



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار - إيليزي

قسم: الحقوق

السنة الدراسية: 2022/2023

تصريح شرفي خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإعداد بحث علمي

أنا الممضي أسفله:

- الطالب (ة) الأول: حيارية عبد النور
- التخصص: ماستر 2 تجانوت حاسبي
- بطاقة التعريف رقم: 109890712000920001
- صادرة بتاريخ: 07-05-2017 عن بلدية حيارية
- الطالب (ة) الثاني: حياسمي محمد
- التخصص: ماستر 2 تجانوت حاسبي
- بطاقة التعريف رقم: 109830449004740001
- صادرة بتاريخ: 11-07-2017 عن بلدية إيليزي
- عنوان مذكرة الماستر: تحمل الملكية في عبد السبع

اصرح بشرفي أنني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير أخلاقيات البحث العلمي والنزاهة الأكاديمية المطلوبة

لإعداد البحث المذكور

إيليزي في 05/05/2023

امضاء الطالب (ة) الأول: ..

امضاء الطالب (ة) الثاني: ..



المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار إيليزي، طريق المطار - إيليزي 33000

Tel: 029 418 007

Fax: 029 418 007

@: contact@cuillizi.dz

Site: www.cuillizi.dz



وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار - ايليزي
معهد الحقوق



مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون خاص
بعنوان:

نقل الملكية في عقد البيع

تحت إشراف:

الدكتور: بن قردي أمين

من إعداد الطلبة:

- جبارة عبد النور
- ساسي محمد

و تتكون لجنة المناقشة من الأساتذة:

رئيسا	أستاذ محاضر المركز الجامعي اليزي	فاروق عريشة
مشرفا و مقرا	أستاذ محاضر المركز الجامعي اليزي	أمين بن قردي
مناقشا	أستاذ محاضر المركز الجامعي اليزي	عبدالرؤوف زيوش

السنة الجامعية: 2023/2022

إهداء

نهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين اللذان علمانا
أن الصبر مفتاح النجاح و كان السند المتين و الداعم و العون الذي
لا يكل و ليمل طول مشوارنا و إلى أمهاتنا العظيمات كان رضاهما
هو غايتنا و طموحنا و اللتان كان دعائهما مصاحبا لنا في كل خطوة
نخطوها أطل الله في عمرهم و جعلنا من البارين بوالدينا ، ولا ننسى
أزواجنا الفضليات و العائلة كاملة وكما نهديه إلى إخوتنا و أصدقائنا
أساتذتنا الكرام و الذي بفضلهم و تشجيعهم نخطو إلى الأمام و إلى كل
من ساهم معنا في إكمال هذا العمل المتواضع.

شكر و عرفان

شكر وتقدير الحمد لله العظيم على نعمه التي ننع بها نتقدم
بجزيل الشكر وخالص العرفان إلى الأستاذ المشرف الدكتور
بن قردى أمين على توجيهه، وصبره وعلى كل المساعدات
والنصائح القيمة التي قدمها لنا لإنجاز هذا المذكرة كما
أتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين قبلوا
مناقشة مذكرتنا وعلى رأسهم رئيس اللجنة وفي نفس
الوقت أود أن أتقدم بالشكر إلى كل أساتذتنا من الابتدائي إلى
الجامعي وأخص بالذكر كل أساتذة الدفعة الذين درسونا
فيالماستر تخصص قانون خاص.

قائمة المختصرات

الاختصار	العبارة
ق م ج	القانون المدني الجزائري
ص	الصفحة
د س ن	دون سنة النشر
ط	الطبعة
د ط	بدون طبعة
ع	العدد
م	مجلد
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
ج	الجزء

مقدمة

مقدمة

يعتبر عقد البيع من أكثر العقود انتشارا و شهرة في الحياة اليومية، كما انه من أكثر العقود التي اهتم بها المشرع و نظمها و ضبطها بأحكام خاصة، حيث تفرع عقد البيع عن عقود المقايضة بعد ظهور النقد كمقياس مشترك للقيمة التي تتمثل. و ظهر هذا الأخير أول مرة في روما في مطلع القرن الأول قبل الميلاد و ذلك بوصفه عقدا رضائيا أطلق عليه اسم شراء بيع" (Emption-venditon)

و قد اعتبر المشرع الجزائري عقد البيع من العقود المسماة Contrat Nommée مثله مثل التشريعات الأخرى. حيث نظم أحكامه في الباب السابع من ق.م ج المعدل و المتمم تحت عنوان العقود المتعلقة بالملكية من م 351 إلى م 466. و من أثار عقد البيع هو الالتزامات التي تقع على عاتق طرفيه و التي منها نقل الملكية إلى المشتري و الذي يكلف به البائع حتى يعتبر تنفيذ للالتزامه كاملا.

و كان انتقال الملكية في التشريعات القديمة يتم بمجرد العقد و هذا بخلاف ما كان في الشرائع الرومانية حيث كان يتم وفق شكليات معينة تحت مسمى مونسيبسيو (Moncipation) او (tradition) "التسليم المادي" فكان التزام البائع يقتصر فقط على تمكين المشتري من حيازة الشئ المبيع أما نقل الملكية يتطلب إجراء آخر هو الإشهاد أو التسليم أو التقادم أو التنازل القضائي و قد تبعه في ذلك القانون الفرنسي القديم ليتطور بعد ذلك ليصبح البيع في القانون الفرنسي لا يقتصر فقط على التزام البائع بتمكين المشتري من الحيازة الهادئة أو بإنشاء التزام نقل الملكية و إنما ينقل بحد ذاته الملكية translation de droit propriété، كذلك الأمر بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد اعتبرت عقد البيع عقدا ناقلا للملكية. و انتقال الملكية بمجرد العقد في القانون الفرنسي ينطبق على كل من المنقول و العقار و لكن يختلف الأمر في القانون المصري فقد اشترط إجراء التسجيل من اجل انتقال الملكية في البيوع العقارية و هو نفس الأمر بالنسبة للبيوع العقارية في التشريع الجزائري حين أن م 793 من ق م ج المعدل و المتمم أكدت أن الملكية في الحقوق العينية العقارية لا تنتقل إلا بالإجراءات المنصوص عليها قانونا خاصة المتعلقة بالشهر و قد اتفق بذلك كل من القانون الجزائري و القانون المصري على أن عقد البيع لا ينقل الملكية و إنما ينشئ التزام بنقلها ماعدا في حالة المنقول المعين بالذات حيث ينتقل

بمجرد العقد يتم بذلك البائع بان يقوم بكل ما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق صعبا أو عسيرا أو مستحيلا و انتقال الملكية في عقد البيع يختلف و باختلاف الشيء المبيع فإذا كان منقولا معيناً بالذات فتنقل بمجرد العقد أما إذا كان منقولا معيناً بالنوع فتنقل بالفرز أما إذا كان عقارا فيتم تسجيله لدى مصلحة الضرائب و شهره بالمحافظة العقارية

أهمية ودواعي الموضوع:

تتجلى أهمية الموضوع دراسة في توضيح احد أهم الجوانب التي تركز عليها عقد البيع و المتمثلة في الكيفية التي ينتقل بها الشيء المبيع من ي البائع إلى يد المشتري و التي تعتبر الالتزام الأول الذي يقع على عاتق البائع و لا يمكن أن يتم عقد البيع إلا بها حيث يعتبر نقل الملكية رابطة و صل بين البائع و المشتري و يخضع لقواعد قانونية و جب على كلا الطرفين إتباعها كي يكون أساس البيع صحيحا و لا لبس فيه، كذلك يعتبر موضوع نقل الملكية من المواضيع الحساسة خاصة إذا تعلق الأمر بالبيع العقارية نظرا لتعقيد الإجراءات التي يخضع لها و صرامة القوانين المتعلقة به.

أسباب اختيار الموضوع:

هناك عدة أسباب لاختيارنا لهذا الموضوع منها تتمثل في مايلي:

- أسباب شخصية

- شغفنا حول معرفة كل ما يخص عقد البيع.
- العلاقة الوطيدة بين موضوع عقد البيع و بالقانون الخاص.
- معرفة المزيد عن العقارات و التي تعتبر أساس القانون العقاري

- و أسباب موضوعية:

- إظهار أهمية و دور عقد البيع في القانون العقاري خاصة فيما تعلق الأمر بالشهر و التسجيل
- إضافة مرجع آخر يستدل ب عقد البيع هو التزام البائع بنقل ملكية شيء مقابل ثمن نقدي يدفعه المشتري لكن الأمر ليس بهذه البساطة فانتقال الملكية من يد البائع إلى يد

المشتري يخضع لقواعد قانونية و إجراءات جزرها المشرع بعقوبات تقع على البائع في حال مخالفته لها و عليه لمعرفة بعض المعلومات الخاصة بعقد البيع.

أهداف الدراسة :

تهدف دراستنا لهذا الموضوع الي تسليط الضوء أكثر حول كل ما يتعلق بنقل الملكية في عقد البيع سواء عقد بيع العقار أو عقد بيع المنقول صعوبات البحث:

من الصعوبات التي اعترضتنا في عملية البحث

- نقص في المراجع خاصة فيما يتعلق بإجراءات نقل الملكية في بيع المنقول.

إشكالية موضوع البحث:

عقد البيع يرتب آثار ، من أثاره أنه يرتب التزامات في ذمة البائع (نقل الملكية، تسليم المبيع ، تبعه الهلاك ، الضمان) فأحد هذه الالتزامات هي نقل ملكية الشئ المبيع لكن الأمر ليس بهذه البساطة فانتقال الملكية من يد البائع إلى يد المشتري يخضع لقواعد قانونية و إجراءات فرض المشرع بعقوبات تقع على البائع في حال مخالفته لها و عليه نطرح الإشكالية المتمثل في : كيف تنتقل الملكية في عقد البيع؟

المنهج المعتمد في البحث :

قد اعتمدنا في إعداد هذه الدراسة علي المنهج الوصفي من خلال إيضاح كل المعلومات الخاصة بنقل الملكية في عقد البيع في كل من بيع العقار و المنقول و كذلك المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية خاصة المتعلقة منها بالمنقول و كذلك تحليل القرارات القضائية المتعلقة بالعقار.

للإجابة على الإشكالية المطروحة تطلب منا الأمر تقسيم البحث إلى فصلين:

الفصل الأول تطرقنا إلى نقل الملكية في بيع العقار تم تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول يتناول شروط انتقال الملكية في بيع العقار و المبحث الثاني يتناول جزاءات الإخلال بشروط نقل الملكية في بيع العقار.

أما الفصل الثاني نتحدث فيه عن نقل الملكية في بيع المنقول ،تم تقسيمه إلى مبحثين المبحث الأول يتناول نقل الملكية في المنقول المعين بالذات والمبحث الثاني يتناول نقل الملكية في المنقول المعين بالنوع.

الفصل الأول

نقل الملكية في بيع العقار

الفصل الأول: نقل الملكية في بيع العقار

يعتبر التصرف القانوني الصادر عن إرادتين من بين الطرق التي تنتقل بها الملكية العقارية و نجدها موضحة في المادة 792 من ق.م.ج المعدل و المتمم¹. حيث نصت على انه تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 مع مراعاة النصوص التالية". و من بين هاته التصرفات عقد البيع العقاري إن المشرع لم يعرف عقد البيع العقاري و إنما اكتفى بتعريف عقد البيع في نص المادة: 351 من ق.م.عقد البيع بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي". و عرف العقار في نص المادة 1/683 من ق.م. حيث نصت على مايلي: "كل شيء مستقر بحيزه و ثابت فيه، ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول" هذا من جهة. و من جهة أخرى عرف الملكية في نص المادة 674 من ق.م. الملكية التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة" و نص أيضا على شروط أساسية تنقل بها الملكية في بيع العقار، وذلك في المادة 793 من ق.م. 2 المعدل و المتمم و التي نصت على انه "لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا بمراعاة الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار" و كل من أخل بهاته الشروط يوقع عليه جزاءات نص عليها المشرع الجزائري ". و عليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول شروط نقل الملكية العقارية في عقد البيع أما في المبحث الثاني نتطرق إلى جزاءات الإخلال بشروط نقل الملكية.

¹ م 351 ق.م.عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي"
² الأمر 58_75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.م.ج.ر، العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

المبحث الأول: شروط نقل الملكية العقارية في عقد البيع

بالرغم من إن عقد البيع هو من العقود الرضائية التي تتم بمجرد الاتفاق إلا أنه فيما يتعلق بالعقار اخضع المشرع الجزائري بخصوص نقل الملكية العقارية أخضعها لشكلية معينة لإبرامه، و هذا الشكل يتمثل في إلزامية تحرير عقد البيع في ورقة رسمية أمام الموثق و بعد تمام هذه الإجراءات يقوم هذا الأخير بعملية التسجيل ، و بالرغم من وجود هذين الشرطين إلا انه لا يمكن استكمالها إلا بعد مرور بإجراء الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية و لتوضيح ذلك قسمنا المبحث إلى مطلبين رئيسيين:

المطلب الأول: شروط الشكلية لانعقاد العقد**المطلب الثاني: شروط الإجرائية في انتقال الملكية.**

المطلب الأول: شروط الشكلية لانعقاد العقد

نص المشرع الجزائري في المادة: 324 من ق.م المعدل و المتمم على أن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبق للأشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه" و سنتطرق إلى:

الفرع الأول: العقد الرسمي الناقل للملكية

سنتعرض في هذا الفرع إلى شروط المحرر الرسمي و من ثم موقف القضاء الجزائري من الرسمية.

