

## فعالية العقود العرفية الثابتة التاريخ في تطهير الملكية العقارية في الجزائر

### ملخص

لقد عرف النظام المالي العالمي منذ صيف 2007 أزمة مالية إنَّ الاجتهاد القضائي القديم وفي محاولة لمسايرة الواقع الاجتماعي المتأثر بتطبيق قانون الثورة الزراعية وقانون الاحتياطات العقارية لصالح البلديات أدى إلى إثبات تاريخ الكثير من العقود العرفية المخالفة للأمر رقم 70-91 جاعلا منها سندا صحيحا لإثبات الملكية العقارية.

أما الاجتهاد القضائي الحديث فقد كرس العمل بالعقد الرسمي الذي يستجيب لخيار الشهر العيني في محاولة لصون حقوق المتعاملين وحقوق الدولة التي حرمت من مداخيل جبائية هامة لفترة طويلة من الزمن فكان للاجتهاد القضائي الحديث أحد الحلول الفعالة للحد من ظاهرة البناءات الفوضوية وإنهاء العمل بالعقود العرفية التي لم تكن وسيلة فعالة لتطهير الملكية العقارية إلا في المعاملات التي ثبت تاريخها قبل 1 جانفي 1971.

أ. سوسن بو صبيعات

قسم الحقوق  
جامعة قسنطينة 1  
الجزائر

### مقدمة

**شهدت** الجزائر في مجال نقل الملكية العقارية مراحل تشريعية متعددة اتسمت أحيانا بالمرونة وأحيانا أخرى بالتعقيد مما أدى إلى بروز إشكاليات معقدة على مستوى جداول محاكمنا أعجزت القضاء عن إيجاد الحلول العادلة لها، إذ امتدت جذور تلك القوانين إلى فترة وجود الأتراك في الجزائر.

حيث عرفت الملكية في هذه الفترة نوعا من الاستقرار والتنظيم الناجمين عن تطبيق

### Abstract

The old judiciary efforts attempt to cope with the social reality, which was affected by the application of the agricultural revolution law, and the real estate reserves for the benefit of municipalities, have led to the justification of dates of many private deeds that violate the Order No. 70-91, making them legal titles to prove land ownership.

أحكام الشريعة الإسلامية أغراء (1)، أما في الفترة الاستعمارية. فقد عرف نظام الملكية العقارية جملة من التناقضات لأن السياسة التي انتهجت من قبل الاستعمار الفرنسي استهدفت تسهيل عمليات الاستيلاء على العقارات التابعة للمواطنين الجزائريين وبيعها للمعمرين، فنتج عن ذلك ترسانة كبيرة من القوانين التي تتعلق إثبات الملكية وطريقة نقلها.

أما بعد نيل الاستقلال فقد حاول المشرع الجزائري إصدار مجموعة من النصوص التشريعية لتطهير الملكية العقارية الأمر

الذي يحتم على الباحث في المجال العقاري أن يعرف جيدا تواريخ القوانين وتواريخ سريانها ونفاذها لأنها المرجع في إضفاء الصبغة القانونية لكل تصرف يتعلق بنقل ملكية عقارية أو حق عين عقاري.

وبالرجوع إلى المادة 29 من قانون التوجيه العقاري (2) نجدها تنص على: "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري " مما يعني أن إثبات الملكية العقارية الخاصة يتطلب وجود سند رسمي يخضع إلى الشهر العقاري.

فأصبحت التصرفات في المسائل العقارية عموما بمختلف أنظمتها القانونية في التشريع الجزائري خاضعة لقاعدة الرسمية بحيث يكون البطلان المطلق هو جزء الإخلال بها تكريسا لمادة 324 مكرر 1 (3) من القانون المدني التي تنص: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار وحقوق عقارية...".

غير أن المشرع الجزائري أخذ بحجة الأوراق العرفية المعايينة لمعاملات عقارية وجعل لها مكانة بين الرسمية فكان يعتد بالعقود العرفية الثابتة التاريخ قبل جانفي 1971 تاريخ دخول قانون التوثيق حيز التنفيذ حيث حددت المادة 328 من القانون المدني حالات ثبوت تاريخ العقد العرفي والتي كان البعض منها محل خلاف عندما يتعلق الأمر بتطبيق المادة 89 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 (4) المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123-93 المؤرخ في 19 ماي 1993 والتي نص على " تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه، عند الإجراء الأولى الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد من 08 إلى 18 من هذا المرسوم عندما يكون حق المتصرف أو صاحب الحق

As for the modern judiciary efforts, it has chosen to work with the formal deeds which respond to the option of the real-estate month in an attempt to safeguard the customer rights as well as those of the state, which was deprived of important Fiscal revenues for a long period of time. The modern judicial effort was one of the effective solutions to reduce the phenomenon of chaotic building and stop the use of private deeds which was not an effective way to cleanse the real property except in transactions with a proven date before 1<sup>st</sup> January 1971.

الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير سنة 1971" وهذه المادة مرتبطة بالمادة 88 التي تسبقها وجاء فيها :

" لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو شهادة لانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير وذلك مع مراعاة أحكام المادة 89...".

لذا نتساءل حول حالات ثبوت تاريخ العقد العرفي والمشاكل الكلية التي تطرحها ؟ وهل كان للقضاء الجزائري موقف موحد بشأن هذه العقود ؟ وأمام استمرار التعامل بالعقود العرفية وشيوع البناءات الفوضوية حتى بعد جانفي 1971 نتساءل حول مصير تلك المعاملات العقارية وهل اتفق القضاء الجزائري مع المشرع حول مخالفتها لنصوص التي فرضت فالمادة الرسمية في المعاملات العقارية ؟. الأمر الذي سيمكننا حتما من معرفة مدى مساهمة العقود العرفية في تطهير الملكية العقارية في الجزائر. وقد حاولنا معالجة هذا الموضوع من خلال الخطة التالية:

### المبحث الأول: تسوية العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل جانفي 1971

نتج عن نظام الحظ العقاري الاختياري للفترة السابقة لسنة 1970 تطبيق القانون المدني الفرنسي الذي سمح بإبرام عقود عرفية معاينة لمعاملات عقارية وكان من المفروض أن يؤدي تطبيق المادة 12 من قانون التوثيق القديم إلى إنهاء العمل بمثل هذه العقود إلا أنه وبسبب القيود التي فرضها العمل بقانوني الثورة الزراعية (5) والاحتياجات العقارية لصالح البلديات وأمام حاجة الأفراد للبناء تدخل المشرع (6) ومن خلفه القضاء لإضفاء نوع من المرونة على هذا الحظر لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 1-01-1971 وفي محاولة أبعد من ذلك للمساهمة في ضبط وتسليم عقود الملكية العقارية الخاصة، لذا سنحاول الرجوع قليلا إلى الوراء لمعرفة العوامل التاريخية التي عرقلت استقرار الملكية العقارية من حيث وسائل إثباتها ثم نتعرف على الوسائل التي تدخل بها المشرع الجزائري لتسويق العقود العرفية (مطلب الأول) ثم نتعرف على وسائل إثبات تاريخ العقود العرفية والإشكاليات لكون طرحها (مطلب ثاني).

