

إثبات الملكية العقارية الخاصة بالعقود العرفية

بوقرة العمرية¹

الملخص:

رغم تحديد المشرع الجزائري لوسائل الإثبات في المسائل المتعلقة بالعقار وحده من حرية المالك في اختيار الدليل الذي يثبت به ملكيته العقارية الخاصة، واعتماده على سند وحيد لإثباتها في المناطق المسوَّحة، إلا أن عدم اكتمال عمليات المسح العقاري ووجود العديد من المناطق غير المسوَّحة، فإن الإثبات بالعقد العرفي الثابت التاريخ قبل سنة 1971 جائز وصحيح، لأنه في هذه الحالة سند له حجية قوية في الإثبات خاصة إذا توافرت الشروط المطلوبة لصحته (السند المثبت).

الكلمات المفتاحية: الملكية العقارية- الإثبات- العقود العرفية.

Résumé:

Bien que le législateur algérien a déterminé les moyens de preuve en matière immobilière, en limitant la liberté du propriétaire de choisir la preuve de sa propriété immobilière privée, et en adoptant un seul moyen de preuve pour les zones cadastrées, néanmoins l'inachèvement des opérations du cadastre immobilier, ainsi que l'existence de beaucoup de zones immobilières non cadastrées, cela fait que la preuve par actes sous seings privés ayant dates certaines avant l'année 1971 est toujours valable et acceptable, car dans ce cas là, ils sont considérés comme des titres obtenant force probante si les conditions de leur validité sont réunies.

les mots clés: la propriété immobilière-les actes sous seings privé- les moyens de preuve.

مقدمة:

إن الملكية العقارية الخاصة هي حق عيني يشتمل على أوسع السلطات التي يمكن أن تكون للشخص على عقاره تمنحه سيطرة قانونية كاملة عليه، وذلك بمراعاة القوانين التي تدير وتحكم هذا النوع من أنواع الملكية الذي تداولت عليه ترسانة من النصوص المتعددة نظرا للفترات التي مرت بها الجزائر، والتي تميزت في بداياتها بالشكل العرفي تكريسها لمبدأ الرضائية الذي كان يسود ويطبّع المعاملات العقارية، فلم تكن الكتابة الرسمية شرطا لنقل الملكية العقارية الخاصة وإثباتها، بل تكفي فيها الكتابة العرفية كدليل إثبات إذا توافرت شروطها.

إلا أن التغيرات الاقتصادية والسياسية التي عرفت الجزائر منذ الاستقلال وانفتاحها على اقتصاد السوق قد أثّر على الملكية العقارية الخاصة، وذلك يتبنى المشرع لنظام الشهر العيني ويتحديه لطرق الإثبات في المسائل المتعلقة بالعقار والذي حد من حرية المالك في اختيار الدليل الذي يثبت به ملكيته بشرط توافر الرسمية والشهر العقاري في المناطق الممسوحة، أما باقي المناطق التي لم تشملها بعد عمليات المسح العقاري فالإثبات بالعقود العرفية لا زال ساري المفعول والإشكالية المطروحة هي كالتالي: كيف يثبت العقد العرفي الملكية العقارية الخاصة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية اتبعت الخطة التالية وذلك بتناولي في المبحث الأول مفهوم العقد العرفي في مطلبين وهما تعريف العقد العرفي أولا وشروطه في المطلب الثاني أما في المبحث الثاني فتعرضت إلى تنظيم العقود العرفية وذلك بالتعرض لمراحل تطورها وتنظيمها في المطلب الأول وفي مطلب ثاني إلى موقف القضاء من العقد العرفي قبل صدور القرار الشهير في 18/02/1997 وبعد صدوره وفي المبحث الثالث تناولت حجية العقد العرفي بالنسبة لطرفيه في المطلب الأول وفي المطلب الثاني حجيته بالنسبة للغير.

المبحث الأول: مفهوم العقد العرفي.

لجأ الأفراد إلى العقد العرفي في أغلب تصرفاتهم عوضا عن العقد التوثيقي أثناء فترة الاحتلال الفرنسي، واستمر العمل به بعد الاستقلال ورغم منعه بصدور قانون

التوثيق 70-91⁽²⁾، المؤرخ في 15/12/1970 في مادته 12 بقي المواطن يلجأ إلى هذا العقد في معاملاته العقارية، وبتبني المشرع الجزائري لنظام المسح العيني وتوحيده لسندات الإثبات العقارية في سند وحيد وهو الدفتر العقاري، لم يبالي المواطن وبقي يحضر العقود المتعلقة بالعقار في شكل عرفي، فما هو هذا العقد المحرم قانونيا والمحجب اجتماعيا من طرف الأفراد؟

المطلب الأول: تعريف العقد العرفي.