أولاً-تحديد الأشخاص المختصين: يشترط القانون أن تصدر الورقة الرسمية من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلفا بخدمة عامة و يقصد بذلك المعيار الشخصي، فالموظف العمومي هو ذلك الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها في مجال معين.

¹_الأمر 58_75 المؤرخ في: 26 سبتمبر 1975 المتضمن ق.م.ج.ر، العدد 78 الصادر في 30 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم.

وقد جاء تعريف الموظف العمومي في المادة 4 من الأمر 03/06 المؤرخ في 15-07-2006 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية¹ ولعل الدور الكبير في مجال نقل الملكية العقارية يعود للموثق الذي يكرس الشكلية الرسمية المستوجبة قانونا في كل التصرفات الناقلة للملكية العقارية إذ هو مكلف بإعطاء الطابع الرسمي للعقود، أما الشخص المكلف بالخدمة العامة هو الشخص الذي يخوله القانون هذه الصفة بسبب مهمة انتداب لها كالخبير مثلا، ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون.

ثانيا - سلطة الموظف أو الضابط العمومي و اختصاصه في إصدار السند الرسمي:

يقصد بالسلطة ولاية الموظف أو الضابط العمومي و أهليته في تحرير السند الرسمي التي يجب أن تكون قائمة وقت تحرير السند فلو قام موظف قبل تعيينه أو الضابط العمومي قبل أداء اليمين المقرر قانونا أو بعد توقيفهما أو نقلهما، بتحرير سند رسمي فإنه يكون باطلا. و بخصوص الأهلية أن الأصل أن الموظف العام أو الضابط العمومي أهلا لتحرير جميع العقود التي تدخل ضمن اختصاصه، لكن هناك حالات تنافي يحددها القانون حيث يتمتع الموظف أو الضابط العمومي بموجبها عن ممارسة مهامه و يتركها لغيره و الأمثلة كثيرة كالموثق الذي لا يجوز تحرير بعض العقود رغم أنها ضمن اختصاصه³.

أما عن اختصاص الموظف أو المكلف بخدمة عامة هو أن يكون كل منهما مختص من الناحية الموضوعية بإصدار المحرر الذي يعود إليه أمر تحريره فمثلا عقود نقل الملكية العقارية بين الأفراد يتولى تحريرها الموثق حتى تحوز الصفة الرسمية، فلا يمكن تحريها من طرف المحضر القضائي أو محافظ البيع بالمزاد العلني، رغم تمتعه بصفة الموظف العمومي فلا يتولى تحرير عقود نقل الملكية العقارية التي تكون الدولة طرفا فيها إلا مدير أملاك الدولة باعتباره

¹ الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 هـ الموافق لـ 15 يوليو 2006 ، يتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية ج ج ج ج عدد 46.

² فان كريم، نقل الملكية في عقد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير قسم الحقوق تخصص قانون الأعمال المقارن كلية الحقوق جامعة وهران القطب الجامعي بالفايد 2012/2011 ص 31.

باعتباره موثقا لجميع عقودها، كما أن القاضي هو وحده المختص بإصدار الأحكام التي يمكن أن تكون محررا ناقلا للملكية العقارية كما هو الحال بالنسبة للحكم المثبت للشفعة أو تملك عن طريق الحيازة.

إن المشرع لم يحدد للموثق اختصاصا محليا لمزاولة مهامه، وإنما يمتد ذلك إلى كامل التراب الوطني لكن هذا لا يعني أن الموثق يمكن له أن يباشر نشاطه في أي مكان أراد عبر الوطن، أو أن ينقل مكتبه إلى حيث شاء بل هو مقيد بالعمل في مكتبه و ثانيًا بدائرة الاختصاص الوطني للموثق في صلاحيته أو مكان وجود العقار.

ثالثا - وجوب مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير السند:

و يعني هذا انه يراعي في تحرير السندات الرسمية بعض الشكليات التي نص عليها القانون وهذه الأخيرة هي التي تعكس قرينة الرسمية التي يتمتع بها المحرر، إذ يضيف عليه طابعا يدل على صحته و يحي بالثقة فالموثق مثلا ملزم باحترام البيانات الواجب توافرها عند تحريرها لمحركات الرسمية الناقلة للملكية العقارية.

فقد استوجب المشرع من خلال م 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 بعض

الشكليات³ "تحرير عقود التوثيق تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته بدون اختصار أو بياض أو نقص، و تكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام و يصادف على الحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات و على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف و عند الاقتضاء الشهود و الترجمة"

1_ قان كريم، مرجع السابق، ص. 34.

2_ قانون 02-06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق ج.ر. العدد 14 الصادر 08 مارس 2006.

هذا إضافة إلى ذكر طبيعة و مضمون العقار تطبيقا لأحكام م 352 من ق م ج سالف الذكر " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه و إذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالما بالمبيع سقط هذا الأخير في طلب إبطال البيع بالدعوى عدم العلم بها إذا أثبت غش البائع".

التي تمنح المشتري الحق في إبطال عقد البيع إذا لم يشمل على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بيانا كافيا بحيث يمكن التعرف عليه و إذا كانت هذه الرسمية هي مجرد وسيلة للإثبات إن اختلال احد الشروط كما في حالة صدور محرر من ضابط عمومي غير مختص لا يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني، بل يبقى قائما إذ يمكن إثباته بكافة وسائل الإثبات الأخرى حسب ما هو مقرر قانونا، لكن تنتزع من المحرر صفة الرسمية و يصبح باطلا، غير أن المشرع الجزائري في هذا السياق نص من خلال م 326 مكرر 2 " يعتبر العقد الغير الرسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط أو انعدام الشكل كالمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

و عليه يمكن للمحرر الرسمي الباطل أن يصبح له قيمة المحرر العرفي مادام موقع من ذوي الشأن. و لكن المشرع جعل من الرسمية ركنا في العقود الناقلة للملكية في بيع عقار و عليه إذا تخلف احد الشروط المستوجبة قانونا في تحرير المحرر الرسمي لا يترتب أي تأثير بخصوص نقل الملكية العقارية و ثم يمكن لكل طرف أن يطالب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد أو ان يطلب التعويض عن الضرر.

¹ _قن كريم، المرجع السابق، ص 37

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الشكل الرسمي

باعتبار القضاء هو الجهة المخولة قانونا بتطبيق مقتضيات النص التشريعي، ارتأينا أن نستعرض موقفه من الشكل الرسمي في المعاملات العقارية، و ذلك حتى نعرف مدى أخذه بالكتابة الرسمية كركن رابع في عقد البيع الوارد على العقار و عليه سنتناول موقف السابق للمحكمة العليا و موقف القضاء الحديث 1 .

أولا - موقف السابق للمحكمة العليا

اتسمت المعاملات العقارية في ظل الاجتهاد القضائي القديم للمحرمات العرفية بالحجية الكاملة في نقل الملكية، فقد أعطت المحكمة العليا أن ذاك على إنها صحيحة و إلزام البائع بالتوجه للموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري و في حالة امتناع المطلوب قام الحكم مقام العقد، فلم تكن الرسمية ركنا للانعقاد بل مجرد شرط الإثبات، هذا ما تبين من خلال بعض القرارات من بينها القرار الصادر في 07 فيفري 1990 الذي صرح انه "إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع و المشتري و كانت أركانه كاملة من حيث الرضا و المحل و الثمن و لم يذكر البائع ذلك، و متنازع في أركانه فإنه يتعين على المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية إما أن تلغى عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه لشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون"²

كما جاء قرار آخر صادر بتاريخ 19 سبتمبر 1990 من الغرفة المدنية على مايلي:
 "حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 و ليس م 12 من الأمر 70/91 غير القابلة للتطبيق في قضية الحال و أن المشرع قد قصد فعلا تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية و يعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين".

1_ جميلة زايدي إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي 2012/2011 ص 47.

2_ قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 07 فيفري 1990 تحت الرقم 57930 تطبيقات قضائية في المادة العقارية ص 31.27

ولقد تم تأكيد هذا الاتجاه من خلال قرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 02 ماي 1995 "...وانه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي فان قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً و أنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج برقم 1 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية و الشهر العقاري" في حين كانت الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا و تكريساً للمادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج و م 79 من ق التجاري تقرر ببطان العقد العرفي بطلاناً مطلقاً نظراً لهذا التباين في قرارات المحكمة العليا والإشكالات الناتجة عن تطبيق القواعد القانونية بخصوص الرسمية فان ذلك قد استدعى انعقاد الغرفة المجتمعة بالمحكمة العليا للنظر فيه.

ثانياً - موقف القضاء الحديث

أمام تضارب الاجتهادات القضائية فيما يخص صحة العقود الرسمية، أصدرت المحكمة العليا بهيئة الغرفة المجتمعة قراراً يؤكد على ضرورة احترام نص م 324 مكرر 1 لاسيما ركن الرسمية لصحة العقود، بل أكثر من ذلك حيث يتعين إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد العرفي. فتم التأكيد على الرسمية من خلال الرد على الوجه الوحيد المثار و المأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه، بدعوى أن عملية بيع محل تجاري تخضع لأحكام المادتين 79 من ق.ت و م 324 مكرر 1 من ق.م.ج، و انه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان، إلا أن القرار المطعون فيه رفض الدفع الخاص ببطان العقد العرفي، وقضى بصحته وجاءت حيثياته كما يلي "حيث انه تبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين... المتضمن بيع قاعدة تجارية.

1_ قرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 05 ماي 1995 تحت الرقم 108/108 غير منشور
2_ الأمر 59-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم

عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف المبيع و تحديد الثمن و يترتب عليه التزامات شخصية و نتيجة لذلك قضاوا بصرف الطرفين أما الموثق.

و حيث أن قضاءهم هذا، يخرق أحكام م79 من ق.ت و المادة 324 مكرر 1 من ق.م سالف الذكر لكونهما يشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي...و إلا كان باطلا و ضمن هذه الظروف فإنه يتعيّن على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية و أن يأمرُوا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد...و بما أن القرار لم يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض"و ما تجدر الإشارة إليه أن الحل القانوني الذي أعطته الغرف المجتمعة يتعلق بمدى حجية العقود العرفية التي تتضمن بيع المحلات التجارية، لكن يمكن توسيع نطاق هذا القرار ليشمل أيضا جميع المعاملات الواردة في صلب م 324 مكرر 1 من ق م خاصة تلك المتعلقة ببيع العقارات المبنية و غير المبنية خلاصة القول أن القرار 18 فيفري 1997 جاء لتأكيد على ضرورة التطبيق السليم للقانون ليفرض على المواطنين احترام الشكل الرسمي في المعاملات العقارية، و لقد تم تأكيد على الرسمية من خلال قراراتين صادرين عن مجلس الدولة الأول بتاريخ 2000/02/14 و الثاني بتاريخ 2000/04/26، و جاء في القرار الأخير " إن م 324 مكرر 1 من ق.م توجب تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي مع دفع الثمن للموثق، وان الرسالة المحتج بها و العقد العرفي لا تعد عقد بيع من جهة ، و من جهة أخرى لا يمكن الاستجابة لطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر الإدارة و المتمثلة في إتمام إجراءات البيع والشهر للعقد"²

¹ _ فان كريم، المرجع السابق، ص 30.29.28

الفرع الثالث: دور التوثيق في بيع العقار

من المعروف انه كي يقوم العقد صحيحا لابد من توافر أركان عامة أساسية و هي التراضي والمحل و السبب غير أن المشرع اشترط ركنا رابعا أساسيا في البيوع العقارية و هو ركن التوثيق مما يعني أن الشكايية ضرورية لقيام بهذا العقد و فقا لما نصت عليه المادة **324 مكرر 1** منق.م. ج المعدل و المتمم و ما يعني كذلك الدور المهم للتوثيق و المتمثل في إضفاء الصفة الرسمية و القانونية على العقد المتضمن بيع العقار.

أولا: وظيفة التوثيق

يمكن تجسيد و وظيفة التوثيق في النقاط التالية:

- 1- إتمام ركن من أركان العقد، بالنسبة للعقود التي يتطلب المشرع إفرادها في قالب رسمي.
- 2- تمكين المتعاقد من سند تنفيذي يغنيه برفع دعوى صحة التعاقد على اعتبار انه يرد أمام الموثق
- 3- يعتبر ما ورد في العقد حجة على الكافة و يثبت تزويره و نفاذا في كامل التراب الوطني.
- 4- تنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف المقبلان على إبرامه.
- 5- إن أحكام البيع تترتب بمجرد توثيقه، عدا الأثر العيني أي أن عقد البيع الموثق، و قبل شهره بالمحافظة العقارية فانه و إن كان لينقل الملكية إلى المشتري لكنه ينشئ التزامات في مواجهة كل من البائع و المشتري فيلتزم بموجبه البائع أن ينقل الملكية إلى المشتري و بتسليم المبيع وبضمان التعرض و الاستحقاق و العيوب الخفية، و ينشئ -البيع التوثيقي- و قبل شهره في المحافظة العقارية التزامات في مواجهة المشتري الذي يلتزم بدفع الثمن و المصروفات و بان يتسلم العين المبيعة ¹

¹ _ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ط: 2002، دار النشر و التوزيع الجزائر ص 32

ثانياً: مراحل توثيق عقد بيع عقار

طبقاً للأحكام مهنة التوثيق التي استمد منها الموثق صلاحية إبرام العقد فيما بين المتعاقدين

فلا بد أن يمر تكوين عقد بيع العقار بالمرحلة التالية:

1- مرحلة ما قبل توثيق البيع الوارد على العقار:

تنص م 15 من الأمر 02/06 منظم لمهنة التوثيق سالف الذكر على أن "الموثق لا يجوز له أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفاً للقوانين و الأنظمة المعمول بها"

و على هذا الأساس يستوجب على الموثق قبل تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية أن يطلب من طرفيه مجموعة من الوثائق و البيانات على أساسها يتم تحرير العقد و باحتوائها على هذه المعلومات و العناصر المطلوبة لا يمكن للوثق أن يمتنع عن تحرير العقد.