#### المطلب الأول: أسس تسوية العقود العرفية:

سمحت طبيعة المعاملات العقارية للفترة السابقة لصدور قانون التوثيق القديم الصادر بالأمر رقم 70-91 من تفضيل الأشخاص التعامل في المجال العقاري بواسطة العقود العرفية لأسباب ذات صلة بطبيعة الملكية العقارية أو نتيجة لتمديد العمل بالتشريع الفرنسي وهذا المادة سوف نتناوله في فرع أول واحتاج الأمر بعد حصر قانون توثيق إلى تدخل المشرع مرتين بواسطة مرسومين هامين كان لهما الأثر البالغ في تسوية العديد من حاملي هذه العقود وتسليمهم بالنتيجة لعقود وسندات ملكية ( الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الأسس التاريخية:

إن عملية نقل الملكية العقارية قبل صدور قانون التوثيق لم يكن بشرط في صحتها الشكل الرسمي ويكفي فيها الشكل العرفي (7) تكريسا لمبدأ الرضا شبه الذي كان يصنع المعاملات العقارية آنذاك حيث يمكن تصنيف العقود العرفية في عقود الفترة إلى:

**أولاً:** السندات الموروثة عن العهد العثماني والتي هي بحيازة بعض الأفراد أو بعض الإدارات وحتى الأرشيف الوطني.

**ثانياً:** السندات المحررة في العهد الاستعماري وقد نظمت الإدارة الاستعمارية تلك المحررات في الزمان والمكان فشملت ما يلي:

العقود العرفية المسجلة قبل 11 مارس 1936: قبل صدور هذا المرسوم الذي يقضي بتطبيق مقتضيات المرسوم الصادر في 30-10-1935 بالجزائر والمتعلق بتعديل نظام تسجيل رهون العقارية كان يجوز شهر العقود العرفية مباشرة من قبل الأطراف بمحافظة رهون العقارية المعنية. فيكون بذلك سندهم مرتبا لكافة آثاره القانونية اتجاه الغير.

- العقود العرفية المسجلة بعد 11 مارس 1936 : ثم صدور هذا المرسوم المؤرخ في 11-03-1936 الذي جعل المرسوم الصادر في فرنسا بتاريخ 30-10-1935 واجب التطبيق بالمستعمرة ، الأمر الذي أصبح بموجبه لزاما على الموقعين على سند عرفي أن يقوموا بإيداع عقودهم لدى الموثق خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعها .

- العقود العرفية الواردة على أملاك عقارية تابعة للأهالي بمنطقة القبائل المحررة بعد 24-10-1946: هذه الوثائق تحوز حجية لإقامة الدليل فيما يتعلق بالملكية العقارية وذلك لأن المرسوم الصادر بتاريخ 29-02-1947 نظم شهرا خاصا للتحولات العقارية في بلاد القبائل.

### الفرع الثاني: الأسس القانونية :

إن انتقال المشرع الجزائري من نظام أشهر الشخصي الموروث عن الحقيقة الاستعمارية إلى نظام أشهر العيني المستحدث بموجب الأمر رقم 75-74 (8) المؤرخ في 12-01-1975 المتضمن أعداد مسح الأراضي العام وتأمين السجل العقاري والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أساسه وركيزته شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية إلى التدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ:

### الفقرة الأولى: تدابير المرسوم رقم 80-210 (9)

بمقتضى هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01-03-1961 صيغتها الشرعية وعلى ضوء ذلك أعفيت من الإشهار المسبق المفروض بحكم المادة 88 من نفس المرسوم وقد قامت المحاكم (10) في تلك الفترة بتثبيت صحة هذه العقود

بعد تقديم الأطراف إسهام من البلدية يبين أن العقار لا يدخل ضمن صندوق الثروة الزراعية أو في الاحتياطات العقارية للبلديات.

#### الفقرة الثانية: المرسوم التنفيذي رقم 93-123 مؤرخ في 19 ماي 1993. (11)

بمقتضى هذا المرسوم تم تمديد فترة 01-03-1961 إلى الأول من شهر يونيو 1971 وعليه اكتسبت العقود العرفية (12) الثابتة التاريخ المحررة قبل جانفي 1971 طبيعتها الرسمية دون حاجة للجوء إلى الجهات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشأن سابقا، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحريير عقد إيداع شأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة وعلى ضوء ذلك أعفيت من الإشهار المسبق المفروض بالمادة 88 من المرسوم رقم 76-63.

#### الفقرة الثالثة: المشهر الرئاسي المؤرخ في 30-06-1976 :

وقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 5 مارس 1974 تاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية وسن هذا المنشور إجراءات خاصة فكلف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه (13) لكن هذا المنشور الرئاسي لم يلق صدق أمام المحاكم باعتباره يقيد القاضي كونه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويل الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20-02-1974 المتعلق بالاحتياطات العقارية، فضلا عن تجاهله نظاما الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملة العقارية إفراغها في قالب رسمي ودفع ثمن من بين يدي الموثق تحت طائلة البطلان كما أن هذا المرسوم لم يحدد مدة لتصحيح العقود العرفية ومن ثمة فتح الباب للأشخاص للتهرب من الإجراءات التي يفرضها القانون التوثيق ولا يستلزم تسجيل العقود العرفية لدى مصلحة التسجيل والطابع مفتشية الضرائب لكي يكون لها تاريخ ثابت فيسهل التأكد من صحتها.

#### المطلب الثاني: وسائل إثبات تواريخ العقود العرفية والإشكاليات التي تطرحها:

عرفنا أن العقود العرفية المبرمة قبل 1 جانفي 1971 تاريخ دخول قانون التوثيق القديم حيز التنفيذ لا ستبطل بأثر رجعي وإنما تصحيح ويعيد بها في إثبات الملكية شريطة أن تكون ذات تاريخ ثابت.

