

إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري طبقا للتشريع الجزائري

ط.د بن يمينة أمينة¹، ط.د فراحي كوثر²، د زهدور السهلي³

¹مخبر قانون النقل والنشاطات المينائية، جامعة وهران، aminabenyamina.droit@gmail.com

²مخبر القانون العقاري والبيئة، جامعة مستغانم، faradj.kawtar@gmail.com

³جامعة وهران 2

الملخص:

نظرا للمكانة التي يحتلها العقار في الحياة البشرية أدى بالمشرع الجزائري إلى إفراده بمجموعة من القوانين التي تنظم طريقة اكتسابه وانتقاله وتداوله في إطار نظام الشهر العقاري الذي يؤدي دوره في إعلام الغير بالتصرفات الواقعة عليه ولضمان استقرار المعاملات التي يكون محلها. ومن بينها البيع الذي يعد من أخطر التصرفات القانونية لما يترتب من آثار لذا أحاطه المشرع بتنظيم يختلف نوعا ما عن إبرام العقود والتي تعد الرسمية أحد أهم هذه الأركان.

كلمات مفتاحية: البيع العقاري، الملكية العقارية، نقل الملكية، إجراءات البيع العقاري.

Abstract:

In view of the place that real estate occupies in human life, it has led the Algerian legislator to singling it out with a set of laws that regulate the method of its acquisition, transmission, and circulation within the framework of the real estate registration system, which plays its role in informing others of the actions that are incurred on it, and to ensure the stability of the transactions that replace them. One of the most dangerous legal actions for its effects, so the legislator surrounded him with an organization that differs somewhat from the conclusion of contracts, which are the official one of the most important pillars

Keywords: real estate sale, real estate property, transfer of ownership, real estate sale procedures.

مقدمة:

تتعدد العوامل التي تتحكم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للأمم إلا أنها لها قاسم مشترك واحد والمتمثل في مدى كفاءة الرصيد العقاري الذي يعتبر الأساس الذي تقوم عليه وقد عرفت المادة 683 من القانون المدني العقاري بأنه: "كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

ونظرا لمكانته وأهميته في المجتمع يختص بمميزات تزيد من قيمته مقارنة بالمنقول. مما يحتم إفراده بقوانين وتشريعات تنظم طريقة اكتسابه وانتقاله وتداوله تتجلى في نظام الشهر العقاري الذي يؤدي دوره في إعلام الغير بكل التصرفات الواقعة عليه واستقرارها بحكم طبيعته المتمثلة في الثبات والاستقرار.

وهذا النظام أخذت به تشريعات وتنظيمات معظم الدول إلا أنها لم تسلك نفس الطريق في تطبيقه مما أدى إلى ظهور نظامين للشهر العقاري وهما نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، فالأول يعتمد على أسماء أصحاب الحقوق كأساس للشهر، والثاني ظهر نتيجة لعيوب الشهر الشخصي. وتعتبر الملكية من أهم الحقوق العينية الأصلية وأوسعها نطاقا لأنها تتصل بالنظام العام لتعلقها بالكيان الاقتصادي للمجتمع وقد وردت في القانون المدني في الباب الأول من الكتاب الثالث تحت عنوان الحقوق العينية الأصلية في المادة 674 من القانون المدني الجزائري.

ويطرح العقار إشكالية الملكية العقارية حيث عرفت المادة 27 من قانون 25/90 الصادر في 1990/11/18 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم واعتبر أنها: "حق التمتع والتصرف في العقار وفقا لما يقتضيه القانون".

كما نشير إلى أن العقار قد يكون محلا لعدة تصرفات ومن بينها عقد البيع الذي هو عقد يبرم بين البائع والمشتري، إلا أن هذا الأخير يمتاز بخاصية تميزه عن باقي العقود إذ أنه يستلزم ركنا رابعا لانعقاده إلى جانب الأركان العامة المتمثلة في الرضا والمحل والسبب فإنه يخضع للرسمية التي أوجبها المشرع والتي يشرف عليها الموثق، فما هي هذه الرسمية وما موقف القانون والقضاء منها؟ هذا من جهة.

ومن جهة أخرى نجد أن عقد البيع العقاري لا ينقل الملكية العقارية إلا باستيفاء إجراء خاص والمتمثل في إلزام الطرفين باللجوء إلى شهر عقد البيع العقاري بالمحافظة العقارية. ونظرا لخضوع

هذه العملية لإجراءات دقيقة تستجيب لقواعد وشروط قانونية محددة، وللتعرف على مختلف هذه النقاط يستدعي الأمر الإجابة على مجموعة من التساؤلات المتعلقة نوع النظام الشهر الذي تبناه المشرع الجزائري؟ وما مدى تجسيد هذا النظام؟

للإجابة على هذه التساؤلات قمنا بتقسيم الدراسة إلى شقين تناولنا في الشق الأول الرسمية في عقد البيع العقاري وعرجنا في الشق الثاني من الدراسة إلى نقل الملكية في عد البيع العقاري.

