

جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق والعلوم السياسية

الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

تحت إشراف:

أ.د. كحلولة محمد

من إعداد الطالبة:

أ.د. شيخ سناء

أعضاء لجنة المناقشة:

أ.د. بن عمار محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	رئيسا
أ.د. كحلولة محمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تلمسان	مشرفا ومقررا
أ.د. جعفر محمد السعيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيزي وزو	مناقشا
أ.د. فيلالي بومدين	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	مناقشا

السنة الجامعية : 2011-2012

إهداء

إلى والديّ الكريمين اللّذين لم يبخلوا عليّ بجهدهما و مالهما من أجل

تربيتي و تعليمي حفظهما الله.

إلى أخي و أخواتي الأعزّاء.

إلى زوجي و عائلته الكريمة حبّاً و امتناناً.

إلى أساتذتي الأجلّاء اللّذين ساهموا في تكويني تقديراً و عرفاناً

بفضلهم عليّ.

إلى كلّ اللّذين ساعدوني على إنجاز هذا البحث.

أهدي هذه الدراسة المتواضعة راجية من الله أن تنال رضاهم.

كلمة شكر

أتقدّم بالشكر الجزيل إلى أستاذي الفاضل الدكتور: مخلولة محمد الذي وافق على الإشراف عليّ، و منحني من وقته الثمين، و لم يبخل عليّ بإرشاداته و توجيهاته القيّمة التي ساعدتني على إنجاز هذا البحث.

كما أخصّ بالشكر الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة الذين تحملوا عبء قراءة هذا البحث، و قبلوا المشاركة في مناقشته جزاهم الله جميعاً أوفر الجزاء.

قائمة المختصرات

أولا : باللغة العربية

اج.ق.....	الاجتهاد القضائي
ج.....	جزء
ج.ر.ج.ج.....	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية
س.....	سنة
ص.....	صفحة
ط.....	الطبعة
ع.....	العدد
غ.اج.....	الغرفة الاجتماعية
غ.أ.ش.....	غرفة الأحوال الشخصية
غ.ت.بح.....	الغرفة التجارية و البحرية
غ.ع.....	الغرفة العقارية
غ.ق.خ.....	غرفة القضاء الخاص
غ.م.....	الغرفة المدنية
غ.مج.....	الغرفة المجتمعة
ق.....	قانون
ق.أ.....	قانون الأسرة
ق.إ.م.إ.....	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.ت.....	القانون التجاري
ق.ع.....	قانون العقوبات
ق.م.....	القانون المدني
م.أ.....	المجلس الأعلى
م.ج.ع.ق.إ.س.....	المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية
م.ع.....	محكمة عليا
م.م.ع.....	مجلة المحكمة العليا

م.ق.....مجلة قضائية	ق.
ن.ق.....نشرة القضاة	ق.
هـ.....هامش	هـ.

Abréviations

ثانيا : باللغة الفرنسية

Art.préc.....	Article précité
Bull.Civ.....	Bulletin des arrêts de la cour de cassation, chambres civiles
C.....	cour d'appel
Cass.....	cour de cassation
Cass.Civ.....	Cour de cassation, chambre civile, section civile
D.....	Dalloz
E.D.....	Encyclopédie Dalloz
J.O.....	Journal officiel
J.O.R.F.....	Journal officiel de la république Française
N°.....	Numéro
Op.cit.....	Ouvrage précité
P.....	Page
T.....	Tome
V.....	Voyez

مقدمة

تُعدّ الإرادة أحد الموضوعات الرئيسية في القانون فهي أساس التصرف القانوني الذي يجري الفقه على تعريفه بأنه اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معيّن⁽¹⁾، أي أنّ الإرادة تعتبر جوهر التصرف فهي التي تنشئ هذا التصرف و هي التي تحدّد آثاره، و لكن الإرادة ظاهرة معنوية تتكون داخل الإنسان لا يعلمها من الناس إلا صاحبها و لا يعلمها غيره إلا إذا عبّر عنها بأحد مظاهر التعبير⁽²⁾، و من هنا كانت حتمية التعبير عن الإرادة حتى يرتب القانون عليها أثرا.

و التعبير عن الإرادة كقاعدة عامة يتركه المشرع لحرية الأفراد، فالمبدأ هو حرية التعبير و هذا تطبيقا لمبدأ الرضائية، أي أنّ الرضا وحده كاف لإنشاء التصرف القانوني بغضّ النظر عن الطريقة التي يعبّر بها الأفراد عن إرادتهم⁽³⁾، إلا أنّ المشرع قرّر استثناء بالنسبة لبعض التصرفات القانونية أن يتمّ التعبير عنها بطريقة محدّدة، و هذه هي التصرفات الشكلية⁽⁴⁾.

و إذا كان المبدأ العام هو الرضائية في إبرام التصرفات القانونية و الاستثناء هو الشكلية، فإنّ هذا جاء نتيجة تطور طويل في القانون بدأ في القانون الروماني و استمر خلال القرون الوسطى تحت تأثير القانون الكنسي و تابع تطوره حتى أصبح مبدأ مسلما به في القوانين الحديثة و من بينها القانون الفرنسي و القانون الجزائري.

(1) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ج 1، ط 2، دار الهدى، الجزائر، 2004، ص 80.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1952، رقم 75، ص 174-175.

(3) علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 21.

(4) محمد حسين منصور/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006، ص 58-59.

و لمسايرة التطور الذي لحق الشكلية في كنف القانون يجب أن نقف على مراحلها المختلفة. ففكرة الشكل تجد جذورها في القانون الروماني ذلك أنّ المقرر في القوانين الرومانية القديمة أنّ الإرادة لم تكن قادرة بحدّ ذاتها على إنشاء التصرفات القانونية، بل كان يشترط لتمكين هذه الإرادة من إنتاج آثارها القانونية ضرورة إفراغها في شكل رسمي يحدده القانون، و هو شكل كان يتحقق بحضور أفواج من الشهود و بتبادل العبارات الرسمية و القيام بطقوس معينة دقيقة و الاحتفال بقيام العقد احتفالاً رسمياً لكي يعتبر العقد قائماً و صحيحاً، و عليه فإنّ الشكل هو الذي كان يجعل أيّ تصرف تصرفاً صحيحاً⁽¹⁾، و من ثمّ كان أيّ خطأ في أيّ إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف بصرف النظر عمّا اتجهت إليه الإرادة، و على العكس من ذلك فإنّ استيفاء الإجراءات الشكلية يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني بدون الاهتمام بالإرادة ذاتها فلا يهمّ أن تكون سليمة أو معيبة⁽²⁾.

و استناداً لهذه الاعتبارات نشأت في كنف القانون الروماني القاعدة الشهيرة أنّ: " الاتفاق المجرد من الشكل لا تنشأ عنه دعوى" أي أنّ الاتفاق المجرد لم يكن كافياً لإنشاء الالتزام، و بمعنى آخر لكي يصبح الاتفاق عقداً يجب أن يصاغ في أحد الأشكال التي قررها القانون و بذلك يصبح له أثر⁽³⁾.

لكنّ الأمر لم يبق على هذا النحو، بحيث عرف المجتمع الروماني تطوراً كبيراً شمل معظم النواحي السياسية و الاقتصادية و الاجتماعية ممّا أدّى إلى رواج التجارة و ازدياد المعاملات بين مختلف الشعوب، و كانت الشكلية الجامدة تعرقل سير هذه المعاملات فانعكس هذا على التفكير القانوني و أدّى إلى اعتراف القانون الروماني بقدرة الإرادة على إنشاء العقد

(1) خليفاتي عبد الرحمان/ مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1987، ص6.

(2) علي محي الدين علي/ مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، ج 1، ط 1، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، 1985، ص25.

(3) TERRE.F, SIMILER.P, LEQUETTE.Y: Droit civil, les obligations, 9^{eme} édition, Dalloz, 2005, n°31 , p 35- 36.

دونما أيّة حاجة لإفراغها في الشكل الرسمي الذي يحدّده القانون، و عليه برزت العقود الرضائية⁽¹⁾.

على أنه بالرغم من تطور القانون الروماني إلا أنه لم يقرّر في أيّ مرحلة من مراحلها مبدأ سلطان الإرادة في العقود بل اعتبر أنّ الشكلية هي الأصل و الرضائية استثناء يرد عليها، و استمرت الشكلية هي المبدأ العام في التصرفات القانونية حتى نهاية القرن الثاني عشر ثمّ أخذت في التدهور و بدأ دورها يتقلص شيئاً فشيئاً⁽²⁾.

مع تقلص دور الشكلية استقرّ مبدأ الرضائية و ضعف مبدأ الشكلية في القرن السابع عشر بسبب سيادة المذاهب الفردية في النواحي الاقتصادية و الفلسفية و السياسية، و هي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد و وجوب استقلال إرادته و تسيير هذه الإرادة لكلّ ما في الحياة من نظم اقتصادية و اجتماعية. فتلقّت الثورة الفرنسية هذه النظريات و قامت عليها و سلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر فوضع قانون نابليون سنة 1804 على أساس تقديس حرية الفرد و الإمعان في احترام إرادته⁽³⁾.

بعد أن استقرّ مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية أصبح التراضي هو الركن الأساسي في التصرف القانوني، و من ثمّ أصبحت الإرادة وحدها مجردة من أيّ شكلية كافية لإنشاء التصرف، و هكذا أصبحت الرضائية مبدأ عاماً في إبرام التصرفات القانونية و اعتبرت

(1) التي تتمثل في: البيع و الإيجار و الوكالة و الشركة، و قد ظهرت إلى جانب هذه العقود الرضائية طائفة العقود العينية و طائفة العقود غير المسماة، إلى جانب ما كان يعرف تحت اصطلاح " الاتفاقات البريتورية" و التي كان يستخدمها البريتور (الحاكم القضائي) لحماية الاتفاقات الخالية من التدليس.

- لتفاصيل أكثر يراجع: جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة فيصل كلثوم/ المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط 2، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، 2008، ص56-57.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المرجع السابق، رقم 42، ص143-144.

(3) RENAULT.C: Droit civil, les obligations, 3^e édition, Gaulino Editeur, Paris, 2004, p 39.

الشكلية مجرد استثناء، و إذا كان هذا موقف القانون الفرنسي⁽¹⁾ فإنّ الكثير من التشريعات الحديثة اعتمدت نفس الموقف كالتشريعات العربية⁽²⁾ و من بينها التشريع الجزائري و هو ما سنراه في التحليلات اللاحقة.

و بالرغم من ضعف مبدأ الشكلية إلا أنّ ذلك لم يؤد إلى اختفائها تماما بل بالعكس من ذلك فقد عادت الشكلية للظهور و النموّ من جديد، و هذا بسبب المزايا الكثيرة التي يقدّمها الشكل باعتباره وسيلة فنيّة قانونية يستعملها المشرع لتحقيق أغراض شتى⁽³⁾.

إلا أنّ الفقه لم يتفق بشأن مدلول التطور الذي لحق الشكلية منذ صدور قانون نابوليون، فتحدّث البعض عن عودة ميلاد الشكلية في القانون⁽⁴⁾، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول

(1) تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد في القانون الفرنسي نصّ صريح يقرر مبدأ الرضائية، و لكن يجمع الفقه على أنّ هذا المبدأ قد أقره المشرع ضمنا دون الحاجة إلى نص صريح. يراجع بهذا الصدد:

-H.L Et J.MAZEAUD:Leçons de droit civil, tome 2, les obligations, théorie générale, 9eme édition, par : F.CHABAS, Montchrestien, DELTA,2000, n°116, P103.

- TERRE.F,SIMILER.P,LEQUETTE.Y,op.cit, n°28,p33.

(2) من بين التشريعات العربية القانون المصري الذي نص في المادة 49 من القانون المدني المصري على ما يلي: " يتمّ العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين"، و يعتبر الفقه أنّ هذا النص تقرير صريح لمبدأ الرضائية.

- يراجع: محمد حسين منصور/ النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص49.
- أمّا بالنسبة للقانون اللبناني، فقد كرس المشرع مبدأ الرضائية كأصل عام و الشكلية كاستثناء عنها و ذلك بصورة واضحة و صريحة فلقد نصّ في المادة 2/171 من قانون الموجبات و العقود على ما يلي: " في الأساس تتكون العقود بمجرد رضا المتعاقدين الاختياري فلا يتحتم إبرازها في أيّة صيغة رسمية إلا بمقتضى نص من القانون يوجب استعمالها".

- يراجع: محمد علي عبده/ دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، لبنان 2007، ص59.
(3) زاوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، بحث مقدّم للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، ص3.

(4) MOENECLAHEY Pierre:La renaissance du formalisme dans les contrats en droit commercial, thèse, Lille, 1914.

باستمرار الشكالية و حجتهم في ذلك أنّ الشكالية لم تمت أبدا حتى تولد من جديد⁽¹⁾، فهي لم تختف و لم تستغن عنها النظم القانونية و لكنها تغيرت فقط فلم يعد يوجد في النظم القانونية الحديثة مجال للشكالية القديمة المفرطة و التي تعتبر أنّ الشكل هو أساس إبرام التصرفات القانونية و ترتيب آثارها و التي كانت سائدة في النظم القانونية القديمة، فالشكل بمعناه الحديث لا ينشئ بمفرده التصرفات القانونية و إنما يضاف إلى الإرادة في تكوينها.

هذا الخلاف الفقهي حول التطور الذي لحق الشكالية في القانون الحديث يكشف عن عدم وجود مفهوم قانوني محدّد متفق عليه من جانب الفقه، و يفرض بداية أن نحدّد بوضوح في هذه الرسالة المقصود بالشكالية في التصرف القانوني.

هذا و إنّ الشكالية الحديثة في التصرفات القانونية تهدف إلى تحقيق مزايا عديدة فهي تبعث الثقة لدى الأفراد و تقويّ الائتمان، و من ثمّ توقّر الاستقرار في المعاملات و تحقق الأمن القانوني⁽²⁾ و هي مهام تعجز الرضائية عن تحقيقها بصورة كافية ممّا يستدعي اللجوء إلى الشكالية كوسيلة ممتازة لتحقيقها، و لهذا نجد معظم التصرفات الهامة أو الخطيرة أو المعقدة أو طويلة الأمد تصرفات فرض المشرع إفراغها في شكل محدّد لانعقادها، و مثالها التصرفات الواردة على العقار و عقود الشركات و العقود الواردة على المحلات التجارية و السفن و العقود الواردة على الملكية الصناعية و التجارية و بعض عقود العمل.

و لما كانت الملكية العقارية ذات وظيفة اجتماعية و كانت من عناصر الثورة القومية فكان لزاما أن تتوافر لها الحماية القانونية من كل اعتداء يتعرض له المالك، و عدم المساس بحق الملكية كي تحقق وظيفتها الاجتماعية و الاقتصادية، و من ثمّ وجب إحاطة حق الملكية بضمانات لاستقرار الملكية و تدعيم الائتمان العقاري، و قد و جدت الدول و من بينها الجزائر أنّ من أهمّ الوسائل لحماية الملكية العقارية و ضمان استقرار المعاملات الواردة عليها هو الشكل.

⁽¹⁾ BONNECASE/ Supplément au traité théorique et pratique de droit civil, de Baudry-Lacantinerie, tome 2, 1924, n°380.

⁽²⁾ فيما يتعلق بأهداف الشكل يراجع: صفحة 34 و ما بعدها من هذه الرسالة.

و يبدو لنا أنّ موضوع هذه الدراسة يكتسي أهمية بالغة إلا أنّه لم يحظ بنصيب وافر من البحث من طرف الفقهاء الذين اکتفى بعضهم بدراسة الشكلية ضمن فقرات مقتضبة في المؤلفات المتعلقة بالنظرية العامة للالتزام، و لعلّ السبب في ذلك يرجع إلى أنّ التصرفات الشكلية كانت قليلة بحيث لم تكن هناك حاجة لدراستها.

غير أنه في هذا الوقت الذي تشهد فيه التشريعات الحديثة و من بينها التشريع الجزائري اتجاها متزايدا نحو التصرفات الشكلية و تراجعاً ملحوظاً لمبدأ الرضائية، إضافة لما تثيره الشكلية في إطار التصرفات العقارية من إشكالات قانونية، و كثرة القضايا المطروحة أمام القضاء بهذا الشأن كان من الضروري البحث في هذا المجال نظراً لأنّ هناك اتجاهات قضائية مختلفة حول مسألة الشكلية.

إنّ فإنّ هذا النقص و التناقض الذي تعرفه الدراسة القانونية و القضائية فيما يخص الشكلية في إطار التصرفات العقارية هو الذي جعلني أتناوله كموضوع لبحثي، محاولة في ذلك الاهتمام بالناحيتين النظرية و التطبيقية للتعريف بما جاد به الاجتهاد القضائي الجزائري في هذا المجال من خلال جمع القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا، إضافة إلى ما نصت عليه التشريعات المقارنة خاصة منها القانون الفرنسي و الاجتهاد الصادر عن محكمة النقض الفرنسية للاستئناس بالحلول التي منحت لبعض الإشكالات القانونية و لإيضاح بعض المفاهيم لا سيما تلك التي لم يتطرق لها القانون أو القضاء الجزائري.

إذا كان القانون قد اشترط إفراغ بعض التصرفات القانونية في شكل محدّد قانوناً لانعقادها صحيحة، فإنّنا نخصّ بالدراسة في هذه الرسالة أحكام الشكلية في إطار التصرفات العقارية.

و إذا كانت المعاملات المدنية الواردة على العقارات قد عرفت تطوراً كبيراً ممّا أدّى إلى اتساع نطاق التصرفات غير المسماة و هي التصرفات التي لم ينص القانون على القواعد التي تحكم انعقادها و آثارها، فبالنسبة لهذه الدراسة سنقتصر على دراسة الشكلية في التصرفات

العقارية الواردة في القانون المدني و القوانين المعدلة و المتممة له، كقانون الأسرة باعتباره مكملاً له، و كذا في بعض القوانين الخاصة كقانون التوثيق و قانون الأوقاف.

و تجدر الإشارة إلى أنّ دراستنا للشكالية في إطار التصرفات العقارية لن تكون دراسة تاريخية لأنّ هذه مهمة من يبحث في تاريخ النظم القانونية، و لن تكون دراسة مقارنة على أساس البحث في أوجه الشبه و الاختلاف بين التشريع و القضاء الجزائريين لأنّ دور القضاء هو تطبيق القانون و ليس مخالفته، و إنما سنتناول في هذه الدراسة مختلف المسائل التي تثار في إطار الشكالية في التصرفات العقارية، و ذلك من خلال دراسة نظرية و تطبيقية، فنقطة البداية هي النصوص القانونية، فمنها ننطلق من فكرة نظرية موجودة في القانون الجزائري إلى فكرة تطبيقية في مجال القضاء الجزائري.

بناء على ما سبق ذكره نتحصر إشكالية الموضوع مجال البحث في التساؤل بداية عن مفهوم الشكالية و مكانتها في النظرية العامة للالتزام ثمّ في الوقوف على الأحكام التي تنظم هذه الشكالية في التصرفات الواردة على العقار.

و على هذا الأساس فإنّ منهجية بحثنا تتضمن القيام بدراسة شاملة لماهية الشكالية في التصرفات القانونية من خلال تحديد مفهوم الشكالية، و تحديد النظام القانوني للتصرف القانوني الشكلي (القسم الأول) لكن لما كانت التصرفات الواردة على العقارات تنقسم إلى عدّة تقسيمات كان ضروريا استعراض أحكام الشكالية في هذه التصرفات على ضوء التشريع و القضاء الجزائريين (القسم الثاني)، و عليه فإنّ محاور البحث ستكون كالتالي:

القسم الأول: ماهية الشكالية في التصرفات القانونية.

القسم الثاني: أحكام الشكالية في التصرفات الواردة على العقارات.

القسم الأول:

ماهية الشكلية في التصرفات القانونية

لم يتفق الفقهاء على فكرة معيّنة للشكلية، فذهب بعضهم إلى أنّها ركن أساسي لقيام التصرف القانوني، في حين ذهب آخرون إلى أنّها تشمل الشكل باعتباره ركناً لانعقاد التصرف القانوني و أشكالاً أخرى، الأمر الذي يقتضي تحديد ماهية الشكلية في التصرفات القانونية من خلال تحديد مفهوم الشكلية (الباب الأول)، و تحديد النظام القانوني للتصرف الشكلي (الباب الثاني).

الباب الأول: مفهوم الشكائية

لم يتفق الفقهاء على فكرة محدّدة للشكائية، فالبعض⁽¹⁾ يحصرها في معنى ضيق بأن يقصرها في مجموعة من الإجراءات الواجب القيام بها لتمام التصرف أي تلك الكيفية أو الطريقة التي يتمّ بها التعبير عن الإرادة و إبرام التصرف. و وفقا لهذا المعنى فإنّ التصرفات الشكائية هي التصرفات التي يتطلب المشرع لصحتها إفراغها في شكل محدّد يرسمه لأطرافها.

و يمنحها البعض الآخر⁽²⁾ معنى واسعا بأن يدخل في نطاق مفهوم الشكائية كلّ الإجراءات و الأشكال الواجب إتباعها لانعقاد التصرفات القانونية و لفعاليتها، فالشكائية بهذا المعنى لا تقتصر على الإجراءات اللازمة للتعبير عن الإرادة و إبرام التصرف، و إنما تدخل فيها أيضا الأشكال الواجب إتباعها لفعالية التصرف القانوني أي لنفاذه و سريانه.

و بناء على ما سبق، يتبيّن أنّ الفقه انقسم إلى اتجاهين عند تعريفه للشكائية، فقصرها الأول على أنها ركن أساسي لقيام التصرف القانوني، في حين ذهب الثاني إلى أنّ الشكائية تشمل الشكل باعتباره ركنا لانعقاد التصرف القانوني و أشكالا أخرى ترمي إلى أغراض أخرى كشكل الإثبات و التسجيل و الشهر.

(1) انظر في هذا المعنى:

- محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص58-59.

- علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص21-22.

- حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، جامعة بن عكنون- الجزائر، 1987، ص 221-222.

(2) V. en ce sens :

- GENY/ Science et technique en droit privé positif, Paris 1925, p203.

- BONNECASE/ op.cit, p308.

- ROUBIER/ Théorie général de droit, p 92 ; cité par ZOUAOUI Mahmoud, op.cit, p 39.

و بما أنّ الشكلية تستلزم وجود شكل معيّن، لا بدّ من تحديد مفهوم الشكل في حدّ ذاته. فالشكل مفهومان من الناحية الفلسفية⁽¹⁾: مفهوم أول يقصد به كيفية وجود شيء معيّن، و وفقا لهذا المفهوم الفلسفي فإنّه لا يمكن الفصل بين الشكل و المضمون، كما أنه لا يمكن تصوّر شكل بلا مضمون أو مضمون بلا شكل، و إذا انتقلنا بهذا المفهوم الفلسفي إلى دائرة القانون فإنّ هذا يؤدي بنا إلى القول بأنّ الشكل يقتصر مفهومه على الشكل اللازم لتكوين التصرف القانوني دون غيره من الأشكال الأخرى اللاحقة على تحقيق وجوده القانوني. أمّا المفهوم الثاني للشكل فيعني المظهر الخارجي لشيء ما، و طبقا لهذا المفهوم فإنّه يكون من الممكن الفصل بين الشكل و المضمون دون أن يؤثر ذلك في وجود و ذاتية كلّ منهما، كما أنه يكون من المتصور أن يوجد مضمون بلا شكل أو شكل بلا مضمون، و إذا انتقلنا بهذا المفهوم إلى نطاق القانون فإنّه يترتب على ذلك أنّ الشكل هو عبارة عن المظاهر الخارجية التي تحيط بالتعبير عن الإرادة و بالتالي فإنّ السند المثبت للتعبير يعتبر شكلا و كذلك كافة الإجراءات الأخرى التي تحيط به كإجراءات الشهر.

و وفقا لهذين المفهومين، هل الشكل بالمعنى القانوني هو الكيفية التي يوجد عليها التصرف القانوني أم أنها المظاهر الخارجية التي تحيط به؟

يمكن القول بالتالي أنه يقصد بشكل التصرف القانوني الكيفية أو الطريقة التي يتمّ بها التعبير عن الإرادة، و هو بذلك يعدّ أحد العناصر اللازمة لوجود التصرف القانوني (الفصل الأول)، و من ثمّ يتميّز الشكل الذي يعتبر ركنا في التصرف بنصّ القانون عن الشكل المتطلب للإثبات و عن التسجيل و الشهر (الفصل الثاني).

⁽¹⁾GUERRIERO Marie-Antoinette :L'acte juridique solennel, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975, p 8.

الفصل الأول:

مفهوم التصرف القانوني الشكلي

ذكرنا أنّ الشكل هو الطريقة التي حدّدها المشرع للتعبير عن الإرادة بالنسبة لتصرفات معيّنة و ذلك استثناء من مبدأ الرضائية، فالشكل إذن خروج عن مبدأ حرية التعبير عن الإرادة. فهل كلّ خروج عن مبدأ حرية التعبير يعتبر شكلاً؟ وما هي الأسباب التي تجعل المشرع يخرج عن مبدأ الرضائية؟

الإجابة على ذلك تقتضي بداية تعريف التصرف القانوني الشكلي (المبحث الأول)، ثمّ بيان الغاية من الشكل (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

تعريف التصرف القانوني الشكلي

إنّ التصرف القانوني تعبير عن الإرادة يرمي إلى إحداث أثر قانوني⁽¹⁾. نستنتج من هذا التعريف أنّ هناك عنصرين أساسيين للتصرف القانوني هما الإرادة و التعبير، فالإرادة ظاهرة نفسية كامنة في نيّة صاحبها و ضميره و لكي يعتدّ بها القانون يتعيّن التعبير عنها لتظهر في العالم الخارجي.

و كقاعدة عامة فإنّ الشخص حرّ في التعبير عن إرادته بالطريقة التي يراها مناسبة، ذلك أنّ القانون لا يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة بطريقة معيّنة تطبيقاً لمبدأ الرضائية⁽²⁾، غير أنه أورد استثناء على هذا المبدأ فأوجب المشرع أن يتمّ التعبير عن الإرادة في بعض التصرفات بطريقة محدّدة على سبيل الإلزام و هذه هي التصرفات الشكلية⁽³⁾.

(1) علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص21.

(2) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص83.

(3) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء

الأول، المرجع السابق، رقم 76، ص177.

بالتالي يعدّ الشكل ، استثناءً ، التنظيم القانوني للتعبير عن الإرادة في التصرفات الشكلية، فعندما نتحدث عن شكل تصرف قانوني فإننا نقصد شكل التعبير عن الإرادة و ليس شكل الإرادة نفسها، لأنّ الإرادة ظاهرة معنوية كامنة في النفس لا يعلمها إلا صاحبها و لا يعلمها غيره إلا إذا تمّ التعبير في شكل معيّن، و من هنا يظهر جلياً العلاقة بين الشكل و التعبير.

نستنتج ممّا سبق، أنّ الشكل هو شكل التعبير عن الإرادة المحدّد إلزامياً عن طريق القانون، وهذا لا يكفي لتحديد الفرق بين التصرف الرضائي و التصرف الشكلي، فبالنسبة للتصرف الرضائي يكفي لصحته وجود التراضي فقط، بينما لا يقوم التصرف الشكلي إلا بتوافر ركنيه التراضي و الشكل. و من ثمّ هناك علاقة بين الشكل و التراضي.

إنّ تحديد المقصود بالتصرف القانوني الشكلي يتطلب من جهة دراسة الشكل و التعبير عن الإرادة (المطلب الأول) و من جهة أخرى دراسة الشكل و التراضي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشكل و التعبير عن الإرادة

الإرادة ظاهرة معنوية تتكوّن داخل الإنسان لا يعلمها إلا صاحبها، و حتى تنتج آثارها لا بدّ من التعبير عنها لأنّ القانون لا يحكم إلا الظواهر المادية الموجودة في الواقع، و من هنا كانت ضرورة التعبير عن الإرادة ، فالإرادة لا بدّ من أن يعبر عنها خارجياً أي أن يكون لها مظهر مادي يكشف عنها حتى يرتب لها القانون أثراً⁽¹⁾.

و التعبير عن الإرادة كمبدأ عام ، يتركه المشرع لإرادة الأفراد لأنّ الأصل هو رضائية التصرفات القانونية، بمعنى أنّ التراضي كاف وحده لإبرام التصرف القانوني، فالأفراد يتمتعون بالحرية التامة في اختيار طريقة التعبير عن إرادتهم، غير أنّ المشرع أورد استثناء على هذا

⁽¹⁾ بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004 ، ص 59.
- محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 82.

المبدأ حيث فرض بالنسبة لبعض التصرفات القانونية أن يتم التعبير عن الإرادة وفق شكل محدد.

يتبين هكذا أنّ الشكل يعدّ خروجاً على مبدأ حرية التعبير عن الإرادة و لكن هل يعتبر كل خروج على مبدأ حرية التعبير عن الإرادة شكلاً ؟

الإجابة على هذا التساؤل تستلزم دراسة الشكل الحرّ و الشكل المفروض (الفرع الأول) و الشكل المحدد و الشكل الاتفاقي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشكل الحرّ و الشكل المفروض

ذكرنا فيما تقدّم، أنّ الإرادة الكامنة في النفس هي عمل نفسي ينعقد به العزم على شيء معيّن و التعبير عنها هو المظهر الخارجي لها⁽¹⁾. و بما أنّ القانون الحديث يعتمد مبدأ الرضائية فإنّ التصرف القانوني ينعقد بمجرد تراضي طرفيه بغضّ النظر عن شكل هذا التراضي، فالمتصرف له أن يختار طريقة التعبير عن إرادته بالشكل الذي يراه مناسباً، فله أن يعبر باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ أيّ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه⁽²⁾. و أيّ مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية يكفي بوجه عام في التعبير عن الإرادة⁽³⁾.

و استثناء من مبدأ الرضائية فقد فرض المشرع بالنسبة للتصرفات الشكلية أسلوباً محدداً للتعبير عن الإرادة بحيث لا يعتدّ بالإرادة التي يعبر عنها بغير الأسلوب الذي فرضه المشرع⁽⁴⁾.

(1) يراجع ما سبق ذكره في ص 11 من هذه الرسالة.

(2) يراجع نص المادة 1/60 من القانون المدني.

(3) يراجع نص المادة 2/60 من القانون المدني.

(4) Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit, p 32.

يستفاد ممّا سبق، أنه متى كان الشكل حرّاً متروكا لإرادة الأطراف كان التصرف رضائيا و متى كان الشكل مفروضا من طرف المشرع كان التصرف شكليا⁽¹⁾، و عليه فإنّ الشكل الواحد يمكن أن يكون حرّاً أو مفروضا على حسب ما إذا كان المشرع قد أوجبه أم لا. فعندما يفرض القانون شكلا رسميا لانعقاد تصرف قانوني فهذا التصرف يعدّ شكليا، أما إذا لم يفرض القانون شكلا رسميا للتعبير عن الإرادة و مع ذلك عبّر الأطراف عنها في شكل رسمي فالشكل الرسمي يكون حرّاً و يبقى التصرف رضائيا.

بالتالي ليس مجرد وجود الشكل هو الذي يحدّد التصرف الشكلي لأنّ التصرف الرضائي قد يتضمن هو الآخر شكلا و لكن طبيعة هذا الشكل ما إذا كان مفروضا أو حرّاً هو معيار التفرقة بين التصرف الرضائي و الشكلي⁽²⁾.

هذا و تدور مسألة الشكل الحرّ و الشكل المفروض حول فكرتين أساسيتين تتمثلان في أنّ الشكل لا يمكن استبداله بأخر (أولا) و أنّه لا يعني انعدام حرّية التعبير عن الإرادة (ثانيا).

أولا : الشكل لا يمكن استبداله بشكل آخر

عندما يفرض القانون شكلا محدّدا لانعقاد تصرف قانوني فهذا التصرف يعدّ شكليا، و عليه لا يجوز للأفراد استبدال هذا الشكل المفروض بأخر لأنّ القول بوجود معادل للشكل يعني منح الأفراد حرّية اختيار الشكل، و من ثمّ العودة إلى مبدأ الرضائية بصفة غير مباشرة⁽³⁾.

هذا و قد يحدّد القانون أكثر من شكل لتصرف قانوني واحد و يمنح الأفراد حرية اختيار أحد هذه الأشكال و يبقى التصرف في هذه الحالة تصرفا شكليا لأنّ حرية الاختيار بين أشكال محدّدة لا يعني أنّ الشخص حرّ في التعبير عن إرادته، و من أمثلة ذلك الوصية في القانون

⁽¹⁾ زواوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 38-39.

⁽²⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit, p 32.

⁽³⁾ محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج1، المرجع السابق، ص 58.

الفرنسي⁽¹⁾ التي تعدّ تصرفا شكليا يمكن إبرامها في شكل رسمي⁽²⁾ أو في شكل خطي⁽³⁾،
و من ثمّ لا يمكن للموصي أن يبرم وصيته شفويا.

يتبيّن من هذا أنّ الحرية التي يمنحها القانون للأفراد للاختيار بين أكثر من شكل على سبيل
التحديد لا يعني أنّ الشكل ليس مفروضا أو أنه يمكن للمتصرف استبدال الشكل المفروض قانونا
بآخر.

ثانيا: الشكل لا يعني انعدام حرية التعبير عن الإرادة

إنّ الشكل في القانون الحديث يختلف عن الشكل الذي كان معروفا قديما، ففي القانون
الروماني كان المشرع يفرض أشكالا محدّدة بدقة و يضع لها قواعد صارمة، فالإرادة لا بدّ أن
يعبّر عنها شفاهة بحيث أنّ الأخرس أو غير القادر على الكلام لا يمكنه إبرام التصرف القانوني،
و بألفاظ محدّدة و في زمان و مكان محدّدين، غير أنه نتيجة لعوامل التطور خفّف القانون الحديث
من حدّة الشكل المفروض فأصبح الشكل أقلّ تعقيدا و أكثر بساطة⁽⁴⁾، فلم يعد الشكل يعني انعدام
حرية التعبير عن الإرادة .

فالمشرع حين اشترط مثلا إفراغ عقد البيع الوارد على عقار في شكل رسمي⁽⁵⁾ و تحريره
أمام الموثق فإنّه لم يفرض على المتصرف أن يعبّر عن رضائه هذا بطريقة معيّنة فقد يتمّ
التعبير عن الإرادة شفويا أو بالكتابة أو بالإشارة مثلما هو الشأن بالنسبة لذوي العاهات كالأبكم
و الأصمّ.

(1) أما بالنسبة للوصية في القانون الجزائري فهي تصرف رضائي، و الكتابة مطلوبة للإثبات و ليس للانعقاد.

- يراجع ما سيأتي بيانه في ص 330 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(2) يراجع نصّ المادة 972 من القانون المدني الفرنسي.

(3) يراجع نصّ المادة 970 من القانون المدني الفرنسي.

(4) علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 23.

(5) يراجع نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

هذا و قد يفرض القانون إبرام تصرف قانوني في شكل مكتوب دون أن يحدّد نوع الكتابة كما هو الحال مثلا بالنسبة لعقد المرتب مدى الحياة⁽¹⁾ حيث اشترط المشرع لصحته أن يكون مكتوبا، و يستوي في ذلك أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية. فالقانون يفرض أن يبرم هذا العقد في شكل مكتوب و لكن يترك للأفراد حرية اختيار طريقة الكتابة فقد تتمّ في شكل رسمي أو عرفي.

يمكن القول في الأخير أنه متى فرض القانون شكلا معيناً في التصرف القانوني فإنّ هذا التصرف يعدّ تصرفاً شكلياً لا يمكن استبداله بشكل آخر، غير أنّ هذا لا يؤدي إلى انعدام حرية التعبير عن الإرادة، إذ أنّ الشخص يتمتع بحرية اختيار طريقة تنفيذ الشكل المفروض قانوناً و ليس حرية اختيار الشكل، و عندما تكون الكتابة هي المفروضة فإنه يمكن الاختيار بين الكتابة الرسمية و العرفية، و لكن عندما تكون الكتابة الرسمية هي المفروضة فإنه لا يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة العرفية.

الفرع الثاني : الشكل المحدّد و الشكل الاتفاقي

بعدما لاحظنا أنّ المشرع لا يترك للمتعاقد حرية اختيار شكل التعبير عن إرادته في التصرفات الشكلية بل يفرض عليه شكلاً يجب الالتزام به كي ينتج التصرف آثاره القانونية ، من الجدير أن نتطرق إلى مسألتين ثار الجدل بشأنهما، مسألة الشكل المحدّد و مسألة الشكل الاتفاقي، فبينما يعتبرهما البعض شكلاً يرفض البعض الآخر ذلك.

أولاً : الشكل المحدّد

حتى يتسنى لنا تفصيل مسألة الشكل المحدّد على نحو دقيق يجب قبل كلّ شيء التعرّض لاشتراط التعبير الصريح عن الإرادة (01)، ثمّ لاشتراط بيانات إلزامية في التصرف القانوني (02).

⁽¹⁾ تنص المادة 615 من القانون المدني على ما يلي: " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً و هذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع".

01- اشتراط التعبير الصريح عن الإرادة

تطبيقا لمبدأ الرضائية فإنّ الأفراد يستطيعون التعبير عن إرادتهم صراحة أو ضمنا، و ذلك طبقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

غير أنه قد يقرر المشرع استثناء بصدد تصرفات معيّنة، أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا. و يكون التعبير عن الإرادة صريحا إذا كان المظهر الذي اتخذته مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس، و التعبير الصريح قد يكون بالكلام و ذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة، أو بالكتابة في أي شكل من أشكالها، عرفية كانت أو رسمية، أو بالإشارة المتداولة عرفا كإشارة الأخرس غير المبهمة، كما يكون التعبير الصريح عن الإرادة باتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه⁽¹⁾.

و من أمثلة ذلك ما نصّ عليه المشرع في المادة 331 من القانون المدني من أنّ حجية الدفاتر و الأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى حالتين، إذا ذكر المدين صراحة أنه استوفى ديناً أو ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دوّنه في هذه الدفاتر و الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته، و المادة 406 من نفس القانون التي ألزمت بائع التركة برده للمشتري ما استوفت عليه منها ما لم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الردّ، و المادة 856 مدني التي منعت صاحب حقّ الاستعمال و حقّ السكن من التنازل للغير عن حقهما إلا بناء على شرط صريح.

(1) رمضان أبو السعود/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2002، ص 40.

- خليل أحمد حسن قداة/ الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 1، ط 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005، ص 34.

في كلّ هذه الحالات نلاحظ أنّ المشرع اشترط أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا و لم يعتد بالتعبير الضمني فهل يعني هذا أنّ اشتراط التعبير الصريح عن الإرادة يعتبر اشتراطا للشكل؟

لقد أثار هذا التساؤل جدلا في الفقه أدّى إلى اتجاهين:

ذهب الاتجاه الأول⁽¹⁾ إلى أنّ اشتراط المشرع التعبير الصريح عن الإرادة ليس اشتراطا لشكل و إنما الغرض منه التعبير عن الإرادة بصفة واضحة و مؤكدة، و هو بذلك نظم مسألة موضوعية تتعلق بوجود الإرادة و تفسيرها، و من ثمّ فإنّ اشتراط المشرع التعبير الصريح عن الإرادة لا يعني فرضا للشكل.

غير أنّ هذا الرأي تعرّض للنقد ذلك أنّ اشتراط المشرع التعبير الصريح عن الإرادة يعني أنه نظم طريقة التعبير عنها و هي مسألة شكلية و ليست موضوعية، كما أنّ فرض التعبير الصريح عن الإرادة يقيد من حرية الشخص في التعبير الضمني عن إرادته⁽²⁾.

في حين يرى الاتجاه الثاني⁽³⁾ أنّ اشتراط المشرع التعبير الصريح عن الإرادة هو اشتراط لشكل، و من ثمّ فإنّ التصرفات التي أوجب المشرع فيها التعبير الصريح عن إرادته تعدّ تصرفات شكلية.

و نحن نؤيد ما ذهب إليه الاتجاه الأول من أنّ اشتراط التعبير الصريح عن الإرادة لا يعدّ خروجاً عن مبدأ الرضائية أو تقييدا لحرية المتعاقد للتعبير عن إرادته لأنّ الهدف من هذا الاشتراط هو أن يتمّ التعبير عن الإرادة بوضوح و بدقّة و ليس أن يتمّ وفق شكل معيّن.

⁽¹⁾ جاك غستان/ ترجمة منصور القاضي مراجعة فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، المرجع السابق، ص393.

⁽²⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit, p 95- 96.

⁽³⁾ CARBONNIER/ Droit civil, les obligations 12^{ème} édition, Paris, 1985, n°79.

-IHERING/ L'esprit du droit romain, 3^{ème} édition, 1886-1988, traduction de O.Meulenaere, t 3 ; cité par GUERRIERO, op.cit, p 94.

02- اشتراط بيانات إلزامية

قد يشترط القانون توافر مجموعة من البيانات الإلزامية في التصرف القانوني الشيء الذي يجعلنا نتساءل عمّا إذا كان هذا الاشتراط يجعل من التصرف القانوني تصرفا شكليا؟

من أجل مناقشة هذا السؤال لا بدّ من التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: تتمثل في اشتراط القانون إبرام التصرف القانوني في شكل مكتوب بتوافر

مجموعة من البيانات الإلزامية.

كما هو الشأن مثلا بالنسبة لعقد البيع بناء على التصاميم، الذي اشترط المشرع الجزائري أن يفرغ في شكل رسمي وفق نموذج خاص⁽¹⁾، و أن تتوافر فيه مجموعة من البيانات الإلزامية تحت طائلة البطلان⁽²⁾، و ذلك وفقا لمقتضيات القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽³⁾.

ففي هذه الحالة فرض القانون أن يكون التعبير عن الإرادة في شكل محدّد هو الشكل الرسمي و أن تتوافر فيه مجموعة من البيانات الإلزامية المحدّدة على سبيل الحصر في القانون رقم 04/11 السالف الذكر. و عليه فإنّ التصرف القانوني الذي يفرض المشرع إفراغه في شكل مكتوب وفقا لبيانات إلزامية يعتبر تصرفا شكليا.

(1) نصّ المشرع الجزائري في المادة 1/34 من القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية على ما يلي: " يتم إعداد عقد البيع بناء على التصاميم في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار..."، و نصّ في المادة 2/28 من نفس القانون على ما يلي: " يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم".

(2) نصّ المشرع الجزائري على هذه البيانات في المواد 30، 37، 38 من القانون رقم: 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية. لتفاصيل أكثر يراجع ص237 و ما يليها من هذه الرسالة.

(3) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 14 السنة 48، الصادرة بتاريخ: 06/03/2011.

الحالة الثانية: و هي الحالة التي يشترط فيها القانون بيانات إلزامية يجب توافرها في التصرف القانوني دون أن يشترط صراحة كتابة هذا التصرف.

كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية المتمثلة في السفتجة و السند لأمر و الشيك حيث لم يشترط المشرع صراحة كتابتها و لكنه أوجب أن تتوافر فيها مجموعة من البيانات الإلزامية⁽¹⁾، ففي مثل هذه الأحوال لا يمكن أن نتصور وجود هذه البيانات الإلزامية بدون ورقة مكتوبة.

بالتالي فإنّ التصرف القانوني الذي يشترط فيه المشرع توافر بيانات إلزامية دون أن يشترط صراحة كتابته يعتبر تصرفا شكليا لأنه لا يمكن تصوّر وجود هذه البيانات الإلزامية إذا لم تفرغ في ورقة مكتوبة.

ثانيا : الشكل الاتفاقي

نتيجة لمبدأ الرضائية يستطيع الأفراد التعبير عن إرادتهم بأيّ شكل من أشكال التعبير، و على ذلك فإنّ لجوء الأفراد إلى شكل محدّد من أشكال التعبير عن الإرادة دون أن يفرض عليهم المشرع ذلك يعدّ ممارسة لحرية التعبير عن الإرادة و تطبيقا لمبدأ الرضائية⁽²⁾.

إنّ هذا المبدأ يثير بعض الصعوبات، و ذلك في الحالة التي يكون فيها العقد رضائيا في أصله فيتنفق المتعاقدان على أن يكون شكليا، أي أن تكون الشكلية واجبة بالاتفاق لا بحكم القانون و هذا ما يعرف بالشكل الاتفاقي، فما هو التكييف القانوني لهذا الشكل و هل يعدّ التصرف الخاضع له تصرفا شكليا أم رضائيا؟

هنا كذلك يجب التمييز بين حالتين:

(1) نصّ عليها المشرع في المواد 390 و 465 و 472 من القانون التجاري.

(2) ياسر أحمد كمال الصيرفي/ التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة للحصول على درجة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة 1992، ص81.

الحالة الأولى: تخصّ هذه الحالة اتفاق الأطراف⁽¹⁾ على إفراغ تصرفهم في شكل معيّن، وقصدهم من هذا الشكل مجرد إعداد دليل لإثبات تصرفهم ، فإنّ هذا الشكل لا يثير أيّ صعوبة بصدد التمييز بينه و بين الشكل الذي يفرضه المشرع لإبرام بعض التصرفات القانونية، لأنّ الشكل الاتفاقي هنا باعتباره وسيلة إثبات لا يمنع من إبرام التصرف القانوني و لا يؤثر على رضائته، فهو ينعقد بغضّ النظر عن استيفاء الشكل من عدمه.

نتيجة لهذا يلاحظ أنّ الشكل الاتفاقي المطلوب للإثبات لا علاقة له بالشكل القانوني الذي يعدّ ركنا لانعقاد التصرف القانوني الشكلي.

الحالة الثانية: تتحقق هذه الحالة عند اتفاق الأطراف على جعل الشكل ركنا لانعقاد التصرف، بمعنى تعليق انعقاد التصرف القانوني على استيفاء هذا الشكل الاتفاقي، فهل يعتبر هذا الشكل الاتفاقي شكلا واجبا لانعقاد التصرف القانوني أم لا ؟

لقد اختلف الفقه بشأن هذه النقطة، فرأى البعض أنّ الشكل الاتفاقي عندما يكون متفقا عليه كشرط لانعقاد التصرف ذاته يعتبر شكلا لانعقاد التصرف القانوني و يؤدي إلى تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي⁽²⁾، في حين رأى البعض الآخر أنّ الشكل الاتفاقي يختلف عن الشكل القانوني و لا يؤدي إلى تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي⁽³⁾.

يبدو لنا أنّ الاتجاه الثاني هو الأقرب إلى الصواب، ذلك أنه إذا كان العقد رضائيا في أصله فإنه لا يتحول إلى عقد شكلي بمجرد اتفاق الأطراف على إفراغه في شكل خاص لأنّ لجوء الأطراف إلى هذا الشكل يعدّ اختيارا حراّ من جانبهم لطريقة التعبير عن إرادتهم دون أن يفرض عليهم القانون ذلك تطبيقا لمبدأ الرضائية.

⁽¹⁾ يستوي في الاتفاق أن يكون صريحا أو ضمنيا، المهم أن يكون واضحا و يمكن استخلاصه بسهولة .

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، هامش 1 ص 151.

⁽³⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit, p 89.

و تجدر الإشارة إلى أنه في بعض الأحيان قد يشترط الأطراف إفراغ تصرفهم في شكل معين دون أن يعبروا عن قصدهم من اشتراط هذا الشكل إذا كان لمجرد إثبات التصرف القانوني أم لانعقاده ، فإذا قام شك في تفسير قصد المتعاقدين يقوم القاضي، بما له من سلطة تقديرية في ذلك، بترجيح أحد الفرضين بناء على ظروف و ملاسبات كل قضية على حدى، و إذا لم توجد قرينة مرجحة يؤخذ على أن المتعاقدين اشترطوا الكتابة للإثبات لا لانعقاد تأسيسا على أن الأصل هو رضائية العقود، و الشكل هو الاستثناء و أن الاستثناء لا يقاس عليه و لا يوسع في تفسيره⁽¹⁾.

نستنتج من كل ما تقدم أن الشكل الإتفاقي لا تتوافر له خصائص الشكل القانوني، و لا يمثل أي قيد على حرية الإرادة في التعبير عن نفسها، و من ثم فطالما أن الأطراف لا يستطيعون تحويل التصرف الشكلي إلى تصرف رضائي⁽²⁾، فإنهم لا يستطيعون أيضا تحويل التصرف الشكلي إلى رضائي، و تبقى التصرفات التي تخضع للشكل الإتفاقي تصرفات رضائية.

المطلب الثاني : الشكل و التراضي

بعد تحليل العلاقة بين الشكل و التعبير عن الإرادة في المطلب السابق، بقي لنا أن نبيّن العلاقة بين الشكل و التراضي. فبالنسبة للتصرف الرضائي يكفي لصحته وجود التراضي فقط بينما لا يقوم التصرف الشكلي إلا بتوافر ركنيه التراضي و الشكل، و كلا الركنين متميّز عن الآخر و لكن هذا التمييز بين التراضي و الشكل (الفرع الأول) لا يعني عدم وجود تأثير بينهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التمييز بين الشكل و التراضي

إنّ التراضي هو الركن الأساسي في التصرفات القانونية، و إذا كان وحده كافيا لتكوين التصرفات الرضائية فإنه على العكس من ذلك لا يكفي وحده لتكوين التصرفات الشكلية التي تقتضي إلى جانب توافر ركن التراضي توافر الشكل المتطلب قانونا و هذا ما يؤكد وجود تمايز بين الشكل و التراضي.

⁽¹⁾ زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، طبعة 1991، ص 25.

⁽²⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit, p 89- 90.

إذا كان الشكل يعتبر عنصرا جوهريا في التصرفات الشكلية فإنّ هذا لا يعني الإقلال من قيمة التراضي في هذه التصرفات، فبجانب الشكل يجب أن يوجد تراضي وأن يكون هذا التراضي مستوفيا لشروطه⁽¹⁾.

هذا و يتعيّن على القاضي ألا يكتفي، في التصرفات الشكلية، بالتحقق من توافر الشكل المتطلب قانونا، و إنّما عليه أيضا أن يتحقق من وجود التراضي و سلامته من العيوب. فيجوز له الحكم ببطلان التصرف الشكلي لتخلف التراضي (أولا) أو لعيب فيه (ثانيا) أو لعدم مشروعية غايته (ثالثا)، و هذا دليل على استقلال و تمييز الشكل عن التراضي، إذ أنّ الشكل تقرر لإبراز إرادة الطرفين في صورة معينة و حماية التراضي و ليس إلى إلغائه⁽²⁾، و التصرفات الشكلية تطبّق عليها نظرية عيوب الإرادة و نظرية السبب تماما كما هو الشأن بالنسبة للتصرفات الرضائية⁽³⁾.