حيث تنص المادة 328 من القانون المدني على: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه منذ أن يكون له تاريخ ثابت ويكون تاريخ العقد ثابتا من يوم تسجيله - من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام- من يوم التأثير عليه على يد ضابط عام مختص -من يوم وفاة احد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء. غير انه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

#### الفرع الأول: تعريف العقد العرفي ووسائل إثبات تاريخه:

#### الفقرة الأولى : تعريف العقد العرفي:

إن العقود العرفية هي التي لا تحرر من طرف ضابط عمدي أو موظف عام وأن المشرع (14) لا يتطلب توافر شرط شكلي في تحريرها والشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من أطراف العقد وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير. (15)

فبالنسبة لأطراف يعتبر العقد صحيحا ويكون حجة عليهم ما لم ينكروه صراحة أي ينكروه صراحة ما هو منسوب إليهم من خط وإمضاء ومجرد سكوتهم يعد إقرارا بصحة العقد أو الورقة العرفية غير أن الإقرار الصريح أو الضمني للعقد العرفي لا يؤثر بأي حال في أوجه الدفع الشكلية أو الموضوعية التي يكون لمن أقر بالورقة العرفية أن يتمسك بها مثل بطلان العقد لعدم إتباع الرسمية التي تعد ركنا رابعا في العقد المتعلق بنقل حق عيني عقاري وهو ما نصت عليه المادة 327 من القانون المدني التي تعتبر العقد العرفي ومعني وقعه ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء. (16)

**الفقرة الثانية: حالات إثبات تواريخ العقد العرفي والإشكاليات التي تطرحها:**

**أولا: العقود والمعاملات العرفية التي ثبت تسجيلها قبل 31 ديسمبر 1970:**

رغم أن قاعدة ثبوت التاريخ منصوص عليها صراحة في نص المادة 328 من القانون المدني (17) لأن المحافظات العقارية لا تعترف إلا بحالة تسجيل العقد العرفي لا اعتبار أن لها تاريخ ثابت لأن التطبيق العملي قد دل على كثير من المحررات الثابتة التاريخ المحررة قبل 01-01-1971 مزورة ومصطنعة لذا جرى العمل في أغلبية مصالح الحفظ العقاري على قصر عملية الإشهار بطريق الإيداع على المحررات التي تثبت تواريخها عن طريق التسجيل.

فجميع العقود التي تتضمن حقوق عينية عقارية مهما كانت صفة محررها (رسمية، غير مشهورة عرفية)، والتي تم تسجيلها قبل تاريخ 1 جانفي 1971 تدخل تحت حكم المادة 89 من المرسوم القانوني 63-76 المعدل والمتمم وهي معفاة من إثبات وجود إشهار مسبق ومنتزاع يثبت حق المتصرف.

ويمكن تعريف التسجيل بأنه تدوين عقد في سجل رسمي يمسكه موظفو التسجيل (18) الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جباييا.

والتسجيل لا يعطي الصيغة الرسمية للعقود العرفية المنصبة على التصرفات القانونية (19) بل دوره يقتصر فقط بإعطاء تاريخ ثاني للتصرف كما انه لا يعتبر إشهار للحق الذي يحمله السند بالمحافظة العقارية.

وللتسجيل أهمية (20) بالنسبة للعقود العرفية المنصبة على التصرفات العقارية حيث يتم التعرف على تاريخ العقد ومدى ثبوته عن طريق التأكد من عبارة التسجيل المقيدة على العقد من طرف مصلحة التسجيل فغاية ما يعطيه التسجيل هو صحة ثبوت تاريخ السند العرفي المبرم قبل صدور قانون التطبيق.

ويتم هذا التسجيل عن طريق تقديم المحرر في شكل نسخ إلى مصلحة التسجيل فتحتفظ هذه المصلحة بنسخة منه في السجل المعد لذلك وتعيد الأخرى إلى الأطراف بعد أن تسجل عليها تاريخ الإيداع وهذا مقابل أداء الرسوم وبهذا يكون للمحرر العرفي تاريخ ثابت من تاريخ الإيداع. (21)

تاريخا ثابتا وبحسبه تخضع مثل هذه العقود والسندات لحكم الاستثناء المنصوص عليه في المادة 88 من المرسوم رقم 63-76 فتعفى من قاعدة الأثر الإضافي لشهر.

كما يمكن تصنيف موظفي السفارات والقنصليات الذين حرروا عقودا قبل تاريخ 01-01-1971 وأثبتوا في تلك العقود مضامين سندات أخرى عرضت عليهم (22)، فلا شك انه ابتداء من ذلك التاريخ يكتسب غير أن ثبوت التاريخ عن طريق التسجيل لسند يتضمن حق عيني عقاري لا يغني شيئا في بعض الحالات ومثالها حالة ما يكون مضمون السند هو بيع عقار من نوع عرش مثلا أو ملك للدولة ففي مثل هذه الحالات لا يمكن الاحتجاج بثبوت تاريخ إشهار السند وتطبيق المادة 89 من المرسوم رقم 63-76 المعدل والمتمم ما دام ذلك البيع قد تم بين الخواص وهو من قبل بيع ملك الغير، أو التصرف في محل غير قابل للتصرف فيه، وعن ذلك يكون العقد باطلا بطلان مطلقا لعدم مشروعية المحل.

كذلك الإدارة الجبائية تسجل العقود العرفية فيما بعد 1971 إلى غاية 1992 (23) وتضع عليه تأشيرة تقول لأجل إثبات التاريخ الرسمي واستمرت هذه الظاهرة إلى غاية صدور قانون المالية لسنة 1992 إذ بموجب المادة 63 منه التي تعدل المادة 351 من قانون التسجيل ليمنع تسجيل العقود العرفية فيبقى السؤال مطروحا ما هي القيمة القانونية لهذه العقود وما هو المقابل من قبض الإدارة الجبائية لمبالغ معتبرة من المواطنين مقابل تسجيل عقود عرفية ووضع عبارة ثبوت التاريخ ما دامت المادة 88 من المرسوم 63-76 لا تدرج هذه العقود ضمن الاستثناء الوارد فيها بحيث لا يستطيع حامل تلك السندات إجراء أي تصرف بالاستناد إليها كاستخراج رخصة بناء أو تهيئة لاسيما أن المسح العام للأراضي يسير بوتيرة بطيئة جدا وهو ما يجعل حامل مثل ذلك السند المسجل والشخص الذي ليس بحوزته أي سند في مرتبة واحدة فكم هي المدة التي يجب أن ينتظرها المواطن حتى يسوي وضعيته؟

**ثانيا: إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم ثبوت مضمون في محرر آخر حرره موظف عام:**

قد يحدث أحيانا أن يذكر مضمون محرر عرفي في محرر رسمي آخر حرره موظف عام (24)، في هذه الحالة يكسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا ويكون هو تاريخ المحرر الثابت التاريخ بشرط أن يشير العقد الرسمي إلى مضمون المحرر الأول ويكون ذلك بذكر ملخص العقد العرفي والبيانات اللازمة لتعيينه وتحديده وتمييزه عن غيره دون حاجة إلى ذكر نصه بالكامل وبراعى أن ورود مضمون العقد العرفي في

عقد حرره موظف عام وإن اكسبه تاريخا ثابتا إلا أنه لا يقوم مقامه . ولعل من بين الأمثلة التي نعتقد بأنه تنطبق عليها هذه الحالة. (25)

