

حجية السندات الرسمية والعرفية في القانون المدني الجزائري

الدكتورة / حشود نسيمة

أستاذة محاضرة بكلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة البليدة -2-

ملخص

لإرساء الملكية العقارية على الدوام، كان لا بد على المشرع من البحث دوماً على الحلول التي تساهم في معالجة مختلف المعاملات العقارية بالخصوص والسهر على تسييرها وهذا من خلال ضبط تشريع عقاري جديد يقوم على تسوية الوضعية العقارية من كل جوانبها. لهذا كان لا بد من البحث في حجية السندات بنوعيتها سواء الرسمية والعرفية في القانون المدني وخاصة أن هذه السندات تعتبر من أهم الوسائل التي تقوم على إثبات الملكية العقارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير.

Résumé

Pour réaliser une propriété immobilière sur des bases solide , le législateur a prévu des solutions qui facilitent les divers transactions immobilière en particulier afin de permettre le bon déroulement de celle-ci en instaurant une législation immobilière basée sur le règlement stricte de la situation immobilière dans tous ses aspects.

Pour cela, il était nécessaire d'exiger l'authenticité dans deux types de documents tout formels que coutumiers en droit civil au regard de l'importance de ces documents qui constituent les preuves matériels et essentielles de propriété immobilière tant pour les contractants que pour les tiers.

مقدمة

يشكل العقار الثروة التي لا تزول بزوال الأفراد، فتملك العقار يعتبر من أسمى أهداف الفرد والتداول في هذه الثروة لا بد لها من الأطر والقواعد المحددة في قوانين الدولة، وهو الطريق الوحيد الذي يخلق الطمأنينة المنشودة فإذا شعر المالك بان ملكيته غير مستقرة فانه يتوانى عن استغلال عقاره استغلالاً كاملاً وملائم يساهم في انتعاش الاقتصاد ورفاهية المجتمع.

ومسالة إثبات الملكية سواء كانت منقولة أو العقارية وتنظيمها يشكل عائقا رئيسا وإشكالا عويضا يواجه الجهات المشرفة على تنظيم الملكية والمنازعات المثارة بشأنها، ولعل الصعوبة في ذلك ترجع إلى المراحل المختلفة التي مرت بها الملكية بصفة عامة بالنسبة للنصوص التي كانت تحكمها، فلم تكن تعرف انسجاما وتواصلا فيما بينها، وزيادة على ذلك سرعة تجديد وتعديل النصوص القانونية وهو ما لم يخدم استقرار مختلف المعاملات في هذا المجال واستقرارها وتطويرها خاصة في مرحلة ما بعد الاستقلال مباشرة.

ولإرساء الملكية العقارية على أسس ثابتة ومتمينة نبحت على الثقة بين الأفراد على الدوام وحتى لا تعم الفوضى وتسود المنازعات وتدهور الجانب الاقتصادي للبلاد، الأمر الذي اوجب على المشرع الجزائري بالبحث دوما عن الحلول التي تساهم في معالجة مختلف المعاملات العقارية بالخصوص والسهر على حسن تسييرها، وهذا من خلال الاهتمام بضبط تشريع عقاري جديد يقوم على تسوية الوضعية العقارية من كل جوانبها.

وبما أن موضوعنا يتمثل في حجية السندات الرسمية والعرفية في القانون المدني فنقول أن هذه السندات تعتبر من أهم الوسائل التي تقوم على إثبات الملكية العقارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو في مواجهة الغير، ونظرا لحساسية الموضوع نجد بان الإدارة التشريعية أصدرت عدة نصوص قانونية تتعلق بمسالة إثبات الملكية العقارية، ومن بين النصوص القانونية التي جاء بها المشرع في هذا الصدد تتمثل في القانون المدني من خلال الأمر 58/75 المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07 بالإضافة إلى الأمر رقم 74/75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والمرسومان التنفيذيان رقم 63/76 و 62/76 المؤرخان في 1976/03/25.

ونظر الوجود عدة اختلافات حول مدى مصداقية الملكية العقارية، يتطلب اللجوء إلى القضاء للحصول على حق، أو حمايته من الاعتداءات مما يستلزم تقديم الأدلة الكافية لاقتناع القاضي بصدق موضوع الدعوى أو بصدق الدفع.

ولعل من أهم الأدلة التي يمكن تقديم، والاستناد عليها هي الدليل الكتابي أو ما يسمى بالمحرر الرسمي والمحرر العرفي واللذان ستتطرق إليهما من حيث المفهوم والشروط والأنواع وكذا مدى حجيتهما في الإثبات والتنفيذ وحتى نتناول ذلك بشكل أوسع، ودقيق لابد لنا من طرح إشكالية مدعمة لموضوع البحث مفادها كالتالي: إلى أي مدى يعتبر السند الرسمي والعرفي كإجراء يستند عليه المتعاقد لإثبات الملكية بصفة قانونية ودقيقة؟

للإجابة على هذه الإشكالية نقسم موضوعنا إلى: حجية السندات الرسمية في القانون المدني (المبحث الأول) أين سنعطي مفهوما للسندات الرسمية وكذا حجيتها في الإثبات وحجية السندات العرفية (المبحث الثاني) سنعالج فيه مفهوم السندات العرفية ومدى حجيتها في الإثبات.

المبحث الأول: حجية السندات الرسمية

تكتسي العقود الرسمية أهمية بالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها، ولهذا فقد أحاطها المشرع بعناية خاصة فحدد مدلول العقد الرسمي، وشروطه والآثار المترتبة على تخلفها وحجيتها بين الأطراف واتجاه الغير. فمن خلال هذا المبحث سنتعرض إلى مفهوم السندات الرسمية بصفة عامة وحجيتها من حيث الإثبات وفقا لما يلي:

المطلب الأول: مفهوم السندات الرسمية

العقود الرسمية أو المحررات الرسمية فهي التي يطلق عليها ما يسمى بأدلة الإثبات ذات القوة المطلقة وهذا النوع من العقود سندرسه من خلال ما يلي:

الفرع الأول: تعريف السندات الرسمية

فقد عرفها المشرع الجزائري، من خلال نص المادة 324 من القانون المدني " بان العقد الرسمي 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 واختصاصه" ويقابلها نص المادة 390 من القانون المصري والمادتين 1317 و1318 من التقنين المدني الفرنسي.

