

حجية العقود الموثقة المشهورة في القانون الجزائري

The authenticity of published notaries acts in Algerian law



أ.د زاهية حورية سي يوسف/ كجار^{*1}

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو¹

Pr. zahia Houria Si Youssef-kedjar^{1*}

Faculty of Law and Political Sciences, University of Mouloud Mammeri Tizi Ouzou –
Algeria¹

تاريخ الاستلام: 2025/04/27 تاريخ القبول للنشر: 2025/05/29 تاريخ النشر: 2025/06/30



ملخص: يشترط في جميع التصرفات الواردة على العقار والمولدة للحقوق سواء كانت عينية أصلية أو عينية تبعية، إفراغها في قالب رسمي عند الموثق لمنحها حجية معينة حيث لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير. كما يجب أيضا أن تكون هذه التصرفات مشهورة في المحافظة العقارية والذي لا يتم إلا بعد قيام المحافظ العقاري بعملية البحث والتحري، مما يكسبها حجية أخرى قوية وبالتالي فمثل هذه العقود الموثقة المشهورة لا يمكن المساس بها أو الطعن فيها، لأنها أصبحت حقيقة ثابتة في مواجهة الجميع. إلا أنه رغم ذلك يجوز الطعن ببطلان مثل هذا العقود لتحقيق أسباب معينة. وبناء على ذلك، يمكن القول أن الحجية التي تتميز بها مثل هذه العقود الموثقة المشهورة هي حجية نسبية.

الكلمات المفتاحية: الشهر العقاري، موثق، محافظ عقاري، حجية نسبية، بطلان.

Abstract: It is required for all transactions related o property and generating rights, whether they are original or accessory rights, to be formalized in an official format by a notary to grant them a specific authenticity, as they can only be contested on the grounds of forgery. Furthermore, these transactions must also be registered in the land registry office, which only occurs after the land registrar conducts a search and investigation, thereby granting them another strong legal force. Consequently, such notarized and registered deeds can not be challenged, or contested, as they have become an established fact against everyone. However, despite this, it is possible to contest the authenticity of such deeds for specific reasons. Based on this, it can be stated that the legal force characteristic of such notarized and registered deeds is a relative authenticity.

Key words: land registry, notary, land registrar, relative authenticity, nullity;

مقدمة

إذا كانت الملكية في المنقول ، سندها الحياة مع حسن النية ، فإن الأمر غير ذلك في العقار نظرا لطبيعته، فهو ثابت ومستقر في حيزه، استنادا إلى المادة 683 قانون مدني⁽¹⁾ وبالتالي لا يمكن لصاحبه نقله من مكان إلى المكان الذي يقصده وهذا ما لا يجعله عرضة للاستيلاء من قبل الغير .

يكتسي العقار قيمة اقتصادية كبيرة، مما أدى بالعديد من الأشخاص إلى السعي لاكتسابه بكل الطرق، وازدادت أهميته عبر الأزمنة المختلفة لارتباطه بالتنمية الاقتصادية في جميع مجالات الحياة، وأصبح مستوى الدخل و المعيشة مرتبطان بازدهار واتساع الملكية العقارية لكونها ثروة أبدية لا تزول. فهي تساهم في إثراء الذمة المالية لصاحبها. كما أن العقار يشكل العصب الحساس لاقتصاد الدولة. وعلى هذا الأساس اهتمت جل التشريعات بتنظيم هذه الملكية العقارية لمنع زعزعتها نظرا للمنازعات التي قد تثور بشأنها ولأن يكون ذلك إلا عن طريق وضع قواعد معينة تضبط كيفية استعمالها وتداولها وإعلام المتعاملين بشأنها، مما سيؤدي بلا شك إلى تقوية الثقة في التعامل بهذه الملكية واستقرار المعاملات الواردة عليها و منع إنكارها ولأن يتحقق هذا إلا بإضفاء الرسمية على التصرفات العقارية من قبل موثق العقود وشهرها في المحافظة العقارية. وبهذا تكتسي حجية معينة. وبناء على ذلك يطرح التساؤل التالي : هل أن العقود الموثقة المشهورة تبقى محصنة ضد أي أدعاء ببطلانها في القانون الجزائري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية، اتبعنا المنهج التحليلي والوصفي باعتباره المنهج المتبع في مثل هذه الدراسة، عن طريق تحديد المقصود ببعض المفاهيم وكذا تحليل النصوص القانونية المرتبطة بالموضوع ، منها ما ورد في القانون المدني كشرعية عامة ثم الاهتداء بما ورد في قانون الشهر العقاري والتوثيق بصفة خاصة.