أولا : انعدام التراضي

يشترط لصحة التصرف الشكلي أن يكون التراضي موجودا، و يقصد به اقتران إرادتي المتعاقدين و تطابقهما تطابقا تاما في زمن محدّد مع اتجاه كلّ منهما إلى إحداث أثر قانوني معيّن⁽⁴⁾، و يقتضي ذلك أن تكون الإرادتان جادّتين غير هزليتين و أن يتمّ التعبير عنهما لإخراجهما من دائرة الحالات النفسية إلى نطاق الظواهر الخارجية التي ينظمها القانون.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، رقم 48، ص152.

(2) زواوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 42.

(3) عبد الرزاق السنهوري/ نفس المرجع ، رقم 48، ص152.

(4) يلاحظ أن بعض الفقه يخلط بين الرضا و التراضي و لعلّ سبب ذلك يرجع إلى تأثره بالفقه الفرنسي الذي يستعمل عبارة " consentement " للدلالة عليهما معا.

و إن المشرع الجزائري جانبه التوفيق حينما عبّر عن التراضي بالرضا رغم أنّه يوجد فرق بينهما، فالتراضي ينتج عن اقتران إرادتين فأكثر، في حين أن الرضا يصدر عن إرادة منفردة .

- يراجع بهذا الشأن : حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني ، المرجع السابق، ص 186 هـ 1.

أمّا إذا انعدم التراضي في التصرف القانوني الشكلي بطل هذا التصرف و لو استوفى الشكل المنصوص عليه قانونا. و قد سبق للقضاء الفرنسي أن اعتمد هذا الحلّ، و للتدليل على ذلك نشير إلى قرار محكمة النقض الفرنسية الذي أيّد حكما يقضي ببطلان وصية خطية لمدمن خمر معروف بتعرضه لأزمات معتادة على أساس عدم سلامة قواه العقلية، و رفضت الطعن المقدّم و المبني على تناقض هذا الحكم لأنه قضى في آن واحد ببطلان الوصية لعدم سلامة القوى العقلية للموصي و سلامة شكل الوصية من حيث الشكل، و ردّت على ذلك بقولها: " إنّ سلامة شكل الوصية الخطية لا يمنع أن تكون أحكامها غير صحيحة، و الشكل لا يعتبر عتبة لإبطالها"⁽¹⁾.

و بالرجوع إلى القضاء الجزائري، فإننا نجده اعتمد نفس الحلّ و الدليل على ذلك ما ذهب إليه المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في القرار الصادر بتاريخ 29 جوان 1986⁽²⁾ و الذي قضى فيه بما يلي: " من المقرر قانونا أنّ المحكوم عليه بالحجز القانوني يحرم عليه أثناء تنفيذ العقوبة مباشرة حقوقه المالية، و من ثمّ فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ مخالفا للقانون. و لما كان من الثابت- في قضية الحال- أنّ الطاعن محكوم عليه بعقوبة جنائية، فإنّ قضاة الموضوع برفضهم لدعواه الرامية إلى إبطال البيع الذي أنجزه أثناء تنفيذ العقوبة الجنائية يكونوا قد أخطؤوا في تطبيق القانون".

يتبيّن من هذه الاجتهادات القضائية أنّ التصرف الشكلي يكون باطلا لتخلف التراضي مهما كان الشكل المفروض حتى و لو كان شكلا رسميا، و مهما كان السبب الذي أدّى إلى حرمان الشخص من إرادته، كأن يكون عديم الأهلية إذا لم يبلغ من العمر 13 سنة⁽³⁾ أو مجنونا أو معنوها⁽⁴⁾، ففي كلّ هذه الحالات يبطل التصرف الشكلي لتخلف التراضي رغم توافر الشكل المنصوص عليه قانونا.

⁽¹⁾Cass.civ. 5 décembre 1949, D 1950, p 57.

⁽²⁾ قرار م أ غ م ، ملف رقم: 43476، الصادر بتاريخ 1986/06/29، و المنشور بـ.م.ق لسنة 1993، ع1، ص14.

⁽³⁾ يراجع نصّ المادة 2/42 من القانون المدني.

⁽⁴⁾ يراجع نصّ المادة 1/42 من القانون المدني.

كما يمكن الطعن في التصرف الشكلي بسبب صورته حتى و لو تمّت مراعاة الشكل المتطلب قانوناً⁽¹⁾ لأنّ الإرادة في هذه الحالة لم تتجه اتجاهها جدياً لإحداث أثر قانوني، و من ثمّ يجوز الطعن في التصرفات الشكلية بسبب صوريتها و هذا ما أكدّه القضاء الجزائري بحيث قضت المحكمة العليا بما يلي: " يجوز الطعن في العقد الصوري ليس من حيث كونه سنداً رسمياً و لا من حيث رسمية العقد و إنما من حيث الصورية في حدّ ذاتها"⁽²⁾.

ثانياً: عيوب الإرادة

لا يكفي لصحة التصرف الشكلي أن يتوافر التراضي بل يجب أيضاً أن يكون هذا التراضي خالياً من العيوب، و من ثمّ يجوز الحكم ببطلان التصرف الشكلي إذا كان التراضي معيباً لأنّ الشكل لا يطهر الإرادة من العيوب.

يمكن إبطال التصرف القانوني الشكلي إذا شاب رضا المتعاقدين عيب من عيوب الإرادة المتمثلة في الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال، فالتصرفات الشكلية كالتصرفات الرضائية تسري عليها نظرية عيوب الإرادة.

فالتصرف الشكلي يمكن أن يكون باطلاً بسبب الغلط⁽³⁾، و يجب أن يكون الغلط جوهرياً أي أن يكون السبب الرئيسي للتعاقد⁽⁴⁾. و تطبيقاً لذلك قضى المجلس الأعلى سابقاً (المحكمة العليا حالياً)

(1) يراجع نصّ المادتين 198 و 199 من القانون المدني.

(2) يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 247879 ، الصادر بتاريخ 2003/07/23 ، و المنشور ب م ق لسنة 2003 ، ع 2، ص 243.

(3) الغلط وهم يقوم في ذهن الشخص يحمله على اعتقاد غير الواقع .

- لتفاصيل أكثر يراجع علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 56 و ما بعدها.

(4) تنص المادة 81 من القانون المدني على ما يلي: " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

و تحدد المادة 82 من نفس القانون الغلط الجوهري بقولها: " يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.=

بإبطال عقد عمل بسبب غلط في صفة المتعاقد، حيث أنّ الطاعن لم يلتزم بالعقد إلا على اعتبار صفة المهندس للمطعون ضده الذي لم يقدّم أيّ وثيقة تثبت صفته هذه⁽¹⁾.

كما يمكن إبطال التصرف الشكلي بسبب التدليس⁽²⁾، و ذلك بأن يكون المدلس عليه قد أبرم العقد نتيجة تأثره بالطرق الاحتيالية التي استعملها المدلس⁽³⁾، و مثال ذلك أن يكتّم الموهوب له عن الواهب أمورا لو علمها هذا الأخير لما أبرم عقد الهبة، ففي هذه الحالة يجوز إبطال عقد الهبة بسبب التدليس الذي أفسد إرادة الواهب.

هذا ، و إنّ التصرف الشكلي كالتصرف الرضائي يمكن إبطاله للإكراه⁽⁴⁾، سواء كان ماديا بأن يلجأ أحد المتعاقدين إلى إحداث ألم بشخص آخر لدفعه إلى التعاقد معه بشروط معينة تكون مجحفة بحقوقه، أو معنويا بأن يلجأ إلى إحداث رهبة في نفس المتعاقد بحمله على التعاقد موهما إيّاه بأنّ خطرا جسيما يحدق بنفسه أو ماله⁽⁵⁾. هكذا فإنه يجوز الحكم ببطلان عقد زواج لأنّ رضا أحد الطرفين قد تمّ الحصول عليه نتيجة الإكراه، و بطلان هبة تحت التهديد بالموت، و بطلان وصية لأنّ الرضا بها كان نتيجة لضغط مادي و معنوي⁽⁶⁾.

= و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية.

⁽¹⁾ يراجع قرار م أ غ م ، ملف رقم 49939 ، الصادر بتاريخ: 1988/11/14 ، منشور في م ق لسنة 1990، ع 4 ، ص 147.

⁽²⁾ التدليس هو استعمال طرق احتيالية بغية إيقاع المتعاقد في غلط يحمله على التعاقد.

⁽³⁾ تنص المادة 86 من القانون المدني على ما يلي: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد. و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

⁽⁴⁾ الإكراه ضغط يقع على الشخص فيولد في نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد .

⁽⁵⁾ يراجع نصّ المادة 88 من ق.م.ج .

⁽⁶⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op. cit, p 129.

أخيرا ، يمكن إبطال التصرف الشكلي نتيجة للاستغلال⁽¹⁾ وفقا لذات الشروط المقررة بالنسبة للتصرفات الرضائية المنصوص عليها في المادة 90 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري⁽²⁾، ومثاله أن يستغلّ الموهوب له طيشا بيّنا⁽³⁾ أو هوى جامحا⁽⁴⁾ في جانب الواهب، فيعيب إرادته، كأن تستغل فتاة شابة دلالتها على زوجها الهرم، و تحمله بذلك على أن يهبها ماله بغية التودّد إليها نظرا للهوى الجامح الذي ربّبه دلال زوجته في نفسه، فيجوز للزوج في هذه الحالة أن يطلب إبطال عقد الهبة نتيجة استغلال زوجته لطيشه البيّن أو هواه الجامح.

يستفاد ممّا سبق أنّ الشكل يتميّز عن التراضي، ذلك أنّ توافر الشكل المتطلب قانونا في التصرف الشكلي لا يحول دون الطعن فيه بالبطلان لوجود عيب من عيوب الإرادة.

ثالثا: انعدام السبب

لا يكفي لصحة التصرف الشكلي أن يكون التراضي موجودا و خاليا من العيوب، و إنما يجب إضافة لذلك أن يكون سبب هذا التصرف مشروعاً.

و السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد المتعاقد الوصول إليه من وراء التزامه العقدي، و هو يتصل اتصالا وثيقا بالإرادة، فالسبب ليس الإرادة ذاتها و لكنه الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة، كما أنه ليس عنصرا من عناصر الإرادة و إنما يختلف عنها، و لكن لمّا كانت الإرادة البشرية لا يمكن أن تتحرك دون أن تتجه إلى سبب، كان السبب و إن تميّز عن الإرادة متصلا بها

(1) يعرف الاستغلال بأنه: " الاستفادة من حالة ضعف أحد المتعاقدين، بحيث يستغل المتعاقد الآخر فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا، فيختل التبادل بين التزامات المتعاقدين، و يقلّ ما يأخذه المغبون عما يعطيه ".

(2) تنص المادة 1/90 من ق.م.ج على ما يلي: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأنّ المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بيّنا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد".

(3) الطيش البيّن هو قصور في شخصية الفرد، يحول بينه و بين حسن تقدير الأمور، فيندفع إلى التسرع و الخفة الزائدة.

(4) الهوى الجامح هو تسليط العاطفة و الرغبة الشديدة على الشخص بما يعكس ضعف الإرادة و عجزها عن تحكيم العقل.

أوثق الاتصال فحيث توجد الإرادة يوجد السبب، و لكن الإرادة لا يعتدّ بها إلا إذا صدرت عن وعي و تمييز و الإرادة المعتبرة قانونا لا بدّ لها من سبب⁽¹⁾.

و يشترط في السبب⁽²⁾ أن يكون مشروعا أي غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان التصرف باطلا وفقا لمقتضيات المادة 97 من القانون المدني⁽³⁾.

إنّ تاريخ نظرية السبب يقوم على الحقيقة التالية: كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد و ضعف حظ الشكل زادت أهمية السبب، ذلك أنّ الإرادة من حيث أنها تحدث آثارا قانونية إذا انطلقت من قيود الشكل و يجب أن تتقيد بالسبب، و عندما كان الشكل وحده دون الإرادة هو الذي يكون العقد لم يكن للسبب من أثر⁽⁴⁾ و هكذا كان الحال في القانون الروماني، إذ أنّ المبدأ الذي كان سائدا في هذا القانون هو مبدأ الشكلية، و إنّ الرضائية كانت بمثابة الاستثناء الذي يرد على الأصل العام. كما أنّ الشكلية لم تكن مقيّدة للإرادة فحسب، بل إنّها أدت إلى إهدارها كلية لأنّ استيفاء الشكل المقرر قانونا كان وحده كافيا لانعقاد العقد حتى و إن كانت الإرادة منعدمة، و بما أنّ السبب يرتبط ارتباطا وثيقا بالإرادة فإنّ فكرة السبب لم يكن لها وجود في القانون الروماني⁽⁵⁾.

غير أنّ هذا المفهوم تغيّر في القانون الحديث، حيث حلّ مبدأ الرضائية محلّ الشكلية، و إنّ هذا الإحلال أدى إلى تعمق فكرة السبب و توسيعها، فلم يعد الشكل العنصر الجوهرى الوحيد في تكوين التصرف الشكلى و إنما توجد إلى جانبه الإرادة التي تعدّ هي الأخرى عنصرا جوهريا، و إنّ الحديث عن الإرادة يستدعي طبيعيا البحث عن سببها، فأصبح إذن الرضا عماد كلّ تصرف قانونى و ظهر الارتباط وثيقا بينه و بين السبب.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، رقم 242، ص 414.

(2) لقد نصّ المشرع الجزائري على أحكام السبب بالنسبة للعقد وحده، و لكن مما لا شك فيه أنّ السبب يسري أيضا على التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد أيضا .

(3) تنصّ المادة 97 من ق.م على ما يلي: " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا " .

(4) عبد الرزاق السنهوري/ نفس المرجع السابق، رقم 243، ص 415.

(5) علي علي سليمان/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 73.

و هكذا ، فإنه لا يمكن القول بأنّ الشكل في التصرف القانوني يغني عن السبب لأنّ الشكل لا يعوّض السبب، و من ثمّ يمكن إبطال تصرف شكلي لانعدام السبب أو لعدم مشروعيته، و هو ما قضت به المحكمة العليا إذ أبطلت عقد هبة لعدم مشروعية سببه المخالف للنظام العام لكونه واقعا على أموال محبسة⁽¹⁾.

إنّ نظرية السبب تطبّق على التصرفات الشكلية كما تطبّق على التصرفات الرضائية، فلا يمكن القول بأنّ استيفاء الشكل المتطلب قانونا في التصرف شكلي يغني عن السبب، إذ يمكن إبطال التصرف شكلي بسبب عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته.

الفرع الثاني: التأثيرات المتبادلة بين الشكل و التراضي

لقد اتضح لدينا على النحو المتقدم أنّ الشكل في التصرف شكلي يتميّز عن التراضي، و أنّ استيفاء الشكل المتطلب قانونا لا يغني عن وجود الإرادة خالية من العيوب، و سبب مشروع. إلا أنّ هذا الاستقلال ليس مطلقا، فهو لا يحول دون وجود ارتباط وثيق بين الشكل و التراضي.

إنّ توافر الشكل المستوفي لشروطه القانونية يؤدي إلى افتراض توافر تراضي مستوفي لشروطه، ذلك أنّ وجود الشكل ينشئ قرينة قانونية على وقوع التراضي و سلامته، و لكنّ هذه القرينة ليست مطلقة إذ يمكن إثبات عكسها بأن يدعي المتعاقد تخلف إرادته أو عيبتها، و لكن إثبات ذلك أمر صعب، و من ثمّ فإنّ تأثير الشكل على التراضي يظهر من خلال صعوبة إثبات الإرادة أو عيبتها (أولا).

كما و أنّ التراضي بدوره يؤثر على الشكل، و إن كان هذا التأثير أقلّ ظهورا، فهو يتمّ بطريقة غير مباشرة و لكن بصفة أكيدة (ثانيا).

⁽¹⁾ قرار م.ع غ م ، ملف رقم: 39360 ، الصادر بتاريخ: 1986/01/13، أشار إليه: حمدي باشا عمر في كتابه عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2004، هـ-1 ص 19.

أولا : تأثير الشكل على التراضي

إنّ استيفاء الشكل المتطلب قانونا في التصرف الشكلي قرينة على وجود التراضي و سلامته من العيوب، غير أنّ هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس على أنّ الإرادة غير موجودة أو غير سليمة أو أنّ سببها غير مشروع، إلا أنّ هذه القرينة و إن كانت بسيطة فغالبا ما يكون إثبات عكسها صعبا⁽¹⁾، فالمتصرف و إن أمكن أن يطالب بإبطال تصرف شكلي لتخلف التراضي أو لعب فيه أو لعدم مشروعية غايته، إلا أنّ إثبات ما يدعيه مسألة صعبة.

و عليه ، فإنّ تأثير الشكل على التراضي يظهر من خلال الصعوبات التي يواجهها المتصرف في الإثبات إذا ادعى تخلف إرادته أو عيبها لأنّ الشكل تقرر لحماية التراضي خاصة عندما يكون الشكل المطلوب هو الشكل الرسمي، ذلك أنّ استيفاء هذا الشكل يقتضي حضور ضابط عمومي هو الموثق الذي يجب عليه قبل القيام بإبرام التصرف القانوني أن يتأكد من شخصية المتعاقدين و أهليتهما و رضائهما⁽²⁾، كما يجب عليه أن يقدّم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفقاتهم مع القوانين التي تسري عليها و تضمن تنفيذها، كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم و حقوقهم لضمان نفاذ إرادتهم⁽³⁾. أمام كلّ هذه الإجراءات يصعب القول بإبرام تصرف قانوني شكلي معيب لانعدام الإرادة أو عيب فيها⁽⁴⁾.

يتبيّن ممّا سبق، أنه من الصعب إبطال تصرف شكلي لانعدام التراضي أو لعب يلحقه، و هذا ما يفسّر ندرة القرارات القضائية التي تقضي ببطلان تصرف شكلي بسبب متعلق بالتراضي، و لكن بالرغم من ذلك فإنّ إبطال التصرف الشكلي ليس مستحيلا ذلك أنّ المقرر طبقا للمادة 324 مكرر 5 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره".

(1) زاوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 42.

(2) يراجع نصّ المادة 3/29 من قانون التوثيق رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20.

(3) يراجع نصّ المادة 12 من قانون التوثيق رقم 02/06 السالف الذكر.

(4) و هذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 1956/04/13 و الذي جاء فيه ما يلي: " في حالة وجود عقد رسمي كالهبة يحضره موظف عام و شاهدان فإنّ هذا يضمن وجود التراضي و حرية الأطراف، و من ثمّ لا يمكن أن يقع غلط في طبيعة عقد الهبة أو موضوعه".

-V.Civ 13 Avril 1956 , Bull 1956, I 124 , n°153.

يستفاد من نصّ هذه المادة أنه لا يمكن الطعن في الورقة الرسمية إلا بالتزوير، ذلك أنّ الورقة الرسمية حجة على المتعاقدين و الغير و لا يجدي إسقاط هذه الحجية إنكارها أو المنازعة في صحتها ممّن يحتج بها عليه، بل يجب عليه أن يتخذ موقفا ايجابيا بأن يطعن فيها بالتزوير وفقا للإجراءات المقررة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أو قانون الإجراءات الجزائية⁽¹⁾، و هذا الطريق شاقّ على من يسلكه إذ حدّد له المشرع إجراءات معقدة و طويلة.

و جدير بالملاحظة أنّ هذه الحجية قاصرة على البيانات التي يختص بها الموثق في حدود مهمته كتأكد من هوية الأطراف و أهليتهم و رضائهم، و بالبيانات العامة التي يثبتها في الورقة الرسمية كالتاريخ و مكان التوثيق و حضور الشهود، و كلّ الأمور التي وقعت من المتعاقدين في حضور الموثق و أثبتها في الورقة الرسمية، أمّا ما عدا ذلك فيمكن للمتعاقد إثبات ادعاءاته الرامية إلى إبطال العقد الرسمي بسبب تخلف إرادته أو عيبها أو انعدام أهليته بطرق الإثبات المقررة قانونا دون حاجة إلى الطعن بالتزوير، علما بأنّ إثبات ذلك يعدّ أمرا عسيراً⁽²⁾.

كما يمكن للمتصرف أن يطلب إبطال تصرف قانوني شكلي للصورية، و له في هذه الحالة إثبات الصورية بالطرق العادية دون حاجة إلى الطعن بالتزوير⁽³⁾، إلا أنه من الصعب أن نتصور فكرة الطعن بصورية التراضي بعد استيفاء الشكليات القانونية التي تهدف إلى ضمان وجود الرضا

⁽¹⁾ يكون الادعاء بالتزوير أمام القضاء المدني إما بموجب طلب فرعي أو بدعوى أصلية و قد نظم المشرع الجزائري أحكامها في المواد من 179 إلى 188 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. أو بتقديم شكوى جزائية بالتزوير و ذلك وفقا لمقتضيات المواد من 532 إلى 537 من قانون الإجراءات الجزائية .

⁽²⁾ يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 148561 ، الصادر بتاريخ 1997/04/30 و المنشور بـ م ق لسنة 1997، ع 2- ص 47 و الذي جاء فيه ما يلي: " من الثابت قانونا و قضاء أنه إذا كان للعقد الرسمي قوة اثباتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعايينات لتي قام بها الموثق نفسه فان المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي".

⁽³⁾ و هذا ما أكده القضاء الجزائري في القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2003/07/23 ملف رقم 247879 و المشار إليه سابقا، منشور في م ق ، ع 2، لسنة 2003 ، ص 243. و الذي جاء فيه ما يلي: " يجوز للغير الطعن في صورية العقد الرسمي و إثباتها بجميع الطرق بما فيها البيئة و القرائن".

و جديته، لذلك يكون القضاة أكثر دقة و صرامة بصدد ما يقدّم من أدلة لإثبات صورية التصرف الشكلي⁽¹⁾.

إنّ احترام الشكل المتطلب قانوناً يؤدي إلى افتراض توافر الرضا سليماً، و من ثمّ فإنّ الشكل يؤثر في التراضي تأثيراً فعّالاً، فهو يجعل إثبات ما يخالف التعبير أحياناً إثباتاً مستحيلاً.

ثانياً : تأثير التراضي على الشكل

رأينا أنّ التراضي هو جوهر التصرف القانوني سواء كان التصرف رضائياً أو شكلياً، و أنّ الشكل أيضاً عنصر جوهري يتعيّن توافره إلى جانب التراضي في التصرفات الشكلية، و من ثمّ فإنّ الإرادة وحدها لا تكفي لانعقاده، كما أنّ الشكل و إن كان غير مقرّر لذاته و أنه لا يعدو أن يكون وسيلة لحماية الإرادة إلا أنه يجب عدم الاستغناء عنه.

و لهذا فإنّ وجود التراضي مستوفياً لشروطه القانونية لا يغني عن وجود الشكل مستوفياً هو الآخر لكافة شروطه، و القاضي بصدد التصرفات الشكلية ينبغي عليه أن يبحث في مدى توافر كلّ من التراضي و الشكل معاً، و عليه أن يقضي ببطلان التصرف إذا تخلف الشكل، ذلك أنّ المشرع حين يفرض شكلاً فإنّه يقيم قرينة لا تقبل إثبات العكس على أنّ الإرادة التي لم تجسد في الشكل المفروض هي إرادة لا أثر لها قانوناً⁽²⁾، و من ثمّ لا يمكن إثبات صحة التراضي مع انعدام الشكل المفروض قانوناً.

بما أنّ الشكل مقرّر لحماية التراضي فإنه يعدّ ركناً من أركان تكوين التصرف الشكلي و من ثمّ فإنّ تخلف الشكل يقتضي الحكم ببطلان التصرف الشكلي رغم توافر رضا سليم⁽³⁾.

⁽¹⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit, p 139- 140.

⁽²⁾ ياسر احمد كمال الصيرفي/ التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص 130 .

⁽³⁾ فيما يتعلق بجزء تخلف الشكل. انظر ص 170 و ما يليها.

و إذا كان توافر التراضي و الشكل معا ضروريا لانعقاد التصرف القانوني الشكلي إلا أنّ القضاء الفرنسي اعتبر في بعض التصرفات الشكلية أنه يمكن للتراضي أن يؤثر على الشكل، و ذلك عندما يفرض القانون شكلا معيناً لحماية المتصرفين أو الغير، فإذا تحققت هذه الحماية فلا ضرورة لوجود الشكل و أجاز بذلك تصرفات شكلية لم تحترم الشكل المفروض، و من أمثلة ذلك الوعد العرفي بالرهن الرسمي.

من المسلم به أنّ الوعد بإبرام تصرف شكلي يجب أن يكون شكليا أيضا، إذ أنّ الحكمة من فرض الشكل تقتضي ذلك⁽¹⁾، و بما أنّ الرهن الرسمي تصرف شكلي فإنّ الوعد بالرهن يجب أن يتمّ في شكل رسمي، و رغم ذلك فإنّ القضاء الفرنسي حكم بصحة الوعد العرفي بالرهن الرسمي⁽²⁾ معللا ذلك بأنّ الهدف من توافر الشكل الرسمي في عقد الرهن هو حماية الغير، و من ثمّ لا يجب توافره في الوعد بالرهن، و ذلك بخلاف ما إذا كان الهدف من الشكل هو حماية أحد المتعاقدين فحينئذ يجب أن يبرم الوعد في ذات الشكل المقرر للتصرف الشكلي.

و الحقيقة أنّ هذا التعليل غير صائب، لأنّ الشكل في عقد الرهن الرسمي يهدف أساسا إلى حماية المدين الراهن، أما الغير فهو محمي بإجراء آخر هو إجراء القيد⁽³⁾. و لذلك فإنّ الحكم بصحة الوعد العرفي بالرهن الرسمي يعدّ خروجاً عن المبادئ الأساسية التي تحكم فكرة الشكل.

خلافاً لموقف القضاء الفرنسي، نصّ المشرع الجزائري صراحة في المادة 71 الفقرة الثانية من القانون المدني على ما يلي: " إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد". لذلك يجمع الفقه على أنّ الوعد العرفي بالرهن الرسمي يقع باطلا⁽⁴⁾.

(1) يراجع ما سيتم شرحه في ص 160 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(2) V. cass.civ, 07/01/1987, Bull Civ . 3 , n°4 , p 22.

(3) انظر في هذه المسألة صفحة 297 و ما يليها من هذه الرسالة.

(4) زاهية سي يوسف/ عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، 2006، ص 31.

- نبيل إبراهيم سعد/ التأمينات العينية و الشخصية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 85-86.

يلاحظ أخيراً أنّ خروج القضاء الفرنسي على القواعد العامة التي تحكم نظرية الشكل يعدّ استثناء غير مبرّر، ذلك أنّ كلا من التراضي و الشكل عنصران أساسيان لانعقاد التصرف القانوني الشكلي الذي لا يتحقق وجوده إلا بتوافرها معا.

المبحث الثاني :

الغاية من الشكل

انتهينا فيما سبق إلى أنّ الشكل يعتبر خروجاً على مبدأ الرضائية، فما هي الغاية التي أراد المشرع تحقيقها من خلال فرض الشكل بالنسبة لبعض التصرفات القانونية؟

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل التطرق إلى نقطتين، النقطة الأولى تتعلق بالشكل بغرض حماية المصلحة الخاصة (المطلب الأول) أمّا النقطة الثانية فهي تخصّ الشكل بغرض حماية المصلحة العامة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشكل لحماية المصلحة الخاصة

لقد اشترط المشرع شكلاً معيّنًا لبعض التصرفات ذات خطورة معيّنة و أهمية خاصة و ذلك بغية حماية المصلحة الخاصة لطرفي التصرف القانوني من جهة (الفرع الأول) و حماية الغير الذين يمسّهم التصرف من جهة أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية أطراف التصرف

عندما نتحدث عن شكل التصرف القانوني فإننا نقصد شكل التعبير عن الإرادة و ليس شكل الإرادة لأنّ هذه الأخيرة ظاهرة معنوية بحتة تتكوّن داخل الإنسان، بحيث لا يعلمها إلا صاحبها و لا يعلمها غيره إلا إذا تمّ التعبير عنها، و من هنا كانت حتمية التعبير عن الإرادة كي يرتب عليها القانون أثرًا.

و التعبير عن الإرادة ضروري لحماية الإرادة من أن ينسب إليها ما لا تقصده، و حتى يحقق التعبير هذا الدور يجب على المتصرف أن يختار طريقة التعبير عن إرادته بشكل مناسب، و لا شك في أنّ التعبير باللفظ أو الكتابة أفضل من التعبير بطرق التعبير الأخرى.

إعمالاً لمبدأ الرضائية قد يختار المتصرف بمحض إرادته الحرة شكل تصرفه دون أيّ تدخل من المشرع ، فله أن يعبر عن إرادته باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو بأيّ سلوك يسمح بالكشف عن الإرادة سواء كان صريحاً أو ضمناً⁽¹⁾، و رغم أنّ هذه الوسائل تختلف فيما بينها إلا أنّ للمتصرف الحرية الكاملة في التعبير عن إرادته بأيّ منها.

هذا و كثيراً ما ينحرف التعبير عن الإرادة و لا يأتي مطابقاً لها، فالمتصرف نتيجة التعاقد المتسرع قد لا يعبر بدقة عن حقيقة إرادته، فيفاجأ بما لا يرضيه و لا يتماشى و إرادته الحقيقية، و من هنا يحدث عدم تطابق بين عنصري التصرف القانوني الإرادة و التعبير. هذه الوضعية أدت إلى ظهور نظريتين نوجزهما فيما يلي:

أولاً: نظرية الإرادة

و هي النظرية التقليدية التي تعتد بالإرادة الحقيقية لا بالإرادة الظاهرة ، فإذا اختلف التعبير عن الإرادة الحقيقية يجب استبعاد هذا التعبير لأنّ التصرف يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحقيقية لأطرافه باعتبارها العنصر الأهمّ في تكوين التصرف القانوني، و قد أخذت بهذه النظرية القوانين اللاتينية و على الأخص القانون الفرنسي و ذلك نتيجة لسيطرة النزعة الذاتية أو الشخصية على تلك الشرائع⁽²⁾.

(1) تنص المادة 60 من ق.م على ما يلي: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أيّ شك في دلالاته على مقصود صاحبه.

و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

(2) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 93.

طبقا لهذه النظرية تعتبر الإرادة أساس الالتزام الإرادي، و العبرة بالنية الخفية لا بما تأخذ من مظهر خارجي بحيث يكون التعبير الخارجي عن الإرادة الباطنة مجرد قرينة عليها، و يتعين على القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر عنه التعبير، إذ قد يكون هذا التعبير صادقا و قد لا يكون⁽¹⁾.

ثانيا: نظرية التعبير

و هي النظرية الحديثة، و يرجع الفضل في ظهورها إلى الفقهاء الألمان⁽²⁾ الذين بحثوا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر نظرية الإرادة الباطنة بحثا مدققا و انتهوا إلى أنّ الإرادة الباطنة لا يجوز أن يكون لها أثر في القانون فهي شيء كامن في النفس، و لا بدّ لإنتاج أثرها أن تتخذ مظهرا اجتماعيا، و هذا المظهر يكون بالإفصاح عنها و هذا الإفصاح هو الذي يعتدّ به القانون فيرتب أحكامه عليه⁽³⁾، ذلك أنّ القوة الملزمة للتصرف القانوني تستمد من التعبير عن الإرادة، هذا التعبير الذي اطمأن إليه الموجه إليه التعبير في تعامله و رتب أموره على أساسه، فإذا اختلف التعبير عن الإرادة وجب الأخذ بالتعبير لأنّ في هذا الحلّ استقرارا للتعامل من خلال توفير الثقة في العلاقات القانونية.

يستفاد ممّا تقدم، أنّ نظرية الإرادة قللت من شأن التعبير و اعتبرته كأن لم يكن، بينما منحت نظرية التعبير على النقيض من ذلك قيمة ذاتية للتعبير و مستقلة عن الإرادة.

هذا و يلاحظ أنّ القوانين المعاصرة لم تأخذ بأيّة نظرية بصفة مطلقة لأنه لا يمكن الفصل بين عنصري التصرف القانوني الإرادة و التعبير و ترجيح أحدهما على الآخر⁽⁴⁾، و أنّ التصرف

(1) علي علي سليمان / النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص32.

(2) خليل أحمد حسن قدارة/ الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، ج 1 ، المرجع السابق، ص34.

(3) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، رقم 79، ص 180.

(4) و هذا ما أخذ به القانون الجزائري، فمن خلال استقراء نصوص القانون المدني يظهر أنّ المشرع يأخذ بالإرادة الباطنة أساسا، و لكنه يأخذ بالإرادة الظاهرة إلى الحدّ الذي يقتضيه استقرار المعاملات. يراجع محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص98.

القانوني لا ينعقد إلا بتوافر عنصره معاً، و تقاديا لترجيح أحدهما على الآخر عمد المشرع إلى فرض الشكل ضمانا لتطابق التعبير مع الإرادة.

نظرا لخطورة بعض التصرفات القانونية أوجب المشرع قبل إبرامها التأكد من سلامتها حتى يقل احتمال بطلانها أو انعدامه تماما، و بما أنّ آثار هذه التصرفات هامة يصعب إزالتها في حالة إبطالها لجأ المشرع إلى الشكلية لأنّ الشكل وسيلة فنيّة يندر مع احترامها إنشاء تصرفات قانونية معيبة⁽¹⁾.

ففي التصرفات الشكلية لا يترك المشرع للشخص حرية اختيار شكل التعبير عن إرادته و إنما يفرض عليه شكلا يجب الالتزام به كي تنتج آثارها القانونية، و لأنّ وسائل التعبير تتمايز فيما بينها فإنّ المشرع يفرض الوسيلة الأكثر وضوحا في الكشف عن الإرادة، علما بأنّ التعبير بالكتابة أو اللفظ أوضح من التعبير بالإشارة ، و التعبير بالكتابة الرسمية أوضح من الكتابة العرفية.

إنّ الشكل يحمي المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره و يدعوه إلى التمعّن و الروية و التفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه و مدى خطورته، و لا يقوم بإبرام التصرف إلا بعد أن يكون قد أدرك مدى الآثار التي تترتب عليه، فضلا عن أنّ الشكل يكفل تحديد مضمون التصرف القانوني بصورة أدق و أفضل من التصرف الرضائي.

كما تظهر أهمية الشكل في تحديد تاريخ و مكان إبرام التصرف القانوني. فبالنسبة لأهمية التاريخ فإنّ معرفة لحظة إبرام التصرف تفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني وإعمال قاعدة تنازع القوانين من حيث الزمن، ففي الجزائر مثلا كان التصرف في العقارات يعد تصرفا رضائيا يكفي لانعقاده تطابق إرادة طرفيه، غير أنه بعد صدور قانون التوثيق بتاريخ 15 ديسمبر 1970 أصبح تصرفا شكليا، حيث أوجب المشرع وفقا لمقتضيات المادة 12 من القانون السالف الذكر تحرير التصرفات العقارية في شكل رسمي تحت طائلة

⁽¹⁾ ياسر أحمد كمال الصيرفي/ التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص108-109.

البطلان⁽¹⁾، فضلا عن أنّ تاريخ العقد يسمح بمعرفة مدى توافر أهلية المتعاقدين من عدمها.

و أما عن أهمية مكان التصرف، فيسمح بمعرفة المحكمة المختصة إقليميا أو دوليا بالفصل في النزاع الذي قد ينشأ عن التصرف القانوني الشكلي.

خلاصة لما تقدم يمكن القول أنّ للشكل وظيفة وقائية تتمثل في حماية إرادة الأطراف من خلال مطابقة التعبير لها، بحيث يعبر عنها بصدق، و هو بذلك يحمي كلّ شخص يبرم التصرف الشكلي.

الفرع الثاني: حماية الغير

إنّ دور الشكل لا يقتصر على حماية الأطراف فحسب، بل يهدف أيضا إلى حماية حقوق الغير الذين يمسه التصرف، فمثلا الهيئة تعدّ من التصرفات الخطيرة نظرا لأنها تؤدي إلى خروج المال من ذمة صاحبه دون مقابل، و لذلك يجب ألا تتمّ إلا بعد أن يتروى الواهب و يقرب الأمر على كافة أوجهه قبل أن يقدم على هذا التصرف مراعاة لمصلحة عائلته، الأمر الذي جعل المشرع يشترط إفراغ عقد الهيئة في شكل رسمي حماية للواهب و أفراد أسرته⁽²⁾.

و إذا كان صحيحا بأنّ الشكل يهدف إلى حماية أطراف التصرف القانوني كما يهدف إلى حماية حقوق الغير الذين يمسه التصرف أيضا، فهل يتصور أن يفرض المشرع شكلا لحماية الغير فقط؟

إذا كان لا يوجد من الناحية النظرية ما يحول دون إمكان تصور وجود شكل لحماية الغير فقط، فإنّ هذا الحلّ لا يمكن تأييده من الناحية العملية، نظرا لوجود وسائل أخرى لحماية الغير

(1) يراجع ما سيتم شرحه في ص 193 و ما بعدها في هذه الرسالة.

(2) فيما يتعلق بشكل عقد الهيئة، انظر ما يلي: ص 309 و ما بعدها.

تتمثل في نظام الشهر⁽¹⁾ سيما أنّ المشرع أخضع العديد من التصرفات الشكلية إلى إجراءات الشهر و هي مستقلة تماما عن الشكل كما هو الحال بالنسبة للتصرفات الواردة على العقارات و المحلات التجارية و المعاملات الواردة على السفن.

مهما كان الأمر لا يمكن القول بأنّ المشرع يفرض الشكل لحماية الغير فقط لأنّ في ذلك تجاوزا للهدف المقصود من الشكل و يعدّ من قبيل التزيّد غير المرغوب فيه، ذلك أنّ المشرع حين أوجب إفراغ تصرفات معينة في شكل محدّد كان يهدف من وراء ذلك إلى حماية الأطراف و الغير الذين يمسّهم التصرف.

المطلب الثاني: الشكل لحماية المصلحة العامة

لا يقتصر الشكل على حماية المصلحة الخاصة للأطراف فحسب بل يهدف أيضا إلى حماية و تحقيق المصلحة العامة، و أحيانا تختلط المصلحة الخاصة بالمصلحة العامة بحيث لا يتصور تحقيق المصلحة العامة إلا عبر المرور بالمصلحة الخاصة، فالقانون عندما يشترط شكلا في التصرف القانوني يهدف إلى حماية المتصرف فإنه بذلك لا يحمي شخصا بعينه وإنما يحمي جميع الأشخاص الذين يرمون التصرف الشكلي⁽²⁾، و هكذا يمكن القول بأنّ الشكل يحقق المصلحة الخاصة بطريقة مباشرة و المصلحة العامة بطريقة غير مباشرة.

غير أنّه قد يفرض المشرع شكلا محدّدا في التصرف القانوني يهدف من خلاله إلى حماية المصلحة العامة بطريقة مباشرة، و ذلك بقصد تحقيق أغراض محدّدة كتحقيق العدالة و تسهيل مهمّة القضاء (الفرع الأول) و حماية الأمن و الائتمان (الفرع الثاني) و حماية الملكية العقارية (الفرع الثالث).

⁽¹⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit, p 42.

⁽²⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit , p 47.

الفرع الأول: تحقيق العدالة و تسهيل مهمة القضاء

قد تكون الغاية من الشكل تحقيق العدالة (أولاً) أو تسهيل مهمة القضاء (ثانياً).

أولاً : تحقيق العدالة

لقد ساد مبدأ سلطان الإرادة في القرن السابع عشر، و يرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى تفشي المذهب الفردي الذي يقوم على تبجيل الفرد و اعتباره محور القانون و أساسه⁽¹⁾.

و قد كان للمذهب الفردي تأثيره على الفلسفة الاجتماعية و الاقتصادية و القانونية، ففي مجال الفلسفة الاجتماعية ظهرت فكرة العقد الاجتماعي، و في مجال الفلسفة الاقتصادية انتصرت فكرة الحرية الاقتصادية، و في مجال القانون سادت فكرة القانون الطبيعي⁽²⁾.

و يقصد بالقانون الطبيعي أنّ الإنسان يصاحبه منذ ولادته حقه الطبيعي في الحرية، و بمقتضاه يستطيع أن ينشئ ما يشاء من التصرفات و يقوم بتنفيذها بإرادته الحرة، و دور القانون هو منع التعارض بين هذه الحقوق و حماية هذه الحريات⁽³⁾، و هكذا فسح المجال واسعا أمام إرادة الشخص وحدها في إنشاء الالتزامات و ما يترتب عليها من آثار.

و نتج عن هذا المذهب الفردي الحر تمجيد الحرية الفردية و تقديسها ، فأصبح الغرض من تنظيم المجتمع هو حماية الفرد و الحرص على حقوقه، و حتى تحقق الدولة هذا الهدف وضعت بين يدي الفرد كافة الوسائل التي تسهل له القيام بنشاطه، و من ثمّ كان ضروريا عدم تقييد إرادته

(1) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 44.

(2) حمدي محمد إسماعيل سلطح/ القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007، ص 23.

(3) خليفاتي عبد الرحمان/ مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، المرجع السابق، ص 16.

الخاصة في مجال التصرفات القانونية سواء من حيث الشكل أو الموضوع ، فكانت الإرادة مصدر الالتزامات و المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار⁽¹⁾ دون أي تدخل من الدولة، إذ أنّ الفرد هو الهدف الذي يجب أن يسعى إليه المجتمع و لتحقيق ذلك يجب أن تمنح له الحرية المطلقة في مجال النشاط و تعتبر الإرادة غير المقيدة للفرد أحد مظاهر هذه الحرية.

و لقد بالغ أنصار المذهب الفردي في فسحهم المجال للإرادة الفردية، لتقوم بما تشاء من تصرفات ظنا منهم أنه كلما سمح بالحرية الفردية كلما كانت هناك مساواة بين الأفراد، إلا أنّ هذه النتيجة النظرية للمساواة بين الأفراد في التعاقد غير صحيحة في الواقع العملي حيث أنّ الأفراد يختلفون من حيث الذكاء و الخبرة و من حيث القوة الاقتصادية مما يجعل الطرف القوي يملئ شروطه على الطرف الضعيف، و هذا ما نتج عنه اختلال التوازن في المعاملات و نتائج سيئة على المجتمع، و قد مهد ذلك لظهور المذاهب الاشتراكية التي تهدف إلى إنشاء مجتمع قائم على العدالة الاجتماعية و المساواة بواسطة تدخل الدولة و سيطرتها على ملكية وسائل الإنتاج، و قيامها بتوجيه المشروعات لسدّ الحاجات، و تدخلها لحفظ التوازن بما تضعه من أساليب التخطيط⁽²⁾ و لأنّ منطقتهم تمثل في أنّ غاية القانون يجب أن تكون المجتمع و ليس الفرد، تسلل التدخل التشريعي رويدا رويدا على حساب مبدأ سلطان الإرادة⁽³⁾.

لقد لعب القانون دورا حاسما بفرضه الشكلية لتحقيق المساواة و العدالة في المعاملات، و هذا ما عبّر عنه الفقيه الألماني إهرنج بقوله: " الشكل هو توأم العدالة "⁽⁴⁾، فالتصرفات الشكلية التي تبرم أمام موظف عام أو موثق تحول من جهة دون تأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف، فوجود شخص ثالث يمثل السلطة مع أطراف التصرف يعدّ ضمانا لتحقيق المساواة و العدالة في التعاقد، كما تهدف التصرفات الشكلية من جهة أخرى إلى تفادي استعمال الشروط

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، رقم 43، ص144.

(2) خليفاتي عبد الرحمان/ مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، المرجع السابق، ص22.

(3) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج 1 ، المرجع السابق، رقم 44، ص 146.

(4) "La forme est la sœur jumelle de l'équité" .

- IHERING/ L'esprit de droit romain; cité par ZOUAOUI Mahmoud, op.cit , p 31.

التعسفية التي يميلها الطرف القوي على الطرف الضعيف، إضافة إلى أنّ هذا الضابط العمومي الذي غالبا ما يكون الموثق ملزم بتقديم نصائحه للأطراف⁽¹⁾، فيبيّن لهم آثار الالتزامات التي تترتب على تصرفهم و الجزاء الناجم عن الإخلال بهذه الالتزامات حتى يكونوا على بينة من أمرهم و يقيهم بذلك الوقوع مستقبلا في مفاجآت لم تخطر ببالهم عند إجراء التصرف خاصة إذا كان أحد طرفي التصرف أقل خبرة و ذكاء من الآخر، إذ يمكنه بواسطة نصائح الموثق معرفة حقيقة التصرف و مدى أهميته⁽²⁾، كما أنّ الموثق لا يقوم بإبرام هذه التصرفات في الشكل المتطلب قانونا إلا بعد التأكد قدر المستطاع من أنها سليمة من العيوب بحيث يقل احتمال بطلانها، فدور الشكل بهذا المعنى يضمن تحقيق العدالة و الاستقرار معا.

ثانيا: تسهيل مهمة القضاء

من المؤكد أنّ القاضي يسعى للوصول إلى معرفة النية المشتركة لأطراف النزاع في مجال العقود، و إذا كان الأصل أنه يقع على عاتق طرفي النزاع إثبات ادعاءاتهما و أنّ القاضي يقوم بالفصل على أساس ما استخلصه من هذه الادعاءات إلا أنّ الوصول إلى الحقيقة من خلال أقوال الأطراف قد يصعب خاصة إذا كان التصرف رضائيا و تمّ إجراؤه شفاهة، حيث لا يمكن للقاضي في هذه الحالة الاعتماد على ادعاء الأطراف فقط للوصول إلى الحقيقة و إنما يتعيّن عليه استنتاج ما قصده طرفا النزاع من خلال وقائع الدعوى بكل طرق التقصي.

غير أنه إذا كان التصرف شكليا فإنّ مهمة القاضي تصبح أسهل في اكتشاف النية المشتركة لأطراف التصرف، و تحديد التزامات و حقوق كلّ واحد منهم، و يكون الوضع أكثر سهولة إذا كان الشكل رسميا لأنّ كتابة التصرف من طرف الموثق يجعل تعبير المتصرف عن إرادته واضحا و ترجمة حقيقية لإرادته، كون الموثق بخبرته القانونية يحسن اختيار الألفاظ و الكلمات التي تكشف بصدق عن حقيقة قصد المتصرف و تنبيهه إلى آثار التصرف الذي يقدم عليه.

و لقد عارض الفقيه الألماني إهرنج مسألة الشكلية على أساس أنّ تسهيل مهمة القاضي هنا إنما يتم بالتضحية بأشياء أخرى، إذ أنّ تسهيل مهمة القاضي في التصرف الشكلي يلقي بالعبء

⁽¹⁾ زواوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق ، ص 31.

⁽²⁾ يراجع نصّ المادة 12 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

على الأطراف في تحديد مقاصدهم و التزاماتهم عند إنشاء هذا التصرف، و هنا تظهر خطورة الشكل حيث أنّ أيّ إهمال أو تسرع يؤدي إلى نتائج خطيرة لم يكن يقصدها المتعاقدان، فالشكل يجب أن يعرف دوره بدقة و إلا كان خطرا على الأطراف في تحديد مقاصدهم و التزاماتهم عند إنشاء هذا التصرف الشكلي لأنّ أيّ إهمال أو تسرع يؤدي إلى نتائج خطيرة على الأطراف⁽¹⁾.

و يبدو أنّ هذا النقد غير وجيه لأنّ الشكل خلافا لما يراه الفقيه إهرنج إذا كان رسميا، فإنّه يتمّ بحضور ضابط عمومي يسهر على إعداده طبقا للقوانين المعمول بها، إذ يقدّم للأطراف نصائح و يبصرهم بأهمية التصرف الذي يقدمون عليه و الآثار المترتبة عنه، و هو بذلك يجنبهم الوقوع في الأخطاء و يحول دون وقوعهم في عيوب الإرادة من غلط و تدليس و إكراه، أما إذا كان التصرف عرفيا فهو ليس حجة غير قابلة لإثبات العكس بل يمكن لطرفي النزاع أن يثبتا عكسها بوسائل الإثبات المقررة قانونا حتى و إن كان ذلك أمرا صعبا.

و أما ما يراه من تسهيل لمهمة القاضي مقابل إلقاء عبء الإثبات على الأطراف ، ففي غير محله لأنّ المقرر قانونا أنّه يقع على الأطراف عبء إثبات ما يدعونه⁽²⁾، و لا يأتي دور القاضي إلا بشكل ثانوي في تكوين اعتقاده من خلال ما توصلّ الأطراف إلى تقديمه من أدلة إثبات.

نستنتج من كلّ ما تقدم أنّ الشكل يلعب دورا مهما في تسهيل مهمة القاضي فهو يساهم في حلّ النزاعات بسرعة و يجنب القضاء أعباء و متاعب شتى في مجال الإثبات.

⁽¹⁾IHERING/ L'esprit de droit romain; cité par ZOUAOUI Mahmoud, op.cit , p 32.

⁽²⁾ تنصّ المادة 323 من ق.م على ما يلي: " على الدائن إثبات الالتزام و على المدين إثبات التخلص منه ".

الفرع الثاني: حماية الأمن و الائتمان

إنّ الحياة الاقتصادية تقوم منذ القدم على الأمن و الائتمان اللذين يعدّان عصب الحياة الاقتصادية و الاجتماعية على حدّ سواء، فتحقيق الأمن و الاستقرار في المعاملات هو الركيزة التي يتوقف عليها نشاط المجتمع، و مجرد الخوف من اندلاع حرب دولية أو أهلية يعتبر تهديداً لأمن و استقرار المعاملات و ينعكس سلباً على النشاط العادي للأفراد فيؤثر فيه مما يؤدي إلى اختلال المعاملات. هذا و إنّ العلاقات الاجتماعية بحاجة ماسة إلى الاستقرار و الوضوح لذا يجب أن يكون انتقال الأموال، خاصة تلك التي لها أهمية كبرى في حياة المجتمع كالعقارات و السفن و المحلات التجارية في شكل واضح حتى يكون الأفراد على بيّنة من وضعيتهم.

و تلعب الشكلية في هذا المجال دوراً بارزاً فهي أداة ممتازة للإعلام عن وقوع التصرف من حيث تاريخه و مكان إجرائه و من حيث مضمونه و تحديد مدى الآثار المترتبة عنه، فالتصرف المحرر في سند مكتوب يسمح للغير بالاطلاع عليه و معرفة ما يتضمنه⁽¹⁾.

و جدير بالذكر أنّ الشكل المكتوب له أهمية بالغة في تشجيع الائتمان و تحقيق الاستقرار فمثلاً في المعاملات المدنية يطمئنّ الدائن أكثر لاستيفاء حقه متى كان لديه سند مكتوب بهذا الدين فلا يخشى من المنازعة في وجوده أو نسيانه أو امتناع المدين عن الوفاء به، و يكون في مركز أقوى متى كان السند المكتوب رسمياً لأنه في هذه الحالة يستطيع التنفيذ به من غير أن يستصدر حكماً قضائياً⁽²⁾.

إنّ دور الشكل في تحقيق الائتمان لا يقتصر على المعاملات المدنية و إنما يمتدّ إلى المعاملات التجارية أيضاً، إذ تعدّ الأوراق التجارية أداة ممتازة لتحقيق الائتمان، فالشكلية المبسطة التي تتميز بها هذه الأوراق جعلتها سهلة الإنشاء و سريعة التداول مليئة بذلك حاجات التجارة و رغبات التجار في تنمية تجارتهم بسرعة⁽³⁾، كما أنّ صفة التجريد من الدفع التي

(1) زاوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 28.