1- حالة ذكر مضمون السند في كل عقد حرره موظف عام بمعنى قانون الوظيف العمومي ومن بين الموظفين العموميين مثلا التراجم الرسميين الذين كانوا يعينون ويحولون وتنتهي مهامهم من وزير العدل، فقيام مترجم رسمي قضائي قبل تاريخ 01-1971 بترجمة سند عرفي من وإلى العربية ووضع ختمه وتاريخ الترجمة على نسخة الترجمة التي يحررها وعلى النسخة التي تلقاها لا شك أنها تعطي للسند تاريخا ثابتا وبحسبه تخضع مثل هته العقود والسندات لحكم الاستثناء المنصوص عليه في المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 فتعفى من قاعدة الأثر الإضافي للشهر (26). كما يمكن تصنيف موظفي السفارات والقنصليات الذين حرروا عقودا قبل تاريخ 01 جانفي 1971 (27) وأثبتوا في تلك العقود مضامين سندات أخرى عرضت عليهم فلا شك أنه ابتداء من ذلك التاريخ يكتسب السند تاريخا ثابتا ونفس الشيء يمكن أن يطبق على المحاضر المختلفة والوثائق والعقود الصادرة على يد موظف عام مهما كانت الجهة أو الإدارة التي يتبعها شريطة خضوعه لقانون الوظيف العمومي. (28)

**ثالثا: إثبات تاريخ العقد العرفي من يوم التأشير عليه من طرف ضابط عمومي مختص:**

قد يقدم محرر عرفي إلى ضابط عمومي مختص أثناء تأدية وظيفته فيأشر عليه بأية إشارة (29) أو عبارة تفيد أن المحرر قد عرض عليه، ويكتب لذلك تاريخا هذا الأخير يعتبر ثابتا بالنسبة للمحرر وفقا لما ورد في المادة 3/328 من القانون المدني ومثال ذلك أن يقدم محرر عرفي في قضية فيؤشر عليه القاضي أو كاتب الضبط بما يفيد تقديمه فيجب للاعتداد بهذا التاريخ يجب أن يكون الضابط العام مختصا.

**ومن الأمثلة التي يتحقق فيها هذا الغرض:**

حالة التقديم العرفي بمناسبة قيام موثق أو محضر قضائي بجرد تركة فيؤشر على ذلك العقد العرفي ويضع عليه تاريخا معيناً.

- كذلك يعتبر من قبيل التأشير على يد ضابط عام مختص حالة قيام ترجمان رسمي بوضع خاتمه وإمضائه ورقم وتاريخ الترجمة على السند العرفي.

- وغني عن البيان ومن باب الوفاء للسيادة الوطنية فإن العقود التي حررت من طرف القضاة التابعين لجيش التحرير الوطني أثناء ثورة التحرير المباركة تعتبر من باب أولى من قبيل السندات الثابتة التاريخ كيف لا ما دامت تأشيرات الموظفين العموميين التابعين لسلطة الاحتلال الفرنسي تعطي لسند تاريخا ثابتاً.

كما يندرج في إطار هذه الحالة إذا ما ذكر مضمون عقد عرفي غير ثابت التاريخ في عقد عرفي آخر اشر عليه ضابط عام مختص فيصبح العقد الأول اكتسب تاريخ ثابت بموجب السند الثاني وابتداء من تاريخه.

#### رابعا: إثبات تاريخ المحرر العرفي من يوم وفاة احد الموقعين عليه:

إذا توفي شخص أو أكثر من الأشخاص الذين سبق لهم أن وضعوا توقيعهم أو خطهم على الورقة العرفية فان ذلك يدل على أنها كانت موجودة يوم حصول الوفاة على الأقل ولهذا فإذا لم يقع تسجيل الورقة العرفية أو لم يؤشر عليها موظف عام فان الوفاة هي الواقعة التي تعطي لها التاريخ الثابت ويستوي في ذلك أن يكون الأشخاص المتوفون مما وقعوا على المحرر العرفي بصفتهم متعاقدين أو شهود أو مجرد كاتبين أو كفلاء ونحوهم ويدخل في هذا الإطار حالة ما إذا أبطل العقد الرسمي بعيب من العيوب واعتبر مجرد عقد عرفي فإن وفاة الموثق يعطي لهذا السند تاريخا ثابتا أيضا.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري من خلال المادة 328 من القانون المدني لم يشر إلى وضع البصمة على عكس القانون المصري الذي أضاف البصمة والخاتم على الخط والإمضاء. كما لم يشر القانون الجزائري إلى ما أشار إليه نظيره المصري من أن العقد العرفي يكتسب تاريخا ثابتا أيضا من يوم (30) أن يصبح مستحيفا على واضع الخط والإمضاء أو البصمة أن يفعل ذلك كأن يمضي شخص أو يبصم على عقد عرفي ثم تبثر يده فمن يوم بثر يده يستحيل عليه الإمضاء أو الكتابة أو البصمة ويلاحظ من الناحية العملية (31) رفض شبه كلي للمحافظين العقاريين والمصالح المعنية الالتفات إلى حالة ثبوت التاريخ عن طريق الوفاة ويستثنونها دون أساس قانوني رغم صرامة وصراحة المادة 328 من القانون المدني فضلا عن أن قانون التسجيل قد اعتبر ثبوت التاريخ بالوفاة هو الأصل ثم يتبعه بالحالات الأخرى دون تسميتها صراحة فنصت المادة 199 منه على: " أن تاريخ العقود العرفية لا يمكن الاحتجاج به ضد الإدارة من أجل تقادم الرسوم والعقوبات المترتبة ما لم تكن هذه العقود قد اكتسبت تاريخا أكيدا بوفاة احد الأطراف أو بكيفية أخرى "

#### الفرع الثاني: العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية:

ليان ما هي العقارات التي تقبل الإثبات بالعقود العرفية ينبغي تقسيمها إلى قسمين.(32)

#### الفقرة الأولى: العقارات التي لا تقبل الإثبات إلا بالعقود الرسمية:

وهي العقارات التي يملكها الأشخاص أي الخواص بصفة فردية أو جماعية من نوع الملك أو ما كان يسمى بالعقارات الإسلامية أثناء الاحتلال الفرنسي أي العقارات التي يملكها الجزائريون بدون عقود رسمية ولم يملكها المعمرون الأوروبيون من قبل والتي كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والقواعد العرفية.

### الفقرة الثانية: العقارات التي لا تقبل الإثبات بالعقود العرفية:

وهي العقارات المفرنسة التي تم اكتسابها بموجب عقود رسمية سواء كانت إدارية أو توثيقية، وبموجب أحكام وقرارات قضائية مشهورة، وكذلك العقارات التي تملكها الأوروبيون في الجزائر حتى ولو انتقلت ملكيتها فيما بعد إلى الجزائريين لأن التصرف فيها يتم حتماً بعقود رسمية أو بقرارات قضائية.