فالمادة 324 السابقة الذكر أصبحت بعد التعديل تنص " العقد الرسمي 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 واختصاصه" مما يمكن ملاحظته أن المشرع الجزائري قبل التعديل سنة 1988 كان يستعمل عبارة الورقة الرسمية(عبد الحفيظ بن عبيدة، الطبعة الخامسة سنة 2014 ص 30)، وبعد التعديل أصبح يستعمل عبارة العقد الرسمي وفي اعتقاد أن التسمية الأولى هي الأقرب للصواب لأنها تشمل كل الأدلة الرسمية، وعلى كل حال فان عبارة "عقد" الواردة في المادة 324 لا تعني بتاتا العقد بمفهوم المادة 54 من القانون المدني.

وإنما المقصود بالعقد هو المحرر، لان العقد الرسمي الذي يتطلب الشكلية كركن انعقاد مثل عقد بيع عقار لا يكون إلا أمام موثق ولا يمكن أن يكون أمام موظف.

وخلاصة القول فان عبارة المحرر الرسمي أكثر، وشمولا حتى لا يكون أي اقتباس في المصطلحات وبالرجوع إلى نص المادة 324(المادة 324 من القانون 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 / 78 المؤرخ في 26 / 197509/المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44)، نجد أن المشرع الجزائري حصر مفهوم المحرر الرسمي من خلال ثلاث معايير وهي:

أولاً: المعيار العضوي: أي جهة الإصدار بمعنى أن المحرر الرسمي وفقا لهذا المعيار هو كل محرر صادر عن موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.
ثانياً: المعيار الشكلي: دلت عليه عبارة طبقاً للأشكال القانونية، بمعنى أن المحرر الرسمي يجب أن يكون في شكل معين محدد قانوناً.

ثالثاً: المعيار الموضوعي: دلت عليه عبارة في حدود سلطته واختصاصه بمعنى انه يجب أن يكون المحرر الرسمي داخلاً ضمن سلطة واختصاص الجهة التي أصدرته.

الفرع الثاني: أنواع السندات الرسمية

السندات الرسمية عددها كبير وهي متنوعة ويمكن حصرها فيما يلي:

أولاً: المعيار العضوي: الذي يحتوي على أربعة فئات أهمها:

1- فئة المحررات الرسمية الإدارية: وهي صادرة عن موظف عمومي صاحب الاختصاص والصلاحيات داخل دائرة اختصاصه وهو ما ينطبق على رؤساء البلديات وهذا في إطار ممارسة مهامه ونذكر منها سجلات الحالة المدنية.

2- فئة السندات القضائية والشبه القضائية: وهي المحررات الصادرة عن القضاة، والتي تتصل بممارسة وظيفتهم مثل الأحكام، والقرارات والأوامر ومختلف المحاضر المتصلة بالإجراءات كما تعتبر المحررات التي يصدرها المحضرين القضائيين أثناء ممارسة مهامهم أوراقاً رسمية.

3- فئة السندات التوثيقية: الأوراق والسندات التوثيقية هي العقود الصادرة عن الموثق، والتي يطلب الأفراد لها الطابع الرسمي.

4- فئة السندات التشريعية: تتعلق عادة بالشركات الدولية مثل العقود المتعلقة بالتنقيب عن المحروقات، البترول، الغاز والعقود المشابهة لها، والتي تخضع للمصادقة عليها بقانون. وهي على أية حال تخص الاتفاقيات، والعقود الدولية وقليل ما تحدث منازعات بشأنها، وإن حدثت فتسوى عن طريق التحكيم الدولي أو في إطار التعاون الثنائي بين الدول والحكومات

إلا ما تعلق منها بالمسائل التجارية وتدخل في نطاق القانون الدولي العامل(أ/ عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 57).

ثانيا: المعيار الموضوعي: ونقصد به مضمون المحرر وتنقسم المحررات حسب هذا المعيار إلى أربعة أقسام تتمثل فيما يلي:

1- محررات منشئة للحق: بمعنى أن المحرر كان سببا لنشوء الحق الذي لم يكن موجودا من قبل مثال التطليق حكم القاضي كاشف.

2- محررات معدلة للحق: بمعنى أن الحق كان موجودا أصلا لكن المحرر عدله إما بالنقصان، أو الزيادة مثال قرار استفادة من قطعة ارض ويأتي بعدها قرار آخر يعدل في مساحة القطعة الممنوحة إما بالزيادة أو النقصان.

3- محررات مسقطة للحق: بمعنى أن المحرر يسقط الحق المكتسب مثال إلغاء قرار الاستفادة من قطعة ارض أو سكن.

4- المحررات المقيدة للحق: وهي المحررات التي تعمل على تقييد الحق مثل الرهن الرسمي الذي يقيد الملكية.

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في السندات الرسمية

أوجب المشرع الجزائري مجموعة من الشروط التي تستلزم صحة، ومشروعية السندات الرسمية وتتمثل فيما يلي:

أولا: صدور السندات الرسمية من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة: إن الموظف هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها ويتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها، ويشمل هذا التعريف جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية ويخرج عن مفهوم الموظف جميع عمال المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري وغيرها من المؤسسات التي تخضع لأحكام القانون العام ويخضع العاملون فيها إلى قانون رقم 11/90 المتضمن قانون العمل، وزيادة على ذلك فإن الموظف عرته المادة 04 من الامر 03/06 (المادة 04 من الأمر 03/06 المؤرخ في 07/15 /2006 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومية الذي عدل الأمر 66 / 133 المؤرخ في 07/02 /1960 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية، الجريدة الرسمية العدد 46 المؤرخة في 08 / 07 /1966)، المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية على انه " كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسب في رتبة في السلم الإداري..... الخ " .