(2) فيما يتعلق بآثار الورقة الرسمية. انظر صفحة 114 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(3) نادية فضيل/ الأوراق التجارية في القانون الجزائري، طبعة 11، دار هومة، الجزائر، سنة 2006، ص 10.

تتصف بها الأوراق التجارية تجعلها دعامة بالغة الأهمية للائتمان و إحدى الميزات الأساسية التي بلغتها الأوراق التجارية في تطورها و تحسين فعاليتها مقدمة بذلك أقوى ضمان للدائن في استيفاء حقه.

الفرع الثالث: حماية الملكية العقارية

لمّا كانت الملكية العقارية ذات وظيفة اجتماعية و كانت من عناصر الثروة القومية فكان لزاماً أن تتوافر لها الحماية القانونية من كلّ اعتداء يتعرض له المالك، و عدم المساس بحق ملكيته كي تحقق وظيفتها الاجتماعية و الاقتصادية. و من ثمّ و جب إحاطة حق الملكية بضمانات لاستقرار الملكية و تدعيم الائتمان العقاري، و قد وجدت الدول أنّ من أهمّ الوسائل لحماية الملكية العقارية و ضمان استقرار المعاملات الواردة عليها هو الشكل.

إنّ حماية الملكية العقارية يعدّ الشغل الشاغل للدولة الجزائرية التي تهدف من وراء ذلك إلى إيجاد آليات و أدوات قانونية تثبت ملكية العقار بسند رسمي مكتوب حتى يتسنى لها مراقبة الملكية العقارية و طريقة استغلالها و معرفة التصرفات القانونية الواردة عليها و تتمكن الدولة من الحصول على موارد الربيع سواء تعلق الأمر بالعقار الصناعي أو الحضري أو الفلاحي.

و تزداد أهمية حماية الملكية العقارية بدخول الجزائر اقتصاد السوق و ما يتطلب ذلك من استثمارات تقتضي لزوماً وجود عقارات لها سندات، و بدونها لا وجود لاستثمارات و لا مستثمرين وطنيين أو أجانب، لذا فإنّ صندوق النقد الدولي (FMI) في تقريره الخاص بالجزائر⁽¹⁾ أوصى بضرورة التعجيل في حسم هذه المسألة عن طريق الإسراع في عملية المسح العقاري و وضع سجل الأراضي لتعزيز الأساس القانوني لشهر الممتلكات و ذلك بتحديد عيني لكلّ ملكية عقارية على حدى و تسليم سند يكون بمثابة بطاقة تعريف و تحديد هوية العين المملوكة، تسجل فيه كافة التغييرات التي تطرأ على العقار سواء كانت قانونية كتغيير المالك أو طبيعة العقار أو مادية

⁽¹⁾ لقد صدر هذا التقرير سنة 1998، أشار إليه: حمدي باشا عمر/ حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، سنة 2002، ص 13.

مثل البناء و التقسيم، فالمعاملات الواردة على العقارات يستطيع كل من له مصلحة الاطلاع عليها في مكتب الشهر العقاري⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك اشترط المشرع الجزائري تسجيل المعاملات الواردة على العقارات وجوبا لدى مصلحة التسجيل، الأمر الذي ينجم عنه دفع حقوق الخزينة العامة، هذه الحقوق التي كان من المتعذر استيفاؤها لو لم تكن التصرفات العقارية محررة في سند مكتوب، فلو ترك المشرع هذه المعاملات تجري بطريقة التراضي دونما استلزام شكل معين لأمكن التهرب بسهولة من دفع الرسوم و الحقوق المفروضة عليها، بينما يسمح الشكل الذي فرضه المشرع على هذه التصرفات بضمان استيفاء حقوق الخزينة العامة و منع التهرب من الرسوم و الضرائب المقررة قانونا.

الفصل الثاني:

تمييز الشكل عن النظم المماثلة له

خلصنا في الفصل الأول إلى أنّ الشكل هو أسلوب يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة بحيث أنّ التعبير لا ينتج آثاره القانونية إذا لم يفرغ في الشكل المتطلب قانونا، و بذلك يعدّ الشكل ركنا في التصرف القانوني الشكلي.

إنّ تحديد مفهوم الشكل يتطلب مّا كذلك التمييز بينه و بين ما يشته به من تصرفات قانونية قد يظن أنها تصرفات شكلية و هي في الحقيقة ليست كذلك، و من ثمّ يتميّز الشكل الذي يعتبر ركنا في التصرف بنصّ القانون عن الشكل المتطلب للإثبات (المبحث الأول) و عن التسجيل (المبحث الثاني) و الشهر (المبحث الثالث).

هذا ما سأتناوله بالمبحث معتمدة على أسلوب المقارنة لاستظهار مدى الاختلاف بين الشكل الذي يتطلبه القانون ركنا في التصرف و بين الأنظمة المقاربة له.

(1) فالملكية في العقارات لا تنتقل بين الأطراف إلا عن طريق الشهر العقاري.

- يراجع نصّ المادة 793 من ق.م.ج .

المبحث الأول:

الشكل و الإثبات

يخضع المشرع إثبات التصرفات القانونية لإجراءات محدّدة ، و منها ضرورة تحرير ورقة مثبتة للتصرف القانوني الذي تبلغ قيمته قدرا معيناً، هذا الإجراء يختلف عن استلزام المشرع تحرير ورقة مكتوبة كشكل لانعقاد التصرف، فالشكل الذي يعتبر ركنا في التصرف يتميز عن الشكل المتطلب للإثبات، و إنّ هذا التمييز بينهما ليس نظريا فقط (المطلب الأول) بل عمليا أيضا(المطلب الثاني).

المطلب الأول: التمييز بين الشكل و الإثبات من الناحية النظرية

إنّ الشكل كركن لانعقاد التصرف القانوني يختلف عن الشكل المقرر لمجرد الإثبات، فقبل إبراز أوجه الاختلاف بينهما (الفرع الثاني) يبدو لنا من المفيد تحديد مفهوم الإثبات (الفرع الأول).

الفرع الأول: مفهوم الإثبات

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على واقعة قانونية ينازع في صحتها أحد أطراف الخصومة⁽¹⁾. و يعتبر الإثبات الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأطراف في صيانة حقوقهم المترتبة على الوقائع، و الأداة الضرورية التي يعولّ عليها القاضي في التحقق من هذه الوقائع.

فبعد تنظيم القانون للعلاقات الاجتماعية أصبح من حقّ كل فرد في المجتمع إذا ما نُوزع في حقه أن يلجأ إلى القضاء للفصل في نزاعه و استرجاع حقه بعدما كان يقتضيه بنفسه، و في سبيل ذلك كان لا بدّ على من يدعي حقا أن يثبته و من هنا تظهر أهمية الإثبات في الحياة العملية إذ أنّ الدليل القانوني يعدّ جوهريا بالنسبة للحق، ذلك أنّ الحق بدون دليل عدم.

(1) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 9.

أدت أهمية الإثبات إلى اختلاف الأنظمة القانونية في تنظيمه و التي انقسمت إلى نظريات ثلاثة: نظرية الإثبات المطلق أو الحرّ و نظرية الإثبات المقيد أو القانوني و نظرية الإثبات المختلط.

أولا : نظرية الإثبات المطلق

مفادها أنه لا يقيد القاضي أو الخصوم بطرق محددة للإثبات و إنما أطلقت يدهما في إثبات الواقعة المتنازع فيها إذ يقبل أيّ دليل لإثبات أيّ حق، فيبقى للخصوم مطلق الحرية في اختيار الأدلة التي يرون أنها تقنع القاضي، و في مقابل ذلك يكون للقاضي الحرية في تقييم و تقدير الأدلة المعروضة عليه، كما يمكنه الحصول على الأدلة التي تساعد في تكوين اقتناعه و يسوغ له أيضا القضاء بعلمه الشخصي⁽¹⁾.

و يعاب على هذه النظرية أنها لا تحقق الثقة و الاستقرار في التعامل لأنّ منح القاضي حرية واسعة قد تؤدي به إلى إساءة استعمالها في تقدير الأدلة فيحكم وفق أهوائه الشخصية دون رقابة عليه من القانون.

ثانيا: نظرية الإثبات المقيد

خلافًا للنظرية المطلقة فإنّ هذه النظرية تحدّد طرق الإثبات تحديدا دقيقا و تحدّد قيمة كلّ طريق من الطرق بحيث يتقيد به الخصوم و القاضي⁽²⁾، فلا يجوز للخصوم إثبات الواقعة محل النزاع بأيّة وسيلة يرونها مناسبة بل يتقيدون بما حدّده القانون، كما لا يمكن للقاضي أن يقبل طرقا غير تلك التي حدّدها القانون و لا يستطيع أن يعطيها غير القيمة التي منحها إياها القانون، فموقف القاضي إذن من هذه النظرية سلبي إذ لا يمكنه إكمال أدلة الخصوم حالة ما إذا كانت ناقصة و لا يمكنه إعطاء رأيه الشخصي و إنما يقدر قيمة كلّ وسيلة تعرض عليه وفق ما قرره القانون.

⁽¹⁾ و قد أخذ بهذا المذهب القانون الألماني و القانون السويسري و القانون الانجليزي و الأمريكي.

- يراجع بهذا الصدد: محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ج 4، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2008-2009، ص 10 .

⁽²⁾ عادل حسن علي/ الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، سنة 1996، ص 12.

رغم ما تتميز به هذه النظرية من تحقيق استقرار المعاملات و بعث الثقة و الاطمئنان في نفوس المتقاضين إلا أنها في المقابل تقيّد القاضي و تحصر سلطته التقديرية أو تعدها ممّا يؤدي إلى تباين بين الحقيقة الواقعية و الحقيقة القضائية أين تكون الحقيقة واضحة جليّة للقاضي غير أنه لا يحكم لصاحب الحق بسبب قصور وسائل الإثبات أو انعدامها.

ثالثاً: نظرية الإثبات المختلط

نظراً للانتقادات التي وجهت لكل من النظامين المطلق و المقيّد من أنّ النظام الأول يحقق العدالة و يتجاهل استقرار المعاملات بينما يعمل النظام الثاني على استقرار التعامل دون تحقيق العدالة، ظهرت نظرية مختلطة تجمع بين مزايا النظامين بحيث تحقق العدالة و تضمن استقرار المعاملات معاً، و مؤدى هذه النظرية أنها تجمع بين الحرية و التقييد في الإثبات حين أخذت بحرية الإثبات على إطلاقها في المسائل الجنائية و التجارية و قيّدته في المسائل المدنية تقييداً شديداً بسبب طبيعتها.

و لقد اعتمدت معظم التشريعات⁽¹⁾ النظرية الأخيرة و منها التشريع الجزائري الذي أخذ بحرية الإثبات في المسائل التجارية⁽²⁾ و قيّده في المسائل المدنية، علماً أنه وزّع قواعد الإثبات بين القانون المدني و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لأنها مزيج من القواعد الموضوعية و الإجرائية معاً.

(1) من التشريعات التي أخذت بهذا النظام هي التشريع الايطالي و الفرنسي و البلجيكي و المصري و اللبناني بالإضافة إلى تشريعات أخرى، يراجع: عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت ، لبنان، رقم 24، ص 29-30.

(2) في نطاق المعاملات التجارية يجوز الإثبات بكافة الوسائل طبقاً لمقتضيات المادتين 333 من ق.م و 30 من القانون التجاري.

- و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 1992/07/07 ، ملف رقم 84034 ، منشور بـ م ق لسنة 1993 ، ع 3، ص 164.

و يلاحظ أنّ المشرع حصر وسائل الإثبات في المواد المدنية في الكتابة و اليمين بنوعيهما المتممة و الحاسمة و الإقرار و شهادة الشهود و القرائن⁽¹⁾، و حدّد لكلّ طريقة منها الحالات التي يتوجب فيها الإثبات بها ، و تعدّ الكتابة من أقوى طرق الإثبات و من مزاياها أنه يمكن إعدادها مقدما للإثبات عند نشوء الحق دون الانتظار إلى وقت المنازعة فيه.

و قد أوجب المشرع الكتابة بوجه عام وسيلة للإثبات في الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفا قانونيا مدنيا و نصّ في المادة 333 الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدّد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نصّ قانوني يقضي بغير ذلك".

و إلى جانب هذا النصّ العام، توجد نصوص أخرى خاصة تستلزم صراحة الكتابة لإثبات بعض التصرفات القانونية ، كعقد الكفالة⁽²⁾ و عقد الصلح⁽³⁾ و اتفاق التحكيم⁽⁴⁾.

بعد توضيح مفهوم الإثبات، نتعرض لنقاط الاختلاف بينه و بين الشكل.

(1) و ذلك في المواد 323 و ما بعدها من القانون المدني الجزائري.

(2) تنص المادة 645 من ق.م. على ما يلي: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ، و لو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه".

(3) تنص المادة 992 من ق.إ.م. على ما يلي: " يثبت الصلح في محضر، يوقع عليه الخصوم و القاضي و أمين الضبط و يودع بأمانة ضبط الجهة القضائية".

(4) تنص المادة 1/1012 من ق.إ.م. على أنه: " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا".

الفرع الثاني: تحديد أوجه الاختلاف بين الشكل و الإثبات

إنّ التمييز بين وجود التصرف القانوني و بين إثباته أمر مسلم به في القانون لأنّ تحقق الوجود القانوني للتصرف مستقل و يتميّز عن إثباته، إلا أنه رغم ذلك يمكن أن يلتبس الشكل بالإثبات، و حتى يزول هذا اللبس يجب ذكر أوجه الاختلاف بينهما و هي كالتالي:

1 أنّ المشرع نظم مسألة الشكل اللازم لوجود التصرف القانوني في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من القانون المدني في شروط العقد⁽¹⁾، تلك القواعد التي تبيين العناصر التي بتوافرها يوجد التصرف القانوني، بينما نظم القواعد التي تحكم إثبات التصرف في الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني الخاص بإثبات الالتزام⁽²⁾.

2 أنّ الشكل أسلوب يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة بالنسبة لتصرفات معينة فإذا عبّر المتصرف عن إرادته خلاف الشكل المفروض لم ينتج تعبيره هذا أيّ أثر لأنّ الشكل شرط لتكوين العقد، و لذلك لا يمكن للأطراف الاتفاق على استبعاد الشكل أو استبداله بآخر⁽³⁾، أما دليل الإثبات و إن استلزم المشرع الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات المدنية إلا أنه يجوز للأفراد الاتفاق على استبعادها أو استبدالها بطرق الإثبات الأخرى لأنّ قواعد الإثبات ليست من النظام العام⁽⁴⁾ ذلك أنه إذا كان الشخص يستطيع أن يتنازل عن حقه فمن باب أولى أن يتنازل عن طرق إثباته⁽⁵⁾.

(1) و ذلك في المادتين 59 و 60 من ق.م.ج .

(2) و ذلك في المواد من 323 إلى 350 من ق.م.ج .

(3) يراجع ما سبق إيضاحه بصفحة 14 و 15 من هذه الرسالة.

(4) و هذا ما أكده القضاء الجزائري، و من قبيل ذلك قرار م ع الصادر بتاريخ 1983/05/11، و المنشور بـ ن ق ، ع 43، ص 65. و المشار إليه في مؤلف عمر بن سعيد/ الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2001، ص 103 و الذي جاء فيه ما يلي: " قاعدة المادة 333 مدني التي تفرض الإثبات بالكتابة إذا زادت قيمة التصرف على 1000 دينار جزائري ليست من النظام العام، يجوز للأطراف أن يتنازلوا عنها صراحة أو ضمنا و من ثمّ لا يجوز أن يثيروها تلقائيا".

(5) رمضان أبو السعود/ أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية،

بيروت، سنة 1993، ص 46.

3 أنّ الوظيفة الأساسية للشكل هي حماية الإرادة و هي تقتضي أن يكون ركنا من أركان التصرف، و من ثمّ لا يتصور تحققها إلا إذا كان الشكل قد تمّ وقت إبرام التصرف، أما وظيفة دليل الإثبات فلا تظهر إلا في مرحلة لاحقة لإبرام التصرف حال قيام نزاع بصدده، و من ثمّ لا يستلزم أن يكون دليل الإثبات معاصرا لتاريخ إبرام التصرف و إنما يجوز تمامه عقب إبرامه.

4 أنّ تخلف الشكل الذي يفرضه القانون لإنشاء التصرف القانوني يؤدي إلى عدم صحة التصرف و بطلانه⁽¹⁾، أما تخلف دليل الإثبات فإنه لا تأثير له على صحة التصرف إذ يعتبر التصرف من الناحية القانونية قائما من وقت إبرامه و تترتب عنه كافة آثاره⁽²⁾ و إن أدى ذلك إلى صعوبة إثباته من الناحية العملية.

خلاصة لما تقدم يتبيّن بوضوح أنّ الشكل يتميّز عن الإثبات تميزا نظريا ذلك أنّ الشكل يتعلق بإنشاء التصرف القانوني، بينما يتحقق وجود هذا التصرف بصرف النظر عن الإثبات، و هذا كاف للتمييز بين التصرفات الشكلية و التصرفات الرضائية التي تخضع لقاعدة الإثبات بالكتابة.

المطلب الثاني: النتائج العملية المترتبة على التمييز بين الشكل و الإثبات

بعدما تأكّدنا من وجود فرق جوهري بين الشكل و الإثبات من الناحية النظرية يجدر بنا أن نعرض النتائج العملية المترتبة على هذا التمييز.

يرى جانب من الفقه أنّه بالرغم من وجود فرق بين الشكل و الإثبات من الناحية النظرية، إلا أنّه لا يوجد فرق بينهما من الناحية العملية، فالنتيجة العملية الناجمة عن تخلف الشكل المطلوب لقيام التصرف مشابهة لتلك المترتبة عن تخلف الشكل المطلوب لإثباته لأنّ التصرف القانوني المجرد من دليل إثباته عمليا يصبح عند المنازعة فيه هو و العدم سواء⁽³⁾.

(1) في تفصيل أحكام القانون الجزائري بصدد جزاء تخلف الشكل، يراجع ما سيأتي في صفحة 174 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(2) عادل حسن علي/ الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 51.

(3) Colin et Capitant, Traité de droit civil, par Julliot de la morandière, tome2, n° 620.=

بينما يرى جانب آخر من الفقه أنّ التمييز بين الشكل و دليل الإثبات ليس نظريا فحسب، و إنما تترتب عليه نتائج عملية أيضا لأنّ تخلف الشكل المتطلب لانعقاد التصرف يؤدي إلى عدم وجوده و عدم فعالية آثاره، بينما تخلف الشكل المطلوب للإثبات لا يؤدي حتما إلى استحالة إثبات التصرف لأنّ القدرة على إثبات وجود التصرف و إن كانت بالفعل تجعل المدعي في وضع عسير لإثباته بسبب عدم تهيئة السند الذي اشترطه المشرع، إلا أنّ هذا لا يعني استحالة إثبات وجود التصرف بحيث يمكن إثباته عن طريق الإقرار أو اليمين كما يمكن إثباته أيضا عن طريق البيّنة و القرائن في بعض الحالات الاستثنائية⁽¹⁾.

و تجدر الملاحظة أنّه لا يوجد أيّ فرق من الناحية العملية بين تصرف لم يوجد أصلا لتخلف الشكل و تصرف موجود قانونا و لكن استحالة إثباته، ففي الحالتين النتيجة واحدة و هي عدم ترتيب أيّ آثار على التصرف القانوني، إلا أنّنا نؤيّد ما ذهب إليه الرأي الثاني من أنّ الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف تختلف من الناحية العملية عن الكتابة المطلوبة لمجرد الإثبات لأنّ عدم وجود التصرف لا يساوي صعوبة إثباته مهما كانت هذه الصعوبات، ففي غياب الدليل الكتابي يمكن الاحتكام إلى ضمير الخصم عن طريق اللجوء إلى الإقرار أو اليمين الحاسمة (الفرع الأول)، كما يمكن إثبات التصرف عن طريق البيّنة و القرائن و ذلك متى توافرت إحدى الحالات الاستثنائية التي أوردها المشرع على قاعدة الإثبات بالكتابة (الفرع الثاني).

= Carbonnier/ Droit civil, les obligations, op.cit, n°41.

⁽¹⁾VILLARD Antoine/ La formation du contrat, O.P.U , p 20.

الفرع الأول: الإثبات بالإقرار و اليمين

أوجب المشرع الجزائري الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن حدّ معيّن. فنصّ في المادة 333⁽¹⁾ الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدّد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نصّ يقضيّ بغير ذلك".

لتطبيق هذه المادة، يجب أن يكون التصرف محلّ الإثبات تصرفا قانونيا سواء كان صادرا من جانبين كالبيع مثلا أو بإرادة منفردة كالوصية، فقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة لا تسري على الوقائع المادية لأنّ طبيعتها لا تسمح بإمكانية إعداد دليل كتابي مقدما لإثباتها، كما يجب أن يكون التصرف القانوني تصرفا مدنيا لأنّ التصرفات التجارية تخرج من إطار تطبيق هذه القاعدة حيث يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات أيّا كانت قيمة التصرف، و أن تزيد قيمة التصرف على 100000 دينار جزائري أو يكون غير محدّد القيمة، و منه لا يتعيّن على الأطراف كتابة التصرفات القانونية التي تقلّ قيمتها عن الحدّ المذكور كون هذه التصرفات ليست على درجة من الخطورة حتى يتوجّب إثباتها بالكتابة.

هذا ، و إذا كان المشرع أوجب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100000 دينار جزائري فهذا لا يعني أنّ الكتابة هي الدليل الوحيد المقبول للإثبات فإذا تخلفت يصبح التصرف من المستحيل إثباته و إنما يجوز إثباته بما يعادل الكتابة كالإقرار و اليمين ذلك أنّ المشرع يمنع الإثبات بشهادة الشهود، و هو ما يستنتج منه أنّ الإثبات بالقرائن غير جائز أيضا.

بالتالي فإنّ المادة 333 من القانون المدني لا تنص صراحة على اشتراط الكتابة كدليل وحيد لإثبات التصرفات الخاضعة لها و إنما فقط تحظر الإثبات بشهادة الشهود، و عليه يمكن إثبات التصرفات القانونية بالإقرار أو اليمين في حالة تخلف الكتابة.

⁽¹⁾ المادة 333 قبل تعديلها بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، منشور بـ ج ر ، ع 44، س 42 الصادرة في: 26/06/2005- كانت تنص على قيمة 1000 دج .

الفرع الثاني: الإثبات بالبينة و القرائن

رأينا أنّ تخلف الكتابة المطلوبة للإثبات لا يعني استحالة إثبات وجود التصرف القانوني بل يمكن إثباته بطريق الإقرار و اليمين، كما يمكن إثباته عن طريق البينة و القرائن⁽¹⁾ متى توافرت إحدى الحالات الاستثنائية التي نصّ عليها القانون و المتمثلة في وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (أولاً) و وجود مانع مادي أو معنوي حال دون الحصول على دليل كتابي (ثانيا) و فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته (ثالثا) و الاحتيال على القانون (رابعا).

أولاً: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

تنصّ المادة 335 من القانون المدني على ما يلي: " يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، و كلّ كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدّعى به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

يستفاد من هذه المادة أنّه لا بدّ من توافر شروط ثلاث كي نكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة⁽²⁾ و هي كالتالي:

الشرط الأول : وجود الكتابة

لم يشترط المشرع نوعاً خاصاً من الكتابة فأيّ ورقة مكتوبة مهما كان شكلها يمكن اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة إذا ما توافرت الشروط الأخرى، كما أنه لم يشترط أن تتضمن الورقة المكتوبة بيانات معينة أو أن تكون موقعة، و عليه فكلّ الكتابات تصلح كبداية ثبوت الكتابة و منها الأوراق الرسمية الباطلة لانعدام الأهلية، أو أيّ عيب شكلي آخر، أو المعيبة غير

(1) نصّ المشرع صراحة على جواز إثبات التصرفات القانونية بالبينة (شهادة الشهود) في هذه الحالات ، و لم يذكر القرائن ، و لكن يجوز الإثبات بالقرائن أيضاً تماشياً مع ما هو مقرر في المادة 340 من ق.م التي تنص على ما يلي: " ... لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة ".

(2) تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري استعمل عبارة (مبدأ ثبوت بالكتابة) و هذه العبارة منتقدة ، فكان من الأفضل استعمال عبارة بداية ثبوت بالكتابة لأنّ كلمة مبدأ تعني قاعدة .

- انظر بهذا الصدد: زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 73.

الموقعة⁽¹⁾، و الرسائل العادية و الدفاتر التجارية و الأوراق المنزلية و المخالصات و المذكرات الشخصية و كذا الأقوال المدونة في محضر تحقيق أو في مذكرة مقدمة في الدعوى أو في دعوى سابقة أو في محاضر الجلسات⁽²⁾.

الشرط الثاني : صدور الكتابة من الخصم

يجب لاعتبار هذه الورقة المكتوبة بداية ثبوت بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه شخصيا أو ممّن يمثله قانونا⁽³⁾.

و تعتبر الورقة صادرة من الخصم إذا كانت بخطه أو موقعة منه أو كانت بخط من يمثله أو موقعة منه، أو كانت رسمية ورد فيها قول له، فإن لم تكن كذلك فلا تعتبر صادرة منه حتى و لو وجدت بين أوراقه⁽⁴⁾.

يلاحظ أخيرا أنه حتى تعتبر الورقة بداية ثبوت بالكتابة يجب ألا ينكرها المحتج بها عليه ، فإن أنكرها أو ادعى تزويرها فقدت صفة بداية الثبوت بالكتابة.

(1) بكوش يحيى/ أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، ط 1، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، 1981، ص 223-224.

(2) يراجع قرار م أ غ م ، ملف رقم: 22117 ، الصادر بتاريخ 19/05/1982، م ب م ق لسنة 1989، ع 1، ص 29. و الذي ورد فيه ما يلي: " إنّ النزاع القائم بين الزوج و الزوجة حول المصوغ الذي عجزت عن إثبات ملكيته لها بالكتابة سوى حيازتها لفاتورات تشكل قرينة لصالح الزوجة يجوز تعزيزها عن طريق الشهود".

(3) MOSTEFA Kara Farida/ La preuve écrite en droit civil Algérien, mémoire pour le diplôme de magistère en droit privé , Alger, 1982, p 113.

(4) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ج 4، المرجع السابق، ص 133.

الشرط الثالث: جعل التصرف المدعى به قريب الاحتمال

يشترط كذلك لاعتبار الورقة المكتوبة بداية ثبوت بالكتابة أن يكون المكتوب فيها قريب الاحتمال في نسبته إلى الخصم، بأن كانت أقواله غير قاطعة في نفي ما جاء فيها⁽¹⁾، فمثلا إذا كتب مدين إلى دائنه رسالة يشير فيها إلى دين في ذمته و لم يذكر مقداره أو تاريخ الوفاء به فتعتبر هذه الرسالة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين، و يجوز بالتالي للدائن أن يثبت مقداره بشهادة الشهود و لو كان مقداره يجاوز نصيب البيّنة المقدر بـ 100000 دينار جزائري.

أمّا إذا كانت الورقة المكتوبة تتضمن نفيًا قاطعًا للورقة المدعى بها فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لأنّ جواز الإثبات بالبيّنة يفترض وجود دليل ناقص.

و إنّ تقدير ما إذا كانت الورقة المكتوبة تجعل الأمر المدعى به قريب الاحتمال يرجع للسلطة المطلقة لقضاة الموضوع، و لا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

هكذا يمكن اعتبار الدليل الكتابي الناقص بداية ثبوت بالكتابة متى توافرت فيه الشروط الثلاثة السابقة الذكر يجوز تكملته بشهادة الشهود و يخضع ذلك للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع⁽²⁾.

بناء على هذا، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإنّ الشهادة تجوز استثناء في إثبات التصرف القانوني الذي تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كانت غير محدّدة القيمة، غير أنه في التصرفات الشكلية حيث تشترط الكتابة للانعقاد فلا يجوز الإثبات بالبيّنة و لو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة لأنّ الكتابة في هذه التصرفات لا تكون دليلا فقط بل تعتبر ركنا من أركان التصرف فإن تخلفت انعدم التصرف.

⁽¹⁾ زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 74.

⁽²⁾ و هذا ما أكدته المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 19/05/1982 ، ملف رقم: 22117 ، و المشار إليه سابقا، منشور في م ق لسنة 1989 ، ع 1 ، ص 29.

ثانياً: وجود مانع من الحصول على دليل كتابي

نصّت على هذه الحالة المادة 336 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها ما يلي: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة : إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".

يعني هذا النصّ أنّ الشخص قد يوجد في ظروف تمنعه من الحصول على دليل كتابي لإثبات تصرف قانوني كان يجب إثباته بالكتابة فتقبل منه نتيجة هذه الظروف أن يثبت هذا التصرف القانوني بالبينة (شهادة الشهود) و لو كانت قيمته تزيد على 100000 دينار جزائري أو ما يخالف أو ما يجاوز الدليل الكتابي.

و يقصد بالمانع الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الاستحالة النسبية التي اعترضت الدائن وقت نشوء التصرف القانوني و منعه من الحصول على هذا الدليل⁽¹⁾، و هذا المانع قد يكون ماديا و قد يكون أدبيا.

و يقصد بالمانع المادي انعدام الوسائل المادية و الظرفية للمتعاقد بتهيئة الدليل الكتابي للتصرف القانوني الذي قام به.

و تعتبر الوديعة الاضطرارية أبرز تطبيق له⁽²⁾ و هي التي يقوم بها المودع أثناء الحوادث المفاجئة أو الكوارث العامة كالحرائق و الفيضانات و حوادث الغرق و الحروب، حتى يجعل الشيء المودع في مأمن من الخطر الذي يحيط به، و يلحق بالوديعة الاضطرارية ما يودعه نزلاء الفندق من أمتعة لدى صاحب الفندق لأنّ ظروف السفر لا تسمح له بجرد كل أمتعتهم، فيمكن النزول في حالة النزاع أن يثبت ما أودعه بشهادة الشهود و لو كانت قيمة أمتعته تجاوز 100000 دينار جزائري.

(1) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 76.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2 ، المرجع السابق، رقم 233، ص 455 و ما يليها .

و القاضي هو الذي يقدر قيام المانع المادي من الحصول على الكتابة و لا يخضع في هذا لرقابة المحكمة العليا و لكن عليه فقط أن يبين الظروف التي أقامت هذا المانع عند تسببه له.

أمّا المانع الأدبي فيقصد به الهاجس النفسي الذي لم يسمح للمتعاقد من الناحية الأدبية طلب الدليل الكتابي من المتعاقد معه لسبب ما⁽¹⁾، و من أمثلة ذلك صلة القرابة كعلاقة الأب بابنه أو أخيه⁽²⁾، أو علاقة الزوجية أي علاقة الزوج بزوجه، و صلة المصاهرة أي بين الزوج و أصهاره، و عرف بعض المهن كالعلاقة القائمة بين الطبيب و المريض أو المحامي و موكله.

و يرجع تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي لسلطة القاضي و لا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

ثالثا: سبق وجود سند كتابي و فقدانه بسبب أجنبي

نصّ المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 336 الفقرة الثانية من القانون المدني و التي جاء فيها ما يلي: " يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة... إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

يستفاد من هذه المادة أنّ الدليل الكتابي يكون موجودا وقت إنشاء التصرف القانوني و لكنه يفقد من الدائن لسبب أجنبي لا يد له فيه و لم يرتكب أيّ خطأ في ضياعه، و لذلك أجاز القانون أن يثبت بالبينة ما كان يجب إثباته بالكتابة حتى و لو كانت الكتابة شرطا للانعقاد إذ المفروض أنّ السند الكتابي الضائع كان قد استوفى الكتابة المشروطة لتمامه.

(1) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 76.

(2) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 62268، الصادر بتاريخ: 1990/07/15، و المنشور بـ م ق لسنة 1991، ع 3، ص 106، و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يجوز الإثبات بالبينة لمن وجد له مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، و من ثمّ فإنّ النعي على القرار بمخالفة القانون في غير محله. و لما كان الثابت - في قضية الحال- أن علاقة الطرفين هي علاقة الأبوة و البنوة و تمثل مانعا أدبيا و من ثمّ فإنّ قضاة الموضوع عند أخذهم بالبينة (الشهادة) كانوا مطبقين القانون التطبيق السليم".

هذا ، و يشترط لكي يستفيد المدعي من هذا الاستثناء أن يقيم الدليل على سبق وجود السند ثم على فقدانه بسبب أجنبي.

بالتالي يتعيّن على المدعي أن يثبت قبل كلّ شيء أنه كان لديه دليل كتابي مستوفي للشروط القانونية على ما يدعيه⁽¹⁾، و له في سبيل ذلك أن يثبت هذا الادعاء بكافة طرق الإثبات لأنه يثبت واقعة مادية هي واقعة سبق حصوله على الدليل الكتابي الكامل، أمّا إذا أثبت أنّ السند المفقود كان فقط عبارة عن بداية ثبوت بالكتابة فلا يجوز للمدعي إثبات هذا التصرف بشهادة الشهود.

و تجدر الملاحظة أنّ المشرع ذكر الدائن دون المدين رغم أنّ هذا الاستثناء يطبّق بالنسبة للمدعي و المدعى عليه أيضاً، فإذا ادعى هذا الأخير بأنّ الدين انقضى بالوفاء و أنه كان له سند كتابي كامل و فقد منه بسبب أجنبي لا يد له فيه جاز له مثله مثل المدعي أن يثبت هذا الادعاء بالبينة.

من جهة ثانية يجب على المدعي إثبات أنّ فقدان السند يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فيكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل على واقعتين هما حدوث السبب الأجنبي، و فقدان السند نتيجة وقوع هذا الحادث⁽²⁾.

و السبب الأجنبي الذي أدّى إلى الفقد قد يكون حادثاً أو حريقاً أو فيضاناً، و قد يكون ناشئاً عن فعل الغير، كما إذا سلم المدعي السند للمحكمة أو لأحد المحامين ثم فقد، و قد يكون فقدان السند راجعاً إلى المدعى عليه كما لو اختلسه أو انتزعه بالقوة أو بالحيلة أو مزقه أو أحرقه، و المهم في جميع هذه الصور أن يكون فقدان السند راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد للمدعي فيه لأنه إذا مزّق المدعي السند خطأ ضمن أوراق أخرى أو أهمل في المحافظة عليه فضاء منه فإنه لا يستفيد من رخصة إثبات التصرف القانوني بالبينة.

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ج 4، المرجع السابق، ص 143.

⁽²⁾ MOSTEFA-KARA Farida/ op.cit , p 128.

و يلاحظ هنا أمران، أولهما أنّ السبب الأجنبي لا يتشددّ فيه، فيكفي أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر في المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند بسبب أجنبي، و الثاني أنّ إثبات السبب الأجنبي قد يتضمن في الوقت ذاته إثبات فقد السند، فإذا أثبت شخص مثلاً أنّ حريقاً لا يدل له فيه التهم منزله، و لم يستطع أخذ أوراقه أو مستنداته فاحترقت جميعها، كان في هذا إثبات للسبب الأجنبي و إثبات لفقد السند المكتوب ما دام أنه قد أثبت أنّ أوراقه قد احترقت جميعها⁽¹⁾.

مهما كان من أمر إذا نجح المدعي في إقامة الدليل على سبق وجود السند و فقدانه بسبب أجنبي جاز له أن يثبت ما يدّعيه عن طريق البيّنة.

رابعاً: الاحتيال على القانون

يقصد بالاحتيال على القانون⁽²⁾ تواطؤ المتعاقدين و توافق إرادتهما على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ثم إخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقي الذي وقع الاتفاق عليه، يستتره تصرف مشروع هو التصرف الذي يقع الطعن فيه⁽³⁾. و مثال ذلك أن يذكر المتعاقدان في سند الدين أنه قرض في حين أنّ السبب الحقيقي للدين هو المقامرة أو قيام الدائن بارتكاب عمل غير مشروع.

و يلاحظ أنّ الاحتيال على القانون يختلف عن الصورية التي تتمثل في منح عمل قانوني وصفاً أو شكلاً ظاهرياً مختلفاً عن الوصف أو الشكل الحقيقي، فالصورية ليست سبباً لإبطال التصرفات القانونية و هي ليست في جميع الأحوال غير مشروعة، فالفرق الأساسي بين

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2، المرجع السابق، رقم 241، ص 467-468.

(2) لم ينص المشرع صراحة على هذا الاستثناء و لكنه مستنتج من القواعد العامة.

(3) عادل حسن علي/ الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 236.

الاحتيايل على القانون و الصورية هو أنها ليست وسيلة للتهرب من القانون بل وسيلة لإخفاء الحقيقة⁽¹⁾.

و إذا كان الأصل الإثبات بالكتابة فيما يجاوز 100000 دينار جزائري أو فيما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة فإنّ الاتفاق على مخالفة القانون يجوز إثباته بالبينة و القرائن تسهيلا للكشف عن مخالفة القانون و تحقيقا لرغبة المشرع في إبطال كلّ تصرف غير مشروع⁽²⁾.

هذا و إنّ القاعدة العامة التي تقضي بأنّ كلّ ما يخالف النظام العام يعدّ باطلا و أنّ الاحتيايل على القانون ينطوي على ما يخالف النظام العام، فيجوز لكل من يتمسك به أن يثبتته بجميع طرق الإثبات لا فرق في ذلك بين المتعاقدين و الغير. و من قبيل ذلك ما قررته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 30 أفريل 1994⁽³⁾ و الذي قضت فيه بما يلي: " لما كان الثابت - في قضية الحال- أنّ الفريضة التي تمّ على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمّد من المدعين، فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع المبرم في شكل رسمي".

(1) بيار اميل طوبيا/ التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة العش يفسد كل شيء، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص 43 و ما يليها.

(2) قضت محكمة النقض المصرية بجواز إثبات التحايل ممن وجه ضد مصلحته بكافة الطرق (نقض مدني 16 ماي 1948) و قررت بأنّ الوارث الذي يطعن في تصرف صادر من مورثه في صورة بيع بأنّ حقيقته وصية و أنه قصد به الاحتيايل على قواعد الإرث المقررة شرعا إضرارا بحقه فيه، يجوز له إثبات هذا الاحتيايل بأيّ طريق من الطرق القانونية (نقض مدني 10 ماي 1950).

(3) يراجع قرار م ع غ ع ، ملف رقم: 148561، الصادر بتاريخ: 1997/04/30، منشور ب م ق ، ع 2 لسنة 1997، ص 47.

المبحث الثاني:

الشكل و إجراءات التسجيل

إنّ علاقة الشكل بإجراءات التسجيل لا تتضح إلا من خلال بيان مفهوم التسجيل (المطلب الأول) ثمّ بيان مدى اختلافه عن الشكل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التسجيل

قبل التعرض للتمييز بين التسجيل و الشكل يجب علينا أن نقف عند تعريفه (الفرع الأول) و أن نبيّن أهميته (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التسجيل

بمعناه اللغوي يُعرّف التسجيل بأنّه: " إجراء جبائي يركّز على تسجيل بعض العقود في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة"⁽¹⁾.

و يعرفه بعض الفقه بأنّه: " إجراء يتمّ من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفاءات محدّدة بموجب القانون"⁽²⁾ أو " إجراء يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني و إظهاره في دفاتر مختلفة و حسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة"⁽³⁾.

كما يعرفه البعض الآخر بأنّه: " إجراء إداري يقوم به موظف عمومي مؤهل قانونا بتسجيل جميع التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل"⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Petit Larousse illustré, Paris 1990, p 19.

⁽²⁾ Direction générale des impôts/ Guide fiscal de l'enregistrement, sahel 2003, p1.

⁽³⁾ فاروق بكداش/ دروس في مادة التسجيل، ص1، مشار إليه في مؤلف دوة آسيا و رمول خالد/ الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2008، ص19.

⁽⁴⁾ دوة آسيا و رامول خالد/ الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص20.

انطلاقاً من هذه التعاريف يمكن استنتاج خصائص التسجيل و هي كالتالي:

أولاً: أن التسجيل إجراء إداري

يعتبر التسجيل إجراء إدارياً حيث أنه يتم على مستوى إدارة عمومية تابعة سلميياً إلى وزارة المالية و هي مفتشية التسجيل و الطابع و لها اختصاص اقليمي⁽¹⁾.

ثانياً: يقوم بالتسجيل موظف عمومي

يقصد بالموظف العمومي هنا مفتش التسجيل و هذا طبقاً لنصّ المادة 180 من الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل⁽²⁾، و من ثمّ لا يجوز لأيّ موظف آخر ليس له صفة مفتش التسجيل القيام بهذا الاجراء و ذلك تحت طائلة البطلان.

ثالثاً: أن التسجيل إجراء بمقابل

تجسيدا لمبدأ العدالة و المساهمة في تغطية الأعباء العامة للدولة⁽³⁾ يقوم مفتش التسجيل باقتطاع الحقوق في شكل نقدي إلا أنّ هذه الخاصية ليست مطلقة فهناك بعض التصرفات القانونية معفاة من حقوق التسجيل⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 1/75 من قانون التسجيل على ما يلي: " لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم".

(2) تنص المادة 1/180 من قانون التسجيل المنشور في ج ر، ع 81، س14، الصادرة في: 18/12/1977 على ما يلي: " لا يستطيع مفتشو التسجيل بأيّ حال و لو كان الأمر يتعلق بإجراء خبرة أن يؤجلوا تسجيل العقود و نقل الملكيات التي تمّ دفع رسومها حسب المعدلات المضبوطة بموجب هذا القانون".

(3) تنص المادة 1/64 من دستور 1996 على ما يلي: " كل المواطنين متساوون في أداء الضريبة".

(4) هناك بعض الإعفاءات من حقوق التسجيل من بينها إعفاء الدولة من جميع رسوم التسجيل فيما يخص العقود المتعلقة بمبادلة و شراء الأموال و كذلك المتعلقة باقتسام هذه الأموال مع الخواص طبقاً لنص المادة 271 من قانون التسجيل.

رابعاً: أنّ التسجيل إجراء إجباري

يتولى المكلف بحقوق التسجيل بأدائها إجبارياً بطرق إدارية، ففي هذا الشكل يبرز مبدأ سيادة الدولة تطبيقاً لنصّ المادة 64 الفقرة الثانية من الدستور الجزائري⁽¹⁾ لأنّ حقوق التسجيل تعتبر ضريبة أحادية صادرة عن الدولة⁽²⁾ يتعرض المكلف بها في حالة التخلف عن دفعها لعقوبات جبائية بهدف إلزامه بدفعها⁽³⁾.

هذا و إنّ مفتش التسجيل يرفض إجراء التسجيل إلى غاية دفع حقوقه وفقاً لمقتضيات المادة 82 من قانون التسجيل و التي جاء نصها كالآتي: " إنّ رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل اتمام الإجراءات".

الفرع الثاني: أهمية التسجيل

إنّ لإجراء التسجيل أهمية مزدوجة: الأولى تتمثل في الأهمية المالية (أولاً) و الثانية تكمن في الأهمية القانونية (ثانياً).

أولاً : الأهمية المالية للتسجيل

⁽¹⁾ تنص المادة 2/64 من دستور 1996 على ما يلي: "و يجب على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية، حسب قدرته الضريبية".

⁽²⁾ عمر قليمي/ الدليل العملي في التسجيل و الطابع، معهد الاقتصاد الجمركي و الجبائي الجزائري التونسي، تبيارة- الجزائر، 1990، ص84.

⁽³⁾ يتعرض الموثقون الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجل المقررة إلى دفع غرامة مالية إضافة إلى عقوبات تأديبية و هذا تطبيقاً لنص المادة 1/93 من قانون التسجيل التي تنص على ما يلي: " إنّ الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجل المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين و الأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء".

يتمّ التسجيل مقابل اقتطاع حقوق و هذه الحقوق تمثل ضريبة غير مباشرة يؤديها الشخص للدولة بمناسبة تصرف قانوني و هذا من أجل تمويل الخزينة العمومية باعتبار الضريبة مصدرا هاما للإيرادات العامة للدولة.

فالمكلفون بدفع حقوق التسجيل هم أطراف التصرف القانوني الذين يقومون بدفع رسوم التسجيل لمفتشية التسجيل و الطابع. غير أنه بالنسبة للتصرفات العقارية فإنه نظرا للطابع الرسمي الذي تتميز به هذه التصرفات فإنّ الموثق هو الذي يقوم بتحصيل الحقوق و الرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها و يدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، و من أجل ذلك يلزم الموثق بفتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيه المبالغ التي يحوزها و هذا طبقا لنصّ المادة 40 من القانون رقم: 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق⁽¹⁾.

و تستوفى حقوق التسجيل إما بناء على رسم ثابت أو نسبي طبقا لنصّ المادة 02 من الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل و التي جرى نصها كالآتي: " تكون الرسوم ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعا لنوع العقود و نقل الملكية الخاضعة لهذه الرسوم".

فأمّا الرسوم الثابتة فهي تلك الحقوق التي لا تتغيّر بالنسبة لجميع العمليات من نفس النوع ، و تسجل برسم ثابت كل العقود التي لم تحدّد تعريفها بأيّ مادة من مواد قانون التسجيل و التي لا يمكن كذلك أن تخضع أو يترتب عنها رسم نسبي و هذا تطبيقا لنصّ المادة 208 من قانون التسجيل. هذا و هناك تصرفات تنصب على العقار غير أنه ليس لها تعريف

(1) تنص المادة 40 من قانون التوثيق على ما يلي: " يقوم الموثق بتحصيل كلّ الحقوق و الرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود و يدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة و يخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقا للتشريع المعمول به. و ينبغي على الموثق زيادة على ذلك، فتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيه المبالغ التي يحوزها".

في قانون التسجيل كما هو الشأن بالنسبة للرهون الرسمية و حق التخصيص و عقد الشهرة و شهادة الملكية و شهادة الحيازة⁽²⁾.

أما الرسوم النسبية فهي تلك الحقوق التي تمثل نسبة مئوية ثابتة تطبق على جميع عمليات نقل الملكية المحددة بنص المادة الرابعة من قانون التسجيل⁽¹⁾، و يكون هذا الرسم النسبي في التصرفات الناقلة للملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال المنقولة أو العقارية سواء بين الأحياء أو عن طريق الوفاة، و كذلك حال التنازل عن حق الإيجار أو الاستفادة بوعده بالإيجار عن العقار كله أو جزء منه، كما يكون في العقود المثبتة لحصة في شركة أو قسمة أموال منقولة أو عقارية.

و سواء تمّ استيفاء حقوق التسجيل بناء على رسم ثابت أو نسبي فإنّ هذه الحقوق باعتبارها ضريبة تدفع للخزينة العمومية للدولة تعتبر مصدرا هاما للإيرادات العامة للدولة تواجهه به نفقاتها المحدودة من أجل تسيير المرافق العامة.

و يظهر الهدف المالي لتسجيل التصرفات القانونية واضحا من خلال التعديلات المتكررة التي تطرأ على قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم: 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 ، حيث يعدّل و يتمّ مرتين في السنة بموجب قانوني المالية الأول و التكميلي⁽²⁾.

إنّ التسجيل باعتباره أحد مصادر رأس المال يلعب دورا اقتصاديا مهما، فهو يسعى إلى تحقيق التوازن و الاستقرار الاقتصاديين عن طريق تشجيع الادخار و تحفيز الاستثمار لهذا

⁽²⁾ دوة آسيا و رمول خالد/ الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص75.

⁽¹⁾ تنص المادة 4 من قانون التسجيل على ما يلي: " يؤسس الرسم النسبي أو الرسم التصاعدي بالنسبة لنقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال المنقولة أو العقارية سواء بين الأحياء أم عن طريق الوفاة و كذلك بالنسبة للعقود المشار إليها في المادة 221 أدناه و العقود المثبتة إما لحصة في شركة أو لقسمة أموال منقولة أو عقارية".

⁽²⁾ عمر قليمي/ الدليل العملي في التسجيل و الطابع، المرجع السابق، ص17.

استوجب القانون في تقدير حقوق التسجيل و ضبطها مراعاة البنية الاقتصادية للبلاد، فاقتطاع الحقوق يشجع الاستثمار و يعمل على توسيع الإعفاءات الجبائية و الامتيازات الممنوحة لقطاعات معينة، حيث تعفى الدولة من جميع رسوم التسجيل فيما يخص العقود المتعلقة بمبادلة و شراء الأموال، و كذلك تلك المتعلقة باقتسام هذه الأموال مع الخواص طبقا لنصّ المادة 271 من قانون التسجيل، و تعفى كذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط في الشراءات العقارية تطبيقا لنصّ المادة 272 مكرر 4 من قانون التسجيل سعيا لتشجيع الاستثمار و إعفاء المؤسسات المعتمدة بالمناطق المحرومة عند قيامها بالشراءات العقارية المخصصة لنشاطها و توسيع هذه القوانين و التنظيمات السارية في المجال السياحي طبقا لنصّ المادة 272 مكرر 3 من قانون التسجيل⁽¹⁾. و عندما تعفي الدولة بعض المعاملات من رسوم التسجيل فهي تساعد على تشجيع الاستثمار و بالتالي تطوير الاقتصاد خاصة في المناطق الريفية⁽²⁾.

ثانيا : الأهمية القانونية للتسجيل

إضافة إلى الأهمية المالية لإجراء التسجيل فإنّ للتسجيل أهمية قانونية بالنسبة للعقود العرفية، بحيث أنّ التسجيل يعطي المحرر العرفي تاريخا ثابتا و ذلك طبقا لنصّ المادة 328 الفقرة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء: من يوم تسجيله".

يستفاد من هذه المادة أنّ الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تاريخها إلا إذا كان هذا التاريخ ثابتا، و ممّا لا شك فيه أنّ التسجيل يمنح المحرر العرفي تاريخا أكيدا و ذلك لأنه يدلّ على أنه قد أبرم قبل ذلك التاريخ حتما، فهنا توجد واقعة مادية شهد بها موظف التسجيل⁽³⁾.

⁽¹⁾ وردت الإعفاءات في الباب الحادي عشر من قانون التسجيل رقم 105/76 المؤرخ في: 1976/12/09 و ذلك في المواد من 270 إلى غاية 347 مكرر 4 و هي تشمل إعفاءات من رسوم التسجيل و إعفاءات من إجراء التسجيل.

⁽²⁾ دوة آسيا و رمول خالد/ الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص30.

⁽³⁾ يراجع ما سيتم شرحه في ص 143 من هذه الرسالة.

و قد أكد القضاء الجزائري على هذا الموقف بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 24 سبتمبر 1990⁽⁴⁾ بما يلي: " ... إنّ تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد به التسجيل هو إثبات التاريخ فقط ...".