فرغم أن إجراء توثيق والشهر من المواضيع التقليدية، إلا أن أهمية دراسة حجية العقود الموثقة المشهورة تبدوا مسألة في غاية الأهمية، نظرا للمنازعات المرفوعة بشأنها أمام القضاء، و هذا ما دفعني إلى اختيار هذا الموضوع لدراسته. وبناء على ذلك قسمت هذا البحث إلى ماهية حجية العقود الموثقة المشهورة في (المبحث الأول)، ثم دراسة قوة الحجية هذه العقود (المبحث الثاني).

¹ - تنص المادة 683 قانون مدني جزائري على ما يلي: (كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف ، فهو عقار...). أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، جريدة رسمية، عدد 78 ، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

المبحث الأول

ماهية حجية العقود الموثقة والمشهرة

تقتضي دراسة ماهية حجية العقود الموثقة والمشهرة، تبيان مفهوم العقود الرسمية والمشهرة. علما أن كل العقود الواردة على العقار – أيًا كانت طريقة إبرامها، بإرادتين أو إرادة منفردة – يشترط فيها الرسمية أي التوثيق طبقا للمادة 324 قانون مدني جزائري، وبالتالي فهي تكتسب حجية معينة لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير . كما أن هذه العقود الموثقة لا ترتب أي آثار سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بشهرها عن طريق التسجيل في مجموعة البطاقات العقارية، وهو ما يضفي عليها حجية أخرى تطبيقا لما ورد في المادة 793 من نفس القانون المذكور و المادة 14 من الأمر 75/ 74 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري⁽²⁾.

المطلب الأول: مفهوم حجية العقود الموثقة

إن المبدأ الذي يحكم العقود عامة، هو الرضائية، أي اقتران القبول بالإيجاب إلا في بعض الحالات المنصوص عليها قانونا والتي يتطلب فيها القانون شكلية معينة للانعقاد. وهذا ما أشارت إليه المادة 59 قانون مدني جزائري التي تنص على ما يلي: **(يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية).** ومن خلال النص، أن كلمة دون الإخلال بالنصوص القانونية ، يفيد منها اشتراط القانون في حالات معينة، شكلية معينة، في حالة ورود التصرف على عقار. إذ لا يكفي توافر الرضا لانعقاد التصرف، بل يشترط إلى جانبه توفر الرسمية، أي إفراغ التصرف القانوني الوارد على العقارات في الشكل الرسمي من طرف ضابط عمومي أو موظف مختص خول له القانون هذه الصفة الموثقة. إذ تنص المادة 3 من قانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة التوثيق على ما يلي: **(الموثق ضابط عمومي ، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية ، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصيغة)**⁽³⁾، ويصبح بالتالي عقدا رسميا. إذ يفترض في هذا العقد الرسمي أن يكون صحيحا لكي يكتسي حجية مطلقة، وهذه القاعدة مكرسة بنص المادة 324 مكرر 5

² - أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية ، عدد 92 لسنة 1975.

³ - قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، متضمن مهنة التوثيق، جريدة رسمية ، عدد 14 ، مؤرخة في 08-03-2006.



قانون مدني ، كما يلي: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني."

ويعرف العقد الرسمي طبقا للمادة 324 من نفس القانون، بأنه: (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه). والجدير بالذكر، أن الرسمية تعتبر من أهم الشروط الواجبة في العقود الخاضعة للشهر وذلك حسب المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم⁽⁴⁾ والتي تنص على ما يلي: (كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية ، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي). يشترط المشرع الرسمية في جميع العقود والوثائق التي يجب أن تخضع للشهر وتأكيدا على ذلك ما ورد في المادة 1/13 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري سالف الذكر. كما جاء أيضا في المادة 29 من قانون رقم 25/90 المتعلق بالتوجيه العقاري⁽⁵⁾، على ضرورة رسمية أي وثيقة مقدمة للشهر، على أنه: (يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري).

مع العلم أنه تم تكريس مبدأ الرسمية في كل التصرفات الواردة على عقار وذلك للمرة الأولى بموجب المادة 12 من الأمر رقم 91/70 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق (الملغى)⁽⁶⁾ و بموجب المادة 5 من قانون رقم 27-88 المتضمن مهنة التوثيق⁽⁷⁾ والملغى بموجب قانون رقم 02-06 مؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة الموثق.

