



جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان  
كلية الحقوق والعلوم السياسية  
قسم القانون الخاص



# الإطار القانوني للمحرر التوثيقي

دراسة وفق المستجدات التشريعية والقضائية الجزائرية

بحث مقدم لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور:

يزيد دلال

مناقش علنا من طرف الباحث:

محمد بشير

السادة أعضاء لجنة المناقشة:

رئيسا	جامعة تلمسان	أستاذ	الأستاذ الدكتور بن عصمان جمال
مشرفا ومقررا	جامعة تلمسان	أستاذ	الأستاذ الدكتور يزيد دلال
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	الأستاذ الدكتور هديلي أحمد
مناقشا	جامعة سيدي بلعباس	أستاذ	الأستاذ الدكتور شهيد محمد سليم

السنة الجامعية: 2022 - 2023

ورد في القرآن الكريم قوله عز وجل:  
أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَخْشَ مِنْهُ شَيْئًا﴾ الآية 282 من سورة البقرة

### وأما في السنة

فقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بكتابة وثيقة في بيع وشراء، وفي صلح بينه وبين المشركين وغير ذلك، والإهتمام بما في التوثيق طاعة لله -عز وجل- ولرسوله صلى الله عليه وسلم.  
الولشرسي، المنهج الفائق، ص 29

### قال بن برى:

﴿كفى بعلم الوثائق شرفاً ونفراً انتحال أكابر التابعين لها، وقد كان الصحابة يكتبونها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم﴾

الولشرسي، نفس المرجع، ص 28

## شكر وعرفان

الحمد لله حمدا يليق بجلاله وعظيم سلطانه بأن وفقني لبلوغ لحظة القطاف بعد أن أينعت الثمار، نخرج هذا البحث العلمي في صورته النهائية التي لا ندعي لها الكمال فالكمال لله وحده لا شريك له، فأسأله تعالى أن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم وأن يثقل به ميزان حسناتي ويتجاوز به عن سيئاتي. رب اجعلني من الذين قلت فيهم: "وَقَلِيلٌ مِّنْ عِبَادِيَ الشَّاكِرُونَ" الآية 13 من سورة سبأ.

كما يسعدني أن أقدم شكري وتقديري الخالصين لفضيلة الأستاذ الدكتور "يزيد دلال" الذي تكرم علي بقبول الإشراف على رسالة الدكتوراه محل المناقشة منذ بدايتها إلى غاية مناقشتها، وزودني بكل ما يفيد في ترتيبها بالرأي السديد والنصح المفيد رغم كثرة أعماله ومسؤولياته، إلا أن سعة صدره كانت أكبر من ضيق وقته، فأسأل الله العليم الحليم أن يبارك في علمه وورقه. ولا يفوتني أن أزوجي أوفر عبارات الإشادة والتقدير للصرح العلمي الممرد بقوارير المعرفة جامعة أبو بكر بلقايد ممثلة بمديرها وعمدائها، التي فتحت لنا بابها للولوج إلى رحاب البحث العلمي، وعلى وجه الخصوص كلية الحقوق والعلوم السياسية التي نفتخر بانتسابنا إليها. والشكر موصول إلى أعضاء اللجنة المناقشة لتكرمهم بقبول مناقشة هذه الرسالة وتقييم ما ورد فيها من عمل وتقويم ما طغى فيه القلم ليخرج هذا البحث في صورة منقحة تعود بالفائدة على الجميع.

كما أتقدم بعظيم الإمتنان وأتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذتي الأفاضل بكلية الحقوق لما بذلوه من جهد وتكروموا به من وقت فكانوا خير مورد معين، ومن بعدهم كل من أسدى إلي خدمة، داعيا الله أن يدخر لهم ما قدموا إلى يوم البعث والنشور، إنه على ذلك لتقدير وبقبول صالح الأدعية جدير، إنه خير مولى وخير نصير. وأعرب في الأخير أنما كان في هذا العمل من صواب فالله وحده هو الموفق المعين، وما ورد فيها من خطأ فن نفسي، أسأله تبارك تعالى أن يتجاوز عَمَّا بدر مني من تقصير، ونصلي ونسلم على البشير النذير، ونتوكل على السميع البصير، والحمد لله العليم القدير.

محمد بشير

## إهداء

إلى معلم البشرية جمعاء محمد بن عبد الله أفضل صلوات ربي وأزكى سلامه عليه.

إلى أعلام هذه الأمة باعتبارهم ورثة الأنبياء.

إلى أرواح شهداء الوطن الزكية الطاهرة الذين ذادوا عنه وفكّوا أسرهم من أغلال المستدمر.

إلى والداي الفاضلين حسنا وطاعة وإكباراً، رَبِّ ارْحَمَهُمَا كَمَا رَبَّيَانِي صَغِيرًا. الآية 24 من

سورة الإسراء

إلى رفيقة دربي ومشواري العلمي لبلوغ الدرجات العلى زوجتي الغالية.

إلى أفراد العائلة الفاضلة دون أن أغادر منهم أحداً.

إلى الأصحاب والأحباب والزملاء دون استثناء.

إلى كل من اطلع على هذه الرسالة وبلغني بما طغى فيه القلم.

أهدي ثمرة هذا العطاء

محمد بشير

## قائمة لأهم المختصرات

### أولا : باللغة العربية

جزء	ج.
ديوان المطبوعات الجامعية	د.م.ج.
دون تاريخ النشر	د.ت.ن.
طبعة	ط.
مادة	م.
مرسوم تنفيذي	م.ت.
سنة	س.
عدد	ع.
فقرة	ف.
صفحة	ص.
قانون الأسرة	ق.أ.
قانون الإجراءات المدنية والإدارية	ق.إ.م.إ.
القانون المدني	ق.م. أو ق.م.ج.
قانون العقوبات	ق.ع. أو ق.ع.ج
المحكمة العليا	م.ع.
غرفة الأحوال الشخصية	غ.أ.ش.
الغرفة التجارية والبحرية	غ.ت.ب.
مجلة مجلس الدولة	د.م.د
مجلة المحكمة العليا	م.ع.م.
الغرفة المدنية	غ.م.
الغرفة الجنائية	غ.ج.
القانون التجاري	ق.ت.
قانون تنظيم مهنة الموثق	ق.ت.م.م
قانون التسجيل	ق.س.
قانون الأرشيف الوطني	ق.أ.و
قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة	ق.ض.م.

## ثانيا : باللغة الفرنسية

Art.	Article
Ed.	Edition
J.O.R.F.	Journal officiel de la république française
J.O.R.A.D.P.	Journal officiel de la république algérienne démocratique et populaire
Ibid.	La même référence
N° ou n°	Numéro ou numéro
Op.cit.	Ouvrage cité
P.	Page
T.	Tome ou Volume

# مقدمة

يعتبر حفظ المال من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء التي أولت لها اهتماما بالغا، فأرست تبعا لهذا دعائم متينة للمحافظة على حقوق المتعاملين من الضياع استنادا إلى أحكام قويمه تنسم بالمثالية، ولا يخلو أي مجتمع من التعاملات المالية التي تسهم في بناء صرحه وتطوير إقتصاده، واقتضت حكمة الله عز وجل أن يضع وسيلة فعالة لصون المال من الضياع أو حمايته من الإعتداء عليه باعتباره عصب الحياة ألا وهي توثيق المعاملة بالكتابة حفاظا على صحتها وتأمينا للعلاقات الإجتماعية ودرءا للخصومات التي قد تنشأ بين أفراد المجتمع.

وقد احتلت الكتابة مكانة مرموقة لدى الشرائع الدينية والقوانين الوضعية سواء فيما مضى أو في الوقت الراهن، كما أن التوثيق قد عُرِف منذ القدم عبر تعاقب الحضارات كالحضارة المصرية والسومرية والرومانية، واشتهر أيضا عند العرب قبل صدر الإسلام أين وثقت العهود كحلف الفضول الذي شهده النبي صلى الله عليه وسلم قبل بعثته، حيث تعاهد بنو هاشم وبنو تيم وبنو زهرة وخلصوا إلى أنه لا يظلم أحد في مكة إلا وردوا مظلمته، وكذا المعاهدة التي كتبت على صحيفة من قبل قرينش تم بمقتضاها مقاطعة بني هاشم وعلقوها في الكعبة إلى أن أكلتها الأرضة ومزقها حمزة بن عبد المطلب.

كما عرفت الشريعة الإسلامية الإقرار والبينة واليمين كطرق لإثبات الحق، وكانت وسيلة الكتابة قاصرة في حجيتها إلا إذا تدعمت ببينة الشاهدين دون أن يولى أي اعتبار لما رسم بمضمون الوثيقة من دلائل ثبوتية إلى أن ذاع ذلك باطّراد لتدوين ما اقترنت عليه إرادة المتعاقدين ضمن وثيقة محررة من قبل كاتب بالعدل، غير أنها لا ترقى في قوتها الثبوتية إلى ما هو عليه الأمر في وقتنا الحالي، ومن ثم تدخل المشرعون الوضعيون لضبط إجراءات التوثيق على نحو يضمني عليها الرسمية كونها وظيفة تخضع لرقابة القاضي وتحت إشرافه، ومن ثم اعترف للتوثيق بقوته الثبوتية إلا أن يطعن فيه بالتزوير<sup>1</sup>.

وقد حثت الشريعة الإسلامية على الكتابة صونا للحقوق ودرءا للمنازعات على أن يكون القائم بها يتصف بالعدل والكفاءة استنادا إلى الآية الكريمة في قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَمْتُمْ بِيَدِنِ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ

<sup>1</sup> أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، النظام القانوني لمهنة كتابة العدل في لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، طرابلس، لبنان، 1999، ص 203 وما بعدها -بتصرف-



وَلَيْمَلُّ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلَيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَخْسُ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلُ هُوَ فَلَيمَلُّ عَلَيْهِ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰ أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَلَّحُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ<sup>1</sup>،

حيث تعتبر هذه الآية الكريمة هي المرجع الأساس في توثيق المعاملات.

وأما من السنة المطهرة فقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يدير شؤون الرعية بطريق التوثيق وذلك بأمره لكتاب الوحي بتوثيق الآيات القرآنية حال نزولها، وثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه وثق عقد بيع تم بينه وبين العراء بن خالد، وقد قال ابن عباس رضي الله عنه في هذا القبيل أنه من ترك الإشهاد على البيع فهو عاص، وقال مجاهد لا تستجاب دعوة رجل باع ولم يشهد ولم يكتب، فالآية سالفة الذكر جاءت في الدين بيد أنه يُقاس على ذلك سائر المعاملات المالية، كما استعان النبي عليه الصلاة والسلام بالتوثيق في إبرام المعاهدات كصلح الحديبية وغيرها<sup>2</sup>، ويبدو أن الغاية الأساسية من الكتابة هي إزالة الشك باليقين وتجنب الخصومات بين المسلمين عن طريق إثبات التصرفات القانونية بخلاف ما كان سائداً في القديم حيث كانت الشهادة في طليعة أدلة الإثبات متقدمة على الكتابة، ونظراً لما كان يلحق الشهادة من تزيف للوقائع وكذب ونسيان فإن التزوير كان الغالب بشأنها ومن ثم تصدرت الكتابة قائمة وسائل الإثبات.

وقد تأسى الصحابة رضوان الله تعالى عنهم بسنة المصطفى أفضل صلوات ربي وأزكى سلامه عليه حيث تواترت معاملات التابعين ومن بعدهم على ذات المنوال تحفز على ترسيم العقود، وأصبح بهذا التوثيق يندرج ضمن آفاق الحضارة الإسلامية له أعلامه الذين أرسوا ركائزه، ومن ثم كان المسلمون هم السباقون في تأليف المصنفات التي تعنى بهذا العلم، وكانت مؤلفاتهم على نمطين يتعلق الأول بورود

<sup>1</sup> الآية 282 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> إبراهيم سامي زيدان، المسؤولية المدنية للموثق بين النظرية والتطبيق-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017، ص 25 وما بعدها.

فن التوثيق كأحد الموضوعات ضمن كتبهم وأما النمط الثاني فكان في مؤلفات مستقلة بعلم التوثيق وقد ذكر أهمها الشيخ الونشريسي الجزائري في كتابه المنهج الفائق<sup>1</sup>، وهو كتاب قيم لمن أراد التوسع والإلمام بهذا العلم فجزاه الله عن أمة محمد صلى الله عليه وسلم خير الجزاء.

ولا خلاف في أن الكتابة تطورت عبر مراحل وتجلت أهميتها لا سيما في مادة التوثيق وأصبحت المحررات التوثيقية أنجع وسيلة تكثر الحاجة إليها لحفظ الممتلكات والحقوق باعتبارها أداة إثبات تضمن صحة التصرفات بل وقد يبطل بعضها بتخلف عنصر الكتابة مادامت تعتبر ركنا فيها، فتختلف الشكل المطلوب لإبرام العقد ينشأ عنه بطلان التصرف بطلانا مطلقا ولا يرتب أي أثر قانوني، وتبعا لما سبق بيانه فإن الكتابة تضيئي على المعاملات أكثر ثقة وأضحت سند المتقاضي لإظهار حقه وعدم التعسف فيه تأسيسا على القاعدة العامة التي مفادها "العقد شريعة المتعاقدين"<sup>2</sup>.

كما تعتبر الشكلية بختلف صورها عنصرا مهما في بعض أنواع التصرفات فرضتها الممارسات التعاقدية على نحو جعل المشرعين الوضعيين يولون لها أهمية كبرى في صياغتهم للنصوص القانونية، وأمام انحسار مبدأ سلطان الإرادة أصبحت الشكلية متطلبا هاما يتم الاحتجاج به قبل الغير لإثبات التصرف، كما تتجلى أهمية الكتابة في كونها وسيلة للإفصاح عن إرادة صاحب الشأن في إبرام التصرفات القانونية فهي تكشف بهذا عن عنصر الرضا الذي يترتب عن تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا. وبالنظر إلى كون المحررات التوثيقية ثقيل كاهل المتعاملين فقد يستأنسون أحيانا في معاملاتهم بالمحررات العرفية متى وجدوا منفسا أو ثغرة قانونية، وقد انحصر العمل بهذه الأخيرة في نطاق ضيق يفضي الخروج عنه كبدا

<sup>1</sup> أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق، ج1، ط1، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص 31 وما يليها.

<sup>2</sup> ترجع أقدم وثيقة في التاريخ إلى العهد الذي تم بين المولى تبارك وتعالى ونبيه آدم عليه السلام، هذا الأخير الذي كان أول من جحد من البشرية جمعا لقوله عليه الصلاة والسلام في قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَكُتِبُوهُ... الآية" إن أول من جحد آدم عليه السلام، إن الله أراه ذريته فرأى رجلا أزهر ساطع نوره، فقال يارب من هذا؟ قال: هذا ابنك داود قال رب فإ عمره؟ قال ستون سنة، قال يارب زده في عمره، فقال: لا. إلا أن تزيده من عمرك، قال: وما عمري؟ قال ألف سنة، قال آدم قد وهبت له أربعين سنة. قال فكتب الله كتابا وأشهد عليه ملائكته، فلما حضرته الوفاة جاءته الملائكة قال: إنه بقي من عمري أربعون سنة، قالوا إنك قد وهبتها لابنك داود قال: ما وهبت لأحد شيئا، قال: فأخرج الله كتابه وشهد عليه ملائكته". انظر إبراهيم سامي زيدان، مرجع سابق، ص 27-

عام إلى بطلان التصرف وترتيب المسؤولية التقصيرية<sup>1</sup>، وبهذا فهي تسهم بقدر كبير في إرساء الأمن القانوني للمعاملات وتبعا لهذا استتباب النظام العام.

ومع التطورات الحاصلة في المجتمع سواء من الناحية الاقتصادية أو الاجتماعية ازدادت أهمية توثيق المعاملات على نحو يتمكن فيه ذوو الشأن من التعرف على حقوقهم والتزاماتهم باعتبار الوثق هو صاحب الاختصاص في تنوير فكرهم وباعتباره قاضي إرادة فهو يبصرهم بمدى انسجام اتفقاتهم مع القوانين سارية المفعول، ويفترض فيه الإلمام بجميع القوانين والمسائل الشرعية ذات الصلة بالمادة التوثيقية، على أن التوثيق قد تغيرت طبيعته القانونية في الجزائر عبر مراحل من كونه وظيفة قضائية تخضع لرقابة القاضي وإشرافه إلى اعتباره مهنة حرة تختلف عن المهن الأخرى لإضفاء صفة الضبطية على القائم بها<sup>2</sup> ومنحه صلاحيات السلطة العمومية<sup>3</sup>.

فلا يجوز للموثق أن يتدخل في توجيه إرادة العاقدين لأي سبب كان وإلا انعقدت مسؤوليته، والحظر ذاته يمتد إلى القضاة إذ لا يسوغ لهم أن يجبروا الأطراف على تحرير العقود والتدخل في سلطان إرادتهم<sup>4</sup>، وهذا بطبيعة الحال يجد أساسه في قواعد الشريعة العامة<sup>5</sup>. وبالنظر إلى ثقل المهمة الملقاة على عاتق الموثق فإن مسؤوليته إزاء إنشاء المحررات ليست بالهينة لا سيما وأن الخطأ الذي يمكن أن يقع فيه يتنوع تكييفه مما قد يفضي به إلى الإجماع عن أداء المهام المنوطة به على أكمل وجه، بيد أنه يطرح التساؤل حول الحماية التي تضمنتها هذه القوانين ومدى نجاعتها للمحافظة على شرف المهنة والقيام بمساعدة جهاز العدالة وفق آليات يتعين إرساؤها وتحديثها لتستجيب للغاية التي يتطلع إليها المشرع.

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/07/10، ملف رقم 0845202، م.ق، ع 2، 2014، ص 310.

<sup>2</sup> وفقا لنص للمادة 3 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق يعرف الموثق بأنه ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاؤها هذه الصبغة.

<sup>3</sup> جاء في قرار المحكمة العليا ما يلي: "الموثق، المعين من طرف وزير العدل، يتصرف لحساب الدولة ويملك، بهذه الصفة، صلاحيات السلطة العمومية. العقد التوثيقي عقد من عقود السلطة العمومية. م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/07/17، ملف رقم 0942230، م.ق، ع 2، 2014، ص 401.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2012/10/11، ملف رقم 806309، م.ق، ع 2، 2014، ص 297.

<sup>5</sup> تنص المادة 106 من ق.م على ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون".

ولتحسين المحررات التوثيقية يتعين اتباع إجراءات محددة فرضها القانون ترتب آثارها القانونية سواء إزاء أصحاب الشأن أو الموثق أو الإدارات المتعامل معها في هذا الخصوص، فالتصرفات التي تعتمد على الشكلية سواء في المسائل المدنية كالعقارات أو المواد التجارية كالشركات يتعين مراعاة إجراءات الرسمية الواردة ضمن القوانين الخاصة بها وإلا كان مآلها البطلان، وبهذا تتمكن الدولة من إحصاء جميع التصرفات القانونية وبسط رقابتها عليها، وهنا يثور التساؤل عن طبيعة البطلان ونطاقه الذي يمس هذه التصرفات بسبب تخلف هذه الإجراءات وكذا مدى حجية المحرر التوثيقي كون الغاية منه صحة العلاقة التعاقدية، أم أنه لا يعدو أن يكون مجرد وسيلة إثبات.

وتتنوع المحررات التوثيقية في عدة مجالات كالمعاملات المدنية وفي طليعتها البيع والإيجار وكذا الوكالة والقسمة، كذلك الحال في المجال التجاري كعقود تأسيس الشركات والزيادة في رأسمالها وخفضه وتعديل قانونها الأساسي وحلها بالإضافة إلى العقود المرتبطة بالمحل التجاري كبيعه أو إيجاره، وفي مجال المعاملات البحرية كبيع السفن بمختلف أنواعها ورهنها، يضاف إلى هذا مسائل الأحوال الشخصية وما تنطوي عليه من إنشاء محررات كإبرام عقد الزواج وإعداد الفرائض والمحررات ذات الصلة بالوصية والهبة والوقف، غير أن السؤال الذي يتبادر الأذهان هل أن هناك عقود لا يمكن للموثق إبرامها في التشريع الجزائري نجد التشريعات الأخرى تجعلها من اختصاصه؟

كما تطرح عدة إشكالات عملية بخصوص الآلية التي يمكن بموجبها عقد المشرع الاختصاص للموثق بشأن إعداد بعض المحررات دون حاجة إلى تدخل القضاء كالبيع الذي يكون أحد أطرافه قاصر، يتعلق الأمر هنا بآلية المجلس العائلي الذي نجد النص عليه في بعض القوانين بيد أنه لا يوجد نص بشأن تشكيله وعمله وبيان مهامه، وتبعاً لهذا تبقى النصوص القانونية المتضمنة أحكاماً بشأنه معطلة إلى غاية إحياء الأحكام المرتبطة به<sup>1</sup> ما يجعل القضاء يعجز بالملفات ومن ثم يُجحف بحق المتقاضين بعدم البت فيها خلال أجل معقول.

<sup>1</sup>لقد صدر القانون رقم 57-778 المؤرخ في 11/07/1957 المتضمن أحكام الولاية والحجر والغيبية والفقد وورد ضمن نصوصه تأليف مجلس العائلة وظيفته واختصاصاته<sup>1</sup> وقد تميز بخالفته لأحكام المذهب المالكي في ما يتعلق بمسألة القصر "la minorité".

كما أن تنفيذ العقود التوثيقية يثير عدة إشكالات تقف حاجزا أمام الموثق من الناحية العملية لا سيما حال تعدد أطراف الرابطة التعاقدية، فهل يطرح مشكل عدم كفاية النصوص القانونية الواردة في قانون تنظيم مهنة الموثق الصادر عام 2006 على الرغم من حدائمه، وكذا من الناحية الإجرائية أمام اعتبار المشرع العقود التوثيقية كسند تنفيذي بمقتضى قانون الإجراء المدنية والإدارية الصادر سنة 2008<sup>1</sup>، وكيف يوفر هذا السند الحماية القانونية لحامله؟ وهل أن جميع العقود التوثيقية يتم إمارها بالصيغة التنفيذية؟

وفي حال ضياع المحرر التوثيقي من يد أحد أطراف العلاقة يفترض أن المشرع أورد حلا لهذه المسألة التي كانت تبدو غامضة في النصوص القديمة سواء في مادة التوثيق أو ضمن المسائل الإجرائية. حيث يرجع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية حال عدم وجود إجراء ضمن قانون تنظيم مهنة الموثق من شأنه أن يحسم النزاع في القضايا ذات الصلة بمادة التوثيق، أليس من الأجدر سن قانون يتعلق بالإجراءات التوثيقية مادامت هذه الإجراءات تسم بطابعها الخاص؟

تأسيسا على ما سبق تبرز أهمية حفظ المحررات التوثيقية ومرفقاتها باعتباره إجراء يدخل في صميم واجبات الموثق، وحتى يسهل الرجوع إلى هذه المحررات عند الاقتضاء وجب مراعاة جملة من التدابير التنظيمية تمكن من ذلك، كما أن تراكم الأرشيف من شأنه أن يجعل مهمة الموثق عسيرة لا سيما مسألة حفظ حقوق المواطنين وقت النزاعات التي تتطلب السرعة في تمكين القضاء من الوثائق الضرورية حال أمره بإحضارها خاصة إذا كانت حاسمة في القضية المعروضة أمامه، ولمعالجة هذا الوضع كان لزاما على المشرع أن يحيل بموجب النصوص القانونية إلى التنظيم، ويثار التساؤل بخصوص تفعيل النصوص التنظيمية<sup>2</sup> استجابة للتشريع ساري المفعول بشأن مسألة تسيير الأرشيف<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية العدد 21، الصادرة بتاريخ في 23/04/2008، ص 3.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 08-242 المؤرخ في 3 غشت 2008 المتضمن شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ج.ر، ع 45، المؤرخة في 6 غشت 2008 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 18-84 المؤرخ في 5 مارس 2018، ج.ر، ع 15، المؤرخة في 7 مارس 2018.

<sup>3</sup> القانون رقم 88-09 المؤرخ في 26/01/1988 المتعلق بالأرشيف الوطني، جريدة رسمية، ع 4، بتاريخ 27/01/1988.

وقد ظهر تحول جذري في مجال المعاملات المدنية والتجارية بسبب التقدم العلمي الذي أفضى إلى قيام ثورة معلوماتية أين برزت تقنيات من شأنها أن تلي حاجات المتعاملين على وجه السرعة، وبالموازاة كانت هناك ضرورة لمواكبة هذا التطور الحاصل في مجال أنشطة تكنولوجيا المعلومات بإدراج الرقمنة إلى مكاتب التوثيق واستحداث نصوص قانونية تضمن الحماية اللائقة وفق هذه المستجدات، وقد تخطى ذلك الحدود بين الدول ليندرج هذا العمل في إطار التجارة الدولية وإبرام الصفقات الدولية دون حاجة إلى عقد مجلس والتقاء أطراف العقد المراد إبرامه. وهنا يمكن القول أن العالم المتقدم قد تجاوز التعامل الورقي إلا في نطاق ضيق لينتقل إلى التعامل الإلكتروني، في حين أن الدول المتخلفة لا تزال في مرحلة انتقالية بنصوص معطلة ميدانيا رغم الشراكات التي تقيمها مع كبرى الشركات العالمية، وهنا تظهر أهمية إحداث آليات لتفعيل هذه النصوص بهدف تسهيل المهمة على الموثقين في أداء مهامهم. وبخصوص طبيعة الموضوع فإنه يتمحور حول الإطار القانوني للمحرر التوثيقي، وهي دراسة تحليلية وفق المستجدات التي أفصح عنها التشريع والقضاء الجزائريين وجملة الممارسات الميدانية سواء داخل مكاتب التوثيق أو الإجراءات التي يتعين استيفائها لدى مختلف الجهات الإدارية المتعامل معها، ولتحقيق هذا المبتغى تم مراعاة جانبين:

الشق الأول من الدراسة: يتضمن الإطار المفاهيمي للمحرر التوثيقي ومراحل إنشائه الذي نعرض فيه لآراء فقهاء الشريعة والقانون استنادا إلى عرض الأدلة ونقدها للخروج بالقول الراجح اعتمادا على صدق الحجّة والاستشهاد بما تيسر من المؤلفات، ذلك أنه لا يمكن الخوض في الإجراءات اللاحقة لإنشاء المحرر التوثيقي والتطبيقات العملية ما لم نخرج على المسائل في إطارها النظري.

الشق الثاني من هذا البحث: يُعنى بالجانب الممارسي وذلك بعرض أنواع المحررات التوثيقية المتداولة بمكاتب التوثيق والإشكالات العملية التي تختلجها وكذا العقود المستجدة والمحررات المقترحة إدراجها في مجال التوثيق، دون إغفال مسألة نفاذ المحرر التوثيقي وإسقاط ذلك على الأحكام الإجرائية في هذا القبيل مع ضرورة حفظه ضمن الأرشيف والعمل على تحيين النصوص القانونية التي تضمن حمايته.

لقد أثّرت تساؤلات فرعية من خلال ما سلف بيانه وحاصل الإجابة عليها يقودنا للإجابة على الإشكالية العامة لموضوع الدراسة حيث نتساءل في هذا الخصوص عن المراحل الواجب اتباعها لإنشاء

المحركات التوثيقية وما تنطوي عليه من إشكالات عملية وكذا الأوضاع القانونية التي يتعين مراعاتها للقول بصحتها والإجراءات الواجب استكمالها لإضفاء الحصانة عليها في ضوء النصوص القانونية والأعمال القضائية المستحدثة والكفيلة بإرساء نظام قانوني يستجيب لمتطلبات الزبناء من جانب، ويساير التشريعات الحديثة من جانب آخر؟

انطلاقاً من هذه الإشكالية نعتمد اتباع المنهج التحليلي لفحوى النصوص القانونية في التشريع الجزائري والمبادئ المستقر عليها قضاء وكذا آراء الفقهاء وذلك باستعمال أسلوب قياس بينها لاستنباط أهم النتائج المرتبطة بموضوع البحث، وهناك ضرورة لاستخدام المنهج الوصفي وذلك ببيان جميع صور المسؤولية الناشئة عن إنشاء المحركات التوثيقية وكذا الإجراءات المرتبطة بصحتها والوقوف عند الوصف القانوني لكل صورة على حده، ونستعين عند الاقتضاء بالمنهج المقارن لإجراء الموازنة بين النصوص القانونية ضمن التشريع الجزائري وبين ما استقرت عليه التشريعات المقارنة كالتشريع المصري والتشريع الفرنسي أو أي تشريع يمكن من استنباط مقترحات تثرى المادة التوثيقية بما يعوزها من تصليح للثالب وسد للثغرات القانونية عند الاقتضاء، ونولي أهمية كبرى لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي أسهمت ولا تزال كذلك في إغناء المنظومة القانونية بأهم الأحكام من خلال استفادة القضاء من اجتهادات الفقهاء لا سيما في مسائل الأحوال الشخصية، سعياً منا في جميع الأحوال لتحديد ما يمكن انتقاده من صياغة النصوص القانونية وما يمكن استحسنه في هذا القبيل.

وتستمد إشكالية الموضوع أهميتها من كون الموثق تعترضه عقبات وهو بصدد إتمام الإجراءات لدى المصالح والإدارات المختصة المتعامل معها بعد إنشاء المحرر التوثيقي، وأمام هذا الوضع نحاول إيجاد الحلول المناسبة في ضوء الممارسات التوثيقية لإفادة أصحاب المبادرة في التشريع بتنقيح النصوص القانونية على نحو يخدم الموثق وذوي الشأن والإدارات المتعامل معها مما يفضي إلى استتباب الأمن القانوني للمحرر التوثيقي.

كما نجتهد بمقتضى هذا البحث الموسوم بـ: "الإطار القانوني للمحرر التوثيقي - دراسة وفق المستجدات التشريعية والقضائية الجزائرية" بلوغ جملة من الغايات العلمية أهمها تأليف دراسة متكاملة تجمع كل المسائل ذات الصلة بالموضوع قيد البحث سواء تلك الواردة ضمن القوانين الخاصة بالتوثيق في حد ذاته أو الأحكام المتفرقة ضمن النصوص القانونية الأخرى وكذا المبادئ التي أفصحت عنها

الاجتهادات القضائية مستعنين أيضا بما توصل إليه الفقه المعاصر، وما طرأ على التشريعات الحديثة من مستجدات تفيد في التحفيز على مبادرات تشريعية مستقبلا إن شاء الله.

ويكتسي موضوع هذا البحث أهمية بالغة كونه لم تخصص فيه الدراسات الوطنية السابقة بشكل موسع وعلى نحو مدعم بالجانب التطبيقي مع القول بندرتها، كما نجد الدراسات الأجنبية في هذا الموضوع تقتصر على ما ورد ضمن تشريعاتها دون التخصيص والسعي إلى الاجتهاد وإعمال الموازنة لضبط صياغة تلك القوانين بالتعديل أو الحذف أو الإدراج اعتمادا على النقد والتأصيل غير أن هذا لا يمنع من الاستفادة من مضامينها، وينصب موضوع البحث الذي نحن بصددده على إنشاء المحررات التوثيقية والإجراءات اللاحقة للقول بصحتها ومدى اهتمام المشرع بتوثيق المعاملات حتى تتمكن الدولة من إحصائها ووسط الرقابة عليها لتنفيذ السياسة المنتهجة لجهاز العدالة على أحسن وجه.

وأهم الأسباب التي حفزني على البحث في موضوع هذه الدراسة دون غيرها هي ولوج رحاب الممارسة التوثيقية والسعي إلى إثراء رصيدي المعرفي في هذه المادة، كما أن هناك رغبة جامحة في تضيق الهوة بين الدراسة النظرية والتطبيق الميداني وتذليل العقبات التي تقف حاجزا أمام هذه الغاية. وتمثل الصعوبات التي تم مواجهتها أثناء إعداد هذه الرسالة في ندرة البحوث الوطنية المتخصصة والمتعلقة بالمادة التوثيقية، يضاف إلى هذا صعوبة جمع المبادئ التي أفصح عنها القضاء حديثا في هذا النطاق، كما أن القواعد المرتبطة بهذا الموضوع تتميز بالتشعب ضمن المؤلفات سواء في مجال الشريعة أو القانون، إذ يصعب استقاؤها من المصدر، ويعتبر هذا بطبيعة الحال حافزا لبذل جهد أكبر والإصرار على العمل بجدية وحزم لبلوغ الغايات العلمية المنتظرة من هذا البحث.

والعلة في تقديم الأحكام الواردة في التشريع الجزائري على غيرها من التشريعات الأخرى ليس كونها تتميز بدقة الصياغة وإنما كونها المعتمدة في البحث وفرضتها طبيعة الدراسة، ولا يمكن بلوغ الغايات المنشودة من هذه الدراسة ما لم تشمل جميع زوايا الموضوع، سواء في جانبه الفقهي وذلك بتمحيص المسائل والوصول إلى المختار من مواقف الفقهاء استنادا إلى دليل المصلحة، أو في جانبه القانوني وذلك بتحليل النصوص القانونية المرتبطة بالموضوع قيد البحث وإعمال الموازنة بينها وبين التشريعات المقارنة، أو في جانبه القضائي الذي يعمل على تفسير القانون وسد الثغرات التي تعترى نصوصه، أو في جانبه



التطبيقي من خلال الممارسة الميدانية ما يخرج الموضوع من الوضع النظري الثابت إلى وضع أكثر حركية من خلال الإجراءات المتبعة.

كما ركزت في جميع أطوار إعداد هذه الرسالة على مراعاة أصول ومقومات البحث العلمي لاسيما الحفاظ على الأمانة العلمية وذلك بنسبة آراء الفقهاء واجتهادات القضاء وأفكار الآخرين إلى مصادرها أو مراجعها الأصلية، وقد نوعت المراجع لإثراء هذا العمل كالرسائل العلمية والمجلات القانونية بمختلف اللغات، وعملت على توثيق الهوامش وفقا للترتيب الهجائي وذلك بتدوين اسم ولقب المؤلف أو العكس حسب وروده، عنوان الكتاب، رقم الجزء في حال وجوده، عدد الطبعة إن وجدت، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، يليه رقم الصفحة. وفي حال استعمال المرجع أو المصدر على نحو متكرر أكتفي بتدوين لقب واسم المؤلف وعنوان الكتاب تلحقه عبارة "مرجع سابق" أو "المرجع نفسه"، وإذا تم تدوين لقب واسم المؤلف أو كتابته في متن البحث فلا يتم إعادة تدوينه في الهامش.

وقد أنهيت هذه الرسالة بتنظيم فهرس يكون عوناً للقارئ في الرجوع إلى البند الذي يرغب التوسع في مضمونه، كما دعمت الدراسة بقائمة المصادر والمراجع التي استعنت بموجبها إلى عزو الأفكار إلى مؤلفها، وبخصوص المصادر والمراجع الأجنبية فقد جعلت لها ترتيباً يتماشى مع ذلك الوارد في لغتها، وأفصح في الأخير أنه متى ورد لفظ "المشرع" ضمن هذه الرسالة على إطلاقه فإنه يراد به المشرع الجزائري.

وتماشياً مع المناهج المتبعة ضمن هذه الدراسة وتحقيقاً للغايات المنشودة فقد تم تقسيم هذا البحث إلى بابين، تم ضمن الباب الأول معالجة الإطار المفاهيمي للمحرر التوثيقي ومراحل إعدادة، بحيث تضمن الفصل الأول منه المفاهيم المرتبطة بالمحرر التوثيقي والمصطلحات ذات الصلة وأما في الفصل الثاني فتم التطرق لمراحل إعداد المحرر التوثيقي سواء داخل مكاتب التوثيق أو خارجها بغرض إضفاء الحصانة عليها. وبخصوص الباب الثاني من هذه الرسالة فقد عكفنا على بيان أنواع المحررات التوثيقية وكيفية نفاذها وحفظها حيث خصّص الفصل الأول منه للتركيز على الأنواع المعتمدة في مجال التوثيق وتم في الفصل الثاني عرض مسألة نفاذ المحررات التوثيقية وحفظها ضمن الأرشيف. وتوجت خاتمة هذه الدراسة ببسط جملة النتائج والمقترحات التي خلص إليها هذا البحث.

## ﴿الباب الأول﴾

الإطار المفاهيمي للمحرر الوثيقي

ومراحل إعداده

برزت أهمية التوثيق في كونه علم يعنى بتدوين المعاملات وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات بين أفراد المجتمع، سواء تعلق الأمر بالمعاملات ذات الصلة بالأحوال العينية كالبيع والوكالة والمقاولة أو تلك التي تعنى بالأحوال الشخصية كالزواج وعقود التبرعات وإعداد الفرائض، ولأجل تحقيق هذه الغاية يتعين على الأشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين التوجه إلى دواوين التوثيق من أجل ترسيم التصرفات القانونية التي يجرونها لمصلحتهم وذلك بتوقيعهم على محررات بمعية الموثق مع مراعاة الأشكال التي يفرضها القانون في هذا القبيل.

غني عن البيان أنه ليس من السهل إعطاء تعريف جامع مانع للمحرر التوثيقي بالنظر إلى تعدد المعايير في هذا الخصوص، كما أن هناك ضرورة لتمييزه عن المصطلحات المشابهة كالعقد العرفي والعقد الرسمي، وما إذا كانت جميع المحررات التي يصدرها الموثق تكتسي طابع الرسمية سواء بالنسبة لأطراف العقد أو للموثق الذي يتعين إيجاد تعريف له باعتباره حجر الزاوية في صناعة المحررات وما يسبقها من إجراءات سواء على مستوى المكتب التوثيقي أو لدى الإدارات والمصالح والهيئات المتعامل معها، وكذا بيان مدلول مصطلح التوثيق وبيان طبيعته.

إن القول ببيان طبيعة التوثيق يستدعي التطرق للتطور التاريخي له سواء بالنسبة لمختلف الشرائع أو في التشريع الجزائري، ولإعداد المحررات التوثيقية هناك خطوات يجب مراعاتها لإضفاء الرسمية على مضمونه في ضوء النصوص التشريعية المستحدثة وما استقر عليه القضاء الجزائري من مبادئ وما أفرزته الممارسات الميدانية من إشكالات نحاول معالجتها لإيجاد الحلول التي تفضي إلى إعادة النظر في صياغة النصوص بتنقيحها أو الزيادة في مضمونها أو إلغائها، والغاية الرئيسية من ذلك هي تحقيق الاستقرار في المعاملات بإحداث التوازن في المصالح بين ذوي الشأن.

بناء على ما سبق نقسم هذا الباب إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول المفاهيم المرتبطة بالمحرر التوثيقي والمصطلحات ذات الصلة، ثم نعكف في الفصل الثاني على بيان المراحل التي يتبعها الموثق لإعداد المحرر التوثيقي.

## الفصل الأول: المفاهيم المرتبطة بالمحرر التوثيقي والمصطلحات ذات الصلة

قد يعترض رجال القانون عقبات بشأن التعامل بالمحررات مهما كان نوعها لعدم إلمامهم بطبيعتها القانونية وكذا الآثار الناشئة عنها، ويكون ذلك بمناسبة إبرام التصرفات القانونية أو إسداء خدمة للزبون بناء على طلبه أو أثناء مراحل التقاضي لدى الجهات القضائية، لذا يكون من الأهمية التطرق لبيان مفهوم المحرر التوثيقي وتمييزه عن المحررات التي تقاربه من حيث المدلول حتى نتضح طريقة سير الإجراءات بشأنه، لا سيما إذا كان المحرر توثيقيا وكان يتطلب اتباع شكلية معينة لانعقاده.

وعلى اعتبار أن الموثق هو المرجع الأساس في إصدار المحرر هناك ضرورة لتسليط الضوء على مفهومه وأنواع المسؤوليات التي تترتب على إعداده للمحررات وكذا دراسة الإشكاليات والمآخذ التي نثار في ضوء النصوص القانونية المتعاقبة ودور القضاء في بلورة هذا المفهوم، وكيف تعاطى الفقهاء مفهوم التوثيق وتوضيح طبيعته توازيا مع تطوره التاريخي باعتباره وظيفة أو مهنة ومعرفة الفوائد العملية التي يجنيها أفراد المجتمع من اللجوء إليه، وكذا ما ينشأ عن ذلك كله من آثار قانونية وغيرها من الأحكام. وغني عن البيان أن الشريعة الإسلامية قد فصلت في أحكام الوثيقة اعتمادا على ما ورد في القرآن الكريم وما تضمنته السنة النبوية الشريفة وأعمال الصحابة والتابعين رضوان الله تعالى عنهم، وما تواتر عليه الفقهاء في هذا القبيل، فلا يمكن إرساء نظام المعاملات اعتمادا على التوثيق وتكريس الحقوق والالتزامات بين الأفراد دون الاستئناس بقواعد الشريعة التي تكثُر الحاجة إليها لإيجاد الحلول لا سيما في مسائل الأحوال الشخصية.

بناء على ما سبق توضيحه يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين لنبين في المبحث الأول مفهوم المحرر التوثيقي ثم نعالج في المبحث الثاني المفاهيم المقترنة بالمصطلحات ذات الصلة بالمحرر التوثيقي لا سيما مصطلحات الموثق والتوثيق باعتباره وظيفة أو مهنة وكذا مكتب التوثيق.

## المبحث الأول: المفهوم المقترن بمهية المحررات التوثيقية ومعايير تقسيمها

لقد خاض فقهاء الشريعة الإسلامية في بيان أحكام الوثيقة بالتفصيل وميزوها عن المصطلحات المشابهة، والمنهج ذاته تبناه فقهاء القانون والمشرعون الوضعيون وأطلقوا عليه مصطلح المحرر التوثيقي، وغني عن البيان أن هناك إجراءات قانونية يتعين مراعاتها وشكليات ينص عليها القانون يتوجب استكمالها للقول بصحة المحرر التوثيقي، غير أنه قد يتخلف أحد الأشكال المنصوص عليها قانوناً فيترتب أثر قانوني يغير من طبيعة المحرر كما أن أن المحررات التوثيقية تتعدد بحسب مجال المعاملات ووفق معايير مختلفة من شأنها أن تدفع عجلة التنمية للاقتصاد الوطني.

وعليه سوف نفصل في مفهوم المحرر التوثيقي على اعتبار أنه ورد ضمن عنوان هذه الرسالة بل هو حجر الزاوية في هذا البحث فنبين المقصود به ونميزه عن المصطلحات المقاربة (المطلب الأول)، ثم نبين تقسيمات العقود وفق المعايير المعتمدة فقها (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: المقصود بالمحرر التوثيقي وبيان طبيعته

إن بيان المقصود بالمحرر التوثيقي يتطلب النظر في كتب فقهاء الشريعة والقانون وتحيص الأدلة وقياسها ببعضها البعض للخروج بتعريف مختار تظهر بموجبه الخصائص والأحكام التي يتطلع إليها رجل القانون، كما أن سير الموثق في الإجراءات المتعلقة بإعداد المحرر التوثيقي وكذا إتمام الشكليات المرتبطة به من شأنه أن يغير في الطبيعة القانونية للمحرر التوثيقي بيد أن المنطق يقتضي أن هنالك قاعدة عامة واستثناء وارد عليها يتعين الكشف عنهما من خلال معالجة النصوص القانونية وكذا المبادئ الصادرة عن القضاء في هذا الخصوص. بناء على ما سبق نورد تعريفاً للمحرر التوثيقي ونميزه عن غيره من المصطلحات في معرض الفرع الأول ثم نبين طبيعته القانونية في الفرع الثاني.

### الفرع الأول: تعريف المحرر التوثيقي وتمييزه عن المصطلحات المشابهة

من شروط التعريف أن يكون جامعاً مانعاً بمعنى ألا يخرج منه شيء من عناصره (جامعاً) ولا يدخل فيه شيء من غير عناصره (مانعاً) يصرفه عن المدلول الصحيح للمصطلح المراد تعريفه، ذلك أن تداخل المفاهيم بشأن مصطلحات مقاربة قد يفضي إلى الخروج عن المعنى المبتغى ومن ثم الخطأ في تفسير الأحكام القانونية المراد معرفتها. وعليه نورد تعريفاً للمحرر التوثيقي ثم نميزه عن الألفاظ ذات الصلة.

## أولاً: تعريف المحرر الوثيقي

نعرف مصطلح المحرر الوثيقي لغة ثم اصطلاحاً على النحو التالي:

## 1. المدلول اللغوي

يتألف مصطلح "المحرر الوثيقي" من لفظين يتعلق الأول بلفظ "المحرر" وأما اللفظ الثاني فهو "الوثيقي"، هذا الأخير الذي نعالج بمقتضاه مدلول الألفاظ توثيق، وثيقة، وموثق ضمن مادة "وَتَقَّ" من الناحية اللغوية على أن نرجئ المدلول الاصطلاحي كل في موضعه.

فأما لفظ "المحرر" فهو مشتق من الفعل حرّ والمصدر تحرير، ويعتبر هذا الأخير مصطلحاً متعدد المفاهيم يقال تحرير الكتابة بمعنى إقامة حروفها وهو المراد في البحث، وإصلاح السَّقَط وتحرير الحساب إثباته مستويًا لا غَلْث فيه ولا سقط ولا محو وتحرير الرقبة عتقها<sup>1</sup>.

وأما بالنسبة للألفاظ توثيق، الوثيقة والموثق فنعالج معناها اللغوي في مادة "وَتَقَّ" يثق ثقة ووثاقةً بمعنى أتمن، والوثيقة في الأمر إحكامه والأخذ بالثقة والجمع وثائق<sup>2</sup>، ووثقت الشيء: أحكمته<sup>3</sup>، ونقول أوثق الشيء يوثق إثثاقًا ووثاقًا بمعنى شدّه جاء في التنزيل: " فَشُدُّوا الْوُثَاقَ " <sup>4</sup> أي الرباط وهذا احتياط لأسر الكفار بتجنب هروبهم فإذا شدّ المسلمون منهم الوثاق اطمأنوا من هربهم وأمنوا شرهم<sup>5</sup>، ورد في حديث معاذ وأبي موسى: فرأى رجلاً موثقاً أي مشدوداً في الوثاق، جاء في التهذيب: الميثاق من الموثقة والمعاهدة ومنه الموثق جاء في التنزيل: " قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِي مَوْثِقًا مِنْ اللَّهِ لَتَأْتُنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ " <sup>6</sup>، والمواثقة هي العهد وتجمع موثيق ومياثيق ومياثق<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج4، دار صادر، بيروت، د.ت.ن، ص 184.

<sup>2</sup> ابن منظور، نفس المرجع، ج10، ص 371.

<sup>3</sup> أبو الحسين أحمد بن زكريا، مقاييس اللغة، دار الحديث القاهرة، مصر، 2008، ص 947.

<sup>4</sup> الآية 6 من سورة محمد.

<sup>5</sup> عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، دار بن حزم، بيروت، لبنان، 2003، ط1، ص751.

<sup>6</sup> الآية 66 من سورة يوسف.

<sup>7</sup> محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج3، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص383.

## 2. التعريف الاصطلاحي

إن إيجاد تعريف جامع مانع للمحرر التوثيقي يستدعي الوقوف عند ما تناوله الفقهاء من تعريفات ضمن مؤلفاتهم ثم العمل على تخيص أدلة كل فقيه للخروج بالتعريف المختار، وقد اعتمد فقهاء الشرع الإسلامي ومن هذا حذوهم من المشرعين الوضعيين لفظ "الوثيقة" دلالة على الصك الذي يقوم الموثق بإصداره تلبية لإرادة أطراف العقد أو طالبي الخدمات.

لم يركز فقهاء الشريعة الإسلامية في بحوثهم على تعريف الوثيقة وإنما دققوا في إقامة الفروقات بينها وبين المصطلحات المقاربة، قال ابن عابدين في شأن الوثيقة بأنها: "ما كتب في الواقعة وبقي عند القاضي وليس عليه خطه" ويؤخذ على هذا التعريف أنه لا يمكن إعماله في جميع الأزمنة والأمكنة فهو مقيد بزمان ومكان، وبناء على ما سبق عرف الدكتور عبد اللطيف أحمد الشيخ الوثيقة بأنها "كل تقييد لتصرف أو معاملة بين طرفين أو أطراف متعددة أو إثبات حق لشخص، على وجه يتضمن الشروط والالتزامات على كل طرف، والآثار المترتبة على ذلك"<sup>1</sup>.

يبدو أن هذا التعريف كان جامعاً مانعاً، وندقق في هذا المدلول من خلال ما يلي:

- فقوله "كل تقييد لتصرف أو معاملة" فهو جامع لكل أنواع التصرفات والمعاملات سواء في المعاملات المدنية كعقد البيع وعقد الوكالة أو في مجال الأحوال الشخصية كعقد الزواج وعقد الكفالة وعقود التبرعات أو في المجال التجاري كعقد تأسيس شركة أو تعديل قانونها الأساسي أو حلها، أو في المجال البحري كعقد بيع السفينة أو إيجارها أو رهنها وغيرها من العقود.
- وأما قوله: "بين طرفين أو أطراف متعددة أو إثبات حق لشخص" فالعقد قد يضم طرفين أو أزيد كعقد الإيجار حيث نجد المؤجر والمستأجر وعقد الشركة الذي قد يضم عدة شركاء، كما قد تكون الوثيقة لإثبات حق كإثبات الوقائع بحيازة عقار عن طريق عقد الشبهة.

<sup>1</sup> عبد اللطيف أحمد الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، المجمع الثقافي، الجزء الأول، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2004، ص 95.

- وأما قوله: "على وجه يتضمن الشروط والالتزامات على كل طرف" فالمقصود أن تكون الوثيقة مشتملة على جملة الشروط التي يجعلها كل طرف حتى يبرم ذلك التصرف وكذا كافة الالتزامات التي تنشأ عن الاتفاق المزمع إبرامه حتى يكون طرفا فيه.
- وقوله: "والآثار المترتبة على ذلك" بمعنى أن تكون للوثيقة حجة قاطعة على من خلال الآثار القانونية الناشئة عن التصرف أو المعاملة.

وقريب من التعريف السابق هناك ما ذكره الأستاذ أحمد الفاضلي: "الوثيقة هي الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من التصرفات والالتزامات أو الاسقاطات أو نحو ذلك، على وجه يجعلها منطبقة على القواعد الشرعية، مستوفية لجميع الشروط التي اشترطها الفقهاء لجعل هذا المدون بعيدا عن الفساد"، وتقسّم بحسب الغرض الذي تصبو إليه إلى الوثائق المثبتة، وهي تلك تستخدم كدليل أمام القضاء لإثبات الفعل أو التصرف القانوني الذي يتم بمجرد توافر الإرادتين، والنوع الثاني يتعلق بالوثائق المنشئة وهي بحسب تسميتها الوثائق التي تنشئ التصرف القانوني فهو بذلك يستند في وجوده إليها<sup>1</sup>.

وبتحفحص ما تضمنته غالبية القوانين الوضعية نجد مصطلحي العقد "contrat" والمحرر "acte"، وقد استعمل المشرع الفرنسي كلا اللفظين ضمن تعريف الموثق كما أورده سلفا، كذلك التشريع الجزائري ضمن المادة 79 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين التي تنص على ما يلي: "يكلف الأعوان من الفئة الأولى بمساعدة الموثق في إعداد مشاريع العقود والمحركات...".

لم يرد ضمن قانون تنظيم مهنة الموثق<sup>2</sup> تعريف المحرر أو العقد، غير أن المشرع الجزائري خصص المواد من 324 وما يليها من القانون المدني للسمية في العقود، عرفت المادة 324 من هذا القانون العقد الرسمي بأنه "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته".

<sup>1</sup> سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة - الإسكندرية، مصر، 2010، ص 170 - 171.

<sup>2</sup> القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر. رقم 14 المؤرخة في 08/03/2006.



والحاصل من خلال ما سلف ذكره أن المحرر التوثيقي هو "سند قانوني يتم تحريره وتوقيعه من قبل الموثق في نطاق سلطته واختصاصاته يثبت فيه ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وفقا للأشكال المقررة قانونا".

- فقولنا بأنه سند "titre" مرجعنا في ذلك قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث اعتبره المشرع بموجب المادة 600 منه بأنه سند تنفيذي، و مصطلح السند له مدلول واسع ومصادر متعددة كذلك الذي تصدره الحكومة أو السندات المتعامل بها في الشركات وغيرها، وأما نسبة السند إلى القانون أي قانوني "juridique" فمعناه أن يكون إنشاء المحرر بوجه يعتد به قانونا وما خالف ذلك لا يعدُّ أن يكون مجرد مخطوط أو مراسلة عادية.

- وأما قولنا " يتم تحريره وتوقيعه من قبل الموثق " فالتحرير إما يكون باليد أو الرقن الآلي من قبل الموثق أو تابعه، لأن هذا الأخير يعمل تحت سلطته وإشرافه، وقد أطلق فقهاء الشريعة الإسلامية لفظ صناعة المحررات "instrumentation des actes"<sup>1</sup> وهو المصطلح الدقيق حتى أن المشرع الفرنسي استعمله وأخذه عنه من حذا حذوه من التشريعات وكانت الترجمة المستعملة بشأنه هي "تحرير"، هذا للفظ الأخير الذي يقابله في اللغة الفرنسية "rédaction"، ولو أن اللفظين مترادفين من حيث المدلول اللغوي.

- وأما القول بتوقيع الموثق للمحرر في نطاق سلطته واختصاصاته نخرج بهذا جميع المحررات التي تصدر عن الضباط العموميين غير الموثق كملك التي يصدرها المحضر القضائي ومحافظ البيع بالمزايدة، كما يخرج أيضا من هذا النطاق المحررات التي يوقعها الموثق والتي تخرج عن مجال اختصاصه كأن يحرر عقدا من اختصاص مدير الأملاك يثبت فيه وقفا أو عملا تبرعيا.

- وقولنا "يثبت فيه ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن" فهذا جامع لكل أداة إثبات بصرف النظر عن كونها عقدا أو أداء خدمة مثل القيام بعملية الجرد، ولهذا السبب عدلنا عن استعمال

<sup>1</sup>Instrumenter (en droit): c'est le fait de dresser un instrument (procès verbal, contrat...).

Instrumenter : يحرر عقودا أو اتفاقيات أو محاضر , voir Zad El Tollab, Français – Arabe, Dar El Rateb, Ed. 2004, p.534.

مصطلح "عقد" واستبدلناه بمصطلح "محرر" الذي يتسع مدلوله ليشمل العقد وأداء الخدمة على حد سواء هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن العقد يمكن أن يصدر بين أطرافه دون حاجة لتدخل الموثق طبقاً لأحكام المادة 54 من القانون المدني<sup>1</sup>.

- وأما القول "وفقاً للأشكال المقررة قانوناً" فالمراد أن كل ما يتم مراعاته بشأن المحرر الصادر عن الموثق من إجراءات محددة قانوناً فإن هذا يضمن عليه طابع الرسمية، وقد تكون الورقة رسمية دون حاجة لصدورها عن الموثق كملك الصادرة عن موظف عمومي. كما أن تخلف هذا الشرط - مراعاة الأشكال القانونية - يجرّد المحرر من الصبغة الرسمية.

### ثانياً: تمييز المحرر التوثيقي عن المصطلحات المشابهة

إن الغاية التي يسعى إليها المشرع هي ضرورة ترسيم المحررات وتجنب كل ما من شأنه أن يبقى على عرفيتها بهدف استقرار المعاملات، وتكمن مهمة الموثق طبقاً للمادة 3 من ق.ت.م.م في تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الطابع الرسمي وكذا تلك التي يودّ الأشخاص إضفاء هذه الصبغة عليها، وهنا يظهر الفارق بين المحرر التوثيقي وغيره من المحررات لا سيما المحرر الرسمي والمحرر العرفي، وهي المسائل التي سنوضحها تباعاً.

#### 1. تمييز المحرر التوثيقي عن المحرر الرسمي

سبق أن عرفنا خصائص المحرر التوثيقي نأتي لنسلط الضوء على عناصر العقد الرسمي ومن ثم إجراء التفرقة بينهما، لقد جاء القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988<sup>2</sup> المعدّل والمتمّم للقانون المدني بجملة من المستجدات إدراجاً وتعديلاً لأحكام مرتبطة بالرسمية في المحررات الواردة ضمن المواد من 324 وما بعدها من ق.م، وغاية المشرع في ذلك إرساء منظومة قانونية تكون نقطة تقاطع بين حقوق الدولة وحقوق الأفراد.

<sup>1</sup> تنص المادة 54 من القانون المدني على ما يلي: "العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

<sup>2</sup> ج.ر. رقم 18، المؤرخة في 4 ماي 1988، ص 749.

وقد ورد تعريف العقد الرسمي-المقصود المحرر الرسمي Acte - ضمن مقتضيات المادة 324 من ق.م التي تفصح بأنه عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته. يتضح من خلال هذا التعريف أن للمحرر ثلاث عناصر يتعين توافرها للقول برسميته نوردتها كآتي:

أ. أن يتم تدوينه أمام موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عمومية

نص على هذا الشرط المادة 324 من ق.م المعدلة ضمن الصياغة التالية: "يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عمومية...". وفي حال تخلف هذا العنصر فإن المحرر الذي ينصب عليه التعاقد يصير في حكم العرفية<sup>1</sup>، ومن ثم يكون حكمه البطلان المطلق، حيث تنص المادة 324 مكرر<sup>1</sup> على ما يأتي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي...".

تجب الإشارة أيضاً إلى أن الرسمية ليست مطلوبة في كل الأحوال بحيث يترتب على عدم إخضاع العقد لها البطلان المطلق، بل هناك بعض المحررات لا يتعين أن تفرغ في قالب رسمي كعقد التنزيل<sup>2</sup> مثلاً، وقد صدر في هذا القبول قرار عن المحكمة العليا مفاده ما يلي: "من المستقر عليه فقها

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أنه في حال الإخلال بما تضمنه العقد الرسمي فإنه ينشأ عن هذا حتماً المسؤولية العقدية، بخلاف العقد العرفي الذي يترتب المسؤولية التقصيرية، ويكون قاضي الموضوع ملزماً بتكييفها على هذا النحو، على أن البائع يكون غير ملزم بنقل ملكية المبيع لتخلف الرسمية، وينشأ عن هذا تعويض المشتري بنصف ما فاته من كسب إضافة إلى رد المبلغ المدفوع، وهي الأحكام التي وردت ضمن القرار الصادر عن المحكمة العليا عام 2014 م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/07/10، ملف رقم 0845202، مجلة قضائية، ع2، 2014، ص 310.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا قد أزالَت الغموض الذي كان يكتنف نص المادة 169 من قانون الأسرة بشأن مصطلحي الأحماد والأصل حيث أصدرت قراراً سنة 2013 مضمونه ما يلي: كلمة "أصلهم" الواردة في المادة 169 من قانون الأسرة (وجب تنزيلهم منزلة أصلهم في التركة)، تعني الأب أو الأم. تعني كلمة "أحماد" أبناء الابن (الأب) أو أبناء البنت (الأم). م.ع، غ.ش.أ.م، قرار بتاريخ 2013/09/12، ملف رقم 0759763، م.ق، ع 1، 2014، ص 327. ومع ذلك ينبغي التنويه إلى أن الصياغة الواردة في هذا القرار بشأن الأحماد لا تبدو غاية في الدقة ذلك أنها تحجف بحق الحفيدة أو الحفيدات حال الإنفراد عن الذكور الأحماد إذا التزمنا بحرفية النص، فكان الأجدد والأسلم أن

وقضاء أنه لا يشترط في التنزيل أن يتم في عقد رسمي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خطأ في تطبيق القانون. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بإبطاهم لعقد التنزيل لصالح الورثة بحجة أنه غير رسمي أخطأوا في تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تشترط أي شكل للتنزيل. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

ب. أن يكون تحرير العقد في حدود سلطة واختصاص أولئك الأشخاص العموميين

يتعين على الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عمومية أن يراعي مسألة الاختصاص الشخصي وقت تحرير العقود، ويقصد بالسلطة تمتع أولئك الأشخاص العموميين بولاية ترسيم المحررات أثناء إعدادها، كما يجب توافر الأهلية لتحرير الوثيقة الرسمية<sup>2</sup>، ويراعي هؤلاء أيضا مسألة الاختصاص الزمني حيث يمنع عليهم أن يقوموا بترسيم العقود خارج المواعيد القانونية للعمل، وبالنسبة للاختصاص الموضوعي فلا يجوز لهم تحت طائلة البطلان أن يقوموا بترسيم المحررات التي تخرج عن دائرة اختصاصهم وإلا كان مصيرها البطلان المطلق كأن يحرق الموثق شهادة وفاة<sup>3</sup>.

تكون صياغة المبدأ على النحو التالي: تعني كلمة "أحفاد" أولاد الولد أو فروع الولد، ذلك أن لفظ الولد أو الفرع يراد به الذكر والأنثى على حد سواء. نشير في هذا القبيل إلى القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 14 نوفمبر 2001 يقضي بما يلي: "أن القضاء بتوريث الحفيدة على أساس الوصية الواجبة قبل صدور قانون الأسرة يعد مخالفة للقانون لأن قضية الحال لا ينطبق عليها قانون الأسرة بل أحكام الشريعة الإسلامية التي كان القضاء الجزائري يطبقها ومن ثم لا يورث الأحفاد في تركات أجدادهم إلا إذا أوصى الجد بأن أولاد ولده يحلون محل أبيهم وأخذون نصيبه من الميراث". م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 273177، م.ق، 2002، ع2، ص448. فعدم توريث الحفيدة لم يعلل على أساس الأنوثة وإنما على أساس أن الجد لم يوص بأن ولد ولده يحلون محل أبيهم-قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984، والملاحظ هنا أن القضاء وظف صياغة "ولد ولده" وهو الأصح ذلك أنه يشمل الحفيد والحفيدة على حد سواء، وهو المعمول به في التشريعات العربية المقارنة.

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1991/10/29، ملف رقم 80338، م.ق، ع1، 1993، ص35.

<sup>2</sup> إسراء "محمد عزّام" عباس سلايمة، توثيق الصكوك في الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، دار النفائس، ط1، عمان، الأردن، 2017، ص122 وما يليها.

<sup>3</sup> مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطلان المحررات التوثيقية -دراسة في القانون الجزائري-، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014، ص112.

## ت. مراعاة الأوضاع والأشكال المقررة قانوناً

لقد فرض المشرع على الأشخاص الراغبين في التعاقد احترام الأوضاع التي نص عليها القانون كأن يتحقق الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عمومية من أهلية الأشخاص ومسألة الرضى، كما يراعي الشكليات وفق المراحل التي رسمها القانون بمناسبة تحرير العقود كوجوب كتابة المحرر باللغة العربية وأن يتضمن العقد جملة من البيانات ورد النص عليها ضمن مقتضيات المادة 29 من قانون تنظيم مهنة الموثق وتناولها بالتفصيل في موضعها. كما منعت المادة 27 من قانون تنظيم مهنة الموثق من أي تحوير أو تحشير ضمن المحررات وإلا كان مآلها البطلان.

كما تقضي المادة 324 مكرر المدرجة بموجب القانون 88-14 المؤرخ في 3 مايو 1988 المعدل والمتمم للقانون المدني<sup>1</sup> بأنه فضلاً عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي<sup>2</sup>، وقد كرس القضاء مبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا مفاده: "يحرر عقد البيع على التصاميم، وجوباً في الشكل الرسمي (Authentique) تحت طائلة البطلان"<sup>3</sup>.

من خلال ما سلف بيانه يتضح أن المحررات التوثيقية تشبه المحررات الرسمية في ما يلي:

- 1- كون كل منهما يكتسي طابع الرسمية،
- 2- يعتبر كلا المحررين حجة قاطعة على الأطراف وعلى الغير،

<sup>1</sup> جريدة رسمية، ع 18، المؤرخة في 4 ماي 1988، ص 749.

<sup>2</sup> يخضع كذلك للرسمية ما ورد في نصوص خاصة كعقد البيع على التصاميم، حيث تنص المادة 1/34 من القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17/02/2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على ما يلي: "يتم إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي ويخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل والإشهار، ويخص في نفس الوقت، البناء والأرضية التي شيد عليها البناء". ج.ر، مؤرخة في 6 مارس 2011، ص 4. وكرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا مفاده: "يحرر عقد البيع على التصاميم، وجوباً في الشكل الرسمي (Authentique) تحت طائلة البطلان". م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2006/12/13، ملف رقم 375903، م.ق، ع 2، 2008، ص 243.

<sup>3</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2006/12/13، ملف رقم 375903، م.ق، ع 2، 2008، ص 243.

- 3- لا يمكن الطعن في المحرر التوثيقي والمحرر الرسمي إلا بطريق التزوير،
- 4- عند تخلف شرط من شروط الرسمية فإن كل من المحرر التوثيقي والمحرر الرسمي يفقد طابع الرسمية ويعتبر مجرد وثيقة عرفية.
- 5- ضرورة توافر الأشكال المنصوص عليها قانونا في كلا المحررين طبقا للمادة 324 معدلة من القانون المدني أو وجوب تحريرها باللغة العربية وغيرها.
- كما أن هناك أوجه تفرقة بين المحرر التوثيقي والمحرر الرسمي من عدة جوانب نعدّها على النحو الآتي بيانه:

- 1- أن المحرر التوثيقي كما هو ظاهر من تسميته ينحصر تحريره لدى الموثق فحسب وأما المحرر الرسمي فإن نطاقه واسع حيث يقوم بإصداره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عمومية.
- 2- أن المحرر التوثيقي هو سند تنفيذي طبقا لمقتضيات المادة 600 من ق.إ.م.إ. ومن ثم يتعين وضع الصيغة التنفيذية<sup>1</sup> وإلا اعتبر محررا رسميا غير قابل للتنفيذ الجبري<sup>2</sup>، في حين لا يمكن الجزم بأن كل عقد رسمي هو سند تنفيذي عدا الحالات التي يمنحها القانون صفة السند التنفيذي. فالمحرر التوثيقي يتوافر فيه شروط السند التنفيذي (كون الحق موجود ومعين المقدار وحال الأداء) وبهذا فهو يكتسي قوة تنفيذية تعفي صاحب الحق من استصدار حكم

<sup>1</sup> تنص المادة 11 من قانون تنظيم مهنة الموثق على أن الموثق يقوم ضمن الشروط المنصوص عليها قانونا بتسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها أو نسخ عادية منها أو المستخرجات والعقود التي لا يحتفظ بأصلها. كما تقضي المادة 31 من ذات القانون تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقا للتشريع المعمول به ويسري عليها ما يسري على تنفيذ الأحكام القضائية، ويؤشر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية. وقد أوردت المادة 600 من ق.إ.م.إ. قائمة من العقود على سبيل المثال كعقد الإيجار المدني أو التجاري محدد المدة وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة.

<sup>2</sup> الأصل أنه لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة، ويمكن تسليم نسخة ثانية من الصيغة التنفيذية في حال ضياعها أو تلفها أو في حال إيداعها في محل لا يمكن سحبها منه وذلك بطلب من المنفذ واستدعاء جميع الأطراف بسعي منه للشول أمام رئيس الجهة القضائية المختصة ومن ثم الحصول على نسخة تنفيذية أخرى بموجب أمر على عريضة على أن يكون مسببا. فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، د.م.ج.، بن عكنون، الجزائر، 2013، ص 239.

قضائي ، يبدأ المحرر الرسمي فإنه كأصل عام يحتاج إلى استصدار حكم قضائي لتنفيذه إذ لا يشترط أن يكون مضمونه حال أداء وإنما يجوز أن يكون معلقا على شرط واقف أو شرط فاسخ أو حتى مؤجلا<sup>1</sup>.

3- أن المحرر التوثيقي باعتباره عقد رسمي يرقى من حيث المرتبة على جميع العقود الرسمية الأخرى الصادرة عن موظف أو شخص مكلف بخدمة عامة حيث أنه يعطي ضمانا وأمنا تعاقديا للكافة. ويؤيد هذا القول ما ورد ضمن القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2014 أن العقد التوثيقي عقد من عقود السلطة العمومية وهذا يعني أن إتلافه أو حرقه يعد بمثابة إتلاف أو حرق لعقود أصلية للسلطات العمومية وتكتسيان صفة الوصف الجنائي (تطبيق المادة 1/409 من ق.ع) كون الموثق يتصرف لحساب الدولة ويملك تبعا لهذا صلاحيات السلطة العمومية، بخلاف تمزيق عقد رسمي لدى موظف عمومي الذي يكيف على أساس أنه جنحة<sup>2</sup>.

نوه في الأخير إلى أنه في حالة تخلف أحد الشروط السابقة الذكر فإن المحرر يكتسب قيمة المحرر العرفي ومن ثم يكون باطلا بطلانا مطلقا حسب مضمون المادتين 324 مكرر و326 مكرر من ق.م حيث تنص هذه الأخيرة على ما يلي: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف". وسوف نميز العقد التوثيقي عن العقد العرفي في النقطة الموالية.

## 2. التمييز بين المحرر التوثيقي والمحرر العرفي

<sup>1</sup> أحمد خليفة شرقاوي أحمد، الوسيط في نظام التوثيق المصري والسعودي مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2016، ص96.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/07/17، ملف رقم 0942230، مجلة قضائية، م.ق، ع2، 2014، ص 401.

قضت المادة 327 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بأن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه<sup>1</sup> ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، وأما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. وغني عن البيان أن القضاء قد كرس مبدأ الرسمية في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 2003 جاء فيه ما يلي: "العقود العرفية المحررة بعد تاريخ سريان قانون التوثيق (الأمر رقم 91/70) تعد باطلة بطلانا مطلقا"<sup>2</sup>، وكذا مضمون القرار الصادر سنة 2006 الذي جاء فيه ما يلي: "العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق (الأمر رقم 70-91) الثابتة التاريخ وغير المشهورة، صحيحة ومنتجة آثارها"<sup>3</sup>، وقد أوجب القضاء مسيرا الأحكام القانونية الواردة في القواعد العامة تحرير العقد المتضمن نقل ملكية عقار، في شكل رسمي، ورتب على تخلف هذا الإجراء البطلان، بحيث يثير القاضي تلقائيا بطلان العقد العرفي المتضمن نقل ملكية عقار<sup>4</sup>.

تبعا لما سلف بيانه نجد أن المحرر التوثيقي يشبه المحرر العرفي في الغاية التي ينشدها ألا وهي إثبات ما تم تدوينه ضمنهما. بينما تتعدد أوجه الاختلاف<sup>5</sup> بين المحررين في عدة نقاط نبين أهمها على النحو الآتي بيانه:

1. أن المحرر التوثيقي يعتبر حجة بذاته دون حاجة للإقرار به في حين أن المحرر العرفي لا يعتبر حجة إلا إذا تم الإقرار به صراحة، فهو صحيح بالنسبة لأطرافه بخلاف الغير الذي لا تكون حجة عليه إلا في تاريخه منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويتحقق هذا ابتداء من يوم تسجيله أو من

<sup>1</sup> الجدير بالذكر أن التعديل الذي أجري على أحكام القانون المدني جاء بمستجد التوقيع الإلكتروني والذي تم إحداث قانون جديد ينظم أحكامه يتعلق الأمر بالقانون 15-04 المؤرخ في الفاتح من فبراير سنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر، ع 6 المؤرخة في 1 فبراير 2015.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2003/03/19، ملف رقم 246799، م.ق، ع 1، 2004، ص 214.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2006/04/12، ملف رقم 348178، م.ق، ع 1، 2006، ص 435.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/07/10، ملف رقم 0858132، م.ق، ع 2، 2014، ص 319.

<sup>5</sup> L'acte notarié présente des qualités qui fondent sa supériorité sur l'acte sous seign privé tels que l'engagement professionnel du notaire, la confidentialité, une date certaine, la force probante supérieure et la force exécutoire comme un jugement. Bruno Bédaride, Notaire à Paris, Le caractère exécutoire de l'acte notarié en droit interne et européen, Revue Pratique Profession, droit et patrimoine, N° 174, Octobre 2008, p.24.



وقت ثبوت مضمونه في عقود أخرى يحررها موظف عمومي، أو من تاريخ التأشير عليه على يد ضابط عمومي مختص، أو من يوم وفاة أحد الأشخاص الذين لهم خط أو توقيع على هذا المحرر، وللاحتجاج به على الغير يتعين إفراغه في قالب رسمي واستكمال الشكليات اللازمة، والموثق واحد من أصحاب الاختصاص في مثل هذه الإجراءات.

2. أن المحرر التوثيقي يعتبر من بين السند التنفيذية أي أنه يمكن تنفيذه دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي وفي هذا ربح للوقت، بينما يتجرد المحرر العرفي من القوة التنفيذية فيتعين تبعا لهذا اللجوء إلى القضاء من أجل الحصول على حكم قضائي يمكن بموجبه التنفيذ وهذا بطبيعة الحال فيه إهدار للوقت دون الخوض في العقبات التي تعترض المتقاضين أثناء اتباع الإجراءات القانونية.

3. أن المحرر التوثيقي له شروط فرضها القانون للقول بصحتها لا سيما ضرورة صدورها من موظف عام أو ضابط عمومي أو قائم بخدمة عمومية وكذا وجوب مراعاة الأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه بخلاف المحرر العرفي الذي يشترط فيه شرط واحد لصحته فحسب ألا وهو الكتابة أو التوقيع أو وضع البصمة من صاحب الحق طبقا لمقتضيات المادة 327 معدلة من القانون المدني.

4. أن المحرر التوثيقي لا يمكن الطعن فيه إلا بالتزوير بينما يمكن إنكار المحرر العرفي أو الطعن فيه بالتزوير.

### الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمحرر التوثيقي

غني عن البيان أن سير الموثق في الإجراءات المتعلقة بإعداد المحرر التوثيقي وكذا إتمام الشكليات المرتبطة به من شأنه أن يغير في الطبيعة القانونية للمحرر التوثيقي لا سيما إذا تم إغفال إجراء منصوص عليه قانونا، بيد أن هنالك قاعدة عامة واستثناء وارد عليها يتعين الكشف عنهما من خلال معالجة النصوص القانونية وكذا المبادئ الصادرة عن القضاء في هذا الخصوص. وبناء على ما سبق نبين الطبيعة القانونية للمحرر التوثيقي حال إغفال الأشكال الواردة ضمن النصوص القانونية، ثم نبين طبيعته القانونية بعد إتمام الأشكال القانونية.

## أولاً: طبيعة المحرر التوثيقي حال إغفال الأشكال المنصوص عليها قانوناً

نشير إلى أن تحرير عقد أمام الموثق دون أن تتوفر فيه كل شروط الرسمية اعتبره القضاء عقداً عرفياً لعدم استكمال الأشكال والإجراءات التي ينص عليها القانون (م. 324 ق.م)، وهو القرار الذي أفصح عنه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1990 مفاده كما يلي: "من المقرر قانوناً أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرراً أمام الموثق، محتوى على أصل الملكية مكرس لاتفاق الطرفين-محدد المحل- معين لتسديد المبلغ أمام الموثق، مسجل ومنشور<sup>1</sup> لدى مصالح الشهر العقاري. ومن المقرر أيضاً أن الليف هو عقد عرفي يحرر أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف والشهود فقط. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين منعدم الأساس القانوني. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن كلا من العقدين المقدمين للمحكمة عرفيين ومن ثم فإن قضاة الموضوع بأخذهم بالليف واعتباره عقد رسمي دون توفره على الشروط المنصوص عليها قانوناً خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>2</sup>.

بيد أن القرار سالف البيان يتعارض مع الحكم الصادر في المسائل الجنائية حيث ورد ضمن القرار الصادر عن الغرفة الجنائية للمحكمة العليا عام 2008 الذي جاء فيه ما يأتي: "يعد قراراً قضائياً مشوباً بالتناقض ومنعدم الأساس القانوني مستوجبا للنقض، قرار غرفة الاتهام المعتبر محررات منجزة من طرف موثقة غير مشهورة، وثائق عرفية"<sup>3</sup>.

وفي ظل هذا التعارض القائم بين القرارين القضائيين فإن التشريع قد أوجب توافر جملة من الشروط في المحرر التوثيقي للقول برسميته وتمثل في ضرورة كتابته أمام موثق وأن يكون في حدود سلطته واختصاصه مع وجوب مراعاة الأشكال التي أقرها القانون، ومن ثم فإن عدم شهر المحرر التوثيقي لا يؤثر على رسميته والعلة في ذلك أنه لا يشكل عنصر من عناصرها، وبناء عليه لا يترتب على إغفال الشهر بطلان المحرر الرسمي وإنما يعتبر هذا الأخير شرط لنقل الملكية العقارية.

<sup>1</sup>تستوي الصياغة على النحو التالي: "مكرسا لاتفاق الطرفين-محدد المحل- معيناً لتسديد المبلغ أمام الموثق، مسجلاً ومنشوراً....."

<sup>2</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 1990/06/03، ملف رقم 68467، م.ق، ع1، 1992، ص 84.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ج، قرار بتاريخ 2008/10/22، ملف رقم 530111، م.ق، ع 2، 2008، ص 365.

فالمقصود بالأشكال القانونية كما وضناها سابقا هو عدم تحرير العقد التوثيقي من قبل ضابط عمومي أو كتابته بلغة أجنبية حيث نصت المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 التي تقضي بما يلي: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"، بيد أنه إذا تم استكمال الأشكال القانونية للمحرر التوثيقي فإنه يعتبر عقد رسمي كما سنبينه في النقطة الموالية.

### ثانيا: طبيعة المحرر التوثيقي بعد استيفاء الأشكال القانونية

خلصنا بعد تعرضنا لتحليل المادة 324 الخاصة بتعريف العقد الرسمي إلى أن المحرر التوثيقي هو سند قانوني يتم تحريره وتوقيعه من قبل الموثق في نطاق سلطته واختصاصاته يثبت فيه ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وفقا للأشكال المقررة قانونا.

والحاصل من خلال ما سلف ذكره أن المحرر التوثيقي هو سند قانوني يتم تحريره وتوقيعه من قبل الموثق في نطاق سلطته واختصاصاته يثبت فيه ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وفقا للأشكال المقررة قانونا، وعليه للقول برسمية المحرر التوثيقي يتعين أن يكون محررا من قبل الموثق وفي نطاق سلطته واختصاصاته ووفقا للأشكال المقررة قانونا حيث يجب مراعاة جملة من الأوضاع المحددة قانونا من شأنها أن تضيئي عليه طابع الرسمية.

فأمام هذه الشروط التي رسمها المشرع والتي يتعين استيفاؤها للقول بترسيم المحرر التوثيقي يقع على عاتق الموثق أن يتم تحرير العقد أمامه لذا نجد عبارة "حضر" في دياجة العقود التوثيقية، وأن يكون تحرير هذا العقد في حدود سلطة الموثق واختصاصه، مع ضرورة مراعاة الأوضاع والأشكال المقررة قانونا سواء تلك التي تتعلق بأطراف العقد كالتحقق من أهلية الأشخاص ومسألة الرضى على اعتبار أن توقيعهم عليه مسألة غاية في الأهمية، أو ما تعلق بمهية المحرر التوثيقي كوجوب تدوينه باللغة العربية وضرورة توافر جملة من البيانات تم النص عليها ضمن مقتضيات المادة 29 من قانون تنظيم مهنة الموثق.

وأما عن إجراءات التسجيل والشهر المنصوص عليهما ضمن أحكام المادة 793 من القانون المدني فإن هذا من شأنه أن يضيئي على المحرر التوثيقي حصانة قِبَل الدولة وفي مواجهة الغير ومن ثم ينتج كامل آثاره القانونية ولا يمكن اعتبار هذين الإجراءين من عناصر المحرر التوثيقي وهذا يفضي إلى نتيجة هامة

مفادها أن تخلفهما لا يجرد المحرر التوثيقي من طابع الرسمية، وتبعاً لهذا يقوم الموثق بتسجيله لدى مكتب الطابع والتسجيل ثم إظهاره بالمحافظة العقارية متى كان وارداً على عقار و / أو حقوق عينية عقارية.<sup>1</sup>

وبتوافر الشروط التي ذكرناها سلفاً يكتسي المحرر التوثيقي قوة ثبوتية ولا يمكن الطعن فيه إلا بطريق التزوير، فإجراء الشهر له ارتباط وثيق بعملية نقل ملكية العقار و/أو الحق العيني العقاري وليس برسمية المحرر التوثيقي من عدمه. وهو المبدأ الذي أفصح عنه القضاء كما بينا سابقاً حيث اعتبر أن القرار القضائي يعد مشوباً بالتناقض ومنعدم الأساس القانوني مما يستوجب النقض إذا اعتبر المحررات المنجزة من قبل الموثق غير المشهورة وثائق عرفية.

### المطلب الثاني: التقسيمات الفقهية للعقود

اعتمد الفقهاء<sup>2</sup> عدة معايير لتقسيم العقود نبينها على النحو الآتي بيانه:

#### الفرع الأول: تقسيم العقود حيث تكوينها أو بالنظر إلى انعقادها

قسمها الفقهاء وفقاً لهذا المعيار إلى عقود رضائية وعقود شكلية وأخرى عينية.

<sup>1</sup> طبقاً لمضمون المادة 793 من القانون المدني التي تنص على ما يأتي: "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 الشهر العقاري"<sup>1</sup>. للإشارة فإن المشرع أبقى على نظام الشهر الشخصي بصورة مؤقتة في المناطق غير المسوَّحة، وقد أصدرت المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 24 ماي 1998 التعليم رقم 16 بهدف سير عمليات المسح والترقيم العقاري ومن ثم تفعيل أحكام المرسوم التنفيذي رقم 62-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم، جريدة رسمية، مؤرخة في 13 أبريل 1976. تم تعديله بموجب المرسوم رقم 400-84 المؤرخ في 24/12/1984، جريدة رسمية، العدد 71، المؤرخة في 30/12/1984. وكذا المرسوم رقم 134-92 المؤرخ في 07/04/1992، جريدة رسمية، العدد 26، المؤرخة في 08/04/1992 لا سيما المادة الأولى منه التي تنفيذ بأن تقيّد العقارات ضمن سجل مخصص لهذا الغرض وفق ترتيب طوبوغرافي. حيث يدون فيه المحتوى المادي وطبيعة الأرض وحدودها ونوع المزروعات الفلاحية والملاك الظاهرون وأصحاب الحقوق العينية الظاهرون وكذا طريقة الاستغلال.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول - مصادر الإلتزام - ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010، ص 20 وما بعدها. بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص 45 وما يليها.

### أولاً: العقود الرضائية

العقود الرضائية (Actes consensuels) هي التي تتعقد بمجرد تبادل التراضي بين المتعاقدين دون حاجة إلى شكل معين إذ يكفي في هذا العقد إيجاب وقبول حتى لو كان شفويًا.

#### ثانياً: العقود الشكلية

هي تلك التي يعتبر الشكل ركناً من أركانها فتفرغ تبعاً لهذا في شكل يحدده القانون ويطلق عليها العقود الإحتفائية<sup>1</sup> (Actes solennels) وتبرز أهميتها في كونها أداة لاستقرار المعاملات فهي تنبه المتعاقدين بمحل العقد أي بضرورة مراعاتهم لحقوقهم والتزاماتهم وفي ذات الوقت هي عبارة عن وسيلة إثبات تفضي إلى حماية المتعاقدين والغير، فتخلف الشكلية باعتبارها ركن للانعقاد يترتب عليه بطلان العقد في حين أن تخلف الشكل المطلوب للإثبات لا يترتب عليه البطلان وإنما يعتبر العقد قائماً ويجوز إثباته بوسائل أخرى كالإقرار أو توجيه اليمين.

#### ثالثاً: العقود العينية

العقود العينية (Actes réels) هي تلك التي وردت على سبيل الحصر ويعتبر التسليم ركن من أركانها فلا يتم الانعقاد بدونه كعقد الوديعة الذي لا يتوقف على عنصر الرضى فحسب بل يتعين تسليم محل العقد عيناً.

### الفرع الثاني: تقسيم العقود بالنظر إلى أثرها

تقسم طبقاً لهذا المعيار إلى عقود ملزمة لجانب واحد وأخرى ملزمة لجانبين.

#### أولاً: العقود الملزمة لجانب واحد

العقود الملزمة لجانب واحد (Actes unilatéraux) هي تلك التي تنشئ التزامات في جانب أحد المتعاقدين بحيث يكون أحدهما مدنياً غير دائن أي أن الالتزام يكون دون مقابل، كعقد الهبة مثلاً حيث يلتزم الواهب بنقل ملكية الشيء الموهوب ومن ثم يكون الواهب مدنياً والموهوب دائن.

<sup>1</sup> نصت المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الإحتفائية، بحضور شاهدين".

وما يفرق العقد الملزم لجانبين عن العقد الملزم لجانب واحد هو أن هذا الأخير ينعدم فيه التقابل في الالتزامات والحاصل أنه لا يمكن تصور إجراء الفسخ في هذا النوع من العقود وكذلك لا يمكن الدفع بعدم التنفيذ إضافة إلى أن تبعة هلاك الشيء محل الالتزام تقع على الدائن بخلاف العقود الملزمة لجانبين فإن انقضاء الالتزام لاستحالة التنفيذ ينقضي تبعاً لهلاك الالتزام المقابل<sup>1</sup>.

### ثانياً: العقد الملزم لجانبين

العقد الملزم لجانبين (Acte bilatéral) هو ذلك العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين بحيث يكون كل منهما دائن ومدين في ذات الوقت للطرف الآخر كعقد البيع وعقد الإيجار، وتكمن أهمية التفرقة في التقسيم وفقاً لهذا المعيار في أنه يمكن الفسخ عن طريق مقرر قضائي بالنسبة للعقد الملزم لجانبين في حال إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه في حين أنه لا مجال للفسخ في العقد الملزم لجانب واحد لعدم وجود الالتزامات المتقابلة، كما أنه في حال عدم الوفاء بشأن العقود الملزمة لجانبين رغم استنفاد الأجل المحدد في العقد فإنه يجوز لأحد المتعاقدين أن يمتنع عن التنفيذ شريطة أن يكون صاحب الحق مستعداً للتنفيذ بينما لا يمكن إعمال هذا الإجراء -الدفع بعدم التنفيذ - في العقود الملزمة لجانب واحد ذلك أنها لا تنشئ التزامات إلا لطرف واحد.

### الفرع الثالث: تقسيم العقود من حيث دور الإرادة

وفقاً لهذا المعيار تنقسم العقود إلى عقود مساومة وعقود إذعان.

#### أولاً: عقود المساومة

عقد المساومة (gré à gré) هو ذلك العقد الذي يتساوى فيه إرادتي المتعاقدين، إذ يمكن لكل منهما التفاوض على قدم المساواة بشأن بنود العقد قبل أن يتم إبرامه أي تساوي المراكز القانونية.

#### ثانياً: عقود الإذعان

عقد الإذعان (Adhésion)<sup>2</sup> هو ذلك العقد الذي يتم ضمنه وضع شروط غير قابلة للتفاوض من قبل أحد المتعاقدين بالنظر إلى قوة مركزه القانوني كعقد التأمين وعقد النقل، ويترتب على هذا النوع من

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 23.

<sup>2</sup> تسمى عقود الإذعان أو عقود الانصياع بالنظر إلى المدين ويطلق عليها أيضاً عقود الجبر بالنظر إلى الدائن.

العقود إمكانية تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى حده المعقول بإعمال قاعدة تأويل الشك لمصلحة المدين (الطرف الضعيف) وذلك بتعديل الشروط التعسفية.

### الفرع الرابع: تقسيم العقود من حيث طبيعتها

قسم الفقهاء العقود من حيث طبيعتها إلى عقود معاوضة وعقود تبرع.

#### أولاً: عقد المعاوضة

عقود المعاوضة (Contrat à titre onéreux) هي تلك التي يأخذ فيها أحد المتعاقدين مقابل ما أعطاه كعقد البيع وعقود المبادلة. ويتعين توافر أهلية التصرف في المعاوض كما تعتبر المسؤولية مشددة في هذا النوع من العقود.

#### ثانياً: عقد التبرع

عقد التبرع (Contrat à titre gratuit) هو العقد الذي لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابل ما أعطاه كعقد الهبة وعقد العارية، وهو يتميز عن عقد المعاوضة بأنه ينتفي فيه المقابل ولا بد من توافر نية التبرع. نوه إلى أن أغلب المعاوضات هي عقود ملزمة للجانبين وغالبية التبرعات هي عقود ملزمة لجانب واحد<sup>1</sup>.

### الفرع الخامس: تقسيم العقود بالنظر إلى إمكانية تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها

تُقسَّم العقود طبقاً لهذا المعيار إلى عقود محددة وعقود احتمالية.

#### أولاً: العقد المحدد

العقد المحدد (Commutatif) هو العقد الذي يمكن فيه لكلا المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد قدر ما يأخذ وقدر ما يمنح، كبيع شيء معين في مقابل مبلغ نقدي محدد أو إيجار عين معينة في مقابل بدل إيجار محدد.

#### ثانياً: العقد الاحتمالي

العقود الإحتمالية (Aléatoire) أو ما يطلق عليها عقود الغرر هي التي يكون فيها الأداء الذي التزم به أحد طرفي العقد في مقداره أو وجوده مبني على الاحتمال أي أنه غير محقق الوقوع، وتعتبر عقود

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ج1، ص 49.

الغرر خير نموذج في هذا القبيل كعقد التأمين والقمار ذلك أنها مبنية على حظ الربح أو الخسارة، ويستبعد في هذا النوع من العقود تطبيق أحكام الغبن بخلاف العقود المحددة. تأسيسا على ما سلف بيانه نخلص إلى أنه إذا تخلف الاحتمال باعتباره عنصر جوهري في العقد الاحتمالي فإنه يترتب البطلان كحالة بيع شخص لأرض زراعية على أن يدفع المشتري ثمنها في شكل مرتب مدى الحياة لفائدة شخص ثالث ثم يتضح أن هذا الأخير قد توفي قبل إبرام البيع فإن البطلان المطلق يلحق هذا العقد<sup>1</sup>.

### الفرع السادس: تقسيم العقود من حيث تنفيذها

تم تقسيم العقود تبعا لهذا المعيار إلى عقود فورية وعقود زمنية.

#### أولا: العقد الفوري

العقد الفوري (Instantané) هو ذلك العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه وتبعا لهذا يكون التنفيذ فوريا حتى لو كان على سبيل التراخي أو بطريق التقييد.

#### ثانيا: العقد الزمني

العقود الزمنية (Successif) أو ما يطلق عليها اسم العقود الممتدة أو المستمرة هي العقود التي يكون الزمن عنصرا جوهريا في قياس الأداءات بشأنها، وتتميز بين نوعين من العقود في هذا الصدد، هناك عقود مستمرة بحيث يكون التنفيذ بحسب التسمية بصورة مستمرة كعقد الإيجار، ويوجد أيضا عقود دورية يكون التنفيذ فيها وفقا لهذه التسمية بشكل دوري كعقود التوريد، ففسخ العقد في هذا النوع من العقود يكون بأثر رجعي ولا يشترط الإصدار لطلب التعويض عن التأخير، كما أنه يخضع لنظرية الظروف الطارئة بخلاف العقد الفوري عدا حالة تأجيل تنفيذه<sup>2</sup>.

وتبرز أهمية التفرقة بين العقد الزمني والعقد الدوري في أن العقد الزمني قابل للمراجعة بسبب الظروف الطارئة بخلاف العقد الفوري، كما أن أثر الفسخ في العقد الزمني يكون بالنسبة للمستقبل على العكس من ذلك بشأن العقد الفوري الذي ينسحب الفسخ فيه بأثر رجعي إلى وقت إبرامه.

<sup>1</sup> خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 25.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ج 1، ص 51.



### الفرع السابع: تقسيم العقود من حيث الموضوع

تقسم العقود من حيث الأحكام التي تديرها إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة.

#### أولاً: العقد المسمى (Contrat nommé)

هو العقد الذي يتولى القانون تنظيم أحكامه تحت اسم معين لشيوعه في المعاملات كعقد البيع (المادة 351 وما بعدها من القانون المدني) وعقد الصلح<sup>1</sup> (المادة 459 وما يليها من القانون المدني).

#### ثانياً: العقد غير المسمى (Contrat innommé)

بالنظر إلى تسميته هو ذلك العقد الذي لم يتناول القانون تنظيمه ولم يمنحه المشرع اسماً خاصاً كالعقد الذي يربط الطبيب والمريض، ويستعين القاضي في هذا النوع من العقود بالاجتهاد واستنباط الأحكام من النظرية العامة. ومن أمثلة هذا النوع من العقود العقد الذي يبرمه الناشر مع المؤلف لأجل طبع كتاب وكذا العقود المبرمة في إطار المنافسات الرياضية<sup>2</sup>.

### الفرع الثامن: تقسيم العقود بالنظر إلى انصراف آثارها

تقسم العقود إعمالاً لهذا المعيار إلى عقود فردية وعقود جماعية.

#### أولاً: العقد الفردي (Contrat individuel)

هو ذلك العقد الذي يتم إبرامه بين شخصين أو أكثر وتتصرف آثاره إلى أطرافه.

#### ثانياً: العقد الجماعي (Contrat collectif)

كما هو واضح من خلال التسمية هو العقد الذي تتصرف آثاره إلى الجماعة بصرف النظر عن اتحاد غاياتهم أو تناقضها كالإتفاقيات الجماعية التي يلتزم بها المستخدمون والنقابات بمجرد المصادقة عليها، وكذا العقد الذي يتم بين صاحب الفندق والنزلاء والعقد الذي يتم إبرامه في إطار الأعمال المسرحية مع الجمهور.

<sup>1</sup> يعرف شرعاً بأنه عقد ينهي الخصومة بين المتخاصمين<sup>1</sup>. والصلح نوعان أولهما إسقاط وإبراء وهو جائز بصفة مطلقة، والنوع الثاني صلح على عوض وحكمه الجواز إلا إذا أدى إلى حرام، تنص المادة 459 من القانون المدني على ما يلي: "الصلح عقد ينهي به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقيان به نزاعاً محتملاً، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التبادل عن حقه". للتفصيل أكثر انظر ابن جزوي، مرجع سابق، ص 343.

<sup>2</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ج 1، ص 53.

**الفرع التاسع: تقسيم العقود وفقا لمعيار المضاربة**  
تنقسم العقود وفقا لهذا المعيار إلى عقود مدنية وعقود تجارية.

**أولا: العقد المدني (Contrat civil)**

هو العقد الذي تنتفي فيه المضاربة، وينظمها القانون المدني، والأصل أن تكون العقود مدنية من حيث الطبيعة إلا تضمنت خصائص تصرفها إلى نوع آخر.

**ثانيا: العقد التجاري (Contrat commercial)**

هو العقد الذي له صلة بالعمليات المبرمة بقصد المضاربة، وعليه يتعين توافر عنصري الإئتمان والثقة بهدف تحقيق الاستقرار في هذا النوع من المعاملات على اعتبار أن الآثار تنصرف إلى المجتمع ومن ثم كان حرص المشرع أكثر بشأنه فشدد في الجزاءات لبلوغ هذه الغاية.

ونقف عند التقسيم الأخير الذي اعتمده الفقهاء وكذا تقسيم العقود من حيث موضوعها (العقود المسماة والعقود غير المسماة) لنفصل في أنواعها ضمن في موضعها (الباب الثاني) أي العقود المدنية والعقود التجارية يضاف إليها العقود التي تبرم في مسائل الأحوال الشخصية على اعتبار أن أنواع العقود المدرجة ضمن القانون المدني والقانون التجاري وقانون الأسرة هي عقود يجري بها العمل في الممارسة التوثيقية، على أن هناك ضرورة لمواكبة المستجدات التشريعية من خلال إدراج العقود المرتبطة بالتعمير والتهيئة العقارية لا سيما جملة المستجدات التي طرأت عليها وكذا تناول أحكام عقود الشراكة باعتبارها وسيلة تحفيز على تنمية المشاريع الاستثمارية بمختلف أنواعها.

## المبحث الثاني: المفاهيم المقترنة بالمصطلحات ذات الصلة بالمحرر التوثيقي

إن القائم على إنشاء المحرر التوثيقي يعتبر حجر الزاوية في هذا البحث من خلال الصفات التي يتعين تحليها بها أو بناءً على المهام المسندة إليه وأنواع المسؤوليات الملقاة على عاتقه وهو بصدد إعداد المحررات التوثيقية. وقد اصطلح الباحثون على عدة ألفاظ بخصوص التوثيق فأسموه علماً وفناً ووظيفة ومهنة حرة<sup>1</sup> بحسب مجال التخصص، وهذا التنوع في الاصطلاح فيه دليل على أهمية التوثيق وتطوره عبر مراحل سواء عن طريق تغير الأحكام فيه عبر تعاقب العصور أو من خلال تغير طبيعته بتواتر القوانين في التشريع الجزائري، هذا الأخير الذي يضع شروطاً وقيوداً يتعين مراعاتها ويبين طريقة ممارسة التوثيق. كما أنه تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تخضع للتشريع والتنظيم المعمول بهما.

تبعا لما سبق نتطرق في المطلب الأول إلى مفهوم الموثق وتحديد المهام المسندة إليه قانوناً، ثم نبين في المطلب الثاني المقصود بمهنة التوثيق وبيان أهميتها. لنوضح ضمن المطلب الثالث المقصود بالمكتب العمومي للتوثيق وبيان بعض جوانبه القانونية.

### المطلب الأول: مفهوم الموثق وبيان مهامه

إن بيان المقصود بالموثق هو حجر الزاوية في المسائل ذات الصلة بمهنة التوثيق وما يؤكد صحة هذا القول ما تضمنه قانون تنظيم مهنة الموثق الصادر عام 2006، فنسب المشرع تسمية القانون للقائم بالمهنة باعتباره ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية وليس للمهنة ذاتها كما هو عليه الحال بالنسبة للقانون القانون 07-13 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، كما أن الموثق ملزم بأداء مهام يترتب على الإخلال بها مسؤوليات وجزاءات. وعليه نتطرق ضمن الفرع الأول إلى تعريف الموثق وبيان الآثار المترتبة على وصفه بالضبطية ثم نعالج في الفرع الثاني المهام التي تناط بالموثق بمناسبة أداء عمله وجزاء الإخلال بها.

<sup>1</sup> يخضع الموثق لنظام أخلاقيات مهنة التوثيق والذي يجد أساسه في الأنظمة الداخلية المرتبطة بهذه المهنة وكذا القوانين سارية المفعول في ذات المجال حيث يخضع لإشراف الغرفة التي ينتمي إليها، بينما تظال الرقابة على الموثق في التشريع الفرنسي ويكل الدولة.

« Le notaire est soumis à une déontologie dont le respect est contrôlé par la chambre à laquelle il appartient et par le procureur de la République ». Voir Jean-jacques MARTEL, "La valeur vénale ou locative des biens, droit immobiliers ou droits sociaux : une conception juridique pour la concrétisation économique", Thèses de doctorat, Université de Lille, France, 2016, p.233.

## الفرع الأول: المقصود بالموثق وبيان النتائج المترتبة على وصفه بالضبط

سوف نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الموثق من الناحية اللغوية والإصطلاحية وكذا النتائج المترتبة على وصفه بالضبط العمومي، ثم نعكف في الفرع الثاني على بيان المهام المسندة إلى الموثق وجزاء الإخلال بها.

### أولاً: تعريف الموثق

يعتبر مفهوم الموثق حجر الزاوية في المسائل ذات الصلة بمهنة التوثيق، وما يؤكد صحة هذا القول هو القانون 02-06 حيث أنه يتضمن تنظيم مهنة الموثق<sup>1</sup>، فنسب المشرع المهنة للشخص القائم بها وأطلق عليها "مهنة الموثق" ولم يسمها "مهنة التوثيق" كأن يقال مثلاً مهنة التجارة أو مهنة الصيدلة ونحوه. يشتق لفظ الموثق<sup>2</sup> من الفعل وثَّقَ، يوثق العقود أي يضيفي عليها طابع الرسمية، ومنه موثَّقُ قال تعالى: "أَلَمْ تَعْلَمُوا أَنَّ أَبَاكُمْ قَدْ أَخَذَ عَلَيْكُمْ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ وَمِنْ قَبْلُ مَا فَرَّطْتُمْ فِي يُوسُفَ"<sup>3</sup> أي قد أعطيتم أبابكم عهداً وثيقاً برّد أخيكم<sup>4</sup>.

أما عن المقصود بالموثق اصطلاحاً فقد عرفه الأستاذ الفاضلي بأنه من يقوم بالتوثيق أي بكتابة العقد أو الإقرار أو التصرف ونحو ذلك، ويلاحظ أن هذا التعريف قد أخذ مفهومه واسعاً فيدخل ضمنه العامي والعالم، وعرفه الدكتور عبد المنعم جيرة بأنه موظف رسمي مختص بتحرير العقد بنفسه والتوقيع عليه وذلك بعد تأكده من توافر أركانه وشروط صحته، وقد أطلق على الموثق عدة أسماء منها: صاحب الوثائق، الشرّاط أو الشرطي، الوثائقي، كاتب العدل، كاتب الصكوك...<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> نجد بعض التشريعات تغلب مهنة التوثيق على القائم بها ويظهر هذا خاصة في تسمية القانون المنظم لها كالتشريع المغربي من خلال القانون 32-09 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الصادر سنة 2009.

<sup>2</sup> Selon la signification linguistique; le notaire est un officier public et ministériel qui rédige, reçoit les contrats et autres actes auxquels des particuliers veulent donner un caractère d'authenticité, en délivrer des copies et en assure la conservation. AUZOU, Dictionnaire encyclopédique, EdiCulture Sarl, Italie, Mai 2012, Relié en France, Mai 2012, p.1408. LAROUSSE, dictionnaire de français, OMEGA international S.A.R.L, ALGER, ALGERIE, sans date d'édition, p.287.

<sup>3</sup> الآية 80 من سورة يوسف.

<sup>4</sup> محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الفكر شركة الشهاب، البلدة، الجزائر، الجزء الثاني، د.ت.ن، ص 64.

<sup>5</sup> سعد سليمان الحامدي، مرجع سابق، ص 101 وما بعدها.

وأما بالنسبة للتعريف القانوني فنكتفي بما ورد في التشريع الجزائري والتشريع الفرنسي، حيث عرف المشرع الجزائري الموثق ضمن المادة 3 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن مهنة الموثق<sup>1</sup> كما يلي: "الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأطراف إعطاءها هذه الصبغة"<sup>2</sup>. الملاحظ على هذا لتعريف أنه جاء وجيزا لا يفي بالمهام المنوطة بالموثق ولا بالوثائق التي يقوم هذا الأخير بتحريرها (صناعتها - instrumentation).

وعلى العكس من التعريف السابق، أورد المشرع الفرنسي تعريفا جامعاً للموثق ضمن المادة الأولى من الأمر 2590-45 الصادر بتاريخ 2 نوفمبر 1945 نسوقه على النحو التالي: "الموثقون هم ضباط عموميون يتولون تلقي المحررات والعقود التي يتعين على الأطراف أو يرغبون في إضفاء الطابع الرسمي عليها تملك التي تكتسبها المحررات الصادرة عن السلطة العمومية، وكذا منحها تاريخ ثابت، وحفظها عن طريق الإيداع، وتسليم الصيغ التنفيذية والأنظار"<sup>3</sup>. ما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الفرنسي يميز بين العقود (contrats) والمحررات (actes) من جهة، وأنه ذكر مهام أخرى للموثق مقارنة مع التشريع الجزائري من جهة أخرى، كمنح الصيغة التنفيذية (grosse) وكذا تسليم النظير (expédition)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>ج.ر رقم 14 المؤرخة في 8 مارس 2006

<sup>2</sup>نذكر أيضا ما أورده المادة 3 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين بما يلي: "الموثق ضابط عمومي مكلف بتسجيل العقود والاتفاقيات المبرمة بين المتعاقدين وحفظ أصولها وتسليم نسخ منها. كما تنص المادة 16 من النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين على أن المكتب العمومي للتوثيق يعهد إلى موثق يكلف بتسييره تحت مسؤوليته وحسابه الخاص.