المبحث الأول: الرسمية في عقد البيع العقاري

إن مبدأ الرضائية الذي يعني حرية المتعاقدين في إبرام العقود وخاصة المنصبة على عقارات عرف تراجع وذلك لأسباب عدة منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة. فما يتعلق بالمصالح الخاصة نجد ان لهذا المبدأ مساوئ قد يتضرر بسببها المتعاقد والغير، فهي تزيد في تسرع المتعاقد في إبرام العقد وعدم تقدير الأمور، وقد تساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد، ولذلك فإن الشكلية توفر نوعا من الحماية، خاصة إذا كانت رسمية وذلك لتجنب إنكار أو نسيان العقد من قبل المتعاقد معه. أما بالنسبة للمصلحة العامة فإن الشكلية قد تعود على الخزينة بإيرادات هامة عن طريق الضرائب.

تطرق المشرع الجزائري للرسمية في بيع العقار في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وذلك تحت طائلة بطلان العقد أي أنها ركن للانعقاد.

أورد المشرع مبدأ الرسمية في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لأول مرة بموجب المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق، ثم تلاه صدور القانون المدني بموجب الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 ولم يتضمن الإشارة ضمن أحكام عقد البيع لأي حكم مماثل.

المطلب الأول: المحرر الرسمي:

سنتناول في هذا المطلب المحرر الرسمي من خلال تعريفه وكذا شروطه القانونية على أن يكون كالآتي:

الفرع الأول: تعريف المحرر الرسمي

لقد تناول المشرع تحديد مفهوم العقد الرسمي وذلك بتعريفه بالمادة 324 من القانون المدني بنصه: "العقد الرسمي هو 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".
عقد البيع هو مجرد مصدر من مصادر الالتزام ولذلك قد يرد ضمن محرر رسمي أو محرر عرفي وقد لا يفرغ محتواه ضمن أي محرر أصلاً طالما أن القانون لا يشترط بحسب الأصل الكتابة إلا في حالات معينة، أما السند الذي تناولته المادة 324 فإنه ليس مصدراً للالتزام، بل أنه الوسيلة التي يلجأ إليها الأطراف مسبقاً لتهيئة الدليل على العقد الذي تم التراضي عليه، وهذا السند هو الذي يجب أن يرد في الشكل الرسمي إذا تعلق بنقل ملكية عقار أو حق عيني عقاري طبقاً للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

الفرع الثاني: شروط المحرر الرسمي

إن تحليل مضمون المادة 324 من القانون المدني يقودنا إلى القول بضرورة توافر بعض الشروط حتى يكتسب العقد صفة الرسمية، والتي يمكن إجمالها في ثلاث هي منها ما يتعلق:

(1) بصفة محرر العقد.

(2) باختصاص محرر للعقد.

(3) ببيانات العقد.

◆ الشروط المتعلقة بصفة محرر العقد:

لا يكتسب العقد صفة الرسمية إلا إذا كان محرراً من طرف شخص مؤهل قانوناً لذلك هؤلاء الأشخاص عددهم المادة 324 من القانون المدني وهم: الموظف، الضابط العمومي، الشخص المكلف بخدمة عامة.

◆ شروط تتعلق باختصاص محرر للعقد:

ينبغي الإشارة إلى أنه لا بد على محرر العقد التقيد باختصاص النوعي والإقليمي، فإذا كانت صلاحيات محرر الوثيقة لا تسمح له بتحرير نوع معين من العقود، وإذا كانت خارجة عن هذا الاختصاص فإنها لا تضي عليها صبغة الرسمية.

ونفس الشيء بالنسبة للاختصاص المحلي فلا يصح مثلاً: للمحضر القضائي أن يتولى تبليغ العرائض خارج الدائرة الإقليمية للمجلس القضائي الذي يشتغل فيه¹، أما الموثق مثلاً فلم يقيد القانون بنطاق مكاني محدد².

◆ شروط متعلقة ببيانات العقد:

لا يكفي صدور المحرر من شخص مؤهل لذلك وأن يتقيد هذا الشخص باختصاصه النوعي والمحلي، بل يجب فضلا عن ذلك أن يتقيد بجميع الأشكال التي يحددها القانون، وباستقراء مختلف النصوص القانونية لاسيما المادة 324 مكرر 2 و 324 مكرر 4 المواد 26 وما يليها من القانون 02/06 المتعلق بالتوثيق والمادة 61 وما يليها من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري³، يمكن القول إن الأشكال التي يجب مراعاتها لاكتساب المحرر الصفة الرسمية هي:

➤ أن يحرر العقد باللغة العربية في نص واحد بدون اختصار أو بياض أو نص أو كتابة بين الأسطر.

➤ أن تكتب المبالغ والسنة والأشهر ويوم تحرير وتوقيع العقد من ذوي الشأن بالحروف.
➤ أن يصادق على الإحالات في الهامش أو أسفل الصفحات ونفس الشيء بالنسبة للكلمات المشطوبة.