كما يعتبر التسجيل بالنسبة لنقل الملكية العقارية إجراء يتوسط مرحلة التوثيق و الإشهار العقاري و يعدّ كذلك إجراء ملزماً على أساس أنّ حقوق التسجيل تدفع قبل القيام بهذا الإجراء طبقاً لنصّ المادة 82 من قانون التسجيل التي تنص على ما يلي: " إنّ رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات" و المادة 393 من القانون المدني التي جاء نصها كالآتي: " إنّ نفقات التسجيل و الطابع و رسوم الإعلان العقاري و غيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك". بالتالي لا بدّ من إجراء التسجيل بالنسبة للتصرفات القانونية الرسمية الواردة على العقارات و الحقوق العينية العقارية.

المطلب الثاني: تحديد أوجه الاختلاف بين الشكل و التسجيل

يتبيّن مما سبق أنّ الشكل المتطلب لوجود التصرف القانوني يتميز عن إجراء التسجيل لأنّ تحقق الوجود القانوني للتصرف أمر مستقل عن تسجيله. و تأكيداً لذلك نتولى بيان أوجه الاختلاف بين الشكل و التسجيل من حيث طبيعة كلّ منهما (الفرع الأول) و من حيث الوظيفة (الفرع الثاني) و أخيراً من حيث جزاء تخلف كلّ منهما (الفرع الثالث).

الفرع الأول: من حيث طبيعة كلّ منهما

من الواضح أنّه يوجد فرق جوهري بين الشكل و إجراءات التسجيل، ذلك أنّ الشكل عنصر من عناصر تكوين التصرف القانوني يفرضه المشرع بالنسبة لتصرفات معينة إلى جانب سائر عناصر التكوين الأخرى، أما إجراءات التسجيل فإنها تفترض وجود تصرف قانوني يلزم القانون أطرافه بتسجيله مقابل دفع حقوق التسجيل. و بناء على ذلك يمكننا القول أنّ الشكل

⁽⁴⁾ قرار م ع ، ملف رقم: 62624، الصادر بتاريخ: 1990/09/24، مشار إليه في مؤلف حمدي باشا عمر/ نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، 2004، ص117.

عنصر من عناصر تكوين التصرف القانوني في حين أنّ إجراء التسجيل هو إجراء لاحق لتكوين التصرف القانوني.

الفرع الثاني: من حيث الوظيفة

إنّ الوظيفة الأساسية للشكل باعتباره عنصرا من عناصر تكوين التصرف القانوني هي حماية الإرادة و لا يتصور تحققها إلا إذا كان الشكل يمارس دوره في مرحلة سابقة على تكوين التصرف القانوني أو معاصرة له، فيتمّ إفراغ التصرف القانوني في الشكل المتطلب قانونا وقت إبرامه و هذا من أجل حماية إرادة الأطراف من خلال حثهم من طرف الموثق على التفكير وتحديد إرادتهم بشكل واضح و صريح، في حين أنّ الوظيفة الأساسية⁽¹⁾ لإجراءات التسجيل هي تحصيل حقوق التسجيل لصالح الخزينة العمومية من طرف موظف عمومي و هو مفتش التسجيل و من ثمّ فإنّ وظيفة التسجيل لا تظهر إلا بعد إبرام التصرف القانوني.

الفرع الثالث: من حيث جزاء تخلف كلّ منهما

إنّ تخلف الشكل الذي فرضه المشرع لقيام تصرف قانوني يؤدي إلى بطلان هذا التصرف بطلانا مطلقا و هذا يعني انعدام أثر التصرف سواء بالنسبة إلى طرفيه أو بالنسبة إلى الغير⁽²⁾، و من ثمّ لا يمكن لأطراف التصرف اجازته بل يتعيّن عليهم اعادته من جديد مستوفيا الشكل المتطلب قانونا، أما تخلف التسجيل فإنّه لا يؤثر على صحة التصرف القانوني الذي يبقى سليما و منتجا لآثاره و إنما يترتب على عدم القيام به في الأجال و المواعيد المحدّدة⁽³⁾ عقوبات جنائية بالإضافة إلى عقوبات تأديبية⁽⁴⁾.

(1) إلى جانب هذه الوظيفة الأساسية لإجراء التسجيل فإنّه يهدف أيضا إلى إثبات تاريخ المحررات العرفية بالنسبة إلى الغير.

(2) عبد الحميد الشواربي/ البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص460.

(3) إنّ آجال إيداع الوثائق بمكتب التسجيل المختص من أجل القيام بعملية التسجيل يختلف بحسب طبيعة العقد و موضوعه و كذا بحسب ما إذا كانت هذه العقود تخضع لرسم نسبي أو ثابت.

(4) تنص المادة 1/93 من قانون التسجيل على ما يلي: " إنّ الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجال المحددة، تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين و الأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء".

في الأخير إذا كان الشكل يميّز عن التسجيل تميّزا واضحا إلا أنه توجد علاقة بينهما ذلك أنه لا يمكن إخضاع تصرفات معينة للتسجيل إلا إذا تمّ تحريرها في سند رسمي، و هذا هو الشأن في القانون الجزائري منذ صدور قانون المالية لسنة 1992⁽¹⁾ حيث نصّ المشرع في المادة 63 منه على ما يلي: " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، أو المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات".

تجدر الملاحظة هنا أنه قبل صدور قانون المالية لسنة 1992 كان يجوز تسجيل جميع العقود العرفية تطبيقا لنصّ المادة 328 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء: من يوم تسجيله"، هكذا يكسب التسجيل هذه العقود تاريخا ثابتا و يجعلها حجة على الغير، إلا أنّ هذا الحكم يتناقض و نصّ المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق⁽²⁾ و المادة 324 مكرر 1 من القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 المتضمن القانون المدني.

نظرا لهذا التناقض منع المشرع في المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992 مفتشية التسجيل من اتخاذ أيّ إجراء لتسجيل العقود العرفية المتضمنة التصرفات الواردة في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

تتجلى الحكمة من منع مفتش التسجيل من القيام بتسجيل العقود العرفية المتضمنة أموالا أو حقوقا عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو إيجارها أو إدارتها، و كذلك التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات أو المؤسسات الصناعية و كذلك العقود التأسيسية و الشركات

⁽¹⁾ القانون رقم: 25/91 المؤرخ في: 16/12/1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، منشور في ج ر، ع 65، س 28، الصادرة في: 18/12/1991.

⁽²⁾ منشور في ج ر، ع 107، س 7، الصادرة في 25 ديسمبر 1970.

في تكريس قاعدة الرسمية من جهة، و من جهة أخرى في رغبة المشرع في تضييق مجال العقود العرفية من أجل تقليل المنازعات القضائية المثارة بشأنها.

المبحث الثالث:

الشكل و الشهر

يعتبر نظام الشهر نظاما حديث النشأة دعت إليه حاجة المجتمع، ذلك أنّ التصرف القانوني لا تقتصر آثاره على المتعاقدين فقط و إنما قد تمتدّ إلى الغير، الأمر الذي أدى إلى اشتراط المشرع إجراء الشهر في بعض التصرفات القانونية من أجل علم الغير بها، فالشهر إذن هو وسيلة لإعلام الغير بالتصرف القانوني المبرم، و هو بذلك إجراء يتميز عن الشكل.

إنّ من مصلحة الشخص أن يعرف أهلية من يتعامل معهم و يعلم بوضعية الأموال محل التعامل⁽¹⁾، لذا نظم القانون طريقة الشهر لتحقيق هذه الغاية، فنظام الشهر يتيح للأفراد العلم بما وقع من تصرفات قانونية، فهو يهدف إلى إعلام الغير بواقعة أو تصرف معيّن حتى يكون على بينة من الأمر.

يعدّ نظام الشهر نظاما حديث النشأة مقارنة مع الشكل المطلوب لإنشاء التصرف أو لإثباته، إذ لم يظهر بصورته الحالية إلا في القوانين المعاصرة و لو أنه وجد لدى الجماعات القديمة نوع من الشهر يتمثل في احتفالات و مراسيم تخصّ بعض التصرفات الهامة في الجماعة مثل الزواج و المعاملات الواردة على العقارات. و في القوانين المعاصرة يتمّ الشهر بطرق مختلفة تكون عادة في صورة تسجيل أو قيد التصرف في سجلات معيّنة أو عن طريق النشر في الجرائد و الصحف و كذلك عن طريق الإيداع⁽²⁾.

⁽¹⁾MAZEAUD Henry, Léon et Jean :Leçons de droit civil, tome 3, sûreté, publicité foncière, principaux contrats, 2^{ème} édition Montchrestien, Paris 1963, p 595.

⁽²⁾ زواوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 51.

و يلاحظ في القانون الحديث اتساع نطاق التصرفات القانونية الخاضعة للشهر، و تتمثل في التصرفات الواردة على العقارات، و بعض التصرفات الواردة على المنقولات المادية الشبيهة بالعقارات كالسفن و الطائرات، و بعض التصرفات الأخرى الواردة على المنقولات المعنوية كالمحل التجاري.

إنّ التمييز بين الشكل و الشهر واضح من الناحية النظرية، فعدم استيفاء إجراءات الشكل المطلوب لإنشاء التصرف يؤدي إلى عدم وجود هذا التصرف إذ يعتبر الشكل ركنا من أركان تكوينه، أما عدم استيفاء إجراء الشهر باعتباره وسيلة لإعلام الغير بالتصرف القانوني المبرم فلا شأن له في وجود التصرف و إنما يعطل بعض آثاره فحسب بحيث لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير.

و الحقيقة أنّ التمييز بين الشكل و إجراءات الشهر ليس تمييزا نظريا فحسب (المطلب الأول) بل هو عملي أيضا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التمييز بين الشكل و إجراءات الشهر من الناحية النظرية

يبدو التمييز بين الشكل المتطلب لوجود التصرف القانوني و بين إجراءات الشهر أمرا مسلما به من الناحية النظرية لأنّ تحقق الوجود القانوني للتصرف أمر مستقل عن شهره. و تأكيدا لذلك نتولى بيان أوجه الاختلاف بين الشكل و إجراءات الشهر من حيث طبيعة كل منهما (الفرع الأول) و من حيث الوظيفة (الفرع الثاني) و أخيرا من حيث جزاء تخلف كل منهما (الفرع الثالث).

الفرع الأول: من حيث طبيعة كل منهما

الشكل أسلوب مفروض للتعبير عن الإرادة يفرضه المشرع بالنسبة لتصرفات معيّنة، فهو عنصر من عناصر تكوين التصرف القانوني يجب توافره بالإضافة إلى سائر العناصر الأخرى اللازمة لتكوين التصرف، أما إجراءات الشهر فإنّها تقتضي وجود تصرف منتج لآثاره يرغب أصحابه في جعله نافذا في حق الغير، و هو بذلك إجراء خارج عن تكوين التصرف

القانوني⁽¹⁾، و عليه فإنّ الشكل عنصر من عناصر تكوين التصرف القانوني بينما الشهر إجراء خارج عن تكوينه.

الفرع الثاني: من حيث الوظيفة

إنّ الاختلاف بين الشكل – الذي يعتبر ركنا في التصرف القانوني- و إجراء الشهر- الذي يعتبر خارجا عن تكوينه- ما هو إلا نتيجة طبيعية للاختلاف القائم بين وظيفة كلّ من الشكل و الشهر، فالوظيفة الأساسية للشكل هي حماية الإرادة⁽¹⁾ و لا يتصور تحققها إلا إذا كان الشكل يمارس دوره في مرحلة سابقة أو معاصرة على تكوين التصرف، فيتمّ إفراغ التصرف القانوني في الشكل المتطلب قانونا وقت إبرامه⁽²⁾ و هذا من أجل حماية إرادة الأطراف من خلال حثهم على التفكير و تحديد إرادتهم بشكل واضح و صريح، أما إجراءات الشهر فوظيفتها إعلام الغير بوجود التصرف القانوني⁽³⁾، و من ثمّ لا يمكن تصور وجود إجراء شهر دون وجود التصرف ذاته، فوظيفة الشهر لا تظهر إلا في مرحلة لاحقة على إبرام التصرف القانوني لأنّ الشهر ليس عنصرا من عناصر تكوين التصرف القانوني و إنما إجراء لاحقا لتكوينه.

غير أنه يمكن للشكل أن يمارس وظيفة إجراء الشهر إضافة إلى وظيفته الأساسية، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لعقد الزواج في الشريعة الإسلامية الذي أجمع الفقهاء المسلمون على أنّه عقد شكلي، إذ أنّ رضا الطرفين وحده لا يكفي لتكوينه و إنشائه بل يتعيّن أن يضاف إليه كل من الإعلان بالشهرة المستفيضة أو شهادة الشاهدين على الأقل، فدور الشكل هنا هو حماية إرادة الطرفين و وسيلة لإعلان عقد الزواج⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: من حيث جزاء تخلف كل منهما

⁽¹⁾ Marie-Antoinette GUERRIERO , op.cit, p 213.

⁽¹⁾ يراجع ما سبق إيراده بصفحة 34 و ما بعدها من هذه الرسالة.

⁽²⁾ ياسر أحمد كمال الصيرفي/ التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص 252.

⁽³⁾ حمدي باشا عمر/ نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 122.

⁽⁴⁾ وهبة الزحيلي/ الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، ج 7، دار الفكر بدمشق، طبعة خاصة بالجزائر، سنة

1992، ص71.

عندما يوجب المشرع شكلا لقيام التصرف القانوني فإنّ الشكل يعتبر هنا ركنا جوهريا لتكوينه يتعيّن توافره بالإضافة إلى سائر شروط تكوين التصرف، و لذلك فإنّ تخلف الشكل المطلوب لإنشاء التصرف القانوني يؤدي إلى عدم وجوده و بطلانه بطلانا مطلقا، و من ثمّ يمتنع ترتيب أيّ أثر عليه، فإذا قام التصرف دون استيفاء الشكل المتطلب قانونا فإنه لا يمكن للطرفين إجازته و إذا رغبا في الوصول إلى نتيجة التصرف فيجب عليهما إعادته من جديد مستوفيا لشرط الشكل. أما إذا اشترط القانون شهر تصرف قانوني فإنّ عدم استيفاء هذا الإجراء باعتباره وسيلة لإعلام الغير بالتصرف القانوني المبرم لا شأن له في وجود التصرف- بحسب الأصل- و إنما يعطل بعض آثاره فحسب بحيث لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير⁽¹⁾ و يكون من الممكن القيام بإجراء الشهر في أيّ وقت⁽²⁾ دون حاجة إلى إعادة التصرف القانوني من جديد.

و يظهر في الأخير أنّ الشكل يتميّز عن الشهر تميّزا بيّنا من الناحية النظرية فما هي النتائج العملية المترتبة على هذا التمييز؟

المطلب الثاني: النتائج العملية المترتبة على التمييز بين الشكل و الشهر

⁽¹⁾Alain FOURNIER : Publicité foncière, répertoire de droit civil, 29^e année, tome 8, encyclopédie Dalloz, 1999, n°63, p8.

⁽²⁾ هذا ما لم ينص القانون على آجال محددة لإتمام إجراء الشهر.

- يراجع بهذا الصدد نص المادة 99 من المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، منشور في ج ر، ع30، س13، الصادرة في: 1976/04/13 و التي جاء نصها كالآتي: " إنّ آجال إتمام الإجراء (الشهر) تحدّد كما يلي:

1- بالنسبة للشهادات الموثقة، شهران ابتداء من اليوم الذي قدم الالتماس إلى الموثق، و يرجع هذا الأجل إلى أربعة أشهر إذا كان أحد المعنيين يسكن بالخارج .

يكون أصحاب الحقوق العينية الجدد مسؤولين مدنيا إذا قدم الالتماس إلى الموثق أكثر من ستة أشهر بعد الوفاة .

2- بالنسبة لأوامر نزع الملكية ثمانية أيام من تاريخها .

3- بالنسبة للقرارات القضائية الأخرى ، شهران من اليوم الذي صارت فيه نهائية .

4- بالنسبة للعقود الأخرى من يوم تاريخها".

بعدما خلصنا إلى أنّ هناك فروقا جوهرية بين الشكل و الشهر من الناحية النظرية، سأعرض في هذا المطلب إلى النتائج العملية المترتبة على هذا التمييز.

تختلف إجراءات الشهر من تصرف إلى آخر، و ذلك بحسب الدور المنوط بها، و بحسب آثارها و طبيعتها و كذلك من حيث الجزاء المترتب على تخلفها، ف فيما يخص التصرفات العقارية مثلا هناك نظام الشهر العقاري⁽¹⁾، و فيما يتعلق بالسفن فيتمّ شهرها في سجل السفن⁽²⁾، أما بالنسبة للمحل التجاري فيتمّ شهر التصرفات الواردة عليه في السجل التجاري⁽³⁾.

و إذا كان شهر التصرفات القانونية يتمّ عن طريق القيام بإجراءات عديدة و متنوعة تختلف من تصرف لآخر فإنّ الجزاء المترتب على عدم استيفاء إجراء الشهر يختلف هو الآخر باختلاف نوع الشهر، فالجزاء الطبيعي لعدم استيفاء إجراء الشهر هو عدم نفاذ التصرف تجاه الغير⁽⁴⁾ لأنه يفترض عدم علمه به.

هذا، و إذا كان جزاء عدم نفاذ التصرف تجاه الغير هو الجزاء الطبيعي بالنسبة لتخلف إجراءات الشهر فإنّ المشرع قرّر بالنسبة لتصرفات محدّدة و لاعتبارات معيّنة جزاءات أخرى⁽⁵⁾.

(1) لقد تبنى المشرع الجزائري نظام الشهر العيني الذي يعتمد على المسح كأساس مادي و السجل العيني كأساس قانوني، و ذلك بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، و كذا المرسوم التنفيذي له رقم: 62/76 المؤرخ في 25/03/1976 و المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، و المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري .

(2) بالنسبة لشهر السفن، يراجع نص المواد 49، 56، 63 من القانون رقم 05/98 المؤرخ في 25/06/1998 يعدل ويتمّ الأمر رقم: 80/76 المؤرخ في: 23/10/1976 و المتضمن القانون البحري.

(3) بالنسبة لشهر التصرفات الواردة على المحل التجاري، يراجع نص المواد 83، 120، 121، 203 من القانون التجاري.

(4) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 223.

(5) ياسر أحمد كمال الصيرفي/ التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص 255.

نظرا لهذا الاختلاف في الجزاء المترتب على عدم استيفاء إجراء الشهر، يبدو لنا أنه لإيضاح الفرق بين الشكل و إجراءات الشهر يجب التمييز بداية بين الشكل و إجراءات الشهر المعاقب على تخلفها بعدم نفاذ التصرف تجاه الغير باعتباره مبدأ عاما (الفرع الأول) ثم التطرق للفرق بين الشكل و إجراءات الشهر المعاقب على تخلفها - استثناء - بجزاءات أخرى (الفرع الثاني).

الفرع الأول : التمييز بين الشكل و تخلف الشهر (المبدأ العام)

يذهب بعض من الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأنه رغم وجود فرق بين الشكل و الشهر من الناحية النظرية إلا أنه لا يوجد فرق بينهما من الناحية العملية بحجة أنّ النتيجة العملية المترتبة على تخلف إجراء الشهر تشبه تلك المترتبة على تخلف الشكل المطلوب للانعقاد، فالتصرفات القانونية الخاضعة للشهر تفقد جانبا كبيرا من فعاليتها عند عدم شهرها فلا يحتج بها في مواجهة الغير، و لذلك فإنهم يرون أنّ استلزام إجراء الشهر يعدّ من الناحية العملية مظهرا من مظاهر الشكالية المخففة⁽²⁾.

غير أنّه إذا كانت التصرفات القانونية الخاضعة لإجراء الشهر تفقد كثيرا من فعاليتها عندما لا يتمّ شهرها بحيث لا يحتج بها قبل الغير فإنّه لا يمكن القول بأنها ترتب نفس الآثار التي تترتب عن تخلف الشكل المطلوب للانعقاد، فعدم استيفاء إجراء الشكل المطلوب لانشاء التصرف القانوني يؤدي إلى عدم وجوده بينما عدم استيفاء إجراء الشهر فلا يؤثر على صحة التصرف و إنما يعطل بعض آثاره فحسب، و لا يمكن فقط الاحتجاج به في مواجهة الغير متى كان الشهر مطلوبا كما هو الحال في الحقوق العينية التبعية و مثال ذلك عقد الرهن الرسمي.

⁽¹⁾Jacques FLOUR, Quelques remarques sur l'évolution du formalisme, Mélanges Ripert, 1955, p 102 ; cité par : GUERRIERO, op.cit, p 217.

⁽²⁾ زواوي محمود/ الشكالية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص51.

فعدد الرهن الرسمي يعدّ من العقود الشكلية التي تتمّ بين المدين الراهن و الدائن المرتهن، فإذا تمّ هذا العقد صحيحا بتوافر أركانه رتب حقوقا و التزامات على الطرفين، و هذا بغضّ النظر عمّا إذا كان قد أشهر العقد أم لا، و بما أنّ عقد الرهن الرسمي قد أنتج آثاره القانونية بالرغم من عدم شهره فهذا دليل على أنّ تخلف الشهر لا يؤدي إلى جعل الرهن الرسمي عديم الفعالية.

لكن إذا كان عقد الرهن الرسمي ينتج آثاره بين طرفيه بمجرد انعقاده صحيحا فيمنح الدائن المرتهن حقا عينيا تبعا يخوله حق التنفيذ على العقار وهو في حيازة المدين مستعملا في ذلك حقه في التقدم بمرتبته لاستيفاء دينه، و حق تتبّع العقار إذا آل إلى الغير⁽¹⁾، فإنّ الدائن لا يكتسب هذين الحقين إلا إذا قام بشهر الرهن الرسمي⁽²⁾ لإعلام الكافة بحالة العقار و ما يثقله من قيود و تكاليف.

هذا ، و إذا كان الرهن الرسمي غير المشهر لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا أنه ليس عديم الفعالية بالنسبة لطرفيه إذ بموجبه يلتزم الراهن بسلامة الرهن⁽³⁾ و ضمان هلاك العقار أو تلفه⁽⁴⁾ و دفع نفقات العقد ما لم يتفق على خلاف ذلك⁽⁵⁾، و له الحق في التصرف في العقار المرهون⁽⁶⁾ و حق استغلاله⁽⁷⁾، كما للدائن المرتهن- بموجب عقد الرهن غير المشهر- حق التنفيذ على العقار المرهون⁽⁸⁾.

(1) زاهية سي يوسف/ عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، الجزائر، 2006، ص 105.

(2) تنص المادة 1/904 من القانون المدني على ما يلي: " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار...".

(3) يراجع نص المادة 898 من ق.م.

(4) يراجع نص المادة 899 من ق.م.

(5) يراجع نص المادة 2/883 من ق.م.

(6) يراجع نص المادة 894 من ق.م.

(7) يراجع نص المادة 895 من ق.م.

(8) يراجع نص المادة 902 من ق.م.

يلاحظ أنّ عقد الرهن الرسمي غير المشهر و إن كان يفقد كثيرا من فعاليته تجاه الغير فإنه يبقى منتجا لآثاره بالنسبة للمتعاقدين، و هذا دليل عملي واضح على أنّ الفرق بين الشكل و إجراءات الشهر ليس نظريا فقط بل تنجم عنه نتائج عملية أيضا.

نتيجة لكل هذا فإنّ التمييز بين الشكل و الشهر ليس نظريا فحسب، و إنما تترتب عليه نتائج عملية أيضا لأنّ تخلف الشكل المتطلب لانعقاد التصرف القانوني يؤدي إلى عدم وجوده و بالتالي عدم ترتيبه أية آثار، أما تخلف الشهر فإنه يعطل بعض آثار التصرف القانوني فحسب، إذ لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير بينما يرتب آثاره فيما بين المتعاقدين.

الفرع الثاني: التمييز بين الشكل و تخلف الشهر (الاستثناء)

رأينا أنّ جزاء عدم نفاذ التصرف القانوني تجاه الغير هو الجزاء الطبيعي كمبدأ عام بالنسبة لتخلف إجراءات الشهر، غير أنّ المشرع و مراعاة منه لاعتبارات معينة بالنسبة لبعض التصرفات قرّر استثناء جزاءات أخرى، فرتب أحيانا على تخلف الشهر عدم انتقال الحقوق العينية الأصلية حتى فيما بين أطراف التصرف (أولا) كما رتب في أحيان أخرى بطلان التصرف القانوني (ثانيا).

أولا: عدم انتقال الحقوق العينية الأصلية

يعتبر الحق العيني نافذا في مواجهة الكافة، فمن حق هؤلاء أن يعلموا بالوضعية القانونية لهذا الحق، ففي العقارات يتمّ إعلام الغير بانتقال هذه الأموال و التغييرات التي تطرأ عليها عن طريق الشهر في السجل العقاري، إذ عن طريق هذا السجل يتمّ اطلاع الغير على الوضعية القانونية للعقار و الحقوق و الالتزامات الملتصقة به كالرهن أو حق الارتفاق أو حق الامتياز أو الاختصاص⁽¹⁾.

(1) نظام الشهر العقاري نوعان: نظام شخصي وهو يتمّ عن طريق قيد أسماء الأشخاص المالكين، و نظام الشهر العيني و يتمّ عن طريق قيد أسماء العقارات، و هو النظام الذي أخذ به المشرع الجزائري و نظمه بالأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري. منشور في ج ر، ع 92، الصادرة بتاريخ: 1975/11/18.

بما أنّ الشهر مطلوب للحقوق العينية الأصلية فإنّ عدم استيفائه يترتب عليه عدم انتقال هذه الحقوق حتى فيما بين أطراف التصرف تطبيقاً للمادة 16 من الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري التي نصت على أنّ: " العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني، لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، و المادة 15 من نفس الأمر التي نصت على أنّ: " كلّ حق للملكية و كلّ حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ الحقوق العينية الأصلية لا تنشأ و لا تنتقل و لا تعدّل لا بين الأطراف و لا بالنسبة للغير إلا إذا تمّ استيفاء إجراءات شهرها، فالجزاء المقرر عن تخلف إجراءات الشهر في الحقوق العينية الأصلية لا ينجم عنه عدم سريان التصرف بالنسبة للغير فقط، و إنما يترتب عليه عدم انتقال الحقوق حتى فيما بين الأطراف.

و من ثمّ فإنّ فعالية التصرفات الواردة على الحقوق العينية الأصلية تنقلص إلى حدّ كبير حالة عدم شهرها، الأمر الذي يؤدي بدوره إلى التقريب من الناحية العملية بينها و بين التصرفات الباطلة لتخلف الشكل، و لكن هذا التقريب له حدود، لأنّه إذا كان التصرف الباطل لتخلف الشكل عديم الفعالية فإنّ التصرف غير المشهر لا يزال فعالاً إلى حدّ ما فهو ما زال ينتج بعض الآثار القانونية⁽¹⁾.

و يظهر هذا بوضوح في عقد البيع العقاري باعتباره من أكثر العقود شيوعاً في الحياة العملية و لأنّ الأحكام التي تسري عليه تسري على جميع التصرفات الواردة على الحقوق العينية الأصلية.

- لتفاصيل أكثر يراجع: جمال بوشنافة/ شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، ط 6، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 11 و ما يليها.

(1) ياسر أحمد كمال الصيرفي/ التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، المرجع السابق، ص 274.

ففي عقد البيع العقاري لا تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري و لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير إلا إذا تمّ شهر عقد البيع في مصلحة الشهر العقاري وفقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني التي جاء نصها كالآتي: " لا تنقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينصّ عليها القانون و بالأخصّ القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

و عليه، إذا لم يتمّ إشهار عقد بيع العقار فإنّ الملكية لا تنتقل من البائع إلى المشتري⁽¹⁾ الذي لا يمكنه أن ينقل الملكية إلى مشتر آخر، كما لا يستطيع دائنو المشتري التنفيذ على العقار المبيع على اعتبار أنه غير مملوك لدائنهم، و إذا توفي البائع انتقلت الملكية إلى ورثته و ليس للمشتري، و لكن رغم ذلك لا يصبح عقد البيع العقاري غير المشهر باطلا كما هو الشأن بالنسبة لتخلف الشكل فإذا لم يتمّ إشهار عقد بيع العقار فإنّ الملكية لا تنتقل إلى المشتري و لكن البيع يبقى صحيحا مرتبا التزامات شخصية بين طرفيه منها التزام البائع بتسليم الشيء المبيع و التزامه بضمان التعرض و الاستحقاق و ضمان العيوب الخفية، و كذلك التزام المشتري بدفع الثمن و تسلم المبيع و دفع نفقات المبيع⁽²⁾.

نلاحظ أنّ عقد البيع العقاري غير المشهر و إن كان يفقد الكثير من فعاليته بسبب عدم انتقال ملكية الشيء المبيع من البائع إلى المشتري إلا أنه يبقى صحيحا منتجا لبعض آثاره و هذا دليل على أنّ الفرق بين الشكل و إجراءات الشهر قائم حتى و إن كان الجزاء المترتب على تخلف الشهر ليس عدم نفاذ التصرف تجاه الغير و إنما جزاء أشدّ و هو عدم انتقال الحقوق حتى فيما بين أفراد التصرف.

⁽¹⁾ و هو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم: 68467 المؤرخ في: 1990/10/21، منشور في م ق لسنة 1992، ع 1، ص 86 و الذي قضت فيه بما يلي: " إنّ عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني".

⁽²⁾ لحسين بن شيخ آث ملويا/ المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية، قانونية و قضائية مقارنة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 300.

ثانيا: بطلان التصرف القانوني

رأينا فيما سبق أنّ عدم شهر التصرف القانوني يؤدي كمبدأ عام إلى عدم نفاذ التصرف في مواجهة الغير، إلا أنه قد يؤدي إلى بطلان التصرف ذاته مما يجعل التمييز بين الشكل و إجراءات الشهر في هذه الحالة أمرا صعبا من الناحية العملية لأنّ الجزاء المترتب على تخلف الشكل و إجراء الشهر واحد و هو بطلان التصرف القانوني، و من بين هذه التصرفات التي رتب فيها المشرع الجزائري البطلان على تخلف إجراءات الشهر هي عقد الشركة التجارية و رهن المحل التجاري.

01- عقد الشركة التجارية

لا يعدّ عقد الشركة من العقود الرضائية التي تقتصر على مجرد توافر الرضا بل لا بدّ من إفراغه في قالب شكلي و لقد نصت المادة 418 من القانون المدني⁽¹⁾ على وجوب كتابة عقد الشركة و إلا كان باطلا سواء تعلق الأمر بالشركات المدنية أو التجارية، و بذلك تعدّ الكتابة ركنا من أركان العقد، و قد تكون عرفية أو رسمية.

هذا ، و إنّ الشركة التجارية لا بدّ من إفراغها في شكل رسمي و إلا كانت باطلة وفقا لمقتضيات المادة 545 الفقرة الأولى من القانون التجاري التي تنص على ما يلي: " تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة" و من ثمّ فإنّ عقد الشركة غير المكتوب لا يجوز إثباته بالأدلة التي تعادل الكتابة كالإقرار و اليمين⁽²⁾.

(1) تنص المادة 418 من ق.م على ما يلي: " يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا و إلا كان باطلا، و كذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد".

(2) يراجع قرار م ع غ ت و ب ح ، ملف رقم: 142806، الصادر بتاريخ: 1996/03/26، منشور بـ الاج ق لـ غ ت و ب ح عدد خاص، لسنة 1999، ص 141 ، و الذي جاء فيه ما يلي: " لما كان ثابتا- في قضية الحال- أنّ قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود شركة على عقد عرفي و شهادة الشهود يكونون قد خرّقوا أحكام المادة 418 من القانون المدني التي تشترط أن يكون عقد إنشاء الشركة عقدا رسميا و إلا كان باطلا و كذلك المادة 545 من القانون التجاري التي تنص بأنه لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي".

- و نفس المعنى كرسه قرار م ع غ ت و ب ح ، ملف رقم: 148423، الصادر بتاريخ: 1997/03/18، و المنشور بنفس الاج ق لـ غ ت و ب ح ، ص 145.

و تجدر الإشارة إلى أنه إذا كانت الكتابة ضرورية لقيام عقد الشركة، فهي ضرورية أيضا بالنسبة لجميع التعديلات التي تطرأ على عقد الشركة و إلا كانت باطلة، كأن يمدد الشركاء في حياة الشركة أو يقصروها أو يحصل تخفيض أو زيادة في رأسمالها، فإن لم يفرغ التعديل في الشكل الكتابي كان باطلا⁽³⁾.

فضلا عن وجوب إفراغ الشركة في شكل مكتوب، فقد أخضع المشرع الجزائري الشركات لإجراء الشهر قصد إخطار الغير بميلاد الشركة و حتى يكون على دراية بما يحيط بالشركة قبل التعامل معها⁽¹⁾. و إذا كانت الشركة المدنية تتمتع بالشخصية المعنوية بمجرد تكوينها فإن الشركة التجارية لا تتمتع بهذه الشخصية إلا بعد إتباع إجراءات الشهر⁽²⁾ طبقا لنص المادة 549 من القانون التجاري. و تتمثل إجراءات الشهر فيما يلي:

01- إيداع ملخص العقد التأسيسي للشركة في السجل التجاري قصد قيده، و هذا ما نصت عليه المادة 548 من القانون التجاري بقولها: " يجب أن تودع العقود التأسيسية و العقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري و تنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة".

02- نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية.

03- نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في جريدة يومية يتم اختيارها من طرف ممثل الشركة.

⁽³⁾ نادية فضيل/ أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، ط 7، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 44.

⁽¹⁾ يوسف فتيحة/ أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب للنشر و التوزيع، وهران، 2007، ص 37.

⁽²⁾ تخضع جميع الشركات التجارية لإجراءات الشهر باستثناء شركة المحاصة لأنها شركة خفية و لا تتمتع بالشخصية المعنوية وفقا لمقتضيات المادة 795 مكرر 2 من القانون التجاري.

04- القيد في السجل التجاري طبقا لنص المادة 549 من القانون التجاري التي جاء نصها كالتالي: " لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري".

و إذا كانت إجراءات الشهر تشترط عند تأسيس الشركة، فهي تشترط أيضا عندما يطرأ أيّ تعديل عليها.

يستفاد مما سبق أنه لكي تتمتع الشركة التجارية بالشخصية المعنوية لا بدّ من شهرها في السجل التجاري و إلا كانت باطلة، إلا أنّ البطلان المترتب على ذلك يعدّ بطلانا خاصا إذ لا يجوز أن يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان⁽¹⁾.

و تقتضي القاعدة العامة في البطلان المطلق و البطلان النسبي إعادة الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، و هذا يعني أنّ للبطلان أثرا رجعيّا فينهار العقد و ما يترتب عليه من آثار⁽²⁾. و لكن لو طبقت هذه القاعدة العامة لأدّى ذلك إلى إهدار المعاملات التي قامت بها الشركة، الأمر الذي سيؤدي إلى زعزعة المراكز القانونية المستقرة و إهدار حقوق الغير الذي تعامل مع الشركة⁽³⁾، لذلك استقر القضاء على أنه متى حكم ببطلان الشركة اقتصر أثره على المستقبل فقط دون أن يمتدّ إلى الماضي، إذ تعتبر الشركة قائمة و يعتد بنشاطها في الفترة الواقعة بين تكوينها و الحكم ببطلانها، غير أنّ الاعتراف بالشركة خلال هذه الفترة ليس سوى اعترافا بالوجود الفعلي للشركة و لا يركز على أساس قانوني، لذا تسمى الشركة بالشركة الفعلية⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 2/418 من ق.م على ما يلي: " غير انه لا يجوز أن يحتج بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان".

(2) عبد الحميد الشواربي/ البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، المرجع السابق، ص 458.

(3) نادية فضيل/ أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص 51.

(4) و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري، ومن قبيل ذلك قرار م ع غ م، ملف رقم: 252546، الصادر بتاريخ: 2001/01/09، منشور ب م ق لسنة 2002، ع 2، ص 229 و الذي جاء فيه ما يلي: " إنّ قضاة الموضوع بقضائهم بإتمام الشراكة لشركة فعلية وجعلها موجودة في المستقبل يكونون قد أضفوا الصبغة الرسمية على هذه الشركة و كان عليهم الاكتفاء بتصنيفتها فقط الأمر الذي يجعل قرارهم مخالفا للقانون".

و قد اعتمد القضاء نظرية الشركة الفعلية لحماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لاستقرار المراكز القانونية، ذلك أنّ الغير يتعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها على أساس أنها شركة صحيحة و من ثمّ لا يسوغ أن يفاجأ هذا الغير الذي اطمأن إلى الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب قد يكون خفيا عليه.

ترتيبا على ذلك، فإنّ عدم استيفاء الشهر بالنسبة لعقد الشركة التجارية يجعلها باطلة غير أنّ أثر البطلان يقتصر على المستقبل، أما في الماضي فإنّ الشركة يحتج بها على الشركاء و الغير باعتبارها شركة فعلية، و من ثمّ فإنّ عقد الشركة التجارية غير المشهر لا يكون عديم الفعالية كما هو الحال بالنسبة لتخلف الشكل و هذا ما يؤكد تميّز الشكل عن إجراءات الشهر حتى و لو كان الجزاء المترتب على تخلفها هو بطلان التصرف.

02- عقد رهن المحل التجاري

إذا كان المقرر قانونا أنّ رهن المنقول يتطلب عموما انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن⁽¹⁾ فإنّ رهن المحل التجاري لا يستلزم نزع حيازة هذا المحل⁽²⁾، و إنّ بقاء المحل التجاري في يد التاجر الذي يواصل استغلاله لا يسمح بمعرفة الوضعية الحقيقية للتاجر مما يؤدي إلى الاعتقاد أنّ المحل غير مثقل برهن. و لهذا السبب نصّ المشرع على شروط شكلية دقيقة و إجراءات خاصة بنشر عملية الرهن بغرض حماية الغير ليعلم أنّ المحل

- و نفس المعنى كرسه قرار م ع غ ت و بح ، ملف رقم: 365232 ، الصادر بتاريخ: 2005/11/09 منشور بن ق ، ع 59، ص 279 و الذي جاء فيه ما يلي: " إنّ البطلان الناتج عن فقدان الشكلية الرسمية في عقود الشركات ليس بطلانا مطلقا و لا ينتج أثره إلا من تاريخ احتجاج أحد طرفي الشركة وفقا لأحكام المادة 418 من القانون المدني، و بناء عليه تعتبر الشركة باطلة تجاه طرفيها ابتداء من إعلان الاحتجاج من أحدهما لأنّ الالتزامات السابقة بين الطرفين لها كامل الآثار القانونية ".

⁽¹⁾ تنص المادة 1/951 من ق م على ما يلي: " ينبغي على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسليمه".

⁽²⁾ تنص المادة 2/118 من ق ت على ما يلي: " لا يخول رهن المحل التجاري للدائن المرتهن الحق في التنازل عنه مقابل ما له من ديون و تسديدا لها".

التجاري أصبح موضوع رهن حيازي رغم وجوده في يد التاجر و ذلك من خلال المادتين 120 و 121 من القانون التجاري.

تنصّ المادة 120 من القانون التجاري على ما يلي: " يثبت الرهن الحيازي بعقد رسمي. و يتقرر وجود الامتياز المترتب عن الرهن بمجرد قيده بالسجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الذي يستغل في نطاق دائرتها المحل التجاري. و يجب إتمام نفس الإجراء بالمركز الوطني للسجل التجاري التي يقع بدائرتها كل فرع من فروع المحل التجاري التي شملها الرهن الحيازي". و تنصّ المادة 121 من نفس القانون على أنه: " يجب إجراء القيد خلال ثلاثين يوما من تاريخ العقد التأسيسي، تحت طائلة البطلان.

و يجوز لكلّ ذي مصلحة و إن كان المدين نفسه أن يتمسك بهذا البطلان".

يستفاد من هاتين المادتين أنه يجب أن يكون رهن المحل التجاري ثابتا بموجب عقد رسمي⁽¹⁾ أي أنّ الكتابة الرسمية لازمة لإثبات الرهن و تخويل صاحبه التمسك بحقه في مواجهة الغير، فضلا عن ذلك يتعيّن شهر الرهن بقيده في السجل العمومي الذي يمسك بالمركز الوطني للسجل التجاري الواقع بدائرتة المحل التجاري، وإذا اشتمل الرهن الحيازي فرعا أو فروعاً لهذا المحل يجب استيفاء إجراءات القيد المذكورة أعلاه.

هذا، و يجب القيام بقيد الرهن خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبرام العقد التأسيسي و إلا وقع تحت طائلة البطلان، علما أنه يسوغ لكل ذي مصلحة حتى و إن كان المدين نفسه أن يتمسك بهذا البطلان، و لكن هل يقصد بهذا الجزاء بطلان القيد الذي قام به الشخص بعد انقضاء الأجل المحدّد قانونا أو بطلان عقد الرهن ذاته؟

(1) تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري أقرّ استثناء على قاعدة ضرورة الكتابة الرسمية لإثبات الرهن أن يتم رهن المحل التجاري لصالح البنوك أو المؤسسات المالية بموجب عقد عرفي مسجل حسب الأصول طبقا لنص المادة 177 من القانون رقم 10/90 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بقانون النقد و القرض، منشور في ج ر، ع 16 لسنة 1990. - يراجع فرحة الزراوي صالح/ الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، نشر و توزيع ابن خلدون، 2001، ص 253.

الملاحظ أنّ البطلان المنصوص عليه في المادة 121 من القانون التجاري لا يلحق القيد كما يعتقد القارئ من النصّ العربي لهذه المادة و إنما يلحق الرهن في ذاته كما يبدو جليا من صياغة نفس المادة باللغة الفرنسية⁽²⁾ التي جاءت أوضح و أدق و إن لم تكن النصّ الرسميّ. يتبيّن مما سبق، أنّ قيد رهن المحل التجاري في سجل عمومي ممسوك لدى مصالح السجل التجاري خلال ثلاثين يوما من إبرام العقد الرسمي لعقد الرهن التجاري ركن شكلي لصحة الرهن، إذ رتب المشرع البطلان عن تخلفه⁽¹⁾.

و الواقع أنّ بطلان رهن المحل التجاري كجزاء لتخلف الشهر يعدّ مخالفا للقواعد العامة للبطلان التي تقتضي وجود عيب في التصرف ذاته، ذلك أنّ عقد الرهن المستوفي لشروطه الموضوعية و الشكلية عقد صحيح، و إنّ تخلف الشهر الذي يعدّ إجراء لاحقا لقيام العقد صحيحا لا يمكن بأيّ حال من الأحوال أن يؤدي إلى بطلان التصرف ذاته و إنما إلى عدم سريانه في مواجهة الغير أي لا يمكن الاحتجاج به إزاء الغير و بالخصوص دائني صاحب المحل التجاري، الأمر الذي يؤكد حقيقة التمييز بين الشكل و الشهر.

نستنتج من كلّ ما تقدّم أنّ التمييز بين الشكل و إجراءات الشهر واضح من الناحيتين النظرية و العملية معاً، و من ثمّ يبقى التصرف الخاضع لإجراءات الشهر تصرفا رضائيا و ليس شكليا.

⁽²⁾L'article 121 du code de commerce dispose que: " l'inscription doit être prise, à peine de nullité du nantissement, dans les trente jours de la date le l'acte constitutif ".

⁽¹⁾ يراجع علي بن غانم/ الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص 202.

الباب الثاني:

النظام القانوني للتصرف القانوني الشكلي

انتهينا في الباب الأول إلى أنّ الشكل أسلوب يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة بحيث أنّ التعبير لا ينتج آثاره القانونية إلا إذا أفرغ في الشكل المتطلب قانونا، وخلصنا إلى أنّ الشكل في هذه الحالة يعدّ ركنا في التصرف القانوني الشكلي، ثمّ توصلنا إلى أنّ الشكل المتطلب لانعقاد التصرف يتميّز تميّزا واضحا عن الشكل المتطلب للإثبات والتسجيل والشهر.

و سنتعرض في هذا الباب للنظام القانوني للتصرف القانوني الشكلي من خلال تبيان أنواع الشكل (الفصل الأول) ثمّ الآثار المترتبة على تخلف الشكل (الفصل الثاني).

الفصل الأول:

أنواع الشكل

رأينا فيما سبق، أنّ الشكل إجراء يشترطه المشرع في بعض التصرفات القانونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة، وإنّ المشرع يهدف بذلك إلى حماية الإرادة و إلى تحقيق أغراض أخرى.

و المشرع يشترط شكلا معينا يفرغ فيه التعبير عن الإرادة و ذلك حسب الغاية التي يهدف إلى تحقيقها، فقد يكون هذا الشكل كتابة رسمية أو عرفية، و عليه تنقسم التصرفات الشكلية إلى تصرفات رسمية (المبحث الأول) و تصرفات عرفية بحسب الشكل المطلوب (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الشكل الرسمي

يستلزم المشرع أحيانا الكتابة الرسمية لانعقاد بعض التصرفات القانونية، و في مثل هذه الأحوال لا يمكن للأفراد تحرير تصرفهم بأنفسهم بل يتعيّن عليهم اللجوء إلى موظف مختص يقوم بإعداد السند الرسمي الذي يتضمن التصرف في الشكل المطلوب و يسمى التصرف الشكلي هنا تصرفا شكليا رسميا.

إنّ السبب في اشتراط الكتابة الرسمية في تصرفات معينة يرجع إلى أهميتها و الدور الفعال الذي تؤديه في المجتمع، و مثال التصرفات التي أخضعها المشرع للشكل الكتابي الرسمي: التصرفات التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية⁽¹⁾.

و إذا كان المشرع قد استلزم أن يصاغ التصرف القانوني في شكل رسمي فإنّ هذا يعني خضوعه لشروط شكلية و قانونية جوهرية يؤدي تخلفها إلى عدم صحته (المطلب الأول) و متى توافرت هذه الشروط فإنّ التصرف يكتسب حجية في الإثبات و تكون له قوة تنفيذية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الورقة الرسمية

ورد تعريف الكتابة الرسمية في المادة 324 من القانون المدني حيث نصّ المشرع على ما يلي: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه".

⁽¹⁾ يراجع نصّ المادة 324 مكرر 1 من ق.م .

يلاحظ على هذا النصّ أنّ المشرع الجزائري استعمل كلمة " عقد " بدل كلمة " ورقة " ، و هذا تعبير خاطئ لأنّ العقد هو الاتفاق الذي يتمّ بين المتعاقدين، و الورقة أو المحرر الذي يحرره الموظف هو مستند ذلك الاتفاق، و لذا يستحسن استعمال لفظ " محرر " أو " سند " أو " ورقة " بدل " عقد " .

و يجدر التنويه إلى أنّ المشرع الجزائري و رغم الانتقادات⁽¹⁾ الموجهة إلى صياغة المادة السالفة الذكر لم يتم بتغييرها في آخر تعديل له للقانون المدني بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005⁽²⁾، و على هذا الأساس اعتمدنا في هذا البحث تسمية الورقة الرسمية بدلا من العقد الرسمي كونها التعبير الأصح.

يستفاد من نصّ المادة 324 من القانون المدني أنّ المشرع اشترط لتسمية الورقة ورقة رسمية توافر شروط شكلية تتمثل في صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة و أن يكون صدور الورقة في حدود سلطته و اختصاصه، و شروط قانونية تتمثل في مراعاة الشروط القانونية في تحرير الورقة⁽³⁾. و لتحليل ذلك، سأقسم هذا المطلب إلى فرعين أخصص أولهما لدراسة الشروط الشكلية الواجب توافرها في الورقة الرسمية و ثانيهما للشروط القانونية.

(1) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 26 هـ-1.

(2) منشور في ج ر، ع 44، س 42، الصادرة في: 2005/06/26.

(3) و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري بحيث قضت المحكمة العليا في القرار رقم: 36662، الصادر عنها بتاريخ: 1985/10/19، منشور بـ م ق لسنة 1989، ع 4، ص 152 بما يلي: " من المقرر قانونا أنّ الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته و اختصاصه، و لذا فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعدّ خرقا للقانون " .

الفرع الأول: الشروط الشكلية الواجب توافرها في الورقة الرسمية

رأينا أنه يجب أن تتوافر في الورقة شروط شكلية كي تكتسب صفة الرسمية و يقصد بها الشروط الخارجة عن مضمون الورقة الرسمية ومحتواها، فهي تخص الأشخاص المكلفين قانونا بإصدارها (أولا) و المختصين بكتابتها (ثانيا).

أولا : صدور الورقة من أشخاص محددين قانونا

حتى تكتسب الورقة صفة الرسمية يجب أن تصدر من أشخاص محددين على سبيل الحصر في المادة 324 من القانون المدني وهم: الموظف و الضابط العمومي و الشخص المكلف بخدمة عامة. فما المقصود بكلّ من الموظف و الضابط العمومي و الشخص المكلف بخدمة عامة؟

01- صدور الورقة من الموظف

إنّ أول قانون نظم الوظيفة العامة في الجزائر هو الأمر رقم 133/66 الصادر بتاريخ 02 جوان 1966⁽¹⁾، ثمّ تلاه المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985⁽²⁾ الذي كان يعتبر القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، و أخيرا صدر الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽³⁾ و الذي عرف الموظف في المادة الرابعة في فقرتها الأولى كما يلي: " يعتبر موظفا كلّ عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة و رسم في رتبة في السلم الإداري".

يستفاد من هذه المادة أنه لكي يعتبر الشخص موظفا يجب أن تتوافر فيه الشروط التالية:

(1) المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية. منشور بـ ج ر، ع 46 س3، الصادرة في: 1966/06/08.

(2) المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية. منشور بـ ج ر، ع 13، س22، الصادرة في: 1985/03/24.

(3) منشور بـ ج ر، ع 46، س 43، الصادرة في: 2006/07/16.

أ- صدور قرار بتعيين الموظف في وظيفة عمومية

يلزم لاعتبار الشخص موظفا أن يتمّ تعيينه بموجب قرار إداري مستوف للشروط المتطلبية قانونا من السلطة التي لها صلاحيات التعيين، و أن يمارس نشاطه في المؤسسات و الإدارات العمومية و كذا الإدارات المركزية في الدولة و المصالح غير المركزية التابعة لها و الجماعات الإقليمية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري و المؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي و الثقافي و المهني و المؤسسات العمومية ذات الطابع التكنولوجي و كلّ مؤسسة عمومية يمكن أن يخضع مستخدموها لأحكام هذا القانون⁽¹⁾.

ب- تعيين الموظف في وظيفة دائمة

قيام الموظف بعمل دائم هو شرط ضروري و هام حتى يمكن إضفاء هذه الصفة عليه.

و المقصود بديمومة العمل أن يقوم الموظف بنشاط دائم أي غير عرضي و أن يكون هذا العمل داخلا في النشاط المرفقي أو الخدمة التي يؤديها المرفق بحكم طبيعة نشاطه أو ما يقدمه من خدمات، كما أنّ هذا العمل يجب أن يكون ضروريا و لازما لاستمرارية المرفق⁽²⁾.