أ- جمع الوثائق المتعلقة بموضوع العقد:

إن الخطوات الأولى التي يقوم بها الموثق قبل الشروع في تحرير الورقة الرسمية هي أن يطلب من طرفي العقد الوثائق التالية:

- نسخة طبق الأصل لوثائق الهوية كبطاقة التعريف أو جواز السفر.
- عقد الملكية الخاص بالعقار المراد التصرف فيه.
- دفتر عقاري خاص بمحل العقد
- شهادة التأمين من الكوارث، هذا بالنسبة إلى العقارات المبنية أما إذا كان العقار عبارة عن أرض فقط فهو لا يحتاج إلى تأمين.
- طلب مستخرج مسح الأراضي، شهادة سلبية تثبت عدم وجود حقوق عينية منتقلة بما العقارب إضافة إلى تقديم 5/1 من ثمن العقار أمام الموثق، حيث يقوم هذا الأخير بدفعه إلى الخزينة العمومية أو يحرر أمر إيداع للمشتري من أجل دفعه بحساب الزبائن الخاصين بالموثقين في الخزينة العمومية و يقوم المشتري بعد الدفع بتقديم وصل دفع إلى الموثق لحفظه في ملف العقد.

ب-التأكد من صحة الوثائق المقدمة من طرفي العقد

بعد وضع جميع الوثائق المتعلقة بالعقد المراد تحريره لدى مكتب التوثيق يقوم هذا الأخير بالتأكد من صحة المستندات، و ذلك من خلال تأكد من شخصية المتعاقدين (البائع و المشتري) من خلال الوثائق المثبتة للهوية أو من خلال شهادة شاهدين بالغين و تحت مسؤوليتهما في حالة انعدام المستندات وفقا للمادة 324 مكرر 2 من ق.م و على هذا أساس تحاشي التزوير و تلاعب بالإضافة إلى التأكد من أهلية البائع و المشتري وتأكد من أن البائع هو مالك العقار و في حالة عدم توفير هذه الشروط فعليه أن يرفض تحرير العقد³ و من الأمور التي يجب التأكد منها تتمثل فيما إذا كان العقار ضمن المساحات الممسوحة أم انه لم يتم مسحه بعد، و هذا من خلال سند الملكية الخاص بالعقار و في حالة عدم الإشارة إليه في هذا السند يتم التأكد على مستوى المحافظة العقارية المختصة فإذا اتضح أن العقار الممسوح يقوم بملا مطبوعة **Demande D extrait cadastral** "طلب مستخرج مسح الأراضي" و هذه الأخير تسحب من مديرية مسح الأراضي و بعد ملئها من طرف الموثق يودعها إلى نفس المديرية التي سحبت منها ثم تـرد المديرية للموثق وثيقة ملخص العقد-PR4BIS بعدها يتم ملء البيانات فيها أما إذا اتضح أن العقار غير ممسوح (Non cadastre)

←

1 د- حمدي باشا عمر، نفس المرجع ص 33

2 بلحسن عبد الحق، الشكلية في بيع العقار في التشريع الجزائري مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس 2017/2018 ص 24 مستغانم.

3 م 324 مكرر 2" توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء و يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد و إذا كان بين الأطراف أو شهود من لا يعرف أو لا يستطيع توقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر و فضلا عن ذلك، إذا كان الضابط العمومي مجهول اسم و الحالة و السكن و الأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدين بالغين تحت مسؤوليتهما".

فيقوم الموثق بملأ مطبوعة ملخص العقد نموذج رقم ' 02 ' 4pr" و بعد تحقق من كفاءة الوثائقي تم تحرير العقد في شكل رسمي¹

2-مرحلة تحرير عقد بيع عقار

يقوم الموثق في هذه المرحلة بتحرير العقد الناقل للملكية العقارية التي حددتها م29 من ق02/06 المتضمن مهنة التوثيق و تتضمن البيانات التي يجب أن تتضمنها الورقة الرسمية و هي:

- اسم و لقب الموثق و مقر مكتبه، تذكر في أول العقد و تجعله مسئولا على كل ما
- يكتب في محرراته الرسمية التي يتضمنها و يختتمها بختم الدولة الخاص به
- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الأطراف و جنسيتهم.
- اسم و لقب و موطن و تاريخ و مكان الميلاد ولادة الشهود عند الاقتضاء.
- اسم و لقب و مسكن المترجم أن اقتضى الأمر ذلك.
- المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي ابرم فيه العقد.
- طبيعة التصرف الواقع عي الملكية العقارية،حيث يجب تحت طائلة البطلان الإعلان ضمن الوثيقة الرسمية المحررة على طبيعة التصرف،تعيين العقار حتي لا يقع الغلط في محل الملكية المتصرف فيها،و حيث اشترط المشرع الجزائري تعيين محل العقد بشكل دقيق و نافيا للجهالة و يتم تعيين العقار بتحديد مساحته و طبيعته و نوعه و موقعه و مساحته و مشتملاته و حدود بطريقة دقيقة.
- أصل الملكية و يقصد بها الإشهار المسبق لسندات الملكية التي بموجبها تم امتلاك البائع لحق الملكية العقارية و انتفاع و يذكر هنا أن المالك الجديد يتمتع بالعقار و يشغله وفقا لذلك.

¹ _بلحسن عبد الحق،المرجع السابق ص 26

- **الشروط و التكاليف:** تذكر جميع الشروط العامة و حتى الخاصة و تكاليف التي تم الاتفاق عليها من أطراف التعاقد من تاريخ وقوع الحيازة.
- **الثمن:** يجب كتابة الثمن الحقيقي المتفق عليه في الوثيقة الرسمية، بهذا الإجراء يتم تحديد الضريبة المحصلة الفائدة الخزينة.
- **حالة الأطراف:** كذلك من بين الشروط التي تحرر في العقد الحالة الشخصية الأطراف العقد وبين الموثق لأطراف مدى خطورة التصريحات الكاذبة التي تؤدي إلى متابعتهم قضائيا تسليم المستندات: يقوم البائع بتسليم نسخة من عقد الملكية للمشتري ولا يسلم للمشتري أي سند آخر قديم.
- **الشهر العقاري:** يذكر الموثق انه ستشهر نسخة من هذا العقد بالمحافظة العقارية به...
الموطن عادة ما يكون موطن الأطراف هو موطن تحرير العقد، و هو الموطن المختار والغاية من تحديده هو إمكانية الاتصال بهم و تبليغهم متى وقع الإشكال في تنفيذ العقد المبرم بينهم.
- **التأمين على الكوارث الطبيعية:** يقوم البائع بتأمين العقار وفق عقد تأمين في هذا الجزء -**تلاوة القوانين و التأكيدات:** و يتلو الموثق المواد المتعلقة بالواقعة ويؤكد أن البيع يتضمن كامل القيمة الحقيقية للأموال العقارية المعينة في هذا العقد.
- **الإشهاد:** يعتبر الإشهاد في هذه الحالة إشهاد تعريف يؤكد من خلاله الشاهدان هوية وأهلية الطرفين و تدون البيانات الأساسية لكل منهما من اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة.
- و تحرير هذا العقد يتم تحت طائلة البطلان باللغة العربية و في نص واضح سهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص و تكتب المبالغ و سنة و شهر و يوم توقيع على العقد بالحروف، و تكتب التواريخ الأخرى بأرقام و يصادق على الإحالات في الهامش أو أسفل.

3-مرحلة ما بعد التوثيق عقد بيع عقار

طبقا للمادة 40 من ق 02/06 متضمن مهنة التوثيق¹ توجب على الموثق أن يقوم بتحصيل كل الحقوق و الرسوم لحساب الخزينة من الملتزمين بمناسبة تحرير الورقة الرسمية، و أن يدفع مباشرة لقابضات الضرائب المبالغ الواجبة عليهما بفعل الضريبة. ولعل أهم ما يميز مرحلة ما بعد التوثيق احتفاظ الموثق بأصول الورقة الرسمية .

المثبتة لبيع العقار التي قام بتحريرها أو التي تلقاها للإيداع، وتسليم نسخة تنفيذية للورقة الرسمية التي حررها أو نسخة عادية منها أو مستخرجا بناء على طلب البائع أو المشتري أو لغيرهما في الأحوال التي يجيز فيها القانون ذلك.

المطلب الثاني: الشروط الإجرائية في انتقال الملكية العقارية

بعد عملية التوثيق تأتي عملية الشهر العقاري، و الذي غرضه أساسي هو إعلام الغير بما يرد على العقار من حقوق عينية لضمان الثقة في المعاملات العقارية و به يحقق استقرار الملكية العقارية و تدعيم الائتمان العقاري، و إضافة إلى انه طبقا للمادتين 15 و 16 من قانون تأسيس السجل العقاري الصادر بالأمر 75_76 المؤرخ في: 12 سبتمبر 1975² يجب تسجيله لكي يحدث أثره بالنسبة للغير و فيما بين المتعاقدين و على هذا الأساس سنتطرق إلى هذين الشرطين فيما يلي:

² _ الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن قانون اعداد مسح الاراضي العام و تأسيس السجل العقاري، ج.ر. العدد 92 المؤرخة في: 18/11/1975 المعدل و المتمم بالمرسوم رقم: 210/80 في 13/09/1980 و م.ت رقم: 123/93 المؤرخ في: 19/05/1993 ج.ر. العدد 34 المؤرخة في: 19/05/1993.

الفرع الأول: شرط الشهر في انتقال الملكية العقارية

يكتسي الشهر العقاري أهمية بالغة في تأمين قيد الحقوق العينية العقارية، وكل ما يتعلق بها أو يجري عليها من التصرفات فهو يعتبر مجموعة من القواعد و الإجراءات المعينة لتحديد هوية العقار بغية تأمين استقرار المعاملات و حفظ الحقوق .
و عليه لكي تنتقل الملكية العقارية يتطلب من الموثق إيداع العقد لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا و بالتالي يكون وفق إجراءات سنها القانون و قبل ذلك نتطرق إلى أنظمة الشهر العقاري:

أولاً: أنظمة الشهر العقاري

لقد أدى تطور الذي عرفته الشعوب في شتى المجالات الحياة إلى ظهور نظامين للشهر العقاري يسمى الأول بنظام الشهر الشخصي، و الذي يعتمد على المالك أساسا في عملية الإشهار العقاري أما النظام الثاني فيطلق عليه نظام الشهر العيني، و هو يعتمد على بيانات العقار و عليه نستعرض مايلي:

1- نظام الشهر الشخصي:

أ- تعرف نظام الشهر الشخصي:

يعتبر من أقدم الأنظمة العقارية في العالم و عليه هو ذلك النظام من نظم الشهر المعاملات العقارية الذي يتخذ من أسماء المتصرفين محورا و أساسا تدور حوله و تركز عليه عمليات القيد في السجلات و يتم اطلاع عليها بناء على طلب يقدمه المعني إلى المحافظ العقاري¹.

¹ _غانم كهيبة تنظيم عملية الشهر العقاري في الجزائر، مذكرة ماستر قسم قانون الأعمال كلية حقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ص 5.ص 6.ص 7 سنة 2017

ب- خصائص نظام الشهر الشخصي:

- يتميز نظام الشهر الشخصي بجملة من المميزات التي تميزه عن غيره من الأنظمة و يتلخص ذلك في مساوئه و محاسنه و التي سنذكرها فيما يلي:
- يعتبر طريق للعانية، و لإعلام الجمهور بانتقال الملكية العقارية من جهة و بما ورد على العقار من جهة أخرى فيكون الشهر هنا قرينة على الملكية حتى يثبت العكس من صاحب المصلحة الذي يستطيع اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقضي ببطان العقد المشهر المستند إلى عقد باطل أو تقرير بطلانه.
 - يساعد الدولة من اجل فرض ضريبة على مجمل التصرفات الواردة على العقار.
 - لا يتمتع بالقوة الثبوتية، و ليس له حجية مطلقة و لا يعطي الضمانات الكافية لصاحب الحق.
 - لثبوت التصرف بصفة نهائية، فيجعله عرضة للمنازعات القضائية و يهدد بزوال الحق الذي اكتسبه.
 - صعوبة التعرف على المالك الحقيقي للعقار، و عن هويته الكاملة و ذلك بالبحث عنها في مختلف السجلات بالإضافة إلى خطر ضياع الملكية بالتقادم أو الميراث فيؤدي حتما لحدوث تغيير في أسماء المالكين²

¹ _ويس فتحى الشهر العقاري و أثاره في مجال التصرفات العقارية، أطروحة الدكتوراه دراسة مقارنة، كلية الحقوق جامعة وهران 2010/2011 ص 46

² _بوضياف سفيان، بوراوي سعاد نظام الشهر العقاري في الجزائر و سندات خاضعة للشهر مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، 2006/2007 ص 5

ج-موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي:

بعد الاستقلال مباشرة اعتمد المشرع الجزائري على نظام الشهر الشخصي و هذا لعدة اعتبارات أهمها صدور القانون الذي قضى بتمديد العمل بالقوانين الفرنسية ألا مكان منها مخالفا للسيادة الوطنية هذا بالإضافة للأوضاع الصعبة التي كانت تعرفها الجزائر و التي لا تسمح بتبني نظام الشهر العيني بصدور الأمر 47/57 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الذي تلاه المرسومين 63²/76 و 62/76³.