وفي هذا الصدد أرى أن تدخل المشرع الجزائري لمراعاة الشكلية في التصرفات العقارية يعتبر تدخلا نافعا نفعا محضا لكلا الطرفين ، إذ يتجلى في تنبيه البائع إلى خطورة التصرف القانوني الذي هو مقدم عليه، ويظهر ذلك أيضا في حماية المشتري أي المتصرف إليه، بتأمين حقه العقاري من النزاعات التي قد يثيرها البائع وضمان استقرار المعاملات التعاقدية بصفة عامة ، و العقارية بصفة خاصة، وبث الطمأنينة في نفوس أطراف العقد وإعلان التصرفات. فضلا عن ذلك فهي أداة التصرفات القانونية وما تكفله من ضمانات وتحصين الحقوق

⁴ -مرسوم 63/76 مؤرخ في 25 مارس 1976، يتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، جريدة رسمية ، عدد 30 لسنة 1976.

⁵ - قانون رقم 25-90 مؤرخ في 18/11/1990 يتضمن التوجيه العقاري ، جريدة رسمية ، عدد 49، مؤرخة في 18/11/1990
⁶ -أمر رقم 70- 91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم التوثيق(ملغى)، جريدة رسمية ، عدد 107 مؤرخة في 25 ديسمبر 1970.

⁷ -قانون رقم 27-88 مؤرخ في 12 يوليو 1988 يتضمن تنظيم التوثيق(ملغى). ، جريدة رسمية، عدد 28 ، مؤرخة في 13/07/1988.

للأفراد. إلا أنه استثناء من هذه القاعدة -أي ضرورة إفراغ التصرف الوارد على عقار في صورة رسمية-، قرّر المشرع أن لمن بيده تصرف عرفي وارد على عقار ، حق الاحتجاج به في مواجهة الغير -أي جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافا في العقد أو التصرف غير المشهر-، بشرط أن يكون تاريخه ثابت التاريخ قبل 1 جانفي 1971. وهذا ما تشير إليه المادة 2/89 من المرسوم التنفيذي رقم 123/93 مؤرخ في 19/05/1993 يعدل ويتمم المرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، المعدل والمتمم⁽⁸⁾ والتي تنص على ما يلي: **(تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه: - عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل 1 يناير 1971).**

يتضح من هذه الفقرة ، أنه بعد هذا التاريخ أي 1 جانفي 1971، فليس لهذه العقود أية قوة قانونية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بإفراغها في ورقة رسمية.

ونخلص إلى القول إلى أنه رغم اكتساب التصرف (العقد) الموثق حجية مطلقة، إلا أنه لا يرتب أي أثر منشئ سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر العقاري طبقا للمادة 793 قانون مدني التي جاء فيها ما يلي: **(لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار).** وهذا ما أكدته أيضا المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 15/10/2008⁽⁹⁾.

المطلب الثاني: مفهوم حجية العقود المشهورة

يتمثل الشهر في تسجيل أو قيد التصرفات الواردة على العقار سواء كانت تصرفات مرتبة لحقوق عينية أصلية أو تبعية. فالغرض منه هو تنظيم الملكية العقارية و تأمين استقرار المعاملات العقارية و منع المضاربة فيها وتحقيق الثقة بين المتعاملين. ويعرف الشهر بأنه ذلك النظام الذي يهدف إلى شهر التصرفات القانونية التي ترمي إلى إنشاء حقوق عينية عقارية أو نقلها أو تعديلها وإسقاطها⁽¹⁰⁾. فالشهر نوعان، الشهر الشخصي ويقصد به ذلك النظام الذي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها و ليس طبقا للعقار. ومن هنا جاءت تسمية هذا النظام بنظام الشهر الشخصي. فالشهر طبقا لهذا النظام هو العلانية فقط دون التثبت من انتقال الملكية أو الحقوق العينية العقارية⁽¹¹⁾.

⁸ -جريدة رسمية ، عدد 34 ، مؤرخة في 1993/05/23

⁹ - قرار المحكمة العليا ، رقم الملف 473702 ، المؤرخ في 15/10/2008 ، مجلة قضائية ، جزء ثالث ، ص 227.

¹⁰ -حسين عبد الطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري ، الدار الجامعية ، لبنان ، 1986 ، ص 11.

