



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت -  
معهد الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص

# الكتابة في التصرفات المنصبة على العقار في التشريع الجزائري

مذكرة تخرج ليل شهادة الماستر في العلوم القانونية والإدارية  
تخصص: قانون عقاري

إشراف الأستاذ:

\* د/ علاق عبد القادر

إعداد الطالبة:

\* شيخاوي نسيمة

السنة الجامعية 2015/2014م

قال الله تعالى:

— بسم الله الرحمن الرحيم —

﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ؕ وَلْيَكْتُبَ  
بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ؕ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ ؕ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي  
عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا ؕ فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا  
أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيَّهُ بِالْعَدْلِ ؕ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ ؕ فَإِن لَّمْ  
يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ  
إِحْدَاهُمَا الْآخَرَىٰ ؕ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ؕ وَلَا تَسْعَمُوا أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا  
إِلَىٰ أَجَلِهِ ؕ ذَٰلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا ؕ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً  
حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا ؕ وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ ؕ وَلَا يُضَارَّ  
كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ ؕ وَإِن تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ ؕ وَاتَّقُوا اللَّهَ ؕ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ ؕ وَاللَّهُ بِكُلِّ  
شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴿

— صدق الله العظيم —

[سورة البقرة، الآية: 282]

## الشكر والتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير والعرفان، إلى من رافقني طيلة إنجاز هذا البحث بنصحه وإرشاده وتوجيهاته لي رغم انشغاله والتزامه، إنه الأستاذ المشرف "الدكتور عبد القادر عـلاق".

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذة معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بتيسميسيلت، وأخص بالذكر الدكتور "بوراس محمد"، وكذا الأستاذ: "دروازي عمار"، جزاهم الله عنا كل خير.

## الإهداء

أهدي وأمنح ثمرة هذا الجهد إلى أرواح الأعماء.... "والدي" ، "جدي العربي" ، "جدي أحمد" .

إلى من طلت وركعت، ويداها إلى السماء رفعت، بالتوفيق والنجاح لي دعيت إلى عطر الجنة "أمي" أطال الله بعمرها .

إلى أفراد عائلتي الذين ساندوني ورافقوني وساعدوني "عائلة حوراي" .

إلى الصديقتين "حليمة شام" و "خيرة خليج" . كما لا أنسى الزميل الذي

ساعدني في تحرير هذه المذكرة الأستاذ "حلاس بوتشنت" .



## قائمة المختصرات

- ج : الجزء .
- ج . ر . ج . ج . : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية .
- د . ط : دون طبعة .
- ط : الطبعة .
- ف : الفقرة .
- ق . م . ج : القانون المدني الجزائري .
- ص : الصفحة .
- ع : العدد .

مقدمة

كما هو معلوم أن الحق هو عبارة عن مصلحة يحميها القانون ، ولا قيمة لهذه المصلحة ما لم تتوافر وسائل إثباتها ، ويتم ذلك برد هذه المصلحة إلى قاعدة في القانون من أجل إثبات مصدرها ، لأن القواعد القانونية هي التي تقرر الحقوق بعد تبيان الوقائع التي تعتبر أساسا لتلك الحقوق المدعى بها ، وهذه الوقائع إما أن تكون تصرف قانوني أو وقائع مادية كأفعال الإنسان مثلا ، أما التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة لإحداث آثار قانونية سواء صدرت هذه الإرادة من جانبين أو من جانب واحد ، بمعنى نشوء التزامات .

وقد نص المشرع الجزائري على إثبات الالتزام في الباب السادس من القانون المدني والذي يكون إما عن طريق : الكتابة أو الشهود أو القرائن أو الإقرار أو اليمين ، وقد قسمت من قبل بعض فقهاء القانون إلى وسائل ذات قوة مطلقة ووسائل ذات قوة محدودة<sup>(1)</sup> .

وتتمثل الوسائل ذات القوة المطلقة في الكتابة، حيث تعتبر من أهم وأقوى وسائل الإثبات خاصة في مجال التصرفات العقارية، وذلك لما توفره للخصوم من ضمانات والتي تتجسد إما في شكل محررات رسمية أو عرفية، أي أدلة كتابية ملموسة والتي تعد مسبقا منذ وجود الحق دون انتظار المنازعة فيه، ولذا يطلق على الكتابة بالدليل المعد أو المهيأ<sup>(2)</sup> .

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الإثبات بالكتابة في المواد من (323- 332) من القانون المدني، ونص في ذات القانون على بعض الحالات التي يجب الإثبات فيها بالكتابة استثناء عن الإثبات بالشهادة في المواد من (333- 336) .

وقد زادت الحاجة لهذه الوسيلة في الآونة الأخيرة ، نظرا لكثرة التراعات والخلافات ومن أجل الحفاظ على الاستقرار في المجتمع ومنعا من هدر الحقوق خاصة إذا تعلق الأمر بالملكية العقارية ومسألة تداولها أو نقلها من شخص لآخر، نظرا للأهمية القصوى والدور الكبير الذي تتميز به ، على الصعيدين

---

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج.2 ، ط.3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2011 ، ص. 103 .

2- نبيل صقر ، مكاري نزيهة ، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية - ، ط. 2009 ، دار الهدى ، الجزائر ، ص. 108 .

الاجتماعي و الاقتصادي ، حيث أنه في القدم لم يكن هذا التزاحم والتنافس والتسابق لاكتساب العقار وإنما كان هذا نتيجة للتطور الذي عرفته مختلف الميادين خاصة الاقتصادي ، هذا من جهة ومن جهة أخرى يعتبر العقار في حد ذاته ثروة غير متجددة ، قيمتها تزيد يوم بعد يوم ، ويعتبر العامل الأساسي والعنصر الفعال في الإنتاج ، خاصة في مجال الاستثمارات الصناعية أو الفلاحية أو السياحية ، هذا الذي أدى إلى تعارض المصالح وتصادمها وتوليد اضطرابات وفوضى ، الأمر الذي حتم إيجاد طرق مثلى لتنظيم هذه الملكية من أجل إرساء النظام والأمن والاستقرار والطمأنينة ، ووضع حد لتلك التزاعات من أجل تطوير المعاملات العقارية و رقيها وتقدمها والذي ينعكس بصورة إيجابية على المجتمع ، بحث يصبح مجتمع حديث متحضر، مستقر، مجتمع قانوني آمن تخلو فيه الفوضى والتزاعات ، ولا يتحقق ذلك إلا بإضفاء لمسة قانونية وصبغة رسمية على تلك المعاملات .

والمقصود بالرسمية هي توثيق العقد ، أي إفراغ التصرف القانوني في قالب رسمي أو شكل معين، وعليه يعرف العقد الرسمي وطبقا لنص المادة (324) من ق.م.ج . على أنه «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه»<sup>(1)</sup>.

وقد اعتنق المشرع الجزائري مبدأ الرسمية منذ الاستقلال بموجب المرسوم التنفيذي الصادر في سنة 1963 ، وقانون المالية رقم 64-61 المؤرخ في 31 ديسمبر 1964 ، الذي اشترط الكتابة في بعض التصرفات بعوض، دون أن يوجب هذه الشكلية تحت طائلة البطلان. بمعنى أن الكتابة في هذا المقام كانت للإثبات وليس للانعقاد، وتم تعزيز هذا المبدأ في السبعينيات بصدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتعلق بقانون التوثيق ، والذي يعتبر منعطفا هاما في مجال التصرفات العقارية، بحيث كرس الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق ، وهذا طبقا لنص المادة (12) منه، بمعنى أن الرسمية هي شرط لانعقاد ، ودعم هذا المبدأ أيضا الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ، حيث نصت المادة (324) مكرر 1 المضافة بالقانون رقم 88-14

---

1- يُراجع في ذلك: القانون رقم 14/88 ، المؤرخ في 3 مايو 1988 ، ج . ر . ج . ج . ع . 18 ، المؤرخة في 04 مايو 1988 .

المؤرخ في 03 مايو 1988 على أنه زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي فإنه يجب تحت طائلة البطلان ، تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في الشكل الرسمي ، ودفع الثمن لدى الضابط الذي حرر العقد . و أصل هذه المادة هو نص المادة ( 12 ) من القانون رقم 70-91 ، ما يفهم أنه قبل صدور قانون التوثيق تميز المجال العقاري بالتعامل العرفي أو الرضائي ، بمعنى أن العقود تنعقد بمجرد تطابق الإرادتين ، أي يكفي التراضي للانعقاد حتى ولو تعلق الأمر بالعقار ، فيتم الانعقاد بدون تدخل أشخاص مختصين ومؤهلين قانونا بذلك .

هذا ، وتعتبر قاعدة الرسمية من مبادئ نظام الشهر العقاري ، بحيث هما شيئان يكملان بعضهما البعض في مجال الملكية العقارية ، ذلك أن الشهر العقاري يشترط في المحررات الخاضعة للشهر الرسمية وإلا رفض إجراء الشهر ، و بالنسبة لقاعدة الرسمية لا يكفي توافرها لإثبات الملكية العقارية والحقوق المتفرعة عنها إلا من يوم شهرها وإعلام الغير بها ، وبالتالي إمكانية الاحتجاج بها . ذلك أنه لا وجود لحق الملكية ولا الحقوق المتفرعة عنه إلا من يوم شهره في المحافظة العقارية طبقا لنص المادة (793) من ق.م.ج .

أي أن الرسمية ترتب آثارها بالشهر وهو انتقال الملكية العقارية ، فالرسمية هي أداة قانونية لنقل الملكية العقارية وذلك طبقا للأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ومرسومه التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، حيث نصت المادة (61) على أنه: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية ، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".

أما العلاقة بين الكتابة والتوثيق هي أن هذا الأخير هو الذي يجسد الكتابة والرسمية التي يشترطها القانون ، بمعنى أن الموثق هو الذي يضمن الطابع الرسمي على العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب أطرافها إضافتها هذه الصبغة طبقا لنص المادة (3) من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، ذلك أن الموثق له الدور

الكبير في مجال نقل الملكية العقارية، حيث منح المشرع لإعماله الثقة والمصادقية ومنح للمحركات التي يحررها الرسمية والقوة التنفيذية.

أما بالنسبة للعلاقة بين التوثيق والتسجيل هو أن هذا الأخير مكمل للأول طبقا لنص المادة (28) فقرة 1 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الملغى بموجب القانون رقم 06-02 ، على أنه: « يحصل الموثق الحقوق والرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها ». ما يفهم أن الموثق ملزم بتسجيل العقود في آجال محددة وإلا تعرض لعقوبات ، وذلك بالنسبة للتصرفات التي أخضعها القانون للرسمية<sup>(4)</sup>.

هذا وقد درج الناس على الكتابة التقليدية ووسيلتها المتمثلة في المحررات العرفية والرسمية من أجل إثبات تصرفاتهم ، ذلك أن الأدلة الكتابية هي عبارة عن أدلة ملموسة يصعب التلاعب فيها وتزويرها كما سبق القول ، ولكن بالتقدم التكنولوجي والعلمي وظهر ما يسمى بنظام الإنترنت وجهاز الحاسوب أو الإعلام الآلي ، والذي أصبح التعامل به يكاد لا يخلو من أي مؤسسة أو إدارة في الوقت الراهن أدى هذا إلى ظهور نوع جديد من الكتابة ألا وهو الكتابة الحديثة أو الإلكترونية ، وهذا أثر على الكتابة التقليدية وأدى إلى تراجع مكانتها خاصة وأنه ما يميز الأسلوب الإلكتروني هو السرعة في المعاملات وربح الوقت والجهد ، إلى جانب ظهور العقد والتوقيع الإلكترونيين .

وبتنوع السندات المثبتة للتصرفات العقارية من سندات عرفية ، توثيقية ، إدارية وقضائية وتنوع التصرفات القانونية المنصبة على العقار، سواء بيع ، مقايضة ، هبة ، وقف أو وصية فهل تكون نفس الحجية في إثبات هذه التصرفات بين الكتابة التقليدية والكتابة المعاصرة ؟ وهذا ما سيتم الاجابة عليه فيما بعد .

وتتحلى أهمية مبدأ الرسمية في عدة جوانب ، حيث تعتبر وسيلة لترقية المعاملات القانونية وضمانة قوية لاستقرار هذه المعاملات وكذا توفير الحماية للأطراف المتعاقدة وحتى لإعلام الغير ، كما

---

1- دوة آسيا ، رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، ط.3 ، دار هومه ، 2011 ، الجزائر ، ص. 27.

تهدف الرسمية إلى تعزيز الثقة والائتمان العقاري وإرساء النظام واحترام القانون وبسط رقابة الدولة ، بالإضافة إلى أن الرسمية تضمن قطعية وحجية البيانات الواردة في المحررات حيث لا يطعن فيها إلا بالتزوير وتوفير الأدلة من أجل الإثبات ، وكذا استقرار المعاملات العقارية ، والمصدقية وتحصيل مستحقات الخزينة العمومية من خلال استيفاء حقوق التسجيل والطابع ، بالإضافة إلى اعتبار الشكلية ركن من أركان العقد في العقود التي يشرط فيها القانون استيفاء شكل معين وفقا لقواعد القانون المدني التي تشترط ذلك ، وكذا قواعد القانون الخاص بالتوثيق . إلى جانب الأركان الأخرى وهي، الرضا، المحل، والسبب ، وهذه الأهمية هي السبب الدافع لاختيار الموضوع بالإضافة إلى الميول والرغبة في تبيان المكانة الهامة للتوثيق باعتباره محور السلم الاجتماعي واستقرار المعاملات بين الأفراد والدعامة القانونية للمجتمعات .

وقد تناول هذا الموضوع دراسات منها : إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في التشريع الجزائري ، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في القانون الجزائري ، الآليات القانونية لحماية الملكية العقارية الخاصة ، وكذا السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري .

ومن أجل إعداد هذا البحث ثم ابتاع المناهج التالية : المنهج التاريخي والذي سيتم من خلاله عرض مختلف المراحل التي مرت بها قاعدة الرسمية أو الكتابة في القانون الجزائري خاصة مرحلة قبل الاحتلال الفرنسي، أثناء الاحتلال وبعد الاستقلال وهذه المرحلة عرفت تعاقب ثلاثة قوانين أساسية نظمت التوثيق وهي القانون رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970، وكذا القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، والقانون الساري المفعول حاليا 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمراسيم التنفيذية له 08-242 ، 243 ، 244 ، 245 على التوالي ، إلى جانب قواعد القانون المدني في هذا المجال .

كما سيتم اعتماد المنهج التحليلي الوصفي الذي يهدف إلى عرض الدور الكبير الذي تلعبه قاعدة الرسمية في مجال إثبات التصرفات العقارية وتنظيمها بإتباع طرق مثلى من أجل استغلال العقار،

كما سيتم اعتماد المنهج المقارن في بعض الحالات التي تتعلق بما الموضوع وتبيان موقف بعض القوانين الأخرى من ذلك.

وعليه تُثار الإشكالية الرئيسية التالية :

- هل الكتابة هي ركن للانعقاد في التصرفات المنصبة على العقار أم هي شرط للإثبات فقط؟ ومن هذا يثار إشكال فرعي هو : هل تكفي الكتابة لوحدها لإثبات التصرفات المنصبة على العقار؟

للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين اثنين، سيتم التطرق في الأول إلى ماهية الكتابة في التشريع الجزائري من خلال ثلاثة مباحث، أما الثاني فسيتم التطرق فيه إلى التصرفات القانونية الواردة على العقار الموجبة للكتابة من خلال ثلاثة مباحث أيضا.



## الفصل الأول:

# ماهية الكتابة في التشريع الجزائري

تمهيد:

لقد ظهر الإثبات بالكتابة منذ العصور القديمة ، كالعصر الروماني والعصر المصري والحضارة الإسلامية التي أولت أهمية وعناية بالغة للكتابة ، تجلى ذلك في قوله تعالى في الآية 282 ﴿... يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ... وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ...﴾<sup>(1)</sup>

وقد سار على هذا النهج العديد من الدول ، غير أن المشرع الفرنسي كان السباق في سن القوانين المتعلقة بالإثبات بالكتابة وتأثرت به عدة تشريعات وعلى رأسها المشرع الجزائري وذلك من خلال تواجد الاحتلال على أرضه لمدة طويلة .

وتتحلى وسائل الإثبات بالكتابة في كل من المحررات الرسمية والعرفية بحيث يشتركان في كونهما من الأدلة المادية للتعبير عن الإرادة ، ولكن لكل منهما حجته في الإثبات . ونظرا للتقدم العلمي والتقني الذي أفرز مولودا عملاقا وهو الإنترنت وظهور أدوات الاتصال والأدوات المعلوماتية ( الحاسوب) التي أصبح التعامل بها في الوقت الراهن أمرا ضروريا ومحتوما ، مما أدى إلى ضرورة تطوير وسائل الإثبات مسايرة لهذا الوضع . وعليه تم تقسيم هذا الفصل إلى ثلاث مباحث هي :

المبحث الأول : التطور التاريخي للكتابة بشكل عام .

المبحث الثاني : وسائل الإثبات بالكتابة في التشريع الجزائري .

المبحث الثالث : الإثبات الإلكتروني في التشريع الجزائري .

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، الآية 282 .

## المبحث الأول

## التطور التاريخي للكتابة بشكل عام

للحديث عن المراحل التاريخية للكتابة يستلزم البحث في المراحل التي عرفها التوثيق، وذلك بتبيان وضعيته خلال مراحل سبقت صدوره كقانون أو كنظام من خلال التطرق إلى مرحلة قبل الاحتلال الفرنسي وأثناءه، ثم مرحلة بعد الاستقلال والتي عرفت صدور ثلاثة قوانين أساسية نظمت التوثيق. وعليه سيقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول الأول التطور التاريخي للكتابة قبل صدور قانون التوثيق، ويتناول الثاني التطور التاريخي للكتابة بعد صدور قانون التوثيق.

## المطلب الأول : الكتابة قبل صدور قانون التوثيق الجزائري

سيتم التطرق في هذا المطلب للكتابة قبل صدور قانون التوثيق، من خلال مرحلتين قبل وأثناء الاحتلال الفرنسي وذلك بتقسيم هذا المطلب لفرعين اثنين.

## الفرع الأول : الكتابة قبل الاحتلال الفرنسي

للتوثيق أصول عريقة وعتيقة وهو عمل حضاري<sup>(1)</sup>، نابغ من تلك العادات والتقاليد والأعراف التي كانت سائدة في ظل الشعوب والحضارات القديمة بحيث لم يكن للتوثيق قانون معين به، وقد زادت الحاجة إلى هذا النظام بتوسع تلك الحضارات وتقدمها الأمر الذي زاد من التزاحم والتنافس والتسابق على تملك الأموال عقارات كانت أو منقولات عبر عدة حضارات.

1- وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري- دراسة قانونية تحليلية- ط.3، دار هومو، الجزائر، 2012، ص.35.

## أولا : الكتابة في الحضارة المصرية

ألزم الفرد بالكتابة<sup>(1)</sup> ، حيث وجدت إجراءات هامة وضرورية لذلك تجسدت في ضرورة إعلان معاملاتهم ، كما عرفت تصرفات مختلفة تعلقت بنقل الملكية العقارية سواء كان محلها عقارا أو منقولا ، وقد نُظمت هذه الإجراءات في ظروف خاصة كإحصاء الأراضي وتسجيل التصرفات التي تقع عليها، وعلانية المعاملات التي تجري بين الناس حتى يكونوا على بينة من أمرهم<sup>(2)</sup>. وكانت السلطة هي المهتمة بإعلان التصرفات حيث ترتب البطلان في حالة تخلفها وذلك بهدف فرض الضريبة والحصول على مداخيل وموارد مالية.

## ثانيا : الكتابة في الحضارة الرومانية

عرف الرومان نفس الإجراءات التي عرفها قدماء المصريين ، وهي علانية التصرفات المنصبة على الأراضي . إلا أن الطابع المميز للرومان هو الشكلية التي طغت على كل معاملاتهم ، حيث اشترطوا في عملية انتقال الملكية العقارية شهادة الأشخاص في أماكن عمومية ، بحيث يتقدم المتعاقدان إلى هذه الأماكن أمام سبعة أشخاص يشهدون على عملية انتقال الملكية بين البائع والمشتري<sup>(3)</sup>.

## ثالثا : الكتابة في الحضارة الإسلامية

درج العديد من الكتاب ممن تطرقوا لدراسة أنظمة التوثيق والشهر العقاري في البلاد العربية إلى القول بأن المسلمين لم يتوصلوا إلى نظام التوثيق بالمعنى الحالي<sup>(4)</sup> . بالرغم من أن التوثيق من بين العلوم التي عرفها العرب ووبرعوا فيها خاصة بعد ظهور الإسلام وازدهار الحضارة الإسلامية ، وتجلّى العمل

1- قايد يوسف سمية ، (الإطار القانوني لمهنة التوثيق في التشريع الجزائري) ، مذكرة ماستر ، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية

الجزائر ، السنة الجامعية 2012 / 2013 ، ص. 11.

2- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 35-36.

3- وسيلة وزاني ، مرجع نفسه ، ص. 36.

4- قايد يوسف سمية ، مرجع نفسه ، ص. 12.

بهذا النظام في تسجيل التصرفات وتدوين وقائع الحالة المدنية للمتعاقدين بالاعتماد على وسائل مثل :  
الكتابة ، الإشهاد والرهن (1).

وقد ورد نص تشريعي مخصص لتدوين وإشهار التصرفات التي تجري بين الناس وذلك في الآية  
الكريمة 282 من سورة البقرة السابقة الذكر، وعليه يمكن القول بأن الشريعة الإسلامية قد وضعت  
إجراءات التدوين والشهر منذ أربعة عشر قرنا خلت لما لهذه الإجراءات من أهمية (2).

ويستنتج من الآية الكريمة أن الشريعة الإسلامية فرضت الكتابة في التصرفات ، ونصت على  
الأجل في المعاملات كما نصت على الإشهاد خاصة في البيوع والذي يكون إما برجلين أو رجل  
وامرأتان ، ونصت على الإعلان وهذا حتى يكون الناس على علم وبينه بتلك التصرفات. وفي الآية 283  
من نفس السورة أضافت و أكدت على عدم كتمان الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم ، بمعنى وجوب  
تدوين الإشهاد الذي يهدف إلى شهر التصرفات لإعلان الناس بها تحت طائلة الإثم . مما يؤكد أن  
الشريعة الإسلامية كانت السبابة في وضع القواعد والأسس الأولى لنظام التوثيق والشهر.

وقد قامت الدولة العثمانية بتنظيم التوثيق وأسندت مهامه إلى القضاة الشرعيين كتدوين  
الفرائض وتقسيم التركات وتحصيل الضريبة وتحديد الأراضي وتقسيمها ووضع سجلات خاصة بذلك  
سميت "بالدفتر الخاقاني" بمعنى السجل العقاري (3) كما أنشأت وزارة خاصة بذلك .

وما يمكن قوله في هذه المرحلة، هو أن التوثيق الإسلامي تولاه مجموعة من أئمة المساجد  
والزوايا الذين طبّقوا قواعد القرآن والسنة النبوية بخصوص تدوين التصرفات وتحرير العقود

﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنُكُمْ بِدَيْنٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ

كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ... وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ ﴾ ، واصطلح على تسمية التوثيق

بالقاضي الشرعي أو المحكمة الشرعية وما يميزه هو الأصل أو الطابع العرفي أي المهام التقليدية له إلى

1- فايد يوسف سمية ، مرجع سابق ، ص. 12.

2- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 37-38.

3- وسيلة وزاني ، مرجع نفسه ، ص. 39-40 .

جانبا مهام أو صلاحيات قضائية خاصة بالأحوال الشخصية ، أما الهيكل البشري لمؤسسة التوثيق الشرعية فكان يتكون من القضاة ، العدول و الباش عدول يعملون بأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية .

كما اعتبرت الآيتين الكريمتين 282 و 283 من كتاب الله بأهمها دستور التوثيق في المعاملات بصورة عامة ، حيث تم الجمع بين ثلاثة أساليب في هذا المجال وهي: التوثيق ، الكتابة ، التوثيق بالإشهاد والتوثيق بالرهن<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني : الكتابة أثناء الاحتلال الفرنسي

احتلت فرنسا الجزائر سنة 1830م وبقيت فيها حتى سنة 1962م ، وبطبيعة الحال قامت بتطبيق منظومتها القانونية في الجزائر، بما في ذلك نظام التوثيق الذي كان سائدا بما أنا ذاك ، وباعتبار أن نظام التوثيق الشرعي أو المحاكم الشرعية كان هو المطبق قبل دخول فرنسا الجزائر، بقي كذلك بالنسبة للجزائريين أما نظام التوثيق الفرنسي فطبق على المعمرين. بمعنى أن هذه المرحلة عرفت ازدواجية في التوثيق، المحاكم الشرعية من جهة والتوثيق الفرنسي من جهة أخرى. غير أن التوثيق الفرنسي أصبح هو الأصل أو الشريعة العامة والمحاكم الشرعية هي الاستثناء<sup>(2)</sup>، ومنه سيتم التطرق لهما معا في فقرتين على النحو الآتي.