لم يضع القانون الجزائري تعريفا محدد للعقد العرفي رغم تداوله ووجوده بين أفراد المجتمع منذ القدم، إلا أن القانون اشترط شروطا عامة لقبول العقد العرفي كدليل إثبات بصفة عامة وأخرى خاصة متى تعلق الأمر بإثبات الملكية العقارية الخاصة، لذا سأورد التعريفات الفقهية المتعددة له.

العقد العرفي هو سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون دون تدخل الموظف العام، وما أكثر هذا النوع بين أفراد المجتمع، لكونه الوسيلة السهلة والسريعة نظرا لنقص التكاليف والأعباء من رسوم وضرائب باهظة⁽³⁾.

وفي تعريف آخر العقود العرفية هي تلك السندات التي يحررها أصحاب الشأن بغير أن يتدخل موظف عام في تحريرها وهي إما أن يكون الغرض منها تهيئة دليل إثبات على التصرف بمناسبة إنشائه ومن ثم فهي تحمل توقيع من يراد الاحتجاج بها عليه، وتعد دليلا كاملا على تحمل توقيعه ما دام لا ينكر ما هو منسوب إليه من توقيع وإما لا يقصد من تحريرها أن تكون دليل إثبات وهو ما يفسر عدم توقيعها من أصحاب الشأن منها الدفاتر التجارية والأوراق المنزلية ورغم أنها لا ترقى إلى مستوى الدليل الكامل إلا أن القانون لم يجردها من كل قوتها في الإثبات⁽⁴⁾.

كما عرف أيضا بأنه العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه⁽⁵⁾، وعرف بأنه سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون دون تدخل الموظف العام⁽⁶⁾.

وتعرف الطالبة العقد العرفي بأنه عقد تتجه فيه إرادة طرفيه رضائيا إلى إحداث أثر قانوني متعلق بالعقار والحقوق العينية العقارية، يعدانه مكتوبا ويوقعانه وحدهما بحضور شاهدين، وبمراعاة تدوين بيانات ضرورية في غنى عن إعدادها وترتيبها

في قالب شكلي رسمي من طرف الموثق أو شهرها من قبل المحافظ العقاري وذلك للتخلص من الأتعاب والتهرب من الجباية العقارية .

المطلب الثاني: شروط صحة العقد العرفي

يشترط في المحرر العرفي شرطان لكي يكون دليلا كاملا، وهما الكتابة والتوقيع وذلك استنادا لنص المادة 327 من القانون المدني " يعتبر العقد العرفي صادر من كتيبه أو وقعه أو وضع بصمة أصبعه عليه ما لم ينكر ما هو منسوب إليه، أما ورثته فيكفي أن يحلفوا يميناً أنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق⁽⁷⁾ .

وهذا يدل على أن العقد العرفي لا يتطلب شكلا معينا لإعداده ما عدا كتابته وتوقيعه بغض النظر عن الشخص الذي يتولى كتابته أو الطريقة التي يحرر بها سواء باليد أو الآلة الراقنة أو آلة طباعة، وأن الكلمات التي يكتب بها بين السطور لا تكون باطلة وإنما جل هذه المسائل تخضع في تقدير قيمتها للسلطة التقديرية للقاضي⁽⁸⁾ . وبالتالي فالعقد العرفي يمكن أن يكون على الورق كما يمكن أن يكون إلكترونيا، أي عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة⁽⁹⁾ ، أو عبر شبكة الانترنت والتي سمح بها المشرع الجزائري عن طريق استحداث نص المادة 323 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

أما بخصوص اللغة فقد يكون العقد العرفي مكتوبا باللغة العربية أو بلغة أجنبية وإذا كان مكتوبا بلغة أجنبية وكان محل نزاع فلا بد من ترجمته رسميا للغة العربية وذلك ما نصت عنه المادة الثامنة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية⁽¹⁰⁾ ، فقرة الثانية " يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية، أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول" ووفق مضمونها فكل ما تقدم للقضاء لا بد أن يكون مكتوبا باللغة العربية أو مصحوبا بترجمة رسمية.