<sup>3</sup>Art. 1 de l'ordonnance n° 45-2590 du 2 novembre 1945: "Les notaires sont des officiers publics, établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent faire donner le caractère d'authenticité attaché aux acte de l'autorité publique, et pour en assurer la date, en conserver le dépôt, en délivrer des Grosses\* et expéditions. Voir Code notarial, LexisNexis, Mayenne, France, 2012, p. 8. Voir également Stéphane BERRE- Jean-Yves CAMOZ- Martine KADDOUCH, BTS Notariat "Droit général et droit notarial", T. 1, 2ème édition, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, France, 2012, p.5.

<sup>4</sup>قد يجري استعمال النسخة (copie) بدل استعمال مصطلح النظير (expédition)، وهو في الحقيقة خطأ شائع ذلك الفروق متعددة بين المصطلحين، حيث أن النظائر لا تصدر سوى من الموثق وتكون في الحقيقة مرققة تمثل الأصل عينه، في حين أن النسخ قد يقوم بها الأطراف أو غيرهم، كذلك تحمل النظائر في الواقع توقيعات الأطراف مثل الأصل وهو ما لا نجده من الناحية العملية غير أن توقيع الموثق ينوب عن هذا الإجراء، في حين أن النسخ تفتقر إلى توقيع الأطراف بالذات أو توقيع الموثق (يكون التوقيع منسوخا شأنه شأن الكتابة)، وهو الأمر الذي يقلل من شأنها.

## ثانياً: النتائج المترتبة على وصف الموثق بالضبطية

ويترتب على وصف الموثق بالضباط العمومي بعض النتائج أهمها:

- 1- أن يطبق على الموثق باعتباره قائماً بوظيفة عمومية الجزاء الوارد في المادة 215 من قانون العقوبات في حالة ارتكابه جريمة التزوير<sup>1</sup>.
- 2- أن الموثق المعين من طرف وزير العدل يتصرف لحساب الدولة ويملك بهذه الصفة صلاحيات السلطة العمومية، وعليه فالعقد التوثيقي عقد من عقود السلطة العمومية وهذا يعني أن إتلافه أو حرقه يعد بمثابة إتلاف أو حرق لعقود أصلية للسلطات العمومية وتكتسيان صفة الوصف الجنائي (تطبيق المادة 1/409 من ق.ع.ج)<sup>2</sup>.
- 3- المساس بالموثق هو مساس بالأمن القانوني<sup>3</sup>، وتبعاً لهذا الإخلال باستقرار الأوضاع والمراكز القانونية وزعزعة ثقة الأفراد بالتشريعات ذات الصلة بالتوثيق، فالموثق تناط به مهمة صنع القوانين مستقبلاً استناداً إلى معارفه وخبراته التي ينتهها من الواقع المهني. بأن الأمن التعاقدية يهدف إلى تحقيق الأمن القانوني من خلال رضائية أطراف العقد التوثيقي، على اعتبار أن الضبطية العمومية تمثل الدولة في أداء مهامها عن طريق حمل خاتمها، وميز بين أربع أنواع من الرقابة على الموثق بمناسبة القيام بواجباته، تتعلق الأولى بالرقابة الأخلاقية التي تبنى على الإخلاص والتفاني في أداء مهامه،

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2009/02/18، ملف رقم 573674، م.ق، ع 2، 2009، ص 330.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/07/17، ملف رقم 0942230، مجلة قضائية، م.ق، ع 2، 2014، ص 401.

<sup>3</sup> الأمن القانوني هو مصطلح فضفاض، هذه الميزة التي تضفي عليه نوعاً من المرونة والإيجابية، فقد اعتبره البعض من الفقه بأنه مبدأ، ويرى آخرون بأنه حق، والحقيقة أنه قيمة قانونية أو حاجة أو مطلب ذو طابع قانوني واقتصادي يهدف إلى ضمان حقوق الأفراد واستقرار المراكز القانونية، على أساس الطمأنينة العامة وذلك بمنح الثقة لدى المتعاملين، وكذا الديمومة بالاعتماد على عمليات الأرشيف لحفظ الأثر، وغيرها من الأسس. والغاية في ذلك كله تحقيق السلم والأمن الاجتماعي بدرء المنازعات التي قد يكون منشأها الغموض الذي يعترى مضمون المحررات التوثيقية. بردان رشيد، رئيس الغرفة الوطنية للموثقين، تقديمية في يوم دراسي حول: "الأمن القانوني والقضائي للعقد التوثيقي وآفاق مهنة الموثق"، منعقد بفندق الشيراتون، وهران، بتاريخ 2019/06/13.

والنوع الثاني هو الرقابة الذاتية وتبرز من خلال عمله وعملة بجملة القوانين سارية المفعول، وهناك الرقابة الاجتماعية وتتجلى من خلال سمعته في المجتمع، ويوجد أيضا الرقابة المهنية التي تشرف عليها الهيئات المشرفة ممثلة في الغرف والمجلس الأعلى للتوثيق.

إن عدم تدخل القضاة في سلطان إرادة الأطراف منشأه فكرة الأمن التعاقدية الذي يهدف بدوره إلى تحقيق الأمن القانوني، كما أن وصف الضبطية الذي أضفاه المشرع على الموثق يقصد به تمثيل الدولة وذلك بحمل خاتمها، على اعتبار أن الموثق تناط به مهمة الإلمام بجميع مقتضيات القوانين وفوق هذا يتعين أن يكون له رصيد في الجانب الشرعي<sup>1</sup> الذي تحيل إليه المادة 222 من ق.أ.

### الفرع الثاني: مهام الموثق وجزاء الإخلال بها

يؤدي الموثق عمله بكل أمانة وصدق وإخلاص من أجل تحرير العقود لفائدة الزبائن، لذلك تناط به مهام كثيرة تتطلب حرصا زائدا وإلا كان عرضة للمساءلة مع العلم أن مسؤولية الموثق مشددة بالنظر إلى أصحاب المهن الأخرى كما سنبينه لاحقا. وعليه نبين المهام المسندة إلى الموثق في ظل القوانين المعمول بها وكذا الجزاء المترتب حال تخلفه عن أدائها.

#### أولا : المهام المسندة للموثق

نص القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق على مهام الموثق ضمن المواد 9 وما يليها منه، وقد تطرقنا لشرح كل منها كل في موضعها، فنعدد هذه المهام بصورة مجملية ونخصص تحليلا منفردا لإجراء المحاسبة التوثيقية المنبثق عن مهمة مسك السجلات.

#### 1- مهام الموثق في ضوء قانون تنظيم مهنة الموثق

- تسيير مكتب التوثيق تحت مسؤوليته مع ضرورة إخضاعه للشروط والمقاييس سارية المفعول.

<sup>1</sup> بليعقوي بلخير، موثق بتلسان، مداخلة بعنوان "العقد التوثيقي كآلة استقرار ودعامة للأمن القانوني"، اليوم الدراسي سالف الذكر.

- مسك السجلات وضرورة ترقيمها وتأشيرها من قبل رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مكتب التوثيق.
- تقديم الاستشارات القانونية لذوي الشأن في حدود اختصاصات الموثق وصلاحياته.
- تبصير الأطراف بحقوقهم والتزاماتهم وكذا الآثار الناشئة عن تصرفاتهم حتى ولو لم يؤد ذلك إلى تحرير عقد.
- تلقي وتحرير العقود، ما عدا تلك التي تخالف الأنظمة والقوانين المعمول بها.
- العمل على تنفيذ الإجراءات القانونية لا سيما تسجيل وشهر وإعلان ونشر العقود ضمن الآجال المقررة قانونا.
- تسليم النسخ التنفيذية للعقود المحررة من قبل الموثق أو نظائر<sup>1</sup> عادية -Expéditions- أو المستخرجات<sup>2</sup> وكذا العقود التي لا يحتفظ بأصلها.
- التأكد من صحة العقود التوثيقية.
- تقديم النصائح<sup>3</sup> والتوجيهات للأطراف بما يحقق انسجام اتفاقاتهم مع القوانين سارية المفعول وكذا ضمانا لتنفيذها.
- الالتزام بالسر المهني حفاظا على حقوق ذوي الشأن إلا في حالة إذن الأطراف أو اقتضاءات أو إعفاءات منصوص عليها ضمن القوانين والأنظمة المعمول بها.
- حفظ المحررات التي يوثقها أو يتلقاها للإيداع.

<sup>1</sup> النظائر هو المصطلح الصحيح والدقيق وليس النسخ المستعمل ضمن المادة 2/38 من قانون تنظيم مهنة الموثق، وقد تم استعمال هذين الصطلحين كل في موضعه ضمن المواد 455 وما بعدها من القانون التجاري الجزائري، نجد مثلا التشريع المغربي أيضا يستعمل هذا مصطلح النظير ضمن المادة 35 من القانون رقم 09-32 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق. انظر زكرياء العماري، قانون التوثيق العدلي والعصري، منشورات مجلة القضاء المدني، الطبعة الثانية، الرباط المملكة المغربية، 2014، ص 108.

<sup>2</sup> صورة جزئية للأصل تمنح لطالبا في حدود مصلحته.

<sup>3</sup> La mission du notaire ne s'arrête pas à l'instrumentation des actes, elle comporte également plusieurs devoirs tel que le devoir de conseil qui a été largement interprété par les tribunaux et confère à l'intervention du notaire une grande sécurité. BTS NOTARIAT –Droit généralet droit notarial, T. 1, DEFRENOIS, Lextenso édition, Paris, France, 2012, p 66.



- تسيير الأرشيف التوثيقي وفقا للأنظمة المعمول بها.

نشير في الأخير إلى أن الاختصاص الإقليمي للمكاتب العمومية للتوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني، كما أنها تنشأ وتلغى وفقا لمعايير موضوعية بموجب قرار يصدره وزير العدل حافظ الأختام.

## 2- إجراء المحاسبة التوثيقية

تقضي المادة 154 من قانون التسجيل المعدلة بموجب القانون قانون المالية لسنة 2018<sup>1</sup> بأنه يتعين على الموثقين أن يمسكوا فهارس ذات أعمدة يكتبون فيها يوما بعد يوم من دون ترك بياض ولا فصل بين السطور، وحسب الأرقام جميع الوثائق والعقود التي يتلقونها في شكل نسخ أصلية أو براءات تحت طائلة غرامة مالية قدرها 25000 دج عن كل إغفال، وثبت كل مخالفة بموجب محضر، وبينت المادة 155 من ذات القانون البيانات الواجب تدوينها ضمن الفهرس وهي على النحو الآتي بيانه:

- (1) الرقم،
- (2) تاريخ العقد،
- (3) نوع المادة،
- (4) ألقاب وأسماء الأطراف ومسكنهم،
- (5) بيان الأموال ومكانها وثنمها، عندما يتعلق الأمر بعقود يكون موضوعها الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بعقارات،
- (6) علاقة التسجيل.

كما يتعين أن يذكر فضلا عن ذلك:

- (1) شكل العقد، بمعنى هل هو نسخة أصلية أو محتفظة بصورته لدى الموثق،
- (2) المبلغ المسلف أو المتنازل عنه أو المنقول، إذا كان الأمر يتعلق بالتزام أو تنازل أو نقل.

<sup>1</sup> رقم 11-17 المؤرخ في 2017/12/27 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر، ع76، بتاريخ 2017/12/28.

وتضيف في نفس المضمون المادة 38 مكرر5 من قانون الإجراءات الجبائية<sup>1</sup> بأنه يتعين على الموثق أن يقدم فهارسه عند كل طلب من قبل أعوان التسجيل بمناسبة عملية المراقبة، وفي حالة رفض ذلك يقوم عون التسجيل رفقة عون ذي رتبة مفتش بتحرير محضر عن الرفض الذي يواجهه، وتوقع بناء على ذلك غرامة قدرها 500 دج. فإضافة إلى فهرس العقود هناك سجلات أخرى يمسكها الموثق وهي على النحو التالي:

- السجل اليومي للزبون: يتضمن حساب كل زبون وفق ترتيب زمني.
- السجل اليومي للمكتب: يتضمن جميع العقود التي يحررها الموثق وفق ترتيب زمني، يضاف إليها التدقيق في الأتعاب والمصروفات الموافقة لها.
- سجل الإيرادات والمصروفات: يتضمن الرسوم والحقوق والأتعاب والطابع والقيمة المخصصة لكل عقد.

نشير إلى أنه بعد تمام إعداد العقد يتوجب تدوين المعطيات الخاصة به في السجلات التي يمسكها الموثق -لا سيما فهرس العقود- التي يتعين أن يتم ترقيمها وتأشيرها من قبل رئيس المحكمة الواقع بدائرة اختصاصها مكتب التوثيق، غير أن الفهارس الخاصة بكتّاب الإدارات يقوم بترقيمها وتوقيعها رئيس إدارة التسجيل، وقد أحالت المادة 39 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 08-244<sup>2</sup> المحدد لكيفيات مسك محاسبة الموثق ومراجعتها وبالضبط المادة الثانية منه التي أوجبت على الموثق إجراء محاسبة على نحو شفاف ومضبوط تعبر عن الوضع المادي لسير مكتبه من خلال مراقبة النفقات والإيرادات، على أنه بإمكان أعوان الإدارة الجبائية إجراء تحقيق في محاسبة المكلفين بالضريبة وإجراء جميع التحريات اللازمة من أجل تأسيس ومراقبة وعاء الضريبة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قانون الإجراءات الجبائية المؤسس بموجب القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002، ج.ر، ع 15، المؤرخة في 28/02/2002. تم إدراج المادة 38 مكرر5 منه بموجب القانون رقم 17-11 المؤرخ في 27/12/2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج.ر، ع 76، بتاريخ 28/12/2017.

<sup>2</sup> صادر بتاريخ المؤرخ في 3 غشت 2008 ج.ر، ع 45، بتاريخ 06/08/2008.

<sup>3</sup> انظر المادة 20 من قانون الإجراءات الجبائية المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 18-18 المؤرخ في 27/12/2018 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج.ر، ع 79، المؤرخة في 30/12/2018.

كما يرسل الموثق دوريا في نهاية كل فصل إلى الغرفة الجهوية جدولا يتضمن أسماء الزبائن والمبالغ التي أودعوها مع تحديد تاريخها. وبإمكان وزير العدل، حافظ الأختام القيام بتكليف ممثل عنه لمراجعة حسابات لأي مكتب توثيقي يرتأي تفتيشه، وغني عن البيان أن لا يرفض الموثق الخاضع للتفتيش عملية مراجعة الحسابات<sup>1</sup>، وتقضي أيضا المادة 158 من قانون التسجيل بأنه يتعين على الموثق أن يقدم خلال الأيام العشرة الأولى من شهر يناير وأبريل ويوليو وأكتوبر من كل سنة إلى مفتشي التسجيل التابعين لمقر إقامتهم فهارسهم من أجل التأشير عليها، على أن ينوهوا في تأشيراتهم إلى عدد العقود المسجلة.

وقررت المادة 161 من قانون التسجيل بأن الموثق ملزم بمسك سجل غير مدموغ يتم ترقيمه وتوقيعه من قبل رئيس المحكمة يتضمن أعمدة تدون فيها يوما بيوم وفق ترتيب زمني دون ترك بياض ولا تحشير المحررات التوثيقية المعفية من إجراءات التسجيل والطابع، بحيث يشار إلى رقم المادة، ونوعها وتاريخ العقد، وألقاب وأسماء الأطراف ومقر إقامتهم، كما ألزمت المادة 162 من نفس القانون الموثق أن يقدم في الفاتح من كل شهر السجل إلى مفتش التسجيل التابع لمحل إقامته حتى يؤشر عليه بحيث يذكر في تأشيرته رقم آخر عقد تم تسجيله، وقد كرس القضاء هذا المبدأ في القرار الصادر عن المحكمة العليا مضمونه ما يلي: "يكون تاريخ العقد العرفي ثابتا، من تاريخ تسجيله بمصلحة التسجيل، التابعة لوزارة المالية"<sup>2</sup>.

كما تنص المادة 158 من قانون التسجيل بأنه يتعين على الموثق أن يقدم خلال الأيام العشرة الأولى من شهر يناير وأبريل ويوليو وأكتوبر من كل سنة إلى مفتشي التسجيل التابعين لمقر إقامتهم فهارسهم من أجل التأشير عليها، على أن ينوهوا في تأشيراتهم إلى عدد العقود المسجلة.

<sup>1</sup> إن إجراء المحاسبة ضمن عدة سجلات يسمح بضبط الحسابات على نحو سليم من خلال الموازنة بين مضامينها، كما تبسط السلطة الوصية رقابتها على مكاتب التوثيق في مادة المحاسبة من خلال عملية التفتيش التي تجريها مرة على الأقل في السنة، بحيث تسند هذه المهمة إلى موثقين (2) يتم اختيارهما بالتشاور بين الغرفة الوطنية وكذا الغرفة الجهوية للموثقين، ونتوج عملية التفتيش بتقرير مفصل يعده الموثقان ويتم إرساله إلى وزير العدل، حافظ الأختام والغرفة الوطنية وكذا الغرفة الجهوية للموثقين.

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2005/12/21، ملف رقم 315271، م.ق، ع 2، 2006، ص 197.

وقد أحالت المادة 39 من القانون رقم 06-02 المتعلق بتنظيم مهنة الموثق إلى أحكام المرسوم التنفيذي رقم 08-244 المحدد لكيفيات مسك محاسبة الموثق ومراجعتها وبالضبط المادة الثانية منه التي أوجبت على الموثق إجراء محاسبة على نحو شفاف ومضبوط تعبر عن الوضع المادي لسير مكتبه من خلال مراقبة النفقات والإيرادات، كما يمكن لأعوان الإدارة الجبائية إجراء تحقيق في محاسبة المكلفين بالضريبة وإجراء جميع التحريات اللازمة من أجل تأسيس ومراقبة وعاء الضريبة<sup>1</sup>.

تجب الإشارة إلى أنه بإمكان الموثق قبل تحرير العقد أن يطلب من أطراف العقد تسديد تسبيق يتم حسمه من الأتعاب بغية تغطية النفقات والحقوق الأولية في مقابل وصل استلام<sup>2</sup>، مع العلم أنه يمكن للزبون استرجاع المبلغ المدفوع عند عدم انجاز الخدمة الواجب أدائها من قبل الموثق، على أن هذا الأخير يستأثر بالمبلغ المدفوع في حال عدول الزبون، مع الإشارة إلى أن جدول التعريف الرسمية للأتعاب يتعين لصقه في مكان ظاهر من المكتب حتى يتمكن الزبائن من الاطلاع عليه، على أنه لا يعتد بتعدد الموثقين لتحصيل الأتعاب متى انصب عملهم على نفس العقد ويرجع نصف الأتعاب للموثق الذي يحتفظ بأصل العقد ويكون النصف الآخر للموثق أو بقية الموثقين بالاشتراك بينهم، كذلك الشأن بالنسبة لارتباط عدة تعاقدات بعضها ببعض فلا تحصل إلا الأتعاب المرتبطة بالتعاقد الرئيسي، بخلاف حالة التعاقدات المنفصلة بحيث ينجر عنها حقوق متميزة للتسجيل وكذا لرسم الشهر العقاري أو ذلك المتعلق بالقيمة المضافة فيتم تحصيل الأتعاب بصورة مستقلة لكل تعاقد حتى ولو انصبت على ذات العقد.

نوه في هذا الخصوص إلى الآثار المترتبة على المساعدة القضائية بحيث يعفى من دفع المبالغ المستحقة بصفة مؤقتة للموثق المساعد قضائياً طبقاً لمقتضيات المادة 13 من الأمر رقم 71-57 المؤرخ في 5 غشت 1971 المتعلق بالمساعدة القضائية المعدل والمتمم<sup>3</sup>، كما تقضي المادة 14 من ذات القانون بأنه

<sup>1</sup> انظر المادة 20 من قانون الإجراءات الجبائية المعدلة بموجب المادة 15 من القانون رقم 18-18 المؤرخ في 27/12/2018 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، ج.ر، ع79، المؤرخة في 30/12/2018.

<sup>2</sup> يتضمن الوصل كل الحقوق لفائدة الخزينة العمومية وكذا المصروفات الإضافية المنجزة لفائدة الزبون، بالإضافة إلى الأتعاب المستحقة يقابلها التسعيرة الواردة في التعريف الرسمية.

<sup>3</sup> عدّل هذا الأمر بموجب القانون رقم 09-02 المؤرخ في 25/02/2009، ج.ر، العدد 15، بتاريخ 08/03/2009. مع الإشارة إلى أن المادتين 13 و 14 لم يمسهما التعديل.

تُسَلَّم مجاناً العقود أو النسخ التي يطلبها المساعد قضائياً بشرط صدور أمر من قبل رئيس الجهة القضائية بأسفل عريضة، ويكون هذا الأمر معنياً من الطابع والتسجيل.

وتبعاً لما سالف بيانه نشير إلى أحكام قانون الطابع<sup>1</sup>، لا سيما المادة الأولى منه التي تقضي بأن رسم الطابع هو الضريبة المفروضة على جميع الأوراق المخصصة للعقود المدنية والقضائية وللمحركات التي يمكن أن تقدم للقضاء كدليل، وقد ألزمت المادة الرابعة من هذا الأمر على الموثق دفع الرسوم، وحظرت عليه المادة 14 من ذات الأمر إصدار عقد غير محرر على ورق مدموغ بالطابع أو غير مؤشر عليه من أجل الطابع، كما نوهت المادة 15 إلى أن كشف المصاريف التي يعدها الموثق يتعين أن يبين فيها بصفة متميزة في عمود خاص وبالنسبة لكل مصروف مبلغ الرسوم المدفوعة إلى الخزينة العمومية.

وأضفت المادة 16 من قانون الطابع بأنه ينبغي على الموثق أن يصرح صراحة في العقد -إذا كان السند المشار إليه ضمنه يحمل الطابع المقرر- بمبلغ رسم الطابع الذي تم تسديده. وتخضع لرسم الطابع حسب المادة 61 من هذا القانون عقود ونسخ الموثقين، ونشير في الأخير إلى أن المادة 71 من ذات القانون قد أوجبت على الموثق استعمال أوراق تطابق النوع المحدد بموجب قرار صادر عن مدير الضرائب، من ثم دمجها بطريقة عادية (عن طريق إدارة التسجيل وفقاً للمادة 54 من نفس القانون) أو بطريقة غير عادية (إذا تم دمجها من قبل المكلف الذي يرغب في استعمالها).

نشير في الأخير إلى أن النقود المودعة بالخزانة المصفحة تعتبر في حكم الحسابات الجارية يتعين إدراجها وقت القيام بالموازنة الشهرية، ويمكن للموثق في هذا الخصوص استغلال تلك النقود لأغراض المكتب كتسديد الفاتورات وكشوف الرواتب مع اشتراط تدوينها ضمن دفتر الصندوق.

### ثانياً: إخلال الموثق بمهامه القانونية

إن اقرار الموثقين لأفعال يحضرها القانون أو امتناعهم عن أداء واجباتهم يرتب المسؤولية في جانبهم، فإذا كان الإخلال يرتبط بمبادئ وأخلاقيات المهنة فالمسؤولية هنا أدبية أو أخلاقية، وأما إذا كانت المخالفة لقاعدة قانونية فإن مسؤولية الموثق تكون قانونية، ونفصل في أنواع هذه الأخيرة ثم نبين تشديد مسؤولية الموثق بالنظر إلى أصحاب المهن الأخرى.

<sup>1</sup> الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع، ج.ر، ع39، بتاريخ 15/05/1977.

## 1- أنواع المسؤولية الناشئة عن إخلال الموثق بمهامه القانونية

قد يخل الموثق بأداء واجب من واجباته المهنية كأن يغفل عن تسجيل أو إشهار عقد يتطلب هذين الإجراءين ومن ثم تترتب مسؤوليته قبل حريقه، ومعيار الخطأ في هذه الحال هو سلوك الشخص المعتاد في مهنة التوثيق<sup>1</sup>، فقد تترتب مسؤوليته المدنية والتي تخرج عن النطاق العقدي لتتصرف في جانب المسؤولية التصديرية كحالة عدم إسداء النصح وترتب على إبرام العقد دفع تعويضات للطرف الآخر أو الغير<sup>2</sup>.

وأما إذا اقترف الموثق فعلا مجرما قانونا سواء كان جنيا أو جنحة أو مخالفة فإن هذا يجعله يتعرض للمساءلة الجزائية التي تستوجب معاقبته طبقا لما هو مقرر في قانون العقوبات وكذا القوانين الجزائية الخاصة، كما قد يقدم الموثق على الإخلال بالتزاماته المهنية جراء أخطاء يقترفها في حق المهنة ذاتها أو في حق الزبون المتعامل معه فتترتب مسؤوليته التأديبية. وأما على الصعيد الجبائي فقد يخل الموثق ببعض الالتزامات الناشئة عن العقود كملك المرتبطة بالأجال فيتعرض تبعا لهذا إلى المسؤولية الجبائية وذلك بفرض غرامات مالية.

وسوف نتطرق إلى أنواع هذه المسؤوليات تباعا .

## أ- المسؤولية المدنية للموثق

يبقى الموثق سؤولا مدنيا عن الأخطاء التي يرتكبها بمناسبة أداء مهامه التوثيقية والتي ألحقت بأحد أطراف العقد أو الغير ضررا يتعين جبره بالتعويض متى تحققت أركان هذه المسؤولية، كما ينبغي أن يكون الخطأ جسيما مع الإشارة إلى أنها غالبا ما تأخذ طابعا جزائيا إذا كانت قبل الغير وتكتسي طابعا مدنيا إذا كانت قبل الزبائن، فيعتبر سؤولا عن بطلان العقد بسبب عدم التأكد من صحته أو إهمال إحدى البيانات الجوهرية في العقد كعدم وجود الشهود في عقد الهبة، والأصل أن مسؤولية الموثق غير ثابتة إلا أثبت المدعي خطأه وكذا الضرر اللاحق به ومن علاقة السبب بينهما وهو أر يخضع في تقريره

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص 105 -بتصرف-

<sup>2</sup> Lemanquement du notaire à son devoir de conseil engendrer la responsabilité civile, pénale et disciplinaire. Mais sur le plan de la responsabilité civile, en principe le notaire n'engage pas la responsabilité contractuelle, mais sa responsabilité délictuelle. Virginie RAPP-CASSIGNEUL, op.cit, p. 67.

إلى قاضي الموضوع، فكما أنه مسؤول عن أعمالها وهو مسؤول أيضا عن أعمال تابعيه ولا يستطيع التنصل من المسؤولية بإدراج صيغيات ضمن المحرر التوثيقي تعفيه من هذه المسؤولية<sup>1</sup>.  
وأما الطعن بالتزوير في المحررات التوثيقية<sup>2</sup> التي يتم الدفع بها أمام القضاء المدني فهو يتميز عن مظاهره الخطوط الذي هو عبارة عن إجراء ينبنى على موقف سلبي حيث يطبق على المحررات العرفية وينكر المدعى عليه ما نسب إليه توقيع أو غير ذلك بخلاف التزوير الذي يكون إيجابيا حيث يتبنى المتقاضي دورا هجوميا، وهذا من مستجدات قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذلك أن الإختصاص الأصيل لهذا الإجراء هو القضاء الجزائي حيث كان يتم قبل صدور هذا القانون أمامه وكان بموجب طلب فرعي أمام القضاء المدني<sup>3</sup>.

والحقيقة أن القاضي المدني لا يقصد من وراء النظر في دعوى التزوير توقيع العقاب حماية للحق العام وإنما الغرض من ذلك إثبات ارتكاب التزوير ومن ثم استبعاد المزور مع احتفاظ النيابة العامة باعتبارها صاحبة الإختصاص في الدعوى الجزائية في متابعة الجاني حال توافر أركان الجريمة، ونفس الدور مخول للقاضي الجزائي حيث يمكنه البت في الدعوى المدنية التبعية طبقا للمادة الثانية من قانون الإجراءات الجزائية، ومد الإختصاص على هذا النحو هو طريق استثنائي مؤداه حسن سير العدالة<sup>4</sup>.

وقد نصت المادة 180 وما بعدها من ق.إ.م.إ على الإجراءات الخاصة بالإدعاء الفرعي بالتزوير ويكون ذلك بموجب إيداع مذكرة أمام القاضي المدني الذي ينظر في الدعوى الأصلية حيث تتضمن هذه المذكرة الأوجه التي يستند عليها المتقاضي لإثبات التزوير تحت طائلة عدم قبول الإدعاء، وقد يرتأي القاضي أن العقد الرسمي المطعون فيه بالتزوير غير ذي جدوى فيصرف النظر عنه وأما إذا كان البت في

<sup>1</sup> أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، مرجع سابق، ص 215 وما بعدها. -بتصرف-

<sup>2</sup> تقضي المادة 179 من ق.إ.م.إ بأن الإدعاء بالتزوير الموجه ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي ترمي إلى إثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات مزورة إليه، وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد، ويتم الإدعاء بالتزوير بموجب طلب فرعي أو بدعوى أصلية. وهو نفس التعريف الذي اعتمده المشرع في المادة 124 وما يليها من قانون العقوبات.

<sup>3</sup> بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 150.

<sup>4</sup> بربارة عبد الرحمن، نفس المرجع، ص 151.

النزاع يتوقف عليه فإنه يدعو المتقاضي الذي قام بتقديمه للإدلاء عما إذا كان يتمسك به، فإذا صرح المتقاضي بعدم التمسك به أو لم يدل بأي تصريح يستبعد المحرر، وأما إذا تمسك باستعماله أمره القاضي بإيداع أصل المحرر أو نسخة مطابقة عنه بأمانة ضبط الجهة القضائية خلال أجل لا يفوق ثمانية أيام، وإذا تخلف عن القيام بهذا الإجراء يتم استبعاد المحرر، وفي حال كون أصل هذا المحرر مودعا ضمن محفوظات عمومية يأمر القاضي المودع لديه بتسليم هذا المستند إلى أمانة ضبط الجهة القضائية.

كما أنه يتعين على القاضي وفقا للمادة 182 من ق.إ.م.إ أن يرجئ البت في الدعوى الأصلية إلى حين صدور الحكم في قضية التزوير، فإذا تم القضاء بثبوت التزوير يأمر القاضي إما بإزالة المستند أو إتلافه أو شطبه بصفة كلية أو جزئية أو بتعديله، ويدون المنطوق على هامش العقد المزور، ومن ثم يقرر القاضي إما إعادة إدراج العقد الرسمي ضمن المحفوظات التي تم ناستخراجه منها أو الاحتفاظ به بأمانة ضبط الجهة القضائية، مع التنويه إلى أن الحكم الصادر بشأن الدعوى قابل للطعن بكافة الطرق المقررة قانونا. وفي حال الحكم برد المستندات المودعة فلا يتم تنفيذه إلا إذا حاز قوة الشيء المقضي به ما لم يأمر بخلاف ذلك بطلب من المعني، تشير المادة 185 من ق.إ.م.إ إلى أنه لا يمكن تسليم نسخة رسمية من المستندات المطعون فيها بالتزوير المودعة بأمانة ضبط الجهة القضائية إلا بموجب أمر على عريضة.

وأما بشأن الإدعاء الأصلي بالتزوير فإنه يتم باتباع الإجراءات المقررة لرفع الدعوى، ويتعين أن تتوفر في المتقاضي طبقا للمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الصفة والمصلحة وتضيف المادة من ذات القانون شرط الأهلية لصحة المطالبة القضائية، فلا يمكن أن تقام دعوى باسم أو ضد شخص متوفى<sup>1</sup>. وبعد رفع الإدعاء يأمر القاضي بإيداع المستند المطعون فيه بالتزوير لدى أمانة الضبط خلال أجل لا يتجاوز ثمانية أيام، ومن ثم تتبع الإجراءات المقررة ضمن المواد 165 من نفس القانون المتعلقة بمضاهاة الخطوط المادة 167 إلى 170 من ذات القانون المتعلقة بإحضار الوثائق والتمحيص بشأنها والبت في الإشكالات المعروضة والمادة 183 من نفس القانون التي تعنى بآثار الإدعاء الفرعي بالتزوير كإزالة المحرر أو شطبه أو تعديله.

<sup>1</sup> للتفصيل أكثر راجع عبد السلام ديب، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 2009، ص 965 وما بعدها.



ونوه في الأخير إلى أن هناك ضرورة لإحداث صندوق خاص بالتعويض يعتبر كنقطة تصالح وتقاطع بين حقوق الموثق وحقوق الزبناء عن طريق التظلم للهيئة المشرفة أو للجنة تحدد صلاحياتها قانوناً، وهذا درءاً للطرق باب العدالة الذي لا يخدم مصلحة الطرفين سواء الزبناء الذين يسعون إلى كسب الوقت في إجراء معاملاتهم ومن ثم دفع عجلة التنمية بوتيرة سريعة خدمة للمصالح العام أو بالنسبة للموثق حتى لا تتعطل مهامهم خلال كثرة تردده على القضاء وتماطل هذا الأخير في الفصل في الدعاوى وهذا بدوره لا يحقق منفعة للمصالح العام.

نشير في الأخير إلى أنه يتعين على الموثق أن يكتب تأمينا على المسؤولية المدنية وهذا يستتبع حتما إدخال شركة التأمين في كل دعوى ترمي إلى جبر الضرر عن طريق التعويض عن كل مسؤولية تقصيرية في إطار ممارسة مهنة التوثيق إلا إذا كان الخطأ متعمداً فلا مجال لإشراك أو إحلال شركة التأمين في الدعوى<sup>1-2</sup>.

#### ب- المسؤولية الجزائية للموثق

في حال ارتكاب الموثق لجريمة ينص عليها قانون العقوبات فإنه يتعرض للمساءلة الجنائية كإفشاء سر مهني أو جريمة الرشوة أو جريمة الغدر أو جريمة التزوير وغيرها، غير أن جريمة التزوير التي يقع ضحيتها الموثق تغطي على الجرائم الأخرى خاصة جريمة استعمال المزور، لهذا سنخصها بالبحث ذلك أنها تقع في الغالب على المحررات التوثيقية موضوع هذا البحث، ولقيام مسؤولية الموثق الجزائية يتعين امتلاك الموثق للإدراك والتمييز وكذا حرية الإرادة، ولا يمكن تصور عدم امتلاكه لهما بل يفترض ذلك كونه ولج إلى رحاب هذه المهنة واكتساب صفة الضابط العمومي بهذين الشرطين وغيرهما، فتتحقق المسؤولية الجزائية للموثق بتوافر أركانها المتمثلة في الخطأ الجزائي واعتبار الفعل الذي يرتكبه الموثق جرماً يعاقب عليه القانون وذلك بقصد إحداث نتيجة معينة، وعلاقة السببية بين السلوك الإجرامي والنتيجة<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> La loi organise une garantie professionnelle au profit de la clientele des notaries en Assurant les offices notariaux à l'égard de la responsabilité civile professionnelle, mais aussi il faut créer au sein de chaque chambre régionale des notaries une caisse commune afin de satisfaire leur clientele. Voir dans ce contexte RICHARD Crône, po.cit, p.14.

<sup>2</sup> حفيظ بن محمد لحماضي صافي، المسؤولية المدنية للموثق على ضوء العمل القضائي، مطبعة الهداية، تطوان، المغرب، ط1، 2017، ص 95.

<sup>3</sup> وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2009، ص 235 وما يليها.

وفي المجال الجنائي يرى الدكتور أحسن بوسقيعة فيما يتعلق بمحل جريمة التزوير يشترط في الركن المادي ما يلي:

- 1- لا بد أن يكون للمحرر شكلا ومصدرا ومضمونا معينا مهما كانت وسيلة التدوين سواء باليد أو الآلة الراقنة أو جهاز الكمبيوتر ، أما بخصوص الشكل فيشترط أن يكون في شكل كتابة أو عبارات خطية، ومن ثم خرج بهذا القول الأختام المنسوبة إلى فرد أو جهة ذلك أنها يحكمها نص خاص وكذا الأقراص الممغنطة وأشرطة التسجيل.
  - 2- يجب أن يكون مصدر المحرر بيناً وإن تعذر تعيين مصدره فلا ترقى الكتابة الواردة ضمنه لاعتباره محررا يشكل جريمة التزوير، كما أنه ليس بالضرورة أن يكون تدوين المحرر من قبل المتهم كحالة من أدلى بتصريح كاذب لموثق بشأن فريضة.
  - 3- يتعين أن يتضمن المحرر مضمونا بمعنى أن يشتمل على تعبير عن إرادة أو سرد لواقعة إذ لا يمكن اعتباره محررا إذا احتوى على علامات أو إشارات أو توقيعات أو أسماء لا غير، مع الإشارة إلى أن المحرر يتضمن الكتابة دون التوسع في أمور أخرى كالصورة الفوتوغرافية بالنسبة لبطاقة التعريف الوطنية التي يتم تخطيطها أو استبدالها بأخرى فإنها لا ترتبط بمضمون المحرر وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية حين وضع شخص صورة شمسية بدل أخرى على رخصة رسمية فالتهم لم يمس بمضمون المحرر وعلت المحكمة رأيها بأنه لا يسوغ التوسع في تأويل قانون العقوبات<sup>1</sup>.
- إن النظرة السلبية للخطأ الذي يرتكبه الموثق في إعداد محرراته تجانب المنطق حيث يكيف في الغالب بأنه خطأ جسيم ذو طابع جزائي وعليه يتابع بجريمة التزوير في المحررات الرسمية، والراجح أن الأخطاء لا تعدو أن تكون أخطاء مادية شبيهة بتلك التي يرتكبها القاضي ضمن الأحكام التي يصدرها أثناء عمله كما هو مبين في المواد 286 و 287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا بطبيعة الحال طعن في شرف المهنة إلا ما يقع نادرا، ومن ثم هناك ضرورة للإلتزام بإجراءات متابعة وتحقيق تليق بمقام الموثق باعتباره ضابط عمومي.

<sup>1</sup> أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر ط10، 2009، ص336-337.

## ت- المسؤولية التأديبية للموثق

إن شرف مهنة التوثيق يتطلب وضع مدونة أخلاقيات مهنة الموثق حتى يتم ضبط أسلوب ممارسة عام موضوعي وموحد يراعى بشأنه خصوصية هذه المهنة بما يحفظ هيبتها، على أن يتم تنقيحها تعديلا وإلغاء وتعديلا لمضمونها وفق المستجدات التي تطرأ على تنظيم المهنة، فأخلاقيات مهنة التوثيق هي الواجبات القانونية وقواعد السلوك التي تحكم سير المهنة على اختلاف مستوياتها وتنوع مصادرها بين نص القانون والشريعة الإسلامية والعرف القائم ممارسة محمودة الأداء والغايات المرجوة من تشريع التوثيق<sup>1</sup>.

ويكون الموثق غالبا عرضة للأخطاء المهنية<sup>2</sup> كإخلاله بواجب من واجباته المهنية التي ترتب مسؤوليته تأديبية كنص المادة 32 من القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق التي تنص في فقرتها الأولى على ما يلي: "لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة المسؤولية التأديبية"، على أن العقوبات التأديبية تخضع لجملة من المبادئ كبدأ عدم جواز تعدد العقوبات التأديبية على المخالفة الواحدة واستثناء من ذلك قد تقترن العقوبة التأديبية بنوع آخر من العقوبة كالعقوبة الجزائية أو المدنية<sup>3</sup>، ومبدأ تناسب العقوبة التأديبية مع الخطأ التأديبي، ومبدأ شخصية العقوبة فيكون الموثق ذاته محلا للعقوبة التأديبية دون أن تنصرف لورثة بعد الوفاة.

وقد حددت المادة 54 من القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق العقوبات التأديبية التي يحتمل أن توقع على الموثق بسبب تقصيره عن أداء التزاماته المهنية أو بمناسبة تأديتها وهي:

- الإنذار،
- التوبيخ،
- التوقيف عن ممارسة المهنة لمدة أقصاها ستة (6) أشهر،

<sup>1</sup> فاتح جلول، الميثاق القانونية للموثق، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 66 وما بعدها.

<sup>2</sup> Les fautes disciplinaires sont susceptibles de sanctions de gravités variables. Dans ce contexte il n'existe pas d'indication textuelle quant à la nature de la sanction adéquate à telle ou telle faute ceci signifie qu'il y a un pouvoir discrétionnaire des organes disciplinaires compétents. donc hors les cas où la loi impose telle sanction particulière, il est de pronocer une peine en fonction de la gravité des manquements constatés. RICHARD Crône, la responsabilité civile des notaires, 5<sup>ème</sup> édition, DEFRENOIS, lextenso édition, Paris, France, 2008, P. 13

<sup>3</sup> تنص المادة 53 من قانون تنظيم مهنة الموثق على ما يلي: "دون الإخلال بالمسؤولية الجزائية والمدنية المنصوص عليها في التشريع المعمول به، يتعرض الموثق عن كل تقصير في التزاماته المهنية أو بمناسبة تأديتها إلى العقوبات التأديبية المنصوص عليها في هذا القانون".

## - العزل.

وأما بشأن السلطة التي توقع العقوبة على الموثق فإنه حسب المادة 55 من ق.ت.م.م. ينشأ على مستوى كل غرفة جهوية مجلس تأديبي يتكون من سبعة أعضاء من بينهم رئيس الغرفة رئيساً، وقد حددت المواد 56 وما يليها من نفس القانون الإجراءات الواجب مراعاتها لتطبيق العقوبات على الموثق المتابع، ويجب الفصل في الدعوى التأديبية في أجل أقصاه ستة أشهر اعتباراً من تاريخ التوقيف وإلا فإن الموثق يرجع إلى ممارسة مهامه بقوة القانون ما لم يكن متابعاً جزائياً، وبتقديم الدعوى التأديبية بمضي ثلاث سنوات من يوم ارتكاب الفعل ما لم يكن يحمل وصفاً جزائياً، على أن سريان هذا التقادم ينقطع بناءً على إجراء من إجراءات التحقيق التأديبية أو الجزائية. وأما بخصوص الطعن فإنه تنشأ لجنة وطنية للطعن تكلف بالبت في الطعون المقدمة ضد قرارات المجلس التأديبي وفق إجراءات حددتها المود 63 وما يليها من قانون تنظيم مهنة الموثق لسنة 2006، على أنه يجوز الطعن في قرارات هذه الأخيرة أمام مجلس الدولة طبقاً للتشريع المعمول به، ولا يكون لهذا الطعن أثر موقوف بالنسبة لتنفيذ قرار اللجنة.

## ث- المسؤولية المالية (الجبائية)

منعت المادة 123 من قانون التسجيل الموثق من تحرير عقد يستند إلى عقد آخر خاضع وجوباً إلى التسجيل سواء على صورة أو على الأصل المرفق بالصورة، ويحظر عليه أيضاً أن يودعه ويسلمه في شكل نسخة أو ملخص أو براءة أو إرسال وهذا قبل أن يدمغ أو يسجل بصفة قانونية حتى ولو لم ينته أجل الطبع أو التسجيل وإلا فرضت عليه غرامة مالية قدرها 500 دج<sup>1</sup>، غير أنه يمكن للموثق إجراء ذلك شريطة أن يكون العقد المحرر مصحوباً بالعقد الذي أشير فيه إليه وأن يكون خاضعاً في نفس الوقت إلى إجراء التسجيل، ويترتب على هذا مسؤولية الموثق شخصياً ليس عن رسوماً لتسجيل لحسب بل يضاف إليها قيمة الغرامة التي يخضع لها هذا العقد، وعليه بإمكانه الرجوع على الأطراف، وذلك بعد إثبات دفع رسم الطابع بوضع ختم ندي على العقود يحمل عبارة "رسم طابع محصل للخرينة".

<sup>1</sup> يكون من المستحسن توحيد قيمة الغرامات إذا تعلقت بنفس الحكم (تلاوة أحكام مواد مع الإشارة إلى هذه القراءة)، بحيث تنص المادة 64 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة إلى توقيع غرامة مالية قدرها 1000 دج.

## 2- تشديد مسؤولية الموثق

المقصود بالمهن الحرة هي تلك المهن التي تنسم بالاستقلالية ويزاولها أشخاص يتصفون بكفاءات عالية بحيث لا تربط بينهم وبين من يتعامل معهم علاقة التبعية، ونذكر من بين هؤلاء في الحقل القانوني المحامون، المحضرون القضائيون، محافظو البيع بالمزايدة والموثقون، والفئة الأخيرة هي التي تعيننا في هذا المقام.

وينظم أحكام مهنة المحامي (Avocat) القانون 07-13 المؤرخ في 2013/11/29<sup>1</sup> حيث تعرف المادة الثانية منه مهنة المحاماة بأنها مهنة حرة مستقلة تعمل على حماية وحفظ حقوق الدفاع وتساهم في تحقيق العدالة واحترام سيادة القانون، ويسعى القيام بجملة من المهام نصت عليها المادة السادسة من هذا القانون على سبيل المثال أهمها اتخاذ التدابير أثناء المرافعات والتدخل في الإجراءات والقيام بالطعون لفائدة موكله وقبض كل مبلغ مع الإبراء وغيرها من المهام.

وأما المحضر القضائي (Huissier de justice) فقد نظم أحكامه القانون 03-06 المؤرخ في 2006/02/20<sup>2</sup>، حيث تعرف المادة الرابعة من هذا القانون المحضر القضائي بأنه ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص تحت مسؤوليته، ومن بين مهامه طبقا للمادة 12 من هذا القانون تبليغ العقود والسندات والإعلانات التي ينص عليها القانون والتنظيمات وكذا التكليف بالحضور، كما يقوم بتنفيذ المقررات القضائية الصادرة عن الجهات القضائية وكذا السندات والمحركات في شكلها التنفيذي. ويحصل أيضا الديون المستحقة وديا أو قضائيا أو قبول عرضها أو إيداعها، بالإضافة إلى إجراء المعاينات ذات الطابع الوصفي أو الاستجابات أو الإنذارات بناء على أمر قضائي دون حاجي لإبداء رأيه، وتبقى مسؤوليته المدنية قائمة طبقا للمادة 16 من نفس القانون عن الضرر الذي يتسبب فيه.

<sup>1</sup> ج.ر، ع 55، المؤرخة في 2013/10/30.

<sup>2</sup> ج.ر، ع 14، المؤرخة في 2006/03/08.

وبالنسبة لمحافظ البيع بالمزاد العلني (commissaire priseur) فينظم أحكام مهنته الأمر رقم 02-96 المؤرخ في 10/01/1996<sup>1</sup> حيث تقضي المادة الثالثة بأنه يسند كل مكتب عمومي للبيع بالمزايدة للمحافظ يتولى تسييره لحسابه الخاص، كما تقضي المادة السادسة من نفس الأمر بأنه يمكن انتداب محافظ البيع بالمزايدة قضائيا أو بالتماس من الخواص، وتكمن مهامه في التقييم والبيع العمومي للمنتقولات والأموال المنقولة المادية ويمتنع عن بيع الأموال باليت تحت الحراسة القضائية إلا ترتبت مسؤوليته.

وإذا أمعنا النظر في نصوص القوانين سابقة الذكر فإن الاستقلالية التي يتمتع أصحاب المهنة الحرة نجد أنها مكرسة على إطلاقها في مهنة المحاماة ثم تضيق عند مهنة المحضر القضائي ومهنة محافظ البيع بالمزايدة وكذا مهنة الموثق، والملاحظ أن المشرع قد أسمى مهنة المحاماة باستعمال المهنة في حد ذاتها "المحاماة" بخلاف المهن الثلاث الأخرى فقد أسماها على القائم بها "المحضر القضائي"، "محافظ البيع بالمزاد العلني" و"الموثق" حيث يقع على عاتق هؤلاء الالتزام بواجب النصح الذي يتعين عليهم إثبات القيام به على أمر يصعب إثباته من الناحية العملية.

كما أن الموثق ملزم بتحقيق نتيجة بشأن العقود التي يقوم بتحريرها، بخلاف المحامي الذي يلتزم ببذل عناية، ونذكر من بين القرارات التي ألزمت الموثق بالتعويض في مجال المسؤولية المدني القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2008 والذي جاء فيه ما يلي: "تقوم مسؤولية الموثق ويلزم بالتعويض في حالة عدم قيامه بدوره القانوني الإيجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة ونصح الطرفين بما يحقق انسجام اتفاقاتهما والقوانين السارية"<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: الهيئات المشرفة على الموثقين

صدرت مجموعة من القرارات تعنى بالأنظمة الداخلية المرتبطة بالهيئات المشرفة على الموثقين، لا سيما القرار المتعلق بالنظام الداخلي للمجلس الأعلى للتوثيق، والنظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، وكذا النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين، نلخص عمل هذه الهيئات وفقا لما تضمنته هذه الأنظمة، مقارنة

<sup>1</sup> ج.ر، ع 3، المؤرخة في 14/01/1996.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 13/12/2006، ملف رقم 375903، م.ق، ع 2، 2008، ص 243.

مع ما ورد ضمن المرسوم التنفيذي رقم 08-242 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها<sup>1</sup>.

نشير إلى أن الأنظمة الداخلية المنظمة للهيئات المشرفة قد صدرت تطبيقاً للقانون 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988 الملغى بموجب القانون رقم 06-02، وبالتبعية المرسوم 89-144 المؤرخ في 8 غشت 1989 المحدد لشروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها الانضباطي وقواعد تنظيم المهنة وسير أجهزتها الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 08-242 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ومن ثم يتعين إصدار نصوص تطبيقية جديدة تستجيب للغاية التي يبتغيها المشرع من وراء استحداث القوانين وفق المستجدات التي تطرأ على الصعيد الدولي وما أفرزه الواقع العملي لمهنة التوثيق.

### أولاً: المجلس الأعلى للتوثيق

صدر القرار المنظم للنظام الداخلي للمجلس الأعلى للتوثيق بتاريخ في 21 يوليو 1991<sup>2</sup> تطبيقاً للقانون 88-27 وكذا المرسوم التنفيذي 89-144، ثم صدر المرسوم 08-242 المذكور أعلاه تطبيقاً للقانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وقد تطرق هذا المرسوم إلى الأحكام المرتبطة بالمجلس الأعلى للتوثيق وأحالت المادة 3/21 منه إلى النظام الداخلي الذي يعده عند أول دورة له ويصادق عليه، ومن استقراء فحوى المرسوم يتضح أن صلاحيات هذا المجلس تتحدد في دراسة المسائل ذات الطابع العام المتعلقة بمهنة التوثيق التي يتولى رئيس الغرفة الوطنية ورؤساء الغرف الجهوية إخطاره بها شهراً واحداً قبل انعقاد دورته، على أن هذا المجلس يعقد دورة عادية مرتين في السنة، كما يجتمع في دورة غير عادية

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 08-242 المؤرخ في 3 غشت 2008 المتضمن شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ج.ر. 45 المؤرخة في 6 غشت 2008 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 18-84 المؤرخ في 5 مارس 2018، ج.ر. 15 المؤرخة في 7 مارس 2018.

نجد في القانون الفرنسي المرسوم رقم 2004-1034 المؤرخ في 26/11/2004 المعدل للمرسوم رقم 45-117 المؤرخ في 19/12/1945 المتعلق بتطبيق القانون الأساسي للتوثيق (J.O.R.F n° 278 du 30/11/2004).

www.textes.justice.gouv.fr

<sup>2</sup> ج.ر. 46، المؤرخة في 27 ربيع الأول 1412 هـ.

عند الاقتضاء، ويشرف على تحضير أعمال كل دورة المدير المكلف بالشؤون المدنية بوزارة العدل. ويتألف المجلس الأعلى للتوثيق الذي يترأسه وزير العدل حافظ الأختام وفقا للمادة 19 من المرسوم من الأعضاء الآتي بيانهم:

- المدير العام للشؤون القضائية والقانونية بوزارة العدل،
- مدير الشؤون المدنية وختم الدولة بوزارة العدل،
- رئيس الغرفة الوطنية للموثقين،
- رؤساء الغرف الجهوية للموثقين،

كما يمكن للمجلس الأعلى للتوثيق الاستعانة بكل شخص له كفاءة تؤهله لمساعدته في أداء مهامه، هذه الأخيرة المتمثلة في إنشاء الغرف الجهوية، العراقيل التي قد تكون عقبة في سير المهنة أو التي من شأنها أن تسهم في ترقيتها، كما يضمن المجلس احترام قواعد ممارسة المهنة وإعداد برامج ومناهج التكوين. وبالنسبة لسير المجلس الأعلى للتوثيق ولعقد اجتماعه فإن المدير المكلف بالشؤون المدنية بوزارة العدل يقوم بتحضير جدول أعمال، ويتم تبليغ هذا الأخير إلى جميع الأعضاء مصحوبا باستدعاء، وذلك 15 يوما قبل انعقاد الدورة العادية، و 8 أيام قبل انعقاد الدورة غير العادية<sup>1</sup>.

#### ثانيا: الغرفة الوطنية للموثقين

تم إصدار القرار المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين بتاريخ 14 نوفمبر 1992<sup>2</sup> تطبيقا للقانون 27-88 وكذا المرسوم التنفيذي 89-144، ثم صدر المرسوم 08-242 المذكور سابقا البيان تطبيقا للقانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وقد تضمن هذا المرسوم الأحكام ذات الصلة بالغرفة

<sup>1</sup> لم يحدد هذا المرسوم مداولة المجلس التي لا محالة أنها تتم - حسب النظام الداخلي للمجلس الأعلى للتوثيق المنتظر تحديث أحكامه - بحضور أغلبية أعضائه، وفي حال عدم اكتمال النصاب يحدد اجتماع ثان خلال 8 أيام الموالية، ومن ثم يبت المجلس الأعلى للتوثيق بصورة صحيحة مهما كان عدد الحاضرين، على أن القرارات تتخذ بالأغلبية البسيطة بالنسبة للأعضاء الحاضرين، وعند تعادل الأصوات يرحح صوت الرئيس، ليخلص أمين المجلس الأعلى للتوثيق إلى تحرير محضر جلسات المجلس كما يقوم بتبليغ القرارات المتخذة.

<sup>2</sup> ج.ر، ع 92، المؤرخة في 3 رجب 1413 هـ.



الوطنية للموثقين التي يتحدد مقرها بالجزائر العاصمة، وقد أحالت المادة 3/27 منه إلى النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين الذي يحدد إجراءات وكيفيات انتخاب رئيس الغرفة الوطنية للموثقين وأعضائها. وقد أفصح المرسوم 242-08 بوجه عام عن طريقة انتخاب رئيس الغرفة الوطنية للموثقين الذي يتم في أول اجتماع الذي يتم بطريق التصويت السري لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة فقط من بين الموثقين المترشحين الذين مارسوا مهنة التوثيق عشر سنوات على الأقل. على أنه إذا تم انتخاب رئيس الغرفة الوطنية من بين رؤساء الغرفة الجهوية فإنه يتم تعويضه على مستوى هذه الأخيرة وفق الشروط والكيفيات الواردة في نظامها الداخلي. كما يتم انتخاب الأمين العام للغرفة الوطنية وكذا أمين الخزانة من بين أعضاء الغرفة الوطنية للموثقين وذلك عند أول اجتماع.

تتألف الغرفة الوطنية للموثقين من ما يلي:

- رئيس الغرفة الوطنية للموثقين،
- رؤساء الغرف الجهوية للموثقين توبا للرئيس بقوة القانون،
- أمين عام،
- أمين الخزانة،
- مندوبين عن كل غرفة يتم انتخابهم من قبل أقرانهم لمدة ثلاث سنوات بالنظر إلى عدد الموثقين الذين يزاولون نشاطهم في دائرة اختصاصها طبقا للشروط والكيفيات الواردة في نظامها الداخلي.

وتنصُّ مهام الغرفة الوطنية للموثقين في إطار العمل على ضمان مراعاة قواعد مهنة التوثيق، وذلك

من خلال تكليفها بما يلي:

- إعداد مدونة لأخلاقيات مهنة التوثيق،
- تمثيل الموثقين في المسائل المرتبطة بالحقوق والمصالح ذات الاعتبار المشترك،
- تطبيق القرارات الصادرة عن المجلس الأعلى للتوثيق،
- التكوين المستمر للموثقين ومستخدميهم،
- تنظيم الملتقيات والمؤتمرات والأيام الدراسية،

- الوقاية من النزاعات ذات الطابع المهني والعمل على إقامة الصلح بين الغرف الجهوية وبين الموثقين من مختلف المناطق، على أن يتم إصدار قرارات تنفيذية في حال عدم التوصل إلى الصلح،
- دراسة التقارير التي نتج بها عمليات التفتيش وكذا الآراء الصادرة عن الغرف الجهوية المرتبطة بها واتخاذ القرارات الملائمة إزاءها،
- طلب تبليغها بمحاضر مداوالات الغرف الجهوية أو أي وثيقة أخرى عند الاقتضاء.

وأما عن سير الغرفة الوطنية للموثقين فإنها تعقد اجتماعاتها مرة واحدة كل ثلاثة أشهر في دورة عادية، ولها أن تجتمع في دورات غير عادية كلما دعت الحاجة إلى ذلك باستدعاء من رئيسها أو بطلب من نصف أعضائها، وتصح مداوالاتها بحضور أغلبية أعضائها، وفي حال عدم اكتمال النصاب يعقد اجتماع ثان في أجل لا يزيد عن 8 أيام، عندئذ تصح مداوالات الغرفة مهما كان عدد الأعضاء الحاضرين، على أن قراراتها تتخذ بأغلبية أصواتهم، وفي حال تعادلها يرح صوت الرئيس، لتتوج محاضر المداوالات بمحضر يتم توقيعه من قبل رئيس الغرفة وأمينها العام، ليم إرسالها إلى وزير العدل حافظ الأختام في غضون 15 يوما اللاحقة للاجتماع.

وفي إطار النشاط المهني الدولي للغرفة الوطنية للموثقين تم المشاركة في فعاليات الملتقى الدولي المنظم بمدينة لرلين بألمانيا يومي 14 و15 مارس 2013 في شكل ورشات وموائد مستديرة تضمن دراسة حول دور الموثق في دعم الأنظمة التوثيقية سيما في مجال القانون المدني، حث شارك في هذا الاجتماع الدولي هيئات توثيقية من المغرب العربي والمشرق العربي وأوروبا في إطار اتفاقية الجوار TAIEX، الذي تدعمه اللجنة الأوربية، وكان التوثيق الجزائري حاضرا ضمن المائة المستديرة رقم 02 بمداخلة والاشراف على اختتام الدورة التكوينية مع هيئة التوثيق الألماني، وقد أفصح المؤتمر عن وضعية التوثيق دوليا ومكانته المتقدمة بعد الأزمة المالية العالمية، مؤكدا على حاجة الأنظمة الاقتصادية والمالية العالمية للتوثيق وكذا كحاجتها للأمن القانوني والشفافية والرغبة في تلافي النزاعات، كما تناول ضرورة تكييف التوثيق مع

المستجدات من خلال التكوين الدائم في إطار هيكلية قويمية ووفق أسس متينة قوامها الأخلاقيات العميقة لاحتلال كمكانة مرموقة بين الهيئات الدولية<sup>1</sup>.

### ثالثا: الغرفة الجهوية للموثقين

صدر النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين بتاريخ 14 نوفمبر 1992<sup>2</sup>، وهذا تطبيقا للقانون 88-27 وكذا المرسوم التنفيذي 89-144، ثم صدر المرسوم 08-242 سالف الذكر تطبيقا للقانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، وقد تضمن هذا المرسوم الأحكام المرتبطة بالغرف الجهوية للموثقين، وقد أحالت المادة 37 منه إلى النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين الذي يتم إعدادة عند أول اجتماع لمكتبها ويعرض على المصادقة من قبل أعضائها.

هذه الأخيرة التي تساعد الغرفة الوطنية في أداء مهامها سالفة الذكر، لا سيما تمثيل الموثقين فيما يتعلق بالحقوق والمصالح المشتركة، كما تسعى إلى تفادي النزاعات ذات الطابع المهني ومحاولاة إقامة الصلح بين الموثقين، وفي حال عدم تحقق هذه الغاية تصدر قرارا واجب التنفيذ على نحو فوري، ولها أن تنظر في الشكاوى المرفوعة من قبل الغير ضد الموثقين بمناسبة ممارسة مهنتهم لتتخذ التدابير اللازمة للفصل فيها، كما تبادر بتقديم اقتراحات بشأن تكوين الموثقين ومستخدميهم وكذا العمل على تحسين ظروف العمل على مستوى مكاتب التوثيق.

تتألف الغرفة الجهوية للموثقين وفقا لعدد الموثقين المزاولين لمهنتهم لدائرة اختصاصها الإقليمي على النحو الآتي بيانه:

- إذا بلغ عدد الموثقين 30 موثقا يكون عدد الأعضاء تسعة (9).
- من 31 إلى 50 موثقا يرتفع العدد إلى 11 عضوا.
- من 51 فأزيد يصل عدد الأعضاء إلى 15 عضوا.

<sup>1</sup> مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الثاني، ديسمبر 2013، ص 4.

<sup>2</sup> ج.ر، ع 92، المؤرخة في 3 رجب 1413 هـ.

للإشارة فإن مدة العضوية في الغرفة الجهوية تحدد بثلاث سنوات قابلة للتجديد مرة واحدة، ويكتسب أهلية الترشح للانتخاب كل موثق ثبت ممارسته للمهنة مدة 7 سنوات فأزيد، ويتم إنشاء الغرف الجهوية للموثقين بمقتضى قرار يصدره وزير العدل حافظ الأختام . وأما بالنسبة لتشكيل مكتب الغرفة الجهوية فيتم انتخاب رئيس لها وكاتب وأمين للخزينة ونقيب بمبادرة من أعضائها. ولحسن قيام الموثق بأداء الواجبات المنوطة به هناك نظام تأديبي يتبناه المجلس التأديبي للغرفة الجهوية<sup>1</sup> وذلك بفرض عقوبات تأديبية دون الإخلال بالمتابعات الجزائية عند الاقتضاء، مع الأخذ بعين الاعتبار الاختصاص الإقليمي للغرف الجهوية، على أن القرار الذي تصدره هذه الأخيرة يكون قابلا للطعن أمام اللجنة الوطنية للطعن طبقا للكيفيات الواردة في النظام الداخلي للغرفة الجهوية.

وأما بخصوص نشاط الغرف الجهوية فينحصر على وجه الخصوص في غرض أشغالها في إطار جمعية عامة عادية<sup>2</sup> مع ضرورة توافر النصاب القانوني ليم بعدها قراءة جدول الأعمال المتضمن التقرير الأدبي والمالي ثم عرضه على التصويت، فيتم في التقرير الأدبي عرض النشاطات المحلية للغرفة الجهوية المختصة والتعرض للبريد والشكاوى ووضعيات مكاتب التوثيق وسير عمليات التكوين والتفتيش، إضافة إلى الإنجازات المحققة كإدراج التكنولوجيا الحديثة إلى مكاتب التوثيق وإحداث لجان مهما كانت طبيعتها كاللجنة العلمية وعقد المؤتمرات والملتقيات<sup>3</sup> واللقاءات مع الجهات المركزية. ثم يتم تلاوة التقرير المالي المتضمن الحصيلة الكاملة للإيرادات لا سيما الاشتراكات السنوية وكذا النفقات وعملية الجرد المادي والبشري لممتلكات وموظفي الغرفة الجهوية<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> يتم انتخاب أعضاء المجلس التأديبي للغرفة الجهوية من قبل أقرنهم عن طريق التصويت السري.

<sup>2</sup> يمكن أيضا أن تعقد جمعية عامة غير عادية وهذا في الحالات الاستثنائية كلك التي تأتي نتيجة لتقارير منبثقة عن التنسيق والتي تعبر عن استياء الموثقين من الشكاوى الكيدية والاستدعاءات التعسفية وما يترتب عليها من سوء سير الخدمة العمومية لمكاتب التوثيق.

<sup>3</sup> يتم عقد المؤتمرات والندوات والملتقيات وورشات تكوينية بمشاركة أساتذة جامعيين وخبراء وإطارات من مختلف القطاعات وكذا ممثلين عن السلطات المدنية والعسكرية والمحلية، حيث ترمي هذه المبادرات العلمية إلى تحسين المستوى التكويني للموثقين وتحسين المعلومات وفق المستجدات القانونية والاقتصادية ومن ثم الخروج بأهم النتائج في شكل مزايا ونقائص وملاحظات بخصوص الممارسة التطبيقية في مختلف المجالات القانونية.

<sup>4</sup> مجلة الموثق، مرجع سابق، ص 5 وما بعدها.

## المطلب الثاني: المقصود بمهنة التوثيق وبيان أهميتها

نبحث ضمن هذا المطلب في المقصود بعلم التوثيق ونبين مراحل تطوره لا سيما في الجزائر وكذا بعض الجوانب القانونية بشأنه، ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى إبراز أهمية التوثيق في عدة مجالات.

### الفرع الأول: المراد بالتوثيق وبيان مراحل

نقوم في هذا الفرع بتعريف التوثيق وبيان المراحل التي مر بها

أولاً: تعريف التوثيق ومراحل تطوره

نبين المقصود بالتوثيق ثم نتطرق إلى مراحل تطوره لا سيما في التشريع الجزائري.

#### 1- تعريف التوثيق

إن مصطلح التوثيق يحمل مدلولاً واسعاً باعتباره علماً اعتنت به مختلف الحضارات المتعاقبة، وقد تلقى عناية خاصة ضمن المؤلفات العربية مكتسباً بحجة الإسلام من خلال أمر المولى تبارك وتعالى بكتابة الدين لدى كاتب وصفه بالعدل، يقول جل وعلا: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ بِالْعَدْلِ"<sup>1</sup>، كما أن هناك مصطلحات ذات صلة بالتوثيق يتطلب الأمر الوقوف عندها بل هي حجر الزاوية في هذا الموضوع، ننتقل المسألة بالبحث في معنى الموثق والوثيقة كمصطلح استعمله فقهاء الشريعة أو بالأحرى المحرر التوثيقي كما هو متداول عند القانونيين.

تبعاً لما سبق نبحث في المقصود بعلم التوثيق من الناحية الاصطلاحية وفي مجال القانون ثم نورد مدلول المصطلحات المرتبطة به.

إن المعاملات بشتى أنواعها لا بد أن تقيّد بالكتابة<sup>2</sup>، والغاية في ذلك حفظ الصلة بين أفراد المجتمع والنأي عن الخلاف والشقاق بينهم، سواء تعلق الأمر بالمعاملات المالية كإبرام عقود البيع والهبة والوقف وغيرها أو كانت المسألة تعنى بمسائل الأحوال الشخصية (النظام الأسري)، وهل

<sup>1</sup> الآية 282 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> يقول الشافعي رحمه الله في بيان فضل الكتابة: العلم صيد والكتابة قيده \*\*\* قيّد صيودك بالحبال الوثيقة  
فنن الحماقة أن تصيد غزالة \*\*\* وتركها بين الخلائق طالقة

أن التوثيق باعتباره علم قائم بذاته في العصر الحالي يمكن تصنيفه كوظيفة أم مهنة حرة من حيث الطبيعة القانونية؟ نتعرض لهذه النقاط تباعا على النحو الآتي بيانه:

هناك عدة تعاريف ساقها الفقهاء لبيان مدلول التوثيق نكتفي بتعريفين نسوقهما على النحو التالي: عرّف الوشريسي التوثيق بأنه (علم يبحث في كيفية إثبات العقود والتصرفات والالتزامات على وجه يعتد به)، وهو أيضا وظيفة باعتباره (خطة يتولاها المنتصبون لكاتبه العقود، وضبط الشروط بين المتعاقدين في مختلف الأنكحة والمعاملات ونحوها على وجه يعتد به)، وقد سمي ابن خلدون وظيفة التوثيق بأنها العدالة وحجته في ذلك أنها وظيفة دينية تابعة للقضاء<sup>1</sup>.

كما عرف الدكتور عبد اللطيف أحمد الشيخ بأنه: " علم يضبط أنواع المعاملات والتصرفات بين شخصين أو أكثر، على وجه يضمن تحقيق الآثار المترتبة عليها، ويكسبها قوة التقاضي عند التقاضي"<sup>2</sup>. ما يلاحظ من خلال التعاريف السابقة أن التوثيق قد يكون وظيفة كما أسماه ابن خلدون أو مهنة تجمع بين حرية القائم بها وتبعيته للسلطة العمومية، وقد يكون مهنة كما هو عليه الحال في التشريع الجزائري.

ويطلق الفقهاء على علم التوثيق عدة تسميات منها: علم الشروط ذلك أن الشرط (بفتح الراء) معناه العلامة أي أن العقود يعرف منها ما جرى، وعلم الصكوك، وعلم المحاضر والسجلات، وعلم الوثائق<sup>3</sup>.

## 2- نبذة تاريخية عن التوثيق

نشير إلى أن هناك نمطين من التوثيق، يتعلق الأول بالتوثيق على النمط الأنجلوسكسوني، وأما النوع الثاني الذي يعيننا في هذا المقام فهو التوثيق على النمط اللاتيني وتزعمه فرنسا وتبعتها في ذلك الجزائر، وأصبح هذا النمط نافذا في الجزائر منذ سنة 1942 وعلى سبيل الاستثناء وضعت المحاكم الشرعية للفصل

<sup>1</sup> أبو العباس أحمد بن يحيى الوشريسي، نفس المرجع، ص 15.

<sup>2</sup> سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة - الإسكندرية، مصر 2010، ص 30.

<sup>3</sup> إسراء "محمد عزّام" عباس سلامة، مرجع سابق، ص 60.

في النزاعات الخاصة بالجزائريين (الزواج، الطلاق...)، وأما بشأن المعاملات العقارية فقد أخضع المشرع الأطراف إلى تسجيل العقد بدفع الرسوم إضافة إلى إلزامية الشهر لدى المحافظة العقارية لإثبات نقل الملكية.

وبعد الاستقلال جاءت التعليمات بالنص على استمرار العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما تعارض منها مع عنصر السيادة، وتم الإبقاء على مكاتب التوثيق التي أسسها الفرنسيون بموجب القانون 62-157 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، وبعدها تم إلغاء المحاكم الشرعية بمقتضى المرسوم 63-261 المؤرخ في 22 جويلية 1963<sup>1</sup>، كما طرح في هذه الفترة إشكال الأملاك الشاغرة إلى غاية 1966 لا سيما الأراضي الفلاحية، وعليه آلت الأراضي التي ليس لها مالك إلى الخزينة العمومية.

ونظرا للنظام الاشتراكي الذي تبنته الجزائر آنذاك ألغيت المكاتب العمومية بموجب الأمر 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المنظم لمهنة التوثيق الذي دخل حيز التنفيذ في الفاتح من يناير 1971 وقد تم إدراجها داخل المحاكم، ومن ثم إدماج الأرشيف التوثيقي ضمن أرشيف الدولة وأصبح الموثق موظفا خاضعا للقانون العام للوظائف العمومي، وأهم ما استحدثه هذا القانون هو إخضاع التصرفات القانونية إلى الكتابة الرسمية استنادا إلى نص المادة 12 منه.

غير أنه في نهاية سنة 1988 تغير الوضع واشتدت المطالبة بالحرية والتعددية الحزبية فصدر القانون رقم 88-27 وذلك بتاريخ 12 يوليو 1988 الذي أصبح ساري المفعول في الفاتح من يناير 1990، ومن ثم تحررت مهنة التوثيق وأصبح للموثق التابع للمحكمة الحق في فتح مكتب خاص به، وعليه أصبح الموثق ضابطا عموميا يعمل لحسابه الخاص في مكتب عمومي يتولى تسييره ويتقاضى أتعابه من الأفراد المتعاملين. وبعد إصلاح العدالة صدر القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الذي ضبط مفهوم الموثق كما سنورده لاحقا.

فالموثق يقوم بمهمة رسمية عمومية وتطبق عليه أحكام المادة 215 من قانون العقوبات المقررة للقائم بوظيفة عمومية حال ارتكابه لجريمة التزوير، وكونه معين من قبل وزير العدل ويتصرف لحساب

<sup>1</sup> عمر زيتوني، النظام القانوني لمهنة التوثيق والمسؤولية التأديبية للموثق، مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الأول، يونيو، 2013، ص 17.

الدولة والقواعد المنظمة لمهنتهم والنظام الضريبي الذي يخضعون له والسلطة المخولة لهم التي بموجبها تمنح القيمة الثبوتية والقوة التنفيذية لعقودهم<sup>1</sup> ووصفهم بالضباط العموميون، والتسوية في الجزاء المقرر حال إهانتهم بينهم بين الموظف العمومي طبقا للمادة 17 من قانون تنظيم مهنة الموثق التي تحيل إلى قانون العقوبات وبالضبط المادة 144 منه، هذا كله يخرجهم من دائرة المهن الحرة، فالمشرع أقر بوصف المهنة ونسبها للموثق بيد أنه لم يقر بحريتها، ولو فرضنا أنها مهنة حرة فإن الحرية فيها تضيق وتشدد المسؤولية بشأنها حتى أنها تفوق حجم المسؤولية لدى الموظف العمومي، ولهذا فهي تعتبر مهنة من نوع خاص.

### ثانيا: بعض الجوانب القانونية ذات الصلة بمهنة التوثيق

عند تنظيم وزارة العدل مسابقة للولوج إلى التكوين والحصول على شهادة الكفاءة المهنية لمهنة الموثق فإنها تستشير الغرفة الوطنية للموثقين، ويتعين أن تتوافر جملة من الشروط في المترشح لهذه المسابقة ومن ثم مباشرة برنامج التكوين، وعند نجاح المتربص والتحاقه بالمهنة فإن ممارسته لها تتنافى مع بعض الحالات بالنظر إلى الأهمية البالغة التي تكتسيها. وهي النقاط التي سنسلط عليها الضوء تباعا.

#### 1- شروط الالتحاق بمهنة الموثق

غني عن البيان في مجال الشريعة الاسلامية أن الوثيق ولاية شرعية أحاطها الفقهاء بهالة من الشروط التي يتعين أن تتوافر في الموثق، لا سيما اشتراط الاسلام، والعدالة، وكال الأهلية إضافة إلى شروط أخرى في بعض المذاهب<sup>2</sup>، وسلامة الحواس، وأهلية الشهادة<sup>3</sup>. بيد أن القانون الوضعي يضع شروطا للالتحاق بمهنة التوثيق حيث حدد القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق ضمن المادة السادسة منه هذه الشروط كما يلي:

<sup>1</sup> لم يحدد المشرع الجزائري سنا معينة لتقاعد الموثقين اخلاف المشرع الفرنسي الذي قرره ببلوغ الموثق سن الخامسة والستين كاملة من العمر. أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، مرجع سابق، ص 191.

<sup>2</sup> لقد فرضت الشريعة الإسلامية جملة من الشروط يتعين توافرها في كاتب العدل وهي أن يكون مسلما، عاقلا، بالغاً، حراً، عدلاً، ذا مروءة، غير متهم فيها، متيقظاً، متكلماً، سمياً، بصيراً، عالماً بفقهِ المعاملات وقواعد الكتابة، ذا خط بين يقرأ بسهولة وأن يكون على علم تام بأعراف البلد المنتصب فيه. محمد خيرى، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، الجزء الأول، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2009، ص 192.

<sup>3</sup> إسراء "محمد عزّام" عباس سلامة، مرجع سابق، ص 128 وما يليها.



- التمتع بالجنسية الجزائرية،
  - حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها، بلوغ خمسة وعشرون سنة على الأقل،
  - التمتع بالحقوق المدنية والسياسية،
  - التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة،
- كما صدر القرار المؤرخ في 31 جانفي 2019 المحدد لكيفيات تنظيم التكوين للاتحاق بمهنة الموثق ومحتوى برامجه<sup>1</sup>، وقسم مدة التكوين إلى فترتين، تختص الأولى بفترة التكوين النظري يتولى تأطيرها أساتذة موثقون وقضاة وإطارات عن وزارة العدل وأساتذة جامعيون ومتخصصة في إدارات وهيئات عمومية لهم صلة بمهام الموثق، ويتوج هذا التكوين النظري بامتحان نهائي بإجراء اختبارات كتابية للبرامج التي تم تدريسها، وتخصص الفترة الثانية من التكوين للتربص الميداني بأحد مكاتب التوثيق وفق برنامج تطبيقي يشرف عليه موثق، يبين هذا الأخير للتربص أخلاقيات المهنة ودراسة مختلف المحررات التوثيقية وكذا التدريب على تقنيات المحاسبة وزيارة مختلف المصالح المتعامل معها.

## 2- حالات التنافي

حصرت المادة 23 من قانون تنظيم مهنة الموثق الحالات التي تنافي معها ممارسة مهنة التوثيق وهي أن يكون عضوا في البرلمان، أو أن يرأس أحد المجالس الشعبية المنتخبة، أو مزاولة أي وظيفة عمومية أو ذات تبعية، أو ممارسة أي مهنة حرة أو خاصة. وفي حال مخالفة الموثق إحدى حالات التنافي فإنه يتعرض لعقوبة العزل.

ويتوجب على الموثق المنتخب لعضوية البرلمان أو لرئاسة مجلس شعبي محلي منتخب أن يبلغ الغرفة الجهوية المختصة في أجل أقصاه شهرا واحدا وذلك ابتداء من تاريخ مباشرة عهده. ويستثنى من هذا الحكم إذا كان الموثق ينتمي إلى شركة مدنية مهنية للتوثيق، وسبب تبليغ الغرفة الجهوية هو حتى تتمكن من تعيين موثق لاستخلاصهم من دائرة نفس اختصاص المجلس القضائي، ويتولى الموثق المستخلف تصريف الأمور الجارية.

<sup>1</sup>ج.ر، غ 11، المؤرخة في 20 فبراير 2019.

فإذا حصل المانع المؤقت فإن الموثق المستخلف الذي تمت إنابته من نفس دائرة اختصاص المجلس القضائي وبترخيص من وزير العدل حافظ الأختام وبناء على اختيار الموثق المعني أو باقتراح من الغرفة الجهوية يحجر العقود باسمه مع الإشارة إلى اسم الموثق المستخلف وكذا رخصة وزير العدل حافظ الأختام على أصل كل عقد يتم تحريره من قبل الموثق النائب تحت طائلة البطلان. ويكون الموثق مسؤولاً مدنياً عن الأخطاء غير العمدية التي يرتكبها نائبه في المحررات التي يقيمها هذا الأخير. غير أنه عند شغور مكتب التوثيق بسبب عزل الموثق أو حالة الوفاة أو التوقيف أو غيرها من الحالات يقوم وزير العدل حافظ الأختام بتعيين موثق باقتراح من رئيس الغرفة الوطنية للموثقين تسند له مهمة تسيير مكتب التوثيق، وتنتهي مهامه بعد إتمام إجراءات التصفية أو زوال ذلك المانع. وإذا حصل المانع قبل توثيق العقد من قبل الموثق الذي استلمه وكان قد تم توقيعه من قبل الأطراف والشهود بإمكان رئيس المحكمة محل تواجد المكتب أن يأمر بناء على طلب ذوي الشأن أو أحدهم أن يعين موثقاً آخر للتوقيع على هذا العقد، ومن ثم يعتبر هذا العقد كأنه تم توقيعه من قبل الموثق الذي تلقاه. نشير إلى أنه كان على المشرع أن يضيف الإشارة إلى اسم الموثق المستخلف وكذا رخصة وزير العدل حافظ الأختام على أصل كل عقد يتم تحريره من قبل الموثق النائب تحت طائلة البطلان.

### 3- حالات المنع

نظم القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق حالات المنع ضمن المود من 19 إلى 22، حيث جاء ضمن مقتضيات المادة 19 من هذا القانون أنه لا يجوز للموثق العقد الذي فيه طرفاً معنياً أو مرخصاً له بأي صفة كانت وكذا العقد الذي يتضمن تدابير لصالحه ، وكذلك العقد الذي يكون فيه أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب إلى غاية الدرجة الرابعة أو الذين تجمعهم معه قرابة الحواشي وكلاً أو متصرفاً أو أية صفة أخرى. كما أنه لا يجوز للأشخاص المذكورين أنفاً ولا أولئك الذين هم تحت سلطته أن يدلوا بشهادتهم في العقود التي يقوم بتحريرها. بيد أنه يجوز لأقارب وأصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهوداً إثباتاً.

كما أنه يمنع على الموثق سواء بنفسه أو بواسطة أشخاص بصورة مباشرة أو غير مباشرة أن يقوم بعملية تجارية أو مصرفية وبصفة عامة كل عملية مضاربة أو التدخل في إدارة أي شركة أو القيام بالمضاربة

الخاصة بالعقارات أو إعادة بيعها أو تحويل الديون والحقوق الميراثية أو أسهم صناعية أو تجارية أو غيرها من الحقوق المعنوية، أو الانتفاع من أي عملية يساهم فيها، كما يحظر عليه استعمال أي أسماء مستعارة مهما كانت الظروف ولو كانت خارج إطار العمليات والتصرفات سالفه الذكر، ويمنع عليه أيضا ممارسة السمسرة أو وكيل أعمال بواسطة زوجه وكذا السماح لمساعديه بالتدخل في العقود التي يتلقاها دون توكيل مكتوب. ويحظر على الموثق أيضا طبقا للمادة 21 من القانون 02-06 العضو في مجلس شعبي محلي منتخب أن يستلم العقد الذي تكون فيه الجماعة المحلية التي يحوز صفة العضو في مجلسها طرفا فيه.

### الفرع الثاني: أهمية التوثيق

لقد عني فقهاء الشريعة الإسلامية ببيان أهمية التوثيق لا سيما حفظ أموال الناس وممتلكاتهم، واقتفت التشريعات الوضعية ما خلص إليه أعلامهم في هذا المجال وحينه بما يخدم مصالح المواطن في ظل التطور الحاصل، وتجلت أهمية التوثيق في عدة مجالات لا سيما من الناحية القانونية والاقتصادية وكذا عتلى الصعيد الجبائي.

#### أولا : في المجال القانوني

تجلى أهمية التوثيق في المجال القانوني من خلال استتباب الأمن وتنبع هذه الأهمية من كون التوثيق وسيلة لإثبات الحقوق والممتلكات، ومع التطورات الحاصلة في المجتمع يستتبع هذا حتما تنقيح القوانين تعديلا وحذفا وإدراجا لأحكام جديدة تواكب هذه المستجدات، وحتى يتم تفادي أي نزاع محتمل بين أطراف العقد فإن الموثق ملزم باحترام الشروط القانونية وقت تحرير العقد وضرورة تبصيرهم بمدى انسجام اتفقاتهم والقوانين سارية المفعول. وعليه تبرز أهمية التوثيق في المجال القانوني في كونه:

- 1- يحقق استقرار المعاملات بين الافراد وبينهم وبين الدولة بالنظر إلى القوة الثبوتية<sup>1</sup>.
- 2- وسيلة إثبات للحقوق تؤدي إلى حفظ دماء الناس وأعراضهم.
- 3 - يسهم في استحداث إجراءات قانونية نابعة من أعراف ناشئة عن ممارسة المهنة.

<sup>1</sup> L'acte authentique a la force probante et la force exécutoire depuis sa signature en présence d'un tiers témoin que constitue le notaire, cet acte a une décision de justice et a une force exécutoire permettant à un huissier de justice de poursuivre le recouvrement d'une somme d'argent due par un débiteur aux termes d'un contrat de prêt reçu en la forme authentique sans nécessiter le recours à un jugement pour engager les poursuites contre le débiteur. Stéphane BERRE- Jean-Yves CAMOZ- Martine KADDOUCH, op. cit, 2012, p 6.

4- يراعي توازن المصالح بين أطراف العقد ذلك أنه يستمد بنوده من أحكام القانون.

### ثانيا: في المجال الاقتصادي والتاريخي

ويعتبر التوثيق حجر الزاوية في رقي الدول ذلك أنه يسهم في رقيها ودفع عجلة التنمية، ويتم بموجبه إجراء الاحصائيات بالأرقام التي تبني عليها التوقعات الاقتصادية<sup>1</sup>، وتبرز أهميته أيضا في اعتبار المحرر التوثيقي مرجعا تاريخيا، ونعدّد غايات التوثيق اقتصاديا وتاريخيا كما يلي:

1- التحفيز على الاستثمارات سواء في مجال الشركات أو في مجال الأنشطة الزراعية.

2- ترقية المعاملات العقارية.

3- اعتبار المحررات التوثيقية مرجعا تاريخيا وذلك بتزويد المؤرخين بمعلومات حقيقية موثقة

تفيد في كتابة التاريخ، والتعرف على أنماط المعيشة السائدة في زمن معين وفي مكان من الأمكنة وكذا التعرف على المستوى المعرفي والحضاري لمختلف الشعوب والأمم<sup>2</sup>.

4- اعتبار المحررات التوثيقية مرجعا أساسا في اقتراح القوانين وحل النزاعات المطروحة على

القضاء على أساس استئناس القاضي برأي الموثق في المسائل التي تعنى بالممارسة الميدانية.

### ثالثا: في المادة الجبائية

وأما على الصعيد الجبائي فإنه يعتبر موردا مهما لإنعاش الخزينة العمومية والمحافظة على المال

العام، كما أنه يوطد أواصر المحبة بين أفراد المجتمع، وتظهر هذه الأهمية من خلا ما يلي:

1- تحصيل الضرائب لفائدة الخزينة العمومية.

2- محاربة التهرب الجبائي وذلك بقيام الموثق بواجب التبليغ على الأشخاص المخالفين للقانون.

3- مراعاة صلة القرابة وذلك بإقرار مجانية التسجيل.

<sup>1</sup> L'étude de contenu des actes de la pratique juridique intéresse l'histoire, ceux du droit, de la famille, des mentalités ; etc. ; la caractéristique essentielle des actes juridiques est de comporter beaucoup plus de renseignements chiffrés tels que les nécessités administratives en recensant les hypothèques, également l'utilité fiscale pour mieux surveiller ultérieurement le calcul des plus-values lors des reventes d'immeubles et autres questions importantes. Voir Jen-Paul POISSON, ESSAIS DE NOTARIALOGIE, ECONOMICA, Paris, France, 2002, p.27-28.

<sup>2</sup> محمد خيري، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق

### المطلب الثالث: المقصود بالمكتب العمومي للتوثيق وبيان أحكامه

أفادت المادة 2 من قانون تنظيم مهنة الموثق على أنه تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع ساري المفعول، وقد راعى المشرع في إلغاء هذه المكاتب نظرية توازي الأشكال فقضت الفقرة 2 من ذات المادة على أنه تنشأ وتلغى المكاتب العمومية للتوثيق طبقاً لمعايير موضوعية بمقتضى قرار من وزير العدل، حافظ الأختام. نبين في هذا المطلب المقصود بمكتب التوثيق ثم نتناول بعض جوانبه القانونية.

#### الفرع الأول: تعريف المكتب العمومي للتوثيق وبيان تنظيمه الداخلي

نعرف في هذا الفرع المكتب العمومي للتوثيق ثم نتطرق إلى طريقة تنظيمه وترتيب مشتملاته.  
أولاً: تعريف المكتب العمومي للتوثيق

يطلق على المكتب العمومي للتوثيق باللغة الفرنسية (l'étude notariale) أو (office notarial)، هو عبارة عن مرفق عمومي يمارس فيه الموثق مهامه بصحبة أعوانه وذلك بتوثيق المحررات وترسيم المعاملات بمختلف أنواعها من أهدافه تقديم الخدمات العمومية وضمان وحماية حقوق المواطنين وممتلكاتهم على قدم المساواة.

#### ثانياً: تنظيم المكتب العمومي للتوثيق

ينقسم المكتب العمومي للتوثيق إلى عدة فضاءات نذكرها على النحو التالي:

1. مكتب مخصص للموثق، أو مكتبان فأكثر في حالة تأسيس شركة مدنية.
2. مكتب مخصص للأمانة (Secrétariat).
3. قاعة مخصصة لانتظار الزبائن.
4. مكتب مخصص للكاتب والمحاسب عند الاقتضاء، وفي حال توسع النشاط التوثيقي يضاف عون مكلف بمعالجة الملفات والعقود الممضاة وإبلاغها إلى مختلف المصالح والهيئات الإدارية المتعامل

معها يصطلح عليه باللغة الفرنسية (Formaliste) أو ما يسمى بالساعي (planton) أو ما يطلق عليه بالحاجب (vaguemestre) (المادة 78 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين).<sup>1</sup>

5. ركن مخصص للأرشفيف يتم تجهيزه في شكل رفوف معدنية (Rayonnage métallique) ترتب عليها علب الأرشفيف (Boites à archive) وفق ترتيب زمني، حيث تحتوي هذه العلب على المحررات الموثقة مرفقة بالوثائق المرجعية- المنجزة خلال السنة المحاسبية باتباع ترتيب رقمي (Numéro d'ordre) يسهل عملية البحث عن أي محرر ويمكن بموجبه الرجوع إليه عند الاقتضاء.

وقد ضبطت المادة 7 وما بعدها من المرسوم التنفيذي رقم 08-242 المؤرخ في 3 غشت 2008 المتضمن شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها<sup>1</sup> بجملة من الشروط والمقاييس التي يخضع لها المكاتب العمومية للتوثيق بحيث تكون لائقة ومناسبة لممارسة مهنة الموثق<sup>2</sup> وفق خصائص تميزها عن المحلات الأخرى، كما حددت المادة الثامنة من ذات المرسوم المساحة التي يتعين أن يشتمل عليها مكتب التوثيق والتي لا تقل عن ستين متر مربع (60 م<sup>2</sup>)، وتحتوي على ثلاث (3) غرف على الأقل حيث تخصص الأولى للمكتب وتخصص الغرفة الثانية للأمانة وأما الغرفة الثالثة فتتخذ كقاعة انتظار، وتخصيص فضاء للأرشفيف، مع ضرورة توافر المرافق الصحية، وحماية للمكتب العمومي للأرشفيف الوثيقي من نشوب حريق يتعين تعليق مطفأة في مكان مرئي وقريب من للمنفذ الرئيسي للمكتب بارتفاع قدره 1.20 متر مع وضع ملصقة تشير إلى ذلك، والحرص على التحقق من صلاحية المطفأة ومراقبة المسحوق بداخلها بشكل انتظامي تبعا لتاريخ الصلاحية الموجود بالغللاف الملصق بها، كما يتعين توفير علبة صيدلة والحرص على مراقبة صلاحية الأدوية الموجودة بداخلها.

ثالثا: الوثائق المتعامل بها مع مختلف الهيئات والمصالح الإدارية

<sup>1</sup>ج.ر، ع 45 المؤرخة في 6 غشت 2008 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 18-84 المؤرخ في 5 مارس 2018، ج.ر، ع 15 المؤرخة في 7 مارس 2018.

<sup>2</sup>تنص المادة 19 من النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين: "يجب أن يكون المكتب لائقا ومناسبا لممارسة المهنة".

يتعامل الموثق مع هيئات ومصالح إدارية مختلفة عن طريق وثائق متنوعة سواء الهيئة المشرفة أو مديرية الضرائب الخزينة العمومية أو مديرية مسح الأراضي أو هيئات الضمان الإجتماعي، نذكر بعض هذه الوثائق على النحو التالي:

- الكشف الثلاثية التي يرسلها الموثق إلى الغرفة الجهوية المختصة والمتضمنة قائمة زبائن المكتب والمبالغ المودعة إضافة إلى جدول متضمن للعقود المبرمة وحقوق التسجيل والشهر العقاري بشأنها.

- طلب الوضعية الجبائية لدى المصلحة الخاصة بالضرائب وهذا حماية لمصالح الخزينة العمومية جراء التنازلات التي تتم أمام الموثق.

- بيان الدفع الخاص بحساب الموثق لفائدة الخزينة العمومية موقع من قبل الموثق.

- طلب مستخرج مسح الأراضي نموذج أ.ع مكرر 4 (PR 4 bis) و CC6 للتأكد من تحيين الوضعية العقارية. وللإشارة فإن للدقتر العقاري قوة ثبوتية حيث صدر في هذا الخصوص قرار عن المحكمة العليا عام 2004 جاء فيه ما يلي: "يؤسس الدقتر العقاري على أساس سند الملكية طبقا للمرسومين<sup>1</sup> 74/75 و 62/76 بعد استكماله للإجراءات والشكليات والآجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، فالنعي باعتماد القضاة على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى"<sup>2</sup>.

- التصريح بالضرائب والرسوم المحصلة فورا أو عن طريق الاقتطاع من المصدر، هي استمارة صادرة عن مديرية الضرائب مرجع (G n° 50) يتم ملؤها بعناية وختمها وتوقيعها من قبل الموثق.

- التصريح بالأرباح غير التجارية (ضريبة على الدخل الإجمالي)، هي استمارة صادرة عن مديرية الضرائب مرجع (G n° 13) يتم ملؤها بعناية وختمها وتوقيعها من قبل الموثق.

- التصريح بالاشتراك في الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، هي استمارة يتم ملؤها كل ثلاث أشهر (3) إذا كان عدد العمال يقل عن تسعة (9)، وأما إذا كان يساوي هذا العدد أو يزيد عنه فإن التصريح يتم كل شهر لدى هذه الهيئة.

<sup>1</sup> طبقا للأمر 74/75 والمرسوم 62/76 "وليس طبقا للمرسومين.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2004/04/21، ملف رقم 259635، م.ق، ع1، 2003، ص334.

## الفرع الثاني : الحماية القانونية للمكتب العمومي للتوثيق ونطاق اختصاصه

تقضي المادة الرابعة من قانون مهنة الموثق بأن المكتب العمومي للتوثيق يتمتع بالحماية القانونية، وتبعا لهذا لا يسوغ تفتيشه ولا حجز الوثائق المودعة ضمن أرشيفه ماعدا في حالة الحصول على أمر قضائي مكتوب ليس هذا فحسب بل بحضور أيضا رئيس الغرفة الجهوية للموثقين أو الموثق الذي يمثله، يضاف إلى هذا ضمانات أخرى وهي بعد أن يتم إخطار الموثق المتبع مسبقا.

### أولا: الحماية القانونية المقررة للمكتب العمومي للتوثيق

إن الحديث عن حماية المكتب العمومي للتوثيق وما يشتمل عليه من أرشيف غاية في الأهمية يستدعي بالضرورة التطرق للحماية القانونية المقررة للموثق باعتباره حجر الزاوية ثم حماية المرفق العمومي الذي يسيره.

#### 1. الحماية القانونية للموثق

تنطوي أعمال التوثيق على جانب كبير من الخطورة يصاحبها تشديد في المسؤولية كما بينا سلفا وقد أوردت المادة 143 من قانون العقوبات نصا مفاده تشديد العقوبات في بعض الجنايات والجنح التي يقترفها الموظفون والقائمون بوظائف عمومية، وبالمقابل يتعين توفير حماية قانونية لائتمة كون الموثق يحمل لقب "أستاذ" وباعتباره ضابط عمومي يزاول مهنة نبيلة مساعدة لجهاز العدالة فإن الحماية المقررة له من أي اعتداء أو إهانة بمناسبة أداء مهامه تفرض تقرير عقوبات صارمة في جانب المعتدي، فقد أحالت المادة 17 من قانون تنظيم مهنة الموثق إلى قانون العقوبات بشأن جريمة الإهانة أو الإعتداء بالعنف أو القوة على الموثق خلال تأدية مهامه.

فمن المهام المسندة للموثق واجب التبليغ إذا تبين له وهو بصدد أداء مهامه مخالفة لأحكام القانون، وبطبيعة الحال هذا من شأنه أن يجعله في موضع الانتقام، كما أن أرشيف الموثق يتضمن بعض الأوراق والسندات التي تتسم بطابع السرية وهذا ما يجعله عرضة للتعدي.

<sup>1</sup> مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري تنظيم ومهام ومسؤوليات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013، ص 129.



ويصرفنا قانون تنظيم مهنة الموثق إلى نص المادة 144 من قانون العقوبات التي تنص على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة 20.000 دج إلى 1.000.000 دج أوة بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من أهان قاضيا او موظفا أو ضابطا عموميا أو قائداً أو أحد رجال القوة العمومية بالقول أو الإشارة أو التهديد أو بإرسال أو تسليم أي شيء إليهم أو بالكتابة أو الرسم غير العلنيين أثناء تأدية وظائفهم أو بمناسبة تأديتها وذلك بقصد المساس بشرفهم أو اعتبارهم أو الاحترام الواجب لسلطتهم. وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى سنتين إذا مانت الإهانة موجهة إلى قاض أو عضو محلف أو أكثر قد وقعت في جلسة محكمة أو مجلس قضائي. ويجوز للقضاء في جميع الحالات أن يأمر بأن ينشر الحكم ويعلق بالشروط التي حددت على نفقة المحكوم عليه دون أن تتجاوز هذه المصاريف الحد الأقصى للغرامة المبينة أعلاه".

## 2. حماية مكتب التوثيق من التفتيش والتعدي

تنص المادة التاسعة من قانون تنظيم مهنة الموثق على أنه يسند لكل موثق مكتب عمومي للتوثيق يتولى تسييره لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، كما تقضي المادة الرابعة من نفس القانون بأن مكتب التوثيق يتمتع بالحماية القانونية فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه إلا بناء على أمر قضائي مكتوب وبحضور رئيس الغرفة الجهوية للموثقين أو الموثق الذي يمثله أو بعد إخطاره قانونا، ويقع تحت طائلة البطلان كل إجراء يخالف ذلك.

بيد أنه يطرح التساؤل في حالة مراعاة الإجراءات التي ينص عليها القانون بشأن التفتيش، هل أن الإجراءات الخاصة بالتفتيش تكتسي طابع الصرامة للحفا؟ على سرية السندات المودعة بمكتب التوثيق؟ الحقيقة أن القاضي ملزم أثناء التحقيق بالحفاظ على السر المهني ولا يجوز له أن يكلف أيا كان للقيام بهذه المهمة وإلا كان المكتب عرضة للإطلاع بل يمكنه أن ينتدب قاضيا آخر عند الاقتضاء.

فقانون العقوبات يعاقب على جريمة إفشاء السر المهني بموجب المادة 301 منه حيث قررها بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 دج إلى 100.000 دج، فالمشرع قرر حماية وقائية لحماية مكتب التوثيق متمثلة في صرامة الإجراءات للتمكن من تفتيشه وقرر أيضا حماية علاجية وهي أن

يكون التفتيش محفوفاً بجملته من الجرائم التي قد يقع فيها المفتش وفي طليعتها إفشاء السر المهني أثناء أداء مهامه أو بمناسبة بها.

### الفرع الثالث : الهيئات والمصالح الإدارية المتعامل معها من قبل مكتب التوثيق

حتى تتحقق الغايات المرجوة من توثيق المحررات لدى مكاتب التوثيق، يتعين على الموثق أن ينسق مع هيئات مصالح إدارية تضيئي على هذه المحررات حصانة في مواجهة الدولة أو مواجهة الأعيان، كما أن هناك إدارات أخرى لها علاقة بالمكتب العمومي للتوثيق باعتباره مرفق يحتوي على أعوان تابعين للموثق وأرشيف عمومي يتطلبان الحماية القانونية بل أن هذه الأخيرة تقرر للموثق ذاته وذلك عن طريق التفتيش وإجراء المراقبة.

وباعتبار أن أغلب الإدارات المتعامل معها تابعة لوزارة المالية فسوف نستعين بالتنظيمات ذات الصلة بها، وعليه بين المرسوم التنفيذي رقم 95-54 الصادر عام 1995<sup>1</sup> صلاحيات وزير المالية في كل القطاعات التابعة له، كما تضمن المرسوم التنفيذي رقم 95-55 الصادر عام 1995<sup>2</sup> تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية.

#### أولاً: الإدارات ذات الصلة بالمحررات التوثيقية

ذكرنا أنه لاستكمال الإجراءات التي تضيئي على المحرر التوثيقي حصانة قبل الدولة وقبل الغير يتعين أن يخضع للتسجيل حق الطابع بمفتشية الطابع والتسجيل ثم الشهر لدى المحافظة العقارية، نتعرف على المقصود بالمصلحتين بإيجاز على أساس أننا سوف نتطرق إلى الإجراءات المتبعة لدى كل منهما في موضعها الخاص.

#### 1. مفتشية التسجيل والطابع والمواريث

لقد بين ق.س ضمن المواد 75 وما بعدها المصالح المختصة بتسجيل العقود، وعليه يقوم الموثق بتسجيل المحررات التوثيقية في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية التي

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 95-54 المؤرخ في 15/02/1995 المحدد لصلاحيات وزير المالية، ج.ر، ع15، بتاريخ 18 شوال 1415 هـ.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 95-55 المؤرخ في 15/02/1995 المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة المالية، ج.ر، ع15، بتاريخ 18 شوال 1415 هـ.

يوجد بها مكتبه. والغاية من إجراء التسجيل هي التحصيل المالي لفائدة الخزينة العمومية حتى تتمكن من تغطية نفقاتها ومن ثم تسيير مرافقها العمومية.

ويقوم مفتش التسجيل بإجراء التسجيل بعد عملية إيداع الموثق للمحركات التوثيقية ودفع الرسوم المتعلقة بها، ويمكنه الاحتفاظ بالعقد خلال أربع وعشرين ساعة فحسب بقصد مراجعته من الناحية الشكلية، وله في سبيل ذلك الحق في رفض أي إجراء يخص تسجيل العقد وذلك في حال عدم مراعاة الشروط و الإجراءات المنصوص نعليها قانونا، وسوف نعرض لهذه الإجراءات في الموضوع المخصص لها (تسجيل المحركات التوثيقية).

وأما بشأن وضع الطابع فقد تناولت أحكامه قانون الطابع<sup>1</sup>، لا سيما المادة الأولى منه التي تقضي بأن رسم الطابع هو الضريبة المفروضة على جميع الأوراق المخصصة للعقود المدنية والقضائية وللمحركات التي يمكن أن تقدم للقضاء كدليل، وقد ألزمت المادة الرابعة من هذا الأمر على الموثق دفع الرسوم، وحظرت عليه المادة 14 من ذات الأمر إصدار عقد غير محرر على ورق مدموغ بالطابع أو غير مؤشر عليه من أجل الطابع، كما نوهت المادة 15 إلى أن كشف المصاريف التي يعدها الموثق يتعين أن يبين فيها بصفة متميزة في عمود خاص وبالنسبة لكل مصروف مبلغ الرسوم المدفوعة إلى الخزينة العمومية.

وأضافت المادة 16 من قانون الطابع بأنه ينبغي على الموثق أن يصرح صراحة في العقد -إذا كان السند المشار إليه ضمنه يحمل الطابع المقرر- بمبلغ رسم الطابع الذي تم تسديده. وتخضع لرسم الطابع حسب المادة 61 من هذا القانون عقود ونسخ الموثقين، ونشير في الأخير إلى أن المادة 71 من ذات القانون قد أوجبت على الموثق استعمال أوراق تطابق النوع المحدد بموجب قرار صادر عن مدير الضرائب، من ثم دمجها بطريقة عادية (عن طريق إدارة التسجيل وفقا للمادة 54 من نفس القانون) أو بطريقة غير عادية (إذا تم دمجها من قبل المكلف الذي يريد استعمالها كالموثق مثلا).

## 2. مصالح الحفظ العقاري ومسح الأراضي

تجتمع هذه المصالح في المديرية الفرعية للحفظ العقاري ومسح الأراضي تعمل تحت إشراف السلطة الوصية ممثلة في المديرية العامة للأملاك الوطنية، وتتمثل أهم مهام هذه الأخيرة في ما يلي:

<sup>1</sup> الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع، ج.ر، ع39، بتاريخ 15/05/1977.