ج- ترسيم الموظف

إنّ الترسيم هو الإجراء الذي يتمّ من خلاله تثبيت الموظف في رتبته في السلم الإداري، و لا يتمّ تثبيت الموظف إلا بعد قضائه مدّة تجريبية يكون فيها تحت التدريب.

(1) و هذا طبقا للمادة 2 من الأمر رقم 03/06 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية.

(2) عبد العزيز السيد الجوهري/ الوظيفة العامة، دراسة مقارنة مع التركيز على التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 28.

و ترتيبا على ما سبق، فإنه متى اجتمعت الخصائص الثلاث المذكورة أعلاه، اعتبر الشخص موظفا⁽¹⁾.

هذا، و لقد حدّدت المادة 75 من الأمر رقم 03/06 السالف الذكر الشروط الواجب توافرها للالتحاق بالوظائف العمومية و التي تتمثل فيما يلي:

- أن يكون جزائري الجنسية.
- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية.
- ألا تحمل شهادة سوابقه القضائية ملاحظات تننافى و ممارسة الوظيفة المراد الالتحاق بها.
- أن يكون في وضعية قانونية تجاه الخدمة الوطنية.
- أن تتوفر فيه شروط السنّ و القدرة البدنية و الذهنية و كذا المؤهلات المطلوبة للالتحاق بالوظيفة المراد الالتحاق بها.

و يتمّ الالتحاق بالوظائف العمومية عن طريق المسابقة على أساس الاختبارات أو على أساس الشهادات بالنسبة لبعض أسلاك الموظفين، و عن طريق الفحص المهني و كذلك عن طريق التوظيف المباشر من بين المترشحين الذين تابعوا تكويننا متخصصا لدى مؤسسات التكوين المؤهلة⁽²⁾.

02- صدور الورقة من الضابط العمومي

الضابط العمومي هو الشخص الذي يخوله القانون سلطة إضفاء الصبغة الرسمية على العقود، و تمنح له هذه الصفة بموجب نصّ قانوني، و مثاله الموثق و المحضر القضائي.

⁽¹⁾ يستثنى من أحكام هذا القانون القضاة و المستخدمين العسكريين و المدنيين للدفاع الوطني و مستخدمو البرلمان طبقا للمادة 3/2 من الأمر رقم: 03/06 المذكور أعلاه.

⁽²⁾ يراجع نصّ المادة 80 من الأمر رقم: 03/06.

أ. الموثق

لقد مرّ نظام التوثيق في الجزائر بعدة مراحل، فبعد الاستقلال كان يسري قانون التوثيق الفرنسي المعروف بقانون فاننوز⁽¹⁾ (loi VENTOS) و هذا تماشياً مع القانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962⁽²⁾ و الذي مدّ آنذاك العمل بالقوانين الفرنسية متى لم يكن من شأنها المساس بالسيادة الوطنية.

و لقد كان نظام التوثيق سابقاً مقسماً إلى نوعين: النوع الأول يتمثل في مكاتب التوثيق العمومية التي يتولى تسييرها و إدارتها موثقون عموميون يعملون لحسابهم الخاص و يطبقون القوانين الفرنسية، و النوع الثاني و هو التوثيق الذي تنظمه القوانين و اللوائح التي أنشئت بموجبها المحاكم الشرعية، و لم تكن تلك المحاكم تمارس التوثيق بالمعنى القانوني له بل كانت تعمل بطريقة تقليدية دون مراعاة لأية ضوابط أو قواعد قانونية أو فنية معينة و كان قاضي المحاكم الشرعية يمارس دور الموثق إلى جانب دوره كقاض⁽³⁾.

و بتاريخ 15 ديسمبر 1970 أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق⁽⁴⁾، و بموجبه ألغى نظام الازدواجية في التوثيق الذي كان سائداً و عمل على توحيد و ذلك بنصّه في المادة الأولى على ما يلي: " تلغى المكاتب و المحاكم العمومية الخاصة بالتوثيق.

تنشأ مكاتب للتوثيق تسند إليها اختصاصات المحاكم و المكاتب العمومية الخاصة بالتوثيق".

(1) فاننوز (VENTOS) مصطلح استعمل في قوانين الثورة الفرنسية للدلالة على أشهر معينة.

(2) يراجع القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31/12/1962 و المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ 1962/12/31. منشور في ج ر، ع 2، س 2، الصادرة في: 11/01/1963، ص 18.

(3) محمد بوركي/ (التوثيق و الإشهار العقاري)، نشرة الموثق، ع 5، ديسمبر 1998، ص 31 و 32.

(4) و الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 01/01/1971 طبقاً للمادة 53 منه، و قد تمّ نشره في ج ر، ع 107، س 7، الصادرة في: 25/12/1970.

و تميّزت هذه الفترة بما يلي:

- إلغاء كافة الهياكل و التنظيمات السابقة للتوثيق.
- إنشاء مكاتب التوثيق أسندت لها مهام و صلاحيات الهياكل الملغاة أي مكاتب التوثيق العمومية و المحاكم الشرعية.
- إدراج الموثقين و أعوانهم ضمن أسلاك الموظفين العموميين، و هم يعملون تحت سلطة النواب العاميين لدى المجالس القضائية⁽¹⁾.
- تحديد الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق بدائرة اختصاص المحاكم التي يعملون بها⁽²⁾.
- إمكانية الاستعانة بمساعدي الموثقين في انجاز أعمالهم⁽³⁾.
- إقرار و تكريس قاعدة الرسمية في المعاملات طبقا لمقتضيات المادتين 12 و 13 من الأمر رقم 91/70 السالف الذكر.

لكن نظرا للتحويلات السياسية و الاقتصادية التي عرفتها الجزائر في أواخر الثمانينيات و بداية التسعينيات استلزم حتما إعادة النظر في المنظومة التشريعية من أجل ايجاد أدوات قانونية و تنظيمية تستجيب لمتطلبات تلك المرحلة، فأصدر المشرع القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم التوثيق⁽⁴⁾ الذي ألغى الأمر رقم 91/70 و وضع القواعد العامة للتوثيق.

و الجدير بالملاحظة أنّ القانون رقم 27/88 المتضمن تنظيم التوثيق أضاف لأول مرة صفة الضابط العمومي على الموثق و ذلك في المادة الخامسة منه التي جاء نصها كالآتي: " يعدّ الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدّد القانون صيغتها الرسمية، و كذا العقود التي يودّ الأطراف إعطاءها هذه الصبغة.

(1) يراجع نصّ المادة 2 من الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق.

(2) يراجع نصّ المادة 5 من الأمر رقم 91/70 السالف الذكر.

(3) يراجع نصّ المادة 8 من الأمر رقم 91/70.

(4) منشور في ج ر، ع 28، س 25، الصادرة في: 1988/07/13.

كما يتولى استلام أصول جميع العقود و الوثائق للإيداع التي حدّد لها القانون هذه الصيغة أو التي يودّ حائزها ضمان حفظها"، كما أسند هذا القانون مكاتب التوثيق إلى الموثقين لتسييرها لحسابهم الخاص⁽¹⁾، و تحت مسؤوليتهم الشخصية⁽²⁾، و أصبحت مستقلة عن المحاكم كما كانت عليه في الأمر رقم 91/70.

يلاحظ أنّ هذا القانون مدّد الاختصاص الإقليمي للموثق إلى كامل التراب الوطني خلافا لما كان عليه الحال في الأمر رقم 91/70 الذي كان يحدّد اختصاص مكاتب التوثيق بدائرة اختصاص المحاكم التي يعملون بها⁽³⁾.

و بعد مرور أكثر من خمس عشرة سنة على صدور القانون رقم 27/88 دفعت الحاجة إلى إلغائه و استبداله بقانون جديد صدر في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق⁽⁴⁾ و لقد عرّفت المادة الثالثة منه الموثق كما يلي: " الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة".

كما حدّدت المادة السادسة من هذا القانون الشروط الواجب توافرها في المترشح حتى يصبح موثقا⁽⁵⁾ و تتمثل فيما يلي:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
- حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة لها.
- بلوغ 25 سنة على الأقل.
- التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.

(1) يراجع نصّ المادة 4 من القانون رقم 27/88 المتضمن تنظيم التوثيق.

(2) يراجع نصّ المادة 3 من القانون رقم 27/88.

(3) يراجع نصّ المادة 2 من القانون رقم 27/88.

(4) منشور في ج ر، ع 14، س 43، الصادرة في: 2006/03/08، ص 15.

(5) يراجع المرسوم التنفيذي رقم 242/08 المؤرخ في 2008/08/03 المحدّد شروط الالتحاق بمهنة الموثق و ممارستها و نظامها التأديبي و قواعد تنظيمها، منشور في ج ر، ع 45، س 45، الصادرة في: 2008/08/06.

بالإضافة إلى الحصول على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق و ذلك عن طريق مسابقة بعد استشارة الغرفة الوطنية للموثقين و ذلك طبقا للمادة الخامسة من نفس القانون.

و يعيّن الحائزون على شهادة الكفاءة المهنية للتوثيق بصفتهم موثقين بقرار من وزير العدل⁽¹⁾ و يؤدي الموثقون اليمين قبل الشروع في ممارسة مهامهم أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكتبهم⁽²⁾.

هذا، و تتمثل مهام الموثق- حسب نصوص هذا القانون- فيما يلي:

- حفظ العقود التي يحررها أو يسلمها للإيداع، و يسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما تسجيل و نشر و شهر العقود في الأجل المحددة قانونا⁽³⁾.
- حفظ الأرشيف التوثيقي و تسييره وفقا للشروط و الكيفيات التي يتمّ تحديدها عن طريق التنظيم⁽⁴⁾.
- تسليم نسخ تنفيذية للعقود التي يحررها أو نسخا عادية منها أو المستخرجات و العقود التي لا يحتفظ بأصلها⁽⁵⁾.
- التأكد من صحة العقود الموثقة و تقديم النصائح للأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها و ضمان تنفيذها⁽⁶⁾.

(1) يراجع نصّ المادة 7 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(2) تنص المادة 8 من القانون رقم 02/06 السالف الذكر على ما يلي: " يؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسة مهامه أمام المجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه اليمين الآتية:

" بسم الله الرحمن الرحيم

أقسم بالله العليّ العظيم أن أقوم بعلمي أحسن قيام و أن أخلص في تأدية مهنتي و أكتف سرها و أسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف، و الله على ما أقول شهيد".

(3) يراجع نصّ المادة 1/10 من القانون رقم 02/06.

(4) يراجع نصّ المادة 2/10 من القانون رقم 02/06 و المرسوم التنفيذي رقم 245/08 المؤرخ في 2008/08/03 المحدد لشروط و كيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي و حفظه.

(5) يراجع نصّ المادة 11 من القانون رقم 02/06.

(6) يراجع نصّ المادة 12 من القانون رقم 02/06.

- إعلام الأطراف بمدى التزاماتهم و حقوقهم و الآثار الناجمة عنها⁽¹⁾.
- و أخيرا التزام الموثق بالسّر المهني، فلا يجوز له أن ينشر و يفشي أية معلومات إلا بإذن من الأطراف أو باقتضاءات أو إعفاءات منصوص عليها قانونا⁽²⁾.

و تجدر الإشارة إلى أنّ الموثق يتمتع بحماية قانونية تخص شخصه و مكتبه، بحيث أنّ القانون يعاقب كلّ من أهانه أو اعتدى عليه بالعنف أو القوة خلال تأدية مهامه⁽³⁾، كما يتمتع مكتب التوثيق بالحماية أيضا، فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه إلا بناء على أمر قضائي مكتوب و بحضور رئيس الغرفة الجهوية للموثقين أو الموثق الذي يمثله أو بعد إخطاره قانونا، و ذلك تحت طائلة بطلان الإجراءات المخالفة⁽⁴⁾.

ب- المحضر القضائي

يعتبر المحضر القضائي كالموثق ضابطا عموميا طبقا لنصّ المادة الرابعة من القانون رقم 03/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي⁽⁵⁾ و التي جاء نصها كالآتي: " المحضر القضائي ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته، على أن يكون المكتب خاضعا لشروط و مقاييس خاصة تحدّد عن طريق التنظيم".

و قد حدّدت المادة التاسعة من هذا القانون الشروط الواجب توافرها في المترشح حتى يصبح محضرا قضائيا و تتمثل فيما يلي:

- التمتع بالجنسية الجزائرية.
- حيازة شهادة الليسانس في الحقوق أو ما يعادلها.

(1) يراجع نصّ المادة 4 من القانون رقم 02/06.

(2) يراجع نصّ المادة 14 من القانون رقم 02/06.

(3) يراجع نصّ المادة 17 من القانون رقم 02/06.

(4) يراجع نصّ المادة 4 من القانون رقم 02/06.

(5) منشور في ج ر، ع 14، س 43، الصادرة في: 2006/03/08.

- بلوغ سنّ 25 سنة على الأقل.
- التمتع بالحقوق المدنية و السياسية.
- التمتع بشروط الكفاءة البدنية الضرورية لممارسة المهنة.
- بالإضافة إلى الحصول على شهادة الكفاءة المهنية لمهنة المحضر القضائي، و ذلك عن طريق مسابقة بعد استشارة الغرفة الوطنية للمحضرين القضائيين و هذا طبقاً لنصّ المادة الثامنة من نفس القانون.

و يعيّن حائزو شهادة الكفاءة المهنية لمهنة المحضر القضائي بصفقتهم محضرين قضائيين بقرار من وزير العدل⁽¹⁾، و يؤدي المحضرون قبل الشروع في ممارسة مهامهم أمام المجلس القضائي بمقر تواجد مكتبهم اليمين⁽²⁾.

و تتمثل مهام المحضر القضائي – حسب نصوص هذا القانون⁽³⁾ – فيما يلي:

- تبليغ العقود و السندات و الإعلانات التي تنص عليها القوانين و التنظيمات ما لم يحدّد القانون طريقة أخرى للتبليغ.
- تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات القضائية الصادرة في جميع المجالات ما عدا المجال الجزائي، و كذا المحررات أو السندات التنفيذية.
- القيام بتحصيل الديون المستحقة وديا أو قضائيا أو قبول عرضها و إيداعها.
- القيام بمعاينات أو استجابات أو إنذارات بناء على أمر قضائي دون إبداء رأيه.
- يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخصوم للقيام بمعاينات مادية بحتة أو إنذارات دون استجواب أو تلقي تصريحات بناء على طلب الأطراف.

(1) يراجع نصّ المادة 10 من القانون رقم 03/06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

(2) تحدد المادة 11 من القانون رقم 03/06 صيغة اليمين كالآتي:

" بسم الله الرحمن الرحيم .

أقسم بالله العليّ العظيم أن قوم بعلمي أحسن قيام و أن أخلص في تأدية مهنتي و أكتم سرها و أسلك في كل الظروف سلوك المحضر القضائي الشريف، و الله على ما أقول شهيد".

(3) يراجع نصّ المادة 12 من القانون رقم 03/06.

و الملاحظ أنّ المحضر القضائي يتمتع بحماية قانونية له و لمكتبه، بحيث يعاقب القانون كلّ من أهانه أو اعتدى عليه بالعنف أو القوة خلال تأدية مهامه⁽¹⁾، كما يتمتع مكتب المحضر بالحماية أيضا فلا يجوز تفتيشه أو حجز الوثائق المودعة فيه إلا بناء على أمر قضائي مكتوب، و بحضور رئيس الغرفة الوطنية للمحضرين أو المحضر الذي يمثله أو بعد إخطاره قانونا، و ذلك تحت طائلة بطلان الإجراءات المخالفة⁽²⁾.

03 – صدور الورقة من شخص مكلف بخدمة عامة

المكلف بخدمة عامة هو كلّ شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظيفة العمومي أو لم يخضع، و سواء تلقى أجرا على خدمته أو قام بها مجانا⁽³⁾، و مثاله ضابط الحالة المدنية.

و قد عرّفت المادة الأولى من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتضمن قانون الحالة المدنية⁽⁴⁾ ضابط الحالة المدنية كما يلي: " إنّ ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي و نوابه، و في الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية و رؤساء المراكز القنصلية".

و قد أجازت المادة الثانية من نفس الأمر لرئيس المجلس الشعبي البلدي و تحت مسؤوليته أن يفوض إلى عون بلدي أو أعوان عديدين قائمين بالوظائف الدائمة و البالغين من العمر 21 سنة المهام التي يمارسها كضابط للحالة المدنية، كما أجازت في الخارج لرؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفين على دائرة قنصلية و لرؤساء المراكز القنصلية أن يأذنوا لنوابهم القيام بمهامهم.

(1) يراجع نصّ المادة 19 من القانون رقم 03/06.

(2) يراجع نصّ المادة 7 من القانون رقم 03/06.

(3) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 27.

(4) منشور في ج ر، ع 21، س 7، الصادرة في: 1970/02/27.

و تتمثل مهام ضابط الحالة المدنية فيما يلي⁽¹⁾:

- مشاهدة الولادات و تحرير عقود بها.
- تحرير عقود الزواج.
- مشاهدة الوفيات و تحرير عقود بها.
- مسك سجلات الحالة المدنية من أجل تقييد كلّ العقود التي يتلقاها، و العقود التي يتلقاها الموظفون العموميون الآخرون، و تسجيل منطوق بعض الأحكام.
- السهر على حفظ السجلات الجارية العمل بها.
- قبول أذن الزواج الخاصة بالقصر.

هذا، و يختص الأعوان الدبلوماسيون و القناصل بتحرير كلّ عقد خاص بالحالة المدنية للجزائريين المقيمين في الخارج و كذا بعقود زواجهم⁽²⁾، إضافة إلى ممارستهم المهام التوثيقية طبقا للمادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002⁽³⁾ المتعلق بالوظيفة القنصلية التي نصت على ما يلي: " يمارس رئيس المركز القنصلي المهام التوثيقية".

ثانيا: سلطة و اختصاص الأشخاص المصدرين للورقة الرسمية

تنصّ المادة 324 من القانون المدني على ما يلي: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تمّ لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه".

يستفاد من هذه المادة أنه لا يكفي لاكتساب الورقة صفة الرسمية أن يقوم بتحريرها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، و إنما يجب أن يكون صدور هذه الورقة داخلا في حدود سلطتهم و اختصاصهم. و هنا يطرح تساؤل مؤداه: فيما تتمثل هذه السلطة؟ و أيّ اختصاص يقصده المشرع؟

⁽¹⁾ يراجع نصّ المادة 3 من الأمر رقم 20/70 المتضمن قانون الحالة المدنية.

⁽²⁾ يراجع نصّ المواد 95 و ما بعدها من الأمر رقم 20/70.

⁽³⁾ منشور في ج ر، ع 79، س 39، الصادرة في: 2002/12/01.

01- سلطة الأشخاص المصدرين للورقة الرسمية

يقصد بالسلطة أن تكون للموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة الولاية و الأهلية لتحريير الأوراق الرسمية⁽¹⁾.

ففيما يتعلق بالولاية، يجب أن تكون ولاية الموظف المختص قائمة وقت تحريير الورقة الرسمية، أي أن يحرر الموظف أو الشخص المكلف بخدمة عامة الورقة بعد تعيينه و الضابط العمومي بعد أدائه اليمين قبل الشروع في ممارسة مهنته.

و من هنا يتبين جليا أنه لا بدّ أن تكون للموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة صلاحية وقت تحريير الورقة، أما إذا صدر قرار بعزل الموظف أو الضابط العمومي أو المكلف بخدمة عامة أو تمّ نقله أو إيقافه عن عمله و علم بذلك بصفة قانونية و مع ذلك قام بتحريير سندات رسمية فإنها تقع باطلة لانعدام ولايته، إضافة إلى توقيع عقوبات جزائية عليه⁽²⁾، غير أنّ الأوراق التي يحررها الموظف أو الموثق أو الشخص المكلف بخدمة عامة في فترة ما بين صدور قرار العزل أو النقل أو الإيقاف و تبليغه به تكون صحيحة إذا كان ذوو الشأن حسني النية لا يعلمون بذلك و هذا تطبيقا لقاعدة " حماية الوضع الظاهر " على اعتبار أنه يعتبر موظفا فعليا⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2، المرجع السابق، رقم 75، ص 121-122.

(2) تنص المادة 141 من قانون العقوبات على ما يلي: " كلّ قاض أو موظف أو ضابط عمومي يبدأ في ممارسة أعمال وظيفته قبل أن يؤدي - بفعله - اليمين المطلوبة لها يجوز معاقبته بغرامة من 500 إلى 1000 دينار جزائري". كما تنص المادة 1/142 من نفس القانون على ما يلي: " كلّ قاض أو موظف أو ضابط عمومي فصل أو عزل أو أوقف أو حرم قانونا من وظيفته يستمر في ممارسة أعمال وظيفته بعد استلامه التبليغ الرسمي بالقرار المتعلق به يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين و بغرامة من 500 إلى 1000 دينار جزائري".

(3) بكوش يحيى/ أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، المرجع السابق، ص 98.

أمّا فيما يخص الأهلية، فإنه متى ثبت للموثق (و نفس الشأن ينطبق على الموظف أو الشخص المكلف بخدمة عامة) الولاية على النحو المتقدم، فإنه يجب أن يكون أيضا أهلا للتصرف الذي يقوم به.

و إذا كان الموثق أهلا لتحرير جميع الأوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه فإنه وردت مع ذلك في المادتين 19 و 21 من قانون التوثيق رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 حالات تمنعه من تحرير بعض الأوراق الرسمية بحيث إن قام بها اعتبرت باطلة.

و مؤدى هاتين المادتين أنه لا يجوز للموثق أن يحرر ورقة رسمية يكون هو طرفا فيها أو ممثلا أو مرخصا له بأيّ صفة كانت كأن يكون وكيلًا أو تتضمن تدابير لفائدته.

هذا و لا يجوز للموثق إصدار محرر رسمي إذا كان أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة طرفا فيه، و يمنع عليه أيضا تحرير الورقة الرسمية متى كان أحد أقاربه أو أصهاره الذين تجمعهم بهم قرابة حواشي طرفا فيها.

كما يمنع على الموثق تحرير العقد الذي تكون فيه الجماعة المحلية التي هو عضو في مجلسها طرفا فيه دفعا لمظنة المحاباة أو التأثير.

تجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرع الجزائري عند نصه على حالات المنع لم يحدد نوعا معينا من العقود التي لا يمكن للموثق تحريرها، فهذه النصوص تشمل كلّ أنواع العقود دون تمييز فهو لم يفرق بين العقود التي يكون فيها الشكل متطلبا للانعقاد و العقود التي يكون فيها الشكل متطلبا للإثبات، و لم يفرق كذلك بين العقود التي تشترط فيها الكتابة الرسمية لإثباتها و العقود التي يرغب الأطراف في إفراغها في شكل رسمي.

و خلاصة ما تقدّم، أنّه لا تعتبر الورقة رسمية إذا انعدمت ولاية و أهلية الشخص المكلف قانونا بإصدارها و إنما تعتبر ورقة عرفية فقط بشرط أن يوقعها الأطراف، و هو ما يستفاد من نصّ المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني التي جاء نصها كالآتي: " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

02- اختصاص الأشخاص المختصين للورقة الرسمية

لا يكفي لاكتساب الورقة صفة الرسمية أن يكون صدورها داخلا في حدود سلطة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، و إنما يجب كذلك أن يكون هؤلاء الأشخاص مختصين بإصدارها، سواء تعلق الأمر بالاختصاص النوعي أو بالاختصاص المكاني.

أ- من ناحية الاختصاص النوعي

يشترط القانون أن يكون الموظف مختصا من الناحية الموضوعية بنوع الورقة التي يقوم بكتابتها، فيختص القاضي بإصدار الأحكام القضائية، و كاتب الجلسة بتحرير محضر الجلسة، و الموثق بكتابة التصرفات القانونية في شكل رسمي، و بالنسبة للموظف يتحدد اختصاصه بتحرير السندات الرسمية كالقرارات و المقررات الإدارية بمقتضى القانون الذي ينظم الهيئة الإدارية التي يتبعها كقانون الولاية و قانون البلدية.

و قد تناولت المادة الثالثة من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق الاختصاص الموضوعي للموثق فجعلته مختصا بتحرير جميع العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية و مثالها البيع العقاري و الرهن الرسمي و عقد الهبة و كذا العقود التي يرغب الأشخاص في إعطائها هذه الصبغة.

و نصّت المادة الثالثة من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية على مهام ضابط الحالة المدنية وحددتها فيما يلي:

- مشاهدة الولادات و تحرير العقود بها.
- تحرير عقود الزواج.
- مشاهدة الوفيات و تحرير عقود بها.
- مسك سجلات الحالة المدنية أي :
- تقييد كل العقود التي يتلقاها.
- تسجيل بعض العقود التي يتلقاها الموظفون العموميون الآخرون.
- وضع البيانات التي يجب حسب القانون تسجيلها في بعض الأحوال على هامش عقود الحالة المدنية التي سبق تقييدها أو تسجيلها.

يتبين مما تقدم، أنه يشترط لصحة الورقة الرسمية أن تكون صادرة من الموظف المختص موضوعيا بإصدارها، فالموثق و إن كان مختصا بتحرير عقود الزواج مثل ضابط الحالة المدنية إلا أنه لا يمكنه تحرير عقود الولادات أو الوفيات التي يختص ضابط الحالة المدنية بإصدارها، كما أن ضابط الحالة المدنية لا يمكنه إبرام اتفاقات الطلاق لأنها من اختصاص القاضي، و هذا الأخير لا يمكنه إبرام العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية لأنها من اختصاص الموثق⁽¹⁾.

ب- من ناحية الاختصاص المكاني

إن اختصاص الموظف بصفة عامة يتحدد بمكان تواجد عمله و لا يتعداه إلى اختصاص جهة أخرى، فضايط الحالة المدنية مثلا لا يجوز له أن يحرر وثيقة الإقامة لشخص غير تابع لبلديته و هذا طبقا لمقتضيات المادة الرابعة من الأمر 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 و التي جاء نصها كالاتي: " تكون لضباط الحالة المدنية الأهلية في قبول التصريحات و تحرير العقود في نطاق دوائرهم فقط"، كما لا يجوز للمحضر القضائي أن يحرر محضر إثبات حالة خارج الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له طبقا لنص المادة الثانية الفقرة الثانية من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي و التي نصت

(1) غير أنه يستثنى من ذلك الوعد ببيع العقار حيث يمكن للقاضي الحكم بإتمام إجراءات البيع وفقا لمقتضيات المادة 72 من القانون المدني التي جاء نصها كالاتي: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد".

على ما يلي: " يمتدّ الاختصاص الإقليمي لكلّ مكتب إلى دائرة الاختصاص الإقليمي للمجلس القضائي التابع له".

أما بالنسبة للموثق، فقد كان اختصاصه الإقليمي- في ظلّ الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق- منحصرًا في دائرة اختصاص المحكمة التي عين فيها الموثق و لا يجوز له أن يباشر عمله خارج اختصاصه المكاني و إلا اعتبر عمله باطلاً ، غير أنه يجوز له استثناء أن يمارس مهامه في دائرة اختصاص محكمة غير التي عين فيها بشرط أن ينتدب من طرف وزير العدل طبقاً لنصّ المادة السادسة من الأمر رقم 91/70 السالف الذكر.

و حين صدر قانون التوثيق رقم 27/88 بتاريخ 12 جويلية 1988 أصبح الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق يمتدّ إلى كامل التراب الوطني عملاً بنصّ المادة الثانية منه، و هو ما أكدّه القانون رقم 02/06 الصادر في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في المادة الثانية الفقرة الأولى التي جرى نصّها كالآتي: " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون و التشريع المعمول به، و يمتدّ اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني".

إنّ هذا التغيير كان نتيجة حتمية للمشاكل التي كانت تحول دون حصول الموثق على الانتداب من وزير العدل للقيام بمهام التوثيق خارج اختصاص المحكمة التي عين فيها من جهة، و من أجل مساندة جهود الدولة للقضاء على مظاهر البيروقراطية و تقريب الإدارة من المواطن من جهة أخرى، و كذا لضمان السير الحسن لمكاتب التوثيق خاصة بعدما أصبحت تسير لحساب الموثق و تحت مسؤوليته⁽¹⁾.

(1) ميدي أحمد/ الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، 2005،

ترتيباً على ما سبق، فإنه يشترط لصحة الورقة الرسمية أن يكون للموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة سلطة تحريرها و أن يكون مختصاً نوعياً و إقليمياً بإصدارها.

الفرع الثاني: الشروط القانونية الواجب توافرها في الورقة الرسمية

يجب أن تكون الأوراق الرسمية محررة طبقاً للأشكال التي نصّ عليها القانون وفقاً لمقتضيات المادة 324 من القانون المدني، و هذه الشكليات هي التي تسمح بتفسير قرينة الرسمية التي تتمتع بها هذه الأوراق لأنها تضي عليها ظاهراً يدلّ على صحتها و يوحى بالثقة و الاطمئنان إليها⁽¹⁾.

و قد بيّن القانون لكل نوع من الأوراق الرسمية أوضاعاً و أشكالاً يجب على الموظف المختص بها أن يراعيها و يتمسك بها عند تحرير الورقة الرسمية⁽²⁾.

فالقضاة يجب عليهم احترام الإجراءات المنصوص عليها عند تحرير الأحكام، فيجب أن يشمل الحكم القضائي تحت طائلة البطلان عبارة " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري"⁽³⁾، كما يجب أن يتضمن بيانات محددة تتمثل في ذكر الجهة القضائية التي أصدرته و أسماء و ألقاب و صفات القضاة الذين تداولوا في القضية، و تاريخ النطق به، و اسم و لقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء، و اسم و لقب أمين الضبط الذي حضر الجلسة، و أسماء و ألقاب الخصوم و موطن كل منهم، و في حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعته و تسميته و مقره الاجتماعي و صفة ممثله القانوني أو الإتفاقي، و أسماء و ألقاب المحامين أو أيّ شخص قام بتمثيل و مساعدة الخصوم، و الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في جلسة علنية مثلما نصت على ذلك مقتضيات المادة 276 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(1) بكوش يحيى/ أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 100.

(2) الغوتي بن ملحّة/ قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في القانون المدني الجزائري، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001، ص 38.

(3) يراجع نصّ المادة 275 من ق.إ.م.إ.

و يتعيّن أن يكون الحكم مسببا من حيث الوقائع و القانون، و على القاضي أن يشير إلى النصوص القانونية المطبقة و أن يستعرض بإيجاز وقائع القضية و طلبات و ادعاءات الخصوم و وسائل دفاعهم و يجب عليه أن يرد على كل الطلبات و الأوجه المثارة، و أن يتضمن الحكم ما قضى به في شكل منطوق⁽¹⁾، و أخيرا يوقع هذا الحكم من طرف القاضي و أمين الضبط و يحفظ أصل الحكم في أرشيف الجهة القضائية التي أصدرته⁽²⁾ و يقيّد في سجل الأحكام.

أمّا بالنسبة لضباط الحالة المدنية، فيجب عليهم احترام الشروط المنصوص عليها في الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير 1970 المتعلق بالحالة المدنية، و لقد فرض المشرع الجزائري أن تحرر العقود باللغة العربية⁽³⁾، و أن يبيّن فيها السنة و اليوم و الساعة التي تلتقيت فيها، و كذا اسم و لقب و صفة ضابط الحالة المدنية و أسماء و ألقاب و مهن و محل سكنى كل الذين ذكروا، كما تبين فيها تواريخ و أماكن ولادة الأب و الأم الموجودة في عقود الميلاد و الأزواج في عقود الزواج و الوفاة في عقود الوفيات عندما تكون معروفة، أما إذا كانت مجهولة فإنّ العمر يبيّن بعدد السنوات⁽⁴⁾، أما فيما يتعلق بالشهود فتبيّن فقط صفة رشدهم أي يجب أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز في الجنس⁽⁵⁾.

و يجب على ضابط الحالة المدنية أن يتلو العقود على الأطراف الحاضرين أو الوكلاء أو الشهود، كما يطلب منهم الاطلاع عليها مباشرة قبل التوقيع عليها⁽⁶⁾، و توقع هذه العقود من قبل ضابط الحالة المدنية و الطرف الحاضر و الشهود و يشار إلى السبب الذي يمنع الحاضرين و الشهود من التوقيع⁽⁷⁾.

(1) يراجع نصّ المادة 277 من ق.إ.م.إ.

(2) يراجع نصّ المادة 278 من ق.إ.م.إ.

(3) يراجع نصّ المادة 37 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية.

(4) يراجع نصّ المادة 30 من الأمر رقم 20/70.

(5) يراجع نصّ المادة 33 من الأمر رقم 20/70.

(6) يراجع نصّ المادة 35 من الأمر رقم 20/70.

(7) يراجع نصّ المادة 36 من الأمر رقم 20/70.

هذا، و يتعيّن أن تسجل العقود في السجلات بالتتابع دون أيّ بياض أو كتابة بين الأسطر، و يصادق و يوقع على عملية الشطب و الإلحاق بنفس الطريقة التي يوقع بها مضمون العقد و لا يكتب أيّ شيء باختصار كما لا يكتب أيّ تاريخ بالأرقام⁽¹⁾، ثمّ تختتم السجلات و تقفل من قبل ضابط الحالة المدنية عند انتهاء كلّ سنة و تودع نسخة منها بمحفوظات البلدية في الشهر الموالي و ترسل النسخة الأخرى من السجلات إلى كتابة ضبط المجلس القضائي⁽²⁾.

ولمّا كان تحرير الأوراق الرسمية غالباً ما يقوم بها الموثقون لا بدّ من دراسة الأشكال القانونية الواجب توافرها في الورقة الرسمية التي جاء بها قانون التوثيق الجديد و مواد القانون المدني المعدلة⁽³⁾.

و تقتضي هذه الدراسة الكشف على المراحل الأساسية التي تمرّ بها الورقة الرسمية و هي: المرحلة السابقة على تحريرها، و مرحلة التحرير، و المرحلة اللاحقة على تحريرها.

أولاً : المرحلة السابقة على تحرير الورقة الرسمية

يتأكد الموثق في هذه المرحلة بداية من أنّ العقد الذي يطلب المتعاقدان إبرامه غير مخالف للقوانين و الأنظمة المعمول بها، فإذا كان مخالفاً للقانون امتنع الموثق عن إبرامه إعمالاً لنصّ المادة 15 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم التوثيق⁽⁴⁾.

(1) يراجع نصّ المادة 8 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية.

(2) يراجع نصّ المادة 9 من الأمر رقم 20/70.

(3) بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم. منشور في ج ر ، ع 44 لسنة 2005.

(4) تنص المادة 15 من القانون رقم 02/06 على ما يلي: " لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أيّ عقد يطلب منه إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفاً للقوانين و الأنظمة المعمول بها".

أمّا إذا كان العقد غير مخالف للقانون وجب على الموثق قبل تحرير الورقة أن يتأكد من شخصية المتعاقدين و هويتهما و حالتها المدنية و جنسيتها إما بواسطة مستند رسمي كبطاقة التعريف أو جواز السفر أو أيّ مستند له قوة ثبوتية أو عن طريق شهادة شهود بالغين يطلق عليهم اسم شهود الإثبات⁽¹⁾ وهم يضمنون هوية المتعاقدين تحت مسؤوليتهم في حالة عدم حيازتهم لما يثبت هويتهم و هذا طبقاً لنصّ الفقرة الثالثة من المادة 324 مكرر2 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: " و فضلاً عن ذلك إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم و الحالة و السكن و الأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهم".

كما يتوجب على الموثق أن يتأكد من أهلية المتعاقدين و رضائهما بأن يكونا بالغين و عاقلين، و من أنّ مضمون العقد المطلوب توثيقه لا يجاوز حدود الوكالة حال التعاقد بوكيل⁽²⁾.

هذا، و بعد التأكد من صحة الورقة من حيث موضوعها و أطرافها، يقدم الموثق نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القانون و يعلمهم بما لهم من حقوق و ما عليهم من التزامات و يبيّن لهم الوسائل المتاحة قانوناً لضمان تنفيذ إرادتهم طبقاً للمادة 12 من قانون التوثيق رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006⁽³⁾.

و إنّ منح الموثق في المرحلة السابقة على تحرير الورقة الرسمية سلطة فحص مدى صحة الورقة الرسمية من حيث موضوعها و التأكد من شخصية المتعاقدين و أهليتهما و رضائهما دليل على حرص المشرع الجزائري على ضبط المحررات الرسمية تحاشياً للتلاعب و تفادياً للوقوع في التزوير و هذا لا يتحقق إذا كانت وظيفة الموثق تنحصر في تلقي إرادة ذوي الشأن دون التأكد من صحتها.

(1) و يطلق عليهم أيضاً اسم شهود التعريف أو شهود التأكيد (Les témoins certificateurs).

- يراجع حمدي باشا عمر/ نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 109.

(2) يراجع نصّ المادة 575 من ق.م .

(3) يراجع قرار م ع غ ع، ملف رقم: 375903، الصادر بتاريخ: 2006/12/13 و المنشور ب م ع لسنة 2008، ع 2، ص 243 و الذي قضت فيه بما يلي: " تقوم مسؤولية الموثق و يلزم بالتعويض في حالة عدم قيامه بدوره القانوني الايجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة و نصح الطرفين بما يحقق انسجام اتفاقاتهما و القوانين السارية".

ثانياً: مرحلة تحرير الورقة الرسمية

يجب على الموثق عند تحرير الورقة الرسمية أن يراعي بعض البيانات التي اشترطها المشرع و هي نوعان: بيانات خاصة بموضوع الورقة و بيانات عامة.

فبالنسبة للبيانات الخاصة بموضوع الورقة فهي بيانات تتعلق بكل تصرف على حدى، كذكر نوع التصرف بيع، هبة، رهن و ذكر البيانات التي تفرد لهذا التصرف و تجعله واضحاً، فإذا كان التصرف بيعاً و اردا على عقار و جب ذكر حدود العقار و مساحته و الحقوق المتعلقة به كأن يكون مثقلاً برهن أو ارتفاق أو امتياز⁽¹⁾، أما إذا كان التصرف عقد شركة مثلاً، و جب ذكر البيانات المتعلقة بهذا العقد كعدد الشركاء و اسم و عنوان الشركة و نوعها و مقرها و مبلغ رأس مالها... إلخ.

أما البيانات العامة فهي تلك التي يجب أن يتضمنها المحرر الذي يحرره الموثق. و تتمثل في⁽²⁾:

- اسم و لقب الموثق و مقر مكتبه.
- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان و لادة الأطراف و جنسيتهم.
- اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان و لادة الشهود عند الاقتضاء.
- اسم و لقب و موطن المترجم عند الاقتضاء.
- تحديد موضوعه.
- المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرم فيه.
- وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.
- التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به.
- توقيع الأطراف و الشهود و المترجم عند الاقتضاء.

⁽¹⁾ يراجع نصّ المادة 324 مكرر 4 من ق.م .

⁽²⁾ يراجع نصّ المادة 29 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

بالإضافة إلى وجوب توافر البيانات السالفة الذكر فإنه يجب أن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية⁽¹⁾ في نصّ واحد و واضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص و تكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، و يصادق على الإحالات في الهامش أو في أسفل الصفحات و على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الأولى من قبل الموثق و الأطراف و عند الاقتضاء الشهود و المترجم طبقاً لمقتضيات المادة 26 من قانون التوثيق.

كما يجب ألا تتضمن العقود أيّ تحوير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات إذ أنّ الكلمات المحوّرة أو المكتوبة بين السطور أو المضافة تعدّ باطلة، و أما الكلمات المشطوبة و غير المتنازع في عددها فيتعيّن المصادقة عليها في آخر العقد و إلا كانت لاغية⁽²⁾.

هذا، و إنّ المشرع ترك للموثق حرية اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لتحرير العقود، فقد تكون مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو مطبوعة أو مستنسخة بالأجهزة و بكل وسيلة أخرى⁽³⁾.

و فيما يتعلق بالعقود التوثيقية التي تعرض على سلطات أجنبية يجب التصديق عليها من قبل رئيس محكمة محل تواجد المكتب ما لم تنص الاتفاقيات الدولية على خلاف ذلك⁽⁴⁾.

(1) يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 408837، الصادر بتاريخ 2008/05/21، منشور بـ م م ع لسنة 2008، ع 1، ص 121، و الذي جاء فيه ما يلي: " العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية باطلة لمساسها بالنظام العام".

(2) يراجع نصّ المادة 27 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(3) يراجع نصّ المادة 28 من القانون رقم 02/06.

(4) يراجع نصّ المادة 30 من القانون رقم 02/06.

ثالثاً: المرحلة اللاحقة على تحرير الورقة الرسمية

بعدما تستوفي الورقة الشروط المتطلبة قانوناً لاكتساب صفة الرسمية يقوم الموثق بتحصيل كلّ الحقوق و الرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملتزمين بتسديدها بمناسبة تحرير العقود، و يدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بفعل الضريبة، و يخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفقاً للتشريع المعمول به، و ينبغي على الموثق زيادة على ذلك فتح حساب ودائع لدى الخزينة العمومية تودع فيها المبالغ التي يحوزها طبقاً للمادة 40 من قانون التوثيق الصادر بتاريخ 20 فبراير 2006.

و يتقاضى الموثق مباشرة أتعاباً عن خدماته من زبائنه حسب التعريف الرسمية مقابل وصل مفصل وفقاً لمقتضيات المادة 41 من قانون التوثيق، و قد تمّ تحديد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم⁽¹⁾.

تجدر الإشارة أنّ المشرع ألزم الموثق بأن يمسك فهارساً للعقود التي يتلقاها سواء تلك التي يحتفظ بأصلها و يسلم منها نسخاً تنفيذية أو نسخاً عادية أو تلك التي لا يحتفظ بأصلها و مثالها المخالصات و الوكالات التي يسلمها مباشرة للأطراف بعد الانتهاء من تحريرها، و يقوم بتقييم هذه الفهارس و التأشير عليها من طرف رئيس محكمة محل إقامة المكتب⁽²⁾.

كما يجب على الموثق تحت طائلة البطلان دمج نسخ العقود و النسخ التنفيذية و المستخرجات التي يقوم بتحريرها أو تسليمها بخاتم الدولة الخاص به و الذي يسلمه إياه وزير العدل حافظ الأختام طبقاً للتشريع المعمول به⁽³⁾.

(1) و قد أصدر المشرع بهذا الشأن المرسوم التنفيذي رقم 243/08 المؤرخ في 2008/08/03 يحدد أتعاب الموثق، منشور في ج ر، ع 45، س 45، الصادرة في: 2008/08/06.

(2) يراجع نصّ المادة 37 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(3) يراجع نصّ المادة 38 من القانون رقم 02/06 السالف الذكر.

يجب التذكير أخيرا بأنه إذا اختل شرط من شروط الكتابة الرسمية السابق ذكرها، فقدت الكتابة وصف الرسمية فتصبح باطلة كما هو الشأن إذا كان من أصدر الورقة ليس موظفا أو ضابطا عموميا أو شخصا مكلفا بخدمة عامة أو كانت له هذه الصفة و لكن لم تتوافر فيه سلطة تحرير الكتابة أو لم يكن مختصا بتحريرها، ذلك أنّ الوثيقة التي تحرر في كل هذه الأحوال لا تعدّ كتابة رسمية حتى و لو تمّت مراعاة كافة الأشكال المقررة قانونا لتحريرها.

و من ثمّ، فإنّ التصرفات الشكلية التي يشترط القانون الشكل الرسمي كركن لانعقادها تعدّ باطلة إذا فقدت وصف الرسمية لأنّ بطلان الورقة الرسمية التي تتضمن تصرفا شكليا يترتب عليها بطلان التصرف ذاته.

غير أنّ الملاحظ أنه إذا كانت الورقة الرسمية متطلبة للإثبات فإنّه بالرغم من بطلانها كورقة رسمية إلا أنّ التصرف الذي تضمنته هذه الورقة يبقى صحيحا و قابلا للإثبات بالطرق الأخرى المقررة للإثبات، و في هذا تأكيد لما قلناه حول التمييز بين التصرف القانوني الشكلي و وسيلة إثباته⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الورقة الرسمية

متى توافرت في الورقة الشروط المتطلبة قانونا فإنها تصبح ورقة رسمية و يترتب على ذلك أنها تكتسب حجية في الإثبات (الفرع الأول) و لها قوة تنفيذية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية في الإثبات

إذا توافرت في الورقة الشروط الشكلية و القانونية السابق ذكرها في المطلب الأول من هذه الدراسة اكتسبت هذه الورقة صفة الرسمية و أصبحت لها ذاتية في الإثبات بحيث لا يطلب ممّن يحتج بها أن يثبت صحتها و لكن على من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها.

(1) لتفاصيل أكثر، يراجع ص47 و ما بعدها من هذه الرسالة.

و بذلك تكون للورقة الرسمية قرينتان: قرينة بسلامتها المادية و أخرى بصورها عن الأشخاص الذين وقعوا عليها وهم: الأشخاص الذين لهم سلطة إصدارها و أصحاب الشأن⁽¹⁾، فإذا نازع الخصم في صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها و إنما يقع عبء نقضها على الخصم الذي ينكرها و لا يتيسر له ذلك إلا بطريق الادعاء بالتزوير⁽²⁾ خلافا للورقة العرفية التي لا تتمتع بقوة ذاتية في الإثبات إذ أنّ حجبتها في الإثبات متوقفة على عدم إنكارها من الخصم الذي يحتج بها عليه، فإن أنكرها كان على من يحتج بها أن يثبت صورها من خصمه.

و يشترط في الورقة الرسمية التي تتمتع بقوة ذاتية في الإثبات أن يكون مظهرها الخارجي سليما غير مشوب بعيوب بحيث لا يحوطها شك أو إبهام، فإن اشتملت على عيوب مادية ظاهرة كالشط و الحشر و المحو من غير تصديق مّمن صدرت منه جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمتها الإثباتية أو تنقصها و لها أن تقوم بتحقيق بشأنها وفقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

كما أنّ أصحاب الشأن المحتجين بالورقة الرسمية يجوز لهم أن يتنازلوا عن هذا الاحتجاج بهذه الورقة رغم رسميتها لأنها ليست إلا وسيلة أعطاهما القانون لصاحب الحق لإظهار حقه فإن أراد التنازل عن هذه الوسيلة فله ذلك، و هذا ما يؤخذ من المادة 181 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية من أنّ المحتج بالورقة المدعى بتزويرها يجوز له أن يتخلى عن الاحتجاج بها صراحة أو ضمنا و تستبعد من أوراق الملف⁽³⁾.

و بناء على هذا، متى ثبتت للورقة صفتها الرسمية كان لها في أصلها و في صورها حجبة في الإثبات إلى مدى بعيد فيما بين الطرفين و بالنسبة إلى الغير.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2، المرجع السابق، رقم 88، ص 143.

(2) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 51.

(3) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 29.

أولاً: حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأطراف

نصّ المشرع في المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني على ما يلي: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني".

و نصّ في المادة 324 مكرر 6 من نفس القانون على ما يلي: " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف و ورتتهم و ذوي الشأن. غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محلّ الاحتجاج بتوجيه الاتهام، و عند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتاً".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ الورقة الرسمية حجة على صحة ما دونّ فيها و لا يمكن ضحد هذه الحجية إلا عن طريق الطعن بالتزوير، و إنّ هذه الحجية تثبت لما قام به الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة بنفسه في حدود سلطته و مهامه، أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة الموثق و اقتصر نظر هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحهم فإنّ هذه الوقائع لا تلحقها صفة الرسمية، و من ثمّ يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية للإثبات دون التقيّد بطريقة الطعن بالتزوير⁽¹⁾.

هذا ما يدفعنا إلى التفرقة بين هذين النوعين من البيانات و إيضاح مدى حجية الورقة الرسمية في كلتا الحالتين.

(1) و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري، و للتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 148561، الصادر بتاريخ 1997/04/30، منشور بـ م ق لسنة 1997، ع 2، ص 47. و الذي جاء فيه ما يلي: " إذا كان للعقد الرسمي قوة اثباتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعايينات التي قام بها الموثق نفسه فإنّ المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة اثباتية إلى غاية إقامة الدليل العكسي".

01- البيانات التي لا يمكن إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير

إنّ هذه البيانات تتمثل في الوقائع التي يقوم بها الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة بنفسه أو قام بها ذو الشأن أمامه، فالبيانات المدونة في الورقة الرسمية و التي صدرت بمعرفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة تعتبر بيانات رسمية لا يمكن نقضها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير⁽¹⁾، و منها تاريخ الورقة و مكان تحريرها و اسم الموثق و حضور المترجم عند الاقتضاء و توقيع الموثق و الأطراف و الشهود.

يشمل هذا النوع من البيانات أيضا ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف المختص بتحرير الورقة الرسمية تحت سمعه و بصره كإقرار المشتري بأنه تسلم الشيء المبيع و إقرار المؤجر بأنه تسلم بدل الإيجار، فكل هذه البيانات المدونة في الورقة الرسمية يفترض أنها صحيحة و لها حجية مطلقة في الإثبات لا يمكن لمن يدعي عدم صحتها إلا الطعن فيها بالتزوير و لا مجال لأيّ طريق آخر لضحدها.

لعلّ السبب في منح هذه البيانات الواردة في الورقة الرسمية حجية مطلقة في الإثبات يرجع إلى مكانة و أمانة الضابط العمومي في نظر المشرع فجعل لها طريقا معقدا لضحدها و هو طريق الطعن بالتزوير.

يتمّ الطعن بالتزوير في الورقة الرسمية بطريقتين: إمّا عن طريق الادعاء الفرعي بالتزوير أو عن طريق الادعاء الأصلي بالتزوير. و هذا ما سأعرضه تباعا.

(1) ميدي أحمد/ الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص56.

أ. الادعاء الفرعي بالتزوير

على المدعي بتزوير الورقة الرسمية أن يودع مذكرة بذلك أمام القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، و يجب أن تتضمن هذه المذكرة بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير تحت طائلة عدم قبول الادعاء و يبلغها إلى خصمه⁽¹⁾.

و يجوز للقاضي أن يصرف النظر عن الادعاء الفرعي بالتزوير إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على العقد الرسمي المطعون فيه، و في الحالة العكسية يتعين على الخصم الذي قدّم الوثيقة المدعى بتزويرها بيان موقفه بشأن التمسك بالورقة من عدمه، فإذا قرر عدم التمسك بها أو لم يبد أيّ تصريح استبعد القاضي المحرر، أما إذا قرر المدعي التمسك بالورقة فإنه يجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في دعوى التزوير الفرعية⁽²⁾.