2-نظام الشهر العيني:

أ-تعريف نظام الشهر العيني:

فهو نظام محكم من ناحيتين،ناحية الترتيب و ناحية الحجية فمن ناحية الترتيب لا تشهر التصرفات وفقا لأسماء الأشخاص بل وفقا للعقار ذاته و من هنا كان نظاما عينيا فكل عقار مكان خاص في السجل العقاري فيثبت فيه كل ما يقع من تصرفات و ما يثقله من حقوق فإذا أراد شخص تعامل في العقار ،أمكنه الرجوع إلى السجل العقاري لمعرفة حالة هذا العقار أما من الناحية الحجية فالتصرفات التي تشهر لا يتم شهرها إلا بعد التحري عن صحتها فيستقضي عن موقع العقار و حدوده و مساحته ثم عن أسماء من وقع منهم التصرف و عن أهليتهم ثم عن التصرف نفسه هل صدر من مالك و هل هو صحيح أو معيب.

¹ _ الأمر 74/75 المؤرخ في:12 نوفمبر 1975 مرجع سابق

² _ م-ت رقم: 63/76 المؤرخ في:25 مارس 1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري،ج.ر العدد 30 المؤرخة: 13 افريل 1976 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 123/93 المؤرخ في:19/05/1993 ج-ر العدد 34 المؤرخة في: 1993/05/23

³ _ م-ت رقم: 62/76 المؤرخ في:25 مارس 1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، ج.ر العدد 30 المؤرخ في 14 افريل 1976 المعدل و المتمم .

فيمتتع شهره، والنتيجة المرجوة من هذا التحري أن التصرف الذي يشهر في السجل العقاري تكون له حجية كاملة، فينتقل الحق العيني إلى المتصرف بناء على شهر الحق¹.

خصائص نظام الشهر العيني:

نذكرها فيما يلي:

- توفير الحماية القانونية للمتعاقدين و ذلك على أساس أن كل التصرفات مقيّدة في ظل هذا النظام تتمتع بحماية قانونية و حصانة تامة،و ذلك على أساس أن ملكية العقار ثابت و مستقر و خالية من الغش و تدليس.
- سهولة التعرف على الوضعية القانونية للعقار فبمجرد الاطلاع على البطاقة العقارية يتضح موقع العقار و مساحته و حدوده ورقمه و اسم مالكه، كما أن البيانات الواردة في السجل العقاري تعتبر حجة على ما تضمنته
- إسناد العقار لصاحبه الحقيقي بعد إتمام عملية المسح التي بفضلها يتم إعداد دفتر عقاري
- و بطاقة عقارية للمالك و عليه يتم تطهير جميع العقار و حقوق العينية العقارية من كل الشوائب التي تلحق بها. رغم هذه المميزات إلا أن هذا النظام لم يسلم من انتقادات بعض الفقهاء من بينها التكاليف الباهظة التي تتطلبها إجراء عملية المسح الأراضي و المدة الزمنية التي تستدعيها².

ج-موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العيني:

بصدور الأمر 74/75 السالف الذكر نقول أن المشرع قد تبني صراحة نظام الشهر العيني

غير أن يلاحظ في الواقع العملي في الجزائر تم على أن نظام الشهر العقاري عبارة

عن مزيج بين نظام الشهر

¹ _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح ق.م الجديد البيع و المقايضة ج4، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان سنة 2000، ص 437

² _ بوضياف سفيان ، المرجع السابق ص 6.

الشخصي و ذلك بالنسبة للمناطق التي لم تصل إليها عملية المسح طبقا للمادة 113 من المرسوم 63/76 سالف الذكر بنصها "خلافًا لأحكام المادتين 19 و 26 من هذا المرسوم و إلى أن يتم إعداد مسح أراضي في إقليم كل بلدية، فإنه يتمسك من قبل المحافظين العقاريين بالنسبة للعقارات الريفية مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة، وكما يحصل إيداعات تفهـرس مستخرجات الوثائق التي تم إشهارها حسب ترتيبها في المحافظات تحت اسم المالك و تتضمن مجموعة بطاقة عقارية فردية للمالكين طبقا لنموذج يحدد بموجب قرار وزير المالية..." ونظام الشهر العيني.

ثانيا: مصلحة الشهر العقاري

طبقا للمادة 20 من الأمر 74/75، فان المحافظة العقارية هي الهيئة التي تسهر على التنفيذ السليم لنظام الشهر العقاري في الجزائر و هي تابعة لإدارة الأملاك الوطنية و يوجد على رأسها المحافظ العقاري الذي أعطاه المشرع الجزائري صلاحيات واسعة من أجل تسير المحافظة العقارية و تحقيق أهدافها على أكمل وجه. و سنحاول أن نتطرق إلى المحافظة العقارية و المحافظ العقاري 1 .

1- المحافظة العقارية:

نصت م1 من مت 63/76 سالف الذكر على أن المحافظة العقارية "تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة و الشؤون العقارية محافظة عقارية يسيرا محافظ عقاري"، عليه تعرف المحافظة العقارية على أنها هيئة إدارية خاضعة لوزارة المالية يسيرها موظف عمومي يدعى المحافظ العقاري و يسند لها شهر التصرفات العقارية ووثائق المسح العقاري لإنشاء السجل العقاري و تسليم المعلومات

¹ _ طلحة محمد غليسي، الشهر العقاري كآلية لحماية الملكية في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة ماستر كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد خيضر -بسكرة 2013/2014 ص 48.50

2- المحافظ العقاري

المحافظ العقاري هو موظف عمومي معين بقرار من وزير المالية من اجل إدارة هيئة إدارية مكلفة بالإشهار العقاري التي هي المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري، و هو مكلف بتقنيّة السياسة العامة للدولة في ميدان تنظيم الملكية العقارية 1.

ثالثا: الشروط القانونية خاصة بعملية التنظيم الشهر العقاري

لكي تتم عملية الشهر العقاري بطريقة صحيحة، و يكسب عقد البيع العقاري حجيته كان يلزم على المحافظ العقاري التأكد من أن المحرر الرسمي المراد شهره يحمل جميع المعلومات الكافية لتأكد من صحة العقار و مالكة بصفة دقيقة و هذا ما أكدته المادة 22 من الأمر 75/74 التي تنص انه "يحقق المحافظ في هوية و أهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات و كذلك في صحة الأوراق المطلوبة من اجل الإشهار" و سنوضح ذلك من خلال:

1-تحقق في هوية الأطراف:

حتى يكون المحرر الرسمي سليما و مقبولا لدى المحافظ العقاري،لابد أن تتوفر فيه مجموعة من البيانات التي تتعلق بهوية و أهلية الأطراف الموجودين في العقد محل الشهر و التي لابد من محرري العقود التحقق من صحتها و التصديق عليها بما يضمن قانونية العقد و هذا ما أكدته المواد من 62 إلى 65 من المرسوم 76/63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث يجب على محرري السندات الرسميين تعيين الأطراف تعيينا دقيقا حتى يتم قبول إيداع الوثائق بالمحافظة العقارية، أن التحقيق في هوية الأطراف يقتضي بالإضافة إلى معرفة البيانات الخاصة بتعيين هوية الأطراف و معرفة كذلك كيفية

التصديق على صحة البيانات 1

¹ سلمى بومعزة النظام القانوني للشهر العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي ص 20

أ-البيانات الخاصة بالأشخاص الطبيعية:

يجب أن يتضمن كل عقد على مجموعة من البيانات التي بينها المادة 62 من

المرسوم 63/76 المتضمن التأسيس السجل العقاري و هي كالآتي:

- يجب أن تحتوي على ألقاب، أسماء، تاريخ و مكان الولادة، الجنسية،الموطن و مهنة
- الأشخاص أطراف العقد و عند اللزوم أسماء الزوجات.
- أما فيما يخص الشهادات التوثيقية بعد الوفاة فيجب الإشارة إلى الحالة المدنية و التصديق
- عليها بالنسبة للمتوفى وبالنسبة لكل واحد من الورثة و الموصى لهم.
- كما يجب أن تتضمن كل هذه العقود و القرارات الإشارة إلى جميع العناصر المحددة
- للشروط الشخصي لكل الأطراف و يقصد به الأهلية المدنية للأطراف العقد².

ب-البيانات الخاصة بالأشخاص المعنوية:

أما فيما يخص البيانات بالأشخاص المعنوية نصت المادة 63 من المرسوم 63/79 المتعلق

بتأسيس السجل العقاري على مايلي:

بالنسبة للشركات المدنية و التجارية:تسميتها، شكلها القانوني، مقرها علاوة على ذلك بالنسبة

للشركات التجارية رقم تسجيلها في السجل التجاري.

- بالنسبة للجمعيات:تسميتها، تاريخ و مكان تصريحها_____أ.
- بالنسبة للنقابات:تسميتها، تاريخ و مكان إيداع قوانينها الأساسية.
- بالنسبة للجمعيات المحلية تسمية البلدية أو الولاية.
- بالنسبة لأملاك الدولة تثبت على اسم الدولة¹.

¹ _دليلة بوشملة،حبيبة مرابطي نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري شهادة الماستر كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945 قالمة 2015/2014 ص 72

² _ م 62 من المرسوم التنفيذي 63/76 مرجع السابق.

كما أشارت إلى الأشخاص المعنوية كذلك المادة 50 من ق.م.ج كما نصت المادة 64 من م.ت 63²/76 على شرط المصادقة حيث أنها ألزمت المحافظ العقاري بعد إتمامه عملية مراقبة صحة كل المعلومات المتعلقة بالأشخاص الطبيعية و المعنوية وجب عليه مراقبة المحررات الرسمية والتأكد من انه تم المصادقة عليها من قبل الأشخاص المنصوص عليهم قانونا بالمادتين 62 و 64 من نفس المرسوم. طبقا للمادة 100 من المرسوم 63/76 سالف الذكر فان للمحافظ العقاري السلطة الكاملة في رفض الإيداع و امتناع عن القيام بإجراءات الشهر في حالة عدم توفر هذه الشروط

2- شروط خاصة بالنسبة لكل العقارات:

لقد حددت المادة 66 من م.ت 63 /76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري العناصر الأساسية التي يجب احترامها، في تعيين العقار في كل عقد مودع قصد الإشهار وهي طبيعة و نوع العقار، البلدية التي يقع فيها العقار، قسم مخطط المسح و رقمه، مكان المسمى و سعة المسح.

أ- الشروط القانونية الخاصة بتعيين العقارات:

إن الوثائق و المحررات الرسمية المرتبطة أساسا بتعيين العقارات محل الشهر على مستوى المحافظة العقارية يجب أن تحتوي على المعلومات الخاصة بكل عقار و على جميع البيانات الواجب ذكرها التي يمكن من خلالها التأشير على البطاقات العقارية التي تختلف من عقار لآخر و تسهيل عملية إعطاء المعلومات من طرف المحافظ العقاري، أشارت إليها المواد

¹ م 63 من م.ت 63/76 المرجع السابق

² تنص م 64 من المرسوم التنفيذي 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري نصت على انه "كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة في محافظة عقارية قصد تنفيذ إجراء أن تحمل تأشيرة موقعة منقبي سلطة إدارية تشهد بهوية الأطراف"

كل من المواد 21 إلى 27 و المواد 71 إلى 114 من المرسوم رقم: 63/76 لذلك تعتبر ضرورية فهي تساعد في تمييز عقار عن باقي العقارات الأخرى.

حيث أن عملية المسح الأراضي لم تشمل بصفة كاملة أنحاء التراب الوطني بالرغم من اعتماد المشرع الجزائري على نظام الشهر العيني لذلك اقر شروط ووضع إجراءات قانونية تمكنه من تعيين العقارات¹.

ب- بالنسبة للقواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في المناطق الغير الممسوحة:

أن التعيين يختلف باختلاف الموقع فيمكن أن يقع في المناطق الريفية أو الحضرية و عليه حددتها م 114 من م.ت 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، قواعد تعيين العقارات الريفية غير الممسوحة حيث تقضي بان كل قرار قضائي أو يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية بالنسبة لكل عقار ريفي يجب أن يبين فيه نوع العقار، موقعه، محتواه، أصول أو نسخ المخططات المحتفظ بها بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي و المحافظة العقارية² أما بالنسبة للعقارات الحضرية فقد ورد تعريفها في المادة 21 من المرسوم رقم 63/76 "تعتبر عقارات حضرية و تكون موضوع إحداث بطاقة عقارية كما هو منصوص عليها بالمادة 20 من المرسوم المذكور أعلاه العقارات المبنية أو غير المبنية الموجودة على الطرقات المرقمنة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي تزيد سكانها عن 2000 نسمة" و عليه لا بد أن يذكر اسم البلدية و الشارع و موقعه و رقم و تحديد طبيعة العقار.

¹ _ مساعدي حنان، زوبيش حليلة، التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري مذكرة نيل شهادة ماستر

كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945 قالمة 2017/2016 ص 33

² _ فردي كريمة الشهر العقاري في التشريع الجزائري مذكرة لنيل شهادة الماجيستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2008/2007 ص 104

رابعاً: الإيداع و تنفيذ إجراءات الشهر

تمر هذه العملية بالمراحل التالية: الإيداع ثم التأشير البطاقات العقارية و التأشير على السجل العقاري.