- اقتراح وتحضير النصوص التنظيمية والتشريعية التي تهم القطاع،
- إيصال المعلومات الخاصة بالأحكام التشريعية والتنظيمية لفروع القطاع والسهر على احترامها عن طريق المراقبة والمتابعة،
- المساهمة والتعاون مع القطاعات الأخرى كالوزارات العدل والداخلية والجماعات المحلية والبناء والتعمير،
- إعداد التقارير بشأن أعمال المحافظات العقارية المتضمنة لنشاطات الحفظ العقاري كإشهار العقود وترقيم العقارات المسوحة وتسليم الدفاتر العقارية... الخ.
- التنسيق مع الجهة الوصية بشأن التقارير وطرح الانشغالات بخصوص المشاكل التي تواجهها المحافظات العقارية في التعامل مع القطاعات الأخرى واقتراح الحلول المناسبة لها<sup>1</sup>.
- القيام بالتحقيق العقاري باعتباره أداة لتطهير الملكية العقارية.

فالنسبة للمحافظة العقارية هي مصلحة عمومية تابعة لوزارة المالية، وتقسم إلى مكاتب محافظة يسير كل منها من قبل رئيس مكتب محافظة يقع على عاتقه نفس الواجبات التي يخضع لها المحافظ العقاري، ويؤدي هذا الأخير قبل مباشرة مهامه اليمين القانونية أمام المجلس القضائي المختص<sup>2</sup>. تكمن مهمتها في حفظ الحقوق العينية العقارية المشهورة على مستواها بمناسبة إنشاء أو نقل أو تعديل حق الملكية أو حقوق العينية الأخرى وذلك بقيدها ضمن البطاقات العقارية، كما تقوم بتسليم الدفاتر العقارية للمالكين بالنسبة للأراضي العقارية المسوحة وحفظ المخططات والعقود وكل الوثائق المتعلقة بالعقارات الخاضعة للشهر وإعطاء المعلومات المتعلقة بهم إلى الجمهور، وقد نصت المادة الثانية من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري<sup>3</sup> على ما يلي: "إن الدور الرئيسي للمحافظات العقارية

<sup>1</sup> عثمان بقنيش، مقال بعنوان: "دور المحافظة العقارية وعلاقتها بمصلحة مسح الأراضي"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 2، العدد 2، 2014، ص 1. (www.asjp.dz).

<sup>2</sup> طاهري حسين، دليل الموثق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013، ص 101.

<sup>3</sup> المرسوم التنفيذي رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980، والمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993. ييرتي للنشر، الطبعة الخامسة، 2011-2012.

المشار إليها في المادة الأولى من نفس المرسوم، هو التحديد والعمل على معرفة طرق الإشهار العقاري، وهذا العمل مناط بكل مكتب محافظة عقارية الذي يسيره رئيس مكتب المحافظة على مستوى البلديات<sup>1</sup>.

ويرتب الإشهار القانوني للمحركات التوثيقية طبقاً للمادتين 792 و793 من القانون المدني المعدل والمتمم آثاراً قانونية سواء فيما بين الأطراف أو في مواجهة الأغيار، وعدم شهر التصرف القانوني لا يرتب إلا التزامات شخصية بين الأطراف.

وبالنسبة لمصالح مسح الأراضي فتكمن مهامها في تأسيس المسح العام للأراضي الريفية والحضرية على مستوى البلديات، وتعيين المسح في حالة تقسيم ملكية ممسوحة أو عند القيام بالتحويلات. وكذا القيام بالأعمال الطبوغرافية لصالح الجماعات المحلية والهيئات العمومية الأخرى وذلك لتحديد طبيعة العقار وبيان أصل ملكيته مع وضع المعالم وغيرها.

### 3. الخزينة العمومية

الخبزينة العمومية هي هيئة تابعة لوزارة المالية تهدف إلى تفعيل الحركة المالية للدولة والهيئات العمومية الأخرى وذلك بتحصيل الإيرادات ودفع النفقات وتنفيذ ميزانية الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وهي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ويكمن دورها الرئيسي في تحصيل الإيرادات بمختلف الطرق<sup>2</sup>، ويعتبر الموثق عوناً جبايئاً ممتازاً بالنظر إلى عمليات التحصيل المالية التي يقوم بها بمناسبة أداء عمله التوثيقي.

وقد قضت المادة 40 من قانون تنظيم مهنة الموثق الصادر سنة 2006 بأن يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لفائدة الخزينة العمومية من ذمة الملمزين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود على أن يقوم بدفع المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة مباشرة لقباضات الضرائب، ويخضع في سبيل

<sup>1</sup> عثمان بقنيش، مقال بعنوان: "دور المحافظة العقارية وعلاقتها بمصلحة مسح الأراضي"، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 2، العدد 2، 2014، ص 1. (www.asjp.dz).

<sup>2</sup> <https://www.mouwazaf-dz.com> - <https://www.startimes.com>.

ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة طبقا للتشريع المعمول به، ويتعين على الموثق أيضا فتح حساب ودائع لدى الخزانة العمومية للإيداع المبالغ التي يحوزها .

#### 4. المركز الوطني للسجل التجاري

المركز الوطني للسجل التجاري هو مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تتميز بالاستقلالية تعمل تحت إشراف وزير التجار منذ سنة 1997، تم إنشاؤها بمقتضى المرسوم رقم 63 - 248 المؤرخ في 10 جويلية 1963 تحت تسمية الديوان الوطني للملكية الصناعية ليتم بعدها تغيير هذه التسمية ويصبح المركز الوطني للسجل التجاري بموجب المرسوم 73 - 188 المؤرخ في 21 نوفمبر 1973، بصلاحيات انحصرت في تجميع نسخ السجل التجاري المسلم آنذاك من قبل مكاتب ضبط المحاكم، وتمثل أهم المهام التي يقوم بها هذا المركز في ما يلي:

- القيام بضبط السجلات التجارية والحرص على مراعاة الخاضعين للمركز للواجبات المرتبطة بالقيود في السجل التجاري وكذا تنظيم كفاءات تطبيق هذه العمليات طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية سارية المفعول،
- الشهر القانوني بموجب النشرة الرسمية للإعلانات القانونية والغاية في ذلك إعلام الأغيار بالتغييرات التي تجري على الوضعية القانونية للتجار وكذا القواعد التي تحكم التجارة،
- مسك الدفتر العمومي المخصص للمبيعات و/أو الرهون الخاصة بالحيازة على قواعد التجارية والدفتر المخصص للرهون المتعلقة بحيازة الأدوات والمعدات الموجهة للتجهيز،
- مسك الدفتر العمومي المخصص للاعتماد الإيجاري (leasing) الخاص بالأصول المنقولة والقواعد التجارية وكذا المؤسسات الحرفية<sup>1</sup>.

ويراعى في جملة هذه المهام القرار المؤرخ في 31 أكتوبر 2016 المحدد للتعريفات التي يطبقها المركز الوطني للسجل التجاري بعنوان مسك السجلات التجارية والإعلانات القانونية<sup>2</sup>، حيث تتضمن هذه التعريفات طبقا للمادة 2 من هذا القرار كل المصاريف التي ينفقها المركز الوطني للسجل التجاري

<sup>1</sup> <https://www.commerce.gov.dz/>

<sup>2</sup> ج.ر، ع1، بتاريخ 2017/01/04.

بما في ذلك المصاريق المرتبطة بتزويد الخاضعين لهذه التعريفات بالاستثمارات و/أو المطبوعات سواء تم ذلك بالنسبة للتجار أشخاصا طبيعيين كانوا أو معنويين.

وأفرزت العلاقة بين المركز الوطني للسجل التجاري والهيئات المشرفة على الموثقين عن تنصيب لجنة تسعى لتكريس وتحسين مناخ الأعمال في الجزائر من قبل السيد وزير الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار بتاريخ 10 مارس 2013، كما انبثقت جملة من التوصيات عن اجتماع فريق العمل تحت المسمى "إنشاء المؤسسات" المنعقد بمقر وزارة الصناعة والمؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار بتاريخ 2013/03/13 وكذا النتائج المتوصل إليها من خلال الاجتماع المنعقد بمقر الغرفة الوطنية للموثقين بتاريخ 2013/03/19، والحاصل هو إبرام اتفاقية بين المركز الوطني للسجل التجاري والغرفة الوطنية للموثقين بتاريخ 2013/07/08 ترمي إلى تحديد كفاءات تكفل الموثقين ببعض الإجراءات المرتبطة بالتسجيل في السجل التجاري لحساب المستثمرين ومنشئي المؤسسات، وأهم ما تم الاتفاق عليه يتلخص في ما يلي:

- اعتبار الموثق حلقة متميزة في تفعيل الإجراءات بين المستثمر والمركز الوطني للسجل التجاري وذلك بقيامه بتسجيل التسميات على مستوى هذا المركز ونشر الإعلانات القانونية،
- إدراج الرقنة عن طريق ولوج الموثق إلى بوابة الانترنت للمركز الوطني للسجل التجاري (sidjil.com) وتخصيص حساب مؤمن له للقيام بالتعاملات الالكترونية مع هذا المركز، وقيامه بتحميل الاستثمارات ونشر الإعلانات والبحث في بنوك المعلومات بالتجار وكذا استلام الشهادات المعدة من قبل المركز الوطني للسجل التجاري،
- أن جملة المصاريف الناشئة عن المعاملات مع المركز الوطني للسجل التجاري تقع على عاتق المستثمرين،
- تحيين مضمون الاتفاقية عن طريق إعلام كل طرف الطرف الآخر بالمستجدات التي تطرأ على القوانين والتنظيمات سارية المفعول، ومن ثم مراجعة بنودها واعتمادها، عند الاقتضاء، وسائل أخرى أكثر نجاعة لتطبيقها،
- وضع الإمكانيات اللازمة من أجل التطبيق الحسن لمضمون هذه الاتفاقية

## ثانيا: المصالح والهيئات الأخرى

في إطار توفير الحماية المطلوبة للعمال بموجب تشريعات العمل تخضع مكاتب التوثيق للتفتيش من قبل مفتشية العمل المختصة والزامية انتساب العامل لدى هيئة الضمان الإجتماعي، كما أنه يتعين على الموثق دفع اشتراكات أخرى تتعلق بتأميناته الإجتماعية وتقاعده لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء. وسوف نعالج مضمون هذه الهيئات وبيان مهامكها تباعا.

## 1- مفتشية العمل

تعتبر مفتشية العمل هيئة قانونية تكمن مهمتها في تفتيش ومراقبة مدى تطبيق التشريع والتنظيم ساري المفعول في أماكن العمل، وقد تم تحديد المهام المنوطة بمفتشية العمل بمقتضى المادة الثانية من القانون رقم 90-03 الصادر بتاريخ 6 فبراير سنة 1990 المتعلق بمفتشية العمل، ونذكر أهمها كما يلي:

- مراقبة مدى تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية ذات الصلة بعلاقات العمل سواء بصورة فردية أو جماعية وكذا الاطلاع على ظروف العمل والوقاية الصحية وأمن العمال،
- تقديم النصح وتوجيه العمال والمستخدمين بحقوقهم وواجباتهم والوسائل المساعدة على تطبيق الأحكام القانونية والتنظيمية والتعاقدية وكذا القرارات التحكيمية،
- العمل على تقديم المساعدة للعمال والمستخدمين في اعداد الاتفاقيات أو الاتفاقات الجماعية إطار علاقات العمل،
- إجراء المصالحة لتجنب الخلافات الجماعية والعمل على تسويتها،
- إجراء التحقيقات عند الاقتضاء للتأكد من مراعاة أحكام القانون والتنظيمات ذات الصلة بشكل فعلي.
- الاطلاع على جملة الدفاتر والسجلات والوثائق المنصوص عليها في تشريع العمل والتنظيم ساري المفعول بهدف التأكد من مدى مطابقتها للنصوص القانونية،
- الاستعانة عند الحاجة بأهل الاختصاص أو طلب مساعدتهم أو ارشاداتهم خاصة في مجال الوقاية الصحية والأمن وطب العمل،



- طلب كل المعلومات من المستخدم التي لها علاقة بتطبيق تشريع العمل والتنظيم ذي الصلة وكذا ظروف القيام به في المكان المخصص له .

يخضع مكتب التوثيق للتفتيش من قبل مفتشية العمل للنظر نفي مدى تطبيق التشريع الخاص بالعمل والتنظيمات ذات الصلة، كما نذكر أيضا أنه بإمكان الموثق أن يبرم عقد عمل بين المستخدم والعامل يبين فيه حقوق وواجبات العمال التي أفصح عنها قانون علاقات العمل والقوانين الخاصة والتنظيمات ذات الصلة.

وبإمكان مفتش العمل توجيه ملاحظاته الكتابية، وتوجيه الإعدارات ضمن دفتر مرقم وموقع من طرفه، يقوم بفتحته المستخدم لهذا الغرض ويلتزم أيضا بتقديمه للمفتش في متى طلبه. ويمكنه فوق ذلك تحرير محاضر المخالفات ومحاضر المصالحة ومحاضر عدم المصالحة لأجل الوقاية من النزاعات والعمل على تسوية كل تقصير في تطبيق التشريع والتنظيم المتعلقين بالعمل والمعمول بهما تم معاينته. وإذا أبدى المفتش المختص ملاحظة مضمونها خرق للأحكام التشريعية والتنظيمية الخاصة بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل فإنه يوجه إلى المستخدم إعدارا بأن يمثل للتعليمات خلال فترة زمنية يقوم بتحديدتها، وفي حال وجود خطر يهدد صحة العامل يحرر مفتش العمل على الفور محضر مخالفة ويعذر المستخدم بأن يتخذ التدابير الوقائية المناسبة لإجلاء هذا الخطر وينوه على ذلك في دفتر الإعدارات .

وإذا اكتشف مفتش العمل خرقا سافرا للأحكام التشريعية والتنظيمية يقوم بإلزام المستخدم على الامتثال بها في مدة لا تتعدى ثمانية أيام. وإذا تخلف المستخدم عن أداء هذا الالتزام خلال الأجل المحدد يحرر مفتش العمل محضرا ويقوم بإخطار الجهة القضائية المختصة بذلك، هذه الأخيرة التي تفصل في القضية خلال أول جلسة بحكم قابل للتنفيذ، بصرف النظر عن الاعتراض أو الاستئناف. وبإمكان مفتش العمل أن يقوم بتحرير محضر مصالحة بعد السعي في إجراءاتها رداءً للنزاعات الجماعية في قضايا العمل والعمل على تسويتها، على أن يدون ضمنه نقاط الصلح المتوصل إليها والأمر بتسجيل المسائل المختلف بشأنها بصورة جماعية في العمل.

وإذا لم يتوصل مفتش العمل إلى إجراء الصلح يحزر محضر عدم المصالحة. هذا الأخير الذي يتميز بقوة الحجية ما لم يتم الطعن فيه بالاعتراض. وينبغي على مفتش العمل بمناسبة أداء المهام المنوطة به أن يلتزم بالسرية التامة إزاء كل العرائض وكذا المعلومات التي يطلع عليها بمناسبة عمله، كما يتعين عليه أن يحرص على عدم كشف هوية المتظلم. ويتمتع مفتش العمل بحماية إدارية وجزائية من العراقيل والتهديدات التي قد يتعرض لها بمناسبة أداء مهامه.

## 2- هيئة الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء

تلزم المادة العاشرة من القانون رقم 83-14 المؤرخ في 02 جويلية 1983 المعدل والمتمم على رب العمل أن يتقدم بطلب انتساب للعامل لدى هيئة الضمان الاجتماعي للعمال الأجراء (CNAS) في أجل عشرة أيام الموالية لتاريخ تشغيل العامل، ويكون هذا الطلب مرفقا بالملف الآتي بيانه:

- استمارة معدة من قبل الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الأجراء يتم ملؤها بعناية،
- شهادة ميلاد أصلية لخاصة بالأجير،
- شهادة الحالة العائلية إذا كان الأجير متزوجا.

وأما بشأن الاشتراكات فقد تم تحديد نسبتها ب: 34.5% تكون موزعة كما يلي:

- 25 % من وعاء الاشتراكات تكون على عاتق الهيئة المستخدمة،
- 9 % من وعاء الاشتراكات تكون على عاتق الأجير،
- 0.5 % من وعاء الاشتراكات تقع على عاتق الخدمات الاجتماعية.

وحتى يتم إضفاء الرقابة على صاحب العمل يقوم الصندوق الوطني للتأمينات الاجتماعية للعمال الاجراء "CNAS" بمراقبة في مكان العمل ليتحقق من مدى تطبيق تشريع العمل والتنظيم المعمول بهما بشأن مسائل الضمان الاجتماعي، وتتم هذه المراقبة بصورة فجائية من طرف مراقب أو أزيد تابعين لهيئات الضمان الاجتماعي ويكون محلف ومعتمد من طرف الوزارة المكلفة بالضمان الاجتماعي، ينبغي على العامل أن يصرح بالمعلومات الضرورية ويقدم أي سند يطلبه الخاضع للمراقبة في حدود مهمته، وغني عن البيان أن مجموع النسب الخاصة بالاشتراكات تؤخذ من الأجر المتوسط الذي يتقاضاه الأجير.

نشير إلى أنه يتم إيداع التصريح بالاشتراكات والقيام بتسديدها في غضون الثلاثين يوماً الموالية لآجال الاستحقاق، وننوه في هذا الخصوص إلى أنه إذا كان عدد العمال يقل عن عشرة فإنه يتم دفع الاشتراكات بعد كل ثلاثي من السنة الجارية، وأما في حال تجاوز عدد العمال عشرة فإن الدفع يتم كل شهر لدى هيئة الضمان الاجتماعي.

### 3- الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء

تم إحداث الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي لغير الأجراء (CASNOS) بموجب المرسوم التنفيذي 92-07 المؤرخ في 4 جانفي 1992 المتضمن الطبيعة القانونية للصندوق الوطني والتنظيم الإداري والمالي للضمان الاجتماعي، يتمتع هذا الصندوق بالشخصية المعنوية وكذا الاستقلالية المالية، وتكمن مهامه في في تحصيل الاشتراك ومراقبته وفض النزاعات الناتجة في هذا الخصوص، كما يعمل على تنظيم وتنسيق المراقبة الطبية وتسجيل المؤمنین اجتماعيا.

نوه في الأخير إلى أنه يجب على الموثقين المنتسبين لهيئة الضمان الاجتماعي لغير الأجراء التصريح بمدخيلهم السنوية التي يتم إعدادها من قبل مصالح الضرائب ذلك أنها الأساس المعتمد لحساب نسب الاشتراكات لدى هذه الهيئة، وتحدد نسبة الاشتراك بـ 15 % بحيث تكون 7.5 % منها خاصة بالتأمينات الاجتماعية و 7.5 % المتبقية تخصص للتقاعد.

## الفصل الثاني: مراحل إعداد المحررات التوثيقية

باعتبار أن الموثق هو ضابط عمومي يقوم بتحرير العقود في شتى المجالات فإنه يتعين عليه البحث المستمر في المؤلفات الفقهية سواء القانونية أو الشرعية والإمام بأحكامها، لا سيما مسائل الأحوال

الشخصية كأحكام الزواج وأنظمة التبرعات والمواثيق وغيرها من المواضيع، ومن ثم يمكنه تحرير العقود على نحو يستجيب لمتطلبات الزبائن من جهة، ويطلق القوانين والأنظمة السارية المفعول من جهة أخرى.

وعليه يكون من الأهمية معرفة الإجراءات التي يمر بها المحرر التوثيقي انطلاقاً من إجراء الاستشارة القانونية إلى غاية استكمال الشكليات التي تلي توقيع هذا المحرر، وقد دقق القانون رقم 02-06 والنصوص التنظيمية الصادرة بشأن مهنة الموثق في هذه الأحكام على نحو لا يدع أي شك في تقرير مضامينها وتبسيط الضوء عليها وفق مراحل نسوقها تباعاً.

### المبحث الأول: خطوات إعداد المحرر التوثيقي داخل مكتب التوثيق

توجب المادة 12 من القانون 02-06 على الموثق أن يتأكد من صحة العقود التوثيقية وأن يقدم نصائحه للأطراف والإقامة مسؤوليته، وهو الحكم الذي أيده القضاء في حكم صادر عن المحكمة العليا مضمونه: "تقوم مسؤولية الموثق ويلزم بالتعويض في حالة عدم قيامه بدوره القانوني الإيجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة<sup>1</sup> ونصح الطرفين بما يحقق انسجام اتفاقاتهما والقوانين السارية"<sup>2</sup>. ويتم هذا بطبيعة الحال بمكتب الموثق طبقاً لمقتضيات المادة 9 من ذات القانون، والعلّة في ذلك الأوضاع القانونية حول طبيعة العقد أو الخدمة المزمع طلب الموثق مباشرتها وكذا الآثار القانونية المترتبة على إنشائها.

### المطلب الأول: الإستشارة القانونية

تقضي المادة التاسعة من القانون 02-06 بأنه يسند لكل موثق مكتب عمومي يتولى تسييره لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، وبالإمكان أن يتم تسييره في شكل شركة مدنية مهنية أو مكاتب مجمعة، يتبين

<sup>1</sup> غني عن البيان أن حسن النية مفترض في الزبائن، غير أن مبدأ الحيطة يفرض على الموثق اشتراط تقديم الوثائق الأصلية مصحوبة بطاقة الهوية والإمتنع عن إبرام العقد، كما يتوجب عليه التنسيق مع مصلحة الشهر العقاري لضبط المعلومات التي يتلقاها من طالبي الخدمة، وفي حال اكتشاف جريمة نتيجة التحقيق الذي يجريه يكون من واجبه إبلاغ الضبطية القضائية. بردان صافية، مقال بعنوان "الواجبات المهنية الملقاة على عاتق الموثق الجزائري"، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة، ع2، سبتمبر 2017، ص 173.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2008/11/19، ملف رقم 436937، م.ق، ع 2، 2008، ص 193.

من هذا النص القانوني أنه لا يجوز للموثق أن ينتقل إلى مكان آخر لإبرام العقد سوى مكتبه محافظة على شرف المهنة كأصل عام ترد عليه بعض الاستثناءات.

فالموثق بوصفه ضابط عمومي كما تبينه المادة 3 من القانون رقم 06-02 وقد فوضته السلطة العمومية بتحرير العقود التي يشترط فيها القانون الطابع الرسمي وتلك التي يرغب الأطراف منحها هذا الطابع يقع على عاتقه تنوير فكر الأطراف بطبيعة العقد وما ينجر عنه من تبعات، فهو ليس ملزم بإيجاد الحلول لا سيما إذا كانت مخالفة للنظام العام، بل يبين لهم طبيعة العقد والإجراءات التي تترتب على إعدادة وتسجيله وشهره وكذا الجزاءات التي قد يتعرض لها الأطراف حال مخالفة القوانين والأنظمة السارية المفعول.

وعليه نقسم هذا المطلب إلى فرعين لنتناول في الفرع الأول توجه أطراف العقد إلى مكتب التوثيق ثم نتطرق في الفرع الثاني لتوافق إرادة الأطراف على طبيعة المحرر المراد توثيقه.

### الفرع الأول: توجه ذوي الشأن إلى مكتب الموثق

إن وصف التوثيق بالمهنة النبيلة واعتبار المكتب مرفق عمومي واتصاف الموثق بمساعد القضاء وكذا اعتباره ضابط عمومي تجعل مركزه القانوني قوي ويتعين احترام هذه المزايا من قبل الزبائن وضرورة حضورهم إلى مكتب التوثيق، بيد أن هناك الإستثناءات ترد على هذه القاعدة تجعل الموثق ينتقل إلى مقر سكناهم بشروط غاية في الصرامة ويترتب على مخالفة هذه القواعد نتائج وخيمة.

#### أولاً: ضرورة الحضور إلى مكتب التوثيق

يحظر على الموثق بأي وجه كان بمناسبة أداء عمله التوثيقي أن يتلقى عقوداً أو يسدي خدمات أو يقدم نصائح خارج مكتبه، الحظر ذاته يمتد إلى توقيع المحررات التوثيقية بمعية الزبائن خارج المكتب العمومي للتوثيق، ويستثنى من ذلك ما سمح به القانون، وفي حال مخالفة ذلك فإن الموثق يتعرض للمسائلة التأديبية، فالموثق بوصفه ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتعين عليه أن يمثلها على أكمل وجه، وأن يعطي وجهها مشرفاً للمرفق العمومي الذي يمثله.

نصت المادة 23 من النظام الداخلي للغرفة اتلوطنية للموثقين على ما يلي: "لا يجوز للموثق من حيث المبدأ أن يستقبل زبنة إلا في مكتبه. غير أنه، يمكنه أن ينتقل في حالة الضرورة، مع الحرص على شرف المهنة وكرامتها"<sup>1</sup>، كما تنص المادة 59 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين على ما يأتي: "يحظر على الموثق أن يتلقى عقوداً أو يقدم إرشادات خارج مكتبه إلا في حالات الضرورة المنصوص عليها قانوناً"<sup>2</sup>. من استقراء مقتضيات المادتين نجد أن الموثق لا يمكنه أن ينتقل إلى مكان آخر سوى مكتبه لتلقي العقد أو تقديم الإستشارات كأصل عام يرد عليه استثناء يتعلق الأمر بحالة الضرورة، هذه الأخيرة التي تعتبر مصطلحاً فضفاضاً يخضع في تقديره للهيئة التي تخول لها سلطة التأديب، وعليه يستحب تحديد الحالات التي يمكن للموثق بموجبها الانتقال خارج مكتب التوثيق وكذا الإجراءات والرسوم المتعلقة بها عند الاقتضاء.

### ثانياً: الإستثناءات الواردة على قاعدة الحضور

ذكرنا أن الأصل أن يتم توثيق المحررات الوثيقة وتوقيعات ذوي الشأن عليها لدى المكتب العمومي للتوثيق، بيد أن هناك حالات يجوز فيها للموثق الانتقال إلى محل إقامة الزبون للتوقيع على العقد المراد إبرامه، ويتم هذا الانتقال وفق إجراءات يتعين مراعاتها حفاظاً على شرف مهنة التوثيق كما سنبينه في النقطتين الموالتين.

#### 1. حالات الانتقال

بتفحص القوانين والتنظيمات سارية المفعول في مجال التوثيق بخصوص العبارة الواردة في المادة 59 من النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين سالفة الذكر "إلا في حالات الضرورة المنصوص عليها

<sup>1</sup> قرار مؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، جريدة رسمية، العدد 92، بتاريخ 3 رجب 1413، ص 2375.

<sup>2</sup> قرار مؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين، جريدة رسمية، العدد 92، بتاريخ 3 رجب 1413، ص 2381.

قانوناً لا نجد سوى حالة السجين، وما خرج عن هذه الصورة فإن الموثق يكون غير متيقن في الإقدام على الانتقال من عدمه لأن حالة الضرورة يختلف تقديرها من موثق إلى آخر، وبناء عليه يتعين حصر حالات الانتقال بموجب نص قانوني أو بناء على تعليمة أو مذكرة من قبل الغرفة الوطنية للموثقين باعتبارها هيئة مشرفة تعمل على توحيد الإجراءات التوثيقية حتى لا تتعطل مصالح الزبائن من جهة، وحتى لا يتحول الإستثناء وهو الانتقال إلى مقر الزبون إلى الأصل وهو ضرورة الحضور إلى المكتب التوثيقي وبالتالي الحفاظ على شرف المهنة<sup>1</sup>.

تأسيساً على ما سبق هناك حاجة للاستئناس بما ورد في التشريعات الأجنبية، كالتشريع المصري ولو أن - طبيعة التوثيق تخلف في التشريعين - حيث فرضت التعليمة رقم 109 من تعليمات التوثيق سداد الرسم المستحق للانتقال قبل القيام بهذا الإجراء إذا كان أحد طرفي العقد في حالة لا تسمح له بالانتقال إلى مكتب التوثيق لضرورة ملحة كأن يكون سجيناً بمؤسسة عقابية<sup>2</sup> مع مراعاة الإجراءات التي ينص عليها القانون أو كان مريضاً متواجداً بسكاه أو بالمستشفى أو كان شيخاً كبيراً فيمكن حينئذ الانتقال إلى محل إقامته بناء على طلبه<sup>3</sup>.

## 2. إجراءات الانتقال

ليس هناك إجراءات محددة قانوناً لكن المألوف حسب العرف الجاري به العمل إدارياً أن يتقدم طالب الانتقال بطلب مضمونه الانتقال لا سيما زمنه والغرض منه إلى المكان مكان إقامة صاحب

<sup>1</sup> المعمول به في التشريع الفرنسي أنه إذا باشر الموثق عقداً خارج نطاق اختصاصه كان العقد باطلاً ويوقف الموثق عن ممارسة المهنة ثلاثة أشهر، وعند العود يلتزم بالتعويض. انظر إبراهيم سامي زيدان، مرجع سابق، ص 138.

<sup>2</sup> كما تقضي المادة 9 مكرر من ق.ع بشأن حالة المحكوم عليه بعقوبة جنائية بأن تأمر المحكمة وجوباً بالجر القانوني عليه الذي يتمثل في حرمانه من مباشرة حقوقه المالية طيلة مدة تنفيذ العقوبة، وقد أحال المشرع في الفقرة الثانية من نفس المادة إلى القواعد التي تحكم الحجر القضائي الواردة في قانون الأسرة لا سيما المادة 104 منه. مع التنويه إلى أن القضاء اعتبر أنه لا يمكن للخبرة الطبية أن تحل محل حكم الحجر القضائي لإبطال التصرفات القانونية. م.ع، غ.ع، ملف رقم 0992200، بتاريخ 2016/06/16، م.ق، ع، 1، 2016، ص 81.

<sup>3</sup> مندي حمزة محمد، النظرية العامة للتوثيق، والقوانين ذات الصلة به، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018، ص 91.

الشأن مع ضرورة إرفاق الطلب بجملة من الوثائق أهمها وصل سداد الرسوم المقابلة للخدمة وإذا كان سيجينا تضاف رخصة الإتصال بسجين الممضاة من قبل قاضي تطبيق العقوبات، بعدها يؤثر الموثق على هذا الطلب ويحدد ميعادا للانتقال إلى محل إقامة المعني بحيث يتم إعلام هذا الأخير وقت إيداع الملف أو تبليغه في محل سكاه لاحقا، ثم ينتقل الموثق إلى مقر إقامة صاحب الشأن بموجب محضر يدون فيه البيانات الخاصة به وطبيعة المهمة (تلقي عقد، أو استشارة...) وكذا زمن الانتقال والمكان المقصود. ويشير الموثق في آخر المطاف ما إذا تمت المهمة كاملة فإذا تعلق الأمر بالاطلاع على مستندات وتقديم استشارات يوضح مضمونها بإيجاز، وإذا تعلق الأمر بتوثيق محرر عن طريق التوقيع عليه يبين تاريخ ومكان هذا الإجراء. كما يحتمل أن ألا يتم هذا الانتقال أو عدم إتمام توثيق المحرر بالتوقيع عليه فيبين الموثق ذلك مع عرض الأسباب التي حالت دون ذلك<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: توافق إرادة الأطراف على طبيعة المحرر المراد توثيقه

قبل مباشرة تحرير العقود التوثيقية ينبغي أن يبصر أطرافه بحقوقهم والتزاماتهم القانونية فيقدم لهم الإرشادات والتوجيهات التي تهمهم بخصوص العقد المراد إبرامه، ومن ثم تتضح المعالم والبنود التي توافقت وتطابقت عليها إرادة المتعاقدين، إلا إذا وجد ضمن أطراف العقد قاصر أو حالة عدم التراضي على مضمون العقد فإن هذا الأخير لا يمكن إبرامه في هذه الحالة ويصرف ذوو الشأن إلى القضاء بتوجيه من الموثق، وهي الأحكام التي سنتناولها تباعا.

#### أولا: تبصير ذوي الشأن بحقوقهم والتزاماتهم

بإمكان الموثق في نطاق ممارسة مهامه أن يقدم استشارات لزيائته إذا طلبوا منه ذلك مع ضرورة تبصيرهم بالحقوق والالتزامات التي تقع على عاتقهم، وما يترتب عن تصرفاتهم من آثار قانونية، حتى ولو لم يفض هذا الواجب إلى تحرير عقد، وله في سبيل ذلك أن يحصل أتعابه من الاستشارات القانونية طبقا لمقتضيات المرسوم التنفيذي رقم 08-243 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لأتعاب الموثق<sup>2</sup>،

<sup>1</sup> انظر مندي حمزة محمد، نفس المرجع، ص92. - بتصرف-

<sup>2</sup> ج.ر 45 المؤرخة في 06/08/2008..



حيث تم تحديدها ضمن الملحق الخاص بالتعريف الرسمية لأتعاب الموثق بـ 2000 د.ج (بند 75)، بيد أنه من الناحية العملية هناك ضرورة لتدريب الذهنيات على تقبل هذا الإجراء لا سيما وأنه بات مقننا. ويعتبر واجب النصح<sup>1</sup> من صميم مهام الموثق طبقا للمادة 2/12 من القانون رقم 02-06، حيث يلتزم بإعلام الأطراف بنطاق التزاماتهم وحقوقهم وكذا الآثار التي تترتب على إنشاء العقد، ومن ثم تحديد الاحتياطات التي يخولها لهم القانون لمباشرة إجراءاتهم وكذا الوسائل الممنوحة لهم في هذا الخصوص ضمانا لفعاليتهم، وغني عن البيان أن الموثق مقيد بالالتزام بالسرية المهنية بحيث لا يمكنه الإدلاء بأي معلومة مرتبطة بالتصرف الذي يجريه لمصلحة الأطراف ما عدا تلك التي أجاز القانون صراحة إفشاءها، أو حال حصوله على إذن من الأطراف بذلك وإلا تعرض لعقوبات تأديبية دون الإخلال بالأحكام الجزائية المنصوص عليها في قانون العقوبات<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى اتفاق الأطراف حول تفاصيل العقد، يحدد الموثق أيضا أتعابه<sup>3</sup> يضاف إليها مختلف الرسوم والحقوق لتتضح الرؤيا أكثر للزبون بشأن إبرام العقد من عدمه، تقودنا هذه الأحكام إلى مقتضيات المرسوم التنفيذي رقم 08-243 سالف الذكر الذي يحدد أتعاب الموثق، هذه الأخيرة التي تحدد وفقا لطبيعة العقد أو تبعا للقيمة المعتمدة في تصفية حقوق التسجيل في حال كون هذه القيمة عليا، ويتم تحديدها حسب التعريف الرسمية الواردة في الملحق، وتتألف أتعاب الموثق من تعويض إعداد وتحرير العقد وإتمام الشكليات المرتبطة بذلك، مضاف إليها تعويض النفقات ذات الصلة التي تم أدائها لفائدة الزبون.

<sup>1</sup> Les notaires sont tenus d'une obligation de conseil. Mais en cas d'absence de textes, c'est la jurisprudence qui est venue éclaircir d'une façon progressive le contenu de ce devoir, par l'intermédiaire du droit commun. Voir Florain MAUME, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse de doctorat, Université d'Evry-Val-d'Essonne, France, 2015, p. 179.

<sup>2</sup> تنص المادة 1/301 من قانون العقوبات المعدلة بموجب القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20/12/2006 على ما يلي: "يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 20.000 د.ج إلى 100.000 د.ج الأطباء والجراحون والصيدال والقابلات وجميع الأشخاص المؤتمنين بحكم الواقع أو المهنة أو الوظيفة الدائمة أو المؤقتة على أسرار أدلى بها إليهم وأفشوها في غير الحالات التي يوجب عليهم فيها القانون إفشاءها ويصرح لهم بذلك".

<sup>3</sup> في حالة النزاع يرجع الحكم إلى القاضي لتحديد أتعاب الموثق وليس إلى الخبير. م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 03/04/2014، ملف رقم 0904932، م.ق، ع 1، 2014، ص 224.

تجب الإشارة إلى أنه بإمكان الموثق قبل تحرير العقد أن يطلب من أطراف العقد تسديد تسبيق يتم حسمه من الأتعاب بغية تغطية النفقات والحقوق الأولية في مقابل وصل استلام<sup>1</sup>، مع العلم أنه يمكن للزبون استرجاع المبلغ المدفوع عند عدم انجاز الخدمة الواجب أدائها من قبل الموثق، على أن هذا الأخير يستأثر بالمبلغ المدفوع في حال عدول الزبون، مع الإشارة إلى أن جدول التعريف الرسمية للأتعاب يتعين لصقه في مكان ظاهر من المكتب حتى يتمكن الزبائن من الإطلاع عليه، على أنه لا يعتد بتعدد الموثقين لتحصيل الأتعاب متى انصب عملهم على نفس العقد ويرجع نصف الأتعاب للموثق الذي يحتفظ بأصل العقد ويكون النصف الآخر للموثق أو بقية الموثقين بالاشتراك بينهم، كذلك الشأن بالنسبة لارتباط عدة تعاقدات بعضها ببعض فلا تحصل إلا الأتعاب المرتبطة بالتعاقد الرئيسي، بخلاف حالة التعاقدات المنفصلة بحيث ينجر عنها حقوق متميزة للتسجيل وكذا لرسم الشهر العقاري أو ذلك المتعلق بالقيمة المضافة فيتم تحصيل الأتعاب بصورة مستقلة لكل تعاقد حتى ولو انصبت على ذات العقد.

نوه في هذا الخصوص إلى الآثار المترتبة على المساعدة القضائية بحيث يعفى من دفع المبالغ المستحقة بصفة مؤقتة للموثق المساعد قضائياً طبقاً لمقتضيات المادة 13 من الأمر رقم 71-57 المؤرخ في 5 غشت 1971 المتعلق بالمساعدة القضائية المعدل والمتمم<sup>2</sup>، كما تقضي المادة 14 من ذات القانون بأنه تُسَلَّم مجاناً العقود أو النسخ التي يطلبها المساعد قضائياً بشرط صدور أمر من قبل رئيس الجهة القضائية بأسفل عريضة، ويكون هذا الأمر معفياً من الطابع والتسجيل.

#### ثانياً: الإتفاق على مضمون العقد

بعد قيام الموثق بتبصير أطراف العقد أو طالبي الخدمة بمدى حقوقهم والتزاماتهم وكذا الآثار التي سوف يخضعون لها جراء إبرام العقد أو أداء الخدمة حتى يتسنى لهم اتخاذ القرار السديد يكون تطابق إرادتهم على مضمون المحرر التوثيقي<sup>3</sup> قد تم بشكل يسمح بتحرير هذا الأخير، تفيد في هذا الخصوص

<sup>11</sup> يتضمن الوصل كل الحقوق لفائدة الخزينة العمومية وكذا المصروفات الإضافية المنجزة لفائدة الزبون، بالإضافة إلى الأتعاب المستحقة يقابلها التسعيرة الواردة في التعريف الرسمية.

<sup>2</sup> عدّل هذا الأمر بموجب القانون رقم 09-02 المؤرخ في 25/02/2009، ج.ر، العدد 15، بتاريخ 08/03/2009. مع الإشارة إلى أن المادتين 13 و 14 لم يمسهما التعديل.

<sup>3</sup> نشير إلى أن العقد التوثيقي هو صورة من صور العقد الرسمي.

المادة 59 من ق.م.ج بأن إبرام العقد يتم بمجرد تبادل طرفي العقد التعبير عن إرادتهما متى تطابقتا، ذلك أن العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يرتب أثره في محله، وغني عن البيان أن الإرادة هي عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه ومن ثم لا يعتد بها قانونا إلا إذا اتخذت مظهرا اجتماعيا وذلك بالتعبير عنها، ويكون ذلك وفقا للمادة 60 من ق.م.ج إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في بيان مقصود من صدر منه التعبير، بحيث يكون الإيجاب جازما وكاملا، وبالمقابل يكون القبول بإرادة حرة ومطابقا للإيجاب<sup>1</sup>. وتظهر حرية الإرادة في عدم إمكان القضاة إجبار الأطراف على تحرير العقود والتدخل في سلطان إرادتهم<sup>2</sup>، وهو المبدأ الذي كرسه القضاء في حكم صادر عن المحكمة العليا سنة 2012<sup>3</sup>.

والقول بعدم تدخل القضاة في سلطان إرادة الأطراف منشأه فكرة الأمن التعاادي الذي يهدف بدوره إلى تحقيق الأمن القانوني، كما أن وصف الضبطية الذي أضفاه المشرع على الموثق يقصد به تمثيل الدولة وذلك بحمل خاتمها، على اعتبار أن الموثق تناط به مهمة الإمام بجميع مقتضيات القوانين وفوق هذا يتعين أن يكون له رصيد في الجانب الشرعي<sup>4</sup> الذي تحيل إليه المادة 222 من ق.أ، كما أنه يتعين على القضاة أن يعملوا على تفعيل آلية الرقابة على المحررات التوثيقية بعد إنشائها على أن ينظر إليها من الجانب الإيجابي لا من الجانب السلبي الذي يجعل الموثق في مركز المتهم، ويكون ذلك عن طريق الاجتهادات القضائية للتوصل إلى مبادئ من شأنها أن تحسن في الأداء التوثيقي من جهة، وتحقيقا

<sup>1</sup> بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، ط5، 2007، ص 59.

<sup>2</sup> On retrouve un des traits fondamentaux du statut du notaire qui est à la différence de l'avocat d'être un conseiller nécessairement impartial quidoit principalement son conseil aux deux parties., JEAN – MARC MATEU, La vente de l'immeuble construit, Chambre Nationale des Notaire, 2<sup>ème</sup> Séminaire national, "Approfondir les connaissances juridiques du notaires", Sous le Haut Patroage de Monsieur BELAIZ Tayeb, Ecole Supérieure de la Magistrature, Alger, les 29-30 2005, P.22

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2012/10/11، ملف رقم 806309، م.ق، ع 2، 2014، ص 297.

<sup>4</sup> بليعتوي بلخير، موثق بتلسان، مداخلة بعنوان "العقد التوثيقي كآلة استقرار ودعامة للأمن القانوني"، اليوم الدراسي سالف الذكر.

للأمن القضائي للمحركات التوثيقية من جهة أخرى، على اعتبار أن الأمن القضائي هو واجهة الأمن القانوني<sup>1</sup>.

وبهذا يكتسب العقد حصانة قبل الغير ولو أنه يستمد قوته الملزمة من إرادة أطرافه استنادا إلى نص المادة 106 من ق.م<sup>2</sup>، فهو ليس مقصور على كل متعاقد بمفرده دون أن يتم الاتفاق بينهما، ويمتد هذا الحكم إلى القاضي الذي لا يمكنه تعديل أو نقض مقتضيات العقد حتى ولو كان ذلك بحجة تحقيق العدالة أو درأ الجور والحيث، بل يقتصر دور القاضي في تحديد الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد إذا تحققت شروط صحته<sup>3</sup>، وقد قد كرس المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار لها صادر سنة 1988 مفاده: "من المقرر شرعا أن التدخل في إرادة الواهب أو المحبس فيما وهبه أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو على من حرسه أو على من حرمه من الإرث، هو تدخل يتجاوز حدود وصلاحيات القاضي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية. لما كان من الثابت -في قضية الحال- أن الواهب وهب أملاكه للطاعنين في سنة 1930 ووقع حيازتهم لها وقتذاك، فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف لديهم ومن جديد القضاء بإبطال الهبة خالفوا القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>4</sup>.

### 1. القوة الملزمة للعقد التوثيقي

تبعا لما سبق، نجزم بأن العقد له قوة ملزمة أكثر من تلك التي تتضمنها المقررات القضائية، وهو المفهوم الذي دلت عليه المادة 72 من ق.م التي تقضي بأن الحكم يقوم مقام العقد حال نكول الواعد ومقاضاته من قبل المتعاقد الآخر للمطالبة بتنفيذ الوعد رغم توافر الشروط اللازمة لذلك، وهنا يتعين على

<sup>1</sup> بن ونان رضا، رئيس الغرفة الجهوية لموثقي ناحية الغرب في كلمته الترحيبية - شعبان هند - رئيسة غرفة بمجلس معسكر- ، مداخلة بعنوان: "الأمن القضائي في العقد التوثيقي"، اليوم الدراسي سابق البيان.

<sup>2</sup> تنص المادة 106 من القانون المدني: "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون".

<sup>3</sup> خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، د.م.ج، ط4، الجزائر، س 2010، ص 106.

<sup>4</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 14/03/1988، ملف رقم 47072، م.ق، ع1، 1991.

الموثق أن يبين جميع المسائل الجوهرية وكذا المدة اللازمة لإبرام العقد، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها صادر سنة 1993 مفاده كالاتي: "من المقرر قانونا أن البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي. وأن الاتفاق الذي يعد له المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

ولما ثبت - في قضية الحال - أن الطاعن لم يدفع ثمن البيع، وهو شرط من شروط العقد - غير المتوفر- فإن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما صرحوا ببطلانه، واعتبروا شروط الوعد بالبيع سغير متوفرة ويتعين بذلك رفض الطعن"<sup>1</sup>.

واستثناء من المبدأ القاضي بعدم إمكان أحد طرفي العقد نقض العقد أو تعديله يمكن ذلك متى تقرر بموجب نص قانوني، كنص المادة 587 من ق.م التي تفيد بأنه يمكن للموكل أن ينهي أو يقيد عقد الوكالة في أي وقت ولو وجد اتفاق بخلاف ذلك، أو نص المادة 211 من قانون الأسرة التي أجازت للأبوين حق الرجوع في الهبة لولدهما في حالات محددة.

نشير إلى أن إسهاد الموثق لا يرقى بأي حال من الأحوال إلى مرتبة العقد التوثيقي (العقد الرسمي)<sup>2</sup>، ذلك أن العقد التوثيقي المشهر يتمتع بالحجية المطلقة، كما أنه لا يمكن إثبات عكس ما ورد فيه إلا عن طريق الطعن فيه بالتزوير، ولا يمكن للقاضي بعد رفع دعوى التزوير إبطال العقد التوثيقي مؤسسا حكمه على أقوال شاهدي العقد<sup>3</sup>. وما يؤكد حجية الوثائق الرسمية المحررة لدى الموثق باعتباره ضابط عمومي هو أنه لا يمكن إخضاعها للتحقيق بطريق الشهادة لتمتعها بالحجية المطلقة إلا إذا ثبت تزويرها. كما أنه لا يمكن إخضاع الوعد بالبيع لسماع الشهود فيما يتعلق بالتوقيعات الواردة فيه على اعتبار أنه عقد رسمي قام بتحريره موثق<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/12/22، ملف رقم 106776، م.ق، ع 2، 1994، ص 27.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم 645219، م.ق، ع 2، 2012، ص 359.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2012/11/14، ملف رقم 739034، م.ق، ع 2، 2013، ص 315.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2012/02/09، ملف رقم 698894، م.ق، ع 2، 2014، ص 287.

## 2. حالات تقييد مبدأ سلطان الإرادة

تخضع العقود التوثيقية لإرادة المتعاقدين وفي إطار القانون الذي يحرص الموثق على ضرورة انسجام اتفاقات الأطراف والقوانين سارية المفعول، غير أنه تطبق على البيوع التي يكون أحد طرفيها قاصر إجراءات البيع بالمزايدة أمام الجهات القضائية ولا يكون لإرادة المتعاقدين دور في إتمام إجراءات البيع بل أن هذا الأخير يتم وفقا لإجراءات خاصة فرضها القانون، كما أن العقار المشتمل على نزاع لا يتم بيعه إلا عن طرق القضاء بطريق المزايدة، وهنا نجد أن دور الإرادة قد تخلف فلا يجوز للموثق إبرام مثل هذه العقود ويتعين عليه أن يصرف أطرافه إلى القضاء.

### أ. وجود قاصر أو مفقود بين أطراف العقد

قرر المشرع الجزائري إجراءات خاصة لناقصي الأهلية والمفقود بموجب المواد 783 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك إذا كان طرفا في البيوع العقارية، وفي حال عدم طلب الإذن من القاضي بشأن المعاملات التي ترد على عقار القاصر كالإيجار لمدة تفوق ثلاث سنوات فإن المتصرف يتحمل المسؤولية الناشئة عن تصرفه، وهو المبدأ الذي جاء به القضاء في قرار المحكمة العليا في سنة 1991 مضمونه كما يأتي: "من المقرر قانونا أنه على الولي أن يستأذن القاضي المختص في إبرام كل عقد إيجار يتعلق بأملك القاصر، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الطاعن تصرف بمحض إرادته في ملك قاصرة ليس له عليها صفة ولي، فإن قضاة الموضوع بتحميلهم إياه المسؤولية الناتجة عن تصرفه هذا طبقوا صحيح القانون. ومتى كان الأمر كذلك استوجب رفض الطعن<sup>1</sup>.

والحكم ذاته ينطبق على القسمة<sup>2</sup>، حيث تجري هذه الأخيرة بمعرفة القضاء إذا وجد قاصر بين الورثة، مع وجوب إطلاع النيابة العامة على ملف القضية، طبقا لأحكام المادتين 2/181 و 3 مكرر من

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 10/04/1991، ملف رقم 72353، م.ق، ع 3، 1993، ص 115.

<sup>2</sup> تجب الإشارة إلى أنه لا يجوز قسمة العقارات الفلاحية التابعة للدولة، حيث كرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا مضمونه ما يلي: "لا يجوز تقسيم الأراضي الفلاحية التابعة للدولة إذا لم تسترد لأصحابها ويبقى للورثة الحق في الاستفادة بحكم المستفيد الأول. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 18/05/1999، ملف رقم 223333، م.ق، ع 1، 2002، ص 193.

قانون الأسرة، وهو المبدأ المكرس قضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 1992 مفاده ما يأتي: "من المقرر قانوناً أنه في حالة وجود قاصر يتوجب أن تكون قسمة التركة بين الورثة عن طريق القضاء. ويعرض ملف القضية بواسطة كاتب الضبط على السيد النائب العام قبل 10 أيام علي الأقل من يوم الجلسة. ولما ثبت - من قضية الحال- أن القسمة موضوع الدعوى لم تقع تحت إشراف العدالة لضمان عدم الإجحاف بحق القاصر، ولم يحترم الإجراء الخاص باطلاع النيابة العامة على القضية فإنه يتعين بذلك نقض وإبطال القرار المطعون فيه<sup>1</sup>. ويخضع الصلح المنصب على عقار أيضاً للرسمية<sup>2</sup>، ولا يشترط ذلك في عقد المساواة<sup>3</sup>. كما أنه لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي<sup>4</sup>.

وقد اعتبر القضاء أن اشتراط تقديم عقد رسمي مشهر باسم المورث لقبول دعوى القسمة دون أن يتم التحقق من تاريخ تملكه العقار يعد مخالفة للقانون، ذلك أن الملكية تخضع لوسائل الإثبات المنصوص عليها في القانون الذي نشأت في ظله<sup>5</sup>. على أن الدعوى الرامية إلى نقض القسمة الودية تسقط إذا لم يتم رفعها خلال سنة من بلوغ القاصر سن الرشد<sup>6</sup>، كما أن عقد الرهن المنصب على عقار شائع لا يعد عائقاً للقسمة العينية<sup>7</sup>. وسوف تعرض الإجراءات التي استحدثها المشرع بشأن البيوع العقارية لناقصي الأهلية في الوضع المخصص لها.

## ب. تنازع أطراف حول العقد المراد تحريره

الأصل أن الموثق مختص في تحرير العقود التي يتفق الأطراف على مضمونها إيجاباً وقبولاً، فإذا اختلف الطرفان حول بند من بنود هذا العقد أو حول طبيعته القانونية فإن هذا يخرج عن اختصاص

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1992/12/22، ملف رقم 84551، م.ق، ع 1، 1995، ص 117.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2004/07/21، ملف رقم 274325، م.ق، ع 2، 2004، ص 241.

<sup>3</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2002/06/18، ملف رقم 263265، م.ق، ع 2، 2004، ص 123.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2007/09/12، ملف رقم 414655، م.ق، ع 1، 2008، ص 211.

<sup>5</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2015/09/10، ملف 0937998، م.م.ع، ع 2، 2015، ص 135.

<sup>6</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0993497، بتاريخ 2016/06/16، م.ق، ع 1، 2016، ص 96.

<sup>7</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0990768، بتاريخ 2016/07/14، م.ق، ع 2، 2016، ص 167.

الموثق ويُصرف الأمر إلى القضاء، كان يطلب بعض الورثة من الموثق إبرام عقد هبة لعقار مورثهم إلى أحدهم أو إلى شخص أجنبي وهذا طبعا بعد إجراء نقل ملكية هذا العقار لصالحهم، وغايتهم في ذلك التهرب من الآثار الناشئة عن إبرام عقد البيع والإجراءات المعقدة، ويطلب البعض الآخر تحرير عقد بيع بشأنه إما بحسن نية وإما حرصا على رد الثمن المدون في العقد حال فسخ عقد البيع لأي سبب كان. فأمام الوضع السابق يقوم الموثق بتبصير أطراف العقد بالقواعد المطبقة على كلا العقدين والآثار الناشئة عن كل منهما والجزاءات المقررة لأي تصريح كاذب سواء في قيمة العقار المراد التصرف فيه، وبعد تقديم النصح وإسداء الإرشادات بما يحقق اتفاق الأطراف حول مضمون العقد ومدى انسجامه مع القوانين سارية المفعول فإذا اتفق الأطراف حول بنود العقد وطبيعته يقوم الموثق بإبرام العقد، وأما إذا بقي النزاع قائما فلا يتم إبرام العقد ويصرف النزاع إلى القضاء للسعي في إجراءات أخرى كقسمة العقار إن كان يقبل القسمة أو البيع بالمزاد العلني.

تقضي المادة 728 من القانون المدني على ما يلي: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع." وقد كرس القضاء هذا المبدأ في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا كالقرار المؤرخ عام 2007 الذي جاء فيه ما يلي: "يجوز بيع السفينة المملوكة على الشيوخ بالمزاد العلني، لتعذر قسمتها عينا".<sup>1</sup>

### المطلب الثاني: تحضير المحرر التوثيقي

بينت المواد 26 وما يليها من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق مضمون المحرر التوثيقي وشكله، وضرورة توافر جملة من البيانات الإلزامية لصحته، تتعرض لها في ضوء النصوص القانونية وكذا الممارسات القضائية الجزائية، رغم التعارض الذي يعتري مضامينها في بعض الأحيان.

كما أن هناك أحكام تضبط مسألة توقيع المحرر التوثيقي يتعين الوقوف عند مقتضياتها، سواء تلك الواردة في نصوص القانون المدني لا سيما المواد المدرجة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2007/02/21، ملف رقم 354940، م.ق، ع. 2007، 2، ص 155.



يونيو 2005 المعدل والمتمم لهذا القانون، أو تلك التي تضمنها قانون الأسرة في صيغته المحيئة بمقتضى الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

وبناء على ما سلف نتطرق إلى مرحلة تحرير العقد التوثيقي ثم مرحلة توقيعه، وكل هذا كله في خضم التعارضات القائمة بين منطوق قرارات المحكمة العليا والمفهوم الذي يمكن أن نستشفه من مضمونها من جهة، وبينها وبين النصوص القانونية التي يتعين إعادة النظر في مدلولها وصيغتها بما يحقق الإنسجام بينها ضمن منظومة موحدة ومتسقة، ومن ثم بلوغ الغاية التي يبتغيها المشرع في هذا الخصوص.

### الفرع الأول: مرحلة كتابة المحرر

تقضي المادة 26 أعلاه بأن العقود التوثيقية تحرر وجوبا باللغة العربية<sup>1</sup>، وقد كرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا مضمونه: "العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية باطلة، لمساسها بالنظام العام"<sup>2</sup>، واستثناء بالنسبة للأسماء الأجنبية يمكن كتابتها بالأحرف اللاتينية إظهارا لها<sup>3</sup>. ويتعين تحرير العقد باستعمال عبارات واضحة تؤدي مقصوده، فلا هي بالطويلة المملة ولا بالقصيرة المخلة مع تجنب التحشير أو البياض حتى يتمكن القارئ من فهمها بيسر، ويتم المصادقة على الإحالات عند الاقتضاء في الهامش أو في الجهة السفلى للصفحات، وبالنسبة للكلمات التي يتم شطبها في مضمون المحرر غير المتنازع في عددها يتم التصديق عليها في آخر العقد بالأحرف الأولى من قبل الموثق والأطراف وإن اقتضى الأمر يمتد الإجراء إلى الشهود والمترجم.

تجب الإشارة إلى أن المبالغ والسنة والشهر وكذا تاريخ التوقيع على المحرر التوثيقي يتعين أن تكتب بالحروف بخلاف التواريخ الأخرى التي يتم كتابتها بالأرقام، وغني عن البيان أن الكتابة تتم باليد أو بالآلة الراقنة أو يتم طبعها أو نسخها بطريق الأجهزة أو بأية وسيلة أخرى.

<sup>1</sup> هذا إعمالا لمقتضيات القانون رقم 91-05 المتضمن تعميم استعمال اللغة العربية، وقد اعتمد المشرع ذات الأسلوب في قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث أوجب طبقا للمادة 8 من هذا القانون أن تتم الإجراءات وكذا العقود القضائية لا سيما العرائض والمذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول، انظر بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة الثالثة، منشورات البغدادي، 2009، ص 27.

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2008/05/21، ملف رقم 408837، م.ق، ع1، 2008، ص 121.

<sup>3</sup> محمود أحمد عبيد، قانون التوثيق، مرجع سابق، ص 178.

## أولاً: البيانات الواجب توافرها عند كتابة المحرر التوثيقي

على الموثق أن يلتزم الحذر في صياغة محرراته، حيث يكون ذلك وفق أسلوب يتسم بالدقة واستعمال عبارات جلية في معانيها خالية من اللبس والغموض، والعلة في ذلك أن قواعد القانون منها ما هو جلي في معناه يكون فهمه سلس لدى عامة الناس ومنها ما يتطلب بذل جهد والاستعانة بأهل الخبرة، وهذا الأسلوب الأخير لا ينصح به في إنشاء المحررات التوثيقة حتى نجنب الزيناء للجوء إلى دعاوى التفسير بشأنها.

وأما بشأن البيانات التي يجب تضمينها في العقد فقد نصت عليها المادة 29 من القانون 06-02 نذكرها على النحو التالي:

- اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه،
- اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم، ويلاحظ في هذا البيان أن المهنة ليست ضرورية كما يجري عليه العمل في العقود التوثيقية المحررة لدى الموثقين حالياً، مع الإشارة إلى كمال أهليتهم وسلامة قواهم العقلية<sup>1</sup>.
- اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء، مع العلم أن شهادة الأقارب جائزة في قضايا الحالة، وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1998 مفاده ما يلي: "من المقرر قانوناً أنه تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة التي هي الزواج، الطلاق، الوفاة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون.

ومتى تبين- في قضية الحال- أن شهادة الأقارب على وفاة المرحومة كان قصد الوصول لتقسيم التركة، فإن القضاة لما رفضوا الدعوى في الحال وعدم قبول شهادة الأقارب

<sup>1</sup> وهو ما يعبر عنه بالأتمية ويقصد بها الصحة والطوع والرشد، أي أن المتعاقدين في كامل قواهم العقلية والجسمية متمتعين بالأهلية اللازمة وأنهم مختارون غير مكرهين. محمد خيري، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، الجزء الثاني، مكتبة دار السلام، الرباط، المغرب، 2009، ص 34.

على وفاة المرحومة دون إجراء تحقيق في القضية، فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

- اسم ولقب وموطن المترجم عند الاقتضاء،
- تحديد موضوع العقد،
- تدوين تاريخ العقد كاملا مع تحديد مكان إبرامه،
- إلحاق وكالات الأطراف المصادق عليها بالأصل، مع العلم أن العقود الموثقة لا يمكن إخضاعها للتصديق كأصل عام، عدا حالة عرضها على السلطات الأجنبية<sup>2</sup> ما لم ينص على غير ذلك في الاتفاقيات الدولية، ويكون التصديق على العقد من اختصاص رئيس محكمة تواجد المكتب<sup>3</sup>، وقد كرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1990 مضمونه: "من المقرر قانونا أن العقود التوثيقية التي تبرم في الخارج، لا تطبق في الجزائر ما لم يصادق عليها من طرف السلطات الجزائرية المختصة، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد مخالفا للقانون.

ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن المجلس بقضائه بصحة التعاملات بوكالة أبرمت بدولة أجنبية دون التصديق عليها من طرف السلطات الجزائرية المختصة، يكون قد خالف القانون. ومتى كان ذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>4</sup>. وكذلك القرار الصادر سنة 2009 الذي يقضي بما يلي: "يختص القنصل الجزائري في الخارج بحكم القانون بالمهام التوثيقية.

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 17/03/1998، ملف رقم 179557، م.ق، ع 2، 1998، ص 79.

<sup>2</sup> كالوكالة المحررة من طرف قنصل جزائري بالخارج، فهي وكالة رسمية وفقا لما هو مكرس قضاء. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 11/03/2009، ملف رقم 478839، م.ق، ع 1، 2009، ص 275.

<sup>3</sup> يمكن للموثق أن يسلم النسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي، وتطبق نفس الإجراءات بشأنها كما هو الحال بالنسبة لتنفيذ المقررات القضائية، على أنه يتم التأشير على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية، وقررت المادة 32 من القانون 02-06 أنه لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة العقوبات التأديبية، بيد أنه يمكن تسليم نسخة تنفيذية ثانية بأمر يصدره رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكتب التوثيق مع إرفاق الأمر القضائي بالأصل.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 03/06/1990، ملف رقم 59.607، م.ق، ع 2، 1991، ص 85.

تخضع المحررات التوثيقية التي يتولى تحريرها لمقتضيات القوانين الجزائرية. تعد الوكالة المحررة من طرف القنصل بدون حضور شاهدين، وكالة صحيحة.

العقود الرسمية المتطلبة حضور شاهدين هي العقود الإحتفائية<sup>1</sup>. ويعتبر عقد الوكالة المبرم في الخارج من العقود الرسمية الواجب إمارها بالصيغة التنفيذية من قبل القضاء الجزائري حتى تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر<sup>2</sup>.

- الإشارة إلى تلاوة الموثق على الأطراف مختلف النصوص المتعلقة بالجباية والتشريع الخاص الساري المفعول، حيث تنص المادة 113 / 4 من قانون التسجيل بأنه يتوجب على الموثق الذي يتلقى عقد بيع أو مبادلة أو قسمة أن يقوم بتلاوة هذا العقد على الأطراف وذلك تحت طائلة غرامة مالية تقدر بـ 500 دج، والغاية من ذلك بالنسبة لأطراف العقد هو تفادي إخفاء<sup>3</sup> جزء من ثمن البيع ومن ثم بطلان التعاقد، مع الإشارة في العقد إلى أن هذه التلاوة قد تم إجراؤها ويؤكد تحت طائلة نفس العقوبة حسب علمه بأن هذا العقد لم يتم تعديله ولا يتناقض مع أي سند مضاد يحتوي على زيادة في الثمن أو المعدل.

- توقيع الأطراف والشهود والمترجم عند الاقتضاء والموثق.

نشير إلى أن تحرير عقد أمام الموثق دون أن تتوفر فيه كل شروط الرسمية يعد عقدا عرفيا، وهو الحكم الذي قرره المحكمة العليا في قرار صادر عنها سنة 1990 نصه كآتي: "من المقرر قانونا أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا أمام الموثق، محتوي على أصل الملكية مكرس لاتفاق الطرفين-محددا المحل- معاين لتسديد المبلغ أمام الموثق، مسجل ومنشور لدى مصالح الشهر العقاري.

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2009/09/29، ملف رقم 496233، م.ق، ع2، 2009، ص 162.

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2010/10/21، ملف رقم 586026، م.ق، ع 2، 2010، ص 169.

<sup>3</sup> كل إخفاء في ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري أو زبائن والفارق الناتج عن التبادل أو قسمة يفضي إلى عقوبة غرامة قدرها ضعف الحقوق والرسوم المتملص بحيث لا تقل هذه عن 10.000 دج، ويتم دفع الغرامة بالتضامن بين الأطراف ماعدا توزيعها بينهم بالتساوي، وإذا ثبت تواطأ الموثق فتوقع عليه غرامة قدرها أضعاف الحقوق والرسوم المتملص منها دون أن تنزل عن 10.000 دج، وأما إذا ثبت أنه شريك في المناورات التي تهدف إلى التملص من دفع الضريبة فإنه يتعرض للعزل في حالة العود دون المساس بتطبيق العقوبات الواردة في المادتين 123 و 124 من ق.ع.

ومن المقرر أيضا أن الليف هو عقد عرفي يحرر أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف والشهود فقط<sup>1</sup>. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين منعدم الأساس القانوني. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن كلا من العقدين المقدمين للمحكمة عرفيين ومن ثم فإن قضاة الموضوع بأخذهم بالليف واعتباره عقد رسمي دون توفره على الشروط المنصوص عليها قانونا خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>.

تأسيسا على ما سبق، اعتبر القضاء العقد التوثيقي الذي لم يتم تسجيله وشهره عقدا عرفيا، غير أنه يثور التساؤل حول الآثار التي يخلفها هذا العقد بشأن حقوق والتزامات الطرفين، واعتبر التشريعين المصري والسعودي العقد التوثيقي بصرف النظر عن كونه كان مسجلا أو غير مسجل محررا رسميا والعلة في ذلك أنه تم على يد موظف عمومي، غير أننا نصطدم بقرار آخر صادر عن المحكمة العليا مضمونه أن العقود الناقلة للملكية العقارية أو لأي حق عيني عقاري آخر، إضافة إلى الشكل الرسمي، تستلزم الشهر العقاري<sup>3</sup>. وتبعاً لهذا يكون القضاء قد اعترف برسمية المحرر قبل شهره. كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2008 الذي جاء فيه ما يلي: "يعد قرارا قضائيا مشوباً بالتناقض ومنعدم الأساس القانوني مستوجبا للنقض، قرار غرفة الاتهام المعتبر محررات منجزة من طرف موثقة غير مشهرة، وثائق عرفية"<sup>4</sup>.

وباعتبار أن إمضاء الأطراف إجراء ذو طابع خاص فسنفرد له تحليلاً خاصاً في النقطة الموالية.

<sup>1</sup> تنفيذ المادة 324 مكرر2 من القانون المدني بأن العقود الرسمية توقع من قبل الأطراف والشهود عند الحاجة، ويتم تأشير الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد، وإذا وجد بين الأطراف من لا يعرف الكتابة أو لا يمكنه ذلك ينوه الضابط العمومي إلى تصريحاتهم في آخر العقد مشفوعة بوضع بصماتهم عدا حالة وجود مانع قاهر. وإذا كان الموثق يجهل اسم المتعاقد أو حالته أو عنوانه أو وجود عارض أصاب أهليته يشهد على ذلك شاهدين بالغين تحت مسؤوليتهما.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 1990/06/03، ملف رقم 68467، م.ق، ع1، 1992، ص 84.

<sup>3</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار بتاريخ 2008/10/15، ملف رقم 473702، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 227. المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار بتاريخ 2009/11/12، ملف رقم 549408، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 231. المحكمة العليا، الغرفة العقارية، قرار بتاريخ 2008/10/15، ملف رقم 491615، مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 240.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ج، قرار بتاريخ 2008/10/22، ملف رقم 530111، م.ق، ع 2، 2008، ص 365.

### ثانياً: الجزء المترتب على تخلف بيان أو أزيد في مضمون العقد

نميز بين البيانات الجوهرية والأخرى غير الجوهرية، فإذا تخلف أحد البيانات المرتبطة بالمحرر التوثيقي فإن هذا الأخير يكون حكمه البطلان كذكر أسماء المتعاقدين وتاريخ العقد وتلاوة مضمونه وتوقيع الأطراف وكذا توقيع الموثق، وأما إذا كانت البيان غير جوهري كإغفال ذكر إقامة أحد المتعاقدين أو المصادقة على إحالة فإن هذا لا يؤدي إلى بطلان العقد.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا اشترط القانون إجراء معيناً لصحة العقد وإضفاء طابع الرسمية عليه فإنه يعد ركناً، وبالتالي لا يكون العقد صحيحاً إلا بقيامه كما أنه يبطل بتخلفه، فحينما فرض القانون ضرورة حضور شاهدين في عقد الهبة فإن تخلفهما في العقد يؤدي إلى بطلانه، وأما في الأحوال الأخرى فإن تخلف مثل هذا الإجراء لا يؤثر على صحة التعاقد.

### الفرع الثاني: مرحلة التوقيع

يعتبر توقيع الأطراف والموثق على أصل المحرر التوثيقي أهم مرحلة يتعين التدقيق في أحكامها لما تنطوي عليه من الخطورة خاصة بالنسبة للموثق الذي يقع ضحية تزوير سواء بالنسبة للتوثيق ذاته أو بشأن هوية الأطراف والشهود عند الاقتضاء، وسوف نبين الإشكالات المرتبطة بإجراءات التوثيق وهوية الموقعين تباعاً.

### أولاً: كيفية التوقيع

تنص المادة 324 مكرر 1/2 من ق.م المعدل والمتمم على أن العقود الرسمية توقع من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، ويؤشر على ذلك الضابط العمومي، مفاد هذا النص أنه يتعين على أطراف العقد أن يقوموا بإمضاء العقد، وهو المبدأ الذي كرسه القضاء حيث ينعقد عقد البيع الوارد على عقار بتوقيع المتعاقدين عليه أمام الموثق، وبمفهوم المخالفة لهذا المبدأ فإنه لا ينعقد العقد في حال إذا امتنع أحد طرفيه عن التوقيع، كما أنه لا يلزم الممتنع بأي شيء أمام الطرف الآخر<sup>1</sup>. وقبل مباشرة الإمضاء يتعين على الموثق التأكد من هوية الأطراف حتى ولو جرى معهم تعامل سابق، فاستظهار بطاقة الهوية أثناء التوقيع أمر ضروري درءاً لحالات اللبس كضياع هذه البطاقة أو حالة الشبه بين شخصين ونحوه،

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0967151، بتاريخ 2016/02/11، م.ق، ع1، 2016، ص70.

وبعد أن يتحقق الموثق من هوية الأطراف يكلفهم بالتوقيع في أسفل السند ويمهره بخاتمه الرسمي، غير أنه يطرح إشكال فيما يخص التاريخ المعتبر حال توقيع الأطراف في تاريخين أو أزيد؟ الحقيقة أننا نجد بعض العقود من الناحية الممارسة تتضمن تاريخين أو أكثر، بيد أن العقد يكتسي الطابع الرسمي ابتداء من تاريخ توقيع الموثق باعتباره آخر موقع على المحرر التوثيقي<sup>1</sup>.

وفي حال عدم إمكان أحد أطراف العقد أو الشهود التوقيع بسبب عدم معرفته أو لأي سبب آخر فيتوجب على الموثق طبقاً للفقرة الثانية من المادة 324 مكرر 2 أن يبين ذلك في العقد اعتماداً على تصريحاتهم، وفي حال عدم معرفة أحدهم التوقيع فيكلفه الموثق بوضع بصمته إلا إذا كان هناك مانع قاهر كحالة من كان لديه عضو مبتور، وقد أشارت الفقرة الثالثة من نفس المادة إلى حالة جهل الموثق لاسم وحالة أطراف العقد وكذا مكان إقامتهم وأهليتهم المدنية وأفادت بأن الحل يكمن في شهادة شاهدين بالغين وتحت مسؤوليتهما، كما أنه يتعين مراعاة حالات من تعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب عاهة وذلك بضرورة إحضار مترجم معتمد ليفصح عن إرادة صاحب العاهة، غير أن المشرع قيد هذا الحكم ضمن مقتضيات المادة 80 من ق.م بتوافر شرطين أساسيين وهما:

1- أن يكون الشخص مصاب بعاهتين من العاهات الثلاث الصم والبكم والعمى،

2- أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب تلك العاهة.

الملاحظ أن المشرع قد أورد لفظ العاهة في صيغة المفرد وليس المثنى سواء في النسخة العربية أو الفرنسية-*par suite de cette infirmité*، في حين أنه نص على عاهتين، ولعل الصواب هو الاكتفاء بعاهة واحدة مع تحقق صفة العجز عن التعبير عن الإرادة، كما أن الاقتصار على هذه العاهات الثلاث ضمن النص القانوني لا يحقق الحماية المرجوة التي يبتغيها المشرع، كحالة من كان مصاباً بشلل جسماني أو أي مرض نفسي يقدر الطبيب الخبير باعتباره والذي من شأنه أن يؤثر على إرادة الشخص فلا يمكنه تبعاً

<sup>1</sup> نجد في التشريع المغربي نصاً يضبط مسألة اكتساب العقد التوثيقي للطابع الرسمي حيث تنص المادة 44 من القانون رقم 32-09 المتعلق بالتوثيق على ما يلي: "يكتسب العقد الصبغة الرسمية ابتداءً من تاريخ توثيق الموثق". انظر محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم دراسة في ضوء مستجدات قانون 03-16 المتعلق بخطة العدالة وقانون 32-09 المتعلق بالتوثيق، ط2، مكتبة المعرفة، مراكش، المغرب، 2015، ص79.

لذلك التعبير عنها، فكان من الراجح أن يتم النص على حالة من كان مصابا بعجز جسماني وتعذر عليه التعبير عن إرادته بسبب ذلك العجز، لا سيما وأن الأمراض قد تفشت في هذا العصر بصورة تفضي إلى التأثير على إرادة الشخص بشكل يجعل تصرفاته غير صحيحة يتوجب تعيين مساعد قضائي يعاونه في التصرفات التي يجريها لمصلحته.

يلاحظ واقعياً تعطيل المصالح الخاصة بالزبناء حال تخلف أحد أطراف العقد أو أكثر رغم تبليغه رسمياً بميعاد الحضور، والمشكل عينه يطرح في حالة امتناع متعاقد أو أزيد عن التوقيع على المحرر المراد توثيقه، فهنا يتعين على الموثق بعد طلب الأطراف الحاضرة تحرير محضر يتضمن إثبات غيبة المتخلفين بعد أن يتأكد من وجود المحرر المطلوب تحريره وبعد أن ينادى على المتخلف عدة مرات.

ويستحب تبعاً لهذا عقد الاختصاص للموثق بشأن إعداد محضر يثبت فيه حالة الغيبة بعد التثبت من وجود المحرر المراد توثيقه، وذلك حال تخلف أحد أطراف العقد أو أكثر وبطلب من الحاضرين. وينوه الموثق ضمن محضر إثبات الغيبة ساعة فتح المحضر وكذا ساعة قفله ومن ثم يوقع عليه المتعاقدون الحاضرون بمعية الموثق<sup>1</sup>، على أنه يدون ذلك ضمن دفتر خاص ووفق تسلسل عددي، والغيبة المقصودة في هذا القبيل هي غير الغيبة الواردة في المادة 110 من قانون الأسرة والتي يكون حكم الغائب فيها حكماً المفقود.

وقد يحدث أن يمتنع بعض المتعاقدين عن الإمضاء على العقد المراد توثيقه، فيعمد المتعاقدون الحاضرون إلى طلب الموثق بتحرير محضر لإثبات واقعة الإمتناع، وعليه يتعين على الموثق أن يتأكد من من امتناع الشخص الحاضر عن التوقيع بعد التثبت من هويته، وينوه في المحضر عن ساعة فتح المحضر وقفله، ويترتب على هذا أنه بإمكان صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء لإعمال الشرط الجزائي وطلب الحصول على تعويض عن الضرر الناشئ عن الامتناع أو أن يجبر الطرف الممتنع على تنفيذ التزامه متى كان واجب النفاذ إلا إذا كان الطرف الممتنع محقاً في امتناعه عن التنفيذ<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> محمد المنجي، شرح قانون التوثيق، الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2019، ص 220 وما بعدها. -بتصرف-

<sup>2</sup> محمد المنجي، المرجع نفسه، ص 225 وما يليها.



وعليه يستحسن أن يدرج ضمن اختصاص الموثق أيضا إعداد محضر إثبات امتناع بعض العاقدين عن التوقيع على المحرر المراد توثيقه، وهذا كله حتى لا تتعطل مصالح الزبناء لمجرد التخلف عن القيام بإجراء ينص عليه القانون بطريقة تعسفية.

نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أدرج فقرة ثانية ضمن مقتضيات المادة 327 من ق.م المعدل والمتمم مضمونها أن التوقيع الإلكتروني يعتد به وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 المضافة بنفس القانون، هذه الأخيرة التي تقضي بأن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني يعتبر كالإثبات على الورق شريطة أن يتم التحقق من هوية الشخص الذي أصدرها، كما يشترط أن يتم إعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها، وعليه فإن حجية المحرر الإلكتروني<sup>1</sup> تخضع لسلطة القاضي التقديرية حتى يعد دليلا كاملا للإثبات، ومن ثم اعتباره كبداية ثبوت بالكتابة أو عدم الاعتماد عليه أساسا كدليل إثبات وهذا فوق الشروط السابق بيانها<sup>2</sup>.

وأفادت المادة 323 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم بأن الإثبات بالكتابة ينتج من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات دلالة مفهومة بصرف النظر عن الوسيلة التي تتضمنها وكذا كيفية إرسالها. كما تقضي المادة 334 من نفس القانون المعدلة بموجب القانون 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 بأنه لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تتعدّ القيمة 100.000 دينار جزائري فيما يخالف أو يجاوز ما تضمنه عقد رسمي، وقد كرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا ورد فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينه ولو لم تزد القيمة على ألف دج

<sup>1</sup> Il faut noter que les actes authentiques électroniques sont conservés dans des minutes au sein de l'office notarial rédacteur, mais encore plus dans le serveur sécurisé. Marianne ROLAIN, les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse de doctorat, Université Nice Sophia Antipolis, Faculté De Droit Et Science Politique De Nice, 2015 p. 195.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن القبول في التعاقد الإلكتروني يتسم ببجالة من الخصائص تتمثل أساسا في استعمال تقنيات يجري التعامل بها على شبكة الانترنت كالويب والبريد الإلكتروني، والإزامية تأكيد الموجب بالقبول عبر الانترنت لحصول التعاقد، وكذا تحديد زمن القبول الذي يدل على تطابق الإرادتين، على أنه يجوز العدول عن القبول عبر الانترنت، إلا إذا كان الإيجاب باتا ومتضمنا كافة الشروط الجوهرية التي تخدم غالبا مصلحة الموجب، كما هو عليه الحال في عقود الإذعان. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، ط1، عمان، الأردن، 2006، ص 136 وما يليها.

فيما يخالف أو يتجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. لما كان من الثابت -في قضية الحال- أنه تم إثبات عكس ما تضمنه العقد الرسمي بمجرد إسهاد، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كذلك خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

وتبعاً لما سبق، يتميز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع على الورق بذات الكيفية التي أوردناها سلفاً بخصوص التمييز بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق، بحيث أن التوقيع الإلكتروني ينتج عن تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز لها مدلول مفهوم بغض النظر عن الوسيلة التي تتضمنها ومهما كانت كفاءات إرسالها، كأن يتم إدراجها ضمن حامل إلكتروني بحيث يمكن بموجبها تحديد هوية الشخص الذي قام بتوقيعها، مع ضرورة توفير الحماية القانونية على أي اعتداء أو غش يحتمل أن نتعرض له.

وقد أفصحت المادة 38 من قانون تنظيم مهنة الموثق عن حكم غاية في الأهمية يتعلق بإلزامية إيداع الموثق توقيعه وعلامته لدى كل من أمانة ضبط المحكمة والمجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه وكذا الغرفة الجهوية للموثقين. نشير إلى أنه يتعين على الموثق طبقاً لنفس المادة وتحت طائلة البطلان دمج نسخ العقود وكذا النسخ التنفيذية والمستخرجات التي يحررها أو يسلمها بخاتم الدولة الخاص به<sup>2</sup>، هذا الأخير الذي يسلمه له وزير العدل، حافظ الأختام. تجدر الإشارة إلى أنه يتعين على الموثق تحت طائلة البطلان

<sup>1</sup> م.ع، غ.أش، قرار بتاريخ 10/04/1991، ملف رقم 63320، م.ق، ع 3، 1993، ص 21.

<sup>2</sup> نشور إشكالية عدم وضوح بصمة الخاتم مع كثرة استعماله ما يجعل الإدارة ترفض استلام الوثائق من المواطنين بل أنه يمكن التمسك ببطلان هذه الوثيقة بل قد يتم رفضها ظناً بتزويرها أو قابليتها لذلك، ومن ثم بإمكان المتضرر من هذا الأمر أن يلجأ إلى القضاء وطلب التعويض لجبر الضرر الحاصل من العيب الموجود بالختم، وهنا يتعرض الضابط العمومي باعتباره يمثل السلطة العمومية للمساءلة على أساس أنه لم يحترم رمزا من رموز الدولة المنصوص عليه دستورياً، وقد نص المرسوم الرئاسي رقم 405/04 المؤرخ في 11 ديسمبر 2004 المحدد للتنظيم المتعلق بخاتم الدولة في المادة 12 منه على وجوب استعمال الحبر الأحمر دون غيره للدمغ بخاتم الدولة الندي، ويترتب على مخالفة هذه القاعدة الآمرة البطلان. فاتح جلول، مرجع سابق، 88 وما بعدها.

أن يودع توقيعه وعلامته لدى كل من أمانة ضبط المحكمة والمجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه والغرفة الجهوية للموثقين.

### ثانياً: أهلية الأطراف والشهود عند الاقتضاء

الأهلية هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات وقدرته على إبرام التصرفات القانونية التي تمكنه من اكتساب حق أو تحمل التزام بوجه يعتد به قانوناً، وأهلية الأداء هي التي تعيننا في المقام ومناطقها التمييز والإدراك وحرية الإرادة، ونميز بشأن توقيع المحررات التوثيقية بين أهلية الأطراف المتعاقدة وأهلية الشهود إذا كان العقد يتطلب ذلك كالعقود الإحتفائية.

#### 1. أهلية الأطراف

من الضروري تأكد الموثق من سلامة أهلية الشخص وكلها وقت إبرام العقد أي أثناء التوقيع طبقاً لنص المادة 40 من ق.م<sup>1</sup> وكذا المادة 81 من ق.أ<sup>2</sup>، كما يتعين التحقق من أن عدم إصابة الشخص بعارض من عوارض الأهلية طبقاً للمادة 78 من ق.م المعدلة بموجب القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 التي تنص على ما يلي: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

وجدير بالذكر أن الأمراض العقلية يتعين إثباتها عن طريق الخبرة الطبية وليس بشهادة الشهود، وهو الحكم الذي كرسه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "يثبت المرض العقلي الذي يبطل التصرف القانوني بخبرة طبية صادرة عن طبيب مختص وليس بشهادة الشهود"<sup>3</sup>. وغني عن البيان أن ما ورد في العقد الرسمي يعتبر حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافداً في كامل التراب الوطني حسب المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني.

<sup>1</sup> تنص المادة 40 من القانون المدني على ما يلي: "كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية. وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

<sup>2</sup> تنص المادة 81 من قانون الأسرة على ما يلي: "من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر في السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانوناً ولي، أو وصي، أو مقدم، طبقاً لأحكام هذا القانون".

<sup>3</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2002/02/13، ملف رقم 273529، م.ق، ع 2، 2003، ص 289.

وقد كرس القضاء الحكم السابق في قرار صادر عن المحكمة العليا مفاده ما يلي: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافدا في كامل التراب الوطني. يستفاد -من قضية الحال- أن الطاعنة تمسك بعقدين رسميين للتدليل على ملكيتها للقطعة موضوع النزاع، إلا أن جهة الاستئناف تغاضت عنهما وتجاهلتهما واقتصرت في حيثياتها على مناقشة العقد العرفي المحتج به من طرف المطعون ضده في حين أن دحضهما يستلزم استظهار حجة ماثلة لها في القوة قانونا أو أكثر قوة . ومن ثم فإن القضاة بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا تطبيق قواعد الإثبات وشوّبوا قرارهم بالقصور في التسبب مما يستوجب النقض"<sup>1</sup>.

## 2. أهلية الشهود

وأما بالنسبة للعقود الإحتفائية<sup>2</sup> فإنه يتعين حضور شاهدين وهذا تحت طائلة البطلان كعقد الزواج مثلا، إذ يعتبر الشاهدان شرط من شروط انعقاده وفقا لنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المدرجة بموجب الأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 التي تنص على أنه يتوجب أن يتوفر في عقد الزواج جملة من الشروط وذكر المشرع بينها الشاهدين<sup>3</sup>، وقد أفصح القضاء عن هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 2007 مفاده ما يلي: "يشترط القانون تحرير عقد الهبة، وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين"<sup>4</sup>.

غير أن الشهادة التي تخالف ما ورد في العقد الرسمي تعتبر خرقا للقانون حسب مقتضيات المادة 334 من ق.م، وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1991 جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه لا يجوز الإثبات بالبينة ولو لم تزد القيمة على ألف دج فيما يخالف

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 1998/11/18، ملف رقم 176264، م.ق، ع 1، 1999، ص 102.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أنه لا يشترط القانون لصحة عقد البيع إبرامه بحضور شاهدين. م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2010/04/22، ملف رقم 533005، م.ق، ع 1، 2011، ص 86.

<sup>3</sup> يقضي المبدأ المستقر عليه قضاء بأن عدم قيام الموثق بتسجيل عقد الزواج المبرم أمامه بدفتر الحالة المدنية لدى البلدية لا يؤثر على صحة الزواج. م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2007/06/13، ملف رقم 396339، م.ق، ع 1، 2008، ص 253.

<sup>4</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2007/11/21، ملف رقم 389338، م.ق، ع 2، 2008، ص 159.

أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد الرسمي، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أنه تم إثبات عكس ما تضمنه العقد الرسمي بمجرد إظهاره، فإن قضاة الموضوع بقضائهم كذلك خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>.

### ثالثاً: الإشكالات الناشئة عن التوقيع وتعدد الأطراف

تقضي المادة 324 مكرر 2 من القانون المدني بأن العقود الرسمية يتعين توقيعها من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، وإذا كان واحد من هؤلاء لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع فإنه يتعين على الموثق أن يشير في آخر العقد إلى تصريحه في هذا الخصوص ومن ثم يضع بصمته ما لم يكن هناك مانع قاهر. فإعادة الترتيب الوارد ضمن مقتضيات هذه المادة غاية في الأهمية، حيث أن هذه المادة أفصحت عن توقيع الأطراف نكحوة أولى، وفي حال عدم إمكان ذلك يضع بصمته على أن يشير الموثق في آخر العقد إلى تصريحه في هذا الشأن، وفي حال عدم إمكان ذلك بأن وجد مانع قاهر فيدون تصريحه مع المانع الذي حال دون توقيع له للسند.

وفي حالة ما إذا كان التوقيع غير واضح<sup>2</sup> فإنه لا يفقد قيمته القانونية بل يعدّ توقيعاً صحيحاً مادام الموثق قد اعتد به وصادق عليه، وقد يحدث أن يتوفى الموثق بعد أن وقع الأطراف والشهود ولم يوقع على المحرر المراد توثيقه فالحاصل أن هذا السند لا يعتبر رسمياً وتكون له قيمة السند العادي<sup>3</sup>.  
ويطرح التساؤل حول ما إذا كان يتعين أن توضع الإمضاءات أسفل كل ورقة أم أن التوقيع يقتصر على أسفل الصفحة الأخيرة فحسب، والحقيقة أن المشرع لم يدقق في هذه المسألة والصائب والأضمن والأسلم أن يتم التوقيع في جميع الصفحات حتى يتم تفادي استبدال الأوراق<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 10/04/1991، ملف رقم 63320، م.ق، ع 3، 1993، ص 21.

<sup>2</sup> Une discordance entre la signature habituelle du scripteur et celle figurant à l'acte ne saurait priver ce dernier d'effet il serait contraire à la sécurité juridique de lier la validité de l'acte à la permanence de la morphologie d'une signature celle-ci pouvant se trouver modifiée par divers éléments voire par la volonté malicieuse de son auteur. Jean Marc Mousseron, Pierre Mousseron, Jacques Raynard, Jean-Baptiste Seube, **Technique contractuelle**, Edition Francis LEFEBVRE, LEVALLOIS, France, 3<sup>ème</sup> édition, 2005, P.688.

<sup>3</sup> أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، مرجع سابق، ص 198-199. إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية بين النص والإجتهد والفقهاء - دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت، لبنان، 2011، ص 290.

بالإمكان رفع الإشكال في تنفيذ المحررات التوثيقية كونه سند تنفيذي، بيد أنه يتعين التمييز بين إشكالات التنفيذ الوقتية للحكم وتلك التي يتم رفعها في تنفيذ المحرر التوثيقي، حيث أن إشكالات تنفيذ الحكم لا يمكن أن تبنى على أسباب سابقة لتاريخ صدوره بيد أن إشكالات تنفيذ المحرر التوثيقي يجوز تأسيسها على أسباب سابقة لتاريخ تحريره، والعلة في ذلك أن الحكم يكون قد بت في الخصومة بعد السماع لدفاع المتقاضيين وتخصيص الأدلة بخلاف للمحررات التوثيقة سواء كانت إدلاءات بإرادة منفردة أو من جانبين في شكل عقود لا يمكن للموثق أن يتدخل في إرادة أصحابها<sup>2</sup> وإنما يثبت إرادتهم وعلى مسؤوليتهم فهو تبعاً لهذا لا يبحث في صحتها أو بطلانها من خلال فحصها وتخصيص ما ورد في مضمونها<sup>3</sup>. غير أنه يطرح إشكال حال تعددهم لا سيما وأن الإمضاءات قد تمت في تواريخ متفرقة ولأسباب جدية، فهل يجوز تدوين التاريخ بجانب كل توقيع؟ الحقيقة أن مثل هذا الإجراء لم ينص عليه القانون إلا أنه من الناحية العملية يكتسي فائدة كبيرة لا سيما إذا كان العقد ذو أهمية بالغة.

### المبحث الثاني: استكمال الإجراءات المرتبطة بالمحرر التوثيقي خارج مكتب التوثيق

إن التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري سنة 2005 للقانون المدني أورد تعريفاً للعقد الرسمي كما سبق بيانه وأدرج ضمن مضمونه عبارة "طبقاً للأشكال القانونية"، فلا يمكن تبعاً لهذا اعتبار العقد الذي حرره الموثق ووقع عليه بمعية أطرافه والشهود عند الإقتضاء عقداً كاملاً مرتباً لجميع آثاره القانونية ما لم يتم إعطائه شكلاً معيناً يجعله محصناً قبل الدولة وصحيحاً في مواجهة الأغيار. ويهدف دعم الحزينة العمومية أوجب القانون على الموثق تسجيل العقود لمدة مصلحة التسجيل والطابع، غير أنه يطرح التساؤل حول ما إذا كان تسجيل العقود يضمن عليها الطابع الرسمي الأمر الذي يدعونا لتفحص أحكام قانون التسجيل وبالموازاة التخصيص في المبادئ الصادرة عن القضاء، وهل أن

<sup>1</sup> أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، نفس المرجع، ص 199.

<sup>2</sup> L'impartialité, en tant que norme indispensable, fondatrice du notariat, a une fonction capitale de limite par rapport à d'autres professions quant au conseil juridique et économique. Le notaire doit assurer son impartialité également sur demande unilatérale dans ses tâches de conseil, lors de l'instrumentation des actes relatifs aux projets ou inhérents de rapports d'expertise. ROLF Gaupp, l'impartialité du notaire: garantie de l'ordre contractuel, congrès international du notariat latin, 15 décembre 2003, p.8 - p.13.

<sup>3</sup> العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، مرجاجو للنشر، وهران، الجزائر، 2008، ص 180.

جميع العقود تشترك في مسألة الإختصاص لدفع الرسوم لدى مصلحة التسجيل، كما يتعين مراعاة آجال فرضها القانون يترتب على تخلفها ترتيب مسؤولية الموثق التي سوف نبحث في طبيعتها القانونية. هناك طائفة من المحررات التي ينشأ الموثق تطلب بالإضافة إلى إجراء التسجيل القيام بالشهر لدى المحافظة العقارية، والإشكال الذي يطرح في هذا الخصوص هو ما إذا كان تخلف التسجيل أو الشهر أو تخلفهما معاً له أثر على رسمية العقد من عدمه، الحقيقة لقد عني القضاء حديثاً بتسليط الضوء على الآثار التي تنجر عن تخلف الأشكال القانونية تأكيداً لمضمون النصوص القانونية، ويقودنا هذا كله إلى البحث في التنظيم الموضوعي لمسائل الشهر العقاري كذا الإجراءات الواجب مراعاتها لدى المحافظة العقارية.

تأسيساً على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى مطلبين لتتناول في المطلب الأول تسجيل المحرر التوثيقي على أن نخصص المطلب الثاني للحديث عن الشهر العقاري وإجراءاته.

### المطلب الأول: تسجيل المحرر التوثيقي

بعد قيام الموثق بإعداد المحرر التوثيقي المنصب على عقار و/أو حقوق عينية عقارية فإنه يلتزم بتسجيله<sup>1</sup> لدى مكتب الطابع والتسجيل المختص والغاية في ذلك تحصيل الرسوم والحقوق المالية لفائدة العمومية<sup>2</sup>، ولتسجيل المحرر التوثيقي يتبع الموثق إجراءات رسمها القانون مع تنشأ عنها جملة من الالتزامات تقع على عاتقه حتى يتحصن العقد ويرتب كامل آثاره القانونية. وعليه نبين المقصود بالتسجيل

<sup>1</sup> يعتبر المشرع المصري والمشرع السعودي المحرر التوثيقي غير المسجل محرراً رسمياً مادام أنه قد تم على يد موظف عمومي وهذه تختلف عن موقف القضاء الجزائري الذي قرر بأن العقد غير المسجل وغير المشهر هو عقد عرفي حتى لو تم لدى موثق. أحمد خليفة شرقاوي أحمد، الوسيط في نظام التوثيق المصري والسعودي مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2016، ص 127.

<sup>2</sup> Il faut savoir que le notaire est considéré comme un auxiliaire fiscal, il est chargé en outre de ses missions principales d'apporter son concours à la perception fiscale, il est chargé également de veiller au paiement des droits et impôts suivant : le droit d'écriture qui est déterminé en fonction de la nature de l'acte et le droit de timbre qui est perçu en fonction de nombre de feuilles utilisées pour l'acte, de la taxe sur les affiches (annonces de vente publique), du droit d'enregistrement, du droit de l'hypothèque car c'est lui qui signe le bordereau et demande l'inscription de l'hypothèque et c'est lui qui veille au paiement, des impôts directs, de la taxe sur la valeur ajoutée, de l'impôt sur la plus value... voir Hélène CASMAN, Précis du notariat, Editions Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2011, p. 35 et suivant.

مع تحديد طريقة التحصيل الجبائي ضمن الفرع الأول، ثم نعالج ضمن الفرع الثاني إجراءات تسجيل المحررات التوثيقية والآثار الناشئة عنها.

### الفرع الأول: ماهية التسجيل وكيفية حماية التحصيل الجبائي

يكتسي موضوع التسجيل أهمية بالغة على الصعيد الجبائي بالنظر إلى الدور الذي يلعبه في جلب الفائدة للخرينة العمومية، وتعمل الدولة على تحصيل الحقوق والرسوم الجبائية بهدف التأثير في الواقع الاقتصادي والاجتماعي، وتبعاً لما سبق نبين المقصود بالتسجيل ونميزه عن المصطلحات ذات الصلة، ثم نبين كيفية تحصيل الرسوم والحقوق ووسائل حمايتها والضمانات في هذا القبيل.

#### أولاً: المقصود بالتسجيل وتمييزه عن الأنظمة ذات الصلة

يكتسي موضوع التسجيل أهمية بالغة على الصعيد الجبائي بالنظر إلى الدور الذي يلعبه في جلب الفائدة للخرينة العمومية، غير أنه يتميز عن بعض المصطلحات ذات الصلة بجملة من الفروقات يتعين الإفصاح عنها لرفع اللبس. نبين في هذا الفرع المقصود بالتسجيل وبيان أهميته ثم نميزه عن المصطلحات ذات الصلة.

#### 1- تعريف التسجيل

التسجيل هو إجراء قانوني وارد على بعض التصرفات المنصبة على عقار و/أو حقوق عينية عقارية يتم عن طريق دفع قيم مالية محددة بموجب قانون التسجيل الذي يتم تعديله بصورة مستمرة بمقتضى قوانين المالية تبعاً للظروف الاقتصادية السائدة، حيث تقوم مفتشية الطابع والتسجيل بتدوين مضمون العقد ضمن سجل خاص مقابل دفع رسوم جبائية، ويعرف أيضاً بأنه: "إجراء يقوم به موظف عمومي طبقاً لإجراء مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحليل يمكن تحصيل الضريبة"<sup>1</sup>.

والأصل أن تدفع الرسوم المتعلقة بالمعاملات المدنية والتجارية والمتضمنة لنقل ملكية عقار و/أو حقوق عينية عقارية بالتضامن مع أطراف العقد وفق توزيع عادل ومنصف، والاستثناء الوارد على هذه

<sup>1</sup> دوة آسيا-رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2008، ص 19.



القاعدة هو حالة ورود نص يقضي بغير ذلك كحالة الإعفاءات واتفاق الأطراف على أن يقتصر الدفع على أحدهم، أما ما تعلق بالطابع والرسوم الأخرى وأتعاب الموثق والنسخ والرسم على القيمة المضافة والشهر ومصاريف الإعلان فتقع على عاتق المشتري<sup>1</sup>.

## 2- تمييز التسجيل عن الأنظمة المشابهة

إن الغاية من القيام بتسجيل المحررات التوثيقية هي تحصيل الأموال لفائدة الخزينة العمومية، وهو ما يتشابه مع بعض المصطلحات ذات الصلة كالشهر والقيود، فيتميز التسجيل عن الشهر أن الأول يتم على مستوى مكتب التسجيل والطابع المختص ويتكلف به مفتش التسجيل في حين أن الشهر يتم لدى المحافظة العقارية المختصة والقائم به هو المحافظ العقاري، وتسجيل العقود التوثيقية لا ينقل ملكية العقار وأما الشهر فهو ناقل لملكية العقار و/أو الحقوق العينية العقارية. وأما بالنسبة للقيود فهو إجراء قانوني يرد على الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي وحق التخصيص وحق الامتياز ويتميز عن التسجيل بنفس الاختلافات التي قدمناها في إجراء الشهر.

## ثانيا: طرق تحصيل الرسوم والحقوق ووسائل حمايتها و ضمانات ذلك

تبنى الدولة سياسة مالية لتوجيه اقتصادها والتحكم فيه بالنظر إلى ما تتمتع به من سلطة تمكنها من فرض نظام ضريبي ذي فعالية يمكن من تحصيل الحقوق والرسوم الجبائية على نحو يؤثر في الواقع الاقتصادي والاجتماعي، ويتم ذلك بموجب وسائل خولها القانون لاسيما المتابعات والدعاوى ووفق إجراءات محددة، وقد أعطى المشرع ضمانات للدولة من أجل تحصيل مستحقاتها وإلزام المكلف بالضريبة دفعها للخزينة العمومية وهو ما سنبينه في النقاط الموالية.

## 1- كيفية تحصيل مستحقات الدولة

أما عن الكيفية التي تبنها المشرع من أجل تحصيل حقوق الخزينة العمومية فقد تم اعتماد عدة طرق أهمها طريقة الدفع المباشر ومفادها أن يقوم المكلف بالضريبة بمحض إرادته بدفع مستحقات

<sup>1</sup> مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة و بطلان المحررات التوثيقية -دراسة في القانون الجزائري-، مرجع سابق، ص 170.

الخزينة مع مراعاة الآجال المحددة قانونا كما هو عليه الحال بالنسبة لنظام دفع الرسم على النشاط المهني طبقا لمقتضيات.

كما يتم استعمال طريقة الدفع بالأقساط كما هو منصوص عليه ضمن المادة 356 من نفس القانون التي تقضي بما يلي: "... يترتب عن الضريبة على أرباح الشركات أداء ثلاثة تسبيقات من 20 فبراير إلى 20 مارس، و من 20 مايو إلى 20 يونيو، ومن 20 أكتوبر إلى 20 نوفمبر من السنة التي تلي تلك التي حققت فيها الأرباح المعتمدة كأساس لحساب الضريبة المذكورة أعلاه. يتم حساب الأقساط الوقتية و دفعها إلى قابض الضرائب المختص من طرف المكلفين بالضريبة الخاضعين للضريبة على أرباح الشركات دون إخطار مسبق....".

ويمكن أيضا استخدام طريقة الاقتطاع من المنبع طبقا لمضمون المادة 75 من ق.ص.م. التي تقضي بما يلي: "يتعين على كل مستخدم أو مدين بالراتب يقيم بالجزائر ويدفع مرتبات وأجور ومعاشات وتعويضات وأتعاب وريوع عمرية، أن يقوم باقتطاع، وفقا للشروط المنصوص عليها في المواد من 128 إلى 130،...".<sup>1</sup>

كما أنه بإمكان إدارة الضرائب تجميد الأموال لدى الغير الحائز، أوجب القانون دفع نصف (2/1) الثمن المتفق عليه لنقل الملكية، وهذا في كل العقود التي يحررها الموثق والمتضمنة نقلا تاما للملكية في مقابل عوض أو ملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو حقوقا عقارية وكذلك المحلات التجارية أو الزبائن. على أن يطبق الإجراء سابق البيان دون الإخلال بحالات الإعفاء التي نصت عليها المواد 257 وما بعدها من قانون التسجيل، ويتم دفع نصف الثمن إلزاميا بمراى وبين يدي الموثق الذي حرر العقد في

<sup>1</sup> تنص الفقرة الأولى من المادة 128 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على ما يلي: " يخضع للاقتطاع من المصدر، الأجراء وأصحاب المعاشات والريوع العمرية الذين يزيد أجرهم الإجمالي المحسوب عند الاقتضاء بالشهر عن حد يحدده مبلغه بموجب قانون المالية باستثناء الفئات المنصوص عليها في المادة 68 المقطع د من هذا القانون\*)." كما تنص المادة 129 من نفس القانون في فقرتها الأولى والثاني على ما يأتي: " يجب أن تدفع الاقتطاعات المستحقة عن شهر معين، خلال العشرين يوما الأولى التي تلي الشهر أو الثلاثي، إلى صندوق قابض الضرائب المختلفة. غير أنه يتوجب على المكلفين بالضريبة الخاضعين لنظام الضريبة الجزافية الوحيدة، دفع المبالغ المستحقة خلال العشرين يوما الأولى من الشهر الذي يلي الثلاثي المدني الذي أجريت خلاله الاقتطاعات.

جميع القسّمات أو في جميع العقود<sup>1</sup>، مع الإشارة إلى أنه لا يترتب على عدم دفع الحصّة المقررة من ثمن البيع، بين يدي الموثق، بطلان العقد التوثيقي الموقع من الطرفين<sup>2</sup>، وإنما ينجر عن ذلك مسؤوليته. وقد أحالت الفقرة السادسة من المادة 256 الواردة في قانون التسجيل إلى المادة 383 قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة التي تفيد بأنه لا يجوز للموثق أن يسلم للورثة والدائنين والغير الذي له الحق في قبض المبلغ المحجوز المودع، إلا بعد إثبات أداء الضرائب المباشرة والرسوم على القيمة المضافة المستحقة على الأشخاص الذين حصل المبلغ على ذمتهم، بيد أنه يمكن للموثق عند الاقتضاء التسديد المباشر للضرائب إذا كانت واجبة الأداء قبل إجراء عملية تسليم الأموال، على أن يدرج في حسابها وصل إيراد من الضرائب، الحكم ذاته يطبق على القائم بتصفية الشركة المنحلة.