ب. الادعاء الأصلي بالتزوير

لقد استحدثت المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد إمكانية الطعن بالتزوير عن طريق دعوى أصلية أمام القاضي المدني وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، حيث يأمر بإيداع المستند المطعون فيه بالتزوير لدى أمانة الضبط و تتبع إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد 165، 167 إلى 170 و 174 من هذا القانون و إذا قضى الحكم بنبوت التزوير تطبق نفس الأحكام المشار إليها في الادعاء الفرعي بالتزوير⁽³⁾.

⁽¹⁾ يراجع نصّ المادة 180 من ق.إ.م.إ.

⁽²⁾ يراجع نصّ المادتين 181 و 182 من ق.إ.م.إ.

- يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 34700، الصادر بتاريخ 1985/06/26، منشور بـ م ق لسنة 1989، ع 4 ، ص 57. و الذي ورد فيه ما يلي: " من المقرر قانوناً أنه لا يجوز الطعن بالتزوير في أية وثيقة مقدمة في الدعوى سواء كانت عرفية أو رسمية، و أنه لا يجوز للجهة القضائية أن تصرف النظر عن الطعن بالتزوير إلا إذا كان تراءى لها أنّ الفصل في الخصومة الأصلية لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره".

⁽³⁾ يراجع نصّ المادة 188 من ق.إ.م.إ.

و يعدّ هذا حكماً جديداً لم يعرفه التشريع و القضاء الجزائريان فيما سبق، إذ أنّ المستقر عليه قانوناً⁽¹⁾ و قضاء⁽²⁾ أنّ الطعن بالتزوير يتمّ بموجب طلب أصلي أمام القضاء الجزائري و يقوم القاضي المدني آنذاك بإصدار حكم بوقف الفصل مؤقتاً في الدعوى المطروحة أمامه إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية و صدور حكم من القاضي الجزائري تطبيقاً لمبدأ: " الجزائري يوقف المدني"، أو يتمّ بطلب فرعي أمام القاضي المدني، و يعدّ هذا الحكم إعمالاً للدور الإيجابي للقاضي المدني.

02- البيانات التي يمكن إثبات عكسها بكلّ طرق الإثبات

يتعلق الأمر هنا بالبيانات أو الإقرارات التي يدلي بها ذوو الشأن أمام الموظف المختص عن أمور لم تقع أمامه و لم تجر بحضوره فيقوم بتدوينها على مسؤوليتهم بناء على تصريحاتهم و مثال ذلك إقرار المشتري بأنه تسلم المبيع أو إقرار المؤجر بأنه قبض بدل الإيجار، فإثبات هذين الإقرارين في العقد من قبل الموظف المختص دليل على صحة صدورهما لا على صحة الوقائع بذاتها⁽³⁾، و منه فإنّ واقعة الإقرار بتسليم المبيع أو قبض بدل الإيجار بحدّ ذاتها و التي وقعت بحضور الموثق لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، أما ادعاء البائع بأنه لم يتسلم المبيع و المؤجر بأنه لم يتسلم بدل الإيجار أو أنّ الدفع كان صورياً فيجوز إثباته بكافة طرق الإثبات لأنّ الطعن في هذه البيانات لا يمس بأمانة الموثق و صدقه على اعتبار أنّ الموثق عندما أثبت حصول تلك الوقائع لم تكن لديه الوسيلة للتحقق من صحتها.

⁽¹⁾ نصت المادة 186 من ق.إ.م. على ما يلي: " يرفع الادعاء الأصلي بالتزوير طبقاً للقواعد المقررة لرفع الدعوى".

⁽²⁾ يراجع قرار م ع ج و مخ، ملف رقم: 314645، الصادر بتاريخ 2005/07/06، منشور بـ م ق لسنة 2005، ع 2، ص 501 و الذي جاء فيه ما يلي: " يتمّ الطعن بالتزوير بطلب أصلي أمام القضاء الجزائري كما يتمّ بطلب فرعي أمام القضاء المدني".

⁽³⁾ عادل حسن علي/ الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 71.

ثانياً: حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير

رأينا أنّ المحرر الرسمي له حجة بالنسبة للأطراف لا يمكن ضحدها إلا عن طريق الطعن بالتزوير أو بأية طريقة من طرق الإثبات المقررة قانوناً حسب نوع البيانات الواردة في الورقة، فما الحكم بالنسبة لحجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير؟

نصت المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني على ما يلي: " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن".

قد يفهم من صياغة هذه المادة أنّ حجية المحرر الرسمي تنحصر في الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن، مع أنّ المحرر الرسمي حجة على الكافة مثلما أكد ذلك الفقه⁽¹⁾ و أخذ به القضاء⁽²⁾، بحيث يسري في حقهم التصرف القانوني الذي أثبتته الموظف أو الموثق في الورقة الرسمية و يحتج به نحوهم، و لا يجوز ضحده إلا عن طريق الطعن بالتزوير بالنسبة للبيانات التي تدخل في اختصاصه و عاينها بنفسه أو عن طريق الطعن فيها بأيّ طريق أخرى بالنسبة للبيانات التي حررها الموظف أو الموثق نقلاً عن الأطراف المتعاقدة دون أن يتحقق منها.

بالتالي كان يتعيّن على المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع المصري الذي نصّ في المادة 11 من قانون الإثبات على أنّ المحررات الرسمية حجة على الناس كافة⁽³⁾.

⁽¹⁾ محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص55.

- زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص30.

⁽²⁾ يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 146497، الصادر بتاريخ 17/07/1996، منشور ب م ق لسنة 1997، ع 1، ص28، و الذي قضت فيه بما يلي: " من المقرر قانوناً انه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره".

- و نفس المعنى كرسه قرار م ع غ م، ملف رقم: 176264، الصادر بتاريخ 18/11/1998، و المنشور ب م ق لسنة 1999، ع 1، ص102 و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانوناً أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره و يعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني".

⁽³⁾ نصّ المشرع المصري في المادة 11 من قانون الإثبات على ما يلي: " الورقة الرسمية حجة على الناس كافة...".

ثالثاً: حجية صور الورقة الرسمية

ينصّ قانون التوثيق على أنّ الموثق يحتفظ بأصول المحررات الموثقة التي تحمل توقيعته و توقيع ذوي الشأن و توقيع الشهود و أن يسلم نسخاً أو صوراً منها لذوي الشأن⁽¹⁾. فما هي القيمة الإثباتية لهذه الصور؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يجب التفرقة بين أصل الورقة الرسمية و صورتها، فالأصل هو ذلك المحرر الذي يحمل توقيعات أطراف العقد و الموثق و الشهود و المترجم عند الاقتضاء، فجميع من وقعوا على الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل⁽²⁾، أما صور الورقة الرسمية فلا تحمل التوقيعات كما أنها لم تصدر عن الموثق بل هي منقولة عن الأصل، و هي ورقة رسمية و لكن رسميتها محدودة في كونها صورة لا أصلاً و يفترض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة بما ورد فيها من بيانات و توقيعات و أنه لا فرق بين الصورة الخطية أو الفوتوغرافية⁽³⁾.

الجدير بالذكر أنّ الحجية التي تحدثنا عنها فيما سبق تترتب عن المحررات الرسمية الأصلية و لكن الذي يحدث في الغالب هو أن تكون الورقة التي تعرض أمام القضاء صورة أو نسخة من الأصل الذي دونت فيه الحقوق أصلاً، فما هي قيمة هذه الصورة أو النسخة؟ و إلى أي حدّ يمكن للقاضي أن يطمئن إلى حقيقة الوقائع المسجلة بها؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل تتطلب التفرقة بين حالتين: حالة ما إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً، و حالة ما إذا كان الأصل غير موجود.

(1) يراجع نصّ المادتين 10 و 11 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2 ، المرجع السابق، رقم 97 ، ص162.

(3) ميدي أحمد/ الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص61.

01- حجبة صور الأوراق الرسمية إذا كان الأصل موجودا

تنص المادة 325 من القانون المدني على ما يلي : " إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإنّ صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. و تعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

يستفاد من هذه المادة أنه لكي تكون للصورة حجبة الورقة الرسمية ذاتها فإنه لا بدّ من توافر شرطين هما: أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة لأنه لا قيمة للصورة في حدّ ذاتها و إنما تستمد قوتها من مدى مطابقتها للأصل، و أن تكون هذه الصورة رسمية لأنه إذا كانت الصورة عادية فإنه لا يعتدّ بها.

و يستوي في الصورة أن تكون مأخوذة مباشرة من الأصل أو من صورة مأخوذة من الأصل أيّا كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها و بين الأصل، فما دام الأصل موجودا فيمكن مضاهاتها على الأصل⁽¹⁾.

إذا توافر هذان الشرطان قامت قرينة قانونية على أنّ الصورة الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية مطابقة للأصل و تكون لها نفس القوة الإثباتية للأصل الذي نقلت منه، غير أنّ هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فهي قائمة ما لم ينكرها الخصم فإذا تبين مطابقة الصورة للأصل كانت لها قوتها في الإثبات أما إذا تبين عدم مطابقتها للأصل وجب استبعادها من ملف الدعوى.

02- حجبة صور الأوراق الرسمية إذا كان الأصل غير موجود

نصت على هذه الحالة المادة 326 مدني بقولها: " إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2، المرجع السابق، رقم 98، ص163-164.

يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.
و يكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها و لكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.
أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتدّ به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف".

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع فرّق بين ثلاثة حالات و هي: حالة الصورة الرسمية الأصلية، و الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية، و الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية.

أ. حجية الصورة الرسمية الأصلية

إنّ الصورة الرسمية الأصلية هي الصورة المسلمة من موظف مختص أو ضابط عمومي منقولة مباشرة من الأصل الضائع⁽¹⁾ سواء كانت صورة تنفيذية أي ممهورة بالصيغة التنفيذية أو صورة غير تنفيذية و هي التي تنقل من الأصل مباشرة و تسلم إلى ذوي الشأن دون أن تمهر بالصيغة التنفيذية.

ففي هذه الحالة تكون للصورة الرسمية الأصلية حجية الأصل المفقود و ذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، أما إذا كان مظهرها الخارجي يبعث على الشك كأن يكون قد عبث بها كما إذا وجد بها كشط أو محو أو تحشير فإنّ الصورة تفقد حجيتها في هذه الحالة⁽²⁾.

(1) بكوش يحيى/ أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص123.

- محمد حسن قاسم/ أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2003، ص149.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2 ، المرجع السابق، رقم 100، ص 167 و 168.

و تستمدّ الصورة الرسمية الأصلية حجيتها من ذاتها لا من الأصل لأنه غير موجود⁽¹⁾، و الذي يجعل الصورة تأخذ هذا الحكم هو ختم الموظف العام رغم أنها لا تحمل توقيع الأطراف.

ب. حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية

في هذه الحالة الصورة ليست مأخوذة من الأصل مباشرة و لكنها مأخوذة من الصورة الأصلية، و قد جعل المشرع لهذه الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية نفس حجية الصورة الأصلية بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مضاهاتها على أصلها أمكن ذلك، و من ثمّ فحجية هذه الصورة غير مستمدة من ذاتها بل هي مأخوذة من الصورة الأصلية التي أخذت منها⁽²⁾، فإذا لم تكن مطابقة للصورة الأصلية استبعدت و بقيت الصورة الأصلية هي صاحبة الحجية لكن ما هو الحكم في حالة ما إذا كانت الصورة الرسمية الأصلية مفقودة؟

اختلفت آراء الفقهاء بهذا الصدد، فذهب البعض⁽³⁾ إلى أنّ الصورة غير الأصلية تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، بينما ذهب البعض الآخر⁽⁴⁾ إلى أنّ هذه الصورة غير الأصلية يمكن اعتبارها بمثابة صورة أصلية من الصورة الأصلية المفقودة متى كان مظهرها الخارجي لا يدع مجالاً للشك في مطابقتها لها.

(1) محمد حسن قاسم/ أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 151.

(2) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ج 4، المرجع السابق، ص 58.

(3) أحمد نشأت، أشار إليه محمد حسن قاسم/ أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 151.

(4) سليمان مرقس، أشار إليه ميدي أحمد/ الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 67.

و يذهب رأي آخر⁽¹⁾ إلى أنه أمام سكوت النصّ فلا تكون لهذه الصورة الثانية إلا حجية محدودة و لا يعتدّ بها إلا لمجرد الاستئناس شأنها في ذلك شأن الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية.

و نرى تماشياً مع الرأي الأخير أنه لا يعتدّ بالصورة المستمدة من الصورة الرسمية المفقودة إلا على سبيل الاستئناس ذلك أنّ المشرع اشترط لمنح حجية الصورة الأصلية نفسها للصورة الرسمية المأخوذة منها أن يكون أصل الصورة الأصلية موجوداً للرجوع إليه في حالة المنازعة من أحد الأطراف، فإذا كان الأصل غير موجود فإنه لا يعتدّ بها و للمحكمة أن تأخذ بها على سبيل الاستئناس فقط شأنها شأن الصورة المأخوذة من الصورة الأولى.

ج. حجية الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية

نصّ المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 326 من القانون المدني على ما يلي: " أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتدّ به إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف".

و تتحقق هذه الحالة عندما تكون الصورة مأخوذة من صورة أصلية أي صورة ثالثة بالنسبة للصورة الرسمية الأصلية، و هذه الصورة لا يعتدّ بها إلا على سبيل الاستدلال و الاستئناس حسب ظروف كل قضية، فيكون للقاضي أن يعتدّ بها في دعوى معينة باعتبارها مجرد قرينة يستخلص منها احتمال وجود الحق المدعى به و يكمله باليمين المتممة، و قد يعتبرها في دعوى أخرى بداية ثبوت بالكتابة فيكملها بالشهادة أو اليمين المتممة، و قد لا يأخذ بها على الإطلاق في قضية أخرى.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2، المرجع السابق، رقم 101، ص 169-170.

الفرع الثاني: القوة التنفيذية للورقة الرسمية

رأينا في الفرع السابق أنّ للورقة الرسمية حجية في الإثبات بالنسبة للأطراف المتعاقدة و الغير، و أنّ لصورها حجية تختلف باختلاف حالاتها، و نتعرض في هذا الفرع للقوة التنفيذية للورقة الرسمية.

و الورقة الرسمية قد تصدر من جهات وطنية أو من جهات أجنبية، و سأتولى دراسة القوة التنفيذية لكل منهما فيما يلي:

أولاً: تنفيذ الأوراق الرسمية الصادرة من جهات وطنية

من مراجعة الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون الاجراءات المدنية و الإدارية الذي جاء بعنوان: " أحكام عامة في التنفيذ الجبري للسندات التنفيذية" يتضح أنّ المشرع الجزائري اعتبر العقود (المحركات) الرسمية سندات تنفيذية، إذ يستفاد من المادة 11/600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية أنّ الورقة الرسمية تعتبر في عداد السندات الرسمية التي تعطي الحق لحاملها في طلب تنفيذها بواسطة المنفذ من غير أن يستصدر حكماً بشأنها كما هو الحال في الورقة العرفية .

و الصيغة التنفيذية التي توضع على العقد التوثيقي أو المحرر الرسمي هي أمر موجه إلى المحضرين القضائيين بإجراء التنفيذ و إلى النيابة العامة و القوة العمومية بالمساعدة على إجرائه⁽¹⁾.

و قد خول المشرع الجزائري مكاتب التوثيق حقّ وضع الصيغة التنفيذية على المحركات الرسمية واجبة التنفيذ و تسليمها إلى أصحاب الشأن أو لوكيل عنهم بوكالة خاصة⁽²⁾.

(1) لقد نص المشرع الجزائري على الصيغة التنفيذية في المادة 601 من ق.إ.م.إ.

(2) نصّ المشرع الجزائري في المادة 31 من قانون التوثيق على ما يلي: " تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقاً للتشريع المعمول به، و يسري عليها ما يسري على تنفيذ الأحكام القضائية و يؤشر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية".

و الملاحظ أنه لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة العقوبات التأديبية التي يتعرض لها الموثق، غير أنه إذا فقدت هذه النسخة ممّن تسلمها قبل التنفيذ فيمكنه الحصول على نسخة تنفيذية أخرى بأمر صادر من رئيس محكمة تواجد مكتب التوثيق و يرفق الأمر الصادر بالأصل⁽¹⁾.

قد انتقد بعض الفقه⁽²⁾ تخويل المشرع الموثقين سلطة منح القوة التنفيذية للعقود الرسمية لمخالفته المبدأ العام و هو أنه لا يجوز لشخص أن يقضي لنفسه حقه بيده، و لجعل العقود في مرتبة الأحكام القضائية التي تتصف بالإلزام و هذا ما تفتقر له العقود الرسمية التي عادة ما تتضمن تعهد شخص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، و يرى هؤلاء أنه كان على المشرع قياس هذه العقود على أحكام المحكمين التي لا يجوز تنفيذها إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة⁽³⁾.

غير أننا نرى خلاف ذلك لأنّ منح المشرع الموثق حقّ وضع الصيغة التنفيذية على المحررات الرسمية دليل على ثقته بنزاهة و كفاءة الموثق من جهة، و حتّ للمواطنين على التوجه إلى مكاتب التوثيق لتحرير العقود الرسمية التي تعطي الحق لحاملها في طلب تنفيذها من غير أن يستصدر حكما بصددها من جهة أخرى ، فضلا عن أنّ منح الصيغة التنفيذية لهذه العقود لا يعني أنها تصبح مستقلة عن القضاء بل إنّ جزءا مهما منها لا ينفذ إلا بتدخل القضاء تماما كما هو الشأن بالنسبة للأحكام القضائية النهائية التي تتعرض لإشكالات التنفيذ.

و تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري- قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية- لم يحدد العقود الرسمية التي يجب أن تمهر بالصيغة التنفيذية و إنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للموثق أو مصدر المحرر الرسمي حسب طبيعة كل عقد و ما جرى العمل به في المجال التوثيقي، أما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 فإنّ المشرع اعتبر العقود (المحررات) التوثيقية سندات تنفيذية سيما تلك المتعلقة

(1) طبقا لنصّ المادتين 603 من ق.إ.م.إ. ، و 32 من قانون التوثيق.

(2) عبد الباسط جميعي، أشار إليه ميدي أحمد في مؤلفه: الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص71.

(3) يراجع نصّ المادتين: 1035 و 1036 من ق.إ.م.إ. .

بالإجراءات التجارية و السكنية محددة المدة و عقود القرض و العارية و الهبة و الوقف و البيع و الرهن و الوديعة⁽¹⁾.

إنّ الورقة الرسمية التي تحمل الصيغة التنفيذية قابلة للتنفيذ في الإقليم الجزائري، و يتمّ التنفيذ من طرف المحضر القضائي الذي يقع في دائرة اختصاص المحكمة التي يتبع لها، كما تكون المحكمة المختصة للفصل في منازعات التنفيذ هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التنفيذ ما لم يتعلق الأمر بتفسير السند، ففي هذه الحالة يجب الرجوع أمام المحكمة التي أصدرته.

و لتمكين المستفيد من السند الرسمي من حقه أوجب القانون على ممثل النيابة تسخير القوة العمومية عند طلبها في أجل أقصاه عشرة أيام⁽²⁾، فتدخّل النيابة العامة في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد أصبح يهدف إلى مساندة عملية التنفيذ و تسهيلها.

ثانيا: تنفيذ الأوراق الرسمية الصادرة من جهات أجنبية

إنّ الأوراق الرسمية الصادرة من موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجنب أو من قنصلية أجنبية بأرض الوطن لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر إلا إذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها قانونا.

و بالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية و الإدارية نجد أنّ المشرع الجزائري استحدث في المواد من 605 إلى 608 إجراءات أكثر مرونة في تنفيذ العقود و السندات الرسمية الأجنبية في الجزائر و ذلك بوضع شروط شكلية و موضوعية تسمح للقاضي بإجراء الرقابة على قابلية هذه السندات للتنفيذ في الجزائر تماشيا مع أغلب التشريعات المقارنة مراعيًا في ذلك عدم الإخلال بالمعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول⁽³⁾.

(1) يراجع نصّ المادة 11/600 من ق.إ.م.إ.

(2) يراجع نصّ المادة 604 من ق.إ.م.إ.

(3) ذيب عبد السلام/ قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2009، ص 331.

يستفاد من هذه المواد أنّ المشرع الجزائري اشترط لتنفيذ السندات الرسمية الصادرة من جهة أجنبية في الإقليم الجزائري استصدار حكم قضائي ممهور بالصيغة التنفيذية من الجهة القضائية الجزائرية المختصة⁽¹⁾ و هي محكمة مقر المجلس القضائي الذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ⁽²⁾.

و لا تصدر الجهة القضائية الجزائرية المختصة الحكم القضائي الممهور بالصيغة التنفيذية و القاضي بتنفيذ السندات الرسمية الأجنبية إلا إذا استوفت الشروط الآتية⁽³⁾:

- 1- أن تتوفر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا للبلد الذي حرر فيه.
- 2- أن تتوفر فيه صفة السند التنفيذي و قابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.
- 3- ألا يكون مخالفا للقوانين الجزائرية و النظام العام و الآداب العامة في الجزائر، فالسند الرسمي الأجنبي الذي يرمي إلى إلزام المدين بدفع ما بذمته لدى الغير و الفوائد يعدّ سندا مخالفا للقانون الجزائري الذي يمنع التعامل بالفوائد بين الأفراد وفقا لمقتضيات المادة 454 من القانون المدني⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 58890، الصادر بتاريخ 1990/05/09، منشور بـ م ق لسنة 1992، ع2، ص20، و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنّ الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية و العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية إلا وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية دون إخلال بما قد تنص عليه الاتفاقات السياسية من أحكام مخالفة ، و من ثمّ فإنّ النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون غير وجيه.

و لما كان الثابت – في قضية الحال- أنّ كل الإجراءات التي اتخذت لتنفيذ الحكم الصادر من محكمة فرنسية طبقت بصفة قانونية أمام الهيئات المختصة و تمّ احترامها وفقا لما ينص عليه القانون. و من ثمّ فإنّ قضاة المجلس بمصادقتهم على الحكم المستأنف لديهم طبقوا صحيح القانون".

⁽²⁾ يراجع نصّ المادة 607 من ق.إ.م.إ. .

⁽³⁾ يراجع نصّ المادة 606 من ق.إ.م.إ. .

⁽⁴⁾ تنص المادة 454 من ق.م على ما يلي: " القرض بين الأفراد يكون دائما بدون أجر و يقع باطلا كل نصّ يخالف ذلك".

إلا أنه قد تقتضي المعاهدات الدولية أو الاتفاقات القضائية التي تبرمها الجزائر مع غيرها من الدول أحكاما مخالفة لهذا الحكم فتتخذ حينئذ بنود هذه المعاهدة أو الاتفاقية طبقا للمادة 608 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية التي جاء نصها كالآتي: " إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606 أعلاه لا يخلّ بأحكام المعاهدات الدولية و الاتفاقات القضائية التي تبرم بين الجزائر و غيرها من الدول".

المبحث الثاني:

الشكل العرفي

بعد أن تعرفنا على ماهية الشكل الرسمي بقي لنا أن نتعرف على الشكل العرفي ذلك أنّ هناك عددا من التصرفات القانونية يستلزم المشرع الكتابة لانعقادها و لكن دون أن يفرض أن تكون هذه الكتابة رسمية، بحيث يترك مهمة القيام بذلك للأطراف و لا يفرض عليهم اللجوء إلى ضابط عمومي لتحرير تصرفاتهم، فيتولى الأطراف إعداد السند الذي يتضمن التصرف في الشكل المطلوب و يسمى التصرف الشكلي هنا تصرفا شكليا عرفيا.

و المقصود بالكتابة العرفية الكتابة التي تصدر من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصا عاديين، فهي على عكس الكتابة الرسمية لا تستلزم أن يقوم بتحريرها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

و طبيعة الشكل العرفي تتمثل في كونه شكلا عمليا مرنا فهو بسيط و سهل في إعدادة، لا يستغرق وقتا طويلا و لا يتطلب أي نفقات كما لا يخضع لقواعد صارمة و محدّدة في تحريره، و مثال هذه التصرفات عقد الإيجار⁽¹⁾ و العقد الذي يقرر المرتب

(1) لقد أصبح عقد الإيجار عقدا شكليا عرفيا و ذلك بعد تعديل أحكامه بموجب القانون رقم: 05/07 الصادر بتاريخ 2007/05/13 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 و المتضمن القانون المدني، منشور في ج ر، ع 31، س 44، الصادرة في: 2007/05/13.
- لتفاصيل أكثر يراجع ص 274 و ما يليها من هذه الرسالة.

مدى الحياة⁽¹⁾ و عقود الملكية الأدبية⁽²⁾ و الصناعية و التجارية⁽³⁾ و الأوراق التجارية⁽⁴⁾.

و تجدر الإشارة إلى أنّ الشكل العرفي يشمل الورقة العرفية المكتوبة على الورق (المطلب الأول) و الورقة العرفية المكتوبة على الشكل الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الأوراق العرفية المكتوبة على الورق

الشكل العرفي هو الشكل الذي استلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات القانونية و ترك مهمة إعدادها للأفراد دون تدخل من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

و إذا كان المشرع قد اشترط صياغة التصرف العرفي في ورقة مكتوبة و ترك حرية للأفراد في تحريرها فإنه لا بدّ من توافر شروط في الورقة العرفية (الفرع الأول) كي تكون لها حجيتها في الإثبات بالنسبة للمتعاقدين و الغير (الفرع الثاني).

(1) تنص المادة 615 من ق.م على ما يلي: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً و هذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع".

(2) تنص المادة 62 من الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة - منشور في ج ر، ع 44 ، س40، الصادرة في: 2003/07/23- على ما يلي: "يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب".

(3) تنص المادة 15 من الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بالعلامات - منشور في ج ر، ع 44، س40، الصادرة في: 2003/07/23- على ما يلي: "تشتت تحت طائلة البطلان الكتابة و إمضاء الأطراف في عقود النقل أو رهن العلامة المودعة أو المسجلة...".

(4) يتعلق الأمر بالسفنتجة (المادة 390 من ق.ت) و السند لأمر (المادة 465 ن.ق.ت) و الشيك (المادة 472 من ق.ت).

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الورقة العرفية المكتوبة على الورق

نصّ المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني - قبل تعديلها- على ما يلي:
" يعتبر العقد صادرا ممّن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء...".

يستنتج من هذه المادة أنّ المشرع اشترط لصحة المحرر العرفي كشكل للتصرف القانوني توافر شرطين أولهما الكتابة و ثانيهما التوقيع.

و نصّ في ذات المادة بعد تعديلها بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 ماي 2005 على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه...".

يستفاد من ظاهر هذا النص أنّ المشرع الجزائري أضفى الحجية على الورقة العرفية حتى و لو لم تكن موقعة أي أنه يكفي لصحة الورقة العرفية أن تكون مكتوبة بالرغم من عدم توقيعها.

و يؤخذ على المشرع الجزائري أنه أخطأ في الصياغة العربية للمادة حين استعمل عبارة " أو " بدل " و".

و تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنّ الصياغة الفرنسية للمادة 327 جاءت موقفة، إذ نصّ فيها المشرع على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه و وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..."⁽¹⁾.

⁽¹⁾Article 327 : "L'acte sous-seing privé est réputé émaner de la personne à qui sont attribuées l'écriture, la signature ou l'empreinte digitale y apposées, à moins de désaveu formel de sa part...".

و عليه يبدو لنا أنه كان على المشرع الجزائري صياغة المادة 327 باللغة العربية كالآتي:
" يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه و وقعته". ذلك أنّ التوقيع يعتبر شرطا جوهريا إلى جانب الكتابة لصحة المحرر العرفي.

أولا : الكتابة

بالنسبة للورقة العرفية لم يشترط المشرع أيّ شرط خاص في الكتابة لا من حيث لغة التعبير و لا من حيث طريقة التحرير، إذ يمكن كتابتها باللغة العربية أو بأية لغة أجنبية⁽¹⁾ عكس الأوراق الرسمية التي يستلزم القانون أن تكتب باللغة العربية كما أسلفنا، و تصحّ الكتابة باليد سواء كانت بخط المدين أو غيره و لو كان ناقص الأهلية⁽²⁾، كما يمكن أن تكون الكتابة بالمداد أو بقلم الرصاص أو بغيرهما أو بأية وسيلة من وسائل الطباعة.

لا يشترط كذلك أن تتضمن الورقة العرفية كتابة بيانات إلزامية و لا يتعيّن لتحريرها مراعاة أوضاع معينة كما هو الشأن بالنسبة للكتابة الرسمية، فلا يلزم ذكر اسم من قام بتحريرها أو ذكر مكان تحرير الورقة، كما لا يشترط القانون كتابة التاريخ إلا في حالات معينة⁽³⁾، و إن كان ذكر التاريخ له أهميته سواء بالنسبة للمتعاقدين لما قد يحدث من تغيير في حالتهم كفقدان الأهلية أو نقصانها أو في مواجهة الغير.

(1) عباس العبودي/ شرح أحكام قانون الإثبات المدني، ط 2، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1999، ص137.

(2) لأنّ ناقص الأهلية ليس إلا أداة للتعبير عن إرادة المتعاقدين.

(3) كما هو الشأن بالنسبة للسفينة (المادة 390 من ق.ت) و السند لأمر (المادة 465 من ق.ت) و الشيك (المادة 472 من ق.ت).

و ليس لزاما أن تتم كتابة الورقة العرفية في حضور شهود و لو أنّ حضورهم مفيد كونه يعزز الخط أو التوقيع عند إنكار الورقة العرفية من جهة، و يكسب هذه الأخيرة تاريخا ثابتا حال وفاة الشاهد الذي وقع على الورقة⁽¹⁾.

كما لا يؤثر في صحة الورقة العرفية وجود تحشير أو إضافات بين السطور أو في الهامش أو أن يوجد بها كشط، و لا يلزم التوقيع على الإضافات أو التحشيرات⁽²⁾، و إذا كان يجوز إضافة عبارة أو شطب كلمة أو تصحيحها إلا أنه يجب أن يكون مضمونها منسجما مع محتوى الورقة العرفية و لا يثير أي شك حول صحتها، مع الإشارة إلى أنّ تقدير مدى صحة الورقة أو بطلانها يرجع لقاضي الموضوع⁽³⁾، فإذا كانت الورقة مثلا لا تستكمل مضمونها إلا بالعبارة المضافة أو المشطوبة فإنّ هذه العبارة تكون صالحة بغضّ النظر عن الصيغة التي كتبت بها.

غير أنه إذا كان هذا هو شأن الكتابة العرفية سواء كانت معدّة لإثبات التصرف أو كانت متطلبة كشكل لانعقاد التصرف، فإنّه يجب التنويه بأنّ الحكمة من الشكل في هذه الحالة الأخيرة تقتضي أن تكون الكتابة العرفية محررة بقصد إبرام التصرف القانوني لأنّ الكتابة العرفية المكتوبة كشكل للتصرف القانوني و إن كان المشرع لم يحدد لها شكلا محددًا حيث أوجب الكتابة فقط فإنّ هذه الكتابة لا بدّ أن تكون مقصودة لأنّ المشرع حين يقرر شكلا للتصرف فانه يهدف إلى حماية إرادة المتصرف، و هذا الهدف يقتضي أن تكون الكتابة معدّة خصيصا لهذا الغرض أي بقصد استيفاء الشكل القانوني اللازم للتعبير عن الإرادة، فالواجب أن تكون الكتابة مقصودة من جانب المتصرف باعتبارها شكلا للتعبير عن إرادته.

(1) طبقا لنص المادة 328 من ق.م.

- لتفاصيل أكثر يراجع ما سيأتي بيانه في صفحة 144 من هذه الرسالة.

(2) محمد حسن قاسم/ أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 155.

(3) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق،

ص63.

ثانيا: التوقيع

يعتبر التوقيع شرطا مهما و جوهريا في الورقة العرفية حسب نصّ المادة 327 من القانون المدني لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحبها و يضمن إقرار الموقع لما هو مدون في الورقة كما يعتبر دليلا ماديا مباشرا على حصول الرضا في إنشائها، و ينطوي على معنى الجزم أنّ الورقة العرفية صادرة من الشخص الموقع و أنّ إرادته قد اتجهت إلى اعتماد الكتابة و الالتزام بها⁽¹⁾.

و المقصود بالتوقيع هو توقيع صاحب الشأن على المحرر المدون فيه الواقعة القانونية المنسوبة إليه، ففي العقود الملزمة لجانبين يجب أن يكون التوقيع صادرا من الطرفين معا و في العقود الملزمة لجانب واحد يكفي توقيع الملتزم فقط كالمدين بمبلغ من النقود و الدائن في توقيعه على سند المخالصة⁽²⁾.

و لقد حدّدت المادة 327 من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 أساليب التوقيع على الأوراق العرفية فنصت على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة أصبعه ...".

يستخلص من هذه المادة أنّ التوقيع يكون إما بالإمضاء باليد أو ببصمة الأصبع.

فأما التوقيع بالإمضاء فيكون بخط يد من ينسب إليه المحرر، غير أنّ المشرع لم يشترط فيه شكلا معينا، و عليه فقد يكون التوقيع بأيّة علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل ما و على تصرف قانوني بعينه⁽³⁾، و قد يكون بكتابة اسم و لقب الموقع كاملين أو بالاسم الذي اشتهر به و لو

(1) عباس العبودي/ شرح أحكام قانون الإثبات المدني، المرجع السابق، ص127.

(2) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص33.

(3) محمد حسن قاسم/ أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص159.

كان مخالفا لاسمه الحقيقي المسجل في شهادة ميلاده، أو باسم مستعار إذا كان قد اعتاد استخدامه في إبرام التصرفات القانونية.

هذا، و إذا كان القانون لم يوجب شكلا خاصا في التوقيع إلا انه اشترط أن يكون بخط يد من تنسب إليه الورقة، فيتعيّن على هذا الأخير أن يوقع بنفسه لأنّ التوقيع عمل شخصي لا يقوم به إلا صاحبه فلا يجوز إذن التوكيل في التوقيع و لكن يصح للوكيل أن يوقع بامضائه هو بصفته نائبا عن الأصيل.

أما التوقيع بوضع بصمة الأصبع على الورقة العرفية فقد أضافه المشرع الجزائري عند تعديل المادة 327 المنوه عنها أعلاه، على اعتبار أنه أكثر ضمانا من التوقيع بالإمضاء لأنّ بصمات الأصبع لا تتشابه، إضافة إلى أنّ عددا كبيرا من المواطنين لا يحسنون القراءة و الكتابة و يوقعون ببصمة أصابعهم.

و التوقيع قد يتمّ بالإمضاء أو ببصمة الأصبع كما أسلفنا، و قد يكون بالختم علما بأنّ المشرع الجزائري لم ينص في المادة 327 من القانون المدني عليه، و قد برر البعض⁽¹⁾ بأنّ استبعاد التوقيع بالختم له ما يبرره من الناحية العملية، ذلك أنه قد يفقد الشخص ختمه كأن يسرق منه أو يضيع أو يسلمه إلى شخص آخر للاحتفاظ به فيخون أمانته و يوقع به من غير علم صاحبه، و من ثمّ فإنّ المحررات الموقعة بهذا الختم لا تلزم صاحبها إلا إذا اعترف بها أو أثبت المحتج بها أنّها صادرة من خصمه.

و يكون التوقيع غالبا في أسفل الورقة لكي يدلّ بصفة قاطعة على قبول الموقع لما ورد في الورقة بكاملها، و مع ذلك لا يكون التوقيع باطلا إذا وضع في مكان آخر من الورقة كأن يوضع في الهامش أو في أعلى الورقة، و يبقى للقاضي سلطة تقدير مدى صحة التوقيع⁽²⁾.

(1) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص34.

(2) زواوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص96.

و في حالة كتابة المحرر في عدّة أوراق فالأصل أن يتمّ التوقيع على كل صفحة ما لم توجد رابطة مادية أو معنوية بين هذه الصفحات تدل على وحدة المحرر، فهنا يكفي توقيع الورقة الأخيرة و يخضع تقدير وجود هذا الاتصال لقاضي الموضوع.

و قد يكون التوقيع على ورقة بيضاء تملأ فيما بعد و هذا ما يسمى بالتوقيع على بياض، و إنه لا نزاع في أنّ حجية البيانات المكتوبة بعد التوقيع هي نفس الحجية التي تعطى لتلك البيانات لو أنها كتبت قبله⁽¹⁾.

يلاحظ أنّ هذه الطريقة محفوفة بالمخاطر، لذا فإنّ كلّ من أوّتمن على ورقة موقعة على بياض يجب عليه أن يراعي الأمانة فلا يضع في الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقع و إلا عدّ مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة⁽²⁾.

أما من الناحية المدنية، فعبد إثبات تسليم الورقة على بياض و خيانة من تسلمها يقع على من وقع توقيعه على بياض، و يراعى في ذلك القواعد المقررة في الإثبات، ذلك أنه إذا ما كتبت الورقة البيضاء بعد التوقيع عليها أصبحت قيمتها في الإثبات قيمة الورقة العرفية التي لم توقع إلا بعد أن تمت كتابتها، و يبقى للمدين الحق في أن يثبت أنه إنما سلم توقيعه على بياض للدائن و أنّ ما كتبه هذا فوق التوقيع لم يكن هو المتفق عليه بينهما و يكون إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة أي أنه لا يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة⁽³⁾.

إضافة إلى وجوب توافر شرطي الكتابة و التوقيع في الورقة العرفية فإنّ المشرع اشترط أحياناً ذكر بيانات إلزامية لصحتها كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية⁽⁴⁾، و إنّ

(1) بكوش يحيى/ أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 132، 133.

(2) يراجع نصّ المادة 381 من ق.ع .

(3) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2 ، المرجع السابق، رقم 107، ص180.

(4) إنّ البيانات الإلزامية هي تلك التي نص عليها المشرع في المواد 390، 465، 472 من ق.ت المتعلقة بالسفينة و السند لأمر و الشيك.

هذه البيانات و إن كانت تتعلق بمضمون التصرف فإنها في ذات الوقت تعدّ شرطا شكليا استلزمه
المشرع من أجل جعل الورقة تتوافر على الكفاية الذاتية.

و الملاحظ أنّ بعض الفقه⁽¹⁾ لا يعتبر التصرفات العرفية تصرفات شكلية على أساس أنّ
وجوب الكتابة لا يعدّ استلزاما للشكل و يقتصر على إضفاء وصف الشكل على الكتابة
الرسمية فقط، و يرجع هذا الموقف إلى الخلط القائم في الفقه بين فكرة الشكل و الشكل
الرسمي نظرا لأنّ الشكل الرسمي كان هو الغالب.

أما الرأي الراجح في الفقه⁽²⁾ فيذهب إلى أنّ الكتابة العرفية تعتبر شكلا للتصرف طالما
أنها مطلوبة للانعقاد، فالشكلية ليست مرادفة للرسمية.

غير أنه يجدر التنويه إلى أنّ الشكل العرفي ليس كالشكل الرسمي من حيث ضمانه
لسلامة الإرادة إذ يبقى هذا الضمان أقل درجة من ذلك الذي يتحقق في ظلّ الشكل الرسمي
إلا أنه يبقى شكلا عمليا بسبب بساطته و عدم تكلفته و يتماشى مع ما يفرضه التعامل التجاري
من سرعة.

الفرع الثاني: حجية الورقة العرفية المكتوبة على الورق

رأينا أنّ الورقة الرسمية لها حجيتها في الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير و أنّ
لصورها حجية أيضا مع التفاوت في درجاتها فما هي قيمة الورقة العرفية من حيث حجيتها
في مواجهة الأطراف و الغير؟

(1) محمد علي عرفة/ مبادئ العلوم القانونية، ص355 بحيث يقول: " ليست هناك عقود يشترط القانون لانعقادها تحرير
عقد عرفي". مشار إليه في: ياسر أحمد كمال الصيرفي/ التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر،
المرجع السابق، ص351.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع
السابق، هـ 1 ص251-252.

- سليمان مرقس/ نظرية العقد، طبعة 1956، رقم 42 مشار إليه في ياسر أحمد كمال الصيرفي/ نفس المرجع السابق،
هـ 39 ص 352.

أولاً: حجبة الورقة العرفية بالنسبة للأطراف

نصت المادة 327 الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

إنّ تحليل هذه المادة يقتضي التمييز بين حجبة الورقة العرفية في مواجهة الطرفين و حجبتها في مواجهة الخلف العام.

فأما عن حجبتها بالنسبة للطرفين فإنّها تعتبر حجة ما لم ينكر المنسوب إليه الورقة العرفية الخط أو التوقيع أو بصمة أصبعه إنكاراً صريحاً، فإذا سكت المنسوب إليه الورقة العرفية و لم ينكرها صراحة عدّ ذلك إقراراً منه بصحتها، أما إذا أنكر الشخص ما ينسب إليه من كتابة أو توقيع زالت عن الورقة العرفية حجبتها مؤقتاً و يتعيّن على المتمسك بها أن يثبت صدورهما ممن يحتج بها عليه⁽¹⁾، و ذلك بأن يطلب من المحكمة إجراء تحقيق لمضاهاة الخطوط و توقيع الورقة طبقاً لمقتضيات المادة 164 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

فإذا رأى قاضي الموضوع أنّ الفصل في القضية لا يتوقف على الورقة المطعون فيها كونها غير منتجة في الدعوى فإنه يصرف النظر عنها، أما إذا ارتأى العكس فيتعيّن عليه أن يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها و يأمر بإجراء تحقيق لمضاهاة الخطوط

(1) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 45685، الصادر بتاريخ 1987/12/07، منشور ب م ق لسنة 1990، ع 4، ص 61. و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانوناً أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما ، و من المقرر أيضاً أن العقد العرفي يعتبر صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه".
- و نفس المعنى كرسه قرار م ع غ م، ملف رقم: 85535، الصادر بتاريخ 1992/05/27، منشور ب م ق لسنة 1994، ع 3، ص 14.

اعتمادا على مستندات الدعوى أو عملا بشهادة الشهود، كما له أن يستعين بخبير متى اقتضى الأمر ذلك⁽¹⁾.

فإذا ثبت من التحقيق المدني أنّ الورقة العرفية صادرة من الشخص الذي أنكرها فإنه يترتب عن ذلك ثبوت الحجية للورقة المطعون فيها.

إضافة إلى جواز إجراء التحقيق عن طريق مضاهاة الخطوط فإنه يمكن لمن يحتج في مواجهته بالورقة العرفية أن يطعن فيها عن طريق الادعاء بالتزوير وفقا لمقتضيات المادة 175 و ما يليها من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، و تتبع في ذلك ذات الإجراءات المنصوص عليها في مضاهاة الخطوط.

و أما عن حجية الورقة العرفية بالنسبة للورثة أو الخلف العام فيستفاد من المادة 327 من القانون المدني أنّ ورثة المتعاقد أو خلفه لا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه الحق، فإذا أدى الخلف اليمين زالت عن الورقة العرفية حجيتها مؤقتا⁽²⁾ و حينئذ يتعيّن على المتمسك بها أن يلتجئ إلى طرق أخرى لإثبات صدور الورقة ممّن تنسب إليه بإجراءات مضاهاة الخطوط المذكورة سابقا في المادتين 164، 165 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

(1) يراجع نصّ المادة 165 من ق.إ.م.إ. .

- و يراجع أيضا قرار م ع غ م ، ملف رقم: 99842، الصادر بتاريخ 1992/06/03، منشور بـ م ق لسنة 1993، ع 4، ص 41.

(2) يراجع قرار م ع غ م ، ملف رقم: 33054، الصادر بتاريخ 1985/02/06، منشور بـ م ق لسنة 1992، ع 4، ص 16 و الذي جاء فيه ما يلي: " إنّ المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، أما ورثته أو خلفه فيكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق، و من ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

- و نفس المعنى كرسه قرار م ع غ م ، ملف رقم: 53931، الصادر بتاريخ: 1990/05/28، منشور بـ م ق لسنة 1992، ع 1، ص 99.

تأسيساً على ما سبق، فإنه إذا اعترف الخصم بصدور المحرر العرفي منه أو أثبتته خصمه ضده بعد إنكاره فإنّ المحرر العرفي يصبح كالمحرر الرسمي فيما يتعلق بسلامته المادية، فإذا ادعى من يتمسك به بحصول تغيير مادي في مضمونه عليه أن يسلك في هذا الادعاء طريق الطعن بالتزوير لإثبات ما يدّعيه⁽¹⁾.

أما إذا لم يكن هناك ادعاء بوجود تزوير مادي في المحرر العرفي و إنما تعلق الأمر بمدى صحة البيانات الواردة فيه فإنه يجوز لمن يتمسك بعدم صحة مضمون الورقة العرفية أن يثبت خلاف ما هو مكتوب بالطرق العادية وفقاً للقواعد العامة.

و إذا كانت حجية الورقة العرفية تكمن في توقيعها ممّن تنسب إليه و اعترافه بذلك فإنّ صورتها الخالية من التوقيع لا حجة لها في الإثبات إلا إذا كانت هذه الصورة مكتوبة بخط يد المدين فإنها تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة⁽²⁾.

ثانياً: حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير

نصّ المشرع الجزائري في المادة 328 من القانون المدني على ما يلي: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، و يكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- 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 و إمضاء".

يتبين من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اشترط لحجية الورقة العرفية في مواجهة الغير أن يكون لها تاريخ ثابت. فما المقصود بالغير؟ و ما المقصود بالتاريخ الثابت؟

(1) بكوش يحيى/ أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص138.

(2) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح ق.م، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، ج 4، المرجع السابق، ص85.

الغير هو كل شخص لم يكن طرفا في الورقة العرفية و لا ممثلا فيها و يصاب بضرر في حقه الذي تلقاه من طرفي الورقة أو بمقتضى القانون، و يستثنى من ذلك المتعاقدان و النائب عنهما و الخلف العام كالوارث و الموصى له بجزء من التركة الذين يحتج في مواجهتهم بتاريخ المحرر العرفي و لو كان غير ثابت⁽¹⁾. و عليه يمكن تحديد الغير فيما يلي:

الخلف الخاص:

هو الذي يخلف سلفه في جزء من ذمته المالية عكس الخلف العام الذي يخلف سلفه في ذمته المالية كلها، أي كل من تلقى عن المتعاقد حقا على شيء معين بالذات، و من ثم فإن تصرفات سلفه تكون نافذة على الحق الذي انتقل إليه قبل تاريخ معين، فلا يكون هذا التاريخ حجة على الخلف الخاص إلا إذا كان ثابتا و سابقا على انتقال الحق إلى الخلف الخاص⁽²⁾، فإذا باع شخص إلى آخر منقولا فلا يحتج على المشتري بتصرفات سلفه (البائع) في هذا المنقول إلا إذا كان هذا التصرف ثابت التاريخ و ذلك لتجنب إبرام السلف (البائع) عدة تصرفات على المنقول و تقديم تاريخها اضراارا بخلفه (المشتري).

الدائن الحاجز:

هو الدائن الذي يوقع حجرا على مال معين من أموال مدينه قصد بيعه و تحصيل حقه من ثمنه، فإذا قام الدائن بحجز منقول معين مملوك لمدينه و تعرض له شخص آخر بدعوى أنه اشترى هذا المنقول من مدينه قبل توقيع الحجز عدّ هذا الحجز في حالة ثبوت صحة قوله باطلا لوروده على شيء غير مملوك للمدين و يكون ادعاؤه صحيحا متى كان للعقد المثبت للشراء تاريخ ثابت و سابق لتاريخ توقيع الحجز، أما إذا لم يكن عقد الشراء ثابت التاريخ فإن الحجز يعدّ صحيحا و لا يحتج به على الدائن الحاجز⁽³⁾.

(1) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص37.

(2) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح ق.م، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص 74-75.

(3) و نفس الحكم بالنسبة لدائني التاجر المفلس، ذلك أنه إذا أشهر إفلاس تاجر غلت يده عن إدارة أمواله و امتنع عليه أن يتصرف فيها لتعلق حق الدائنين بها فإذا أجرى تصرفا فانه لا يكون نافذا في حق جماعة الدائنين إلا إذا كان له تاريخ ثابت قبل شهر إفلاسه.

- يراجع نصّ المادة 247 من ق.ت.

و إذا كان المقرر قانونا أنه لا يحتج بتاريخ الورقة العرفية على الغير إلا إذا كان تاريخها ثابتا، فكيف يكون للورقة العرفية تاريخ ثابت؟

يلاحظ أنّ المادة 328 من القانون المدني حصرت الحالات التي يكون فيها تاريخ الورقة العرفية ثابتا فيما يلي:

01- تسجيل المحرر العرفي

يقصد بالتسجيل قيد ملخص المحرر العرفي من طرف موظف عمومي مؤهل قانونا في سجل خاص بمفتشية التسجيل و الطابع⁽¹⁾.

و هذا التسجيل يعطي المحرر العرفي تاريخا ثابتا يدلّ على أنه قد أبرم قبل ذلك التاريخ حتما⁽²⁾ و لا يكون بإمكان الغير الطعن في تاريخ التسجيل إلا بطريق التزوير⁽³⁾.

و الملاحظ أنه منذ صدور قانون المالية لسنة 1992⁽⁴⁾ منع المشرع تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو الصناعية، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات. و أوجب فقط تسجيل المحررات الرسمية⁽⁵⁾.

(1) يراجع ما سبق ذكره في ص 63 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(2) و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري، بحيث قضت م ع في القرار رقم: 315271 الصادر عنها بتاريخ 2005/12/21، منشور بـ م ع ، ع 2 لسنة 2006، ص 197 و الذي جاء فيه ما يلي: " يكون تاريخ العقد العرفي ثابتا من تاريخ تسجيله بمصلحة التسجيل التابعة لوزارة المالية".

- و نفس المعنى أكدته القرار رقم: 62624، الصادر عن م ع بتاريخ 1990/09/24، مشار إليه سابقا، و الذي جاء فيه ما يلي: " إنّ تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد به التسجيل هو إثبات التاريخ فقط".

(3) بكوش يحيى/ أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 142.

(4) القانون رقم 25/91 المؤرخ في 1991/12/16 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، منشور في ج ر، ع 65، س 28، الصادرة في: 1991/12/18.

(5) طبقا لنصّ المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992.

02- إثبات مضمون المحرر العرفي في عقد رسمي

يكون للمحرر العرفي تاريخ ثابت في حالة ما إذا أفرغ مضمونه في محرر رسمي بأن تذكر البيانات الجوهرية له، و مثال ذلك الحكم القضائي المثبت للتصرفات الواردة في الورقة العرفية كأن تكون إيجارا أو بيعا، و المحرر الرسمي الذي يثبت بموجبه موظف أو ضابط عومي أو شخص مكلف بخدمة عامة مضمون محرر عرفي.