يتبين لنا من خلال هذه المادة العنصر التي يجب توفرها في الموظف وهي:

– أن تكون الوظيفة العمومية دائمة، وعليه فإن الأعدان الذين يتم الاستعانة بهم في خدمات عمومية غير دائمة ومؤقتة كالانتخابات وعمليات الإحصاء وغير ذلك لا تطلق عليه صفة الموظف – أن يتم ترسيمه في رتبة، وعليه لا يمكن للأعدان المتعاقدين ان يكتسبوا صفة الموظف المادة 22 من نفس الأمر، أما الضابط العمومي مثل الموثق، المحضر القضائي، المترجم... الخ وهو الشخص الطبيعي الذي يمنحه القانون سلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للوثائق والعقود وحمل ختم الدولة، ولأجره منها مع الملاحظة انه قد يحمل شخص أكثر من صفة قد يكون موظف، أو ضابط عمومي في الوقت نفسه مثل رئيس البلدية ومدير أملاك الدولة.

أما الشخص المكلف بخدمة عامة هو كل شخص انتدب للقيام بمهمة تدخل في إطار الخدمة العمومية مثل الخبير وكذلك الأعدان الذين تستعين بهم الدولة في عمليات معينة كالانتخابات والإحصائيات، وليس من الضروري أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظف عام، بل يكفي أن يكون مكلف بخدمة عامة ومثال عن ذلك الخبراء المقبلون الذين تعينهم المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون.

والسبب في إعطاء هذه الأهمية في الإثبات للمحركات الرسمية التي يصدرها هؤلاء الذين ذكرناهم سابقا هو الثقة التي توحىها مهامهم بالنسبة لعموم الناس ومن ثمة فإنهم لا يمكنهم تفويض سلطتهم إلى غيرهم.

ثانيا: سلطة هذا الموظف، أو الضابط العمومي، أو الشخص المكلف بخدمة عامة واختصاصه في إصدار المحرر الرسمي: بمعنى أن يكون المحرر ضمن اختصاص من أصدره، والمقصود بالسلطة هنا كما يعرفها فقهاء القانون هي ولاية الموظف أو الضابط العمومي وأهليته يجب أن تكون الولاية قائمة وقت تحرير السند الرسمي فلو قام الموظف قبل تعيينه بتحرير سند رسمي فانه يكون باطلا، أما الأهلية هي أن يكون الموظف، أو الضابط العمومي أهلا لتحرير جميع العقود التي تدخل في إطار اختصاصه.

فان اختصاص الموظف أو الضابط العمومي إقليميا ونوعيا أما بالنسبة للاختصاص الإقليمي في إصدار أو تحرير السند الرسمي، يتجسد في السلك الإداري لدائرة الاختصاص للهيئة الإدارية التابع لها، فاختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يمتد إلى إقليم البلدية واختصاص مدير أملاك الدولة يمتد إلى كامل إقليم الولاية وهكذا غير أن الاختصاص

الإقليمي للموثق يخرج عن هذه القاعدة ليمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني وهو ما نصت عليه المادة 02 من القانون رقم 27/88 (القانون رقم 27/88، المتعلق بمهنة التوثيق المؤرخ في 12 يوليو 1988، الجريدة الرسمية العدد 28 المؤرخة في 13 / 07 / 1988 المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة في 08/03/2006).

ثالثا: مراعاة الأشكال والأوضاع التي قررها القانون: لا يكتفي القانون بتحديد جهة، وموضوع المحرر الرسمي فحسب بل يحدد شكله والبيانات التي يجب ان تتوفر عليها المحرر الرسمي مثلا ما يحرره الموثق وفقا لبيانات معينة حسب المواد 26، 27، 29 من قانون 02/06، وكذلك بالنسبة للأحكام القضائية المادة 275 و 276 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ويترتب على تخلف إحدى هذه الشروط فقد العقد طابعه الرسمي وجاز طلب إبطاله وإزالة الآثار المترتبة عنه سواء تعلق الأمر بمنقولات أو عقارات فإذا تعلق الأمر باختلال احد الشروط العضوية بمعنى أن المحرر صدر بغير تلك الجهة المذكورة في المادة 324 وهنا نميز بين ما إذا كان المحرر يتضمن التصرف القانوني عقد + إرادة منفردة فانه، يتحول إلى عقد عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني لكن إذا كان هذا التصرف القانوني يتطلب الرسمية كركن للانعقاد إن هذا التصرف باطلا بطلان مطلق، إما المحرر فهو عرفي أما إذا كان المحرر، لا يتضمن تصرفا قانونيا مثل الأحكام القضائية، قرارات إدارية، محاضر المحضرين فإنها تكون منعدمة، أما في حالة اختلال الشرط الموضوعي بمعنى أن مصدر المحرر أصدره خارج اختصاصه وسلطاته المحددة قانونا فهنا نكون أمام محرر باطل.

أما بالنسبة بالإشكال والبيانات المتعلقة بالمحرر الرسمي يحددها القانون بصفة عامة، غير انه لا يوجد شكل موحد للمحررات الرسمية، فالأحكام القضائية تختلف في شكلها عن القرارات، وهذه الأخيرة تختلف عن العقود وهكذا، فإما أن تأتي هذه الأشكال بصيغة الوجوب في المواد القانونية تحت طائلة البطلان أو لا تأتي بصيغة الوجوب، وعليه لا يؤدي انعدامها إلى فقدان الرسمية مثال المادة 276 و 283 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وحتى تظل الشروط صحيحة وكاملة فقد ألزم المشرع في قانون الشهر الموثقين والموظفين، وكتاب أمناء الضبط كل في حدود اختصاصه إشهار العقود والأحكام والقرارات الإدارية الواجبة الشهر وذلك ضمن الآجال المحددة في المادة 90 من المرسوم 63/76

المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري مع العلم إن المشرع اشترط الرسمية كركن للانعقاد في التصرفات الواجبة الشهر، واحترام مبدأ الأثر الإضافي للشهر، وبالتالي عدم قيامهم بإشهار هذه التصرفات يرتب مسؤوليتهم، ومسؤولية الدولة اتجاه موظفيها فيما يصيب أصحاب هذه الحقوق من ضرر بسبب عدم القيد(ليلي زروقي وعمر حمدي باشا، الطبعة 11 الجزائر، سنة 2009، ص 67).