فإذا كانت قيمة المبلغ الذي يتوجب أدائه لمصلحة التحصيل أقل من قيمة المبلغ الذي تم إيداعه (2/1 الثمن المتفق عليه) يحرم الموثق شيكا لصالح هذه المصلحة، وتقام المخالصة يحرم شيكا آخر للمبلغ المتبقي. وفي حال تجاوز قيمة المبلغ الذي كشفت عنه إدارة الضرائب نصف قيمة الثمن المتفق عليه والمودع بحساب الخزينة العمومية يقوم الموثق بدفع المبلغ كاملاً إلى مصلحة التحصيل لدى إدارة الضرائب، على أن تقوم هذه الأخيرة بمتابعة الزبون بشأن الرصيد المتبقي عن طريق القضاء حماية لمصالح الخزينة العمومية.

وأما في حالة عدم وجود ديون جبائية إثر التنازلات المبرمة فإنه يتم استرداد كل المبلغ المودع لدى الموثق بتحرير شيك يعادل هذه القيمة ليسحب من حساب الزبائن لدى الخزينة العمومية<sup>3</sup>. نشير في

<sup>1</sup> تطبق كذلك هذه الإجراءات على العقود المتضمنة التنازل عن أسهم أو حصص في الشركات وعلى العقود المؤسسة أو المعدلة لشركات، ما عدا العقود أو العمليات المتضمنة الزيادة في رأسمال شركة عن طريق دمج الاحتياطات والأرباح وكذا عقود تأسيس الشركات ذات رأسمال أجنبي بشرط أن تقدم شهادة للموثق ثبت إيداع التقديرات لدى بنك معتمد.

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2011/05/19، ملف رقم 654448، م.ق، ع1، 2011، ص 135.

<sup>3</sup> ما هو ملاحظ على أرض الواقع أن الموثق يقوم بدور فعال في عملية التحصيل الجبائي، هذه الأخيرة التي تعتبر الاختصاص الأصيل لأعوان الضرائب، مما يتعين معه مراجعة أتعاب الموثق لقاء الخدمات التي يؤديها لفائدة الخزينة العمومية. ميراوي كمال، موثق بمغنية، مداخلة بعنوان: "مساهمة الموثق في التحصيل الجبائي كدعامة لاستقرار المعاملات". اليوم الدراسي سابق الذكر.

هذا الخصوص إلى أن جريمة إصدار شيك بدون رصيد تقوم في حق كل قام بإصدار شيك بسوء نية لا يقابله رصيد قائم ولو كان الساحب هو المستفيد في ذات الوقت<sup>1</sup>.

وإذا لم يتم الرد على الوضع الجبائي للبائع في أجل ثلاثين يوماً على الأكثر بإمكان الموثق التخلي عن المبلغ المدوع في حسابهم وذلك بدفعه للبائع، ويبدأ سريان هذا الأجل من تاريخ إيداع طلب الوضعية الجبائية على مستوى مديرية الضرائب للولاية، بحيث يتضمن هذا الطلب كل المعلومات المرتبطة بالصفحة ويتعين أن يودع لقاء وصل استلام في مهلة عشرة أيام الموالية لإبرام العقد، مع الإشارة إلى أنه يتم تسليم نسخة من هذا الطلب إلى البائع بطلب منه، وفي حال مخالفة هذه الإجراءات ترفض مصالح التسجيل عقود نقل الملكية، كما يترتب عن ذلك أيضاً التحصيل الفوري لرسم يساوي مبلغ الثمن يضاف إليه الرسوم الناشئة عن العقد<sup>2</sup>.

وتستعمل من أجل ذلك كل الوسائل لاسيما البيع بطريق المزاد العلني للشيء محل نقل الملكية وهذا بطلب من إدارة التسجيل، بعد استصدار أمر من رئيس المجلس القضائي الذي يوجد بدائرة اختصاصه هذا الشيء ويوضع في ذيل الطلب الإداري، كما يعاقب فضلا عن ذلك بسبب نفس المخالفة بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وتوقيع غرامة من 500 إلى 100.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، دون الإخلال بالعقوبات الجبائية الأخرى، وتوقع أيضاً العقوبات سالفه الذكر على كل شريك من دون المساس بتطبيق العقوبات التأديبية.

## 2- وسائل حماية الرسوم والحقوق

يتم تحصيل الرسوم والأتاوى وكذا جميع الضرائب والمبالغ التي يعود تحصيلها لإدارة التسجيل عن طريق المتابعات والدعاوى باتباع الإجراءات المحددة في قانون التسجيل وكذا القوانين الجبائية

<sup>1</sup> م.ع، غ.ج.م، ملف رقم 0683509، بتاريخ 072016/26، م.ق، ع2، 2016، ص427.

<sup>2</sup> تنفيذ المادتان 144 و145 من القانون رقم ل76-102 المؤرخ في 9/12/1976 المتضمن قانون الرسوم على رقم الأعمال (ج.ر، العدد 80، المؤرخة في 11/12/1977) بأن الخزينة تتمتع في سبيل تحصيل الرسم على القيمة المضافة بامتياز على الأثاث والمنقولات أينما وجدت التي يملكها المدين بالضريبة، بحيث يصدر المحاسب المكلف بتحصيّل الضريبة إنذارات في مواجهة الغير الحائز على أموال المدين أو الوديع، وفي حال نقص هذه الأموال يقع على هذين الأخيرين تنفيذ هذه الإنذارات على نحو يتناسب مع مبالغها الخاصة.

الأخرى لا سيما قانون الإجراءات الجبائية لا سيما التصريحات الخاطئة أو أو شهادات الدين والإخفاء والعقوبات الجنحية والبيوع العمومية للمنتقولات، وعند عدم دفعها فإنها تكون موضوع سند تحصيل شخصي أو جماعي يقوم بإعداده مفتش الضرائب وينفذه مدير الضرائب للولاية على أنه يمكن وضع التأشير التنفيذية بصورة مباشرة على جدول الحواصل أو كشف الرسوم أثناء تسليمها إلى المحاسبين، وأما بشأن النزاعات المتعلقة بتحصيل رسوم التسجيل فإن الاختصاص يعقد بشأن تسويتها إلى إدارة الضرائب في حالة عدم عرضها على القضاء.

يتم تبليغ السند التنفيذي والذي يكون في شكل ملخص إذا تعلق بسند تحصيل جماعي بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام، إما من قبل عون مؤهل لممارسة المتابعات بطلب من المحاسب المكلف بالتحصيل. وإما من طرف أعوان إدارة التسجيل. ومضمون التبليغ إنذارا بدفع الرسوم التي يتعين دفعها على الفور على أن يبقى السند الأصلي مودعا بمكتب القباضة. وإذا لم يتم التبليغ إلى المكلف بالضريبة أو وكيله المفوض بسبب اختفاء أو غياب المكلف بالضريبة عن منزله أو محل إقامته أو مقره فإنه التبليغ يتعين تجديده بالطرق الواردة في القانون العام. ونفس الحكم ينطبق في حالة رفض المكلف بالضريبة أو وكيله المفوض استلام الرسالة الموصى عليها.

### 3- تأمين الدولة لحقها في التحصيل الجبائي

منح المشرع عدة ضمانات للدولة من أجل تحصيل مستحققاتها وجبر المكلف بالضريبة بأدائها لفائدة الخزينة العمومية أهمها حق الإمتياز، وقد عرفت المادة 982 من ق.م.ج حق الإمتياز بأنه أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته، ولا يكون للدين امتياز لا بمقتضى نص قانوني، وهو نفس التعريف الذي اعتمده التشريع المصري ضمن المادة 1130 من القانون المدني، ومن ثم يتضح أن الأولوية أو التقدم يعتبر الصفة الجوهرية والعنصر اساسي لحق الإمتياز بحيث يتقدم صاحب حق الإمتياز جميع الدائنين العاديين ويتزاحم مع الدائنين المتمتعين بضمان عيني عند بيع المال المثقل بحق الإمتياز ويقوم باستيفاء حقه تبعا لمرتبته بالنسبة لهؤلاء الدائنين، ويشتمل حق الإمتياز على جملة من الخصائص أولها أنه حق تبجي الغاية منه الوفاء بالحق، وأنه حق يرد على جميع الأموال مهما كانت

طبيعتها، كما أنه غير قابل للتجزئة بحيث يضمن الدين كله، وفي الأخير لا يتقرر حق الامتياز إلا بنص قانوني<sup>1</sup>. ونميز بين حقوق الامتياز عامة وأخرى خاصة، وهذه الأخيرة قد تكون منقولة أو عقارية. ففي حالة إفلاس المدين وكان وقت التحصيل الجبائي قد حل فإن ممتلكاته تكون محلا للتنفيذ على أساس أن دين الخزينة العمومية له أولوية على الديون الأخرى، كما أنه يقع على عاتق المكلفين بالضريبة السعي إلى مقر إدارة الضرائب وقت حلول أجل الاستحقاق من أجل القيام بعملية الدفع إعمالا لقاعدة مهمة مفادها "دين الضريبة محمول لا مطلوب".

كما تلجأ إدارة الضرائب إلى اساليب ردعية وجبرية حال تخلف المكلف بالضريبة عن أدائها كغلق المحل الذي يزاوول فيه نشاطه أو الحجز الإداري طبقا لإجراءات حددها القانون حتى تستوفي الخزينة العمومية حقوقها على وجه السرعة ولا تكون عرضة للضياع، كما يمكن لإدارة الضرائب الحجز على الأموال المودعة في حساب الزبائن بمنسبة توثيق التصرفات الناقلة للملكية بعوض أو العمل على تجميد أرصدة المكلفين بالضريبة أينما وجدت.

تجدر الإشارة إلى أن المكلف بالضريبة يتعين عليه دفع مستحقات الخزينة لول كان متنازع بشأنها ثم القيام بالطعن من أجل استردادها، بيد أنه من غير الممكن استرداد الرسوم التي يتم تحصيلها بوجه شرعي على المحررات الموثقة التي تم إبطالها أو فسخها لاحقا كأصل عام يرد عليه استثناء مضمونه حالة إبطال عقد بسبب غبن<sup>2</sup> أو إلغاء<sup>2</sup> بيع بسبب عيب خفي وقد تقرر بموجب مقرر قضائي حائز لقوة الشيء المقضي به. وقد أيد القضاء هذا الحكم في قرار صادر عن المحكمة العليا مفاده ما يأتي: "تبقى حقوقا مكتسبة للخزينة العمومية، بعد إبطال عقد توثيقي قضائيا، المبالغ المدفوعة مقابل رسوم الطابع والتسجيل والشهر العقاري<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 301 وما بعدها.

<sup>2</sup> من المستقر عليه قضاء أنه لا يعد عقد البيع، المحرر أمام الموثق، عقدا صوريا، لمجرد حصول بيع بغبن. م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2013/05/09، ملف رقم 0771640، م.ق، ع 2، 2013، ص 307.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/01/16، ملف رقم 0809837، م.ق، ع 2، 2014، ص 302.

## الفرع الثاني: إجراءات تسجيل المحررات التوثيقية والآثار الناشئة عنها

يلتزم الموثق بتسجيل المحررات التوثيقية بمكتب التسجيل المختص، وله في سبيل ذلك أن يتبع خطوات رسمها القانون مع تحديد الرسوم واجبة الأداء للقيام بذلك، وتبعا لهذا تنشأ جملة من الالتزامات تقع على عاتقه كما يلتزم بها أيضا أطراف العقد حتى تحصن العقد ويرتب كامل آثاره القانونية. وعليه نعالج في الفرع الأول طريقة تحديد الرسوم المطبقة على المحررات التوثيقية ثم نتناول في الفرع الثاني الإلتزامات التي تقع على عاتق الموثق والزبناء قبل إدارة التسجيل.

### أولا: كيفية تحديد رسوم التسجيل المطبقة على المحررات التوثيقية وبيان أنواعها

هناك إجراءات حددها القانون يتعين على الموثق مراعاتها لتسجيل المحررات التوثيقية، ويترتب عن تخلفها أو وجود نقص في الوثائق أو البيانات المدرجة ضمنها آثار قانونية يتعين الكشف عنها، وتنقسم الرسوم إلى نوعين رسوم ثابتة وأخرى تناسبية أو تصاعدية ويتم تحديد هذا الرسم تبعا لطبيعة العقد ونقل الملكية، وسوف نتطرق لهذه الأحكام تباعا.

#### 1- طريقة تسجيل المحررات التوثيقية

أما عن كيفية تسجيل المحررات التوثيقية فقد بينتها المواد 14، 15، 15 مكرر من قانون التسجيل بحيث يتم إعداد ملخص للعقود ضمن كشف يعده الموثق يتضمن جملة من البيانات حددتها المادة 153 من نفس القانون وهي على النحو التالي:

1. تاريخ ورقم العقد الوارد في الفهرس،
2. ألقاب وأسماء الأطراف ومسكنهم،
3. نوع العقد،
4. المبالغ أو القيم الخاضعة للرسم،
5. قيمة الرسوم التي يجب أداؤها سواء كانت ثابتة أو نسبية.

يتم إيداع هذا الكشف لدى مصلحة التسجيل مصحوبا بالوثائق التالي:

1. النسخة الأصلية أو البراءة الخاصة بالعقد والمسجلة فيه،
2. دفع الرسوم المستحقة،

3. ملخص تحليلي على استمارة تسلمها الإدارة مجاناً يحرر في نسختين متى تضمن العقد إنشاء ملكية عقارية أو محل تجاري أو عناصر محل تجاري، وكذا حالة بيع أسهم أو حصص في شركة، إضافة إلى صورة نقل ملكية حق التمتع بهذه الأموال عينها.

فبشأن دفع الرسوم واجبة الأداء نصت المادة 112 من قانون التسجيل على ما يلي: "إن الحقوق والرسوم والعقوبات المترتبة على نقصان الأثمان أو التقدير المسجلين على نقل ملكية عقارات أو حقوق عقارية لقاء عوض وعلى نقل ملكية محل تجاري وزبائن لقاء عوض، تستحق على أطراف العقد بصفة مشتركة وبالتضامن". والمبدأ ذاته كرسه القضاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا في سنة 1991 والذي يفيد بما يلي: "من المقرر قانوناً أنه في حالة وجود نقص في المبلغ المصرح به، فإن كل الرسوم والحقوق والغرامات تدفع تضامناً من قبل أطراف العقد.

ولما كان من الثابت -في قضية الحال- أن قضية الموضوع بتصريحهم أن الحقوق والرسوم والغرامات يتكفل بدفعها كل من البائع والمشتري متضامنان لوجود نقص في المبلغ المصرح به فإنهم طبقوا صحيح القانون، ويتعين رفض الطعن"<sup>1</sup>.

## 2- أنواع رسوم التسجيل

وقد أشارت المادة 2 من قانون التسجيل<sup>2</sup> إلى أن رسم التسجيل قد يكون ثابتاً أو نسبياً<sup>3</sup> أو تصاعدياً، وهذا تبعاً لنوع العقد ونقل الملكية، بحيث يطبق الرسم النسبي أو التصاعدي وفقاً للمادة 4 من نفس القانون بالنسبة للعقود التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال المنقولة أو العقارية سواء بين الأحياء أو بطريق الوفاة، نذكر على سبيل المثال:

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 12/03/1991، ملف رقم 64457، م.ق، ع 4، 1993، ص 29.

<sup>2</sup> الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، جريدة رسمية، عدد 81، بتاريخ 18/12/1977.

<sup>3</sup> الصواب أن يقال الرسوم التناسبية (proportionnelles) وليس النسبية (relatives) كما هو وارد به ضمن نصوص القانون.



- بالنسبة للبيع والعقود الأخرى الناقلة للملكية<sup>1</sup> أو حق الانتفاع لأموال عقارية أو حقوق عقارية أو لمخلات تجارية أو لزيائن أو للتنازل عن حق الإجارة لقاء عوض فإن هذه المعاملات تخضع لرسم قدره 5%، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في قانون التسجيل كالمزايدات<sup>2</sup> وإعادة البيوع وغيرها.
  - وتخضع المبادلات العقارية لرسم قدره 2.5% من قيمة الحصة الواحدة حال تساوي قيمة العقارين، وإذا كان ثمة فارق "soulte" أو فائض "plus-value" فإنه يدخل في عملية التحصيل الجبائي.
  - وبالنسبة للهبة بين الأحياء فتخضع لحق تسجيل قدره 5% إلا إذا كانت بين الأصول من الدرجة الأولى وبين الأزواج فإنها تعفى من رسم التسجيل.
  - بالنسبة لنقل الملكية بسبب الوفاة<sup>3</sup> يتم تحصيل حق الخزينة العمومية برسم قدره 5% عن كل حصة صافية ينالها كل صاحب حق، وتنزل هذه النسبة إلى 3% بالنسبة للأصول والفروع والأزواج، وكذلك في حالة ارتباط الإرث بأصول عقارية لمؤسسة قد التزم الورثة بمواصلة استغلالها، غير أنه يتم إعفاء الورثة من أصول وفروع وزوج باقٍ على قيد الحياة من دفع رسم نقل الملكية بسبب الوفاة إذا كان السكن الذي كان يشغله المتوفى فردياً ونفس الحكم يطبق بالنسبة للملحقات المباشرة له.
- مع الإشارة إلى أن المادة 48 من قانون التسجيل المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 1989 تمنع أي شخص من فتح أي خزانة أو مقصورة خزانة مؤجرة بعد الوفاة إلا إذا حضر الموثق الذي تم

<sup>1</sup> تقضي المادة 261-م/2 من قانون الضرائب المباشر والرسوم المماثلة بأنه ينبغي على الموثق أن يودع لدى مكتب التسجيل مستخرجاً موجزاً "Extrait sommaire" من العقد الذي يتضمن نقل ملكية عقارية مع تقديم الأصل وهذا بغية معاينة نقل هذه الملكية في جداول الرسم العقاري.

<sup>2</sup> تقضي المادة 165 من قانون التسجيل بأن كل شيء رسا عليه المزداد يتم ذكره فوراً في المحضر، ويكتب الثمن بالحروف كما يكتب بالأرقام خارج السطر، وكل جلسة يقفلها الموظف العمومي ويوقعها.

<sup>3</sup> تنص المادة 280 من قانون التسجيل على ما يلي: "تسجل مجاناً الشهادات الموثقة التي يتم إعدادها بعد الوفاة والمثبتة لنقل الملكيات العقارية".

استدعاؤه لهذا الغرض من قبل جميع ذوي حقوق التركة أو الموثق الذي يعينه رئيس المحكمة في حالة عدم الاتفاق وبناء على طلب أحد أصحاب الحقوق، على أن يقوم الموثق بتبليغ المدير الولائي للضرائب المختص إقليميا بالمكان واليوم والساعة التي يتم فيها الفتح 8 أيام كاملة مسبقا عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام حتى يتمكن عون مصلحة التسجيل من الحضور، وبعد فتح الخزانة يتم إعداد محضر بنسختين من قبل الموثق يتضمن إحصاء شاملا ومفصلا لكل السندات ما في الخزانة، وتقدم النسخة الثانية من المحضر إلى عون إدارة الضرائب<sup>1</sup>.

وأما بالنسبة للرسم الثابت فإنه يطبق على بقية العقود<sup>2</sup> التي تقدم بإرادة الأشخاص للقيام بتسجيلها حتى ولو كانت معفاة من التسجيل، وهي العقود التي لا تثبت نقل الملكية أو حق انتفاع أو التمتع لمدى الحياة أو لمدة غير محدودة لأموال منقولة أو عقارية، نذكر على سبيل المثال العقود الخاضعة لرسم ثابت قدره 3000 دج وهي عقود حل الشركات غير المشتملة على نقل لأموال منقولة أو عقارية بين الشركاء أو الغير (م 212 من ق التسجيل)، وكذلك تخضع العقود غير الواردة في مقتضيات قانون التسجيل والتي لا يمكن أن ينجر عنها تحصيل رسم نسبي لرسم ثابت قدره 1500 دج. وغني عن البيان أن يتم التنويه في جميع نسخ العقود الخاضعة للتسجيل بناء على النسخة الأصلية إلى مخالصة الرسوم بكتابة حرفية وكاملة لهذا دفع، ويمتد هذا الإجراء إلى العقود العرفية<sup>3</sup> أو تلك التي أبرمت في الخارج تحت طائلة غرامة مالية قدرها 500 دج وهو مضمون المادة 125 من قانون التسجيل.

<sup>1</sup> انظر القانون رقم 88-33 المؤرخ في 1988/12/31 المتضمن قانون المالية لسنة 1989، ج.ر، المؤرخة في 22 جمادى الأولى 1409 هـ.

<sup>2</sup> تنص المادة 59 من قانون التسجيل على ما يلي: "إن العقود الموثقة التي تفتح الحق في الرسوم الثابتة تقدم من أجل تأشيرة التسجيل خلال الشهر الذي يلي شهر إعداد هذه العقود، ويتم تحصيل الرسوم عن طريق وضع طابع منفصلة من قبل محرر الكتابة على النسخ الأصلية لهذه العقود وتكون هذه الطابع مساوية لمبلغ الرسوم الثابتة المنصوص عليها من أجل العمليات التي تثبتها".

<sup>3</sup> أجاز المشرع رفع الطعن بتزوير المحرر العرفي بناء على دعوى أصلية باعتبارها دعوى وقائية تهدف إلى إثبات عدم صحة ما تضمنه المحرر ويتعين على المدعي أن يبين في عريضته الافتتاحية أوجه التزوير. انظر. يعقوبي عبد الرزاق، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضوء اجتهادات الجهات القضائية العليا، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2018، ص 191.

نشير إلى أن قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد خص المحضر القضائي بعمليات الجرد بخلاف قانون التسجيل الذي أفصح ضمن مقتضيات المادة 165/2<sup>1</sup> من قانون التسجيل وغيرها بأن الجرد لا يقتصر على المحضر القضائي، من ذلك مثلا المادة 164 من نفس القانون التي توجب في فقرتها الثانية بأن يتم تحرير التصريح بالبيع العلني عن طريق المزاد لأشياء منقولة ضمن نسختين يعدهما موظف عمومي أو ضابط عمومي، هذا الأخير الذي قد يكون موثقا أو محافظ البيع بالمزايدة، فالموثق مختص حتى ولو كان الجرد ناشئا عن نزاع كما تبينه المادة 48 من قانون التسجيل، وقررت المادة 177 من نفس القانون بأن يتم ذلك على استمارات تسلمها إدارة التسجيل مجانا.

وأما بالنسبة للشركات التجارية فإنه يتعين على الموثق تسجيل القانون الأساسي لدى مصلحة التسجيل على أن يتم ذلك في أجل شهر واحد ابتداء من تاريخه، ومن ثم يتم القيد في السجل التجاري حتى تكتسب الشركة الشخصية المعنوية ما يمكنها من اكتساب أهلية التقاضي، على أن السجل التجاري لا يعد سندا لإثبات الملكية، وهو المبدأ الذي كرسه القضاء سنة 2009<sup>2</sup> جاء فيه ما يأتي: "لا يثبت السجل التجاري ملكية المحل التجاري (القاعدة التجارية Fonds de commerce)"، وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2010<sup>3</sup>.

### ثانيا: الالتزامات الناشئة عن تسجيل العقد التوثيقي

يقع على عاتق الموثق جملة من الالتزامات قبل إدارة التسجيل يتعين مراعاتها حتى لا تترتب مسؤوليتهم، كما يتحمل أطراف العقد في مواجهة إدارة التسجيل بالتضامن الرسوم المفروضة على العقود التوثيقية التي تنصب على نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات مع مراعاة ما يقره القانون من إعفاءات، وهما مسألتان جدورتان بالتوضيح كما سنبينه النقطتين الموليتين.

<sup>1</sup> تقضي هذه المادة بأنه إذا تم البيع نتيجة جرد يذكر ذلك في المحضر مع الإشارة إلى تاريخ الجرد واسم الموثق الذي قام به وكذا مخالصة التسجيل.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 2009/04/01، ملف رقم 532985، م.ق، ع 2، 2010، ص 185.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2010/05/13، ملف رقم 597658، م.ق، ع 1، 2010، ص 215.

## 1- التزامات الموثق قبل إدارة التسجيل

يلتزم الموثق بتنبيه الأطراف على الآثار القانونية الناشئة عن التصريح الكاذب لتتملص من وعاء الضريبة (المادة 119 من قانون التسجيل) أو الغش الضريبي (المادة 134 من قانون التسجيل)<sup>1</sup>. ولحساب رسوم التسجيل لا بد على الأطراف أن يصرحوا بقيمة العقار و/أو الحقوق العينية العقارية (وعاء الضريبة)، على أنه يجوز لمفتشي مصالح التسجيل إعادة التقويم حال الشك في قيمة العقار، كما يسوغ لهم الاستعانة بخبير عقاري عند الاقتضاء، كما يدفع الأطراف خمس (5/1) الثمن من قيمة العقار وفقا للمادة 256 من قانون التسجيل<sup>2</sup>.

كما تفيد المادة 75 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 116 من قانون المالية لسنة 1985<sup>3</sup> بأنه لا يمكن للموثقين تسجيل عقودهم سوى في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم.

للإشارة فإن المادة 58 من قانون التسجيل قد أوجبت على الموثقين تسجيل العقود خلال شهر من تاريخها، بحيث تقدم إلى مصلحة التسجيل مرفقة بجدول يتم إعداده في نسختين تودع إحداها لدى

<sup>1</sup> ننوه في إلى أنه متى ثبت الغش في عقد البيع فإن مصيره البطلان تطبيقا للقواعد العامة، وقد كرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1997 مفاده ما يلي: "إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتيه حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتيه إلى غاية تقديم الدليل العكسي. ولما كان ثابتا -في قضية الحال- أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من المدعين، فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع ومن ثم فإن قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم تسببا كافيا. ومن ثم يستوجب رفض الطعن". م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 1997/04/30، ملف رقم 148561، م.ق، ع 2، 1997، ص 47.

<sup>2</sup> تم تعديل هذه المادة عدة مرات بموجب قوانين المالية: لسنة 1996، لسنة 1998، لسنة 2007، لسنة 2010، لسنة 2011، لسنة 2014، لسنة 2015، لسنة 2018، لسنة 2020، حيث يعتمد المشرع تارة قاعدة نصف الثمن وتارة أخرى خمسه واستقر الوضع على هذا الأخير بموجب قانون المالية لسنة 2020.

<sup>3</sup> القانون رقم 84-21 المؤرخ في 1984/12/24 المتضمن قانون المالية لسنة 1985. ج.ر، ع 72 المؤرخة في 1984/12/31.

مفتشية الضرائب، وتعاد النسخة الأخرى إلى المودع الذي يكون ملزماً بمجرد مضي ثلاثة أشهر أن يقدم للتأشير لدى رئيس مفتشية الضرائب الفهرس الذي سجلت فيه العقود بصورة منتظمة<sup>1</sup>. وقد رتبت المادة 15 من قانون التسجيل حال مخالفة الإجراء المتمثل في إيداع الكشوف مرفقة بالدفاتر والنسخ الأصلية أو البراءات رفض التسجيل، كما أوجبت المادة 15 مكرر<sup>2</sup> على الموثق أن يضمن العقد بالمعلومات الضرورية حتى تتمكن الإدارة من التدقيق في مدى صحتها وكذا التأكد من أن كل الحقوق واجبة الدفع لفائدة الخزينة العمومية قد تم تسديدها من قبل المكلفين بأدائها. ويتعين على الموثق في هذا الخصوص بيان رقم شهادة ميلاد الأطراف المعنيين أو رقم التعريف الجبائي بالنسبة للأشخاص المسجلين في الفهرس الوطني للأعوان الاقتصاديين والاجتماعيين، على أن تخلف هذه البيانات يترتب عنه رفض الإجراء.

وقد قررت المادة 93 من قانون التسجيل توقيع غرامة على الموثقين الذين لم يراعوا الآجال المقررة لتسجيل العقود، يتم حسابها بـ 10% من الحقوق المتملص منها إذا كان التأخير في التسجيل محصور بين يوم واحد وثلاثين يوماً، وأما إذا كان التأخير يجاوز شهراً فتطبق على الموثق تلجئة مالية (astreinte) قدرها 3% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير، وهذا دون أن يتجاوز مجموع الإلزام المالي والغرامة الجبائية نسبة 25%، دون الإخلال بالعقوبات التأديبية السارية المفعول في القوانين والتنظيمات.

## 2- التزامات الخاضع للضريبة في مواجهة مصلحة التسجيل

تقضي المادة 91 في فقرتها الأولى والثانية من قانون التسجيل<sup>3</sup> بأن يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تنصب على نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات وفقاً لما

<sup>1</sup> انظر المادة 60 المعدلة بموجب القانون رقم 93-18 المؤرخ في 29/12/1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994، ج.ر. ع 88 المؤرخة في 16 رجب 1414، وكذا الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30/12/1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، ج.ر. ع 82 المؤرخة في 9 شعبان 1416 هـ.

<sup>2</sup> محدثة بموجب ق رقم 14-10 المؤرخ في 30/12/2014 المتضمن قانون المالية 2015، ج.ر. ع 78، المؤرخة في 2014/12/31.

<sup>3</sup> القانون رقم 76-105 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل ج.ر. ع 81، بتاريخ 18/12/1977.

يجري به العمل في هذا القانون بالتضامن مع أطراف العقد حيث يتعين عليهم إجراء توزيع عادل ومنصف. غير أنه عندما يستفيد أحد طرفي العقد سواء المشتري أو البائع من إعفاء بمقتضى هذا القانون فإنه لا يتحمل سوى نصف حق نقل الملكية الذي يتحمله الطرف الآخر. كما أنه يتعين على المكلفين الخاضعين للضريبة على الشركات أو للضريبة على الدخل الإجمالي أو للضريبة الجزافية أن يقدموا إلى مفتشية الضرائب التابعين لها تصريحاً بالوجود مطابقاً للنموذج الذي تقدمه الإدارة، وذلك خلال الثلاثين يوماً الأولى من بداية نشاط الشركة مع ضرورة إرفاق جملة من الوثائق حددتها المادة 183 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: شهر المحرر التوثيقي

يتم شهر المحررات التوثيقية بالمحافظة العقارية المختصة، هذه الأخيرة باعتبارها مصلحة عمومية تكمن مهمتها في حفظ العقود والمحررات الخاضعة للشهر والتي تتضمن إنشاء أو نقل أو تعديل حق الملكية أو حقوق العينية الأخرى وذلك بقيدها ضمن البطاقات العقارية. وغني عن البيان أن العقود تقوم أساساً على الرضائية دون حاجة إلى شكل معين، حيث تفصح المادة 59 من ق.م عن هذا المبدأ وذلك بأن يتبادل طرفا العقد إرادتهما المتطابقتين، غير أن هذه المادة أضافت عبارة "دون الإخلال بالنصوص القانونية"، ذلك أن بعض العقود تستوجب شكلية معينة باعتبارها ركناً أساسياً يترتب على تخلفها البطلان المطلق، فيشترط المشرع في بعض الحالات الشكلية في بعض العقود، وذلك بإفراغ إرادة الأطراف المتعاقدة في قالب رسمي، ومن ثم تسجيل هذا العقد كما سبق بيانه ثم شهره لدى المحافظة العقارية، وهي إجراءات تقع على عاتق الموثق باعتباره ضابط عمومي.

<sup>1</sup> الأمر رقم 101-76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، ج.ر، ع 48، المؤرخة في 1978/11/28، تم تعديل المادة 183 منه بموجب القانون رقم 06-24 المؤرخ في 2006/12/26 المتضمن قانون المالية لسنة 2007، ج.ر، ع 85، المؤرخة في 2006/12/27. انظر الطيب بلولة، قانون الشركات، منشورات بيرتي، الجزائر، 2008، ص 80. -بتصرف-

## الفرع الأول: التنظيم الموضوعي للشهر العقاري

نظم المشرع الجزائري أحكام شهر المحررات التوثيقية في نصوص متفرقة سواء في الشريعة العامة ضمن أحكام القانون المدني أو ضمن الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وكذا النصوص التنظيمية بشأنه لا سيما المرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، وفي ظل هذه القوانين يتعين تحييص مضمانيها للخروج بنقاط الاتفاق بينها وكذا نقاط التعارض ومن ثم تقديم الاقتراحات ما أمكن لمحاولة الجمع بين نصوص القانون وفي حال عدم إمكان ذلك السعي لتقديم الصياغات المناسبة واقتراح التعديلات بشأنها. ولتقريب الهوة بين الأحكام النظرية والممارسة العملية يتعين التعرف على المقصود من إجراء الشهر وبيان نوعيه ثم بيان الشروط القانونية الواجب مراعاتها بشأن المحررات التوثيقية سواء تلك المتعلقة بالأطراف أو بالمحل الخاضع للشهر.

### أولاً: المقصود بالشهر وبيان نوعيه

إن الغاية الأساسية من تقرير إجراء شهر المحررات التوثيقية هي إعلام الغير وتمكينه من الاعتراض عليها عند الاقتضاء، وعليه يستوجب منا الأمر بيان المقصود من عمليّة الشهر ثم التطرق لنوعيه مع بيان الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري في هذا الخصوص.

#### 1- تعريف الشهر

الشهر العقاري هو نظام قانوني يهدف إلى تنظيم هوية العقار وذلك بإعلام الأغيار بوجود تصرفات قانونية واردة عليه بحيث يحتج بها ضدهم<sup>1</sup>. وللممارسة التوثيقية علاقة وطيدة بالشهر العقاري بحيث يتأثر كل منهما بالآخر زيادة ونقصانا فكلما زاد أو قلّ الأداء التوثيقي فإن هذا يفضي حتما إلى زيادة نشاط المحافظة العقارية أو ركوده<sup>2</sup>، كما تتطلب العقود المنصبة على عقار و/أو حقوق عينية عقارية الكتابة الرسمية وشهرها في المحافظة العقارية لإضفاء حصانة عليها وذلك بسرّياتها ونفاذها في حق الأطراف وقبل

<sup>1</sup> ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكّاب، 1998، ص230-بتصرف-

<sup>2</sup> مويبي عبد الله، مقال بعنوان: "إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني"، مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الأول، يوليو 2013، ص32.

الغير، على أن التصرف العقاري غير المشهر يرتب حقوقا والتزامات شخصية بين أطرافه إذ لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير الذي له مصلحة في هذا العقار و/أو الحق العيني العقاري<sup>1</sup>. كما يقصد بشهر العقار إنشاء بطاقة عقارية لدى المحافظة العقارية ضمن سجل معد لهذا الغرض تكون الغاية منه إعلام الأغيار الراغبين في التصرف في العقار بوضعيته القانونية لا سيما من حيث الحقوق المثقل بها، والحكمة من إقرار الشهر هي استقرار المعاملات العقارية، على أنه لا يجوز إعادة النظر والمنازعة في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي للعقارات التي تم تجسيدها في الدفتر العقاري إلا عن طريق القضاء<sup>2</sup>.

ونوه في هذا القبيل إلى أن عدم تطابق مضمون الدفتر العقاري ميدانيا مع ما ورد في العقد الرسمي ينقص من حجيته ويجعله قابلا للتعديل<sup>3</sup>. وهذا لا يعني أنه يمكن الاعتماد على شهادة الشهود لإثبات عكس ما يتضمنه الدفتر العقاري في مجال الملكية العقارية<sup>4</sup>.

## 2- نوعا الشهر وبيان موقف المشرع الجزائري

نميز في نظام الشهر بين نوعين، يتعلق الأول بنظام الشهر الشخصي " *systeme de publicité personnelle* " الذي تبنته كثير من التشريعات كالتشريع الفرنسي ومن حذا حذوه كالتشريع المصري، ومفاد هذا النوع من الشهر أن يتم على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات، بيد أنه يعاب على هذا النظام أنه لا يصح تصرفا باطلا ولا يبطل عقدا صحيحا ومن ثم الإخلال بمبدأ استقرار المعاملات، ويتم بطريقتين سواء بالنظر إلى الترتيب الزمني لإيداع المحررات المراد شهرها أو بالنظر إلى الترتيب الأبجدي لأسماء الأشخاص. وأما النوع الثاني المتعلق بالشهر العيني أو نظام السجلات " *systeme de publicité ou système de livres fonciers* " فنشأه التشريع الأسترالي ومضمونه أن يتم على أساس

<sup>1</sup> مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحررات التوثيقية -دراسة في القانون الجزائري-، مرجع سابق، ص 188.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2005/02/23، ملف رقم 282811، م.ق، ع 1، 2005، ص 233.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2008/07/23، ملف رقم 448919، م.ق، ع 1، 2008، ص 227.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 1023923، بتاريخ 2016/12/15، م.ق، ع 2، 2016، ص 138.



العقار ذاته، بحيث يتم تقسيم السجل على أساس وحدات عقارية بالنظر إلى موقعها فتكون لكل عقار صفحة خاصة (بطاقة عقارية) يدون فيها كل المعلومات الخاصة به<sup>1</sup>.

أما عن الشهر الشخصي فظاهر من تسميته أنه يستند إلى أسماء المتصرفين في تقييد التعاملات ضمن السجلات المخصصة لهذا الغرض وهو ذو طابع اختياري، والغرض من الشهر الشخصي إعلام الغير بصرف النظر عن كون التعامل صحيحا أو مشوبا بعيب يفضي إلى البطلان أو مشتلا على تزوير، وتبعا لهذا فهو لا يوفر حماية كافية حيث تكثر بشأنه حالات بيع ملك الغير ومن ثم يظل الحق مهددا بالزوال ما يقدح في قوته الثبوتية بحيث تكون له حجية نسبية، كما يحتمل في ظل هذا النوع من الشهر ضياع الحقوق للهلاك بسبب التقادم المكسب، وأمام هذه العيوب قام المشرع الجزائري بإيجاد نظام بديل وكفيل يحقق الأمن القانوني للغير إزاء حقوقهم<sup>2</sup> ويحمي أطراف العقد من آثار هذا النوع من الشهر.

وأما بالنسبة للشهر العيني فهو يقوم على أساس العقارات المراد شهرها حيث يخصص سجل لهذا الغرض تدون فيه هوية العقار الوارد عليه التصرف لا سيما موقع العقار ومساحته ورقه وحدوده ومشملاته، وعليه يمكن معرفة الملاك السابقين للعقارات بمجرد الاطلاع على مجموعة البطاقات العقارية ما يطلق عليه بمبدأ التخصص، ومن مزاياه أنه يوفر حماية لائقة للمتعاملين في المجال العقاري كما أنه يمتاز بقوته الثبوتية حيث أنها قرينة لا تقبل إثبات العكس، إضافة إلى تطهير العقار من الحقوق التي لم تظهر أثناء الشهر بل ويذهب التشريع المغربي إلى أن التطهير يطال المالك ذاته فيصير صافيا من كل منع أو حجز قضائي أو مصابا بعارض من عوارض الأهلية<sup>3</sup>. فالموثق ملزم بشهر المحررات الناقلة للملكية العقارية مع دفع الرسوم للمحافظة العقارية إلا ما أعفاه القانون من دفعها كالدولة والجماعات المحلية وكذا في مجال الاستثمارات.

<sup>1</sup> سي يوسف زاوية حورية، مرجع سابق، ص 122 وما يليها.

<sup>2</sup> وسيلة وزاني، مرجع سابق، ص 121-122.

<sup>3</sup> سي يوسف زاوية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر 2008، ص 130. وسيلة وزاني، مرجع سابق، ص 129.

وأما بشأن الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري فإنه أخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام واستثناء من ذلك اعتمد نظام الشهر الشخصي الذي ورثه عن التشريع الفرنسي غداة الحقبة الاستعمارية بصورة انتقالية إلى غاية استكمال عملية مسح الأراضي غير كامل بلديات الوطن.

وفي الحقيقة أن هذا نظام الشهر العيني هو الذي يحقق الاستقرار في المعاملات العقارية ذلك أنه يقوم على مبدأ التخصيص حيث تخصص صفحة كاملة من السجل لكل وحدة عقارية تدون فيها كل التصرفات الواردة على العقار، كذلك مبدأ عدم التقادم ذلك أنه لا يمكن اكتساب الحقوق العينية الأصلية في نظام الشهر العيني مهما طال الزمن، أيضا بالنظر إلى مبدأ القوة الثبوتية بحيث يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس كما تسنيبه لاحقا<sup>1</sup>.

وفي هذا السياق صدر عن المحكمة العليا عام 2000 جاء فيه ما يلي: "..... ومن الثابت كذلك أن المشرع في مجال المحافظة العقارية والسجل العقاري اختار النظام العيني لا الشخصي وبالتالي فإن حلول الشفيع محل المشتري في حالة تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر. ومن هنا فإن القرار المطعون فيه أخطأ في تطبيق القانون وعرض قضاءه للنقض<sup>2</sup>.

#### ثانيا: الشروط القانونية الواجب مراعاتها بشأن المحررات التوثيقية

من صلاحيات المحافظ العقاري مراقبة خضوع المحرر التوثيقي للشروط القانونية المطلوبة، وهذا يفضي إلى القول أنه يتعين عليه التأكد من الشروط المتعلقة بأطراف العقد وكذا تلك المرتبطة بالمحل الخاضع لعملية الشهر، وسوف نتطرق لكليهما تباعا.

#### 1- الشروط المرتبطة بالأشخاص

حتى يتمتع المحرر التوثيقي من الحصانة الكافية قبل الغير يقوم المحافظ العقاري بالتحقق من هوية الأطراف والتأكد من سلامة أهليتهم القانونية، وذلك بتفحص الأوراق المثبتة لذلك، ويتعين أن يشار إلى كل العنصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي للأطراف، هذا الأخير الذي يقصد به الأهلية المدنية لهم. تنص المادة 62 من المرسوم رقم 63-76 المتعلق بالمتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل

<sup>1</sup> سي يوسف زاهية حورية، نفس المرجع، ص 130.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2000/04/26، ملف رقم 194437، م.ق، ع 2، 2000، ص 146.

والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19/05/1993 على أنه يتعين أن يكون كل عقد موضوع إشهار في المحافظة العقارية مشتملا على ألقاب وأسماء وتاريخ ومكان ولادة وجنسية وموطن ومهنة الأطراف، وأما بشأن الشهادات بعد الوفاة يجب الإشارة على الحالة المدنية والتصديق عليها بالنسبة للمتوفى وبالنسبة لكل واحد من الورثة أو الموصى لهم.

على أن الأمر لا يطرح انشغالا كبيرا بالنسبة للشخص الطبيعي مثلما هو عليه الحال بالنسبة للشخص المعنوي حيث ألزمت المادة 63 من نفس المرسوم على ضرورة أن يتضمن العقد محل الشهر على هوية الشركات والجماعات والنقابات والأشخاص الاعتبارية الأخرى مع تسميتها والإشارة تفضلا عن ذلك بالنسبة للشركات إلى رقم تسجيلها في السجل التجاري وبالنسبة للجمعيات إلى مقرها ومكان تصريحها، وبالنسبة للنقابات مقرها وتاريخ ومكان إيداع قوانينها الأساسية.

كما أنه يجب طبقا للمادة 64 من نفس المرسوم أن يحمل كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة لدى المحافظة العقارية من أجل تنفيذ إجراء على تأشيرة موقعة من قبل الموثق تشهد بهوية الأطراف وعند عدم وجود هذه التأشيرة يتم رفض الإيداع "refus de dépôt". كما أنه يمكن رفض الإجراء "rejet de procédure" بعد قبول الإيداع إذا لاحظ المحافظ أن المراجع والتأشيرة غير صحيحة أو غير تامة أو كونها مبهمه. وعليه فرفض الإيداع يتعلق بالشكل "La forme" وأما رد أو إسقاط الإجراء فإنه يتعلق بالموضع "Le fonds".

## 2- الشروط المقترنة بالمحل الخاضع للشهر

بعد تأكد المحافظ العقاري من استيفاء الشروط المتعلقة بهوية الأشخاص عليه تفحص مدى تطابق التصرف المنصب على العقار مع الشروط الواجب توافرها قانونا كتحديد العقار تحديدا كافيا نافيا للجهالة فيذكر ضمن المحرر التوثيقي موقعه ومساحته وأصل ملكيته وغيرها من الشكليات التي تفيد بيان طبيعته، تنص المادة 66 من المرسوم رقم 76-63 على أنه ينبغي أن يشار فيه إلى نوع العقار والبلدية التي يوجد فيها وكذا تعيين القسم ورقم الخطط وما يشتمل عليه من مسح، وفي حال قسمة عقار ترتب عليه تغيير الحدود يتعين الإشارة التعيين القديم باستثناء التقسيم الناشئ عن حالة التجزئة المنجزة وفقا لتنظيم

التعمير، ويعتبر تأسيس حق انتفاع أو حق ملكية للمباني والغراس على جزء من الوحدة العقارية كتغيير لحدود الملكية.

### الفرع الثاني: التنظيم الإجرائي للشهر العقاري

إن الحديث عن إجراءات الشهر العقاري يقودنا إلى بيان الضوابط التي يتعين مراعاتها بشأن المحرر التوثيقي شكلا ومضمونا، ثم بعد ذلك التطرق للخطوات الواجب اتباعها لإضفاء حصانة حصانة على المحررات التوثيقية وبيان الآثار الناشئة عن عملية الشهر القانوني الخاضعة له.

#### أولا: ضوابط شهر المحرر التوثيقي

حتى يعتبر الشهر القانوني للمحركات التوثيقية صحيحا ومرتبلا آثاره القانونية يتعين مراعاة الضوابط المنصوص عليها قانونا لا سيما المحافظة العقارية صاحبة الاختصاص في عملية الشهر، وأن يكون المحرر القانوني خاضعا للشهر بنص القانون، وهو ما سنتناوله ضمن النقاط الموالية.

#### 1- الجهة الإدارية صاحبة الاختصاص في شهر المحررات التوثيقية

تقضي المادة الأولى من المرسوم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بأنه تحدث لدى المديرية الفرعية للولاية لشؤون أملاك الدولة والشؤون العقارية محافظة عقارية يسيرها محافظ عقاري، ويمثل الدور الأساسي للمحافظة العقارية في التحديد والعمل على معرفة حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى الواردة على العقارات وذلك عن طريق الإشهار العقاري.

وبينت المادة الرابعة من المرسوم سالف الذكر أن المحافظات العقارية تنقسم إلى مكاتب محافظة تحدث في كل بلدية، وبصفة انتقالية فإن اختصاص أي مكتب يمكن أن يمتد إلى عدة بلديات، وفي هذه الحالة يتم تحديد الإقامة والاختصاص الإقليمي لكل مكتب محافظة عقارية بموجب قرار صادر عن وزارة المالية، وفي حال غياب المحافظ العقاري أو حصول مانع له فإن النيابة يتولاها أحد رؤساء مكاتب المحافظة التابعة للإختصاص يتم تعيينه من قبل رئيس المصلحة.

ويكمن دور المحافظ العقاري حسب المادة الثالثة من المرسوم 63-76 في ما يلي:

- إعداد ومسك مجموعة البطاقات العقارية كاملة،

- منح الإجراءات الضرورية لإشهار العقود المتضمنة الملكيات العقارية والحقوق العينية الأخرى،
  - فحص العقود،
  - تزويد الجمهور بالمعلومات الموجودة في وثائقهم المرتبطة بالعقارات الخاضعة لعملية الشهر،
  - مراقبة مكاتب المحافظة التابعة لاختصاصه والتي تم إحداثها والعمل على التنسي بينها.
- 2- المحررات التوثيقية الخاضعة للشهر

- وقد عدت المادة 14 من الأمر 74-75 المؤرخ عام 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المحررات واجبة الشهر على النحو التالي:
- جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية،
  - جميع العقود والقرارات القضائية اللاحقة للإجراء الأول الذي كان موضوع تأسيس لمجموعة البطاقات العقارية، والخاضعة للإشهار العقاري بمقتضى التشريع الجاري به العمل وكذلك تسجيلات الرهون أو الامتيازات،
  - المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسح الأراضي والمثبتة للتعديلات التي تخص العقارات المسجلة في مجموعة البطاقات العقارية،
  - وبصفة عامة كل التعديلات للوضعية القانونية لعقار محدد ومسجل في مجموعة البطاقات العقارية. وتضيف المادة 17 من نفس الأمر أن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها. وقد كرس القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2003 ما جاء به الأمر 74-75 حيث جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانوناً أن الملكية لا تنتقل في العقارات والحقوق العينية الأخرى إلا باتباع القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري، المادتان 165 و793 من القانون المدني و15 و16 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1975.

ومادامت هذه الإجراءات لم تتبع في قضية الحال فإنه لا يمكن الاحتجاج بها بأي حق ملكية على العقار المتنازع فيه<sup>1</sup>.

### 3- المحررات التوثيقية المعفاة من رسم الإشهار العقاري

حددت المادتان 5-353 و 6-353 من قانون التسجيل جملة العقود والإجراءات المعفاة

من رسم الإشهار العقاري. بما فيها المحررات التوثيقية ونبين مضمونها على النحو التالي:

تنص المادة 5-353<sup>2</sup> من قانون التسجيل المعدل والمتمم على ما يلي:

"تعفى من رسم الإشهار العقاري:

- 1) جميع إجراءات الإشهار والتقييد التي تقع مصاريفها على عاتق الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري والموضوعة تحت وصايتها؛
- 2) العقود المحررة والإجراءات المنجزة تطبيقاً للتشريع المتعلق بأموال الأوقاف؛
- 3) العقود المحررة والإجراءات المنجزة في إطار التشريع المتعلق بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية؛
- 4) إجراءات التسجيل والاستبدال والتخفيض والشطب الخاصة بالامتيازات القانونية؛
- 5) كل الإجراءات المطلوبة من طرف ملتمس المساعدة القضائية؛
- 6) العقود المتعلقة باقتناء العقارات المنجزة من قبل البنوك والمؤسسات المالية الخاضعة للأمر رقم 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم، في إطار الإيجار العقاري، أو أي قرض عقاري موجه لتمويل الاستثمارات المنجزة من قبل المتعاملين الاقتصاديين، للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الفلاحي أو لممارسة مهنة حرة؛
- 7) العقود والوثائق المبرمة من الجمعيات التعاضدية؛
- 8) إشهار العقود المتعلقة بتأسيس الارتفاق، المقرر في القانون الساري المفعول على الكهرباء والغاز؛

<sup>1</sup> م.م.د، ملف رقم 2307، بتاريخ 2003/07/01، العدد الرابع، 2003، ص 119

<sup>2</sup> عدلت هذه المادة بموجب قانون المالية لسنة 2018.

(9) العقود المتضمنة اقتناء المرقين العقار بينا العموميين وألخواصاً لأراضي موجهة لإنجاز برامج السكن للمستفيدة من دعم الدولة؛

(10) العقود المتضمنة بيع محلات ذات استعمال سكني جديدة أنجزها المرقون العقاريون العموميون أو الخواص في إطار برامج السكن المستفيدة من دعم الدولة؛

(11) عقود الحلول الاتفاقي في حقوق الرهن لفائدة البنوك والمؤسسات المالية في إطار عمليات إعادة التمويل الرهني.

تنص المادة 353-6 من قانون التسجيل<sup>1</sup> على ما يلي:

"تعنى كذلك من الرسم المنصوص عليه في المادة 353-2 ما يلي:

(1) القيود والتشطيبات الخاصة بالرهن القانونية المعدة لفائدة البنوك والمؤسسات المالية، ضماناً للقروض الممنوحة للفلاحين المنتجين، لتمويل نشاطاتهم الفلاحية؛

(2) القيود والتشطيبات الخاصة بالرهن القانونية المعدة لفائدة البنوك والمؤسسات المالية، ضماناً لقروض بناء المساكن الممنوحة للخواص فرادى أو منظمين ضمن تعاونيات عقارية .

(3) غير أن الرسم يحصل تلقائياً في حالة إعادة التنازل عن العقار على حاله، دون إنجاز هذه البناءات؛

(4) العقود المتضمنة بيع المساكن من قبل الهيئات العمومية المختصة إلى المدخرين والمبينة في إطار الادخار السكني؛

(5) عقود المبادلات المتعلقة بالأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية؛

(6) عقود التنازل بين الشركاء في الشبوع المتضمنة الأراضي الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية؛

(7) العقود المتعلقة بنقل الملكية، التي حررتها المؤسسات والهيئات العمومية على أساس التسوية في إطار تطهير الممتلكات العقارية؛

<sup>1</sup> تم تعديل هذه المادة بموجب قوانين المالية آخرها قانون المالية لسنة 2018 السابق ذكره.

- (8) العقود المعدة، تطبيقاً للمادة 86 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، المعدل والمتمم، لتسوية العمليات المبادر بها في إطار الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتضمن تكوين احتياطات عقارية لفائدة البلديات؛
- (9) عمليات التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني المنجزة في إطار المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 7 غشت سنة 2003، 2003، الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004؛
- (10) عمليات التنازل عن أصول المؤسسات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري المنحلة لفائدة العمال وكذا تلك المنجزة في إطار عمليات الخوصصة؛
- (11) عقود الملكية المبرمة، في حالة عملية جماعية لتحقيق العقاري في إطار القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فبراير سنة 2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري؛
- الإجراء الأول الذي يتم في السجل العقاري والمتعلق بالمحلات ذات الاستعمال السكني المسوحة والتابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري والقابلة للتنازل في إطار المرسوم التنفيذي رقم 03-269 المؤرخ في 7 غشت سنة 2003 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري الموضوعة قيد الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004<sup>1</sup>.

#### ثانياً: إجراءات الشهر العقاري وبيان آثاره القانونية

بعد إيداع المحرر التوثيقي الخاضع للشهر والوثائق المرفقة له وتسليم وصل يثبت هذا الإجراء يلتزم المحافظ العقاري بفحص العقد من الناحية الشكلية ثم من الجانب الموضوعي إن كان غير مخالف للقوانين سارية المفعول وكذا عدم مخالفته للنظام العام والآداب العامة ليقرر شهره أو عدم

<sup>1</sup> ننوه بأن المادة 353-6 من قانون التسجيل تم تعديلها عدة مرات كان آخرها بموجب المادة 25 من قانون المالية لسنة 2018.



شهره، وفي حالة شهر المحافظ للمحرر التوثيقي فإنه يرتب آثاره القانونية كما سنبينه النقطتين الموالتين.

### 1- كيفية شهر المحرر التوثيقي

يتم إيداع المحررات التوثيقية واجبة الشهر والتي تم تسجيلها مسبقا لدى المحافظة العقارية بقسم الإيداع وعمليات المحاسبة سواء من قبل الموثق نفسه أو من يقوم مقامه بموجب تفويض يوقعه لصالحه، وهذا بدائرة اختصاص العقار الوارد عليه التصرف، كما يتعين مراعاة الأجل القانونية للشهر والمحددة بثلاثة أشهر من تاريخ العقد، مع إرفاق جدول الإشهار وعند الاقتضاء الوثائق المثبتة لهوية الأطراف أو المعينة للعقار كالكشف الوصفي للتقسيم أو رخصة التجزئة أو وثيقة القياس. ومن ثم يتعين تسليم وصل استلام ليكون المحافظ العقاري ملزم بالرد على صحة الإجراء من عدمه ابتداء من تاريخ الإيداع.

وقد ألزمت المادة 90 من م.ت 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم الموثق بأن يعمل على إشهار جميع العقود المحررة من قبله والخاضعة للإشهار ضمن الآجال المحددة في المادة 99 بكيفية مستقلة عن إرادة الأطراف، وقد تم تعديل هذه المادة بموجب المادة 31 من قانون المالية لسنة 1999<sup>1</sup>، ثم تحول مضمون المادة إلى قانون التسجيل ضمن مقتضيات المادة 353-24 المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2004<sup>3</sup>، والتي حددت الآجال على النحو الآتي بيانه:

<sup>1</sup> القانون رقم 98-12 المؤرخ في 31/12/1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999، ج.ر، ع 98، بتاريخ 13 رمضان 1419 هـ.

<sup>2</sup> تم إحداث الباب الثالث عشر مكرر المضمن المواد: 1-353 إلى 16-353) وذلك بمقتضى م 55 من قانون المالية لسنة 1980، وذلك تحت عنوان "رسم الإشهار العقاري".

<sup>3</sup> القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، ج.ر، ع 83 المؤرخة في 29/12/2003.

- بالنسبة لشهادات نقل الملكية بعد الوفاة<sup>1</sup> يتعين إيداعها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ تحرير العقد، ويمتد هذا الأجل إلى خمسة أشهر إذا كان أحد المعنيين مقيما بالخارج، ويمكن أن تقوم المسؤولية المدنية للمالكين الجدد للحقوق العينية إذا طلب من محرر العقد تحريره بعد ستة أشهر من الوفاة،

- بالنسبة للأحكام القضائية يكون الإيداع خلال ثلاثة أشهر من الوقت الذي تصير فيه نهائية،

- بالنسبة للعقود الأخرى والوثائق ثلاثة أشهر من تاريخ تحريرها.

الملاحظ أن المشرع الجزائري قد وحد الآجال كأصل عام لتصبح ثلاثة أشهر بالنسبة لجميع العقود والمقررات القضائية والشهادات، ونشير إلى أن هذه الآجال من النظام العام بحيث يترتب على عدم مراعاتها توقيع غرامات مالية تقدر بألف (1000) دينار جزائري، بصرف النظر عن المسؤولية التي يتعرض لها الموثق على الصعيد القانوني، مع التنويه إلى أنه في حالة وجوب القيام بالإشهار على مستوى محافظتين عقاريتين أو أكثر فإن الآجال تمدد إلى 15 يوما كاملة بالنسبة لكل محافظة عقارية فضلا عن الأخرى.

نشير في هذا الخصوص أنه صدر قرار عن المحكمة العليا سنة 2015 ورد ضمن مقتضياته أن القانون لم يحدد ميعادا للشهر؟ ونصه كالاتي: "شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية. لا يترتب على عدم شهر العقد بطلانه. لم يحدد القانون ميعادا للشهر. يبقى البائع ملتزما بعدم تعرضه للمشتري في شهر العقد"<sup>2</sup>. لا سيما وأن القرار الصادر في نفس السنة ينص على أن مسؤولية شهر العقود المحررة من طرف موثق معزول تقع على الموثق المعين من الغرفة الجهوية للموثقين لاستخلافه وهو ملزم بشهرها، ضمن الآجال المحددة قانونا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> تنص المادة 2/91 من م.م رقم 76-63 على أنه يتعين على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلا أو جزءا من التركة، ويجب في هذه الحالة على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات والإثباتات المفيدة.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/06/12، ملف رقم 0861535، م.م.ع، ع 1، 2015، ص 207

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2015/07/16، ملف 0925209، م.م.ع، ع 2، 2015، ص 143. وعلى كل حال ننوه إلى أن اليوم الدراسي الذي تم انعقاده بفندق الشيراتون سابق البيان قد خرج بجملته من النتائج القيمة لا سيما إثر المداخلة التي

وقبل شهر العقد من أجل تحصيل حقوق الخزينة العمومية أو للاحتجاج به في مواجهة الغير يتعين على المحافظ العقاري تفحصه إن كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة، تقضي في هذا القبيل المادة 105 من م.ت رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بأن يقوم المحافظ العقاري بالتحقيق وقت اطلاعه على البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة<sup>1</sup> بأن موضوع أو سبب العقد لا يخرج عن إطار المشروعية أو يتنافى مع الأخلاق أو يخالف النظام العام بصورة بينة، ومن هنا يتبين أن المحافظ العقاري له صلاحيات واسعة بحيث يمكنه رفض شهر العقد بالنظر إلى مضمونه. مع الإشارة إلى أنه لا يمكن لرئيس المحكمة في نطاق الضمان العام المقرر للدائنين، منع محافظ عقاري، من شهر عقد رسمي، بموجب أمر على ذيل العريضة<sup>2</sup>.

يقوم المحافظ العقاري من التأكد أن العقد المراد إظهاره مستوف لكل الشروط التي يتطلبها القانون سواء بالنسبة لهوية الأطراف أو تحديد العقار تحديدا دقيقا وبيان مشتملاته، ومن ثم يقوم بشهر المحرر خلال 15 يوما من تاريخ إيداعه لدى المحافظة العقارية، ويترتب على إظهار المحرر التوثيقي إنشاء بطاقة عقارية<sup>3</sup> وكذا تسليم الدفتر العقاري، وفي حال وجود نقص بشأن البيانات يتم رفض الإيداع ومن

---

أجراها الأستاذ الموثق نزار عتو، موثق بسيدي بلعباس، وخلص فيها إلى أنه يتعين التعجيل في تعديل أو إلغاء الأمر رقم 74-75 والمرسوم التنفيذي رقم 63-76 وكذا المادتين 792 و793 من القانون المدني ويستحب في هذا الخصوص تحقيق الانسجام بين مقتضيات هذه النصوص فيما يخص مسألة الشهر العيني من جهة، وإحداث آليات تكون الغاية منها تطهير الملكية العقارية من جهة أخرى، مع ضرورة تكييف المنشورات الإدارية ذات الصلة مع النصوص القانونية والتنظيمية التي تعلقها ضمن التدرج السلمي للقوانين.

<sup>1</sup> قد يقوم المحافظ العقاري وفقا للمادة 106 من م.ت رقم 63-76 إما برفض الإيداع "refus" أو رفض الإجراء بعد النظر في مضمون العقد "rejet".

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2005/04/27، ملف رقم 304884، م.ق، ع1، 2005، ص 83.

<sup>3</sup> يوجد أنواع من البطاقات العقارية، يتعلق النوع الأول بالبطاقات العقارية الأبجدية والتي تخص الأراضي الريفية غير المسوحة وتتضمن أصحاب الحقوق العينية، نوع العقار وموقعه ومشتملاته، والنوع الثاني هو البطاقات العقارية العينية والتي تتعلق بأراضي البلديات المسوحة متضمنة للحالة الوصفية للعقار حيث يؤثر المحافظ على هذه البطاقة والدفتر العقاري بشأن كل تصرف ينصب على العقار، ويتعلق النوع الثالث ببطاقات قطع الأراضي والتي تنشأ بالنسبة لكل وحدة عقارية

ثم عدم إمكانية شهر المحرر التوثيقي<sup>1</sup>. وإذا حدث أن تم تصحيح أو تعديل لعقد تم شهره فإنه يتعين شهر العقد الجديد.

كما أن المحافظ العقاري يتمتع بحصانة قانونية في مواجهة الأخطاء التي يرتكبها بحيث تكون الدولة وفقاً للمادة 23 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 مسؤولة عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء ممارسة مهامه، على أن دعوى المسؤولية ضد الدولة يتعين رفعها في أجل سنة واحدة من وقت اكتشاف الفعل الضار وإلا كان مآلها السقوط.

وفي مثل هذه الحالات لا يمكن المحافظ العقاري أن يؤشر على البطاقة العقارية، ويقوم بتبليغ الشخص الذي وقع شهادة الهوية في أسفل الصور الرسمية أو النسخ أو الجداول في أجل أقصاه خمسة عشر (15) يوماً من تاريخ الإيداع، ويفتح نفس الأجل ابتداء من تاريخ التبليغ المباشر أو تاريخ الإشعار بالاستلام أو تاريخ الإشعار بالرفض إلى الموقع على شهادة الهوية قصد إتمام الوثيقة غير الصحيحة أو إيداع وثيقة تعديلية.

وقد أوجبت المادة 13 من م.ت رقم 63-76 إيداع جدول محرر من نسختين من قبل الموثق مصحوباً بالسندات والعقود المثبتة للملكية العقار، يتضمن هذا الجدول البيانات التالية:

- وصف العقارات المبنية اعتماداً على مخطط المسح<sup>2</sup>،

موجودة بوسع الأراضي العام الذي تم إعداده، وتختص بالقطع المتجاورة المشككة للملكية واحدة أو ملكية شائعة، وأما النوع الرابع فيخص بطاقات العقارات الحضرية حيث تعد بطاقتان لكل عقار حضري، الأولى بطاقة حضرية عامة تحدث بالنسبة للعقارات المخصصة للاستعمال الجماعي وأما البطاقة الثانية فهي خاصة يتم إحداها بالنسبة لكل عقار يتم تقسيمه وتجزئته. انظر المواد 20 وما بعدها من المرسوم رقم 63-76 و طاهري حسين، مرجع سابق، ص 112 وما بعدها.

<sup>1</sup> يجب أن يكون قرار الرفض الصادر عن المحافظ العقاري معللاً ومبيناً لأسباب الرفض، ومن ثم بإمكان صاحب الشأن أن يلجأ إلى القضاء الإداري المختص للتقاضي بشأن الحقوق المتنازع عليها.

<sup>2</sup> يوجه الموثق طلباً عن طريق ملى استمارة (طلب CC6) تتعلق بمسح الأراضي نموذج أ.ع 4 مكرر (PR4 BIS) ومن ثم أعمال الموازنة بين المعلومات الواردة في هذه الوثيقة وتلك الموجودة في الدفتر العقاري أي النظر في مسألة تحيين وضعية العقار. على اعتبار أن الدفتر العقاري يكتسي قوة ثبوتية، وقد صدر في هذا الخصوص قرار عن المحكمة العليا سنة 2004 ورد فيه ما يأتي: "يؤسس الدفتر العقاري على أساس سند الملكية طبقاً للرسومين 74/75 و 62/76 بعد استكمال الإجراءات والشكليات والآجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، فالنعي باعتماد القضاة على التصريحات دون

- بيان هوية وأهلية أصحاب الحقوق،

- بيان الأعباء المثقل بها العقار.

وبينت المادة 92 من نفس المرسوم أنه يودع وجوبا بالمحافظة العقارية صوتان رسميتان أو نسختان للعقد المراد شهره، على أن تعاد واحدة منها إلى المودع بعد أن يؤشر عليها المحافظ العقاري دليل على انتهاء الإجراء، وبخصوص الصورة أو النسخة الأخرى بعد تأشيرة التصديق عليها وعند الحاجة على الشرط الشخصي للأطراف يتم الاحتفاظ بها في المحافظة العقارية، فالعقود والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ شهرها في البطاقات العقارية<sup>1</sup>.

وأما بالنسبة لحالة الوفاة فقد قضت المادة 15 من نفس المرسوم بأن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ الشهر في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية، وهذا يعني أن نقل الملكية يتم يوم الشهر ويسري بأثر رجعي إلى تاريخ الوفاة.

والمفهوم السابق ينطبق على نقل الملكية عن طريق التصرفات القانونية حيث تنص المادة 792 من القانون المدني على أن انتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار يتم بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف، غير أن المادة 793 من نفس القانون تقضي بأنه لا تنقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار، فلا تناقض بين النصين وإنما تنتقل الملكية يوم الشهر (مراعاة الإجراءات) وتنسحب بأثر رجعي إلى تاريخ العقد، هذا التاريخ الأخير الذي يصبح محل اعتبار بعد شهر العقد.

عقد الملكية يكون دون جدوى". م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ= 2004/04/21، ملف رقم 259635، م.ق، ع1، 2003، ص334. ملاحظة: "طبقاً للأمر 74/75 والمرسوم 62/76" وليس "طبقاً للمرسومين" كما ورد في القرار.  
<sup>1</sup> القاعدة ليست على إطلاقها وإنما ترد عليها استثناءات كحق الإيجار باعتباره حق شخصي وليس حق عيني مع ذلك أفصحت المادة 17 من الأمر 74-75 بأن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أثر بين الأطراف ولا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إذا لم يتم شهرها.

فعند حساب المواعيد مثلا يصبح تاريخ العقد هو المرجع الأساس، كنص المادة 358 من القانون المدني التي تقضي بأنه إذا تم بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أحماس ثمن البيع، على أنه يتعين لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع "au moment de la vente" وليس وقت الشهر التزاما بحرفية النص. وتضيف المادة 359 من نفس القانون بأن دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن تسقط بالتقادم بمضي ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع "à partir du jour de l'acte de vente".

نوه إلى أنه في حالة وجود عقدين فإن العبرة في نقل الملكية تكون بتاريخ الشهر وليس بتاريخ تحرير العقد، وهو المبدأ المكرس قضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 2003<sup>1</sup>. كما صدر قرار آخر عن المحكمة العليا سنة 2013 يقضي بما يلي: "تنتقل الملكية، في حالة تصرف بائع في عقار مرتين بعقدين توثيقين، إلى المشتري، حائز العقار التوثيقي، الأسبق في الشهر"<sup>2</sup>.

وتعد الشهادة التوثيقية حتى وإن كانت عقدا تصريحيا عقدا رسميا ناقلا للملكية الأملاك العقارية إلى الورثة متى استوفت إجراءات الشهر، سواء في الشيع أو بالحصة المفترزة<sup>3</sup>. على أن المبدأ السائغ قانونا وقضاء يقضي بأن الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة بحيث لا تشكل الشهادة التوثيقية قيда على ممارسة الدعوى أمام القضاء<sup>4</sup>، وهذا لا يشكل تناقضا في الأحكام كما سبق بيانه استنادا إلى مبدأ رجعية الأثر القانوني، وما يؤيد هذا القول هو القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2014 الذي يفيد بما يلي: "تنتقل التركة، بقوة القانون، إلى الورثة، بمجرد وفاة المورث. التركة سبب من أسباب اكتساب الملكية وإثباتها غير محصور في العقد الرسمي"<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2003/03/19، ملف رقم 243402، م.ق، ع 2، 2003، ص 231.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2013/07/11، ملف رقم 0785784، م.ق، ع 2، 2013، ص 341.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2004/09/22، ملف رقم 267615، م.ق، ع 1، 2007، ص 407.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2011/02/17، ملف رقم 572702، م.ق، ع 1، 2011، ص 92.

<sup>5</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/06/12، ملف رقم 0853794، م.ق، ع 2، 2014، ص 315.

فالشهادة التوثيقية تثبت نقل ملكية عقار و/أو حقوق عينية عقارية عند الوفاة، تنفيذ المادة 91 من المرسوم التنفيذي رقم 76-63<sup>1</sup> على بأن كل انتقال أو إنشاء انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفضل الوفاة يجب أن يثبت بموجب شهادة توثيقية في الأجل المحدد قانوناً، ويقع التزام على عاتق الموثق بضرورة تحرير الشهادة التوثيقية ليس فقط عندما يطلب منه الأطراف ذلك وإنما بمجرد طلب إعداد عقد يتعلق بالتركة كلها أو بعضها إذ يتعين على المعنيين أن يقدموا كل المعلومات الضرورية والإثباتات المفيدة، كما أنه لا يمكن إعداد الشهادة التوثيقية إلا إذا تم إجراء شهر عقد القسمة ضمن الآجال المحددة قانوناً<sup>2</sup>.

كما أنه لا تشترط الشهادة التوثيقية بين الشركاء في الشيوخ مهما كانت طبيعة الدعوى بينهم، بل تشترط هذه الشهادة في مواجهة الغير الأجنبي عن الميراث<sup>3</sup>. كما أنها لا تشكل قيوداً على ممارسة الدعوى أمام القضاء ذلك أن الحقوق العقارية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة<sup>4</sup> إذ يكفي إثبات صفة الوارث عن طريق إعداد الفريضة الشرعية.

نوه إلى أن مسائل الميراث تخضع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، من ذلك مثلاً ما كرسه القضاء في حكم صادر عن المحكمة العليا مضمونه ما يلي: "من المستقر عليه شرعاً وقضاً، أن العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الميراث، وتستحق الزوجة الإرث بموت مورثها. ومن المعروف في القواعد الإجرائية أن تقديم مستخرج من عقد الزواج المبرم هو دليل من أدلة الإثبات وليس طلباً جديداً. ومتى ثبت -أن الطاعنة- بعد وفاة زوجها الأول سنة 1957 ووفاة زوجها الثاني- أخ الزوج الأول- سنة 1959، فإنها تستحق المطالبة بتحديد منابها في تركة زوجها الأخوين ولا تعد دعواها

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980، والمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993. بيرتي للنشر، الطبعة الخامسة، 2011-2012.

<sup>2</sup> الطيب محمد الحبيب، مقال بعنوان "الشهادة التوثيقية"، مجلة المحكمة العليا، الغرفة العقارية، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 35-36.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2008/09/10، ملف رقم 463305، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 195.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2007/03/14، ملف رقم 394379، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 199.

تعسفية، كما أن تقديمها لعقد الزواج ليس طلباً جديداً- كما فهمه خطأ قضاة الموضوع- وإنما أدلة إثباتية لتدعيم الدعوى. وعليه فإن القرار المنتقد صدر مخالفاً للشرع والقانون ويستوجب نقضه<sup>1</sup>.

وبالنسبة لحق التصرف في الملكية الشائعة فإنه يستوجب إعلان المتصرف لباقي الشركاء وإلا اعتبر خرق صريح للقانون حسب مقتضيات المادة 720 من ق.م، والموقف ذاته تبنته المحكمة العليا في قرار صادر سنة 1992 مضمونه ما يأتي: "من المقرر قانوناً أنه يحق للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع المال الشائع، أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، على أن يعلنوا بعقد غير قضائي في قراراتهم إلى باقي الشركاء. ولما ثبت - من مستندات القضية الحالية- أن الوكيل عن المتدخلين في الخصام، قام ببيع ثلاث أرباع العقار المشاع إلى المدعى عليه دون إعلان هذا التصرف إلى باقي الشركاء كما يقتضيه القانون، لذا فإن القرار المطعون فيه الذي أكد صحة البيع قد خرق القانون ويستوجب النقض"<sup>2</sup>.

وأفصح القضاء عن مبدأ هام مفاده أن سكوت إحدى الوراثات عن المطالبة بالخروج من حالة الشيوخ لفترة طويلة بسبب القرابة وصلة الرحم لا يعد تنازلاً عن حقها في الميراث<sup>3</sup>، ونشير أيضاً إلى أن عدم توفر العقار المشاع محل التركة على سند رسمي<sup>4</sup> لا يحول دون قسمته بين الورثة<sup>5</sup>.

وأما بالنسبة لحق الشفعة فإنه يتعين أن يكون التصريح بالرغبة فيها بموجب عقد رسمي طبقاً للمادة 801 من ق.م، وهو الحكم الذي أكده القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1999 جاء فيه ما يلي: "من الثابت قانوناً أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي والإعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط.... كما أنه يجب أن ترفع الدعوى في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1993/04/27، ملف رقم 91664، م.ق، ع 1، 1994، ص 68.

<sup>2</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1992/10/28، ملف رقم 92343، م.ق، ع 1، 1994، ص 38.

<sup>3</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2001/07/18، ملف رقم 257099، م.ق، العدد 2، 2004، ص 331.

<sup>4</sup> نوه إلى أنه إذا سبق للبائع أو لمورثه بيع عقار بوجوب عقد عرفي ثم قام ببيعه مرة أخرى بعقد رسمي تم شهره فإن هذا لا يعتبر بيعاً لملك الغير وتبقى ملكية الشئ المبيع بمقتضى العقد العرفي على ذمة البائع ولا تنتقل إلى المشتري الأول بل تنتقل الملكية إلى المشتري الثاني. انظر كامل رمضان جمال، الحقوق والالتزامات في عقد البيع، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2012، ص 202.-بتصرف-

<sup>5</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 561209، م.ق، العدد 2، 2010، ص 259.



المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني .... ولما تبين من القرار المطعون فيه أنه تم رفض دعوى الطاعنة الرامية إلى ممارسة حقها في الشفعة على أساس ورودها خارج مهلة ثلاثين يوماً اعتباراً من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، فإنهم خالفوا القانون لما أسسوا قرارهم على تاريخ التصريح بالرغبة في حين أن المادة 802 من القانون المدني تفرض وجوب رفع الدعوى ابتداءً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>1</sup>. ونشير أيضاً إلى أن القضاء استقر على أن حق الشفعة لا يمارس في عقود المقايضة<sup>2</sup>. كما أنه في حال عدم شهر التصريح بالرغبة في الشفعة المحرر من قبل الموثق فإن هذا يعتبر مخالف للقانون<sup>3</sup>.

وقد أكد القضاء أن الشفيع الراغب في الشفعة عن طريق الحلول مقام المشتري في العقار المبيع يكون ملزماً بدفع الثمن المذكور في العقد الرسمي وليس في عقد الاعتراف بالدين<sup>4</sup>. ولا يحتاج على الشفيع باعتباره من الغير إلا بالثمن الوارد في عقد البيع محل الشفعة حتى ولو كان ثمناً صورياً، ما لم يثبت خلاف ذلك بالطرق القانونية<sup>5</sup>. وقد استقر الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا أيضاً على أن مصطلح التسجيل إذا تعلق بموضوع الشفعة المستعمل في بعض مواد القانون المدني يقصد به مصطلح الشهر، كما أنه لا حجية لتصريح بالرغبة بالشفعة لم يتم تسجيله وشهره<sup>6</sup>.

ولالإشارة فإنه استثناء من جملة البيوع المعروفة ينفرد البيع في مرض الموت بحكم خاص قرره المادة 804 من القانون المدني وهو عدم نفاذه شرعاً وقانوناً، وقد أكد القضاء هذا الحكم في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1996 مفاده ما يلي: "من المقرر قانوناً أن عقد البيع المنجز أثناء مرض الموت، لفائدة الوارث، لا يكون نافذاً إلا إذا أقره باقي الورثة. ولما تبين - من قضية الحال - أن زوجة المورث قد

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 1999/06/16، ملف رقم 186433، م.ق، العدد 2، 1999، ص 111.

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2003/01/29، ملف رقم 266295، م.ق، العدد 2، 2003، ص 119.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/07/10، ملف رقم 0859091، م.ق، العدد 2، 2014، ص 323.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2007/01/17، ملف رقم 383114، م.ق، ع2، 2007، ص 389.

<sup>5</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2010/09/16، ملف رقم 617998، م.ق، ع2، 2010، ص 236.

<sup>6</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2012/02/09، ملف رقم 698546، م.ق، ع 2، 2012، ص 381.

استغلت مرضه لإبرام عقد البيع قبل وفاته بثلاثة عشر يوماً، وأن القرار المطعون فيه قد استثنى العقد المذكور من التركة أثناء القسمة دون أن يبين في حيثياته حالة المرض الذي أثاره الطاعنون. فإنه استوجب النقص"<sup>1</sup>.

ولإعلام الغير في المجال التجاري يتعين إجراء الشهر عن طريق نشر إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانون "BOAL" التي يتمكن بموجبها الغير من الاطلاع على جميع التعديلات المحتملة التي يمكن أن تطرأ على وضعية الشركة<sup>2</sup>. نشير إلى أن انتقال الحصص عن طريق الإرث والإحالة (cession) بين الأزواج والأصول والفروع وبين الشركاء يكون دون اشتراط موافقة أغلبية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمؤسسة ذات الشخص الوحيد، على أنه لا يمكن إثبات إحالة الحصص (cession de parts sociales) إلا بموجب بعقد رسمي يتم إعداده لدى الموثق<sup>3</sup>.

وفي إطار رسم الإشهار العقاري، عدل المشرع المادتين 1-353 و 3-353<sup>4</sup> من قانون التسجيل بموجب قانون المالية لسنة 2018، وكذا المادة 2-353 من قانون التسجيل بمقتضى قانون المالية لسنة 2015، وتم تحديد النسب التي يتم قبضها في المحافظة العقارية كما يلي:

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1996/07/09، ملف رقم 139123، م.ق، ع 2، 1996، ص 80.

<sup>2</sup> الطيب بلولة، مرجع سابق، ص 80.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 2009/05/06، ملف رقم 534486، م.ق، ع 1، 2012، ص 239.

<sup>4</sup> تقضي المادة 1-353 من قانون التسجيل المعدلة بموجب قانون المالية لسنة 2018 بأنه يتم قبض رسميدع رسمالإشهار العقاري، وهذا بمناسبة القيام بإجراء الإشهار في المحافظات العقارية، يوقع هذا الرسم على ما يلي:

1- العقود والقرارات القضائية المتضمنة نقلاً أو تكويناً أو تصريحاً بحق ملكية عقارية أو غيرها من الوثائق

الخاضعة للإشهار العقاري بموجب التشريع المعمول به، ما عدا حالات الإعفاء التي سنوردها لاحقاً،

2- قيد الرهون القانونية أو الاتفاقية أو حقوق التخصيص الرهنى، باستثناء ما أشير إليه في المادتين يستثنى

من ذلك حالات الإعفاء،

3- عقود الاستبدال والتخفيض والشطب الكلي أو الجزئي، ما عدا حالات الإعفاء.

<sup>5</sup> أوردت المادة 3-353 من قانون التسجيل المعدل والمتمم قيوداً يتعين مراعاتها حيث نصت على ما يلي: "لا يحصل سوى رسم نسبي واحد على العقد الرئيسي ولواحقه المحتملة، والتي لا يترتب عليها رسم نسبي بمبلغ أعلى ولا يمكن تحصيل مبلغ أقل من ألفي دينار (2.000) دج، بالنسبة للإجراءات التي لا ينتج عنها رسم نسبي بمبلغه ألفي دينار (2.000) دج.

(1) 1 % ، تحسب على قيمة العقار أو العقارات المصرح بها في الوثيقة التي تشهر بالنسبة للعقود حتى ولو كانت مثقلة بشرط موقف، والأحكام القضائية المتضمنة أو المعاينة بين الأحياء، نقل أو تأسيس الحقوق العينية العقارية مشاعة أو غير مشاعة وكذا عقود الوعد بالبيع التي يجب أن يذكر فيها تحت طائلة الرفض، سعر البيع المتفق عليه والأجل المحدد من قبل الأطراف لإتمام هذا البيع؛

(2) 0,50 %، تحسب على قيمة العقار أو العقارات المصرح بها في الوثيقة المتعين إشهارها بالنسبة للعقود والقرارات القضائية التصريحية والقسمات والإيجارات والوصلات والتنازلات عن أجور الكراء، أو المزارعة التي لم تبلغ حدها؛

(3) رسم ثابت قدره ستة آلاف دينار (6000 دج)، بالنسبة لقيود الرهون القانونية أو الاتفاقية أو حق التخصيص الرهني وتجديدها وكذا عقود الاستبدال والتخفيض والشطب الكلي أو الجزئي؛

(4) رسم ثابت قدره ألفا دينار (2000 دج)، بالنسبة لشهادات نقل الملكية عن طريق الوفاة وكذا التصريحات أو الاختيار بالمزايدة الحقيقية أو التصديق والتملك بمزاد طارئ بعد رسو سابق وبالمزايدات وعقود التقسيم المثبتة لتخصيص ممتلكات سبق تملكها مع وعد بالتخصيص ورخص التجزئة وشهادات التقسيم والجداول الوصفية للتقسيم وأنظمة الملكية المشتركة وشهادات الحياة المعدة طبقاً لأحكام المادة 39 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري؛

(5) رسوم ثابتة كما هي محددة ضمن الجداول أدناه بالنسبة للإجراء الأول في السجل العقاري والمتعلق بالعقارات المسوحة والتي تشكل ترقيماً مؤقتاً أو ترقيماً نهائياً، وهذا عندما يتم ذلك لفائدة ذوي الحقوق وكذا سندات الملكية المعدة تطبيقاً للقانون رقم 07-02 المؤرخ في 27

---

تتحمل العقود المعفاة من الرسم النسبي رسماً قدره ألفا دينار (2.000) دج، إذا كان الإشهار غير مطلوب في نفس الوقت، بالنسبة للعقد الخاضع للرسم النسبي، إلا إذا تضمنت هذه العقود زيادة في الأسعار أو القيم أو المبالغ أو الديون المعبر عنها أو المذكورة أو المقدرة أو المضمونة. وفي هذه الحالة، يحصل الرسم النسبي على مبلغ هذه الزيادة فقط.

فبراير 2007 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري.

أ- حصص مبنية تابعة لعقار مشترك الملكية:

المساحة	الرسم المطبق
- أقل من 100 م <sup>2</sup>	- 3.000 دج
- من 100 م <sup>2</sup> إلى 200 م <sup>2</sup>	- 4.500 دج
- أكثر من 200 م <sup>2</sup>	- 6.000 دج

ب- أراضي مبنية أو غير مبنية

الرسم المطبق		المساحة
أراضي مبنية	أراضي غير مبنية	
- 6.000 دج	- 3.000 دج	- أقل من 100 م <sup>2</sup>
- 9.000 دج	- 4.500 دج	- من 100 م <sup>2</sup> إلى 200 م <sup>2</sup>
- 12.000 دج	- 6.000 دج	- أكثر من 200 م <sup>2</sup>

ج- أراضي فلاحية

المساحة	الرسم المطبق
---------	--------------

- أقل من 5 هكتارات	- 3.000 دج
- من 5 هكتارات إلى 10 هكتارات	- 6.000 دج
- أكثر من 10 هكتارات	- 9.000 دج

(6) رسوم ثابتة كما هي محددة ضمن الجداول أدناه بالنسبة للإجراء الأول في السجل العقاري المتعلق بالعقارات المسوَّحة التي تشكل الترخيم النهائي المعد مباشرة لفائدة صاحب عقد الملكية، الموجود سابقاً، والمشرق قانوناً. محددة كما يأتي:

#### أ- قطع مبنية تابعة لعقار مشترك الملكية:

المساحة	الرسم المطبق
- أقل من 100 م <sup>2</sup>	- 750 دج
- من 100 م <sup>2</sup> إلى 200 م <sup>2</sup>	- 1.500 دج
- أكثر من 200 م <sup>2</sup>	- 2.250 دج

#### ب- أراضي غير مبنية أو مبنية

الرسم المطبق		المساحة
أراضي مبنية	أراضي غير مبنية	
- 1.500 دج	- 750 دج	- أقل من 1.000 م <sup>2</sup>
- 2.250 دج	- 1.500 دج	- من 1.000 م <sup>2</sup> إلى 3.000 م <sup>2</sup>

-أكثر من 3.000 م <sup>2</sup>	-2.250 دج	-3.000 دج
-------------------------------	-----------	-----------

## ج- أراضي فلاحية

المساحة	الرسم المطبق
- أقل من 5 هكتارات	-750 دج
- من 5 هكتارات إلى 10 هكتارات	-1.500 دج
- أكثر من 10 هكتارات	-2.250 دج

7) رسم ثابت قدره ألف ونحسمائة دينار (1.500 دج) تسليم شهادة التقييم العقاري المؤقت المطلوبة بناء على طلب المعنيين خلال فترة التقييم العقاري المؤقت، إثر الإجراء الأول في السجل العقاري.

بقي أن نشير إلى أحكام عقد الشهرة المنصوص عليه سابقا بموجب المرسوم 83-352 المؤرخ في 21 ماي 1983 المتعلق بسن إجراءات لإثبات التقادم المكسب وإعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية، والذي كان الغرض منه تسوية وتطهير الوضعية العقارية للأموال التي لم تمسها عملية مسح الأراضي.

وعقد الشهرة هو عبارة عن محرر رسمي يتم إعدادة من قبل الموثق طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه إعمالا للمرسوم رقم 83-352 المؤرخ في 1983/05/21، ومضمون هذا العقد إشهار الملكية على أساس التقادم المكسب بناء على تصريح من قبل طالب العقد وقيام الموثق بالتحري حول العقار موضوع عقد الشهرة بالتنسيق مع رئيس البلدية ونائب مدير الشؤون العقارية

وأملك الدولة وبعد استيفاء إجراءات النشر في الصحافة الوطنية واللصق بمقر البلدية، غير أنه تم إلغاء هذا المرسوم بموجب القانون رقم 02-07 المؤرخ في 27 فبراير المتضمن تأسيس إجراء لمعينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري<sup>1</sup>. وللعلم فإن القانون المدني لم يستثن العقارات المشهورة عقودها من اكتسابها بالتقادم المكسب<sup>2</sup>. على أنه لا يمكن إبطال عقد الشهرة بعد صيرورته محصنا بالحجية بمقتضى حكم نهائي قضى بصحته، وتنصرف آثار هذه الحجية إلى الخلف الخاص<sup>3</sup>.

نشير في الأخير إلى أن الموثق يقوم في إطار ما نص عليه القانون بتسليم النسخة التنفيذية للعقد الذي يحزره أو نسخة عادية أو المستخرج والعقد الذي لا يحتفظ بأصله، على أن يحتفظ الموثق أصل العقد لإمكانية العودة إليه عند الحاجة، ذلك أن حفظ المحررات التوثيقية من التلف أو الضياع مهمة تناط به باعتباره ضابط عمومي يمثل السلطة العامة<sup>4</sup>.

إن قاعدة الشهر المسبق ضامنة لتسلسل انتقال الحقوق العينية العقارية ما يسمح للمحافظ العقاري الجزم بان الوثيقة التي تم إيداعها تتضمن أصل ملكية، وبعد التأكد من ذلك يقوم بشهره طبقاً للمادة 88 من المرسوم 63-76 التي تفيد بأنه لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارنة للعقد يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير، ويستثنى من هذه القاعدة طبقاً للمادة 89 من نفس المرسوم حالة الإجراء الأولي لشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري كونها ليس لها أصل ثابت على مستوى المحافظة العقارية وكذا حالة كون حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناشئاً عن سند اكتسب تاريخاً ثابتاً قبل أول يناير 1971.

## 2- الآثار القانونية الناشئة عن شهر المحرر التوثيقي

<sup>1</sup> للتوسع في إجراءات عقد الشهرة انظر طاهري حسين، مرجع سابق، ص 61 وما بعدها.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2008/10/15، ملف رقم 479371، م.ق، ع، 2، 2008، ص 273.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 1185565، بتاريخ 2016/12/15، م.ق، ع، 2، 2016، ص 176.

<sup>4</sup> L'article 2 du Règlement national – règlement inter-cour du 24 décembre 2009: « le notaire délégué de l'autorité publique. L'Etat en le nommant, lui confère des prérogatives attachées aux actes de l'autorité publique : le pouvoir de conférer l'authenticité. Il doit accomplir cette mission avec loyauté et probité. Tous actes contraires à la loi lui sont interdits. Le notaire doit expliquer la loi et en assurer l'application ..... ». Code notarial, Lexis Nexis ; cinquième édition, Paris, France, 2013, p.25.

أخذ المشرع الجزائري بنظام الشهر العيني كأصل عام طبقا للمادتين 15 و16 من المرقم 75-74 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري حيث تقضي المادة 15 منه بما يلي: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية". كما تنص المادة 126 من نفس الأمر على ما يأتي: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

طبقا للمادتين السابقتين فإنه بمجرد شهر الحقوق العينية فإنها تسري في مواجهة الأغير، لكن يبقى السؤال مطروحا بشأن المادة 792 من القانون المدني التي تقضي بأنه يتم نقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف للمتصرف...، كما نصت المادة 793 من نفس القانون على أنه لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار". فالعقد بمجرد إبرامه وقبل إظهاره يقوم صحيحا مرتبا لآثاره القانونية مع القول بتوافر شروط الرسمية ما عدا تلك المتعلقة بنقل الملكية التي تتراخى إلى حين شهر العقد، وبناء عليه فإن العقد هو مصدر الحقوق العينية العقارية وأما الشهر فهو شرط لنقل الملكية فحسب ولا يمكن اعتباره ركن في إبرام التصرف القانوني، فانتقال الملكية يكون بالعقد الصحيح والشهر معا، والدليل على ذلك أنه إذا تم شهر عقد لم يستوف جميع أركانه بمعنى شهر عقد باطل كإتفاء ركن التراضي أو لم يكن العقار مملوكا للبائع فهل أن الشهر ينقل ملكية العقار محل التصرف؟ فالمادة 792 من القانون المدني قد أوردت قيادا لنقل الملكية مفاده أن يكون العقار مملوكا للمتصرف فإذا باع أحد المالكين على الشيوع العقار كله - وتم شهر العقد - بحجة أن نصيبه شائع في كل المال فإنه بهذا يكون قد باع ما يملك وما لا يملك، ما يملك هو حصته في المال المشاع وما لا يملك هو حصص باقي الشركاء، فيكون العقد الأول صحيحا منتجا لكامل آثاره، وأما العقد الثاني ولو تم شهره فإنه يكون باطلا بطلانا مطلقا باعتباره بيع لملك الغير، فالشهر في هذه الحالة لم يصحح عقدا باطلا حيث يجوز الطعن فيه بالبطلان.



ولكن متى انتقلت الملكية أي التاريخين يكون محلا للإعتبار في قياس الأداءات؟ بصيغة أخرى هل أن لشهر الحقوق العينية العقارية أثر فوري مباشر أم أنه يسري بأثر رجعي إلى تاريخ العقد؟ إجابة على هذا الطرح نتفحص مقتضيات المادة 358 من القانون المدني على سبيل المثال التي تتعلق بأحكام الغبن في بيع العقار حيث تقضي الفقرة الثانية منها بما يلي: "ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس (5/1) أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع" ولم يقل المشرع وقت إشهار عقد البيع، ننظر أيضا إلى المادة 359 من نفس القانون التي تنص على ما يلي: "تسقط بالتقادم دعوى تكلمة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع"، وغيرها من النصوص القانونية، إذن العبرة في قياس الأداءات هي تاريخ العقد لا تاريخ شهره، وبالتالي -حسب تقديرنا- فإن انتقال ملكية العقار تنسحب بأثر رجعي من وقت شهر العقد إلى تاريخ إبرامه. نشير إلى أن القانون الجزائري قد أجاز الطعن في التصرف القانوني المشهر بموجب المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري وكذا الفقرة الثالثة من المادة 17 من ق.إ.م.إ.

## ﴿الباب الثاني﴾

أنواع المحررات التوثيقية وكيفية نفاذها وحفظها

عرضنا في الباب الأول الإطار المفاهيمي للمحرر التوثيقي ومراحل إعدادة، وبيننا أن هناك نوع من المحررات يتطلب أشكالا قانونية للقول بصحة التعاقد كالعقود الناقلة للملكية عقار و/أو حق عيني عقاري، حيث تدخل المشرع بتنظيم الشكلية في العقود توازيا مع التعبير عن الإرادة لترسيم المحررات على نحو أفضى إلى انحسار وتراجع مبدأ سلطان الإرادة، ومن ثم اتباع إجراءات فرضها القانون تضيي على المحرر الذي يدونه الموثق حصانة في مواجهة الدولة وكذا في مواجهة الأغيار.

وقد أفرز الواقع العملي في مكاتب التوثيق أنواعا عدة من العقود والمحررات، فإضافة إلى العقود التقليدية المتداولة ميدانيا سواء العقود المدنية أو العقود التجارية أو العقود المرتبطة بالنظام الأسري ظهرت عقود أخرى أكثر حداثة كالعقود الخاصة بالتهيئة والتعمير وكذا عقود الشراكة الفلاحية وعقود التمويل في إطار الصيرفة الإسلامية.

وبتفحص قانون تنظيم مهنة الموثق نجده قد أسند للموثق في إطار ممارسة صلاحيات السلطة العمومية صلاحية إهار المحرر الذي يحرره بالصيغة التنفيذية، ويحيلنا هذا الحكم إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية لمعرفة الأحكام الإجراية المرتبطة بالسندات التنفيذية، وفي حال فقدان النسخة ممن تسلمها يمكنه الحصول على أخرى وفق إجراءات حددها القانون، وهنا تكمن أهمية حفظ المحررات التوثيقية ضمن الأرشيف خاصة إذا كان المكتب التوثيقي مدعم بوسائل التكنولوجيا الحديثة التي تسهل مهمة الموثق، وهنا نثار مسألة سير الأرشيف التوثيقي وما إذا كان ثمة داع دفعه للمؤسسة الوطنية المكلفة بالأرشيف الوطني أو بقاءه في مكاتب التوثيق التي تعينها الهيئة المشرفة.

ولمعالجة موضوع الإجراءات الواجب اتباعها لتحسين المحرر التوثيقي وبيان إجراءات التنفيذ بشأنه وكذا طريقة حفظه ضمن الأرشيف تم تقسيم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الفصل الأول أهم المحررات التوثيقية المتداولة في مكاتب التوثيق، ثم نعالج في الفصل الثاني مسألة نفاذ المحررات التوثيقية وحفظها ضمن الأرشيف.

## الفصل الأول: أهم المحررات التوثيقية المتداولة في مكاتب التوثيق

إن الممارسة الميدانية في مكاتب التوثيق تبرز أنواعا أكثر تداولا من العقود ومحررات أخرى مرتبطة بأداء خدمات، نذكر من العقود المتداولة ميدانيا العقود المدنية كعقد البيع والإيجار والقسمة والوكالة والمقاولة وغيرها، ونوع ثانٍ يتعلق بالعقود التجارية كعقد تأسيس شركة أو تعديل قانونها الأساسي أو زيادة رأسمالها أو حلها وكذا العقود المرتبطة بالمحلات التجارية بيعا وإيجارا ورهنا، ونوع ثالث يتضمن عقود الأحوال الشخصية، ونظرا لأهميتها فإنها تتخذ شكل محررات احتفائية (Actes solennels) كعقد الزواج وعقد الهبة والوصية وعقد الوقف (الحبس) وعقد الكفالة.

فالمحررات التوثيقية عدة أنواع منها ما هو متعلق بإبرام العقود وهو الغالب في دواوين التوثيق ومنها ما هو مرتبط بأداء خدمات، وعليه تناول الأنواع المعتمدة لدى الموثقين في إطار الممارسة الميدانية في المكاتب العمومية للتوثيق، ونضيف إليها محررات توثيقية أخرى تم استحداثها مؤخرا سواء كانت مستجدة كعقود الصيرفة الإسلامية أو جاءت في ثوب جديد كعقود الترقية العقارية.

## المبحث الأول: العقود التقليدية

لقد أملت ضرورات كثيرة انفصال القانون التجاري عن القانون المدني، هذا الأخير باعتباره الشريعة العامة لجميع القوانين ولعل أهم الأسباب تتمثل في عاملي السرعة في تطور الأحكام والإيمان في المعاملات، فبقيت العقود التقليدية ضمن أحكام القانون المدني وأدرج كل ما له علاقة بالتجارة ضمن أحكام القانون التجاري، وأما بالنسبة للأحكام الخاصة بالأحوال الشخصية فقد نظمها قانون الأسرة، وما يهمننا في هذا المقام هو ترتيب العقود وفق التقسيم التقليدي، فندرس في المطلب الأول العقود الدنية ثم نتطرق في المطلب الثاني للعقود التجارية لنخلص في المطلب الثالث إلى العقود المتعلقة بالنظام الأسري.

## المطلب الأول: العقود المدنية

بتفحص أحكام القانون المدني نجد أنه أورد عقودا مسماة نبحت في أحكامها لا سيما تلك المتداولة داخل مكاتب التوثيق، للإشارة فإن بعض العقود لا يتطلب إبرامها أن تصب في قالب رسمي كعقد المقاولة حيث كرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: " لا

يشترط القانون إفراغ عقد المعاولة في شكل رسمي معين". يخضع عقد المعاولة إلى القواعد العامة للإثبات<sup>1</sup>.

### الفرع الأول: عقد البيع

يتعين على كل من أراد الكسب أن يكون ملما بأحكامه من حيث الصحة والفساد حتى لا يقع في المحذور، ويقصد بالبيع شرعا مبادلة ما بمال على سبيل التراضي أو هو نقل ملك بعوض على الوجه المأذون فيه<sup>2</sup>، وأما عن تعريف عقد البيع قانونا فقد نصت عليه المادة 351 من القانون المدني كما يلي: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ملايل آخر في مقابل ثمن نقدي". وهو نفس التعريف المعتمد في التشريع المصري بمقتضى المادة 418 من القانون المدني، كما عرفه المشرع الفرنسي بموجب المادة 1582 من القانون المدني بأنه اتفاق بين شخصين يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين نقل ملكية شيء للآخر في مقابل التزام هذا الأخير بدفع الثمن<sup>3</sup> وأضافت هذه المادة بأنه قد يكون محرر التعاقد رسميا أو عرفيا.

استنادا إلى التعاريف سالفة الذكر يستنبط أن للبيع جملة من الخصائص أهمها أنه ناقل للملكية أو منشئ للإلتزام بنقلها وأن المقابل في هذا العقد يكون نقدا باعتباره عقد معاوضة وهي الخاصية التي تميز عقد البيع عن عقد الهبة لأن هذا الأخير يتم دون عوض وكذا تفرقه عن عقد المبادلة (المقايضة) ذلك أن هذا الأخير يكون فيها المقابل غير نقدي<sup>4</sup>، كما أنه لا يمكن ممارسة حق الشفعة في عقود المقايضة وهو مبدأ مكرس قضاء<sup>5</sup>.

كما أن عقد البيع ينعقد بتوافر جملة من الأركان وفي طليعتها ركن التراضي وكذا ركني المحل والسبب نبيين أحكامها بإيجاز على النحو التالي:

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2013/09/19، ملف رقم 0894157، م.ق، ع 2، 2013، ص 159.

<sup>2</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج 3، ص 125-126.

<sup>3</sup> Article 1582 du code civil français: *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer. Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé.*

<sup>4</sup> سبي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، الجزائر 2008، ص 16 وما بعدها.

<sup>5</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2003/01/29، ملف رقم 266295، م.ق، ع 2، 2003، ص 119.

## أولاً: ركن التراضي

الذي يعتبر ارتباطاً إيجاباً بقبول على وجه مشروع يرتب أثره في محله، وهو العنصر الذي يبتعین على الموثق أن يتحقق من توافره في طرفي أو أطراف العقد حيث يتم الاتفاق على المسائل الجوهرية بشأنه وكذا الاتفاق على الثمن<sup>1</sup> واجب الأداء كقابل للشيء المبيع مع ضرورة إتجاه إرادة المتعاقدين إلى إبرام نفس العقد من حيث الطبيعة، ويجب دفع الثمن دون اشتراط ذلك لدى الموثق حتى يصبح عقد البيع صحيحاً<sup>2</sup>، مع الإشارة إلى أن بيع حصة في شركة يستوجب إجراء وكالة خاصة ذلك أنه لا يندرج ضمن أعمال الإدارة<sup>3</sup>، كما أن دفع المشتري للثمن واعتراف البائع بالبيع لا يشكل سندا للملكية<sup>4</sup>.

كما يجب تعيين نوع البيع سواء كان بيع عربون فيخضع لأحكام المادة 71 من القانون المدني أبيع بالعينة فتحكمه المادة 353 نفس القانون البيع بشرط التجربة فنرجع إلى مقتضيات المادة 2/355 من ق.م أو البيع بالمذاق الذي ورد ضمن أحكام المادة 354 ذات القانون.

على أن تتوافر أيضاً شروط صحة العقد بأن تكون أهلية المتعاقدين خالية من كل عارض قد يشوبها كالجنون أو السفه، وأن يكون التراضي سليماً من العيوب التي قد تلحق الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، كما يتعين علم المشتري بالمبيع علماً كافياً نافياً للجهالة<sup>5</sup>.

وتكمن سلطات الولي وفقاً للمادة 88 من قانون الأسرة في جملة من الأعمال يتعين عليه أن يطلب إذن القاضي بشأنها وذكر بينها بيع العقار بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، وقد عدد المشرع

<sup>1</sup> فلا يجوز للبائع أن يبرئ المشتري من الثمن وإلا تغيرت كيفية العقد لانتهاء المقابل فيصبح حينئذ عقد هبة سافر (مكشوف). محمود أحمد عبيد، قانون التوثيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2011، ص 369.

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2005/04/27، ملف رقم 293970، م.ق، ع 2، 2005، ص 179.

<sup>3</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2005/07/06، ملف رقم 339156، م.ق، ع 2، 2005، ص 283.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2007/01/17، ملف رقم 391302، م.ق، ع 2، 2007، ص 417.

<sup>5</sup> سبي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، نفس المرجع، ص 30 وما يليها.

العربي هذه التصرفات ضمن المادة 91 من القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين<sup>1</sup> على سبيل المثال وفقا للعبارة المستعملة في النص "أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني"، ونشيد بالتصرف الذي أدرجه المشرع العربي ضمن النص يتعلق الأمر بشراء العقار وهو بخلاف البيع، ويقصد بتعامل الشراء أنه إدخال ذات في الملك بعوض أو هو تملك المال بالمال، ويجوز لغة أن نطلق كلا من البيع والشراء على معنى الآخر<sup>2</sup>.