¹¹ - ممدحت محمد الحسيني ، إجراءات الشهر العقاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 1992، ص 26.



أما الشهر العيني، فهو النظام الذي انتهجه المشرع الجزائري في الغالب مع بقاء العمل بنظام الشهر الشخصي في بعض المناطق غير الممسوحة. ويتم الشهر بطريقتينهما: التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية كالبيع والمقايضة والهبة والوصية والشهر عن طريق القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي والحيازي الوارد على العقار وحقوق الامتياز الخاصة الواردة على عقار وحقوق التخصيص.

أما بالنسبة للحقوق الشخصية، فهي غير معنية بقواعد الشهر بحكم طبيعتها. ولا يشترط ذلك لنفاذها في مواجهة الغير⁽¹²⁾، إلا أن هناك حقوقا شخصية تشبه الحقوق العينية من حيث صلاحيتها للشهر، أهمها الحقوق الناشئة عن عقد إيجار عقار لمدة تتجاوز 12 سنة، وهذا طبقا للمادة 17 من الأمر رقم 74/75 المتعلق بمسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والتي تنص على ما يلي: (إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها).

فشهر التصرف يكسبه حجية معينة، تضاف إلى حجية توثيقه. وبطبيعة الحال، يشترط لشهر التصرف، أن يكون مفرغا في رسمية معينة، وهذا بصريح المادة 61 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المذكورة سابقا، وهو ما جاء أيضا في المرسوم 01/04/1955، إلا أن وظيفة الشهر في القانون الفرنسي هي وسيلة للاحتجاج بالتصرف في مواجهة الغير⁽¹³⁾، وليس لانتقال الملكية كما هو الشأن في معظم التشريعات العربية. وقد نصت عليه أيضا المادة 324 مكرر 1 قانون مدني، على ما يلي: (زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي...).

إضافة إلى ما تقدم، فلكي يشهر التصرف الموثق، يقتضي أن يكون هناك مبدأ الشهر المسبق للتصرف الذي أكسب هذا الحق، وهذا بصريح المادة 88 من المرسوم رقم 63/76 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم والتي جاء فيها ما يلي: (لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد).

¹² - حسن طوايبي، نظام الشهر العقاري الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر 2000، ص 75.

¹³ - Philippe Delebecque: Droit Civil (les suretés – publicité foncière), 2^{eme} Edition Dalloz, paris 2011, p 614.

المبحث الثاني

قوة حجية العقود الموثقة المشهرة

يكتسي العقد الموثق قوة ثبوتية وحجية إلى غاية إثبات العكس. وتتمثل هذه الحجية في صدوره مستوفيا لشروطه القانونية. وإذا تخلف ركن من أركانه أو شرط من شروط صحته كان باطلا أو قابلا للإبطال ولا يظهره الشهر⁽¹⁴⁾. ومن ثمة لا يترتب عليه نقل الملكية، مثال ذلك: إذا أبرم عقد بيع ولم يوقعه المالك، لكن تم تزوير توقيعه، فإن الملكية لا تنتقل بشهره. فبالإضافة إلى ذلك فهو يكتسب أيضاً حجية أخرى إذا تم إشهاره على مستوى المحافظة العقارية. ولعل ما يبرر ذلك أن المحافظ العقاري قبل شهره للتصرف، يتحقق من هوية وأهلية الأطراف والبحث عن أصل الملكية والتحقق من صحة بيانات العقد أو التصديق على توقيعات ذوي الشأن فيه، وهذا طبقاً للمادة 22 من الأمر رقم 74/75 سالف الذكر، التي تنص على ما يلي: **«.. يحقق المحافظ في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل الإشهار..»**. فالمحافظ العقاري هو موظف إداري تابع لوزارة المالية، لا يتمتع بأي اختصاص قضائي، وإنما له أن يحقق في هوية الأطراف وصحة الوثائق المودعة عنده من أجل إتمام عملية الشهر⁽¹⁵⁾.

إلا أنه رغم قوة هذه الحجية التي منحها المشرع لمثل هذه العقود الموثقة المشهرة، إلا أنه لاحظنا في الواقع العملي، أن القاضي يتدخل لإنقاص من قوة حجية هذه العقود عن طريق إبطال البعض منها، إذا توافرت أسباب معينة تبرر ذلك.