### أولا : نظام المحاكم الشرعية

هو نظام ساد قبل الاحتلال الفرنسي وحتى أثنائه ، كان يطبق على الأهالي الجزائريين يستمد أحكامه من الشريعة الإسلامية ، يشرف عليه قاضي شرعي لديه ملكات علمية في الفقه والدين ، يساعده باشا عدل وتم العمل بهذا النظام إلى غاية 1970م . كانت العقود تحرر باللغة العربية ثم تقدم لمصالح التسجيل قصد تحصيل الضريبة ، والجدير بالملاحظة أن صلاحيات القاضي الشرعي انصبّت فقط

1- قايد يوسف سمية ، مرجع سابق ، ص. 13.

2- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 41.

على الأراضي المتواجدة في المناطق الريفية ، أما الأراضي المتواجدة في المناطق الحضرية كانت تخضع للقانون المدني القديم عدا تلك التي تخص الأحوال الشخصية<sup>(1)</sup>.

وفي عهد الأتراك أجريت بعض التصرفات المتعلقة بالملكية العقارية مثل التنازل عن الأراضي من الأتراك لصالح عشائر المخزن بمقابل، والسندات المحررة بشأنها تضمنت طابع القضاة الكبار، أما بالنسبة للأحكام القضائية التي تتعلق في غالبها بالحبس صدرت في شكل حيثيات قضائية وفتاوى شرعية تضمنت توقيع القاضي والشهود وعبارات فقهية متعارف عليها<sup>(2)</sup> غير أن مكانة القضاء الشرعي تراجعت في ظل الاستعمار الفرنسي الذي سعى إلى تطبيق قوانينه فقط حتى تتلاءم وأوضاع العمرين .

وقد فصل بين القضايا المدنية والعقارية من طرف الإدارة الفرنسية بدءا من سنة 1841م ليتم إخضاع المعاملات العقارية للقانون الفرنسي بموجب قانون " وراي " ليحل الموثق أثر هذا محل القاضي الشرعي الذي أوكلت له مهمة النظر في المسائل المدنية والتجارية والعقارية المتعلقة بالمسلمين ، بموجب تعليمة صدرت سنة 1834م ليخفف القاضي الشرعي إلى قاضي اختصاص سنة 1842م ، لتجرد صلاحياته كليا سنة 1874م ولم تخول له سوى مسائل الأحوال الشخصية والميراث والمعاملات المنصبة على المنقولات فقط ، خاصة وأن تعيينه أصبح من صلاحيات الإدارة الفرنسية<sup>(3)</sup>.

### ثانيا : نظام مكاتب التوثيق العمومية

ظهر هذا النظام في قانون التوثيق الفرنسي بموجب قانون "فانتوز" الصادر بتاريخ 16 مارس 1803م المطبق بالجزائر في 30 ديسمبر 1842م المعروف بمكاتب التوثيق العمومية، حيث طبق على الفرنسيين وعلى بعض الجزائريين الذين رغبوا بذلك، ويتولى تسييره موثقون بمكاتب عمومية لحسابهم الخاص<sup>(4)</sup>.

1- حميدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، ط. 2013 ، دار هومه ، الجزائر ، ص. 106.

2- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 46-47.

3- وسيلة وزاني ، مرجع نفسه ، ص. 48.

4- وسيلة وزاني ، مرجع نفسه ، ص. 13.

وعلى عكس القاضي الشرعي كانت العقود في ظل نظام مكاتب التوثيق العمومية تحرر باللغة الفرنسية ومستوفاة لجميع الإجراءات التي نص عليها القانون الفرنسي بما فيها الشكلية وإجراءات التسجيل والشهر بمكتب الرهون (المحافظة العقارية حاليا) .

وفي الحقيقة أن التوثيق الفرنسي لم يزدهر في المجتمع الجزائري إلا بإبعاد المحاكم الشرعية وتنظيم الملكية العقارية، خاصة بالقضاء على الملكية العرشية سنة 1863م بموجب قانون " سيناتوس كونسيلت " وحلول الملكية الفردية محلها لتسهيل عملية إجراء التصرفات القانونية عليها وكذا فرنسا الأراضي الجزائرية بموجب قانون آخر صدر سنة 1873م ، المعروف بمشروع "ورني" <sup>(1)</sup> والتعديل التكميلي له الصادر سنة 1887م، وقانون 1897م المسوغ للبيوع المقرونة بشرط مع الإيجار <sup>(2)</sup> ، وهذا ما شكل الأرضية الخصبة للتوثيق الفرنسي .

### المطلب الثاني : الكتابة بعد صدور قانون التوثيق الجزائري

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى الكتابة خلال تلك الفترات التي تزامنت وصدور قانون التوثيق وتعديلاته كالتالي .

### الفرع الأول : وضعية الكتابة خلال المرحلة الممتدة من 1962 إلى 1970

غداة الاستقلال أبقى المشرع الجزائري على العمل بالمنظومة القانونية الفرنسية إلا ما تنافى وتعارض منها مع السيادة الوطنية ، وذلك بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 نتيجة للفوضى والأوضاع المزرية التي خلفها المستعمر .

إذ اضمحل دور الموثق وقل شأنه في الحياة العامة وحل التعامل بالعقود العرفية بدلا من العقود الرسمية في أغلب المعاملات <sup>(3)</sup> . ما ميزك كذلك هذه المرحلة هو النظام المزدوج للتوثيق ، بمعنى وجود

1- عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، ط.5 ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 ، ص. 10.

2- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 53 .

3- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 58.



المحاكم الشرعية المطبقة لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية ووجود مكاتب التوثيق العمومية المطبقة لأحكام القانون الفرنسي.

غير أن المرسوم الصادر تحت رقم 63-261 المؤرخ في 22 جويلية 1963 أنهى دور المحاكم الشرعية كجهات حكم ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية وأبقى على اختصاصها كجهات توثيق.<sup>(1)</sup> وقد تم العمل بهذا النظام المزدوج إلى غاية صدور قانون التوثيق الأول 70-91<sup>(2)</sup> الذي دخل حيز التنفيذ بدءا من 1 جانفي 1971 ، الذي ألغى مبدأ الازدواجية في التوثيق ووحده مؤسسته كما تم إيقاف العمل بمكاتب التوثيق العمومية .

وقد اقتصر على إنشاء مكاتب التوثيق داخل المحاكم وتأسيس فئة الموثقين الموظفين الخاضعين لقانون الوظيفة العمومية طبقا لأحكام المادة الأولى منه ، ما يفهم أن الموثق أصبح مجرد موظف عمومي، والجدير بالذكر أن هذا القانون عرف منعرجا هاما في مجال التعاملات العقارية بحيث استوجب الرسمية فيها تحت طائلة البطلان ، بموجب المادتين (12 و 13) منه . بمعنى أنه كرس قاعدة الرسمية في المعاملات العقارية .

تجلى ذلك من خلال نص المادة (12) الذي ورد فيه أنه زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي ، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود المتعلقة بنقل العقار أو الحقوق العقارية في الشكل الرسمي . كما أضاف نص المادة (13) على أنه يجب إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي تحت طائلة البطلان<sup>(3)</sup>.

وقد أثر أيضا النظام السياسي و الاقتصادي المنتهج أنا ذاك في مهنة التوثيق، وهو النظام الاشتراكي الذي يقوم على جملة من المبادئ منها، تملك الدولة لوسائل الإنتاج وتغليب الملكية الجماعية على حساب الملكية الفردية ، و تكريس مبدأ الإدارة المتدخلة والحد من المبادرات الفردية، الأمر الذي

1- وسيلة وزاني ، مرجع نفسه ، ص. 59.

2- الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق ، ج . ر . ج . ج . ع . 107 المؤرخة في 25 ديسمبر 1970.

3- وسيلة وزاني ، مرجع نفسه ، ص. 66-67.

أدى إلى تقليص دور الموثق وطغيان المعاملات العرفية على المعاملات الرسمية خاصة وأن الدولة قامت بإسناد مهمة توثيق العقود لإدارة أملاك الدولة .

فضلا عن ذلك عجز نظام التوثيق باعتباره مرفق عمومي في المجتمع بتلبية متطلبات الحياة الاقتصادية والاجتماعية التي تولدت عن تلك التغيرات كتراكم الملفات ، وتباطؤ المعاملات ، وتحمل الدولة تكاليف انخفاض مردودية هذه المكاتب وظهور الرشوة وسوء المعاملة<sup>(1)</sup> ، الأمر الذي أدى بتقديم النواب خلال الفترة التشريعية الثالثة باقتراح قانون يهدف إلى إرساء نظام قانوني جديد لإضفاء فعالية على نشاط التوثيق<sup>(3)</sup>.

وقد استمر العمل بهذا القانون إلى غاية 1988 ، ليُلغى بموجب نص المادة (41) من القانون رقم 88-27<sup>(2)</sup> المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتعلق بتنظيم التوثيق ، من أجل تدارك الأوضاع ورفع مردودية مكاتب التوثيق.

### الفرع الثاني : وضعية الكتابة خلال المرحلة الممتدة من 1970 إلى 1988

تمتد هذه المرحلة من تاريخ 1 جانفي 1971 إلى غاية 1 جانفي 1990 ، وقد تميزت هذه المرحلة بصعود أول تعديل لقانون التوثيق تحت رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق حيث ألغت المادة (14) منه أحكام الأمر 70-91 السالف الذكر .

وقد أتى هذا القانون بمعالم جديدة أضفها على مهنة التوثيق ، حيث أصبحت مهنة حرة تمارس للحساب الخاص طبقا لنص المادتين (3 و 4) من القانون 88-27 مع احتفاظ الموثق بصفة الضابط العمومي، حيث يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صبغتها الرسمية وكذا العقود التي يود أطرافها إعطائها هذه الصبغة طبقا لنص المادة (5) من نفس القانون . بالإضافة إلى نص المادة (3) من القرار الصادر عن وزير العدل بتاريخ 14 نوفمبر 1992 : « الموثق ضابط عمومي مكلف بترسيم العقود

1- قايد يوسف سمية ، مرجع سابق ، ص. 18.

3- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 60 .

2- ج . ر . ج . ج . ع . 28 ، المؤرخة في 13 جويلية 1988 .

والاتفاقيات المبرمة بين المتعاقدين وحفظ أصول وتسليم نسخ منها » ، ومصطلح الضابط العمومي هو مصطلح حديث في التشريع الجزائري ، أول نص تضمنه باللغة العربية هو القانون 88-27 .

كما امتد نشاط الموثق عبر كامل التراب الوطني بعد ما كان لا يتعدى حدود المحكمة التي يقع مكتبه في دائرة اختصاصها ، وقد نصت على ذلك المادة (2) من هذا القانون على أنه : « تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق ، تسري عليها أحكام هذا القانون وأحكام التشريع المعمول به ، ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني ، يحدد هذا عن طرق التنظيم » .

وقد كانت هناك مشاكل موضوعية ذات طابع مهني واجهت وظيفة التوثيق كمشكل التكوين وضعف الهياكل ، إلا أنها لم تكن عائقا لممارسة المهنة كتلك المشاكل التي عرفت في ظل القانون القديم <sup>(1)</sup> خاصة الفراغ التشريعي بخصوص تنظيم المهنة .

كما عرفت هذه المرحلة أيضا تغيرات هيكلية وتنظيمية لمهنة التوثيق، حيث أصبحت وظيفة عمومية تمارس من طرف موظفين عموميين خاصة بعد مغادرة الموثقين الفرنسيين أرض الوطن ، وبقاء عدد قليل من موثقين جزائريين أغلبهم عبارة عن قضاة شرعيين <sup>(2)</sup> .

وقد نص قانون 88-27 في الفصل الأول من الباب الأول على مهام الموثق في المواد من (3) إلى (14) والتي من بينها : تسيير مكتب تحت مسؤوليته ، ممارسة المهنة للحساب الخاص ، إضفاء الصبغة الرسمية على العقود التي يشترط فيها القانون ذلك والتي يود أطرافها إعطائها هذه الصبغة ، بالإضافة إلى استلام أصول جميع العقود والوثائق وحفظها وإعلانها ونشرها .

تسليم النسخ التنفيذية للعقود وتقديم النصائح للأطراف وإبداء الرأي عند عملية التحرير والتأكد من صحة وفعالية العقود بالإضافة إلى حفظ السر المهني. وهذه المهام هي من مظاهر السلطة العمومية بالنسبة للموثق .

1- وسيلة وزاني ، مرجع سابق ، ص. 65.

2- وسيلة وزاني ، مرجع نفسه ، ص. 66.

وبالنسبة للهيكل الرئيسية للمهنة، نص عليها القانون في الباب الثاني تحت عنوان "تنظيم المهنة"، حيث يؤسس مجلس أعلى للتوثيق يكلف بدراسة كل المسائل ذات الطابع العام المتعلق بالمهنة ، وتؤسس إلى جانب ذلك غرفة وطنية وغرف جهوية للموثقين تعمل كل منهما في حدود الصلاحيات المخولة لها<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثالث : وضعية الكتابة خلال المرحلة الممتدة من 1988 إلى 2006

وهي مرحلة التنظيم الحالي لمهنة التوثيق والعمل بالقانون الساري المفعول ، وهو القانون رقم 02/06<sup>(2)</sup> المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ، حيث صدر هذا التعديل نتيجة للنقائص التي تميز بها قانون 27-88 الذي ألغي بموجب نص المادة (71) من قانون 06-02 وفي هذا الإطار جاء هذا القانون محاولة منه لسد تلك الثغرات وتدارك تلك النقائص التي عرفها القانون السابق.

حيث نص على الحماية القانونية للموثق أي تمتع هذا الأخير بالحصانة ، كما تم استحداث شهادة الكفاءة المهنية كشرط للالتحاق بالمهنة<sup>(3)</sup> ، بعد إجراء تكوين ، وتنظم المسابقة من طرف وزارة العدل التي لها صلاحية تعيين الموثقين بموجب قرار من وزير العدل ، ولا يلتحق بالمسابقة إلا من توافرت فيه شروط المادة من القانون وهو ما عزز الكتابة وكرس قيمتها أيضا.

1- المادتين (37 ، 38) من قانون 27 /88 ج . ر . ج . ج . ع . ج . ع . ج . ع ، المؤرخة في 13 يوليو 1988.

2- ج . ر . ج . ج . ع . ج . ع . ج . ع ، المؤرخة في 08 مارس 2006 .

3- المادة (5) من قانون 02 /06 ، ج . ر . ج . ج . ع . ج . ع ، المؤرخة في 08 مارس 2006 .

## المبحث الثاني

## وسائل الإثبات بالكتابة في التشريع الجزائري

في بادئ الأمر يجب التمييز بين الكتابة كركن شكلي والكتابة كأداة للإثبات، بحيث إذا كانت الكتابة ركن شكلي فهي واجبة في التصرفات القانونية التي يتطلب فيها القانون شكلا خاصا، بمعنى أنها شرط للانعقاد ، أي أن الشكلية في هذا المقام هي ركن من أركان العقد يؤدي تخلفها إلى البطلان المطلق ، أما إذا كانت الكتابة أداة للإثبات فان تخلفها في هذه الحالة لا يؤثر على وجود التصرف القانوني .

وتنقسم وسائل الإثبات بالكتابة إلى محررات عرفية ومحررات رسمية فيتنفكان في أن كلاهما يعتبر من الأدلة المادية لكن يختلفان من عدة نواحي هي الشكل ، الحجية في الإثبات ، والقوة في التنفيذ وهو ما سيتم التطرق له على النحو الآتي .

## المطلب الأول : الإثبات بواسطة المحررات العرفية

سيتم التطرق إلى تعريف المحررات العرفية وإلى الشروط الواجب توافرها فيها وكذا حجيتها في الإثبات وذلك بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع .

## الفرع الأول : تعريف المحررات العرفية

يقصد بالمحررات العرفية أو العقد العرفي ، بأنه عقد يقوم بتحريره أفراد دون تدخل موظف عام وينقسم إلى عقد عرفي معد للإثبات وعقد عرفي غير معد للإثبات<sup>(1)</sup>. ويقصد بها أيضا : تلك المحررات

1- توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، د . ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 2003 ، ص. 101 .

أو الأوراق التي تصدر من ذوي الشأن ، يثبت بها واقعة قانونية موقعة من الشخص الذي يحتج بها عليه بإمضائه أو ختمه أو بصمة أصبعه (1) .

كما تعرف على أنها محررات ، يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل إثبات تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين والشهود إن وجدوا من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص (2) .

ويُعرف العقد العرفي أيضا بأنه السند العادي الصادر من شخص أو عدة أشخاص موقع عليه من طرفهم ومعد لأن يكون دليلا على وجود مضمون العمل القانوني الذي ينطوي عليه (3) . يستنتج أن العقد العرفي هو كل عقد محرر من غير الأشخاص المختصين قانونا ، بمعنى تلك السندات أو الأوراق التي تصدر من الأفراد العاديين .

وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة (327) في ف1 من ق. م. ج. على أنه : « يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه... » (4) ، كما نص المشرع في المادة (326) مكرر 2 أنه يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف ، كما يعتبر العقد عرفي ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه طبقا للمادة (327) من ق. م. ج.

1- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني- الإثبات في المواد المدنية والتجارية - ، د . ط ، دار الهدى ، الجزائر 2011 ، ص. 66 .

2- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، ط. 6 ، دار هومه ، الجزائر ، 2006 ، ص. 17.

3- عصام أنور سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، ط . 1 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 2010 ، ص. 199 .

4- تُراجع المادة 1/327 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ج . ر . ج . ج . ع . 44 ، المؤرخة في 26 يونيو 2005 .

## الفرع الثاني : شروط المحررات العرفية

تنقسم المحررات العرفية إلى محررات عرفية معدة للإثبات ومحررات عرفية غير معدة للإثبات، وهناك شروط يجب مراعاتها في المحررات العرفية المعدة للإثبات سيتم التطرق إليها من خلال الفقرات التالية .

## أولا : الكتابة

يجب أن يتضمن العقد العرفي المعد للإثبات كتابة تدل على الغرض المقصود من تحريره ، وهذا الشرط بديهي بحيث لا يشترط كتابة في ورقة مكتوبة وإنما الغرض أو القصد من ذلك هو أن تدل هذه الكتابة على الغرض المقصود من التعاقد بمعنى ذكر البيانات الجوهرية للتصرف .

وهذه الكتابة لا يشترط فيها شرط معين <sup>(1)</sup> فكل عبارة تدل على المعنى المقصود تصلح لأن تكون دليلا على من وقعها بعد توقيعها، فالقاعدة هي أن تؤدي الكتابة المعنى المراد والمقصود منها حتى تكون دليلا على من وقعها <sup>(2)</sup> دون أن يشترط فيها شرط أو شكل معين .

وقد نص القانون المدني على أن الإثبات ينتج بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ومهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها <sup>(3)</sup>، بمعنى يمكن أن يقوم بالكتابة أي شخص كان وأي وسيلة وأي لغة كانت ، فالمحرر العرفي يخضع لمبدأ الحرية في التحرير لأنه ليس سوى أداة للتعبير عن الإرادة لأصحاب الشأن .

كما يشترط القانون كتابة التاريخ على الورقة العرفية كأصل عام ، لأنه لا يشكل سبب من أسباب البطلان وكاستثناء يوجب ذلك حتى تكون حجة على الغير حسب نص المادة (328) من

1- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص. 68 .

2- عصام أنور سليم ، مرجع سابق ، ص. 202 .

3- تراجع المادة 323 مكرر من القانون رقم 10/05 السابق الذكر .

ق.م.ج.<sup>(1)</sup> ولا حاجة للشهود في الورقة العرفية لكن إذا وجدوا يفيد هذا أمرين اثنين: الأول هو تعزيز النص أو التوقيع، والثاني هو أنه في حال وفاة أحد هؤلاء الشهود فإن هذا يكسب الورقة العرفية تاريخاً ثابتاً من وقت الوفاة<sup>(2)</sup>.

### ثانياً : التوقيع

وهو شرط جوهري في المحررات العرفية لأنه يتضمن قبول الموقع لما هو مدون في الورقة وإعطاء الحجية في الإثبات مثل الرسائل والبرقيات الموقعة تكون لها حجية الأوراق العرفية من حيث الإثبات طبقاً لأحكام المادة (329) من ق.م.ج.

والتوقيع هو الشرط الوحيد في القانون المصري<sup>(3)</sup>، والذي يكون بإمضاء الموقعين من أطراف وشهود إن وجدوا بحيث يشمل أسماء، ألقاب، ختم وبصمة الأصبع، ولا يشترط الاسم المدون في شهادة الميلاد، بل يكفي اسم الشهرة أو الاسم المعتاد التوقيع به<sup>(4)</sup>.

وقد أضاف المشرع الجزائري نوع آخر من التوقيع وهو التوقيع الإلكتروني، بشرط التأكد من هوية صاحبه وأن يكون معد ومحفوظ في ظروف تضمن سلامته، المادة (2/327) والمادة (323) مكرر(01) من ق.م.ج. إذن هناك نوعين من التوقيع، توقيع عادي وتوقيع الكتروني، ويعتبر التوقيع ببصمة الأصبع أكثر ضماناً من الختم لأنه يصعب تزوير البصمة ذلك أنه ثبت علمياً أن البصمات لا تتشابه مطلقاً.

والغالب في التوقيع أن يتم بعد الكتابة لكن أحياناً يكون التوقيع قبل الكتابة وهذا في العلاقات الدائنية مثلاً، كالشيكات التي يوقعها المدين ويسلمها للدائن وهذا ما يعرف بالتوقيع على بياض، مادام

1- سدي العلجة، (السندات المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري)، رسالة ماجستير، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية الجزائر، السنة الجامعية 2011 - 2012، ص. 29.

2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 69.

3- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ط. 3، ج. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2011، ص. 176.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع نفسه، ص. 178.



أن التوقيع يعبر عن موافقة الموقع بما تضمنه المحرر فمن البديهي أن يكون في مكان واضح والذي يكون في نهاية الكتابة، وباستكمال البيانات يكون التوقيع اللاحق مثله مثل التوقيع السابق أي صحيح وملزم، أما إذا كان هناك تجاوز في كتابة البيانات من طرف الدائن أو كتابة على غير ما تم الاتفاق عليه أو ضياع المحرر وجب على المدين إثبات ذلك المادة (323) ق. م. ج. يجب على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه .

### ثالثا : التاريخ الثابت

هو الذي يكسب العقد العرفي حجة على الغير ولا يكون كذلك إلا من يوم تسجيله و ثبوت مضمونه في عقد آخر محرر من قبل موظف عام و التأشير عليه من قبل ضابط عمومي مختص ، ومن يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء . والقصد من هذا الاستثناء هو حماية الغير من خطر تقديم التاريخ في العقود العرفية<sup>(1)</sup> ، وهذه المادة لا تطبق في الحالات التالية :

- إذا كان الغير قد كفلت له حماية بمقتضى نصوص خاصة كتلك المتعلقة بالتسجيل والشهر.
- إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقته مع الواقع.
- لا تطبق أيضا على من يكون طرفا في العقد العرفي لأنه لا يعتبر من الغير.

### الفرع الثالث : حجية المحررات العرفية في الإثبات

سيتم التمييز في ذلك بين مرحلتين أساسيتين هما قبل وبعد صدور قانون التوثيق .

#### أولا : قبل 01 جانفي 1971

قبل صدور قانون التوثيق واشترط المشرع الجزائري مبدأ الرسمية أو الشكلية في مجال التصرفات العقارية .بموجبه ، ساد التعامل بالمحررات العرفية تطبيقا لمبدأ الرضائية ويكون للعقد العرفي حجية سواء

1- عبد الحفيظ بن عبيدة ، مرجع سابق ، ص. 78.

بين أطرافه أو بالنسبة للغير. فبالنسبة للأطراف ، يعتبر العقد العرفي صحيحا عليهم ما لم ينكروه صراحة أو ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط أو إمضاء طبقا لنص المادة (327) ق. م. ج. أما بالنسبة للغير، فلا يكون للعقد العرفي حجية تجاههم إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت <sup>(1)</sup>، أما بالنسبة للعقارات فالأمر كالآتي:

فقد صدر مرسوم بتاريخ 11 مارس 1936 ، قضى بتطبيق أحكام المرسوم الصادر بتاريخ 30 أكتوبر 1935 بالجزائر والمتعلق بـ"تعديل نظام تسجيل الرهون العقارية"، حيث ألزم الأشخاص بشهر عقودهم العرفية لدى محافظة الرهون العقارية وهذا الإجراء يكسب تلك العقود حجية في مواجهة الغير تطبيقا لأحكام المادة (02) من مرسوم 1935 <sup>(2)</sup> ، التي تقضي بشهر العقود العرفية بعد إيداعها لدى الموثق خلال 03 أشهر من تاريخ توقيعها .