المطلب الثاني: حجية السندات الرسمية من حيث الإثبات

إن للمحرر الرسمي قيمة قانونية تتمثل في حجيته فيما بين الأطراف وكذلك في مواجهة الغير، وستتناول هذه الحجية من خلال ما يلي:

الفرع الأول: حجية السند الرسمي ما بين الطرفين

بمعنى أن المحرر الرسمي يحمل عنوان الحقيقة بين أطرافه فلا يمكن لأحد الأطراف أن يطعن في مصدر أو مضمون أو تاريخ المحرر في مواجهة الطرف الآخر إلا إذا تمسك بالتزوير فالطعن بالتزوير هو الطريق الوحيد لإثبات عكس عناصر حجية المحرر الرسمي وهذا ما نصت عليه المادتان 324 مكرر 06، و 324 مكرر 07(المادتان 324 مكرر 6 و 324 مكرر 7 من القانون المدني، المرجع السابق) من القانون المدني، ويستفاد من نص المادتان أن للسند الرسمي حجة على الأطراف، وورثتهم وخلفهم وهي مستمدة من قرينة الرسمية التي توحى بالثقة والائتمان متى كان السند في مظهره يوحى بصحته وسلامته إلى أن يثبت تزويره أو يثبت ما يخالفه.

الفرع الثاني: حجيته في مواجهة الغير

وردت المادة 324 مكرر 5 بصيغة مطلقة في نصها على حجية السند الرسمي على خلاف المادتين الموالتين ومن هذه المادة نستخلص أن، السند الرسمي حجة على الكافة وليس على أطراف العقد وخلفهم فقط، ويسري على الغير ما يسري على الأطراف فيما يتعلق بحجية السند الرسمي سواء فيما يتعلق بالبيانات القابلة للطعن بالتزوير وحتى البيانات الواردة في السند على سبيل الإشارة فإذا ادعى الغير أن التصرف المدون في الورقة الرسمية ليس ببيعاً كما تدل عليه وإنما هو هبة مستترة فإن بإمكانه أن يثبت ذلك بالوسائل المختلفة، أما إذا أنكر حصول العقد أمام موظف فليس أمامه إلا طريق الطعن بالتزوير.

الفرع الثالث: موقف الاجتهاد القضائي في مسألة شكلية العقود

يرجع طرح تكييف الشكلية إلى الأمر، 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 من خلال نص المادة 12 منه غير أن المشرع الجزائري أدرج مضمون المادة 12 من الأمر الملغى في القانون

المدني وذلك من خلال إضافة مادة جديدة في القانون المدني تحمل رقم 324 مكررا وإما المادة 79 تجاري فإنها تنص: " كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة اعم كل تنازل عن محل تجاري، ولو كان معلقا على شرط أو بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة، أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا "

وأن وضوح دلالة هذه النصوص القانونية، لم تمنع الاختلافات في تأويلها فهناك اجتهاد قضائي يكيف الشكلية الرسمية على أنها شكلية غير مباشرة، ومن ثمة لا يؤثر تخلفها على صحة العقد، وهناك اجتهاد قضائي يرى العكس، فيعتبر الشكلية الرسمية التي أشار إليها في هذان النصان ركنا في العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد، ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي أخذت بالرأي الأول، نذكر على سبيل المثال فقد جاء في قرار مؤرخ في 1990/02/07 (القرار المؤرخ في 1990/2/7 ملف رقم 57930 المنشور بالمجلة القضائية، العدد 01، 1990، التطبيقات القضائية في المادة العقارية، ص 27 - 31) انه " إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري أو كانت أركانه كاملة من حيث الرضا والمحل والتمن ولم يذكر البائع ذلك، ولم ينازع في أركانه على المحكمة أن تأمر بإتمام النقص المتمثل في الرسمية إيمان تلغي عقد تام الأركان بسبب عدم احترامه للشكلية الرسمية فهذا مخالف للقانون، وكذلك القرار الصادر في 1988/06/29 " على أن عقد البيع هو عقد رضائي، وإبطال عقد البيع العرفي لعدم الرسمية خطأ في تطبيق القانون لان المادة 351 من قانون التسجيل التي تشترط الشكلية لتسجيل العقود الناقلة للملكية، قد ألغيت بقانون المالية التكميلي لسنة 1983 م ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تعتبر الشكلية الرسمية ركنا من أركان العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد، قرار صادر بتاريخ 1983/10/26 ملف رقم 29501 مجلة قضائية 1990 العدد الرابع ص 45 " و لما كان الثابت أن الطبيعة القانونية المضفأة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق لأشكال جوهرية، يترتب على تخلفها عدم جواز الاحتجاج به اتجاه الغير. ومن ثمة كان وجوبا على الأطراف الاتفاق المبرم حوله العقد الرسمي، وتولي إجراءات إشهاره ليصح التمسك بحصول التصرف ومن ثمة فان إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن والقضاة الذين حكموا بثوته بسبب تخلف الكتابة الرسمية قد التزموا صحيح القانون وكان تطبيقهم له سليما، وغير جدير بالنقض.

يتضح من كل هذه القرارات، ومن تواريخ صدورها أن هناك تناقض في الاجتهاد القضائي يجب وضع حد له، وهذا ما قامت به المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة من خلال القرار المبدئي (قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 18/02/1997 ملف رقم 136156 المجلة القضائية العدد الأول لسنة 1999، ص 10) "من المقرر قانون أن كل بيع اختياري، أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي، وإلا كان باطلا ومن المقرر أيضا زيادة 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.. في شكل رسمي، ومن المقرر أيضا انه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد، أو إبطاله" ولقد انتهى قضاة المحكمة العليا في قرارهم إلى أن الشكلية التي فرضتها المادة 79 تجاري و324 مكرر 1 مدني ركن في العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق إضافة إلى هذا، فإن الحكم الذي تضمنته هاتان المادتان لا يدع أي شك على أن الشكل الرسمي هو ركن من أركان العقد وليس مجرد وسيلة للإثبات ولو كان الغرض من الشكلية هو إثبات التصرف القانوني لكان التصرف صحيحا، ولو لم يحترم المتعاقدان الشكلية المقررة.

المبحث الثاني: حجية السندات العرفية

إن ظاهرة العقود العرفية متأصلة في المجتمع الجزائري، إذ وجد فيها الملاذ الوحيد أمام التكاليف الباهظة التي تقتضيها المعاملات العقارية، وهي ظاهرة منتشرة بشكل رهيب ومثير للقلق، وبما أن المسح العقاري ينصب أساسا على الملكية فإنه غالبا ما يصادف الفرق التقنية مالكين بسندات عرفية سواء ثابتة التاريخ أو غير ثابتة التاريخ لذلك تدخل المشرع وأعطى حولا لهذه المشكلة.