➤ أن يحدد العقار محل التعامل تحديدا كافيا نافيا للجهالة من حيث موقعه ورقمه ومساحته ومعالمه الحدودية.

➤ أن يتضمن تحديد أصل الملكية نشير إلى انه قد يعفى الموثق من الإشارة إلى أصل الملكية في بعض الحالات منها على سبيل المثال: عقود الشهرة المعدة طبقا للمرسوم 352/83⁴، وعقود إيداع العقود العرفية ثابتة التاريخ قبل 1971/01/01، وعقود التنازل المحررة في إطار القانون 01/81 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للقطاع العام⁵.

➤ أن يتم إيداع خمس المبلغ بين يدي الموثق طبقا للقانون 02/97 المؤرخ في 1997/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1998⁶، مع الملاحظة أنه قبل صدور هذا القانون كان يتعين إيداع المبلغ كاملا طبقا للمادة 324 مكرر 1.

➤ أن يتضمن ذكر اسم الموثق وتوقيعه على العقد بمعية الأطراف والشهود⁷.

المطلب الثاني: موقف القانون والقضاء من مسالة الرسمية

سنتطرق في هذا المطلب الى موقف كلا من القانون والقضاء من مسالة الرسمية

الفرع الأول: موقف القانون من هذه المسالة

لابد من الإشارة إلى انه بصدر قانون التوثيق بمقتضى الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1975 انقسم الوضع إلى مرحلتين سنتطرق إليهما كالآتي:

الوضع قبل صدور قانون التوثيق

وقد أكد المشرع الجزائري جواز إثبات بيع العقار بورقة عرفية ثابتة التاريخ محررة قبل 1971/01/01، تاريخ سريان قانون التوثيق وذلك بموجب المادة 89 من المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 19/03/1993 المعدل والمتمم للمرسوم 210/80 والمعدل للمرسوم 63/76 المؤرخ 1976/03/25 والمتضمن تأسيس السجل ال عقاري⁸، وطبقا للقانون 157/62⁹ أن بيع العقار بعقد عرفي صحيح إلى حين صدور قانون التوثيق 1971/01/01.

الوضع بعد صدور قانون التوثيق

تنص المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 والمتضمن تنظيم التوثيق على انه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق

وتنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب ، تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص منها ، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد .ويستفاد من نص المادة 12 من قانون التوثيق وكذا نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني أن المشرع أوجب تحرير عقد بيع العقار المملوك ملكية خاصة في ورقة رسمية تحت طائلة البطلان

أي أنها شرط للانعقاد¹⁰ .

الفرع الثاني: موقف القضاء من الرسمية

تميز الاجتهاد القضائي بخصوص مسألة الرسمية في عقد البيع العقاري وفي العقود الناقلة للملكية العقارية بوصف عام عدم استقرار، مما استدعى تدخل الغرفة المجتمعة للفصل في المسألة بصفة نهائية.

الوضع قبل صدور قرار الغرفة المجتمعة بتاريخ 18 فيفري 1997

لقد بدأت نوايا تكريس الموقف الرامي للقول أن الرسمية ركن من أركان عقد البيع تظهر جليا من توالي صدور قرارات المحكمة العليا في هذا الصدد.

فقد قضت المحكمة العليا: "...يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر في الشكل الرسمي، وإلا وقعت تحت طائلة البطلان... أن الهبة تتعد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق في العقارات، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية"¹¹.

وفي نفس الصدد ذهبت المحكمة العليا في قرار آخر لها صادر في 1990/10/21 رقم 68467 إلى القول: "...ولما ثبت في قضية الحال أن كلا من العقدين المقدمين للمحكمة عرفيين، ومن ثم فإن قضاة الموضوع بأخذهم اللفيف واعتباره عقدا رسميا دون توفره على الشروط المنصوص عليها قانونا خرقوا القانون"¹².

قرار الغرفة المجتمعة بتاريخ 18 فيفري 1997

رغم توالي صدور العديد من القرارات التي قضت بضرورة استيفاء الرسمية كشرط لنقل الملكية العقارية، إلا أن المسألة لم تحسم بصفة نهائية.

فقد أثار الملف رقم 136153 مسألة قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي، ولذلك انعقدت الغرفة المختلطة طبقا للمادة 20 من القانون 22/89 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وسيرها وتنظيمها للنظر في هذا الملف، وبعد النقاش لم تتوصل الغرفة المختلطة إلى حل نهائي، لكنها انتهت الغرفة المجتمعة إلى إصدار قرار بتاريخ 1997/02/18 قضت فيه: "من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري لمحل تجاري... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا. ومن المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق

عقارية... يجب أن تحرر على الشكل الرسمي. ومن المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله".