المطلب الأول: تدخل القاضي لإنقاص حجية هذه العقود الموثقة المشهرة بإبطالها

إذا كان الأصل أن العقود الموثقة المشهرة تحتل مكانة هامة قانوناً، إذ يمنع التذرع والاحتجاج ببطلانها وفسخها في ظل نظام الشهر العيني إعمالاً للمبادئ التي يقوم عليها هذا النظام، كالقوة الثبوتية ومبدأ عدم التقادم أو بعبارة أخرى، أن إقرار البطلان بالنسبة لهذه العقود أو الفسخ وإعادة الحالة إلى ما كانت عليها قبل التعاقد، شيء غير متصور وغير ممكن، بل أمر معارض للمبادئ المذكورة أعلاه، وإن كان يمكن للمتضرر المطالبة فقط بحقه في التعويض لاستحالة استرداد حقه عيناً. ويكون هذا أمام القاضي المتواجد في مكان العقار، وبعد حصوله على الحكم أو القرار القضائي.

¹⁴ - لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، 2011-2012، ص 339.

¹⁵ - حشود نسيم، دور المحافظ العقاري في تنفيذ إجراء الشهر ومدى مسؤوليته وفقاً للتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر عدد 04/2012، ص 8.

إلا أنه رغم المبادئ المذكورة التي يتميز بها نظام الشهر العيني، فإنه لا يكتسي الحجية المطلقة إذ هو لا يصح عقدا موثقا إذا كان باطلا. أو بتعبير آخر لا يظهره إذا انطوى على تصرف معيب، تجسيدا لمبدأ نسبية القوة الثبوتية للشهر الذي تبناه المشرع الجزائري والمستخلص من المادة 85 من مرسوم رقم 76-63 سالف الذكر والتي جاء فيها: (إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها...). وبناء على ذلك لا يوجد أي حائل للطعن فيه من طرف ذو مصلحة بالبطلان أمام القاضي العادي بصفته حامي الحقوق الفردية الناتجة عنها والذي يفصل فيه إما بسلامة العقد ونفاذه أو إبطاله إذا تأكدت الأسباب المؤدية إلى ذلك .

المطلب الثاني: أسباب إنقاص من حجية العقد الموثق المشهر

إذا كان العقد الموثق المشهر يكتسي حجية سواء في مجال الإثبات أو التنفيذ، إلا أنه قد يطعن فيه بالبطلان متى توافرت فيه الأسباب التالية والمستخلصة من نصوص القانون المدني، والتي سنتناول البعض منها كالغش أو الصورية أو ورود التصرف على ملك الغير .

الفرع الأول: التصرف المبني على الغش: يعد التصرف المنطوي على الغش محلا للإبطال من قبل القاضي ولو كان مشهرا، وهذا إعمالا لمبادئ القانون المدني التي تقتضي حماية الغير من كل تصرفات منطوية على غش تطبيقا لقاعدة «الغش يفسد جميع التصرفات». و على سبيل المثال ما ورد في المادة 377 الفقرة 3 منه والتي تنص على ما يلي:(...ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير).و ما ورد أيضا في المادة 196 الفقرة الأولى من نفس القانون، كما يلي:(إذا لم يقصد بالغش إلا تقضيل دائن على آخر دون حق ، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة..)

وتكريسا لهذا المبدأ، يمكن للقاضي أيضا أن يعتمد إلى إبطال العقود الموثقة المشهورة في حالة ثبوت الغش كما هو الشأن في مجال البيوع المتتالية أي عندما يكون عقار محل بيع مرتين، ويتم البيع الثاني قصد الإضرار بمصلحة المتصرف إليه الأول. ومع ذلك قد يكون الغير المتصرف إليه الثاني حسن النية إلا أن نيته أفسدت لاقترانها بغش صدر من المتصرف إذ تشدد القضاء الفرنسي إزاء التصرف للغير ولو كان حسن النية واعتبره باطلا لعدم صحة التصرف الصادر من السلف لكونه مقترنا بالغش . إلا أنه فيما بعد تراجع عن موقفه هذا في قرار صادر في 22/03/1968، وقضى بعدم إبطال التصرف للغير حسن النية. لكنه أقر في نفس الوقت بأن علم الغير بالتصرف المنطوي على الغش الصادر من المتصرف كاف لثبوت سوء نيته وبالتالي يبرر تدخل القاضي لإبطاله. إلا أن المشرع الجزائري لم يفصح عن هذه الحالة صراحة وإن كان يمكن استنباط ذلك من خلال المادة 86 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري سالف الذكر.