03- التأشير على المحرر العرفي من طرف موظف عام مختص

و تتحقق هذه الحالة إذا قدّم محرر عرفي إلى موظف عام مختص فأشّر عليه بعلامة تفيد أنه قدّم إليه في تاريخ معيّن، فإنّ التأشير على المحرر يجعله ثابت التاريخ من هذا اليوم، و مثال ذلك تصديق ضابط الحالة المدنية على توقيعات أطراف المحرر العرفي الذي يجعل تاريخ التصديق تاريخا ثابتا للمحرر العرفي أو تأشير القاضي أو كاتب الجلسة على المحرر العرفي لتسليمه إلى الخصم للاطلاع عليه فإنّ هذا التأشير يجعل المحرر العرفي ثابت التاريخ، أو كأن يقدّم المحرر العرفي إلى قابض الرسوم فيؤشّر عليه بما يفيد أنه حصل على الرسم المستحق عندئذ يجعل هذا التأشير العقد ثابت التاريخ⁽¹⁾.

04- وفاة أحد الذين لهم على المحرر العرفي خط و إمضاء

إذا توفي شخص أو أكثر من الأشخاص الذين سبق لهم أن وضعوا خطهم أو توقيعهم على الورقة العرفية فإنّ تاريخ الوفاة هو التاريخ الثابت لها، فذلك دليل على أنها كانت موجودة قبل حصول الوفاة، و لهذا فإنّ الوفاة هي الواقعة التي تعطي للورقة تاريخا ثابتا، و يستوي في ذلك أن يكون الشخص المتوفى طرفا في الورقة أو شاهدا أو كفيلا أو غير ذلك⁽²⁾.

(1) زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري ، المرجع السابق، ص39.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، ج 2 ،

المرجع السابق، رقم 136، ص241- 242.

هذه هي الحالات الأربعة التي يثبت بها تاريخ المحرر العرفي طبقاً لنص المادة 328 من القانون المدني الجزائري و يحتج بها في مواجهة الغير.

المطلب الثاني: الأوراق العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني

ظهرت ثورة الاتصالات و المعلومات في الدول المتقدمة ثم اجتاحت العالم كله بعد ذلك و لقد أدى التقدم المذهل للاتصالات إلى ظهور وسيلة جديدة لنقل المعلومات و إجراء المعاملات بين الأفراد أيًا كان موقعهم، هذه الوسيلة هي الانترنت.

و منذ إنشاء شبكة الانترنت اتجه الناس في كافة دول العالم إلى استخدامه في إبرام صفقاتهم التجارية و عقودهم المدنية و غيرها من المعاملات القانونية سواء تعلقت بسلع أو خدمات.

نتيجة لذلك بدأت المحررات التقليدية تتراجع شيئاً فشيئاً ليحلّ محلها ما يعرف بالكتابة الإلكترونية أين يتمّ وضع المعلومات في صورة رقمية و تخزينها كبيانات الكترونية على أشرطة ممغنطة و أقراص مدمجة⁽¹⁾.

هذا و إنّ فكرة المحرر لم تعد تقتصر على الورقة التقليدية فحسب و إنما أصبحت تشمل أيضاً المحرر الإلكتروني، فإذا اشترط المشرع الكتابة لإبرام التصرف القانوني دون أن يفرض أن تكون هذه الكتابة رسمية فيعتبر التصرف هنا تصرفاً شكلياً عرفياً، و يستوي عندئذ أن يفرغ هذا التصرف في ورقة عرفية مكتوبة على الورق أو في الشكل الإلكتروني.

و لا بدّ أن تتوافر بعض الشروط في الورقة العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني (الفرع الأول) حتى تكون لها حجية في الإثبات (الفرع الثاني).

(1) محمد السعيد رشدي/ التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و مدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008، ص155-156.

الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الورقة العرفية المكتوبة في الشكل الالكتروني

اشترط المشرع الجزائري لصحة الورقة العرفية المكتوبة في الشكل الالكتروني كشكل للتصرف القانوني توافر شرطين هما: الكتابة الالكترونية (أولا) و التوقيع الالكتروني (ثانيا).

أولا: الكتابة الالكترونية

إنّ تحديد مفهوم الكتابة الالكترونية يقتضي التعرض لتعريفها ثمّ تحديد شروطها.

01- تعريف الكتابة الالكترونية

عرّف بعض الفقه الكتابة الالكترونية بأنها أيّة معلومة صمّمت أو حررت أو خزنت أو أرسلت أو استلمت أو استرجعت بطريقة الكترونية بغض النظر عن المادة المحفوظة عليها، على أن تكون ذات معنى مفهوم و تقبل الحفظ و الاسترجاع و يمكن قراءتها بأية وسيلة كانت⁽¹⁾.

و عرّفها المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني⁽²⁾ كما يلي: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، و كذا طرق إرسالها".

كما نصّ في المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون على ما يلي: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالكتابة بالإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدّة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

(1) مراد محمد يوسف مطلق/ التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص259-260.

(2) المضافة بالقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005، منشور في ج ر ، ع44 لسنة 2005.

يستفاد من هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري اعتد بالكتابة الالكترونية إلى جانب الكتابة العادية و أضفى عليها حجية الورقة العرفية شريطة التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

و لكي يعتدّ بالكتابة الالكترونية كشكل للتصرف القانوني لا بدّ أن تتوفر فيها مجموعة من الشروط المعينة.

02-شروط الكتابة الالكترونية

لقد استلزم القانون المدني توافر شروط معيّنة في الكتابة الالكترونية حتى يعتدّ بها كركن لانعقاد التصرف القانوني أو كوسيلة لإثباته يمكن إجمالها فيما يلي:

أ- أن تكون الكتابة مقروءة

يشترط في الكتابة أن تكون مقروءة و مقتضى ذلك أن تكون الورقة مدونة بحروف أو رموز أو إشارات معروفة و مفهومة لمن يحتج بها عليه.

و إذا كان هذا الشرط يتوافر في الكتابة التقليدية فإنّه بالنسبة للكتابة الالكترونية فإنّه لا يمكن الاطلاع عليها و التعرف على محتواها إلا باستخدام الحاسوب الآلي لقراءتها فتصبح البيانات مقروءة بشكل واضح و يمكن فهمها و إدراكها.

ب- أن تكون الكتابة مستمرة

بالإضافة إلى وجوب كون الكتابة مقروءة فإنّه يشترط أن تكون الكتابة مستمرة أي أن تدوّن على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

و يتمّ حفظ هذه الكتابة في ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة أو البريد الإلكتروني⁽¹⁾، و هذه الأخيرة توفر للكتابة الإلكترونية الاستمرارية و الديمومة نتيجة تطور التقنية الحديثة.

ج- عدم قابلية الكتابة للتعديل

رأينا أنّ الورقة المكتوبة تتوقف صحتها على خلوها من عيوب مادية كالإضافة أو المحو أو الشطب إذ يسهل اكتشاف هذه العيوب في الكتابة التقليدية و يمكن تحديد مواطن التزوير و التغيير فيها.

أما الكتابة الإلكترونية فبفضل طبيعتها الخاصة يمكن تعديل التصرف الذي تتضمنه من قبل الأطراف بالإضافة أو الإلغاء دون أن تترك أثرا ماديا.

ثانيا: التوقيع الإلكتروني

أمام التطور المذهل في عالم الاتصالات و المعلوماتية و ظهور الكتابة الإلكترونية استوجب الأمر وجود التوقيع الإلكتروني الذي يعدّ شكلا جديدا للتوقيع يتمشى و طبيعة المعاملات الإلكترونية ذات الصبغة السريعة و البعيدة في أن واحد.

و إذا كان التوقيع الإلكتروني هو البديل العملي للتوقيع التقليدي فإنه يجدر بنا أن نتطرق لتعريفه ثم معرفة أشكاله.

01- تعريف التوقيع الإلكتروني

التوقيع شرط مهم و جوهري في الورقة العرفية لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع و يضمن إقرار الموقع لما هو مدوّن في الورقة كما يعتبر دليلا ماديا مباشرا على حصول

(1) محمد السعيد رشدي/ التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و مدى حجيتها في الإثبات، المرجع السابق، ص156.

الرضا في إنشائها، و ينطوي على معنى الجزم أنّ الورقة العرفية صادرة من الشخص الموقع وأنّ إرادته قد اتجهت إلى اعتماد الكتابة و الالتزام بها.

و لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 327 الفقرة الثانية من القانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 على ما يلي: " و يعتدّ بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

يتبين من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري لم يعرف التوقيع الالكتروني و إنما نصّ فقط على حجّيته و الشروط اللازمة لاكتساب هذه الحجية، الأمر الذي يقتضي التعرض لتعريفه في التشريعات الأخرى.

فقد عرفه قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية المؤرخ في 05 جويلية 2001⁽¹⁾ بأنه: " بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

و عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة 1316 الفقرة الرابعة المعدلة و المضافة بموجب القانون رقم 230/2000 المؤرخ في 13 مارس 2000 بما يلي: " عندما يكون التوقيع الكترونيا فيجب أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع و ضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه"⁽²⁾.

⁽¹⁾ هو قانون أصدرته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية بعد إصدارها في 1985 بيانا ناشدت فيه مختلف الدول بإعادة النظر في القوانين الداخلية المعمول بها و التي تشكل عائقا أمام ازدهار التجارة الالكترونية.

⁽²⁾ L'article 1316/4 du code civil français dispose que: "...lorsqu'elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache".

بينما عرفه المشرع المصري في المادة الأولى من القانون رقم 15 لسنة 2004⁽¹⁾ بأنه: " ما يوضع على محرر الكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره".

هذا و يمكن على ضوء تعريفات التشريعات السابقة تعريف التوقيع بأنه: " ما يوضع على محرر الكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها و يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع و يميزه عن غيره".

تبعاً للتعريفات السابقة يمكن القول أنّ التوقيع الالكتروني يتميّز عن التوقيع التقليدي في أنّ هذا الأخير يكون بخط اليد أو ببصمة الأصبع، بينما يتخذ التوقيع الالكتروني عدّة أشكال فقد يكون في شكل حروف أو أرقام أو رموز شريطة أن يكون لهذه الأشكال طابع متفرد يسمح بتمييز شخص صاحب التوقيع و تحديد هويته و رضائه بإبرام التصرف القانوني، كما أنّ التوقيع التقليدي يتمّ على دعامة مادية تتمثل في الورقة بينما يتم التوقيع الالكتروني عبر وسيط الكتروني غير محسوس.

02-أنواع التوقيع الالكتروني

تتعدّد صور التوقيع الالكتروني بحسب الوسيلة أو التقنية التي تستخدم في إنشائه، و تتمثل أهم صور التوقيع الالكتروني في: التوقيع بالماسح الضوئي أو بالقلم الالكتروني و التوقيع البيومتري و التوقيع الكودي و التوقيع الرقمي.

أ- التوقيع بالماسح الضوئي أو بالقلم الالكتروني

إنّ أساس هذا النوع من التوقيع يقوم على فكرة نقل التوقيع اليدوي (التقليدي) من الدعامة الورقية إلى الدعامة الالكترونية بواسطة الماسح الضوئي (Scanner)، حيث يخزن هذا التوقيع في مذكرة الحاسوب أو في أقراص ممغنطة أو في أقراص ضوئية مكنزة ثم يوضع على الوثيقة الالكترونية.

(1) القانون رقم 15 لسنة 2004 يتعلق بتنظيم التوقيع الالكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فتتم صورته في قيام الموقع بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم الكتروني ضوئي خاص يمكنه الكتابة على شاشة جهاز الحاسب عن طريق برنامج خاص يقوم بخدمة النقاط التوقيع و التحقق من صحته بالاستناد إلى حركة هذا القلم على الشاشة و الأشكال التي يتخذها من دوائر أو انحناءات أو التواءات أو نقاط أو درجة الضغط بالقلم و غير ذلك من سمات التوقيع الشخصي الخاصة بالموقع و الذي يكون قد سبق تخزينه بالحاسب الآلي⁽¹⁾.

و يحتاج هذا النوع من التوقيع إلى تقنية عالية و نوع خاص من الحسابات يقبل الكتابة على شاشة الحاسوب مباشرة.

و لكن يعاب على هذا النوع من أنواع التوقيع الإلكتروني أنه لا يتمتع بأية درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تحقق الثقة في التوقيع بحيث يمكن للمرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من صورة التوقيع و إعادة استعمالها في أية وثيقة من الوثائق الإلكترونية باعتبارها صادرة من صاحب التوقيع الفعلي⁽²⁾.

ب- التوقيع البيومتري

قد يتخذ التوقيع الإلكتروني شكلا آخر يعتمد على القياسات الحيوية أو الخواص الذاتية للموقع و مثال ذلك الاعتماد في التوقيع على بصمة الأصبع أو قزحية العين أو البصمة الصوتية للشخص أو غير ذلك من الصفات الجسدية⁽³⁾.

(1) زهدور كوثر/ التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007-2008، ص135.

(2) أسامة روبي عبد العزيز الروبي/ الأحكام الإجرائية للإثبات بالدليل الكتابي في المواد المدنية، دراسة تحليلية مقارنة مع قواعد الإثبات و نظام التوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 46-47.

(3) أسامة روبي عبد العزيز الروبي/ نفس المرجع السابق، ص 48.

و يتمّ التحقق من شخصية العميل مع هذه الطرق البيومترية عن طريق تخزين هذه الخواص على جهاز الحاسب الآلي بطريق التشفير، و يعاد هذا التشفير للتحقق من صحة التوقيع و ذلك بمطابقة صفات العميل المستخدم للتوقيع مع الصفات التي تمّ تخزينها على جهاز الحاسب الآلي و لا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة⁽¹⁾.

إنّ أغلب هذه التقنيات لا تزال في المرحلة التجريبية و لم تصل بعد إلى مرحلة الاستعمال العادي لها، كما يواجه هذا النوع من التوقيع عوائق لتطبيقه بسبب غلاء هذه المعدات من جهة، و تغيّر المميزات الفيزيائية للشخص من جهة أخرى، فمثلا نبرة الصوت قد تتغير بسبب الحالة التي يكون عليها الشخص مما يجعل هذا التوقيع أقل أمانا⁽²⁾.

ج- التوقيع الكودي

يقصد بالتوقيع الكودي أو السري استخدام مجموعة من الأرقام أو الحروف أو كليهما يختارها صاحب التوقيع لتحديد هويته و شخصيته و يتمّ تركيبها و ترتيبها في شكل كودي معيّن بحيث لا يعلمها إلا صاحب التوقيع و من يبلغه بها⁽³⁾.

و يعتمد هذا النوع من التوقيع على مفتاح واحد للتشفير و فك التشفير.

د- التوقيع الرقمي

يعتمد التوقيع الرقمي أساسا على التشفير، بحيث يتمّ إعداد معادلات رياضية معقدة يتحول بموجبها المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية، فلا يملك بالتالي إعادة هذه الحالة إلى وضعها الطبيعي إلا من يملك المعادلة الخاصة بذلك و التي يطلق عليها المفتاح⁽⁴⁾.

(1) مراد محمد يوسف مطلق/ التعاقد عن طريق وسائل التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص258-259.

(2) أزرو محمد رضا/ التوقيع الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات بالدليل الكتابي، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2007-2008، ص40.

(3) أيمن سعد سليم/ التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص27.

(4) أسامة روبي عبد العزيز الروبي/ الأحكام الإجرائية للإثبات بالدليل الكتابي، المرجع السابق، ص48.

و يتميز هذا التوقيع بقدر كبير من الأمان و السرية مما أسهم في انتشار العمل به فهو يعتمد على استخدام طريقة حسابية باستعمال مفاتيح مختلفين، حيث يستعمل الطرف الموقع على الرسالة ما يعرف بالمفتاح الخاص لوضع التوقيع الرقمي وهو مفتاح يحتفظ به الموقع و يحفظه على درجة عالية من السرية فمن الضروري أن يظلّ سرياً، بينما يستعمل الطرف الآخر (مستقبل الرسالة) المفتاح العام للتحقق من صحة التوقيع الرقمي الموضوع بواسطة المفتاح الخاص و هو معروف لأكثر من شخص يستطيع بموجبه فك شفرة النصّ الذي تمّ بواسطة المفتاح الخاص⁽¹⁾.

هذا النوع من التوقيع يعتمد على مفاتيح: مفتاح عام للتشفير و هو معروف للكافة و مفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، و يمكن بهذه الطريقة لأيّ شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة و لكن لا يستطيع أن يفك شفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص.

و تتمثل وظيفة التوقيع الرقمي في إثبات الشخص الذي وقع الوثيقة الالكترونية وتحديدتها بشكل لا يحتمل التغيير، و من ثمّ فهو يحقق وظيفة التوقيع العادي التقليدي⁽²⁾.

بناء على ما سبق، يتبيّن أنّ التوقيع الرقمي هو أفضل صور التوقيع الالكتروني و أكثرها أماناً.

الفرع الثاني: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات

تقتضي منّا الضرورة قبل التطرق لحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات (ثانياً) دراسة الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني (أولاً).

(1) زهدور كوثر/ التوقيع الالكتروني و حجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارناً، المرجع السابق، ص131-132.

(2) مزاري رشيد/ (كيفية تعامل إدارات التشريع مع مقتضيات أحكام التجارة الالكترونية)، مقال منشور بنشرة القضاة، ع64، ج1، سنة 2009، ص170.

أولاً: شروط صحة التوقيع الإلكتروني

نصّ المشرع الجزائري في المادة 327 الفقرة الثانية من القانون المدني على ما يلي:
" و يعتدّ بالتوقيع الإلكتروني، وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

و بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني نجدها تقضي بما يلي:
" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ التوقيع الإلكتروني حتى ينتج آثاره القانونية لا بدّ أن يكون صادرا من شخص الموقع و أن يتمّ الحفاظ على صحة المحرر الإلكتروني المشتمل على التوقيع.

01- ضرورة معرفة هوية الموقع من خلال التوقيع

رأينا أنّ التوقيع التقليدي هو كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة و شخصية و تساعد على تحديد موقعها و تترجم إرادته في قبول هذا التصرف، فما هو الشأن إذن بالنسبة للتوقيع الإلكتروني؟

لقد عرفنا أنّ التوقيع الإلكتروني هو ما يوضع على المحرر الإلكتروني و يتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات تسمح بتحديد شخص الموقع و قبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبة.

فالتوقيع الإلكتروني يجب أن يدل على الموقع بحيث يحدّد شخصه و هويته و يميزه عن غيره من الأشخاص كما يفيد قبوله لمضمون المحرر الإلكتروني، فمصادقية المعلومات التي تمّ نقلها و تحويلها عبر شبكة الانترنت و تحديد شخصية المتعاقدين تكمن في التوقيع الإلكتروني، و التوقيع بهذا المعنى يفيد أنّه يعبر عن شخصية الموقع الذي يرد اسمه في شهادة الكترونية تربط بين أداة التوقيع و شخص معين يكون الغرض منها تأكيد شخصية صاحب التوقيع.

و إذا كان المشرع الجزائري نصّ على حجية الورقة الالكترونية و التوقيع الالكتروني متى تمّ التأكد من هوية الموقع على المحرر الالكتروني إلا انه لم يضع نظاما خاصا يحدد الضوابط الفنية و التقنية التي تحكم إنشاء توقيع له طابع متفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع و تمييزه عن غيره باستخدام تقنية أمانة تضمن ذلك، كما هو الحال في التشريع الفرنسي حيث تنصّ المادة 4/1316 من قانون التوقيع الالكتروني الصادر سنة 2000 على أن يتمّ التوقيع باستخدام وسيلة أمانة لتحديد هوية الموقع تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه⁽¹⁾، ثم أصدر المشرع الفرنسي القرار رقم 272/2001 بتاريخ 30 مارس 2001⁽²⁾ الذي اشترط في التوقيع الالكتروني حتى يكون صحيحا أن يكون تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره⁽³⁾ و أن تصدر بشأنه شهادة تصديق معتمدة من جهة مختصة تكون بمثابة هوية الكترونية للموقع.

و بمجرد قيام الموقع بالتوقيع الكترونيا فإنّ ذلك يدل على رضائه و التزامه بما تمّ التوقيع عليه متى كان التوقيع صحيحا و ينسب إليه، فضلا على ذلك فانه يجب أن يكون التوقيع مرتبطا بشخص الموقع و لا يتأتى ذلك إلا إذا كان له طابع متفرد يسمح بتحديد هوية الموقع و تمييزه عن غيره خاصة إن تمّ التوقيع باستعمال نظام التشفير بالمفاتيح العام و الخاص، فاستعمال الموقع المفتاح الخاص لتشفير المستند المتضمن الالتزام الذي يتعهد به دليل على رضائه بمضمون السند لأنّ المفتاح الخاص هو مفتاح سري لا يعلمه و لا يستعمله إلا صاحب التوقيع و الذي يظهر اسمه و بياناته في شهادة اعتماد التوقيع.

02- ضرورة الحفاظ على صحة المحرر الالكتروني الموقع

إنّ المشرع الجزائري أوجب أن تحفظ الورقة الالكترونية المتضمنة التوقيع الالكتروني من لحظة إنشائها إلى لحظة وصولها إلى المرسل إليه و تحقّقه من صحتها، غير أنه لم يحدّد كيفية الحفاظ على صحة التوقيع الالكتروني خلافا للنظم القانونية الغربية و منها النظام القانوني الفرنسي الذي نصّ في المرسوم رقم 272/2001 المؤرخ في 30 مارس 2001 على ضرورة إصدار شهادة

⁽¹⁾Décret publié au J.O n° 77 du 31/03/2001.

⁽²⁾V. l'article 1^{er} du décret n°2001/272 du 30/03/2001 pris pour l'application de l'article 1316/4 du code civil et relatif à la signature électronique.

⁽³⁾V. l'article 6 du décret n° 2001/272 du 30/03/2001.

تفيد صحة التوقيع الإلكتروني و الكتابة الإلكترونية من جهة متخصصة تسمى جهة الفحص يتمّ التأكيد فيها على حفظ التوقيع الإلكتروني من لحظة التصديق إلى لحظة الإرسال⁽¹⁾ و الحفاظ على البيانات الإلكترونية على دعائم الكترونية ثابتة لا يمكن تغييرها و على كيفية حفظها⁽²⁾.

ثانيا: قوة التوقيع الإلكتروني في الإثبات

نصّ المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممّن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار و يكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. و يعتدّ بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

يتبيّن من قراءة هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أخذ بالتوقيع الإلكتروني و قرن حجيته بالشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 و المتمثلة في وجوب التأكد من هوية الشخص الذي أصدر الورقة الإلكترونية و وجوب إعدادها و حفظها في ظروف تضمن سلامتها.

متى توافرت الشروط اللازمة لصحة التوقيع الإلكتروني اكتسبت الورقة الإلكترونية نفس الحجية التي قررها المشرع للورقة العرفية التقليدية، و من ثمّ يتبين أنّ المشرع الجزائري استبعد ضمنا الورقة الإلكترونية الرسمية.

و مفاد ذلك أنّ للورقة الإلكترونية حجية في مواجهة الأطراف ذلك أنه إذا ما اعترف الخصم بصدور الورقة الإلكترونية منه أو أثبتها خصمه ضده بعد إنكارها فإنّ الورقة الإلكترونية تصبح كالورقة الرسمية فيما يتعلق بسلامتها المادية، كما لها حجيتها قبل الغير متى كان لها تاريخ ثابت⁽³⁾.

⁽¹⁾V. l'article 1^{er} aligna 8 et l'article 5 du décret n°2001/272 du 30/03/2001.

⁽²⁾V. l'article 6 du décret n°2001/272 du 30/03/2001.

⁽³⁾ بالنسبة لحجية الورقة العرفية، يراجع ما سبق ذكره في ص138 و ما بعدها من هذه الرسالة.

استنتاجا لكل ما سبق، فإنّ المشرع الجزائري ما دام أنّه جعل المحررات الالكترونية الموقع عليها الكترونيا تتمتع بحجية المحررات العرفية فانه بإمكان المتعاقدين اللجوء إلى أيّ من الكتابتين سواء على الورق أو في الشكل الالكتروني و ذلك في التصرفات التي أوجب القانون إفراغها في الشكل العرفي.

الفصل الثاني:

نطاق تطبيق الشكل و جزاء تخلفه

رأينا أنه إذا اشترط القانون إفراغ التصرف في شكل معين فإن هذا الشكل يعتبر ركنا جوهريا فيه، و لكن هل يشترط الشكل أيضا في التصرفات التي ترتبط بهذا التصرف الشكلي ارتباطا وثيقا كالوعد و الوكالة؟ (المبحث الأول) و إذا تخلف الشكل باعتباره ركنا لانعقاد التصرف القانوني، فما هو الجزاء المترتب على ذلك؟ (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

نطاق تطبيق الشكل

إذا اشترط القانون صبّ التصرف في شكل معين فإنّ هذا التصرف لا ينشأ بدون استيفاء هذا الشكل الذي ينظر إليه أنّه ركن فيه، فهل يسري نفس الحكم على الوعد بالتعاقد (المطلب الأول) و الوكالة في التصرف الشكلي (المطلب الثاني)؟

المطلب الأول: الشكل في الوعد بالتعاقد

غالبا ما يتمّ العقد على نحو بات و نهائي غير أنه يمكن أن يسبق مرحلة التعاقد النهائي مرحلة تمهيدية تؤدي على وجه محقق أو غير محقق إلى المرحلة النهائية، و أبرز الصور لهذه المرحلة التمهيدية الوعد بالتعاقد.

و إذا كان العقد الموعود به عقدا شكليا فهل يعتبر الشكل ركنا في الوعد بالتعاقد؟

الإجابة على هذا التساؤل تستلزم بداية تحديد أحكام الوعد بالتعاقد (الفرع الأول) ثم بيان شكل الوعد بالتعاقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام الوعد بالتعاقد

الوعد بإبرام التصرف كثير الوقوع في الحياة العملية، فقد يحتاج الشخص إلى قطعة أرض ولكن لا يستطيع شراءها فوراً فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض على أن يتعهد هذا الأخير ببيع الأرض إذا أظهر الموعود له رغبته في الشراء خلال مدة معينة، فيتقيد صاحب الأرض بالعقد دون أن يتقيد به الطرف الآخر، وقد يقوم المستأجر بإصلاحات هامة في العين المؤجرة و يحصل قبل قيامه بهذه الإصلاحات من المالك على وعد ببيع العين له إذا رغب في شرائها خلال مدة الإيجار حتى ينتفع بهذه الإصلاحات انتفاعاً كاملاً و هذا هو الوعد بالتعاقد⁽¹⁾. و يقصد به الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل حينما يفصح الموعود له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقاً⁽²⁾.

و الوعد بالتعاقد عقد كامل لا مجرد إيجاب فهو يتم بتلاقي إرادتين، إيجاب من الواعد و قبول من الموعود له⁽³⁾ و لكنه عقد تمهيدي لا نهائي فهو وسط بين الإيجاب و التعاقد النهائي، فالالتزام الواعد بالتعاقد إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في التعاقد أكثر من إيجاب لأنه إيجاب قد اقترن به القبول فهو عقد كامل و لكن كل من الإيجاب و القبول لم ينصب إلا على مجرد الوعد بالتعاقد، و لذلك يكون الوعد بالتعاقد خطوة نحو التعاقد النهائي⁽⁴⁾، لذا يجب أن تتوافر في الوعد شروط الانعقاد و الصحة اللازمة في كل عقد بصفة عامة و هي تتعلق بالتراضي و المحل و السبب و سلامة الإرادة من العيوب و توافر الأهلية⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، رقم 132، ص249-250.

(2) نبيل إبراهيم سعد/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص133.

(3) Louis BOYER/ Promesse de vente, répertoire de droit civil, 29^{eme} année, Tome VIII, encyclopédie Dalloz, 1999, n°12.

(4) عبد الرزاق السنهوري/ نفس المرجع السابق، رقم 133، ص251.

(5) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، المرجع السابق، ص135.

يترتب على ذلك أنّ الوعد إذا كان ملزماً لجانبيين، فإنّ الأهلية المطلوبة لإبرام العقد النهائي في كل من الطرفين تكون أيضاً مطلوبة في الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد، أما إذا كان الوعد ملزماً لجانب واحد فتقدر الأهلية و كذا عيوب الإرادة بالنسبة إلى الواعد وقت التعاقد، بينما تقدر أهلية الموعود له وقت التعاقد النهائي لا وقت الوعد ذلك لأنه لا يلتزم بشيء وقت التعاقد وإنما يلتزم عند التعاقد النهائي، على أنه يجب أن تتوافر فيه أهلية التمييز وقت الوعد، أما بالنسبة لعيوب الإرادة فتقدر وقت الوعد و وقت التعاقد النهائي معا على اعتبار أنه يصدر منه رضاء في كل من هذين الوقتين، فيجب أن يكون رضاه في كل منهما صحيحاً⁽¹⁾.

أمّا بخصوص المحلّ و السبب فإنّ مشروعيتهما يكفي توافرها وقت التعاقد النهائي سواء كان العقد ملزماً لجانب واحد أو ملزماً لجانبيين.

و قد تناول القانون الجزائري الوعد بالتعاقد في الفقرة الأولى من المادة 71 من القانون المدني حيث نصّ على ما يلي: " الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع الوسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها".

يستفاد من هذه المادة أنه يجب أن يتضمن الوعد بإبرام التصرف القانوني جميع المسائل الجوهرية للتصرف المراد إبرامه و إلا وقع باطلاً، فإذا كان العقد الموعود به بيعاً و جب الاتفاق على الشيء المبيع و الثمن⁽²⁾، و إن كان إجباراً يجب الاتفاق على العين المؤجرة و بدل الإيجار و مدّة الإيجار.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ نفس المرجع السابق، رقم 136، ص 256.

(2) يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 106776، الصادر بتاريخ 1989/12/22، منشور ب م ق لسنة 1994، ع 2، ص 27، و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانوناً أنّ البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء مقابل ثمن نقدي.

و إنّ الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معيّن في المستقبل لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه و المدة التي يجب إبرامه فيها.

و لما كان الثابت – في قضية الحال- أن الطاعن لم يدفع ثمن البيع وهو ركن من أركان العقد غير المتوافرة فان قضاة المجلس كانوا على صواب عندما صرحوا ببطلانه".

كما تعتبر المدة التي يجب أن يبدي فيها الموعود له رغبته في إبرام التصرف ضرورية، فقد تحدد المدة صراحة كشهرا أو سنة أو ضمنا بحيث تستخلص من ظروف الاتفاق⁽¹⁾، كما في حالة المستأجر الذي حصل على وعد ببيع العين المؤجرة له، فإذا لم تحدد هذه المدة صراحة تكون مدة الإيجار هي المدة المعينة لذلك و إن لم يتضمن الوعد ميعادا صريحا أو ضمنيا لإعلان الرغبة فإن هذا الوعد يقع باطلا و لا يترتب عليه أي أثر قانوني⁽²⁾.

إذا انعقد الوعد مستوفيا لشروطه و أظهر الموعود له رغبته في إبرام التصرف الموعود به و ذلك خلال المدة المتفق عليها فإن التصرف النهائي يتم بمجرد ظهور هذه الرغبة و لا حاجة لرضاء جديد من الواعد و يعتبر التصرف النهائي قد تمّ من وقت ظهور الرغبة لا من وقت إبرام التصرف.

و إذا تطلب إبرام العقد النهائي تدخلا شخصيا من الواعد و امتنع الواعد عن ذلك جاز استصدار حكم ضده و قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي فيه مقام العقد و هذا وفقا لمقتضيات المادة 72 من القانون المدني التي جاء نصها كالاتي: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

الفرع الثاني: شكل الوعد بالتعاقد

إذا كان الوعد جائزا بالنسبة لجميع التصرفات القانونية سواء كانت رضائية أو شكلية فإنّ المشرع الجزائري اشترط في التصرفات الشكلية إفراغ الوعد بالتعاقد الوارد عليها في نفس الشكل المتطلب قانونا لانعقاد التصرف و ذلك وفقا لمقتضيات المادة 71 الفقرة الثانية من القانون

(1) يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 247607، الصادر بتاريخ 2001/05/23، منشور ب م ق لسنة 2004، ع 2، ص 119 و الذي جاء فيه ما يلي: " المدة الواجب تحديدها في الوعد بالبيع بخصوص إبرام عقد البيع تحدد إما بتاريخ و إما باتفاق و إما بحصول أمر معين".

(2) نبيل إبراهيم سعد/ النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 137.

المدني التي جاء فيها ما يلي: " و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

فالوعد الذي يرد على تصرف شكلي يجب أن يفرغ في نفس الشكل المقرر للتصرف الموعود به، فإذا كان العقد الموعود به واردا على عقار كالبيع أو الرهن الرسمي مثلا فإنّ الشكل الذي يعتبر ركنا فيه يعتبر أيضا ركنا في الوعد بالتعاقد.

و عليه إذا لم يراع في الوعد بالتعاقد الشكل المطلوب في التصرف الشكلي الموعود به كان الوعد باطلا⁽¹⁾، فالوعد ببيع العقار إذا لم يفرغ في ورقة رسمية كان باطلا تطبيقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني التي تنص على أنه: " ... يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار... في شكل رسمي".

من ثمّ لا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده تنفيذا عينيا بأن يجبر على إبرام البيع النهائي، كما لا يجوز للموعود له الحصول على حكم يقوم مقام التصرف القانوني الشكلي نظرا لأنّ الوعد به باطل و لأنه لو جاز ذلك لأمكن التحايل على نصوص القانون و التوصل إلى إبرام تصرف شكلي دون مراعاة الشكل المقرر يقتصر به المتعاقدان على إبرام وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى حكم يقوم مقام العقد⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أنّ عدم توافر الشكل المتطلب قانونا في الوعد بإبرام التصرف الشكلي يؤدي إلى إبطال الوعد بالتعاقد غير أنه مع ذلك يترتب التزامات شخصية في ذمة الطرفين تخولهما حق طلب التعويض.

هذا ما أكده القضاء الجزائري حيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 17 أبريل 1996⁽³⁾ بما يلي: " إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام

(1) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 137.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، رقم 135، ص 253-254.

(3) قرار م ع غ م، ملف رقم: 154760، منشور بـ م ق لسنة 1996، ع 1، ص 99.

العقد في حالة ما إذا نكل الطرف الآخر عن تنفيذ الوعد فإنه اشترط مع ذلك توافر الشكلية في الوعد بالبيع.

و متى ثبت - في قضية الحال- انعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا و رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام الطاعنين حينها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوافر فيه الشكلية القانونية".

خلاصة لما تقدّم إذا كان العقد الموعود به عقدا شكليا فإنّ الشكل الذي يعتبر ركنا فيه يعتبر أيضا ركنا في الوعد بالتعاقد، و من ثمّ إذا لم يستوف الوعد بالتعاقد الشكل المطلوب وقع باطلا، ذلك لو جاز القول بصحة الوعد غير المستوفي للشكل المتطلب قانونا في تصرف شكلي لأمكن بطريق ملتو أن يصل الطرفان إلى إبرام تصرف شكلي دون مراعاة الشكل المقرر، بحيث يقتصران على إبرام وعد بالتعاقد غير رسمي يصلان به إلى حكم يقوم مقام العقد الرسمي، فعندئذ تنتفي حكمة المشرع من اشتراط هذا الشكل.

المطلب الثاني: الشكل في الوكالة في التصرف القانوني الشكلي

الأصل أن يبرم الشخص التصرف القانوني بنفسه و لحسابه و لكن قد يبرم هذا التصرف بواسطة شخص آخر و هذا هو التعاقد بطريق النيابة، و تعرّف النيابة بأنها: " حلول إرادة النائب محلّ إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو"⁽¹⁾.

= و نفس المعنى كرسه قرار م ع ، ملف رقم: 136156، الصادر بتاريخ 18/02/1997، منشور بـ م ق لسنة 1997، ع1، ص10 و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع و بصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري و لو كان معلقا على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلا".
⁽¹⁾ محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص143.

و تنقسم النيابة من حيث مصدر سلطة النائب إلى نيابة اتفاقية مصدرها الاتفاق بين النائب و الأصيل و يقصد بها عقد الوكالة، و نيابة قانونية مصدرها القانون مثل الولاية و الوصاية، و هناك من يضيف النيابة القضائية و مصدرها الحكم القضائي كالتقديم و الحراسة القضائية⁽¹⁾.

و الملاحظ أنّ المشرع الجزائري فصل عقد الوكالة عن موضوع النيابة بوجه عام، فوضع مبدأ النيابة و ما يتصل بها من أحكام بين القواعد العامة للالتزامات⁽²⁾، و جعل عقد الوكالة في مكانه بين العقود المسماة التي ترد على العمل لأنّ الوكالة محلها عمل الوكيل⁽³⁾، و قد راعى المشرع بعد فصل الوكالة عن النيابة ألا تتكرر النصوص في الموضوعين، فخصّ النيابة بالمبادئ العامة دون النظر إلى مصدرها إذا كان العقد أو القانون، بينما خصّ الوكالة باعتبارها عقدا بين الوكيل و الموكل من حيث المصدر فهي نيابة اتفاقية مصدرها العقد، و من حيث الأثر فهي تقف بنوع خاص عند أثر النيابة في علاقة النائب بالأصيل، أما العلاقة بالغير فقد وردت في الوكالة مع الإحالة إلى مبدأ النيابة بوجه عام في الأحكام الأخرى.

و إذا كانت القاعدة في القانون هي جواز إبرام التصرف القانوني عن طريق الوكالة فهل تنطبق هذه القاعدة على جميع التصرفات القانونية سواء كانت رضائية أو شكلية؟ و هل للشكل تأثير على أحكام الوكالة في إبرام التصرفات القانونية؟

الفرع الأول: أحكام الوكالة

نصّ المشرع الجزائري في المادة 571 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:
" الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه".

⁽¹⁾ بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 1، ط 3، التصرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 84.

⁽²⁾ يراجع نص المواد من 73 إلى 77 من القانون المدني الجزائري.

⁽³⁾ يراجع نص المواد من 571 إلى 589 من ق.م.

يتبين من خلال قراءة هذه المادة أنّ الوكالة عقد يفوض بمقتضاه الموكل الوكيل للقيام بإنشاء تصرف قانوني مع انصراف أثر هذا التصرف إلى الموكل، و من ثمّ يمكن القول بأنّ عقد الوكالة هو من العقود الواردة على العمل.

ولما كانت الوكالة عقدا فيشترط فيها توافر الأركان المتعارف عليها في سائر العقود و هي التراضي و المحل و السبب.

فيجب لانعقاد الوكالة أن يتوافق الإيجاب و القبول على عناصر الوكالة حيث يتمّ التراضي بين الموكل و الوكيل على ماهية العقد و التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل و الأجر الذي يتقاضاه إن كان هناك أجر، و يكون كل ذلك خاضعا للقواعد العامة في نظرية العقد⁽¹⁾.

بالنسبة لمحل الوكالة فهو التصرف القانوني الذي يقوم به الوكيل و يشترط في هذا التصرف طبقا للقواعد العامة أن يكون ممكنا و معيّنا أو قابلا للتعيين و أن يكون مشروعاً⁽²⁾.

أما بالنسبة لسبب عقد الوكالة فتتطبق عليه القواعد العامة التي تحكم سائر العقود و من ثمّ يجب أن يكون سبب التصرف القانوني محل الوكالة مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة⁽³⁾.

هذا و إذا انعقدت الوكالة مستوفية لشروطها فإنها تنشئ التزامات في جانب الوكيل و أخرى في جانب الموكل، فيلتزم الوكيل بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة فلا يخرج عن هذه الحدود لا من ناحية مدى سعة الوكالة و التصرفات القانونية التي تتضمنها، و لا من ناحية طريقة التنفيذ التي رسمها له الموكل⁽⁴⁾ على أنّ التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة هو التزام ببذل عناية

(1) يراجع نصّ المادة 59 و ما يليها من ق.م.ج.

(2) يراجع نصّ المواد من 93 إلى 96 من ق.م.ج.

(3) يراجع نصّ المادتين 97 و 98 من ق.م.ج.

(4) يراجع نصّ المادة 575 من ق.م.ج.

أي عناية الرجل العادي⁽⁵⁾ لا التزام بتحقيق نتيجة، كما يلتزم الوكيل أيضا بموافاة الموكل أثناء تنفيذ الوكالة بالمعلومات الضرورية التي يقف منها على سير التنفيذ، و أن يقدم للموكل بعد انتهاء تنفيذ الوكالة حسابا عن ذلك⁽¹⁾.

أما الموكل فيلتزم بدفع الأجر للوكيل إذا ما تمّ الاتفاق بينهما على ذلك علما بأنّ المبدأ العام أنّ الوكالة تبرعية⁽²⁾، و يلتزم الموكل أيضا بتقديم ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفقات إذا طلب الوكيل ذلك و ردّ ما أنفقه هذا الأخير من ماله الخاص تنفيذا للوكالة⁽³⁾، و يكون الموكل مسؤولا عن الضرر اللاحق بالوكيل بسبب تنفيذ الوكالة تنفيذا معتادا⁽⁴⁾.

هذا و تجدر الإشارة إلى أنّ الوكالة تنتهي لأسباب مختلفة، منها ما يرجع إلى القواعد العامة فتنتهي الوكالة بانتهاء العمل محل الوكالة أو بانقضاء الأجل المحدد في العقد، و منها ما يرجع لأسباب خاصة بها فينتهي عقد الوكالة إما بموت الوكيل أو الموكل أو بعزل الوكيل أو تنحيه⁽⁵⁾.

(5) يراجع نصّ المادة 576 من ق.م.ج.

(1) يراجع نصّ المادة 577 من ق.م.ج.

و هذا ما أكده القضاء الجزائري في القرار الصادر عن م ع ، ملف رقم: 41470، الصادر بتاريخ 1986/06/30، منشور في م ق لسنة 1989، ع 2، ص 81، و الذي جاء فيه ما يلي: " أوجب القانون أن يوافي الموكل بالمعلومات الضرورية في إطار تنفيذ الوكالة و أن يقدم له حسابا عنها و لم يجز له استعمال مال الموكل لصالح نفسه".

(2) يراجع نصّ المادة 581 من ق.م. .

(3) يراجع نصّ المادة 582 من ق.م. .

(4) يراجع نصّ المادة 583 من ق.م. .

(5) يراجع نصّ المادة 586 من ق.م. .

و يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 63539، الصادر بتاريخ 1990/06/27، منشور بـ م ق لسنة 1992، ع 2، ص 31، و الذي قضى بما يلي: " من المقرر قانونا أن الوكالة تنتهي بموت الموكل أو الوكيل، و من ثمّ فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

و لما كان الثابت- في قضية الحال- أن قضاة الموضوع بمصادقتهم على تقرير الخبير دون الأخذ بعين الاعتبار تاريخ وفاة طرفي الوكالة يكونون قد خرقوا القانون".

الفرع الثاني: شكل الوكالة

الوكالة عقد رضائي يكفي لانعقادها تطابق إرادة طرفيها إذ لا يشترط القانون إبرامها في شكل معيّن، و لكن إذا كان موضوع الوكالة تصرفاً شكلياً فهل يشترط القانون إفراغها في نفس الشكل المقرر للتصرف الشكلي محل الوكالة؟ أم تبقى معفية من أيّ شكل؟

انقسم الفقه بصدد الإجابة عن هذا التساؤل إلى اتجاهين:

فأرى أنصار الاتجاه الأول⁽¹⁾ أنه لا يشترط خضوع الوكالة لنفس الشكل المقرر للتصرف محل الوكالة لأنّ الأصل هو مبدأ الرضائية و عقد الوكالة عقد رضائي⁽²⁾، و الشكل يعدّ استثناء من القاعدة العامة فهو لا يتقرر إلا بنص صريح فإذا لم يوجد هذا النص فإنه يجوز إبرام الوكالة في أيّ شكل بشرط أن يلتزم الوكيل بالشكل الذي يتطلبه القانون بالنسبة للتصرف محل الوكالة.

و إذا كان هذا رأي الفقه فإنّ القضاء الفرنسي القديم اعتمد نفس الحل، بحيث قضت محكمة النقض الفرنسية بصحة عقد رهن رسمي أبرم عن طريق وكالة عرفية بشرط أن تكون هذه الوكالة صريحة، و قد استندت المحكمة في حكمها إلى نصّ المادة 1985 من القانون المدني الفرنسي التي أجازت إبرام الوكالة في شكل عرفي⁽³⁾.

⁽¹⁾PERSIL/ Régime hypothécaire, n°6 ; BAUDOT/ Traité des formalités hypothécaires, t 1, n°525; Cité par Marie-Antoinette GUERRIERO,op.cit, p 403.

⁽²⁾L'article 1985 du code civil français dispose que:"Le mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre, il peut aussi être donnée verbalement...".

⁽³⁾Req 27/05/1819. D.jur, n°1264.

بينما رأى أنصار الاتجاه الثاني⁽⁴⁾ أنّ هناك ارتباطا وثيقا بين الوكالة و التصرف محل الوكالة و عليه يجب أن تفرغ الوكالة في ذات الشكل المقرر قانونا للتصرف محل الوكالة، فإذا كان العقد شكليا يقتضي لانعقاده شكلا خاصا و يجب أن تكون الوكالة فيه أيضا شكلية، ذلك أنّ عدم الأخذ بهذه القاعدة من شأنه أن يضيع الحكمة من فرض الشكل و يسهل استبعاده عن طريق إجراء وكالة عرفية للقيام بالتصرف نيابة عن الموكل، لهذه الأسباب غيرت محكمة النقض الفرنسية رأيها و قضت في حكم لاحق⁽¹⁾ ببطلان عقد رهن رسمي أنشئ بموجب وكالة عرفية على أساس أنّ الوكالة و عقد الرهن يكوّنان معا كلا غير قابل للانقسام، و من ثمّ فإنّ كلا التصرفين يجب أن يكون خاضعا لذات الشروط.

بعد عرض موقف كل من الفقه و القضاء الفرنسيين من الوكالة لإبرام تصرف شكلي بقي لنا أن نتساءل عن موقف المشرع الجزائري.

نصّ القانون الجزائري في المادة 572 من القانون المدني على ما يلي: " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري ساير الاتجاه الثاني إذ اشترط أن تكون الوكالة في ذات الشكل المقرر للتصرف محل الوكالة، فإذا أوجب القانون إفراغ التصرف القانوني محل الوكالة في شكل خاص سواء كان بواسطة ورقة رسمية أو عرفية فانه يجب أن تفرغ الوكالة في ذات الشكل المقرر للتصرف محل الوكالة، و من ثمّ إذا كان التصرف القانوني محل الوكالة بيعا لعقار أو رهنا له أو عقد شركة مثلا فإنّه يجب أن تفرغ الوكالة في هذه الحالات في شكل رسمي أيضا، أما إذا كان التصرف عقدا لمرتب مدى حياة الشخص مثلا فإنّه يجب أن يكون عقد الوكالة بورقة مكتوبة و لو كانت ورقة عرفية و إلا كانت باطلة.

⁽⁴⁾MERLIN/ Hypothécaire, section2, article6 ;GRENIER/Traité des hypothèques, t 1, n°68, p141; Cité par Marie-Antoinette GUERRIERO, op.cit , p 408.

⁽¹⁾Cass.Civ 07/02/1854. D1854. I 49.

هذا وإنّ الشكل المقصود هنا هو الشكل المقرر لصحة التصرف، أما إذا كان الشكل مقررا بغرض الإثبات أو غيره فلا يشترط في التوكيل فيه شكلا معيناً لأنّ الشكل المقرر لا ينصبّ على صحة التصرف الذي يظل رضائياً، و من ثمّ يجوز التوكيل فيه بكافة الطرق.

و تجدر الإشارة إلى أنّ نفس الحكم السالف الذكر يطبّق على الوكالة المحررة بالخارج، و من ثمّ يتعيّن أن تفرغ في ذات الشكل المقرر للتصرف محل الوكالة سواء أبرمت أمام القنصلية الجزائرية أو مكاتب التوثيق الموجودة في الخارج.

فتنقذ الوكالة في الحالة الأولى و ذلك بأن يتصل الأطراف بالقنصلية الجزائرية في الخارج و هي تتولى عن طريق رئيس المركز القنصلي بتحرير عقد الوكالة - التي موضوعها تصرف شكلي- في شكل رسمي و ذلك طبقاً لمقتضيات المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 المتعلق بالوظيفة القنصلية التي جاء نصها كالآتي: " يمارس رئيس المركز القنصلي المهام التوثيقية" و المادة السابعة من المرسوم الرئاسي رقم 407/02 المحدد لصلاحيات رؤساء المراكز القنصلية التي تنص على ما يلي: " يمارس رئيس المركز القنصلي الوظائف التوثيقية في إطار التنظيم المعمول به و الأحكام التعاقدية المتصلة بذلك"، غير أنّ هذه المهام التوثيقية لا تتمّ من طرف القنصليات الموجودة في الخارج إلا إذا كانت قوانين بلد الإقامة تسمح بذلك وفقاً لمقتضيات المادة الخامسة من معاهدة فيينا المؤرخة في 24 أبريل 1963⁽¹⁾.

أما في الحالة الثانية التي تعرف بالرسمية المحلية فيتوجه الأطراف إلى مكاتب التوثيق الموجودة بالخارج لإبرام عقد الوكالة بشأن تصرف شكلي، و يتعيّن في هذه الحالة استصدار حكم قضائي ممهور بالصيغة التنفيذية من الجهة القضائية الجزائرية المختصة⁽²⁾، و لتنفيذ عقد الوكالة الرسمي الصادر من جهة أجنبية في الإقليم الجزائري⁽³⁾ لا بدّ أن تتوافر فيه الشروط المنصوص

(1) المتعلقة بالعلاقات القنصلية.

(2) و هي محكمة مقر المجلس القضائي الذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ طبقاً لنص المادة 607 من ق.إ.م.إ.

(3) يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 279751، الصادر بتاريخ 2003/12/24، و المنشور بـ م ق لسنة 2003، ع 2، ص 115 و الذي جاء فيه ما يلي: " لا تكون الوكالة المحررة أمام موثق أجنبي قابلة للتنفيذ في الجزائر إلا وفق ما يفضي بتنفيذه من جهة قضائية جزائرية".

عليها في المادة 606 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ما لم تقتض المعاهدات الدولية أو الاتفاقيات القضائية التي تبرمها الجزائر مع غيرها من الدول أحكاما مخالفة لذلك إذ يستوجب الأمر تنفيذ بنود هذه المعاهدة أو الاتفاقية طبقا للمادة 608 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.

استنادا على ما سبق، يمكن القول بأنّ لجوء الأطراف إلى إبرام عقد الوكالة الرسمي في الخارج وفقا للطريقة الأخيرة يتميز بالعديد من الصعوبات، في حين أن تحرير الوكالة في شكل رسمي أمام القنصلية الجزائرية له مزايا متعددة نذكر منها على سبيل المثال أنّ العقد المبرم من طرف القنصلية يعتبر كأنه أبرم في الجزائر، و من ثمّ لا يتطلب ترجمة لأنه محرر باللغة الوطنية و له قوة تنفيذية في البلد الذي حرر فيه دون الحصول على أمر بالتنفيذ⁽¹⁾.