ورغم أن هذا القرار صدر فصلا في نزاع قضائي يتعلق ببيع محل تجاري غير أنه يمكن تعميمه على جميع الحالات المذكورة في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ومنها عقد البيع الوارد على عقار.

ويرى البعض أن قرار الغرف المجتمعة جاء في وقت مناسب بالنظر لكونه فصل في نقطة قانونية مهمة موحدا بشأنها الاجتهاد القضائي، وذكر جميع القضاة بضرورة التطبيق السليم للقانون¹³. غير أن القرار المذكور كان يمكن أن يكون أكثر جدوى لو جاء في مرحلة سابقة أين كان تباين الاجتهادات القضائية مبررا من الناحية القانونية بحجج سليمة.

ذلك أنه وكما مر معنا وقبل صدور القانون 14/88 فإن التباين في المواقف كان راجعا لتمسك أصحاب الرأي القائل أن الرسمية ليست شرطا لانعقاد البيع العقاري باستبعاد المادة 12 من الأمر 91/70 التي تستوجب الرسمية وتطبيق مقتضيات القانون المدني لاسيما المادة 351 التي ألزمت البائع بنقل الملكية العقارية دون أن تستوجب أي شروط شكلية، لاسيما أن القانون المدني صدر بعد الأمر 91/70 المتعلق بالتوثيق وكان المشرع يملك إمكانية إدراج الحكم المذكور بالقانون المدني بكل سهولة غير انه لم يفعل لأسباب نجهلها.

بينما تمسك أصحاب الرأي الذي يرى أن الرسمية ركن لانعقاد بضرورة تطبيق المادة 12 من الأمر 91/70 باعتبارها نصا خاصا والخاص يقيد العام.

فإلى غاية هذه المرحلة كان كل موقف من الموقفين المذكورين يشكل اجتهادا قضائيا، مادام أن الاجتهاد وكما هو معلوم هو عملية فكرية يلجأ إليها القاضي لإيجاد حل قانوني لنزاع معروض عليه في حالة عدم وجود نص قانوني أو وجود نص غامض يحتمل أكثر من تفسير واحد، أو وجود أكثر من نص واحد ولكن تطبيق النصين في آن واحد يكون أمرا غير ممكن، أو أن تطبيق كل نص على حدا يعطي حلا قانونيا مخالفا للحل الآخر¹⁴.

أما وبعد صدور القانون 14/88 المذكور أعلاه فقد أدرج محتوى المادة 12 من الأمر 91/70 في القانون المدني ضمن المادة 324 مكرر 1، ومن ثمة فإن أعمال الاتجاه الأول المذكور صار مفقدا لأدنى مبرر قانوني، وهو ما يجعل إمكانية الاجتهاد بخصوص مسألة الرسمية غير ممكن

على الإطلاق طالما أن القواعد العامة تقضي أنه لا اجتهاد مع وضوح النص. ولذلك فإن قرار الغرفة المجتمعة في الحقيقة لا يشكل قراراً مبدئياً ولا يمكن أن يوصف بالاجتهاد القضائي، طالما أنه توصل إلى تكريس موقف الغرفة التجارية البحرية وهو بدوره لا يعد من قبيل الاجتهاد لأنه كان بالأساس مجرد تطبيق سليم لنص قانوني واضح ولا يحتاج لأي تفسير. ومع ذلك فإن قرار الغرفة المجتمعة لا يخلو من فائدة، لأن تباين القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا كان من شأنه أن يبقي الغموض مستمرا ويؤثر بصفة مباشرة على قضاة المحاكم والمجالس ويبقي الجدل مستمرا.

المبحث الثاني: نقل الملكية في عقد البيع العقاري

سنتناول بالبحث في هذه النقطة نظام الشهر العقاري في الجزائر وكذا موقف المشرع الجزائري منه.

المطلب الأول: نظام الشهر العقاري في الجزائر

إن الأخذ بنظام مستقر للشهر العقاري، يعتبر من أهم المسائل التي تؤدي إلى تدعيم الملكية العقارية وتوفير الائتمان العقاري، بحيث يحيط الجميع علماً بالوضع القانوني للعقارات والحقوق العينية الواردة عليه، وذلك بمعرفة مالك العقار، ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه، وتاريخ إنشائها، وأصحاب هذه الحقوق، حتى إذا ما أقدم شخص على التعامل في هذا العقار بشراؤه أو بقبول اكتساب أي حق من الحقوق العينية عليه، كان على بيئة من أمره، مما يسهل تداول الحقوق العقارية ويشجع على الائتمان العقاري¹⁵.

الفرع الأول: نظام الشهر العقاري

يهدف إلى تنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص لذلك نجد جل التشريعات أوجبت بقوانين خاصة شهر التصرفات والعقود القائمة بين الأفراد وذلك بغية تأمين استقرار المعاملات وحفظ الحقوق، كما يعرف كذلك بأنه "عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، إظهاراً بوجودها ليكون الجميع على بيئة من أمرها¹⁶.