وقد قسم الفقه العقود إلى أربعة أقسام، يتضمن الأول عقود الاغتناء وهي جملة الأعمال النافعة نفعا محضا، وأما النوع الثاني والثالث فيضم عقود الإدارة وعقود التصرف وتعتبر من الأعمال المترددة بين النفع والضرر، ويختص النوع الرابع بعقود التبرع التي تكون الأعمال فيها ضارة بالشخص ضررا محضا، وغني عن البيان أن كامل الأهلية يسوغ له مباشرتها جميعا، بيد أن من أصاب أهليته عارض أنقص منها فإنه لا يمكنه مباشرة عقود التصرف بل لا يجوز له إبرامها<sup>3</sup>، وأما بالنسبة لفاقد الأهلية فإنه غير مؤهل لمباشرة هذا النوع من العقود<sup>4</sup>، ومن ثم فإن إدارة النائب القانوني لأموال القاصر أو التصرف فيها تأخذ ثلاثة أضرب:

### 1- إزاء التصرفات النافعة له نفعا محضا

تأخذ هذه التصرفات حكم الصحة كأن يقبل لوصي بعض التبرعات غير المتعلقة على شرط أو المثقلة بالتزامات لصالح القاصر، وإذا كانت موقوفة على شرط أو منشئة لالتزامات في عاتق القاصر

<sup>1</sup> تنفيذ المادة 91 من القانون العربي النموذجي الموحد لرعاية القاصرين بأنه لايسوغ للأوصياء أو القامة إبرام التصرفات من أموال القصر إلا بعد استصدار إذن من المحكمة أو الجهة المختصة لا سيما التصرف في العقار بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الرهن أو أي نوع آخر من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني...".

<sup>2</sup> عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج2، ص 147، ويضيف رحمه الله أنه يطلق على فعل البائع بيع وشراء ذلك أنه من الأضداد ومنه قوله تعالى "وَمِنَ النَّاسِ مَن يَشْرِي نَفْسَهُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاةِ اللَّهِ" الآية 207 من سورة البقرة، ويشري بمعنى يبيع. انظر عبد الرحمن بن ناصر السعدي، مرجع سابق، ص 78.

<sup>3</sup> المقصود هنا أهلية الأداء وهي صلاحية الانسان لأداء ما وجب عليه والاعتداد بتصرفاته بحيث تترتب عليها آثارها الشرعية بخلاف أهلية الوجوب التي يقصد بها الصلاحية لثبوت الحقوق المشروعة للشخص. انظر محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 1998، ص 77 وما يليها.

<sup>4</sup> كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 6-7.

وجب استئذان القاضي بشأنها طبقا لنص المادة 3 من قانون الولاية المصريح العلم أنه لا يدخل في الولاية ما يؤول للقاصر من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك، ولا يوجد مقابلهذا النص في التشريع الجزائري.

## 2- بالنسبة للتصرفات الضارة ب القاصر ضررا محضا

يكون حكم التصرفات التي ينشئها الولي لمصلحة القاصر ولا تعود عليه بالنفع البطلان المطلق، فإذا باع عقارا مثلا وترتب عنه غبن فاحش فإن هذا فيه إضرار بمصلحة القاصر ومن ثم لا يمكن القيام بهذا التصرف في جميع الأحوال وإلا ترتب عن ذلك بطلان التصرف بطلانا مطلقا، وتقضي به الجهة القضائية من تلقاء نفسها كونه من النظام العام، وعليه لا يسوغ للنائب القانوني بأي حال من الأحوال أن يقوم بعمل من أعمال التبرع من مال القاصر<sup>1</sup> والعلة في ذلك أن التبرع بمال القاصر يؤدي إلى انتقاص أو افتقار في ذمته المالية<sup>2</sup>، وهذا بخلاف المشرع المصري حيث تقضي المادة 5 من قانون الولاية على المال بأنه لا يجوز للولي أن يتبرع بمال القاصر إلا في حالة أداء واجب إنساني أو عائلي ويتم ذلك أيضا باستصدار إذن من المحكمة.

## 3- بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر

يتوجب على النائب القانوني للقاصر أن يستأذن القاضي في جملة من التصرفات نصت عليها المادة 88 من قانون الأسرة وكذا المادة 95 من ذات القانون التي اعتمدت أسلوب الإحالة، من بين هذه التصرفات بيع العقار وكذا بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة، كما أنه لا يجوز للنائب عن القاصر وفقا للمادة 410 من القانون المدني سواء بموجب اتفاق أو بمقتضى نص قانوني أو بناء على أمر صادر عن السلطة المختصة أن يقوم بشراء ما كلف بيعه بموجب النيابة سواء باسمه مباشرة أو باسم مستعار ولو تم ذلك بطريق المزاد العلني إلا إذا أذنت السلطة القضائية مع الأخذ في الحسبان وجود أحكام خاصة تضمنتها نصوص قانونية أخرى.

<sup>1</sup> علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 235.

<sup>2</sup> كما حظر المشرع الفرنسي على سبيل الإحتياط على القاصر فتح حساب مصرفي. انظر فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز (DALLOZ)، بيروت، لبنان، 2012، ص 524.



يتضح مما سبق أن سلطة الولي تنحصر إزاء التصرفات التي يجرها لفائدة القاصر وإذا حصل وأن ظهر تعارض بين مصلحتي الولي والقاصر فيتوجب على القاضي أن يعين متصرفا خاصا بصورة تلقائية أو بطلب ممن له مصلحة، وهذا ما قضت به المادة 90 من قانون الأسرة<sup>1</sup>.

### ثانيا: ركن المحل

مادام أن عقد البيع ملزم لجانبين فإن الالتزامات تكون متقابلة حيث يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن، وعليه يتضح أن محل العقد يتصف بالازدواجية، فبالنسبة للشيء المبيع (la chose vendue) يتعين أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، كما يجب أن يكون معينا أو قابلا للتعين، وأن يكون المبيع أيضا من الأشياء التي يجوز التعامل فيها سواء من حيث طبيعتها أو بحكم القانون، وغني عن البيان أن يكون الشيء المبيع داخلا في ملكية البائع وقت إبرام العقد بالنسبة للقيميات وأما بالنسبة للأشياء المثلية فيتعين فرزها وإلا جاز للمشتري طلب إبطال العقد باعتباره بيع لملك الغير.

وأما بخصوص محل عقد البيع الثاني المتعلق بالثمن (le prix) فلا بد مأن يكون مبلغا من النقود حتى يتميز عن العقود المشابهة كعقد المقايضة، وأن يكون معينا أو قابلا للتعين حيث يتم تقديره أو

<sup>1</sup> وقد كرست المحكمة العليا هذا المبدأ في قرار لها بتاريخ 1997/12/23، ملف رقم 187692، جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه تكون الأسباب أساس الحكم". ومن المقرر أيضا أنه "إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على طلب من له مصلحة".

ولما ثبت - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع لما خفضوا التعويض الذي طالبت به الضحية (الأم) لجبر الضرر الذي أصابها من جراء قتل ابنتها دون أن يبينوا عناصر التعويض بصفة قانونية ولم يميزوا بين التعويض المعنوي والمادي يكونون قد خالفوا القانون.

كما أنه يتعين على المحكمة إرجاء الفصل في الدعوى المدنية وصرف الطاعنة أمام المحكمة لاستصدار أمر بتعيين متصرف لصالح الضحيتين القاصرتين باعتبار أن مصالحهما متناقضة مع مصالح الولي الشرعي المتهم بقتل ابنته (غ.و.ل) ومحاوله قتل ابنته (ه.و.أ) والمحكوم عليه بالسجن المؤبد وبإسقاط السلطة الأبوية عنه وتحويلها إلى الأم يكونوا بذلك قد عرضوا قرارهم للنقض). م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 159493 بتاريخ 1998/03/24، غير منشور ومقتبس من كتاب قانون الأسرة للأستاذ بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 442-443.

تحديده صراحة أو ضمنا من قبل المتعاقدين إلا في حالة البيوع الجبرية، كما يشترط أن يكون الثمن حقيقيا بمعنى أن يحصل الاتفاق على ثمن جديولا يعتبر كذلك إذا كان الثمن صوريا أو تافها أو بخسا<sup>1</sup>، نشير في الأخير إلى أنه يمكن للمشتري استعمال حق الشفعة<sup>2</sup> باعتبارها رخصة تجيز لمالك الرقبة والمالك في الشبوع وكذا صاحب حق الانتفاع الحلول محل المشتري في بيع العقار وفقا لشروط محددة قانونا لا سيما التصريح بها بموجب عقد رسمي وكذا بالإعلان عنها يتم بطريق كتابة الضبط مع مراعاة الآجال المبينة ضمن المادة 801 و 802 وكذا 807 من القانون المدني الجزائري، وهو الحكم الذي كرسه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "من الثابت قانونا (( أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي و الإعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط (...)). كما أنه (( يجب أن ترفع الدعوى في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني))".

ولما تبين من القرار المطعون فيه أنه تم رفض دعوى الطاعنة الرامية إلى ممارسة حقها في الشفعة على أساس ورودها خارج مهلة ثلاثين يوما إعتبارا من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة، فإنهم خالفوا القانون لما أسسوا قرارهم تاريخ التصريح بالرغبة في حين أن المادة 802 من القانون المدني تفرض وجوب رفع الدعوى ابتداء من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 من القانون المدني. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> فالثمن الصوري (fictif) هو ما تم التعاقد عليه بخلاف قصد المتعاقدين كأن تكون هبة مستترة في صورة بيع، وأما الثمن البخس (vil) فهو ما لا يعبر حقيقة عن قيمة المبيع غير أنه لا ينزل إلى درجة الثمن التافه (Dératoire)، هذا الأخير الذي تبلغ قيمة ضالته حد الاعتقاد بعدم الحصول عليه وإن كان قد تم قبضه فعلا. للتفصيل أكثر انظر زاوية سي يوسف، مرجع سابق، ص 88-89.

<sup>2</sup> الشفعة في الشريعة الإسلامية هي حكم شرعي يتعلق بالشريك والجار في تقديمهما عند بيع الشريك حصته فتكون الأولوية للشريك الثاني عند البيع، أما فيما يتعلق بالجار في أحكام الشفعة من الناحية القانونية فنجد في الملاك المجاورين في المستثمرات الفلاحية من خلال المادتين 55 و 57 من القانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، يبرتي للنشر، الطبعة الخامسة، 2011-2012. انظر مراد شكري، المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية وشرحها، دار الإمام مالك، البلدة، الجزائر - دار الحسن، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 1998، ص 190.

<sup>3</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 16/06/1999، ملف رقم 186433، م.ق، ع 2، 1999، ص 111.

وبالإضافة إلى رخصة الشفعة المخولة قانونا للحلول محل المشتري في بيع العقار فقط هناك أيضا وسيلة أخرى يمكن أن تطبق على العقار أو المنقول ألا وهي حق الاسترداد الذي تنطرق له في موضعه.

### ثالثا: ركن السبب

تنص المادة 97 من القانون المدني على أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان باطلا، وقد ايد القضاء المبدأ الوارد في هذه المادة في قرار صادر سنة 1987 جاء فيه ما يلي: "من المقرر قانونا أنه إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان باطلا. ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون. لما كان من الثابت في قضية الحال أن عقد إيجار المنزل المتنازع عليه معد لاستغلاله في الدعارة، فإن قضاء المجلس بمناقشتهم لهذا العقد واعتماده كوثيقة رتب عليها التزامات بالرغم من بطلانه بطلانا مطلقا، خالفوا القانون. ومتى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".<sup>1</sup>

يقوم السبب على تصورين حيث يتعلق الأول بالسبب القصدي ومضمون التصور الثاني هو نظرية الدافع أو الباعث، فالسبب القصدي وفقا لأصحاب النظرية الموضوعية هو الغاية أو الغرض المباشر بالنسبة للمتعاقدين وقت تنفيذ التزامهما، ومن ثم يكون سبب التعاقد الأول في عقد البيع هو محل التعاقد الثاني والعكس صحيح وهو أمر داخلي كما أنه مسألة موضوعية لا تتأثر بنوايا المتعاقدين، وأما الانتقادات الموجهة للنظرية التقليدية برزت نظرية حديثة مفادها أن العبرة بسبب العقد لا بسبب الالتزام أي ما يسمى فقها بالباعث أو الدافع ويقصد بهذا المبررات التي كانت وراء عزم المتعاقدين لإبرام العقد، وهي مسألة ذات طابع شخصي تتغير من عقد إلى آخر ومن ثم فالباعث خارج عن مضمون التعاقد كونه يرتبط بالنوايا.

وأمام هذين الموقفين أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة المتعلقة بمشروعية السبب كأصل عام من خلال المادتين 97 و98 من القانون المدني ذلك أنها تتعلق بالنظام العام، كما أخذ المشرع على

<sup>1</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 12/04/1987، ملف رقم 43098، م.ق، ع4، 1990.

وجه الاستثناء بالتصرف المجرد متجاهلا السبب في بعض الحالات كمسألة الأوراق التجارية حيث أنه لا يمكن الاحتجاج بالدفع لأغراض شخصية والغاية في ذلك هي الحفاظ على استقرار المعاملات. كما يقع على عاتق الموثق وفقا للمادة 2/12 من قانون تنظيم مهنة الموثق التزام نفصل في أحكامه لاحقا وذلك بأن يبصر الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم، ومن ثم تعين معرفة الالتزامات التي يجب مراعاتها من قبل البائع والمشتري، فالبائع ملزم بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، كما يلتزم أيضا بتسليم الشيء المبيع وهذا يستتبع حتما المحافظة عليه إلى غاية تنفيذ هذا النقل ملكية المبيع إلى المشتري، كما يلتزم أيضا بتسليم الشيء المبيع وهذا يستتبع حتما المحافظة عليه إلى غاية تنفيذ هذا الإجراء، ويقع أيضا على البائع ضمان عدم التعرض وكذا ضمان العيوب الخفية، كما يلتزم البائع في بعض العقود تبصير المشتري بجميع البيانات المرتبطة بالمبيع لحماية المستهلك عن طريق إدراج بيانات حول المنتج المراد بيعه وإلا ترتبت مسؤوليته التقصيرية (تخلف عنصر الإشهار) أو المسؤولية العقدية (تخلف الإعلام التعاقدية)<sup>1</sup>.

وبالمقابل يتعين على المشتري مراعاة جملة من الالتزامات لا سيما الالتزام دفع الثمن المتفق عليه في العقد وإلا كان للبائع حق التنفيذ الجبري وحق الامتياز، كما يجوز له حبس الشيء المبيع وفي حال عدم دفع الثمن يمكن للبائع طلب فسخ العقد، كما يلتزم المشتري بمصروفات البيع وأداء تكاليف المبيع، ويجب عليه أيضا أن يراعي الالتزام بتسليم الشيء المبيع وتبجلى هذه الصورة خاصة إذا كان المكان المتفق عليه في العقد هو موطن البائع وإذا تخلف المشتري عن ذلك از للبائع إعداره وجبره على التسليم أو طلب الفسخ مع التعويض<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: عقد الوعد بالبيع

تنص المادة 72 من القانون المدني: "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

<sup>1</sup> يجب التفرقة بين الاشهار والاعلام، فالأول هو وسيلة تمكن من الترويج للمنتجات حتى يأخذ لمحة عنها وأما الإعلام فهو إخبار الغير ببنود التعاقد ومميزات المنتج. للتفصيل أكثر انظر زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 264 وما بعدها.

<sup>2</sup> زاهية سي يوسف، المرجع نفسه ص 271 وما يليها.

ففي قرار صادر عن المحكمة العليا مضمونه ما يأتي: "لا يعتبر تحديد الثمن من المسائل الجوهرية التي يجب تعيينها عند إبرام عقد الوعد بالبيع"<sup>1</sup>. وفي قرار آخر أصدرته المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "الوعد بالبيع عبارة عن اتفاق على إبرام عقد في المستقبل. لا يجوز استلام الثمن المطالب به إلا بعد إبرام العقد النهائي"<sup>2</sup>. يستفاد من القرار سالف الذكر أن دفع الثمن من أركان العقد الأساسية ويرتب تخلفه البطلان المطلق وفقا لأحكام المادتين 71 و351 من ق.م، وبخلاف هذا المبدأ، فإن القضاء قد استقر حديثا على أن تحديد الثمن في عقد الوعد بالبيع لا يعتبر من المسائل الجوهرية واجبة التعيين عند إبرامه<sup>3</sup>. ذلك أن الوعد بالبيع هو عبارة عن اتفاق يتوج بإبرام عقد في المستقبل، وعليه لا يجوز استلام الثمن المطالب به إلا بعد إبرام العقد النهائي<sup>4</sup>. كما أنه من حق المستفيد في عقد البيع بالإيجار أن يبرم عقد الوعد بالبيع إذا توفرت الشروط الواردة ضمن المادة 71 من القانون المدني<sup>5</sup>.

كما ورد في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1994، مضمونه ما يأتي: "من المقرر قانونا أنه يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا اكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع. ولما كان من الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما حكموا بإبطال العقد المتضمن الوعد بالبيع وجميع الإجراءات التي تمت أمام الموثق بين الطاعن ومورث المطعون ضدهم يعدون بقضائهم كما فعلوا قد خرقوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض والإبطال"<sup>6</sup>.

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا تضمن ما يلي: "لا يقتصر الوعد بالبيع على البيع فقط بل يشمل كذلك البيع بالإيجار. يحق للمستفيد في عقد البيع بالإيجار إبرام عقد الوعد بالبيع متى توفرت شروط المادة 71 من القانون المدني"<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2016/03/17، ملف رقم 0971384، م.ق، ع1، 2016، ص 109.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2016/05/12، ملف رقم 0980992، م.ق، ع1، 2016، ص 113.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0971384، بتاريخ 2016/03/17، م.ق، ع1، 2016، ص 109.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0980992، بتاريخ 2016/05/12، م.ق، ع1، 2016، ص 113.

<sup>5</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 1002024، بتاريخ 2016/09/21، م.ق، ع2، 2016، ص 188.

<sup>6</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 1994/04/06، ملف رقم 108763، م.ق، ع1، 1998، ص 103.

<sup>7</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2016/09/21، ملف رقم 1002024، م.ق، ع2، 2016، ص 188.

### الفرع الثالث: عقود الإيجار

عرفت المادة 467 من القانون المدني عقد الإيجار بأنه عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم. وقد أجاز المشرع أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم أي عمل آخر. وفي المجال المدني تميز بين إيجار السكّات وكذا إيجار الأراضي الفلاحية وتتطرق لهما تباعا.

### أولا: إيجار السكّات

بالنسبة للإيجارات المدنية نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أجرى تعديلا بموجب القانون 05-2007 المؤرخ في 13 ماي 2007 تضمنت أحكامه المستجدة تغليبا لمصلحة المؤجر على حساب المستأجر، ويتضح هذا من خلال استعراض أحكام الإيجار في ظل التعديل الأخير لا حقا. تتمثل أركان عقد الإيجار في التراضي والمحل والسبب والشكلية. فركن التراضي وذلك بأن يتفق طرفا العقد على المسائل الأساسية والمسائل الثانوية ومن ثم التعبير عن إرادتهما إيجابا وقبولا لإبرام هذا العقد مع مراعاة أهلية الطرفين، فالأصل أن أهلية المؤجر كاملة (19 سنة) بيد أنه يجوز القاصر أن يقوم بها إذا كانت مدة الإيجار لا تفوق ثلاث سنوات وإذا تم إبرام العقد أزيد من ذلك فإم هذه المدة تخفض إلى ثلاث سنوات.

وأما بالنسبة للمستأجر فهو الطرف الجدير بالحماية فيجب أن تكون أهليته كاملة وإذا أبرم هذا العقد وكانت أهليته ناقصة فإن العقد يكون قابلا للإبطال لمصلحته إلا إذا أجازته الولي أو الوصي أو المقدم أو الكافل، ويذهب رأي آخر للنظر في الأجرة المدفوعة بحيث إذا كانت مقطوعة من رأس مال المستأجر كان استتجاره من أعمال التصرف ويعتبر تبعا لهذا قابلا للإبطال لمصلحته، وأما إذا كانت الأجرة مقتطعة من الثمار التي يتحصل عليها من من العين المؤجرة فإن استتجاره من قبيل أعمال الإدارة ويكون صحيحا إذا أبرم لمدة لا تتعدى ثلاث سنوات<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010، ص 45 وما بعدها.

غني عن البيان أن المشرع لم يهمل جانب المعاملات التي يكون القاصر طرفا فيها فقرر بمقتضى المادة 88 من قانون الأسرة إيجار استصدار الولي من القاضي المختص إذنا في حال إيجار عقاره لمدة تفوق ثلاث سنوات أو تمتد لأزيد من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

وأما بالنسبة لمحل الإيجار فيتمثل في العين المؤجرة وبدل الإيجار، واشترط المشرع في العين المؤجرة أن تكون موجودة وقت التعاقد أو قابلة للوجود وأن تكون معينة أو قابلة للتعين وأن تكون في ملكية المؤجر وأن تكون مشروعة، ويلتزم المؤجر بتليم العين المؤجرة في حالة تصلح للاستعمال المعد لها حسب اتفاق الطرفين، والأصل أن يتم معاينة الأماكن بموجب محضر، وفي حال عدم ذلك يفترض في المستأجر أنه استلمها في حالة حسنة إلا إذا ثبت خلاف ذلك. وبخصوص بدل الإيجار فالأصل فيه أن يتم تحديده من قبل الطرفين سواء نقدا أو بتقديم أي عمل آخر ويجب أيضا أن يكون بدل الإيجار حقيقيا يتناسب مع قيمة المنفعة لا أن يكون تافها أو صوريا أو بخسا.

ويعتبر السبب ركن في عقد الإيجار وهو الغاية التي من أجلها التزم المتعاقدان إذ الهدف من تأجير العين المؤجرة هو حصول المؤجر على مقابل الإيجار وغاية المستأجر استغلال العين المؤجرة ذ، ويتعين وفقا للمادة 97 من القانون المدني أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة وإلا كان عقد الإيجار باطلا.

وإضافة إلى الأركان العادية التي تتوافر في جميع العقود من رضا ومحل وسبب فرض المشرع أن يتم عقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا طبقا لنص المادة 467 مكرر من القانون المدني المدرجة بموجب القانون رقم 05-20074 المؤرخ في 13 ماي 2007

ويجب أن يبين الموثق لطرفي عقد الإيجار جملة الالتزامات التي تقع عاتقهما، حيث يلتزم المؤجر بتسليم العين المؤجرة في حالة تصلح للاستعمال تبعا لاتفاق الطرفين سواء كان تسليما فعليا أو حكما، كما يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة وذلك بالقيام بالترميمات الضرورية، ويلتزم أيضا بضمان التعرض سواء كان من شخصه أو بفعل الغير وأن يضمن العيوب الخفية ويكون في كل هذا مسؤولا عن كل ما تعهد به قبل المستأجر. وبالمقابل يلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار وأن يلتزم باستعمال العين المؤجرة فيما أعدت له وبعدم إحداث تغييرات في العين المؤجرة، كما يلتزم أيضا برد العين المؤجرة عند انتهاء مدة الإيجار.

جدير بالذكر أن عقد الإيجار التوثيقي المحرر من غير المالك لا يعد عقد إيجار قانوني، ولا يحتج به تبعا لهذا على مالك الأمكنة المؤجرة<sup>1</sup>. وأفصح القضاء عن مبدأ مهم مفاده ما يلي: "يبقى عقد إيجار المحل التجاري قبل إجراء قسمة الملكية الشائعة نافذا في مواجهة من انتقلت ملكية المحل إليه ولا ينتهي أثره إلا باتباع الإجراءات المقررة قانونا في المادة 173 من القانون التجاري"<sup>2</sup>. على أنه لا يجوز نقل ملكية السككات التابعة لديوان الترقية والتسيير العقاري بين الأحياء أو رهنها أو كرائها كليا أو جزئيا إلا بعد أن يتم دفع سعر التنازل كاملا<sup>3</sup>.

### ثانيا: عقود الإيجار الفلاحي

لقد أولت الجزائر عناية خاصة بالعقار الفلاحي بهدف تحقيق الأمن الغذائي، وقد عرفت المادة من قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم<sup>4</sup> الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية بأنها كل أرض تنتج بتدخل الانسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله.

وقد أوجبت المادة 324 مكرر<sup>5</sup> من القانون المدني المعدل والمتمم إبرام عقد الإيجار الزراعي في الشكل الرسمي، بيد أننا نصطدم بمضمون المادة 53 من قانون التوجيه العقاري التي أجازت أن يبرم عقد الإيجار في شكل عرفي، بينما قررت المادة 55 من نفس القانون أن تنجز المعاملات العقارية التي ترد على الأراضي الفلاحية في الشكل الرسمي كما يتعين ألا تلحق هذه المعاملات ضرراً بقابلية الأراضي للاستثمار، وفي الحقيقة لا يشكل هذا تعارضاً بين هذه النصوص فنص المادة 55 من قانون التوجيه

<sup>1</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 2009/03/04، ملف رقم 488542، م.ق، ع 1، 2009، ص 190.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 1107426، بتاريخ 2016/06/16، م.ق، ع 1، 2016، ص 164.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 1006228، بتاريخ 2016/11/10، م.ق، ع 2، 2016، ص 119.

<sup>4</sup> القانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري، ج.ر، ع 14، بتاريخ 9 رمضان 1413 هـ المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 1995/09/25، ج.ر، ع 55، بتاريخ 2 جمادى الأولى عام 1416 هـ.

<sup>5</sup> تنص المادة 324 مكررا المدرجة ضمن أحكام القانون المدني بمقتضى القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي 1988 والتي تقضي بما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب، تحت طائلة البطلان تحريم العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".



العقاري يتعلق بالمعاملات الناقلة للملكية وهو ما يظهر من النسخة الفرنسية لهذا النص " les mutations foncières " ويتوافق مع مقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، ولعل الغاية التي يبتغيها المشرع من جواز تحرير عقود الإيجار الفلاحي في شكل عرفي هو التحفيز على الاستثمار بعدم تعقيد الإجراءات وهو النصوص عليه ضمن المادة 53 من قانون التوجيه العقاري "من أجل أن تنص على كل الأشكال القانونية التي تحث على استثمار الأراضي...".

وقد كرس القضاء ما مورد ضمن المادة 53 من قانون التوجيه العقاري حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا ما يلي: "يمكن إفراغ عقد الإيجار الزراعي في عقد عرفي"<sup>1</sup>. القرار الصادر سنة 2002 الذي جاء فيه ما يلي: "يجوز تحرير عقود الإيجار الفلاحية في شكل عقد عرفي"<sup>2</sup>. وكذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2003 الذي ورد فيه ما يلي: "يمكن إفراغ عقد الإيجار الزراعي في عقد عرفي (م 53 من القانون 90-25)<sup>3</sup>. ويستثنى مما سبق الإيجارات المبرمة لمدة 12 سنة التي يتعين شهرها طبقا للمادة 17 من الأمر 74-75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري لأن النص جاء عاما بالنسبة للإيجارات ولم يتم تحديد نوعها.

تجدر الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي الصادر عام 1997<sup>4</sup> أوجب من خلال المادة الثانية منه أن تتم كل عملية تجزئة أرض فلاحية في حدود مساحة المستثمرة الفلاحية المرجعية كما هو محدد ضمن المادة الثالثة من نفس المرسوم التي تتضمن معايير لذلك كون الأرض مسقية أو غير مسقية واحترام الصيغ وبيان نظام المزروعات ومن ثم تحديد المساحة المرجعية، وطبقا للمادة 6 من نفس المرسوم يجب احترام الحد الأدنى وهو ثلاثة أعضاء لكل مستثمرة عند تجزئة الأراضي الفلاحية التي أنشئت عليها المستثمرات الفلاحية الجماعية التابعة للأملك الوطنية إعمالا لأحكام القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987.

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2004/07/25، ملف رقم 258049، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 389.  
<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2002/07/17، ملف رقم 233101، م.ق، ع 2، 2004، ص 305. م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2011/02/10، ملف رقم 565494، م.ع، ع 1، 2011، ص 157.  
<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 200/02/25، ملف رقم 258049، م.ق، ع 1، 20 04، ص 224.  
<sup>4</sup> المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 1997/12/20 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج.ر، ع 84، بتاريخ 21 شعبان 1418 هـ..

واعتبر القضاء أنه لا يعد العمل بين أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية مساسا بالطابع الجماعي القانوني لاستغلال ثروات المستثمرة<sup>1</sup>، وأن أعضاء المستثمرة الفلاحية الجماعية المستفيدون من مجرد حق الانتفاع الدائم لا يتمتعون بصفة التقاضي إذا كانت المنازعة متعلقة بملكية الدولة لأرض المستثمرة<sup>2</sup>، كما أن المستثمرة الفلاحية الجماعية الحائزة تستفيد من ثمار الحيازة<sup>3</sup>، وأنه لا يتم إسقاط عضوية عضو في مستثمرة فلاحية جماعية إلا بحكم قضائي<sup>4</sup>، كما يعد عقد الإيجار المنصب على أراضي المستثمرات الفلاحية باطلا بطلا مطلقا<sup>5</sup>.

### الفرع الرابع: عقد القسمة

سبق أن عرفنا بأن المال الشائع ينقضي بعدة طرق كبيعه لأجنبي<sup>6</sup> أو شرائه من قبل أحد الشركاء والغالب أن يتم قسمته مهما طال الزمن، وتعرف القسمة (le partage) بأنها عملية تضع حدا لوضعية المال المملوك على الشيوع وذلك بأيلولته إلى حصص محددة لكل واحد من الشركاء المالكين على الشيوع<sup>7</sup>. تقضي في هذا القبيل المادة 723 من القانون المدني على ما يأتي: "يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم، أن يقسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها. وإذا كان بين الشركاء قاصر فإن القسمة تتم وفقا لإجراءات خاصة وهو مضمون نفس المادة التي قررت بأنه إذا كان بينهم من هو ناقص الأهلية

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2010/02/11، ملف رقم 574072، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 395.  
<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2007/05/09، ملف رقم 399822، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 399.  
<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2009/10/15، ملف رقم 546751، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 404.  
<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2017/04/11، ملف رقم 399559، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 418.  
<sup>5</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2010/01/14، ملف رقم 573105، م.ق، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010، ص 414.  
<sup>6</sup> نصت على هذا الحكم المادة 714 من القانون المدني الجزائري التي قابلها نص المادة 837 من القانون المدني المصري، وبناء عليه يحق للشريك في الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة كلها أو بعضها سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا وبصرف النظر عن كون الشريك أجنبي عن الشركاء أو واحد منهم. ويعتبر التصرف نافذا في مواجهتهم دون حاجة إلى موافقتهم. انظر نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الألية في القانون المصري واللبناني -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 148.  
<sup>7</sup> ابتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البلدة، الجزائر، 1998، ص 209. -بتصرف-

وجبت مراعاة الإجراءات التي ينص عليها القانون، وهذا يحمينا إلى المواد 783 من ق.م.إ.م.إوما يليها المرتبطة بالبيع العقارية لناقصي الأهلية والتي تخضع لإجراءات البيع بالمزاد العلني<sup>1</sup>.

تأسيسا على ما سبق هناك ضرورة لتدخل الولي في مثل هذه الحالات من البيع وهذا يستدعي حتما طلب إذن من القاضي ذلك أن مال القاصر يكون في خطر، تقضي في هذا الصدد المادة 88 من ق.أ.بأنه يتوجب على الولي أن يستصدر إذنا من المحكمة في حال قسمة العقار، كما يتوجب على لقاضي وفقا لمقتضيات المادة 89 من نفس القانون أن يراعي حالي المصلحة والضرورة في الإذن وكذا أن يتم البيع بطريق المزاد العلني، وسوف نتطرق لهذه الإجراءات لاحقا في موضعها، كما يحيل نص المادة 723 من ق.م.إ.م.إ. إلى نص المادة 2/181 من ق.أ. المتعلقة بقسمة التركة المملوكة على الشيوع و بين الورثة قاصر فالحل الذي أورده المشرع هو وجوب إجراء القسمة بمعرفة القاضي المختص.

وفقا لما سلف بيانه جاء فيقرار للمحكمة العليا ما مضمونه: "من المقرر قانونا أن تقسيم عقار القاصر من بين التصرفات التي يستأذن الولي فيها القاضي، ومن المقرر أيضا أن للقاضي أن يقرر من تلقاء نفسه عدم وجود إذن برفع الدعوى متى كان ذلك لازما، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذين المبدأين يعد خطأ في تطبيق القانون. ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الطاعنة لم تستأذن المحكمة في تقسيم عقار القصر وفي رفع الدعوى، وأن قضاة المجلس بتأييدهم للحكم القاضي بصحة تلك الإجراءات خرخوا القانون. ومتى كان كذلك، استوجب نقض وإبطال القرار المطعون فيه".

وللقسمة صورتان:

### أولا: القسمة الودية (الرضائية)

وتعرف أيضا بالقسمة الاتفاقية أو بقسمة المهياة (le partage provisionnel) وقد تناولت أحكامها المادة 733 التي تنص على ما يلي: "يتفق الشركاء في قسمة المهياة أن يختص كل منهم في جزء مفرز يساوي حصته في المال الشائع متنازلا لشركائه في مقابل ذلك عن الانتفاع بباقي الأجزاء ولا يصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنوات. فإذا لم تشرط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم

<sup>1</sup> للإشارة فإن الدعوى الرامية إلى نقض القسمة الودية تسقط إذا لم ترفع خلال سنة من بلوغ القاصر سن الرشد.م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2016/06/16، ملف رقم 0993497، م.ق، ع، 1، 2016، ص 96.

يحصل اتفاق جديد، كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاث أشهر أنه لا يرغب في التجديد".

وقد أيد القضاء المبادئ التي أفصحت عنها هذه المادة في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا، من ذلك القرار الصادر سنة 1997 الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانوناً أنه في حالة عدم اتفاق الشركاء في قسمة المهياة للمك المشاع على مدة معينة، يجوز لكل واحد منهم أن يرفع دعوى يطلب فيها قسمة قضائية في أي وقت.

ولما كان ثابتاً - في قضية الحال - أن المجلس لطما قضى برفض طلب القسمة المقدم من طرف المدعي، رغم عدم اتفاق الطرفين على مدة معينة لقسمة المهياة، يعرض قراره لانعدام الأساس القانوني"<sup>1</sup>.

كذلك القرار الصادر سنة 1998 الذي مفاده ما يلي: "ومن المقرر قانوناً أنه إذا دامت قسمة المهياة للمال الشائع مدة 15 سنة انقلبت إلى قسمة نهائية ما لم يتفق الشركاء على ذلك. ولما ثبت -في قضية الحال - أن قضاة المجلس استنتجوا من تقرير الخبرة وسلطتهم التقديرية أن المدعى عليه في الطعن قد مارس حيازة طويلة منذ 1973 إلى 1990 على الحصة التي تعود إليه بموجب قسمة المهياة التي تتجول إلى قسمة نهائية بالشغل والاستغلال دون أن يقع أي احتجاج من قبل الورثة الآخرين وبذلك يكونون قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً"<sup>2</sup>.

أيضاً مضمون القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2007 الذي تضمن ما يأتي: "من المقرر أن القسمة التي لم تراعى الإجراءات المنصوص عليها لنقل ملكية العقار وشهرها تعتبر قسمة مهياة تخص الانتفاع فقط مع بقاء ملكية العقار في الشيوخ.

وحيث أنه لما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع رفضوا دعوى الطاعن الرامية إلى إجراء قسمة قضائية بحجة وجود قسمة ودية أسأوا تطبيق المادتين 732 و733 من القانون المدني".

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، م. ق، قرار بتاريخ 1997/05/28، ملف رقم 148362، م.ق، ع1، 1997، ص 173.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، م. ق، قرار بتاريخ 1998/09/30، ملف رقم 181703، م.ق، ع2، 1998، ص 37.

كما أنه لا يمكن إثبات القسمة الودية المنصبة على عقار إلا بموجب عقد رسمي<sup>1</sup>، ويجوز التراجع عنها والمطالبة بقسمة قضائية نهائية<sup>2</sup>، وهي الصورة الثانية التي سنتناولها في النقطة الموالية.

### ثانياً: القسمة القضائية

غني عن البيان أن الموثق ليس مخولاً بإيجاد الحلول للزبناء في المسائل التي تعرض عليه من أجل إعداد عقد بشأنها، فتي وجد إشكالا لا جدوى منه بالطرق التوثيقية وجب عليه أن يصرف الأطراف إلى القضاء باعتبار هذا الأخير صاحب الاختصاص في حل النزاعات، نشير إلى أنه لا يجوز للقاضي إنهاء حالة الشيوخ واللجوء إلى قسمة العقار بطريقة تؤدي إلى إحداث نقص كبير في قيمته<sup>3</sup>.

نميز بين نوعين من القسمة القضائية حيث يتعلق النوع الأول بالقسمة العينية ويختص النوع الثاني بالقسمة بطريق المزاد العلني، وأما النوع الثالث فمضمونه القسمة بطريق الصلح نبن أحكام هذه الأنواع على النحو التالي:

#### 1- القسمة العينية

نصت على إجراءاتها المادة 724 من القانون المدني التي تفيد بما يلي : "إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوخ أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة. وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبير أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته"، وكذا المادة 728 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: "إذا تعذرت القسمة عينا، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته بيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

وقد أخذ القضاء بهذا النوع من القسمة في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا كالقرار المؤرخ سنة 1989 الذي مفاده: "من المقرر قانونا أنه اذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2007/09/12، ملف رقم 414655، م.ق، ع1، 2008، ص 211. م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2008/07/16، ملف رقم 148362، م.ق، ع2، 2008، ص 261.

<sup>2</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2000/05/17، ملف رقم 224884، م.ق، ع2001، ص 129.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2015/09/10، ملف رقم 462587، م.ق، ع2، 2015، ص 139.

الخروج من الشيوخ أن يرفع دعوى على باقي الشركاء ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقاً للقانون<sup>1</sup>. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن الأرض المتنازع عليها ملكية مشاعة بين الورثة ، فإن قضاة الاستئناف الذين قضوا بطرد الطاعن تأسيساً على تقرير الخبير دون أن يتم ادخال جميع الورثة في النزاع ، يكونوا بقضائهم كما فعلوا خرقوا القانون. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه<sup>2</sup>.

كذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا عام 1992 الذي ورد فيب مضمونه ما يأتي: "من المقرر قانوناً أن يقسم المال الشائع بين الشركاء على أساس تكوين الحصص، ثم تجري القسمة بطريق الإقتراع وتختص المحكمة بتثبيتها بعد فرز نصيب كل شريك والفصل في كل النزاعات، لا سيما ما يتعلق منها بتكوين الحصص. ولما ثبت - من قضية الحال - أن قضاة الموضوع أغفلوا في قرارهم-المطعون فيه- التطرق إلى تكوين الحصص، وإجراء القسمة بين الشركاء بطريق الإقتراع، فإنهم خالفوا بذلك القانون، وعرضوا قرارهم المذكور للنقض". مع الإشارة إلى أنه لا يعد عقد الرهن عائقاً للقسمة العينية للعقار الشائع<sup>3</sup>.

## 2- القسمة بطريق المزاد العلني

المقصود هنا قسمة قيمة العقار بعد بيعه، فقد تكون العين المشاعة غير قابلة للقسمة أو من شأن قسمتها إحداث نقص كبير قيمتها فهنا أورد المشرع حلاً مفاده أن يباع المال المشاع بطريق المزاد العلني باتباع الإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 728 من القانون المدني على ما يلي: "إذا تعذرت القسمة عيناً، أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته يبيع هذا المال بالمزاد بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية، وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع".

وقد كرس القضاء هذا الحكم في عدة قرارات صادرة عن المحكمة العليا سنة 1998 جاء فيه ما مفاده: "من المقرر قانوناً أنه ((إذا تعذرت القسمة عيناً أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته، يبيع هذا المال بالمزاد العلني وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع)).

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 1992/10/28، ملف رقم 91439، م.ق، ع.1994، 3، ص 18.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، م. ق. قرار بتاريخ 1989/04/19، ملف رقم 51109، م.ق، ع.1991، 1، ص 17.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2016/07/14، ملف رقم 0990768، م.ق، ع.2016، 2، ص 167.

ومن المقرر أنه ((إذا تعذر أن يأخذ أحد الشركاء كامل نصيبه عينا، عوض بمقابل عما نقصه من نصيبه)). ولما ثبت - في قضية الحال - أن قضاة المجلس رفضوا طلب الطاعن الرامي إلى بيع العقار المشترك بالمزاد العلني بحجة أن الحكم المستأنف راعى رأي الأغلبية، مع أن رأي الأشخاص ليس من شأنه تغيير حكم القانون، لا سيما المادة 728 من القانون المدني هذا من جهة، ومن جهة أخرى منحوا اثنين من الشركاء نصيبهم نقدا كليا دون الحصول عينا على نصيب ناقص عينا فخالفوا نص المادة 2/725 من القانون المدني، مما يعرض قرارهم للنقض<sup>1</sup>.

### 3- القسمة بطريق الصلح

قد يتم المصادقة على حكم مضمونه صلح يوقعه ملاك على الشيوع حول قسمة المال إلى حصص، فلا يمكن عندئذ الطعن فيه بالاستئناف ذلك أنه تعبير عن إرادة الأطراف بإنهاء حالة الشيوع، وقد يفتقرت المادة 459 من القانون المدني الصلح بأنه عقد ينهي به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بكل منهما على وجه التبادل عن حقه، على أنه يشترط في أطراف الصلح توافر أهلية التصرف بعوض، ويتم عقد الصلح في الشكل الرسمي إذا تعلق بعقار طبقا للقرار الصادر عن المحكمة العليا عام 2003 الذي جاء فيه ما يأتي: "الصلح المنصب على عقار يخضع للرسمية"<sup>2</sup>. كما أن الحكم المتعلق بالصلح لا يمكن أن يأخذ

### الفرع الخامس: عقد المبادلة (المقايضة)

تنص المادة 415 من القانون المدني على أنه تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايس عليه، يبدو من هذا النص أن المقايضة تأخذ حكم البيع إلا أن عبارة "بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة" يجعل شرط البيع بالمزاد العلني متخلفا وهذا لا يوفر حماية للقاصر ولعل هذا هو السبب الذي جعل المشرع لا ينص على المقايضة في نص المادة 89 من قانون الأسرة، وقد ميز أيضا المشرع القطري بين البيع والشراء فأورد نصا مستقلا بشأن شراء العقار لفائدة القاصر حيث قضت المادة 42 من قانون الولاية على أموال القاصرين بأنه يمكن للقاضي أن يأذن للوصي المختار بشراء عقار للقاصر متى ثبت لديه أن شراءه يرتب

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 1998/03/25، ملف رقم 151301، م.ق، ع2، 1998، ص 28.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2004/07/21، ملف رقم 274325، م.ق، ع2، 2004، ص 287.

مصلحة للقاصر ومن ثم يصدر القاضي الإذن<sup>1</sup> بعد أن يأخذ رأي الهيئة العامة، وهنا تظهر أهمية مثل هذه الآليات في إفادة القاضي بما يجلب المصلحة للقاصر ويدراً عنه المفسدة.

### الفرع السادس: عقد الوديعة

يعتبر أن لفظ الوديعة من أسماء الأضداد ذلك أنه يستعمل في منح المال لحفظه وكذا في قبوله<sup>2</sup>، وعرف فقهاء الشريعة الإسلامية عقد الوديعة بأنه ما يترك من مال وغيره لدى من يحفظه ليرده إلى مودعه متى تطلبه<sup>3</sup>، كما عرف المشرع الجزائري عقد الوديعة ضمن أحكام المادة 590 من القانون المدني بأنه عقد يسلم بموجبه المودع شيئاً منقولاً إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه مدة وأن يرده عينا. وغني عن البيان أن قانون العقوبات قد وفر حماية جزائية للمودع حفظاً لأمواله بتقرير جريمة خيانة الأمانة على اعتبار أن عقد الوديعة من عقود الائتمان المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 376 من ق.ع التي تنص على ما يلي: "تنص المادة 1/376 من قانون العقوبات على ما يلي: كل من اختلس أو بدد أو بسوء نية أوراقاً تجارية أو نقوداً أو بضائع أو أوراقاً مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو ثبت التزاماً أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجارة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضراراً بمالكها أو واضعي اليد عليها أو حائزها يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج".

<sup>1</sup>نوه إلى أن المبدأ الذي مفاده أن "القاضي ولي من لا ولي له" لا يمكنه مباشرة سلطات الولي الخاص على أساس أن الولاية الخاصة تقدم على الولاية العامة، ومن ثم في حال عدم وجود ولي قصد مباشرة أي تصرف يتعلق بالنيابة بسبب الوفاة أو الغيبة يتعين مراعاة جملة من الإجراءات حددها القانون. انظر في هذا القبيل مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني-المدخل الفقهي العام-، مطبعة طربين، الطبعة العاشرة، دمشق، سوريا، سنة 1968، ص 827.

<sup>2</sup>عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج 3، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.ت.ن، ص 248.

<sup>3</sup>أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دون دار النشر، دون بلد النشر، الطبعة الأولى، 1981، ص 408، السيد سابق، فقه السنة، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1981، ص 235.



كما وفر للقاصر حماية أبلغ بموجب المادة 380 المعدلة من ذات القانون ذلك أنه يخضع لنظام الولاية التي تستوجب حفظ الوصي لماله وإلا كان مقترفا لجريمة انتهاز احتياج قاصر، وتنص هذه المادة على ما يأتي: "كل من استغل حاجة لقاصر لم يكمل التاسعة عشرة أو ميلا أو هوى أو عدم خبرة فيه ليختلس منه التزامات أو إبراء منها أو أية تصرفات أخرى تشغل ذمته المالية وذلك إضرار به يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج.

وتكون العقوبة الحبس من سنة إلى خمس سنوات والغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج إذا كان المجني عليه موضوعا تحت رعاية الجاني أو رقابته أو سلطته. وفي جميع الحالات المنصوص عليها في هذه المادة يجوز أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في م 14 وبالمنع من الإقامة وذلك لمدة سنة على الأقل 5 سنوات على الأكثر وبغرامة من 20.000 إلى 100.000 دج".

### الفرع السابع: عقد الوكالة

يقصد بالوكالة لغة التفويض شرعا بأنها استنابة الإنسان غيره فيما يقبل النيابة<sup>1</sup>، وتعرف قانونا بأنها عقد وتصرف قانوني بالإرادة المنفردة من جانب الموكل بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، فإذا كان العمل مادي عد العقد عقد عمل كما يتميز عقد الوكالة عن عقد العمل أيضا يتضمن هذا الأخير عنصر التبعية<sup>2</sup>. وتعرف الوكالة وفقا للمادة 571 من القانون المدني الجزائري بأنها عقد يفوض بمقتضاه شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه.

وتساءل في هذا الموضوع حول ما إذا كانت الوكالة لازمة للوكيل وهل أن حضوره وتوقيعه ملزم، إجابة على هذا الطرح ذكرنا سلفا أن الوكالة تصرف بالإرادة المنفردة من قبل الموكل وهذا يستتبع حتما أنه لا يشترط حضور الوكيل أو توقيعه وهو من قبيل العقود غير اللازمة حيث أنه لا يتم إلا بقبول

<sup>1</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 226

<sup>2</sup> السيد عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في التوثيق في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 74.

الوكيل كأن يقدم على تنفيذ الوكالة أو استلامه التوكيل من الموكل وعدم رده في الحال، وبهذا لا يعتبر المحرر الذي وقعه الوكيل فحسب مجرد تاييجه منه يحتاج إلى اقترانه بقبول للقول بانعقاد الوكالة<sup>1</sup>. فالأصل أن يتم إبرام عقد الوكالة لدى الموثق، بيد أن الوكالة الصادر عن قنصل جزائري هي وكالة رسمية، وهو المبدأ الذي أفصح عنه القضاء في قرار صادر من المحكمة العليا عام 2009 جاء فيه ما يلي: "الوكالة المحررة من طرف قنصل جزائري بالخارج، وكالة رسمية"<sup>2</sup>، ويتعين إمارها بالصيغة التنفيذية، من طرف القضاء الجزائري، لتكون قابلة للتنفيذ في الجزائر<sup>3</sup>. فالقنصل الجزائري يختص في الخارج بحكم القانون بالمهام التوثيقية وتخضع المحررات التوثيقية التي يقوم بتحريرها لمقتضيات القوانين الجزائرية. وتعد الوكالة المحررة من طرفه بدون حضور شاهدين وكالة صحيحة، فالعقود الرسمية المطلوبة حضور شاهدين هي العقود الإحتفائية<sup>4</sup>. عقد البيع التوثيقي، المحرر بالاعتماد على وكالة وكيل معزول، باطل وغير نافذ<sup>5</sup>.

وأما بشأن العقود التوثيقية التي تبرم في الخارج فإنها لا تطبق في الجزائر ما لم يصادق عليها من طرف السلطات الجزائرية المختصة<sup>6</sup>. ولا تكون الوكالة المحررة أمام موثق أجنبي قابلة للتنفيذ في الجزائر ولا يمكن الاستناد إليها لإبرام عقود أو تصرفات قانونية إلا وفق ما يقضى بتنفيذه من جهة قضائية جزائرية<sup>7</sup>. كما أنه لا يكون للممثل القانوني أو الوكيل عن صاحب الحق الصفة في إقامة الدعوى ممثلاً لصاحب الحق فيها<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> السيد عبد الوهاب عرفة، نفس المرجع، ص 74.

<sup>2</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2009/03/11، ملف رقم 478839، م.ق، العدد 1، 2009، ص 275.

<sup>3</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2010/10/21، ملف رقم 586026، م.ق، ع 2، 2010، ص 169.

<sup>4</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2009/09/29، ملف رقم 496233، م.ق، ع 2، 2009، ص 162.

<sup>5</sup> م.ع، الغرفة العقارية، قرار بتاريخ 2013/04/11، ملف رقم 07969254، م.ق، ع 1، 2013، ص 314.

<sup>6</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 1990/06/03، ملف رقم 59.607، مجلة قضائية، ع 2، 1991، ص 85.

<sup>7</sup> م.ع، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2003/12/24، ملف رقم 279751، م.ق، ع 2، 2003، ص 115.

<sup>8</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 0965517، بتاريخ 2016/05/04، م.ق، ع الأول، 2016، ص 138.

## الفرع الثامن: عقود الرهن

تقوم البنوك بمنح قروض لزيائتها بقصد شراء سكن أو القيام باستثمار، وفي المقابل يتعين على المستفيد تقديم ضمانات لضمان تسديد الأقساط المضمنة في اتفاقية القرض والعقد التوثيقي المبرم بشأنها، فيرهن الزبون العقار أو أي شيء آخر كضمان للوفاء بدينه، تنص المادة 450 من القانون المدني على ما يلي: "قرض الاستهلاك هو عقد ياتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي، على أن يرد إليه عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدر والصفة". وفرضت المادة 451 على المقرض أن يسلم إلى المقترض الشيء الذي يشتمل عليه العقد ولا يجوز له أن يطالبه برد نظيره إلا عند انتهاء القرض، وإذا تلف الشيء قبل تسليمه إلى المقترض، كان الاتلاف على المقرض.

ويعتبر الرهن أهم وسيلة يستعين بها الدائن لضمان الوفاء بحقوقه، والعلّة في ذلك أن المدين مهدد بزوال الشيء موضوع التأمين العيني إذا لم يقيم بالوفاء بالتزامه، ويفضي هذا الضمان بالأشخاص إلى الإقدام على الاستعانة بهذه الوسيلة لتفعيل النشاط الاقتصادي. ويعتبر الرهن بنوعيه سواء الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي في طليعة التأمينات وبالأخص هذا الأخير الذي يعد من الجانب العملي أكثر ضمانا. ونميز بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي تنطوق لأحكامهما بإيجاز على النحو التالي:

## أولا: الرهن الرسمي (Hypothèque)

يعرف الرهن الرسمي بأنه حق عيني تبغي ينشأ بمقتضى عقد رسمي على عقار معين مملوك للمدين نفسه أو مملوك للغير ضمانا للوفاء بحق الدائن، مع بقاء حيازته في يد مالكة<sup>1</sup>. ويكون هذا الحق لصالح دائن على عقار ضمانا لاستيفاء الدين، وينشأ الرهن الرسمي بموجب عقد رسمي يتم بين الدائن المرتهن الذي يكفي فيه أن يكون مميّزا من جهة، وبين المدين الراهن الذي يشترط فيه القانون أهلية التصرف من جهة أخرى. ويمكن أن يتم بمقتضى حكم قضائي أو بقوة القانون بخلاف المشرع المصري الذي جعل العقد هو المصدر الوحيد للرهن الرسمي.

وقد يكون شخص آخر يدعى الكفيل العيني، والرهن الرسمي هو لا ينصب إلا على عقار من حيث المبدأ ويستثنى من ذلك أنه قد يرد على منقول وينطبق هذا على السفن والطائرات. ويحول الرهن

<sup>1</sup> شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقانون المصري، دار الخلدونية، الجزائر، س 2009، ص 137.

الرسمي صاحبه حق تتبع الشيء المرهون في أي يد كان كما يخوله حق التقدم على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة لأجل التنفيذ عليه إذا أراد الراهن أن يتصرف فيه. ويشترط في الشيء المرهون أن يكون عقارا، كما يشترط أن يكون مما يجوز التعامل فيه وأن يكون ملكا للمدين الراهن.

ويتميز الرهن الرسمي بجملة من الخصائص أهمها أنه حق عيني تبعي، فكونه حق عيني يجعله يمنح الدائن المرتهن سلطة مباشرة على عقار معين بالذات يملكه المدين الراهن، وكونه حق تبعي لأنه يتبع الالتزام الأصلي الذي أنشئ لضمانه. كما أن الرهن الرسمي ينصب دائما على عقار. وأنه ينشأ دائما بموجب محرر رسمي ولا يمكن أن يكون بأي حال بمقتضى عقد عرفي. كما أنه يخول الدائن المرتهن حق تتبع العقار وكذا حق التقدم. ويعتبر الرهن الرسمي غير قابل للتجزئة فهو يثقل العقار المرهون كاملا. ويتم الرهن الرسمي بدون انتقال العقار المرهون إلى الدائن المرتهن. كما أن المدين الراهن يحتفظ بجميع السلطات المخولة له بموجب حق الملكية. وفي الأخير من خصائص الرهن الرسمي أنه يتعين شهره للاحتجاج به في مواجهة الأغيار. كما ينقضي الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، كما ينقضي بتطهير العقار<sup>1</sup> المرهون (la purge) وبالبيع عن طريق المزاد العلني وبالتنازل عن الرهن وهلاك العقار المرهون هلاكا كلياً<sup>2</sup>.

### ثانيا: ثاقق الرهن الحيازي (Nantissement)

يعرف الرهن الحيازي بأنه حق يتقرر للدائن المرتهن بموجب عقد بينه وبين المدين الراهن على شيء ضمانا للوفاء بالدين. ويخول صاحبه حقي التقدم والتبع وكذا حق حبس الشيء المرهون عقارا كان أو منقولاً إلى غاية استيفاء هذا الدين. فقد يسلم المدين الدائن منقولاً Gage أو يت رهن عقار<sup>3</sup> Antichrèse. ويترتب على حبس الدائن المرتهن للشيء المرهون حقاله في الانتفاع بها، على أنه يبذل

<sup>1</sup> تقصد بتطهير العقار تخليصه من تلك الرهون المقيدة قبل تسجيل سند الملكية من طرف الخائر.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - التأمينات العينية -، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، س 2010، ص 20 وما يليها.

<sup>3</sup> ابتسام القرام، مرجع سابق، ص 195.

عناية الرجل المعتاد في حفظ الشيء وصيانتته، كما يقع على عاتقه إدارة الشيء المرهون وأن يرده إلى صاحبه بعد الوفاء بالدين كاملاً<sup>1</sup>.

ويتميز الرهن الحيازي بجملة من الخصائص أهمها كونه حق عيني تبعي، وأنه ينصب على المنقول والعقار على حد سواء، كما أنه ينشأ بموجب عقد رضائي وغير قابل للتجزئة. وأخيراً كما يظهر من خلال التسمية ينتقل الشيء المرهون رهناً حيازياً إلى الدائن المرتهن أو إلى الشخص الذي يعينه المتعاقدان. وننوه إلى أن الرهن الحيازي ينقضي بنفس الأسباب المؤدية إلى انقضاء الرهن الرسمي، فينقضي من حيث الأصل وفقاً للأسباب المنصوص عليها ضمن المادة 965 من القانون المدني، وينقضي أيضاً تبعاً لانقضاء الدين المضمون (م. 964 ق.م). كما ينقضي بالفسخ طبقاً لنص المادة 953 من القانون المدني وذلك إذا أخل المدين الراهن بالتزاماته فيجوز حينئذ لدائن المرتهن فسخ عقد الرهن والمطالبة على الفور بأداء بالدين<sup>2</sup>.

نشير في الأخير إلى أن المشرع للقاصر فإن المشرع فرض على الولي أو الوصي مراعاة طلب إذن القاضي بشأن استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الاقتراض، وقد استقر القضاء بخصوص الرهن على المبدأ التالي: "يرتب الرهن الرسمي والرهن الحيازي حقاً عينياً على العقار لاستيفاء ثمن الدين من ثمن بيع العقار، ولا يرتب حقاً لتملك العقار"<sup>3</sup>. كما أقر القضاء بشأن نقل الملكية العقارية أن: "الاعتراف بالدين لا ينقل الملكية العقارية"<sup>4</sup>. على أنه يجوز الاحتجاج بعقد البيع في مواجهة الغير حتى ولو كان مثقلاً برهن<sup>5</sup>.

### الفرع التاسع: عقد الشركة المدنية

عرفت المادة 416 من ق.م التي بأنه عقد يلتزم بمقتضاه شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج

<sup>1</sup> محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دار هومة، ط1، 2011، ص 168 وما بعدها.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي،، مرجع سابق ص 217 وما بعدها.

<sup>3</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2007/11/21، ملف رقم 388803، م.ق، ع2، 2008، ص 151.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2009/02/11، ملف رقم 488542، م.ق، ع 1، 2009، ص 236.

<sup>5</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0993777، بتاريخ 2016/05/12، م.ق، ع1، 2016، ص 74.

أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك، باستقراء هذا النص القانوني يتضح أنه يتعين توافر جملة من الأركان تشترك فيها جميع العقود تسمى بالأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة ينشأ حال توافرها عقد الشركة التزامات قبل الشركاء، كما ينشأ شخص اعتباري- شخص معنوي- يتألف من إرادات الشركاء المكونين له. ونعدد هذه الأركان على النحو الآتي بيانه:

### أولاً: الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة

تمثل الأركان الموضوعية العامة لعقد الشركة كسائر العقود من التراضي الصادر عن ذي أهلية والمحل والسبب نعالج مضمونها في النقاط التالية.

#### 1- الرضى "le consentement"

يراد به اتفاق إرادتين أو أزيد لإنشاء عقد الشركة، وتختلف هذا الركن يترتب عليه بطلان العقد، وتبعاً لهذا ينصب عقد الشركة على الغاية التي أسس من أجلها وكيفية إدارتها وويرد أيضاً على تكوين رأس مالها، كما يتعين أن يكون هذا الركن خالياً من عيوب الإرادة لا سيما الغلط "l'erreur" والتدليس "le dol" والإكراه "la contrainte"، وغني عن البيان أن لا يكون الرضاء صحيحاً في حالة صدوره عن فاقدي الأهلية<sup>1</sup> كالمجنون والمعتهو والقاصر لتختلف عنصر الإرادة لدى هؤلاء.

#### 2- محل العقد "l'objet du contrat"

يقصد بمحل عقد الشركة العملية القانونية التي ينصب عليها اتفاق الشركاء وبالأحرى المشروع الاقتصادي الذي يقبل عليه الشركاء، ويشترط في محل عقد الشركة أن يكون موجوداً، وأن يكون معيناً، وأن يكون مشروعاً، كما يتعين أن يكون ملكاً للشركاء.

#### 3- السبب "la cause"

يراد بالسبب الدافع الذي أفضى إلى إبرام عقد الشركة أي الباعث وراء تحقيق الأرباح بهدف اقتسامها بعد إنجاز المشروع الاقتصادي.

<sup>1</sup> الطيب بلولة، قانون الشركات، منشورات بيرتي، الجزائر، 2008، ص 72.

## ثانيا: الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة

كما أدرج المشرع أركانا أخرى طبقا للمادة 416 من القانون المدني سالفه الذكر لتنظيم عقد الشركة على نحو يميزه عن بقية العقود يطلق عليها الأركان الموضوعية الخاصة، وتمثل أساسا في ما يلي:

## 1- تعدد الشركاء "la pluralité des associés"

يقصد به إلزامية نشوء العقد من قبل شخصين أو أزيد كأصل عام، كما أورد المشرع استثناء على شرط تعدد الشركاء فيما يخص المؤسسة ذات المسؤولية المحدودة وذات الشخص الوحيد ذلك أنها أفصح بمقتضى القانون 96-27 الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1996 المعدل والمتمم للقانون التجاري عن مبدأ تجزئة الذمة المالية الذي كان لا يقربه قبل هذا القانون، بحيث يخصم الشخص الطبيعي جزءا من ذمته المالية لاستثمارها في مشروع يأخذ شكل شركة تقتصر مسؤوليته في حدود هذا المال، وتبعا لهذا نتأسس الشركة عن طريق شريك واحد طبقا لمقتضيات المادة 564 من القانون التجاري<sup>2</sup>، ويعتبر هذا أيضا استثناء على المبدأ العام المنصوص عليه في فحوى المادة 188 من ق.م التي تقضي بأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء ديونه.

## 2- تقديم الحصص "prestation d'apports"

يقوم الشركاء المنشئين لهذا العقد بتقديم الحصص سواء تعلق الأمر بحصة من عمل "prestation en industrie" وتكون ذو طابع فني على أن لا تكون جميع الحصص كلها أعمال، أو حصة من مال أو ما يسمى بالحصة العينية "apport en nature"<sup>3</sup> وتكون في صورة منقولات أو عقارات<sup>4</sup> كما يتوجب تسجيل

<sup>1</sup> الطيب بلولة، مرجع سابق، ص 75.

<sup>2</sup> تنص المادة 564 من القانون التجاري على ما يأتي: "تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد أو عدة أشخاص لا يتحملون الخسائر إلا في حدود ما قدموا من حصص. إذا كانت الشركة ذات المسؤولية المحدودة المؤسسة طبقا للفقرة السابقة، لا تضم إلا شخصا واحدا كـشريك وحيد"، يطلق على هذه الشركة "مؤسسة ذات الشخص الوحيد وذات المسؤولية المحدودة". يمارس الشريك الوحيد السلطات المخولة لجمعية الشركاء بمقتضى أحكام هذا الفصل...".

<sup>3</sup> إذا الحصة المقدمة من قبل الشريك عبارة عن ديون له في ذمة الغير وفقا للمادة 424 من ق.م فإنه يبقى مدينا للشركة ويتعين عليها للوفاء بهذه الديون والتعويض عند الاقتضاء عن الضرر الناشئ عند استنفاد الآجال المقررة لأداء بالدين.

<sup>4</sup> تميز خلال المادة 422 من ق.م بين حكمن يتعلق الأول بكون الحصة العينية حق ملكية أو أي حق عيني آخر فتطبق عليه أحكام البيع حال ضمان الحصة أو ضياعها أو وقت استحقاتها أو اكتشاف نقص أو عيب فيها، أما إذا كانت الحصة مخصصة للانتفاع فإنه يسري عليها أحكام الإيجار، ومن ثم يستأثر الشريك بملكية حق الرقبة ولا يسوغ للشركة بأي حال أن تنصرف فيها بالبيع، وإذا هلكت الحصة فإن الشريك يبقى ملتزما بتعويض حصة أخرى.

هذه الأخيرة طبقا للمادة 793 من ق.م، أو كانت حصة نقدية "apport en numéraire"، وقد أقرت المادة 421 من القانون المدني بأنه إذا تعهد شريك بأن يقدم حصته في صورة نقد ولم يوف بذلك فإنه يلتزم بالتعويض.

### 3- نية الإشتراك "Affectio societatis"

هذا الركن مهم جدا ذلك أنه يميز عقد الشركة عن غيره من الأنظمة المشابهة له كنظام الجمعية ونظام جماعة الدائنين والمال الشائع حيث يشترك في تملكه عدد من الأشخاص ليس لديهم نية المشاركة<sup>1</sup>.

### 3- اقتسام الأرباح والخسائر من قبل جميع الشركاء "le partage des bénéfices et des pertes"

وأفصحت المادة 425 من القانون المدني على أنه إذا لم يتم تحديد نسبة كل شريك في الربح والخسارة ضمن عقد الشركة فإن تحديد نصيبهم يكون وفقا لنسبة حصته في رأسمال الشركة، وأما إذا بين العقد نصيب ربح كل شريك من دون أن يحدد نصيبه في الخسارة تعينتقدير نصيب هذه الأخيرة كالنصيب المقرر في الربح، وفي حالكون الحصة عمل يلتزم به الشريك فإن نصيبه يقدر في الربح والخسارة بمثل إفادته من هذا العمل، وهناك فرض آخر يتعلق بكون الحصة تجمع بين العمل والنقود فيتم الحساب على نحو منفرد ويأخذ الناتج من الحسابين، ويتقرر على مخالفة الأحكام سالفة البيان قررت المادة 426 من ذات القانون بطلان عقد الشركة، وإذا اتفق أحد الشركاء على أن لا يسهم في أرباح وخسائر الشركة فإن هذا يفضي إلى البطلان المطلق لعقد الشركة ونكون بصدد ما يسمى بشرط الأسد.

زيادة على الأركان التي سبق بيانها فرض المشرع توافر شروط في عقد الشركة يترتب على تخلفها أو مخالفتها آثار قانونية وهي:

### ثالثا: الشروط الشكلية الواجب توافرها في عقد الشركة

تقضي المادة 418 من ق.م الجزائري على أنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا<sup>2</sup>، وتفيد أيضا المادة 1/545 من ق.ت بأن الشركة تثبت بعقد رسمي وإلا كانت باطلة، وهو المبدأ

<sup>1</sup> السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع في التوثيق بمكاتب التوثيق وفروعها التابعة لمصلحة الشهر العقاري، الطبعة الثانية، مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن، ص 180.

<sup>2</sup> ولو أن هناك اختلاف بين النسختين العربية والفرنسية، ذلك أن لفظ الكتابة في النسخة العربية ورد على إطلاقه مما يؤدي إلى القول بأن الكتابة العرفية تكفي لتفادي حالة البطلان، بخلاف النسخة الفرنسية التي اشترطت الكتابة الرسمية.



الذي كرسه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا مضمونه ما يلي: "إثبات شركة تجارية يتم بعقد رسمي وليس بمحضر حلها"<sup>1</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن الشركة المدنية تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد أن يتم إبرام عقدها صحيحا مستوفيا كامل أركانها، بخلاف الشركة التجارية التي تكتسب الشخصية المعنوية بالقيود في السجل التجاري وهذا حتى يتم إعلام الغير بوجودها ويتم ذلك بإيداع العقد التأسيسي والعقود المعدلة للشركة التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وهو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

### المطلب الثاني: العقود التجارية

ندرس جملة العقود المتعلقة بالشركات التجارية والتعديلات التي تطرأ عليها في هذا القبيل ثم نتطرق إلى المعاملات التي تجري على المحلات التجارية، وفي كلتا الصورتين نعرض المبادئ التي أفصح عنها القضاء وموازنتها عند الاقتضاء بالأحكام الواردة في التشريع ساري المفعول.

### الفرع الأول: العقود المرتبطة بالشركات التجارية

غني عن البيان أن المعاملات التجارية تتميز بالائتمان والسرعة مقارنة بالمعاملات المدنية الأمر الذي أفضى إلى فصل القانون التجاري عن القانون المدني بمقتضى الأمر رقم 75-59 الصادر بتاريخ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، حيث تم تخصيص الباب الخامس من هذا الأخير للشركات التجارية. ونشير لإلى أن المشرع الجزائري قد حرص على أموال القاصر فقرر بموجب المادة 88 من قانون الأسرة استئذان القاضي في حال مساهمة القاصر في شركة، كما خصص قواعد استثنائية للقاصر بشأن الشركات حماية من التعدي على حقه.

ويتعين على الموثق أثناء تحرير العقد المرتبط بالشركة التجارية أن يوبّ عمله وورثته في شكل مواد<sup>2</sup> على نحو يسهل قراءته ويكون فهمه سلسا، حيث يذكر في الباب الأول شكل الشركة كأن تكون شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، ثم يبين موضوعها بالتفصيل، ومن ثم بيان تسميتها بالكامل مع

<sup>1</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 2003/12/09، ملف رقم 313995، م.ق، ع 2، 2003، ص 201.

<sup>2</sup> التبويب منقول عن طاهري حسين، مرجع سابق، ص 207 وما بعدها.

اختصاره في الأخير، بعدها يتم تحديد مقرها وذلك بذكر العنوان كاملا وبالتدقق، وأخيرا تحديد مدة الشركة ويتم تدوينها بالأحرف والأرقام وذلك منذ قيدها في السجل التجاري .

ثم يخصص الباب الثاني للتقديرات التي يبادر بها الشركاء وإيداعها بصندوق مكتب التوثيق في التاريخ المحدد مع ذكر قيمتها، ومن ثم يحدد رأس مال الشركة بالأحرف والأرقام مقسما إلى حصص اجتماعية وكل حصة بقيمة اسمية يتم توزيعها على الشركاء كل بنسبة مساهمته. بعدها يتطرق الموثق لإمكانية رفع رأس مال الشركة سواء برفع القيم الاسمية للحصص الحالية أو إدراج حصص جديدة أو إدماج الاحتياطات الناتجة عن الأرباح التي لم يتم توزيعها، ويمكن أيضا أن يخفض رأس مال الشركة بطريق انقاص عدد الأسهم أو قيمتها الإسمية.

وأما الباب الثالث فيتضمن إحالة الأسهم وحقوق الشركاء وإقرار القانون الأساسي، وأما الباب الرابع فيتناول إدارة الشركة وتسمية المديرين وكذا إيداع الأموال من قبل الشركاء، وباب خامس للقرارات الجماعية وتعديل القانون الأساسي وكذا حق الشركاء في الاطلاع على الحسابات الختامية، ويحتوي الباب السابع على تحدي السنة المالية وعملية الجرد وتخصيص وتوزيع الأرباح والخسائر ومن ثم دفع الأرباح المحصلة، وفي الأخير يتطرق الموثق في الباب السابع إلى حل الشركة وتصفيته وكذا المنازعات والإعلانات والمصاريف.

وبعد تحرير العقد وأخذ توقيعات الأطراف مع إمضاء الموثق ووضع ختمه يقوم الموثق بتسجيل العقد بمكتب التسجيل المختص ، بعدها يسعى لإيداع نسخة منه بالسجل التجاري ومن ثم نشره بجريدة يومية وكذا النشر في الجريدة الرسمية للإعلانات القانونية.

نشير إلى أنه يتم تأسيس الشركة بإرادة أطرافها لإحداث وضع قانوني جديد وبهذا تكتسي هذه الشركة طابعا خاصا حيث انها تأسست بإرادة أطرافها ما يضيفي عليها الطابع التعاقدي، غير أن بعض قواعد تسيير الشركة لا يتوافق مع نظرية العقد وبالتالي ينشأ شخص قانوني يحكمه قانون الأغلبية، غير أن المشرع الجزائري اعتنق النظرية التعاقدية وليس الطابع اللائحي من خلال نص المادة 416 من القانون المدني. غير أن هذا لا يمكن إسقاطه على القواعد التي تحكم شركات المساهمة، لذا نصطدم أحيانا بمصطلح "العقد التأسيسي" وتارة أخرى بمصطلح "القانون الأساسي".

وقد نص المشرع الجزائري على موضوع الشركان ضمن أحكام القانون المدني في المواد 416 إلى غاية 449 فبسط الأحكام العامة التي تخضع لها الشركات سواء المدنية أو التجارية التي تضمنها القانون التجاري ضمن المواد 544 إلى غاية 840 حيث يطبق على هذه الأخيرة أحكام القانون التجاري وفي حال غياب نص نطبق الشريعة العامة الواردة في احكام القانون المدني.

كما أن التنازل عن الحصص في الشركة يتم بعقد رسمي وهو المبدأ الذي كرسه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا عام 1992 مفاده ما يلي: "ولما ثبت- من قضية الحال- أن عقد التنازل لم ينجز في شكله الرسمي وأن المطعون ضدها ما هي إلا ولية شرعية بعد وفاة زوجها، فليس لها إذن سوى سلطة التسيير في أموال الشركة، لصالحها ولصالح كل أولادها القصر، ولا يمكنها التصرف فيها بالتنازل إلا عن حصتها، لذا فإن القرار الذي فصل -عن خطأ- في طلب الطاعنين بالرجوع إلى الأمكنة وقضى بالرفض، صدر مستوجبا للنقض والإبطال<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: العقود المتعلقة بالمحلات التجارية

هناك تعاملات تجري على المحلات التجارية كبيع المحل وإيجاره ورهنه وغيرها تقتصر على أهم الأحكام المرتبطة بالعقود المتداولة في مكتب التوثيق ونورد أهم الأعمال القضائية الصادرة عن المحكمة العليا في هذا الشأن. ويعرف الدكتور ثروت عبد الرحيم المحل التجاري بأنه "مجموع عناصر منقولة، مادية ومعنوية يحملها التاجر وينظمها ليستغلها في ممارسة نشاطه التجاري، وحقه في الاتصال بعملائه"<sup>2</sup>.

ويتكون المحل التجاري أنه يتكون من عناصر مادية وهي البضائع والمعدات وعناصر أخرى غير مادية (معنوية) أهمها الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والاسم التجاري، الحق في الإيجار وحق الملكية الصناعية والتجارية، ويمكن أن ينتقل المحل التجاري من شخص إلى آخر كانتقاله بطريق الإرث بعد وفاة مالكة فإما يستمر الورثة في ممارسة النشاط التجاري لمورثهم كونه مال شائع فيما بينهم ويكتسبون تبعاً لهذا صفة التاجر ما يفرض عليهم القيد في السجل التجاري، وقد أخضع المشرع المحل التجاري لأحكام خاصة فنص في المادة 79 من ق.ت على أن كل بيع للمحل التجاري يتعين إثباته بعقد

<sup>1</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 1992/01/05، ملف رقم 80160، م.ق، ع 1، 1995، ص 177.

<sup>2</sup> هشام زوين، رهن المصنع والمحل التجاري بالمكتب الثقافي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، ط 1، 2003، ص 15.

رسميًّا إلا كان باطلاً. كما يمكن إيجاره أو رهنه أو تقديمه كحصة في شركة. وسوف نتناول بإيجاز العمليات الواردة على المحل التجاري تباعاً.

### أولاً: بيع المحلات التجارية

يخضع بيع المحل التجاري للقواعد العامة الواردة في القانون المدني حيث أنه يتعين توافر الأركان الموضوعية لعقد البيع وهي تلك التي تتوفر في سائر العقود من التراضي والمحل والسبب وقد فصلنا في هذه الأحكام سلفاً، أما من الناحية الشكلية فقد فرضت الفقرة الثانية من المادة 79 من القانون التجاري جملة من البيانات يتعين توافرها في العقود هي:

- اسم البائع السابق وتاريخ سنده الخاص بالشراء ونوعه وقيمة الشراء بالنسبة للعناصر المعنوية والبضائع والمعدات،
  - قائمة الامتيازات والرهون المترتبة على المحل التجاري،
  - رقم الأعمال الذي حققه كل سنة من سنوات الاستغلال الثلاث الأخيرة أو من تاريخ شرائه إذا لم يقيم بالاستغلال منذ أكثر من ثلاث سنوات،
  - الأرباح التي حصل عليها في نفس المدة،
  - وعند الاقتضاء الإيجار وتاريخه ومدته واسم وعنوان المؤجر والمحيل،
- كما يمكن أن يترتب على تخلف أحد البيانات سالفه الذكر بطلان العقد إذا طلب المشتري ذلك خلال السنة.

وقد أفصحت المادة الثالثة من القانون رقم 06-02 بأن الموثق يقوم بتحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وتلك التي يودّ الأطراف منحها هذه الصبغة، ومخالفة هذه القاعدة ينجر عنها بطلان العقد مادام أن القانون قد فرض الرسمية، نذكر في هذا القبيل المادة 79 من ق.ت<sup>1</sup> التي تقضي بأن بيع المحل التجاري بطريق التراضي يتعين إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلاً، كذلك نص المادة 120

<sup>1</sup> الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

من نفس القانون فيما يتعلق بالرهن<sup>1</sup> الحيازي للمحل التجاري بحيث يثبت بعقد رسمي يتم تحريره لدى الموثق وإلا كان باطلا.

وقد أقر القضاء المبدأ الوارد في المادة 79 من القانون التجاري في قرار صادر عن المحكمة العليا مضمونه ما يأتي: "من المقرر قانونا أنه يجب الإثبات بعقد رسمي وإلا كان باطلا، كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط، أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر، أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة، وعلى الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام.

وصدر أيضا قرار آخر عن المحكمة العليا في هذا الخصوص سنة 1996 يقضي بما يلي: "من المقرر قانونا أن كل بيع، أو وعد بالبيع، أو بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري، يجب إعلانه خلال 15 يوما بسعي من المشتري تحت شكل ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية. ويجب أن يكون مسبوقا، إما بتسجيل العقد المتضمن للتحويل أو بالتصريح المنصوص عليه في قانون التسجيل عند انعدام العقد وإلا كان باطلا. كما يتوجب تجديد الإعلان من اليوم (08) إلى (15) من تاريخ أول نشر، ومتى أغفل القرار- المطعون فيه- تطبيق النص القانوني المذكور، بالمرجع فإنه يتوجب نقضه"<sup>2</sup>. وإن إفراغ الوعد بالبيع في قالب رسمي لدى الموثق ثم إبطاله من قبل القاضي يعد خرقا صارخا للقانون يتعين نقضه".

وأما فيما يخص إشهار المحلات التجارية فقد أفصحت المادة 83 من ق.ت المعدل والمتمم بأن كل تنازل عن المحل التجاري وفقا للمحلات التي أوردناها سلفا عند التطرق لأحكام المادة 79 من ذات القانون، يجب على المشتري أن يقوم بإعلانه ضمن ملخص أو إعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية، وزيادة على ذلك في جريدة متخصصة في الإعلانات القانونية في نطاق الدائرة أو الولاية التي

<sup>1</sup> تنفيذ المادة 344 من قانون التسجيل بأن وثائق الإجراءات الخاصة بتسجيل الرهن العقاري أو تلقي الكفالة تسجل مجانا بالنسبة للمحلات المتعلقة بنظام الوصاية الشرعية والغياب، وأن الجرد الذي يقوم بها الموثق في مادة الوصاية الشرعية معفي من رسوم التسجيل إذا كان مبلغ موجودات التركة يقل عن 10.000 دج، كما أن ضبط حسابات الوصاية يسجل مجانا (الحسابات السنوية وحسابات انقضاء الوصاية) .

<sup>2</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 1995/05/27، ملف رقم 133143، م.ق، ع 1، 1996، ص 157.

يتم فيها استغلال المحل التجاري، وبخصوص المحلات التجارية المتنقلة فإن مكان الاستغلال يحدد بالمكان الذي يكون البائع مسجلا فيه بالسجل التجاري.

كما ينبغي أن يكون الملخص أو الإعلان مسبقا إما بتسجيل عقد التحويل أو بتقديم التصريح لدى مفتشية الضرائب كما هو مبين في قانون التسجيل وذلك في حالة تخلف العقد وإلا كان باطلا، ويتضمن التلخيص جملة من البيانات يتوجب ذكرها تحت طائلة البطلان لا سيما مبلغ التحصيل وتاريخه ورقه، وفي حالة التصريح يتوجب الإشارة إلى تاريخ ورقم الإيصال الخاص به.

ويتعين التنويه في كلتا الحالتين المشار إليهما سابقا إلى المكتب الذي تمت فيه هذه العمليات، يضاف إلى هذه المعطيات تاريخ العقد واسم ولقب كل من المالك الجديد والمالك السابق وذكر عنوان ونوع المحل التجاري ومركزه والتمن المشروط "le prix stipulé" بما في ذلك التكاليف والقيم المعتمد عليها لاستيفاء حقوق التسجيل، والإشارة إلى الأجل المحدد للقيام بالمعارضات واختيار الموطن في دائرة اختصاص المحكمة، ويتم تجديد الإعلان من اليوم الثامن إلى اليوم الخامس عشر ابتداء من تاريخ أول نشر، كما يتم الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال خمسة عشر يوما ابتداء من أول نشر. وفي حال تقديم معلومات غير صحيحة أو غير كاملة بخصوص تسجيل المحرر التوثيقي أو حالة شطب من السجل التجاري مع توافر سوء النية فإن التهمة ثبت طبقا لمضمون المادة 29 من ق.ت، وهو المبدأ الذي استقر عليه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1995 يقضي بما يلي: "من المقرر قانونا أن كل من يقدم عن سوء نية معلومات غير صحيحة أو غير كاملة بقصد الحصول على تسجيل أو شطب أو إشارة تكميلية أو تصحيحية في السجل التجاري، يعاقب. ولما ثبت-من القرار المطعون فيه-أن الطاعن لما تمسك بمقتضيات المادة 29 من القانون التجاري دون أن يقدم نسخة من حكم جزائي نهائي يثبت ارتكاب المستأجر للتهمة المذكورة، مما يستوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

### ثانيا: الإيجارات التجارية

تطرت المواد 169 ما بعدها من القانون التجاري إلى الإيجارات التجارية، حيث يقتصر عقد الإيجار التجاري على استغلال المحل المعد للتجارة دون ملكيته باعتباره من أعمال الإدارة، وقد أوجبت

<sup>1</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 16/05/1995، ملف رقم 125070، م.ق، ع 1، 1997، ص 77.

الفقرة الثالثة من المادة 203 من القانون التجاري الكتابة الرسمية لعقد إيجار المحل التجاري<sup>1</sup>، وهذا يافق مع ما ورد في القواعد العامة لا سيما المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

كما يخضع إيجار المحل التجاري لإجراء الشهر المنصوص عليه في القانون التجاري، حيث كرس القضاء هذا المبدأ في قرار صادر عن المحكمة العليا مفاده ما يلي: "إن عقد التوثيق المتضمن إبرام عقد إيجار محل تجاري يخضع لإجراءات إشهار محددة في القانون التجاري وليس لإجراءات الإشهار العقاري المنصوص عليها في المادة 85 من قانون السجل العقاري لأنه لا يؤدي إلى أي تعديل في الوضعية القانونية للعقار الموجود فيه المحل المستأجر. وإن القرار المطعون فيه لما اعتبر أن عقد الإيجار لمحل تجاري يخضع لعملية الإشهار العقاري فإنه خرق القانون مما يعرضه للنقض"<sup>2</sup>. ومن ثم يصبح مشتري المحل التجاري (fonds de commerce) بقوة القانون صاحب حق الإيجار وتكون علاقته بمالك العقار حيث يوجد المحل علاقة مستأجر بمؤجر، وهو ما أكده القضاء في حكم صادر عن المحكمة العليا سنة 2003<sup>3</sup>.

### ثالثا: عقد التسيير الحر

عرفت المادة 203 من القانون التجاري التسيير الحر (تأجير التسيير) بأنه كل عقد أو اتفاق يتنازل بواسطتهما المالك أو المستغل لمحل تجاري عن كل أوز جزء من التأجير لمسير بقصد استغلاله على عهده. من استقراء هذا النص القانوني يتضح أن المستأجر يقوم بإدارة المحل التجاري بقصد استغلاله لحسابه وباسمه الشخصي ويتحمل في المقابل الأعباء الناتجة عن هذا التسيير، ويكون تبعا لهذا مستقلا عن المالك، وقد فرضت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الشكلية في عقود التسيير الحر للمحلات التجارية وكذا الفقرة الثالثة من المادة 203 من ق.ت، ويتميز عقد التسيير الحر عن عقد الإيجار التجاري كون هذا الأخير يرد على العقار في حين أن عقد التسيير الحر ينصب على منقول معنوي.

<sup>1</sup> En droit français, l'acte de bail commercial comportera différentes clauses notamment: le préambule, la composition des parties, la désignation du bien objet du bail, la destination des lieux loués, la durée du bail, le droit à renouvellement, le loyer et ses modalités de révision, les droits et obligations respectives des parties, clauses de non-concurrence, les dépôts de garantie, la clause résolutoire et la fiscalité. après il faut délivrer une copie exécutoire au bailleurs lorsque l'acte authentique et une copie certifiée au preneur, et en cas de cession de droit au bail il faut délivrer une notification au bailleur lorsqu'il n'est pas intervenu à l'acte. Stéphane BERRE- Jean-Yves CAMOZ- Martine KADDOUCH, BTS Notariat , Volume 2, 2ème édition, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, France, 2012, p 376 et suivant.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 2001/11/06، ملف رقم 256008، م.ق، ع 2، 2001، ص 214.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ت.ب، قرار بتاريخ 2003/12/09، ملف رقم 323857، م.ق، ع 1، 2004، ص 194.

وإضافة للأركان الموضوعية العامة التي تخضع لها سائر العقود من رضا ومحا وسبب فإن عقد التسيير يخضع لشروط موضوعية خاصة تميزه عنها، حيث نصت المادة 205 من القانون التجاري بأنه يجب على الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين الذين يمنحون إيجار التسيير أن يكونوا قد مارسوا التجارة أو امتهنوا الحرفة لمدة خمس سنوات، كما يشترط أن يتم استغلال المحل الخاص بالتسيير مدة سنتين على الأقل، وأن لا يكون المؤجر ممنوعا من مباشرة التجارة بنص قانوني، كما يشترط في المستأجر أن يكون تاجرا وأن يجب أن يلتزم بما ورد في المادة 204 من القانون التجاري التي ألزمته بأن يشير في عناوين فواتيره ورسائله وغيرها من الأوراق التي يتعامل بها والموقعة من طرفه أو باسمه إلى رقم تسجيله في السجل التجاري ومقر المحكمة التي سجل لديها وصفته كمستأجر مسير للمحل التجاري زيادة على الاسم والصفة والعنوان ورقم التسجيل التجاري لمؤجر المحل التجاري.

تجدر الإشارة إلى أنه يتعين نشر عقد التسيير الحر خلال 15 يوما من تاريخه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية، كما يجب نعلي المؤجر أن أن يسجل نفسه في السجل التجاري أو يعدل قيده الخاص مع البيان صراحة بتأجير التسيير. وبالنسبة لانتها تأجير التسيير فإعمالا لنظرية توازي الأشكال قرر المشرع اتباع نفس الإجراءات المشار إليها في النشر.

كما يبين الموثق عند تحريره لعقد التسيير الحر التزامات الطرفين والآثار المترتبة عن هذا العقد، وبقي أن نشير إلى مقتضيات المادة 38 من القانون رقم 04-08 المؤرخ في 14/08/2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية<sup>1</sup> التي أفادت بأنه لا يمكن أن يمارس النشاط التجاري إلا صاحب السجل التجاري، وحظرت منح وكالة لأي شخص آخر بقصد ممارسة نشاط تجاري باسم صاحب السجل التجاري مهما كان شكل هذه الوكالة عدا الزوج الأصول والفروع من الدرجة الأولى، ويعاقب النص حال المخالفة على هذه الجريمة بغرامة من 1.000.000 دج إلى 5.000.000 دج تطبق على صاحب السجل التجاري وعلى الموثق أو أي شخص آخر قام بتحريرها. كما يأمر القاضي تلقائيا بشطب السجل التجاري موضوع الجريمة.

<sup>1</sup> ج.ر، ع52، بتاريخ 2004/08/18.



### المطلب الثالث: العقود المتعلقة بالنظام الأسري

هنالك العديد من العقود التي تعنى بالأحوال الشخصية والتي لا يمكن حصرها لا سيما من الناحية الشرعية، غير أننا نقتصر على أحكام بعض العقود التي يجري بها العمل في مكاتب التوثيق كعقد الزواج، وعقد الكفالة، وإعداد الفرائض، والوصية، وعقد الهبة وعقود الأوقاف.

#### الفرع الأول: عقد الزواج

عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة المعدلة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27 الزواج بأنه عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب. وقد أكد التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري سنة 2005 على رضائية الزواج من خلال إضافة لفظ "رضائي" وكذا اعتبار عنصر الرضى الركن الوحيد بموجب المادة 9 من نفس القانون المعدلة.

وقد حددت المادة 9 مكرر من قانون الأسرة المدرجة بموجب الأمر 02-05 الشروط الواجب توافرها في عقد الزواج من أهلية وصداق وولي وشاهدين وكذا انعدام الموانع الشرعية التي تحول دون إبرام هذا العقد<sup>1</sup>، ويضيف فقهاء الشريعة الإسلامية شروطاً أخرى كشرط لكفاءة عند الحنفية<sup>2</sup>، ويذهب مالك والكرخي من الحنفية إلى أن الكفاءة المقصودة في الشرع هي الكفاءة في الدين<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> نذكر على سبيل المثال زواج المسلمة من غير المسلم الوارد النص عليه ضمن أحكام المادة 30 من قانون الأسرة المعدل والمتمم، وأما بخصوص زواج المسلم بالكفاية فقد أباح فقهاء الشريعة الإسلامية إبرام ذلك العقد إلا أنهم رجحوا أن الأولى أن يعقد المسلم زواجه بمسلمة ولا يتزوج بكفاية إلا لمصلحة أو ضرورة بل الأولى أن يمنع عقد نكاح المسلم بكفاية إذا اقتضى الأمر ذلك لا سيما احتمال حصول ضرر جراء إبرام هذا العقد. انظر رمضان علي السيد الشرنابصي - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006، ص 219.

<sup>2</sup> يقصد بها في النكاح المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسداً للحياة الزوجية. حيث يعتبر الحنفية الكفاءة في ستة أمور وهي النسب والإسلام والحرية والمال والتدين والحرفة. للمزيد انظر محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1994، ص 129.

<sup>3</sup> ويرى الإمام أحمد أن عنصر الكفاءة معتبر أيضاً في الصناعة وزاد أبو حنيفة والشافعي أنها معتبرة في أوصاف أخرى كالنسب والمال والحرية وغيرها. انظر محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، سنة 2003، ص 96.

تجدر الإشارة إلى أن الولاية تنقسم إلى ولاية على النفس وولاية على المال، والقسم الأول هو الذي يعتبر في هذا المقام، كما قسم الفقهاء الولاية على النفس إلى ولاية قاصرة وأخرى متعدية، فالولاية القاصرة-أو المحدودة- هي القدرة على إنشاء العقد نافذا من غير إجازة فيكون للشخص حق إنكاح نفسه ولها اتصال وثيق بأهلية الأداء ذلك أنه إذا ثبتت هذه الأخيرة كان له ولاية قاصرة على نفسه، وأما بخصوص الولاية المتعدية فهي سلطة شرعية تصير الشخص قادرا على التصرف في أمور الغير كولاية الأب على إنكاح القاصر ومن يكون في حكمه<sup>1</sup>. وموقف المشرع الجزائري في مسألة الولي هو ذاته المعتمد في التشريعات العربية لاسيما تلك التي صاغت أحكامها وفق المذهب الحنفي كالتشريع الأردني الذي لم يشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثمانية عشر عاما<sup>2</sup>، بيد أنه يطرح التساؤل حول ما إذا أجاز المشرع قانونا للموثق إبرام عقد زواج امرأة تبين أن وليها شخص أجنبي؟ الحقيقة أن القانون لا يمنع خاصة بعد التعديل الذي أجراه المشرع لقانون الأسرة بموجب الأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 وأصبحت صياغة المادة 11 منه تأخذ بمعيار الاختيار من قبل المرأة ولم يراع المشرع الترتيب الوارد في الشريعة الإسلامية لاسيما في استبدال حرف العطف "الفاء" بحرف العطف "أو" وكذا إدراج عبارة "أي شخص آخر تختاره" فأصبح دور الولي في العقد كدور الشاهد، كما أن القاضي تخلف دوره بشأن المرأة الراشدة مقارنة بالنص السابق قبل التعديل، وبناء عليه أدرج المشرع الولي ضمن شروط عقد الزواج في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة بصفة شكلية لا أكثر، على أنه أبقى على دوره في زواج القصر وفق ترتيب يتعين مراعاته<sup>3</sup>، مع الإشارة إلى أنه لا يجوز للولي أو الكفيل سواء كان أبا أو جدا أن يجبر من في ولايته على الزواج ولا يمكنه تزويجها بدون موافقتها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 303 وما بعدها.

<sup>2</sup> أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 297.

<sup>3</sup> عبد القادر داودي، أحكام قانون الأسرة، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010، ص 112. وقد نظم مسألة تعيين الحد الأدنى لسن الزواج قبل صدور قانون الأسرة لسنة 1984 القانون رقم 63-224 المؤرخ في 1963/06/29 (J.O.R.A.D.P, n° 44, 02/07/1963, p. 678.)

<sup>4</sup> حسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة الطبعة الثانية، 2006، بوزريعة، الجزائر، ص 618.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا أبرم عقد الزواج أمام الموثق فإنه يتعين عليه تسجيله وإسلم شهادة للزوجين ثبت ذلك، كما يقوم بإرسال ملخص عن عقد الزواج في أجل ثلاثة أيام إلى ضابط الحالة المدنية الذي يقوم بتدونه في سجل الحالة المدنية خلال مدة خمسة أيام ابتداء من تاريخ تسليمه إلى الزوجين دفترًا عائليًا على أن يدون بيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كلا من الزوجين. ويبين الموثق على وجه الخصوص أن عقد الزواج قد تضمن جميع الشروط المنصوص عليها قانونًا. وتعين أيضًا أن يبين فيه ما يلي:

1. الألقاب والأسماء وتواريخ ومحل ولادة الزوجين،
2. ألقاب وأسماء أبوي كل منهما،
3. ألقاب وأسماء واعداد الشهود،
4. الترخيص المنصوص عليه بموجب القانون عند اقتضائه<sup>1</sup>،
5. الإعفاء من السن الممنوح من قبل السلطات المختصة إذا لزم الأمر.

كما أنه يجب على كل من طالبي الزواج أن يثبت حالته المدنية بتقديم ملخص يقل تاريخه عن ثلاثة أشهر لشهادة ميلاد أو لتسجيل الحكم الفردي أو الجماعي المثبت للولادة، أو دفتر عائلي خاص بزواج سابق، وفي حال عدم إمكان ذلك يمكنه تقديم عقد إظهاره يحرره رئيس المحكمة بعد إجراء تحقيق حول تصحيح مؤيدب يمين الطالب وثلاثة شهود حول تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني كالدقتر العائلي أو بطاقة التعريف أو الدقتر العائلي للأبوين وغيرها. ويجب عليه فوق ذلك أن يبين في العقد الألقاب وأسماء ومهنة ومسكن ومكان وتاريخ ولادة طالب أو طالبة الزواج مع توضيح مكان وتاريخ زواجه وسبب تعذر تقديم الملخص المشار إليه أعلاه.

<sup>1</sup> « Le mariage des mineurs doués de discernement, possible en cas de dispense, exige l'autorisation du wali. Sans cette dernière le mariage est inefficace. Il est vrai cependant qu'il peut devenir parfait par la suite, par l'approbation intervenue du tuteur. Cette ratification est donc subséquente à la conclusion du mariage et elle équivaut à une autorisation antérieure. L'appel devant le magistrat, en cas de refus abusif, est toujours ouvert au mineur ». Djilali TCHOUAR, REFLEXIONS SUR LES QUESTIONS ÉPINEUSES DU CODE ALGERIEN DE LA FAMILLE, OPU, Ben Aknoun (Alger), Algérie, 2004, p.65.

وإذا كان الموثق<sup>1</sup> غير مطلع شخصيا على حقيقة مسكن أو محل إقامة طالب الزواج فيتعين على هذا الأخير أن يقدم ورقة ثبت وجود مسكنه أو محل إقامته وإلا فيوقع على تصريح بشرفه. كما يجب على المرأة أن تثبت انحلال عقد زواجها السابق إذا اقتضى الأمر إما بعقد وفاة الزوج أو نسخة من عقد الميلاد يبين في هامشها وفاته أو الدفتر العائلي الذي دُوّن فيه عقد الوفاة، وإما ملخصا لعقد الزواج أو الولادة يتضمن عبارة الطلاق أو الدفتر العائلي المتضمن لهذه العبارة أو نسخة من حكم الطلاق مصحوبة بشهادة القاضي و كاتب الضبط المختص تشهد على صيرورته نهائيا.

كما أنه بإمكان الشخص المطالب بتقديم ترخيص<sup>2</sup> بالزواج المنصوص عليه بموجب القانون أن يعبر عن رضائه إما شفاهيا أثناء إعداد عقد الزواج أو عن طريق عقد رسمي يحرره ضابط الحالة المدنية أو الموثق، وفي حالة تواجد الشخص في الخارج يقوم بتحرير العقد الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون أو السلطة المحلية التي لها صلاحية تحرير العقود الرسمية.

إن تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة في آن واحد هي الغاية التي يبتغيها كل تشريع، ولما كان القضاء يعج بمختلف الملفات لا سيما تلك المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة كان من الضروري التخفيف عنه من بعضها و صرفها إلى التوثيق حتى لا تتعطل مصالح الأفراد مع ضرورة التنسيق بشأنها مع القضاء. ويعد إبرام عقد الزواج من صلاحيات الموثق مادام أنه يخضع لإرادة الطرفين إيجابا وقبولا، واعتمادا على نظرية توازي الأشكال كان بالإمكان أن يعهد إلى الموثق مسألة الطلاق بالتراضي باعتباره قاضي

<sup>1</sup> استبدل المشرع كلمة "قاضي" الواردة ضمن المواد 71، 72، 74، 75 من قانون الحالة المدنية بكلمة "موثق" بموجب المادة 5 من القانون 08-14 المؤرخ في 9 أوت 2014 المعدل والمتمم لقانون الحالة المدنية، ج.ر.، ع3، المؤرخة في 20 أوت 2014.

<sup>2</sup> خص المشرع الجزائري بعض الفئات بقواعد خاصة كموظفي وموظفات الأمن الوطني الذين يتعين عليهم تقديم ترخيص مكتوب صادر عن السلطة الوصية لا يزيد تاريخه عن ثلاثة أشهر إعمالا للرسوم رقم 83-481 المؤرخ في 13 أوت 1983 المحدد للأحكام المشتركة الخاصة المطبقة على موظفي الأمن الوطني وموظفات الأمن الوطني، غير أن تخلف هذه الرخصة لا يؤثر على صحة العقد وإنما يعرض ضابط الحالة المدنية أو الموثق إلى العقوبة المنصوص عليها ضمن المادة 441 في فقرتها الأولى من قانون العقوبات. نفس الحكم يُطبّق على أفراد الجيش الوطني الشعبي وأفراد الدرك الوطني طبقا للمنتشر الصادر عن وزارة العدل المؤرخ في 25 جوان 1969 تحت رقم 364. انظر دفاتر مخبر حقوق الطفل، جامعة وهران، كلية الحقوق، ع2، سنة 2011، ص 52.

إرادة، ونحن نؤيد ما ذهب إليه الدكتور العربي بختي أنه من المستحب إلزام المطلق بتوثيق الطلاق من تاريخ النطق به لدى مكتب التوثيق والإشهاد على ذلك بشاهدي عدل<sup>1</sup>.

وعليه يكون من اختصاص الموثق توثيق إشهاد الطلاق بالتراضي إذا أفصح الزوجان عن إرادتهما بذلك بموجب طلب مشترك، مع وضع ضوابط للإجراءات الخاصة بهذا الطلاق كأن تراعى إجراءات الصلح وذلك بتبصير الزوجين بتبعات الفراق، وإذا اشتد الخصام يتم تعيين حكمين من أهل كل طرف يتوجب تقديمهما لتقرير في أجل شهرين مثلما هو معتمد في المادة 2/56 من ق.أ.م.ت. المتعلقة بالإجراءات أمام القضاء، على أن يدون الموثق كل البيانات الضرورية في إشهاد الطلاق كما هو عليه الشأن في حكم القاضي لا سيما محل إقامة المطلقين الذي يفيد في مسائل الاختصاص حال التنازع، وتاريخ إيقاع الطلاق، وكذا البيانات الخاصة بالموثق، وبصفة عامة تطبق الإجراءات المشار إليها ضمن المواد من 427 إلى 435 من ق.أ.م.ت.

### الفرع الثاني: عقد الكفالة

عرفت المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري الكفالة بأنها التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتم بعقد شرعي. تتم الكفالة بعقد موثق أو عن طريق ترخيص صادر عن القضاء يخول بمقتضاه الكافل الولاية الشرعية على القاصر<sup>2</sup> فيلتزم بالعناية به عناية الأب أو الأم لأولادهما من نفقة وتربية ورعاية<sup>3</sup> دون أن يلحق نسب المكفول بالكافل، ويندرج ضمن هذه العلاقة التبني في الشرائع التي تخلاف التشريع الجزائري الذي لا يعترف به<sup>4</sup>.

ولصحة الكفالة يتعين توافر جملة من الشروط أهمها أن تقع لصالح القاصر بموجب مقرر قضائي أو عقد توثيقي، كما يتعين أن يكون الكافل وفقا للمادة 118 من ق.أ.م.ت. مسلما، عاقلا، أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على رعايته، وسواء كان المكفول مجهول النسب أو معلومه، فيوجب القانون في الحالة

<sup>1</sup> العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، س 2013، ص 54-55.

<sup>2</sup> تنص المادة 117: يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة، أو أمام الموثق وأن تتم برضا الأبوين.

<sup>3</sup> جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا عام 2006 ما مفاده: "يجب على الكافل، القيام بالإنفاق على الطفل المكفول و تربيته ورعايته قيام الأب بابنه، باعتباره وليا قانونيا، ما لم يثبت قانونا تخليه عن الكفالة. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 369032، 2006/11/13، م.ق، 2007، ع2، ص443.

<sup>4</sup> الطيب زروقي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسيولة، الجزائر، 2010، ص 19.

الأولى أن يحتفظ الولد بنسبه الأصلي<sup>1</sup>، وأما بشأن الحالة الثانية التي مفادها أن يكون الولد مجهول النسب فقد أحالت المادة 120 من ق.أ. صراحة إلى أحكام المادة 64 من قانون الحالة المدنية<sup>2</sup>. فمن بين الحقوق المقررة للشخص حقه في أن يكون له اسم ولقب طبقاً للمادة 28 من القانون المدني بحيث يكفل له القانون الحماية فيكون لصاحب اللقب رفع أي اعتداء على لقبه بالطرق المقررة قانوناً<sup>3</sup>.

وقد قررت المادة 121 من ق.أ. أن الكفالة تخول الكافل الولاية القانونية وجميع المنح العائلية والدراسية التي يتمتع بها الولد الأصلي، كما تمكنه أيضاً من إدارة أموال الولد المكفول المكتسبة من الإرث والوصية والهبة لصالحه. ويسوغ له فوق ذلك أن يتبرع للمكفول بماله في حدود الثلث، وإن أوصى أو تبرع بأكثر من ذلك، بطل ما زاد على الثلث إلا إذا أجازته الورثة، وهو المبدأ الذي أقره القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا جاء في مقتضاه ما يأتي: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله، في حدود الثلث. عقد الهبة، المبرم من طرف الكافل للمكفول، يدخل ضمن عقود التبرع<sup>4</sup>.