كما أن المعمرين الفرنسيين والأوربيين بصفة عامة استولوا على الأرض بموجب قرارات إدارية أو عقود رسمية مشهورة في مصلحة الرهون العقارية فيتعين إتباع الرسمية في التصرفات الخاصة يمثل هذه العقارات سواء كانت أراض فلاحية أو بنايات مع الملاحظة أن أغلب هذا النوع من العقارات انتقلت ملكيتها للدولة بعد رحيل المعمرين والدولة لا تتصرف في العقارات إلا بقرارات وعقود رسمية أما العقارات التي تم مسحها فلا يمكن أن تنتقل فيها الحقوق العينية العقارية إلا بموجب عقود رسمية أو قرارات قضائية مشهورة عملاً بالمادتين 15 و16 من الأمر رقم 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس سجل العقاري وجاء في المادة 16 منه: "أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عين لا تكون لها أي أثر حتى بين الأطراف للأمن تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية".

### المبحث الثاني: حجية للعقود العرفية بعد جانفي 1971:

رأينا في المبحث السابق أن الورقة العرفية هي سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل موظف عام وأن هذا النوع من المعاملات التعاقدية جرى عليه التعامل بين الأفراد كونه وسيلة سهلة وسريعة ولنقص التكاليف والأعباء من رسوم وضرائب باهظة، وأن المشرع الجزائري أخذ بحجته هذه الأوراق العرفية وجعل لها مكانة بين الرسمية إذا كانت ثابتة التاريخ قبل مارس 1961 ثم إلى 31-12-1970 حيث نصت المادة 328 على حالات ثبوت التاريخ.

إلا أن الموانع والعقود التي مشت حرية التصرف في الملكية العقارية (33) الخاصة الفلاحية والمخصصة للبناء أدت إلى جعل المواطنين يلجؤون إلى المعاملات العرفية التي بعد 01-01-1971، مما جعل القضاء يتدخل على مراحل لإنهاء التضارب الحاصل حول تسوية هذه العقود (المطلب الأول) والموازنة بين الحصر القانوني والواقع الاجتماعي ومقتضيات العدالة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف القضاء من العقود العرفية المعاينة لمعاملات عقارية بعد

### 1جانفي 1971:

كان من المفروض أن تتجه الأحكام القضائية وخاصة تلك القرارات الصادرة عن المحكمة العليا بوصفها جهة قضائية عليا لتطبيق القانون وتوحيد الاجتهاد القضائي إلى الحكم ببطلان المطلق لكل التصرفات القانونية المنصبة على حقوق عينية عقارية

والمعاينة بعقود عرفية بعد صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 والمواد 793 وما يعدها من القانون المدني إلا أن مقتضيات الظروف التي سادت بعد الاستقلال مباشرة وأمام الغلق الفجائي لأغلب مكاتب التوثيق وتسارع أعمال المضاربة العقارية باللجوء إلى شراء الأراضي على مختلف أنواعها خطية لعقود عرفية لإنجاز مساكن تسائر التزايد السكاني الملحوظ ودون ترخيص قانوني أو تهرب من القيود المفروضة من تطبيق تدابير قانوني الثورة الزراعية والاحتياطات العقارية لصالح البلديات في مرحلة طويلة اقتضت تدخل القضاء بنوع من المرونة لإضفاء حماية لحاملي هذه العقود.

### الفرع الأول: الموقف الايجابي للقضاء الجزائري:

إن تدخل المشرع بأحكام قانون المالية التكميلي لسنة 1983 ورفع حظر تسجيل العقود العرفية أمام مصلحة التسجيل والطابع خلاف للحظر الوارد بالمادة 351 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 05-12-1976 المتضمن العقود العرفية المخالفة للمادة 12 من قانون التوثيق القديم، وتركزت الأشخاص يقومون ببناء مساكن لا تستجيب لقواعد التعمير في ظل قوانين تلازم بين ملكية الأرض والسند كشرط في عملية البناء فمكن هذا التصحيح القضائي من تحول العقد العرفي المعين لحقوق عينية عقارية إلى حكم قضائي نهائي يشكل سنداً صحيحاً لإثبات الملكية العقارية ويستمد حجته من قوة وحجية الحكم القضائي رغم الصعوبات التي واجهت عملية ضبط البطاقات العقارية على مستوى المحافظات العقارية عند إيداع تلك السندات فالعقود العرفية التي كانت محل تصحيح لم تكن تراعي التعيين الدقيق للعقار أو الحق العيني العقاري.

ولقد جاء في قرار صادر عن الغرفة المدنية للمحكمة العليا (المجلس الأعلى سابقاً) في 19-11-1990 "غير منشور": "... حيث يستخلص من القرار المطعون فيه (34) أن قضاة الموضوع ناقشوا العقد العرفي المحرر في 09-04-1981 واعتبروه صحيحاً وأنه أنشأ التزامات بين الطرفين طبقاً للمواد 72-351-361 من القانون المدني، وأن الملكية ثابتة وأن المشرع قصد تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية وأنه يعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين وأن قضاة الموضوع صرحوا على ضوء هذا بصحة العقد وصرحوا الأطراف إلى إتمام إجراءات البيع..."

كما أعد هذا التوجه قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 05-05-1995 تحت رقم 180101 "غير منشور": "... وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً وأنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بحذف المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في سنة 1970 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط."

إن هذا الاتجاه (35) يكون قد سائر المرحلة الممتدة من صدور القانون المدني حتى تعديله بموجب القانون 88-14 المؤرخ في 03-05-1988 والذي أقر بموجب إلغاء

نص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن مهنة التوثيق ونقلها حرفيا إلى نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني وهي فقرة عرفت شيوع ظاهرة التعامل العرفي والبناءات الفوضوية. وتدخل قانون المالية التكميلي سنة 1983 بموجب المادة 06/178 التي ألغت المادة 351 من الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم فرفعت حظر تسجيل العقود العرفية أمام مصلحة التسجيل المختصة بحيث أعطيت لهذه العقود المخالفة للمادة 12-13 من الأمن رقم 70-91 المتعلق بالتوثيق تاريخا ثابتا.

### الفرع الثاني: الموقف السلبي للقضاء الجزائري

جاء هذا الاتجاه القضائي (36) الحديث ليضع حدا للتناقض المسجل بين الغرفة التجارية والغرفة المدنية بالمحكمة العليا إذ وبمناسبة التصدي للملف رقم 136156 بتاريخ 18-02-1997 أعلم الغرفة المختلطة أحيل الأمر للغرفة المجتمعة بناء على نص المادة 22 من القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12-12-1989 المتعلق بالمحكمة العليا الذي بموجبه تم وضع حد نهائي للتضارب حول صحة العقود العرفية الثانية تاريخ بعد 01-01-1971

والجدير بالذكر أن هذا الموقف القضائي الجديد المكرس بدوره للرسمية في المعاملات العقارية قد شكل خطوة مهمة في حفظ وصون حقوق المتعاملة وحقوق الدولة التي حرمت لفترة طويلة من الزمن من مداخيل جبائية هامة جراء اللجوء المكثف إلى العقد العرفي فكان خيار الاستثمار وضرورة معرفة السند القانوني المثبت للوعاء العقاري أساس السياسة<sup>37</sup> العقارية المستقبلية ودافعا وراء تدخل قضاة الغرف المجتمعة بالقرار الحاسم المؤرخ في 18-02-1997.