الفرع الثاني: أنواع أنظمة الشهر العقاري

إن الغرض الأساسي من الشهر العقاري، هو إعلام الغير بما يرد على العقارات من حقوق

عينية لضمان الدقة في المعاملات العقارية لأن به يتم إعلان التصرفات التي ترد على العقارات. وشهر التصرفات العقارية يحقق استقرار الملكية العقارية، وتدعيم الائتمان العقاري. إن تحقيق الشهر العقاري لاستقرار المعاملات وتدعيمه للائتمان يتفاوت من حيث نوع الشهر أو النظام المعمول به في شهر التصرفات العقارية فإذا كان الشهر مبني على أساس العقار ذاته نكون أمام نظام معين من الشهر هو نظام الشهر العيني، أما إذا كان مبني على أساس الأشخاص أطراف التصرف القانوني كنا أمام نظام الشهر الشخصي. وعليه فإن هناك نوعان من أنظمة الشهر العقاري في معظم الدول، نظام الشهر الشخصي والعيني.

1) نظام الشهر الشخصي

يمكن معرفة نظام الشهر الشخصي من العبارة نفسها التي تفيد بأن الشخص محل اعتبار في شهر التصرفات العقارية، وذلك أن المقوم الرئيسي لهذا النظام هو شهر التصرفات الواردة على العقارات وفق الأسماء الشخصية للمتصرفين. ولمعرفة الوضعية القانونية لعقار ما، ينبغي تعيين أو تشخيص المالك بالضبط وبالتالي لا يمكننا معرفة الوضعية القانونية لعقار ما إذا لم نعرف مالكه. ويتم ذلك بسجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء كل الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية، كما يتم وضع سجل آخر يمسك على أساس الترتيب الزمني لتقديم التصرفات إلى المكلف بالشهر. هذا ويلاحظ أن السجل الذي يمسك على أساس أسماء الأشخاص ترتب فيه التصرفات العقارية حسب الحروف الأبجدية لأسماء المتصرفين 17.

ليست له أي قوة ثبوتية ذلك أن التصرفات التي يتم شهرها في هذا النظام دون التأكد من صحتها لذلك تكون عرضة للطعن فيها من كل ذي مصلحة فهو بذلك لا يطهر الملكية العقارية ونتج عليه عدة عيوب نذكر منها:

✓ عدم تحقيق الغرض الذي أنشأ من أجله الشهر العقاري

✓ صعوبة معرفة مالك العقار الحقيقي

✓ خطر ضياع الملكية بالتقادم:

✓ خطر تعارض سندات الملكية للعقار الواحد

نظرا لهذه العيوب ظهر نظام ثان وعرف بنظام الشهر العيني

(2) نظام الشهر العيني

ظهر نظام الشهر العيني أو السجل العيني¹⁸. نتيجة الانتقادات التي وجهت لنظام الشهر الشخصي من كثرة العيوب، حيث بات من الضروري إيجاد نظام بديل يهتم بمحل التصرف أكثر من شخص المتصرف، ويعتبر هذا النظام بأنه كفيل بحماية حقوق المتعاملين على حد سواء لما يتميز به من خصائص ومزايا تجعله يحقق الهدف المتوخى من عملية الشهر العقاري.

إن عملية الشهر وفقاً لهذا النظام، لا تتم على أساس أسماء الأشخاص الصادرة عنهم التصرفات، بل على أساس العقارات المتصرف فيها¹⁹. فلكل عقار في هذا النظام بطاقة خاصة ضمن السجل العقاري يسجل فيها كل ما يقع على هذا العقار من تصرفات، كما تحوي كذلك الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته وموقعه²⁰

يتميز هذا النظام بأن جميع الحقوق العينية أصلية أو تبعية كانت لا تكتسب فيه إلا بالشهر وأي بيان مثبت في السجل العقاري يعتبر هو الحقيقة المطلقة، لأن من شأن هذا النظام تطهير جميع العيوب التي قد تلحق بالتصرف.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العقاري

سنعالج في هذا الجزء من الدراسة أنظمة الشهر المتبعة من قبل المشرع الجزائري على أن نفضلها كالاتي:

الفرع الأول: نظام الشهر العقاري في الجزائر

لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني²¹ بصدور الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ولأجل تفعيله وتوسيعه صدرت مراسيم تطبيقية وأهمها: المرسومين رقم 62/76 المؤرخ في 25/03/1962 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام المعدل والمتمم²²، ورقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المعدل والمتمم والمتعلق بتأسيس السجل العقاري²³. إلا أن تحقيق هذا النظام واقعياً لا يكون إلا على سبيل التدرج حتى تتم عملية مسح كل أقاليم البلديات مما جعل المشرع يبقي على نظام الشهر الشخصي²⁴ كمرحلة انتقالية، وذلك في المناطق التي لم تشملها بعد عملية المسح وهذا ما أكدته نص المادة 27 من الأمر 74/75 التي نصت: "إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة

عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم". وأكدته كذلك نص المادة 113 من الأمر 63/76

ولقد أوكل الأمر المذكور أعلاه مهام إعداد مسح الأراضي والمحافظة عليه إلى الإدارة المكلفة بشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية إلا أنه بصدور المرسوم التنفيذي رقم 234/89 المؤرخ في 19/12/1989 أصبحت هذه المهام من اختصاص الوكالة الوطنية لمسح الأراضي.

كما أكد على ضرورة إنشاء السجل العقاري وأن هذه العملية لا يمكن أن تتم إلا بعد القيام بعملية المسح العام للأراضي التي تحدد وتعرف النطاق الطبيعي على العقارات على إقليم كل بلدية وبعد السجل العقاري الوضعية القانونية للعقارات وبيّن تداول الحقوق العينية ويمسك على شكل مجموعة البطاقات العقارية التي ينسخ محتواها على دفتر العقاري الذي يسلمه المحافظ العقاري إلى المالك باعتباره سندا على ملكيته.

إلى جانب الأمور الإجرائية التي جاء بها هذا الأمر، فإنه أرسى قواعد الشهر العيني من خلال تأكيده على قاعدة الأثر المنشئ والناقل للشهر وذلك من خلال المادتين 15 و16.

فنصت المادة 15: "أن كل حق للملكية وكل حق عيني عقاري آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية". ويفهم من هذا النص أن المشرع الجزائري لم يعترف بغير القيد للدعاء بالملكية في الحقوق العينية في مواجهة الغير، فإذا تم شهرها فإنها تسري في مواجهة الكافة من تاريخ القيد، فأصبح من الواجب على كل شخص يدعي أنه مالك لأي حق عيني عقاري مصدره واقعة مادية²⁵ كالنقادم المكسب أو الالتصاق فعليه إثبات ذلك بالقيد.

أما فيما يخص حالة الوفاة فإن الملكية تنتقل من تاريخ حدوث الوفاة ويمكن للورثة الاحتجاج بحق الملكية في مواجهة الغير، لكن بالمقابل فإن قانون الشهر ألزمهم بشهر هذا الحق لإثبات انتقال الملكية العقارية إليهم وذلك عن طريق قيد الشهادة التوثيقية في المحافظة العقارية والمعدة من طرف الموثق التي تفيد انتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصي لهم والمستند في تحريرها على الفريضة - عقود الملكية - الشهادة العقارية ومنه نصت المادة 39 من المرسوم 63/76: "عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة تثبت الانتقال المشاع للأملك..." وتضيف المادة 91 / 1 "كل

انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة بالمادة 99 يجب أن تثبت بموجب شهادة موثقة"، ويكون الشهر للشهادة التوثيقية بتاريخ رجعي يمتد إلى تاريخ الوفاة.

أما المادة 16 فإنها تكلمت عن: "إن العقود الإرادية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

وهذا يعني أن التصرفات الصادرة بإرادة منفردة والعقود المبرمة بين الأطراف ومن بينها عقد البيع المنصب على عقار لا يكون لها أثر بينهم ولا يحتج بها في مواجهة الغير إلا إذا تم شهرها بالمحافظة العقارية، وبالتالي فإن السند أو الاتفاق ليس له وجود قانوني إلا بمراعاة إجراءات الشهر، فلا ينتج عن التصرفات التي لم تشهر سوى التزامات شخصية بين الأطراف وهذا في حالة ما إذا استوفى العقد الشكلية المطلوبة لانعقاده²⁶.

فالمبدأ العام الذي جاء به هذا الأمر هو أن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر أي أن القيد هو الذي ينشئ الحق وليس التصرف، وهذا يترتب عليه أن الحق لا ينتقل بأثر رجعي لما قبل القيد كالرجوع بأثار القيد إلى تاريخ انعقاد العقد وليس للعقد أي أثر في نقل الملكية لأن العبرة بالشهر في المحافظة العقارية.

الفرع الثاني: مدى تجسيد نظام السجل العقاري في عقد البيع العقاري

إن الغاية الأساسية للشهر العقاري وهو شهر وإعلان التصرفات الخاصة بالحقوق العقارية حتى تلقى الحجية المطلقة وكل الحماية في حالة وجود نزاع بشأنها، أي أن الهدف من الشهر هو تحقيق الاستقرار في العقارات وإعلام الغير عن وضعيتها الفعلية والقانونية وبيان تداول الحقوق العينية²⁷.

1) مبدأ التخصيص

يقضي مبدأ التخصيص أن تخصص لكل وحدة عقارية بطاقة عقارية يقيد فيها جميع التصرفات الواردة على العقار، ومن مجموع هذه البطاقات يتكون يقيد فيها جميع التصرفات الواردة على العقار، ومن مجموع هذه البطاقات يتكون السجل العيني وهذا ما أكدته المادة 23 من الأمر 62/76 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي. والتي نستنتج من خلا لها هذه أنه تحدث بطاقات عقارية وتخصص

كل بطاقة من هذه البطاقات لكل وحدة عقارية، ويدون في هذه البطاقة العقارية كل التصرفات الواردة على الوحدة العقارية وبذلك توضح البطاقة العقارية الوضعية القانونية الحقيقية للوحدة العقارية، إن مجموع هذه البطاقات العقارية يشكل ما يسمى بالسجل العقاري وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخذ فعلاً بمبدأ التخصيص.

(2) مبدأ القيد المطلق

مفاده أن لا يتم اكتساب الملكية ولا سائر الحقوق العينية الواردة على العقارات إلا بالشهر، وسواء كانت هذه الحقوق العينية أصلية أو تبعية وأيا كان سبب اكتسابها فبدون الشهر لا تنشأ هذه الحقوق ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم، وبالعكس من ذلك يعتبر كل حق تم قيده حجة بالنسبة للكافة ولا يمكن لأي كان أن ينازع في ذلك²⁸

بالرجوع إلى الأمر 74/75 نجد أن المشرع الجزائري في نص على هذا المبدأ في المادة 16 منه التي جاء فيها ما يلي " إن العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني ، لا يكون له أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية " .يفهم من خلال هذا النص أنه وبغض النظر عن نوع التصرف وعن صفة الشخص أو الجهة التي أصدرته و سواء كان منشئاً أو كاشفاً أو مصرحاً أو معدلاً للحق فإنه لا وجود له إلا بشهره بمصلحة الشهر العقاري²⁹ بمعنى آخر أن الشهر هو المصدر الأساسي و الوحيد لكل الحقوق العينية على أن تبقى كل التصرفات غير المشهورة بدون أثر لا بين أطرافها ولا اتجاه الغير .إلا أنه رغم ذلك فإن المشرع قد أجاز الطعن في التصرفات المشهورة أمام القضاء وهذا ما يلاحظ من خلال نص المادة 85 من الأمر 63/76 التي جاء فيها: " ان دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها"

كما انه لم ينص صراحة على مبدأ حظر التقادم لا في الأمر 74/75 ولا المرسومان التطبيقيان له 62/76 و 63/76 مما يفسح المجال لتملك العقار والحقوق العينية العقارية الأخرى المشهورة وفق نظم الشهر العيني، وعليه فإن المشرع لم يجسد مبدأ القيد المطلق وفقاً لما يقتضيه نظام السجل العقاري.

(3) مبدأ حظر التقادم

كما سبق ورأينا بأن الشهر هو مصدر كل الحقوق العينية، بالتالي فإن كل الطرق الأخرى لاكتساب هذه الحقوق مستبعدة ومنها التقادم، ذلك أن مبدأ الشهر يقضي بأن من ثبت اسمه في السجل العيني كمالك للعقار أو صاحب حق عليه يصبح في مأمن. من أن يفاجأ بادعاء أي مغتصب يزعم أنه تملك العقار بالتقادم³⁰.

ونظرا لما لهذا المبدأ من أهمية كبيرة في ضمان استقرار المعاملات العقارية، ف إن الكثير من التشريعات العربية تحرص على النص صراحة على مبدأ حظر التقادم سواء في قوانينها المدنية أو في النصوص الواردة في قوانين الشهر العقاري. اما المشرع الجزائري كما انه لم ينص صراحة على مبدأ حظر التقادم لا في الأمر 74/75 ولا المرسومين التطبيقيين له 62/76 و 63/76 مما يفسح المجال لتملك العقار والحقوق العينية العقارية الأخرى المشهورة وفق نظام الشهر العيني، وعليه فإن المشرع لم يجسد مبدأ القيد المطلق وفقاً لما يقتضيه نظام السجل العقاري.

(4) مبدأ الشرعية

سبق وأن ذكرنا بأنه في ظل هذا المبدأ، يقوم الموظف المكلف بالشهر في السجل العيني بالتأكد والتحقق من كافة السندات التي يجري القيد في السجل بموجبها حتى لا. يشهر إلا الحقوق المشروعة فعلاً³¹. ما يلاحظ من خلال هذه المواد أن المشرع قد حول للمحافظ العقاري سلطة مراجعة ومراقبة شكل وموضوع التصرف المودع للإشهار، وألزمه برفض إيداع العقود والوثائق التي لا تتوفر على الشروط الشكلية والموضوعية المطلوبة قانوناً وفي مقابل ذلك أعطى لكل من لحقه ضرر من قرارات أو أخطاء المحافظ العقاري حق الطعن في قراراته أما القضاء كما رتب مسؤوليته عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء تأدية مهامه³².