ونوه إلى الصياغة الركيكة لنص المادة 123 من قانون الأسرة التي تخول للكافل القيام بأعمال التبرع لفائدة الولد المكفول في حدود الثلث تحت طائلة البطلان إلا إذا أجاز الورثة ذلك<sup>5</sup>، بحيث يمكن أن ينصرف ذهن القارئ لأول وهلة -لا سيما وأنها جاءت لاحقة للمادة 122 من نفس القانون- إلى أن الكافل يجوز له التبرع بأموال المكفول وهذا بطبيعة الحال يناقض مقتضيات المادة 88 من ذات القانون التي توجب استئذان القاضي في جملة من التصرفات الخطيرة، ولم يذكر بينها التبرعات ذلك أنه

<sup>1</sup> يقضي المبدأ بأن أم البنت مجهولة الأب، المتكفل بها من طرف الغير، هي الأولى بمحضاتها. م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 582813، 2010/11/11، م.ق، 2011، ع1، ص262.

<sup>2</sup> تقضي المادة 64 من قانون الحالة المدنية بأن يختار الأسماء الأب أو الأم أو في حالة عدم وجودهما المصرح، ويتعين أن تكون الأسماء أسماء جزائرية ويمكن أن يكون غير ذلك إذا كان الوالدان يعتنقان ديانة غير الدين الإسلامي، ويحظر أن الأسماء غير المخصصة في الإستعمال أو العادة، وأما بالنسبة للأطفال اللقطاء فإن ضابط الحالة المدنية يمنح بنفسه الأسماء، ونفس الحكم ينطبق بالنسبة للأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم يعط لهم المصرح أية أسماء، فيعين الطفل بمجموعة أسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي.

<sup>3</sup> م.ع، غ.أ.ش.أ.م، ملف رقم 1062457، 062016/08، م.ق، 2016، ع1، ص126.

<sup>4</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2011/05/12، ملف رقم 620402، مجلة قضائية، العدد 2، 2011، ص 283.

<sup>5</sup> "المستقر عليه قضاء أن الإجازة المعتبرة شرعاً وقانوناً هي التي تصدر بعد وفاة الموصي". م.ع، غ.أ.ش.أ.م، قرار بتاريخ 2015/09/10، ملف 0940782، م.م.ع، ع2، 2015، ص174.

من باب أولى أنه يحظر القيام بها من قبل الولي<sup>1</sup>، وعليه تستوي صياغة المادة 123 من قانون الأسرة كما يلي: "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع بماله لصالح المكفول في حدود الثلث..." وهو المضمون المستفاد من النسخة الفرنسية<sup>2</sup>، وهذا بدل "يجوز للكافل أن يوصي أو يتبرع للمكفول بماله..." حتى لا ينصرف ذهن القارئ إلى أن حرف "الهاء للغائب" في لفظ "ماله" يعود على المكفول.

وإذا طلب الوالدان أو أحدهما عودة الطفل المكفول إلى ولايتهما فإنه يُخير في الالتحاق بهما إذا كان مميزاً وأما إذا لم يبلغ سن التمييز فإنه لا يتم تسليمه إلا بإذن من القاضي مع القول بمراعاة مصلحة المكفول في جميع الأحوال<sup>3</sup> ونفس الحكم يطبق في حالة الطلاق بحيث ترجح الأحقية في كفالة القاصر وفقاً لما تقتضيه مصلحة المكفول<sup>4</sup>. فالبدأ المقرر قضاء هو أن مدار الكفالة مصلحة المكفول، فتي تحققت هذه المصلحة وجب المصير إليها ولو ناقض ذلك مصلحة الأم لأن حق المكفول في الرعاية والاهتمام والتربية والتعليم والاستقرار النفسي والعاطفي أقوى من حق الأم ومقدم عليها<sup>5</sup>. وجاء في القرار الصادر سنة 2018 ما مفاده: "يخير الولد المكفول البالغ سن التمييز، بين الالتحاق بوالديه البيولوجيين أو البقاء مع كافليه. أما إذا لم يكن مميزاً فلا يسلم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحته، على أن يمنح حق الزيارة لوالديه البيولوجيين<sup>6</sup>."

<sup>1</sup> بل على العكس من ذلك فإن قبول التبرعات المحملة بالتزامات أو رفضها يخضع لإذن من القاضي، إذ قد يقيد التبرع بعدم خضوع المال المتبرع به لنظام الولاية، وهو مضمون المادة 3 من القانون رقم 119 المتعلق بالولاية على المال المصري، وعليه يحظر على الولي قبول هبة أو وصية للقاصر متى كانت محملة بالتزامات إلا إذا أذنت المحكمة بذلك، كحال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982، ص 11.

<sup>2</sup> Article 123 du code de la famille : « L'attributaire du droit de recueil légal peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant recueilli .... ».

<sup>3</sup> جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 2016 ما مضمونه: "يسمح للأبوين أو لأحدهما المطالبة بعودة الولد المكفول إلى ولايتهما، بإذن من القاضي دون تخيير الولد في حالة عدم بلوغه سن التمييز. تقضي مصلحة المكفول بقاءه مع والديه بأرض الوطن في حالة انتقال الكافل للإقامة ببلد أجنبي". م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 0981006، 2016/06/08، م.ق، 2016، ع1، ص143.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 1037130، 2016/06/08، م.ق، 2016، ع1، ص147.

<sup>5</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 1002342، 2016/09/07، م.ق، 2016، ع2، ص224.

<sup>6</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 1202787، 2018/06/06، م.ق، 2018، ع1، ص80.

وغني عن البيان أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية وهو المبدأ الذي أقره القضاء في حكم صادر عن المحكمة العليا جاء في مضمونه ما يلي: " من المقرر قانوناً أن المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية و النظام العام لا يجوز الصلح بشأنها إلا بنص خاص. ومن ثم فإن قضاة الموضوع بإعتمادهم علي وثيقة الصلح في إسناد كفالة البنت من دون سماع رأيها، و تخييرها بين البقاء عند- مريبتها أو الذهاب لولدها- رغم أنها تجاوزت سن التمييز، فإنهم بذلك خرقوا القانون و إستحق قرارهم النقض"<sup>1</sup>.

وفي ذات السياق قضت المحكمة العليا بما يلي: " من المقرر قانوناً أنه "إذاطلب الأبوان أو أحدهما عودة الولد المكفول إلي ولايتهما، يخير الولد في الإلتحاق بهما إذابلع سن التمييز وإن لم يكن مميزاً لا يسلم إلا بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول". ومن المقرر أيضاً أنه" في حالة وفاة الأب ، تحل الأم محل قانوناً". و من ثم فإن النعي علي القرار المطعون فيه بالتناقض و القصور في الأسباب ليس في محله. ومن الثابت- في قضية الحال- أن المجلس لما قضى بإلغاء عقد الكفالة و التصريح بعودة الكفيلين إلي ولاية أمهما بناء علي رغبتهما ومراعاة لمصلحتهم، فإن القرار يكون عندئذ خالي من أي قصور أو تناقض في الأسباب. و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن<sup>2</sup>. وكذا القرار الصادر سنة 2006 مضمونه ما يأتي: "تم عودة الولد المكفول غير المميز، بإذن من القاضي، مع مراعاة مصلحة المكفول"<sup>3</sup>. وأما بشأن مسألة التخلي عن الكفالة فإنه يتم أمام الجهة صاحبة الإقرار بالكفالة على أن يتم إبلاغ النيابة العامة، وفي حالة وفاة الكافل تنتقل الكفالة إلى ورثته في حال التزامهم بذلك وفي حال عدم إمكان ذلك يتعين على القاضي أن يسند أمر المكفول إلى الجهة المختصة بالرعاية أو أية جهة خيرية أو إلى والديه إن كانا معلومين ومازالا على قيد الحياة ومؤهلين للقيام برعايته<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> م.ع، غ.أش، ملف رقم 71801، 1991/05/21، م.ق، 1996، ع1، ص105.

<sup>2</sup> م.ع، غ.أش، ملف رقم 184712، 1998/03/17، م.ق، 1998، ع2، ص89.

<sup>3</sup> م.ع، غ.أش، ملف رقم 367977، 2006/10/11، م.ق، 2007، ع1، ص473.

<sup>4</sup> عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013- ص 159 وما بعدها، لحسين بن شيخ آت ملوياً، قانون الأسرة نصاً وشرحاً، دار الهدى، مليلة، الجزائر، 2014، ص 90.



ونشير في الأخير إلى أن آثار الطلاق، من حضانة ونفقة، لا تسري على الطفل المكفول، الذي يعيش مع مطلقة الزوج الكافل<sup>1</sup>. فيتحمل نفقة الطفل المكفول بعد الطلاق الشخص الكافل، المذكور في عقد الكفالة وليس الزوج المطلق، على أن لا تأخذ المحكمة بالاتفاق الحاصل بين الطرفين على إسناد كفالة المكفول للمطلقة وإنفاق المطلق عليه<sup>2</sup>.

### الفرع الثالث: إعداد الفرائض

الفرائض جمع فريضة بمعنى مفروضة أي مقدرة، لما فيها من السهام المقدرة، وعلم الفرائض هو فقه الموارث وعلم الحساب الموصل لمعرفة مكايخص كل ذي حق حقه من التركة، وموضوعه التركات وأركان الإرث ثلاثة مرث ووارث وموروث، وشروطه تحقق موت المورث حقيقة أو حكماً أو تقديراً وتحقق حياة الوارث حياة مستقرة بعد موت المورث أو إلحاقه بالأحياء حكماً ويضيف بعض الفقه شرطاً ثالثاً يتعلق الأمر بالعلم بالجهة التي بها الإرث وبالدرجة التي اجتمعا فيها، وعرف بعضهم الميراث بأنه العلم بالأحكام الشرعية العملية المختصة بتعلقها بالمال بعد موت مالكة تحقيقاً أو تقديراً<sup>3</sup>، كما أن موانع اليراث حصرها المشرع في اثنين، يتعلق الأول بالقتل ويختص المانع الثاني بالردة<sup>4</sup>.

وقد أدرج القانون الجزائري الميراث في نطاق الأحوال الشخصية وأخضعه لقانون جنسية المتوفى سواء انصب المال الموروث على عقار أو منقول بخلاف ما هو متبع في بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي الذي يخضع الميراث في العقار لقانون موقع العقار والميراث في المنقول لقانون موطن المورث،

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، ملف رقم 613481، 10/03/2011، م.ق، 2012، ع1، ص290.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 0813942، 13/06/2013، م.ق، 2014، ع1، ص309.

<sup>3</sup> سبط المارديني حاشية العلامة البكري، الرحبية في علم الفرائض، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 1991، ص12-13.

<sup>4</sup> يؤخذ على المشرع أنه ذكر الردة كمانع للإرث بدل الكفر، حيث أن هذا الأخير أعم أو استعمال مصطلح اختلاف الدين كما هو جار به العمل في التشريعات العربية وتأسيا بالشريعة الإسلامية، ويضاف إلى هذا فقها مانع الرق الذي أصبح مسألة تاريخية تجاوزتها التشريعات المعاصرة. للتفصيل أكثر في هذه الموانع من الناحية الشرعية انظر فيصل آل مبارك-ابن باز- ابن عثيمين، المجموع النفيس في فقه الموارث، دار ابن الجوزي القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص 67 وما بعدها.

غير أن قانون جنسية المورث قد يتعطل إذا اصطدم بفكرة النظام العام ذلك أن توريث غير المسلم للمسلم أو توريث القاتل مخالف للنظام العام<sup>1</sup>.

وأما بخصوص التركة التي لا وارث لها والتركة الشاغرة<sup>2</sup> فإنها تؤول إلى الدولة باعتبارها مالكة لا باعتبارها وارثة طبقا لمقتضيات المادة 773 من القانون المدني التي تقضي بما يلي: "تعتبر ملكا من أملاك الدولة جميع الأملاك الشاغرة التي لا مالك لها، وكذا أموال الأشخاص الذين يموتون عن غير وارث أو الذين تهمل تركتهم". وهو نفس مضمون المادة 180 من قانون الأسرة التي قضت بأيلولة التركة في حال عدم وجود وارث إلى الخزينة العامة.

قصد التمكن من تحرير المحررات التوثيقية بصورة دقيقة يتطلب الأمر إدراج صياغات خاصة تستدعي الاجتهاد للبحث عن القاعدة القانونية التي تحكم المسألة أو المبدأ المستقر عليه قضاء أو الاجتهاد الفقهي استنادا إلى مبدأ تدرج القوانين، نذكر على سبيل المثال مسائل التنزيل حيث تكون العبرة في التنزيل، بعد صدور قانون الأسرة (قانون رقم 84-11)، بتاريخ وفاة الجد أو الجدة وليس بتاريخ وفاة والد أو والدة المستفيدين من التنزيل<sup>3</sup>.

كذلك حالة عدم ورود نص يحكم مسائل التنزيل فهل نرجع إلى أحكام الوصية أم إلى أحكام الموارث؟ يتطلب في الحقيقة المسألة تحيضا وتحليلا دقيقا للنصوص القانونية سواء من حيث الشكل أو من حيث المضمون، فن حين الشكل ننظر إلى الترتيب والتبويب المعتمد ضمن فهرس قانون الأسرة، حيث أدرج المشرع الجزائري نظام التنزيل ضمن الفصل السابع المتفرع عن الكتاب الثالث الخاص بالميراث، وأما من حيث المضمون فإن التنزيل بعد صدور قانون الأسرة لسنة 1984 أصبح يتم بصورة

<sup>1</sup> علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، د.م.ج، بن عكنون، الجزائر، ط 5، 2008، ص 80. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين -، ج 1، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004، ص 269.

<sup>2</sup> تتعلق الملكية الشاغرة بأمالك غادر أصحابها الجزائر إبان الاستقلال ولا علاقة لها بالميراث فصارت شاغرة ومن ثم تم تقنين هذه الوضعية واعتبرتها الدولة ملكا لها. انظر عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين -، دار هومة للطباعة والنشر، بوزريعة، الجزائر، 2007، ص 261.

<sup>3</sup> م.ع، غ.أ.ش.م، قرار بتاريخ 11/04/2013، ملف رقم 0739029، مجلة قضائية، ع 1، 2013، ص 273.

تلقائية دون حاجة إلى تدخل إرادة المستخلف<sup>1</sup> كما كان عليه الحال قبل صدور قانون الأسرة، حيث كان يتم شفاهة بحضور الشهود أو كتابة سواء كانت كتابة رسمية أو كتابة عرفية. ظاهر من التسمية المعتمدة في غالبية التشريعات العربية-الوصية الواجبة- أنه في حالة عدم وجود نص يحكم هذه المسائل يتم الرجوع إلى أحكام الوصية، بيد أنه يثور الإشكال في حال تسمية التنزيل، فقد أورد المشرع المغربي مثلا نصا مفاده أن المسائل التي لا تشملها أحكام التنزيل يرجع فيها لأحكام الوصية. نسوق مثلا تطبيقيا في هذا القبيل يتعلق الأمر بوفاة شخص وخلف ورثة، وكان ضمن هؤلاء أحفاد ثبتت ردتهم، فالقول بأن التنزيل يدرج ضمن نظام الوصية يجعل للأحفاد حق في تركة المورث بطريق التنزيل على اعتبار أن الوصية تصح مع اختلاف الدين<sup>2</sup>، وأما القول بإدراج التنزيل ضمن نظام الموارث - وهو الراجح في التشريع الجزائري- فإن هذا يحرم الأحفاد من الإرث بطريق التنزيل ذلك أن الردة تمنع من الإرث تطبيقا لنص المادة 138 من ذات القانون، ومن ثم يتعين على المتقاضين اتباع الإجراءات المطبقة في مسائل الميراث بشأن التنزيل حال اللجوء إلى القضاء<sup>3</sup>.

نشير إلى أن المواد 169 وما يليها من قانون الأسرة المتعلقة بأحكام التنزيل قد أثارت جدلا كبيرا فيما يخص التعارض القائم بين منطوق صياغتها والمفهوم الذي يمكن أن نستشفه لا سيما حال الإستعانة بأحكام الشريعة الإسلامية بمقتضى المادة 222 من نفس القانون<sup>4</sup>، وأمام هذا التعارض يعمد

<sup>1</sup> الخلافة نوعان: خلافة إجبارية، وهي التي لا يكون للمستخلف دور في تحصيلها كنظام الموارث بحيث لا يكون للمورث دور في تحديد من يرث ومن لا يرث أو في تقدير أنصبة الورثة فإن هذا يكون ينص الشرع أو القانون، والنوع الثاني هو الخلافة الاختيارية وهي التي يكون للمستخلف دور في تحصيلها كالوصية حيث يمكن سكون لإرادة الموصي في تحصيل الوصية لمن شاء وفق شروط محددة شرعا أو قانونا.

<sup>2</sup> كما أنها تصح مع اختلاف الدين طبقا للمادة 200 من قانون الأسرة، وهو المبدأ الذي أكده القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 2014 م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 1003697، بتاريخ 2016/09/07، م.ق، ع2، 2016، ص236.

<sup>3</sup> دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2009، ص 218.

<sup>4</sup> نقترح تعديل مضمون المادة 222 من قانون الأسرة لتصبح صيغة النص على النحو التالي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع بشأنه إلى المشهور في المذهب المالكي"، والعلة في تحديد مذهب معين ليس التقليل من شأن ما ورد في

بعض الموثقين- إن لم نقل الغالبية منهم- إلى رفض إقامة الفرائض التي تتضمن مسائل التنزيل لتجنب الخلافات الفقهية والقضائية<sup>1</sup>، حيث يعرض كل فقيه تفسيراً يخالف فيه أقرانه في هذه المسائل، ويأخذ كل قاض بمبدأ مستقر عليه قضاءً يخالف فيه نظراءه من القضاة الذين يعلنون بدورهم أحكامهم بمبادئ صادرة عن نفس الجهة القضائية، والأرجح هو عدم تحميل النص ما لا يطيقه ومن ثم السعي إلى تعديل صياغته.

وعليه نقترح تعديل صياغة المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة على النحو التالي:

المادة 169: "إذا توفي جد أو جدة<sup>2</sup> ولو حكماً عن حفيد و/أو حفيدة أو أزيد وقد مات أصلهم دون ميز فيما يخص جنسه وعدده قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة ذلك الأصل وفق الشروط المبينة في المواد أدناه".

المادة 170: "تكون أسهم المنزلين -فتحا- مهما كان جنسهم وعددهم بمقدار حصة أصلهم بفرض حياتهم على أن لا يتجاوز مجموع الأصناف حال تعدد الأصول ثلث التركة".

المادة 171: "لا يستحق هؤلاء المنزلون -فتحا- تنزيلاً إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو نالوا منه وصية أو عطية أثناء حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب استيفاؤه، وإن أوصى لبعضهم وجب التنزيل للبقية بقدر نصيب كل منهم".

المذاهب الأخرى بل لتفادي التعارض في الأحكام ومن ثم توحيد الاجتهاد القضائي باعتباره مبدأ راسخ كرسه الدستور ضمن طبيته.

<sup>1</sup> بالرغم من صدور بعض القرارات لحسم الخلاف بشأن فهم النصوص القانونية إلا أن بعض الفقهاء يصرون على آرائهم كونهم ينتصرون لمذهب معين مع العلم أن المادة 222 من ق.أ. قد أحالت إلى الشريعة الإسلامية من جهة، وأن أحكام الموارث مأخوذة عن المذهب الحنفي من جهة أخرى، وأحياناً أخرى نجد بعض الممارسين في نفس المسألة يستأنسون بمنطق غير متزن فينزلون الأحفاد في تركة جدهم دون تنزيلهم في تركة جدتهم رغم أن هذا غير محظور بنص، بل الحساب هو الفيصل في هذه المسألة، وما يؤيد هذا التوجه هو القرار الصادر عن المحكمة العليا القاضي بما يلي: "لا يمنع تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة جدهم من تنزيلهم في تركة جدتهم". م.ع، غ.أ.ش.م، قرار بتاريخ 2019/02/06، ملف رقم 1269567، مجلة قضائية، ع1، 2019، ص69.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن تنزيل الأحفاد منزلة أصلهم في تركة جدهم لا يمنع من تنزيلهم في تركة جدتهم. م.ع، غ.أ.ش.م، قرار بتاريخ 2019/02/06، ملف 1269567، م.ق، ع1، 2019، ص69.

المادة 172: "لا يحق لهؤلاء المنزلين -فتحا- في تركة المنزل -كسرا- إذا ورثوا من أصلهم دون ميز فيما يخص جنسه ما لا يقل عن منابه من الجد أو الجدة. ويكون التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين".

### الفرع الرابع: الوصية

عرف المشرع الجزائري الوصية ضمن المادة 184 بأنها تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع<sup>1</sup>، وهو تعريف مقتبس من أحكام الشريعة الإسلامية الغراء<sup>2</sup>. وتحدد الوصية بثلاث التركة وهو الراجح عند الفقهاء التأخرين وأن تنصرف لمستحقها من الفقراء<sup>3</sup>. ويشترط في القائم بالوصية أن يكون سليم العقل، بالغا من العمر تسع عشرة سنة على الأقل. والوصية جائزة للحمل مع اشتراط ولادته حيا، وفي حال وُلد توأم فإنهما لهم الحق فيها بالتساوي بصرف النظر عن الجنس. وأما عن قاتل الموصي عمدا فإنه لا استحقاق له في الوصية طبقا للمادة 188 من قانون الأسرة، وقد تبني المشرع الجزائري مذهب أبي يوسف من الأحناف والعلّة في ذلك أن من تعجّل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه، وقال أبو حنيفة ومحمد لا تبطل الوصية وتوقف على إجازة الورثة<sup>4</sup>. ولا تجوز الوصية للوارث إلا إذا أجازها بقية الورثة بعد وفاة الموصي، وإذا أوصى شخص لوارث فأجازها بعض الورثة دون البعض الآخر فإنها تنفذ في نصيب من أجازها دون من لم يجزها لقوله عليه الصلاة والسلام: "إلا أن يشاء الورثة"<sup>5</sup>.

وبإمكان الموصي أن يقوم بالوصية فيما يتعلق بأمواله المملوكة له والتي تدخل في ملكه قبل وفاته سواء عينا أو منفعة. فتصح الوصية بما يثمه شجر الموصي وبما في بطن البقرة لأنه يدخل في ملكه بالإرث

<sup>1</sup> تنتج الوصية أثرها حتى ولو كانت غير مشهورة بالنسبة للالتزامات الشخصية بين الموصي والموصى له. م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2010/12/09، ملف رقم 581896، م.ق، ع 1، 2012، ص 276.

<sup>2</sup> السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1981، ص 414.

<sup>3</sup> محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الفكر شركة الشهاب، البلدة، الجزائر، الجزء الثاني، د.ت.ن، ص 119.

<sup>4</sup> السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج 3، ص 421.

<sup>5</sup> أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دون دار النشر، د.م.ن، 1981، ص 422.

فإدام وجوده محققا وقت موت الموصي استحققه الموصى له<sup>1</sup>. وثبتت الوصية إما بتصريح من الموصي أمام الموثق يتوج بتحرير عقد بذلك، كما ثبتت الوصية بحكم في حالة وجود مانع قاهر ويتم التأشير به على هامش أصل الملكية طبقا للمادة 191 من قانون الأسرة.

وبخلاف الأصل العام في مسائل الهبة فإنه يجوز الرجوع في الوصية صراحة أو ضمنا، ويكون هذا الرجوع إما صراحة بوسائل إثباتها وإما ضمنا عن طريق تصرف يستشف منه الرجوع فيها. ويستثنى من مسألة الرجوع في الوصية رهن الموصى به. وإذا تم الإيلاء لشخص ثم أوصي لشخص آخر فإن الموصى به يكون مشتركا بينهما. وأما إذا كانت الوصية لشخصين تم تعيينهما دون تحديد لما يستحقه كل واحد منهما ثم توفي أحدهما وقت الوصية أو بعدها وقبل وفاة الموصي فإن استحقاق الوصية كلها يكون للمي<sup>2</sup> منهما، وخلافا لهذا إذا تم تحديد ما يستحقه كل منهما فإن الحي لا يستحق إلا تم تحديده لفائدته.

وقرر المشرع أن الوصية بمنفعة لمدة غير محدودة تنتهي بوفاة الموصى له واعتبرها عمري. تجدر الإشارة إلى أن العمري تدرج ضمن أحكام الهبة وتأخذ حكمه وفق كتب الشريعة الإسلامية، في حين أن المشرع الجزائري قد أدرجها في أحكام الوصية<sup>3</sup> ضمن المادة 196 من ق.أ، وصورتها أن يقول شخص لشخص آخر: أعمرتك داري أو أي شيء آخر مدى عمرك، وهي جائزة بخلاف الرقبي-غير واردة في قانون الأسرة- التي وإن كانت جائزة عند جمهور الفقهاء -خلافا للشافعي- إلا أنها مكروهة لأن الارتقاب هو انتظار موت المرقب الذي قد ينجر عنها تمني المرقب له موت أخيه المرقب بل قد يسعى إلى قتله والعياذ بالله، ومضمونها أن يقول شخص لآخر أرقبتك داري وجعلتها لك في حياتك، فإن مت قبلي رجعت إلي وإن متُّ قبلك فهي لك ولعقبك<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج3، ص 421.

<sup>2</sup> تثبتت الوصية للأحياء دون الأموات، فإذا أوصي لميت يعتقد أنه حي يكون حكم الوصية البطلان. انظر: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا - تونس، ص 410.

<sup>3</sup> تعرف المادة 184 من قانون الأسرة كما يلي: "الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

<sup>4</sup> السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، العبادات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، ط3، بيروت، لبنان، 1981، ص 401. أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 428 - 429. أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزى الكلبي الغرناطي، القوانين الفقهية، الدار العربية للكتاب، ليبيا-تونس، 1982، ص 377.

وأما عن كيفية كتابة العمرى والرقبي فهو كما يلي: "بعد البسملة وحمد الله تعالى، والصلاة والسلام على رسوله صلى الله عليه وسلم ... لقد أعمار فلان، أو أرقب فلان جميع الدار أو البستان المحدود بكذا ... إعماراً أو إرقاباً شرعياً صحيحاً بأن قال له: أعمارتك أو أرقبتك كذا ... ما عشت، فإذا متّ عادت إلي - وإن ذكر العقب قال: ولعقبك من بعدك وسلم المعمر أو المرقب المعمر أو المرقب له جميع الدار المذكورة، فتسلّمها منه تسلّمها شرعياً، وصارت بيد المعمر له المذكور يتصرف فيها بالسكن أو الإسكان والانتفاع به مدة حياته، وجرى الإشهاد والتوقيع على ذلك بتاريخ كذا...".<sup>1</sup>

وأما بشأن مسألة قبول الوصية فإنه يكون صراحة أو ضمناً بعد وفاة الوصي، وإذا مات الموصى له قبل أن يصدر القبول فإن هذا الأخير ينصرف إلى ورثته اولهم لحق في قبول الوصية أو ردها. وإذا كانت إذا الوصية معلقة على شرط فإن الموصى له يستحقها بعد أن ينجز هذا الشرط. فإذا كان الشرط صحيحاً تعين مراعاته ما دامت المصلحة منه قائمة، والشرط الصحيح هو ما كان فيه مصلحة للموصي أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيًا عنه ولا منافياً لمقاصد الشريعة<sup>2</sup>، وفي حال كون الشرط غير صحيح فإن الوصية تصح ويبطل الشرط. طبقاً لنص المادة 199 من قانون الأسرة، كما تقضي المادة 201 من ذات القانون بأن الوصية يكون حكمها البطلان في حال وفاة الموصى له قبل الموصي أو إذا قام بردها أثناء حياته، وبخلاف موانع الإرث فإن المادة 200 من نفس القانون نصت على أن اختلاف الدين لا يؤثر على صحة الوصية.

أدرج المشرع الجزائري التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ضمن الأحوال الشخصية وأخضع الشروط الموضوعية لقانون جنسية الموصي وقت موته طبقاً للمادة 16 من القانون المدني، بيد أن المشرع الفرنسي أدرج الوصية في نطاق الأحوال العينية وتبعاً لهذا تخضع الوصية المتعلقة بعقار لقانون موقع العقار وأما الوصية المرتبطة بمنقول فأخضعها لقانون موطن الموصي، وألحق المشرع بالوصية تصرفات المريض مرض الموت طبقاً لنص المادة 1/776 من القانون المدني التي اقضي بما يلي: "كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعاً مضافاً إلى ما بعد الموت وتسري عليه أحكام الوصية أياً كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف". وألحق أيضاً بالوصية التصرف لأحد الورثة

<sup>1</sup> أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 428 - 429.

<sup>2</sup> السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج 3، ص 419.

حتفاظ بحق الانتفاع فنصت المادة 777 من نفس القانون على ما يأتي: "يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى نفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن طهناك دليل يخالف ذلك".

وبالنسبة لشكل الوصية فإنه يخضع حسب التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري سنة 2005 إلى القاعدة العامة الوارد النص عليها ضمن مقتضيات المادة 19 المعدلة<sup>1</sup> من القانون المدني "أي قاعدة لو كيس" *Locus* حيث تقضي هذه المادة بما يلي: "تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه. (ف2) ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

وبما أن الوصية تخضع للقانون الساري وقت وفاة الموصي، فإذا اقترن التنزيل بشرط فاسد أدى إلى بطلانه فإنه يصبح وصية عادية، يستحق، بموجبها الموصى له ثلث التركة<sup>2</sup>. ونشير في هذا الخصوص إلى أن التنزيل هو حق مقرر شرعا وقانونا بحيث لا يسقط بطريق التقادم إذا تمسك طالبه بصلة القرابة على اعتبار أنها مانع أدبي<sup>3</sup>.

وبالنسبة للوصية المحررة في دولة أجنبية فقد استقر القضاء حديثا على أنها تخضع للإمهار بالصيغة التنفيذية حتى يتم قبول تنفيذها في الدولة محل التنفيذ، بحيث يجب على السلطة المختصة أن تتأكد من رسمية السند وكذا قابليته للتنفيذ في البلد الذي تم تحريره فيه، ويضاف إلى هذا عدم مخالفته للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذه فيه<sup>4</sup>، مع ماعاة ما تنص عليه الإتفاقيات الثنائية بين الجزائر والبلد الذي تتعاون معه في مجال معين كنص المادة 36 من البروتوكول القضائي الجزائري الفرنسي على أن الوثائق العمومية الموقعة بالإمضاء والتي وضع عليها ختم السلطة الرسمية التي لها الحق في تسليمها إلى أحد البلدين ستقبل من طرف البلد الآخر دون التصديق عليها<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> عدلت هذه المادة بموجب القانون 05-10 المؤرخ في يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، قرار بتاريخ 2015/01/15، ملف 0840878، م.م.ع، ع1، 2015، ص227.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، ملف رقم 1034319، بتاريخ 2016/12/07، م.ق، ع2، 2016، ص193.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0992200، بتاريخ 2016/06/16، م.ق، ع1، 2016، ص92.

<sup>5</sup> فاتح جلول، الحماية القانونية لخاتم الدولة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012، 88 وما بعدها.



### الفرع الخامس: عقد الهبة

تعرف المادة 202 من قانون اسرة الجزائري الهبة بأنها تملك بلا عوض، وتعرف أيضا بأنها تبرع الرشيد بما يملك من مال أو متاع مباح<sup>1</sup>، وقد أجاز القانون للواهب اشتراط ما يشاء على الموهوب له للقيام بالتزام يتوقف تمام العقد على انجاز الشرط. كما بينت المادة 203 بأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل بالغاً تسع عشرة سنة وغير محجور عليه. فإذا كان عقد الهبة مقترنا بعوضاً فإن هذا لا ينفي عنه صفة التبرع وإنما العبرة في ذلك نية التبرع وهي مسألة تخضع في تقديرها إلى قاضي الموضوع. ويتم الرجوع في الهبة إما بتراضي الطرفين ومثولهما أمام الموثق لتحرير عقد رسمي يضمن هذا الحق.

واعتبر القانون هبة الشخص في مرض موته والأمراض والحالات الخيفة وصية، وهو ما أيده القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا عام 2002 جاء فيه ما يلي: "إن القضاء بإبطال عقد هبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني الذي يقرر بأن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية ويستفيد منها الموهوب له في حدود ما يسمح بذلك موضوع الوصية يعد مخالفة للقانون"<sup>2</sup>.

على أنه يخرج من تطبيق الحكم السابق الهبة بطريق الوكالة، حيث صدر عن المحكمة العليا قرار في هذا الخصوص سنة 2001 يقضي بما يأتي: "تعتبر الهبة في مرض الموت والحالات الخيفة وصية لأنه يشترط في الواهب أن يكون سليم العقل وقت إبرام أو تحرير الهبة، وأن إبطال الهبة المحررة بواسطة الوكيل في مرض الموت هو تطبيق للقانون، لعدم تحقيق ما تقتضيه أحكام المادتين 203 و 204 من الأسرة"<sup>3</sup>. مع الإشارة إلى أنه يجوز للواهب الاحتفاظ بحق الرقبة وهبة حق الانتفاع فقط، لجواز اكتساب حق الانتفاع بالتعاقد<sup>4</sup>. كما أشارت المذكرة الصادرة عن مديرية المحافظة والمسح العقاري بالجزائر سنة 2009 تحت رقم 4978 إلى إمكانية التصرف قانوناً بطريق الهبة في حق الرقبة التي تتم

<sup>1</sup> أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 426.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2002/04/24، ملف رقم 229397، م.ق، ع 2، 2002، ص 387.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ش.أ.م، قرار بتاريخ 2014/09/18، ملف رقم 0947037، م.ق، ع 2، 2014، ص 247.

<sup>4</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2001/02/21، ملف رقم 256269، م.ق، ع 2، 2002، ص 428.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2013/11/13، ملف رقم 0803432، م.ق، ع 2، 2013، ص 326.

حيازتها من طرف الموهوب له بموجب عقد رشمي مشهر متضمن لنقل الملكية مراعاة لمضمون المادة 208 من قانون الأسرة.

وفي حال تحرير الواهب عقد هبة مشهر وآخر غير مشهر ينصب كلاهما على نفس العقار فإن الملكية تنتقل بعقد الهبة المشهر، مع العلم أن عقد الهبة غير المشهر هو عقد صحيح ينتج كل آثاره القانونية<sup>1</sup> ويرتب في ذمة الواهب التزاما شخصيا يلزمه بتنفيذ العقد عينيا؛ وفي حال عدم إمكان ذلك يمكن للدائن -الموهوب له- في عقد الهبة غير المشهر أن يرجع على المدين الواهب من أجل تنفيذ الالتزام بمقابل<sup>2</sup>. مع الإشارة إلى أن الهبة تتم بالحيازة الفعلية والحقيقية للحقوق العقارية الموهوبة وذلك من يوم تحرير العقد<sup>3</sup>.

وقد أجاز القانون للواهب أن يقوم بهبة كل ممتلكاته أو بعضها سواء كانت عينا أو منفعة، وتنعقد الهبة باقتران الإيجاب مع القبول وكذا شرط الحيازة عند الاقتضاء<sup>4</sup> مع مراعاة الأحكام الخاصة بتوثيق وترسيم المعاملات العقارية والإجراءات الخاصة بالمنقولات، وفي حال تخلف أحد هذه القيود الهبة يكون مصيرها البطلان.

تجدر الإشارة إلى أنه عند عدم تحرير عقد هبة لدى الموثق قصد إضفاء الرسمية<sup>5</sup> عليه فإن هذا يعتبر تجاهل للقانون، حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا سنة 1992 ما يلي: "من المقرر قانونا أنه يتوجب تسجيل العقود المنظمة للهبة لدى موثق رسمي تحت طائلة البطلان لأهمية مثل هذه العقود، لتكون حجة بين أطرافه وإزاء الغير، ولما ثبت أن قضاة المجلس- في قضية الحال- قضوا بصحة العقد العرفي الواقع سنة 1957 فإنهم بذلك تجاهلوا تطبيق القانون المدني القديم الساري العمل به، ولم يأخذوا في

<sup>1</sup> En effet, l'acte notarié produit trois effets principaux: sa force probante, sa date certain et sa force exécutoire, cet acte fait foi jusqu'à inscription de faux, de son origine et de son contenu ainsi que sa date. LADJEL Abekader, le cadre juridique de la force exécutoire de l'acte notarié en droit Algérien, 28ème congrès international du Noutariat, Paris, France, 2016 (période allant du 19/10/2016 au 22/10/2016).

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2014/05/15، ملف رقم 0854885، م.ع، م.ع، ع 1، 2015، ص 203.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، م.ع، ملف رقم 1043985، بتاريخ 2016/05/19، م.ق، ع 1، 2016، ص 60.

<sup>4</sup> تشير إلى أن القانون لا يخول للموثق إعداد عقد إشهاد بالحيازة، وإن تم ذلك فإنه يعد مجرد عقد تصريحي لا يرتب أي أثر قانوني. م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2018/01/11، ملف رقم 1072969، م.ق، ع 1، 2018، ص 57.

<sup>5</sup> للإشارة فإن العقود المحررة من طرف قضاة المحاكم الشرعية قبل استرجاع الاستقلال تعد عقودا رسمية. م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2004/02/25، ملف رقم 264528، م.ق، ع 1، 2004، ص 241.

الاعتبار إعلان تراجع الواهب عن تصرفه. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه دون إحالة<sup>1</sup>.

فإذا كانت العين الموهوبة بيد الموهوب له قبل انعقاد الهبة فإن الحيازة قائمة وأما إذا كانت بيد الغير تعين إعلامه بها حتى يكون حائزاً، وأما إذا كان الشخص الواهب ولياً للموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعاً فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة. وقد نصت المادة 209 من قانون الأسرة بصحة الهبة للحمل مع اشتراط ولادته حياً وهو مذهب المالكية واستدلوا على ذلك باعتماد القياس على مسألة صحة الوقف عليه، فن ولد حياً وعاش بعد ذلك كان المال الموهوب ملكاً له وإن توفي بعد ولادته حياً آل أمال لورثته بخلاف الجمهور الذي لا يرى بجواز الهبة للحمل ودليلهم في ذلك أن الهبة من شروطها القبول ولا يمكن تصور ذلك من قبل الحمل<sup>2</sup>، مع أن المشرع الجزائري قد اشترط الحيازة (القبض) طبقاً للمادة 206 من ق.أ وقد خالف هذا المبدأ في مسألة الهبة للحمل.

لقد اختلفت التشريعات الوضعية شأنها شأن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية في تكييف عقد الرجوع في الهبة، وعليه نبين ما تضمنته بعض القوانين كالتشريع الأردني وكذا التشريع المصري في هذا الخصوص، بخلاف موقف المشرع الجزائري وما استقر عليه القضاء في مسألة الرجوع في عقد الهبة. فمن استقراء نصوص القانون المدني الأردني نجد أنه يكييف عقد الرجوع في الهبة على أنه تقايل (إقالة أو تفاسخ)، ويقصد بهذا الأخير ارتباط إيجاب بقبول بصورة جديدة ما يفضي إلى انحلال الرابطة العقدية، ويشترط في الإقالة توافر جملة من الشروط أهمها اتفاق الإرادة المتعاقدين على العناصر الجوهرية في العقد متمتعين بالأهلية الكاملة إذ لا يجوز للموهوب له في حالة الحجر عليه أن يبرم عقد إقالة كما يشترط أن تكون الإرادة خالية من العيوب التي قد تشوبها لاسيما الغلط، التدليس والإكراه.

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، أ.ش، قرار بتاريخ 18/02/1992، ملف رقم 81376، م.ق، ع 4، 1993، ص 88.

<sup>2</sup> محمد بن أحمد تقيّة، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1997، ص 242. السيد سابق، فقه السنة، مرجع سابق، ج 3، ص 390.

كما يتعين أن يستوفي العقد بقية الأركان من محل وسبب مع القول من مشروعية هذا الأخير وأن تكون العين الموهوبة موجودة ومعينة أو قابلة للتعين وكذا جواز التعامل فيها وكذا عدم مخالفتها للنظام العام والآداب العامة<sup>1</sup>.

وإذا كان الشيء الموهوب في حيازة الموهوب له وقت إبرام عقد الهبة فإن هذا الأخير يعتبر إقالة وسواء كان ذلك بعوض أو مجاناً، وأما إذا هلكت العين الموهوبة أو تغيرت طبيعتها أو تم التصرف فيها فإنه لا يمكن الرجوع في الهبة، وفي حالة الهلاك الجزئي فإن الإقالة تصح في الباقي<sup>2</sup>.

كما تفصح المادة 471 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه ينشأ عن الرجوع في الهبة سواء بطريق التراضي أو باللجوء إلى القضاء أن الهبة تعتبر كأن لم تكن، ونشير إلى أن المانع يبقى قائماً حتى ولو تم التقايل بين المتعاقدين بشأن العقد الذي تم بموجبه تصرف الموهوب له في العين الموهوبة، فإذا باع الولد الموهوب له الشيء الموهوب ثم تمت الإقالة فلا يسوغ للواهب الرجوع في عقد الهبة بعد أن رجعت العين الموهوبة إلى ملكية الموهوب له لأن الأصل في التقايل أنه يقع بدون أثر رجعي<sup>3</sup> كما أنه يعتبر من حيث طبيعته فسخاً لا بيعاً<sup>4</sup>.

الواضح من خلال نصوص قانون الأسرة أن المشرع الجزائري لم يتطرق لمسألة الرجوع في الهبة بالتدقيق بخلاف المشرع الأردني والمشرع المصري الذين فصلوا في هذه المسألة ضمن أحكام القانون المدني بالنسبة لكل تشريع، والمعتمد في التشريع الجزائري أن الفسخ سواء كان قضائياً أو اتفاقياً يترتب عليه

<sup>1</sup> يرى فقهاء الشريعة أن للهبة أربعة أركان وهي الواهب والموهوب له والموهوب والصيغة (الإيجاب والقبول)، كما أن الهبة نوعان يتعلق الأول بهبة الرقبة سواء لوجه الله (الصدقة) أو هبة تودد (هبة الوالد لولده) أو هبة الثواب (الجائزة عند جمهور الفقهاء) وأما النوع الثاني فيعني بهبة المنفعة كالعارية والعمرى. للتفصيل أكثر انظر: أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، مرجع سابق، ص 371-372.

<sup>2</sup> تنص المادة 242 من القانون المدني الأردني على ما يلي: "تم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض".

<sup>3</sup> بيد أنه يجوز للمعاقدين أن يتفقا على أن يكون التقايل بأثر رجعي ويترتب على هذا اعتبار العقد المتفق على إلغائه كأن لم يكن. انظر خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، الطبعة الرابعة، 2010.

<sup>4</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ص 170.

إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض (المادة 122 من القانون المدني الجزائري)، أي تطبيق الأثر الرجعي للفسخ إلى وقت إبرام العقد فيصير كأن لم يكن، ولا يقتصر هذا الأثر الرجعي على المتعاقدين فحسب بل يطال الغير كأصل عام يرد عليه استثناء نوره في موضعه لاحقاً<sup>1</sup>.

إن الرجوع في الهبة بالإرادة المنفردة بموجب العقد التوثيقي طبقاً لمقتضيات المادة 211 من قانون الأسرة هو طريق استثنائي أقره المشرع ذلك أن الموهوب له متخلف عن العقد، حيث أن الرجوع في الهبة من حق الأبوين قبل ولدهما، ويعقد الاختصاص للموثق حتى ولو تخلف الولد الموهوب له عن مجلس العقد ودون أن يستند الواهب في ذلك إلى أعداء، وقد أكد القضاء المبدأ سالف البيان وجعل الرجوع في الهبة من اختصاص الموثق في قرار صادر عن المحكمة العليا بغرفها مجمعة سنة 2009 مضمونه كما يأتي:

### ... وعليه فإن المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة

.....وحيث إنه لما كان ذلك فإن الأساس القانوني الذي اعتمدهته الجهة الاستئنافية يكون غير كاف لإسناد قضائها وذلك لعدم مراعاته من جهة لقرار المحكمة العليا -غرفة الأحوال الشخصية والموارث- الذي كرس نهائياً حق الرجوع في الهبة عن طريق العقد التوثيقي ولكونه من جهة أخرى يتنافى والتأويل السليم للمادة 211 من قانون الأسرة التي تضمنت أحكاماً عامة، دونما تحديد للإجراء الواجب إتباعه من قبل الواهب لإثبات رغبته في الرجوع في الهبة لولده. ومن هنا يكفي لصحة هذا الرجوع باعتباره من الأعمال الإدارية مراعاة الشكل الذي تمليه طبيعة المال الموهوب.

وحيث في الأخير يبقى القول أنه عند رجوع الأبوين في الهبة لولدهما دون اللجوء إلى القضاء فإن ذلك لا يمنع الموهوب له حال قيام أحد الموانع المذكورة وعلى سبيل الحصر بالمادة المشار إليها سابقاً من ممارسة حقه في رفع دعوى قضائية لطلب إبطال عقد الرجوع.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007، ص 314.

وحيث إن قضاة الموضوع لما حكموا بإلغاء الحكم الصادر في تاريخ: 2002/1410 القاضي بإلغاء عقد البيع المؤرخ في 1998/05/23 ومن جديد برفض الدعوى اعتمادا على أن رجوع الواهب في الهبة لولده لا يكون إلا عن طريق الدعوى القضائية فهم بذلك أساءوا فهم المادة 211 من قانون الأسرة وأخطأوا بالتالي في تطبيقها معرضين بذلك قرارهم للنقض والإبطال.<sup>1</sup>

وفي قرار صادر عن المحكمة العليا عام 2010 جاء في مضمونه ما يلي: " المقصود، حسب الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، بكلمة الأبوين الواردة في المادة 211 من قانون الأسرة، الأب والأم فقط ولا تشمل الجد والجدة. لا يحق للجدة الواهبة التراجع عن هبتها لحفيدها"<sup>2</sup>.

السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الخصوص مفاده في حالة عدم وجود نص يحكم الواقعة المعروضة على القاضي في مسألة الرجوع في الهبة هل نرجع إلى أحكام القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للعقود أم نعمل مقتضيات المادة 222 من قانون الأسرة خاصة في حالة التناقض في الحكم؟ والحقيقة تكمن في أن يستحدث المشرع أحكاما جديدة تفصل في الآثار التي تنشأ عن الرجوع في الهبة حتى لا يقف القاضي عاجزا أمام مسألة التي تعرض عليه أو إصدار أحكام من قبل أقرانه تتناقض مع بعضها البعض.

تقضي المادة 202 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية بأنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمام عقد الهبة على انجاز الشرط، فإذا أخل هذا الأخير بالتزامه جاز للواهب أن يفسخ هذا العقد على أساس الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ذلك أن الهبة المقترنة بعوض تكييف بأنها عقد ملزم لجانبيين. وقد أفصح القضاء عن المبدأ سالف البيان في قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرف المجتمعة، قرار بتاريخ 2009/02/23، ملف رقم 444499، مجلة قضائية، العدد 1، 2009، ص 107.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار بتاريخ 2010/07/15، ملف رقم 554347، مجلة قضائية، العدد 2، 2010، ص 255.

يلي: "يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف عليه تنفيذ العقد وفي حالة الإخلال بالشرط لا يحق لغير الواهب التمسك بذلك ولو كانوا ورثته"<sup>1</sup>.

نشير أيضا إلى أن نظرية الفسخ تقوم على الارتباط بين الالتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين، فإذا تخلف أحد المتعاقدين عن أداء التزامه فإنه يحق للمتعاقد الآخر أن يطالب بالتحلل من التزامه وذلك بفسخ العقد، وعليه فإن اللجوء إلى القضاء لإبطال عقد الهبة غير المقترن بعوض الذي تم بإرادة منفردة لا يمكن تكييفه فسخا لأنه لا يقوم على أساس الارتباط بين الالتزامات المتقابلة وغني عن البيان أن الفسخ يتقرر في العقود الملزمة لجانبين فحسب<sup>2</sup>.

ويتفحص نصوص قانون الأسرة الجزائري المشرع نلاحظ أن لم يتطرق للآثار التي تنشأ عن الرجوع في الهبة ما يقودنا إلى أعمال القواعد العامة، وهذا بخلاف التشريعات الأجنبية التي دقت في هذه الأحكام، حيث تقضي المادة 471 من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على أنه ينشأ عن الرجوع في الهبة سواء بطريق التراضي أو باللجوء إلى القضاء أن الهبة تعتبر كأن لم تكن، كما فصلت الفقرة الثانية من نفس المادة بأنه لا يرد الموهوب له الثمرات سوى من وقت إبرام عقد الرجوع في الهبة أو من تاريخ رفع الدعوى، وله في سبيل ذلك أن يمارس دعوى الرجوع بشأن كل ما أنفقه من مصروفات ضرورية، وأما بخصوص المصروفات التي تنفعه فلا يسوغ الرجوع فيها إلا بالقدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب.

ويضيف المشرع المصري أنه إذا قام الواهب بالاستيلاء على العين الموهوبة بدون رضا الموهوب له أو في حالة التقاضي ترتبت مسؤوليته عن هلاكها يستوي في ذلك أكان الهلاك بفعل الواهب أو كان ناشئا عن سبب أجنبي لا يد له فيه أو بمناسبة استعمال الشيء الموهوب. وأما إذا صدر الحكم بالرجوع في عقد الهبة وقد هلكت العين في يد الموهوب له بعد أن تم إعذاره بتسليمها فإن مسؤولية الموهوب له تكون قائمة عن هذا الهلاك ولو كان هذا الأخير بسبب أجنبي.

<sup>1</sup> المحكمة العليا، الغرفة العقارية، ملف رقم 1137814، بتاريخ 2016/09/21، مجلة قضائية، العدد الثاني، 2016، ص 113.

<sup>2</sup> خليل أحمد حسن قداد، مرجع سابق، ص 173.

وبالنسبة للتشريع الأردني فإنه أورد أحكاماً خاصة فيما يتعلق بالآثار الناشئة عن الرجوع في الهبة حيث تنص المادة 580 من القانون المدني على ما يأتي: "يعتبر الرجوع عن الهبة رضاء أو قضاء إبطالا لأثر العقد. (الفقرة الثانية) ولا يرد الموهوب له الثمار إلا من تاريخ الرجوع رضاء أو تاريخ الحكم وله أن يسترد النفقات الضرورية إما النفقات الأخرى فلا يسترد منها إلا ما زاد في قيمة الموهوب. وأضافت المادة 581 من نفس القانون ما يأتي: "إذا استعاد الواهب الشيء الموهوب بغير رضاء أو قضاء كان مسؤولاً عن هلاكه مهما كان سببه. (الفقرة الثانية) أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم فإن الموهوب له يكون مسؤولاً عن الهلاك مهما كان سببه." وعليه لم يأخذ المشرع الأردني بالأثر الرجعي لمسألة الرجوع في عقد الهبة.

وأمام غياب نصوص في التشريع الجزائري تحكم الآثار الناشئة عن الرجوع في عقد الهبة سواء بطريق التراضي أو بالجوء إلى القضاء نرجع إلى الأحكام العامة التي تسري على سائر العقود، حيث تنص المادة 103 من القانون المدني على ما يلي: "يعاد التعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل". كما تنص المادة 122 من نفس القانون على ما يلي: "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض". كما يسقط الحق في فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة بتنازل المتعاقد صراحة أو ضمناً أو بالتقادم لمدة خمسة عشرة سنة حسب مضمون المادة 308 من القانون المدني ويثبت من وقت الوفاء بالالتزام الذي نشأ عن الإخلال به رفع دعوى الفسخ<sup>1</sup>.

وأما بالنسبة للمصرفات فإنه يتعين على المالك الذي يرد إليه الملك أن يدفع إلى الحائز كل ما أنفقته من المصرفات الضرورية طبقاً لمقتضيات المادة 839 من القانون المدني الجزائري، وأما بخصوص المصرفات النافعة فقد أحالت نفس المادة إلى المادتين 784<sup>2</sup> و 1785 من نفس القانون. وإذا كانت

<sup>1</sup> بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 317-318.

<sup>2</sup> تنص المادة 784 من القانون المدني على ما يلي: "إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضاء صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك، أو أن يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها أ قيمتها في حالة



المصرفات كإلية فلا يجوز الموهوب له المطالبة بها، بيد أنه يحق له إرجاع الشيء إلى الحالة التي كان عليها إلا إذا فضل الواهب استبقاءها في مقابل تسديد قيمتها في حالة الهدم.

وبالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني نجد أن الغير حسن النية في مجال العقود يحظى بحماية لائقة قبل أطراف العلاقة، حيث تنص المادة 113 من ق.م.ع على ما يلي: "لا يرتب العقد التزاما في ذمة الغير، لكن يجوز أن يكسبه حقا". كذلك الشأن بالنسبة لأحكام التعهد عن الغير ضمن مقتضيات المادة 114 من نفس القانون، وكذا أحكام الاشتراط لمصلحة الغير ضمن المواد 116 وما يليها من ذات القانون.

والحاصل أنه إذا اكتسب الغير حسن النية العين الموهوبة بموجب تصرف قانوني ناقل للملكية فإن حقه يظل قائما لأنه لوجود مانع قانوني قرره المادة 211 من قانون الأسرة، والملاحظ أن الرجوع في الهبة طبقا للتشريع الأردني يبطل آثار العقد من وقت التراجع عن الهبة بخلاف المشرع الجزائري الذي أخذ بالأثر الرجعي للفسخ مع القول بحماية الغير حسن النية.

### الفرع السادس: عقد الوقف (الحبس)

عرف المشرع الجزائري الوقف في المادة 213 من قانون الأسرة بأنه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأيد والتصديق، كما أجاز للمواقف الإحتفاظ بمنفعة الشيء المحبس مدة حياته بشرط أن يكون مال الوقف بعد ذلك إلى الجهة المعنية. كما عرفته المادة الثالثة من القانون المتعلق بالأوقاف<sup>2</sup> بأنه حبس العين عن التملك على وجه التأيد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على

الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها. ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا، إلا إذا اختار صاحب الأرض استبقاءها طبقا لأحكام الفقرة السابقة.

<sup>1</sup> تنص المادة 785 من القانون المدني على ما يلي: "إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها، فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها. غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية وكان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض، جاز له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل".

<sup>2</sup> القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية، العدد 21، المؤرخة في 8 مايو 1991.

وجه من وجوه البر والخير. وجاء ضمن مقتضيات المادة الرابعة من نفس القانون بأن الوقف هو عقد التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة.

ولصحة الوقف بتعين توافر جملة من الأركان ورد النص عليها ضمن المادة التاسعة من قانون الأوقاف، يتعلق الأمر بالواقف، محل الوقف، صيغة الوقف والموقوف عليه، وقد أحال المشرع بموجب قانون الأسرة فيما يشترط في الوقف والموقوف إلى أحكام عقد الهبة بشأن الشروط المتعلقة بالواهب والموهوب حيث تعتبر المادة 204 من قانون الأسرة أن الهبة في مرض الموت والحالات المخيفة تعتبر وصية، كما أجازت المادة 205 من نفس القانون للواهب أن يهب كل ممتلكاته أجزء منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير. واشترطت المادة 10 من قانون الأوقاف في الواقف أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا، وأن يكون ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين، وأما بالنسبة لمحل الوقف الذي قد يكون عقارا أو منقولا أو منفعة فإنه يتعين أن يكون معلوما محددا ومشروعا على أنه يصح وقف المال المشاع ومن ثم يتوجب إجراء القسمة، وأما بالنسبة لصيغة الوقف فتكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة، بالنسبة للموقوف عليه الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا فإنه يشترط في الشخص الطبيعي وجوده وقبوله للقول باستحقاقه للوقف وأما الشخص المعنوي فيشترط ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية.

والأملاك الوقفية<sup>1</sup> لا يجوز التصرف في أصلها بأية صفة من صفات التصرف، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها<sup>2</sup>. كما أنه لا يجوز التراجع عن الوقف الصحيح، باعتباره صدقة مؤبدة<sup>3</sup>. على أنه يجوز للواقف أن يتراجع عن بعض الشروط التي تضمنها عقد الوقف إذا اشترط لنفسه ذلك وقت إبرام العقد. ولما تبين أن عقد الحبس لم يتضمن شروطا تسمح بالتراجع عنه وفقا للمادة 15 من القانون المتعلق بالأملاك الوقفية باعتباره تصرف نهائي، وعليه يتعين القضاء بصحة التراجع<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> تعرف المادة 213 من قانون الأسرة الوقف بأنه حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأيد والتصدق.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2011/03/10، ملف رقم 636028، م.ق، ع 2، 2011، ص 156.

<sup>3</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 2011/07/14، ملف رقم 692342، م.ق، ع 2، 2011، ص 302.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2001/01/31، ملف رقم 204958، م.ق، ع 2، 2002، ص 378.

فالرجوع في الوقف محذور ولو أن أيلولته تخضع مبدئياً لإرادة المحبس، وهو ما جاء ضمن القرار الصادر عن المحكمة العليا عام 1986 الذي يقضي بما يلي: "حيث أنه خلافاً للقواعد الإلزامية الجارية على الموارث تخضع أيلولة الحبس مبدئياً لإرادة المحبس، وحيث من جهة أخرى أن المذهب الحنفي يسمح بإخراج الإناث بشرط أن يجعل لمن عند الإحتياج حق استغلال الأملاك المحبوسة.

ومن ثم فإن قضاة المجلس لما اعتبروا هذا الحبس لا رجوع فيه قد التزموا صحيح القانون وبرروا قرارهم تبريراً شرعياً<sup>1</sup>. بيد أنه يجوز للواقف حسب المادة 14 من القانون المتعلق بالأوقاف أن يتراجع عن بعض الشروط الواردة في الوقف بشرط أن يكون قد اشترط لنفسه ذلك وقت انعقاد الوقف. كما أنه يسوغ للقاضي طبقاً للمادة 16 من نفس القانون أن يلغي أي شرط من الشروط التي أدرجها الواقف ضمن عقد الوقف متى كانت منافية لمقتضى حكم الوقف المتمثل في اللزوم أو كانت ضارة بمحل الوقف أو كان من شأنها أن تضر بمصلحة الموقوف عليه.

واعتمد المشرع نفس الأسلوب ضمن المادة 217 من ذات القانون حيث أحال المشرع إلى أحكام الوصية ونص على أن الوقف يثبت بما ثبت به الوصية، أي ضرورة تصريح الواقف أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وإذا كان هناك مانع قاهر فإن الوقف يثبت بحكم ويتم التأشير عليه على هامش أصل الملكية. كما أوجب المشرع الجزائري بمقتضى القانون المتعلق بالأوقاف أن يصب الوقف في قالب رسمي حيث قضت المادة 41 من هذا القانون بأنه يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف وهو مبدأ مكرس قضاءً<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> م.ع، غ.أ.ش، قرار بتاريخ 1986/05/05، ملف رقم 41110، (غير منشور). انظر بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات ومعلقاً عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966-2010، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2018/07/12، ملف 1127124، م.ق، ع1، 2018.

ينبغي الإشارة في هذا الخصوص إلى أن القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم لا يطبق بأثر رجعي فيما يتعلق بإعداد عقد الوقف في الشكل الرسمي، والشهر بالمحافظة العقارية<sup>2</sup>، كما أن الشهادة التوثيقية الواردة على عقار موقوف يكون مآلها البطلان<sup>3</sup>.

ولم يميز المشرع الجزائري في القانون المدني وقانون الأسرة بين نوعي الجنون المعروفين في الفقه الإسلامي أي الجنون المطبق والجنون المتقطع حيث يعتد بتصرفات الشخص أثناء إفاقته<sup>4</sup>، غير أنه نص عليها في القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/02/1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم حيث تنص المادة 31 منه على ما يلي: "لا يصح وقف المجنون والمعته لكون الوقف تصرفا يتوقف على أهلية التسيير. أما صاحب الجنون المتقطع فيصح أثناء إفاقته وتتمام عقله شريطة أن تكون الإفاقة ثابتة بإحدى الطرق الشرعية".

كما أوجب القانون أن يكون المال المحبس مملوكا للواقف، وأن يكون معيناً وخالياً من النزاع حتى ولو كان مشاعاً. وإذا اشترط الواقف شرطاً أو أزيد فوجب أن ينفذ ما لم يتناف ومضمون الوقف شرعاً وإلا فإن الشرط يبطل ويبقى الوقف سارياً، وإذا قام المحبس عليه بإحداث بناء أو غرس في الحبس

<sup>1</sup> القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف، ج.ر، ع21، المؤرخة في 8 مايو 1991.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 12/05/2011، ملف رقم 653961، م.ق، ع1، 2012، ص 175.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 14/10/2015، ملف 0940438، م.م.ع، ع2، 2015، ص 118.

<sup>4</sup> يطرح التساؤل في حال إذا بلغ الشخص عاقلاً رشيداً ثم أصيب بجنون أو عته هل تعود الولاية إلى الأب أو الجد أم أنها ترجع إلى القاضي؟ يرى فريق من الفقهاء وهو الراجح عند الحنفية أن الولاية في هذه الحال ترجع إلى القاضي باعتباره صاحب الولاية العامة والعلّة في ذلك أنها سقطت عن الأب والجد بمجرد بلوغه عاقلاً والساقط لا يعود، بينما يذهب فريق آخر إلى أن الولاية تعود للأب أو الجد ذلك أنها سقطت بسبب البلوغ والعقل فإذا زال العقل أو نقصت عادت إليهما حيث أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، وبين الحكمين ترجيح بطريق الاستحسان حيث أنه من غير المعقول أن يعين القاضي شخص أجنبي عن الأب أو الجد بالنظر إلى وفور عنصر الشفقة لديهما وهما الأفضل لتولي شؤونهما وأما إذا طرأ على الشخص جنون قبل بلوغه سن الرشد فإن المحكمة تقضي باستمرار الولاية أو الوصاية عليه. انظر محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط2، 2012، ص 462. مرجع سابق، ص 596.

فإنه يعتبر من الشيء المحبس. ويبقى الحبس قائماً مهما طرأ على الشيء المحبس من تغيير في طبيعته، وفي حال ترتب عن التغيير تعويض فإنه ينزل منزلة الحبس.

ويبطل الوقف إذا كان بنية حرمان الورثة من الميراث، وهو مبدأ مكرس قضاءً بموجب القرار الصادر عن المحكمة العليا جاء في مضمونه ما يأتي: "من المقرر شرعاً أنه يبطل الحبس عندما يحزر بسوء نية قصد حرمان أحد الورثة من الميراث. ومتى تبين - في قضية الحال - أن عقد الحبس لم يقم على أساس قانوني أو شرعي عندما حرم أحد الورثة الشرعيين من الاستفادة من الميراث (ابنه) فإن قضاة المجلس عندما سببوا قرارهم على ضوء عقد الحبس الذي أقامه والد المعى عليها على أملاكه لزوجته وبنته فإنهم عرضوا قرارهم للإبطال والنقض. ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه"<sup>1</sup>.

وقد أصدرت المحكمة العليا اجتهاداً قضائياً بالغرف مجتمعة بعدم جواز التصرف بيعة في عقار محبس أو هبته أو غيرهما من التصرفات، مفاده ما يلي: "من المقرر شرعاً وقانوناً أن العين المحبسة لا يجوز التصرف فيها بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو بالهبه<sup>2</sup> أو بغيرهما. ولما تبين في قضية الحال أن جهة الاستئناف تغاضت عن طلب الطاعن الأساسي الرامي إلى إبطال البيع الوارد على الأرض المحبسة وراحت تصحح هذا البيع المفرغ في عقد الشهرة<sup>3</sup> بالرغم من تعلقه بأرض محبسة فإن القضاة بقرارهم كما فعلوا يكونون قد أساءوا وتطبيق القانون وخرقوا أحكام الشريعة الإسلامية مما يستوجب نقض قرارهم"<sup>4</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد اعتبر الوقف من الأشخاص الاعتبارية طبقاً للمادة 49 من القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، وأما بشأن القانون الواجب التطبيق فإن المادة 16 من القانون المدني في فقرتها الأولى قد أفادت بأنه يسري على الوقف قانون جنسية الواقف وقت إجرائه.

<sup>1</sup> بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقاً لأحدث التعديلات، مرجع سابق، ص 585-586.

<sup>2</sup> تعرف المادة 202 من قانون الأسرة بأنها تملك بلا عوض.

<sup>3</sup> نشير في هذا الخصوص إلى قرار المحكمة العليا الصادر سنة 2015 يقضي بأن يبقى الاختصاص للموثقين فيما يتعلق بإعداد عقود الشهرة وفقاً لأحكام المرسوم رقم 83-352 بشأن الملفات التي تم إيداعها لديهم قبل نشر القانون رقم 07-02 المتعلق بالتحقيق العقاري في الجريدة الرسمية. م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2015/06/11، ملف 0921284، م.ع، ع.ع، 2015، ص 131.

<sup>4</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 1997/07/16، ملف رقم 157310، م.ع، ق.ع، 1، 1997، ص 34.

### المبحث الثاني: العقود المستجدة في مجال التوثيق

نظرا للطلب المستمر في طلب السكّات بمختلف أنماطها واكب المشرع الجزائري هذا الطلب المتزايد بمستجدات تشريعية وذلك بإستحداث آليات للبيع في إطار الترقية العقارية وذلك من أجل دفع عجلة التنمية الاقتصادية، وبالنظر أيضا إلى حاجة البلاد إلى الإستثمار في مختلف المجالات والاستفادة من الكفاءات في إطار خلق المنافسة بين المؤسسات وولوج الأسواق العالمية، وظهور البنوك بوجهة جديدة في مجال الإستثمار وفق صيغ التمويل الاسلامي، كل هذا وذاك يتعين على المرقين بذل جهد أكبر لمسايرة التشريع الحديث تفي هذا القبيل والعمل على إثرائه بمقترحاتهم ومن ثم تحفيز الأفراد على التعامل بعقود الصيرفة الإسلامية لتحقيق غاياتهم الخاصة والتي تصبو في الأخير لخدمة الصالح العام. تأسيسا على ما سبق نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب لنعالج في المطلب الأول عقود الترقية العقارية، ثم نتطرق ضمن المطلب الثاني لعقود الصيرفة الإسلامية بعدها نخصص المطلب الثالث لبيان أن هناك ضرورة لتوسيع اختصاص الموثق بشأن إعداد المحررات، ومن ثم الخروج بنتائج مهمة في هذا الإطار.

### المطلب الأول: عقود الترقية العقارية في ثوبها الجديد

صدر أول قانون متعلق بالترقية العقارية في سنة 1986<sup>1</sup> حيث غلب هذا القانون بناء المحلات ذات الطابع السكني بدلا من المحلات ذات الطابع التجاري والمهني، وبالنظر إلى جملة من العوامل أهمها الأزمة الاقتصادية التي كانت تعاني منها الجزائر منذ مطلع الثمانينات وسوء التسيير كان من الضروري استحداث أحكام جديدة في مجال الترقية العقارية فصدر المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري<sup>2</sup> حيث استحدث صيغة البيع بناء على التصاميم.

بعدها صدر المرسوم التشريعي رقم 97-35 المحدد لشروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الإستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار المشيدة من قبل دواوين الترقية والتسيير العقاري، هذه

<sup>1</sup> القانون 86-07 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، ج.ر، ع10، المؤرخة في 5 مارس 1986.

<sup>2</sup> المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993 التعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، ع14، المؤرخة في 3 مارس 1993.

الأخيرة التي تم تكريسها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك<sup>1</sup>، حيث يتم التعاقد بين المعهد بالترقية العقارية والمكتب المستفيد، ليقوم هذا الأخير بعد الإتفاق بدفع إيجارات بشكل دوري وبعد تسديدها بالكامل ليتملك العقار.

كما صدر القانون 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية<sup>2</sup> الذي نظم الأحكام التي تعنى بالمشروع العقارية على نحو يساهم في وتيرة التنمية ويراعي في ذات الوقت مصلحة الطبقة الوسطى في المجتمع، وتضمنت المادة 3 منه تعريف بعض المصطلحات المرتبطة بالتهيئة والتعمير التي تفيد الموثق في التحديد الدقيق للوثائق التي يتعين طلبها من الحريف قبل تحرير العقد التوثيقي، ونسوق هذه التعاريف على النحو التالي:

- البناء: كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو الحرفي أو التجاري أو المهني.
- التهيئة: كل عملية إنجاز و/أو تهيئة شبكات التهيئة بما فيها الفضاءات المشتركة الخارجية.
- الترميم العقاري: كل عملية تسمح بتأهيل بنايات أو مجموعة بنايات ذات طابع معماري أو تاريخي، يستثنى من ذلك تلك المعنية بحماية التراث الثقافي.
- الإصلاح: استعادة أو إصلاح أجزاء من البناية وتعلق بالأشغال الثانوية.
- التجديد العمراني: كل عملية مادية تمثل دون تغيير الطابع الأساسي للحي، تغييرا جذريا في النسيج العمراني الموجود مع إمكانية هدم بالبنايات القديمة، وعند الاقتضاء إعادة بناء بنايات جديدة في نفس الموقع.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج.ر، ع.25، المؤرخة في 29 أبريل 2001.

<sup>2</sup> ج.ر، ع.14، المؤرخة في 06/03/2011. وقد تم بموجبه إلغى المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري المعدل والمتمم باستثناء المادة 27 منه، وكذا أحكام الأمر 79-92 المؤرخ في 1976/2310 المتعلق بتنظيم التعاون العقاري.

- إعادة التأهيل: كل عملية تتمثل في التدخل في بناية أو مجموعة بنايات من أجل إعادتها إلى حالتها الأولى وتحسين شروط الرفاهية واستعمال تجهيزات.
- إعادة الهيكلة: يمكن أن تكون شاملة أو جزئية، وتخص شبكات التهيئة وكذا البنايات أو مجموعة البنايات. ويمكن أن تؤدي هذه العملية إلى الهدم الجزئي لتجزئات أو تغيير خصائص الحي من خلال تحويل النشاطات بكل أنواعها وإعادة تخصيص البنايات من أجل استعمال آخر.
- التدعيم: كل عملية تتمثل في إعادة الاستقرار لبناية ما من أجل تكييفها مع المتطلبات التنظيمية الجديدة.
- المشروع العقاري: مجموع النشاطات المتعلقة بالبناء<sup>1</sup> والتهيئة والإصلاح والترميم والتجديد وإعادة التأهيل وإعادة الهيكلة وتدعيم البنايات المخصصة للبيع و/أو الإيجار بما فيها تهيئة الرضيات المخصصة لاستقبال البنايات.
- الترقية العقارية: مجموع عمليات تعبئة الموارد العقارية والمالية وكذا إدارة المشاريع العقارية.
- أرضية البناء: وعاء عقاري تتوفر فيه حقوق البناء والتجهيزات الضرورية.
- الإتمام الكامل للأشغال: رفع التحفظات التي تم إبدائها على إثر الاستلام المؤقت للأشغال وإصلاح عيوب البناء الملاحظة وذلك قبل الإستلام النهائي للمشروع العقاري.
- المقاول: كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري بعنوان نشاط أشغال البناء بصفته حرفيا أو مؤسسة تملك المؤهلات المهنية.
- المرقي العقاري: يعد مرقا عقاريا في مفهوم هذا القانون كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها.

<sup>1</sup> تجدر الإشارة إلى أنه يتعين على كل مالك لعقار مبني طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما يقع في الجزائر شخصا طبيعيا كان أو معنويا ما عدا الدولة أن يكتب عقد تأمين على الأضرار يضمن هذا الملك من آثار الكوارث الطبيعية، ونفس الحكم يطبق على المنشآت الصناعية والتجارية وعمليات التنازل على ملك عقاري أو إيجاره، ويعاقب على كل من يخالف هذا الأمر بغرامة تساوي مبلغ القسط أو الإشتراك الواجب دفعه مع زيادة قدرها 20%. انظر الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا، ج.ر، ع52، المؤرخة في 27/08/2003.



- الإستلام المؤقت: هو محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقى العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال.

إن العقود المتعلقة بالترقية العقارية يتعين توافر شروط لممارسة المرقى العقاري لمجموع هذه العمليات، والموثق ملتزم بالنظر في مدى تجسيدها ضمن الملف المطلوب لا سيما شرط الأهلية (م. 19 من القانون رقم 04-11) وإثبات التسجيل في السجل التجاري (م. 1/4 من نفس القانون) وضرورة الحصول على الإعتماد (م. 2/4 من القانون 04-11) وكذا التسجيل ضمن السجل الوطني للمرقين العقاريين (م. 23 من القانون رقم 04-11)، ويضاف إلى ما سبق التسجيل في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة (م. 55 من القانون رقم 04-11) والتمتع بجميع الحقوق المدنية (م. 21 من القانون رقم 04-11). تأسيسا على ما سبق نركز على عقدين تضمنهما القانون رقم 04-11 على النحو الآتي بيانه:

### الفرع الأول: عقد البيع على التصاميم

عرفت المادة 28 من القانون 04-11 عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بيناية مقرر بناؤها أو في طور البناء بأنه العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنائات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدم الأشغال وفي المقابل يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز، وقد أوردت الفقرة الثانية من ذات المادة بأنه يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم.

وكغيره من العقود يتفحص الموثق مدى توافر الشروط من رضا ومحل وسبب، على أن محل الإلتزامك غير موجود وقت إبرام العقد وإنما هو شيء مستقبلي محقق الوجود يتمثل في بناء طور التشييد، على أن المادة 30 من القانون رقم 04-11 أوجبت في عقد البيع على التصاميم أن يتضمن أصل ملكية الأرض ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، وكذا مرجعيات رخصة التجزئة، يضاف إلى ما سبق شهادة التهيئة والشبكات وتاريخ ورقم رخصة البناء، كما نصت المادة 54 من نفس القانون بأنه يتعين على المرقى العقاري الذي يباشر إنجاز المشروع العقاري بغرض بيعه قبل إنجائه اكتتاب ضمان الترقية العقارية، والغاية من ذلك كما بينها المشرع في ذات المادة الوفاء بالدفعات التي قام بها المكتتبون في صورة تسبيقات وكذا إتمام الأشغال إضافة إلى تغطية واسعة للإلتزامات المهنية والتقنية، كما بينت

المادة من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013<sup>1</sup> إلزامية تحديد آجال تسليم البناية أو جزء من البناية وكذا عقوبة نالتأخير حال المخالفة، وحددت المادة 3 من نفس المرسوم التدرج في تسديد سعر الملك العقاري توازياً مع تقدم الأشغال وهي على النحو التالي:

- دفع 20 % من سعر البيع المتفق عليه حال توقيع العقد،
- دفع 15 % من سعر البيع المتفق عليه حال الإنتهاء من الأساسيات،
- دفع 35 % من سعر البيع المتفق عليه وقت الإنتهاء من الأشغال الكبرى بما في ذلك المساكاة والأسوار الخارجية والداخلية،
- دفع 25 % من سعر البيع المتفق عليه عند الإنتهاء من جميع الأشغال بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية،
- دفع 5 % من سعر البيع المتفق عليه وهو الرصيد المتبقي وقت إعداد محضر الحيازة.

الشيء الذي يهمننا في هذا المقام هو ضرورة إفراغ عقد البيع على التصاميم في شكل رسمي طبقاً لمقتضيات المادة 25 من القانون رقم 04-11، كما يتعين تسجيله لدى إدارة التسجيل المختصة طبقاً للمادة 75 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل<sup>2</sup> حسب الرسم التصاعدي المحدد بخمسة في المئة (5%) من ثمن البيع الصافي وفقاً للمادة 252 من ذات القانون. مع وجوب مراعاة الآثار اللازمة من قبل أطراف العقد لا سيما:

#### أولاً: إلتزامات المرقى العقاري

التزام المرقى العقاري بنقل الملكية طبقاً لمقتضيات المادة 361 من ق.م، على أنه لا يتم نقل الملكية إلا بعد استيفاء الإجراءات المنصوص عليها اقنونا ضمن مقتضيات المادة 793 من ذات القانون وكذا ما تضمنته المادة 34 من القانون رقم 04-11، وبعد تسليم شهادة المطابقة يمكن حيازة البناية من طرف المقتني بقصد شغلها أو استغلالها حسب نص المادتين 9 و 10 من القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها<sup>3</sup>. على أنه يراعى إنجاز البناية في الوقت

<sup>1</sup>ج.ر، العدد 66 المؤرخة في 25/12/2013.

<sup>2</sup>جريدة رسمية، ع81، المؤرخة في 18/12/1977

<sup>3</sup>ج.ر، ع44، المؤرخة في 3 غشت 2008.

المحدد في العقد طبقاً للمادة 43 من القانون 04-11. ويكون تسليم البناية طبقاً للمواصفات المحددة في بنود العقد، جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا عام 2015 مفاده ما يلي: "عدم تحرير المرقى العقاري محضر معاينة حضوري، يمضى من كلا الطرفين، يفيد عدم وجود عيوب أو نقائص الشقة المسلمة، يبقيه ملتزماً بالضمان. المرقى ضامن حسن إنشاء المنشآت، خلال سنة من تاريخ التسليم"<sup>1</sup>. دون أن يغفل عن مسألة الضمان لا سيما الضمان العشري المنصوص عليه في المادة 26 من القانون 04-11 مع العلم أن هناك واردة في القواعد العامة كضمان عدم التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية.

### ثانياً: التزامات المشتري

وفي المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن حيث تنص المادة 38 من القانون رقم 04-11 على أنه يتم ضبط تسديد سعر البيع في العقود على التصاميم حسب تقدم أشغال الإنجاز، وقد أحال المشرع إلى التنظيم في تحديد هذه النسب كما بيناه سلفاً، كما يلتزم المرقى العقاري بتسلم العين المباعة وذلك عن طريق إعداد محضر التسليم النهائي، ويترتب على هذا انتقال ملكية المبيع ومن ثم يعتبر تاريخه نقطة بداية حساب الضمان العشري. زيادة على ذلك يلتزم المشتري بمراعاة البنود الواردة في نظام الملكية المشتركة<sup>2</sup> لا سيما دفع المبالغ التي تقه على عاتقه.

### الفرع الثاني: عقد حفظ الحق

عرفت المادة 27 من القانون رقم 04-11 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية عقد حفظ الحق بأنه عقد يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير. ويقوم صاحب حفظ الحق بدفع هذا التسبيق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمانة عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها ضمن أحكام المادة 56 من قانون الترقية العقارية، حيث أحالت هذه المادة إلى التنظيم وبالضبط أحكام

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2015/11/19، ملف رقم 1007602، م.ق، ع2، 2015، ص 31.

<sup>2</sup> نوه إلى أنه بإمكان الموثق القيام بتعديل الجدول الوصفي للتقسيم بناء على مخطط يعده خبير قضائي على أن يتم ذلك بموافقة جميع الملاك على تعديل الأملاك المشتركة. م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2019/02/14، ملف 1166599، م.ق، ع1، 2019، ص 61.

المرسوم رقم 431-13 المتعلق بنموذج حفظ الحق<sup>1</sup>. وعليه فإن عقد حفظ الحق ينصب على العقارات دون المنقولات والحقوق الفكرية، كما أنه لا يمكن أن يرد هذا العقد على عقار لا يرجى بناؤه أو إذا كان مكتمل التشييد. وعليه فهو وارد على عقار لإنجاز بناية محققة الوجود في المستقبل بمعنى أن الالتزام غير موجود وقت التعاقد على أن يكون محقق الوجود في وقت يتفق عليه الطرفان يطلق عليه في التشريع المصري "اجل الواقف" وهو أجل لا يعلق الالتزام بل يؤجل تنفيذه.

### أولاً: إلتزامات طرفي عقد حفظ الحق

صاحب حفظ الحق هو كل شخص طبيعي يتمتع بأهلية تمكنه من مباشرة حقوقه المدنية، وقد أوجب المرسوم رقم 431-13 أن ينصب عقد حفظ الحق في قالب رسمي لدى موثق تبعا للنموذج المعتمد، وينشئ هذا العقد طبقاً للمادة 55 من القانون 04-11 التزامات متقابلة وذلك بتخصيص العقار تحت الإنشاء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه وفي المقابل يلتزم هذا الأخير بدفع تسبيق يودع في حساب خاص لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة، على أن المادة 33 من نفس القانون توجب على المرقى العقاري بعد مضي ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناء أو لجزء منها أن يعد عقد بيع العقار أو جزء من البناية المحفوظة أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من قبل صاحب حفظ الحق، وتبعا لهذا يظل المرقى العقاري مالكا للعقار محل حفظ الحق إلى حين تسديد البناية أو جزء منها، وبمجرد دفع صاحب حفظ الحق للسعر كله الذي تم الاتفاق عليه في عقد البيع يتم تحرير العقد الناقل للملكية أمام الموثق على أن المشرع قد أخضعه للتسجيل دون الشهر.

### ثانياً: المقارنة بين عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم

وبناء على ما سبق فإن عقد حفظ الحق يشبه عقد البيع على التصاميم في أن كلاهما عقد ملزم لجانبين ون كلاهما يتعين أن يكتسي طابع الرسمية فيتم إفراغهما في قالب رسمي لدى الموثق، بيد أنه يتميز عقد حفظ الحق عن عقد البيع على التصاميم في عدة نقاط نعددها كما يلي:

عقد حفظ الحق	عقد البيع على التصاميم
1- عقد تمهيدي	1- عقد نهائي
2- عقد غير ناقل للملكية إلا بعد تحرير العقد النهائي	2- عقد ناقل للملكية
3- يكون التسديد على دفعتين الأولى في شكل تسبيق	3- يكون تسديد المكتب وفق أقساط دورية تواريا

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 431-13 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، ج.ر، العدد 66 المؤرخة في 25/12/2013.

والثانية باعتبارها الدفع النهائي.	مع تقد الأشغال.
4- يكون صاحب حفظ الحق شخص طبيعي	4- يكون المقتني شخص طبيعي أو معنوي
5- لا يمكن للبرقي العقاري اللجوء إلى استعمال القروض.	5- بإمكان المبرقي العقاري اللجوء إلى استعمال قروض لأجل تمويل المشروع.

## ثالثا: الشروط الواجب توافرها في عقد حفظ الحق

هناك شروط موضوعية وأخرى شكلية، أما بالنسبة للشروط الموضوعية يجب أن تتوفر عقد حفظ الحق كسائر العقود على الرضا والمحل والسبب، أما بالنسبة للتراضي فيتعين أن تتوفر في المبرقي العقاري الأهلية التجارية والقدرة المالية والفنية في المشاريع الفنية وألا يكون محلا للمتابعة الجزائية وأن يكون معتمدا ومسجلا في الجدول الوطني للمبرقين العقاريين وضرورة انتسابه لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة، كما يجب أن يتمتع صاحب الحق بالأهلية المدنية، ومن ثم يجب أن يتطابق الإيجاب مع القبول حول طبيعة العقد والإتفاق على الثمن وكذا المدة تلافيا لتقاعس المبرقي العقاري، ويتعين أيضا أن يلتزم المبرقي العقاري بالإعلام حتى يضمني الحماية القانونية على رضاء المتعاقد. وأما بشأن المحل فيتعين أن يكون العقار قابلا للوجود وأن يكون قابلا للتعين، كما أنه يستوجب دع تسبيق يساوي 20 % من السعر الإجمالي كضمان لحسن نية صاحب الحق في إبرام العقد، وأما عن السبب فوجب أن يكون مشروعا ألا يكون مخالفا للنظام العام والآداب العامة وإلا كان العقد باطلا (م. 97 من ق.م).

وأما بالنسبة للشروط الشكلية فإنه يتعين إفراغ العقد في قالب رسمي طبقا لل مواد 324 مكررا من ق.م وكذا المواد 31، 33، 34 من القانون 11-04 المتعلق بتحديد القواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، فقبل إبرام عقد حفظ الحق يجب أن يكون المبرقي العقاري مالكا للوعاء العقاري المخصص للتشيد بمقتضى عقد رسمي مشهر لدى المحافظة العقارية المختصة، إضافة إلى رخصة البناء ورخصة اتلجزئة وكذا شهادة قابلية الاستغلال، وأما بشأن البيانات الواجب توافرها في العقد فيتعين تحديد هوية الأطراف تحديدا كافيا وتعين العقار بوصفه وصفا نافيا للجهالة وتحديد ثمن العقار حيث يتم تعيين السعر التقديري بصورة قابلة للمراجعة والغشارة ضمن العقد إلى الأجل التقديري للتسليم. وبعد توقيع الأطراف والموثق يتم تسجيل العقد لدى مصلحة التسجيل والطابع طبقا للمادة 75 في فقرتها الأولى من القانون 75-105 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم بهدف التحصيل الضريبي لفائدة الخزينة العمومية (م. 40 من قانون تنظيم مهنة الموثق).

### رابعاً: فسخ عقد حفظ الحق

- وبإمكان أحد طرفي العقد فسخ عقد حفظ الحق في أي وقت طيلة إنجاز المشروع العقاري وهنا ميز المشرع ضمن المادة 32 من القانون رقم 04-11 بين ثلاث صور:
- بطلب من أحد الطرفين بشرط قبول الطرف الآخر.
  - بطلب من صاحب حفظ الحق على أن يكون المرقى العقاري مستفيداً من اقتطاع بنسبة 15 % من مبلغ التسبيق.
  - بطلب من المرقى العقاري عند عدم مراعاة صاحب الحق لالتزاماته بعد توجيه إذارين مدة كل واحد منهما شهر واحد ولم يتم الرد عليهما رغم التبليغ عن طريق المحضر القضائي.
- وقد نصت المادة 33 من القانون رقم 04-11 على أنه يتوجب على المرقى العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على إثر الاستلام المؤقت للبناء أو جزء منها أن يعد عقد بيع البناء أو جزء من البناء المحفوظة أمام موثق مقابل التسديد الكلب لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق.

### الفرع الثالث: عقد نظام الملكية المشتركة

يرمي هذا النظام إلى حسن التنظيم والتسيير للملكية لاسيما في ظل النمو الديمغرافي السريع وتمركز السكان في أقاليم معينة نظراً لعدة عوامل فأصبحت الحاجة إلى اعتماد نظام أكثر استجابة لهذه المتطلبات استناداً إلى جملة من القوانين والتنظيمات مع تبني التوسع العمودي في شكل طبقات وهجر فكرة التوسع الأفقي. ويقوم هذا النظام على أساس قيام مجموعة من الأشخاص بالإشتراك في العقار نفسه وفق تعايش جماعي يخضع لجملة من الضوابط والآليات تركز الحقوق والواجبات المشتركة.

#### أولاً: المقصود بالملكية المشتركة

وقد نص المشرع الجزائري على نظام الملكية المشتركة ضمن أحكام القانون المدني وعرف الملكية المشتركة ضمن المادة 743 بأنها "الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصاً بين عدة أشخاص تشتمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة". فالأجزاء الخاصة وفقاً للمادة 744 من نفس القانون هي أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بقصد الاستعمال الشخصي والخاص، وأما الأجزاء المشتركة طبقاً للمادة 745 من القانون المدني فهي أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها

كافة الشركاء المالكين بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاك المشتركين أو لأكبر عدد منهم.

### ثانياً: بعض الجوانب القانونية الخاصة بنظام الملكية المشتركة

تقضي المادة 747 من القانون المدني الجزائري بأنه لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة والحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم أو بيعاً بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة، وهو المبدأ الذي تم تكريسها قضاءً في قرار صادر عن المحكمة العليا سنة 1991 ورد في مضمونه ما يأتي: "من المقرر قانوناً أن الأجزاء المشتركة والحقوق التابعة لها محلاً لدعوى التقسيم، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير سديد. لما كان من الثابت - في قضية الحال - أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير والتصريح بأن الأجزاء المشتركة تبقى على حالتها الطبيعية، ولا يجوز تقسيمها باعتبار أن كل تقسيم يضر بحقوق الأطراف يكونوا قد طبقوا القانون تطبيقاً سليماً. ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن"<sup>1</sup>.

وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 99-14 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة<sup>2</sup> سواء ضمن مقتضيات مواده أو محتوى النموذج الملحق يتبين أنه أعاد تنظيم أحكام المرسوم التنفيذي رقم 83-666 المؤرخ في 12 نوفمبر 1983 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العمارات الجماعية، حيث نصت المادة 6 من المرسوم رقم 99-14 على أن المرقى العقاري يعد نظام الملكية المشتركة وذلك بموجب عقد يحرره الموثق بناء على طلب منه، ويخضع هذا العقد للتسجيل والشهر العقاري وذلك وفق النموذج الملحق بالمرسوم رقم 99-14.

كما تجدر الإشارة إلى أنه في حالة نقل الملكية في نظام الملكية المشتركة فإن الالتزامات الناشئة عن هذا النظام تتبع العقار وتسري على المقتني الجديد ومن ثم يتعين عليه مراعاة نظام الملكية المشتركة بصفته شريكاً في ملكية الأجزاء المشتركة.

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 10/07/1991، ملف 76988، م.ق، ع3، 1992، ص 35.

<sup>2</sup> المرسوم التنفيذي رقم 99-14 المؤرخ في 4 مارس 2014 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة، ج.د.ع، 14، المؤرخة في 16 مارس 2014.

### الفرع الرابع: عقد بيع بالإيجار

عرفت المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 105-01 البيع بالإيجار بأنه صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب. ويتم هذا الإتفاق بين الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره "AADL" والمستفيد من السكن. فإذا وفي هذا الأخير بجميع الأقساط الدورية المتفق عليها ضمن العقد تملك الشيء محل التعاقد، حيث تنص المادة 19 من هذا المرسوم على أن ملكية السكن محل التعاقد تنتقل طبقا للقواعد المعمول بها بعد دفع كلية ثمن المسكن، وقد تم تعديل المرسوم رقم 105-01 بالمرسوم التنفيذي رقم 35-03 الصادر سنة 2003<sup>1</sup> وأصبحت البنوك والمؤسسات المالية المختصة تمنح قروضا لتمويل السكنات في إطار البيع بالإيجار.

#### أولا: كيفية توثيق عقد البيع بالإيجار

وقد اشارت المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 105-01 إلى أن عقد البيع بالإيجار يتم إعداده لدى الموثق الذي تعينه الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره وبعد تحرير العقد النهائي يتم تسليم المفاتيح، وقد أعفت المادة 4 من قانون المالية لسنة 2005<sup>2</sup> المعدل لقانون التسجيل وبالضبط المادة 258 من رسم حق نقل الملكية عمليات بيع البناءات ذات الإستعمال الرئيسي للسكن التي تنازلت عليها الدولة والهيئات العمومية للسكن بخصوص البيع بالإيجار.

#### ثانيا: أهم المبادئ الصادرة عن القضاء بشأن البيع بالإيجار

وأما بخصوص أعمال القضاء بشأن البيع بالإيجار فقد صدر قرار عن المحكمة العليا عام 2013 مضمونه ما يأتي: "لا حق في الاستفادة من السكن، في إطار البيع بالإيجار، لمن يملك عقارا ذا استعمال سكني، ملكية كاملة. الملكية على الشيوع ليست بملكية كاملة"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي رقم 35-03 المؤرخ في 13 جانفي 2003 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، ج.ر.ع4، المؤرخة في 22 يناير 2003.  
<sup>2</sup> القانون رقم 21-04 المؤرخ في 29 ديسمبر المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج.ر.ع85، المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 13/06/2013، ملف رقم 0785447، م.ق، ع1، 2015، ص 196.



وفي قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يلي: "لا حق في سكن من وكالة تحسين السكن وتطويره (عدل) لمن يملك سكا، بموجب عقد رسمي، مسجل ومشهر باسمه الخاص"<sup>1</sup>. قرار المحكمة العليا الذي جاء فيه ما يلي: "يشترط في المتعاقد لإبرام عقد البيع بالإيجار أن لا يكون مالكا لعقار ذي استعمال سكني، عند إبرام عقد البيع بالإيجار، لا عند تحرير مقرر التخصيص لفائدته"<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: عقود التمويل في إطار الصيرفة الإسلامية

قبل الخوض في موضوع الصيرفة الإسلامية يتعين التمييز بينها وبين المصطلحات ذات الصلة، فالصيرفة الإسلامية هي مجموع ما يكون للمصارف الإسلامية<sup>3</sup> من أنشطة ومنتجات وخدمات تراوحتها في إطار ممارستها المصرفية على نحو يتوافق مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبهذا تخلو العملية المصرفية من الربا (الفائدة) وهو ما يصطلح عليه بالقرض الحسن. بينما يقصد بالاقتصاد الإسلامي مجموع التصورات والنظريات الاقتصادية المنصبة على أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية وكذا العمليات الواردة على المنتج انطلاقا من مرحلة الإنتاج ومرورا بعملية التوزيع إلى غاية الاستهلاك، والمبادلات وسائر المعاملات الاقتصادية، يضاف إلى ما سبق كل القطاعات الاقتصادية التي تنتهج مبادئ الشريعة الإسلامية وبالخصوص الصيرفة الإسلامية والسياحة الحلال وإنتاج الغذاء الحلال وغيرها. وأما التمويل الإسلامي فيتضمن العقود والمنتجات المالية على نهج الشريعة الإسلامية كالمراجحة والمضاربة والمشاركة والإجارة والاستصناع وغيرها، كما يندرج ضمنه أيضا المؤسسات المالية سواء كانت مصرفية أو غير مصرفية بيد أنها تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية كمؤسسات الوقف والزكاة وشركات التأمين التكافلي وصناديق الاستثمار الإسلامي، وعليه فالتمويل الإسلامي هو فرع من

<sup>1</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2015/03/12، ملف رقم 0904120، م.ق، ع1، 2015، ص 218.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2018/04/12، ملف رقم 1106798، م.ق، ع1، 2018، ص 65.

<sup>3</sup> البنك الإسلامي هو "مؤسسة نقدية مالية تعمل على جذب الموارد النقدية من أفراد المجتمع وتوظيفها توظيفا فعالا يكفل بعضها ونموها في إطار القواعد المستمدة من التشريع الإسلامي وبما يخدم شعوب الأمة ويعمل على تنمية اقتصادياتها". ميلاط عبد الحفيظ، مقال بعنوان: صيغ التمويل الإسلامية ومدى ملاءمتها لتحقيق الاستثمار والتنمية في السوق المالية العربية"، دراسات قانونية، مجلة سداسية، جامعة أبو بكر بلقايد، ع7، 2010، ص225. نقلا عن محسن الأخضري، البنوك الإسلامية، أترك للنشر والتوزيع، 1995، ص17.

فروع الاقتصاد الإسلامي. وتكمن أدوات التمويل الإسلامي في مختلف العقود نبين أحكامها في الفرعين الموالين.

### الفرع الأول: عمليات الصيرفة الإسلامية وفقا لنظام بنك الجزائر

تم استحداث نظام يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وكذا قواعد ممارستها من قبل البنوك والمؤسسات المالية<sup>1</sup> حيث جاء ضمن مادته الأولى أنه يرمي إلى تحديد العمليات البنكية المرتبطة بالصيرفة الإسلامية والقواعد المطبقة عليها وشروط ممارستها من قبل البنوك والمؤسسات المالية وكذا شروط الترخيص المسبق لها من طرف بنك الجزائر، وتعتبر عملية بنكية متعلقة بالصيرفة الإسلامية طبقا لهذا النظام كل عملية بنكية لا يترتب عنها تحصيل أو تسديد الفوائد كما يتوجب أن تكون هذه العمليات مطابقة للأحكام المبينة في المواد 66 إلى 69 من الأمر المتعلق بالنقد والقرض<sup>2</sup>.

كما أنه يتعين على البنوك والمؤسسات المالية الراغبة في تقديم منتجات الصيرفة الإسلامية وفقا لهذا النظام أن تحوز على نسب احترازية مطابقة للمعايير التنظيمية وأن تخضع بصراحة للشروط المرتبطة بإعداد وآجال إرسال التقارير التنظيمية. وأن العقود المنصبة على نقل الملكية بعوض والتي تم تمويلها في إطار الصيرفة الإسلامية سواء بطريق المراجعة أو الإيجارة المنتهية بالتملك يتعين على الموثق التنسيق بين النصوص القانونية المستحدثة بشأنها لاسيما مسألة تسجيلها حيث أن المادة 13 من قانون المالية التكميلي لسنة 2021<sup>3</sup> المعدلة للمادة 8/258 من قانون التسجيل قد نصت على إعفاءها من التسجيل متى كانت لاستعمال سكني ولفائدة الخواص.

<sup>1</sup> النظام رقم 02-20 المؤرخ في 15 مارس 2020 الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية ج.ر، ع16، المؤرخة في 2020/03/24، ص32 وما بعدها، وقد ألغى النظام رقم 02-18 المتضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، ج.ر، ع73، المؤرخة في 9 ديسمبر 2018، ص 20 وما بعدها.

<sup>2</sup> الأمر رقم 10-03 المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر، ع55، المؤرخة في 27 أوت 2003. تنص المادة 66 من هذا الأمر على أنه تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل.

<sup>3</sup> رقم 07-21 المؤرخ في 7 أوت 2021 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021، ج.ر، ع44، المؤرخة في 8 أوت 2021.

كما أن العمليات البنكية المرتبطة بالصيرفة الإسلامية تخضع بجملة من المبادئ وفي طليعتها استبعاد الفوائد الربوية وضرورة الحصول على شهادة المطابقة من قبل الهيئة الشرعية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية وذلك بخصوص العمليات المعروضة على الزبائن ومدى توافقها مع أحكام الشريعة الإسلامية، وكذا وجوب الحصول على ترخيص مسبق لدى بنك الجزائر على أنه يتعين الفصل الكامل بين المحاسبة الخاصة بشباك الصيرفة الإسلامية والهياكل الأخرى للبنك أو المؤسسة المالية سواء من الناحية المالية أو المحاسبية أو الإدارية.

وتتمثل عقود التمويل في إطار الصيرفة الإسلامية في ضوء النظام رقم 02-20 في ما يلي:

#### أولاً: عقد المراجحة

يقصد بالمراجحة هي أن يعرف صاحب السلعة المشتري بكم اشتراها ويأخذ منه ربحاً إما على الجملة وإما على التفصيل، ولا يجوز الكذب في التعريف بالثمن وإذا حدث ذلك وعلم المشتري على الزيادة فهو مخير بين أن يمسك بجميع الثمن أو يردده إلا إذا أراد البائع أن يحط عنه الزيادة وما ينوبها من الربح فيلزمه الشراء بخلاف أبي حنيفة الذي قال لا يلزمه ذلك: كذلك لا يجوز الغش في المراجحة بأن يكتم البائع من أمر السلعة فإذا حدث فهذه الأخرى مخير بين إمساكها بجميع الثمن أو ردها بيد أنه لا يلزمه الشراء إن حط عنه البائع بعض الثمن بسبب كتمه وهذا بخلاف الكذب، وإذا حدث أن اشترى سلعة إلى أجل فلا يمكنه بيعها مراجحة إلا إذا بين وإن باعها فيفسخ البيع ولو رضي المشتري بذلك الثمن إلى أجل والعلة في ذلك أنه سلف جرّ منفعة<sup>1</sup>.

وقد عرف النظام 02-20 المراجحة بأنها "عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزبون سلعة معلومة، سواء كانت منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية، بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش ربح متفق عليه مسبقاً ووفقاً لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين". ويشترط أن تكون السلع مما لا يمكن تلفها بسبب ارتفاع المستأجر بها.

<sup>1</sup> أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، مرجع سابق، ص 268-269.

وقد وضحت التعليمات رقم 03-2020<sup>1</sup> مضمون هذا العقد حيث يقوم البنك بشراء عين أو سلعة من شخص بائع بطلب من المستفيد (العميل)، ويشتريها هذا الأخير بدفع فوري أو على سبيل التراخي وبالسعر الذي تم اقتناء المبيع به مع إضافة هامش ربح يتم الإتفاق عليه سلفاً، كما أنه بإمكان البنك وفقاً للتعليمات السابقة أن يوكل المستفيد لاقتناء أو شراء السلعة محل التعاقد مع اشتراط ضمانات شخصية كانت أو عينية. كما طبقاً للمادة 6 من نفس التعليمات جبر الزبون في حال التأخر عن الدفع في الأجل المتفق عليه أو عدم التسديد دون أي عذر بدفع كلية المبلغ المتبقي المستحق للبنك أو المؤسسة المالية، وأنه يسوغ إدراج بند مفاده إلزام الزبون بدفع مبلغ يساوي جزءاً أو ما يعادل قيمة الضرر الفعلي، على أنه يتعين إنفاق هذا المبلغ في أوجه البر وتحت رقابة الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

#### ثانياً: عقد المشاركة

صورة هذا العقد أن يشترك شخصان أو أكثر في استثمار مال معين أو أموال معينة وذلك من أجل اقتسام الأرباح أو الخسائر الناشئة عن القيام بعمل أو أعمال محددة وهذا ما يعرف شرعاً بـ"شركة التضامن"، وتطبق البنوك الإسلامية المشاركة على ثلاثة أنواع، يتعلق النوع الأول بالمشاركة في تمويل صفقة معينة في عملية تجارية تنقضي بانقضاء الصفقة، ويعرف النوع الثاني بالمشاركة المتناقضة والمنتية بالتملك وصورتها أن يتم تحديد نصيب البنك والعميل في رأس مال المشروع وعند بداية تحقق الأرباح يتنازل البنك تدريجياً عن حصته في رأس المال ببيعها للعميل إلى أن يصير هذا المشروع بمرور مدة يتفق عليها الطرفان مملوكاً جملة من قبل العميل، ويتعلق النوع الثالث بالمشاركة الدائمة حيث يشترك البنك مع الشريك أو مجموعة من الشركاء في إنشاء مشروع مستمر لا ينتهي إلا بتصفيته، وصورته أيضاً أن يقوم البنك بشراء أسهم في شركات أخرى ويصبح تبعاً لهذا شريكاً في الملكية وفي إدارة المشروع، ولا تنقضي هذه المشاركة إلا بانقضاء الشركة أو بيع البنك لأسهمه.<sup>2</sup>

وقد عرف النظام رقم 20-02 المشاركة بأنها "عقد بين بنك أو مؤسسة مالية وواحد أو عدة أطراف بهدف المشاركة في رأسمال مؤسسة مالية أو في مشروع أو في عمليات تجارية من أجل تحقيق

<sup>1</sup> التعليمات 03-2020 المؤرخة في 02 أبريل 2020 المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية والمحددة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

<sup>2</sup> ميلاط عبد الحفيظ، مرجع سابق، ص 233-234.

أرباح"، وما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يتضمن تحمل الخسائر بالنسبة للبنك، غير أن المادة 2/16 من التعليمات 2020-03 قد نصت على أنه يتعين تحمل الخسائر المحتملة بالتناسب مع مساهمات كل شريك في رأس المال. حيث أن المشاريع الاستثمارية في إطار الصيرفة الإسلامية تركز على قاعدة مهمة مفادها "الغرم بالغرم" حيث تتحمل المصارف المخاطر بالتضامن مع المستثمرين بحسب مساهمة كل منهم في المشروع.

وقد ميزت المادة 17 من هذه التعليمات بين نوعين من المشاركة حيث يتعلق النوع الأول بالمشاركة الثابتة وصورة ذلك أن تبقى حصة البنك أو المؤسسة المالية في رأس مال المشروع ثابتة خلال فترة المشاركة المحددة ضمن العقد، وأما النوع الثاني فيسمى المشاركة التناقصة والتي يكون مالها التملك وصورتها أن يلتزم البنك أو المؤسسة المالية بموجب تعهد أحادي الطرف مستقل عن المشاركة بالتنازل عن حصته في رأس المال إلى شريك واحد أو أزيد وفقاً لإجراءات الخروج التي تم الإتفاق عليها سلفاً. وقد أشارت المادة 18 من التعليمات 2020-03 إلى أنه بإمكان الشركاء تكليف واحد منهم أو أزيد لتسيير الشركة، كما أنه يسوغ تعيين مسير أجنبي عن الشركاء في مقابل راتب يخصص له أو نسبة مئوية من الأرباح أو كليهما، والحكم ذاته ينطبق على المسؤول الشريك بموجب عقد منفصل.