إضافة إلى صدور مرسوم آخر بتاريخ 09 فيفري 1947 تعلق بالزامية بشهر العقارات غير المفرنسة أمام نفس المحافظة حتى تكون لها حجية وقوة إثبات تقارب العقود الرسمية <sup>(3)</sup>. وما ميز التصرفات المبرمة بين 1964 و 1970 ألزم بشأنها تقديم الرخصة الادارية من قبل أطرافها والمقدمة لهم من طرف الوالي عملا بأحكام المرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20 جانفي 1964 المتعلق بـ "حرية المعاملات" <sup>(4)</sup>.

عكس التصرفات المبرمة قبل 1964 فلا يشترط بشأنها تقديم الرخصة بل يكفي العقد فقط، وإلى غاية 1970 صدر القانون رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتعلق بـ " قانون التوثيق " والذي يعتبر منعطفاً هاماً في مجال التعاملات العقارية ، إذ بموجب المادة (12) منه تم اشتراط الشكلية

1- تراجع المادة 328 من الامر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج . ر . ج . ج . ع . 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 .

2- عبد الحفيظ بن عبيدة ، مرجع سابق ، ص. 85 .

3- بن زكري راضية ، (حماية الملكية العقارية الخاصة) ، رسالة ماجستير ، جامعة الحاج لخضر باتنة الجزائر ، السنة الجامعية 2010 /2009 ، ص. 49 .

4- عبد الحفيظ بن عبيدة ، مرجع نفسه ، ص. 85 .

كركن للانعقاد تحت طائلة البطلان، وخاصة بتبني الجزائر نظام الشهر العيني بموجب الأمر رقم 75-74<sup>(1)</sup> المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن "إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري" وكذا المرسمين التنفيذيين اللاحقين له على التوالي 62-76 و 63-76<sup>(2)</sup> المؤرخين في 25 مارس 1976، أدى هذا إلى تدخل السلطة التنفيذية لتصحيح العقود العرفية ثلاثة مرات كالتالي: <sup>(3)</sup>

1- صدر منشور رئاسي بتاريخ 30 جوان 1976 جاء لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ المبرمة قبل 05 مارس 1974 وهو تاريخ تطبيق قانون الاحتياطات العقارية، جاء بإجراءات خاصة تمثلت في تكليف المحاكم بإجراء تحقيقات حول صحة البيوع ومدى توافر أركانها<sup>(4)</sup>، وهذا المنشور لم يأخذ بعين الاعتبار الأمر رقم 70-91، كما لم يعطي مدة لتصحيح تلك البيوع العقارية.

2- صدر سنة 1980 مرسوم تحت رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980 الذي عدل المرسوم التنفيذي رقم 76-63<sup>(5)</sup> المتعلق بتأسيس السجل العقاري السالف الذكر، حيث أصبحت المادة (03) منه المادة (89) من المرسوم 76-63 والتي نصت على ما يلي<sup>(6)</sup>: « تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة (88) أعلاه. عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل والذي يتم تطبيقا للمواد (08 إلى 18) من هذا المرسوم. عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971 ».

بمعنى العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 01 مارس 1961 تكتسب صبغتها الشرعية وعلى إثر ذلك تعفى من الإشهار المسبق المنصوص عليه في المادة (88) من نفس المرسوم، وتثبت هذه

1- ج . ر . ج . ج . ع . 52 ، المؤرخة في 18 نوفمبر 1975 .

2- ج . ر . ج . ج . ع . 30 لسنة 1976 .

3- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 20 .

4- بن زكري راضية ، مرجع نفسه ، ص. 50 ، حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع نفسه ، ص. 22-23 .

5- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع نفسه ، ص. 20 .

6- مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط.3 ، دار هومه ، 2011 ، ص. 92-93 .

العقود من طرف المحاكم بعد تقديم إسهاد من البلدية من قبل الأطراف يثبت أن العقارات لا تدخل ضمن صندوق الثورة الزراعية والاحتياطات العقارية<sup>(1)</sup>.

**3-** صدر في سنة 1993 صدر المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 مايو 1993 المعدل والمتمم للمرسوم 63-76 السالف الذكر . تم بموجبه إعطاء العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 1 يناير 1971 الصبغة الرسمية بتمديد الفترة من 1 مارس 1961 إلى 1 يناير 1971 .

حيث يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير العقد بشأنها بالإضافة إلى إعفائها من إيرادات الشهر المسبق، أما بالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ فإن إثبات حجيتها لا يكون إلا عن طريق القضاء طبقاً لأحكام المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 29 مارس 1994<sup>(2)</sup>.

#### ثانياً: بعد 01 جانفي 1971

صدر قانون التوثيق كما سبق القول بتاريخ 15 ديسمبر 1970 ، الساري المفعول بدءاً من 1 جانفي 1971 ، ثم بموجبه إخضاع جميع المعاملات العقارية للرسمية تحت طائلة البطلان ، طبقاً للمادة (12) منه والمادة (324) مكرر<sup>(3)</sup> من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988 المتضمن تعديل و تتممة القانون المدني .

يعني أن العقود الرسمية أصبحت الوسيلة الوحيدة لإثبات الملكية العقارية ، وتم إبعاد العقود العرفية من دائرة التعامل في هذا المجال ، وبالتالي فإن العقود المبرمة المنصبة على العقار في حال عدم إخضاعها للشكلية المطلوبة قانوناً تصبح باطلة بطلاناً مطلقاً ولا ترتب سوى التزامات شخصية كون أن الأمر يتعلق بركن من أركان العقد وهو الشكلية .

1- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 21-22-23 .

2- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع نفسه ، ص. 24 .

3- ج . ر . ج . ج . ع . 18 ، المؤرخة في 04 مايو 1988 .

أما بالنسبة للواقع العملي بقي بعيدا كل البعد عن مقتضيات قانون التوثيق واستمر العمل بال عقود العرفية من قبل الجهات القضائية التي اعترفت لها بالحجية<sup>(1)</sup>.

### المطلب الثاني : الإثبات بواسطة المحررات الرسمية

بعد صدور قانون التوثيق أصبحت المحررات الرسمية وسيلة الإثبات الوحيدة للملكية العقارية أو ما يطلق عليها بأدلة الإثبات ذات القوة المطلقة، خاصة إذا تعلق الأمر بمسألة انتقال هذه الملكية من صاحبها إلى الغير طبقا لنص المادة (324) مكرر ق. م. ج . وعليه سيتم التطرق إلى تعريف المحررات الرسمية و الشروط الواجب توافرها فيها حتى تكون دليلا للإثبات ثم حجيتها في ذلك .

#### الفرع الأول : تعريف المحررات الرسمية

عُرّف العقد الرسمي في نص المادة (324) ق. م. ج . على أنه ذلك العقد الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه من ذوي الشأن طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه .

والعقود الرسمية ثلاثة أنواع توثيقية، إدارية، قضائية، ومن نص المادة (324) من ق. م. ج . يفهم أن هناك شروط يجب توافرها في المحررات الرسمية حتى تصلح لأن تكون دليلا مطلقا في الإثبات و التي سيتم التطرق لها على النحو الآتي .

#### الفرع الثاني : شروط المحررات الرسمية

أولا : شرط صدور المحرر من قبل الأشخاص المؤهلين قانونا بإعداده (معيار شخصي)

بمعنى صدور المحرر من قبل أشخاص ينسب إليهم هذا المحرر<sup>(2)</sup> وهؤلاء الأشخاص هم :

1- بن زكري راضية ، مرجع سابق ، ص. 50 - 51 .

2- توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، د . ط ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، 2003 ، ص. 82 .

## 1- الموظف العام :

وهو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أملاك الدولة،  
الوالي.... الخ<sup>(1)</sup>.

وهو أيضا كل من يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية بغض النظر عن الأسلاك التي ينتمي إليها  
ويخضع لقانون الوظيفة العمومية كموظف الجماعات المحلية<sup>(2)</sup>.

وبتعبير المادة (05) من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 جويلية 1985 المتضمن القانون  
الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية أنه : "تطلق على العامل الذي يثبت في  
منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية تسمية موظف"<sup>(3)</sup>.

كذلك يقصد بالموظف العام : كل من يعهد إليه بنصيب من السلطة يزاوله في أداء العمل  
الذي أنيط به أداءه سواء أكان هذا المنصب قد أسبغ عليه من السلطة التشريعية في الدولة أو السلطة  
التنفيذية أو القضائية ويستوي في ذلك أن يكون تابعا مباشرة إلى إحدى تلك السلطات أو أن يكون  
موظف بمصلحة تابعة لإحداها<sup>(4)</sup>. ويتنوع الموظفون العموميون تبعا لما يقومون به من أعمال .

## 2- الضابط العمومي :

هو كل شخص حامل لأختام الدولة، له صلاحية إعداد مختلف المحررات حيث تكتسي بذلك  
الصفة الرسمية مثل المحضر القضائي والموثق<sup>(5)</sup>. وهو أيضا كل شخص يخول له القانون سلطة تصديق

1- حمدي باشا عمر ، نقل للملكية العقارية ، ط.2013 ، دار هومه ، الجزائر ، ص. 153.

2- زروق يوسف ، (حجية وسائل الإثبات الحديثة) ، أطروحة الدكتوراه ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر ، السنة  
الجامعية 2012/2013 ، ص. 33.

3- دوة آسيا ، رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، ط.3 ، دار هومه ، الجزائر  
2011 ، ص. 37.

4- عصام أنور سليم ، مرجع سابق ، ص. 141.

5- دوة آسيا ، رمول خالد ، مرجع نفسه ، ص. 37.

وإضفاء الرسمية على العقود والوثائق كالمحضر القضائي طبقا لنص المادة (04) من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتضمن "تنظيم مهنة المحضر القضائي" (1).

بالإضافة إلى الموثق طبقا لنص المادة (03) من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فيفري 2006 المتعلق بـ تنظيم مهنة التوثيق : "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة". وفي مجال نقل الملكية العقارية يشترط في العقد أن يحرر أمام الموثق بالنسبة للعقارات التابعة للأفراد، وبمعية مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة لهذه الأخيرة (2).

### 3- شخص مكلف بأداء خدمة عامة:

وهو من يقوم بعمل أو خدمة عامة لحساب السلطة العمومية ووفقا للقوانين واللوائح والأنظمة (3)، كرؤساء المجالس الشعبية البلدية والخبراء .

### ثانيا : شرط السلطة والاختصاص

والمقصود بذلك أنه لا يكفي لصحة المحرر الرسمي تحريره من طرف موظف عام بل يجب أن يكون هذا الموظف مختصا بكتابته من حيث الموضوع ، أي له الولاية والأهلية في قيام المحرر (4)، أما بالنسبة للاختصاص وهو ولاية الموظف في تحرير العقد من حيث الموضوع، المكان والزمان .

### 01- الاختصاص الموضوعي:

يستوجب أن يكون الموظف أهلا لكتابة المحرر ولا تتوفر فيه حالة من حالات المنع أو التنافي المنصوص عليها في القانون رقم 06-02 السالف لذكر، كتلقي العقود التي يكون فيها طرفا أو ممثلا أو

1- زروق يوسف ، مرجع نفسه ، ص. 33.

2- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص. 154.

3- عصام أنور سليم ، مرجع سابق ، ص. 142.

4- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص. 121-122 .

وكيلا وكذا العقود التي تتضمن تدابير لفائدته، أو العقود التي يكون فيها أقرباء الموثق أو أصهاره شهودا، أو أن يكون عضوا في البرلمان أو المجالس الشعبية المحلية أو ممارسة أي مهنة حرة أو خاصة .

## 2- الاختصاص الإقليمي :

لكل موظف اختصاص إقليمي ، ولا يجوز له أن يباشر عمله إلا في دائرة اختصاصه ، فلا يجوز بموظف مكتب التوثيق في مدينة قسنطينة مثلا أن يقوم بتوثيق في مدينة عنابة ، غير أنه يمكن لأصحاب الشأن التقدم أمام أي مكتب لتوثيق عقودهم بحيث لهم الحرية في ذلك . والأصل أن يكون التوثيق كذلك بمكتب التوثيق بالذات إلا في حالات كالمرض ، العجز أو المسنين يمكن للموثق عندئذ التنقل .

## 3- الاختصاص الزماني :

بمعنى يجب أن تكون ولاية الموظف وسلطة الموظف قائمة وقت تحرير العقد، ولا يكون في حالة غياب أو في حالة إيقاف أو عزل أو حصول مانع مؤقت طبقا للمادتين (33 و 54) من القانون 02-06 المتعلق بمهنة التوثيق .

## ثالثا : شرط مراعاة الأوضاع التي قررها القانون

قرر القانون لكل نوع من المحررات الرسمية شكلا معيننا خاصا به يجب على الموظف المختص احترامه عند تحرير المحرر حتى يتسم هذا الأخير بالصفة الرسمية، وقد ورد في نص المادة (324) مكرر2 من ق. م. ج . أنه توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود ويؤشر على ذلك الضابط العمومي، كما يبين هذا الأخير تصريحات الأطراف أو الشهود ممن لا يعرف أولا يستطيع التوقيع ، فضلا عن ذلك في حال جهل الحالة المدنية للأطراف يستعين الضابط العمومي بشاهدين بالغين خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود الاحتفالية طبقا لنص المادة (324) مكرر03 من ق. م. ج . مثل الوصية ، الهبة والوقف .

أما بالنسبة للعقود الناقلة أو المعلنة عن الملكية العقارية يجب على الضابط العمومي تبيان ما يتعلق بذلك كطبيعة، حالات، مضمون، حدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية طبقا لنص المادة (324) مكرر 04 من نص القانون . بالإضافة إلى أشكال



أخرى كتلك المنصوص عليها في قانون "تنظيم مهنة التوثيق" رقم 06-02 في الفصل السادس منه "أشكال العقود التوثيقية ومضمونها" في المواد من (26 إلى 32) ومثال على ذلك :

- تحرير العقود باللغة العربية و أن يكون النص واضحا وسهل القراءة .

- المصادقة من قبل الموثق ، الأطراف والشهود.

- ذكر البيانات اللازمة كـ : الاسم ، اللقب ، تاريخ ومكان الولادة ، الموطن ، تاريخ تحرير العقد والتوقيع .

وتجدر الملاحظة أنه في حال تخلف هذه الشروط، يصبح المحرر الرسمي باطلا مع إمكانية تحوله إلى محرر عرفي طبقا لأحكام المادة (326) مكرر 02 من ق. م. ج. التي أكدت على أنه يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف .

### الفرع الثالث : حجية المحررات الرسمية في الإثبات

سيتم التطرق إلى حجية المحررات الرسمية في الإثبات من حيث الأشخاص أولا ، ثم من حيث المضمون ثانيا .

#### أولا : بالنسبة للأشخاص

ورد في نص المادة (324) مكرر 05 من ق . م . ج. على أن ما ورد في العقد الرسمي يعتبر حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا عبر كامل التراب الوطني . بالإضافة إلى نص المادة (324) مكرر 07 من ق . م . ج . التي أكدت على أنه ، يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف.

يُفهم من ذلك أن المشرع الجزائري لم يضيّق حجية العقد الرسمي بين طرفيه فقط بل يتسع الأمر للكافة<sup>(1)</sup>، و عليه لا يجوز لشخص أن ينكر ما جاء في العقد الرسمي ما عدا الطعن بالتزوير.

### ثانيا : بالنسبة للمضمون

يفرق بالنسبة لما ورد في المحررات الرسمية بين نوعين من البيانات، بيانات تكون للمحركات الرسمية ولا يطعن فيها إلا بالتزوير<sup>(2)</sup>، وهي تلك البيانات التي يقوم بها الأشخاص المؤهلين قانونا بذلك كما تمت الإشارة مسبقا، وبيانات صادرة من ذوي الشأن .

#### 1- حجية البيانات الصادرة من الأشخاص المؤهلين قانونا بذلك :

كما سبق القول تعتبر البيانات الواردة في العقد الرسمي والصادرة من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بأداء خدمة عامة ، بيانات قاطعة لها حجية على الكافة ، ولا يطعن فيها إلا بالتزوير كالبيانات المتعلقة بإتمام الإجراءات التي يتطلبها القانون من أسماء ، تواريخ و توقيع . كذلك يشمل هذا النوع من البيانات ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف العام، كإقرار المؤجر أنه تسلم قيمة الإيجار<sup>(3)</sup>، أي البيانات التي تتعلق بموضوع المحرر بالذات .

#### 2- حجية البيانات الصادرة من ذوي الشأن :

هي بيانات عادية ، لا يمكن الطعن فيها بالتزوير، وإنما يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية، شأنها في ذلك شأن أي محرر كتابي، أي هي تصريحات الأطراف المتعاقدة الصادرة على مسؤوليتهم ، وهي بذلك تختلف عن تلك المدونة من قبل الضابط العمومي مثلا والتي لها حجية مطلقة أما هذه التصريحات ليس لها تلك الحجية وبالتالي لا ضرورة للطعن فيها بالتزوير.

1- زروق يوسف ، مرجع سابق ، ص. 40 .

2- توفيق حسن فرج ، مرجع سابق ، ص. 91 .

3- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص. 58- 59 .

فمثلا إذا أقر المؤجر أنه قبض الأجرة من المستأجر يدون هذا من قبل الموثق لأنه وقع في حضوره فلا يجوز جرده، ولكن هذا البيان لا تلحقه الرسمية لأن الموثق لم يتحقق من الواقعة كونها لم تقع في حضوره<sup>(1)</sup>، وإنما دون هذا بناء على تصريحات الأطراف والتي يجوز إثبات حكمها.

---

1- محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، ص. 60 .

## المبحث الثالث

## الإثبات الإلكتروني في التشريع الجزائري

ورد في نص المادة (323) مكرر 01 من ق. م. ج. على أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني يعتبر كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن حفظها وسلامتها .

وقد جاء هذا النوع من الكتابة أو ما يسمى بالإثبات الحديث مسايرة للتكنولوجيا والتطور المعاصر خاصة بظهور نظام الحاسوب الآلي الذي أصبح يستعمل وبكثرة في المعاملات اليومية نظرا لما يتسم به من سرعة وحادثة ومستوى فني رفيع وواقع علمي حديث في إثبات مختلف المعاملات المدنية والتجارية .

ولمعرفة مدة حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات باعتبارها واقعا فرض نفسه ، يجب التعرف أولا إلى ماهيتها والشروط المتطلبة قانونا فيها باعتبارها دليلا في الإثبات من خلال المطالب التالية .

## المطلب الأول : ماهية المحرر الالكتروني

لمعرفة ما المقصود بالمحرر الإلكتروني يجب التطرق إلى الاعتراف التشريعي بهذا المحرر ، ثم إلى تعريف هذا المحرر وأخيرا إلى شروطه حتى يصلح لأن يكون دليلا كتابيا .

## الفرع الأول : اعتراف المشرع الجزائري بالمحررات الإلكترونية

على غرار التشريعات العربية الأخرى تم الاعتراف والأخذ بالمحررات الإلكترونية كأدلة إثبات حديثة في القانون من قبل المشرع الجزائري . إلا أن اعترافه جاء متأخرا مقارنة بالتشريعات العربية الأخرى فيما يتعلق بتغييرات الدليل الكتابي الذي كان يركز على الدعامة الورقية فقط ليتحول إلى الأخذ بالدعامة الالكترونية .

لكنه لم يصدر قانونا خاصا بذلك بل اكتفى بتطوير القواعد العامة في الإثبات ، وذلك في المادتين (323) مكرر 01 و(327) من ق.م.ج. ، كما اعترف بشكل غير مباشر في القانون رقم 02-05 المعدل للقانون التجاري حيث أجاز إمكانية التقدم المادي للسفحة للوفاء بأي وسيلة تبادل الكترونية حسب نص المادة (414) . ونفس الأمر يكون بالنسبة للشيك، بإضافة إلى النص على بطاقتي السحب والدفع الإلكترونيين وذلك في المادة (543) مكرر 23 ومكرر 24<sup>(1)</sup> . بالإضافة إلى الأخذ بالإثبات الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية وذلك بموجب المرسوم الرئاسي 10-236 الصادر بتاريخ 07 أكتوبر 2010 .

### الفرع الثاني : مفهوم المحررات الالكترونية

سيتم التركيز على التعاريف التي أعطتها التشريعات للمحررات الإلكترونية خاصة المشرع الجزائري وكذا التعاريف التي منحها الفقه والاتفاقيات الدولية لهذه المحررات من خلال الفقرات الآتية.

#### أولا : تعريف المشرع الجزائري للمحررات الإلكترونية

لم ينص المشرع الجزائري على تعريف الكتابة الالكترونية عكس التشريعات العربية الأخرى، وإنما اقتصر دوره على تعريف الكتابة العادية وذلك بموجب المادة (323) مكرر من ق.م.ج. حيث ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أوصاف أو أرقام أو علامات أو رموز لها معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها وكذا طرق إرسالها . ولعل إغفال هذه المسألة يعود لكون الكتابة أمر مألوف لدى العام والخاص<sup>(2)</sup> ، لكنه بصفة عامة اعترف بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين من خلال نص المواد (323) مكرر 01 و(327) من ق.م.ج.

1- زروق يوسف ، مرجع سابق ، ص. 172 - 173 .

2- طمين سهيلة ، (الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية) ، رسالة ماجستير ، جامعة مولود معمري تيزي وزو الجزائر ، السنة الجامعية 2011 ، ص. 72 .

ثانيا : تعريف الفقه للمحركات الإلكترونية<sup>(1)</sup>

وردت عدة تعاريف للمحركات الإلكترونية كالتالي :

- 1- ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء أكان ورقيا أم غير ذلك من الوسائل الإلكترونية .
- 2- معلومات إلكترونية ، ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها من المكان المتسلمة فيه .
- 3- البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل الكترونية ، سواء أكانت من خلال شبكة الإنترنت أم من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية .

## ثالثا : تعريف الاتفاقيات الدولية للمحركات الإلكترونية

- 1- اتفاقية نيويورك المتعلقة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع سنة 1972 ، حيث نصت في المادة (09) على أنه: "مصطلح كتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس"<sup>(2)</sup>.
- 2- اتفاقية فيينا المتعلقة بالنقل الدولي للبضائع سنة 1980 : حيث نصت المادة (13) على أنه : "يشمل مصطلح كتابة في حكم هذه الاتفاقية : الرسائل البرقية والتلكس"<sup>(3)</sup>.
- 3- اتفاقية الأمم المتحدة لعام 2005 المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية ، حيث نصت مادتها الـ 04 على أنه : "الخطاب الإلكتروني يتبادله الأطراف فيما ينظم بواسطة رسائل البيانات..."<sup>(4)</sup> .

1- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية-دراسة مقارنة- ط.1 ، دار الثقافة ، عمان الأردن ، 2006 ، ص. 205 .

2- طمين سهيلة ، مرجع سابق ، ص. 73 .

3- زروق يوسف ، مرجع سابق ، ص. 165 .

4- زروق يوسف ، مرجع نفسه ، ص. 166 .

## الفرع الثالث : شروط المحررات الالكترونية

وفقا لنص المادة (323) مكرر 01 من ق. م. ج. التي نصت على أنه، حتى يعتد بالكتابة في الشكل الإلكتروني يجب التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وعليه سيتم التطرق لهذه الشروط كالاتي .

## أولا : الكتابة وإمكانية قراءتها

يعطي نظام الإثبات في القانون المدني الجزائري أفضلية للكتابة ، بحيث يشترط لقيام المحرر قانونا هو أن يكون مكتوبا حتى يتم قبوله كدليل إثبات والمشرع لم يشترط دعامة أو وسيط معين للكتابة، بمعنى أن المشرع ركز على الوظيفة التي تؤديها الكتابة في إعداد الدليل ، وعليه يجب أن يكون هذا الدليل مكتوبا أي يتضمن كتابة مثبتة لتصرف قانوني أو أن يكون موقعا من الشخص المنسوب إليه الدليل.

وحتى يمكن اعتبار الوثيقة الناتجة عن معلومات الكترونية دليلا كتابيا فانه يتم اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط الكترونية من خلال ومضات كهربائية تحول إلى اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي<sup>(1)</sup>.

أي أن المعلومات تدون على وسائط بلغة الآلة ، وترجم إلى الإنسان وفقا لبرامج لها القدر على ذلك لتقرأ باستخدام الحاسب الآلي وعليه يجب أن يكون المحرر مقروء وبالتالي يجب أن يكون مدونا، أي يجب أن تسطر الكتابة الإلكترونية في حروف يشكل واقعا ماديا ظاهرا يعبر عن معنى كامل أو أفكار مترابطة صادرة من أشخاص منسوب إليهم ذلك .