أما بخصوص التاريخ فهو ليس مشروطا في الورقة العرفية، إلا أن أهميته العملية تجعل منه إلزاميا، خاصة في تحديد الزمن الذي نشأ فيه التصرف القانوني فلكي

تكتمل حجية العقد العرفي اتجاه الغير ولكي يرتب آثاره لا بد من أن يكون تاريخ ثابت⁽¹¹⁾، طبقا لنص المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

كما أنه بالإضافة إلى الكتابة لا بد من التوقيع الذي يعبر عن رضا الموقع بمضمون العقد، لأن بعضا من الفقهاء اعتبره روح المحرر العرفي⁽¹²⁾، وقد يكون هذا التوقيع بالإمضاء أو البصمة، أما بالختم فلم ينص عليه المشرع الجزائري لإمكانية ضياعه وحيازته من طرف الغير، وحسن ما فعل المشرع بعدم النص عليه، وكذلك يعتد بالتوقيع الإلكتروني في الورقة العرفية طبقا لنص المادة 327 من القانون المدني وهذا فيما يخص العقود العرفية بصفة عامة، أما من المعمول به في التشريعات المقارنة التي تعترف بالإثبات بالكتابة الإلكترونية أنها تستبعد من مجال تطبيقها التصرفات الناقلة للملكية العقار⁽¹³⁾، أما في التشريع الجزائري حاليا فالعقد المتعلق بالعقار يكون توثيقيا وليس الكترونيا.

المبحث الثاني: تنظيم العقود العرفية

لعبت العقود العرفية دورا أساسيا في إثبات الملكية العقارية الخاصة باعتبارها اللبنة الأولى في تنظيمها عبر المراحل التاريخية التي مرت بها الجزائر، حتى وصلت في نهاية المطاف إلى إلغاء العمل بها في مجال العقارات ما عدا ما هو مسموح به قانونيا . لذا قسمت هذا المبحث إلى مطلبين فتعرضت في المطلب الأول إلى مراحل تنظيم العقود العرفية وفي المطلب الثاني إلى موقف القضاء من العقد العرفي قبل صدور القرار الشهير 1997/02/18 وبعد صدوره.

المطلب الأول: مراحل تنظيم العقود العرفية

سأطرق إلى المراحل التي مرت بها العقود العرفية بدءا بمرحلة العهد العثماني ثم تليها فترة الاحتلال الفرنسي وفي الأخير فترة الاستقلال الوطني، وقد قصدت من وراء هذه الدراسة معرفة العقود العرفية الصحيحة والمقبولة في إثبات الملكية العقارية الخاصة .

أولا: العقود العرفية في فترة العهد العثماني

في هذه الحقبة كانت الجزائر تحت الهيمنة العثمانية وظلت أحكام الشريعة الإسلامية هي الأكثر تطبيقاً، وفي مجال الإثبات فإمكانية إثبات أي اتفاق بواسطة شهادة الشهود مقبول في كل المواد مهما كانت طبيعة وأهمية المصالح المعروفة، أي أن شهادة الشهود هي الوسيلة العادية للإثبات⁽¹⁴⁾.

ومنه فإن العقارات في هذه الفترة كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العرفية وبالتالي فالإثبات بالعقود العرفية مقبول في هذا العهد من تاريخ الجزائر.

ثانياً: العقود العرفية في فترة الاحتلال الفرنسي

في فترة الاحتلال الفرنسي كانت العقارات التي يملكها الجزائريون تخضع للقواعد العرفية ولأحكام الشريعة الإسلامية ضمن ما يسمى بالمحاكم الشرعية⁽¹⁵⁾، والتي كانت تعمل بطريقة تقليدية دون مراعاة لأية ضوابط فنية أو قواعد قانونية محددة، ولم تكون العقود الصادرة عنها خاضعة للإشهار العقاري وقد انتهى دور هذه الجهات بالمرسوم رقم 261-63 المؤرخ في 22/07/1963 والذي أنهى دورها كجهات حكم وأبقى على صلاحيتها كجهات توثيق، وقد تمخض عن هذه المحاكم الشرعية أعمال وعقود عرفية لم تكن تعترف بها السلطات الاستعمارية كعقود رسمية، لأنها لا تخضع للقوانين الرسمية للدولة الفرنسية. أما العقارات الفرنسية فكان يتم اكتسابها بموجب عقود رسمية مشهرة حتى لو انتقلت ملكيتها فيما بعد إلى الجزائريين أما العقود العرفية فقد كانت تسجل لدى محافظة الرهون العقارية⁽¹⁶⁾.

وفي الأخير أرى أن الفترة الاستعمارية تميزت بغموض وانعدام لسندات الملكية العقارية الخاصة، فهناك عقارات بدون سندات وعقارات ثابتة ملكيتها تابعة للأوربيين وعقارات ثابتة بسند عرفي للجزائريين، هذه الفوضى العقارية من نتاج المستعمر الذي كان هدفه الاستحواذ وليس التنظيم والتطهير.