### ثالثاً: عقد المضاربة

تعرف المضاربة بأنها عقد بين طرفين على أن يدفع أحدهما نقداً إلى الآخر ليتجر فيه، على أن يكون الربح بينهما حسب ما يتفقان عليه. وهي جائزة بالإجماع، وقد ضارب النبي صلى الله عليه وسلم لخديجة - رضي الله عنها - بمالها وسافر به إلى الشام قبل بعثته، وقد كان معمولا بها في الجاهلية ولما جاء الإسلام أقرها، وتتعقد المضاربة بركن الإيجاب والقبول الصادران ممن يتمتعان بأهلية التعاقد، ويشترط فيها أن يكون رأس المال نقداً وأن يكون معلوماً على أن يكون الربح بين العامل وصاحب رأس المال معلوماً بالنسبة وأن تكون المضاربة مطلقة دون قيد كاشتراط الربح ذلك أن التقيد كثيراً ما يفوت المقصود من التعاقد<sup>1</sup>،

<sup>1</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 212 وما بعدها.

وقد عرفت المادة السابعة من النظام رقم 03-2020 المضاربة بأنها (عقد يقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، المسمى "مقرض للأموال" رأس المال اللازم للمقاول الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح). وقد أوجبت التعلية رقم 03-2020 أن يحدد عقد المضاربة طبيعة الضمانات المقدمة وقيمتها من قبل المضارب مقابل الإهمال أو الخطأ أو الإنتهاك الذي يصدر عنه مخالفة للبنود التعاقدية. على أن الأرباح توزع وفقا للاتفاق الموقع عليه ضمن العقد ويمكن تعديلها ضمن عقد لاحق مع مراعاة توزيعها على أساس حصة من الربح المحققوليس على نحو جزافي أو نسبة مئوية من رأس المال. كما أنه يتعين تحديد مدة المضاربة وطريقة توزيع صافي الربح، ويتم تحمل الخسائر بالتناسب مع حصص الشركاء في رأس المال.

وقد ميزت المادة 23 من التعلية رقم 03-2020 بين صورتين من المضاربة، أما الصورة الأولى فيطلق عليها المضاربة المطلقة ومفادها تفويض البنك أو المؤسسة المالية المقاول بإدارة عمليات المضاربة بدون فرض أي قيد من حيث انتقاء الاستثمارات التي يرغب في تحقيقها مراعيًا في ذلك الحرص على مصلحة الطرفين ومن ثم بلوغ المقصود من المضاربة. وأما بشأن الصورة الثانية فتسمى المضاربة المقيدة حيث يفرض فيها البنك أو المؤسسة المالية قيودا على نشاط المقاول سواء من حيث طبيعته أو طريقة الإستثمار وكذا الشروط المطبقة عليه أو أي جانب آخر يكون مناسبًا.

#### رابعًا: الإجارة

تعرف الإجارة بأنها عقد لازم على منفعة مدة معلومة بثمن معلوم، وهي جائزة لقوله تعالى: "لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا"<sup>1</sup> وقال أيضا: "إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرَ الْقَوِيَّ الْأَمِينُ"<sup>2</sup>، وقوله عليه الصلاة والسلام: "قال الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حرافاً كل ثمنه، ورجل استأجر أجيرا فاستوفى منه ولم يوفه أجره" كما استأجر عليه الصلاو والسلام بمعية أبي بكر أثناء هجرتهما راجلا خريتا من بني الدليل يرشدهما إلى دروب المدينة ومسالكها<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الآية 77 من سورة الكهف.

<sup>2</sup> الآية 26 من سورة القصص.

<sup>3</sup> أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 389.

ويشترط في الإجارة معرفة المنفعة كسكنى الدار وإباحة المنفعة فلا يجوز تأجير أرض لتبني منحرة، ولا بد من معرفة الأجرة لقو أبي سعيد: "نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن استئجار الأجير حتى يبين له أجره". فإذا مكن المؤجر المستأجر من العين ثم منعه من الانتفاع بها مدة وجب إسقاط الأجرة بقدر مدة المنع وإن ترك المستأجر الانتفاع بمحض إرادته فعليه دفع الأجرة كلها، وتفسخ الإجارة بتلف العين المؤجرة، وإا كانت هذه الأخير معيبة فله أن يطالب بالفسخ ما لم يكن عالما بالعيب ورضي به ابتداءً، وتلزم الأجرة بالعقد ويتعين دفعها بعد استيفاء المنفعة أو تمام العمل إلا إذا تم اشتراط دفعها وقت التعاقد<sup>1</sup>.

وأما من الناحية القانونية فقد عرفت المادة الثامنة من النظام 03-2020 الإجارة بأنها (عقد إجار يضع من خلاله البنك أو المؤسسة المالية، المسمى "المؤجر" تحت تصرف الزبون المسمى "المستأجر"، وعلى أساس الإيجار، سلعة منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية، لفترة محددة مقابل تسديد إيجار يتم تحديده في العقد).

والتوسع في أحكام الإجارة يقودنا إلى القانون المتعلق بالإعتماد الإيجاري الصادر سنة 1996<sup>2</sup> الذي يقضي ضمن المادة 39 منه بأن يلتزم المستأجر بضمان العين المؤجرة من مخاطر الحريق والتكفل بالخسائر التي تلحق بها والتأمين ضد هذه المخاطر، في حين أن المادة 29 من التعلية رقم 03-2020 تلزم البنك أو المؤسسة المالية بصفته مؤجراً أن يتحمل تكاليف التأمين على أنه يمكنه أن يأخذها بعين الاعتبار عند تحديد مبلغ الإيجار.

وقد ميزت المادة 32 من التعلية 03-2020 بين نوعين من الإجارة، يتعلق النوع الأول بالإجارة التشغيلية وهي عبارة عن إيجار عادي لا يفضي إلى تملك السلع المستأجرة من طرف المستأجر، وأما النوع الثاني فيطلق عليه الإجارة المنتهية بالتملك ومضمونها منح البنك أو المؤسسة المالية للزبون إمكانية تملك السلع المؤجرة عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد.

<sup>1</sup> أبو بكر جابر الجزائري، مرجع سابق، ص 389-390.

<sup>2</sup> الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، جريدة رسمية، ع3، المؤرخة في 14 جانفي 1996.

كما أنه يسوغ للبنك أو المؤسسة المالية طبقاً للمادة 33 من التعليمات 03-2020 بطلب من المستفيد شراء سلعة منقولة أو غير منقولة بغرض تأجيرها له في إطار عقد الإجارة ومن ثم يمكنه أن يشترط على الزبون مضاء تعهد إيجار أحادي الطرف، مع وجوب تحديد خصائص السلعة وشروط وضعها تحت تصرفه ضمن بنود العقد. ولضمان الجدية من قبل الزبون في التعاقد يمكن للبنك أو المؤسسة المالية طلب وديعة ضمان يطلق عليها اسم "هامش الجدية" وفي الإمكان أيضاً التصيص على استرداد مبلغ وديعة الضمان أو اعتباره كأقساط أولى خاصة بالإيجار.

#### خامساً: السلم

ويطلق عليه أيضاً السلف وهو نوع من البيوع يسمى عند الفقهاء ببيع المحاويج لحاجة المتعاقدين إلى السلعة والتمن، ويراد به بيع شيء موصوف في الذمة بتمن معجل، فيسمى المشتري المسلم أو رب السلم ويطلق على البائع المسلم إليه ويسمى المبيع المسلم فيه وأما الثمن فيطلق عليه رأس مال السلم، وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع، فمن الكتاب قوله تعالى: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايْتُمْ بَدِينِ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَآكْتُبُوهُ"<sup>1</sup>، وأما من السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: "من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن مغلول إله أجل معلوم"، كما أجمه أهل العلم على أن السلم جائز<sup>2</sup>.

ويشترط في رأس المال أن يكون معلوم الجنس والقدر وأن يتم تسليمه في المجلس، كما يشترط في المسلم فيه أن يكون في الذمة وأن يكون موصوفاً بما يتفصي إلى العلم بمقداره وأصافه التي يتسم بها عن غيره حتى ينتفي الغرر وينقطع النزاع، كما اشترط الفقهاء أن يكون الأجل معلوماً ذلك أن السلم لا يجوز حالاً، ولا يشترط في المسلم فيه أن يكون عند المسلم إليه بل وجوده عند الأجل يكفي<sup>3</sup>.

وقد عرف النظام رقم 03-2020 السلم بأنه "عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي يقوم بدور المشتري بشراء سلعة، التي تسلم له أجلاً من طرف زبونه مقابل الدفع الفوري والنقدي". ويمكن أن يتعدى عقد السلم في المعاملة ليصبح موازياً طبقاً للمادة 37 من التعليمات 03-2020 وذلك حينما يبرم البنك أو المؤسسة المالية عقد سلم آخر مع طرف آخر مستقل عن العقد الأول

<sup>1</sup> الآية 282 من سورة البقرة.

<sup>2</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 171.

<sup>3</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 172 وما بعدها.



بغرض بيع سلعة مطابقة في مواصفاتها للسلعة محل التعاقد الأول يتم تسليمها في تاريخ لاحق وبسعر متفق عليه يسدد نقدا وبصورة فورية. على أنه يتعين تحديد موضوع عقد السلم تحديدا نافيا للجهالة وكذا الإشارة إلى خصائص المعقود عليه ووزنه وكمياته. كما أنه يتعين أن تكون السلعة محل التعاقد متوفرة وقابلة للتداول تجاريا وقت التسليم، وإذا تعلق محل عقد السلم بمنتوج زراعي فبالإمكان اشتراط أن يكون من منطقة محددة دون يمتد هذا الشرط إلى تحديد مستثمرة فلاحية محددة بعينها. بيد أن الشرط ينصرف في المنتوجات المصنعة إلى أن يكون من علامة تجارية محددة تحديدا كافيا.

وقد أشارت المادة 39 من التعلية رقم 03-2020 إلى أنه يتعين دفع الثمن مسبقا ويجب أن يكون نقدا، وإذا كانت السلعة التي تم تسليمها أقل جودة يمكن أن يخفض سعرها متى اتفق الطرفا على ذلك. كما ينبغي أن يتضمن العقد تحديد تاريخ العقد ومكانه وكيفيات تسليم المعقود عليه، وإذا تم إغفال مكان التسليم فالمعتبر هو المكان الذي أبرم فيه العقد. على أنه يحظر أن يتضمن العقد شروطا مضمنة بجزاءات في حال التأخر عن التسليم.

#### سادسا: الاستصناع

يعرف الاستصناع بأنه عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل وصورته أن يقول إنسان اعمل لي خفا أو آنية من نحاس من عندك بثلث كذا ويبين نوع ما يعمل وقدره وصفته فيقول الصانع نعم ويجوز في هذا العقد تأجيل الثمن أو تقسيطه<sup>1</sup>، فهو بهذا المعنى يعتبر ضرب من ضروب عقد التوريد، ويختلف عن السلم في الأجل فإن ضرب للاستصناع أجل صار سلما<sup>2</sup>.

وقد عرف النظام رقم 20-02 الاستصناع ضمن المادة العاشرة بنصه "الاستصناع هو عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة إلى زبونه صاحب امر، أو بشراء لدى مصنع سلعة ستصنع وفقا لخصائص محددة ومتفق عليها بين الأطراف، بسعر ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقا بين الطرفين". ويمكن وفقا للمادة 45 من التعلية رقم 20-02 التعاقد مرة ثانية بعقد يطلق عليه الاستصناع الموازي مع مصنع يقوم بتصنيع المنتوج محل عقد الاستصناع بشرط ألا يكون الشخص

<sup>1</sup> علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986، ص 2 وما بعدها. -بتصرف-

<sup>2</sup> علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، نفس المرجع، ص3.

الذي يبرم معه العقد الثاني هو الشخص المعنوي الذي يملك صاحب الأمر 33% أزيد من رأس ماله. كما يشترط أن يكون العقدان مستقلين.

وينبغي أن يكون عقد الاستصناع محاطا بهالة من القيود والضوابط القانونية بحيث يتعين أن يكون سعر الاستصناع معروفا وقت إبرام العقد ويمكن تحديده وتسديده نقدا أو عينا أو كحق انتفاع لأجل محدد بكيفيات يتفق عليها الأطراف. وبالإمكان أن يتضمن العقد دفع تسبيق يتم اقتطاعه من السعر المتفق عليه. وفي حالة فسخ العقد يسوغ للبنك أو المؤسسة المالية أن تستأثر بهذا التسبيق أو بعضا منه لتغطية الضرر الفعلي الحاصل، بل ويمكن اشتراط ضمانات من الزبون. وبخلاف عقد السلم يمكن للبنك أو المؤسسة المالية أن يدرج بنود بما في ذلك الشروط الجزائية من أجل الحصول على تعويض في حال عدم مراعاة أجل التسليم. وتقع المسؤولية في آخر المطاف على عاتق المصنع في حال عدم موافقة السلعة للخصائص المتفق عليها ولا يمكنه بأي حال من الأحوال إعفاؤه من المسؤولية إذا وجدت عيوب خفية في هذه السلعة.

كما تتضمن العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية حسابات الودائع والودائع في حسابات الإستثمار، وقد عرف النظام رقم 02-20 حسابات الودائع بأنها حسابات تحتوي على أموال يتم إيداعها في بنك من طرف أفرا أو كيانات، مع الإلتزام بإعادة هذه أموال أو ما يعادلها إلى المودع أو إلى شخص آخر معين، عند الطلب أو حسب شروط متفق عليها مسبقا. ويقصد بالودائع في حسابات الاستثمار طبقا للنظام رقم 03-2020 بأنها توظيفات لأجل، تترك تحت تصرف البنك من طرف المودع لغرض استثمارها في تمويلات إسلامية وتحقيق أرباح. وما يهمننا في هذا المقام هو العقود التي يسهم في تكريسها الموثق ويحفز بموجبها عجلة التنمية الاقتصادية، وعليه هناك ضرورة للعمل أكثر في مجال التوثيق للتوسع في إنشاء عقود تواكب التطور الحاصل في إطار الصيرفة الإسلامية، وهو ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية.

### الفرع الثاني: ضرورة التوسع في صيغ التمويل الإسلامي في البنوك الجزائرية

إن العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية لا يمكن حصرها فقط في جملة العقود التي جاء بها النظام رقم 02-20 الذي كان بادرة خير على المعاملات المستحدثة في البنوك والمؤسسات المالية وذلك بإحداث التمويل المباح شرعا والتمييز بينه وبين التمويل الربوي، ومراجعة الأحكام الخاصة بهذا

النظام وذلك باستبعاد الحيل الربوية. وعليه هناك ضرورة للتوسع في صيغ التمويل الإسلامي بأدوات أخرى كالمزارة و المساقاة والتورق وغيرها.

ورغم نص المشرع بموجب القانون رقم 01-07<sup>1</sup> المعدل والمتمم للقانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف على عقود استثمار الأراضي الفلاحية بطريق المزارة والمساقاة وعقد الحكر أو استثمار الأراضي الوقفية الصالحة للبناء عن طريق عقد المرصد وعقد المقاول أو استثمار المباني الوقفية عن طريق عقد المقايضة وعقد الترميم (التعمير) إلا أنه لم يفصل في الأحكام من جهة، ولم يدرج الأحكام الخاصة بالبنوك والمؤسسات المالية في مشاريع الإستثمار من جهة أخرى ربما لعدم وجود نصوص تتعلق بالصيرفة الإسلامية آنذاك، ثم إن هذه العقود لا تقتصر على استثمار الأملاك الوقفية فحسب بل يتعين أن تطل الأملاك المتعلقة بالخواص أيضا.

ونقتصر على عقد المزارة وعقد المساقاة كنموذجين يستحب إدراجهما ضمن عقود التمويل الإسلامي، يضاف إليهما عقد مستحدث عند الحنابلة ويجري به العمل في المصارف الإسلامية الدول العربية ألا وهو عقد التورق.

### أولا: المزارة

يقصد بالمزارة المعاملة على الأرض ببعض ما يخرج منها، بمعنى إعطاء الأرض لمن يزرعها على أن يكون له نصيب مما يخرج منها حسب ما يتفقان عليه كالنصف أو الثلث أو الربع وإذا لم يكن القدر معلوما كانت المزارة فاسدة لما فيها من الغرر وما تؤدي إليه من النزاع. وقد شرعها الإسلام وفقا للطرفين، جاء في التنزيل: " أَفَرَأَيْتُمْ مَا تَحْرُثُونَ أَأَنْتُمْ تَزْرَعُونَهُ أَمْ نَحْنُ الزَّارِعُونَ لَوْ نَشَاءُ لَجَعَلْنَاهُ حُطَامًا فَظَلْتُمْ تَتَكَبَّرُونَ"<sup>2</sup>، كما عمل بها النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع الصحابة من بعده رضي الله عنهم على ذلك، وتجاوز المزارة بالنقد وبغيره مما لا يعد مالا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل والمتمم للقانون المتعلق بالأوقاف، ج.ر، ع 29، المؤرخة في 2001/05/23.

<sup>2</sup> الآيات 63-64 من سورة الواقعة.

<sup>3</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 191 وما بعدها. عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 1.

وبخلاف ما سبق من قول الحنابلة والصاحبين يذهب المالكية إلى القول بأن المزارعة هي الشركة في العقد وتقع باطلة إذا كانت الأرض من أحد الشريكين وهو المالك والبذر والعمل والآلات من الشريك الثاني، ذلك أنه لا يجوز عندهم أن يكون البذر مقابلا للأرض وصورتها الجائزة عندهم أن يجعل للأرض قيمة ويحسب العامل عمله وقيمة نفقات الزرع ويجعلها في مقابل أجره الأرض ومن ثم يكون لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من الربح بقدر تم دفعه، على أن البعض من المالكية يأخذون بقول الحنابلة بيد أنه يبقى قولاً مرجوحاً على المشهور. وأما الشافعية فالمزارعة عندهم هي معاملة العامل في الأرض ببعض ما يخرج منها على أن يكون البذر من المالك، فإذا كان البذر على العامل فإنها تعتبر مخابرة لها أحكامها الخاصة وكلاهما من غير جائز عندهم لوجود الغرر بحيث أن العامل لا يعرف ما يناله من الثمر<sup>1</sup>.

#### ثانياً: المساقاة

المقصود بها شرعاً بأنها دفع الشجر لمن يقوم بسقيه ويعهده حتى يبلغ تمام نضجه نظير جزء معلوم من ثمره، وتكيف على هذا النحو بأنها شركة زراعية على استثمار الشجر فيكون هذا الأخير من جانب والعمل فيه من جانب آخر والثمرة الحاصلة مشتركة بينهما بنسبة يتفق عليها الطرفان، ويسمى العامل بالمساقى والطرف الآخر برب الشجر. وهي شروعة بالسنة بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع وغيرها من الأحاديث<sup>2</sup>.

وتتعدد المساقاة بالإيجاب والقبول، ويشترط فيها أن يكون الشجر محل السقي معلوماً بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها ذلك أنه لا يصح التعاقد على مجهول، وأن تكون مدة المساقاة معلومة لأنها عقد لازم كالبيع مثلاً وهذا حتى ينتفي الغرر، وأن يكون عقد المساقاة قبل بدو الصلاح كونها تحتاج إلى عمل، وأن يكون للعامل جزء مشاع معلوم من الثمر محدد بنسبة كالنصف أو غيره، وإذا عجز العامل عن أداء عمله بسبب عاهة أو لأي دأج آخر تفسخ المساقاة، وإذا مات أحد المتعاقدين ولم يبد صلاح ثمر الشجر يراعى عنصر المصلحة فيستمر العامل أو ورثته على العمل حتى ينضج الثمر ولو جبراً على صاحب

<sup>1</sup> عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ج3، ص2 وما يليها.

<sup>2</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص288.

الشجر أو ورثته حتر يتضرر، وأما إذا امتنع العامل أو ورثته عن العمل بعد انتهاء المدة أو انفساخ العقد فلا يمكنهم الاستفادة من الثمر قبل نضجه وإنما يخول للمالك أو ورثته ثلاثة أمور:

- الموافقة على جني الثمر وقسمته حسب الاتفاق،
- منح العامل أو ورثته قيمة ما يستحق من جني الثمر بحسب الاتفاق الحاصل بينهما،
- النفاق على الشجر حتى ينضج الثمر ومنثم الرجوع على المساقى أو ورثته بما أنفق ينال به ثمارا من نصيبه<sup>1</sup>.

### ثالثا: التورق

التورق هو معاملة مستحدثة عند الحنابلة ويراد به شرعا أن يشتري الرجل السلعة نسيئة ويبيعها نقدا لغير بائعها<sup>2</sup>. وقد اختلف العلماء في حكمه بين الإباحة والتحریم، فذهب جمهور الفقهاء خلافا للشافعية إلى جواز التورق رغم أن الغالبية منهم لم يذكروه بهذا الاسم وإنما اكتفوا ببيان صورته بخلاف العينة - بكسر العين - التي ورد بشأنها نص صريح<sup>3</sup> وصورتها أن يبيع الرجل سلعته بثمن مؤجل ثم يشتريها بأقل منه نقدا فيذهب أكثر أهل العلم إلى عدم جواز ذلك لأنه يعتبر ذريعة إلى الربا<sup>4</sup>.

بيد أن الشافعي رحمه الله أجاز البيع بالعينة ومن باب أولى جواز البيع بالتورق ويسمى الزرنقة عند الشافعية لأن الأصل في البيوع الحل إلا إذا أتى دليل على تحريمها بالنسبة للتورق ليس هنالك نص بالخطر وأما بشأن العينة فإنه يعتبر العقد صحيح ويؤثم فاعله إذا نوى ما هو محرم، فالشافعي يفرق بين صحة العقد ونية المتعاقد يقول رحمه الله: "أصل ما أذهب إليه أن كل عقد كان صحيحا في الظاهر، لم أبطله

<sup>1</sup> السيد سابق، مرجع سابق، ج3، ص 289 وما بعدها.

<sup>2</sup> رياض بن راشد عبد الله آل رشود، التورق المصرفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، ط1، 2013، ص27.

<sup>3</sup> يقول عليه الصلاة والسلام: "إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة وتركوا الجهاد في سبيل الله واتبعوا أذناب البقر أدخل الله عليهم ذلا لا ينزعه عنهم حتى يراجعوا دينهم". أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخسروجدي الخرساني أبو بكر البيهقي، شعب الإيمان، مكتبة الرشد، الرياض (السعودية) بالتعاون مع دار السلفية، بمباي (الهند)، ج13، الطبعة الأولى، 2003، 305.

<sup>4</sup> موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالح الحنبلي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي - عبد الفتاح محمد الحلوي، ج6، دارعالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، 1997، ص260.

بتهمة ولا بعادة بين المتبايعين، وأجزته بصحة الظاهر، وأكره لهما النية إذا كانت النيو لو أظهرت كانت تفسد البيع"<sup>1</sup>.

وأما التورق المصرفي أو ما يعرف بالتورق المنظم المتداول حالياً في البنوك فإنه يعتبر صيغة من صيغ التمويل الإسلامي ويتميز عن التورق الفقهي أو التورق الحقيقي أو التورق الفردي -الذي يجري بين الأفراد- حيث يقصد به قيام مصرف أو مؤسسة مالية ببيع سلعة إلى العميل بثمن آجل ثم يوكل هذا الأخير المصرف ذاته ببيع السلعة نقداً لطرف آخر، وهو تعريف يوافق المقصود من التورق الفقهي، بخلاف التعريف الذي يفيد بأنه تحصيل النقد بشراء سلعة من البنك وتوكيله في بيعها وقيد ثمنها في حساب المشتري، فإن هذا التعريف كان خالياً من الضوابط الشرعية لا سيما إمكانية المصرف ببيعها لنفسه وحينها نكون بصدد البيع بالعينة، كما أن هذا التعريف قد استبعد الأجل الذي يعتبر عنصر جوهري في التورق<sup>2</sup>.

وحتى نقر بصحة التعامل بطريق التورق المصرفي يتعين موازنته بالتورق الفقهي لدرء الشبه وسد الذرائع، ذلك أن جل المصارف تتخذ الحيل المحرمة كوسيلة لاستحلال الربا وهنا ينتفي المقصد الشرعي من التمويل الذي اقترن بلفظ "الإسلامي" ما يعود سلباً على الاقتصاد فيصير التورق عينة، هذه الأخيرة التي تعتبر ضرباً من ضروب الربا. حتى وإن سلمنا بجواز البيع بالعينة على مذهب الشافعي فإنه رحمه أحاطه بهالة من الضوابط يتعين مراعاتها بحيث لا يكون هنالك ارتباط بين بيعتين ولم يكن القصد الحصول على النقد، أو على النحو الذي أجازته ابن حزم فإنه رحمه الله اشترط نلصحة البيع بالعينة عدم وجود الشرط في حين أن المصارف تورد أزيد من شرط أو أن المعاملة تخضع لشروط بحكم العادة أو العرف.

<sup>1</sup> ابن قدامة المقدسي، المرجع نفسه، ص 261 - رياض بن راشد عبد الله آل رشود، مرجع سابق، ص 36 وما بعدها.

<sup>2</sup> رياض بن راشد عبد الله آل رشود، نفس المرجع، ص 33.

## الفصل الثاني: نفاذ المحررات التوثيقية وحفظها ضمن الأرشيف

لقد خول المشرع للموثق باعتباره قاضي إرادة وضع الصيغة التنفيذية<sup>1</sup> بمقتضى قانون تنظيم مهنة الموثق، غير أن هذه الصيغة لا تشمل جميع المحررات التوثيقية ذلك أن التنفيذ لا يكون إلا في المسائل التي تتضمن حقا أو التزاما، كما يتعين الرجوع إلى أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية بشأن إجراءات التنفيذ لا سيما المواد 600 وما بعدها التي تثير إشكالات من الناحية العملية يتعين الوقوف عندها لإيجاد الحلول المناسبة لا سيما حالة فقدان النسخة التنفيذية وكذا صورة تعدد أطراف العقد.

كما أسند المشرع مهام توثيقية للقنصل في الخارج لرفع الحرج عن الأشخاص في معاملاتهم غير أن ، وأما بالنسبة للعقود المحررة في بلد أجنبي فإن المشرع قد وضع شروطا وقواعد اختصاص يتعين احترامها مباشرة تنفيذها، وقد أبرمت الجزائر عدة معاهدات دولية واتفاقيات قضائية مع دول أجنبية تضمنت أحكاما خاصة قد تخرج عن نطاق هذه الشروط يطرح التساؤل عن المفاضلة بين ضرورة أعمال هذه الشروط أم أنه يتعين الإلتزام بتلك الأحكام الخاصة؟

وقد أدرج المشرع بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية العقود التوثيقية وذكر على سبيل المثال لا بطريق الحصر لا سيما تلك المرتبطة بالإيجارات السكنية والتجارية محددة المدة وكذا عقود البيع والقرض والعارية والوديعة والهبة والوقف، كما قام المشرع بتحديث الأحكام المتعلقة بتسليم النسخة التنفيذية كما سنبينه في موضعه.

من خلال ما سلف بيانه نعالج هذا الفصل في مبحثين لتتطرق في المبحث الأول نفاذ المحررات التوثيقية في ظل الممارسات الميدانية للموثقين وما أفصحت عنه القوانين سارية المفعول على ضوء مبادئ القضاء ثم نبين في المبحث الثاني الأحكام الخاصة بحفظها.

<sup>1</sup> Il faut savoir que les arrêts, les gugements ou les contrats que les expéditions des actes sont terminés par la formule exécutoire, le créancier peut bénéficier d'une dispense d'autorisation judiciaire préalable. SERGE GUIONCHARD et TONY MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, DALLOZ, neuvième édition, Paris, France, 2018/2019, p. 10-11.

## المبحث الأول: نفاذ المحررات التوثيقية

تخضع المحررات التوثيقية إلى طرق وإجراءات لتنفيذ ما ورد فيه مضمونها وذلك بتدليلها بالصيغة التنفيذية، وقد اعتبر قانون العجرات المدنية والإدارية العقود التوثيقية كسندات تنفيذية، كما أسهم القضاء في تكريس الباء التي أفصح عنها التشريع لا سيما القانون 02-06 المنظم لمهنة الموثق، وعليه نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، لنعالج في المطلب الأول القوة التنفيذية للمحررات التوثيقية ثم نتناول في المطلب الثاني طرق الإشكالات التي تختلج موضوع تنفيذ المحررات التوثيقية.

### المطلب الأول: القوة التنفيذية للمحررات التوثيقية

باعتبار المحرر التوثيقي سند تنفيذي فإن هذا يستتبع حتما التطرق إلى مصدر تلك القوة التنفيذية التي يتمتع بها، ومن ثم بيان دور القضاء نفي تكريس المبادئ التي أفصح عنها التشريع في هذا القبيل.

### الفرع الأول: مضمون القوة التنفيذية للمحرر التوثيقي

يتمتع المحرر التوثيقي بوصفه سند رسمي بالقوة التنفيذية بذاته دون الحاجة لرفع دعوى واستصدار حكم لذلك، فقرينة الصحة بشأنه مستمدة من الإجراءات الصارمة والمراحل الجدية التي يمر بها والتي تضمني عليه حصانة قبل الدولة وقبل الأعيان، وإذا كان المحرر التنفيذي واجب التنفيذ فإنه يتعين على الموثق أن يسلم إلى طالب التنفيذ نسخة تنفيذية عنه تتضمن الصيغة التنفيذية، وأما إذا كان غير عازم على التنفيذ فيسلمه نظيرا لا يتضمن الصيغة التنفيذية، وأما بخصوص أصل المحرر التوثيقي فإنه لا يسوغ للموثق بأي حال من الأحوال أن يسلمه إلا بموجب مقرر صادر عن القضاء كأن يطلبه القاضي حال الإدعاء بالتزوير من قبل المتقاضي سواء كان الإدعاء أصليا أم فرعيا<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> يستدعي المنطق القانوني أن يقوم الموثق بصورة مطابقة تماما لأصل السند قبل أن يسلمه للقضاء ويصادق عليها رئيس الجهة القضائية ويحتفظ بها بمكتب التوثيق إلى حين رد الأصل. أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، مرجع سابق، ص 200-206.



بالإمكان رفع الإشكال في تنفيذ المحررات التوثيقية كونه سند تنفيذي، بيد أنه يتعين التمييز بين إشكالات التنفيذ الوقتية للحكم وتلك التي يتم رفعها في تنفيذ المحرر التوثيقي، حيث أن إشكالات تنفيذ الحكم لا يمكن أن تبنى على أسباب سابقة لتاريخ صدوره بيد أن إشكالات تنفيذ المحرر التوثيقي يجوز تأسيسها على أسباب سابقة لتاريخ تحريره، والعلة في ذلك أن الحكم يكون قد بت في الخصومة بعد السماع لدفاع المتقاضين وتخص الأدلة بخلاف للمحررات التوثيقة سواء كانت إدلاءات بإرادة منفردة أو من جانبين في شكل عقود لا يمكن للموثق أن يتدخل في إرادة أصحابها<sup>1</sup> وإنما يثبت إرادتهم وعلى مسؤوليتهم فهو تبعاً لهذا لا يبحث في صحتها أو بطلانها من خلال فحصها وتخص ما ورد في مضمونها<sup>2</sup>.

أولاً: الصيغة التنفيذية للمحرر التوثيقي وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية

الصيغة التنفيذية هي شكل إجرائي غير عادي أو بتعبير آخر هي شكل إجرائي خاص يجد أساسه القانوني في قاعدة تقديم مفادها "ضرورة أن يكون للقوة التنفيذية الخاصة بالسند شكلاً رسمياً، حسناً كثيراً من القوانين لا تبنى نظام الصيغة التنفيذية واعتبروها مجرد شكل تاريخي لا معنى له كالقانون السعودي والقانون السوداني والقانون العراقي والقانون اللبناني.

غير أن القوانين الوضعية السائدة في العديد من الدول كفرنسا وألمانيا ومصر وغيرها وهو المعمول به في التشريع الجزائري تبنى مبدأ السند التنفيذي المؤلف من عنصرين مستقلين عن بعضهما البعض ولكنهما غير منفصلين، يمثل الأول في السند الإجرائي والثاني هو القوة التنفيذية لهذا السند بشكلها الرسمي وهو الصيغة التنفيذية<sup>3</sup>. فقانون الإجراءات المدنية والإدارية هو الذي زود العقد التوثيقي بالقوة التنفيذية في شكل صيغة تنفيذية. وصيغتها طبقاً للمادة 601 من ق.إ.م.إ كالتالي:

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

<sup>1</sup> L'impartialité, en tant que norme indispensable, fondatrice du notariat, a une fonction capitale de limite par rapport à d'autres professions quant au conseil juridique et économique. Le notaire doit assurer son impartialité également sur demande unilatérale dans ses tâches de conseil, lors de l'instrumentation des actes relatifs aux projets ou inhérents de rapports d'expertise. ROLF Gaupp, l'impartialité du notaire: garantie de l'ordre contractuel, congrès international du notariat latin, 15 décembre 2003, p.8 - p.13.

<sup>2</sup> العربي شخط عبد القادر، مرجع سابق، ص 180.

<sup>3</sup> علي كحلوه، طرق التنفيذ واستخلاص الديون العامة والخاصة - إشكاليات تنفيذ الأحكام والسندات التنفيذية، ط 2، مجمع الأطرش للنشر والتوزيع، تونس، 2018، ص 132 وما بعدها.

وبناء على ماتقدم فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تدعو وتأمّر جميع أعوان التنفيذ إذا طلب إليهم ذلك تنفيذ هذا العقد. وعلى النواب العاميين ووكلاء الجمهورية لدى المحاكم مديد المساعدة اللازمة لتنفيذه وعلى جميع قادة وضباط القوة العمومية تقديم يد المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية.

ثانيا: المحررات الواجب إمارها بالصيغة التنفيذية

يتعين على الموثق أن يمنح نسخة تنفيذية من المحررات الرسمية واجبة النفاذ لكل متعاقد صدر لصالحه التزام منبثق عن العقد في مواجهة الطرف الآخر المتعاقد معه متى كان هذا الإلتزام واجب النفاذ<sup>1</sup>، كعقود الإيجار وعقود الإعتراف بدين وعقود البيع....أ.ن.خ.

نصت المادة 600 من ق.إ.م.إ على أنه لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بموجب سند تنفيذي، وقد عدت السندات التنفيذية وذكرت بينها العقود التنفيذية وأشارت إلى البعض منها على سبيل المثال كعقود الإيجار التجارية والسكنية محددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة. وقد صدر قرار عن المحكمة العليا في هذا القبيل مضمونه ما يلي: " عقد الرهن العقاري التوثيقي، الممهور بالصيغة التنفيذية، سند تنفيذي، له قوة الحكم النهائي"<sup>2</sup>.

كما يسوغ للموثق أن يسلم النسخة ممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي، ويتم تطبيق نفس الإجراءات بالنسبة لتنفيذ المقررات الصادرة عن القضاء، على أنه يتم التأشير على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية، وأفادت المادة 32 من القانون 02-06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق بأنه لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة العقوبات التأديبية، غير أنه يمكن تسليم نسخة تنفيذية ثانية بأمر يصدره رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها مكتب التوثيق مع إرفاق الأمر القضائي بالأصل.

ثالثا: مصدر القوة التنفيذية للمحررات التوثيقية

يقول الإمام القرافي: " الولاية الجزئية المستفادة من القضاة كمن يتولى العقود والفسوخ في الأنكحة فقط، أو النظر في شفاعات الأيتام أو عقودهم فقط، فيفوض إليه في ذلك النقص والإبرام

<sup>1</sup> محمد المنجي، مرجع سابق، ص 306.

<sup>2</sup> المحكمة العليا، الغرفة المدنية، قرار بتاريخ 2014/09/18، ملف رقم 0947037، مجلة قضائية، العدد 2، 2014، ص 190.

على ما يراه من الأوضاع الشرعية، فهذه الولاية شعبة من ولاية القضاء وله إنشاء الأحكام في غير المجمع عليه، وذلك كله فيما يليه فيه، وما عداه لا ينفذ له فيه حكم البتة"، وهذا يقاس على الموثق باعتباره ضابط عمومي مخول من قبل السلطة العمومية من جهة، وباعتبار أنه محرر العقد والأعلم بما تضمنه من جهة أخرى، فيفوض إليه صلاحية التنفيذ دون حاجة إلى إجراء آخر، فأساس هذه القوة هي "إرادة ولي الأمر" في إبقاء أثرها التنفيذي ذي الشكل القضائي، ويدرج هذا في إطار السياسة الشرعية التي تخول لولي الأمر في اتخاذ ما يراه أصلح وأفضل للأمة<sup>1</sup>.

ولا توضع الصيغة التنفيذية على جميع المحررات التوثيقية بل يتم تذييل العقود التي تتضمن حقوقا والتزامات واجبة التنفيذ فحسب، حيث أنه يجوز للموثق أن يمتنع عن إهار المحرر التوثيقي غير المتضمن لحق أو التزام بالصيغة التنفيذية، والحضر ذاته يمتد إلى تسليم صورة تنفيذية من المحرر التوثيقي لمن لا يرجى عودة المنفعة عليه بعد تنفيذه قياسا على الأحكام الصادرة عن القضاء<sup>2</sup>.

وقد تعددت النظريات في مجال القانون الوضعي بشأن الأساس القانوني للقوة التنفيذية في مجال التوثيق، فذهب البعض إلى أن منشأها اعتبارات تاريخية حيث أنها كانت وليدة القضاء وصاحبت المحرر الموثق وبقيت معه في ظل مكاتب التوثيق والنقد الموجه لهذه النظرية أن المحررات الموثقة مستقلة عن القضاء وعليه لا تصلح هذه النظرية لتكون أساسا قانونيا لقوة المحررات التوثيقة، وذهب جانب آخر من الفقه للقول بأن المحرر التوثيقي يستمد قوته من إرادة أطرافه على أساس أن العقد شريعة المتعاقدين، غير أن هذا مجسد أيضا في المحررات العرفية التي لا ترقى لاعتبارها ذي قوة تنفيذية<sup>3</sup>.

بينما يرى فقهاء آخرون أن الثقة المفترضة في أعمال التوثيق هي أساس القوة التنفيذية للمحرر التوثيقي وهذا غير صحيح لأن محاضر الشرطة هي محررات رسمية مع ذلك لا يعترف لها القانون بقوة تنفيذية، ويثير فريق آخر بأن المحرر التوثيقي يستمد قوته من نص قانون المرافعات بيد أن هذا القانون لا يمنح هذه القوة لجميع الأوراق رغم أنها سندات إجرائية. وعتبر بعض الفقه المحررات التوثيقية نوع من القضاء الخاص والنقد الموجه لهذا هو أنها أوراق شكلية لا ترقى لإدراجها نطاق القضاء الخاص،

<sup>1</sup> علي كحلون، مرجع سابق، ص 132 وما بعدها.

<sup>2</sup> وسيلة وزاني، مرجع، ص 178.

<sup>3</sup> علي كحلون، نفس المرجع، ص 231 وما بعدها.

وذهب غالبية الفقهاء إلى أن إرادة المقتن هي الأساس القانوني للقوة التنفيذية سعياً منه إلى حماية الأشخاص وممتلكاتهم بموجب المحررات التوثيقية طبقاً للسياسة التي يتبناها كل تشريع<sup>1</sup>. إن خروج المحررات التوثيقية عن دائرة القضاء وجعلها من صلاحيات مكاتب التوثيق مع بقاء تمتعها بالقوة التنفيذية وتصييرها مساوية للأحكام القضائية من حيث إمكانية التنفيذ دون حاجة للجوء إلى القضاء واستصدار أمر في هذا القبيل هو إعمال للسياسة الشرعية التي يتبناها كل نظام بما يحقق المصلحة ويدراً المفسدة وتقرير الحقوق والحفاظ على الممتلكات، يضاف إلى ذلك

### الفرع الثاني: دور القضاء في تجلية الغموض بشأن تنفيذ العقود الموثقة في دولة أجنبية

سوف نسلط الضوء على الشروط التي رسمها المشرع بشأن تنفيذ العقود الأجنبية، ثم نبين تكريس القضاء للمبادئ التي أفصح عنها التشريع في هذا الخصوص.

أولاً: شروط تنفيذ العقود التوثيقية المبرمة في الخارج

قد تباشر سلطة أجنبية لها اختصاص توثيق المحررات سواء داخل إقليم الدولة (قنصل أجنبي) أو خارجه (موثق أجنبي)، ومراعاة لسيادة الدولة اشترط المشرع الجزائري لاكتساب المحررات التي تبرم بالخارج قوتها التنفيذية منحها الصيغة التنفيذية وضرورة توافر شروط أخرى كنوع من الرقابة عليها، لذا يعتمد القضاء آليات لفرض رقابته على العقود التوثيقية المبرمة في الخارج بعد إنجازها، وقد كان للاجتهاد القضائي دور كبير في تحسين الأداء بالنسبة للموثقين من خلال المبادئ التي أصدرها باعتبارها أداة توجيهية لا سيما وأن المادة الأولى من القانون المدني قد اعتبرتها مصدراً مهماً من مصادر القانون (قواعد العدالة). وعليه نبين الحكم بشأن الوكالة المنعقدة أمام قنصل جزائري ثم نتطرق إلى بيان مدى صحة العقود الموثقة في الخارج.

نصت المادة 606 على أنه لا يجوز تنفيذ العقود والسندات الرسمية المحررة في بلد أجنبي في الإقليم الجزائري إلا بعد منحها الصيغة التنفيذية من إحدى الجهات القضائية الجزائرية متى استوفت الشروط الآتية:

- توافر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقاً لقانون البلد الذي حرر فيه،

<sup>1</sup> علي كحلون، نفس المرجع، ص 266 وما بعدها

- توافره على صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه<sup>1</sup>،
  - خلوه مما يخالف القوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر.
- ويتم تقديم منح الصيغة التنفيذية لهذه العقود الأجنبية أمام محكمة مقر المجلس التي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ، مع مراعاة أحكام المعاهدات الدولية والاتفاقيات القضائية التي تبرمها الجزائر مع الدول الأجنبية.
- وأما بالنسبة للتشريع المصري فإن الموثق يقوم وقت إيداع المحررات الموثقة أمام السلطات الأجنبية بتحرير محضر رسمي بذلك يتضمن وصفا شاملا لتلك المحررات، ويتم توقيع المحضر من قبل الموثق ومن صدر منه التصرف أو طالب الإيداع أو شهود واقعة الإيداع، على أنه يجب أن تكون معتمدة من سفارة الدولة الأجنبية في مصر ومن وزارة الخارجية المصرية<sup>2</sup>.

#### ثانيا: موقف القضاء بشأن العقود التوثيقية المبرمة في الخارج

بتفحص أعمال القضاء في هذا الخصوص فإنه يجب إهمار العقود المحررة في دولة أجنبية بالصيغة التنفيذية حتى يتم قبولها في الجزائر فيجب في هذا الصدد النظر إلى عدم مخالفة السند للنظام العام، كما يتعين في هذا الخصوص التحقق من مدى رسميته وكذا قابليته للتنفيذ في البلد الذي تم تحريره فيه، وهو المبدأ الذي كرسه القضاء في قرار صادر عن المحكمة العليا جاء فيه ما يأتي: " تخضع الوصية المحررة في دولة أجنبية للإهمار بالصيغة التنفيذية، من أجل قبول تنفيذها في الدولة محل التنفيذ. يتعين على السلطة المختصة التأكد من مدى رسمية السند وقابليته للتنفيذ في البلد الذي حرر فيه، بالإضافة إلى عدم مخالفته للنظام العام في البلد المطلوب تنفيذه فيه<sup>3</sup>."

فبعد الوكالة الذي تم توثيقه في دولة أجنبية يتعين إهماره بالصيغة التنفيذية على مستوى الجهة القضائية المختصة حتى يكون قابلا للتنفيذ في الجزائر، وهو المبدأ الذي أفصح عنه القضاء في القرار

<sup>1</sup> لا يجوز اعتماد أي وسيلة أخرى سوى المحرر التنفيذي لإثبات حق الدائنية أثناء التنفيذ الجبري. إلياس أبو عيد، مرجع سابق، ص 326.

<sup>2</sup> محمد المنجي، مرجع سابق، ص 310.

<sup>3</sup> م.ع، غ.ع، ملف رقم 0992200، بتاريخ 2016/06/16، مجلة قضائية، العدد الأول، 2016، ص 92.

الصادر عن المحكمة العليا سنة 2010 المتضمن ما يلي: "عقد الوكالة، المبرم في الخارج، من العقود الرسمية الواجب إمارها بالصيغة التنفيذية، من طرف القضاء الجزائري، لتكون قابلة للتنفيذ في الجزائر"<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: إجراءات التنفيذ المرتبطة بالمحررات التوثيقية

أسندت المادة 11 من قانون تنظيم مهنة الموثق لمكاتب التوثيق إجراء غاية في الأهمية يتعلق الأمر بإمهار المحررات التوثيقية بالصيغة التنفيذية حتى يتمكن ذوو الشأن من إجراء التنفيذ لا سيما إذا تعلق الأمر بعقد تضمن التزاما أو حقا حل أجل استيفائه، و الصيغة التنفيذية التي توضع على المحرر التوثيقي هي ذاتها التي توضع على الأحكام القضائية ومن ثم يصبح المحرر التوثيقي سندا تنفيذيا ووسيلة في يد طالبه لاستيفاء حقه وإجبار الطرف الآخر على أداء التزامه المتفق عليه.

وأما عن الإجراءات والكيفية التي يتعين مراعاتها لتنفيذ ما تضمنه المحرر التنفيذي المذيل بالصيغة التنفيذية فقد نظم قانون الإجراءات المدنية والإدارية ذلك على نحو دقيق كما سنبينه في الفرع الأول، كما خصص أحكاما إجرائية لحماية بعض الفئات الضعيفة وعدم الإجحاف بحقها واعتبار النيابة العامة طرفا أصيلا في المعاملات التي يكونون أطرافا فيها، فهل تعتبر هذه الإجراءات كافية لحمايةهم على النحو الذي يبتغيه المشرع أم أن هناك ضرورة لمراجعتها وفق منهج يحقق مصلحتهم.

### الفرع الأول: طرق تنفيذ المحرر التوثيقي

يقصد بالتنفيذ هو إعمال القواعد القانونية في الواقع العملي فهو تبعا لهذا همزة وصل بين القاعدة والواقع وهو أداة لتسيير الواقع على النحو الذي يبتغيه المشرع<sup>2</sup>. وينقسم إلى نوعين حيث يتعلق النوع الأوب بالتنفيذ الاختياري (الطوعي أو الرضائي) وأما النوع الثاني فهو التنفيذ الجبري (القهري)، ونفصل في مضمونهما تباعا.

### أولا: تنفيذ المحرر التوثيقي بالطريق الاختياري

الأصل أن يتم الوفاء بالدين بطريق اختياري حيث يقوم المدين بأداء الدين دون ممانعة ودون تعنت، بيد أنه قد يمتنع هذا الأخير عن حيث يتبع الدائن إجراءات معينة حددها القانون لاستيفاء دينه

<sup>1</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2010/10/21، ملف رقم 586026، مجلة قضائية، العدد 2، 2010، ص 169.

<sup>2</sup> العربي شحط عبد القادر، مرجع سابق، ص 5.

إذ لا يجوز له أن يأخذ حقه بنفسه فيقوم بإعذاره بتنفيذ التزامه بطريق طوعي، وعليه فالتنفيذ الاختياري هو الذي يقوم به المدين بمحض إرادته دون تدخل السلطة العمومية لإجباره على الوفاء، وهذا النوع من الفء لا يثير أي صعوبة حيث يقوم الدائن بمحاولات لإقناع المدين على الدفع ولا توجد إجراءات رسمية خاصة به لأنه لا يتم بطريقة رسمية أو بتدخل القاضي ما عدا حالة التنازع في مقداره أو في أجل الوفاء، ومن ثم يقوم المدين بعرض ما وجب عليه وفأوه عرضاً فعلياً على الدائن وبعدها يودع ه لدى خزانة المحكمة طالبا منها الحكم بصحة هذا العرض حتى تبرأ ذمته<sup>1</sup>.

### ثانياً: تنفيذ المحرر التوثيقي القانوني بالطريق الجبري

تنص المادة 160 من القانون المدني على المدين ينفذ ما الالتزام الذي تعهد به جبراً، ويتحقق هذا بتوافر أمرين يمثل الأول في عنصر المديونية وهو التزام يتعين الوفاء به، ويتعلق الأمر الثاني بعنصر المسؤولية ويقصد به إمكانية الدائن قهر مدينه على الوفاء بدينه إذا أجم عن ذلك طواعية، وفي حال تخلف العنصر الأخير - عنصر المسؤولية يتحول الالتزام المدني إلى إلتزام طبيعي يخضع لوازع الضمير. وتبعاً لما سبق يعرف بالتنفيذ الجبري بأنه التنفيذ الذي يتم بواسطة السلطة العمومية تحت إشراف القضاء ورقابته بناء على طلب المدين الذي بيده سند مستوف لشروط خاصة بقصد استيفاء حقه الثابت في السند من المدين قهراً عنه<sup>2</sup>.

كما اعتبرت المادة 600 من ق.إ.م.إ المحرر التوثيقي سنداً تنفيذياً وذكر المشرع بعض العقود على سبيل المثال، وقد أيد القضاء ما ورد ضمن هذه المادة حيث جاء في القرار الصادر عن المحكمة العليا عام 2012 ما يلي: "يعنى صاحب العقد التوثيقي (السند التنفيذي) ، المتضمن القرض البنكي، من الجوء إلى القضاء لإثبات حقوقه. يسمح العقد التوثيقي، الممهور بالصيغة التنفيذية، بالقيام بالتنفيذ الجبري على المدين"<sup>3</sup>.

وكون المحرر التوثيقي سند تنفيذي تطبيقاً لمضمون المادة 600 من ق.إ.م.إ يغني عن التوجه إلى القضاء بغية إثبات صحة المحرر ذلك أنه يعتبر حجة قاطعة حتى يثبت تزويره، كما يعتبر نافذاً في كامل

<sup>1</sup> العربي شحط عبد القادر، نفس المرجع، ص 7-8.

<sup>2</sup> العربي شحط عبد القادر، المرجع نفسه، ص 8.

<sup>3</sup> م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2012/03/22، ملف رقم 752352، م.ق، ع 2، 2013، ص 132.

التراب الوطني. يضاف إلى هذا أن المحرر التوثيقي محاط بجملة من الإجراءات والقيود الصارمة التي من شأنها أن تفيد في التحصيل الجبائي لصالح خزينة الدولة وتسهم في توفير الحماية لذوي الشأن في مواجهة الأغيار. ويكتسب هذا المحرر حجة قاطعة لمجرد شهره لدى المحافظة العقارية ذلك أنه تم تفحص مضمونه من حيث ملاءمته للنظام العام والآداب العامة.

وقصد التنفيذ الجبري على المدين هناك مقدمات يتعين القيام بها من قبل الدائن قبل مباشرة إجراءات التنفيذ الجبري، تنطبق لكل من هذه المقدمات ومباشرة الإجراءات في النقطتين التاليتين.

### 1- ممهّدات التنفيذ الجبري

تنص المادة 281 ق.إ.م.إ على ما يلي: "النسخة التنفيذية هي النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية، توقع وتسلم من طرف أمين الضبط إلى المستفيد من الحكم الذي يرغب في متابعة تنفيذه، وتحمل النسخة التنفيذية العبارة التالية "نسخة مطابقة للأصل مسلمة للتنفيذ" وكذا ختم الجهة القضائية"، تطبق هذه المادة على العقود التوثيقية طبقاً للمادة 600 و602 من نفس القانون إلا أن الموثق هو الذي يقوم بتوقيع وتسليم النسخة التنفيذية، تنص الفقرة الثانية من المادة 602 من ق.إ.م.إ على ما يأتي: "يمهر ويوقع على النسخة التنفيذية رئيس أمناء الضبط أو الضابط العمومي، حسب الحالة، وتحمل عبارة "نسخة تنفيذية مطابقة للأصل وتختم بالختم الرسمي للجهة التي أصدرته"، كما يتعين على الموثق أن يؤشر على النسخة الأصلية المحفوظة لديه بتسليم نسخة تنفيذية وتاريخ التسليم واسم الشخص الذي استلمها، ويؤشر بهذا التسليم في سجل خاص بالنسخ التنفيذية المسلمة مع توقيع وصفة المستلم. ومن ثم يسعى طالب التنفيذ إلى تبليغ المدين وتكليفه بالوفاء.

### أ. تبليغ المدين

نصت 612 من ق.إ.م.إ على ما يأتي: " يجب أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للدائن التنفيذي في أجل خمسة عشر يوماً (15)" وأحالت هذه المادة إلى المواد 406 إلى 416 من نفس القانون بشأن إجراءات التبليغ الرسمي بالوفاء، والحكمة التي يتبناها المشرع من وراء التبليغ هي إعلام المدين بوجود عقد توثيقي متضمن للالتزام وجب عليه الوفاء به لصالح الدائن، وفي نفس الوقت حتى



يتمكن المدين الإطلاع على السند التنفيذي والإعترض عليه إن اقتضى الأمر ذلك<sup>1</sup>، ومن ثم يمكنه اختصار الطريق ورجح الوقت والمال وتوفير العناء والمشقة التي يواجهها حال اعتراضه على السند. وبالرجوع إلى أحكام هذه المواد سالفه البيان بفإن التبليغ يتم بموجب محضر قضائي طبقا للمادة 406 من ق.إ.م.إ. وتسلم نسخة من المحرر التوثيقي مهورا بالصيغة التنفيذية على أن يوقع المدين باستلام هذه النسخة، ويجوز أن يبلغ المطلوب تبليغه حسما وجد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، ولا يعد التبليغ الرسمي قبولا بمضمون السند على التبليغ الرسمي الموجه إلى شخص المقيم في الخارج يكون صحيحا إذا تم في الوطن المختار من قبله في الجزائر. ويتضمن التبليغ الرسمي البيانات التالية:

- اسم ولقب المحضر القضائي وعنوانه المهني وتوقيعه وختمه،
  - تاريخ التبليغ بالحروف وساعته،
  - اسم ولقب طالب التوقيع وموطنه،
  - إذا كان طالب التبليغ شخصا معنويا، تذكر تسميته وطبيعته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،
  - اسم ولقب وموطن الشخص الذي تلقى التبليغ، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي يشار إلى طبيعته وتسميته ومقره الاجتماعي واسم ولقب وصفة الشخص الذي تلقى التبليغ الرسمي،
  - توقيع الشخص الذي تلقى التبليغ وبيان طبيعة الوثيقة التي ثبت هويته ورقمها وتاريخ إصدارها، وإذا تعذر على المبلغ له التوقيع على المحضر، يجب عليه وضع بصمته،
  - الإشارة إلى تسليم الوثيقة موضوع التبليغ الرسمي إلى المبلغ له،
- وإذا لم يتضمن محضر التبليغ الرسمي البيانات المشار إليها أعلاه، يجوز للمطلوب تبليغه أن يدفع ببطلانه قبل إثارته لأي دفع أو دفاع.
- ب. التكليف بالوفاء

جاءت المادة 612 من ق.إ.م.إ. بمصطلح التكليف بالوفاء بدل مصطلح "الإلزام بالدفع" الذي كان معمولا به في قانون الإجراءات المدني لسنة 1966 ذلك أن كلمة "وفاء" واسعة المعنى وأدق في

<sup>1</sup> وسيلة وزاني، مرجع سابق، 194.

الدلالة مما كان معمولاً به سابقاً، كما أن الدفع يفهم منه التسديد نقداً بخلاف الوفاء الذي قد يقع على إلزام بعمل أو الامتناع عنه<sup>1</sup>. ويتعين أن يسبق التنفيذ الجبري، التبليغ الرسمي للسند التنفيذي وتكليف المنفذ عليه بالوفاء بمضمون السند التنفيذي في أجل خمسة عشر يوماً.

يجب أن يتضمن التكليف بالوفاء تحت طائلة القابلية للإبطال فضلاً عن البيانات المعتادة على:

- اسم ولقب طالب التنفيذ وصفته شخصاً طبيعياً أو معنوياً وموطنه الحقيقي وموطن مختار له في دائرة اختصاص محكمة التنفيذ،
  - اسم ولقب وموطن المنفذ عليه،
  - تكليف المنفذ عليه بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي خلال أجل أقصاه خمسة عشر يوماً وإلا نفذ عليه جبراً،
  - بيان المصاريف التي يلزم بها المنفذ عليه،
  - بيان مصاريف التنفيذ والأتعاب المستحقة للمحضرين القضائيين،
  - توقيع وختم المحضر القضائي،
- يمكن طلب إبطال التكليف بالوفاء أمام قاضي الاستعجال خلال خمسة عشر يوماً الموالية لتاريخ التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء ليم الفصل فيه خلال أجل خمسة عشر يوماً.

## 2- مباشرة التنفيذ الجبري للمحرر التوثيقي

نصت المادة 614 من ق.إ.م.إ على ما يلي: "يجوز إجراء التنفيذ الجبري بمجرد التبليغ الرسمي للتكليف بالوفاء بما تضمنه السند التنفيذي، دون مراعاة الآجال المنصوص عليها في المادة 612 أعلاه، فيما يأتي:

- إذا كان التنفيذ يتم بموجب أمر استعجالي،
  - إذا كان التنفيذ يتم بموجب حكم مشمول بالنفاذ المعجل"
- ذكرنا أن التنفيذ الجبري هو الذي يتم بواسطة السلطة العمومية ممثلة في الضابط العمومي المختص وهو المحضر القضائي تحت إشراف النيابة العامة ورئيس المحكمة، ويكون بطلب من الدائن لأجل استيفاء حقه الثابت بموجب سند تنفيذي بطريق جبري، ويقصد التنفيذ الجبري للمحرر التوثيقي باعتباره

<sup>1</sup> عبد الرحمن بربارة، مرجع سابق، ص 578.

سند تنفيذي يتعين على النيابة العامة تسخير استعمال القوة العمومية في أجل أقصاه عشرة أيام من تاريخ إيداع طلب التسخيرة حيث يتم تسجيل هذا الأخير في سجل خاص مع تسليم وصل للطالب يثبت إيداع هذا الطلب، نشير إلى أن الحقوق التي يتضمنها المحرر التوثيقي تُتقادم بمضي 15 سنة كاملة ابتداء من تاريخ قابليتها للتنفيذ على أنه يقطع التقادم بكل إجراء من إجراءات التنفيذ.

وقد أجازت المادة 667 من ق.إ.م.إ لكل دائن يحوز على سند تنفيذي أن يفقوم بحجز تنفيذي على ما يكون للمدين لدى الغير من الأموال المنقولة المادية أو الأسهم أو حصص الأرباح في الشركات أو السندات المالية أو الديون ولو لم يحل أجل استحقاقها، ويتم هذا بموجب أمر على عريضة من رئيس المحكمة التي يوجد فيها الأموال. وإذا كان المنفذ عليه محبوسا بسبب جناية أو محكوم عليه نهائيا في جنحة بعقوبة سنتين فأزيد ولم يعين له نائب يتولى إدارة أمواله بإمكان طالب التنفيذ أن يستصدر من قاضي الاستعجال أمرا بتعيين وكيل خاص من عائلة المنفذ عليه أو من الغير ليقوم مقامه وقت التنفيذ على أمواله.

وقد أجاز القانون للمحضر القضائي في أداء مهمته الدخول إلى الإدارات والمؤسسات العمومية أو الخاصة للبحث عن الحقوق المالية العينية المملوكة للمنفذ عليه أو أي أموال أخرى قابلة للتنفيذ، ويتعين على هذه المؤسسات تقديم يد المساعدة لبلوغ هذا الغاية، وفي هذه الحال يتم تحرير محضر جرد لهذه الحقوق و/أو الأموال ثم يتم مباشرة التنفيذ عليها. ومن ثم يجب على رئيس المحكمة أن يبت في دعوى الإشكال أو في طلب وقف التنفيذ في أجل 15 يوما من تاريخ رفع الدعوى بموجب أمر مسبب لا يقبل أي الطعن ويكون له طابع مؤقت بحيث لا يمس بأصل الحق ولا يمنح تفسيرا للند التنفيذي.

وأصبح بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية المحجز على العقارات غير المشهر حسب المادة 766 منه، وهذا خلافا للأصل حيث أن المحجز ينصب على العقارات التي لها سندات ملكية مشهورة، بيد أن التأخر الحاصل في عملية المسح العام وكذا تعامل الدولة في مساحات كبرى بموجب مقررات إدارية تغير مشهورة كتوزيع أراض في المناطق الصناعية وتوزيع أخرى للبناء من قبل البلديات والوكالات العقارية. فتدخل المشرع وجعلها كضمان عام للمدين اتجاه دائنيه سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين، ومن ثم تتم إجراءات المحجز مع إرفاق طلب المحجز بنسخة من العقد التوثيقي (سند تنفيذي) ومحضر عدم كفاية

الأموال المنقولة أو عدم وجودها وكذا مستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري للعقار الذي يراد حجزه<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: ضرورة مراجعة الإجراءات المرتبطة ببعض البيوع العقارية الخاصة

جاء النص على إجراءات بعض البيوع العقارية الخاصة ضمن أحكام المواد 783 وما يليها من ق.إ.م.إ.، وعليه فإن مضمون هذه النصوص ينصرف إلى نوع خاص من المحجور عليهم وهم المفقود والمفلس وناقص الأهلية. وعليه تناول البيع العقاري الخاص بالمفقود وناقص الأهلية والمفلس، ثم تتطرق لبيع العقار المملوك على الشيوع، وبعدها نعالج مسألة بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني.

#### أولاً: البيع العقاري الخاص بالمفقود وناقص الأهلية والمفلس

نصت المادة 89 من قانون الأسرة على أنه يتعين على القاضي أن يراعي حالة الضرورة والمصلحة في الإذن الخاص ببيع العقار المملوك للقاصروأن يتم البيع بطريق المزاد العلني، ويقودنا هذا الحكم من الناحية الإجرائية إلى نص المادة 783 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم هذا البيع طبقاً لهذه المواد عن طريق المزاد العلني وحسب قائمة شروط البيع، ثم يتم تبليغ المحضر القضائي<sup>2</sup> إعمالاً لنص المادة 785 من ق.إ.م.إ. وهذا حتى يمكن الغير من الاعتراض عليها، يقوم المحضر القضائي بعدها بالإعلان عن البيع بالمزاد العلني ثم يتم اتباع إجراءات بخصوص جلسة المزايدة، وهو ما سنفصل فيه ضمن النقطتين الموليتين.

#### 1. ترتيب قائمة شروط البيع ومرفقاتها وكيفية الاعتراض عليها

للقيام ببيع العقار و/أو الحقوق العينية العقارية المملوكة للقاصر يتعين إعداد قائمة شروط البيع من قبل المحضر القضائي ليلبغها إلى المعنيين حتى يتسنى لهم الاعتراض عليها وفق شروط محددة.

<sup>1</sup> عبد الرحمن بريارة، مرجع سابق، ص 582-583.

<sup>2</sup> تجدر الإشارة إلى أن المحضر القضائي وكذا محافظ البيع بالمزايدة هما ضابطان عموميان يتولى كل منهما قانوناً كل فيما يخصه إجراء التنفيذ وعملية البيع مقابل أتعاب بناء على طلب المستفيد من السند التنفيذي، وأنه ليس لهما مصلحة في حصول البيع من عدمه، وأنهما ليسا بخصمين ومن ثم لاصفة لهما في الطعن في الأحكام القضائية. م.ع، غ.م، قرار بتاريخ 2012/04/19، ملف رقم 741357 م.ق، ع1، 2013، ص 134.

## أ. إعداد القائمة الخاصة بشروط البيع

يعدّ المحضر القضائي طبقاً للمادة 783 من ق.إ.م.إ. قائمة شروط البيع ويمكن أيضاً لوكل التفليسة أن يعدها بحسب الحالة<sup>1</sup> ثم يقوم بإيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة، كما نصّ المشرع الجزائري ضمن المادة 783 ق.إ.م.إ. ضمن الفقرة الثانية على أن قائمة تتضمن شروط البيع البيانات الآتية:

1. الإذن الصادر ببيع العقار،
2. تعيين العقار و/ أو الحق العيني العقاري محل البيع تعييناً ودقيقاً لاسماً وموقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته، ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، وما إذا كان العقار مفزراً أو مشاعاً، وكذا البيانات التي تفيد في تعيينه، وإذا كان العقار بناية فيتعين ذكر اسم الشارع، رقه وأجزاء العقارات،
3. بيان شروط البيع والتمن الأساسي،
4. تجزئة العقار إلى أجزاء اقتضت الضرورة ذلك مع بيان الثمن الأساسي لكل جزء،
5. بيان سندات الملكية،

وبخصوص تحديد الثمن الأساسي للعقار أو الحق العيني العقاري الذي تبدأ به المزايدة قيمته التقريبية في السوق فقد بينت المادة 739 من ق.إ.م.إ. بأنه يتم على كلية العقار أو على أجزاء منه، على أن يقوم به خبير عقاري يتم تعيينه بموجب أمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن. وإذا تخلف أحد البيانات المذكورة سابقاً ضمن قائمة شروط البيع فإنها تكون قابلة للإبطال بطلب من له مصلحة خلال فترة أقصاها جلسة الاعتراضات وإلا تعرض حقه للسقوط، وإذا تم إلغاء شروط البيع فيتعين تجديدها على نفقة المحضر القضائي<sup>2</sup>.

تودع أتعاب الخبرة بأمانة ضبط المحكمة والتي يتم تحديدها مسبقاً من طرف رئيس المحكمة، ويكون الخبير ملزم بإيداع تقرير خاص بالتقييم لدى أمانة ضبط المحكمة خلال مدة يحددها رئيس المحكمة دون أن تتجاوز 10 أيام اعتباراً من تاريخ تعيينه وإلا يتم استبداله بخبير آخر.

<sup>1</sup> سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيقه وما إليه، ج2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010، ص 1007.

<sup>2</sup> عبد الله مسعودي، المواعيد القانونية المدنية والجزائية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2012، ص 66.

وبينت المادة 784 من ق.إ.م.إ أن قائمة شروط البيع تكون مصحوبة بمستندات ورد النص عليها حصرا بحيث يتعين المحضر القضائي إرفاقها بقائمة شروط البيع وهي على النحو التالي:

- 1- مستخرج جدول الضريبة العقارية،
- 2- مستخرج من عقد الملكية وكذا الإذن الصادر بالبيع عند الاقتضاء،
- 3- الشهادة العقارية.

فرضت المادة 785 من ق.إ.م.إ تبليغ الدائن<sup>8</sup>ين والنيابة العامة حتى يتمكنوا من طلب إلغاء قائمة شروط البيع عن طريق الإعتراض عليها لاحتمال تضررهم من بيع العقار و/ أو الحقوق العينية العقارية من هذا التصرف، ويقودنا هذا إلى الأحكام الإجرائية الخاصة بالاعتراض على البيع من خلال الصياغة الواردة في نص هذه المادة "طبقا لأحكام هذا القانون". والحكمة التي يتبناها المشرع من وراء بيع العقار المملوك للقصر عن طريق المزاد العلني هي عدم الإضرار بمصلحته مادام أن هذا البيع قد تم علنا حيث تزيد قيمة العقار بلزيادة من جهة، وحتى لا تكون محاباة لأطراف معينة تسعى لكسب العقار بثمن لا تغلب فيه مصلحتهم على حساب القاصر من جهة أخرى.

ويتم بيع العقارات والمحلات التجارية المملوكة للقاصر طبقا للتشريع الفرنسي والحكم ذاته يمتد إلى البالغ الخاضع لنظام الوصاية بمقتضى أمر صادر عن مجلس العائلة الذي يبين ضمنه طبيعة الأموال وكذا القيمة التقريبية لها طبقا لنص المادة 1271 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، كما أشارت المادة 1272 من القانون نفسه إلى البيع يتم بطريق المزاد العلني من طرف الكاتب بالعدل تعيينه المحكمة الابتدائية لهذا الغرض أو أثناء الجلسة الخاصة بالمزايدة بطلب من الوصي أو المشرف.

#### ب. الاعتراضات المقدمة بشأن قائمة شروط البيع

تقدم الاعتراضات حسب نص المادة 742 ق.إ.م.إ عن طريق عريضة توجه إلى رئيس المحكمة قبل الجلسة المخصصة للاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل وإلا تعرض حقهم بالتمسك بهذه الصلاحية للسقوط، على أن يتم تسجيل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم، بعدها تعقد جلسة الاعتراضات في غرفة المشورة بحضور المعارض والحاجز والمحضر القضائي. ومن ثم يبت رئيس المحكمة

<sup>1</sup> حددت المادة 785 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذين يتعين تبليغهم ويمثلون في الدائنين أصحاب التأمينات العينية والنيابة العامة.

في الاعتراضات بموجب أمر غير قابل أي طعن في أجل ثمانية أيام على الأكثر، وعند عدم تقديم أي اعتراض بهذه الجلسة يؤشر بذلك في السجل المخصص لهذا الغرض من طرف أمين الضبط، وفي لآخر المطاف يقوم المحضر القضائي بالإعلان عن البيع بالمزايدة.

## 2. الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وسير الجلسة

أحالت المادة 789 من ق.إ.م.إ إلى الأحكام المرتبطة بإجراءات التعليق والنشر في إطار بيع العقارات الخاصة بناقص الأهلية، وعليه نبين إجراءات البيع بالمزاد العلني استنادا إلى الإجراءات المحال إليها ضمن المواد 747 وما بعدها من نفس القانون.

### أ. إجراءات البيع بالمزاد العلني

يتم تحديد تاريخ الجلسة لإجراء البيع بالمزاد العلني بعد أن يفصل رئيس المحكمة في مسألة الاعتراضات طبقا للمادة 747 من ق.إ.م.إ، وعند عدم تحديد تاريخ ومكان هذه الجلسة سلفا يتم ذلك بموجب أمر على عريضة من قبل أي دائن يكون طرفا في الحجز أو من طرف المحضر القضائي، بحيث يحدد هذا الأخير تاريخ وساعة ومكان الجلسة المخصصة للبيع ثمانية أيام على الأقل قبل تاريخ الجلسة<sup>1</sup>، فبعد إيداع قائمة شروط البيع من قبل المحضر القضائي يقوم بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية ويتم التعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال 8 أيام الموالية لآخر تبليغ رسمي يتعلق بإيداع القائمة إعمالا لنص المادة 748 من نفس القانون، وترفق ضمن بملف التنفيذ صورة من الإعلان الذي تم نشره في الجريدة وكذا نسخة من محضر التعليق، حتى يتمكن كل شخص من الإطلاع على قائمة شروط البيع.

يحرر المحضر القضائي مستخرجا من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع بعد توقيعها طبقا للمادة 749 من ق.إ.م.إ ويتم قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين (30) يوما على الأكثر وعشرين (20) يوما على الأقل، بعدها يقوم المحضر القضائي بنشر الإعلان الخاص بالبيع عن طريق المزاد العلني وعلى نفقة طالب التنفيذ. بحيث يتضمن المستخرج مجموعة من البيانات لها علاقة بالعقار و/أو

<sup>1</sup> سائح سنقوفة، مرجع سابق، ج 2، ص 967.

الحق العيني العقاري موضوع هذا البيع ويبين هوية الأطراف<sup>1</sup>، كما وأشارت المادة 750 من نفس القانون إلى الأماكن التي تكون محلا لتعليق ونشر الإعلان عن البيع بالمزايدة وهي:

1. باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة ،
2. جريدة يومية أو وطنية أو أزيد بحسب أهمية العقار المحجوز،
3. لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يجرى فيها البيع،
4. لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يتواجد فيها العقار،
5. الساحات والأماكن العمومية،
6. في أي مكان آخر يمكن أن يجلب أكبر عدد من المزايدين.

يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة أو تأشيرة يصدرها الموظف المؤهل على هامش الإعلان الذي تم نشره وترفق بالملف محل التنفيذ، ويمكن طلب إلغاء إجراءات النشر والتعليق وفق المادة 751 من ق.إ.م.إ بتقديم عريضة إلى رئيس المحكمة قبل جلسة البيع بثلاثة (3) أيام على الأقل تحت طائلة سقوط حقهم في ذلك، ومن ثم يقوم رئيس المحكمة بالفصل في هذا الطلب في يوم البيع وقبل أن يتم افتتاح البيع بالمزاد العلني بموجب أمر غير قابل للطعن. وفي حال صدور أمر بإلغاء إجراءات النشر والتعليق من قبل رئيس المحكمة يؤجل البيع إلى جلسة لاحقة ويأمر بإعادة الإجراءات من جديد على نفقة المحضر القضائي.

وأما إذا تم رفض طلب الإلغاء يصدر رئيس المحكمة أمرا بافتتاح البيع بالمزاد العلني على الفور، يقدم المحضر القضائي أو أي دائن عريضة بشأن مصاريف الإجراءات الخاصة بالتنفيذ وأتعاب المحضر القضائي، ويتم الإعلان عن هذا تقدير هذه الأتعاب من طرف رئيس المحكمة قبل افتتاح المزاد العلني ويشار إليه في حكم رسو المزاد، على أن هذا الأخير لا يقبل الطعن بكل الطرق حسب نص المادة 765 من ق.إ.م.إ وقد كرس هذا الإجراء الصادر عن المحكمة العليا سنة 2011<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> سألح سنقوقة، مرجع سابق، ج2، ص 969.

<sup>2</sup> م.ع، غ.ع، قرار بتاريخ 2011/04/14، ملف رقم 653261، م.ق، ع1، 2012، ص 171.



## ب. الإجراءات الخاصة بجلسة البيع بالمزايدة

يتأسس جلسة البيع بالمزاد العلني رئيس المحكمة أو القاضي المعين لهذا الغرض بمقر المحكمة المودع لديها قائمة شروط البيع في اليوم والوقت المحددين لذلك، ويكون أمين الضبط والمحضر القضائي حاضرين، وأصحاب التأمينات الذين تم تبليغهم والنيابة العامة، ويتخذ رئيس المحكمة ما يراه مناسباً بشأن البيع بالمزاد العلني طبقاً لمقتضيات المادة 453 من ق.إ.م.إ.، كما أنه يمكن تأجيل جلسة البيع بالمزاد العلني إذا ثبت وجود أسباب جدية كنزول المزايدين عن النصاب القانوني أو إذا كانت العروض ضعيفة، مع الإشارة إلى أن إجراءات النشر والتعليق تكون على عاتق طالب التأجيل.

وبعد افتتاح الجلسة يجب على الرئيس أن يتحقق من حضور أطراف الحجز وأن إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق قد تمت إعمالاً لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 754 من ق.إ.م.إ.، ومتى تأكد الرئيس من أن هذه الإجراءات صحيحة يصدر أمراً بافتتاح المزاد معلناً عن شروط البيع ومواصفات العقار و/ أو الحق العيني العقاري محل عملية البيع بالمزاد العلني، ويذكر الثمن الأساسي والمصاريف والرسوم ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة تبعاً لأهمية العقار و/ أو الحق العيني العقاري ولا يقل في كل الأحوال عن 10.000 دينار لكل عرض طبقاً للفقرة الأخيرة من المادة 2/754 من ق.إ.م.إ.

وفي حالة عدم توافر النصاب لمحدد قانوناً للمزايدين أو كان المبلغ الذي تم عرضه أقل من الثمن الأساسي للمزايدة أو لم يقدم أي عرض طيلة 15 دقيقة يثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة ويقرر تأجيل البيع إلى جلسة موائية بالثمن الأساسي ذاته، وفي حالة إذا تقدم أزيد من مزايدين في جلسة البيع بالمزاد العلني يقوم القاضي باعتماد العطاء على الفور في الجلسة لمن يتقدم بأفضل عرض بعد أن تتم المناذاة به ثلاث (3) مرات متتالية يفصل بين كل نداء ونداء آخر دقيقة واحدة<sup>1</sup>.

يجب أن يدفع من يرسو عليه المزاد أثناء انعقاد الجلسة خمس (5/1) الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة، ويتم دفع المبلغ المتبقي خلال أجل أقصاه ثمانية (8) أيام بأمانة ضبط المحكمة طبقاً لمضمون الفقرة الثالثة من المادة 757 من ق.إ.م.إ.، وإذا تم الإخلال بالدفع في المدة المحددة وجب إعذاره

<sup>1</sup> العربي شحط عبد القادر، مرجع سابق، ص 161.

بالدفع خلال أجل خمسة أيام وإلا أعيد البيع بالمزاد العلني على نفقته حسب الفقرة الرابعة من المادة 757 من ق.إ.م.إ.

وإذا تخلف من يرسو عليه المزاد عن الدفع خلال أجل ثمانية أيام فإنه يلزم بدفع فرق الثمن متى أعيد بيع العقار بثمن أقل من الراسي به المزاد، وإذا تم بيعه بثمن أعلى فلا يكون له الحق في الزيادة، واعتبرت المادة 762 من ق.إ.م.إ. حكم رسو المزاد سند ملكية، ما يوجب قيده بالمحافظة العقارية المختصة من قبل المحضر القضائي خلال شهرين من تاريخ صدوره بقصد إعلام الغير.

### ثانياً: بيع العقار المملوك على الشيوخ

إذا صدر حكم أو قرار يقضي ببيع العقار و/ أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوخ بطريق المزاد العلني من الجهة القضائية التي يوجد بدائرة اختصاصها مكان العقار محل البيع يتعين مراعاة إجراءات نلخصها في ما يلي:

#### الخطوة الأولى: إعداد قائمة شروط البيع وكيفية الاعتراض عليها

يكون البيع بالمزاد العلني بإعداد قائمة شروط البيع من قبل المحضر القضائي ويتم إيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة التي يتواجد بها العقار وذلك بطلب من الشخص الذي يهيمه التعجيل من بين المالكين على الشيوخ حسب مضمون الفقرة الأولى من المادة 786 من ق.إ.م.إ.<sup>1</sup>

تتضمن قائمة شروط البيع بيانات ورد ذكرها ضمن المادة 783 من ق.إ.م.إ. وهي كما يلي:

1. الإذن الصادر ببيع العقار،
2. تعيين العقار و/ أو الحق العيني العقاري تعييناً دقيقاً لاسيما موقعه ونوعه ومشمولاته وحدوده وكذا مساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها إن وجد مفرزاً كان أو مشاعاً وإضافة بيانات أخرى تنفيذ في تعيينه، وإذا كان العقار عبارة عن بناية فوجب تبيان الشارع ورقمه وكذا أجزاء العقارات،
3. ذكر شروط البيع وبيان الثمن الأساسي،

<sup>1</sup> تنص المادة 786 من ق.إ.م.إ. على ما يلي: "إذا تقرر بحكم أو قرار قضائي بيع العقار و/ أو الحق العيني العقاري المملوك على الشيوخ لعدم إمكانية القسمة بغير ضرر أو لتعذر القسمة عيناً، بيع العقار عن طريق المزاد العلني بناء على قائمة شروط البيع يعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار، بناء على طلب من يهيمه التعجيل من المالكين على الشيوخ".

4. تجزئة العقار الى أجزاء متى اقتضت أمكن ذلك مع بيان الثمن الأساسي لكل جزء،  
5. إرفاق سندات الملكية.

وأضاف المشرع ضمن الفقرة الثانية من المادة 786 من ق.إ.م.إ أن تشتمل قائمة شروط البيع زيادة على البيانات الواردة في المادة 783 من نفس القانون على ذكر كل المالكين في الشيوخ وبيان موطن كل منهم مع إرفاقها بنسخة من الحكم أو القرار الخاص بالبيع بالمزاد العلني.

وقد تضمنت المادة 784 من نفس القانون وثائق أخرى وهي:

1. مستخرج جدول الضريبة العقارية،
2. مستخرج من عقد الملكية والإذن بالبيع عند الاقتضاء،
3. الشهادة العقارية.

ويبلغ المحضر بإبلاغ الدائنين بإيداع قائمة شروط البيع بالمزاد العلني بحيث يمكنهم إلغاءها بطريق الاعتراض عليها طبقاً للمادة 787 من نفس ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي: "يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع، إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوخ وهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بطريق الاعتراض على القائمة، عند الاقتضاء، طبقاً لأحكام هذا القانون".

وبعد قيام المحضر القضائي بتبليغ قائمة شروط البيع للأشخاص الميينين ضمن المادة 787 من ق.إ.م.إ يصبح أجل تقديم الاعتراضات ساري المفعول، ويتم تحديد تاريخ الجلسة للنظر فيها من قبل رئيس المحكمة حسب مقتضيات المادة 742 من ق.إ.م.إ التي تقضي بما يلي: " (ف1) تقدم الاعتراضات من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 740 أعلاه، أو من ورثتهم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة (3) أيام على الأقل، وإلا سقط حقهم بالتمسك بها. (ف2) تسجل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم حسب تاريخ ورودها، وتعقد جلسة الاعتراضات في غرفة المشورة بحضور المعارض والحاجز والمحضر القضائي. (ف3) يفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات بأمر غير قابل لأي طعن في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام. (ف4) إذا لم يقدم أي اعتراض بالجلسة يؤثر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به، ويشرع المحضر القضائي في اجراءات الإعلان عن البيع بالمزاد العلني".

## الخطوة الثانية: الإعلان عن البيع بالمزاد العلني

بعد أن يتم البت في الاعتراضات يحدد تاريخ الجلسة للبيع ومن ثم يقوم المحضر القضائي بالإعلان طبقاً للمادتين 749 و 750 من ق.إ.م.إ. حيث تنص المادة 749 منه على ما يأتي: "يجري المحضر القضائي قبل جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين (30) يوماً على الأكثر وعشرين (20) يوماً على الأقل، مستخرجاً من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقعاً منه، ويقوم بنشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني على نفقة طالب التنفيذ. يتضمن المستخرج، فضلاً عن البيانات المعتادة ما يأتي:

1. اسم ولقب كل من الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العين يان وجد وموطن كل منهم،
  2. تعيين العقار كما ورد في قائمة شروط البيع،
  3. الثمن الأساسي لكل جزء من العقار و/ أو الحق العيني العقاري،
  4. تاريخ وساعة البيع بالمزاد العلني،
  5. تعيين المحكمة التي يجري فيها البيع أو أي مكان آخر للبيع".
- وتنص المادة 750 من نفس القانون على ما يأتي: "يتم تعليق ونشر الاعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي:

1. في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضاً أو مباني،
  2. في جريدة يومية أو وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز،
  3. في لوحة الاعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع،
  4. في لوحة الاعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها العقار،
  5. في الساحات والأماكن العمومية،
  6. وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد ممكن من المزايدين.
- يثبت نشر وتعليق الاعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الاعلان المنشور ويرفع مع ملف التنفيذ".

## الخطوة الثالثة: سير جلسة البيع بالمزايدة

بينت المادة 753 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كيفية إشراف رئيس المحكمة أو القاضي المعين بالإشراف على جلسة البيع حيث أنه يقوم باتخاذ ما يراه مناسباً بشأن البيع بالمزاد العلني، كما يمكنه أن يؤجل جلسة البيع بالمزاد العلني متى وجدت أسباب جدية كأن يقل عدد المزايدين عن النصاب المحدد قانوناً أو تكون العروض ضعيفة، فيتم إعادة إجراءات النشر والتعليق على عاتق طالب التأجيل. وأما بشأن مجريات الجلسة فإن القاضي يقوم بالتحقق من حضور جميع الأطراف والتأكد من أن إجراءات التبليغ الرسمي قد تمت صحيحةً وكذلك الشأن بالنسبة لإجراءات النشر والتعليق.

تفتتح جلسة البيع بأمر من رئيس المحكمة ويذكر شروط البيع والسعر الأساسي ويحدد المصاريف وكذا مبلغ التدرج بحيث لا يقل في كل الأحوال عن 10.000 دج. وإذا لم يتوفر النصاب القانوني للمزايدين أو كانت العروض تقل عن الثمن الأساسي أو لم يتقدم أي أحد بأي عرض خلال خمس عشرة (15) دقيقة فإن إجراءات النشر والتعليق يتم إعادة إجرائها، كما يقرر الرئيس تأجيل الجلسة على أن ينقص عشر (10/1) الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق في الجلسة الجديدة دون أن يأخذ بعين الاعتبار عدد المزايدين أو إذا كانت قيمة العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي، وفي آخر المطاف يتم بيع العقار لمن يتقدم بأعلى عرض حتى لو كان يقل عن الثمن الأساسي.

وبراعى في بيع العقار أو العقارات التابع ويحظر بيعها جملو واحدة، ويكون رسو المزاد على من يتقدم بأعلى عرض على أن ينادى ثلاث (3) مرات متعاقبة يفصل بين كل نداء دقيقة واحدة، ويتعين على من رسا عليه المزاد أن يسدد في الجلسة (خمس 1/5) الثمن يضاف إليه المصاريف والرسوم المستحقة، وأما بخصوص الثمن المتبقي (4/5) فيتم دفعه خلال ثمانية (8) أيام اعتباراً من تاريخ رسو المزاد، وإذا لم يودع من رسا عليه المزاد المبلغ المتبقي خلال الأجل المحدد فيتم إعداره بالدفع خلال خمسة (5) أيام وإلا تم إعادة البيع بالمزاد على نفقته ويلزم حينئذ بدفع بفرق الثمن إذا أعيد بيع العقار بثمن يقل عن الراسي به المزاد، ولا يكون له الحق في الزيادة إذا بيع العقار بثمن أعلى<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> يجب التنويه إلى أنه لا ينعقد البيع بالمزايدة إلا برسو المزاد ويسقط بمزاد أعلى ولو كان باطلا طبقاً لنص المادة 69 من القانون المدني.

ويتم تقدير مصاريف إجراءات التنفيذ بما في ذلك أتعاب المحضر القضائي من قبل رئيس المحكمة بموجب أمر على عريضة، على أن يعلن عن هذا التقدير قبل أن يفتح المزاد العلني ويتم التنويه عنها في حكم رسو المزاد، وتخصم هذه الأتعاب قبل إجراء أي قسمة طبقاً لنص المادة 752 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. وأما بشأن انتقال الملكية فإنه يجب على المحضر القضائي أن يقيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية المختصة إذا ارتبط الإجراء بعقار و/ أو بحق عيني عقاري بقصد شهره خلال أجل شهرين (2) اعتباراً من تاريخ صدوره عملاً بنص المادة 762 من ق.إ.م.إ. تشير إلى أن ملكية المال المشاع المنقول تنتقل إلى المشتري بمجرد التسليم، وأما بالنسبة للعقار المملوك على الشيوع فإن الملكية لا تنتقل إلا بعد أن إجراء الشهر في المحافظة العقارية المختصة<sup>1</sup> وكذا المادة 15 من الأمر 274/75.

### ثالثاً: بيع العقارات المثقلة بتأمين عيني

أشارت المادة 788 من ق.إ.م.إ. إلى أنه يسوغ لملك العقار و/ أو الحق العيني العقاري المثقل بتأمين عيني والذي يريد أداء ديونه وفي حال عدم سعي الدائنين إلى طلب ديونهم وأنهم لم يقوموا بمباشرة إجراءات التنفيذ عليه أن يطلب بيعه بالمزاد العلني، بعد أن يقوم المحضر القضائي بإعداد قائمة شروط البيع ويودعها لدى أمانة ضبط المحكمة المتواجد فيها العقار، ويقوم بعدها المحضر القضائي بتبليغ رسمي لقائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية حتى يمكنهم من طلب إلغاء هذه القائمة بطريق الاعتراض عليها عند الاقتضاء. وقد أحالت المادة 789 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى المواد 783 و784 و788 من نفس القانون بشأن إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة سلفة البيان.

<sup>1</sup> تنص المادة 793 من القانون المدني على ما يأتي: "لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص التي تدير مصلحة شهر العقار".

<sup>2</sup> تنص المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد المسح العام وتأسيس السجل العقاري: "ل حق ملكية وكل حق عيني آخر متعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ نشره في مجموعة البطاقات العقارية".

بيد أنه يلاحظ غياب التنسيق بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الجبائية بشأن البيوع بالمزايدة لا سيما المواد 783 وما بعدها من ق.إ.م.إ. التي عقدت الإختصاص للمحضر القضائي دون الموثق، وهذا يتعارض مع ما تضمنه قانون التسجيل ضمن المادة 2/165 وكذا المرسوم رقم 08-243 الذي يحدد أتعاب الموثق لا سيما البند 76 من الملحق بالتعريف الرسمية، فالأصل أن يتم البيع بالمزاد من قبل جميع الضباط العموميين والاستثناء أن يرد نص يعهد بعقد الإختصاص لضباط معين في مسألة معينة كنص المادة 152 من قانون الإجراءات الجبائية.

وتبعاً لما سبق يستحسن مراجعة المواد 783 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بإدراج الموثق ومحافظ البيع بالمزايدة ضمن مقتضياتها باعتبارهما صاحبي الإختصاص الأصيل لإجراء البيع بالمزاد العلني، ومن ثم بإمكانهما التنسيق مع القاضي المختص أو رئيس المحكمة عند وجود إشكالات تعترض سير الإجراءات.

كما تجدر الإشارة إلى أنه تم النص على مجلس العائلة ضمن القوانين الجبائية لا سيما المادة 320 من قانون التسجيل والمواد 210، 229، 230، 289 من قانون الطابع ولا نجد له أثراً في جميع النصوص التي تُعنى بمادة التوثيق، وهذا يخلق صعوبة من الناحية العملية خاصة المعاملات التي تشتمل على نزاعات أو كان أحد أطرافها قاصر فيتم البيع عن طريق المزاد العلني.

### المبحث الثاني: حفظ المحررات التوثيقية

يعتبر حفظ المحررات التوثيقية من صميم المهام التي تقع على عاتق الموثق، حيث قررت المادة 10 من القانون 06-02 بأن تحفظ العقود المحررة أو المسلمة بقصد إيداعها، وقد أحالت الفقرة الثانية من نفس المادة إلى التنظيم لا سيما أحكام المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 3 غشت 2008<sup>1</sup> المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه، وعليه نبين في هذا البند كيفية حفظ المحررات التوثيقية، ثم نعالج سير الأرشيف التوثيقي، وهما مسألتان جديرتان بالتوضيح كما سنورده تباعاً.

<sup>1</sup> ج.ر، ع 45، بتاريخ 2008/08/06.

### المطلب الأول: طريقة حفظ المحررات التوثيقية

لقد ذكرنا سلفاً بأنه يتعين على الموثق أن يخصص مكاناً من المكتب لتسيير الأرشيف وحفظه (م 9 من م.ت رقم 08-242)، بحيث يتم ترتيب المحررات التوثيقية والسندات المرفقة بها، على أن يتم حفظها داخل مكتب التوثيق دون سواه. وعند الاقتضاء، يمكن للموثق أن يستصدر ترخيصاً يجره رئيس الغرفة الجهوية للموثقين المختصة تمكنه من الاحتفاظ بالأرشيف كله أو بعضه في مكان خارج عن نطاق مكتبه، وفي كلتا الحالتين يكون الموثق مسؤولاً عن حفظ المحررات التوثيقية، هذه الأخير التي يتعين أن توضع بالحفاظة مصحوبة بالأوراق والمستندات المرفقة بها، ويجب ترقيم هذه الحفاظة وفق ترتيب تسلسلي، وتدون عليها أسماء الأطراف.

على أنه يمكن استعمال دعامة إلكترونية تحمل المعلومات الخاصة بالأرشيف التوثيقي، وهذا حتى يتسنى للموثق أو مساعده سحب الملف بيسر عند الاقتضاء، كحالة التفتيش أو عند طلب أحد الأطراف نسخة من المحرر التوثيقي، ومن ثم يتوجب على الموثق أن يشير داخل الملف إلى طبيعة هذا السند وتاريخ سحبه مصحوباً بتوقيع طالبه.

### الفرع الأول: مضمون إجراء حفظ الوثائق

تطبيقاً للمادة 10 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق تضمن المرسوم التنفيذي رقم 245-08 مصطلح "حفظ" - conservation -، وهو مصطلح يتعين الوقوف عند مدلوله، أما من الجانب اللغوي فإن هذا اللفظ مشتق من الفعل حَفِظَ: يقال حفظ الشيء يحفظه حفظاً بمعنى صانه ورعاه<sup>1</sup>، ومن الناحية الاصطلاحية يمكن تعريفه بأنه "عملية تهدف إلى توفير الصيانة اللازمة للمعطيات الواردة ضمن دعائم "supports" معلوماتية ورقية كانت أو إلكترونية لدى أشخاص طبيعية أو معنوية مخولة قانوناً تضمن حماية الحقوق أكبر وقت ممكن اعتماداً على أساليب التوجيه والتخطيط والمتابعة".

انطلاقاً مما سبق، يمكن القول أن حفظ المحررات التوثيقية هو همزة وصل بين الأجيال تضمن استمرارية التطور العلمي من خلال مراعاة جملة من المواصفات سواء من حيث متانة البنائيات أو الرفوف

<sup>1</sup> محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، ج1، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د.ت.ن، ص



المستعملة كدعائم اعتمادا على معارف تقنية متعارف عليها نبين أحكامها لاحقا، ما يهمننا في هذا المقام هو الأرشيف التوثيقي باعتباره يتضمن حقوقا ومسائل ذات أهمية كبرى، لذلك ألزم المشرع الموثق بالسر المهني شأنه في ذلك شأن الأرشيف القضائي بحيث ينتمي كلاهما إلى قطاع وزارة العدل. وهنا يتعين توحيد مناهج العمل من أجل التكفل بتشكيل الرصيد الأرشيفي الوطني خدمة للتراث التاريخي والثقافي بغية إرساء معالم تتركس حفظ الذاكرة الوطنية<sup>1</sup>. نبين ضمن هذا الفرع أهمية حفظ المحرر التوثيقي ثم نتطرق إلى الإجراءات الواجب مراعاتها في هذا القبيل.

### أولا: بيان أهمية حفظ المحررات التوثيقية

إن حفظ المحررات ضمن أصول-Minutes<sup>2</sup> - مكتب التوثيق هو إجراء مهم ذو قيمة دائمة من الناحية العملية ذلك أنه يبقى كدليل يحتاج إليه الأطراف حال قيام نزاع، فالمحرر التوثيقي هو محرر عمومي<sup>3</sup> فكما أنه يحقق مصلحة خاصة للأفراد فهو يهدف بالموازاة إلى تحقيق المصلحة العامة. فحين يتلقى الموثق أصول المحررات التوثيقية فإنه يتعين عليه حفظها من أي ضياع أو رطوبة أو حريق أو تلف مهما كان سببه، وذلك بوضع نظام تسيير الوثائق وفق ترتيب يسهل عليه إيجادها وقت الحاجة إلى تفحص محتواها.

ويكون للموثق أيضا حفظ المحررات التوثيقية الخاصة بموثقين آخرين في حالات معينة قررها القانون كحالة وفاة موثق أو بمناسبة الاستقالة، فيقع على عاتقه أن يودع تلك الأصول ضمن مكتبته بموجب قرار صادر عن السلطة المشرفة أو الوصية ويحفظها بعناية حفظ أصول عقود التوثيق الخاصة به. وبإمكان الموثق أن يمنح الزبون بطلب من هذا الأخير نسخة مطابقة لأصل ومصادقا عليها أو نظيرا أو صيغة تنفيذية للعقد المحفوظ ضمن أصول مكتبته.

### ثانيا: إجراءات حفظ المحررات التوثيقية

غير أنه يطرح التساؤل بشأن مآل المحررات التوثيقية ما إذا كان التعامل معها يخضع لأحكام القانون المتعلق بالأرشيف الوطني. الحقيقة أنه لا يمكن تبين موقف واضح في هذا الخصوص، ولو أن

<sup>1</sup> وهو التوجه الذي كرسه المنشور رقم 33 المؤرخ أكتوبر 2009 المتعلق بإثراء الرصيد الأرشيفي الوطني.

<sup>2</sup> Etimologiquement le mot "minute" (du latin medieval *minuta*, écriture menue) désigne l'original de l'acte reçu par le notaire. Voir précis du notariat, Hélène Casman, op.cit, p. 47.

<sup>3</sup> "L'acte notarié est un acte public qui fait partie du domaine public de l'Etat. La conservation est requise aussi bien dans l'intérêt des parties qu'en vertu de l'intérêt public". Voir précis du notariat, Hélène Casman, Ibid, p. 47.

المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08-245 أحالت إلى قرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة الوصية على المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني بشأن طريقة حفظ الأرشيف الخاص بمكتب التوثيق ومدة ذلك وكذا الآجال المقررة لإتلافه أو إيداعه لدى المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني، وهنا نثار نقطة استفهام حيال معاملة الأرشيف التابع لوزارة العدل لا سيما الوثائق والمستندات التي تكون غاية في الأهمية كغيره من الأرشيفات الإدارية الأخرى.

نذكر في هذا الخصوص المنشور رقم 2 الصادر عن المديرية العامة للأرشيف الوطني المتعلق بـ "دفع الوثائق التي أصبحت غير مستعملة في المصالح الإدارية"، والذي تم بموجبه دفع أرصدة أرشيف مرتبط بقطاعات استراتيجية تتمثل في الدفاع الوطني ورئاسة الجمهورية، وورد ضمن هذا المنشور ما يلي: "ونظرا لتوفر كل شروط استلام الوثائق وحفظها واستغلالها في مركز الأرشيف الوطني مهما كانت أهميتها فلا بد من التعجيل في دفع.....".

### 1- التدابير الاحترازية الواجب مراعاتها بشأن حفظ المحررات التوثيقية

ولحفظ المحررات التوثيقية يتعين مراعاة جملة من التدابير الاحترازية التي تساعد على سلامتها نوردتها على النحو الآتي بيانه:

- 1- توفير محل أو محلات ملائمة للحفظ بحيث تكون متوسطة الرطوبة والجفاف لتجنب الحرائق أو تعرض الرفوف للصدأ، مع الصيانة الدورية للمكان بغرض حمايته من الحشرات والقواضم ونحوها، وهذا يستدعي صيانة المحل بصفة دورية باستعمال مواد التعقيم والتطهير.
- 2- وضع الوثائق في علب أو رزم مرتبة ترتيبا أبجديا أو عدديا أو زمنيا أو وفق معايير أخرى تجعل الرجوع إليها يسيرا عند الحاجة.
- 3- تعيين عون يكلف بصفة مستمرة أو مؤقتة - حسب أهمية الوثائق - باستلام الوثائق وتصنيفها ثم لفها ضمن رزم أو وضعها في علب يتم ترقيمها تمهيدا لدفعها إلى مصلحة الأرشيف.

إن حفظ الأرشيف يتطلب حسن انتقاء الرفوف، هذه الأخيرة التي يتعين أن تكون من طبيعة معدنية لتجنب الحرائق، وكذا مراعاة المقاييس التي من شأنها توفير صيانة للوثائق من جهة، وتتيح

للأشخاص سهولة الحركة لاسيما في حالات إجلاء الخطر كتسرب المياه أو حدوث حريق من جهة أخرى. لهذا الغرض أصدرت المديرية العامة للأرشيف المنشور رقم 13 المؤرخ في 19 ديسمبر 1998 المتعلق بمجلات الأرشيف تبين فيه تجهيز المحلات الخاصة بالأرشيف، وقد تبنى هذا المنشور مقاييس تعتمد على المتر الخطي "mètre linéaire"، بحيث يكون طول الرف واحد (1) متر ما يناسب عشر حزم من الأرشيف بحيث لا يتجاوز سمك الحزمة الوحدة 10 سم، مع تخصيص ممر للتنقل عرضه 1.20 متر، وممر آخر للتحرك عرضه 0.8 متر، على أن علو الرفوف قدره 2.2 متر، ووسط درجة حرارة لا تتعدى 18°، ونسبة رطوبة تتأرجح بين 50 إلى 60%<sup>1</sup>.

وغني عن البيان أن التقدم التكنولوجي وما انبثق عنه من تطور في الوسائل التقنية والأساليب ذات الصلة بحفظ الوثائق من شأنه أن يوفر حلولاً مستقبلية بشأن هذه العملية، ومن ثم تفادي اللجوء إلى إقصاء وإتلاف الوثائق ما يسمح بحفظ الذاكرة الوطنية ولو أنها لا تغني عن التعامل بالوثائق الأصلية، وهو ما أشار إليه المنشور الصادر عن المديرية العامة للأرشيف الوطني تحت رقم 24 في سنة 2003.

## 2- ضرورة إصدار قرار وزاري مشترك بشأن حفظ الأرشيف التوثيقي

ذكرنا أن المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08-245 قد أحالت إلى قرار مشترك بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة الوصية على المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني بشأن طريقة حفظ الأرشيف الخاص بمكتب التوثيق ومدة ذلك وكذا الآجال المقررة لإتلافه أو إيداعه لدى المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني، وفي هذا الخصوص يتعين تبيان الكيفيات الدقيقة المرتبطة بالشكليات المسبقة لإيداع الأرشيف التوثيقي، كإصدار قائمة رقمية للمحركات الموثقة الموجهة للأرشيف وتوضيها داخل علبة مخصصة لهذا الغرض، ويستثنى من هذه المحررات تلك التي لا تزال آثارها سارية المفعول ويمكن طيها وقت الحاجة من قبل الأطراف أو اجهات القضائية بشأن القضايا المطروحة للنزاع أمامها كالوصايا وعقود الزواج وعقود أخرى يتعين تحديدها ضمن المرسوم المقترح إصداره في هذا القبيل.

<sup>1</sup> تفرض هذه الكيفية تخصيص سجل للمتابعة المستمرة والدفع مع فتح فهرسين يتعلق الأول بطاقات إشارية "fiche signalétique" ويكون الفهرس الثاني على شكل بطاقات استخلاصية "fiche de synthèse".

## الفرع الثاني: ضرورة اللجوء إلى التوثيق الإلكتروني

وقد سائر المشرع الجزائري التشريعات الحديثة حيث تبنى وشجع التعاملات الإلكترونية في مجال التوثيق وكذا في أعمال القضاء ويتضح ذلك من خلال التعديلات والنصوص التي تم استحداثها في هذا القبيل نذكر منها:

1- تعديل القانون المدني بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 لا سيما المادة 323 مكرر 1 والفقرة الثانية من المادة 327 منه.

2- الذي أجراه على قانون الحالة المدنية سنة 2017<sup>1</sup> وذلك بإدراج المادة 38 مكرر التي تنص على ما يلي: "يمكن تقديم طلبات تعويض وإبطال وتصحيح وتعديل وتسجيل عقود الحالة المدنية المنصوص عليها في هذا الأمر، وطلبات تصحيح الأوامر والأحكام القضائية الصادرة بشأنها أو إرسالها بالطريق الإلكتروني وفقا للكيفيات المحددة في التشريع الساري المفعول والأحكام المنصوص عليها في هذا الأمر". كما تنص المادة 52 المعدلة والتممة من نفس القانون على ما يأتي: "تتولى النيابة العامة إحالة الحكم الصادر والعمل على تسجيله، ويمكنها أن تلجأ في ذلك إلى الطرق الإلكترونية وفقا للكيفيات المحددة في التشريع الساري المفعول".

3- استحداث قانون متعلق بالتوقيع الإلكتروني<sup>2</sup>، حيث عرفت المادة الثانية من قانون الأونسيترال التوقيع الإلكتروني بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

### أولاً: إدراج التكنولوجيات الحديثة في تسيير مكتب التوثيق

في إطار رقمنة العمل التوثيقي يتعين المعالجة الآلية للأرشيف الإلكتروني وحفظه ضمن دعائم إلكترونية وذلك بعمل نسخ رقمية على نحو يسهل عملية البحث السريع عن مرجع العقد أو الوثيقة

<sup>1</sup> القانون 03-17 المؤرخ في 19/02/2017 المعدل والمتمم لقانون الحالة المدنية، ج.د، العدد الثاني، المؤرخة في 11 يناير سنة 2017.