بمعنى أن الكتابة الإلكترونية تكون في شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، ثم طباعتها إما على أوراق أو أقراص ممغنطة ، يرتبط بها ما يسمى بالمصنفات الرقمية تتكون من رقمين ( 0 و 1) تعالج المعلومات معالجة رقمية يفهمها الحاسب ويقوم بترجمتها إلى حروف وكلمات<sup>(2)</sup>.

1- مناني فراح ، أدلة الإثبات الحديثة في القانون ، د. ط ، دار الهدى ، الجزائر ، 2008 ، ص. 180 .

2- محمد فواز المطالقة ، مرجع سابق ، ص. 206-207 .

والكتابة الإلكترونية طبقا للقانون المصري هي: كل حروف أو رموز أو علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية وتعطي دلالة قابلة للإدراك، بمعنى أن الكتابة الإلكترونية تقرأ بطريقة غير مباشرة وذلك باستعمال وسيط آلي<sup>(1)</sup>، وهي أيضا مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية، يسهل قراءتها عن طريق استخدام آلة مخصصة لذلك<sup>(2)</sup>.

### ثانيا : إمكانية التأكد من هوية مصدرها

والمقصود بهذا الشرط هو أن تدل الكتابة الإلكترونية وبوضوح على الشخص الذي صدرت منه أي هوية وشخصية المصدر، بحيث يجب تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الإلكتروني الذي يتحمل الالتزامات ويجني الحقوق المترتبة على ذلك باعتبار أن آثار العقد تنصرف إلى عاقيه. ويتم التعرف على هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة من خلال التوقيع الإلكتروني الذي يؤدي نفس الوظيفة التي يؤديها التوقيع التقليدي وهي التدليل على الموقع الذي حرر أو وافق أو صدر منه العقد.

والمقصود بالتوقيع الإلكتروني هو عبارة عن بيانات تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات تكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي لها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الموقع وتميزه عن غيره وله صور كالرقم السري و التوقيع البيومتري والتوقيع بالقلم الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

كذلك يقصد بالتوقيع الإلكتروني أو الرقمي، إجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر بأن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن وسري يمنع استعماله من قبل الغير ويعطي الثقة في أن صدوره يفيد أنه بالفعل صدر من صاحبه<sup>(4)</sup>.

1- زروق يوسف، مرجع سابق، ص. 177.

2- مناني فراح، مرجع سابق، ص. 182.

3- محمد عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت - دراسة مقارنة-، ط. 2، دار الثقافة، عمان-الأردن، 2001، ص. 193 وما بعدها.

4- مناني فراح، مرجع نفسه، ص. 185.



## ثالثا : إمكانية حفظها لضمان سلامتها

إن الغرض من إقامة الأدلة هو الرجوع إليها واستخدامها وقت الحاجة خاصة في نشوب الخلافات من أجل استيفاء الحقوق المتنازع فيها، ولذا يشترط في تلك الأدلة استمرارها ودوامها . وتتقرر قوة المحرر في الإثبات بمدى سلامته من أي عيب يؤثر في شكله الخارجي ويختلف ذلك بين الوسائط التقليدية والوسائط الالكترونية ، فبالنسبة للأولى تثبت في أوراق عادية ، أما الثانية فتثبت في وسائط تقنية بحتة .

من بين هذه الوسائط : الأقراص الممغنطة ، برامج الـ PDF ، شهادات التصديق الإلكتروني<sup>(1)</sup>، الأقراص المرنة ( CD-DVD ) وظهر مؤخرا نوع جديد لحفظ البيانات واسترجاعها يسمى بـ Flache Disk<sup>(2)</sup> .

وقد نص على هذا الشرط ، المشرع التونسي في المادة (04) من القانون رقم 83/2000 حيث ألزم كل من المرسل والمرسل إليه بحفظ الوثيقة الالكترونية على حامل إلكتروني يتيح الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها وحفظها في شكلها النهائي بصورة تضمن سلامتها وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها وجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها<sup>(3)</sup> .

كما نص عليه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85/2001 وذلك في المادة (08)<sup>(4)</sup> منه والتي جاء فيها : "يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية :

1- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها .

1- زروق يوسف ، مرجع سابق ، ص. 185 .

2- محمد فواز المطالقة ، مرجع سابق ، ص. 213-2014 .

3- أمين فرج يوسف ، التوقيع الإلكتروني ، د . ط ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2008 ، ص. 205 .

4- أمين فرج يوسف ، مرجع نفسه ، ص. 189 .

2- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم فيه إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه..."

يفهم من هذا كله، هو إمكانية الاحتفاظ بالمحررات الالكترونية واسترجاعها وقت الحاجة بشرط الاحتفاظ بشكلها الأصلي الذي نشأت به والمتفق عليه بين الأطراف، كذلك يعتبر من قبل حفظ المحررات الالكترونية وحفظ سلامتها عدم حصول تغيير فيها وذلك بعدم الحو أو التحشير أو التعديل أو إدخال معلومات أخرى عليها .

### المطلب الثاني : حجية احرر الإلكتروني في الإثبات

سيتم التطرق في هذا المقام إلى حجية التوقيع الإلكتروني وحجية أصل المحرر الإلكتروني وصوره في الإثبات .

### الفرع الأول : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

تدخل المشرع في كثير من الدول المعاصرة ليضفي على المحرر الإلكتروني ذات الحجية المقررة للمحرر العرفي<sup>(1)</sup>، وباستقراء نص المادة (323) مكرر<sup>1</sup> من ق.م. ج. فإن يشترط للأخذ بالكتابة في الشكل الإلكتروني توافر شرطين أساسيين هما : إمكانية التعرف على هوية الشخص المصدر لهذه الكتابة ويتم ذلك من خلال التوقيع ، وأن تكون هذه الكتابة محفوظة في ظروف تضمن سلامتها ، وهذا كما سبق القول حتى يسهل الرجوع إليها وإقامتها كدليل وقت الحاجة .

وقد ورد في نص المادة (327) ف2 من ق.م. ج. أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا لشروط المادة (323) مكرر<sup>1</sup> وهي الشروط المبينة أعلاه ، بمعنى أعطية ذات الحجية للتوقيع على الورق للتوقيع الإلكتروني .

1- نبيل صقر ، مكاري نزيهة ، الوسيط في القواعد الإجرائية الموضوعية للإثبات في المواد المدنية ، ط. 2009 ، دار الهدى ، الجزائر ، ص. 275 .

ذلك أنه من أهم وظائف التوقيع الإلكتروني هي تحديد هوية الشخص الموقع وتحديد الوثق الذي تم توثيقه من قبل سلطات التوثيق المعتمدة قانوناً، الأمر الذي يمنح الثقة للأطراف في تحديد هوية المتعاقد، وبالتالي توفير الأمان التقني المطلوب في المعاملات الإلكترونية<sup>(1)</sup>. وقد استقر الفقه القانوني على أن للتوقيع بشكل عام وظيفتين رئيسيتين هما: تحقيق الشخصية أي تحديد هوية الشخص، والتعبير عن الرضا بمضمون ما تم التوقيع عليه، بمعنى أن التوقيع على المحرر يعتبر إقراراً بما هو مدون بهذا المحرر بل دليلاً بما هو مدون في هذا المحرر، بل ودليلاً مادياً مباشراً على حصول الرضا في إنشائه مما ينطوي على معنى الجرم بأن السند صادر عن الشخص الموقع<sup>(2)</sup>.

والقانون يتطلب أن يكون التوقيع الإلكتروني موثقاً من أجل اكتسابه للقيمة والحجية القانونية، ويكون ذلك بتدخل طرف ثالث محايد مراقب من قبل الدولة، يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو جهة التوثيق، حيث يهدف إلى تأمين المعاملات الإلكترونية والتعامل بالتوقيع الإلكتروني<sup>(3)</sup>.

وقد أخذ بهذا المشروع الأردني، غير أنه لم يبين جهة التوثيق الإلكتروني عكس المشروع التونسي الذي يبين ذلك في الفصل الثامن من القانون رقم 200-83 والتي تسمى بـ "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية"، وهذه الجهة هي المختصة بمنح شهادة التوثيق الإلكترونية<sup>(4)</sup>.

أما بالنسبة للمشروع الجزائري فقد تطرق لجهة التوثيق الإلكتروني بصفة عرضية، وذلك بموجب المادة (03) من المرسوم رقم 07-162 المؤرخ في 30 مايو 2007 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية المعدل والمتمم للمرسوم رقم 01-123 المؤرخ في 04 مايو 2001 بنصه<sup>(5)</sup> "كل شخص بمفهوم المادة (8/8) من قانون 2000-03 المتعلق بالقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات

1- محمد عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص. 68.

2- محمد عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص. 200-201.

3- طمين سهيلة، مرجع سابق، ص. 78-79.

4- أمين فرج يوسف، مرجع سابق، ص. 206.

5- طمين سهيلة، مرجع نفسه، ص. 79.

السلكية واللاسلكية المؤرخ في 05 أوت 2000 ، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوثيق الإلكتروني " .

### الفرع الثاني : حجية أصل المحرر الإلكتروني وصوره

و في هذا السياق سيتم التطرق للتجربة الفرنسية الرائدة في الاعتراف بالكتابة الإلكترونية الرسمية<sup>(1)</sup> ، حيث يجب التفرقة بين أصل المحرر الإلكتروني الرسمي وبين صورته ، ذلك أن الكتابة الإلكترونية تقضي بأن النسخة هي تكرار تام لأصلها ، بمعنى في حالة كتابة المحرر أو محتوى التصرف القانوني على دعائم أو وسائط إلكترونية ثم نسخه أو طباعته إما في نسخ ورقية أو أقراص مضغوطة كما سبق القول ، فكل نسخة من هذه النسخ ومهما تعددت تعتبر نسخة أصلية .

وقد نص على هذا المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 2004-15 في المادة (16) منه على أنه :<sup>(2)</sup> " الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي ، حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر ، وذلك مادام المحرر الإلكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الإلكترونية " . أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة حجية صور المحرر الإلكتروني بالرغم من إقراره المساواة بين الكتابة الخطية أو التقليدية والكتابة الإلكترونية<sup>(3)</sup> .

1- زروق يوسف ، مرجع سابق ، ص. 203 .

2- أمين فرج يوسف ، مرجع سابق ، ص. 141 .

3- زروق يوسف ، مرجع نفسه ، ص. 205 .

وعليه ، من خلال عرض مختلف المراحل التي مرت بها الكتابة إلى ما وصلت إليه اليوم، باعتبارها من الأدلة القاطعة في إثبات مختلف المعاملات بين الأفراد في المجتمع ، خاصة إذا تعلق الأمر بالعقار، باعتبار هذا الأخير قطاع استراتيجي مرتبط أساسا بالجانب الاجتماعي والاقتصادي للفرد .

ومسألة إثبات الملكية العقارية في القانون الجزائري مرت بمرحتين أساسيتين هما : قبل صدور قانون التوثيق، حيث ساد التعامل بالمحررات العرفية، وفي كافة المجالات ، ثم بعد قانون التوثيق الذي ألزم واشترط في المعاملات العقارية خصوصا الرسمية تحت طائلة البطلان مما استوجب إما استبعاد المحررات العرفية من دائرة التعامل العقاري أو تصحيحها وفقا للقانون الساري المفعول حاليا .

كما ظهر نوع جديد من الإثبات ، وهو الإثبات الإلكتروني الذي مس جانبا من المعاملات في الحياة المعاصرة بما فيها المعاملات العقارية ، حيث نص عليه المشرع في القانون المدني في جانب إثبات الالتزام . ما يفهم أنه تم الأخذ بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين كما سبق القول ، غير أن المشرع لم يتعمق في هذه المسألة ويصدر نصوصا قانونية في صلب الموضوع وإنما اكتفى فقط بتطوير قواعد الإثبات .

ولكن مع تسارع وتيرة التطور خاصة في المجال التكنولوجي بات أمرا محتوما تغيير الأوضاع لمواكبته أي إعادة النظر في قواعد الإثبات لاستيعاب هذا التطور للتمكن في الأخير من المحافظة على الملكية العقارية التي تربط بينها وبين الإنسان علاقة روحية وليست مجرد قيمة مالية .

## الفصل الثاني

# التصرفات القانونية الواردة على العقار الموجبة للكتابة

تمهيد:

بعد صدور قانون التوثيق بتاريخ 15 ديسمبر 1970 ، والذي دخل حيز التنفيذ ابتداءً من أول جانفي 1971 ألزمت المادة (12) منه إخضاع جميع التصرفات المنصبة على العقار للرسمية أي استيفاء ركن الكتابة تحت طائلة البطلان . والتصرفات المنصبة على العقار كثيرة ومتنوعة ، سواء تعلقت بالحق العيني العقاري الأصلي ، أو بالحقوق العينية العقارية التبعية المتفرعة عنه ، فمنها ما يؤدي إلى نقل الملكية العقارية من شخص لآخر سواء صدر بإرادتين أو بإرادة منفردة كعقد البيع أو الوصية ، ومنها ما يؤدي إلى الإقرار بهذه الملكية العقارية كعقدي القسمة والصلح . بالإضافة إلى وجود تصرفات تؤدي إلى إنشاء حقوق عينية عقارية تبعية كانت أو شخصية ترد على الحق العقاري الأصلي وهو حق الملكية كالرهن مثلاً أو الإيجار . وما هو مشروط في هذه العقود هو أن تكون رسمية ، بمعنى صدورها إما من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بأداء خدمة عامة ، وذلك في حدود السلطة والاختصاص . وعليه سيتم التطرق إلى مختلف هذه التصرفات ودور الكتابة فيها من خلال تقسيم هذا الفصل إلى المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : التصرفات الناقلة للملكية العقارية .

المبحث الثاني : التصرفات المقررة للملكية العقارية .

المبحث الثالث : التصرفات المنشئة للحقوق العينية العقارية .

## المبحث الأول

## التصرفات الناقلة للملكية العقارية

يقصد بالتصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث آثار أو نتائج قانونية معينة ، وإذا كان هذا التصرف يهدف إلى نقل الملكية العقارية فإنه إما أن يصدر عن إرادتين ، وإما أن يصدر عن إرادة واحدة ، كما يمكن أن يكون بعوض أي لقاء مقابل و أن يكون بدون عوض أي دون مقابل .

وقد اشترط القانون في العقود المتعلقة بنقل ملكية العقار أو الحقوق العقارية أن تحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ودفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد ، طبقا لنص المادة (324) مكرر 1 من ق. م. ج . والمقصود بالشكل الرسمي هو أن يكون العقد رسميا ، وذلك بصدوره من أشخاص منحهم القانون إضفاء الصيغة الرسمية على العقود التي يشترط فيها ذلك .

وسيتم التطرق في هذا المبحث إلى العقود الناقلة للملكية العقارية وهي إما أن تكون عقود معاوضة أو عقود تبرعات ، حيث أن هذه العقود ترد بعد نشوء حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه .

## المطلب الأول : الكتابة في عقود المعاوضة الواردة على العقارات

يقصد بعقود المعاوضة تلك العقود التي تلزم كل واحد من أطرافها إعطاء أو فعل شيء ما كالبيع والمقايضة مثلا .

## الفرع الأول : عقد بيع العقار

كانت المقايضة هي الأصل في نقل الملكية بصفة عامة قبل ظهور النقد كمقياس للقيمة ، وبعد رواج هذا الأخير وميل الناس إليه في عملية مبادلة الأشياء ظهر ما يسمى بالبيع الذي نص عليه المشرع الجزائري في القانون المدني في الباب السابع تحت عنوان : " العقود المتعلقة بالملكية " ، وهو من أهم السندات العقارية التوثيقية المثبتة للملكية العقارية .



## أولاً: ماهية عقد بيع العقار

سيتم التطرق إلى تعريف عقد بيع العقار، خصائصه، أركانه، تسجيله وشهره وكذا الأشكال القانونية الواجب مراعاتها فيه كآلي .

**1- تعريفه :**

عرف المشرع الجزائري عقد البيع في نص المادة (351) ق.م. ج. على أن: « البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخرا في مقابل ثمن نقدي » ، وعرفته المادة (1582) من القانون المدني الفرنسي بأنه <sup>(1)</sup>: « الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بتسليم المبيع، ويلتزم المتعاقد الآخر بدفع ثمنه ويمكن أن يثبت البيع بعقد رسمي أو بعقد عرفي » . ويعتبر عقد البيع المنصب على العقارات مبنية كانت أو غير مبنية من أكثر العقود تداولاً بين الناس اليوم ، ومن أهم مجالات تدخل الموثق كضابط عمومي <sup>(2)</sup> ، ذلك أن الغرض الجوهرى منه هو نقل الملكية بما تشمله من حقوق عينية وشخصية .

**2- خصائصه :**

يستتج من التعريف المبين أعلاه أن البيع عقد:

أ- **عقد رضائي** : إن عقد البيع هو عقد رضائي بحسب الأصل أي أنه يكفي تراضي طرفيه لانعقاده، لكن إذا انصب البيع على عقار فيجب أن يستوفي شكلا خاصا لانعقاده وإلا كان باطلا، وهذا استثناء من الأصل.

ب- **عقد ملزم لجانين** : أي أن البيع عقد تبادلي، يولد التزامات تقع على عاتق أطرافه بحيث يلتزم البائع بأن ينقل للمشتري شيئا أو حقا ماليا آخرا، في حين يلتزم المشتري بدفع مقابل ذلك ثمنا نقديا للبائع .

1- براهيم سامية ، (إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري) ، رسالة ماجستير ، جامعة الإخوة منشوري قسنطينة الجزائر ، السنة الجامعية 2007/2008 ، ص. 06 .

2- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، ط. 2013 ، دار هومو ، الجزائر ، ص. 31 .

ت- من عقود المعاوضة : في عقد البيع كل من العاقدين يأخذ مقابلا لما يعطيه ، فالمشتري يحصل على المبيع، والبائع يحصل على الثمن، ويجب أن يكون هذا الثمن نقدا ، وإلا كنا بصدد عقد مقيضة .

ج- ناقل للملكية : يعتبر نقل الملكية كأثر وهي الخصيصة الحقيقية<sup>(1)</sup> ، والغرض الأساسي لعقد البيع، وحتى تنقل الملكية يجب أن يكون البائع مالكا للعقار ، كما يجب القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية من تسجيل وشهر .

د- عقد شكلي : يجب استفتاء شكل معين لانعقاده تحت طائل البطلان كتدوينه في ورقة رسمية مثلا طبقا لنص المادة (324) مكرر 01 ق .م. ج .

### 3- أركانه :

أ- التراضي : وهو تلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما طبقا لنص المادة (59) ق.م. ج.، ومن بين العناصر الأساسية التي يجب الاتفاق عليها في عقد بيع العقار هي :

الاتفاق على المبيع : بمعنى تحديده تحديدا نافيا للجهالة أي العلم الكافي به طبقا لنص المادة (352) ق.م. ج .

الاتفاق على الثمن : ويجب أن يكون حقيقيا .

الاتفاق على طبيعة العقد : وهو إنشاء التزام بنقل الملكية .

بالإضافة إلى اشتراط سلامة الرضا واشتراط الأهلية في كل من البائع والمشتري ، وهي تسعة عشر سنة كاملة (أهلية الأداء) .

ب - المحل : وهو الشيء المبيع والثمن النقدي، بمعنى أن المحل مزدوج في عقد البيع وهو العقار والثمن.

العقار : عرف وفقا لنص المادة (683) ق.م. ج . على أنه : «كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول» ، و العقارات أنواع:

بحسب الطبيعة : كالأراضي، البنايات ، النباتات .

1- جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري ، د . ط ، دار الهدى ، الجزائر ، 2014م ، ص. 26-27 .

بحسب الموضوع : كالحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية إذا كان موضوعها عقار طبقا لنص المادة (684) ق.م.ج.

بحسب التخصيص : هو منقول منحت له هذه الصفة على سبيل المجاز المادة (683) ف2 ق.م.ج. ويكون كذلك وفقا لشروط هي :

- أن يكون مالك العقار نفسه مالك المنقول .
- أن يكون منقول بطبيعته وعقار بطبيعته .
- توافر النية والرغبة في خلق رابطة بين العقار و المنقول من طرف المالك .
- أن يخص هذا المنقول فعلا لخدمة العقار «... رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله» .

**التمن:** يشترط أن يكون نقدا ومقدرا أو قابلا للتقدير وأن يكون حقيقيا ، بمعنى ان يكون جديا غير تافه أو صوري ، وقد ورد في نص المادة (358) ق.م.ج. أنه إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس جاز للبائع أن يطالب بتكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل ولتقدير ذلك يجب أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع ، ويجب أن يودع هذا الثمن بين يدي الموثق .

قبل سنة 1998م كان ثمن المبيع يدفع كاملا بين يدي الموثق، لكن بعد صدور قانون المالية سنة 1998م أصبح يدفع خمس الثمن لزوما أمام مرأى وبين يدي الموثق<sup>(1)</sup>.

**ج- السبب :** وهو الباعث الدافع أو الغاية للتعاقد ، ويجب أن يكون مشروعاً ، حقيقياً ، صحيحاً وموجوداً طبقاً لنص المادتين (97-98) ق.م.ج.

**د- الشكلية :** بما أن محل البيع هو عقار، فيجب إخضاعه للشكل الرسمي ، وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا طبقا للمادة (324) مكرر 01 ، والمادة (324) ق.م.ج. السابقتين الذكر، وكذا نص المادتين (12 و 13) من الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970م المتعلق بـ: " تنظيم التوثيق " .

1- بن زكري راضية ، (حماية الملكية العقارية الخاصة) ، رسالة ماجستير ، جامعة الحاج لخضر باتنة الجزائر ، السنة الجامعية 2010/2009م ، ص. 52 .

## 4- التسجيل والشهر في عقد بيع العقار:

أ- **التسجيل**: هو عبارة عن إجراء يقوم به موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفاءات محددة بموجب القانون، وقد نص على هذا الإجراء القانون رقم 76-105<sup>(1)</sup> المؤرخ في 09 ديسمبر 1976م المتعلق بـ "قانون التسجيل"، يستنتج من هذا التعريف أن للتسجيل خصائص وهي:

- إجراء إداري .
- يقوم به موظف عمومي .
- إجراء بمقابل .
- إجراء إجباري نهائي .

أما في المجال العقاري فيقصد به : ذلك الإجراء الذي يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات الواردة على العقار حيث يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل المنصوص عليها قانونا وقد ورد في نص المادة (82) من قانون التسجيل على أنه : « إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات...» ، ويخضع عقد بيع العقار لرسم نسبي قدره 05% ، وقد نص قانون التسجيل على حالات تعفى البيوع العقارية من هذا الإجراء وذلك في المواد من (270 إلى 347) من قانون التسجيل وهي :

- الإقتناءات العقارية بغرض إنشاء شركات من طرف الشباب المستثمر .
- الإقتناءات العقارية المنجزة من طرف الشركات التعاونية والجمعيات الثقافية .
- الإقتناءات العقارية لصالح المدخرين .
- الإقتناءات العقارية لصالح الدولة .
- الإقتناءات العقارية بغرض تهيئة المناطق الحضرية .
- الإقتناءات العقارية بغرض إنجاز المنشآت السكنية .

ب- **الشهر**: هو إحدى إجراءات نقل الملكية طبقا لنص المادة (793) ق. م. ج. بحيث لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية لها سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا إذا روعيت القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار.

1- ج. ر. ج. ج. ع. 81، المؤرخة في 18 ديسمبر 1977 .

كما أنه عمل فني يهدف إلى قيد مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها، أي إظهار وجودها<sup>(1)</sup>.

وللشهر نظامين : شخصي يقوم على أساس جرد العقارات بأسماء الأشخاص المتصرفين في العقار، وعيني يقوم على بيانات العقار، أي أن العقار يكون محل اعتبار في نظام الشهر العيني ، وقد نص على نظام الشهر العقاري الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975م المتعلق بـ"إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري"، ومرسوميه التنفيذيين رقم 76-62 ، 76-63 المؤرخين في 25 مارس 1976 ، الأول يتعلق بـ"إعداد مسح الأراضي العام"، والثاني يتعلق بـ" تأسيس السجل العقاري"، وأكدت على ذلك المواد: (14 و 15 و 16 و 17) من الأمر، والمواد : (61 و 88 و 89) من المرسوم رقم 76-63 .