الإيداع:

هو إجراء أولي لازم في كل عملية شهر، له محل و أجال قانونية يجب احترامها حيث يتم الإيداع نسختين أو صورتين من عقد البيع من قبل الموثق طبقاً للمادة 92 من المرسوم رقم 63/76 سالف الذكر وذلك لتمكين المحافظ العقاري من مراقبة موضوع الإيداع بشكل جيد يمكن إلحاق عدة وثائق حتى يقوم بمطابقتها مع المعلومات و البيانات التي تضمنتها الوثائق محل الشهر كالجدل الوصفي للتقسيم في حالة ما إذا كان محل العقد متعلقاً بجزء من عقار مبني على شكل ملكية مشتركة لتحديد الوحدة العقارية محل التصرف، وبعد تسلم وثائق العقد يدون المحافظ العقاري ذلك في سجل يعرف بسجل الإيداعات و طبقاً للمادة 43 من المرسوم 63/76 فإنه يتعين على القاضي المحكمة التابعة لاختصاص المحافظة العقارية أن يوقع على سجل الإيداعات و يرقمه و يتم تأشير على لبيانات الإيداع على أصل الملكية إضافة إلى مراجع التسجيل طبقاً للمواد 92 إلى 100 من الأمر 105/76 المتضمن قانون التسجيل أما فيما يخص عن أجال الإيداع فان هذه المواعيد يكون خلال شهرين من تاريخ إيداعها¹.

2- إنشاء بطاقات عقارية و تأشير عليها:

إن البطاقة العقارية أداة مستحدثة تهدف إلى تنظيم عملية الشهر للتوصل بسهولة إلى المعرفة الحالة القانونية و المادية للعقار، و تكون في مجموعها ما يسمى "السجل العقاري"

¹ _ زهدور إنجي هند حماية التصرفات القانونية و اثباتها في ظل النظام الشهر العقاري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة وهران 2 محمد ابن احمد 2016/2015 ص 114

كما نصت على ذلك م 12 من الأمر 74/75 بقولها "إن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 30 أعلاه يمسك في كل البلدية على شكل مجموعة بطاques عقارية...."1 فطبقاً للمادة 27 من الأمر 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاريان المحافظ العقاري مكلف بمسك مجموعة بطاقات العقارية حسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق التي تم شهرها، بشرط أن تشمل كل بطاقة على البيانات الكافية لتعيين أصحاب الحقوق والعقارات محل التصرف، عملاً بالمادة 44 من المرسوم رقم 63/76 متعلق بتأسيس السجل العقاري. أما عن الشكل الخارجي للبطاقة فهي مقسمة إلى قسمين 2: - قسم علوي: تقيد فيه كل البيانات الخاصة بهوية أصحاب الحقوق سواء كانوا أشخاص طبيعية أو معنوية.

- قسم سفلي: وهو عبارة عن جدول مخصص لتحديد عناصر العقار تعييناً دقيقاً. أما عن ترتيب هذه البطاقات فيكون بشكل منظم حتى يسهل على الأعوان عمليات البحث. حيث يتم ترتيب البطاقات الخاصة بالأشخاص ضمن مجموعة معينة و حسب الترتيب الأبجدي لأصحاب الحقوق، وتواريخ الشهر أما البطاقات الخاصة بالأشخاص لاعتبارين فهي ترتب ضمن مجموعة متميزة و حسب الترتيب العددي لهذه البطاقات و ترتيب البطاقات العقارية بهذا الشكل ينتج عنه إنشاء فهرس أبجدي متشكل من مجموعة البطاقات العقارية الشخصية، ولا يفوتنا الإشارة إلى إلزامية التأشير على البطاقة العقارية بالحبر الأسود الذي لا يمحي بكيفية واضحة و مقروءة و يمنع التحشير والكشط 3.

1 _ زهدور انجي هند، المرجع السابق ص 116

2 _ م 27 من الأمر 74/75 " أن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية و التي تخص عقارات و الحقوق عينية ريفية موجودة ببلدية لم يعد فيها بعد مسح للأراضي تفهرس بصفحة انتقالية في مجموعة بطاقة عقارية مؤقتة تمسك على شكل الفردي طبقاً لكيفيات تحدد بموجب مرسوم...."

3 _ جميلة زايدي، المرجع السابق ص 135.

3-التأشير على السجل العقاري:

يعتبر الدفتر العقاري سند قانونيا ذو حجية قوية تقيد فيه جميع الحقوق العقارية ما يرد عليها منتصرفات على العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة، و هو يسلم إلى كل مالك يكون حقه قائما بمناسبة إنشاء البطاقات العقارية و كل تأشير على البطاقة العقارية يجب أن ينقل على الدفتر العقاري حتى يرسم الوضعية القانونية للعقار، و عليه لا يعتبر الدفتر تاما إلا من تاريخ آخر شهادة تتطابق مع البطاقة العقارية يوقع عليها المحافظ العقاري في الصفحة الأخيرة من الدفتر العقاري. يؤشر على الدفتر بالبيانات الموجودة على البطاقات العقارية بمناسبة الإجراءات اللاحقة للإجراء الأول بنفس الكيفية المؤشر بها عليه عند إعداده أول مرة. ويتم التأشير على الدفتر العقاري بكيفية واضحة و مقروءة بالحبر الأسود الذي لا يمحي والجدير بالذكر انه كل استثناء أو تعديل أو إلغاء لحق الملكية ينتج عنه ضبط جديد للدفتر العقاري و في حالة ضياعه يستطيع صاحبه الحصول على دفتر عقاري جديد بعد تقديم طلبا مكتوبا ومسببا للمحافظ العقاري، و الذي عليه أن يتأكد من مدى صحة تطابق هذا الطلب مع هوية الشخص و البطاقة العقارية الخاصة بذات العقار.

الفرع الثاني: شرط التسجيل في انتقال الملكية

جاء قانون التسجيل بمجموعة من المبادئ و التنظيمات التي تسير حقوق التسجيل على أساس وقائع قانونية تنشأ عنها حق سواء كانت مادية أو تصرفات قانونية و من بينها التسجيل كمرحلة قانونية لنقل الملكية، و عليه يعتبر التسجيل إجراء يقوم به موظف عمومي يكون مؤهلا قانونا بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل ، حيث سنتناول في هذا الفرع أهمية ووظيفة التسجيل و أجاله بالإضافة إلى إجراءات التسجيل.

¹ _ سلمى بومعزة النظام القانوني للشهر العقاري في التشريع الجزائري المرجع السابق ص 58

² _ الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل ج. ر ع 81 الصادر في 1976/12/18.

أولاً: أهمية التسجيل ووظيفته و أجاله

1-أهمية التسجيل:

يمكن تلخيص أهمية التسجيل في نقطتين أساسيتين و هما:

أهمية التسجيل:

يتم التسجيل مقابل اقتطاع حقوق تشكيل ضريبة يؤديها الموثق الذي يقوم بتحرير العقد الرسمي الوارد على العقار من اجل تحصيل الدولة للجانب الضريبي.

أ-الأهمية القانونية للتسجيل

يضاف إلى الدور الجبائي الذي يلعبه تسجيل العقارات و هو الدور الأساسي،أهمية أخرى قانونية حيث يعتبر التسجيل مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية،كما انه إجراء ملزم باعتبار أن حقوق التسجيل تدفع قبل القيام بهذا الإجراء و كما نصت الـمادة 392 من القانون المدني على مايلي: "نققات التسجيل و الطابع و رسوم الإعلان العقاري و التوثيق و غيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك " و عليه لا بد من إجراء التسجيل بالنسبة لتصرفات التي أخضعها القانون للتسجيل، و طبقا للمادة 29 من قانون التوجيه العقاري 25/90 على انه تثبت الملكية الخاصة لأملاك الدولة بعقد رسمي و تخضع لقواعد الإشهار العقاري،كما نصت م 328 من ق.م على انه لا يكون العقد عرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت و يكون العقد ابتداء من يوم تسجيله، فالتسجيل العقارات له أهمية بالنسبة للعقود العرفية المنصبة على التصرفات العقارية، حيث يتعرف على تاريخ العقد ومدى صحة ثبوته عن طريق التأكد من عبارة التسجيل المقيد على العقد من طرف مصلحة التسجيل، فغاية ما يعطيه هذا التاريخ هو صحة ثبوت السند العرفي¹.

¹ _ بلحسن عبد الحق،المرجع السابق ص 30

1- الوثائق المودعة بمتفشية التسجيل و الطابع

إن الملكية العقارية تكون في الشكل الرسمي حيث يلتزم محررو العقد الوثائق الخاضعة لعملية التسجيل بإيداع جميع الوثائق التي نصت عليها المادة 9 من قانون التسجيل و عليه نتناول الوثائق المودعة بمصلحة التسجيل البيانات اللازمة فيها:

أ-الكشوف الإجمالية:

فقد نصت عليه المادة 153 من قانون التسجيل التي تنص على انه يجب أن تحتوي على مجموع العقود و المحررات و الأحكام التي يعدها الموثقون و كـتاب الإدارات المركزية أو المحلية على استمارات تسلمها إدارة الضرائب مجاناً و يذكرون فيها المعلومات التالية:

- تاريخ ورقم المحررات و الأحكام الموجودة في الفهرس.
- ألقاب و أسماء الأطراف و مسكنهم.
- نوع العقود و المحررات و الأحكام.
- المبالغ أو القيم الخاضعة للرسوم.
- مبالغ الرسوم الثابتة أو الرسوم النسبية و المتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعا بصفة قانونية¹حيث تعد الكشوف الإجمالية في صورتين الأولى تودع لدى مكتب التسجيل المختص وفقا للأجال القانونية أما الثانية فترجع إلى القائم بالإيداع.

ب-النسخ الأصلية:

و هذا طبقاً لنص م 9 فقرة 1 من قانون التسجيل على انه:"تسجيل العقود المدنية و العقود غير القضائية على النسخ الأصلية أو البراءات أو الأصول و تخضع أيضاً للتسجيل على النسخ الأصلية أو الأصول العقود القضائية في القضايا المدنية و الأحكام في القضايا الجنائية و الجنحة و المخالفات "

¹ م 153 من قانون التسجيل المرجع السابق

² م 9 فقرة 1 من قانون التسجيل المرجع السابق

ج-الملخصات:

حيث نصت المادة 9 فقرة 3 من قانون التسجيل على انه: "تقدم هذه الجداول والمستخرجات إلى مصلحة التسجيل في نفس الوقت الذي تقدم فيه النسخ الأصلية أو البراءات" فهي عبارة عن ملخص تحليلي على استمارة تقدمها الإدارة مجانا حيث تلخص فيه الأحكام الرئيسية للمحرر الرسمي ناقل للملكية العقارية و ذلك تطبيقا لنص المادة 153 فقرة من قانون التسجيل¹.

المبحث الثاني: جزاءات الإخلال بشروط نقل الملكية في بيع العقار

باعتبار أن انتقال الملكية العقارية عن طريق عقد البيع يكون وفق شكلية معينة بالإضافة إلى إجراءات معينة متمثلة في التسجيل و الشهر من اجل أن يكسب حجية مطلقة، أما في حالة إخلال بشروط نقل الملكية فيترتب عليه بطلان عقد البيع العقاري، وعليه سنتطرق في هذا المبحث

المطلب الأول: الإخلال بركن الشكلية

المطلب الثاني: الإخلال بشرط التسجيل و الشهر

المطلب الأول: الإخلال بركن الشكلية

يكتسب عقد البيع العقاري من طرف الموثق حجية و قوة إثبات اتجاه المتعاقدين و الغير ،وقد جاء في نص المادة 324 مكرر 5 من قانون المدني الجزائري ما يلي: "يعتبر ماورد في العقد الرسمي حجة يثبت تزويره، ويعتبر نافدا في كامل التراب الوطني غير انه في حالة تخلف الرسمية فيعد العقد باطلا بطلانا مطلقا و عليه سنتناول في الفرع الأول (حجية الورقة الرسمية) و الفرع الثاني (مصير عقد البيع الغير موثق)

¹ م 9 فقرة 3 من قانون التسجيل المرجع السابق

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية

لقد فرض القانون هذه الرسمية من اجل ضمان جدية هذا العقد و منع التهرب من الالتزامات كما يعتبر المحرر الرسمي دليلا قاطعا على ما جاء فيه من أحكام فيما بين المتعاقدين و في مواجهة الغير و هذا سنوضحه فيما يلي:

أولا: حجية الورقة الرسمية بين الأطراف

لقد نصت المادة 324 مكرر 7 على انه: "يعتبر العقد الرسمي حجية بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء.." و عليه فان المحرر الرسمي يكون حجة على الأطراف كون البيانات الصادرة منهما و التي قام الموثق بتدوينها في المحرر الرسمي تبعا لإقراراتها، وكما يكون كل من الطرفين ملزما بتنفيذ ما ورد في المحرر الرسمي ابتداء من تاريخ التوقيع عليه من قبل الموثق تنصرف آثار العقد إليهما و يرتب التزامات و حقوق شخصية على عاتقهما¹.