ثالثاً: العقود العرفية في فترة الاستقلال الوطني.

إن النقلة النوعية للمشروع الجزائري من الرضائية إلى الرسمية⁽¹⁷⁾، بمقتضى المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهمة التوثيق والتي اشترطت في السندات المثبتة للملكية العقارية الخاصة الشكل الرسمي، ومن ثم فقد اشترط المشروع الجزائري في السندات المثبتة لنقل الملكية العقارية الخاصة الطابع الرسمي، مع

إشهار العقد المثبت لها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقارية المختصة
كإجراء شكلي غير مباشر في العديد من نصوص القانون المدني وقانون التوثيق
والتشريعات العقارية ، لكن وعلى الرغم من صراحة النصوص ظلت المحكمة العليا
متجاهلة هذه القوانين ومؤكدة على صحة العقود العرفية مرتبة عليها آثار العقد الرسمي.
وقد ظلت المادة 12 من قانون التوثيق محل جدل بين اجتهاد المحكمة العليا
بتطبيقها واستبعادها إلى غاية صدور قرار الغرف المجتمعة الصادر في 18/02/1997 وفي
خضم هذا الجدل الذي خلق العديد من النزاعات أما القضاء، وبعد انتقال المشرع
الجزائري من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني المستحدث بموجب الأمر 75-
74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس
السجل العقاري والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أسسه شهر الممتلكات
العقارية، هذا الوضع أدى بالسلطة التنفيذية للتدخل من أجل تصحيح العقود
العرفية شرط أن تكون ذات تاريخ ثابت حسب إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة
328 من القانون المدني.

لذا سأقسم هذه التصحيحات حسب الترتيب الزمني لها:

أ- مرحلة ما قبل أول يناير 1971 وهو تاريخ تطبيق الأمر 70/91 المؤرخ في 15/12/1971 المتضمن مهنة التوثيق.

1 تصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01 مارس 1961 (تعديل
المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس
السجل العقاري بموجب المرسوم 80-210 المؤرخ في 13/09/1980 .

تدخل المشرع بواسطة المادة 03 من المرسوم 80/210 الذي عدل المرسوم 76-
63 والذي صحح العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01/03/1961⁽¹⁸⁾ ، بحيث تم إعفاء
صراحة حاملي هذه العقود من الإجراءات الأولية الخاصة بشهر الحقوق العينية العقارية
أو ما يعرف بقاعدة الشهر المسبق، بشرط تثبيت هذه العقود العرفية بعد تقديم
الأطراف شهادة من البلدية أن العقار لا يدخل ضمن صندوق الثورة الزراعية أو في
الاحتياطات العقارية تمهيدا لشهرها في المحافظات العقارية⁽¹⁹⁾ .

كما يجدر التنبيه إلى القانون 07-02⁽²⁰⁾، المؤرخ في 27 / 02 / 2007 المتضمن تأسيس إجراء المعاينة لحق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، يشمل هذا الإجراء العقارات التي لا يحوز أصحابها سندات ملكية قبل أول مارس 1961 ويمكنهم بعد إجراء المسح الاختياري الحصول على دفتر عقاري. أما باقي العقود العرفية الصادرة بعد 01 مارس 1961 فما على الأطراف إلا التوجه للقضاء لإثبات صحة هذه العقود عن طريق أحكام قضائية توجه للشهر العقاري بالمحافظة العقارية تكون كقاعدة أولية لضبط البطاقة العقارية للعقار أو الحق العيني العقاري الثابت التاريخ.

2 تصحيح العقود العرفية بمقتضى المرسوم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، الذي تم بموجبه تمديد فترة 01 / 03 / 1961 إلى الأول من شهر جانفي 1971 تاريخ سريان قانون التوثيق القديم ومنه اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 01 / 01 / 1971 صيغتها الرسمية دون اللجوء إلى الجهات القضائية بغرض إثباتها كما كان الشأن سابقا، إذ يمكن اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع يتم شهره في المحافظة العقارية المختصة، يكتفي فيه الموثق بذكر التعيين الدقيق للعقار وكل الأشخاص المذكورين في العقد العرفي والشهود مع إعفائه من ذكر أصل الملكية ولعل مبرر تطبيق هذا الاستثناء هو مسألة اختيارية عملية الشهر بالنسبة للأطراف .