#### 5- مراعاة الأشكال القانونية في عقد بيع العقار:

يجب أن يستوفي عقد بيع العقار بعض الشكليات التي نص عليها القانون ، لأنها هي التي تسمح بتفسير قرينة الرسمية التي يتمتع بها هذا المحرر لأنها تضيء عليه ظاهرا يدل على صحته ويوحى بالثقة فيه والاطمئنان إليه . ويشترط قانونا في العقد الرسمي أن يكون محرر أمام الموثق ، محتوي على أصل الملكية، مكرس لاتفاق الطرفين محددًا للمحل تحديدا نافيا للجهالة ، معاين لتسديد المبلغ أمام الموثق ، مسجل ومشهر<sup>(2)</sup>.

وقد نص القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006م المتعلق بتنظيم مهنة الموثق في الباب الثاني، الفصل السابع على أشكال العقود التوثيقية ومضمونها<sup>(3)</sup> ، والبيانات الواجب ذكرها في عقد بيع العقار هي<sup>(4)</sup> :

- اسم ولقب الموثق وموطنه وعنوانه .

- تحديد هوية الأطراف (الحالة المدنية لهما) .

1- مجيد خلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط.2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2011م ، ص. 13 .

2- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، ط.9 ، دار هومه ، الجزائر ، 2009م ، ص. 187 .

3- تراجع المواد من 26 إلى 32 من القانون رقم 02/06 ج . ر . ج . ج . ع . 14 المؤرخة في 08 مارس 2006م .

4- حسين طاهري ، دليل الموثق ، ط.1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007م ، ص. 31-32-33 .

- تعيين الشيء المبيع .
  - بيان أصل الملكية .
  - بيان التكاليف والشروط (الالتزامات والارتفاقات) .
  - بيان الملكية الجديدة والاستغلال .
  - ذكر الثمن .
  - الشهر العقاري .
  - بيان الحالة المدنية للبائع .
  - ذكر مكان وتاريخ تحرير العقد .
  - نفقات التسجيل ، الطابع والرسوم والإشهار .
  - الإمضاء .
- بالإضافة إلى نص المادة (324) مكرر 4 ق. م . ج. كذكر طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان، صفة وتاريخ التحويلات المتتالية .

### ثانيا : إثبات عقد بيع العقار والمنازعات المتعلقة بشأنه

سيتم التطرق إلى إثبات عقد بيع العقار وذلك قبل وبعد صدور قانون التوثيق ، ثم سيتم التطرق إلى بعض المنازعات المتعلقة بهذا العقد بخصوص وروده على عقار .

#### 1- إثبات عقد بيع العقار :

إن مسألة إثبات عقد البيع المنصب على العقار تثار خلال مرحلتين أساسيتين هما قبل وبعد سريان قانون التوثيق ، أي قبل 1 جانفي 1970 وبعده .

#### أ- قبل سريان قانون التوثيق :

كما سبق القول في تعريف عقد بيع العقار في القانون المدني الفرنسي أنه يثبت إما بعقد رسمي أو بعقد عرفي، أما في القانون الجزائري نميز بين مرحلتين في إثبات بيع العقار هما قبل سريان قانون التوثيق وبعده .

حيث يجوز إثبات بيع العقار بعقد عرفي ثابت التاريخ محرر قبل 01 جانفي 1971م ، نظرا لعدم اشتراط الشكل الرسمي لصحة عملية نقل الملكية العقارية تكريسا لمبدأ الرضائية ، والعمل بالقانون الفرنسي إلا ما تعارض منه مع السيادة الوطنية. بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962م .

تحلى ذلك في نص المادة (89) من المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993م المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980م المعدل للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976م المتعلق بـ : تأسيس السجل العقاري<sup>(1)</sup> ، حيث نصت على استثناءين يردان على قاعدة الأثر النسبي للشهر أو قاعدة الشهر المسبق هما :

- عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري الذي يتم تطبيقا للمواد (08 إلى 18) من المرسوم 76-63 .

- عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971م .

حيث أن دور الشهر هنا هو إعلامي فقط ، وليس مصدر للحق العيني لأن هذا الأخير قائم وموجود قبل تاريخ 01 جانفي 1971<sup>(2)</sup> .

مع مراعاة ما يقضي به المرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20 جانفي 1964 المتعلق بحرية المعاملات بوجوب الحصول على الرخصة الإدارية بالنسبة لعقود بيع العقار المبرمة ما بين 20 جانفي 1964م و 01 جانفي 1971م<sup>(3)</sup> .

أما بالنسبة للعقود العرفية غير الثابتة التاريخ فإنه لا يمكن إثبات حجتها إلا عن طريق القضاء طبقا للمذكرة رقم 1251 الصادرة عن مديرية الأملاك الوطنية بتاريخ 29 مارس 1994م ، وكذا القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 198 674 المؤرخ في 26 أبريل 2000م ، حيث

1- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، ط.6 ، دار هومو ، الجزائر ، 2006 ، ص. 20 .

2- مجيد خلفوي ، مرجع سابق ، ص. 94 .

3- براهيم سامية ، مرجع سابق ، ص. 09 .

يتعين على القاضي وقبل تثبيت صحة البيع العرفي التأكد من تاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه<sup>(1)</sup>.

### ب - بعد سريان قانون التوثيق :

صدر قانون التوثيق تحت رقم 70-91 بتاريخ 15 ديسمبر 1970م المطبق بتاريخ 01 جانفي 1971م ، الذي نص صراحة على الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق، وذلك بموجب المادتين (12 و13) منه ، لتنص على نفس الحكم المادة (324) مكرر 1 من القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988م المعدل للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني .

يفهم من ذلك أن المشرع أوجب تحرير عقد بيع العقار بمحرر رسمي تحت طائلة البطلان ، بمعنى أن الكتابة الرسمية في هذا المقام تعتبر ركنا من أركان الانعقاد وبالتالي يعتبر العقد الرسمي الوسيلة الوحيدة لإثبات بيع العقار بعد تاريخ 01 جانفي 1971م .

وهو ما أكدته الغرف المجتمعة للمحكمة العليا في قرار صدر تحت رقم 156 136 بتاريخ 18 فيفري 1997م ، وقرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا رقم 541 148 المؤرخ في 23 ماي 1997م ، بالإضافة إلى قرار مجلس الدولة (الغرفة الثالثة) الصادر تحت رقم 419 210 بتاريخ 26 فيفري 2000م ، الذي جاء في حشياته أن عقد بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق<sup>(2)</sup>.

وعليه إذا تم إبرام عقود منسوبة على عقارات في شكل عرفي بعد تاريخ 01 جانفي 1971م، تعتبر هذه العقود في نظر القانون باطلة بطلانا مطلقا ، كون أن الأمر يتعلق بركن من أركان العقد ، وهو الشكلية، ذلك أن الركن يقوم لقيامه العقد وينتفي بانتهائه . والشكلية التي يخضع لها عقد البيع العقاري تتمثل في إلزامية تحرير العقد في محرر رسمي ، ومن طرف أشخاص مؤهلين قانونيا بذلك<sup>(3)</sup>.

1- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 24 .

2- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع نفسه ، ص. 24-25-26 ، 30 .

3- جميلة زايدي ، مرجع سابق ، ص. 41 .



## 2- المنازعات المتعلقة بعقد بيع العقار :

قد تثار أثناء عملية تحرير عقد بيع منصب على عقار بعض المنازعات كتحرير عقد أثناء عقوبة جنائية، أو عدم ذكر أصل الملكية فيه أو أن يجرر في حالة مرض الموت .

## أ- تحرير عقد بيع أثناء تنفيذ عقوبة جنائية :

تؤدي العقوبة الجنائية بوضع المحكوم عليه بما تحت الوصاية القانونية، وتمنعه من التصرف في أملاكه طيلة مدة العقوبة<sup>(1)</sup>، وقد نص القانون المدني في المادة (78) على أن : «كل شخص أهلا للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون» ، بمعنى أن تصرف الشخص ببيع ممتلكاته في هذه الحالة (عقوبات جنائية) يكون تصرفه باطل بطلان مطلق . فالمشرع بإبطاله لهذا التصرف هو تأديب المحكوم عليه، ويطلق على هذا النوع من الحجر بفقدان الأهلية بناء على نص قانوني ، وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 43 476 بتاريخ 29 جوان 1986م<sup>(2)</sup>.

## ب - تحرير عقد بيع دون ذكر أصل الملكية :

نصت المادة (324) مكرر 04 ق. م. ج. أن على الضابط العمومي أن يبين في العقود الناقلة أو المعلنة عن الملكية العقارية، طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء الملكين السابقين ، وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية. والهدف من هذا تجنيب بيع ملك الغير، غير أن الموثق يعفى من ذكر أصل ملكية بعض العقود<sup>(3)</sup> ، ك: عقد الشهرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم 83- 352 ، العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 01 جانفي 1971م ، وعقود التنازل في إطار أحكام القانون رقم 81- 01 .

1- سدي العلجة ، (السندات المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري) ، رسالة ماجستير ، جامعة الدكتور يحي فارس

المدينة الجزائر ، السنة الجامعية 2011/2012م ، ص. 51 .

2- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 32 .

3- سدي العلجة ، مرجع نفسه ، ص. 51-52 .

## ج- استعمال بعض العبارات في عقود بيع العقار:

تدرج هذه العبارات من قبل بعض الموثقين كذكر: « البائع في كامل قدراته الذهنية ، وهو أهل للتعاقد » ، لكن هذا لا يمنع من إبطال هذا العقل ، لأن الموثق يقوم فقط بإثبات أقوال الأطراف بالرغم من تحققه من أهليتهم ، إلا أن مسألة الإثبات ليست من مهام الموثق ، أخذ بهذا المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 02 فيفري 1987م رقم 42 316 (1).

## د- البيع في مرض الموت :

متى كان من المقرر فقها وقضاءً أن مرض الموت الذي يبطل التصرف هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه ، قرار المحكمة العليا رقم 33 719 المؤرخ في 09 جويلية 1984م (2).

## ثالثا : أنواع البيوع العقارية

ينقسم البيع العقاري سواء ورد على عقار مبني أو غير مبني إلى أنواع منها البيع المنصب على الأملاك الوطنية الخاصة، الوعد ببيع العقار، و البيع بناء على التصاميم .

## 1- البيع المنصب على الأملاك الوطنية الخاصة :

بخلاف الأملاك الوطنية العمومية التي لا تقبل التصرف فيها ولا الحجز عليها ولا تملكها بالتقادم ولا التنازل عليها ، أجاز المشرع التصرف في الأملاك الوطنية الخاصة بعد إلغاء تخصيصها لعدم قابلية هذا المال من أداء الوظيفة العمومية طبقا لنص المادة (89) من القانون رقم 90 - 30 (3) المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية .

1- حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص. 34-35 .

2- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، مرجع سابق ، ص. 49 .

3- ج . ر . ج . ج . ع . 52 المؤرخة في 2 ديسمبر 1992 ، المعدل والمتمم بالقانون 14/08 المؤرخ في 20 جويلية

2008 ، ج . ر . ج . ج . ع . 44 المؤرخة في 3 أوت 2008 .

وقد حوّل هذا القانون الصلاحية لمدير أملاك الدولة تحت إشراف والي الولاية للقيام بكل تصرف قانوني يخص الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة والولاية ، مع مراعاة الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في القانون المدني والأمر 75-74<sup>(1)</sup> ، (إجراءات الرسمية والشهر) .

يفهم من نص المادة (89) أعلاه أن بيع الأملاك الوطنية الخاصة لا يتم إلا بإلغاء قرار تخصيصها بالنسبة لوجود أو عدم وجود الملكية العقارية لا يتم إلا بعقد رسمي مشهر طبقا لنص المادة (29) من القانون رقم 90-25<sup>(2)</sup> المؤرخ في 18 نوفمبر 1990م المتضمن قانون التوجيه العقاري ، حيث ينص على أنه: « يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري » .

أما بالنسبة للأملاك الوطنية الخاصة التابعة للبلدية فينبغي التمييز بين مرحلتين :

**مرحلة قبل 1990م :** كان رؤساء المجالس الشعبية البلدية هم الذي يتمتعون بأهلية التصرف فيها بناءً على مداولة .

**مرحلة ما بعد 1990م :** قبل صدور قانون الأملاك الوطنية صدر قانون التوجيه العقاري رقم 90-25 ومرسومه التنفيذي رقم 90-405 أحدثت بموجبه وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاري<sup>(3)</sup> .

وبعد صدور قانون الأملاك الوطنية رقم 90-30 أصبح التصرف في الأملاك العقارية خاضع لأحكام هذا القانون طبقا لنص المادة (40) منه .

## 2- الوعد ببيع العقار:

نص المشرع الجزائري على الوعد بالبيع في نص المادتين (71 و 72) من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني بأن الاتفاق الذي يعد له المتعاقدان بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد ، وإذا اشترط القانون تمام العقد استيفاء شكل معين فهذا

1- بوعشة مليكة ، (شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري) ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الخامسة عشر ، 2004/2005م ، ص. 13 .

2- ج . ر . ج . ج . ع . 49 المؤرخة في 18 نوفمبر 1990 المعدل والمتمم بالقانون رقم 95/26 المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 ج . ر . ج . ج . ع . 55 المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 .

3- بوعشة مليكة ، مرجع سابق ، ص. 14-15 .

الشكل ينطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد ، وفي حالة ما إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر قام بهذا الحكم مقام العقد بتوافر الشروط اللازمة لتمام هذا الأخير .

بمعنى إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط ذلك ضرورة توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، قرار المحكمة العليا رقم 154 760 المؤرخ في 17 أفريل 1996م<sup>(1)</sup>.

يفهم من ذلك أن الاتفاق بإبرام عقد وارد على عقار، لا ينعقد إلا بمراعاة المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه كإجراء الرسمية والشهر.

### 3- البيع بناءً على التصاميم :

هو نوع من أنواع البيوع العقارية ، نظم أحكامه المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993م ، المتعلق بـ النشاط العقاري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05<sup>(3)</sup> المؤرخ في 13 ماي 2007م المتضمن القانون المدني . وهو عقد يبرم بين شخص طبيعي أو معنوي مكلف بإنجاز مباني معدة للسكن أو لإيواء نشاطات حرفية ، صناعية أو تجارية مخصصة للبيع أو للإيجار أو ما يسمى بالتعامل في الترقية العقارية وبين شخص آخر ، وهو المشتري أو المستفيد .

وقد ورد في نص المادة (12) من هذا المرسوم أن عقد البيع بناء على التصاميم يجرى على الشكل الأصلي ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار كما يشمل في آن واحد على البناية وعلى القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها، وأضافت المادة (13) على أن هذا العقد يستكمل بحضور يجرى حضوريا في نفس مكتب التوثيق لإثبات الملكية من المشتري وتسليم البناية وفقا للالتزامات التعاقدية .

ويحدد نموذج عقد البيع بناء على التصاميم عن طريق التنظيم ، بمعنى يجب أن يفرغ هذا العقد في قالب خاص بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07 مارس 1994م المتعلق بـ "نموذج

1- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، مرجع سابق ، ص. 126 .

2- المرسوم التشريعي رقم 03/93 ، ج . ر . ج . ج . ع . 17 لسنة 1994 ، الملغى بموجب القانون رقم 04/11 ، المؤرخ في 17 فبراير 2011 ، المتضمن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، ج . ر . ج . ج . ع . 14 ، المؤرخة في 06 مارس 2011 .

3- ج . ر . ج . ج . ع . 78 لسنة 2007 .

عقد البيع بناء على التصاميم المطبق في مجال الترقية العقارية " (1) ، وعليه يجب أن يوثق هذا العقد ويسجل ويشهر بالمصالح الخاصة .

وقد نصت المادة (10) من نفس المرسوم على مشتملات عقد البيع بناء على التصاميم تحت طائلة البطلان وهي :

- العناصر الثبوتية للحصول على رخصة البناء .

- وصف البناية .

- آجال التسليم وعقوبات التأخير .

- السعر التقديري وكيفيات مراجعته .

- شروط الدفع وكيفياته .

- الصفات القانونية .

بالإضافة إلى زيادة أي بند من البنود التي يراها العاقدان ضرورية، كما يكتب عقد البيع بناءً على التصاميم لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة من طرف المتعامل في الترقية العقارية من أجل تغطية التزامه (تأمين أو شهادة الضمان) ، الذي يرفق بالعقد، علاوة على إرفاق هذا الأخير بشهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 09-29<sup>(2)</sup> المؤرخ في 01 ديسمبر 1990م المتعلق بقانون التهيئة والتعمير.

وتجدر الإشارة إلى أن المرسوم التشريعي 93-03 ألغي بموجب المادة (80) من القانون رقم

11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المتضمن قانون الترقية العقارية باستثناء نص المادة (27) منه .

1- بوعشة مليكة ، مرجع سابق ، ص. 16 .

2- ج. ر. ج. ج. ع. 52 ، المؤرخة في 02 ديسمبر 1990.

## الفرع الثاني : عقد المقيضة العقارية

تعتبر المقيضة من أهم العقود الملزمة لجانبين بعد عقد البيع خاصة إذا وردت على عقار، غير أن أهم ما يميز المقيضة على البيع هو المحل والذي يكون في المقيضة أشياء وفي البيع نقودا . و في ما يلي سيتم التطرق إلى تعريف المقيضة وإلى إثباتها ثم إلى كيفية تسجيلها كآلاتي .

## أولا : تعريف عقد المقيضة العقارية

عرّف المشرع الجزائري المقيضة في المادة (413) من ق. م. ج. بأنها : « عقد يلتزم به كل من المتعاقدين أن ينقل إلى الآخر على سبيل التبادل ملكية مال غير النقود » ، وقد أضاف في نص المادة (414) أنه إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم جاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود .

## ثانيا : إثبات عقد المقيضة العقارية

ورد في نص المادة (415) ق. م. ج. أنه يسري على المقيضة ما يسري على البيع من أحكام بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقيضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشئ ومشتري للشئ الذي تقايض عليه ، وبما أن عقد البيع يخضع للشكلية المطلوبة قانونا فإن المقيضة يجب كذلك أن تخضع لنفس الشكلية، وإلا كانت باطلة. بمعنى أن الشكلية المطلوبة في عقد البيع هي الكتابة الرسمية فبالنتيجة يخضع عقد المقيضة بدوره للشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان<sup>(1)</sup>. فإذا ما تم مقيضة أموال عقارية دون إفراغ محتوى هذه المقيضة في شكل رسمي (عقد رسمي) تكون باطلة بطلانا مطلقا بالإضافة إلى إلزامية شهر عقد المقيضة بالمحافظة العقارية من أجل انتقال ملكية العقار أو الحق العيني العقاري .

## ثالثا : تسجيل عقد المقيضة العقارية

قد تكون المقيضة إما مبادلة عقار بعقار أو مبادلة عقار بمنقول أو مبادلة منقول بمنقول ، وما يهم في هذا السياق هو المقيضة المنصبة على العقارات .

1- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 30.

**1- مبادلة عقار بعقار:**

قد تكون مبادلة عقار بعقار إما مبادلة متساوية القيمة أو مبادلة غير متساوية القيمة ، ففي الحالة الأولى تخضع المبادلة لرسم نسبي قدره **2.5%** طبقا لنص المادة (226) من القانون رقم **105/76** المؤرخ في **09 ديسمبر 1976م** المتعلق بـ قانون التسجيل ، حيث يفرض هذا الرسم على حصة واحدة من الحصص المتساوية .

ويستطيع مفتش التسجيل تقدير الحصتين المتبادلتين حسب إجراءات محددة قانونا<sup>(1)</sup> ، أما في حالة مبادلة عقارات غير متساوية القيمة ، أي مع وجود فائض في التبادل، فإن هذا الفائض يخضع لحق التحويل بعوض الخاص بالعقارات ، أي يخضع لرسم شيء قدره **05%** وهو رسم البيع ، وتخضع الحصص المتساوية لرسم المبادلة ، وعليه يجوز تعويض هذا الفرق بمبلغ من النقود طبقا لأحكام المادة (414) السالفة الذكر .

**2- مبادلة عقار بمنقول :**

يعتبر قانون التسجيل مبدلة العقار بمنقول بمثابة بيع ، حيث اعتبر أن العقار هو موضوع البيع وأن المنقول هو ثمن له ، وبالتالي يطبق على عملية مبادلة عقار بمنقول رسم نسبي قدره **05%** . وقد نص قانون التسجيل على أنظمة خاصة فيما يتعلق بالمبادلات في نص المادة (305) منه ، حيث تصفى منه رسوم التسجيل المبادلات التالية :

- المبادلات المتعلقة بالعقارات الريفية بشرط أن تكون في إقليم بلدية واحدة أو بلديات متجاورة (حدود إقليمية واحدة) .

- المبادلات التي تقوم بها الدولة وجماعاتها المحلية طبقا لنص المادتين (271 و 272) من قانون التسجيل.

**المطلب الثاني : الكتابة في عقود التبرعات الواردة على العقارات**

هناك نوع معين من العقود الرسمية تسمى بالعقود الاحتفالية ، وهي تلك العقود التي يتلقى فيها الضابط العمومي شاهدين تحت طائلة البطلان طبقا لنص المادة (324) مكرر **03 ق.م.ج.** وقد استقر

1- دوة آسيا ، رمول خالد ، مرجع سابق ، ص. 84.

العمل القضائي والتوثيقي خاصة حول اعتبار كل من عقود الهبة ، الوصية ، والوقف عقودا احتفالية<sup>(1)</sup> ، كما تعتبر هذه العقود من جهة أخرى عقود تبرعات لأنها تؤدي إلى نقل ملكية الأموال عن طريق التبرع وبدون عوض ، وهي من قبيل العقود الملزمة لجانب واحد .

### الفرع الأول : عقد الهبة المنصب على العقار

يعتبر عقد الهبة من أهم عقود التبرعات الواردة على العقار إلى جانب عقد الوصية ، نظرا لورودهما بكثرة في الحياة اليومية ، غير أن الهبة هي عبارة عن تصرف يكون في حال الحياة أما الوصية وبالرغم من انعقادها في حياة الموصي إلا أن آثارها تترتب بعد الوفاة .

### أولا : تعريف عقد الهبة المنصب على العقار

نصت المادة (202) من القانون رقم 84-11<sup>(2)</sup> المؤرخ في 09 جوان 1984م المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم على أن: « الهبة تملك بلا عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على إنجاز الشرط » ، وعليه فإن الهبة هي عبارة عن عقد يبرم بين شخص يسمى الواهب يتبرع بما له لشخص آخر يسمى الموهوب له بدون مقابل ، أي هي تصرف في مال بلا عوض بنية التبرع .

### ثانيا : شروط انعقاد عقد الهبة المنصب على العقار

نصت المادة (206) من قانون الأسرة أنه: « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ، وتتم الحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات ، وإذا احتل أحد القيود السابقة بطلت الهبة » ، وعليه فإن شروط انعقاد الهبة هي كالتالي:

**1- تطابق الإيجاب والقبول :** وهو تنازل الواهب حالا عن الشيء الموهوب لفائدة الموهوب له الذي يقبله.

1- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 30 .

2- المعدل والمتمم بالأمر 02/05 ، المؤرخ في 27 فبراير 2005 ، ج . ر . ج . ج . ع . ع . 15 المؤرخة في 27 فبراير 2005 ، الموافق عليه بالقانون رقم 09/05 المؤرخ في 04 مايو 2005 ، ج . ر . ج . ج . ع . ع . 43 المؤرخة في 22 يونيو 2005 .



2- الحيازة : تلزم الهبة شرعا بالقول وتتم بالحوز<sup>(1)</sup> ، بمعنى أن الهبة تصح بمجرد القبول والقبض، والمقصود بالحيازة هو تمكين الموهوب له من وضع يده على الشيء الموهوب قصد السيطرة المادية عليه بغية الظهور عليه بمظهر صاحبه . وتجدر الملاحظة أن قانون الأسرة لم يحدد مدة معينة للحيازة ، كونها ترتب كسب الملكية فور تحققها دون الحاجة إلى مرور زمن معين، غير أنه يعفى عقد الهبة من شرط الحيازة إذا كان الواهب ولي الموهوب له، أو زوجه ، أو كان الموهوب مشاعا طبقا لأحكام المادة (208) قانون أسرة .

3- الشكلية : نصت المادة (206) قانون أسرة على مراعاة قانون التوثيق في العقارات في انعقاد الهبة، والمقصود بذلك هو وجوب إفراغ عقد الهبة في عقد رسمي يحرر من قبل الموثق تحت طائلة البطلان طبقا لأحكام المادة (324) و(324) مكرر 1 ق.م.ج .

وعليه إذا حرر عقد هبة على الشكل العرفي فإن مآله البطلان وهو ما يستشف من قرار المحكمة العليا رقم 45 371 المؤرخ في 20 أبريل 1987م : « من المقرر قانونا بأن العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة »<sup>(2)</sup>.