ثانيا: حجية الورقة الرسمية في مواجهة الغير

قد ينحصر الغير في كل من يضار أو يستفيد من المحرر و يعتبر المحرر الرسمي حجية عليه بما دون فيه من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من دوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة و هنا الغير هو الخلف العام و الخاص الذي يتوجب عليه؛ إذا ما ادعى عدم صحة ما ورد بتلك التصريحات أن يثبت ذلك بطرق المقررة قانونا، وقد يكون الغير أجنبيا وهو كل شخص من غير دوي الشأن و خلفائهم فلا تكون التصريحات دوي الشأن حجة عليهم إذا أنكروا صحتها دون الحاجة إلى أن يثبتوا عدم صحتها، وإذا رغب في إثبات عكس مضمونها، فيكون بكافة طرق الإثبات باعتبار التصرف المبرم بين طرفي العقد هو واقعة مادية بالنسبة له

¹ _ بوزيد عدنان الرسمية في الوعد بالبيع العقاري، مجلة القانون العقاري و البيئية جامعة مستغانم المجلد 7 العدد 13 جوان 2019 ص 120

² _ بالحسن عبد الحق الشكلية في بيع العقار في التشريع الجزائري المرجع السابق ص 11.

الفرع الثاني: مصير عقد البيع الغير موثق

إن المشرع الجزائري قد جعل الشكل الرسمي ركنا للانعقاد عقد البيع العقاري و إلا كان باطلا بطلانا مطلقا، وذلك تطبيقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري و كذلك هذا ما جاء في القرار المؤرخ في 2000/06/28: "الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمن نقل الملكية العقارية اعتمادا على المادة 12 من الأمر 70/91 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر من القانون المدني و كذلك المادة 16 من الأمر 75/74" و في نفس السياق كذلك صدر قرار مجلس الدولة رقم 210419 المؤرخ في 2000/02/26 من الغرفة الثالثة: "حيث أن عقد البيع عقار لا ينعقد و لا وجود قانوني له إذا حرر أمام الموثق" فإذا ظهر أن الموثق عديم أهلية أو كفاءته أو انعدام الشكل فهو من النفود¹.

المطلب الثاني: الإخلال بشرط الشهر و التسجيل

إن عقد البيع المتضمن بيع عقار مستوفي لشرط الرسمية لا ينقل الملكية إلى المشتري إلا إذا تم شهره على مستوى المحافظة العقارية، و يكون تسجيله في أجل محددة قانونا و إلا دفع غرامة مالية طبقا لقانون التسجيل، و عليه سنعرض في هذا المطلب الفرع الأول مصير عقد البيع الغير المشهر و في الفرع الثاني جزاء الإخلال بمواعيد التسجيل.

الفرع الأول: مصير عقد البيع الغير المشهر

تنص المادة 793 من القانون المدني على مايلي: "لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا اذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقار"

¹ _ براهيم سامية إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستر كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 2007/2008 ص 7

كما تنص المادة 792 من القانون المدني سالف الذكر على مايلي: "تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان مملوكا للتصرف طبقا للمادة 164...". وبالرجوع إلى نص المادة 164 من القانون المدني نجدها تنص على مايلي: "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني أخر من شأنه أن ينقل بحكم الملكية أو حق عيني، إذا كان الالتزام شيئا معين بالذات يملكه الملتزم و ذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري". من خلال هذه النصوص القانونية نستنتج إن الملكية لا تنقل في عقد بيع عقار إلا إذا روعيت إجراءات الشهر، و كما يفهم من هذه النصوص اذا لم يتم إتمام إجراءات الشهر يصبح العقد صحيحا ولا يمكن أن ينقل البائع العقار للمشتري، فالشهر ليس ركن بالتصرف بل هو شرط لترتيب اثر عيني ونقل الملكية و دليل على ذلك نص م 61 من المرسوم 63/76 المذكور أعلاه و التي تنص على مايلي: "كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي" وكذلك تنص م 16 من الأمر 74/75 المذكور أعلاه على مايلي: "أن العقود الإدارية أو الاتفاقيات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل حق عيني، لا يكون لها اثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، فهاتين المادتين أكدتا على أن البيع العقاري أن توافر الركن الرسمي لا يمكنه أن ينقل الملكية العقارية إلا إذا تم شهره، لكن مع بقائه صحيحا¹.

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بمواعيد التسجيل

تطبيقا للمادة 93 من قانون التسجيل فإنه في حالة الإخلال بمواعيد التسجيل فإنه يتعين على الموثق في حالة عدم تسجيل عقد البيع الوارد على العقار خلال الأجل المحددة قانونا يتعين دفع غرامة مالية و هي كالاتي:

-10% من الحقوق المتملص منها إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح ما بين يوم واحد ثلاثين يوماً - تلجئه مالية مقدرة بـ 3% عن كل شهر أو جزء من الشهر التأخير إذا كان الإيداع قد تم بعد يوم الأخير و ذلك دون أن يتعدى مجموع الالتزام المالي والغرامة الجبائية كحد أقصى نسبة 25%.

¹ _ لحسن عبد الحق، المرجع السابق ص 82.

خلاصة الفصل الأول

يتضح من خلال ما جاء في هذا الفصل أن لانتقال الملكية في بيع عقار لا بد أن يكون وفقا لشكلية معينة التي تتلخص في الورقة الرسمية التي يحررها الموثق وفق شروط و إجراءات معينة،و إلا كانت باطلة بطلانا مطلقا، غير أن هذا الشرط لا يكفي إلا بالقيام بعملية الشهر حتى تنتقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري،التي تتم عن طريق إيداع الوثائق اللازمة على مستوى المحافظة العقارية بواسطة المحافظ العقاري، مع إتباع إجراءات التسجيل في الأزجال المحددة قانونا التي يسهر على مراقبتها مفتش التسجيل على مستوى مفتشية التسجيل و الطابع و قد وقع القانون مجموعة من العقوبات و نظمها في أحكام خاصة على كل من يخالف هاته الإجراءات سواء من ناحية أركان العقد أو ناحية الإجراءات الناقلة للملكية.

الفصل الثاني

نقل الملكية في البيع بالمنقول

تمهيد:

الالتزام بنقل الملكية هو أول التزام يقع علي البائع بمجرد إبرام العقد و هذا ما نصت عليه م 361 من ق.م "يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلي المشتري و أن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا".¹الالتزام بنقل الملكية أحيانا ينفذ بمجرد العقد و يتوقف في أحيان أخرى علي القيام بأعمال تمهيدية لا تنتقل بغير القيام بها .حيث ينفذ في الحال و بمجرد العقد و بقوة القانون إذا كان البيع واردا علي منقول معين بالذات و هذا وفقا لما جاء في نص م 165 من ق.م المعدل و المتمم ،أما إذا كان المبيع وارد علي منقول معين بالنوع فان تنفيذ الالتزام بنقل الملكية يعلق علي القيام بإفراز الشيء المبيع و هذا مانصت عليه م 01/166 و علي هذا الأساس تم تقسيم الفل إلي مبحثين:

- المبحث الأول: نقل الملكية في المنقول المعين بالذات .
- المبحث الثاني: نقل الملكية في المنقول المعين بالنوع.

1الأمر 75-58 المؤرخ في:1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم،ا لجريدة الرسمية العدد 78 الصادر في 1975/09/30.

المبحث الأول: نقل الملكية في المنقول المعين بالذات

نصت المادة 165 من ق.م المعدل و المتمم أن انتقال ملكية المنقول أو الحق العيني محل البيع تكون بمجرد العقد وفق شروط محددة قانونا و عليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول: انتقال الملكية بمجرد العقد و شروط انتقالها .
المطلب الثاني: الآثار القانونية لانتقال الملكية بمجرد العقد .

المطلب الأول: انتقال الملكية بمجرد العقد و شروط انتقالها

الفرع الأول: انتقال الملكية بمجرد العقد

بمجرد تبادل البائع و المشتري الإيجاب و القبول ينقل بالضرورة حق المبيع إلى المشتري دون أي إجراء آخر ، مالم يكن ثمة نص أو اتفاق مخالف ، و عليه يكتسب المشتري حق المبيع بمجرد التعاقد، فله من ذلك التاريخ التصرف بحقه للغير و تسلم المبيع جبرا من البائع إذا رفض تسليمه إياه تسليمًا رضائيا . و إذا شهر إفلاس البائع قبل تسليمه المبيع للمشتري ، كان للمشتري الادعاء باستحقاق المبيع و استرداده من التفليسة، و انتقال الحق المبيع إلي المشتري مستقل عن الموعد المحدد لوفاء الطرفين بالتزاماتهما فسواء اشترط تسليم المبيع فور التعاقد أو بتاريخ لاحق أو اشترط دفع الثمن فورا أو بأجل معين ، انتقل الحق المبيع إلي المشتري بمجرد التعاقد مالم يكن ثمة اتفاق مخالف ، و هذا ما يتناوله كل من البيع الجراف و البيع للأشياء المستقبلية و بيع بعض المنقولات .

أولا :نقل الملكية في بيع الجراف

البيع الجراف هو بيع لأشياء عينت بذاتها بالرغم من كونها غير محددة المقدار و ذلك راجع إلى طبيعتها فهذه الأخيرة تعتبر من الأشياء التي يحصل تعيينها عادة بتقديرها سواء بالعدد أو بالوزن أو المقاس أو الكيل بل هو معين بالذات و لو كان تحديد الثمن موقوفا علي تقديره فان البيع يكون في هذه الحالة جزافا من حيث انتقال الملكية ، حكمه حكم بيع الشيء المعين بالذات فتنقل الملكية فيه بمجرد تمام العقد فيما بين المتعاقدين و بالنسبة للغير و بالتالي فان ملكية الشيء المبيع في البيع الجراف تنتقل إلى المشتري بمجرد العقد دون أن يتم تحديد مقداره ، ذلك راجع لكون الشيء المبيع معينا بالذات هذا ما نجده في م 1/362 من ق.م المعدل و المتمم التي نصت علي انه "تنتقل الملكية في البيع الجراف إلى المشتري بنفس الطريق التي تنتقل بها ملكية الشيء المعين".

إذا كان تحديد ثمن المبيع لازما فإن هذا لا يفي اعتبار البيع جزافا و هذا وفقا وهذا وفقا لما جاء في ف 2 من م 362 من ق.م المعدل و المتمم التي نصت علي أنه "و يعتبر البيع جزافا و لو كان تعيين الثمن موقوفا علي تحديد قدر الشيء المبيع " و إن تحديد مقدار المبيع في العقد لا يمنع من اعتبار البيع جزافا كذلك ولو ورد البيع علي حصة شائعة في الشيء المعين بالذات.

ثانيا :نقل الملكية في بيع الأشياء المستقبلية

يعتبر بيع الأشياء المستقبلية بيعا صحيحا ، غير انه لا يترتب عليه انتقال للملكية بمجرد انعقاده إلا وجد ذلك الشيء فعلا ، و يتوقف انتقال الملكية بحسب محل ذلك الحق،حيث أنه إذا كان شيئا معينا بذاته انتقلت الملكية إلى المشتري بتحقق وجود الشيء و ذلك بإتمام صنعه و صلاحه للعمل و قد حدد الاجتهاد الفرنسي تاريخ انتقال الحق المبيع إلى المشتري بالوقت الذي يصبح فيه الشيء جاهزا للاستعمال و الانتقال ، وفي حالة إفلاسا لبائع فيمكن للمشتري استرداد المبيع من تفلسه البائع في الحالة التي يكون عليها عند شهر الإفلاس.

¹السنهوري عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 427.

²جك يوسف الحكيم، المرجع السابق، ص189.

الفرع الثاني: شروط انتقال الملكية في المنقول المعين بالذات

أولاً : أن يكون الشيء المبيع منقولاً معيناً بالذات

الحق العيني و باعتباره سلطة مباشرة علي شيء فلا يتصور إلا علي شيء معين بالذات فلا يمكن للمشتري أن يكسب حقا عينيا علي شيء معين بنوعه فقط، وقد يكون المبيع قيما لكنه ليس معيناً بالذات و بالتالي لا تنتقل الملكية بمجرد العقد حتى يحصل تعيين ذلك الشيء المبيع، علي عكس ما هو الحال في البيع مع خيار التعيين و الذي يعني أن يلتزم البائع بنقل ملكية منقول معين بالذات أو منقول آخر كذلك معين بالذات ، فيتحدد محل الالتزام باستعمال خيار التعيين ، و تجدر الإشارة أن المشتري يصبح مالكا للمنقول المختار منذ وقت التعاقد لا من وقت استعمال الخيار لان المنقول يبق و كان معيناً بالذات وقت إبرام العقد¹.

ثانياً : أن يكون الشيء المبيع مملوكاً للبائع وقت إبرام العقد

إن من البديهي إن يكون البائع مالكا للشيء المبيع ففأقد الشيء لا يعطيه ، لكن نلاحظ من الجانب الأخر إن أثر قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية ، التي تعني انه إذا قام المشتري بشراء شيء من غير مالكة وهو يعتقد أن مالكة فانه يكسب ملكية الشيء ليس كأثر ترتب علي البيع و إنما اثر لواقعة مركبة يدخل هذا البيع في عناصرها تحت مسمي السبب الصحيح بجانب كل من الحيازة و حسن النية².

1/محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر د س النشر،ص 81
2/قماز ، مقياس العقود الخاصة ، محاضرة أقيمت علي طلبة سنة ثلاثة قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية،تلمسان ، 2015-
2016،ص40

ثالثا : أن يكون الشيء المبيع موجودا وقت التعاقد

إذا كان الشيء المبيع محصولا مستقبلا أو محتمل الوجود فان قاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد لا تنطبق عليه ، حيث انه يصح بيعه لكن لا يصح نقله ذلك لان الشيء لم يوجد بعد غير أن المشتري يصبح مالكا له بمجرد وجود الشيء و تمام صنعه و صلاحه للعمل.