إذن كان من اللازم على القضاء أن يساير المرحلة الجديدة المعلن عنها بعد صدور الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12-01-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري وتكريس العمل بالعقد الرسمي كأداة لإثبات الملكية العقارية وذلك بالعودة إلى التطبيق الصارم بنص المادة 12 من قانون التوثيق القديم الذي تضمنه الأمر رقم 70-91 ومن بين القرارات المكرسة لهذا الموقف<sup>38</sup>: قرار رقم 1996 مؤرخ في 28-06-2000 "غير منشور" جاء فيه: "العقود العرفية المحررة بعد تاريخ سريان قانون التوثيق ( الأمر رقم 90-91 ) تعد باطلة بطلانا مطلق"، وهذا الموقف الحديث للاجتهاد القضائي مناقض تماما لسابقه أي الموقف القديم للاجتهاد القضائي الذي عرضنه سابقا ولا بأس أن نضيف إليه قرار المحكمة العليا رقم 61796 مؤرخ في 19-01-1990 - غير منشور - "حيث أن الطاعن ليس له أي حق في طلب إلغاء العقد العرفي الذي اشترت به المطعون ضدها لأنه ليس طرفا في العقد ومن جهة فإن المادة 12 من قانون التوثيق ألغيت وأصبحت المعاملات الآن حرة ولذا فالوجه غير سديد".

## المطلب الثاني: آثار العقد العرفي الباطل ومسألة تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي.

إن العقود العرفية المحررة بعد صدور قانون التوثيق سنة 1970 ليس لها أي أثر سنة لنقل الحقوق العينية العقارية ولا يترتب عنها إلا حقوق شخصية لأطرافها. وبالتالي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا فيما يتعلق بالحقوق العينية العقارية ويجوز لكل ذي مصلحة أن يطلب إبطالها. كما يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا تطبيقا للمادة 324 مكرر من القانون المدني ونصوص أخرى تقضي بالبطلان المطلق:

### الفرع الأول: آثار العقد العرفي الباطل

إن العقود الباطلة (37) ترتب آثار أو التزامات شخصية مثل التعويض عن الأضرار الناشئة عن بطلان العقد وإرجاع ثمن البيع مقابل إخلاء العقار محل البيع إذا كان ممكنا وذلك لأن هنالك حالات يستحيل فيها إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل البيع بسبب تأميم العقار أو نزع ملكيته من أجل المنفعة العامة أو حلول البلدية محل أطراف العقد في حق الملكية العقارية وإدماجها في ممتلكات البلدية قصد إعادة بيعها لمن أقاموا عليها بناءات في إطار التسوية الإدارية طبقا للأمر رقم 85-01 المؤرخ في 13-08-1985 حيث تنص المادة 13 منه على أن كل نقل ملكية عقارية مخالف لأحكام المادتين 8 و9 أعلاه وأي نقل ملكية يتم بما يخالف القوانين المعمول بِنَجْز عنه بقوة.

القانون حصول البلدية محل أطراف صفقة النقل غير القانونية في حق الملكية دون رد الثمن المدفوع وهكذا فإن العقد العرفي الباطل بطلان مطلق يترتب آثار شخصية تصل في بعض الحالات إلى اكتساب حقوق عينية عقارية وعلى القاضي أن يميز بين هذه الآثار ومن الحقوق الشخصية وبين نقل العقد في حد ذاته للحقوق العينية العقارية.

فالأحكام التي تقضي بصحة البيع العرفي الصادر بعد 1970 هي مخالف للقانون ومعرفة للنقض والأحكام التي تقضي بصحة الاتفاق الوارد في العقد العرفي المنصب حول عقار، وصرف الطرفين إلى إتمام الإجراءات الشكلية والكتابة الرسمية أمام الموثق هي أيضا أحكام مخالفه للقانون ويستحيل تنفيذها عمليا لأن أطراف العقود العرفية يدفعون الثمن وقت تحرير العقد العرفي، أي في تاريخ سابق للحكم وللقرار وبالتالي لا يمكن دفعه بين يدي الموثق حسب ما يقتضيه القانون وأن الموثق ملزم باحترام النصوص القانونية وتحرير العقود وفقا للشكليات والإجراءات التي أوجبها المشرع كما أن البائع يمكنه أن يرفض إتمام إجراءات الكتابة الرسمية إلا إذا كانت مصلحته تقتضي ذلك ولا يوجد نص قانوني يلزم المتعاقد عرفيا بإتمام إجراءات الكتابة الرسمية وأن العقد الذي يمكن على أساسه إلزام البائع أو المشتري به هو الوعد بالبائع الذي يتم في الشكل الرسمي وفقا للمادة 71 حسب القانون المدني وفي الحالة الأخيرة القاضي لا يلزم أحد الطرفين بإتمام الكتابة الرسمية أمام الموثق بل يقضي بأن يحل

الحكم محل عقد الوعد بالبيع وبتنفيذ الحكم وإتمام إجراءات تسجيله وشهره بالمحافظة العقارية .

أما الاجتهاد المبني على المادة 106 من القانون المدني للحكم بصحة البيع العرفي للعقار مبررين ذلك على أن العقد العرفي صحيح يرتب التزامات على الطرفين وأن العقد شريعة المتعاقدين غير أن هذا الاجتهاد ليس له ما يبرره ومخالف للقانون وللمادة 106 من القانون المدني لكونه اعتمد على الفقرة الأولى من هذه المادة وأغفل الفقرة الثانية منها والتي تقضي بأنه لا يجوز نقض العقد ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون وأن القانون في هذه الحالة أوجب الرسمية تحت طائلة البطلان المطلق ثم أن المادة 106 من القانون المدني هي قاعدة عامة تحكم العقود بصفة عامة وأن العقارات تحكمها نصوص خاصة والخاص يقيد العام.

كما أن العقود العرفية الباطلة لها آثار تتعلق بالحيازة والتقدم المكسب إذا استمرت الحيازة بعد البيع أكثر من 10 سنوات لأن المشتري في هذه الحالة يعد حائزا بحسب نية وبسند عرفي ومن ثمة يمكنه التمسك بالتقدم المكسب القصير مدى سواء بتحرير عقد شهرة والدفع به أمام الجهات القضائية التي يجوز لها اعتبار العقد العرفي باطلا وفي نفس الوقت التصريح بامتلاك الشاري للعقار محل العقد العرفي بالتقدم المكسب مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أن يكون العقار محل العقد العرفي واقع في منطقة لم تشملها عملية المسح.

#### الفرع الثاني: تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي:

المشرع الجزائري لم يحدد أي شكل لإبرام العقد العرفي وبالرجوع إلى نص المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني ينص 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".

نستخلص من هذه المادة أن العقد غير الرسمي متى اشتمل على مضمون العقد وتوقيعات الأطراف وفي بعض الأحيان توقيعات الشهود تحول إلى عقد عرفي وتسري عليه أحكام المحررات العرفية من حيث قوة الإثبات وشروط صحته ولا يحتاج لإبطاله الطعن بالتزوير لكن بطلبات أو دفعات تقدم أمام أي جهة قضائية.

وعليه ينبغي على رجال القانون ولاسيما القضاة ومديري مصالح الأملاك العقارية العمومية والخاصة وأعضاء لجنة مسح الأراضي أن لا يندعوا بمظهر العقود الرسمية كأن تكون محررة من إدارة ما (38)، أو من ضابط عمومي ما أو مستخرجة من جهة رسمية ما إن كانت خالية من عيوب البطلان بتوافرها على جميع العناصر الشكلية والموضوعية التي أوجبها القانون ثم بعد ذلك أخذها كدليل إثبات ودراستها من حيث مضمون هذه العقود وعلاقتها بموضوع النزاع، مع تحري الدقة في انطباق العقد على الحق العيني العقاري محل الإثبات .

وفي حالة تأكدهم أن العقد غير رسمي بسبب انعدام الشروط التي أوجبهها القانون فلا يأخذون به ويمكن التصريح بإبطاله دون حاجة إلى الطعن في بالتزوير لأن هذا الإجراء لا يكون ضروريا إلا في العقود الرسمية المحررة بكيفية صحيحة والتي يعتبر ما ورد فيها حجة حتى يثبت تزويرها.

### المراجع

- 1- أنظر حمدي باشا عمر- نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري دار العلوم للنشر والتوزيع -الجزائر- ص116 وص117.
- 2- انظر القانون رقم 90-25- المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري.
- 3- وهي المادة المنقولة حرفيا عن المادة 12 من القانون رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن مهنة التوثيق الملغاة بمقتضى المادة 41 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن التوثيق.
- 4- أنظر رسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل بالمرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 31-09-1980 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19-05-1993 يتعلق بتأسيس السجل العقاري.
- 5- الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08-11-1971 للثورة الزراعية.
- 6- أنظر الأمر رقم 74-26 مؤرخ في 20-04-1974 يتضمن تكوين الاحتياطات العقارية لصالح البلدية.
- 7- أنظر حمدي باشا عمر. وكان الملكية العقارية الخاصة دار هومة -الجزائر- ص203
- 8- انظر الأمر رقم 75-74 مؤرخ في 12-11-1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.
- 9- المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في 13-09-1980 يتعلق بتأسيس السجل العقاري.

- 10- أنظر: ليلي زروقي وحمدى باشا عمر- المنازعات العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام - دار هومة- الجزائر 2013 ص245.
- 11- أنظر المرسوم رقم 93-123 مؤرخ في 19ماي 1993 المتعلق بتأسيس السجل العقاري
- 12- أنظر حمدى باشا عمر- حماية الملكية العقارية الخاصة - مرجع سابق ص22.
- 13- لقد حاول المشرع من خلال المرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 19-05-1993 التخفيف من عبء اللجوء إلى الجهات القضائية المختصة بغرض تصحيحها واكتفى بتوجيه الأطراف لا إلى الموثق لعدة أسباب:
- إفراغ العقود العرفية الثابتة التاريخ قبل 01-01-1971 في عقد موثق يقبل الإبداع ويتم شهره في المحافظة العقارية المختصة على أن يعاين هذا العقد التعيين الدقيق للعقارات والأشخاص المذكورين في العقد العرفي وكذا الشهود وبعض المعلومات الجوهرية الثابتة به، وذلك من أجل تسهيل ضبط البطاقة العقارية ويبدو كذلك أن محل الإبداع لدى المحافظة العقارية ليس هو العقد العرفي الثابت التاريخ المعاين للمعاملة العقارية التي خالفت الحظر المنصوص عليه بالمادة 12 من الأمر رقم 70-91 وإنما هو العقد الرسمي الذي يثبت إفراغ محتوى العقد العرفي تطبيقاً لمبدأ رسمية العقود الموجهة للشهر إذ يتمتع الشهر هنا بوظيفة إعلامية فقط وليس مصدراً للحق العيني لأن هذا الحق قائم وموجود قبل تاريخ 1جانفي 1971 بمقتضى التصرف المبرم.
- 14- أنظر عبد الحفيظ بن عبيدة إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري- دار هومة - الجزائر 2003 ص77.
- 15- تعرف المحررات العرفية على أنها سندات صادرة عن الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ولا تخضع شكلية معينة أثناء تحريرها، كما عرفها الأستاذان ميشال دوجبالل والآن بيبير وليامز بأنه: "عقد قام به طرفاه بتسوية علاقتهما القانونية دون الاستعانة بضابط عمومي" أنظر محمد أنز قاسم - أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية - منشورات الحلبي الحقوقية بيروت ط2003 ص153.
- 16- لكي يكون العقد العرفي صحيحاً ودليلاً للإثبات يشترط القانون أن يتضمن شرطين هما الكتابة والتوقيع أما الكتابة فلا تخضع لأي شكل في إعدادها بالنسبة للغة المستعملة ولا الشخص القائم بتحريرها ويترتب على هذه الحرية على أنه لا يؤثر في صحة العقد العرفي وجود شطب للكلمات أو تفسير أو إضافة بين السطور إذ يترك الأمر في تقدير ما يترتب عن هذه العيوب المادية للمحكمة ولا ضرورة لذكر مكان تحرير المحرر، أما بالنسبة للتوقيع فيتم عادة بالإمضاء أو بكتابة اسم الموقع ولقبه أو أي كتابة تدل على هوية الموقع أو البصمة كما يمكن أن تكون في شكل توقيع الكتروني. (أنظر محمودى عبد العزيز المرجع نفسه ص127).
- 17- أنظر حمدى باشا عمر- حماية الملكية العقارية الخاصة -مرجع سابق ص19.
- 18- أنظر دوة أسيا و رامول خالد: الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري - دار هومة- ط3 الجزائر 2011 ص21.

19- يختلف التسجيل عن الشهر العقاري ففي التسجيل لدى مصلحة التسجيل أما الشهر العقاري فيتم في المحافظة العقارية والمكلفة بعملية التسجيل هو مفتش التسجيل أما المكلف بعملية الإشهار العقاري فهو المحافظ العقاري (المرجع نفسه ص23).

20- وقد تأكد هذا المبدأ في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24-09-1990 تحت رقم 62624 وجاء فيه: "... وبما أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يعقده التسجيل هو إثبات التاريخ أما مضمون العقد العرفي فيبقى دائما بعيدا عن الرسمية " انظر حمدي باشا على نقل المصلحة العقارية في التشريع الجزائري مرجع سابق ص112.

21- أنظر: محمودي عبد العزيز، مرجع سابق ص132.