ولعلّ الحكمة التي تتجلّى من ذلك، هي حماية الحقوق العقارية المشهورة وفي المقابل عدم الإبقاء على التصرفات المبنية على الغش في مجال العقود المنشئة والناقلة للحق العيني العقاري. وهذا ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر سنة 1997: **(بأنّ الثابت في قضية الحال، أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من المدعين، فهذا بشكل غشّي من شأنه أن يؤدي إلى إبطال البيع، ومن ثم فإن قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم تسبباً كافياً) (16).**

الفرع الثاني: العقد المبني على الصورية: لم يُعرّف المشرع الجزائري الصورية. ولذا يمكن تعريفها بأنها اتّخاذ مظهر خارجي غير حقيقي لإخفاء تصرف حقيقي مستتر. ويقصد أيضا بالصورية، خلق وضعية قانونية ظاهرة تختلف عن الوضعية القانونية الحقيقية. فالصورية قد تكون مطلقة كما قد تكون نسبية. فالصورية المطلقة، تفيد أن هناك تصرف قانوني ظاهري لا وجود له في الحقيقة والواقع، بمعنى ليس هناك في الواقع عقداً أو تصرفاً قانونياً حقيقياً مستتراً، أي لا يستتر وراءه أي عقد آخر. كأن يقوم شخص ببيع أملاكه لشخص معين خوفاً من التنفيذ عليها من قبل الدائنين. كما قد تكون الصورية نسبية، بمعنى أن هناك تصرف موثق مشهر صوري سائراً لتصرف حقيقي. كما إذا أخفى العقد، هبة مستترة في صورة بيع ظاهري. ففي هذه الحالات يكون لمن له مصلحة كالدائن أو الخلف الخاص طلب إبطال التصرف الصوري الظاهري، وهذا طبقاً لما جاء في المادة 198 قانون مدني التي تنص على ما يلي: **(إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري).** وبناء على ذلك، أن للقاضي أن يحكم ببطلان التصرف الصوري الموثق المشهر.

إلا أنه يمكن التعقيب على هذه المادة، فهي ناقصة وقاصرة، لأنه من جهة أخرى يمكن لهؤلاء الغير أي دائني المتعاقدين وخلفهم الخاص حق التمسك ببطلان المستتر إذا كان من مصلحتهم ذلك. وهو الأمر الذي أغفله المشرع الجزائري⁽¹⁷⁾ في حين لم يغفل ذكره نظيره المصري، إذ جاء في المادة 1/244 قانون مدني، ما يلي: **(إذا أبرم عقد صوري، فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضّر بهم).**

¹⁶ -- قرار رقم 148561 الصادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا بتاريخ 1997/04/30 المجلة القضائية لسنة 1997، العدد

02 ص 47.

¹⁷ - سي يوسف / كجار زاهية حورية، المفصل في آثار الالتزام على ضوء القانون المدني الجزائري، بيت الأفكار، الدار

البيضاء الجزائر 2025، ص 101.



فمثلاً، أن دائن البائع و خلفه الخاص من مصلحتهما أن يتمسكا بإبطال العقد المستتر (المتمثل في هبة مستترة). لكن من مصلحة دائن المشتري وخلفه الخاص أن يتمسكا بإبطال العقد الصوري الظاهري. و في حالة تعارض المصالح ، فالأولوية تكون للمتمسك بالعقد الظاهري حفاظاً على الأوضاع الظاهرة واستقرار المعاملات إعمالاً للمبدأ (أن الغط الشائع يولد الحق). وهو ما أكدته المشرع المصري في الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة أعلاه، كما يلي: (... وإن اُتُعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين). ويترتب على ذلك، أن القاضي المصري لا يجد صعوبة في حسم المسألة عكس القاضي الجزائري الذي يكون في وضع صعب وحيرة من أمره، بين الحكم ببطلان التصرف الظاهري أو التصرف الصوري، وهذا كله بسبب الفراغ التشريعي الذي انطوت عليه نصوص القانون المدني الجزائري وبالأخص المادة 198 منه. وبالتالي آخذاً بالرأي الراجح أي الحفاظ على الأوضاع الظاهرة يحكم ببطلان العقد الصوري الموثق المشهر ، رغم أنه يكون قد خالف المبادئ التي يركز عليها نظام الشهر العيني وفي نفس الوقت إهدار لحقوق الغير كدائني البائع وخلفه الخاص، آخذاً بما ورد في الحالة المذكورة أعلاه.

الفرع الثالث: التصرف القائم على ملك الغير: يعد عقد البيع من بين أهم العقود الواردة على الملكية أي باعتباره تصرفاً قانونياً. ويقتضي أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع وقت البيع إذ يعرف حسب المادة 351 قانون مدني على أنه: (عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي). ووفقاً لهذا النص فيجب أن يكون البائع مالكا للشيء سواء منقولاً أو عقاراً حتى يتمكن من نقل ملكيته إلى المشتري . لكن في شأن العقار ، لا يكفي شرط ملكية البائع للعقار، بل يجب أن يتم شهر تصرف البيع حتى تنتقل الملكية. إلا أنه قد تتعدى صفة المالك في بائع العقار ولو تم توثيق العقد وشهره وهذا ما يسمى ببيع ملك الغير المنصوص عليه في المواد 397 و 398 و 399 قانون مدني. وقد صنفه المشرع المدني ضمن أنواع البيوع.

نجد أن هذا النوع من البيوع في تقلص كلما تم توسيع تطبيق نظام الشهر العيني وبذلك يبقى صدور البيع من طرف غير المالك غير وارد . لكن لعدم استكمال إجراءات المسح العقاري في بعض المناطق في الجزائر، فلا يزال يطبق فيها نظام الشهر الشخصي الأمر الذي أكدت عليه المادة 27 من الأمر 74/75 والمادة 113 من المرسوم 63/76، سالف الذكر .

إذ يتم الشهر في ظل هذا النظام بالنظر إلى أسماء الأشخاص أي شهر أسماء الأشخاص حتى ولو كان التصرف غير صحيح . ولعدم التحري عن صحة امتلاك الشخص للعقار، يتعذر الوصول إلى معرفة المالك

الحقيقي وغالبا ما يقع البيع على ملك الغير. ولذا فنظام الشهر الشخصي لا يحقق الحماية للمالك الحقيقي الذي يحدث أن يتصرف شخص ما في ملكيته دون علمه، كما أن المشتري غالبا ما يقع ضحية شراء ملك الغير. ولهذا السبب أجاز المشرع لهذا الأخير المشتري التخلص من هذه الوضعية بطلب إبطال بيع ملك الغير ولو كان موثقا مشهرا طبقا للمادة 397 قانون مدني التي جاء فيها ما يلي: **(إذا باع شخص شيئا معين بالذات وهو لا يملكه ، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أُعلن أو لم يعلن بيعه...).**

وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرار رقم 1150364، المؤرخ في 11/10/2018⁽¹⁸⁾ كما يحق للمالك الحق في رفع دعوى الاستحقاق العقاري والطعن في عقد البيع الوارد على ملكيته. أما إذا أجاز هذا المالك هذا البيع أو انتقلت الملكية إليه بالميراث أو الهبة أو غيرها ، يصبح بيعا صحيحا وناجزا و تنتقل الملكية للمشتري بصفة نهائية.

خاتمة

توصلنا عند دراسة هذا البحث إلى ما يلي:

حسنا فعل المشرع الجزائري لتبنيه نظام الشهر العيني للمعاملات العقارية رغم البقاء الأخذ بنظام الشهر الشخصي في بعض المناطق التي لم تخضع بعد لإجراءات المسح. فالشهر العيني ينقل ملكية العقار بين المتعاقدين وبالنسبة للغير، لكن بشرط استيفاء مثل هذه العقود، الرسمية. ويفيد ذلك أن التصرف الوارد على العقار في حد ذاته لا ينقل الملكية من البائع إلى المشتري ولو تم إبرامه بصورة صحيحة وتم توثيقه، بل يجب شهره مما يكسبه حجيتين أي حجية بالتوثيق وحجية أخرى بالشهر.

إلا أنه مع ذلك يجوز الطعن في العقد الموثق المشهر بالبطلان إذا توفرت الأسباب المؤدية إلى ذلك - رغم أن هذا يعد تناقضا صارخا مع المبادئ التي يقوم عليها نظام الشهر العيني - كورود البيع على ملك الغير أو انطوائه على غش أو بناء على صورية ، ولعل الغاية من ذلك هو رغبة المشرع في الحفاظ على صحة المعاملات العقارية وتجسيد النزاهة فيها بعيدا عن العيوب التي قد تشوبها.