وأكدت غرفة الأحوال الشخصية والموارث للمحكمة العليا في قرار رقم 103 056 المؤرخ في نوفمبر 1994م : « يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقارية أن تحرر على الشكل الرسمي وإلا وقعت تحت البطلان وبموجب نص المادة (206) فإن الهبة تعتبر باطلة لعد استيفائها الشروط الجوهرية»<sup>(3)</sup>. فضلا عن الشكل الرسمي لعقد الهبة يجب شهره بالمحافظة العقارية من أجل انتقال الملكية وتسجيله بمفتشية التسجيل قصد تحصيل مستحقات الخزينة العمومية ، حيث يخضع عقد هبة عقار لرسم نسبي قدره 05% أما إذا تعلق الأمر بالأصول والفروع والأزواج فإن هذا الرسم يخفض إلى 03% .

والحكمة من إخضاع الهبة للشكلية هي حماية الواهب وتنبهه بخطورة تصرفه لا سيما وأنه بدون عوض مما يؤدي إلى افتقار ذمته المالية بالإضافة إلى معرفة الوضع القانوني للملكية العقارية ، وهذه القوة والحصانة لا تتمتع بها العقود العرفية .

1- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، مرجع سابق ، ص. 249 .

2- بوعشة مليكة ، مرجع سابق ، ص. 24 .

3- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 31 .

إضافة إلى هذه الشروط يجب توثيق عقد هبة عقار بحضور شاهدين اثنين ، والإخلال بإجراء الشكلية يترتب عنه البطلان المطلق لعقد الهبة ولا تنتقل الملكية إلى الموهوب له ، وهذا يعني أن عقد الهبة يعتبر من العقود العينية التي يكون فيها القبض أو الحيازة شرط في صحة العقد ولكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، ويمكن للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لأن القواعد المتعلقة بتوثيق العقود وشهرها تعتبر من النظام العام الاقتصادي ، والذي يجب حمايته ولو بدون تدخل الأطراف<sup>(1)</sup> .

### ثالثا : هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع

حسب نص المادة (202) قانون أسرة التي عرفت الهبة بأنها تمليك بلا عوض، يفهم أن هذا العقد يؤدي إلى نقل حق الملكية أي ملكية الرقبة وحق التمتع معا ، لكن باستثناء نص المادة (205) من نفس القانون يجوز للواهب أن يهب ممتلكاته أو جزء منها عينا، منفعة أو ديناً لدى الغير، بمعنى يمكن أن يرد عقد الهبة على حق الانتفاع فقط .

غير أنه إذا تصرف الشخص لأحد ورثته واستثنى نفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته يعتبر التصرف في هذه الحالة وصية طبقاً لنص المادة (777) ق. م. ج .

### الفرع الثاني : عقد الوصية المنصب على عقار

إن الفرق الجوهرية الذي يميز عقد الوصية عن باقي عقود التبرعات المنصبة على العقارات من هبة ووقف ، أن آثار هذا العقد لا تترتب إلا بعد الموت ولو أن إبرامه تم في حال الحياة .

### أولاً : تعريف عقد الوصية المنصب على العقار

يعتبر عقد الوصية من أهم التصرفات القانونية الأكثر انتشاراً في المجال العملي ، نص عليه المشرع الجزائري في كل من القانون المدني في المواد من ( 775 إلى 777 ) ، وفي قانون الأسرة في المواد من (184 إلى 201) ، غير أنه نظم أحكامه في نصوص هذا الأخير إذ نص في المادة (775) ق. م. ج. أنه يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية، والنصوص القانونية المتعلقة بها .

1- منصور نور ، هبة العقار في التشريع الجزائري ، د . ط ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010 ، ص. 38-39 .

وتعرف الوصية وطبقا لنص المادة (184) قانون الأسرة أنها : « الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع » ، والمقصود بمصطلح تمليك هو الوصية بالأعيان من منقولات وعقارات وكذا الوصي بالمنافع من سكن ، دار ، زراعة أرض<sup>(1)</sup> ، أما المقصود إلى ما بعد الموت أن أثر التصرف الذي تم في حال الحياة لا يترتب إلا بعد الموت .

وقد أضاف المشرع في الفقرة الثانية من نص المادة (92) من ق . م . ج . أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون ، بمعنى كأصل عام هو عدم جواز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ، وكاستثناء يجوز ذلك وهو الحكم المطبق على التصرف القانوني المتضمن الوصية .

وبما أن الوصية من العقود الاحتفالية فإن انعقادها يتطلب حضور شاهدين طبقا لنص المادة (324) مكرر 03 ق . م . ج . إذ هو إجراء شكلي هام من الواجب احترامه عند تحرير الوصية ، يسمون بشهود عدل أو شهود عقد لأنهم يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه وشهادتهم واجبة في العقود الاحتفالية تحت طائلة البطلان ، بمعنى حضورهم ضروري عكس شهود الإثبات أو التعريف أو التأكيد الذي يقتصر دورهم على ضمان هوية الأطراف المتعاقدة فقط، وبالتالي حضورهم ليس واجبا إلا في حال جهل الموثق للحالة المدنية للأطراف طبقا لنص المادة (324) مكرر 02 ق . م . ج .

### ثانيا : إثبات عقد الوصية المنصب على العقار

من أجل تبيان مسألة إثبات الوصية المنصب على العقار يستدعي الأمر التطرق إلى مرحلتين هما قبل صدور قانون الأسرة وبعده ، باعتباره القانون المنظم لأحكام الوصية دون إهمال مرحلة صدور الأمر . 70- 91 .

#### 1- قبل صدور قانون الأسرة :

لقد طبقت أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة من: زواج، طلاق، ميراث، وقف، وصية... إلخ ، وفي الشريعة الإسلامية لا تخضع هذه

1- طهراوي نصيرة ، (التبرعات الناقلة للملكية دراسة مقارنة- الوصية والهبة-) ، مذكرة ماستر ، جامعة الدكتور يحي فارس المدية الجزائر ، السنة الجامعية 2012/2011 ص. 09 .

التصرفات لأية صيغة شكلية ، فإنه يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات. وبتقصي المذاهب الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية كأصل في التصرفات الصادرة بإرادة منفردة ، إذ أنها تنعقد عند صدورها من الموصي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة التي تنطوي على قصد التمليك بعد الموت، والهدف من اعتبار الوصية تصرف رضائي هو التيسير على الناس كحالات المرض القسوى والحالات الحرجة<sup>(1)</sup> .

وبالتالي الكتابة هي لإثبات الوصية فقط، وليس لقيامها وإنشائها، بحيث إذا تخلفت لا تؤدي إلى بطلانها كون الوصية تصرف رضائي ، وشكل الإثبات تقتضيه الشريعة الإسلامية طبقاً للحديث الشريف لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : « ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده » متفق عليه<sup>(2)</sup> ، لأن الكتابة أمر مطلوب تنبئ عن المقصود منها .

وبصدور قانون التوثيق رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970م ، ألزم الشكلية في جميع العقود المنصبة على العقارات والحقوق العينية العقارية تحت طائلة بطلان هذه العقود ، وذلك في المادة (12) منه ، وقد أحيل هذا النص إلى القانون المدني الأمر رقم 75-58 المعدل بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988م في المادة (324) مكرر 01 ، وعليه يجب إفراغ هذه العقود المنصبة على العقارات والحقوق العينية المتعلقة بها في قالب رسمي وإلا اعتبرت باطلة ولا أثر لها .

لكن الوصية هي عبارة عن تصرف من جانب واحد، وليست عقداً ، وبالتالي هي تخرج من دائرة المادة (12) أعلاه لأنها نصت على مصطلح العقود ، وكنخلاصة الشكل كركن انعقاد غير مطلوب ، وبالتالي لا تخضع الوصية إلى شكل معين ، فالرضائية هي الأصل ، ولكن إذا شاء الأفراد كتابة وصاياهم فلهم ذلك<sup>(3)</sup> .

## 2- بعد صدور قانون الأسرة :

صدر قانون الأسرة تحت رقم 84-11 بتاريخ 09 جوان 1984م ، نص على إثبات الوصية في

المادة (191) منه على أن: « تثبت الوصية :

1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك ،

1- الشيخ سناء ، (إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة - الوصية والوقف-) ، مجلة المحكمة العليا ، العدد الأول ، 2009م ، ص. 99 .

2- طهراوي نصيرة ، مرجع سابق ، ص. 15 .

3- الشيخ سناء ، مرجع سابق ، ص. 99 .

2- في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية .

يبين هذا النص أن الوصية كأصل تثبت بعقد رسمي محرر من قبل الموثق، وكاستثناء ، وفي حال وجود مانع قاهر تثبت بحكم مع التأشير عليه بأصل الملكية ، ولكن هذا النص لم يبين البطلان في حال عدم كتابة الوصية في شكل رسمي ، بمعنى أن الكتابة في هذا المقام هي شرط للإثبات وليست ركنا للانعقاد حتى وإن وردت الوصية على عقار، وعليه الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية لأنها تصرف رضائي، والشكل المنصوص عليه في المادة (191) أعلاه هو للإثبات فقط . وعليه فإن الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص، كما أنه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات ، غير أنه يشترط لصحتها أن تكون في حدود ثلث التركة (1) .

وكل التصرفات المنصبة على الملكية العقارية ، يجب إلى جانب الرسمية إخضاع الوصية للتسجيل والشهر ، فبالنسبة للتسجيل يلتزم الورثة بتقديم تصريح مفصل عن التركة وتحرير فريضة أمام الموثق بعدها تحرر وثيقة أخرى تسمى الشهادة التوثيقية التي بموجبها تحصى الأملاك وتحدد الأنصبة .

وتجدر الملاحظة أنه فقط الأملاك الموجودة داخل الوطن هي التي تخضع لرسوم نقل الملكية ، أما الأملاك الموجودة خارج الوطن فهي معفاة من هذه العملية عملاً بمبدأ إقليمية الضريبة (2) ، أما بالنسبة لشهر الوصية فتكون بعد وفاة الموصي وقبول الموصى له .

### الفرع الثالث : عقد الوقف المنصب على عقار

كما سبق القول يعتبر الهبة، الوصية والوقف من عقود التبرعات ، لكن كل عقد يختلف عن الآخر بانفراده بخاصية مميزة ، ولعل أهم خاصية يتميز بها الوقف هو أنه عمل عبادي أكثر منه عمل تبرعي ، المبتغى منه هو التقرب إلى الله سبحانه وتعالى .

1- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، مرجع سابق ، ص. 286 .

2- دور آسيا ، رمول خالد ، مرجع سابق ، ص. 90 .

## أولاً : تعريف عقد الوقف المنصب على العقار

لقد نص المشرع الجزائري على الوقف في قانون الأسرة في المواد من (213 إلى 220) ، وعرفه بموجب المادة (213) على أنه : « الوقف حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبئ والتصدق » ، أما المادة (03) من القانون رقم 91-10<sup>(1)</sup> المؤرخ في 27 أفريل 1991 م المتعلق بـ"الأوقاف" المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 01-07<sup>(2)</sup> المؤرخ في 22 ماي 2001 م ، والقانون رقم 10/02<sup>(3)</sup> المؤرخ في ديسمبر 2002 م ، على أنه : « الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأبئ والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير » . وقد أضافت المادة (04) من نفس القانون ، أن الوقف عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة ، وهو ملك يتمتع بالشخصية المعنوية تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها طبقاً لنص المادة (05) من قانون الأوقاف .

وهذا الشيء الجديد الذي أتى به قانون الوقف ، وهو فكرة الشخصية المعنوية للوقف التي لم يرد ذكرها في قانون الأسرة<sup>(4)</sup> ، وكلا التعريفين اتفق على أن يكون الوقف مؤبداً وأن يخرج من ملك واقفه ويمنعه من التصرف فيه ، وإذا كان الوقف مؤقتاً يكون باطلاً طبقاً لنص المادة (28) من قانون الأوقاف .

كما عرف القانون رقم 90-25<sup>(5)</sup> المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 م المتعلق بالتوجيه العقاري الوقف في المادة (31) على أن : « الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائماً تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة سواء أكان هذا التمتع

1- ج . ر . ج . ج . ع . ع . 21 ، المؤرخة في 08 ماي 1991 .

2- ج . ر . ج . ج . ع . ع . 29 ، المؤرخة في 23 ماي 2001 .

3- ج . ر . ج . ج . ع . ع . 83 ، المؤرخة في 15 ديسمبر 2002 .

4- رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي للأملاك الوقف في الجزائر ، ط.2 ، دار هومه ، الجزائر ، 2013 م ، ص 28 - 29 .

5- ج . ر . ج . ج . ع . ع . 49 ، المؤرخة في 18 نوفمبر 1990 ، المعدل والمتمم بالقانون 26/95 ، المؤرخ في 25

سبتمبر 1995 ، ج . ر . ج . ج . ع . ع . 55 ، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 .

فوراً أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور » ، يتضح من نص هذه المادة أن الوقف نوعان : وقف عام ، ووقف خاص .

الوقف العام هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق دون تحديد ، أما الوقف الخاص هو كل ما حبسه الواقف على عقبه من الذكور أو الإناث أو على أشخاص معينين ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم<sup>(1)</sup>.

### ثانياً : إثبات عقد الوقف المنصب على العقار

سيتم التطرق في مسألة إثبات الوقف إلى ثلاث مراحل أساسية يراعى فيها صدور قانون الأسرة، وصدور قانون الأوقاف دون إهمال مرحلة صدور الأمر 70- 91 .

#### 1- قبل صدور قانون الأسرة :

كما سبق القول كانت تطبق أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية على الأحوال الشخصية ، وقد كانت تعتمد الرضائية كأصل في التصرفات الصادرة بإرادة منفردة ، وعليه لا مجال للشكل فيما يتعلق بالوقف سواء ورد على عقار أو منقول خاصة أثناء تواجد الاحتلال بالجزائر ، لم يلجأ الجزائريون إلى الموثقين المعمرين لتوثيق الوقف كونه نظام إسلامي مرتبط بالعقيدة الإسلامية .

وبالتالي يكفي صدور الإيجاب من الواقف لقيام الوقف كونه تصرف صادر عن إرادة منفردة، وهي إرادة الواقف حتى ولو لم يقبله الموقوف عليه ، هذا لا يؤدي إلى بطلان الوقف لأنه سيتحول من وقف خاص إلى وقف عام طبقاً لنص المادتين (04 و 07) من قانون الأوقاف .

يستنتج أن الوقف ينعقد بالإيجاب فقط وهو شرط لوجوده ، أما القبول فهو شرط لنفاذ الوقف الخاص، وبالتالي الإيجاب هو الركن الوحيد لانعقاد الوقف ، وعليه يجوز للواقف إنشاء وقفه دون إتباع شكل معين . لكن بصدور الأمر رقم 70- 91 وإلزامه الرسمية في كافة العقود المنصبة على العقار تحت طائلة البطلان بموجب المادة (12) منه كما سبق القول ، يبقى نفس الإشكال مطروح وهو أن المشرع أخضع بصريح النص العقود الواردة على العقار للرسمية دون التصرفات ، وباعتبار الوقف

1- رمول خالد ، مرجع سابق ، ص. 43-46 .

تصرف وليس عقد خاصة وأنه يصدر بالإرادة المنفردة فهو يخرج من نطاق نص المادة (12) من قانون التوثيق<sup>(1)</sup>.

وعليه الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوقف ، وإنما هو شرط للإثبات فقط لأن الأصل في الوقف هو الرضائية باعتباره مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية .

## 2- من صدور قانون الأسرة إلى غاية 1990م :

صدر قانون الأسرة تحت رقم 84-11 بتاريخ 09 جوان 1984م ، نص على أثبات الوقف في المادة (217) على أنه : « يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة (191) من هذا القانون » ، وبالرجوع إلى أحكام المادة (191) نجد أنها نصت على أن الوصية كأصل عام تثبت بموجب تصريح من الموصي أمام الموثق ويحرر عقد بذلك أي بموجب عقد رسمي ، وكاستثناء ، وفي حالة مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية .

وعليه يثبت الوقف إما بعقد توثيقي أو بحكم ، وما يلاحظ على نص المادة (191) أنه لم يرتب البطلان على عدم توثيق الوقف ، ما يفهم أن الكتابة في هذه الحالة شرط للإثبات لا للانعقاد وتخلفها لا يبطل الوقف ولكن يعطل وسيلة من وسائل إثباته مما يتم اللجوء إلى القضاء لإثباته بوسيلة أخرى، وهي الحكم .

من هنا يتبين أن العقد التوثيقي هو وسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار ، وعليه فإن الوقف هو تصرف رضائي لا شكلي ، والكتابة المطلوبة أمام الموثق طبقا لنص المادة (191) هي وسيلة للإثبات وليس للانعقاد، وبمفهوم المخالفة عدم تدوين الوقف لا يعني أنه غير موجود أو يستحيل إثباته ، بل يجوز إثباته بإقرار المدين أو اليمين الحاسمة<sup>(2)</sup>.

## 3- من صدور قانون الأوقاف إلى يومنا هذا :

صدر قانون الأوقاف رقم 91-10 بتاريخ 27 أبريل 1991م المعدل والمتمم ، وقد نص في المادة (02) على أنه يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه في هذا القانون بخصوص

1- الشيخ سناء ، مرجع سابق ، ص. 100 .

2- بن مشرّن خير الدين ، (إدارة الوقف في القانون الجزائري) ، رسالة ماجستير ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان الجزائر ، السنة الجامعية 2011/2012م ، ص. 59 .



الوقف ، وأضافت المادة (04) أن الوقف يثبت وفقا للإجراءات المعمول بها ، وطبقا للمادة (12) تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة بمعنى فتح المجال في صيغة الوقف . غير أن المادة (41) من نفس القانون ألزمت الواقف أن يقيد وقفه بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك، وإحالة نسخه منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف .

يُفهم من هذه المواد أن المشرع اخضع الوقف للرضائية وأنه ساوى بين اللفظ والكتابة والإشارة في صيغته، وأن الشكل المنصوص عليه في المادة (41) ما هو إلا للإثبات وليس للانعقاد . لكن هناك من يخضع الوقف للشكلية كركن للانعقاد مؤسسين رأيهم على أحكام المادة (12) من قانون التوثيق، والمادة (324) مكرر 1 ق. م . ج. باعتبار أنه : « لا اجتهاد مع النص »<sup>(1)</sup> .

وقد أكد نص المادة (35) من قانون الوقف على اعتبار الكتابة شرط للإثبات وليس للانعقاد بقوله : « يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين (29 و 30) من هذا القانون » ، وأضاف نص المادة (08) ف5 أن الأملاك التي تظهر تدريجيا بناءً على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار .

بمعنى تم اعتماد الشهادة في إثبات الوقف سواء بالنسبة للشريعة الإسلامية أو المشرع ، وهذه الشهادة تصدر عن مديرية الشؤون الدينية والأوقاف تم استحداثها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000م المتعلق بـ : " إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وكيفيات إصدارها وتسليمها " <sup>(2)</sup> ، وبموجب المادة (05) من هذا المرسوم وبعد استيفاء الشروط المبينة في المادة (03 و 04) منه، وبعد جمع أكثر من ثلاث (03) وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي تصدر مديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي محل الإشهاد مرفوقة بشرط البطلان عند ظهور أدلة مضادة <sup>(3)</sup> . بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001م الذي يحدد « محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي » تحوي هذه الشهادة وجوبا المعلومات التالية <sup>(4)</sup> :

1- بن مشرّن خير الدين ، مرجع نفسه ، ص. 60 .

2- ج . ر . ج . ج . ع . 64 ، المؤرخة في 31 أكتوبر 2000م .

3- بن مشرّن خير الدين ، مرجع سابق ، ص. 67 .

4- ج . ر . ج . ج . ع . 31 سنة 2001م .

وطبقا لنص المادة (03) من القرار: عنوان الشهادة ، المراجع القانونية المعتمدة ، رقم وتاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا، تحديد مساحة الملك الوقفي وموقعه .

وقد نص على السجل الخاص بالملك الوقفي القرار المؤرخ في 06 جوان 2001م المحدد لـ "محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي" <sup>(1)</sup> ، الذي جاء تطبيقا للمادة (03) من المرسوم التنفيذي رقم 2000-336 .

بعد أن يقوم وكيل الأوقاف بتقديم طلب (عريضة) إلى رئيس محكمة موقع العقار ملتصقا بتعيين محضر قضائي لإجراء معاينة قضائية لإثبات الملك الوقفي ميدانا تودع بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا بمبادرة من مدير الشؤون الدينية والأوقاف للولاية بغرض إشهارها بعد استيفاء إجراء التسجيل . بموجب المادة (06) من المرسوم رقم 2000-336 <sup>(2)</sup> السالف الذكر.

لكن باستثناء نص المادة (44) من قانون الأوقاف نجد أنها نصت على أن الأملاك الوقفية العامة معفاة من رسوم التسجيل والضرائب والرسوم الأخرى لكونها عمل من أعمال البر والخير . يفهم من هذا أن كل ملك وقفي سواء كان عقارا أو منقولاً يخضع للتسجيل كقاعدة عامة أمام مفتشيات التسجيل المختصة إقليميا ولا يعفى منه إلا ما كان وفقا عاما <sup>(3)</sup> ، كما يجب شهر الوقف طبقا لأحكام المادة (41) من قانون الأوقاف ، وهذا من أجل حمايته بتأكيدا على ضرورة إحالة نسخة من عقد الوقف المشهر أغلى السلطة المكلفة بالأوقاف .

1- ج . ر . ج . ج . ع . 32 سنة 2001م .

2- بن مشرّن خير الدين ، مرجع نفسه ، ص. 69 .

3- رمول خالد ، مرجع سابق ، ص. 97 .

## المبحث الثاني

## التصرفات المقررة للملكية العقارية

يقصد بالتصرفات المقررة للملكية العقارية هي تلك التصرفات التي تهدف إلى تقرير حقوق موجودة من قبل ، حيث تقرر حقوقا سبق نشوئها لصالح من تقرر لهم هذه الحقوق . بمعنى أن هذه التصرفات لا تؤدي إلى إنشاء الحق أو نقله وإنما هي تؤكد على هذا الحق ، ومن أمثلة هذه التصرفات عقدي القسمة والصلح وسيتم التطرق إليها في حالة ورودها على العقار من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين اثنين كالآتي :

## المطلب الأول : عقد القسمة الوارد على العقار

سيتم التطرق إلى تعريف القسمة وأنواعها كالتالي :

## الفرع الأول : تعريف القسمة الواردة على العقار

القسمة هي عبارة عن عملية تهدف إلى إنهاء الحقوق الشائعة بقسمتها ، أي أنها تقوم بفرز الملكية الشائعة وجعلها حصصا معينة بحيث يتحدد نصيب أو حصة كل شريك في الشيوع من العقار المشاع . وقد ورد في نص المادة (713) ق . م . ج . أنه إذ ملك اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل واحد منهم فيه غير مقررة فهم شركاء على الشيوع ، بمفهوم المخالفة إذا كانت حصة كل من هؤلاء الشركاء معينة فإنها ملكية مفرزة أو مجزئة ، وتكون كذلك عن طريق القسمة .

وتجدر الملاحظة أن المتقاسم (الشريك في الشيوع) يكون مالكا للحصة التي آلت إليه منذ أن كان شريكا في الشيوع وليس من وقت القسمة ، بمعنى هو مالك لحصة حتى وإن لم تكن مفرزة طبقا لنص المادة (730) من ق . م . ج .

## الفرع الثاني : أنواع القسمة الواردة على العقار

للقسمة أنواع ، فهي إما أن تكون رضائية أو قضائية .

## أولا : القسمة الرضائية

هي تلك القسمة الاختيارية أو الاتفاقية أو الودية ، وهي الأصل في القسمة حيث يحق لكل شريك في الشيوع أن يطالب بقسمة هذا الشيوع ما لم يكن مجبرا على البقاء فيه بمقتضى نص أو اتفاق المادة (722) ق. م . ج. فيقوم الشركاء بالإجماع بينهم بقسمة عقار عن طريق التراضي وتحرير عقد بذلك وشهره بالمحافظة العقارية المختصة طبقا للأحكام المادتين (723) ق. م . ج. و (16) من أمر 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وعليه يكون إجماع الشركاء كشرط أساسي لتحقيق القسمة الاتفاقية .

فإذا وردت هذه القسمة على عقار تعتبر تصرفا مقررًا لحق عيني عقاري تثبت الملكية للشركاء بمجرد إبرام العقد بينهم أما بالنسبة للغير فلا يحتج بها إلا من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية باعتبارها تشكل سندا للملكية العقارية (1) .

## ثانيا : القسمة القضائية

يكون هذا النوع من القسمة في حال رفض أحد الشركاء القسمة الاختيارية، فيتم اللجوء إلى القضاء من أجل قسمة المال المشاع برفع دعوى على باقي الشركاء الآخرين حسب ما ورد في المادة (724) ق. م . ج . ف1 : « إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة » .

في هذه الحالة تعين المحكمة خبيرا لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا بين الشركاء ويتم ذلك بموجب حكم قضائي يسمى بـ "سند قسمة المال الشائع" يأخذ هذا الحكم حكم السند العقاري القضائي والجهة المختصة التي ترفع أمامها الدعوى هي محكمة موقع العقار أما إذا تعلق الأمر بمنقول فأمام محكمة مقر المجلس .

1- بوعشة مليكة ، مرجع سابق ، ص. 34 .

وتجدر الملاحظة أن في هذه القسمة اذا اتجه الورثة إلى القضاء وقاموا بالحصول على حكم يعين الأنصبة فإن هذا يغني عن الشهادة التوثيقية إذ تكفي الفريضة هنا ، حيث يقوم القاضي بمهمتين ، الأولى هي نقل الملكية ، والثانية هي قسمة الملكية بين الورثة <sup>(1)</sup> .

وللقسمة القضائية نوعان، قسمة عينية وأخرى قسمة تصفية، والنوع الأول هو الأصل في القسمة القضائية يكون ما إذا كان المال عقار قابلاً للقسمة . أما النوع الثاني يكون في حالة استحالة قسمة العقار أو ان القسمة تنقص من قيمة هذا العقار ، فيتم بيعه بالمزاد العلني واقتسام ثمن البيع عن طريق التصفية حسب نص المادة (728) ق . م . ج . وعليه ، يمكن القول أن القسمة القضائية تكون في حالات هي:

- عدم إجماع الشركاء على القسمة الودية (الرضائية) المادة (724) ق . م . ج .
- وجود شريك قاصر أو ناقص الأهلية بين الشركاء المادة (723) ق . م . ج .
- استحالة قسمة العقار أو ان القسمة من قيمة العقار المادة (728) ق . م . ج .

### المطلب الثاني : عقد الصلح الوارد على العقار

يعتبر عقد الصلح من بين العقود المقررة للملكية العقارية ، من خلاله يتم وضع حد أو نهاية للخلافات والتزاعات القائمة أو المحتملة . وفي ما يلي سيتم تعريف الصلح وبيان أنواعه من خلال فرعين اثنين.

### الفرع الأول : تعريف الصلح الوارد على العقار

عرّف المشرع الجزائري عقد الصلح في نص المادة (459) ق . م . ج . بقوله : "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه" ، ويستنتج من هذا التعريف أن الصلح عقد رضائي ، ملزم لجانبيين ، وهو من العقود المعاوضة ، كما أنه عقد لا يتجزأ طبقاً لنص المادة (466) ق . م . ج . ، وعليه الصلح هو عبارة عن تصرف كاشف في حسم نزاع وتقرير حق وبالتالي هو تصرف لا ينقل الملكية العقارية وإنما يؤكد عليها ولكن يشمل فقط الحقوق المتنازع فيها المادة (463) ق . م . ج .

1 - حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص . 222 .

وإذا تعلق الأمر بصلح حق عيني عقاري وجب شهره بالمحافظة العقارية المعنية وإلا انعدم أثره سواء بين طرفيه أو بالنسبة للغير حسب النص المادة (16) الأمر 75-74 السالف الذكر.

وقد اشترط المشرع في القائم بالصلح تمتعه بأهلية التصرف بعوض ، أي أهليه الأداء حسب نص المادة (460) ق. م. ج. ، وبالنسبة لعيوب الإرادة يرجع بشأنها إلى القواعد العامة ، غير أن المشرع استثني في أحكام الصلح الغلط في القانون حسب نص المادة (465) ق. م. ج. : « لا يجوز الطعن في الصلح بسبب غلط في القانون » .

ولعل العلة في ذلك ، أن المتصلحين قاموا بحسم النزاع القائم بينهم على وجه الاتفاق ، وبالتالي تثبتوا من الأمر ، بمعنى قاموا بالاتفاق على حكم القانون ، أي اتفقوا على الصلح ، وهذا الأخير هو الذي يقرر حقوقهم، فكيف يكون الغلط في القانون ؟

### الفرع الثاني : أنواع الصلح الوارد على العقار

بالرجوع إلى المادة (459) ق. م. ج. يستشف من نصها أن للصلح نوعين هما :

#### أولا : الصلح القضائي

يكون الصلح قضائيا متى حسم به المتعاقدان نزاعا قائما بينهما ، ومتى قام نزاع بين أشخاص فإن هذا يدل على رفع دعوى أمام القضاء ، وعليه إذا حسم هذا النزاع أمام القضاء عن طريق الصلح فإن هذا الصلح هو صلح قضائي .

#### ثانيا : الصلح غير القضائي

يكون الصلح غير قضائي متى حسم به المتعاقدان نزاعا محتمل الوقوع بينهما ، بمعنى أن النزاع لم يثر بعد وحتى يتوقيان حدوثه يقومان بإجراء صلح بينهما ، وعليه يكون هذا الصلح غير قضائي لأن النزاع أصلا لم يثر ولم ترفع دعوى بموجبه .

## المبحث الثالث

## التصرفات المنشئة لحقوق الملكية العقارية

تنقسم الحقوق العقارية إلى نوعين رئيسيين من الحقوق، يتمثل النوع الأول في الحقوق العينية الأصلية وهي حق الملكية، حق الانتفاع، حق الارتفاق، حق الاستعمال وحق السكنى، أما النوع الثاني فيتمثل في الحقوق العينية التبعية، والتي تشمل كل من الرهن الرسمي، والرهن الحيازي، حق التخصيص وحق الامتياز، وإلى جانب هذه الحقوق توجد حقوق أخرى ترد على العقار وهي الحقوق العينية العقارية الشخصية، كعقد الإيجار مثلا، وسيتم التطرق في هذا المبحث إلى كل من الحقوق العينية التبعية: (الرهن والامتياز)، والحقوق العقارية الشخصية: (عقد الإيجار والشهادة التوثيقية).

## المطلب الأول: الحقوق العينية العقارية التبعية

لقد نص المشرع الجزائري على الحقوق العينية التبعية في الكتاب الرابع من القانون المدني في المواد من (882 إلى 1003)، وأسمائها بالتأمينات العينية وهي: الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي وحق الامتياز، وسيتم التطرق إليهما من خلال الفرعين الآتيين.

## الفرع الأول: الرهن الوارد على العقار

يقصد بالتأمينات العينية هي تخصيص مال معين لمدين، فيكون للدائن حق عيني على هذا المال وهو حق تبعي، غير أن الفرق بين الرهن والامتياز هو أن هذا الأخير لا يمنحه ألا القانون ويكون على جميع أموال المدين، أما الرهن فالأصل في منحه هو الاتفاق بين الدائن والمدين. وللرهن نوعان سيتم تفصيلهما في ما يلي:

## أولا : الرهن الرسمي العقاري

يُعرّف الرهن الرسمي على أنه عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، بحيث يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استفاء حقه من ثمن العقار <sup>(1)</sup> ، وعليه الرهن الرسمي هو حق عيني يتقرر ضمانا للوفاء بدين على عقار مملوك للمدين .

وقد نصّت المادة (883) ق . م . ج . أن الرهن لا ينعقد إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون ومصارييف هذا العقد تكون على الراهن ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك ، وقد أضاف المشرع في نص المادة (966) أنه يشترط لنفاد الرهن العقاري في حق الغير أن يقيد هذا الرهن وتسري عليه الأحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي .

يتبين من المادة أن الرهن الرسمي يمكن أن يكون بحكم ، أي الرهن القضائي المعروف في القانون الفرنسي ويتقرر بقوة القانون ، والإرادة التشريعية الجزائرية قد استعاضت عن الرهن القضائي بنظام التخصيص <sup>(2)</sup> .

يفهم من المادة أن الرهن الرسمي هو عقد شكلي لا يتم إلا بورقة رسمية، وبما أن أحكامه تسرى على الرهن العقاري فإن هذا الأخير أيضا يجب أن يكون في عقد رسمي ، كما أشترط المشرع أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون وأهلا للتصرف فيه وأن الرهن لا ينعقد إلا على عقار ما لم يوجد ما يقضي بغير ذلك طبقا لأحكام المادة (886) ق . م . ج .

بمعنى أن المشرع جعل الرسمية ركن في الرهن الرسمي وهي شرط للانعقاد وليس مجرد وسيلة للإثبات، بحث إذا تخلفت وقع البطلان المطلق <sup>(3)</sup> ، ورسمية العقد هنا قد تقررت لمصلحة الراهن ، لأنه يحتفظ بملكية العقار المرهون وبجيازته من جهة ، ولمصلحة الدائن المرتهن حتى يتثبت من أصل ملكية الراهن ومن أهليته للتعاقد من جهة أخرى ، كما تقررت أيضا لمصلحة الائتمان وهي أن يكتب العقد كتابة

1- راجع المادة 882 قانون مدني .

2- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني - التأمينات العينية- ط. 2010 ، دار الهدى ، الجزائر ، ص.

73 .

3- محمد صبري السعدي ، مرجع نفسه ، ص. 74 .



صحيحة ولا يكون ذلك إلا إذا كان العقد رسمياً<sup>(1)</sup> ، كما تمكّن الدائن أيضاً من حيازة سند تنفيذي لاستيفاء دينه عند حلول أجله دون الحاجة إلى حكم لذلك .

ومن شروط صحة عقد الرهن، هو أن يشتمل على أوصاف العقار المرهون ، كأن يكون هذا العقار معيّنًا بالذات من حيث الطبيعة والموقع وأن يكون هذا العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني، وهذه العناصر إما أن تُبيّنَ في عقد الرهن ذاته أو أن تبين في عقد رسمي لاحق ، وما عدى ذلك يكون الرهن باطلاً .

كما يشمل الرهن أيضاً ملحقات العقار المرهون والتي تعتبر عقارا ، مثل العقارات بالتخصيص حقوق الارتفاق والإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك طبقاً للمادة (887) ق.م.ج. ، بالإضافة إلى أن الرهن يشمل تحديد الدين المضمون وهذا ما يُعبّر عنه بتخصيص الرهن .

وطبقاً لأحكام المواد (904 و 905) ق.م.ج. فإن الرهن يجب أن يقيد ، بحيث لا يكون نافذاً في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن ، وتسري على إجراءات القيد الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري ، وقد بينت المادة (93) من المرسوم 76-63 ، إجراءات قيد الحكم أو العقد الذي ينشئ امتيازاً أو رهناً .

### ثانياً : الرهن الحيازي العقاري

يعرّف الرهن الحيازي طبقاً للمادة (948) ق.م.ج. أنه عقد يلتزم به شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره أن يسلم إلى الدائن أو أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب حقاً عينياً للدائن حيث يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي دينه وأن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ، بمعنى أن المشرع عرّف الرهن الحيازي ببيان مضمونه .

والفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي يكمن في الحيازة التي هي التزام في الرهن الحيازي والتي تمكن في حبس الشيء الذي يمكن أن يكون عقاراً أو منقولاً إلى غاية استيفاء الدين، والحيازة في الرهن

1- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - التأمينات الشخصية والعينية - ط.3 ، ج.10 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 2011 ، ص. 276 .

الحيازي هي لازمة لنفاذ الرهن فقط لا لانعقاده، كذلك الرهن الرسمي هو عقد ملزم لجانبين إلى جانب التزامات الدائن المرتهن ، يلتزم المدين الراهن يستلم العين المرهونة ، أي هو عقد رضائي ، أما الرهن الرسمي فهو عقد ملزم لجانب واحد هو جانب الراهن وهو عقد شكلي ، بالإضافة إلى أن الرهن الحيازي يمكن أن يرد على عقار أو منقول ، أما الرهن الرسمي فهو مقصور على العقار فقط .

وقد نص المشرع في المواد (949 و 950) ق. م. ج. أنه لا يكون محلا للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً بالمزاد العلني من منقول وعقار وأنه تسري على الرهن الحيازي الأحكام المتعلقة بالرهن الرسمي.

وقد نص المشرع الجزائري على بعض أنواع الرهن الحيازي في المواد من ( 966 إلى 981) ق. م. ج. وهو الرهن العقاري ورهن المنقول ، فالنسبة للرهن العقاري يشترط لنفاذه تسليم الملك للدائن وتقييده، كما يمكن للمدين الراهن استئجار العقار المرهون من الدائن المرتهن الذي يلتزم بصيانتة وحفظه ودفع التكاليف المستحقة عليه ، أما إذا وقع الرهن الحيازي على منقول فيشترط لانتقاله الحيازة والتسليم والقيود في ورقة ثابتة التاريخ .

### الفرع الثاني : حق الامتياز الوارد على العقار

تنقسم التأمينات العينية إلى نوعين اثنين، نوع يقوم على الحيازة كالرهن ونوع لا يقوم على الحيازة كالامتياز . وسيتم التطرق إلى تعريف الامتياز وأنواعه من خلال الفقرات الآتية .

#### أولا : تعريف الامتياز الوارد على العقار

إن الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين ، بمعنى الأفضلية والأسبقية في استيفاء هذا الدين ، ولا يكون لهذا الأخير امتياز إلا بمقتضى نص قانوني .

ويأتي الامتياز بعد كل من الرهن الرسمي والرهن الحيازي ، وحق التخصيص ، إلا إذا وجد نص قانوني يحدد مرتبته ، أما في حال تعدد الحقوق الممتازة وكانت في مرتبة واحدة فإن مسألة استيفائها تكون إما بمقتضى نص قانوني أو عن طريق التسابق طبقاً لأحكام المادة (983) ف 2 ق. م. ج .

والامتياز حق يرد على جميع أموال المدين عقارات كانت أو منقولات ، باستثناء الامتيازات الخاصة التي ترد إما على عقار أو منقول معين ، وقد نص المشرع في المادة (986) ق. م. ج. على أنه تسري

أحكام الرهن الرسمي على حقوق الامتياز العقارية بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع هذه الحقوق كأحكام القيد مثلا .

### ثانيا : أنواع الامتياز الوارد على العقار

تنقسم حقوق الامتياز إلى نوعين رئيسيين ، هما حقوق الامتياز الواقعة على منقول وحقوق الامتياز الواقعة على عقار وسيتم التركيز على النوع الثاني من حقوق الامتياز .

1. الامتياز الواقع على منقول .

2. الامتياز الواقع على عقار .

لقد بين المشرع حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار في المواد من (999 إلى 1003) من ق م .

ج . وهي تشمل ما يلي :

- بالنسبة لعملية بيع العقار يعتبر الثمن وملحقاته حقوق امتياز للبائع ، ويجب أن تقيد هذه الحقوق ولو كان البيع مسجلا ، أما بالنسبة لمرتبة هذه الحقوق فإنها تحدد من يوم البيع بشرط وقوع التقييد في أجل شهرين من تاريخ البيع و في حال انقضاء أجل الشهرين و عدم التقييد لحق الامتياز فإنه يتحول إلى رهن رسمي .

- تعتبر كذلك حقوق امتياز المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين سواء قاموا بالتشييد أو البناء، أو الترميم أو الصيانة لأبنية أو منشآت ، وهذا الامتياز ، يقدر بحسب قيمة العقار وقت بيعه، ويجب أن يقيد هذا الامتياز أيضا وتحدد مرتبته من تاريخ قيده .

- بالنسبة لعمليات القسمة في العقارات ، يكون للشركاء الذين اقتسموا هذه العقارات حقوق امتياز عليها تأمينا من رجوع كل واحد منهم على الآخرين ، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتحدد مرتبته من يوم القسمة بشرط أن يتم القيد خلال شهرين من تاريخ القسمة وإلا تحول الامتياز إلى رهن رسمي .

### المطلب الثاني : الحقوق العينية العقارية الشخصية

الحق مصلحة يحميها القانون ، وهو إما أن يكون حقا عينيا أو حقا شخصيا ، ويراد بهذا الأخير

تلك العلاقة التي تكون بين شخصين بحيث يطالب بمقتضاها أحدهما الآخر القيام بعمل أو إعطاء شيء ما أو

الامتناع عن القيام بعمل ، بمعنى وجود علاقة دائنية بين الطرفين والتي يعبر عنها بالالتزام طبقا لنص المادة (54) ق.م.ج.

والحقوق الشخصية المنصبة على عقار هي: عقد الإيجار و الشهادة التوثيقية و سيتم التطرق إليها كالتالي.

### الفرع الأول : عقد الإيجار الوارد على العقار

يعتبر الإيجار من أهم الحقوق العينية العقارية الشخصية ، نظرا لتلك التعديلات التي عرفها من ناحية تنظيمه في قوانين مختلفة ، خاصة مسألة الكتابة فيه .

#### أولا : تعريف عقد الإيجار الوارد على العقار

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الإيجار في الباب الثامن من الكتاب الثاني من القانون المدني تحت عنوان "الإيجار المتعلقة بالانتفاع بالشيء" ، ويعرف الإيجار طبقا لنص المادة (467) من الأمر 58/75 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 المتضمن القانون المدني ، أنه عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم وعليه فإن عناصر هذا العقد هي: الأجرة، المدة، والعين المؤجرة .

والإيجار هو عقد يدخل ضم فئة العقود الناقلة للانتفاع بالأشياء وهو من بين العقود الناقلة للملكية لأنه يتعلق بشيء وهو كذلك من عقود الخدمات<sup>(1)</sup>.

وقد نظم عقد الإيجار أيضا بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 ، المؤرخ في 1 مارس 1993 المتعلق بـ "النشاط العقاري" المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 الذي ألغى الأحكام المتعلقة بالحق في البقاء في الأمكنة المنصوص عليها في الأمر 75-58 ليصبح انتهاء عقد الإيجار بمجرد انتهاء مدته دون الحاجة إلى التنبيه بالإخلاء أو الإعذار أو التمسك بحق البقاء وهذا من أجل توسيع النشاط العقاري .

1- دورة أسيا ، رمول خالد ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، ط.3 ، دار هومه ، الجزائر ، 2011 ، ص. 85-86 .

## ثانيا : الشكلية في عقد الإيجار الوارد على العقار

بصدور المرسوم التشريعي 93-03 ذهب المشروع الجزائري إلى حد توسيع دائرة السندات القابلة للتنفيذ المباشر لتشمل بعض العقود المبرمة بمناسبة علاقة الإيجار<sup>(1)</sup>.

وبالنسبة لإثبات عقد الإيجار في ظل الأمر 75-58 يتبين أن الإيجار من العقود الرضائية التي لا يشترط لقيامها شكلا خاصا، بل يكفي فيها تطابق إرادتي المؤجر والمستأجر لإنشائها .

وبالرجوع إلى المرسوم التشريعي 93-03 في نص المادتين (20 و 21) منه قبل التعديل يتضح أن المشرع تعامل مع عقد الإيجار تعاملًا مزدوجًا<sup>(2)</sup> ، بمعنى أن المشرع ألغى الحق في البقاء في الأمكنة بالنسبة لعقود الإيجار المبرمة بعد سنة 1993 وأنه أخضع عقد الإيجار لنموذج خاص يحدد عن طريق التنظيم .

كما نص الأمر 75-58 على أن تجديد عقد الإيجار يكون إما التجديد الصريح أو التجديد الضمني والذي لا يتطلب بالضرورة الكتابة، فقد يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة أو اتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه ، أو أن يكون ضمينا ما لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا طبقا لنص المادة (60) ق . م . ج. وبما أنه يمكن أن يكون الإيجار غير مكتوب فيمكن إثباته بالوصلات والتي لا يشترط فيها شكل معين .

أما إثبات الإيجار في المرسوم 93-03 ، فقد نصت المادة (21) منه أن العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين تجسد وجوبا في عقد إيجار يحدد نمودجه عن طريق التنظيم وأن يعاقب المؤجر إذا خالف أحكام التشريع المعمول بها ، وفي حال انعدام العقد فإن أي وصل يجوز شاغل الأمكنة يخول له الحق في عقد إيجار لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة ، وقد نص على نموذج عقد الإيجار المرسوم التنفيذي رقم 94-69<sup>(3)</sup> ،

1- وسيلة وزاني ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري-دراسة قانونية تحليلية - ط.2 ، دار الهومو ، الجزائر ، 2012 ، ص. 179 .

2- هلال شهوة ، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني ، ط.1 ، جسور للنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2010 ، ص. 75 .

3- ج . ر . ج . ج . ج . ع . 17 . لسنة 1994 .

المؤرخ في 19 مارس 1994 المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة (21) من المرسوم التشريعي 93-03 .

يفهم من هذا النص ، أن الكتابة التي أوجبها المشرع في عقد الإيجار ليست الكتابة الرسمية ، كما أنها ليست شرطا في انعقاد الإيجار لأن المشرع لم يرتب على تخلفها البطلان ، كما أن العقد غير المكتوب وفقا لنموذج الإيجار المحدد عن طريق التنظيم لا يمنع من وجود علاقة إيجارية بحيث يكفي إثباتها بوصل. والكتابة هنا ليست شرطا لانعقاد ولا حتى للإثبات وإنما هي عقوبة للمؤجر الذي يتهرب من ضريبة التسجيل<sup>(1)</sup> .

وبتعديل نصوص الإيجار من الأمر 75-58 بموجب القانون 07-05 الذي نص في المادة (467) مكرر منه أن الإيجار ينعقد كتابة ، ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا ، وعليه أصبح الإيجار عقدا شكليا يجب إفراغه في شكل معين و الذي يمثل ركن من أركانه يترتب على تخلفه بطلان الإيجار.

بمعنى أن التعديل أورد حالة قانونية تمثلت في جعل كتابة عقد الإيجار شرطا لازما لانعقاده فهو عقد شكلي ،<sup>(2)</sup> غير أنه ما يفهم من نص المادة (467) مكرر ق. م. ج . أن الكتابة في عقد الإيجار يمكن أن تكون الكتابة الرسمية أو الكتابة العرفية و إذا كانت الكتابة العرفية يشترط في عقد الإيجار التاريخ الثابت طبقا لنص المادة (328) ق. م. ج . بمعنى أن المشرع أورد الكتابة كشرط لازم لقيام الإيجار دون أن يوضح طبيعة هذه الكتابة وما إذا كانت من اللازم إفراغها في قالب رسمي أو يكفي أن تكون في ورقة عرفية<sup>(3)</sup> .

أما إذا تعلق الأمر بالإيجارات التي تفوق مدتها 12 سنة ، فقد ألزم المشرع تحت طائلة البطلان أن تفرغ في قالب مكتوب ثابت التاريخ ، وأن تشهر طبقا لنص المادة (17) من الأمر 74/75 السالف الذكر. والحكمة من ذلك أن عقود الإيجار طويلة المدة تشكل عبئ ثقيل على العقار يؤدي إلى إنقاص قيمته وينتج عنه فصل بين المنفعة والملكية لفترة طويلة<sup>(4)</sup> .

1- هلال شهوة ، مرجع سابق ، ص.79 .

2- مجيد خلفوني ، الإيجار المدني في القانون الجزائري ، ط. 2012 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، ص. 151 .

3- مجيد خلفوني ، الإيجار المدني في القانون الجزائري ، مرجع نفسه ، ص. 155 .

4- هلال شهوة ، مرجع نفسه ، ص. 87 .

وبالنسبة لعقود الإيجار الزراعية فإن الأصل فيها أن تثبت في الشكل العرفي بالرغم من مقتضيات المادة (324) مكرر 1 ق. م. ج. والتي تشترط الرسمية فإن أحكام المادة (53) من القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن النشاط العقاري الصادرة بعد المادة (324) مكرر 1 تشكل نصا خاص تسمو على أحكام القانون المدني<sup>(1)</sup>.

### الفرع الثاني : الشهادة التوثيقية الواردة على العقار

تعتبر الشهادة التوثيقية من السندات المثبتة للحقوق العينية العقارية الشخصية ، كما أنها تكشف عن هذه الحقوق أيضا لأنها تهدف إلى حصر الملكية العقارية من جهة وإلى تحديد أنصبت المعنيين بهذه الملكية من جهة أخرى .

### أولا : تعريف الشهادة التوثيقية الواردة على العقار

ورد في نص المادة (39) من المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بـ " تأسيس السجل العقاري " أنه : «عندما يتم إشهار شهادة موثقة بعد وفاة ، تثبت الانتقال المشاع للأموال باسم مختلف الورثة أو الموصى لهم ، فإنه يؤشر على بطاقة العقار بأسماء جميع المالكين على الشياخ وبالخصصة التي تعود لكل واحد منهم عندما يكون ذلك مبيّن في الشهادة » .