أما التصرفات الواقعة بين 1964 و 1971 فيلزم أطراف العقد العرفي تقديم الرخصة الإدارية المسلمة لهم من طرف الوالي تطبيقا للمرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20 / 01 / 1974 المتعلق بحرية المعاملات⁽²¹⁾.

أما العقود العرفية غير الثابتة التاريخ فقد أكدت المذكرة رقم 1251 الصادرة عن مديرية أملاك الدولة الوطنية بتاريخ 29 / 03 / 1994 بأنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق الجهات القضائية المختصة⁽²²⁾.

3 التصحيح الثالث للسلطة التنفيذية والذي جاء بعد صدور قانون التوثيق 70-91 يتمثل في المنشور الرئاسي المؤرخ في 30 / 06 / 1976

ومضمونه تصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 05/03/1974 بتاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية⁽²³⁾، المتعلقة بالبيع التي أبرمت قبل نشر هذا الأمر الخاص بالاحتياطات العقارية وصدر أحكام بإيداع تلك العقود لدى الموثق لصياغته في شكل رسمي ثم شهرها، إلا أن هذا المنشور الرئاسي لم يلق صدًى لأنه تجاهل الأمر 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتعلق بالتوثيق والذي يوجب لصحة المعاملة إفراغها في قالب رسمي ودفع الثمن بيد الموثق تحت طائلة البطلان، كما أنه يحدد مدة تصحيح البيع العرفية ومن ثم فتح الباب للتهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق.

ب- مرحلة ما بعد أول يناير 1971:

طبقا لنص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق السابق فإن كافة العقود العرفية ولو كانت ثابتة التاريخ بعد 01/01/1971 هي باطلة بطلانا مطلقا وليس لها أية حجية في إثبات الحقوق والمعاملات العقارية ولا تكون قابلة للإشهار العقاري ولا يمكن الاحتجاج بها أمام القضاء، وللقاضي إثارتها من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة كانت عليها الدعوى على أساس أن الرسمية شرط جوهري وأساسي في جميع المعاملات العقارية وهي ركن فيه وأن جميع العقود الرسمية إدارية كانت أو توثيقية والأحكام والقرارات القضائية أيا كان مصدرها، والمتعلقة بالحقوق العقارية والصادرة بعد أول يناير 1971 تخضع إلزاميا لقاعدة الإشهار العقاري كما تخضع لقاعدة الأثر النسبي.

المطلب الثاني: موقف القضاء قبل صدور القرار الشهري في 18/02/1997 وبعد صدوره.

لقد اشتد الخلاف قدحا من الزمن في صحة المعاملات العقارية العرفية بعد صدور قانون التوثيق، وسمح بتضارب فريقين في الاجتهاد القضائي حول تطبيق نص قانوني، إلى غاية صدور القرار الشهري الذي عزز تطبيق لقانون أولاً: قبل صدور القرار في 18/02/1997.

لقد ظلت المحكمة العليا فترة من الزمن تعطي للعقود العرفية المنصبة على الأملاك العقارية قوة ملزمة شأنها شأن العقود الرسمية رغم وضوح وصراحة النصوص القانونية منها المادتين 324 مكررا من القانون المدني والمادة 793 من القانون المدني والمادة 12 من الأمر 91-70 إلا أن قضاة المحكمة العليا لم يتفقوا فيما بينهم لاسيما قضاة الغرفة التجارية والبحرية مع قضاة الغرفة المدنية وهذا ما جاء في القرار رقم 108108 المؤرخ في 05/05/1995 الصادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا "إحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سلميا وأنه لا يمكن للمدين الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر رقم 91-70 المؤرخ في 15/12/1970 التي جاءت لصالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط"⁽²⁴⁾.

ومن أهم مبررات هذا الاتجاه مسيطرة الواقع الاجتماعي الذي فرضته قوانين التقييد والمنع على عقارات الملكية الخاصة الفلاحية والحضرية على السواء، وأيضا انعدام السندات خاصة في المناطق الداخلية بسبب اغتصاب أراضي الجزائريين من طرف المستعمر، وأيضا لعدم اقتناع القضاة بفكرة الرسمية في المعاملات العقارية.

وأن أرى أن هذا الاتجاه المسير للواقع الاجتماعي أخلط أوراق العقاروزاد من الفوضى في الملكية العقارية الخاصة وإثباتها وفوت على الخزينة العمومية مبالغ هائلة، وأن هذا التصحيح للعقود العرفية بعد 01/01/1971 هو اجتهاد مع وجود نص قانوني، وأن القاعدة لاجتهاد مع وجود نص.

ثانيا: بعد صدور القرار 18/02/1997.