الاقتراحات :

1. يجب التخلي عن نظام الشهر الشخصي بالإسراع بتوسيع إجراءات المسح العقاري ، حتى يتسنى لكل مالك الحصول على دفتر عقاري لتجنب المنازعات التي تشهدها ساحة القضاء خاصة تلك المتعلقة بالتصرفات الواردة على ملك الغير.

¹⁸ - قرار المحكمة العليا ، رقم الملف 1150364 ، المؤرخ في 11/10/2018 غير منشور : مأخوذ من الموقع

2. على المشرع أن يلغي المادة 85 من المرسوم رقم 63 /76 سالف الذكر لما تسببه من مغالطات حول الحجية التي يكسبها الشهر العيني للتصرف، وما ترتبه من زعزعة وعدم استقرار المراكز القانونية المكتسبة بالشهر .
3. على المشرع أن يعمل على معالجة الفراغ التشريعي وخصوصا فيما يخص المادة 198 قانون مدني المتعلقة بصورية التصرف تقاديا للنزاع الذي قد يثور بين التمسك بالعقد الصوري والتمسك بالعقد الحقيقي في وقت وحد والصعوبة التي قد يواجهها القاضي للحكم بالإبطال.

قائمة المراجع والمصادر:

أولاً: باللغة العربية

• الكتب

1. ويس فتحى ، الشهر العقاري في القانون الجزائري والقوانين المقارنة ، ط2 ، دار هومة ، بوزريعة ، الجزائر 2015 .
2. مجيد خلفوني ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، دار هومة ، بوزريعة ، والجزائر 2008.
3. سي يوسف / كجار زاهية حورية، المفصل في آثار الالتزام على ضوء القانون المدني الجزائري ، دار النشر ،بيت الأفكار ، الدار البيضاء الجزائر 2025 .
4. حسين عبد الطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري ، الدار الجامعية ، لبنان 1986 .
5. مدحت محمد الحسيني ، إجراءات الشهر العقاري ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، مصر 1992.

ب- المقال

- حشود نسيم ، دور المحافظ العقاري في تنفيذ إجراء الشهر ومدى مسؤوليته وفقا للتشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1، عدد 04 /2012، ص ص (21-07).

ت- رسائل جامعية :

1. حسن طوايبي ، نظام الشهر العقاري الجزائري ، رسالة ماجستير ، جامعة الجزائر 2000.
2. -ببيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة الدكتوراه ي القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة بسكرة، 2011 .

ث- الاجتهاد القضائي:

1. -قرار المحكمة العليا ، رقم الملف 473702 ، المؤرخ في 15/10/2008 ، مجلة قضائية ، جزء ثالث، ص 227.

2. قرار المحكمة العليا رقم 148561 الصادر عن الغرفة المدنية، بتاريخ 1997/04/30 المجلة القضائية، العدد 02، سنة 1997، ص 47.

3. قرار المحكمة العليا، رقم الملف 1150364، المؤرخ في 11/10/2018، غير منشور مأخوذ من

الموقع: <https://www.coursupreme.dz>

ج- النصوص القانونية

• النصوص التشريعية

1. أمر رقم 70-91 مؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم التوثيق (ملغى)، جريدة رسمية ، عدد 107 مؤرخة في 25 ديسمبر 1970.
2. أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني ، معدل ومتمم ، جريدة رسمية عدد 78 ، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
3. أمر رقم 75-74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية ، عدد 92 لسنة 1975.
4. قانون رقم 88-27 مؤرخ في 12 يوليو 1988 يتضمن تنظيم التوثيق ، جريدة ، عدد 28 ، مؤرخة في 13/07/1988 (ملغى).
5. قانون رقم 90-25 مؤرخ في 18/11/1990 يتضمن التوجيه العقاري ، جريدة رسمية ، عدد 49، مؤرخة في 18/11/1990.
6. قانون رقم 06-02 مؤرخ في 20 فبراير 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق ، جريدة رسمية ، عدد 14 ، مؤرخة في 8 مارس 2006.

• النص التنظيمي

-مرسوم رقم 76-63 مؤرخ في 25 مارس 1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري، معدل ومتمم ، جريدة رسمية ، عدد 30 ، مؤرخة في 1976.
ثانيا: باللغة الأجنبية:

Ouvrage :

- Delebecque Philippe, Droit Civil (les suretés – publicité foncière), 2^{ème} Edition Dalloz, Paris 2011 ,p 614.