22- أنظر: علاوة بوتغرار- إكتساب السند لتاريخ ثابت بين نص المادة 328 من القانون المدني والمادة 89 من المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل والمتمم مقالة - محلية الموثق - صادرة عن الغرفة عدد للموثقين عدد8 -2002 ص11

23- انظر محمودي عبد العزيز، مرجع سابق ص130.

24- انظر مجلة الموثق 2002 مرجع سابق ص11

25- أنظر المرجع نفسه ص25.

26- نصت المادة الأولى من الأمر رقم 66-133 المؤرخ في 02-07-1966 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العمومي: " يعتبر موظفين الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة اللذين رسما في درج التسلسل في الإدارة " ونصت المادة 05 من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23-05-1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية: " تطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية تسمية موظف.. " وجاء في المادة 04 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15-07-06 المتضمن القانون الأساسي العام للتوظيف العمومية " يعتبر موظف كل كعون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسوم في رتبته من السلم الإداري والترسيم هو الإجراء الذي يتم خلاله تثبيت الموظف في رتبته " شريطة أن يمارسوا نشاطهم في المؤسسات والإدارات العمومية ومن بين الموظفين المعنيين بتحرير العفو ومنحها الصبغة الرسمية:

- مدير أملاك الدولة : وهو عون الدولة المفوض من وزير المالية طبقا لأحكام المادة 120 من القانون رقم 90-30 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن قانون الأملاك الوطنية وكذا المرسوم رقم 91-454 المؤرخ في 23-11-1991 المتضمن شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامّة التابعة للدولة وتسييرها وكذا المرسوم رقم 91-65 المؤرخ في 02-03-1991 المتضمن المصالح الخارجية للأملاك الدولة وأخيرا القرار المؤرخ في 20-01-1992 المتضمن تفويض مديري أملاك الدولة للولاية إعداد العقود التي تهم الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الدولة.

- كتابة ضبط المحاكم : طبقا لأحكام المادة 62 من المرسوم رقم 76-63 مؤهلة بإفراغ الأحكام والقرارات القضائية في شكلها الرسمي وتودع للمحافظات العقارية للإشهار وكذلك طبقا للمادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 90-31 المؤرخ في 30-07-1990 المتضمن القانون الأساسي لموظفي كتاب الضبط للجهات القضائية .

- القضاة الشرعيون : سواء كانوا يعملون في المحاكم الشرعية يشرف عليها قاضي شرعي أو باش عدل فإن العقود المحررة من طرفهم أخذت صبغتها الرسمية واكتسبت تاريخها الصحيح وظلت أعمال هؤلاء القضاة سارية المفعول إلى حين صدور التقنين الخاص بالتوثيق بموجب الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 فألغيت مهامهم بموجب المادة 49 منه حيث يطلبون من وزير العدل حافظ الأختام إعفائهم من مهامهم خلال 3 سنوات من قبل ولقد أكد القرار رقم 40-97 المؤرخ في 03-06-1998 الذي كرسته المحكمة العليا الاعتراف بعقود هؤلاء القضاة الشرعيون بقولها: "من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسب نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميون تعد عنوان للحقيقة على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ حيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواه " المجلة القضائية 1992 عدد 1 ص119.

27- الضابط العمومي هو الذي يتولى تحرير العقود أو المحررات التي يحدد القانون صبغتها الرسمية أو التي يود الأطراف إعطاءها هذه الصبغة مثل الموثق الذي انتقل من صفة الموظف العام عندما كان تابعا لوزارة العدل على مستوى المحاكم بموجب الأمر رقم 70-91 إلى صفة الضابط العمومي يعمل لحسابه الخاص يقوم بمهمة عمومية يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صبغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصبغة، وكذا المحضر القضائي فهو ضابط عمومي حيث تنص المادة 05 من القانون المؤرخ في 08-01-1991 بأن المحضر ضابط عمومي يتولى تبليغ المحررات والإعلانات القضائية والإشعارات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات، وتنص المادة 20 من نفس القانون على أن تحرر العقود من قبل المحضر القضائي يحدد شكلها وفقا للتشريع المعمول به، ( أنظر د. محمودي عبد العزيز والمرحوم حاج علي السعيد، ص162 ).

28- أنظر مجلة الموثق 2002 مرجع سابق ص12.

29- مقالة للأستاذ: سعداوي عبد الحميد - مجلة الموثق 2002 مرجع سابق ص28.

30- أنظر عبد الحفيظ بن عبيدة، مرجع سابق ص 79-80.

31- أنظر محمودي عبد العزيز - مرجع سابق ص137.

32- أنظر: حمدي باشا عمر - نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري - مرجع سابق ص115.

33- أنظر محمودي عبد العزيز - مرجع سابق ص140.

34- لم تعد الجهات القضائية في تطبيقها للمادة 12 من الأمر رقم 70-91 - تفرق بين الاتفاق والعقد فتم رفض الطلبات القضائية إبرامه إلى الجهة بإثبات صحة العقود العرفية المنصبة على حقوق عينية عقارية وهذا التفسير للمادة 12 من الأمر رقم 70-91 جاء بعد صدور القانون المدني الصادر بالأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1995 المعدل والمتمم الذي بين بدقة في المواد 792-793 أن لبيع العقاري يجب أن يفرغ في شكل رسمي مع احترام إجراءات الشهر العقاري تحت طائلة البطلان المطلق وأن نقل الملكية العقارية حسب المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي

العام وتأسيس السجل العقاري - لا وجود له بين الطرفين وبالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية وهي خطوة في تكوين سجل العقاري طالما أن قواعد شهر المحررات الرسمية تقتضي مراعاة مبدأ الشهر المسبق لمعرفة سلسلة تداول الأموال العقارية في ظل الاتجاه الرامي إلى تحرير المعاملة العقارية بعد صدور قانون التوجيه العقاري رقم 25-90 المؤرخ في 18-11-1990 المعدل والمتمم ومقتضيات القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01-12-1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير الذي كرس تعلق البناء بملكية السند .

35- بمقتضى المادة 29 من القانون رقم 25-90 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم لم تعد تخضع المعاملات العقارية لأي شرط أو قيد الا لشرط الرسمية واحترام قواعد الشهر العقاري، وكما كرس القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-04-1991 المتضمن قانون الأوقاف المعدل والمتمم نفس المبدأ بموجب المادة 41 من حيث نصت: " .. يجب على الواقف أن يقيد بعقد لدى الموثق وأن يسجل لدى المصلحة المكلفة بالسجل العقاري..".

كما تضمنت المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 نفس الحكم المتعلق بعقد البيع على التصاميم فكان الاتجاه القضائي الحديث لقد ساير هذه القوانين الخاصة التي أوجبت الشكلية في المعاملات العقارية وتحت طائلة البطلان بما يتماشى والسعي إلى تكريس السجل العيني.

36- أنظر: حمدي باشا عمر -القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، ط2010 -دار هومة- الجزائر ص10.

37- أنظر: عبد الحفيظ بن عمدة مرجع سابق ص88.

38- المرجع نفسه ص62.