وأضافت المادة (91) من نفس المرسوم أنه : «كل انتقال أو إنشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة (99) يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة . وينبغي على الموثقين أن يجروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ، ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلا أو جزء من تركة ، وفي هذه الحالة ينبغي على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة . ولا يتم إعداد شهادة موثقة إذا كان عقد القسمة المتضمن لمجموع العقارات الموروثة، قد تم تحريره وإشهاره ضمن الأجل المنصوص عليه من أجل إشهار الشهادة المذكورة » .

وعليه ، تعرف الشهادة التوثيقية على أنها : تلك الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموع البطاقات العقارية ، عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تفيد انتقال الملكية العقارية من المالك أو المورث أو

1- حمدي باشا عمر ، القضاء العقاري ، مرجع سابق ، ص.307 .

الموصي ، وهي من السندات العقارية التصريحية المعروفة التي يحررها الموثق بحيث يعتمد فيها على تصريحات الأطراف .

والفريضة هي من أهم السندات التوثيقية التي يعدها الموثق ، إذ هي عقد تصريحي يكون هدفه تأسيس الحالة المدنية ونسب مختلف ذوي الحقوق في تركة الهالك من أجل تسوية حصص كل واحد منهم، بمعنى بيان الوفاة والشهادة ينتهي في شكل عقد توثيقي<sup>(1)</sup> .

وعليه، يعتبر نقل الملكية عن طريق الميراث، سبب من أسباب كسب الملكية على الشيوع بالرغم من أن الوفاة تعد واقعة مادية يترتب بمجرد حدوثها انتقال الملكية بقوة القانون طبقا للمادة (15) من الأمر 74 - 75 : «... غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية » ويجب شهر حق الإرث والوسيلة التقنية لذلك هي الشهادة التوثيقية .

### ثانيا : إجراءات إعداد الشهادة التوثيقية الواردة على العقار

سبق القول أن الشهادة التوثيقية هي من بين السندات التصريحية التي يحررها الموثق حيث يعتمد فيها على تصريحات الأطراف المعنية بذلك ، ومن ثم يتقدم الأطراف إلى الموثق من أجل الإدلاء بتصريحاتهم حول واقعة الوفاة ، بعدها يقوم الموثق بتحديد الأهلية المدنية للأطراف وبذكر البيانات المتعلقة بالعقار محل الشهادة التوثيقية ، ثم يقوم بتحديد أصحاب الحقوق من ورثة وموصى لهم وتحديد أنصبتهم أو حصصهم من التركة .

وبالنسبة لأجال شهر الشهادة التوثيقية نصت المادة (99) من المرسوم 63 - 76 في ف 1 : « بالنسبة للشهادات الموثقة شهران ابتداء من اليوم الذي قدم الالتماس إلى الموثق ، ويرجع هذا الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج » .

غير أن قانون المالية لسنة 1999 عدل الأجل بنص المادة (31) ليكون 3 أشهر من تاريخ تحرير المحرر ويمدد هذا الأجل إلى 5 أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما بالخارج<sup>(2)</sup> .

1- حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة ، مرجع سابق ، ص. 35 .

2- خنايف سعدي ، (التصرفات الخاضعة للشهر في التشريع الجزائري) ، مذكرة ماستر ، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية الجزائر ، السنة الجامعية 2012/2011 ، ص. 24 .



لقد تم التطرق في هذا الفصل إلى بعض انواع التصرفات المنصبة على العقار والتي تستوجب الكتابة سواء كانت ركنا للانعقاد أو وسيلة للإثبات خاصة بفرض الرسمية على هذه التصرفات لتعلقها بالعقار وذلك بموجب الأمر 70-97 . وبالرغم من إغائه إلا أن المبدأ الذي أتى به حافظت عليه التشريعات اللاحقة على صدوره ألا وهو الرسمية في المعاملات العقارية والذي أكد عليه الأمر 75-58 .

لكن ما تم استنتاجه هو أن المشرع أكد على الكتابة كركن للانعقاد في بعض التصرفات كالبيع والهبة المنصين على العقار ، وأكد عليها كوسيلة للإثبات في تصرفات أخرى كالوقف والوصية إذا وردا على عقار . وبين ركن للانعقاد ووسيلة للإثبات تظل الكتابة تحتل الصدارة في طرق الإثبات كونها من أقوى الوسائل والأدلة ذات الحجية القاطعة خاصة إذا تعلق الأمر بإثبات الملكية العقارية .

خاتمة

من خلال هذه الدراسة تبين أن للكتابة دور مهم سواء اعتبرت وسيلة إثبات أو وسيلة انعقاد في مجال التصرفات القانونية بصفة عامة والتصرفات العقارية بصفة خاصة ، نظرا للأهمية الكبيرة التي تتميز بها من بين وسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري .

ذلك أن الدليل الكتابي يتميز بخصائص منفردة عن باقي الأدلة خاصة الشفوية ولو أن لكل منهم مكانته في الإثبات والحجية، حيث أن أهم ميزة تتميز بها الكتابة هي أنها دليل مادي ملموس يبقى لأطول مدة ممكنة من الزمن وأنه يصعب تغييره والتلاعب به خاصة بتدخل الموثق والذي لا يطعن في أعماله إلا بالتزوير.

وللكتابة مكانة مهمة في مجال الملكية العقارية التي بدورها تشكل شيء أهم في حياة الفرد والمجتمع، باعتبار العقار ثروة دائمة وعامل استراتيجي في الإنتاج وقطاع حيوي في الحياة التجارية والمدنية ومصدر لسيادة الدول والمحور الرئيسي لأي قطاع خاصة الاقتصادي الصناعي والسياحي. الأمر الذي أدى إلى نشوب نزاعات وصراعات دموية عليه سواء بين الأفراد أو بين الدول ذاتها ، مما حتم ضرورة إيجاد وسائل وطرق للمحافظة عليه واستغلاله بحكمة وعقلانية .

تمثلت هذه الطرق في سن قوانين نظمت الملكية العقارية سواء من حيث تسييرها أو نقلها أو أي تصرف آخر يرد عليها ، وقد تشددت التشريعات بسن هذه القوانين حيث أخضعت جميع التصرفات العقارية للشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان بالإضافة إلى احترام إجراءات أخرى كالتسجيل والشهر حتى تكتمل الميزة القانونية لهذه التصرفات باعتبار الكتابة شكلية مباشرة ، والتسجيل والشهر شكلية غير مباشرة تؤدي إلى نفاذ التصرف وبالتالي إنتاج آثاره .

وقد عرفت الجزائر نظامين للتوثيق، تمثل الأول في التوثيق الفرنسي أو ما يسمى بمكاتب التوثيق العمومية الذي ساد إبان الاحتلال ، أما الثاني فهو التوثيق الجزائري المحسد في المحاكم الشرعية المطبقة لمبادئ الشريعة الإسلامية لينتهي العمل بهذه الازدواجية بمناسبة سن الجزائر لأول قانون نظم التوثيق صدر تحت رقم **70- 91** ، الذي أتى بأحكام هامة حسم المشرع أمره من خلاله بالنص على الرسمية في كافة المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان المطلق لهذه المعاملات لتعتبر الكتابة عندئذ ركن لانعقاد لا يقوم العقد إلا به، بعد ما كانت الرضائية سائدة في كافة المعاملات .

لتثارت إشكالية بعد ذلك حول مدى صحة العقود العرفية المنصبة على العقارات في ظل الأمر 70-  
91 ليتدخل المشرع وينص على عدم إبطال هذه العقود وإنما وجوب تصحيحها من أجل الاعتداد بها في  
إثبات الملكية العقارية شريطة التاريخ الثابت لها، وأكد المشرع أيضا على الرسمية بإصدار الأمر 75- 58  
المتضمن "القانون المدني".

ليتعاقب بعد ذلك صدور قوانين نظمت التوثيق كجهة وكمرقق عمومي في المجتمع، خاصة القانون  
رقم 88- 27 والقانون 06- 02 الذي بينا وبطريقة واضحة مهام الموثق، إجراءات تحرير العقود وكذا  
أنواع العقود الواجبة فيها الشكلية باعتبار هذه العقود تؤدي إلى نقل الملكية العقارية وبالتالي تمتع الأشخاص  
بالسلطة المباشرة على العقار.

بمعنى تبيان كيفية تدخل الموثق في إبرام العقود بصفته ضابط عمومي مخول ومختص قانونا بذلك،  
حيث أضفى القانون على أعماله الصيغة التنفيذية أي قانونية أعماله وشرعيتها وقابليتها للتنفيذ المباشر دون  
اللجوء إلى القضاء، ليصبح الموثق حاليا بمثابة صورة تمثل الشكل الرسمي للتصرف خاصة إذا ورد على عقار  
والذي يأخذ أشكالا مختلفة سواء في نقل ملكية هذا العقار أو إنشاء حقوق عليه عينية كانت أو شخصية أو  
في تقرير الملكية العقارية في حد ذاتها.

وقد تباينت الكتابة في هذه التصرفات بين ركن للانعقاد من جهة وبين شرط للإثبات من جهة  
أخرى كما تم التطرق سابقا، وبإضفاء الرسمية على المعاملات العقارية أدى هذا إلى الاستقرار والأمن  
والطمأنينة والثقة والمصادقية وتعزيز الائتمان العقاري ليسود السلم بين الأفراد والمجتمعات وبالتالي وضع حد  
للفوضى ولسوء تسيير الملكية العقارية باعتبارها ثروة هامة لا تزول مهما تعاقبت عليها الأزمان.

المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

أولاً : القرآن الكريم

الآية 282 من سورة البقرة .

ثانياً : الكتب

- آسيا دوة ، خالد رمول ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومو ، الجزائر ، 2011 .

- أمين فرج يوسف ، التوقيع الإلكتروني ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2008

- توفيق حسن فرج ، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان ، 2003 .

- جميلة زايدي ، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري ، دون طبعة ، دار الهدى، الجزائر، 2014.

- حسين طاهري ، دليل الموثق ، الطبعة الأولى ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2007م .

- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري ، الطبعة التاسعة، دار هومة، الجزائر، 2009م .

- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة ، الطبعة السادسة ، دار هومة ، الجزائر ، 2006 .

- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، طبعة 2013 ، دار هومو ، الجزائر .

- خالد رمول ، الإطار القانوني والتنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، الطبعة الثالثة ، دار هومة ، الجزائر، 2013م .

- عبد الحفيظ بن عبيدة ، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري ، الطبعة الخامسة، دار هومو ، الجزائر، 2006 .

- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الطبعة الثالثة ، الجزء الثاني ، بيروت - لبنان ، 2011 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - التأمينات الشخصية والعينية- الطبعة الثالثة ، الجزء العاشر، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 2011 .
- عصام أنوار سليم ، النظرية العامة للإثبات في المواد المدنية والتجارية ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت- لبنان ، 2010 .
- فراح مناني ، أدلة الإثبات الحديثة في القانون ، دون طبعة، دار الهدى ، الجزائر، 2008
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، الطبعة الثالثة ، دار هومة ، الجزائر، 2011م
- مجيد خلفوني ، الإيجار المدني في القانون الجزائري ، طبعة 2012 ، دار الخلدونية ، الجزائر.
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني- الإثبات في المواد المدنية والتجارية - دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر، 2011 .
- محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني - التأمينات العينية- طبعة 2010 ، دار الهدى، الجزائر.
- محمد عبد الرحيم شريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت - دراسة مقارنة- الطبعة الثانية، دار الثقافة ، عمان - الأردن ، 2001 .
- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الثقافة ، عمان - الأردن ، 2006 .
- نبيل صقر ، مكاري نزيهة ، الوسيط في القواعد الإجرائية الموضوعية للإثبات في المواد المدنية ، طبعة 2009 ، دار الهدى ، الجزائر.
- نورة منصور ، هبة العقار في التشريع الجزائري، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2010 .

- هلال شهوة ، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني ، الطبعة الأولى ، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، **2010** .

- وسيلة وزاني ، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري-دراسة قانونية تحليلية - الطبعة الثانية ، دار الهومة ، الجزائر، **2012** .

### ثالثا : الرسائل والمذكرات

#### أ- رسائل الدكتوراه :

- زروق يوسف ، (حجية وسائل الإثبات الحديثة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، **2013/2012** .

#### ب - رسائل الماجستير :

- طمين سهيلة ، (الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية) ، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، **2011** .

- بن زكري راضية ، (حماية الملكية العقارية الخاصة) ، رسالة ماجستير، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، **2010/2009** .

- براهامي سامية ، (إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري) ، رسالة ماجستير، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، **2008/2007** .

- سدي العلجة ، (السندات المثبتة للملكية العقارية في التشريع الجزائري) ، رسالة ماجستير، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية ، **2012 / 2011** .

- بن مشرّن خير الدين ، (إدارة الوقف في القانون الجزائري) ، رسالة ماجستير، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، **2012/2011** .



## ج- مذكرات الماجستير :

- قايد يوسف سمية ، (الإطار القانوني لمهنة التوثيق في التشريع الجزائري) ، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية ، 2012/2013 .

- خنافيف سعدية ، (التصرفات الخاضعة للشهر في التشريع الجزائري) ، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية ، 2011/2012 .

- طهراوي نصيرة ، (التبرعات الناقلة للملكية دراسة مقارنة- الوصية والهبة-) ، مذكرة ماستر، جامعة الدكتور يحيى فارس المدية ، 2011/2012 .

## د- مذكرات التخرج للمدرسة العليا للقضاء :

- بوعشة مليكة، (شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري)، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الخامسة عشر، 2004/2005م.

## رابعا : الدوريات (مقالات منشورة في مجلات)

- الشيخ سناء، (إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة - الوصية والوقف-)، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009م.

## خامسا : التشريعات

### أ- التشريعات العادية (أوامر وقوانين) :

- الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق ، ج . ر . ج . ج . ع . 107 ، المؤرخة في 25 ديسمبر 1970 .

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج . ر . ج . ج . ع . 78 ، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 .

- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 .

- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، ج . ر . ج . ج . ع . 52 ، المؤرخة في 18 نوفمبر 1975 .

- القانون رقم 105/76 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 ، المتضمن قانون التسجيل ، ج . ر . ج . ج . ع . 81 المؤرخة 18 ديسمبر 1977 .

- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 جوان 1984 ، المتضمن قانون الأسرة ، المعدل بالقانون رقم 02/05 ج . ر . ج . ج . ع . 15 .

- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 3 ماي 1988 ، المتضمن تعديل القانون المدني ، ج . ر . ج . ج . ع . 18 لسنة 1988 .

- القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 ، المتضمن تنظيم التوثيق ، ج . ر . ج . ج . ع . 28 ، المؤرخة في 18 جويلية 1988 .

- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 ، المتضمن التوجيه العقاري ، ج . ر . ج . ج . ع . 49 ، المؤرخة في 18 نوفمبر 1990 ، المعدل والمتمم بالقانون 26/95 ، المؤرخ في 25 سبتمبر 1995 ، ج . ر . ج . ع . 55 ، المؤرخة في 27 سبتمبر 1995 .

- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، المتضمن التهيئة والتعمير ، ج . ر . ج . ج . ع . 52 المؤرخة في 02 ديسمبر 1990 .

- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990 ، المتضمن الأملاك الوطنية ، ج . ر . ج . ج . ع . 52 المؤرخة في 2 ديسمبر 1990 ، المعدل والمتمم بالقانون 14/08 ، المؤرخ في 20 جويلية 2008 ، ج . ر . ج . ع . 44 المؤرخة في 3 أوت 2008 .

- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1997 ، المتضمن الأوقاف ، ج . ر . ج . ج . ع . 21 ، المؤرخة في 8 ماي 1990 .

- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، ج . ر . ج . د . ع . 14 ، المؤرخة في 08 مارس 2006 .

- القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 ، المتضمن المحضر القضائي ، ج . ر . ج . ج . ع . 14 ، المؤرخة 05 مارس 2006 .

- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، المتضمن تعديل وتتمة القانون المدني ، ج . ر . ج . ج . ع . 13 لسنة 2007 .

- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 ، المتضمن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، ج . ر . ج . ج . ع . 14 ، المؤرخة في 6 مارس 2011 .

ب- التشريعات الفرعية (مراسيم تنفيذية وقرارات وزارية) :

- المرسوم التنفيذي رقم 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام ، ج . ر . ج . ج . ع . 30 لسنة 1976 .

- المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 ، المتضمن تأسيس السجل العقاري ، ج . ر . ج . ج . ع . 30 لسنة 1976 ، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 123/93 ، المؤرخ في 19 ماي 1993 .

- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1 مارس 1993 ، المتضمن النشاط العقاري ، ج . ر . ج . ج . ع . 17 لسنة 1974 .

- المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19 مارس 1994 ، المتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 1 مارس 1993 المتضمن بالنشاط العقاري ، ج . ر . ج . ج . ع . 17 لسنة 1994 .

- المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 ، المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي وكيفية إصدارها وتسليمها ، ج . ر . ج . ج . ع . 64 المؤرخة في 31 أكتوبر 2000 .

- المرسوم التنفيذي رقم 242/2008 المؤرخ في 3 أوت 2008 ، المتضمن تحديد شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها ، ج . ر . ج . ج . ع . 45 ، المؤرخة في 6 أوت 2008 .

- المرسوم التنفيذي رقم 243/2008 المؤرخ في 3 أوت 2008 ، المتضمن تحديد أتعاب الموثق ، ج . ر . ج . ع . 45 ، المؤرخة في 6 أوت 2008 .

- المرسوم التنفيذي رقم 244/2008 المؤرخ في 3 أوت 2008 ، المتضمن تحديد كفاءات مسك محاسبة الموثق ومراجعتهم ، ج . ر . ج . ج . ع . 45 ، المؤرخة في 6 أوت 2008 .

- المرسوم التنفيذي رقم 245/2008 المؤرخ في 3 أوت 2008 ، المتضمن تحديد شروط وكفاءات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه ، ج . ر . ج . ج . ع . 45 ، المؤرخة في 6 أوت 2008 .

1- القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001 المتضمن محتوى الشهادة الخاصة بالملك الوقفي ، ج . ر . ج . ع . 31 لسنة 2001 .

2- القرار الوزاري المؤرخ في 6 جوان 2001 المتضمن محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي ، ج . ر . ج . ع . 32 لسنة 2001 .

# فهرس الموضوعات

## فهرس الموضوعات

مقدمة:.....	Erreur ! Signet non défini. ....
المبحث الأول.....	10.....
التطور التاريخي للكتابة بشكل عام.....	10.....
المطلب الأول : الكتابة قبل صدور قانون التوثيق الجزائري.....	10.....
الفرع الأول : الكتابة قبل الاحتلال الفرنسي.....	10.....
أولا : الكتابة في الحضارة المصرية.....	11.....
ثانيا : الكتابة في الحضارة الرومانية.....	11.....
ثالثا : الكتابة في الحضارة الإسلامية.....	11.....
الفرع الثاني : الكتابة أثناء الاحتلال الفرنسي.....	13.....
أولا : نظام المحاكم الشرعية.....	13.....
ثانيا : نظام مكاتب التوثيق العمومية.....	14.....
المطلب الثاني : الكتابة بعد صدور قانون التوثيق الجزائري.....	15.....
الفرع الأول : وضعية الكتابة خلال المرحلة الممتدة من 1962 إلى 1970.....	15.....
الفرع الثاني : وضعية الكتابة خلال المرحلة الممتدة من 1970 إلى 1988.....	17.....
الفرع الثالث : وضعية الكتابة خلال المرحلة الممتدة من 1988 إلى 2006.....	19.....
وسائل الإثبات بالكتابة في التشريع الجزائري.....	20.....
المطلب الأول : الإثبات بواسطة المحررات العرفية.....	20.....
الفرع الأول : تعريف المحررات العرفية.....	20.....
الفرع الثاني : شروط المحررات العرفية.....	22.....
أولا : الكتابة.....	22.....
ثانيا : التوقيع.....	23.....
ثالثا : التاريخ الثابت.....	24.....

24	الفرع الثالث : حجية المحررات العرفية في الإثبات
24	أولا : قبل 01 جانفي 1971
27	ثانيا: بعد 01 جانفي 1971
28	المطلب الثاني : الإثبات بواسطة المحررات الرسمية
28	الفرع الأول : تعريف المحررات الرسمية
28	الفرع الثاني : شروط المحررات الرسمية
28	أولا : شرط صدور المحرر من قبل الأشخاص المؤهلين قانونا بإعداده (معيار شخصي)
30	ثانيا : شرط السلطة والاختصاص
31	ثالثا : شرط مراعاة الأوضاع التي قررها القانون
32	الفرع الثالث : حجية المحررات الرسمية في الإثبات
32	أولا : بالنسبة للأشخاص
33	ثانيا : بالنسبة للمضمون
35	الإثبات الإلكتروني في التشريع الجزائري
35	المطلب الأول : ماهية المحرر الإلكتروني
35	الفرع الأول : اعتراف المشرع الجزائري بالمحررات الإلكترونية
36	الفرع الثاني : مفهوم المحررات الإلكترونية
36	أولا : تعريف المشرع الجزائري للمحررات الإلكترونية
37	ثانيا : تعريف الفقه للمحررات الإلكترونية <sup>0</sup>
37	ثالثا : تعريف الاتفاقيات الدولية للمحررات الإلكترونية
38	الفرع الثالث : شروط المحررات الإلكترونية
38	أولا : الكتابة وإمكانية قراءتها
39	ثانيا : إمكانية التأكد من هوية مصدرها
40	ثالثا : إمكانية حفظها لضمان سلامتها
41	المطلب الثاني : حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات

41	الفرع الأول : حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات .....
43	الفرع الثاني : حجية أصل المحرر الإلكتروني وصوره .....
47	المبحث الأول : التصرفات الناقلة للملكية العقارية .....
47	المطلب الأول : الكتابة في عقود المعاوضة الواردة على العقارات .....
47	الفرع الأول : عقد بيع العقار .....
48	أولا : ماهية عقد بيع العقار .....
53	ثانيا : إثبات عقد بيع العقار والمنازعات المتعلقة بشأنه .....
57	ثالثا : أنواع البيوع العقارية .....
61	الفرع الثاني : عقد المقايضة العقارية .....
61	أولا : تعريف عقد المقايضة العقارية .....
61	ثانيا : إثبات عقد المقايضة العقارية .....
61	ثالثا : تسجيل عقد المقايضة العقارية .....
62	المطلب الثاني : الكتابة في عقود التبرعات الواردة على العقارات .....
63	الفرع الأول : عقد الهبة المنصب على العقار .....
63	أولا : تعريف عقد الهبة المنصب على العقار .....
63	ثانيا : شروط انعقاد عقد الهبة المنصب على العقار .....
65	ثالثا : هبة ملكية الرقبة دون حق الانتفاع .....
65	الفرع الثاني : عقد الوصية المنصب على عقار .....
65	أولا : تعريف عقد الوصية المنصب على العقار .....
66	ثانيا : إثبات عقد الوصية المنصب على العقار .....
68	الفرع الثالث : عقد الوقف المنصب على عقار .....
69	أولا : تعريف عقد الوقف المنصب على العقار .....
70	ثانيا : إثبات عقد الوقف المنصب على العقار .....
74	المبحث الثاني : التصرفات المقررة للملكية العقارية .....



74	المطلب الأول : عقد القسمة الوارد على العقار.....
74	الفرع الأول : تعريف القسمة الواردة على العقار.....
74	الفرع الثاني : أنواع القسمة الواردة على العقار.....
75	أولا : القسمة الرضائية.....
75	ثانيا : القسمة القضائية.....
76	المطلب الثاني : عقد الصلح الوارد على العقار.....
76	الفرع الأول : تعريف الصلح الوارد على العقار.....
77	الفرع الثاني : أنواع الصلح الوارد على العقار.....
77	أولا : الصلح القضائي.....
77	ثانيا : الصلح غير القضائي.....
78	المبحث الثالث.....
78	المطلب الأول : الحقوق العينية العقارية التبعية.....
78	الفرع الأول : الرهن الوارد على العقار.....
79	أولا : الرهن الرسمي العقاري.....
80	ثانيا : الرهن الحيازي العقاري.....
81	الفرع الثاني : حق الامتياز الوارد على العقار.....
81	أولا : تعريف الامتياز الوارد على العقار.....
82	ثانيا : أنواع الامتياز الوارد على العقار.....
82	المطلب الثاني : الحقوق العينية العقارية الشخصية.....
83	الفرع الأول : عقد الإيجار الوارد على العقار.....
83	أولا : تعريف عقد الإيجار الوارد على العقار.....
84	ثانيا : الشكلية في عقد الإيجار الوارد على العقار.....
86	الفرع الثاني : الشهادة التوثيقية الواردة على العقار.....
86	أولا : تعريف الشهادة التوثيقية الواردة على العقار.....

87 ..... ثانيا : إجراءات إعداد الشهادة التوثيقية الواردة على العقار

94 ..... قائمة المصادر والمراجع

Erreur ! Signet non défini. .... فهرس الموضوعات: