

المبحث الثاني: المحررات العرفية في إثبات الملكية العقارية

لم يكتف المشرع الجزائري باعتبار المحررات الرسمية غير المشهرة ذات حجية بين الأطراف والغير، وإنما أضاف إلى ذلك طائفة أخرى يستطيع من خلالها صاحب الحق إثبات حقه، وهي المحررات العرفية ذات التاريخ الثابت قبل 01-01-1971. وهي الأوراق والعقود التي لا تحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عام. والمشرع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في تحريرها. والشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد، وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير. ومن ثم نميز بين حجية العقد العرفي بين أطرافه، وحجية العقد بالنسبة للغير. فبالنسبة لأطراف العقد يعتبر العقد صحيحا و يكون حجة عليهم ما لم ينكروه صراحة أن ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط وإمضاء، وأن مجرد سكوتهم يعد إقرار بصحة العقد أو الورقة العرفية.

أما بالنسبة للغير، فلا يكون للعقد العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخا ثابتا، 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.

المطلب الأول: تعريف السندات العرفية وشروط صحتها

نص المشرع الجزائري في المادة 327 من ق م - قبل تعديلها - على ما يلي: "يعتبر العقد صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء".

الفرع الأول: تعريف السندات العرفية

هي تلك المحررات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب عمومي من أجل إثبات 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 أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه، لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة، إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون المحرر.

الفرع الثاني: شروط صحة السندات العرفية

يبدو من خلال نص المادة 327 من ق م، أن المشرع اشترط إلى جانب الكتابة شرطا جوهريا آخر وهو التوقيع.

البند الأول: الكتابة

بالنسبة للورقة العرفية لم يشترط المشرع أي شرط خاص في الكتابة لا من حيث لغة التعبير ولا من حيث طريقة التحرير، إذ يمكن كتابتها باللغة العربية أو بأية لغة أجنبية، عكس السندات الرسمية التي يستلزم القانون أن تكتب باللغة العربية. كما تصح كتابة السند العرفي باليد أو المداد أو قلم الرصاص أو بغيرهما.

لا يشترط كذلك أن تتضمن السندات العرفية كتابة بيانات إلزامية ولا يتعين لتحريرها مراعاة أوضاع معينة كما هو الشأن بالنسبة للسندات الرسمية، فلا يلزم ذكر اسم من قام بتحريرها أو ذكر مكان تحرير السند، وليس لزاما أن تتم كتابة السند العرفي في حضور شهود، ولا يؤثر وجود تحشير أو إضافات بين السطور أو في الهامش أو أن يوجد بها كشط، ولا يلزم التوقيع على الإضافات أو التحشيرات، وهنا يرجع تقدير مدى صحة السند العرفي أو بطلانه إلى قاضي الموضوع، وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في تنظيمه للعقود والمحررات العرفية ضمن أحكام القانون المدني.

البند الثاني: التوقيع

يعتبر التوقيع شرطا مهما وجوهريا في السند العرفي، لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحبها ويضمن إقرار الموقع لما هو مدون في السند العرفي، كما يعتبر دليلا ماديا مباشرا على حصول الرضا في إنشائها، وينطوي على معنى الجزم أن السند العرفي صادر من الشخص الموقع وأن إرادته قد اتجهت إلى اعتماد الكتابة والالتزام بها، ويكون التوقيع إما بالإمضاء باليد أو ببصمة الأصبع، وغالبا ما يكون في أسفل السند لكي يدل بصفة قاطعة على قبول الموقع لما ورد فيه بالكامل، ومع ذلك لا يكون التوقيع باطلا إذا وضع في مكان آخر من السند، كأن يوضع في الهامش أو في أعلى السند، وللقاضي سلطة تقدير مدى صحة التوقيع.

المطلب الثاني: أنواع السندات العرفية وحجيتها

سنتطرق في هذا المطلب إلى أنواع السندات العرفية (الفرع الأول)، بالإضافة إلى حجيتها في إثبات الملكية العقارية (الفرع

الثاني).

الفرع الأول: أنواع السندات العرفية

إن دراسة أنواع السندات العرفية يقتضي منا الرجوع إلى الوراثة وبالتحديد إلى مرحلة ما قبل 01/01/1971 ثم مرحلة ما بعد 01-01-1971 والتي تصادف تاريخ بدأ سريان الأمر رقم 70/91 المؤرخ في 1970-12-15 المتضمن مهنة التوثيق.

البند الأول: المحررات العرفية المعدة قبل 01-01-1971

استنادا لنص المادة 88 من المرسوم رقم 76-63، المؤرخ في 1976/03/25 المتضمن السجل العقاري، وكذا المادة 03 من المرسوم 80-201 المؤرخ في 1980/12/13، المعدل للمادة 89 من المرسوم 76-73، التي نصت على أنه: "لا يطبق الإشهار المسبق عندما يكون حق المتصرف الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل الفاتح مارس 1961".

وقد تم تمديد هذه المدة إلى غاية 1971/01/01 وهو تاريخ سريان قانون التوثيق رقم 70-91، المؤرخ في 1970/12/15، وعليه فقد اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1971 حجية قانونية دون اللجوء إلى الجهات القضائية لغرض إثباتها، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع عقد عرفي، ثم شهره في المحافظة العقارية. فوظيفة الإشهار في هذه الحالة إشهارية وليست مصدر للحق العيني، فالحق قائم وموجود قبل تاريخ الفاتح جانفي 1971.

وعملا بأحكام المادة 89/2 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري تقضي بأنه: "يستثنى من إثبات الملكية عن طريق السند الرسمي المشهر، أثناء شهر التصرف اللاحق إذا كان حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل 1971/01/01.

بالرجوع إلى الأحكام العامة للإثبات بالكتابة لاسيما المادة 324 من القانون المدني فإن هناك 4 حالات يمكن فيها اعتبار المحرر العرفي ثابت التاريخ.

البند الثاني: المحررات العرفية الثابتة التاريخ بعد 1971

لقد وقع تضارب في الأحكام الصادرة عن مختلف الجهات القضائية، فبعد صدور الأمر 70-91 المؤرخ في 1970/12/15، المتضمن تنظيم وظيفة التوثيق أصبح القضاء الجزائري عملا بأحكام المادة 12 منه يقضي ببطالان الاتفاقيات ويرفض طلبات إثبات صحة التصرفات المنصبة على الحقوق العقارية⁽¹⁾.

1- الأمر رقم 91/70، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المصدر السابق.

ولقد أكد المجلس الأعلى في عدة مرات على الرأي المقرر بعدم صحة العقد العرفي، المحرر بعد الفاتح جانفي 1971، المتعلق بالحقوق الواردة على العقارات، ففي قرار صادر من الغرفة المدنية القسم الأول بتاريخ 1971/10/21، صرح بوجود إفراغ العقد الناقل للملكية عقارية في الشكل الرسمي، ووجوب إيداع الثمن بين يدي الموثق طبقا لنص المادة 324 مكرر¹، والعقد العرفي ما هو إلا وعد يمكن للمشتري المطالبة بتكريس البيع به. غير أنه في حالة عدم التنفيذ لا يمكنه المطالبة إلا بتعويض مالي.

* ولم يلبث أن تغير هذا المبدأ بعد صدور القانون 75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري، أعطى تفسيرا جديدا بمقتضيات المادة 12 من الأمر 70-91 التي كانت تقضي ببطان العقود العرفية المتعلقة بالعقود العقارية، في قرار صادر عن المجلس الأعلى في 1974/01/03⁽²⁾.

وجاء ذلك الطعن بالنقص بالإشارة إلى خرق المادة 12، فعلى إثر ذلك أقر المجلس الأعلى أن العقد شريعة المتعاقدين، وأنه لا يحق لقاضي الموضوع تفسير إرادة الطرفين حتى وإن انصب العقد على بيع عقار واقع بمحرر عرفي معد بعد صدور الأمر 15-12-1971، سالف الذكر.

- وقد ذهب المجلس الأعلى إلى أبعد من ذلك عندما أكد أن العقد العرفي يعد وسيلة إثبات قانونية ينشئ التزامات بين الطرفين حتى في مجال المعاملات العقارية.

* ومع وجود هذا التضارب في الأحكام بين الجهات القضائية وحتى بين بعض الغرف في المحكمة العليا، فقد قررت هذه الأخيرة حسم الموضوع ففصلت بقرار 1997/02/18 تحت رقم 136156 بجميع غرفها مجتمعة في قضية بين شخص اشترى محل تجاري بعقد عرفي وبين البائع فيما يلي: "حيث أن قضية الاستئناف خرقت أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و324 مكرر 1 من القانون المدني، لكونهما يشترطان في كل بيع محل تجاري عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف، وكذا حقوق الغير، وإلا كان باطلا.

- حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع العقار شرط ضروري لصحته، وتحرير عقد بيع في شكل آخر يخالف القانون، ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق بقاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري، إلا أنه باطل بطلان مطلق لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، ولا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع.

وضمن هذه الظروف يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطان العقد العرفي المتعلق ببيع المحل التجاري، ويأمر بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام 103 من القانون المدني الجزائري.

فقد جاء هذا الاجتهاد بفكرة جديدة لم يتم التطرق إليها من قبل، فسبقا كان القاضي يكتفي بإقرار بطلان العقد العرفي دون التعرض لوضعية الطرفين، ولكن بموجب هذا القرار تم الإقرار ببطان محرر عرفي وكذا الاتفاق المفرغ فيه وإرجاع الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

² - هذا القرار مأخوذ عن، حمدي عمر باشا، المرجع السابق، ص 20.

وعليه مادام أن هذه المحررات لم تمنح لها قوة إنشاء أو تعديل أو إلغاء أو نقل الحقوق العقارية واعتبارها باطلة بطلانا مطلقا، فكل المعاملات التي ستنبنى عليها وتنشئ حقوقا هي أيضا باطلة بطلانا مطلقا عملا بالقاعدة التي تقتضي بأنه كل ما بني على باطل فهو باطل، وبالتالي فإن هذه المحررات ليست لها حجية في مواجهة الغير أو حتى بين المتعاقدين.

وعليه فالحقوق المتعلقة بالملكية العقارية والواردة في هذا النوع من المحررات مهددة بالزوال، إذ يمكن في أي وقت من الأوقات المطالبة بها واسترجاعها من طرف المتصرف فيها.

فهذه المحررات ليست وسيلة فعالة لإثبات الحقوق الواردة على الملكية العقارية.

الفرع الثاني: حجية السندات العرفية في إثبات الملكية العقارية

إن المشرع الجزائري لم يشترط توافر أي شرط شكلي في تحرير هذه السندات، والشرط الوحيد لصحتها هو أن تكون مكتوبة وموقعة من قبل الأطراف كما أشرنا إليه، وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير ومن ثمة لابد من أن نميز بين حجية المحرر العرفي بالنسبة للأطراف، وحجيته بالنسبة للغير، كما سنحدد العقارات التي تقبل الإثبات بهذه السندات والعقارات التي لا تقبل الإثبات بها.

البند الأول: حجية المحرر العرفي بالنسبة للأطراف

في هذه الحالة يكون المحرر صحيحا ويكون حجة عليهم ما لم ينكروه صراحة، أي ما لم ينكروا ما هو منسوب إليهم من خط وإمضاء وأن مجرد سكوتهم يعد إقرارا بصحة العقد أو الورقة العرفية.

البند الثاني: حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير

لا يكون للمحرر العرفي حجية إلا إذا كان له تاريخا ثابتا، وهو ما نصت عليه المادة 328 من ق م . ويترتب على ذلك أن المادة 328 من ق م لا تطبق في هذه الحالات:

- إن كان الغير قد كفلت له الحماية بمقتضى نصوص خاصة، كالنصوص المتعلقة بالتسجيل والشهر العقاري.
- إذا كان من يحتج عليه بالتاريخ قد اعترف بصحته صراحة أو ضمنا، أو تنازل عن التمسك بعدم مطابقتها مع الواقع.
- لا تطبق أيضا على من يكون بشخصه أو بنائبه طرفا في العقد العرفي، لأنه لا يعد من الغير، ولا يطبق على من يخلفه عن طريق الميراث أو الوصية، ولا على الدائنين عند مباشرتهم لدعاوى مدينهم، الدعاوى غير المباشرة، إذ ليس لهؤلاء من الحقوق أكثر مما لهذا المدين.