف مقيد لشهر الدعوى وموقف حر، وهذا ما أدى في الأخير بللمشعر النص من خلال القانون رقم 09/08 على وجوبية شهر الدعاوى العقارية عن طريق التأشير الهامشي لدى المحافظة العقارية قد رتب جزاء تخلفه بعدم قبول الدعوى شكلاً، كما يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه حتى إن لم يثو الأطراف، ذلك ببعثاره من النظام العام، وإضافة إلى ذلك حدد الجهة القضائية المختصة للفصل فيها.

ومن أهم النتائج التي توصلنا إليها في هذه الدراسة

- تطبيق اجراءات الشهر العقاري لا يصح عقداً معي به أو يزيل حقوق أخرى م بقلة للعقار محل التصرف ، بمعنى إذا كان العقد يشوبه عيب من عيوب الإرادة كالغلط والتدليس...إلخ، ثم تم شهره على مستوى المحافظة العقارية فإنه لا يصح بل يبقى على حاله إلى أن يطعن فيه من ذوي المصلحة.

- عدم أخذ المشعر الجزائري بالأثر المطهر للشهر العيزري حماية لحقوق المتضررين من التصرف المشهر ، أي ترك المشعر المجال للأفراد المنتهك حقوقها من بيع العقار اللجوء إلى القضاء لاستيفاء حقوقهم.

الخاتمة

- حق الطعن في صحة التصرف المشهر أدى إلى كثرة المنازعات الواردة على العقود التوثيقية بنوعها في المحاكم.
 - إشهار الدعاوى القضائية العقارية هدفه إحاطة الغير علما بما يشوب العقار من نزاع الأمر الذي من شأنه أن يجعل الراغب في تملكه التراجع عن التعاقد.
 - هشاشة إجراءات الشهر العقاري من حيث حجيته النسبية للتصرف المشهر وما يخلفه من منازعات.
- وأخيرا فيمكن أن نقدم بعض التوصيات والاقتراحات كالتالي:
- على المشرع الجزائري أن يأخذ بلأثر المطهر للشهر العيزي لأجل الحد من المنازعات التي تثور حول التصرفات المشهرة "العقود التوثيقية".
 - وضع نصوص خاصة بإجراءات شهر الدعاوى العقارية وعدم تركها للإجراءات العامة للشهر العقاري.
 - إلغاء نص المادة 85 من المرسوم التنفيذي 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري التي تجيز الطعن في التصرفات المشهرة ، وإضافة مواد ضمن الأمر 74/75 تنص صراحة على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

1-المصادر:

القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم بالرسم العثماني، دار ابن الهيثم، القاهرة.

النصوص القانونية:

أ-النصوص التشريعية:

1-الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم.

2-الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 92، المؤرخة في 1975/11/18.

3-القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 21، المؤرخة في 23 أفريل 2008.

4-القانون رقم 06-02، المؤرخ في 20 فبراير 2006، المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 14، مؤرخة في 2006/03/08.

5-القانون رقم 25/90 المؤرخ في 01/12/1990، يتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 49 المؤرخة في 1990/11/18.

6-القانون رقم 11/84 مؤرخ في 09 جوان 1984 يتضمن قانون الأسرة، ج.ر، عدد 24، صادر بتاريخ 12 جوان 1984.

ب-النصوص التنظيمية:

- 1-المرسوم التنفيذي 62/76، المؤرخ في 1976/03/25، يتعلق بمسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30، بتاريخ 1976/04/13
- 2-المرسوم التنفيذي 63/76، المؤرخ في 1976/03/25، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 30 المؤرخة في 1976/04/13.

2-المراجع:

أ -الكتب:

- 1-العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية د.ب.ن.د.ت.
- 2-جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ط2008.
- 3-حمدي باشا عمر:

- القضاء العقاري، دار هومة للطباعة والتوزيع والنشر، الجزائر، ط،2002.

- حماية الملكية العقارية الخاصة،دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، طبعة 2008.

نقل الملكية العقارية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004.

- عقود التبرعات، دار هومة للتوزيع والنشر، الجزائر،2004.

3-زروقي ليلي وحمدي باشا عمر:

- المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، ط 2004.

- المنازعات العقارية،التصرفات القانونية الواجبة الشهر، والآثار المترتبة عند القيد، دار

هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.

قائمة المصادر والمراجع

- المنازعات العقارية، دار هومة، د.ب.ن، ط2003.
- المنازعات العقارية، دار هومة، د ب ن، ط13، 2011.
- 4- سليمان مرقس، شرح القانون المدني في القانون الجزائري، العقود المسماة، المجلد الثاني، ط4، 1985.
- 5- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 8: حق الملكية، دار إحياء التراث العربيين بيروت، ط3، 1997.
- 6- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ج 9: أسباب كسب الملكية، منشورات الحقوقية، بيروت، 1997.
- 7- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، د ب ت، ط الخامسة، 2003.
- 8- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، ط8، 2013.
- 9- علي هادي لعبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية حق الملكية، الحقوق المتفرعة عن الملكية، دراسة موازاة، دار الثقافة، د ب ن، 2008.
- 10- مجيد مخلوفي، الإيجار المدني في القانون الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر 2008.
- 10- وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في القانون الجزائري، دار هومة، ط2، 2012.

ب - الأطروحات والرسائل:

1- الأطروحات:

- 1- جديلي نوال، السجل العيني، دراسة مقارنة بين التشريع الجزائري والتشريع المغربي ، رسالة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، جانفي 2017.
- 2- زهود إنجي هند، حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري ، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران 2، محمد بن أحمد، وهران، 2016/2015.
- 3- صيفاوي سليمة، المنازعات العقارية تشريعا وقضاء ، رسالة دكتوراه، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة باتنة 1، الحاج لخضر باتنة، 2018/2017.
- 4- ليلي لبييض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري ، رسالة دكتوراه، علوم قانونية، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2012/2011.
- 5- موسوني عبد الرزاق، حماية حق الملكية العقارية في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

2- الرسائل:

- 1- أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، مذكرة ماجستير، الشريعة والقانون كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2010/2009.
- 2- أوباهي إيمان، نظام الشهر في التشريع الجزائري ومدى فعاليته في ضمان استقرار الملكية ودعم الائتمان العقاري ، مذكرة ماجستير، قانون عقاري، جامعة الجزائر، 2015/2014.
- 3- بريش نعيمة، عقود التبرع دراسة مقارنة بين قانون الأسرة والفقہ الإسلامي ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة ألكلي مهند أولحاج، البويرة، 2018/06/23.

قائمة المصادر والمراجع

4-بوغالم أسماء، العقد التوثيقي كسند تنفيذي، مذكرة ماجستير في القانون الخاص تنفيذ الأحكام القضائية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2017.

5-فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، قانون عقاري، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري، قسنطينة، 2007/2008.

ج-المجلات العلمية:

1-بوقرة العمرية، (شهر الدعوى القضائية العقارية)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، ع السابع، جامعة محمد بوضياف المسيلة، سبتمبر 2017.

2-حمود ميليسا، (حجية العقود المثبتة للملكية العقارية المختصة في الأراضي غير الممسوحة في الجزائر)، مجلة العلوم الإنسانية، ع 47، جوان، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، 2017.

3-عربي باي يزيد، (العقود التوثيقية سندات تنفيذية)، دفاتر السياسة والقانون، العدد العاشر، جامعة الحاج لخضر باتنة، جانفي 2014.

4-ليلي لبيض، (شهر دعاوى القضائية في القانون الجزائري، قراءة في نصي المادتين 17 و 519 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، رقم 09/08)، مجلة المفكر، عدد التاسع، جامعة زيان عاشور الجلفة، ماي 2013.

ج-المجلات القضائية:

- 1 للمجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، 1998.
- 2 للمجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد 01، سنة 2003.
- 3 للمجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2008.
- 4 للمجلة القضائية للمحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الثاني، سنة 2004.

قائمة المصادر والمراجع

5 المجلة القضائية للمحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الثالث، سنة 2010.

6 المجلة القضائية للمحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2014.



فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	العنوان
	الشكر والعرفان الإهداء قائمة المختصرات
01	مقدمة
06	الفصل الأول: مفهوم العقود التوثيقية المشهورة ومدى حجيتها
07	المبحث الأول: تعريف العقد التوثيقي
07	المطلب الأول: المقصود بالعقد التوثيقي
08	الفرع الأول: التعريف اللغوي للعقد التوثيقي
11	الفرع الثاني: تقسيمات العقد التوثيقي
14	المطلب الثاني: إجراءات الشهر العقاري للعقد التوثيقي
14	الفرع الأول: شروط إخضاع العقد التوثيقي للشهر
19	الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة عن عملية الشهر
22	المبحث الثاني: نماذج عن بعض العقود التوثيقية المشهورة المتنازع فيها
22	المطلب الأول: عقود المعاوضة والمنازعات الواردة عليها
23	الفرع الأول: عقد البيع والمنازعات التي تطرأ بشأنه
24	الفرع الثاني: عقد الإيجار والمنازعات الواردة عليه
28	الفرع الثالث: نماذج عن العقود الاحتقالية والمنازعات الواردة عليها
31	المطلب الثاني: نماذج عن العقود التوثيقية المصرحة بالملكية العقارية
31	الفرع الأول: المنازعة في صحة عقد الشهرة
34	الفرع الثاني: الشهادة التوثيقية
35	ملخص الفصل الأول
36	الفصل الثاني: سلطة القاضي المدني في إبطال العقود التوثيقية المشهورة
37	المبحث الأول: مدى جواز الطعن في العقد التوثيقي المشهر
37	المطلب الأول: حجية العقد التوثيقي
37	الفرع الأول: مصدر الحق العيني
38	الفرع الثاني: الطعن في العقود التوثيقية المشهورة

فهرس المحتويات

40	الفرع الثالث: الطعن ببطلان العقد التوثيقي
44	المطلب الثاني: أسباب بطلان العقد التوثيقي المشهر
44	الفرع الأول: إبطال العقد الناقل للملكية العقارية بإرادتين
46	الفرع الثاني: أسباب إبطال العقد المصر للملكية العقارية
48	المبحث الثاني: رفع دعوى الإبطال أمام القضاء المدني
48	المطلب الأول: الاختصاص القضائي الرامي للفصل في إبطال العقود التوثيقية المشهرة
48	الفرع الأول: الاختصاص النوعي
50	الفرع الثاني: الاختصاص الإقليمي
51	المطلب الثاني: ضرورة شهر الدعاوى العقارية
51	الفرع الأول: الدعاوى القضائية العقارية واجبة الشهر
57	الفرع الثاني: موقف القضاء من شهر الدعاوى القضائية العقارية
59	الفرع الثالث: آثار شهر الدعاوى العقارية
61	ملخص الفصل الثاني
62	الخاتمة
65	قائمة المصادر والمراجع

المخلص

02-06 سعى المشرع الجزائري لإثبات واستقرار الملكية العقارية بموجب القانون رقم المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، وذلك بتحرير العقود من قبل الموثق العمومي لدعم الثقة والائتمان في العلاقات العقارية، بجعل عملية الشهر المصدر الوحيد للحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية فهو الذي ينشئها ويعدلها وينقلها، كما لا يمكن الاحتجاج بها إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري استنادا إلى مبدأ القيد المطلق، ومراعاة الأشخاص المتضررين من الحقوق المشهورة أجاز الطعن في حجية العقد المشهر باعتبار أن المشرع لم يأخذ بمبدأ الأثر التطهيري للشهر وجعل من حجية العقد المشهر حجية نسبية لا مطلقة.

Résumé

Le législateur algérien a cherché à stabiliser la propriété immobilière conformément à la loi n 06/02 portant réglementation de la profession de documentation, en éditant les contrats du notaire pour favoriser la confiance et la sécurité dans les relations immobilières, en faisant du processus du mois le seul source de droits en nature, qu'ils soient originaux ou subsidiaires c'est lui qui les crée, les modifie et les transfère également Elle ne peut être invoquée qu'à compter de la date son inscription au registre immobilier sur la base du principe de l'immatriculation absolue et pour protéger les personnes concernées des droits reconnus, il est permis de contester l'authenticité du célèbre contrat.

Abstract

The Algerian legislator has sought to stabilize real estate ownership according to Law N° 06/02 containing the regulation of the documentation profession, by editing contracts by the public notary to support trust and safety in real estate relations, by making the process of the month the only source of in-kind rights, whether original or subsidiary, it is the one who creates, amends and transfers them, as well it can not be invoked except from the date of its registration the real estate registry based on principle of absolute registration, and to protect effected persons from the famous rights, it is permissible to challenge the authenticity of the famous contract.