المطلب الأول: مفهوم السندات العرفية

يمكن إعطاء مفهوم للعقود العرفية وإيضاح مدى قوتها في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريف العقود العرفية

السندات العرفية هي تلك المحررات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل تصرف قانوني ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين وحدهم والشهود إن

وجدوا من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص ولا يعد التصديق على توقيعات الأفراد من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه وذلك لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون العقد وهو ما تنص عليه صراحة أحكام المادتين 1 و2 من المرسوم رقم 41/77 المتعلق بالتصديق على التوقيعات (المرسوم التنفيذي رقم 41/77 المؤرخ في 19/02/1977 المتعلق بالتصديق على التوقيعات)، غير أن التصديق على التوقيعات من طرف المجلس الشعبي البلدي أو المفوض يعطي للسند العرفي تاريخا ثابتا ابتداءً من تاريخ التصديق طبقاً لأحكام المادة 328 من القانون المدني. كما نجد الأستاذ الدكتور محمد زهدور قد عرف العقود العرفية بأنها تلك الأوراق التي تصدر بمعرفة أفراد عاديين لا يتدخل أي موظف أو مكلف بخدمة عامة ضابط عمومي في تحريرها وتنقسم إلى أدلة كاملة (معدة للإثبات) وأخرى غير معدة للإثبات (محمد زهدور، سنة 1991 ص 33).

الفرع الثاني: أنواع السندات العرفية

يمكن التمييز بين أنواع العقود العرفية فيما يلي:

أولاً_ العقود العرفية المشهورة وفقاً للمرسوم 11/03/1936: فهذا المرسوم كان يقضي بتطبيق مقتضيات المرسوم الصادر في 30/10/1935 بالجزائر، والمتعلق بتعديل نظام تسجيل رهون العقارية، وكان هذا المرسوم يسمح للأشخاص بشهر عقودهم العرفية لدى المحافظة العقارية أو بما يسمى بمحافظة رهون العقارية، وإجراء هذه الشكلية يعطي العقود العرفية المشهورة حجية في مواجهة الغير. وتنص المادة 2 من المرسوم 30/10/1935 بأن يتم شهر العقود العرفية بعد إيداعها لدى الموثق في خلال 03 أشهر من تاريخ توقيعها.

ثانياً_ العقود العرفية المحررة والثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق في 15/12/1970: هذه العقود العرفية صحيحة وناقلة للحقوق العينية العقارية فيما يتعلق بنوع الملك، وهي أيضاً جائزة بالنسبة للحقوق العينية التبعية مثل حق الانتفاع.

لكن بالنسبة للتصرفات الواقعة بين 1964 و 1970 يجب على أطراف العقد العرفي تقديم الرخصة الإدارية المسلمة لهم من طرف الوالي عملاً بالمرسوم رقم 64/15 المؤرخ في 20/01/1964 المتعلق بحرية المعاملات، أما العقود المحررة قبل 1964 فلا يطلب من الأطراف هذه الرخصة ويكفي العقد.

ثالثاً_ العقود العرفية المحررة بعد 1970/12/15: ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها، وبالتالي تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية ويجوز لكللا ذي مصلحة ان يطلب إبطالها، كما للقاضي إثارتها تلقائياً، تطبيقاً للمادة 324 مكرراً 1 من القانون المدني ونصوص أخرى في قوانين مختلفة تقضي بالبطلان المطلق(عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع السابق، ص 85، 86).

الفرع الثالث: شروط المحرر العرفي المعد للإثبات

ليكن العقد العرفي دليلاً كاملاً لإثبات تصرف قانوني، وتكون له حجية قانونية في إثبات ما أعد له يجب أن يتوفر على شرطين(سعيد بن عيسى، السنة الجامعية 2001 / 2002، ص 31).

أولاً: الكتابة

يشترط في المحرر العرفي المعد للإثبات أن يتضمن كتابة تدل على الغرض المقصود من تحريره، أو بعبارة أخرى أن تكون الكتابة مثبتة لواقعة قانونية ما وهذا شرط بديهي لا يحتاج إلى بيان، ولكن هذه الكتابة لا يشترط فيها شرطاً خاصاً لا من حيث الصياغة ولا من حيث طريقة الكتابة، فيستوي أن تكون قد كتبت بالغة العربية أو غيرها، ويستوي في طريقة تحريرها أن تكون كتبت بخط اليد أو بألة كاتبة أو كانت مطبوعة، ولا عبرة بشخص كاتبها فقد يكون الدائن أم المدين وقد يكون شخصاً أجنبياً عن العقد، ويستوي أن يكون الكاتب أهل للتصرف أو غير أهل للتصرف(رمضان أبو السعود، سنة 1994، ص 251). ولا يشترط أن يتضمن العقد العرفي مكان أو تاريخ تحريره إلا إذا القانون ذلك(محمد زهدور، مرجع سابق، ص 33).

ثانياً: التوقيع

التوقيع هو الشرط الجوهرى في المحرر العرفي المعد للإثبات، فالمحرر العرفي لا يكون حجة على من ينتسب إليه إذا كان يحمل توقيع، حتى ولو لم يكن مكتوباً بخطه ولذلك لا غرابة أن هناك من الفقهاء من يعتبر التوقيع هو الشرط الوحيد لصحة المحرر العرفي.

ويقصد بالتوقيع في هذا الصدد هو توقيع صاحب الشأن الذي نسب إليه المحرر قولاً أو التزاماً، فإذا كنا بصدد عقد ملزم لجانبين وجب أن يوقعه الطرفان، أما إذا كنا بصدد عقد ملزم لجانب واحد كالوديعة مثلاً فلا يلزم سوى توقيع الطرف الذي يلتزم أو يقرر، وهنا يجب توقيع المدين المودع لديه، أما المخالصة بالدين فيلزم توقيع الدائن ولا لزوم لتوقيع المدين الذي برئت ذمته بالمخالصة، والتوقيع يشمل على عنصرين مادى ومعنوي.