رابعا : أن يكون التزام البائع بنقل الملكية معلقا علي شرط أو مضافا إلي أجل ذلك لأنه يكون مخالفا لقاعدة انتقال الملكية بمجرد العقد لكن و باعتبار القاعدة غير متعلقة بالنظام العام ، فيمكن اتفاق المتعاقدين علي جعل تنفيذ الالتزام بنقل ملكية مضافا إلي اجل او معلقا علي شرط و هو مانصت عليه م 1/363 من ق.م المعدل و المتمم بأنه:

"إذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الي المشتري موقوفا علي دفع الثمن كله و لو تم تسليم الشيء المبيع " و كذلك نصت ف 03 من نفس المادة بأنه

"وإذا وفي المشتري جميع الأقساط يعتبر انه تملك الشيء المبيع من يوم البيع".

و عليه فانه متى ما كان الشيء المبيع معيناً بالذات و ملكا للبائع و موجودا فان ذلك يرتب في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية و الذي ينقضي فور إبرام العقد .

المطلب الثاني : الآثار القانونية لانتقال الملكية في المنقول المعين بالذات**الفرع الأول : بالنسبة للمتعاقدين**

إن العلاقة بين المتعاقدين تتمثل في قيام البائع بنقل الملكية للمشتري و تسلم هذه الأخيرة لملكيته كما يجوز له التصرف فيها بكل حرية كأن يبيع المنقول مرة أخرى حتى ولو لم يتسلم الشيء من البائع . إن الملكية تنتقل بين المتعاقدين، بمجرد تمام العقد الذي ينشأ بينه ما، فقد يكون

1-لمرقس سليمان ، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع ، ط الرابعة ، دار الهنا للطباعة ، القاهرة ، 1980، ص26

هذا العقد، عقد بيع مثال كأن يبيع شخص سيارة مملوكة له إلى شخص آخر فإن هنا ملكية السيارة تنتقل من البائع إلى المشتري، بمجرد إبرام عقد البيع، و يترتب علي ذلك أن المشتري و قد أصبح مالكا للسيارة أن يتصرف فيها حتي قبل أن يستلمها من البائع ، فإذا باعها لمشتري ثان انتقلت ملكيتها من المشتري الأول إلي المشتري الثاني بمجرد تمام البيع الثاني ، و لو كانت السيارة باقية في يد البائع الأول ، و لا يعتبر المشتري الثاني غيرا إنما تلقي حق الملكية من المشتري الأول لا من البائع الأول كما يكون له الحق في ثمار المبيع و نمائه بمجرد التعاقد ولو لم يتسلم المبيع ، و له أن يسترد المبيع في حالة إفلاس البائع¹، و قد نصت المادة 389 من القانون المدني المعدل و المتمم علي : "يستحق المشتري انتفاع و إيراد الشيء المبيع كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع ، هذا ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك " .

الفرع الثاني: بالنسبة للغير

باعتبار أن الملكية تنتقل إلي المشتري بمجرد تمام العقد ، فلا يجوز لأحد من الغير أن يقوم بشراء المنقول من البائع بعد أن انتقلت ملكيته من المشتري الأول، لكن في حالة ما بقي المنقول في حيازة البائع، وقام الغير بشرائه و هو يعلم أن ملكية الشيء قد انتقلت إلى المشتري و كسيء النية يفقد بالتالي ضمانه ، أما إذا لم يكن يعلم أن الشيء الذي قام بشرائه قد انتقلت ملكيتها إلي المشتري الأول فانه يكون بذلك حسن النية و يكتسب بذلك ملكية الشيء من المشتري لا من البائع باعتبار انه بيع لملك الغير و لا تنتقل فيه الملكية كما أن اكتساب الغير لملكية الشيء يكون علي أساس الحيازة و حسن النية و ليس علي أساس العقد و هذا حماية من المشرع للغير أما بالنسبة للبائع فإذا قام ببيع المنقول مجددا فإن المشرع قد قضي ببطلان البيع و قيام البائع بالتعويض للمشتري ولو كان البائع حسن النية.

1-السنهوري عبد الرزاق ، المرجع السابق ، ص 432

2-حسنين محمد ، المرجع سابق ص81.

المبحث الثاني : انتقال الملكية في المنقول المعين بالنوع

من نص م 361 من ق.م المعدل و المتمم التي سبق ذكرها فإنه لا بد علي البائع أن يقوم بما هو لازم من أجل نقل الحق المبيع إلي المشتري ، من بينها المنقول المعين بالنوع إذ انه لا بد علي البائع أن يقوم بإفراز هذا الشيء و إلا عد مقصراً لالتزامه لكون الإفراز ضروري لنقل ملكية الشيء المعين بالنوع إلي المشتري و هذا مانصت عليه م 166 من ق.م المعدل و المتمم ، لهذا قمنا بتقسيم المبحث إلي مطلبين :

-المطلب الأول :التزام البائع بفرز المبيع .

-المطلب الثاني :الجزاء المترتب علي امتناع البائع عن إفراز الشيء المبيع .

المطلب الأول : التزام البائع بفرز المبيع

الفرع الأول :إفراز الشيء المبيع

إذا كان محل عقد البيع منقولاً معيناً بنوعه أي شيئاً من المثليات فإن انتقاله من يد البائع إلي يد المشتري لا يكون إلا بإفرازه و هو ما نصت عليه م 1/166 من ق.م المعدل و المتمم"إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني علي شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا الشيء فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل علي شيء من النوع ذاته علي نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض ."

حيث انه بإتمام إجراءات الفرز يصبح المال المنقول المعين بالنوع معيناً بالذات و ينتقل إلي المشتري فوراً.و الإفراز "هو عزل المقدار المتعهد به عن بقية الأصناف بحيث يعتبر هذا المقدار معيناً بالذات و يتم الإفراز حسب نوعية المبيع فيكون أما عن طريق تحديد الوزن

¹-المرقس سليمان ، المرجع السابق ،ص 271

أو العد أو القياس وغيرها. حيث يتم تخصيصه و فصله عن مملوكات البائع كوضع اسم المشتري عليه أو وضعه علي عنوان المشتري و هذا التخصيص يكون وفق الإرادة البائع ولا دخل لإرادة المشتري مالم يخالف الأوصاف المتفق عليها ، و باعتبار فرز المبيع واقعة مادية و عليه فانه يتم إثباتها بجميع الوسائل ، و يقع عبء إثباتها علي المتعاقد الذي يستند إليها للاستفادة من حكم معين يجب التفرقة بين البيع الجراف و بين بيع المثليات الغير المفرزة فإذا كان البيع يشمل كمجموعة من المثليات عد البيع جزافا وانتقلت الملكية كما في الشيء المعين بالذات أما إذا كان البيع محددًا و مخصصًا لجزء معين أو قدر معين عد البيع بيعًا لمثليات غير مفرزة و يجب فرزه حتى تنتقل الملكية للمشتري و إذا كان البيع معدًا للنقل بغية تسليمه للمشتري فإذا تم شحنه علي واسطة النقل و تم وضع علامات مميزة عليه تدل علي ما تم الاتفاق عليه فان هذا يقوم مقام إفرازه و يجعله معينًا بالذات ، إما إذا شحنت مجموعه من المثليات علي ناقلة واحدة و بحساب عدة مشتريين دون تمييزها، فلا تنتقل إلا بفرزها و تحديد حصة كل مشتر علي حدًا. أما إذا كان البيع في المنقول المعين بالذات بالذات متوقع الوجود مستقبلا ، فلا يكفي تمام صنعه و صلاحه للعمل لانتقال الملكية إلي المشتري بل لابد من فرزه من غيره.

الفرع الثاني: آثار القيام بعملية الإفراز

بمجرد قيام البائع بعملية الفرز للشيء المبيع فان المشتري يكتسبه فورًا ، فيمكن له التصرف به بصفته مالكة كأن يبيعه للغير، و غيرها من التصرفات كما له حق استرداده من تقليسة البائع في حالة شهر إفلاسه بعد ذلك التاريخ. كذلك لابد أن يعلم البائع المشتري بقيامه بعملية الفرز حتى ترتب أثرها بنقل الملكية ، و إذا تم الإفراز و انتقلت الملكية لكن لم يتم التسليم فان تبعة الهلاك تقع إلي البائع لان هذه الأخيرة مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية.

في حالة رفض البائع القيام بعملية الفرز فيمكن للمشتري أن يحصل علي شيء من نفس النوع المتفق عليه في العقد و يكون علي نفقة البائع ، و إذا كان تأخر البائع عن الفرز قد الحق ضررا بالمشتري فيمكن له المطالبة بالتعويض كما يقوم هذا الأخير بطلب إذن من القاضي قبل أن يقوم بذلك ، ولكن في حالة الاستعجال يمكنه أن يفعل ذلك بعد أعذار البائع كما يجوز له أن يطلب من البائع دفع قيمة الشيء حتى ولو كان اعلي ثمننا من الشيء الأصلي كما يجوز له أيضا طلب الفسخ مع التعويض إذا كان ضروريا.

المطلب الثاني: الجزاء المترتب علي امتناع البائع عن عملية الفرز

إن عدم وفاء البائع للمشتري بالتزامه في القيام بكل ما عليه من اجل أن ينتقل الحق المبيع للمشتري يعطي لهذا الأخير وفقا لقواعد قانونية حقوقا من بينها حق الامتناع عن الوفاء بالثمن حتى يقوم البائع بما هو ضروري لنقل الحق المبيع إليه ، كما يعطيه خيارين آخرين هما التنفيذ العيني و التنفيذ بالتعويض و للمشتري أن يختار بينهما في أي وقت كان منذ امتناع مدينه عن الوفاء بالتزامه و ذلك حتى صدور حكم نهائي¹

الفرع الأول: التنفيذ العيني

و يتمثل في حصول المشتري علي شيء من النوع ذاته علي نفقة البائع ، و ذلك بأن يشتريه من السوق أو تاجر آخر ، أي أنه اذا امتنع البائع عن فرز المبيع فأن للمشتري أن يحصل علي شيء من النوع ذاته علي حساب المدين و هذا بعد استئذان من القاضي ، فهذا الأخير ه و من يرخص له ذلك ، و في حالة الاستعجال مثل تعهد البائع بتموين مستشفى بمواد طبية يوميا فإنه يمكن الحصول علي المبيع من السوق من شخص غير البائع دون استئذان القاضي ، كما يمكن له أن يطالب بقيمة الشيء دون أن يخل ذلك بحقه في التعويض² و هذا مانصت عليه الفقرة 2

1-عبد السيد تناغو ، المرجع السابق ،ص151
2-السنهوري عبدالرزاق ، المرجع السابق ، ص 342

من م 166 من القانون المدني " ... فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ، جاز للدائن أن يحصل علي شيء من النوع ذاته علي نفقة المدين بعد استئذان القاضي كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال بحقه في التعويض " وكذلك مانصت عليه المادة 170 من القانون المدني "في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا " .

و يجبر المدين بعد اعذراه علي تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى ما كان ذلك ممكنا .

الفرع الثاني : التنفيذ بالتعويض

نصت عليه المواد 176 الي 187 من القانون المدني المتم والمعدل ، فباستطاعة المشتري أن يطالب بقيمة المبيع دون الإخلال بحقه في التعويض ، عند إخلال البائع بالتزامه بالفرز فان المشتري قد يختار التحلل من العقد عن طريق طلب الفسخ وفقا لقواعد عامة منصوص عليها قانونا ، و هذا بعد اعذراه و ذلك عن طريق إنذاره ، أو بما يقوم مقام الإنذار أو عن طريق البريد أو بناء علي اتفاق و هو مانصت عليه م 180 من ق م ج المعدل و المتمم " يكون إعدار المدين بإنذاره ، أو بما يقوم مقام الإنذار ، و يجوز أن يتم الإعدار عن طريق البريد علي الوجه المبين في هذا القانون ، كما يجوز أن يكون مترتبا علي اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذرا بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلي أي إجراء آخر."

و مقدار التعويض قد يحدد في العقد وقد يحدده القاضي في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين و هذا ما نصت عليه المادة 182 من القانون المدني المعدل والمتمم "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره ... " ، و يشمل التعويض

¹-سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية،الإسكندرية 2009 ، ص152

لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب خاصة اذا ارتفعت أسعار المبيع في السوق بعد امتناعا لبائع عن عملية الإفراز، كما يشترط فيه أن يكون نتيجة لتأخر أو عدم وفاء المدين بالتزامه ، و لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا إذا اثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر، ويجوز للقاضي تخفيض قيمة التعويض إذا اثبت المدين أن التقدير مبالغا فيه او قد نفذ جزء من الالتزام الأصلي. ¹ حسب ما نصت عليه المادة **184** من القانون المدني المعدل و المتمم:"لا يكون التعويض المحدد في الاتفاق مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه أي ضرر .و يجوز للقاضي ان يخفف مبلغ التعويض اذا اثبت المدين ان التقدير كان مفرطا او ان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه " .

خلاصة الفصل الثاني

باعتبار عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين فإنه يترتب بذلك التزامات علي كلا طرفيه ، وأول التزام يقع علي عاتق البائع هو الالتزام بنقل ملكية المبيع وقد شددت م 361 من ق.م المعدل المتمم علي ضرورة قيام البائع بكل ما هو ضروري لكي تنتقل هذه الملكية إلي المشتري و يختلف الأمر بحسب المبيع فيما إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات أو منقولاً معيناً بالنوع حيث يكون الالتزام بنقل الملكية نافذاً بمجرد التعاقد و بقوة القانون في المنقول المعين بالذات ويشترط من أجل ذلك أن يكون المنقول معيناً بالذات و أن يكون مملوكاً للبائع ، أما المنقول المعين بالنوع و هو ما يقوم بعضه مقام بعض ، يكون انتقال الملكية فيه نافذاً بمجرد قيام البائع بعملية الإفراز و إذا تخلف هذا الأخير عن القيام بعملية الفرز فإنه يترتب عليه جزاء ما فاته من كسب و ما لحقه من ضرر يتمثل في التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل و عند الفسخ يقوم بالتعويض للمشتري عملاً بقاعدة ما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب .

نتاجا لما تم دراسته يتضح لنا أن انتقال الملكية في عقد البيع يختلف باختلاف الشيء المبيع حيث ان نقل الملكية العقارية يتم باحترام مجموعة الإجراءات ، الإجراءات الأول يتمثل في التزام الموثق أن يفرغ عقد البيع العقاري في ورقة رسمية بناء علي طلب المتعاقدين (البائع والمشتري) و لا يكون الطعن فيها الا بالتزوير و هذا وفقا لما جاء في القانون المدني الجزائري ، ثم القيام بعملية التسجيل لدي مصلحة التسجيل و الطابع التابع لدي مفتشية الضرائب طبقا لقانون التسجيل 105/76 و ذلك من اجل تحصيل الدولة للضرائب لصالح الخزينة العمومية ، و في الأخير يقوم بعملية الشهر لدي المحافظة العقارية لإحداث الأثر العيني المتمثل في انتقال ملكية العقار من البائع للمشتري و هذا طبقا للقانون 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري . أما انتقال ملكية المنقول فتختلف حسب نوعية المنقول فاذا كان المنقول معينا بالذات فينتقل بمجرد العقد و لكن يشترط أن يكون هذا الأخير معينا بالذات و مملوكا للبائع أما إذا كان معينا بالنوع فينتقل بقيام البائع بعملية الفرز ، و اذا تخلف البائع عن عملية الفرز فانه يرتب عليه جزاء يتمثل في التنفيذ العيني او التنفيذ بالتعويض و عند الفسخ يقوم البائع بتعويض المشتري عن ما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب من خلال دراستنا لموضوع نقل الملكية في عقد البيع توصلنا إلي النتائج التالية :

نقل الملكية في عقد البيع يتم وفق طبيعة الشيء المبيع فاذا كان عقارا تنتقل الملكية بتسجيل العقد و شهره أما اذا كان المبيع منقولا معينا بالذات تنتقل الملكية بمجرد العقد ، أما إذا كان المبيع منقولا معينا بالنوع تنتقل الملكية بفرز الشيء المبيع.

انتقال الملكية في بيع العقار يشترط شرطان أساسيان هما شرط الشكلية و شرط الشهر و التسجيل.

نقل الملكية يشترط عقد البيع صحيحا و ذو طابع رسمي و خاليا من اي عيوب.

انتقال الملكية في المنقول المعين بالذات يكون بمجرد العقد و المنقول المعين بالنوع ينتقل بالفرز و انتقال الملكية في المنقول المعين بالذات يكون وفقا لشروط محددة قانونا، و امتناع البائع عن فرز المبيع يرتب جزاءات تتمثل في التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض.

من دراستنا للموضوع يمكننا تقديم مجموعة من الاقتراحات تتمثل فيما يلي :

وضع مواد قانونية مفصلة في مسألة انتقال الملكية في عقد البيع .

مراقبة جميع العقود المتعلقة بعقود البيع خاصة المتعلقة ببيع العقار .

بالرغم من الصعوبات التي يواجهها المشرع في تنظيم المجال العقاري خاصة فيما تعلق الأمر بالشهر العقاري إلا انه تمكن من تنظيم بيع العقارات بشكل احترافي جدا كما انه تمكن من تنظيم عقد البيع بصفة سهلة ومرتبة يسهل علي الجميع فهمه و الاطلاع عليه و تطبيقه ، كما انه سهل كذلك علي الأفراد التعامل فيما بينهم في مجال البيع خاصة فيما تعلق ببيع المنقولات المعينة بالذات كما انه قام بحماية التعامل في مجال العقارات و هذا بالشهر والتسجيل ومجال المنقولات المعينة بالنوع بالقيام بعملية فرز الملكية إلي المشتري إلا إذا تم شهره علي مستوي المحافظة العقارية و تسجيله في الآجال المحددة قانونا .

امتناع البائع عن فرز المبيع يرتب جزاءات تتمثل في التنفيذ العيني او التنفيذ بالتعويض .

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: المصادر

*-النصوص الرسمية

أ-القوانين و الأوامر

- 1.الأمر 58-75 المؤرخ في:26/09/1975 المتضمن القانون المدني،الجريدة الرسمية العدد 78 الصادر في 30/09/1975.
- 2.الأمر 59-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم .
- 3.الأمر 74-75 المؤرخ في:12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري،الجريدة الرسمية العدد 92 الصادر في 18/11/1975.
- 4.القانون رقم 02-06 المؤرخ في: 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق،الجريدة الرسمية العدد 14 الصادر في 08/03/2006.
- 5.الأمر 105-76 المؤرخ في:09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل،الجريدة الرسمية العدد 81 الصادر في 18/12/1976.
- 6.الأمر 03-06 المؤرخ في:20/02/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية الجريدة الرسمية العدد 46 الصادر في 16/07/2006.

ب-النصوص التنظيمية:

- 1.المرسوم رقم:76-62 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام الجريدة الرسمية العدد 30 الصادر في 13/04/1976.
- 2.المرسوم رقم:76-63 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 30 الصادر في 13/04/1976.

ثانيا: المراجع

أ-الكتب:

1. جاك يوسف الحكيم، العقود الشائعة و المسمّاة عقد البيع، دار الفكر بيروت 1970
2. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات، دار هومة الجزائر 2009
3. سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة عقد البيع، ط 4 دار ألهدنا للطباعة القاهرة 1980.
4. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع الطبعة الأولى مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2009
5. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع المقايضة الجزء 4 منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان ط 3 2000.
6. محمد حسنين عقد البيع في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر

ب-مذكرات

1- رسائل دكتوراه:

- 1- هدور انجي، حماية التصرفات القانونية و إثباتها في ظل النظام الشهر العقاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة محمد ابن احمد وهران 2016/2015
- 2- ويس فتحي الشهر العقاري و أثاره في مجال التصرفات العقارية، شهادة دكتوراه دراسة مقارنة، قانون خاص كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة وهران 2011-2010

2- مذكرات الماجيستر

- 1- جميلة زايدي إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة ماجيستر، قانون أعمال مقارن كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي 2002-2001

2- براهيم سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة

ماجيستر قانون العقاري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

2008/2007

3- فردي كريمة، الشهر العقاري في التشريع الجزائري، شهادة ماجستير قانون أعمال المقارن، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة القطب الجامعي بالقايد وهران 2011-2012

4- قان كريم، نقل الملكية في عقد البيع العقاري في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير قسم الحقوق تخصص قانون الأعمال المقارن كلية الحقوق جامعة وهران القطب الجامعي بالقايد 2011/2012 .

3- مذكرات الماستر :

1- طلحة محمد غليسي، الشهر العقاري كآلية لحماية الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة ماستر قانون إداري كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة 2013-2014.

2- مساعدي حنان ، زوبيش حليلة التصرفات القانونية الناقلة للملكية العقارية في التشريع الجزائري، شهادة ماستر قانون الأعمال كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة 08 ماي 1945قالمة 2016-2017.

3- بلحسن عبد الحق الشكلية في بيع العقار في التشريع الجزائري مذكرة ماستر، القانون الأساسي الخاص، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الحميد بن باديس 2017-2018.

4- دليلة بوشملة، حبيبة مرابطي، نظام الشهر العقاري في التشريع الجزائري شهادة الماستر القانون العام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي 2018-2019.

5- غانم كهينة، تنظيم عملية الشهر العقاري مذكرة ماستر، القانون العقاري كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية.

6- سلمى بومعزة النظام القانوني للشهر العقاري في التشريع الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي .

4- مذكرات المدرسة العليا للقضاء :

1- بوضياف سفيان، بوراوي سعاد نظام الشعر العقاري في الجزائر و سندات خاضعة للشهر مذكرة تخرج لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء ، 2006/2007

ج-مقالات:

*- د-بوزيد عدنان،الرسمية في الوعد بالبيع العقاري ،مجلة القانون العقاري و البيئة العدد 13
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم 2019.

د-محاضرات:

- أ-قماز مقياس العقود الخاصة محاضرة اقيت على طلبة سنة ثالثة قانون خاص كلية الحقوق
و العلوم السياسية تلمسان 2016-2017

الفهرس

الصفحة	العنوان
01	مقدمة
02	الفصل الأول: نقل الملكية في بيع العقار
05	المبحث الأول: شروط نقل الملكية في بيع العقار
06	المطلب الأول: شرط الشكلية لانعقاد العقد
06	الفرع الأول: العقد الرسمي الناقل للملكية
10	الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من الشكل الرسمي
13	الفرع الثالث: دور التوثيق في بيع العقار
18	المطلب الثاني: الشروط الإجرائية في انتقال الملكية العقارية
19	الفرع الأول: شرط الشهر لانتقال الملكية
30	الفرع الثاني: شرط التسجيل في انتقال الملكية
33	المبحث الثاني: جزاءات الإخلال بشروط نقل الملكية في بيع العقار
33	المطلب الأول: الإخلال بركن الشكلية
34	الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية
35	الفرع الثاني: مصير عقد البيع الغير موثق
35	المطلب الثاني: الإخلال بشرط الشهر و التسجيل
35	الفرع الأول: مصير عقد البيع الغير مشهر
36	الفرع الثاني: الإخلال بمواعيد التسجيل
37	خلاصة الفصل الاول

الفهرس

38	الفصل الثاني:نقل الملكية في بيع المنقول
38	المبحث الأول:نقل الملكية في المنقول بالذات
40	المطلب الأول:انتقال الملكية بمجرد العقد و شروط انتقائها
40	الفرع الأول:انتقال الملكية بمجرد العقد
41	الفرع الثاني:شروط انتقال الملكية في المنقول المعين بالذات
42	المطلب الثاني:الآثار القانونية لانتقال الملكية في المنقول المعين بالذات
43	الفرع الأول:بالنسبة للمتعاقدین
43	الفرع الثاني:بالنسبة للغير
44	المبحث الثاني:انتقال الملكية في المنقول المعين بالنوع
44	المطلب الأول:التزام البائع بفرز المبيع
44	الفرع الأول:افراز الشيء المبيع
45	الفرع الثاني:اثار القيام بعملية الفرز
45	المطلب الثاني:الجزاء المترتب على امتناع البائع عن عملية الفرز
46	الفرع الأول:قيام البائع بالتنفيذ العيني
47	الفرع الثاني:التنفيذ بطريق التعويض
49	خلاصة الفصل الثاني
50	خاتمة
53	قائمة المصادر و المراجع
56	فهرس الموضوعات

ملخص المذكرة باللغة العربية

يتضح من خلا ما جاء في هذا الفصل أن لانتقال الملكية في بيع عقار لا بد أن يكون وفقا لشكلية معينة التي تتلخص في الورقة الرسمية التي يحررها الموثق وفق الشروط و إجراءات معينة، وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا. غير أن هذا الشرط لا يكفي إلا بالقيام بعملية الشهر حتى تنتقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري أما في الفصل الثاني يتعلق بانتقال الملكية في عقد بيع المنقول و يختلف الأمر بحسب المبيع فيما إذا كان المبيع منقولاً معينا بالذات او منقولاً معينا بالنوع حيث يكون الالتزام بنقل الملكية نافذا بمجرد التعاقد و بقوة القانون في المنقول المعين بالذات ويشترط من اجل ذلك أن يكون المنقول معينا بالذات و أن يكون مملوكا للبائع ، أما المنقول المعين بالنوع و هو ما يقوم بعضه مقام بعض ، يكون انتقال الملكية فيه نافذا بمجرد قيام البائع بعملية الإفراز و إذا تخلف هذا الأخير عن القيام بعملية الفرز فانه يترتب عليه جزاء ما فاته من كسب و ما لحقه من ضرر يتمثل في التنفيذ العيني أو التنفيذ بمقابل وعند الفسخ يقوم بالتعويض للمشتري عملا بقاعدة ما لحقه من ضرر و ما فاته من كسب .

ملخص المذكرة باللغة الانجليزية

It is clear from what has been mentioned in this chapter that the transfer of ownership in the sale of real estate must be in accordance with a formality Specific, which is summarized in the official paper that the documenter edits according to the conditions and procedures specific, otherwise it is absolutely invalid. However, this condition is not sufficient except to carry out the month process Until the ownership of the property is transferred from the seller to the buyer. As for the second chapter, it relates to the transfer of ownership In the movable sale contract, the matter differs according to the thing sold, whether the thing sold is movable, specific, or specific A specific movable by type, where the obligation to transfer ownership is enforceable by mere contracting and by the force of law The movable specified in particular, and for this it is required that the movable be specific in particular and that it be owned by the seller. As for the movable that is specified by type, which is what replaces some of them, the transfer of ownership is effective as soon as the seller performs the sorting process, and if the latter fails to carry out the sorting process.