سايرت المحكمة العليا الواقع الاجتماعي في الأخذ بالعقد العرفي الثابت التاريخ إلى غاية صدور القرار الشهير في 18/02/1997 تحت رقم 165136 والذي بين أن المحكمة العليا قد عدلت قراراتها وموقفها بشأن صحة العقود العرفية المبرمة بعد 01/01/1971، وأن أي عقد مبرم بعد هذا التاريخ هو في حكم القانون باطل بطلانا مطلقا وذلك تطبيقا للمادة 12 من الأمر 91-70 والمادة 324 مكررا من القانون المدني ونص المادة 793 من القانون المدني ونص المادة 29 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري، ومن ثم فإن توحيد الاجتهاد القضائي في نقطة هامة يعتبر خطوة هامة في الميدان النظري والتطبيقي في مجال الملكية العقارية الخاصة.

لمبحث الثالث: حجية العقود العرفية.

القانون لم يحدد أي شكلية لإبرام العقد العرفي وأن أساس صحة هذا النوع من العقود يتمثل في مضمون العقد وتوقيعات الأطراف، وفي بعض الأحيان بتوقيعات الشهود والخط، وأن يكون له تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج به بالنسبة للغير، ومن ثم نميز بين حجية العقد العرفي بين أطرافه وبحجيته بالنسبة للغير، وهذا ما سأتناوله في:

المطلب الأول: حجية العقد العرفي بين أطرافه.

بالنسبة لأطراف العقد يعتبر العقد صحيحا ويكون حجة عليهم ما لم ينكروا صراحة ما هو منسوب إليهم من خط أو إمضاء، وأن مجرد سكوتهم يعد إقرار بصحة العقد أو الورقة العرفية، غير أن الإقرار الصريح أو الضمني للعقد العرفي، لا يؤثر بأي حال في أوجه الدفوع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن أقر بالورقة العرفية أن يتمسك بها، مثل بطلان العقد لعدم إتباع الرسمية أو الشكلية التي تعد ركنا رابعا من أركان العقد المتعلق بنقل الحقوق العينية العقارية في العديد من التشريعات الدولية .

ومنه فالسند العرفي يكفي فيه إنكار الخط أو التوقيع من طرف المدين ليسقط حجيته⁽²⁵⁾ وفقا لنص المادة 327 من القانون المدني السالفة الذكر، وهذا يعني أن الورقة العرفية تسقط حجيتهما بإنكار الخط أو التوقيع من حيث صحة المورد فيه ومن ناحية التاريخ فيكون حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا.

وتجدر الإشارة إلى أن تاريخ العقد العرفي يعتبر حجة فيما بين المتعاقدين حتى يثبت العكس شأنه من هذا الوجه شأن سائر ما يدون في هذا العقد من بيانات ويتعين على من يريد تحصيل الدليل العكسي في هذه الحالة، أن يلتزم بأحكام القواعد العامة في ذلك ومؤدى هذا وجوب تقديم الدليل الكتابي، إذ لا يجوز نقض أو إبطال الثابت كتابة إلا بالكتابة.

المطلب الثاني: حجية العقد العرفي بالنسبة للغير.

أما بالنسبة للغير فلا يكون للعقد العرفي حجية إلا إذا كان موقعا من طرف أطراف العقد، وأن يكون له تاريخ ثابت وهو ما نصت عليه المادة 328 من القانون المدني التي تقضي بأنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، فالأصل في الورقة العرفية أن تكون حجة قبل الكافة فيما عدا التاريخ فلا تكون له

حجته بالنسبة للغير إلا أن يكون ثابتا، وقد قصد من هذا الاستثناء حماية الغير من خطر تقديم التاريخ في العقود العرفية ويترتب على ذلك أن المادة 328 من القانون المدني لا تطبق في هذه الحالات :

1 إذا كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة كالنصوص المتعلقة بالتسجيل والشهر.

2 إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقتها مع الواقع .

3 لا تطبق أيضا على من يكون بشخصه أو بنائيه طرفا في العقد العرفي، لأنه لا يعتبر من الغير، ولا يطبق على من يخلفه عن طريق الميراث أو الوصية ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوي مدينهم - الدعوى غير المباشرة - إذ ليس لهؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين .

ولا بد من العودة إلى المادة 328 من القانون المدني "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء:

- من يوم تسجيله.
 - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
 - من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
 - من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء .
- غير أنه للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

إن هذه المادة ميزت الحالات التي يكون فيها العقد العرفي مقبولا كوسيلة لإثبات الملكية العقارية الخاصة.

الخاتمة:

لقد فرض المشرع الشكلية الرسمية في جميع التصرفات الناقلة للملكية العقارية الخاصة بموجب المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15/12/1971 المتضمن قانون التوثيق القديم هذا الأمر كان مناقضا مع الواقع فلم يجد له مجالا للتطبيق، واستمر المواطن الجزائري في إبرام معاملاته العقارية بالشكل العرفي وكان القضاء لفصله

في صحة المعاملات العقارية العرفية مترددا بين تطبيق القانون أو مسابقة الواقع الاجتماعي فأعطى للمادة 12 من قانون التوثيق تفسيرات مختلفة كاعتبارها شكلية انعقاد أو شكلية إثبات أو شكلية مقررة لتحصيل الضرائب أو شكلية لانتقال الملكية العقارية إلى غاية حسمه للتناقض في القرار الشهير الصادر في 18/02/1997 واعتبر الشكلية المنصوص عنها هي شكلية انعقاد كركن رابع يترتب عنها بطلان التصرف المتعلق بالعقار باطلا بطلانا مطلقا ما عدا ما كان منجزا قبل تاريخ 1971.

وهذا يدل على صحة إثبات الملكية العقارية الخاصة بالسندات العرفية وفقا لما يسمح به التشريع فتكون لهذه العقود العرفية المصادقية والصحة القانونية، وهي مقبولة في الإثبات ولكن بالنظر إلى:

- العقد العرفي يحمل تاريخا ثابتا أم لا .
 - الزمن الذي حرر فيه العقد العرفي، ففي كل مرحلة زمنية قد يكون للعقد العرفي حجية مطلقة قوية أو يكون مجرد دليل للإثبات أو لا يعتبر كدليل إثبات بتاتا.
 - نوع العقار الذي يدور حوله العقد العرفي لمعرفة الضوابط القانونية .
 - المنطقة الواقع بها العقار في ممسوحة أم لا .
- أي للتأكد من صحة العقد العرفي لا بد من التحقيق في شكله وزمنه ومصدره ونوع العقار الذي يحتويه مع تبيان المنطقة الواقع بها لتحديد صحته من بطلانه، وقد قمت بترتيب العقود العرفية زمنيا لتقدير حجيتها وهي:
- 1 العقود العقارية العرفية في فترة العهد العثماني هي عقود صحيحة ولها قوة ثبوت مطلقة.
 - 2 العقود العقارية العرفية في فترة الاحتلال الفرنسي هي عقود مسجلة في مصلحة حفظ الرهون العقارية، ورغم أنها لا تعكس التعرف المادي والقانون الحالي إلا أنها تعتبر دليلا للملكية العقارية الخاصة ولها قوة ثبوت مطلقة أي لها قوة ثبوتية تنفيذية أمام القضاء وحجية في مواجهة الغير.
 - 3 العقود العقارية العرفية الثابتة التاريخ المبرمة قبل 01/03/1961 تصحح عن طريق تقديم الأطراف إشهاد من البلدية يثبت أن العقار لا

يدخل ضمن صندوق الثورة الزراعية أو في الاحتياطات العقارية وتثبت هذه العقود بأحكام قضائية تودع وتشهر بالمحافظة العقارية وبالتالي لها قوة ثبوت مطلقة إذا ما صححت بطريقة قانونية.

4 إن العقود العرفية الثابتة التاريخ المبرمة قبل 1 مارس 1961 جعل لها المشرع آلية ثانية لإعطاء وصف قانوني رسمي عن طريق القانون 07-02 المتعلق بتأسيس إجراء من أجل معاينة حق الملكية العقارية الخاصة عن طريق تحقيق عقاري بتسليم الحائزين لها سندات ملكية عن طريق التحقيق العقاري ومن ثم يكون لها حجية مطلقة.

5 العقود العرفية العقارية الثابتة التاريخ المبرمة قبل 01/01/1971 تصحح وتكتسب صيغتها الرسمية دون اللجوء إلى الجهات القضائية لإثبات صحتها وإنما يكتفي فيها صاحب العقد العرفي بتحريرها لدى الموثق عن طريق عقد موثق، ويقبل الإيداع ويشهر بالمحافظة العقارية المختصة وبالتالي له قوة ثبوت مطلقة وكامل الحجية في إثبات المعاملات والحقوق العينية العقارية .