وبالنسبة لجزء الإخلال بمبدأ التوقيع على الورقة العرفية، فإن التوقيع هو الشكلية الأساسية اللازمة لصحة الورقة العرفية لأنها هي وحدها التي تدل على وجود الرضا الضروري لإنشاء أي تصرف قانوني وبدون تلك الشكلية فليس هناك ما يدل على وقوع التراضي ومن ثمة فإن الورقة تعتبر باطلة بدون توقيع عليها، أما إذا تبين من ظروف الدعوى أن عدم توقيع بعض الأطراف ليس امتناعاً من موافقتهم على مضمونها أو أن ظروفها خاصة منعتهم من توقيعها فإنه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجة بالنسبة للجميع وإذا كانت الورقة العرفية منشأة للالتزام من جانب واحد فإن التوقيع اللازم لصحة الورقة هو توقيع هذا الملتزم وحده. الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات والتي نذكر منها:

القرار المؤرخ في 1992/03/25 ملف رقم: 81688 غير منشور- العقد العرفي عقد صحيح ممن وقعه إذا لم يقع إنكاره ممن له عليه خط وإمضاء القضاء بخلاف ذلك نقض.

حيث يستفاد من وقائع القضية والقرار أن قضاة الموضوع عوض أن يناقشوا عقد البيع العرفي المذكور والذي أصبح له تاريخ ثابت بعد تسجيله يوم 1983/12/26 وبينوا إن توفرت أركانه حسب مفهوم المادة 351 من القانون المدني وإن أنكره أحد أطرافه أم لا كي يقرروا قرارهم حول حجيته ذهبوا رأساً إلى إبعاده بحجة أن البائع لم يثبت ملكيته للأرض المباعة مع أنه لا يوجد ما يفيد أنهم قد باعوا ملك الغير وأن هذا الغير قد نازعهم في ذلك لأن البيع الفضولي يظل موقوفاً على صاحب الملك إن شاء إمضائه وإن شاء أبطله نقض.

المطلب الثاني: حجية السندات العرفية من حيث الإثبات

نتناول في هذا المطلب فرعين سنبيين فيهم أهم المراحل التي مرت بها الورقة العرفية ومدى حجيتها.

الفرع الأول: حجية السند العرفي المبرم قبل صدور قانون التوثيق

للعقد العرفي حجية فيما بين المتعاقدين وحجية في مواجهة الغير إذا استوفى الشروط القانونية التي سوف يأتي بيانها وعلى هذا الأساس سوف نتطرق لهذه الحجية فيما يلي:

أولاً: حجية الورقة العرفية من حيث مصدرها

على العكس مما قيل في الورقة الرسمية فإن الورقة العرفية ليست لها حجية في ذاتها من حيث المصدر وذلك لأنه لا تساندها أية قرينة تدل على صدورها حقيقة ممن تنسب إليه أو من الشخص الذي وقعها ويستثني من ذلك ما إذا أودعت الورقة العرفية لدى الموثق ولكن بشرط أن يكون الإيداع ثابتاً وأن يقوم به جميع الأطراف المتعاقدة أو على الأقل الطرف المدين.

ثانيا: حجية الورقة العرفية من حيث مضمونها

إذا وقع اعتراف بالورقة العرفية أو حكم بصحتها فإنها تصبح عما ورد فيها إلا أنه لا بد من تحديد مجالات الخلاف بينهما وبين الورقة الرسمية.

أ- السند الرسمي لا تسقط حجيته من حيث المبدأ ألا بالطعن فيه بالتزوير بينما يكفي إنكار الخط أو التوقيع من طرف المدين في السند العرفي لتسقط حجيته.

ب- يكون تاريخ السند الرسمي حجة على الكافة من يوم توقيعه أما تاريخ السند العرفي فيكون حجة على موقعيه، ولا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكتسب تاريخا ثابتا بإحدى الطرق المقررة قانونا في المادة 328 من القانون المدني(المادة 328 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/07/2005 المعدل لأحكام الأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44).

ج- للسند الرسمي قوة التنفيذ، ويكون قابل للتنفيذ جبرا بمجرد استخراج صورته التنفيذية دون حاجة لحكم قضائي وذلك وفقا لمقتضيات المادة 320 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والمادتين 6 و21 من قانون التوثيق، أما السند العرفي فليس له أية قوة تنفيذية فلا يجبر الخصم على تنفيذه إلا إذا حصل الدائن بالالتزام على حكم قابل للتنفيذ فينفذ حينئذ الحكم وليس السند العرفي.

ثالثا: حجية التاريخ بالنسبة للغير

إن الورقة العرفية ليست في حد ذاتها إلا ورقة مادية من شأنها أن تحدث وضعا لدي الغير قد يكون قليلا وقد يكون كثيرا بحسب التاريخ الذي وقعت فيه الورقة ولهذا تدخل المشرع ليمنع التحايل على الغير فوضع قرائن تدل على صحة التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية وهذا ما يسمى بالتاريخ الثابت إلا أنه قبل التطرق إلى الحالات التي يكون فيها التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية ثابت لا بد من التطرق إلى مفهوم الغير.

لكي يعتبر الشخص من الغير يجب أن تتوفر فيه ما يلي:

1- يجب أن لا يكون قد ذكر اسم الشخص كطرف في العقد.

2- يجب أن يدعي الشخص بحق خاص به، وبالتالي يستبعد من فكرة الغير كل شخص يستمد حقه مباشرة من أحد الأطراف المتعاقدة في الورقة العرفية وعلى هذا فلا يعتبر من الغير الخلف العام وكل من كان في حكمه مثل الورثة أو الموصى لهم بحصة من التركة من قبل أحد المتعاقدين في الورقة العرفية وهذا لأنهم يتلقون الحق عنه ويعتبرون ممثلين فيها.

وهناك بعض الحالات التي لا يكون فيها للورقة العرفية تاريخ ثابت ولكنها مع ذلك تكون حجة على الغير، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: وتشمل الحالات التي لا تخضع لتطبيق المادة 328 من القانون المدني ليست جميع العقود العرفية قابلة لأن تنطبق عليها أحكام المادة السالفة الذكر فهناك بعض منها يخرج عن نطاقها ومعني ذلك أن الأشخاص الذين يصدق عليهم وصف الغير يمكن أن يحتج عليهم مع ذلك بتاريخ الورقة العرفية.