الخاتمة:

وفي الختام نخلص إلى انه ونظرا للمكانة التي يحتلها العقار في المجتمع افرد المشرع الجزائري من خلال القوانين والمراسيم والاورام وغيرها من النصوص القانونية خاصة في المعاملات التي تقع وخاصة نقل الملكية العقارية التي تتم بواسطة عقد البيع، وهذا كون ان العقار يعتبر من أحد العوامل التي تتحكم في التنمية الاقتصادية والاجتماعية للأمم، بمقتضى انه القاسم المشترك الواحد الذي يمثل أساس كفاءة الرصيد العقاري. ومن اجل تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية التي يكون موضوعها

وتفعيلا لذلك اخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني إلا انه لم يتوصل للغاية التي ابتغاها كون الأمر 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لم ينتهي بعد لما يكلفه من مبالغ باهضة وكما هو معلوم أن نظام الشهر العيني يقوم على أساس العقار لذلك نحن انتظار انتهاء عملية المسح العام التي جاء بها الأمر 74/75 لتقدير مدى نجاعة هذا النظام الذي سعى المشرع الجزائري لتطبيقه.

قائمة الهوامش:

- ¹ المادة 02 / 2 من القانون 03/06 المؤرخ في 20/02/2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي تنص: "...يمتد الاختصاص الإقليمي لكل مكتب إلى دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له".
- ² المادة 02 من القانون المنظم لمهنة التوثيق 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 بنصها: "تتشأ مكاتب عمومية للتوثيق ... ويمتد اختصاصها على كامل التراب الوطني".
- ³ الجريدة الرسمية، العدد 30، الصادر في 13/04/1976.
- ⁴ المرسوم التنفيذي 352/83 المتضمن تأسيس إجراءات إثبات التقادم المكسب وعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، المؤرخ في 21/05/1983، الجريدة الرسمية العدد 21، المؤرخة في 24/05/1983.
- ⁵ حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة: دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، الجزائر 2006، ص 136.
- ⁶ أنظر المادة 23 من القانون 02/97 التي عدلت المادة 256 من قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، العدد 89، الصادر في 31/12/1997.
- ⁷ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2004، ص 109-110.
- ⁸ نص المادة 89: "الإعفاء من شرط الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقار بالعقود العرفية التي تثبت تاريخا سابقا 1 يناير 1971 أي الإعفاء من شرط إجراء إشهار سند ملكية تصرف المالك في ملكه".
- ⁹ الذي يقضي باستمرار العمل بالقوانين الفرنسية بصفة مؤقتة إلا ما يتعارض مع السيادة الوطنية.
- ¹⁰ خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجزء الرابع، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص 32، 31.
- ¹¹ قرار المحكمة العليا، ملف رقم 103656، بتاريخ 09/11/1994، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، الجزائر 2003، ص 12.
- ¹² قرار المحكمة العليا، ملف رقم 68467، الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 21/10/1990، المجلة القضائية العدد 2 لسنة 1992، ص 84-86.
- ¹³ مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء بعنوان البيع العقاري، من إعداد الطالب القاضي أورمضيبي محمد، الدفعة 16، سنة 2008/2005، ص 27.

- ¹⁴ مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء بعنوان البيع العقاري، المرجع السابق، ص 27.
- ¹⁵ معوض عبد التواب، السجل العيني علما وعملاً، دار الفكر العربي، مصر، 1978، ص 07.
- ¹⁶ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2003، ص 13.
- ¹⁷ إبراهيم أبو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، دون طبعة، دار الفكر العربي، مصر، 1978، ص 27.
- ¹⁸ جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 23.
- ¹⁹ خالد رمول، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، دون طبعة، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، 2001، ص 21.
- ²⁰ عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية، الطبعة الثانية، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1989، ص 10.
- ²¹ نظام الشهر العيني هو نظام يكون المعيار فيه هو العقار، ولتفعيله عملياً لا بد من مسح جميع العقارات من أجل تحديد معالم كل عقار.
- ²² المرسوم رقم 62/76 المعدل والمتمم بالمرسومين رقم 400/84 المؤرخ في 1984/12/24 ورقم 138/92 المؤرخ في 1992/04/07.
- ²³ المرسوم رقم 63/76 المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 1980/09/13 والمرسوم التنفيذي رقم 138/93 المؤرخ في 1998/05/19.
- ²⁴ نظام الشهر الشخصي هو نظام يكون المعيار فيه هو الشخص.
- ²⁵ ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، ص 69-70.
- ²⁶ ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 67.
- ²⁷ مقال حمان بكاي، موثق، العقد التوثيقي.
- ²⁸ عصام أنور سليم، التملك بالتقادم على خلاف الثابت في السجل العيني، دون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 16.
- ²⁹ ليلي زروقي، مقال بعنوان " التصرفات القانونية الواجبة الشهر والأثار المترتبة عن القيد "، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 05، سنة 1998، ص 13.
- ³⁰ معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 85، 84.
- ³¹ عبد الوهاب عرفة، الوجيز في السجل العيني ومشكلات عملية واجهت تطبيقه بمصر، دون طبعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة 2006، ص 15، 14.
- ³² المادة 23 و 24 من الأمر 74/75.