6 العقود العرفية الثابتة التاريخ المبرمة قبل 05/03/1974 تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية هذا المنشور هو مناقض للأمر 70-91 المتعلق بالتوثيق والذي يوجب الكتابة الرسمية وتحت طائلة البطلان المطلق في جميع المعاملات العقارية، وبالتالي لم يطبق نظرا لعدم رجعية القوانين وبالتالي هذه العقود العرفية لا تقبل كدليل إثبات للملكية العقارية الخاصة مع صحة ما كان قد صحح بحكم قضائي.

7 لا تشكل العقود العرفية المحررة أو الثابتة التاريخ بعد أول يناير 1971 سندات إثبات وليس لها أية حجية لإثبات الحقوق والمعاملات العقارية ولا تكون قابلة للإشهار العقاري.

8 العقود العرفية غير الثابتة التاريخ الطريق الوحيد لإثبات حجيتهما هو القضاء وبالتالي ففوة إثباتها ضئيلة.

- 9 العقود العرفية في المناطق غير المسووحة يعتد بها لإثبات الملكية العقارية الخاصة بشرط تحريرها قبل 1971 وكذلك يعتمد عليها لإثبات المدة القانونية للحيازة .
- 10 العقود العرفية في المناطق المسووحة ليست لها أية حجية قانونية، فالدفتر العقاري هو الوحيد المثبت للملكية العقارية الخاصة بعد اكتمال عمليات المسح العقاري .

الهوامش:

- ¹ أستاذ مساعد "أ"، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة.
- (2) - الأمر 70- 91 المؤرخ في 15 / 12 / 1970 المتضمن قانون التوثيق، الجريدة الرسمية، عدد 78 سنة 1970 المعدل بالقانون 88- 27 المؤرخ في 12 / 07 / 1988 المتضمن مهنة التوثيق.
- (3) - سعداوي عبد الحميد ، مقال بعنوان العقد العرفي الثابت التاريخ، مجلة الموثق، العدد 08، 2003، ص 23.
- (4) - سعد نبيل إبراهيم وهمام محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 126.
- (5) - علي فيلاي ، الالتزامات، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر، ط2، الجزائر، سنة 2005، ص 283.
- (6) - يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1988، ص 126.
- (7) - الأمر 75 - 58 المؤرخ في 26 / 09 / 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78 سنة 1975 بالقانون 05 - 10 المؤرخ في 20 / 06 / 2005.
- (8) - فيصل سعد الغريب، التوقيع الإلكتروني ودوره في الإثبات، المنظمة العربية للتنمية، بحوث ودراسات، القاهرة، 2005، ص 94 .
- (9) - رحامية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 18.
- (10) - القانون 08- 09 المؤرخ في 23 / 02 / 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية، ع 21 سنة 2008.
- (11) - علاوة بوتغرار، مقال بعنوان اكتساب السند لتاريخ ثابت بين نص المادة 328 من القانون المدني والمادة 89 من المرسوم 76- 63 المعدل والمتمم، مجلة الموثق، العدد 8 ، 2003، ص 11.
- (12) - محمودي عبد العزيز، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغداداي ، الجزائر، 2009، ص 146.
- (13) - TERRE - antonmatte (poul - henri) et raynard (jacques) droit civil, contrats spéciaux, 4^{ème} Edition, paris, 2004, p 120.
- (14) - عمار علوي ، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة للطباعة والنشر، ط3، الجزائر 2006، ص 146.

- (15) - موسى عبد الله، مقال بعنوان إشكالات العقد التوثيقي بين نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، مجلة الموثق، العدد الأول، يونيو 2013، ص 52.
- (16) - Planiol , Bipert et Boulanger , TERRE (François): Introduction générale au droit 5^{ème} édition ,DALLOZ , Paris , 2000 , p750.
- (17) - ليلي طلبة، الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري، ط2، دار هومة، 2011، ص 77.
- (18) - عمر حمدي باشا، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 219.
- (19) - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 21.
- (20) - القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27 فيفري 2007 المتضمن تأسيس وإجراءات المعاينة من الملكية العقارية وسندات الملكية، الجريدة الرسمية، عدد 15 سنة 2007.
- (21) - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر 2002، ص 85.
- (22) - زروقي ليلي، حمدي باشا، المنازعات العقارية، مرجع سابق، ص 222.
- (23) - الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20/02/1974 المتضمن الاحتياطات العقارية البلدية، الجريدة الرسمية، ع 19، 1974.
- (24) - حمدي باشا عمر، مقال بعنوان منازعات حول إثبات ونقل الملكية العقارية، مجلة الموثق، العدد 01، 2001، ص 19.
- (25) - عمر زيتوني، مقال بعنوان حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 03، سبتمبر، أكتوبر، 2001، ص 36.