الحالة الثانية: حالة علم الغير بالورقة، إذا ثبت أن الغير كان عالم بالورقة العرفية التي ليست ذات التاريخ الثابت فإنه يحتج بها عليه.

الحالة الثالثة: التنازل عن الحق في التمسك بعدم التاريخ الثابت: إن مقتضيات المادة 328 من القانون المدني ليست من النظام العام لأنها شرعت لحماية مصالح الأفراد ضد التعسفات الناجمة عن تسبق التواريخ في المحررات العرفية ويترتب عن ذلك أن بإمكان الغير أن يتنازل عن هذه الحماية القانونية بالاعتراف إما صراحة وإما ضمناً.

وإضافة إلى ذلك سنقوم بدراسة خاصة بالنسبة للعقود العرفية الواردة على العقار والمبرمة قبل 1971 إن عملية نقل الملكية العقارية وإثباتها في تلك الفترة لم يكن يشترط في صحتها الشكل الرسمي ويكفي فيها الشكل العرفي تكريسا لمبدأ الرضائية الذي كان يسود ويطبغ المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية مع ضرورة توافر أركان العقد من تراضي، محل ثمن... إلخ، لكن انتقال المشرع الجزائري من النظام الشخصي إلى النظام العيني المستحدث بالأمر 74/75(الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92، المؤرخة في 18/11/1975) والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أساسه وركيزته شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية بالتدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ.

أولاً: بمقتضى المرسوم رقم 210/80 المؤرخ في 13/09/1980 والذي عدل المرسوم رقم 63/76(المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخة في 13/04/1976، الذي يحدد ويتم بالمرسوم رقم 210/80). إذ بموجب المادة 03 منه أصبحت المادة 89 من المرسوم 63/76 محررة على النحو التالي: تعدل المادة 89 من المرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ويستبدل بها ما يلي: المادة 89 لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه عند الإجراء الأولى الخاص

بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري والذي يكون متمما تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم، عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسبت تاريخا ثابتا قبل أول مارس 1961 وعليه فحسب هذا المرسوم اكتسبت العقود الثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 صيغتها الشرعية.

ثانيا: بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي تم بموجبه تمديد فترة 1961/03/01 إلى الأول من شهر يناير 1971 وعليه اكتسبت العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل أول جانفي 1971 صيغتها الرسمية، دون حاجة للجوء إلى الحاجات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشأن سابقا إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية وعلى ذلك أعفيت من الإشهار المسبق الذي كان مفروض بحكم المادة 88 من المرسوم 63/76 المشار إليه أعلاه.

ثالثا: المنشور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30 وقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 1974/03/05 وسن هذا المرسوم إجراءات خاصة فكلف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه لكن هذا المرسوم لم يلق صدى أمام المحاكم باعتباره لا يقيد القاضي كونه يحمل وجهة نظر الحكومة كذلك نجده تجاهل تماما الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملة العقارية إفراغها في قالب رسمي ودفع الثمن بيد الموثق تحت طائلة البطلان أما بالنسبة للعقود العرفية غير الثابتة التاريخ فإنه لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء وهو ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 1994/03/29 وكذا القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 198674 المؤرخ في 2000/04/26 "غير منشور" - أن قضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحرير عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1963/07/01 طبقوا صحيح القانون لكن على القاضي وقبل تثبيت صحة البيع العرفي التأكد من تاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه الأمر الذي أكدته قرار عن المحكمة العليا الغرفة العقارية تحت رقم 197347 مؤرخ في 2000/06/28 "غير منشور" من المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبل القاضي تتطلب قبل تثبيتها التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد المدار الذي على ضوءه يعتبر المحرر العرفي صحيحا ومنتجا لجميع آثاره أو باطلا بطلانا مطلقا.

ولما كان ثابتا في قضية الحال أن قضاة المجلس قضوا بصحة البيع العرفي استنادا إلى أن الطرفين اعترافا بصحته دون تحديد منهم لتاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان الشارع يتطلب الشكلية الرسمية فإنهم بقضائهم هذا قد تجاهلوا أحكام القانون وجاءت أسباب قرارهم الواقعية ناقصة، وهو ما يتعذر معه على المحكمة العليا من بسط قابليتها وبالتالي يتعين نقضه.

الفرع الثاني: حجية السند العرفي المبرم بعد قانون التوثيق

بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريانه في 01 جانفي 1971 جاءت المادة 12 منه (العدد 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهنة التوثيق المعدل والمتمم) على أن " العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار.... " وهذا ما أكدته الغرفة المجتمعة للمحكمة العليا بعد تردد كبير في القرار رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط أو صدر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ثم الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 148541 المؤرخ في 23/05/1997 مجلة قضائية 1997 عدد 01 ص 183 "من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان ومن ثمة فإن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون ولم يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار رقم 136156 المؤرخ في 18/02/1997 المكرس بموجب المادة 324 مكرر من القانون المدني فيما يخص العقود العرفية، وأن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة فإنهم طبقوا صحيح القانون.

وعليه فإن العقود العرفية المبرمة بعد 01/01/1971 تعتبر في حكم القانون باطلة بطلانا مطلقا لكون المسألة تتعلق بركن من أركان العقد حتى ولو تم تسجيلها الأمر الذي أكدته القرار رقم 62624 المؤرخ في 24/09/1990 مجلة قضائية 1992 عدد 02 ص 24. حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط أما مضمون العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية. وبالتالي فإن العقود العرفية المحرر بعد 15/12/1970 ليس لها أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا ويجوز لكل ذي

مصلحة أن يطلب إبطالها كما يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا تطبيقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

وكأمثلة عن العقود العرفية:

- 1- عقود إيجار فلاحية: نصت المادة(القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 49 المؤرخة في 21/11/1990) 2/53 من القانون رقم 29/90 التي تنص "... ويمكن أن تحرر عقود إيجار الفلاحية في شكل عقود عرفية" إذ يستخلص من هذه المادة أن عقود الإيجار الزراعية لم تعد تخضع للشكل الرسمي الذي فرضته المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني بل يمكن إبرامها في شكل عرفي تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام.
- 2- عقد الليفيف: بالرغم من تحريره من طرف ضابط عمومي أي الموثق إلا أنه يعد عقد عرفي.