<sup>2</sup> القانون 04-15 مؤرخ في 01 فبراير 2015 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.د، 2015، ع.6.

المدرجة ضمن أصول العقود بإدراج بيانات محددة كرقم العقد ، رقم الملف ، طبيعة العقد، موقع المحل المتعاقد عليه...ألح على نحو يسهل طبعه أو إرساله عند الاقتضاء بطريق إلكتروني.  
إن حفظ الأرشيف بموجب عملية الرقمنة يستدعي جانبا من الحذر بخصوص تأمين الملف من كل صور الضياع أو السرقة وذلك بتوفير دعائم غير قابلة لإعادة التسجيل Non ré-inscriptible، مع الإشارة إلى ضرورة تصوير الملف المرفق للعقد المحرر من قبل الموثق.

وقد سارعت التشريعات الحديثة إلى مواكبة التطور الإقتصادي وتفعيل الوسائل الإلكترونية الحديثة ومن ثم عصنة العمل التوثيقي، حيث صدر في هذا القبيل تعليمة مشتركة بين مديرة الأرشيف في فرنسا والمجلس الأعلى للتوثيق الفرنسي بتاريخ 2009/12/16 تحت عنوان "الأحكام المستجدة المتعلقة بدفع الأرشيف وسبل الإتصال (الأصول والدفاتر)"، وهذا تطبيق للقانون 2008-696 المؤرخ في 15 جويلية 2008 يحدد مدة الأرشيف التوثيقي بخمس وسبعين (75) سنة حيث تم تقليص المدة بعد أن كانت تحدد بمائة (100) سنة طبقا للرسوم رقم 79-1037 المؤرخ في 1979/12/03.

إن البرامج الالكترونية تمكن في الحقيقة من ربح الوقت في تلبية طلب الزبناء وتفادي الأخطاء كونها تستند إلى قاعدة معطيات تم إعدادها مسبقا من قبل مختصين في الشأن والتصديق عليها لدى هيئات مخصصة لهذا الغرض، إن فرض برامجة إلكترونية موحدة بالنسبة للموثقين من شأنه أيضا أن يسهل المهام على الموثقين في حد ذاتهم وذلك بإعداد الكشوف الشهرية أو الثلاثية أو السادسة أو السنوية أو خلال فترة زمنية محددة على نحو بسيط وهذا بطبيعة الحال يسهل العمليات الإحصائية للعقود التوثيقية، ويتم فوق ذلك من بسط رقابة بموجب هذه البرامج على أعمال الموثق ومن ثم تحقيق الأمن القانوني لهذه المحررات.

وتسعى الدولة في جميع الأحوال في تقريب الإدارة من المواطن، وباعتبار مكاتب التوثيق تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة فإنه يتعين عليها اعتماد ذات المنهج وذلك بتسهيل تبادل المعلومات بينها حتى توفر على المواطنين عناء الانتقال إلى نفس المكتب الذي تم إبرام العقد لديه ولا يتم هذا إلا في إطار إنشاء شبكة إلكترونية تخصص لهذا الغرض، ونفس التدبير يتعين السعي لتحقيقه مع الإدارات المتعامل معها حتى يتمكن ذوو الشأن ربح الوقت وترشيد نفقاتهم وتحقيق الدولة الغاية المرجوة وهي تخفيف العبء على المواطن جراء تحسين الخدمات.

## 1- برنامج حساب الموارث

إحداث برنامج إلكتروني خاص بالموارث على نحو يتوافق مع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة، ذلك أن هذا الأخير يستلهم أحكامه من مذاهب مختلفة في التشريع الإسلامي إضافة إلى تلك المعروفة عن الأئمة الأربعة، من ذلك مثلاً مسألة الحمل التي يتبنى فيها المشرع الجزائري قول أبي يوسف من الحنفية، حيث يوقف للحمل الأوفر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة متى كان الحمل مشاركا للورثة أو حاجبا لهم حجب نقصان طبقا لمقتضيات المادة 173 من ق.أ، مع التنويه إلى ضرورة إدراج مادة التنزيل وتجنب الاستعانة في البرنامج بالمناسخات لحساب مسائل التنزيل مما قد يخلص إلى نتائج غير صائبة لا سيما إذا تجاوز نصيب المنزلين -فتحا- ثلث التركة وهذا يستوجب حتما إنزاله إلى هذا القدر، وبهذا يستقيم الحساب في الفرائض التي يقوم بإعدادها الموثق ويصادق عليها ضمن المحرر التوثيقي.

## 2- برنامج المحاسبة التوثيقية

يستند الموثق في عمله التوثيقي إلى مجموعة من الدفاتر والوصلات التي تساعد في القيام بمحاسبة توثيقية على نحو مبسط، وهذا تطبيقا لمجموعة من النصوص القانونية لا سيما المادة 39 من القانون 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق حيث نصت على أن الموثق يمسك بمناسبة أداء مهامه محاسبة لتسجيل الإيرادات والنفقات وكذا محاسبة خاصة بزبائنه، ويسعى في هذا القبيل إلى تحصيل الرسوم لحساب الخزينة العمومية من قبل الملمزمين بدفعها وهذا بمناسبة تحرير العقود حيث يفتح لدى الخزينة العمومية حساب ودائع خاص بالمبالغ التي يحوزها على أن تستعمل المبالغ المودعة للغرض المخصص لها مع مراعاة الاحتفاظ بالمبالغ واجبة الدفع إلى قباضات الضرائب.

ويتقاضى الموثق لقاء خدماته لفائدة زبائنه أتعابا تدون ضمن وصل يت تسليمه إلى الزبون، وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-244 المؤرخ في 03/08/2008 المحدد لكيفيات مسك لمحاسبة الموثق ومراجعتها، وألزم الموثق بضرورة مسك مجموعة من السجلات لا سيما فهرس العقود والسجل اليومي للزبون والسجل اليومي للمكتب وسجل الإيرادات والمصاريف، كما يتعين على الموثق أن يرسل إلى الغرفة الجهوية التابع لها في نهاية كل فصل جدولاً يتضمن أسماء الزبائن وكذا المبالغ الخاصة بهم وتاريخ إيداعها.

يتم مراجعة المحاسبة التوثيقية مرة واحدة في السنة، وتسد هذه المهمة إلى موثقين (02) يتم انتقاؤهما بالتشاور بين الغرفة الوطنية للموثقين والغرفة الجهوية للموثقين المختصة مع مراعاة أن يكون الاختيار خارج دائرة اختصاص المحكمة التي يقع فيها المكتب المراد تفتيشه، ويتوج هذا التفتيش بتقرير يرسل إلى وزير العدل خاتم الأختام والغرفة الوطنية والغرفة الجهوية المختصة للموثقين. على أنه يمكن أن يتم تفتيش أي مكتب توثيقي بصورة تلقائية بتكليف من وزير العدل حافظ الأختام لأي ممثل عنه ليقوم بعملية مراجعة المحاسبة التوثيقية.

نشير في الأخير إلى أن المبالغ اتلتي يتم قبضها من قبل الموثق في إطار تحرير العقود تتم بطريق الدفع المباشر من قبل الزبون بحساب الزبائن لدة الخزينة العمومية بولاية مقر المكتب بناء على الأمر بالدفع الذي يوقعه الموثق والموضوع عليه ختمه الرسمي أو عن طريق شيك موقع من قبل الزبون يتم تحويله إلى السيد أمين الخزينة بواسطة الموثق قصد إيداعه بحساب الزبائن، ونظرا لصعوبة هذا الإجراء من الناحية العملية بالنسبة للمكاتب التي يبعد عن الخزينة العمومية قد يستلم الموثق هذه المبالغ على سبيل الاستثناء ليودعها بنفسه وتحت مسؤوليته بحساب الودائع<sup>1</sup>.

### ثانيا: إرساء النظام القانوني للتوقيع والتصديق الإلكترونيين

بالرغم من تأخر المشرع الجزائري في إصدار قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني إلا أن هذا التأخير جعله يستفيد من التشريعات المقارنة، وغني عن البيان أن للتوقيع دور هام في تكريس المعاملات وإقامة الدليل بصفة رسمية، كما أنه وسيلة هامة في إبرام الصفقات العمومية والدولية دون حاجة للتنقل إلى مجلس العقد وهذا من شأنه أن يدفع عجلة التنمية مع القول بضرورة إضفاء المرونة على قواعده. وتبعاً لما سبق بيانه فإن إرادة التعاقدين تنتقل إلى مجلس العقد بموجب التوقيع الإلكتروني معلنة عن تحقق الصيغة العقدية وذلك بارتباط الإيجاب بالقبول ويتم إبرام العقد دون عناء مع توفير التكاليف أطراف العقد. ولن يتم هذا إلا بتكريس آليات فعالة لإنشاء التوقيع الإلكتروني وبيان طرق التحقق منه،

<sup>1</sup> محضر اجتماع بمقر الغرفة الجهوية لموثقي ناحية الغرب المنعقد بتاريخ 2011/11/04 بمنطقة المقرات رقم 16 حي جامعة العلوم والتكنولوجيا، إسطو، لجنة التأطير والتكوين في مسك سجلات المحاسبة التوثيقية وتنظيمها.

وقد استحدث المشرع الجزائري قانونا منظما لأحكام التوقيع والصديق الإلكترونيين<sup>1</sup>، متأسيا بالتشريعات الدولية وفي طليعتها القانون الذي أصدرته الأمم المتحدة في مجال المعاملات الإلكترونية ألا وهو القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 ويطلق عليه قانون الأنسيترال أو قانون التجارة الدولي.

تأسيسا على ما سلف ذكره نبن مفهوم التوقيع الإلكتروني بمنظور التشريع الجزائري ونوضح آليات إنشائه وطريقة التحقق منها.

### 1- المقصود بالتوقيع الإلكتروني وبيان متطلباته القانونية

نصت المادة 323 مكررا 1 من القانون المدني المعدل والمتمم على أنه يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق واشترطت في ذلك إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. وقد أحالت المادة 327 في مجال الكتابة العرفية إلى المادة 323 مكررا 1 فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في التوقيع الإلكتروني.

وقد عرفت المادة الثانية التوقيع الإلكتروني بأنه بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية تستعمل كوسيلة توثيق. فالموقع وهو شخص طبيعي طبقا لهذه المادة يستعمل رموزا ومفاتيح التشفير الخاصة ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب شخص طبيعي أو معنوي يمثله.

نوه إلى أن تنظيم للمعاملات الإلكترونية يستوجب توافر جملة من العناصر نعددها كما يلي:

1- الالتزام بقواعد التجارة الدولية طبقا لدورة أوجواي 1986-1994.

2- عدم التمييز في المعاملة بين الوطني والأجنبي.

3- التزام الحياد التقني وذلك بصياغة الأحكام الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في عبارات عامة واضحة موازية للتقدم التقني.

4- إضفاء المرونة في صياغة التشريع المرتبط بالمعاملات الإلكترونية زيادة على مراعاة ما هو

قائم من مبادئ.

<sup>1</sup> القانون 04-15 المؤرخ في الفاتح من فبراير سنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر، ع 6 المؤرخة في 1 فبراير 2015.



- 5- تقليل من القيود التجارية في التشريعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية.
- 6- الالتزام بالشفافية بشأن القواعد التنظيمية وذلك بتمكين الجمهور من الإطلاع عليها وإبداء رأيه بشأنها خلال أجل معقول قبل إصدارها<sup>1</sup>.
- الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:
- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل ما يأتي:
- ألا يمكن عمليا مصادقة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
  - ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الاستنساخ وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
  - أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.
  - يجب ألا تعدل البيانات محل التوقيع وألا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع.

## 2- آليات إنشاء التوقيع الإلكتروني وكيفية التحقق منه

- عرفت المادة الثانية من القانون 04-15 آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني بأنها جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التوقيع الإلكتروني، كما عرفت بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني بأنها رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني، ويتم استخدام هذه البيانات بموجب آلية للتحقق منه
- يعتبر الموثق همزة وصل بين المحافظة العقارية وبين مصالح مسح الأراضي حيث أنه يقومبتحيين البيانات والمعطيات حال تعامله مع هاتين الإدارتين، غير أنه يواجه عقبات بشأن تلقي المعلومات فيما يخص مسح العقارات، وكذا عدم شمولية الشهر العيني على كامل التراب الوطني بسبب العقبات التي تعترضه سواء من الناحية المادية أو البشرية وكذا كون العمل يتم على المدى الطويل، وهذا ما

<sup>1</sup> أحمد محمود موافي، الشرح والتعليق على أحكام قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، الناشر المتحدون، القاهرة، مصر، 2007، ص 18.

يجعل الشهر الشخصي قائماً رغم العيوب التي تكتنفه ما يؤدي بدورها إلى تعطيل مصالح الزبناء وكذا الإهانة لسمعة وشرف مهنة التوثيق وذلك ما يخلّ بتكريس الأمن القانوني في المعاملات التي يجريها الموثق تحقيقاً للمصالح الخاص والعام على حد سواء.

تعميم استخدام المعاملات الالكترونية في مكاتب التوثيق لتيسير السبل على الزبناء في ربح الوقت وتوفير عناء الانتقال إلى دواوين التوثيق إلا لضرورة محكمة وذلك بتجهيزها بوسائل التكنولوجيا الحديثة، ومن ثم إحداث برنامج موحد خاص بالمحاسبة التوثيقية يفضي إلى إعداد الكشوف الشهرية والثلاثية وكذا السنوية دون عناء وإرسالها إلى الهيئة المشرفة وكذا الإدارات المتعامل معها عند الاقتضاء خاصة المحافظات العقارية ومصالح التسجيل، ونسجل تقدماً ملحوظاً بالنسبة لإدارة المسح في هذا القبول حيث أنه يمكن للموثق تلقي المعلومات الضرورية المرتبطة بمسح الأراضي عن طريق الولوج إلى منصة إلكترونية خاصة بالمديرية العامة للأموال الوطنية تم إحداثها مؤخراً، ويعتبر هذا بديلاً عن النظام التقليدي المتمثل في المراسلات الكتابية مع هذه الإدارة الذي لا يرتب في الغالب سوى عقبات في وجه الموثق لاستكمال إجراءات التوثيق.

### المطلب الثاني: كيفية تسيير الأرشيف التوثيقي

يعتبر الأرشيف التوثيقي ذاكرة للشعوب تتوارثها الأجيال في صورة سجل تاريخي يتضمن معاملات الأفراد والأشخاص المعنوية اعتماداً على وسيلة التدوين التوثيقي، لهذا السبب وجب التعرف على عملية تنظيم وتسيير هذا الأرشيف وكذا حفظه وصيانته حتى لا تندثر معالمه، وعليه سندرس في هذا المطلب مضمون عملية تسيير الأرشيف التوثيقي ونبين أنواعه (الفرع الأول)، ثم نوضح الإجراءات الواجب اتخاذها لصيانة التراث الوثائقي وحمايته (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: مضمون عملية تسيير الأرشيف التوثيقي وبيان أنواعه

الأرشيف التوثيقي هو مرآة حسن سير العمل التوثيقي لذا يتعين

أولاً: المقصود بالأرشيف التوثيقي وبيان أهميته

نبين مدلول مصطلح الأرشيف التوثيقي ثم نشير إلى أهميته في مختلف المجالات.

## 1- تعريف الأرشيف التوثيقي

يقصد بمصطلح الأرشيف التوثيقي مجموع الأصول والسجلات والدفاتر التي تتضمن معلومات تم ترسيمها من قبل الموثق ومن ثم حفظها لتكون قابلة للإطلاع عليها عند الإقتضاء، وقد يعرف بالنظر إلى مكان الحفظ فيراد به الفضاء المخصص داخل المكتب العمومي للتوثيق لحفظ الوثائق والمستندات والسجلات والدفاتر بقصد الرجوع إليها وقت الحاجة، كما عرفت المادة الثانية من القانون المتعلق بالأرشيف الوطني<sup>1</sup> الوثائق الأرشيفية بأنها "وثائق تتضمن أخبارا مهما يكن تاريخها أو شكلها أو سندها المادي، أنتجها أو سلمها أي شخص طبيعيا كان أو معنويا أو أية مصلحة أو هيئة عمومية كانت أو خاصة أثناء ممارسة نشاطها". كما تنص المادة الخامسة من نفس القانون على أن الأرشيف العمومي يتكون من الوثائق التي تنتجها أو تسلمها هيئات الحزب والدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية.

من استقراء نص المادتين السابقتين يتضح أن الأصول التي يعدها الموثقون وكذا والفهارس التي يدونون عليها مختلف البيانات التوثيقية تندرج ضمن مفهوم الأرشيف العمومي، هذا الأخير الذي يتميز عن الأرشيف الخاص الذي يرمي إلى تحقيق مصلحة خاصة كالأرشيف الخاص بالأفراد أو الأشخاص المعنوية في إطار مزالة نشاطاتهم الخاصة، وقد يتحول الأرشيف الخاص إلى أرشيف عمومي تكتفي الدولة لهبات أو وصايا أو أوقاف ذات نفع عام وغيرها من التصرفات التي تحقق نفس الغرض.

وما يؤكد أن الأرشيف التوثيقي ذو طابع عمومي هو ما جاء في المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه حيث أنه قد أحال إلى قرار بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة الوصية على المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني.

## 2- أهمية الأرشيف التوثيقي

إن أهمية الأرشيف التوثيقي تنبع من أهمية التوثيق ذاته التي تطرقنا لها سلفا، فهو يعمل على حفظ الحقوق من الضياع باعتباره آلية من آليات حفظ ذاكرة الشعوب والأمم، كما أنه يكرس مبدأ الشفافية باعتباره حجة يتم الاستناد إليها في مواجهة الغير بالنظر إلى الإجراءات الصارمة التي يتعين مراعاتها لتحرير المحررات التوثيقية، كما أن الأرشيف التوثيقي هو مرجع يتميز بالدقة في المعلومات التي

<sup>1</sup> القانون رقم 88-09 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالأرشيف الوطني، 1988 ج.ر، بتاريخ 27 يناير 1988.

يحتاج إليها القضاء لخصر الوقائع وضبط المسائل المعروضة أمامه حتى يتم البت في القضايا على نحو يفظ حقوق المتقاضين.

وأما من الناحية التاريخية فيمكن الإستعانة بالأرشيف التوثيقي لضبط هوية الشعوب والأمم والتعرف على ثقافتها ومن ثم الإستفادة من الماضي لفهم المسائل في وضعها الراهن ومن ثم تطويرها واستثمارها مستقبلا، والأرشف التوثيقي يعبر عن مجموعة من الخبرات يتم تحليلها والتحصيص في مقتضياتها نون ذالخروج بالمزايا والمثالب التي تعتري مهنة التوثيق ومن ثم الإقتراح والمبادرة لتعديل نصوص القانون ذات الصلة بها.

### ثانيا: أنواع الأرشيف

وقد صدر المنشور رقم 3 المؤرخ في 2 فبراير 1991 الخالص بتسيير الوثائق<sup>1</sup>، والذي يهدف إلى إعطاء تفسير موحد لمفهوم الأرشيف وكذا التذكير بالإجراءات التي يمكن اتخاذها لصيانة التراث الوثائقي وحمايته. كما ميّز المنشور رقم 1 المؤرخ في 8 نوفمبر 1971 بين ثلاثة أنواع من الأرشيف:

- أرشف الطور الأول ويطلق عليه أيضا "الأرشيف الحي"،
- أرشف الطور الثاني ويسمى أيضا "الأرشيف الوسيط"،
- أرشف الطور الثالث أو ما يسمى بـ"الأرشيف التاريخي".

نفصل في مضمون هذه الأصناف الثلاث حسب ما ورد في المنشورات الصادرة عن

المديرية العامة للأرشيف الوطني على النحو الآتي بيانه:

#### 1- الأرشيف الحي

يتعلق هذا النوع بالوثائق المنتجة يوميا وحديثة عهد بالصياغة أي تلك الخاصة بالسنة الجارية ويمتد إلى السنوات الثلاث التي تسبقها، ولا يزال استعمالها والإطلاع عليها وقت الحاجة وارد ولهذا سميت بالأرشيف الحي، وهذا ينطبق على المحررات المحفوظة لدى مكاتب التوثيق. وتتراوح مدة حفظ الأرشيف الحي من سنتين إلى عشر سنوات، وقد تنزل المدة عن سنتين بالنسبة لبعض الوثائق، كما قد تفوق هذه المدة بالنسبة للوثائق ذات الأهمية الفائقة، فالتسيير الحسن لهذه الوثائق يجعل استعمالها يسير

<sup>1</sup> كما دقق المنشور رقم 95-08 المؤرخ في 24 يناير 1995 الخالص بتسيير الأرشيف الإداري في بسط خصائص الأصناف الثلاث.

عند الاقتضاء كطلبها من صاحبها أو طلبها بمناسبة عمليات التفتيش، مع مراعاة قواعد التصنيف التي تمهد لمرحلة الأرشيف الوسيط، بخلاف إهمالها فإنه ينجر عنه نتائج وخيمة.

### 2- الأرشيف الوسيط

وهو ذلك الذي يتضمن وثائق فاقت مدة وجودها خمس سنوات، يكون الاطلاع على هذه الوثائق واستعمالها على نحو نادر، وي طرح هذا النوع مشكل الصيانة والتصنيف والحفظ لا سيما حال ترحيله حيث أنه يتعرض للتلف، وهذا يستدعي بطبيعة الحال بعض التدابير الاستعجالية تتمثل أساسا في ضرورة تصنيفه كعملية تمهيدية، ثم إعداد محلات لحفظه تراعى فيها مقاييس الحفظ لا سيما الإنارة والأمن وتجنب التكدس، وكذا تفادي الأماكن المعرضة للهباء والحريق وتوفير المطفاة المزودة بمسحوق وغيرها.

### 3- الأرشيف التاريخي

يختص هذا الصنف بالوثائق التي تفوق مدة وجودها خمس عشرة (15) سنة، والتي تقل فائدتها العملية، يكون إلزامي دفعها للمؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني، وهذا لا يعني إقصاءها إلا إذا أذنت مؤسسة الأرشيف الوطني بذلك كتابة.

### الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتخاذها لصيانة التراث الوثائقي وحمايته

يشكل الأرشيف التوثيقي جزءا هاما من التراث الوثائقي الذي يتعين العمل على حفظه وصيانته، ولبلوغ هذه الغاية

#### أولا: ضرورة اللجوء إلى الإقصاء والعينات

تضمن المنشور رقم 37 المؤرخ في 17 أكتوبر 2010 المتعلق بتوحيد إجراءات تعديل جداول تسيير وثائق الأرشيف تضمن مدلول الإقصاء "l'élimination" وميزه عن الحفظ والعينات، بحيث يكون الإقصاء بالنسبة للوثائق التي لا تشتمل على قيمة إدارية أو قيمة تاريخية فيتم إتلافها، ولا ينطبق هذا على الأرشيف الخاص بالحقبة الاستعمارية.

وبخلاف ما سبق فإن الحفظ يتقرر للوثائق التي تنطوي على فائدة أرشيفية ذات قيمة تاريخية أو تلك التي تصلح كدليل لإثبات الحقوق أي استعمالها كوثيقة شاهدة، أو كانت هذه الوثائق تكتسي

منفعة علمية. وتتضمن العينات حفظ الوثائق التي تمثل نموذجا لسلسلة من الملفات مع التنويه ضمنها إلى أنه تم إقصاء الملفات الأخرى المنتمية لذات السلسلة.

### ثانيا: ضرورة دفع الأرشيف التوثيقي

يتعين أن يكون إجراء دفع الأرشيف للمؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني<sup>1</sup> مصحوبا بجدول يجر من ثلاث نسخ ضمن استمارات توفرها مصلحة الأرشيف، بحيث ترجع واحدة منها للمصلحة الدافعة بعد مراجعتها والتوقيع عليها. يذكر في الجدول الرقم التسلسلي للرزم مدون عليها طبيعة الوثائق وتاريخها (من- إلى) ومدة حفظها، وأما بالنسبة للسجلات فإنها تخضع لإجراءات استثنائية يتعين أخذ رأي مصلحة الأرشيف بشأنها. وإذا تطلب الأمر الاطلاع على وثيقة محفوظة بالأرشيف الوطني تعين على الهيئة الدافعة تقديم طلب في هذا الخصوص، وهنا تظهر أهمية تصنيف الوثائق وحسن ترتيب الجداول.

ومادام أن المادة 10 من المرسوم رقم 245-08 قد أحالت بشأن إتلاف الأرشيف التوثيقي إلى القرار المشترك بين وزير العدل حافظ الأختام والسلطة الوصية على المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني، فإنه لا يمكن للموثق أن يقوم بإتلاف "la destruction" أية وثيقة إلا بموافقة كتابية من هذه المؤسسة. كما أن المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني تتمتع بحصانة منيعة من خلال الجزاءات التي فرضها القانون رقم 09-88 (ق.أ.و) ضمن المواد 24 إلى 28 هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المادة 8 في فقرتها الثانية من نفس القانون قد نصت على أن الوثائق المخصصة للإقصاء وكيفية الإقصاء تحدد بالإشتراك مع الهيئات المعنية والمؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني<sup>2</sup>.

وتبعاً لما سبق، يتعين وضع منهج نموذجي موحد فيما يتعلق بتنظيم تسيير الأرشيف عبر مختلف الأطوار، وذلك باعتماد تقنين مسار حياة المحررات التوثيقية منذ إنشائها إلى غاية حفظها في الأرشيف باعتبارها وثيقة لإثبات الحقوق، والعمدة في ذلك هو إيجاد مخطط لحفظ وتسيير الوثائق الأرشيفية، ويتم ذلك عن طريق إعداد جدول تسيير الوثائق الأرشيفية على جميع الأصعدة حفاظاً على التراث الوثائقي،

<sup>1</sup> صدر في هذا الخصوص عن المديرية العامة للأرشيف الوطني المنشور رقم 32 المؤرخ في 22/10/2009 المتعلق بدفع الأرشيف.

<sup>2</sup> صدرت في هذا الخصوص التعليم رقم 28 عن المديرية العامة للأرشيف الوطني المؤرخة في 13/10/2008 المتعلقة بإجراءات الإقصاء. وكذا المنشور رقم 31 المؤرخ في 31/10/2009 المتعلق بإجراءات إقصاء الوثائق الأرشيفية.

وهو الاختصاص الذي يعهد إلى المديرية العامة للأرشيف الوطني باعتبارها أداة توجيهية بالتنسيق مع الوزارات المعنية باعتبارها الأدرى بما يعتبر مهماً أو غير مهم من الوثائق التي يتعين حفظها وتلك التي يتوجب إقصاؤها وإتلافها<sup>1</sup>.

كما أنه يتعين تلافي أرشفة المحررات لدى موثق معين بأمر من الهيئة المشرفة، ولا يتعلق الأمر في هذه المسألة بالأرشيف الحي والذي ذكرنا أنه يختص بالوثائق المنتجة يومياً وحديثة عهد بالصياغة أي تلك الخاصة بالعام الجاري (مدة الحفظ من سنتين إلى 10 سنوات وقد تنزل المدة أو تزيد بحسب أهمية الوثائق)، ولا تشمل المسألة أيضاً الأرشيف الوسيط الذي يضم محررات فاقت فترة وجودها خمس سنوات والتي تتطلب الحرص من الموثق في طريقة حفظها، بحيث يتخذ بشأنها تدابير استعجالية بإعداد أماكن للحفظ مراعيًا فيها جملة من المعايير سبق بيانها، وإنما يتعين تلافي الأرشفة لدى المكتب العمومي للتوثيق المحررات التي تتعدى مدة وجودها خمس عشرة (15) سنة بحيث تقل فائدتها العملية، ويكون صرفها للمؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني إلزامي ولا يمكن إقصاؤها إلا إذا سمحت هذه المؤسسة بذلك بموجب إذن كتابي.

وقد أحال المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه إلى قرار بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة الوصية على المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني، ولم يتم تفعيل أحكام هذا المرسوم بخلاف بعض القطاعات الاستراتيجية التي قامت بدفع أرصدة الأرشيف الخاص بها. وعليه يستحب التعجيل في إصدار قرار بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة الوصية على المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني لتفعيل أحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه، وهذا حتى يتحدد مصير هذا الأرشيف ولا يبقى عرضة للتلف والضياع.

<sup>1</sup> انظر المنشور رقم 37 المؤرخ في 17/10/2010 المتعلق بتوحيد إجراءات إعداد جداول تسيير وثائق الأرشيف.

## الخاتمة

لقد حاولت ما أمكن من خلال هذا البحث المتواضع جمع شتات المسائل المرتبطة بالمحرر التوثيقي والتعرف على تفاصيلها وفق ما تضمنه التشريع الجزائري وذلك بإعمال الموازنة مع ما ورد في الشرع الإسلامي الحنيف من أحكام وما استقرت عليه التشريعات المقارنة من قواعد قانونية مستحدثة في هذا القبيل، على أن نعرض موقف القضاء وما دونه الفقهاء ضمن مؤلفاتهم معتمدين في اجتهاداتهم على تخيص الأدلة للوصول إلى القول الراجح الذي يفضي إلى تحقيق التوازن بين مصالح كل من له صلة بالعقد التوثيقي، وهذا لا يعني أن القول المرجوح لا يخلو من الفوائد العلية القيمة بل إن التقييم كان مناطه مراعاة أحوال المجتمع الجزائري ورفع الحرج عن أفراد في سائر معاملاتهم.

وبعد دراسة الإطار القانوني للمحرر التوثيقي في التشريع الجزائري وما تم معالجته من أحكام موضوعية واردة ضمن قانون تنظيم مهنة الموثق والنصوص القانونية ذات الصلة به وأخرى إجرائية واردة ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وبعد إعمال الموازنة بينها من جانب، وبينها وبين ما استقرت عليه التشريعات المقارنة من جانب آخر، وبعد النظر في الأدلة التي ساقها فقهاء القانون والشرعية والمبادئ التي أفصح عنها القضاء الجزائري، وبعد الوقوف على دقائق المسائل وتفاصيل الإشكالات خلال مراحل إعداد هذا البحث لاستنباط الحلول وإيجاد النقائص والبحث عن الثغرات القانونية قصد تقديم المقترحات بشأنها نعرض جملة من النتائج نسوقها على النحو التالي:

- أن الشريعة الإسلامية تعتبر المورد المعين للموثق في استنباط الأحكام التي يفتقر إليها التشريع الوضعي، والعلة في اعتبارها مصدرا مهما هي كونها صالحة لكل زمان ومكان كما أنها تتسم بالغنية والثراء، وبموجبها أسهم التوثيق في دفع عجلة التنمية في البلاد وفق الأصول الكلية لديننا الحنيف، وتوضح الأهمية أكثر في مسائل الأحوال الشخصية. بيد أن المشرع قد أحال إلى الشريعة الإسلامية على رحاب نطاقها دون تحديد مذهب معين كما درجت عليه التشريعات الحديثة، ومن ثم يعتمد كل قاض على فتوى معينة في مذهب ما ولو كانت خارجة عما أقرته المذاهب الأربعة، وهذا بطبيعة الحال يناقض فكرة توحيد الإجتihad القضائي الذي كرسه الدستور باعتباره المرجع الأساس في رسم الأطر العريضة للقوانين التي تدنوه مرتبة.



- أثارت المواد 169 وما بعدها من قانون الأسرة المتعلقة بأحكام التنزيل جدلا كبيرا بشأن التعارض القائم بين منطوقها ومفهومها، مما يدفع بعض الموثقين إلى رفض إقامة المحررات التي تعنى بالفرائض التي تتضمن مسائل التنزيل ما يجعلهم أمام خلافات فقهية وقضائية، حيث عرض كل فقيه تفسيراً مخالفاً لأقرانه في هذه المسائل، وأخذ كل قاض بمبدأ صادر عن المحكمة العليا يخالف فيه نظراءه من القضاة الذين عللوا بدورهم أحكامهم بمبادئ صادرة عن نفس الجهة القضائية، والحقيقة تكمن في أن لا نحمل النص ما لا يطيقه ونسعى إلى تعديل صياغته.
- أن من صلاحيات الموثق إبرام عقد الزواج مادام أنه يخضع لإرادة الطرفين إيجاباً وقبولاً، واعتماداً على نظرية توازي الأشكال كان بالإمكان أن يعهد إلى الموثق مسألة الطلاق بالتراضي باعتباره قاضي إرادة.
- يلاحظ واقعياً تعطيل المصالح الخاصة للزبناء حال تخلف أحد أطراف العقد أو أكثر رغم تبليغه رسمياً، والمشكل عينه يطرح في حالة امتناع متعاقد أو أزيد عن التوقيع على المحرر المراد توثيقه.
- غياب التنسيق بين قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين الجبائية بشأن البيوع بالمزايدة لا سيما المواد 783 وما بعدها من ق.إ.م.إ. التي عقدت الإختصاص للمحضر القضائي دون الموثق، وهذا يتعارض مع ما تضمنه قانون التسجيل ضمن المادة 2/165 وكذا المرسوم رقم 243-08 الذي يحدد أتعاب الموثق لا سيما البند 76 من الملحق بالتعريف الرسمية، فالأصل أن يتم البيع بالمزاد من قبل جميع الضباط العموميين والاستثناء أن يرد نص يعهد بعقد الإختصاص لضباط معينين في مسألة معينة كنص المادة 152 من قانون الإجراءات الجبائية.
- تم النص على مجلس العائلة ضمن القوانين الجبائية لا سيما المادة 320 من قانون التسجيل والمواد 210، 229، 230، 289 من قانون الطابع ولا نجد له أثراً في جميع النصوص التي تُعنى بمادة التوثيق، وهذا يخلق صعوبة من الناحية العملية خاصة المعاملات التي تشتمل على نزاعات أو كان أحد أطرافها قاصراً.
- وأما في مجال التعمير والترقية العقارية فإن المحرر التوثيقي يستخدم كآلية تسهم في حماية البيئة من خلال قيام الموثق بالتأكد من صحة العقود التي يبرمها في هذا الخصوص، وتقديم النصح للزبناء بما يحقق إنسجام اتفاقاتهم مع النصوص القانونية سارية المفعول في مجال البيئة رغم تناثر هذه

النصوص في قوانين مختلفة ما يجعل مهمته صعبة في تحقيق المتبغى الذي يسعى إليه المشرع. وقد أثمرت أعمال القضاء ببعض المبادئ في مجال الترقية العقارية كعدم إمكانية الاستفادة من السكن في إطار البيع بالإيجار لمن يملك عقارا ذا استعمال سكني ملكية تامة، فخرج من هذا الحكم من يملك عقارا على الشيوع إذ له حق الاستفادة على أساس أن الشيوع ملكية غير كاملة.

- وأما على الصعيد الاقتصادي والتجاري فإن الإجراءات تسم بالبساطة في توثيق العقود كإعفاء الشركاء من الحضور لدى ديوان التوثيق بمناسبة تعديل القانون الأساسي ذلك أنه يغني عن هذا الإجراء تقديم محضران عقد الجمعية العامة الذي يتعين على الموثق أن يتحقق بأنه تم على نحو يعتد به قانونا، كما عمل المشرع على مواكبة التشريعات الحديثة وذلك بإضفاء الحرية على النشاط التجاري ومسايرة نظام اقتصاد السوق من خلال التعديل الذي أجراه بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 لا سيما إدراج المادة 187 مكرر التي رفعت القيود القانونية التي كانت تقف عقبة لدفع عجلة التنمية فتم ضبط الأحكام المرتبطة بعقود الإيجار، يضاف إلى هذا كله تبنى المشرع نهج تحفيز الاستثمارات في المجال الزراعي حيث أنه لم يشدد في القيود بشأن رسمية العقود فأبقى على العرفية في هذا النطاق تحفيزا على ترقية الإستثمارات المفضية إلى بلوغ جودة الإنتاج وتحسين هيكل المستثمر العقاري، وهذا رغم كون المادة 324 مكررا المدرجة في القانون المدني سنة 1988 قد فرضت الرسمية بالنسبة لعقود الإيجار الزراعية تحت طائلة البطلان وكذا القرار الصادر عن المحكمة العليا بغرفها مجتمعة بتاريخ 18 فبراير 1997 الذي أكد مضمون هذه المادة لا سيما الرسمية فيما يخص بيع المحلات التجارية، غير أن القانون 90-25 المؤرخ في 18 فبراير 1990 المتضمن التوجيه العقاري الذي تم إصداره لاحقا أقر بموجب المادة 2/53 منه إمكانية تحرير عقود الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية خلافا للمادة 55 من نفس القانون التي تشترط الرسمية في المعاملات الناقلة للملكية حسب النص الوارد في النسخة الفرنسية (mutations les foncières)، وقد أيد القضاء نص المادة 2/53 من القانون 90-25 في عدة مناسبات من ذلك مثلا القرار الصادر بتاريخ 25 فبراير 2004، وكذا القرار المؤرخ في 10 فبراير 2011.

- إن النظرة السلبية للخطأ الذي يرتكبه الموثق في إعداد محرراته تجانب المنطق حيث يكيف في الغالب بأنه خطأ جسم ذو طابع جزائي وعليه يتابع بجرime التزوير في المحررات الرسمية، والراجح أن

الأخطاء لا تعدو أن تكون أخطاء مادية شبيهة بتلك التي يرتكبها القاضي ضمن الأحكام التي يصدرها أثناء عمله كما هو مبين في المواد 286 و 287 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهذا بطبيعة الحال طعن في شرف المهنة إلا ما يقع نادرا، ومن ثم هناك ضرورة للإلتزام بإجراءات متابعة وتحقيق تليق بمقام الموثق باعتباره ضابط عمومي.

- تم إحداث نظام يحدد العمليات البنكية المرتبطة بالصيرفة الإسلامية وكذا قواعد ممارستها من قبل البنوك والمؤسسات المالية بحيث لا يترتب عن هذه العمليات تحصيل أو تسديد الفوائد الربوية، مع وضع ضوابط تنسم بالصرامة لاسيما ضرورة الحصول على شهادة المطابقة من قبل الهيئة الشرعية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية والحصول على الترخيص المسبق من قبل بنك الجزائر.

- أن المحررا التوثيقي هو سند تنفيذي تطبيقا لمضمون المادة 600 من ق.إ.م.إ، وهذا يغني عن التوجه إلى القضاء بغية إثبات صحة هذا المحرر ذلك أنه يعتبر حجة قاطعة حتى يثبت تزويره، كما يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني. يضاف إلى هذا أن المحرر التوثيقي محاط بجملته من الإجراءات والقيود الصارمة التي من شأنها أن تفيد في التحصيل الجبائي لصالح خزينة الدولة وتسهم في توفير الحماية لذوي الشأن في مواجهة الأغيار. ويكتسب هذا المحرر حجة قاطعة بمجرد شهره لدى المحافظة العقارية ذلك أنه تم تفحص مضمونه من حيث ملاءمته للنظام العام والآداب العامة.

- يعتبر الموثق همزة وصل بين المحافظة العقارية وبين مصالح مسح الأراضي حيث أنه يقوم بتحيين البيانات والمعطيات حال تعامله مع هاتين الإدارتين، غير أنه يواجه عقبات بشأن تلقي المعلومات فيما يخص مسح العقارات، وكذا عدم شمولية الشهر العيني على كامل التراب الوطني بسبب العقبات التي تعترضه سواء من الناحية المادية أو البشرية وكذا كون العمل يتم على المدى الطويل، وهذا ما يجعل الشهر الشخصي قائما رغم العيوب التي تكتنفه ما يؤدي بدوره إلى تعطيل مصالح الزبناء وكذا الإهانة لسمعة وشرف مهنة التوثيق وذلك ما يحلّ بتكريس الأمن القانوني في المعاملات التي يجريها الموثق تحقيقا للصالح الخاص والعام على حد سواء.

- أن المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه قد أحال إلى قرار بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة الوصية

على المؤسسة المكلفة بالأرشيف الوطني، ولم يتم تفعيل أحكام هذا المرسوم بخلاف بعض القطاعات الاستراتيجية التي قامت بدفع أرصدة الأرشيف الخاص بها.

بعد عرض نتائج هذه الدراسة التي توجت بتقييم للنصوص القانونية ذات الصلة بالحرر التوثيقي في جانبها التشريعي والقضائي إيجاباً أو سلباً هناك ضرورة لتقديم حلول وإيجاد آليات بشأن الإشكالات التي تضمنتها مقدمة هذا البحث تكفل للموثق أداء مهامه على نحو يحقق الأمن القانوني في المعاملات التي يجريها لمصلحة زبنائه ويدراً كل سبيل من شأنه أن يثقل كاهل هؤلاء لطرق باب العدالة نظراً لتزايد حجم القضايا من جهة، وحتى لا يبقى الموثق في مركز المتهم لمجرد اعتبارات لا ترقى إلى سلوك هذا المنحى خاصة إذا تعلق الأمر بغلطات القلم، وعليه يكون من الأهمية بسط جملة من المقترحات نسوقها على النحو الآتي بيانه:

- تعديل مضمون المادة 222 من قانون الأسرة لتصبح صيغة النص على النحو التالي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع بشأنه إلى المشهور في المذهب المالكي"، والعللة في هذا ليس التقليل من شأن ما ورد في المذاهب الأخرى وإنما توحيد الاجتهاد القضائي كما سبق بيانه باعتباره مبدأ راسخ كرسه الدستور ضمن طياته.

- نقترح تعديل صياغة المواد من 169 إلى 172 من قانون الأسرة على النحو التالي:

المادة 169: "إذا توفي جد أو جدة ولو حكماً عن حفيد و/أو حفيدة أو أزيد وقد مات أصلهم دون ميز فيما يخص جنسه وعدده قبله أو معه وجب تنزيلهم منزلة ذلك الأصل وفق الشروط المبينة في المواد أدناه".

المادة 170: "تكون أسهم المنزلين -فتحاً- مهما كان جنسهم وعددهم بمقدار حصة أصلهم بفرض حياته على أن لا يتجاوز مجموع الأصناف حال تعدد الأصول ثلث التركة".

المادة 171: "لا يستحق هؤلاء المنزلون -فتحاً- تنزيلاً إن كانوا وارثين للأصل جدا كان أو جدة أو نالوا منه وصية أو عطية أثناء حياته بلا عوض مقدار ما يستحق بهذه الوصية، فإن أوصى لهم أو لأحدهم بأقل من ذلك وجب استيفاءه، وإن أوصى لبعضهم وجب التنزيل للبقية بقدر نصيب كل منهم".

المادة 172: "لا يحق لهؤلاء المنزلين -فتحاً- في تركة المنزل -كسراً- إذا ورثوا من أصلهم دون ميز  
فيما يخص جنسه ما لا يقل عن منابه من الجد أو الجدة.

ويكون التنزيل للذكر مثل حظ الأنثيين".

- يستحسن مراجعة المواد 783 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بإدراج  
الموثق ومحافظ البيع بالمزايدة ضمن مقتضياتها باعتبارهما صاحبي الإختصاص الأصيل لإجراء البيع  
بالمزاد العلني، ومن ثم بإمكانهما التنسيق مع القاضي المختص أو رئيس المحكمة عند وجود  
إشكالات تعترض سير الإجراءات.

- منح الإختصاص للموثق باعتباره قاضي إرادة في توثيق إسهاد الطلاق بالتراضي إذا أفصح الزوجان  
عن إرادتهما بذلك بموجب طلب مشترك، مع وضع ضوابط للإجراءات الخاصة بهذا الطلاق كأن  
تراعى إجراءات الصلح وذلك بتبصير الزوجين بتبعات الفراق، وإذا اشتد الخصاص يتم تعيين  
حكيم من أهل كل طرف يتوجب تقديمهما لتقرير في أجل شهرين مثلها هو معتمد في المادة  
2/56 من ق.أ.المتعلقة بالإجراءات أمام القضاء، على أن يدون الموثق كل البيانات الضرورية في  
إسهاد الطلاق كما هو عليه الشأن في حكم القاضي لا سيما محل إقامة المطلقين الذي يفيد في مسائل  
الاختصاص حال التنازع، وتاريخ إيقاع الطلاق، وكذا البيانات الخاصة بالموثق، وبصفة عامة  
تطبق الإجراءات المشار إليها ضمن المواد من 427 إلى 435 من ق.إ.م.إ.

- يستحسن إعادة النظر في القوانين ذات الصلة بالخطأ الذي يرتكبه الموثق ضمن المحرر التوثيقي وذلك  
بشأن تكيفه، ففي المسائل الجزائية الموضوعية يتعين إعادة النظر في قانون العقوبات لا سيما المادتان  
214 و 215 منه وذلك بتنزيل العقوبة من السجن المؤبد إلى السجن المؤقت، ويستحسن أيضاً  
مراجعة مضمون المادة 386 من نفس القانون المتعلقة بالتعدي على الملكية العقارية وتعديل  
مضمونها على نحو يحقق الحماية القانونية لمالكها أو حائزها، كما أن هناك ضرورة لاستحداث  
إجراءات من نوع خاص متعلقة بمتابعة الموثق والتحقيق معه ضمن قانون الإجراءات الجزائية  
باعتباره ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية.

- يتعين إحياء آلية المجلس العائلي وتنظيم تكوينه ومهامه خاصة المسائل ذات الطابع الأسري لتخفيف  
الضغط على الجهات القضائية في حسم النزاعات من جهة، ومتابعة الإجراءات المرتبطة

بالتصرفات التي يجريها الولي لمصلحة القاصر مع القول بعقد اختصاصها للموثق تجنباً لإجراء البيع بالمزايدة الذي يعتبر إجحافاً بحق القصر بخلاف البالغين الذي يجري البيع في حقهم عن طريق التراضي وهذا من شأنه أن يخلّ بأحكام قسمة التركة على النحو الشرعي.

- هناك ضرورة لإحداث صندوق خاص بالتعويضات يعتبر كنقطة تصالح وتقاطع بين حقوق الموثق وحقوق الزبناء عن طريق التظلم للهيئة المشرفة أو للجنة تحدد صلاحياتها قانوناً، وهذا درءاً لطرق باب العدالة الذي لا يخدم مصلحة الطرفين سواء الزبناء الذين يسعون إلى كسب الوقت في إجراء معاملاتهم ومن ثم دفع عجلة التنمية بوتيرة سريعة خدمة للصالح العام أو بالنسبة للموثق حتى لا تتعطل مهامه من خلال كثرة تردده على القضاء وتماطل هذا الأخير في الفصل في الدعاوى وهذا بدوره لا يحقق منفعة للصالح العام.

- تعميم استخدام المعاملات الالكترونية في مكاتب التوثيق وذلك برقنة وعصرنة العمل التوثيقي لتيسير السبل على الزبناء في ربح الوقت وتوفير عناء الانتقال إلى دواوين التوثيق إلا لضرورة محكمة وذلك بتجهيزها بوسائل التكنولوجيا الحديثة، ومن ثم إحداث برنامج موحد خاص بالحاسبة التوثيقية يفضي إلى إعداد الكشوف الشهرية والثلاثية وكذا السنوية دون عناء وإرسالها إلى الهيئة المشرفة وكذا الإدارات المتعامل معها عند الاقتضاء خاصة المحافظات العقارية ومصالح التسجيل، ونسجل تقدماً ملحوظاً بالنسبة لإدارة المسح في هذا القبيل حيث أنه يمكن للموثق تلقي المعلومات الضرورية المرتبطة بمسح الأراضي عن طريق الولوج إلى منصة إلكترونية خاصة بالمديرية العامة للأموال الوطنية تم إحداثها مؤخراً، ويعتبر هذا بديلاً عن النظام التقليدي المتمثل في المراسلات الكتابية الذي لا يرتب في الغالب سوى عقبات في وجه الموثق لاستكمال إجراءات التوثيق.

- إحداث برنامج إلكتروني خاص بالمواريث على نحو يتوافق مع المسائل المنصوص عليها في قانون الأسرة، ذلك أن هذا الأخير يستلهم أحكامه من مذاهب مختلفة في التشريع الإسلامي إضافة إلى تلك المعروفة عن الأئمة الأربعة، من ذلك مثلاً مسألة الحمل التي يتبنى فيها المشرع الجزائري قول أبي يوسف من الحنفية، حيث يوقف للحمل الأوفر من حظ ابن واحد أو بنت واحدة متى كان الحمل مشاركاً للورثة أو حاجباً لهم حجب نقصان طبقاً لمقتضيات المادة 173 من ق.أ، مع التنويه إلى ضرورة إدراج مادة التنزيل وتجنب الاستعانة في البرنامج بالمناسخات لحساب مسائل التنزيل مما

قد يخلص إلى نتائج غير صائبة لا سيما إذا تجاوز نصيب المنزلين -فتحا- ثلث التركة وهذا يستوجب حتما إنزاله إلى هذا القدر، وبهذا يستقيم الحساب في الفرائض التي يقوم بإعدادها الموثق ويصادق عليها ضمن المحرر التوثيقي.

- على الموثق أن يلتزم الحذر في صياغة محرراته، حيث يكون ذلك وفق أسلوب يتسم بالدقة واستعمال عبارات جلية في معانيها خالية من اللبس والغموض، والعلة في ذلك أن قواعد القانون منها ما هو جلي في معناه يكون فهمه سلس لدى عامة الناس ومنها ما يتطلب بذل جهد والاستعانة بأهل الخبرة، وهذا الأسلوب الأخير لا ينصح به في إنشاء المحررات التوثيقة حتى نجنب الزبناء اللجوء إلى دعاوى التفسير بشأنها.

- يستحب مراجعة الأحكام الخاصة بالنظام رقم 02-2020 وذلك بموازنة مقتضياته بشأن الصيرفة الإسلامية مع أحكام الشريعة الإسلامية لدرء كل ما يفضي إلى الحيل الربوية. كما أن هناك ضرورة للتوسع في صيغ التمويل الإسلامي بأدوات أخرى كالزراعة و المساقاة والتورق وغيرها. ويستحسن في هذا القبيل إثراء الأحكام المرتبطة بالصيرفة الإسلامية وتوثيق هذه المعاملات لدى المكاتب العمومية للتوثيق حتى لا يتم الإجحاف بحق العميل لدى البنك أو المؤسسة المالية فيراعي الموثق التوازن العقدي بين الأطراف ويسهم في دفع عجلة التنمية الإقتصادية.

- التعجيل في إصدار قرار بين وزير العدل، حافظ الأختام والسلطة الوصية على المؤسسة المكلفة بالأرشفة الوطني لتفعيل أحكام المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 08-245 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشفة التوثيقي وحفظه، وهذا حتى يتحدد مصير هذا الأرشفة ولا يبقى عرضة للتلف والضياع.

وفي نهاية المطاف نخلص إلى أن بعض التشريعات جمعت أحكام التوثيق موضوعيا وإجرائيا في قانون مستقل وأخرى فصلت بين الأحكام الموضوعية والإجراءات الخاصة بتأمن قانون الإجراءات المدنية (قانون المرافعات) وينادي فريق من الفقهاء باستحداث قانون الإجراءات التوثيقية بصورة مستقلة، بيد أنه يتبين من خلال هذه الدراسة أن تحقيق الأمان القانوني في المعاملات بموجب المحررات التوثيقية لا يكون تبعا للطريقة المنتهجة في ترتيب هذه الأحكام وفقا لخصوصيتها القانونية التي يتبناها كل تشريع وإنما تتحقق هذه الغاية بفحوى النصوص القانونية ودقة صياغتها واتساق الأحكام الموضوعية مع

القواعد الإجرائية المستحدثة بشأنها مع القول بتماشيها في عمومها مع المواثيق الدولية ذات الصلة بموضوع التوثيق، وهو الهدف الذي يبتغيه كل مشرع.

إن انتقاد المشرع الجزائري بمقتضى هذه الدراسة في جملة من المسائل التي تعنى بالجانب القانوني للمحرر التوثيقي لا ينقص من ثمة المبادرات التشريعية التي سنّها المشرع في هذا الخصوص، وإنما كان الغرض منها الوصول إلى جملة من المقترحات لتعديل وتتميم نصوص القانون استجابة للسعي الحثيث الذي يبتغيه أصحاب الشأن المقبلون على مكاتب التوثيق من أجل إبرام العقود أو طلب الخدمات وكذا إسهاما في تنظيم مهام الموثق إزاء صناعة المحررات التوثيقية على نحو يدرأ عنه وعن أولئك الزبناء طرق باب العدالة من أجل تفسير مضمونها أو فسخها أو إبطالها.

ورغم حداثة القوانين ذات الصلة بالمحررات التوثيقية سواء في جانبها الإجرائي ضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أو فيما يتعلق بالمسائل الجزائية بشقيها الموضوعي ممثلا في قانون العقوبات أو الإجرائي ضمن قانون الإجراءات الجزائية إلا أنه يتعين تنقيح هذه القواعد لتدارك النقائص وتصحيح المثالب وسد الثغرات وذلك بالاستفادة من المستجدات التشريعية وما خلص إليه القضاء من مبادئ في مادة التوثيق، دون إغفال اجتهادات الفقهاء في هذا الخصوص لا سيما ما تعلق بالقواعد الإجرائية، ويستحب التركيز أكثر على ثمة الخلافات الناشئة عن الممارسات الميدانية للموثقين باعتبارهم أهل الاختصاص، وعليه نأمل في المزيد من العمل لتحسين الأداء في ممارسة مهنة التوثيق والاجتهاد في إعداد البحوث العلمية وتنظيم المؤتمرات والندوات المرتبطة بموضوع إنشاء المحررات التوثيقية وبيان صحتها وقوتها التنفيذية وكيفية حفظها وإدراج الرقمنة والتكنولوجيا الحديثة في دواوين التوثيق والمصالح والإدارات المتعامل معها.

وأود في الختام أن أفصح بالقول أن الشريعة الإسلامية كانت أكثر تعاطيا لأحكام التوثيق بوجه عام وأحكام الوثيقة - بالمصطلح الشرعي - على وجه الخصوص، وما تضمنته غالبية الشرائع الوضعية في هذا القبيل هو غيظ من فيض مما تناوله فقهاء الشريعة ضمن مؤلفاتهم، والتشريع الجزائري ليس بمنأى عن هذا كله بمقتضى ما ورد في فحوى المادة الأولى من القانون المدني أو بمقتضى أحكام المادة 222 من قانون الأسرة وما أقره القضاء من مبادئ في ذات السياق وما أفزه الواقع العملي من مستجدات ناشئة عن أعراف المهنة وكذا الإتفاقيات التي يتم إبرامها في هذا الخصوص مع الدول الأجنبية، وما دام



الحال على هذا النحو فلا ريب أن مقاصد الشريعة الإسلامية تسم بالغنية والثراء فتحفظ فيها الحقوق ويتحقق في كنفها الأمن القانوني للمعاملات، ولا يمكن بلوغ هذه الغاية إلا إذا جمع الموثق بين عنصرين يمثل الأول في العمل على إثراء زاده المعرفي على جميع الأصعدة وبمختلف الألسنة عن طريق التكوين المستمر وأما العنصر الثاني فيكمن في الإخلاص في تأدية المهام المنوطة به على أكمل وجه.

أملنا كبير في أن يرقى هذا العمل إلى زيادة لبنة للمنظومة القانونية ويحفز على طرح المزيد من الإنشغالات التي تسهم في ميلاد أبحاث علمية أخرى من شأنها أن تآلف دعامة قومية للنهوض بالمجتمع.

اللهم صلّ وسلم وبارك على الحبيب المصطفى،  
تَمَّ بَعُونَِ اللَّهِ وَفَضَّلَهُ إِعْدَادُ هَذَا الْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ،  
وَالْحَمْدُ لِلَّهِ أَكْرَمَ الْأَكْرَمِينَ.

# قائمة المصادر والمراجع

## قائمة المصادر والمراجع

### القرآن الكريم

#### I. المراجع باللغة العربية

##### أولاً: الفقه

##### أ- الكتب العامة

- (1) أبو الحسين أحمد بن زكريا، مقاييس اللغة، دار الحديث القاهرة، مصر، 2008.
- (2) أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، دون دار النشر، دون بلد النشر، الطبعة الأولى، 1981.
- (3) أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج2، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، الطبعة العاشرة، 2009.
- (4) أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009.
- (5) أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري -تنازع القوانين-، ج1، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2004.
- (6) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثاني، نظام الأسرة-الحدود والجنايات-، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1981.
- (7) السيد سابق، فقه السنة، المجلد الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، بيروت، لبنان، 1981.
- (8) الطيب بلولة، قانون الشركات، منشورات بيرتي، الجزائر، 2008.
- (9) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري علما وعملا، الطبعة الأولى، مطبعة الفسييلة، الجزائر، 2010.
- (10) العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بقانون الأسرة الجزائري، كنوز الحكمة، الجزائر، 2013.

- ( 11 ) العربي شحط عبد القادر، طرق التنفيذ في المواد المدنية والإدارية، مرجاجو للنشر، وهران، الجزائر، 2008.
- ( 12 ) الغوثي بن ملحمة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثانية، بن عكنون، الجزائر، 2008.
- ( 13 ) أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، مرجع سابق، ص 198-199. إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية بين النص والإجتهد والفقه -دراسة مقارنة-، منشورات الحلبي الحقوقية، ط2، بيروت، لبنان، 2011.
- ( 14 ) بربرة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الطبعة الثالثة، منشورات البغداددي سنة 2009.
- ( 15 ) بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2006.
- ( 16 ) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007.
- ( 17 ) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، الطبعة الخامسة، 2007.
- ( 18 ) بلحاج العربي، بحث قانونية في قانون الأسرة الجزائري الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2014.
- ( 19 ) بلحاج العربي، قانون الأسرة وفقا لأحدث التعديلات ومعلقا عليه بقرارات المحكمة العليا المشهورة خلال 44 سنة 1966- 2010، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2012.
- ( 20 ) خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول- مصادر الإلتزام-، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.

- (21) دوة آسيا-رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2008.
- (22) سائح سنقوقة، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد بنصه وشرحه والتعليق عليه وتطبيقه وما إليه، الجزء الثاني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- (23) رمضان علي السيد الشرنباصي- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2006.
- (24) سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر، تيزي وزو، الجزائر 2008.
- (25) شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوضعي الجزائري - دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي والقانون المصري-، دار الخلدونية، الجزائر، س 2009.
- (26) خير الدين موسى فنطازي، عقود التبرع الواردة على الملكية العقارية، الجزء الأول: الوقف، دار زهران للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2012.
- (27) دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، 2009.
- (28) زكي الدين شعبان-أحمد الغندور، أحكام الوصية والميراث والوقف في الشريعة الإسلامية، مكتبة الفلاح، الطبعة الأولى، 1984.
- (29) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج3، قسم المعاملات، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، د.ب.ن، د.ت.ن.
- (30) عبد الرحمن بن ناصر السعدي، تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، دار بن حزم، بيروت، لبنان، 2003.
- (31) عبد السلام ديب، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغبة، الجزائر، 2009.
- (32) عبد العزيز سعد، إجراءات ممارسة دعاوى شؤون الأسرة أمام أقسام المحاكم الابتدائية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2013.
- (33) عبد القادر داودي، أحكام قانون الأسرة، دار البصائر، حسين داي، الجزائر، 2010.

- (34) عبد الله مسعودي، المواعيد القانونية المدنية والجزائية، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2012.
- (35) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1986.
- (36) علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011.
- (37) عليوش كمال، القانون الدولي الخاص الجزائري - تنازع القوانين -، دار هومة للطباعة والنشر، بوزريعة، الجزائر، 2007.
- (38) فايز الحاج شاهين، القانون المدني الفرنسي بالعربية، طبعة دالوز (DALLOZ)، بيروت، لبنان، 2012.
- (39) فريجة حسين، المبادئ الأساسية في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2013.
- (40) فيصل آل مبارك-ابن باز- ابن عثيمين، المجموع النفيس في فقه المواريث، دار ابن الجوزي، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2007.
- (41) كامل رمضان جمال، الحقوق والالتزامات في عقد البيع، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 2012.
- (42) كمال حمدي، الولاية على المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2003.
- (43) كمال صالح البناء، أحكام الولاية على المال، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982.
- (44) لحسين بن شيخ آث ملويا، المنتقى في الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة الطبعة الثانية، 2006، بوزريعة، الجزائر.
- (45) لحسين بن شيخ آث ملويا، قانون الأسرة نصا وشرحا، دار الهدى، مليلة، الجزائر، 20140.
- (46) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، الطبعة الثانية، 2012.
- (47) محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1994.
- (48) محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ج4، دار صادر، بيروت، د.ت.ن .
- (49) محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، ج2، دار هومة، ط1، 2011.

- (50) محمد سراج، أصول الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 1998.
- (51) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني - التأمينات العينية-، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، س 2010.
- (52) محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الفكر شركة الشهاب، البلدة، الجزائر، الجزء الأول، د.ت.ن.
- (53) محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، دار الفكر شركة الشهاب، البلدة، الجزائر، الجزء الثاني، د.ت.ن.
- (54) محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
- (55) محمود عبد الرحمن عبد المنعم، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية، الجزء الثالث، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، دون تاريخ النشر.
- (56) مراد شكري، المنخلة النونية في فقه الكتاب والسنة النبوية وشرحها، دار الإمام مالك، البلدة، الجزائر - دار الحسن، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 1998.
- (57) مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الجزء الثاني- المدخل الفقهي العام-، مطبعة طربين، الطبعة العاشرة، دمشق، سوريا، سنة 1968.
- (58) موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي- عبد الفتاح محمد الحلوي، ج6، دارعالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثالثة، 1997.
- (59) نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الألية في القانون المصري واللبناني -دراسة مقارنة- ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- (60) نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

- (61) هشام زوين، رهن المصنع والمحل التجاري، المكتب الثقافي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2003.
- (62) هلال شعوة، الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة الأولى، 2010.
- (63) يعقوبي عبد الرزاق، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضوء اجتهادات الجهات القضائية العليا، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2018.

### ب- الكتب المتخصصة

- (1) إبراهيم سامي زيدان، المسؤولية المدنية للموثق بين النظرية والتطبيق-دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2017.
- (2) أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 2005.
- (3) أحمد خليفة شرقاوي أحمد، الوسيط في نظام التوثيق المصري والسعودي مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2016.
- (4) أحمد محمود موافى، الشرح والتعليق على أحكام قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، الناشر المتحدون، القاهرة، مصر، 2007.
- (5) إسماء "محمد عزّام" عباس سلايمية، توثيق الصكوك في الشريعة والقانون -دراسة مقارنة-، دار النفائس، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2017.
- (6) السيد عبد الوهاب عرفة، المرجع في التوثيق بمكاتب التوثيق وفروعها التابعة لمصلحة الشهر العقاري، الطبعة الثانية، مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، د.ت.ن.
- (7) السيد عبد الوهاب عرفة، الموسوعة الشاملة في التوثيق في ضوء الفقه وقضاء النقض، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الإسكندرية، مصر، 2006.



- (8) أنطوان الناشف- نوال تلج- خليل الهندي، النظام القانوني لمهنة كتابة العدل في لبنان، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، طرابلس، لبنان، 1999.
- (9) العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، الجزء الأول، مكتبة دار السلام، الرباط المغرب، 2009.
- (10) العلمي الحراق، التوثيق العدلي بين الفقه المالكي والتقنين المغربي وتطبيقاته في مدونة الأسرة، الجزء الثاني، مكتبة دار السلام، الرباط المغرب، 2009.
- (11) حفيظ بن محمد لحماوي صافي، المسؤولية المدنية للموثق على ضوء العمل القضائي، مطبعة الهداية، تطوان، المغرب، الطبعة الأولى، 2017.
- (12) رياض بن راشد عبد الله آل رشود، التورق المصرفي، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر، الطبعة الأولى، 2013.
- (13) زكرياء العماري، قانون التوثيق العدلي والعصري، منشورات مجلة القضاء المدني، الطبعة الثانية، الرباط المملكة المغربية، 2014
- (14) سعد سليمان الحامدي، التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي، دار السلام، الطبعة الأولى، القاهرة - الإسكندرية، مصر 2010.
- (15) طاهري حسين، دليل الموثق، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، الطبعة الأولى، 2013.
- (16) عبد اللطيف أحمد الشيخ، التوثيق لدى فقهاء المذهب المالكي، المجمع الثقافي، الجزء الأول، أبوظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2004.
- (17) فاتح جلول، الحماية القانونية لخاتم الدولة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.
- (18) فاتح جلول، اليمين القانونية للموثق، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.
- (19) فراس سامي حميد الملائج جواد التميمي، الكاتب بالعدل مهامه ومسؤوليته، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، لبنان، 2016.

- (20) محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحركات الصادرة عنهم في ضوء مستجدات قانون 03-16 التعلق بخطة العدالة وقانون 09-32 المتعلق بالتوثيق، الطبعة الثانية، مكتبة المعرفة، مراكش، المغرب، 2015.
- (21) محمد المنجي، شرح قانون التوثيق، الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2019.
- (22) محمود أحمد عبيد، قانون التوثيق، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2011.
- (23) مقني بن عمار، الأحكام القانونية المتعلقة بصحة وبطالان المحركات التوثيقية -دراسة في القانون الجزائري-، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2014.
- (24) مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري تنظيم ومهام ومسؤوليات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2013.
- (25) مندي حمزة محمد، النظرية العامة للتوثيق، والقوانين ذات الصلة به، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018.
- (26) وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، بوزريعة، الجزائر، 2009.

## ثانيا: النصوص التشريعية

### أ- التشريع الأساس

- (1) المرسوم الرئاسي رقم 96-438 المؤرخ في 07 ديسمبر 1996 يتعلق بإصدار نص تعديل الدستور المصادق عليه في استفتاء 28 نوفمبر 1996، ج.ر.ج.ج، ع.76، 1996.
- (2) القانون 02-03 الصادر بتاريخ 10 /04/ 2002، ج ر ، ع 25، المؤرخة في 14 /04/ 2002 المتضمن التعديل الدستوري.
- (3) القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20 يوليو 2008 المحدد لقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها، ج.ر.ع.44، المؤرخة في 3 غشت 2008.
- (4) القانون 08-19 الصادر بتاريخ في 15 /11/ 2008، ج ر، ع63 المؤرخة في 16 /11/ 2008 المتضمن التعديل الدستوري.

5) القانون 01-16 المؤرخ في 06 مارس 2016 المتضمن التعديل الدستوري، ج. ر، ع 14 المؤرخة في 07 /03/ 2016.

### ب- النصوص القانونية

1) الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 08 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم بمجموعة من القوانين آخرها القانون 01-14 المؤرخ في 04/02/2014. ج. ر، ع 7، المؤرخة في 16/02/2014.

2) الأمر رقم 71-57 المؤرخ في 5 غشت 1971 المتعلق بالمساعدة القضائية المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 09-02 المؤرخ في 25/02/2009، ج. ر، العدد 15، بتاريخ 08/03/2009.

3) الأمر رقم 75-58 الصادر بتاريخ 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية، العدد 78، بتاريخ 30/09/1975، المعدل والمتمم بمقتضى القانون 05-10 المؤرخ في 20/06/2005، ج. ر، العدد 44، بتاريخ 26/06/2005.

4) الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بالمرسوم التشريعي رقم 93-08 المؤرخ في 25 أبريل 1993، والأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996، وكذا القانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فبراير 2005.

5) الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم بالقانون رقم 79-09 المؤرخ في 31 ديسمبر 1979 المتضمن قانون المالية لسنة 1980، جريدة رسمية مؤرخة في 12 صفر 1400هـ.

6) الأمر رقم 76-101 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة، جريدة رسمية، العدد 48، المؤرخة في 28/11/1978.

7) القانون رقم 76-102 المؤرخ في 9/12/1976 المتضمن قانون الرسوم على رقم الأعمال، جريدة رسمية، العدد 80، المؤرخة في 11/12/1977.

8) الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون الطابع، جريدة رسمية، عدد 39، بتاريخ 15/05/1977.

- 9) الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 9 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، جريدة رسمية، عدد 81، بتاريخ 1977/12/18.
- 10) الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25/09/1995، ج.ر، ع55، بتاريخ 2 جمادى الأولى عام 1416 هـ. المعدل والمتمم للقانون 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري.
- 11) الأمر رقم 95-27 المؤرخ في 30/12/1995 المتضمن قانون المالية لسنة 1996، جريدة رسمية، العدد 82 المؤرخة في 9 شعبان 1416 هـ.
- 12) الأمر رقم 96-02 المؤرخ في 10/01/1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، ج.ر، ع3، المؤرخة في 14/01/1996.
- 13) الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10 جانفي 1996 المتعلق بالإعتماد الإيجاري، جريدة رسمية، ع3، المؤرخة في 14 جانفي 1996.
- 14) الأمر رقم 21-07 المؤرخ في 7 أوت 2021 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2021، ج.ر، ع44، المؤرخة في 8 أوت 2021.
- 15) القانون رقم 83-12 المؤرخ في 2 يوليو 1983 المتعلق بالتقاعد، جريدة رسمية، العدد 28، المؤرخة في 5 يوليو 1983 المعدل والمتمم بموجب القانون 99-03 المؤرخ في 22 مارس 1999، جريدة رسمية، العدد 20 الصادرة بتاريخ 24 مارس 1999.
- 16) القانون رقم 84-11 الصادر بتاريخ 9 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005، جريدة رسمية، عدد15، صادرة بتاريخ 12/06/1984.
- 17) القانون رقم 84-21 المؤرخ في 24/12/1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985، جريدة رسمية، العدد 72 المؤرخة في 31/12/1984.
- 18) القانون 86-07 المؤرخ في 4 مارس 1986 المتعلق بالترقية العقارية، ج.ر، ع10، المؤرخة في 5 مارس 1986.
- 19) القانون رقم 88-07 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالوقاية الصحية والأمن وطب العمل، جريدة رسمية، العدد 4 المؤرخة في 27 يناير 1988.

- (20) القانون رقم 88-09 المؤرخ في 26 يناير 1988 المتعلق بالأرشفيف الوطني، جريدة رسمية، بتاريخ 27 يناير 1988.
- (21) القانون رقم 88-33 المؤرخ في 31/12/1988 المتضمن قانون المالية لسنة 1989، جريدة رسمية، المؤرخة في 22 جمادى الأولى 1409 هـ..
- (22) القانون رقم 90-03 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بمفتشية العمل، جريدة رسمية، العدد 6 المؤرخة في 7 فبراير 1990 المعدل والمتمم.
- (23) القانون 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتضمن علاقات العمل، ج.ر، ع 17 المؤرخة في 25/04/1991 المعدل والمتمم.
- (24) القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج.ر، ع 14، بتاريخ 9 رمضان 1413 هـ..
- (25) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف، جريدة رسمية، العدد 21، المؤرخة في 8 مايو 1991.
- (26) القانون رقم 93-18 المؤرخ في 29/12/1993 المتضمن قانون المالية لسنة 1994، جريدة رسمية، العدد 88 المؤرخة في 16 رجب 1414 هـ.
- (27) القانون رقم 98-12 المؤرخ في 31/12/1998 المتضمن قانون المالية لسنة 1999، ج.ر، ع 98، بتاريخ 13 رمضان 1419 هـ.
- (28) القانون رقم 01-07 المؤرخ في 22 ماي 2001 المعدل والمتمم للقانون المتعلق بالأوقاف، ج.ر، ع 29، المؤرخة في 23/05/2001.
- (29) قانون الإجراءات الجبائية المؤسس بموجب القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المالية لسنة 2002، جريدة رسمية، العدد، 15، المؤرخة في 28/02/2002.
- (30) القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28/12/2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004، جريدة رسمية، العدد 83 المؤرخة في 29/12/2003.

- ( 31 ) القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر المتضمن قانون المالية لسنة 2005، ج.ر، ع85، المؤرخة في 30 ديسمبر 2004.
- ( 32 ) القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر رقم 14 المؤرخة في 8 مارس 2006.
- ( 33 ) القانون 06-03 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج.ر، ع 14، المؤرخة في 08/03/2006.
- ( 34 ) القانون رقم 06-24 المؤرخ في 26/12/2006 المتضمن قانون المالية لسنة 2007، جريدة رسمية، العدد 85، المؤرخة في 27/12/2006.
- ( 35 ) القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، ع 21 المؤرخة في 23/04/2008.
- ( 36 ) القانون رقم 09-01 المؤرخ في 22/07/2009 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2009، ج.ر، ع 44، المؤرخة في 26/07/2009.
- ( 37 ) القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15/08/2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، ج.ر، ع46، بتاريخ 18/08/2010.
- ( 38 ) القانون رقم 10-13 المؤرخ في 29/12/2010 المتضمن قانون المالية لسنة 2011، ج.ر العدد 80، بتاريخ 30/12/2010.
- ( 39 ) القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد المنظمة لنشاط الترقية العقارية، ج.ر، ع 14، المؤرخة في 06/03/2011.
- ( 40 ) القانون 13-07 المؤرخ في 29/11/2013 المتضمن تنظيم مهنة المحاماة، ج.ر، ع 55، المؤرخة في 30/10/2013.
- ( 41 ) القانون 14-08 المؤرخ في 9 أوت 2014 المعدل والمتمم لقانون الحالة المدنية، ج.ر، ع3، المؤرخة في 20 أوت 2014.
- ( 42 ) القانون رقم 14-10 المؤرخ في 30/12/2014 المتضمن قانون المالية 2015، جريدة رسمية، العدد 78، المؤرخة في 31/12/2014.

- 43) القانون 04-15 المؤرخ في الفاتح من فبراير سنة 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر، ع 6 المؤرخة في 1 فبراير 2015.
- 44) القانون رقم 11-17 المؤرخ في 27/12/2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، جريدة رسمية، العدد 76، بتاريخ 28-12-2017.
- 45) القانون رقم 18-18 المؤرخ في 27/12/2018 المتضمن قانون المالية لسنة 2019، جريدة رسمية، العدد 79 المؤرخة في 30/12/2018.

### ت- النصوص التنظيمية

- 1) المرسوم التنفيذي رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 84-400 المؤرخ في 24 ديسمبر 1984، والمرسوم التنفيذي رقم 92-134 المؤرخ في 7 أبريل 1992. يبرتي للنشر، الطبعة الخامسة، 2011-2012.
- 2) المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1980، والمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993. يبرتي للنشر، الطبعة الخامسة، 2011-2012.
- 3) المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 1 مارس 1993 التعلق بالنشاط العقاري، ج.ر، ع 14، المؤرخة في 3 مارس 1993.
- 4) المرسوم التنفيذي رقم 95-55 المؤرخ في 15/02/1995 المحدد لصلاحيات وزير المالية، ج.ر، ع 15، بتاريخ 18 شوال 1415 هـ.
- 5) المرسوم التنفيذي رقم 95-54 المؤرخ في 15/02/1995 المتضمن لتنظيم الإدارة المركزية لوزارة المالية، ج.ر، ع 15، بتاريخ 18 شوال 1415 هـ.
- 6) المرسوم التنفيذي رقم 96-98 المؤرخ في 6 مارس 1996 المحدد لقائمة الدفاتر والسجلات الخاصة التي يلزم بها المستخدمون ومحتواها، ج.ر، ع 17، بتاريخ 24 شوال 1416 هـ.
- 7) المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20/12/1997 المحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية، ج.ر، ع 84، بتاريخ 21 شعبان 1418 هـ.

- 8) المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج.ر، ع25، المؤرخة في 29 أبريل 2001.
- 9) المرسوم التنفيذي رقم 03-35 المؤرخ في 13 جانفي 2003 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، ج.ر-ع4، المؤرخة في 22 يناير 2003.
- 10) المرسوم التنفيذي رقم 08-242 المؤرخ في 3 غشت 2008 المتضمن شروط الالتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التأديبي وقواعد تنظيمها، ج.ر 45 المؤرخة في 6 غشت 2008 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 18-84 المؤرخ في 5 مارس 2018، ج.ر 15 المؤرخة في 7 مارس 2018.
- 11) المرسوم التنفيذي رقم 08-243 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لأتعاب الموثق، ج.ر 45 المؤرخة في 6 غشت 2008.
- 12) المرسوم التنفيذي رقم 08-244 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لكيفيات مسك محاسبة الموثق ومراجعتها، ج.ر 45 المؤرخة في 6 غشت 2008.
- 13) 08 المرسوم التنفيذي رقم -245 المؤرخ في 3 غشت 2008 المحدد لشروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه، جريدة رسمية، العدد 45، بتاريخ 2008/08/06.
- 14) المرسوم التنفيذي رقم 10-326 المؤرخ في 2010/12/23 المحدد لكيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ج.ر، ع79، المؤرخة في 2010/12/29.
- 15) المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18 ديسمبر 2013، ج.ر.، العدد 66 المؤرخة في 2013/12/25.
- 16) المرسوم التنفيذي رقم 14-99 المؤرخ في 4 مارس 2014 المحدد لنموذج نظام الملكية المشتركة، ج.ر، ع14، المؤرخة في 16 مارس 2014.



## ث- القرارات

- 1) قرار مؤرخ في 21 يوليو 1991 المتضمن للنظام الداخلي للمجلس الأعلى للتوثيق، جريدة رسمية، العدد 46، بتاريخ 27 ربيع الأول 1412، ص 1799.
- 2) قرار مؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين، جريدة رسمية، العدد 92، بتاريخ 3 رجب 1413، ص 2375.
- 3) قرار مؤرخ في 14 نوفمبر 1992 المتضمن النظام الداخلي للغرفة الجهوية للموثقين، جريدة رسمية، العدد 92، بتاريخ 3 رجب 1413، ص 2381.
- 4) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 9 شعبان عام 1439 الموافق 25 أبريل 2018 المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 11 جمادى الثانية 1432 الموافق 14 ماي 2011 المحدد لشروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة وموجهة لإنشاء برامج السكّات المدعمة من طرف الدولة، ج.ر، العدد 58، المؤرخة في 13 أكتوبر 2018.
- 5) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 20 جمادى الثانية عام 1440 الموافق 25 فبراير 2019 المتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 26 جمادى الثانية 1439 الموافق 14 مارس 2018 المحدد للشروط والكيفيات المالية وكذا آليات تمويل إنجاز السكن الترقوي المدعم، ج.ر، العدد 39، المؤرخة في 16 يونيو 2019.
- 6) قرار مؤرخ في 23 رمضان 1440 الموافق 28 ماي 2019 المحدد لنموذج التصريح بالالتزام بتسجيل ملك عقاري ضمن الجدول العام للعقارات التابعة للأملاك الوطنية، ج.ر، العدد 50، المؤرخة في 19 غشت 2019.
- 7) قرار مؤرخ في 4 صفر عام 1440 الموافق 13 أكتوبر 2018 المحدد لنموذج وثيقة الالتزام لشراء الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري، ج.ر، العدد 21، المؤرخة في 3 أبريل 2019.
- 8) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 8 صفر عام 1440 الموافق 17 أكتوبر 2018 المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 صفر عام 1430 الموافق 21 فبراير سنة 2009 المحدد

لتنظيم المصالح الخارجية للإدارة الجبائية وصلاحياتها، ج.ر، العدد 14، المؤرخة في 28 فبراير 2019.

9) قرار مؤرخ في 14 رمضان 1440 الموافق 19 ماي 2019 المعدل للقرار المؤرخ في 13 صفر عام 1439 الموافق 2 نوفمبر 2017 المحدد لمدة صلاحيات مستخرج السجل التجاري الممنوح لممارسة بعض الأنشطة، ج.ر، العدد 43، المؤرخة في 7 يوليو 2019.

### ج- الأنظمة

1) النظام رقم 02-18 المتضمن لقواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف المصارف والمؤسسات المالية، ج.ر، ع73، المؤرخة في 9 ديسمبر 2018.

2) النظام رقم 02-20 المؤرخ في 15 مارس 2020 الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية ج.ر، ع16، المؤرخة في 2020/03/24.

### ح- المنشورات والتعليمات والمذكرات والاتفاقيات

- 1) المنشور رقم 1 المؤرخ في 8 نوفمبر 1971.
- 2) المنشور رقم 2 الصادر عن المديرية العامة للأرشيف الوطني المتعلق بـ "دفع الوثائق التي أصبحت غير مستعملة في المصالح الإدارية".
- 3) المنشور رقم 3 المؤرخ في 2 فبراير 1991 الخاص بتسيير الوثائق.
- 4) المنشور رقم 08-95 المؤرخ في 24 يناير 1995 الخاص بتسيير الأرشيف الإداري.
- 5) المنشور رقم 13 المؤرخ في 19 ديسمبر 1998 المتعلق بمجلات الأرشيف.
- 6) المنشور رقم 24 الصادر سنة 2003 الصادر عن المديرية العامة للأرشيف الوطني المتعلق بإقصاء وإتلاف الوثائق.
- 7) المنشور رقم 31 المؤرخ في 31/10/2009 المتعلق بإجراءات إقصاء الوثائق الأرشيفية.
- 8) المنشور رقم 32 المؤرخ في 22/10/2009 المتعلق بدفع الأرشيف.

- 9) المنشور رقم 33 المؤرخ أكتوبر 2009 المتعلق بإثراء الرصيد الأرشيفي الوطني.
- 10) المنشور رقم 37 المؤرخ في 17 أكتوبر 2010 المتعلق بتوحيد إجراءات تعديل جداول تسيير وثائق الأرشيف.
- 11) المنشور الوزاري المشترك رقم 1809 المؤرخ في 05 ديسمبر 2017 المتضمن لاجراءات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الاراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.
- 12) التعليم رقم 28 عن المديرية العامة للأرشيف الوطني المؤرخة في 13/10/2008 المتعلقة بإجراءات الإقصاء.
- 13) المذكرة الصادرة عن مديرية تأمين الأملاك التابعة للدولة التابعة للمديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 05/09/2011 المتعلقة بعقود الامتياز على الأراضي الفلاحية.
- المذكرة الصادرة عن مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي التابعة للمديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 21/11/2011 المتعلقة بعقود الامتياز على الأراضي الفلاحية.
- 14) اتفاقية بين المركز الوطني للسجل التجاري والغرفة الوطنية للموثقين بتاريخ 08/07/2013 ترمي إلى تحديد كفاءات تكفل الموثقين ببعض الإجراءات المرتبطة بالتسجيل في السجل التجاري لحساب المستثمرين ومنشئي المؤسسات

### ثالثا: أعمال القضاء

- 1) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الرابع، 1990.
- 2) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1991.
- 3) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1991.
- 4) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1992.
- 5) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1993.
- 6) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1993.
- 7) المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الرابع، 1993.

- 8 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1994.
- 9 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1994.
- 10 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1995.
- 11 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1995.
- 12 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1996.
- 13 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1996.
- 14 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1997.
- 15 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1997.
- 16 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1998.
- 17 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1998.
- 18 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 1999.
- 19 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 1999.
- 20 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 2000.
- 21 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 2000.
- 22 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 2001.
- 23 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، عدد خاص، 2001.
- 24 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 2002.
- 25 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 2002.
- 26 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 2003.
- 27 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الثاني، 2003.
- 28 ( المجلة القضائية، المحكمة العليا، العدد الأول، 2004.
- 29 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2004.

- 30 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2005.
- 31 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2005.
- 32 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2006.
- 33 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ، 2006.
- 34 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2007.
- 35 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2007.
- 36 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2008.
- 37 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2008.
- 38 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2009.
- 39 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2009.
- 40 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2010.
- 41 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2010.
- 42 ( مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الجزء الثالث، 2010.
- 43 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2011.
- 44 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2011.
- 45 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2012.
- 46 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2012.
- 47 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2013.
- 48 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، 2013.
- 49 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2014.
- 50 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ، 2014.
- 51 ( مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2015.

- 52) مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ، 2015.
- 53) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2016.
- 54) مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ، 2016.
- 55) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2018.
- 56) مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، 2019.

#### رابعاً: المجلات العلمية والملتقيات والأيام الدراسية

- 1) إبراهيم رحماني، مقال بعنوان: " التوثيق الكتّابي ودوره في حماية الحقوق والالتزامات الآجلة - دراسة فقهية مقارنة، مجلة العلوم القانونية، العدد 2، 2011.
- 2) الغرفة الوطنية للموثقين، الملتقى الوطني الثاني، "تعميق المعارف القانونية للموثق"، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، يومي 29-30 جوان 2005.
- 3) الغرفة الجهوية لموثقي الغرب، دليل الموثق، مطبعة الفن، د.ت.ن، وهران، الجزائر.
- 4) بردان صافية، مقال بعنوان "الواجبات المهنية الملقاة على عاتق الموثق الجزائري" مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس بالمدينة، ع2، سبتمبر 2017.
- 5) خنوش سعيد، التوثيق وأثره في إثبات الحقوق بين الزوجين، حوليات جامعة الجزائر1، العدد 32، الجزء الأول، 2018.
- 6) رقاني عبد المالك، الضوابط القانونية للعقد التوثيقي الوارد على العقار الوقفي، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد7، العدد1، 2017.
- 7) عربي باي يزيد، العقود التوثيقية سندات تنفيذية، دفاتر السياسة والقانون، العدد 10، 2014.
- 8) محمودي فاطمة الزهراء، الشهادة التوثيقية-دراسة قانونية وقضائية-، مجلة القانون، المركز الجامعي غليزان، معهد العلوم القانونية والإدارية، العدد8، 2017.
- 9) مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الأول، يوليو 2013.
- 10) مجلة الموثق، المجموعة الثانية، العدد الثاني، ديسمبر 2013.
- 11) مجلة الموثق، العدد الرابع، نوفمبر-ديسمبر 2015.

- (12) نعيمة حاجي - حسيبة زغلامي، مسؤولية الموثق على أساس الخطأ المهني في التشريع الجزائري، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد الأول، العدد الأول، 2016.
- (13) يوم دراسي حول "الأمن القانوني والقضائي للعقد التوثيقي وآفاق مهنة الموثق"، منعقد بفندق الشيراطون، وهران، بتاريخ 13/06/2019.

### خامسا: المذكرات والرسائل والأطروحات العلمية

- (1) أحمد حمزة، أحكام التوثيق في مسائل الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية العلوم الإسلامية، 2010/2009.
- (2) باكرية سماويل، الأثر التطهيري للشهر العقاري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2015-2014.
- (3) بلحو نسيم، المسؤولية القانونية للموثق، أطروحة دكتوراه، جامعة محمد خيضر- بسكرة، كلية الحقوق، 2015/2014.
- (4) بن حمام نجية، شهادة ماجستير، عقد حفظ الحق، مذكرة ماجستير، جامعة بن يوسف بن خدة- الجزائر1، كلية الحقوق، 2016/2015.
- (5) بوغالم أسماء، العقد التوثيقي كسند تنفيذي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2017/2016.
- (6) خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، رسالة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان، كلية الحقوق، 2013-2012.
- (7) زازون أكلي، التوثيق وإجراءات كتابة العقد بين الشريعة والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر1، 2015/2014.
- (8) زازون أكلي، التوثيق وإجراءات كتابة العقد بين الشريعة والقانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2015/2014.
- (9) زهدور إنجي هند، حماية التصرفات القانونية وإثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران2، كلية الحقوق، 2016-2015.

- 10 ( سويسبي يمينة، المسؤولية المدنية للموثق، مذكرة ماستر، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة، كلية الحقوق، 2017/2016.
- 11 ( عبد الرحيم بسمة، حماية الحيازة في القانون الجزائري، شهادة ماجستير، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، كلية الحقوق، 2017.
- 12 ( غواس حسينة، الآليات القانونية لتسيير العمران، مذكرة ماجستير، جامعة منتوري- قسنطينة، كلية الحقوق، 2012/2011.
- 13 ( لعويجي عبد الله، قرارات التهيئة والتعمير في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة الحاج لخضر- باتنة، كلية الحقوق، 2012-2011.
- 14 ( محمد بن أحمد تقية، الهبة في قانون الأسرة والقانون المقارن، أطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 1997.
- 15 ( مسكر سهام، التزامات المرقى العقاري المترتبة على بيع السكّات الترقية، أطروحة دكتوراه، جامعة الإخوة منتوري-قسنطينة، كلية الحقوق، 2016-2015.
- 16 ( موسوني عبد الرزاق، حماية حق الملكية العقارية في الجزائر، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2008-2007.

### سادسا: القوانين الأجنبية

- 1 ( القانون المدني المصري
- 2 ( المرسوم رقم 119 الصادر بتاريخ 1952 المتضمن قانون الولاية على المال.
- 3 ( قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، الأمم المتحدة، عام 2001.
- 4 ( مدونة الأسرة المغربية المحيئة بتاريخ 25 يناير 2016.
- 5 ( قانون الأحوال الشخصية للمسلمين الصادر بتاريخ 1991/07/24



**A) OUVRAGE**

1. Djilali TCHOUAR, REFLEXIONS SUR LES QUESTIONS EPINEUSES DU CODE ALGERIEN DE LA FAMILLE, OPU, Ben Aknoun (Alger), Algérie, 2004.
2. Hélène CASMAN, Précis du notariat, Editions Bruylant, Bruxelles, Belgique, 2011.
3. Jean-Luc AUBERT, La responsabilité civile des notaires, 5<sup>ème</sup> Edition, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, France, 2008.
4. Jean Marc Mousseron (3<sup>e</sup> édition par: Pierre Mousseron- Jacques Raynard - Jean-Baptiste Seube), Technique contractuelle, Editions LEFEBVRE, Levallois, France, 2005.
5. Jen-Paul POISSON, ESSAIS DE NOTARIALOGIE, ECONOMICA, Paris, France, 2002.
6. RICHARD Crône, la responsabilité civile des notaires, 5<sup>ème</sup> édition, DEFRENOIS, lextenso édition, Paris, France, 2008.
7. SERGE GUIONCHARD et TONY MOUSSA, Droit et pratique des voies d'exécution, DALLOZ, neuvième édition, Paris, France, 2018/2019.
8. Stéphane BERRE- Jean-Yves CAMOZ- Martine KADDOUCH, BTS Notariat "Droit général et droit notarial", Volume 1, 2<sup>ème</sup> édition, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, France, 2012.
9. Stéphane BERRE- Jean-Yves CAMOZ- Martine KADDOUCH, BTS Notariat "Droit général et droit notarial", Volume 2, 2<sup>ème</sup> édition, Defrénois, Lextenso éditions, Paris, France, 2012.

**B) LOIS ETRANGERES**

1. Code civil français.( <http://www.legifrance.fr>)
2. Code notarial, LexisNexis, Mayenne, France, 2012.
3. Code notarial, Lexis Nexis ; cinquième édition, Paris, France, 2013.

**C) THESES**

1. Florain MAUME, Essai critique sur la protection du consentement de la partie faible en matière contractuelle, thèse de doctorat, Université d'Evry-Val-d'Essonnem, France, 2015.
2. Jean-jacques MARTEL, "La valeur vénale ou locative des biens, droit immobiliers ou droits sociaux : une conception juridique pour une concrétisation économique", Thèses de doctorat, Université de Lille, France, 2016.
3. Marianne ROLAIN, les limitations au droit de propriété en matière immobilière, Thèse de doctorat, Université Nice Sophia Antipolis, Faculté De Droit Et Science Politique De Nice, 2015.

**D) ARTICLES**

Bruno Bédaride, Notaire à Paris, Le caractère exécutoire de l'acte notarié en droit interne et européen, Revue Pratique Profession, droit et patrimoine, N° 174, Octobre 2008.

## **E) SEMINAIRES, COLLOQUES ET CONGRES**

1. Chambre Nationale des Notaire, 2<sup>ème</sup> Séminaire national, "Approfondir les connaissances juridiques du notaires", Ecole Supérieure de la Magistrature, Alger, les 29-30 2005.
2. 28<sup>ème</sup> congrès international du Noutariat, Paris, France, 2016 (période allant du 19/10/2016 au 22/10/2016).
3. ROLF Gaupp, l'impartialité du notaire: garantie de l'ordre contractuel , congrès international du notariat latin, 15 décembre 2003.

## **F) DICTIONNAIRES**

- 1- LAROUSSE, dictionnaire de français, OMEGA international S.A.R.L, ALGER, ALGERIE, sans date d'édition.
- 2- AUZOU, Dictionnaire encyclopédique, EdiCulture Sarl, Italie, Mai 2012, Relié en France, Mai 2012.
- 3- Zad El Tollab, Français – Arabe, Dar El Rateb, Edition 2004.

## **G) SITES ELECTRONIQUES**

1. <http://www.aloukah.net>.
2. <http://www.Asjp.dz>
3. <http://www.google.com>
4. <http://www.legifrance.fr>
5. <https://www.mouwazaf-dz.com>
6. <http://www.textes.justice.gouv.fr>
7. <http://www.waqfeya.com>

## الفهرس

- 1..... مقدمة
- 12..... الباب الأول: الإطار المفاهيمي للمحرر التوثيقي
- 13..... الفصل الأول: المفاهيم المرتبطة بالمحرر التوثيقي والمصطلحات ذات الصلة
- 14..... المبحث الأول: المفهوم المقترن بماهية المحررات التوثيقية ومعايير تقسيمها
- 14..... المطلب الأول: المقصود بالمحرر التوثيقي وبيان طبيعته
- 14..... الفرع الأول: تعريف المحرر التوثيقي وتمييزه عن المصطلحات المشابهة
- 26..... الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للمحرر التوثيقي
- 29..... المطلب الثاني: التقسيمات الفقهية للعقود
- 29..... الفرع الأول: تقسيم العقود حيث تكوينها أو بالنظر إلى انعقادها
- 29..... الفرع الثاني: تقسيم العقود بالنظر إلى أثرها
- 30.....
- 31..... الفرع الثالث: تقسيم العقود من حيث دور الإرادة
- 32..... الفرع الرابع: تقسيم العقود من حيث طبيعتها
- 32..... الفرع الخامس: تقسيم العقود بالنظر إلى إمكانية تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها
- 33..... الفرع السادس: تقسيم العقود من حيث تنفيذها
- 34..... الفرع السابع: تقسيم العقود من حيث الموضوع
- 34..... الفرع الثامن: تقسيم العقود بالنظر إلى انصراف آثارها
- 35..... الفرع التاسع: تقسيم العقود وفقا لمعيار المضاربة
- 36..... المبحث الثاني: المفاهيم المقترنة بالمصطلحات ذات الصلة بالمحرر التوثيقي
- 36..... المطلب الأول: مفهوم الموثق وبيان مهامه
- 37..... الفرع الأول: المقصود بالموثق وبيان النتائج المترتبة على وصفه بالضبط
- 40..... الفرع الثاني: مهام الموثق وجزاء الإخلال بها
- 55..... الفرع الثالث: الهيئات المشرفة على الموثقين

62	المطلب الثاني: المقصود بمهنة التوثيق وبيان أهميتها
62	الفرع الأول: المراد بالتوثيق وبيان مراحلها
68	الفرع الثاني: أهمية التوثيق
70	المطلب الثالث: المقصود بالمكتب العمومي للتوثيق وبيان أحكامه
70	الفرع الأول: تعريف المكتب العمومي للتوثيق وبيان تنظيمه الداخلي
73	الفرع الثاني: الحماية القانونية للمكتب العمومي للتوثيق ونطاق اختصاصه
75	الفرع الثالث: الهئيات والمصالح الإدارية المتعامل معها من قبل مكتب التوثيق
85	الفصل الثاني: مراحل إعداد المحررات التوثيقية
85	المبحث الأول: خطوات إعداد المحرر التوثيقي داخل مكتب التوثيق
86	المطلب الأول: الإستشارة القانونية
86	الفرع الأول: توجه ذوي الشأن إلى مكتب الموثق
89	الفرع الثاني: توافق إرادة الأطراف على طبيعة المحرر المراد توثيقه
97	المطلب الثاني: تحضير المحرر التوثيقي
98	الفرع الأول: مرحلة كتابة المحرر
103	الفرع الثاني: مرحلة التوقيع
111	المبحث الثاني: استكمال الإجراءات المرتبطة بالمحرر التوثيقي خارج مكتب التوثيق
112	المطلب الأول: تسجيل المحرر التوثيقي
113	الفرع الأول: ماهية التسجيل وكيفية حماية التحصيل الجبائي
120	الفرع الثاني: إجراءات تسجيل المحررات التوثيقية والآثار الناشئة عنها
128	المطلب الثاني: شهر المحرر التوثيقي
128	الفرع الأول: التنظيم الموضوعي للشهر العقاري
133	الفرع الثاني: التنظيم الإجرائي للشهر العقاري
156	الباب الثاني: أنواع المحررات التوثيقية وكيفية نفاذها وحفظها
157	الفصل الأول: أهم المحررات التوثيقية المتداولة في مكاتب التوثيق
157	المبحث الأول: العقود التقليدية

157	المطلب الأول: العقود المدنية.....
158	الفرع الأول: عقد البيع.....
165	الفرع الثاني: عقد الوعد بالبيع.....
167	الفرع الثالث: عقود الإيجار.....
171	الفرع الرابع: عقد القسمة.....
176	الفرع الخامس: عقد المبادلة (المقايضة).....
177	الفرع السادس: عقد الوديعة.....
178	الفرع السابع: عقد الوكالة.....
180	الفرع الثامن: عقود الرهن.....
182	الفرع التاسع: عقد الشركة المدنية.....
186	المطلب الثاني: العقود التجارية.....
186	الفرع الأول: العقود المرتبطة بالشركات التجارية.....
188	الفرع الثاني: العقود المتعلقة بالمحلات التجارية.....
194	المطلب الثالث: العقود المتعلقة بالنظام الأسري.....
193	الفرع الأول: عقد الزواج.....
198	الفرع الثاني: عقد الكفالة.....
202	الفرع الثالث: إعداد الفرائض.....
206	الفرع الرابع: الوصية.....
210	الفرع الخامس: عقد الهبة.....
218	الفرع السادس: عقد الوقف (الحبس).....
223	المبحث الثاني: العقود المستجدة في مجال التوثيق.....
223	المطلب الأول: عقود الترقية العقارية في ثوبها الجديد.....
227	الفرع الأول: عقد البيع على التصاميم.....
228	الفرع الثاني: عقد حفظ الحق.....
231	الفرع الثالث: عقد نظام الملكية المشتركة.....
232	الفرع الرابع: عقد بيع بالايجار.....
234	المطلب الثاني: عقود التمويل في إطار الصيرفة الإسلامية.....
235	الفرع الأول: عمليات الصيرفة الإسلامية وفقا لنظام بنك الجزائر.....
243	الفرع الثاني: ضرورة التوسع في صيغ التمويل الإسلامي في البنوك الجزائرية.....

248	الفصل الثاني: نفاذ المحررات التوثيقية وحفظها ضمن الأرشيف
249	المبحث الأول: نفاذ المحررات التوثيقية
249	المطلب الأول: القوة التنفيذية للمحررات التوثيقية
249	الفرع الأول: مضمون القوة التنفيذية للمحرر التوثيقي
253	الفرع الثاني: دور القضاء في تجلية الغموض بشأن تنفيذ العقود الموثقة في دولة أجنبية
255	المطلب الثاني: إجراءات التنفيذ المرتبطة بالمحررات التوثيقية
255	الفرع الأول: طرق تنفيذ المحرر التوثيقي
261	الفرع الثاني: ضرورة مراجعة الإجراءات المرتبطة ببعض البيوع العقارية الخاصة
272	المبحث الثاني: حفظ المحررات التوثيقية
273	المطلب الأول: طريقة حفظ المحررات التوثيقية
273	الفرع الأول: مضمون إجراء حفظ الوثائق
277	الفرع الثاني: ضرورة اللجوء إلى التوثيق الإلكتروني
283	المطلب الثاني: كيفية تسيير الأرشيف التوثيقي
283	الفرع الأول: مضمون عملية تسيير الأرشيف التوثيقي وبيان أنواعه
286	الفرع الثاني: الإجراءات الواجب اتخاذها لصيانة التراث الوثائقي وحمايته
289	الخاتمة
301	قائمة المصادر والمراجع
324	الفهرس

## ملخص المذكرة: الإطار القانوني للمحرر التوثيقي: دراسة وفق المستجدات التشريعية والقضائية الجزائرية

يندرج موضوع هذا البحث الخاص بأطروحة الدكتوراه في إطار دراسة المراحل التي يتعين مراعاتها للقول بصحة المحرر التوثيقي من الناحية القانونية، وكذا المقررات الصادرة عن الجهات القضائية بهدف ضمان الأمن القانوني لهذا المحرر وتحقيق التطور القضائي بشأن المعاملات التي يبرمها الموثقون. يعرف المحرر التوثيقي بأنه وثيقة رسمية محررة من قبل الموثق لفائدة زبائنه، ويتميز عن المحرر العرفي الذي يتم توقيعه حصريا من قبل الأطراف المتعاقدة، وبهذا يضمن الموثق على المحرر الطابع الرسمي باعتباره ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، على أن القانون يعهد للموثق إتمام الشكلية الجبائية المرتبطة بالتسجيل وكذا دفع الرسوم المتعلقة بالشهر العقاري، كما يقع على عاتقه أيضا حفظ الأرشيف للرجوع إليه عند الإقتضاء. وختاماً يمكن القول أن التقدم التكنولوجي يتيح حالياً استعمال منصة رقمية لحفظ كل المعلومات وذلك بإدراج التوقيعات الالكترونية في المعاملات التي يجريها الموثق بهدف إضفاء أكثر حركية على منظومة التوثيق.

الكلمات المفتاحية: محرر توثيقي، قانون، شهر، تسجيل، حفظ الأرشيف، الرسمية.

### **Résumé : Le cadre juridique de l'acte notarial: Etude selon les nouveautés législatives et jurisprudentielles algériennes.**

Le sujet de cette thèse de doctorat s'insère dans le cadre de l'étude des étapes à respecter pour la finalisation d'un acte notarié en matière juridique, et les décisions émanant des juridictions afin d'assurer la sécurité juridique pour cet acte et concrétiser l'évolution jurisprudentielle quant aux transactions conclues par les notaires. L'acte notarié est un document authentique instrumenté par un notaire au profit de ses clients, il se différencie de l'acte sous seing privé signé exclusivement par les parties contractantes, donc le notaire octroie à l'acte un caractère d'authenticité puisqu'il est un officier public mandaté par l'autorité publique, la loi confie principalement au notaire d'accomplir la formalité fiscale relative à l'enregistrement ainsi que le paiement de la taxe de publicité foncière, il est chargé également de conserver les archives pour y avoir recours en cas de besoin. Enfin, on peut dire que le progrès technologique permet désormais d'utiliser une plate-forme numérique qui sauvegarde toutes les informations en intégrant des signatures électroniques aux transactions réalisées par les notaires afin de dynamiser le processus notarial.

**Mots clés :** Acte notarié, Loi, publicité, enregistrement, conservation des archives notariales, authenticité.

### **Summary : the legal framework of the notarial act: Study according to Algerian legislative and jurisprudential innovations.**

The subject of this thesis of doctorate inserts within the framework of the study of the stages which we must respect in order to the finalize a notarial act in legal matters, and the decisions emanating of the jurisdictions in order to ensure the legal safety for this act and to concretize the jurisprudential evolution as for the transactions concluded by the notaries. The notarial act is an authentic document instrumented by a notary for the benefit of his customers, it's different from private deed signed exclusively by the contracting parts, therefore the notary grants the act a character of authenticity because he is a public officer delegated by the public authority, the law entrusts mainly to the notary to carry out the fiscal formality relating to the registration as well as the payment of the tax attached to land publicity, he is also charged to preserve the archives for use if needed. At last, we can say that technological progress permits it now possible to use a numerical platform that saves all information by integrating electronic signatures into the transactions realized by the notaries in order to instigate the notarial process.

**Key words :** Notarial act, law, notary, publicity, registration, conservation of the archives, authenticity.