الفرع الثالث: موقف الاجتهاد القضائي من مسألة العقود العرفية

يقتضي بحث تصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 01/01/1971 والمعينة لمعاملات عقارية، معرفة الأسس النظرية والعملية التي اعتمد عليها القضاء في ذلك والنتائج التي خلفتها على مستوي تسليم سندات الملكية، وذلك في النقطتين التاليتين:

أولاً- الأسس النظرية والعملية لاعتماد تصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 01/01/1971 في ظل هذا الاجتهاد أعطيت العقود العرفية الحجية في شأن إثبات الملكية العقارية الخاصة، بحيث جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 19/11/1990 تحت رقم 61796 غير منشور "حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و361 من القانون المدني وليس المادة 12 من الأمر 91/70 غير القابلة للتطبيق في قضية الحال، وأن المشرع قد قصد فعلا تخصيص مكان للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين".

كما أكد هذا الاتجاه قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 05/05/1995 تحت رقم:108.181 غير منشور "... وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق بإتمام إجراءات البيع النهائي، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما، وأنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط".

ثانياً_ مخالفات التصحيح القضائي للعقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 01/01/1971 على مستوى تسليم سندات الملكية نتج عن التداعي القضائي لحاملي العقود العرفية المعايينة لمعاملات عقارية والثابتة التاريخ بعد 01/01/1971 أو التي ليس لها تاريخ أصلاً أن تمت تسوية العديد منها بموجب أحكام قضائية وجهت للشهر، ومثلت المنطق الأول لتأسيس البطاقة العقارية للعقار أو الحق العيني العقاري المعايين بالعقد العرفي(المادة 89 من المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم).

إذ تدخل المشرع بأحكام قانون المالية التكميلي لسنة 1983 ورفعته حظر تسجيل العقود العرفية أمام مصلحة التسجيل والطابع، خلافاً للحظر الوارد في المادة 351 من الأمر 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل قد أُلّت إلى إثبات تاريخ الكثير من العقود العرفية المخالفة للمادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن قانون التوثيق، وتركت الأشخاص يقومون بأعمال بناء مساكن لا تستجيب لقواعد التعمير، في ظل قوانين لا تلازم بين ملكية الأرض والسند كشرط في عملية البناء.

لقد مكن هذا التصحيح القضائي من تحول العقد العرفي المعايين لحقوق عينية عقارية إلى حكم قضائي نهائي، يشكل أحد السندات الصحيحة التي تقبل بشأن إثبات الملكية العقارية الخاصة يستمد حجته من قوة وحجية الحكم القضائي، ورغم الصعوبات التي واجهت عملية ضبط البطاقات العقارية الموجودة على مستوى المحافظات العقارية المختصة، عند إيداع هذا السند الجديد طالما أن جل هذه العقود العرفية محا التصحيح لم تكن تراعي التعيين الدقيق للعقار أو الحق العيني العقاري(المذكرة رقم 01251 المؤرخة في 29/03/1994 والصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بشأن الصعوبات التي تواجه عمليات الشهر العقاري، بالنسبة للأحكام القضائية التي صححت العقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 01/01/1971).

خاتمة

وفي الأخير يمكن القول أننا توصلنا إلى أن السند الرسمي يختلف عن العقد العرفي من حيث الأوجه التالية(ميدي أحمد، الطبعة الأولى، 2005، ص 53):

1- فالسند الرسمي لا يصدر إلا من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة بإتباع شكلية وشروط يحددها القانون سلفاً على خلاف المحرر العرفي الذي يصدر من الأطراف أنفسهم سواء بتحريرهم العقد شخصياً أو بواسطة كاتب عمومي، بحيث يكفي أن يكون هذا المحرر موقعا من قبل الأطراف.

2- ومن حيث الحجية: للسند الرسمي حجية مطلق في الإثبات بين أطرافه وورثتهم وذوي الشأن ولا يطعن في صحة مضمونه إلا بالتزوير، بينما في المحرر العرفي فيكفي إنكار الخط أو التوقيع من المدين لإسقاط حجيته ويقبل إثبات العكس(العوثي بن ملح، الطبعة الأولى، 2001، ص 70).

3- من حيث قوة التنفيذ: لا يتمتع السند العرفي بأي قوة تنفيذية حتى ولو كان معترفا به واستصدر المنفذ حكما بذلك، إذ يتم تنفيذ الحكم وليس المحرر العرفي على خلاف السند الرسمي يكون قابل للتنفيذ جبرا عند استخراج صورة تنفيذية له دون الحاجة لحكم قضائي بذلك.

المراجع

المؤلفات:

1- محمد زهدور، الوجيز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، بدون دار النشر ولا الطبعة، 1991.

2- رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدليل الكتابي، دار الطباعة والنشر، بيروت لبنان 1994.

3- الغوتي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى 2001

4- عبد الحفيظ بن عبدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة 2004.

5- ميدي أحمد، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الطبعة الأولى، الجزائر، 2005.

6- ليلي زروقي، حمدي باشا، المنازعات العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2009.

7 - محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، منشورات بغداد، طبعة الثانية 2010.
الرسائل الجامعية والمذكرات.

1- سعيد بن عيسى، العقد العرفي في بيع العقار، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون عقاري وزراعي، السنة الجامعية 2001/2002.
القوانين.

1- القانون رقم 90 / 25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية العدد 49 الصادرة في 21/11/1990.

2_ القانون 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية العدد 44.

3- القانون 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 14 الصادرة 08/03/2006.

الأوامر:

1_ الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/70 المتضمن مهنة التوثيق.

2_ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 06/09/1975 المتضمن القانون المدني.

3_ الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 92 الصادرة في 18/11/1975.

4- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

5_ المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية العدد 30 الصادرة في 13/04/1976.

المذكرات:

1- المذكرة رقم 1251 ت المؤرخة في 29/03/1994 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية المتعلقة بالصعوبات التي تواجه عمليات الشهر العقاري بالنسبة للأحكام التي صححت العقود العرفية الثابتة التاريخ بعد 01 / 01 / 1971.

الاجتهاد القضائي

1 - المجلة القضائية العدد 01 .1990.

2 - المجلة القضائية العدد 01 .1998.