هذا و إذا كان المقرر قانونا أنه يجب لانعقاد الوكالة أن تكون في ذات الشكل الذي يشترطه القانون لإنشاء التصرف محل الوكالة فانه جاء في آخر المادة 572 من القانون المدني الجزائري ما يلي: " ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

فإذا وجد نصّ يقضي بأن يكون التوكيل في شكل معين و يجب مراعاة هذا الشكل دون النظر فيما إذا كان التصرف القانوني محل التوكيل شكليا أو غير شكلي، و دون النظر إلى ماهية الشكل المطلوب لهذا التصرف، و مثال ذلك التصويت و الانتخاب بالوكالة أين نصت المادة 60 من قانون الانتخابات في شأنه على ما يلي: " تحرر كل وكالة على مطبوع واحد توفره الإدارة وفقا للشروط و الأشكال المحددة عن طريق التنظيم".

تطبيقا لذلك أصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 61/90 المؤرخ في 13 فبراير 1990 الذي يحدّد شروط إعداد الوكالة و شكلها، فنصّ على أنّ الوكالة في التصويت يجب أن تكون مكتوبة و مفرغة في مطبوع متوفر لدى الإدارة المختصة و الذي تمّ تحديد شكله بموجب القرار الصادر عن وزارة الداخلية المؤرخ في 10 أبريل 1990 المتضمن تحديد المواصفات التقنية لمطبوعة التصويت بالوكالة.

⁽¹⁾ وناس علي/ (الوكالات المبرمة في الخارج ومدى مطابقتها مع القانون الجزائري)، مقال منشور بنشرة الموثق، ع 5، ديسمبر 1998، ص 29.

و عليه ما دام شكل عقد الوكالة في الانتخاب محدداً بطريقة نظامية بموجب نص خاص في القانون فإنه يترتب على ذلك أنه متى اتخذت شكلاً آخر غير الذي حدده القانون بطلت الوكالة⁽¹⁾.

كذلك الشأن بالنسبة للوكالة المستظهرة أمام مصلحة الضرائب، إذ نصت المادة 75 الفقرة الثالثة من قانون الإجراءات الجبائية المعدل و المتمم بموجب قانون المالية لسنة 2003 على ما يلي: " يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر الوكالة على ورق مدموغ و مسجل قبل تنفيذ العمل المخول بموجبها".

يتبين من قراءة هذه المادة أنّ المشرع اشترط أن تكون الوكالة المقدمة أمام مصلحة الضرائب، وذلك تحت طائلة البطلان، مكتوبة في ورق مدموغ أي يحمل طابع الدمغة بقيمة معينة و أن يتمّ تسجيل عقد الوكالة في مصلحة التسجيل، و بذلك يتحدّد شكل الوكالة هنا بموجب نصّ خاص.

المبحث الثاني:

جزاء تخلف الشكل في التصرف الشكلي

إذا اشترط القانون إفراغ التصرف في شكل معين فإنّ هذا الشكل يعتبر ركناً جوهرياً في التصرف و من ثمّ فإنّ تخلف الشكل الذي يتطلبه المشرع يؤدي حتماً إلى بطلان التصرف. فيجب هنا التطرق إلى طبيعة البطلان (المطلب الأول) ثمّ بعد ذلك إلى أحكام العقد الباطل لتخلف الشكل (المطلب الثاني).

(1) بو عبد الله رمضان/ أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط 2، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر 2008، ص57.

المطلب الأول: الجزاء المترتب على تخلف الشكل

إنّ مسألة تحديد طبيعة البطلان الناجم عن تخلف الشكل كانت محل جدل فقهي واسع، فقد ذهب البعض إلى أنّ هذا البطلان نسبي، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنّ هذا البطلان يجب أن يكون مطلقاً، و لكلّ أساتيده و مبرراته.

لذا سأعرض لموقف الفقهاء من تخلف الشكل (الفرع الأول) ثمّ أبيّن موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جزاء تخلف الشكل في الفقه

سبق أن رأينا أنه متى كان الشكل مقروراً لانعقاد التصرف القانوني فإنّ عدم استيفاء هذا الشكل يؤدي إلى عدم وجود التصرف و من ثمّ عدم ترتيب الآثار المقصودة منه.

و إذا كان المتفق عليه أنّ تخلف الشكل يؤدي إلى عدم صحة التصرف أو بطلانه، فما طبيعة هذا البطلان؟ هل يراد به البطلان المطلق أم البطلان النسبي؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يجدر بنا التذكير أنّ المشرع الجزائري أخذ بتقسيم البطلان إلى بطلان مطلق و بطلان نسبي، فاعتبر العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا تخلف أحد أركان الرضا أو كلها، بينما يكون باطلاً بطلاناً نسبياً إذا تخلف أحد شروط صحة الرضا⁽¹⁾ وهو بذلك اعتمد المعيار العددي للتفرقة بين نوعي البطلان، فإذا تخلفت شروط قيام العقد كلها أو بعضها أو اختل شرط من شروط كل منها- ما عدا اختلال شروط صحة الرضا- كان الجزاء هو البطلان المطلق، أما شروط الصحة التي تتمثل في كمال الأهلية و خلو الإرادة من عيب يلحقها و التي تتمثل في الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال فإنّ تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً نسبياً⁽²⁾.

(1) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص250.

(2) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص177.

إلا أنّ المشرع لا يمكنه أن يحصر حالات البطلان بكاملها فقد تظهر حالات لم يواجهها المشرع بنصوص صريحة تقرر طبيعة البطلان المعتمد من حيث كونه بطلانا مطلقا أو بطلانا نسبيا فتبدو الحاجة ملحة بالنسبة إلى القضاة للبحث عن معيار يكمل المعيار العددي الذي اعتمده المشرع في القانون المدني، وإنّ هذا المعيار يتمثل في طبيعة المصلحة المراد حمايتها، فإذا كانت المصلحة المراد حمايتها مصلحة عامة أي أريد بها حماية الجماعة بكاملها كان البطلان الذي يتقرر لمخالفتها بطلانا مطلقا، أما إذا كانت المصلحة المبتغى حمايتها مصلحة خاصة أي تتحدد بشخص معيّن أو بمجموعة محددة من الأشخاص فإنّ البطلان الذي يترتب على مخالفتها يكون نسبيا⁽¹⁾.

هذا وإنّ تحديد مسألة طبيعة البطلان الناجم عن تخلف الشكل المتطلب قانونا كانت مثار جدل فقهي، فقد ذهب غالبية الفقه إلى القول بأنّ هذا البطلان بطلان مطلق لأنّ الغاية من الشكل هي حماية المصلحة العامة⁽²⁾، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنّ البطلان المترتب على تخلف الشكل يعدّ بطلانا نسبيا⁽³⁾، وذلك على أساس أنّ الشكل مفروض لحماية المتصرف، و من ثمّ فإنّه يحمي مصلحة خاصة و ليس مصلحة عامة.

و الحقيقة أنّ الرأي الثاني غير صائب لأنه على الرغم من التسليم بأنّ الشكل يحمي المتصرف فإنّه ينبغي ملاحظة أنّ الشكل لا يتقرر لحماية مصلحة خاصة بفرد من الأفراد، و إنما لمصلحة كل من يبرمون نفس التصرف و بذلك نخرج من نطاق المصلحة الشخصية إلى نطاق المصلحة الخاصة العامة (Intérêt privé général) و التي تتكوّن من مجموع الأشخاص المراد حمايتهم و هم فئة هامة ممّا يجعل جانب المصلحة العامة يطغى على جانب المصلحة الخاصة، إضافة إلى أنّ استلزام الشكل يكون عادة مبررا بحماية المتصرف إلا أنّه يسعى لحماية مصالح أخرى كالعائلة و الورثة كما

(1) بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، المرجع السابق، ص171.

(2) PLANIOL et RIPERT/ Traité pratique de droit civil français, t 6, par P.ESMEIN, P 1952 , n°294.

-Hervé JACQUEMIN/ La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuel, la nullité des contrats, sous la coordination de Patrick WERY, université de Liège, Belgique 2006, n° 9, P 95.

(3) H.L.J MAZEAUD, F.CHABAS/ Leçons de droit civil, obligations, t 2, 1^{er} volume, 9^e édition, Paris, Montchrestien, 1998, n°300, p 302.

هو الشأن بالنسبة لاشتراط الشكل الرسمي في الهبة أو حماية الائتمان و استقرار التعامل كالرهن الرسمي و بيع العقار⁽¹⁾.

و ذهبت الأستاذة فيريريرو (M.A Guerriero)⁽²⁾ إلى أنّ تحديد طبيعة الجزاء المترتب على عدم احترام الشكل المحدد قانونا يستوجب التفرقة بين حالتين:

- حالة ما إذا كان الشكل مفروضا بطريقة تحكّمية كما هو الشأن بالنسبة إلى الرهن الرسمي المنصوص عليه في المادة 2128 مدني فرنسي إذ أنه يمكن تصور قيام عقد رهن عقاري مبرم بطريقة عرفية غير أنّ تدخل المشرع و منعه لهذا الأسلوب كان نتيجة اعتبارات أهمها حماية المدين الراهن و ضمان الوفاء.

- حالة ما إذا كان الشكل مفروضا بصفة ملازمة للتصرف نفسه كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية، إذ أنّ الجزاء المترتب على تخلف الشكلية فيها يتمثل في تغيير تكيفها أي عدم إضفاء الوصف القانوني المقرر لها أصلا.

و أوضحت صاحبة هذا الرأي أهمية التفرقة ما بين البطلان و تغيير التكيف، فقررت أنّ البطلان يؤدي إلى عدم إنتاج التصرف لأيّ أثر، بينما تغيير التكيف لا يمنع هذا التصرف من أن يتخذ شكل تصرف آخر إذا استوفى الشروط التي يتطلبها هذا التصرف الآخر.

غير أنّ الدكتور حبار محمد في رسالته تحت عنوان: " نظرية بطلان التصرف القانوني"⁽³⁾ اعتبر أنّ صاحبة هذا الرأي لم تأت بجديد لأنّ المستقر عليه فقها أنّ البطلان المطلق و إن كان يؤدي إلى عدم السماح للتصرف بإنتاج آثاره القانونية الأصلية، فإنّه قد ينتج آثارا عرضية و من بينها ما يسمى بـ: " تحويل التصرف" الذي مؤداه أنّ التصرف الباطل قد يكتسي صفة تصرف

(1) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص224.

(2) في رسالتها تحت عنوان: " التصرف القانوني الشكلي"

Marie-Antoinette GUERRIERO/L'acte juridique solennel, op.cit, p 361,362,363.

(3) حبار محمد/ نفس المرجع السابق، ص225.

آخر صحيح إذا استوفى شروطه، و بذلك فإنّ الجزاء يكون واحدا في الحالتين و هو البطلان، إلا أنه في الحالة الثانية نكون بصدد أثر عرضي للبطلان يتمثل في تحوّل التصرف، و من ثم نجد فقهاء القانون التجاري⁽¹⁾ يعتبرون أنّ الورقة التجارية عندما يشوبها البطلان تتحول إلى مجرد سند عادي إذا كانت عرفية، و إلى سند رسمي إذا كان مصدقا عليها من طرف موظف عام.

نرى تماشيا مع الاتجاه الفقهي الغالب أنّ تخلف الشكل المتطلب لانعقاد التصرف القانوني يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا لأنّ الحكمة من فرض المشرع الشكل تقتضي ترتيب البطلان المطلق جزاء لتخلفه، و لأنّ القول بالبطلان النسبي كجزاء لتخلف الشكل و ما يترتب عليه من إمكانية إجازة هذا البطلان يؤدي إلى هدم فكرة الشكل و جعلها دون فائدة.

الفرع الثاني: جزاء تخلف الشكل في التشريع الجزائري

نصّ المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على ما يلي: " 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 التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

و لقد كانت المادة 12 من قانون التوثيق سابقا⁽²⁾ و هي نفسها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني حاليا مثار جدل فقهي و قضائي⁽³⁾ بالجزائر.

فقد ظهر اتجاه حاول أن يتجاهل الشكل الرسمي المتطلب في العقود الواردة على عقار بالرغم من وضوح عبارات نصّ المادة 12 من قانون التوثيق و التي أصبحت المادة 324 مكرر 1 من القانون

(1) أحمد محرز/ القانون التجاري، السندات التجارية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 1966، ص55-56.

(2) الصادر بموجب الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970.

(3) فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائري من تخلف الشكل، يراجع ما سيأتي في ص203 و ما بعدها من هذه الرسالة.

المدني⁽¹⁾، فقد اعتبر أنصار هذا الرأي أنّ كل عقد بيع عقاري يحتوي على عقدين متتاليين: فهناك التصرف القانوني المتمثل في البيع بحدّ ذاته و هو تصرف رضائي، و هناك التصرف المتعلق بنقل ملكية عقار و هو تصرف شكلي، فإذا أبرم عقد بيع عقار في شكل عرفي فإنّ هذا العقد صحيح و لكنه لا يؤدي إلى انتقال الملكية بل ينشئ التزاما بنقل الملكية، و استنتجوا من ذلك بأنّ البطلان المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لا يجب أن يمسه العقد، بل يلحق فقط انتقال الملكية كأثر مترتب على هذا العقد⁽²⁾.

غير أنّ هذا الرأي تعرض للنقد على اعتبار أنه ينطلق من فكرة خاطئة مؤداها أنّ التصرف المبرم بين الطرفين يشمل تصرفين: تصرفا متعلقا بالبيع و تصرفا لاحقا به متعلقا بنقل الملكية، و الحقيقة أنه لا وجود لهذين التصرفين المتتابعين و المتلاحقين في تصرف واحد من الناحية القانونية طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، ذلك أنّ نقل الملكية ما هو إلا مجرد أثر مترتب على عقد البيع، و إنّ هذا الأثر لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان العقد الذي تولد عنه عقدا صحيحا⁽³⁾، فضلا عن أنه يخلط بين القانون الجزائري و القانون المصري ذلك أنّ القاعدة في القانون المصري أنّ البيع العقاري بيع رضائي و لكنه يعلق نقل ملكية العقار بالنسبة للمتعاقدين و للاحتجاج به قبل الغير على توافر تسجيل العقد، فإذا لم يتم إجراء التسجيل فإنّ عقد البيع يبقى صحيحا مرتبا لآثاره ما عدا انتقال الملكية⁽⁴⁾.

بينما في القانون الجزائري فالأمر مختلف لأنّ الشكل الرسمي سابق على الشهر و أنّ كل عقد غير موثق لا يمكن شهره طبقا لنص المادة 61 من المرسوم رقم 63/76 الصادر بتاريخ

(1) أحيانا وجه الفقه تفسيرات لنص المادة 12 من قانون التوثيق، و بما أنها أصبحت الآن المادة 324 مكرر 1 من ق.م فإنني سأقتصر على ذكر المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

(2) BENEDEDOUCHE Jacqueline: Déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie, La revue Algérienne de sciences juridiques, économiques et politiques, Alger, n°1, Mars 1981.

(3) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 230-231.

(4) تنص المادة 204 من القانون المدني المصري على ما يلي: " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم، و ذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ و التي جاء فيها ما يلي: " كلّ عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدّم على الشكل الرسمي".

و ذهب اتجاه آخر إلى أنّ الشكل الرسمي المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ليس شكلا متطلبا لوجود العقد بل إنه مجرد شرط متطلب للإثبات⁽²⁾.

و حججهم في ذلك أنّ المادة 324 مكرر 1 وردت في الفصل الأول من الباب السادس الخاص بإثبات الالتزام ممّا يفيد بأنّ الشكل الرسمي شرط لإثبات العقد و ليس ركنا لوجوده، فضلا عن أنّ الفقرة الثانية من ذات المادة نصت حرفيا على عبارة: " إثبات العقود"، كما و أنّ الشكلية المتطلبة بصدد التصرف في العقارات لا مبرر لتواجدها إذ أنّ القانون يوفر للبائع حماية واسعة و ليس في حاجة إلى شكلية ما للزيادة في هذه الحماية⁽³⁾.

غير أنّ هذا الاتجاه تعرّض بدوره لعدّة انتقادات يمكن حصرها فيما يلي:

- أنّ هذا الرأي ضعيف من حيث التأسيس القانوني و دليل ذلك أنّ عبارة " تحت طائلة البطلان" التي أوردها المشرع في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تفيد صراحة أنّ شرط الشكل الرسمي شرط جوهري في التصرف، و ليس مجرد وسيلة إثبات⁽⁴⁾ إذ أنّ الأمر لو كان متعلقا بمجرد توفير دليل كتابي للإثبات لكان بالإمكان العدول عنه في الحالات التي أجاز فيها المشرع الإثبات بالبينة في حالة عدم تقديم دليل كتابي للإثبات، و صورة ذلك أن يتوافر مانع مادي أو أدبي

(1) منشور في ج ر، ع 30، س 13، الصادرة في: 1976/04/13. و قد تمّ تعديله بموجب المرسوم رقم 123/93 المؤرخ في 15 ماي 1993، منشور في ج ر، ع 34، س 30، الصادرة في: 1993/05/23.
(2) علي فيلاللي/ (الشكلية في العقود)، مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، ج 35، رقم 3، جامعة الجزائر، 1997، ص 725.

-LAHLOU née KHIAR Ghania : jurisprudence, revue Algérienne de sciences juridiques, économiques et politiques, n°3, université d'Alger 1998, p 750-751.

(3) رأي زروق قدور مشار إليه في مقال:

- LAHLOU née KHIAR Ghania, art.pré, p 750.

(4) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 230.

حال دون الحصول على دليل كتابي لإثبات العقد أو ضياع السند لسبب أجنبي لا يد له فيه رغم أنّ قيمة المعاملة قد تتجاوز 100 ألف دينار طبقا لمقتضيات المادة 336 من القانون المدني الجزائري.

- أنّ ورود لفظ " الإثبات" في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني إنما قصد به المشرع تحرير العقد بدليل أنّ النص الفرنسي لذات المادة جاء موقفا بنصه على عبارة (Constater).

- و أنّ المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لا تهدف إلى حماية المتصرف إليه فقط و إنما تحمي المتصرف أيضا و كذلك مصالح الغير و حقوق الخزينة العامة للدولة⁽¹⁾ بحيث تقوم مصلحة الضرائب باقتضاء رسوم ضريبية على العقود الواردة على العقارات.

خلاصة القول أنه بالرغم من محاولات بعض الفقه إضفاء الصفة الرضائية على التصرفات القانونية الواردة على عقار تأثرا بالقانون المصري إلا أنّ الشكل الرسمي في القانون الجزائري ضروري لإنشاء التصرفات الواردة على العقارات أو تلك التي ترتب حقا عينيا عليها، فلا يمكن شهر عقد بيع عقار مثلا إذا لم يستوف هذا العقد الشكل الرسمي المتطلب قانونا، و عليه فإن كل عقد بيع عقاري أبرم في شكل عرفي بعد : 01 جانفي 1971 تاريخ سريان قانون التوثيق يعتبر باطلا بطلانا مطلقا على أساس أنّ الشكل الرسمي ركن في عقد البيع الوارد على عقار و ليس مجرد دليل لإثباته⁽²⁾.

(1) مزيان أمين/ (أحكام بيع العقار و موقف القضاء)، مقال منشور بموسوعة الفكر القانوني، ع 4، دار الهلال، وهران 2004، ص28.

(2) يراجع قرار م ع غ مج، ملف رقم: 136156، الصادر بتاريخ 18/02/1997، منشور بـ م ق لسنة 1997، ع1، ص10.

تجدر الإشارة في الأخير إلى أنّ كل ما يسري على التصرفات الواردة على عقار يسري أيضا بالنسبة إلى الوعد بالتصرف في عقار أو الوعد بترتيب حق عيني على عقار⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أحكام العقد الباطل لتخلف الشكل

بعد تحديد الجزاء المترتب على تخلف الشكل في التصرفات القانونية الشكلية و المتمثل في البطلان المطلق، نتولى في هذا المطلب دراسة قواعد تقرير البطلان لتخلف الشكل (الفرع الأول) و الآثار المترتبة على هذا العقد الباطل (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تقرير البطلان لتخلف الشكل

إنّ تخلف الشكل الذي يفرضه القانون لإنشاء التصرف القانوني يؤدي إلى بطلان هذا التصرف و عدم ترتيبه أيّ أثر قانوني لأنّ الشكل ركن جوهري لتكوين العقد، و من ثمّ فهو يخضع للقواعد العامة المقررة للبطلان المطلق، فيجوز أن يتمسك به كل من له مصلحة في ذلك و يجب لتقريره صدور حكم قضائي بذلك، كما أنه لا يتقدم و لا يمكن إجازته.

أولا : الأشخاص الذي يحقّ لهم التمسك بالبطلان.

نصّ المشرع الجزائري في المادة 102 من القانون المدني على ما يلي: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها...".

مؤدى هذه المادة أنّ التمسك بالبطلان المطلق جائز لكل ذي مصلحة و يقصد بذى المصلحة كل صاحب حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه⁽²⁾، و من ثمّ يعتبر ذا مصلحة كل من المتعاقدين

⁽¹⁾ و هذا طبقا لنص المادة 2/71 من القانون المدني الجزائري التي جاء نصها كما يلي: " و إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

⁽²⁾ عبد الحميد الشواربي/ البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، المرجع السابق، ص449.

و خلفهما العام و خلفهما الخاص و الدائن⁽¹⁾.

فبالنسبة إلى الخلف العام و مثاله الوارث إذ من مصلحته أن يتمسك ببطلان التصرف الباطل الذي قد يجريه مورثه حتى يتمكن من إعادة العين موضوع التصرف إلى تركة مورثه فتؤول إليه.

و بالنسبة إلى الخلف الخاص و مثاله المشتري لشيء من بائع سبق له أن تصرف فيه لشخص آخر قبله بعقد باطل فإنّ من حق المشتري الثاني أن يتمسك ببطلان التصرف السابق حتى يبقى له العين.

و أما بالنسبة إلى الدائن فإنّ من مصلحته أن يتمسك ببطلان تصرف صادر من مدينه للغير إذا ترتب عليه إفسار مدينه أو زيادة في إفساره لأنّ ذلك من شأنه أن ينقص من الجانب الإيجابي لذمته المالية.

هذا و إنّ التمسك بالبطلان لا يقتصر على المتعاقدين و الأشخاص المذكورين أعلاه و إنما يتسع ليشمل أيضا القاضي الذي يحق له ببطلان التصرف الباطل من تلقاء نفسه و في أية حالة كانت عليها الدعوى.

ثانيا: كيفية تقرير البطلان

لمّا كان العقد الباطل لتخلف الشكل ليس له وجود قانوني فلا حاجة إذن لصدور حكم ببطلانه و لا حاجة للحكم بعدم على معدوم و هذه نتيجة منطقية تستقيم في كل الأحوال، فلا حاجة لمن له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك و ما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوما⁽²⁾، فلو كان العقد الباطل لتخلف الشكل بيعا واردا على عقار مثلا كان للبايع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع فهو لا يزال في ملكه و يكون بيعه صحيحا،

(1) بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص186.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانوني المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، رقم 232، ص530.

و إذا رفع المشتري دعوى يطالب فيها بالمبيع أمكن للبائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع العقاري.

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى، و هذا غالبا ما يحدث عندما يكون التصرف الباطل لم يدخل بعد مرحلة التنفيذ، و لكن إذا كان التصرف قد نفذ بأن قام البائع مثلا بتسليم المبيع إلى المشتري ففي هذه الحالة يجب على البائع أن يرفع دعوى البطلان ليسترد الشيء المبيع⁽¹⁾، و يكون الحكم الصادر بالبطلان في هذه الحالة حكما مقرر⁽²⁾.

ثالثا: الإجازة و التقادم

أورد المشرع الجزائري حالتين يمكن فيهما رفع البطلان و هما الإجازة و التقادم، و هذا ما سأعرضه فيما يلي:

01- الإجازة

الإجازة هي النزول عن حق طلب الإبطال فيزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال⁽³⁾، و نصّ عليها المشرع الجزائري في آخر المادة 102 من القانون المدني بقوله: "... لا يزول البطلان بالإجازة".

و مفاد هذا النص أنّ العقد الباطل لا يمكن أن يكون محلا للإجازة ذلك أنّ التصرف في هذه الحالة يكون قد ولد ميتا، و الميت لا يمكن بعث الحياة فيه من جديد.

(1) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص255.

(2) نبيل إبراهيم سعد/ النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص239.

(3) خليل أحمد حسن قدادة/ الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ج1، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص85.

فإذا كان التصرف القانوني باطلا لتخلف الشكل الذي يعتبر ركنا فيه كعقد بيع وارد على عقار مبرم في شكل عرفي بعد: 01 جانفي 1971⁽¹⁾ فإنه لا يمكن تصحيحه عن طريق إجازة البائع له لأنّ هذا البيع لا وجود له من الناحية القانونية وهو بمرتبة العدم، و المستقر عليه انه لا يمكن لشخص و بإرادته المنفردة أن يخلق من العدم تصرفا قانونيا⁽²⁾، و من باب أولى فإنّ الإجازة الضمنية الناتجة عن تنفيذ البيع الباطل تكون عديمة الأثر.

و نفس الموقف عندما يكون التصرف الشكلي باطلا ليس لتخلف الشكل و إنما لكون الشكل معيبا فقط، كما هو الشأن عندما يتخلف أحد البيانات الجوهرية اللازمة لصحة الورقة الرسمية، فهنا أيضا لا يمكن إصلاح هذا العيب عن طريق إضافة البيان الناقص.

هكذا فإنّ التصرف الباطل لتخلف الشكل أو عيبه يبقى كقاعدة عامة باطلا و لا يمكن أن يصحح عن طريق الإجازة لأنه لا وجود له من الناحية القانونية بل انه في مرتبة العدم، فإن أراد الطرفان إضفاء صبغة قانونية على العقد الباطل فإنه يتعيّن عليهما اللجوء إلى إبرام التصرف من جديد مستوفيا لشروط الشكل مع العلم أنّ هذا يؤدي إلى نتائج مختلفة عن إجازة التصرف الباطل، فالإجازة تتميز بفكرة الرجعية أي أنها تؤدي إلى إزالة العيب الذي شاب التصرف بأثر رجعي منذ لحظة إنشائه بينما عمل التصرف من جديد يسمح للتصرف بإنشاء آثاره منذ تاريخ إبرامه فقط.

02- التقادم

إنّ علاقة التقادم بالعقد الباطل تتضح من خلال بحث مسألتين أولهما التقادم و دعوى البطلان و ثانيهما التقادم و الدفع بالبطلان.

(1) و هو تاريخ سريان قانون التوثيق رقم 91/70 الصادر بتاريخ 1970/12/15 طبقا لنص المادة 53 منه.

(2) بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص180.

أ- التقادم ودعوى البطلان

نصّ المشرع الجزائري في المادة 102 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على ما يلي:
" تسقط دعوى البطلان بمضيّ خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد".

يتبيّن من خلال قراءة هذه المادة أنّ الأوضاع التي استقرت يجب احترامها و ذلك بإسقاط دعوى البطلان التي كان حق استعمالها مقررا للكافة، و لكن هذا لا يعني أنّ التصرف ينقلب صحيحا بعد مضيّ المدّة بل يبقى باطلا و بصفة دائمة، غاية ما في الأمر أنّ دعوى البطلان إذا ما عرضت على القضاء فإنها لن تسمع بسبب سقوطها بالتقادم⁽¹⁾.

ب- التقادم والدفع بالبطلان

إذا كانت دعوى البطلان تتقادم بمرور فترة زمنية معينة فإنّ القانون المدني جاء خاليا من نص يقرر سقوط الحق في تقادم الدفع بالبطلان.

و عليه فلو قام شخص بالتصرف في منزله لآخر بالبيع بموجب عقد باطل لعدم استيفائه ركن الشكل الرسمي المتطلب للانعقاد، و مرت على هذا العقد خمس عشرة سنة دون أن يسلم البائع العين فإنّ البائع لا يستطيع رفع دعوى ببطلان البيع لأنّ دعوى البطلان قد سقطت بالتقادم، غير أنه إذا طالبه المشتري بتسليم العين المبيعة كان من حقه أن يدفع ببطلان البيع على الرغم من انقضاء خمس عشرة سنة لأنّ الدفع بالبطلان دون دعواه لا يسقط بالتقادم.

الفرع الثاني: آثار العقد الباطل لتخلف الشكل

رأينا أنّ التصرف الباطل هو في الحقيقة تصرف لا وجود له لتخلف ركن الشكل، و إذا كان المقرر أنّ التصرف الباطل لا يترتب أية آثار لأنه و العدم سواء فانه قد تترتب على التصرف الباطل آثار ليس بصفته تصرفا قانونيا قائما و إنما باعتباره مجرد واقعة مادية، و ذلك سعيا إلى الحيلولة دون تطبيق آثار البطلان بصفة صارمة و إنقاذ بعض التصرفات من فكرة الرجعية التي تقرر عادة للبطلان.

⁽¹⁾ عبد الحميد الشواربي/ البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، المرجع السابق، ص449-450.

أولا : الآثار الأصلية للتصرف الباطل

إنّ بطلان التصرف القانوني إذا تقرر بحكم يترتب عنه أنّ هذا التصرف يصبح غير قادر على أن يترتب أيّ أثر قانوني مستقبلا بل إنّ أثر البطلان لا يمتدّ إلى المستقبل فحسب و إنما ينصرف إلى الماضي أيضا بحيث يعود الطرفان إلى الوضع الذي كانا عليه قبل إجراء التصرف أو قبل تنفيذه إن حصل تنفيذه ما⁽¹⁾.

هذا و إذا كان البطلان يؤدي إلى زوال الآثار التي تترتب على التصرف بأثر رجعي فإنه يتعيّن القول بأنّ هذا البطلان لا يقتصر أثره على طرفي التصرف فقط، بل يجب أن يتعداهما إلى الغير أيضا⁽²⁾ أي إلى الأشخاص الذين تعاملوا مع أحد طرفي التصرف الباطل و اكتسبوا بذلك حقوقا على الشيء موضوع التصرف، و ترتيبا على ذلك فإنّ الحكم بإبطال التصرف يؤدي حتما إلى القول بأنّ التصرف الصادر للغير يعتبر باطلا أيضا.

و تجدر الإشارة إلى أنّه إذا تقرر بطلان تصرف ما قبل تنفيذه أو البدء في تنفيذه فإنّه لا تثور مسألة الاسترداد، إذ المفروض أنّ أيّا من الطرفين لم يقدّم شيئا للطرف الآخر، أما إذا تمّ تنفيذ التصرف أو البدء في تنفيذه فإن البطلان يستدعي إزالة ما تمّ تنفيذه، و ذلك بإعادة كل من الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إجراء التصرف.

هذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادة 103 الفقرة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

يتبيّن من قراءة هذا النصّ أنه في حالة بطلان العقد يكون كل من طرفي التصرف ملزما بأن يعيد إلى الطرف الآخر ما أخذه منه، أما إذا استحال الاسترداد حكم القاضي على من استحال عليه الرد بأن يدفع إلى الطرف الآخر تعويضا معادلا.

(1) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص339.

(2) بلحاج العربي/ النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص198.

ثانياً: الآثار العرضية للتصرف الباطل

إذا كان العقد الباطل لا ينتج أي أثر لأنه معدوم الوجود قانوناً فإنه قد ينتج آثاراً عرضية بصفته واقعة مادية⁽¹⁾، وذلك سعياً لإنقاذ بعض التصرفات من فكرة الرجعية إذ أن تخلف الشكل قد يؤدي إلى تحويل التصرف الباطل إلى تصرف آخر، كما أنه قد يتولد عنه التزام طبيعي.

01- حالة التصرف الباطل

يتلخص مضمون نظرية تحول التصرف في أن التصرف الباطل الذي أجراه الطرفان قد يتضمن عناصر تصرف آخر صحيح دون أن يضاف إليه عنصر جديد، فحينئذ يتحول التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت فيه عناصره إذا ثبت أن النية المفترضة لطرفيه كانت تتصرف إلى التصرف الآخر لو علما ببطلان التصرف الأول وقت إجرائه⁽²⁾، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في المادة 105 من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال و توفرت فيه أركان عقد آخر فإنّ العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد".

من خلال هذه المادة يتضح لنا أنه يشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح توافر شروط ثلاثة هي:

أ- يجب أن يكون هناك تصرف أصلي باطل:

يشترط لتحول التصرف أن يكون التصرف الأصلي باطلاً فإذا كان صحيحاً فلا يتحول إلى تصرف آخر يؤثره المتعاقدان على التصرف الأول حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر⁽³⁾، كما يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله أما إذا كان جزء منه باطلاً و كان التصرف قابلاً للانقسام فلا يكون هناك محل لتحول التصرف بل لانتقاصه .

(1) عبد الحميد الشواربي/ البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، المرجع السابق، ص460.

(2) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص373.

(3) محمد صبري السعدي/ شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، ج 1، المرجع السابق، ص272.

ب- أن يتضمّن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الصحيح المحوّل إليه:

يشترط لإعمال نظرية التحول أيضا ضرورة أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الصحيح الذي يتحول إليه دون إضافة عنصر جديد، و يترتب على ذلك أنّ اختلال هذا الشرط يحول دون إعمال التحول.

ج- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة و ليس الحقيقية إلى التصرف الآخر:

تتحقق هذه الحالة بأن يتمّ التحول على أساس إرادة محتملة تقوم على أنقاض إرادة ظاهرة، و القاضي هو الذي يكشف عن الإرادة المحتملة للمتعاقدين عن طريق استخدامه القرائن القضائية كأن يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطان بعد علمهما بأمره أو من استمرار تنفيذهما للعقد الأصلي أنّ نيتهما المحتملة قد انصرفت إلى التحول.

و إذا كان تخلف الشكل الذي يعتبر ركنا في التصرف يؤدي إلى بطلانه فإنّه يمكن أن يتحول إلى تصرف آخر صحيح و مثال ذلك السفتجة الباطلة لانعدام بياناتها الجوهرية، ذلك أنّ للسفتجة شروطا شكلية إلزامية تتعلق ببياناتها ورد النص عليها في المادة 390 من القانون التجاري فإن فقدتها أو فقدت بعضها فقدت ماهيتها فيكون السند باطلا باعتباره سفتجة لأنه أخلّ بركن الشكالية و لكن ذلك لا يمنع من تحولها إلى سند تجاري إذا استوفت شروطه و إذا لم تستوف هذه الشروط تتحول إلى سند دين مدني صحيح⁽¹⁾، و إنّ هذا التحول يخدم مقتضيات العدالة لأنّ أيّ دليل خير من انعدام كلّ دليل.

02- حالة ترتيب التزام طبيعي

إذا كان تخلف الشكل المتطلب لانعقاد التصرف القانوني يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا فلا يترتب عليه أيّ التزام قانوني، فهل ينجم عنه التزام طبيعي يصلح لأن يكون سببا لتعهد مدني صحيح؟

قبل الإجابة على هذا التساؤل من الضروري بداية تحديد المقصود بفكرة الالتزام الطبيعي.

(1) علي فيلالي/ الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص281.

إنّ فكرة الالتزام الطبيعي قديمة ظهرت في القانون الروماني الذي عرف عديدا من الالتزامات الطبيعية التي تعدّ نتيجة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع و رسوم و أشكال و نظم خاصة كنظام الرق و نظام السلطة الأبوية⁽¹⁾، فاعتبر الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا لم تكتمل عناصر وجوده و خفف بذلك من الشكلية المفروضة التي كانت تحيط به.

و في القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعا كبيرا في الالتزامات الطبيعية فجعلها تمتدّ إلى كل التزام يوجبه الضمير، و هكذا أصبح الالتزام الطبيعي يقترب كثيرا من الواجب الأدبي و يبتعد أكثر عن الالتزام المدني على عكس ما كان عليه الحال في القانون الروماني.

أما في القانون الحديث فظهرت نظريتان⁽²⁾: نظرية تقليدية تقوم على الفكرة الرومانية الضيقة التي ترى الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا عاقه مانع قانوني من أن يرتب آثاره، و هذا المانع قد يوجد عند نشأة الالتزام كأن يكون العقد قابلا للإبطال لنقص الأهلية و قد يكون المانع جدّ بعد نشأة الالتزام و بعد أن تولدت آثاره كالتقادم أو الصلح فينقضي الالتزام المدني و يتخلف عنه التزام طبيعي، و نظرية حديثة تقوم على فكرة القانون الكنسي و تستلزم توافر ثلاثة عناصر لقيام الالتزام الطبيعي وهي:

- أنه واجب أدبي محدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ سواء كان واجبا أدبيا منذ البداية أو كان التزاما مدنيا ثم انقلب التزاما طبيعيا لسبب قانوني منع من أن يرتب عليه كل آثاره.

- أن يحسّ المدين أنّ في ذمته التزاما طبيعيا و هذا هو العنصر المعنوي.

- ألا يتعارض مع النظام العام و هذا العنصر هو عنصر المشروعية.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، رقم 780، ص753.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ نفس المرجع السابق، رقم 780، ص753-754-755.

و حالات الالتزام الطبيعي التي تتوافر فيها هذه العناصر الثلاثة يمكن تقسيمها إلى طائفتين: التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية و هي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية، و التزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية و هذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى.

و لقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة و نظم أحكام الالتزام الطبيعي و أثاره في أربعة مواد من القانون المدني، إذ نصّ في المادة 160 منه على ما يلي: " المدين ملزم بتنفيذ ما تعهّد به. غير أنّه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعياً"، و نصّ في المادة 161 مدني على أنّه: " يقدر القاضي عند عدم النصّ ما إذا كان هناك التزام طبيعي. و على أيّ حال فإنّه لا يجوز أن يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام"، كما نصّ في المادة 162 من نفس القانون على ما يلي: " لا يستردّ المدين ما أدّاه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعي"، و في المادة 163 على أنّه: " يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سبباً لالتزام مدني".

إذا كان هذا هو مفهوم الالتزام الطبيعي فهل يصلح أن يكون سبباً لتعهد مدني صحيح؟

لقد ذهب أنصار النظرية التقليدية الذين يعتبرون الالتزام الطبيعي التزاماً مدنياً لم تكتمل عناصر وجوده إلى القول بأنّ التصرف القانوني الباطل لسبب تخلف الشكل يترتب عنه التزام طبيعي لأنه التزام مدني ناقص، بينما ذهب أنصار النظرية الحديثة الذين يعتبرون بأنّ الالتزام الطبيعي هو واجب أخلاقي إلى القول بأنّ التصرف الباطل لعيب الشكل يوقع على عاتق المدين به واجبا أخلاقياً باحترام تعهده⁽¹⁾، و هكذا فإنّ تبني تصور أيّ من النظريتين لا يحول دون إمكانية القول بوجود التزام طبيعي في حالة بطلان التصرف لعيب الشكل.

⁽¹⁾PLANIOL et RIPERT, op.cit, n° 990.

إلا أنّ كلا من الرأيين غير صائب لأنّ القول بترتيب التزام طبيعي على تصرف باطل بسبب تخلف ركن الشكل من شأنه أن يهدم فكرة الشكل من أساسها فيقوم الأطراف بإبرام التصرف دون مراعاة الشكل المتطلب قانوناً ثمّ ينفذون هذا التصرف باعتباره التزاماً طبيعياً⁽¹⁾، كما أنّ القول بذلك لا يتماشى و موقف المشرع الجزائري الذي قرر بطلان التصرف لتخلف الشكل بطلاناً مطلقاً غير قابل للإجازة.

يمكن القول في الأخير أنّنا حاولنا في القسم الأول من هذه الرسالة أن نقوم بدراسة شاملة لماهية الشكالية في التصرفات القانونية، و ذلك من خلال تحديد مفهوم الشكالية عن طريق إبراز الخصائص المميّزة للشكل و التي يمكن من خلالها التمييز بين التصرف الشكلي و غيره من التصرفات الرضائية من جهة، و من جهة أخرى تحديد النظام القانوني للتصرف الشكلي إذ أنّه لا توجد فائدة من التمييز بين التصرفات الرضائية و الشكالية إذا لم تكن للتصرف الشكلي أحكام و قواعد خاصة به.

و بما أنّ التصرفات الواردة على العقارات تنقسم إلى عدّة تقسيمات كان ضروريا استعراض أحكام الشكالية في هذه التصرفات على ضوء التشريع و القضاء الجزائريين من خلال القسم الثاني من هذه الرسالة.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهيئة، ج 5، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، رقم 46، ص76.

القسم الثاني:

أحكام الشكلية في التصرفات الواردة على العقارات تشريعا و قضاء

تنقسم التصرفات القانونية الشكلية إلى تقسيمات عدّة بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها، فمن حيث البديل تنقسم إلى تصرفات بعوض و تصرفات تبرعية، و التصرفات بعوض هي التي تتميز بوجود بدل يأخذه كلّ طرف مقابل ما أعطاه للطرف الآخر كما هو الحال في عقود البيع و الإيجار و الرهن الرسمي، أمّا التصرفات التبرعية فهي التي يعطي فيها أحد الطرفين شيئا دون أن يأخذ أيّ شيء كما هو الشأن في الهبة و الوصية و الوقف. فما هو موقع الشكلية في التصرفات بعوض الواردة على عقار؟ (الباب الأول) و ما هو موقعها في التصرفات التبرعية الواردة على عقار؟ (الباب الثاني).

الباب الأول:

الشكلية في التصرفات بعوض الواردة على عقار

التصرفات بعوض هي تلك التي يأخذ فيها كل طرف مقابلا لما أعطاه للطرف الآخر، و تحتلّ الشكلية مكانة هامة في التصرفات بعوض الواردة على عقار. و تنقسم هذه التصرفات إلى تصرفات ناقلة للملكية العقارية (الفصل الأول) و تصرفات واردة على الانتفاع بالعقار (الفصل الثاني) و أخيرا التأمينات العينية الواردة على العقارات (الفصل الثالث).

الفصل الأول:

الشكلية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية

سنتناول في هذا الفصل الشكلية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية من خلال دراسة الشكلية في عقد البيع العقاري (المبحث الأول) ثمّ في عقد البيع بناء على التصاميم (المبحث الثاني) و أخيرا في عقد البيع بالإيجار (المبحث الثالث).

المبحث الأول:

الشكلية في عقد البيع العقاري

رأينا أنّ الشكل هو التنظيم القانوني للتعبير عن الإرادة يفرضه المشرع بالنسبة للتصرفات الشكلية، فالشكل يعدّ أحد العناصر اللازمة لوجود هذا التصرف و يظهر هذا بوضوح من خلال موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد بيع العقار (المطلب الأول) و من خلال تطور موقف القضاء منه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد البيع العقاري

البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل إلى المشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي⁽¹⁾ فالبيع إذن عقد رضائي ليس له شكل خاص إذ ينعقد بمجرد تراضي البائع و المشتري و الاتفاق بينهما على المبيع و الثمن دون حاجة إلى ورقة رسمية أو عرفية، فمجرد تطابق الإيجاب و القبول يكفي لانعقاده شأنه في ذلك شأن كل عقد من العقود الرضائية، إلا أنّ الجدير بالإشارة أنّ المشرع الجزائري اشترط في البيوع الواردة على العقارات إفراغ الإرادة في شكل رسمي فنصّ في المادة 12 من قانون التوثيق⁽²⁾ على ما يلي: " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية ... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي...".

(1) المادة 351 من القانون المدني.

(2) و نفس النص كرسته المادة 324 مكرر 1 من ق.م رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 يعدل و يتم الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 1975/09/26 و المتضمن القانون المدني، منشور في ج ر، ع 18، س 25، الصادرة في: 1988/05/04.

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أوجب أن تفرغ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و من ثمّ أصبح عقد البيع⁽¹⁾ من العقود التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين البائع و المشتري بل لا بدّ من إفراغه في شكل رسمي يحرره الموثق، و احترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية (الفرع الأول) و إلا تعرض إلى البطلان (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشكل الرسمي ركن في عقد البيع العقاري

قبل التعرض لموقف المشرع الجزائري من شكل عقد البيع الوارد على عقار يتعيّن أن نشير إلى أنّ البيع في بلادنا كان قبل صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 و المتضمن تنظيم التوثيق⁽²⁾ خاضعا لأحكام القانون الفرنسي طبقا للقانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962⁽³⁾ الذي مدّ آنذاك العمل بالقوانين الفرنسية متى لم يكن من شأنها المساس بالسيادة الوطنية.

(1) و يسري نفس الحكم على المقايضة باعتباره عقدا ناقلا لملكية مال غير النقود على سبيل التبادل وفقا لنص المادة 415 من ق.م التي جرى نصها كالآتي: " تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، و يعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء و مشتريا للشيء الذي قايبض عليه".

- يراجع بهذا الصدد قرار م ع، ملف رقم: 120411 الصادر بتاريخ 1995/06/07، منشور في: عمر بن سعيد/ الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، ط 1، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001، ص140. و الذي قضت فيه بما يلي: " المقايضة عقد تسري عليه أحكام عقد البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، العقد منصب على عقار، وجوب إفراغه في الشكل الرسمي، القضاء بذلك تطبيق صحيح للقانون".

(2) منشور في ج ر، ع 107، س 7، الصادر بتاريخ 1970/12/25.

و تجدر الإشارة إلى أن تاريخ سريان هذا القانون قد تحدد ب 01 جانفي 1971 طبقا لنص المادة 53 منه.

(3) يراجع القانون رقم: 157/62 المؤرخ في 1962/12/31 و المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ 1962/12/31 و المنشور في ج ر، ع 2، س 2، الصادرة في: 1963/01/11، ص18.

هذا و بالرجوع إلى القانون الفرنسي نجد أنّ المشرع نصّ في المادة 1582 من القانون المدني على ما يلي: " البيع اتفاق يلتزم بموجبه طرف بتسليم شيء و الآخر بدفع الثمن و يجوز أن يتمّ بعقد رسمي أو عقد عرفي"⁽¹⁾.

يتبيّن بالتالي أنّ القانون الفرنسي لم يشترط شكلا معيناً في عقد البيع سواء كان محله منقولاً أو عقاراً، فقد يتفق الطرفان على أن يحررا عقد البيع في ورقة رسمية أو ورقة عرفية و من ثمّ فانه اعتبر البيع عقدا رضائياً.

فقبل صدور الأمر رقم 91/70 كانت تسري على البيع الوارد على عقار أحكام القانون الفرنسي التي تعتمد الرضائية أصلاً في عقد البيع، بحيث يكفي لانعقاده تبادل الرضا بين البائع و المشتري على عقد البيع و المبيع و الثمن دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معيّن سواء كان محله عقاراً أو منقولاً إذ يتمّ بكلّ عبارة دالة عليه أو كتابة عرفية أو رسمية⁽²⁾.

يلاحظ أنّ الشكلية في ظلّ القانون المدني القديم في الجزائر لم تكن مشترطة في بيع العقار. فكان الأطراف أحراراً في تحرير عقودهم في أيّ شكل، و كان البيع سواء ورد على منقول أو على عقار تاماً و صحيحاً حتى لو لم يحرر في ورقة رسمية أو ورقة عرفية، و يترتب على ذلك أنّ بيع العقار كان عقدا رضائياً في أصله، فإن اختار الأطراف تحريره في شكل معيّن كان العقد شكلياً بحكم الاتفاق لا بحكم القانون.

إذا كان هذا موقف المشرع الفرنسي و الذي ظلّ سائداً في الجزائر إلى غاية صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق فإنّ المشرع الجزائري اعتمد موقفاً مغايراً حيث نصّ في المادة 12 منه على ما يلي: " زيادة على العقود

⁽¹⁾L'article 1582 du code civil français dispose que : " La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer.

Elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé".

⁽²⁾Olivier BARRET/ Vente, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, tome 10,1999, n°74, p10.

- Jérôme HUET/ Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 2^e édition, L.G.D.J, Paris, Mais 2001, p173.

التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية ... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

و لقد كرست المادة 324 مكررا 1 من القانون المدني⁽¹⁾ ما جاء في المادة 12 السالفة الذكر بتأكيدھا على وجوب إفراغ عقد البيع الوارد على عقار في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

و الواضح من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أوجب إفراغ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و من ثمّ فإنّ عقد البيع الذي محله عقار ليس عقدا رضائيا و إنما عقدا شكليا يتعيّن إفراغه في الشكل الرسمي لينعقد صحيحا، فالشكل الرسمي عنصر من عناصر تكوين عقد البيع يجب توافره بالإضافة إلى سائر العناصر الأخرى اللازمة لتكوين العقد.

إضافة إلى أنّ الكتابة الرسمية المنصوص عليها في هذه المادة مفروضة في البيع بثمن يدفع فور إبرام العقد و توجب أن يدفع الثمن بين يدي الضابط العمومي الذي حرر العقد، و مفاد ذلك أنه إذا وقع البيع بثمن مؤجل فإنّ كتابته في شكل رسمي لا تتمّ إلا عند دفع الثمن.

و لعلّ السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اعتبار البيع الوارد على عقار عقدا شكليا هو تمكين الدولة من مراقبة جميع التصرفات الواردة على العقارات نظرا لأهميتها و أثرها الفعال في الحياة الاقتصادية للمجتمع مما يستدعي تدخل الدولة المستمر لتنظيمها و مراقبتها من أجل التحكم في المعاملات الواردة عليها و مراقبة حركتها⁽²⁾.

(1) تنص المادة 324 مكررا 1 من ق.م. المضافة بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 على ما يلي: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية ... في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد".

(2) زواوي محمود/ الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص75.

كما أنّ الشكلية في بيع العقار مقررة لصالح البائع و المشتري معا، فبالنسبة للبائع فإنه يحاط علما بآثار البيع و يدرك أهمية تصرفه، أما بالنسبة للمشتري فإنه يتأكد من أصل ملكية المبيع و من أهلية البائع المتصرف⁽¹⁾، فضلا عن أنّ المحرر الرسمي المتضمن عقد البيع يضع بين يدي البائع و المشتري سندا قابلا للتنفيذ و يحقق بذلك استقرار التعامل.

هذا و يقصد بالشكل الرسمي في عقد البيع الوارد على عقار إفراغه في محرر رسمي على يد موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، فيقوم بتلقي إيجاب البائع و قبول المشتري بشأن الشيء المبيع و الثمن طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه⁽²⁾.

و عليه يتعيّن على البائع و المشتري أن يتقدما إلى أيّ مكتب توثيق⁽³⁾ من أجل أن يقوم الموثق بتحرير عقد البيع المراد إبرامه مراعيًا في ذلك مجموعة من البيانات، و هي بيانات خاصة بموضوع الورقة و بيانات عامة.

فبالنسبة للبيانات الخاصة بموضوع الورقة فهي بيانات تتعلق بذكر نوع التصرف على أنه بيع و ذكر حدود العقار المبيع و مساحته و الحقوق المتعلقة به كأن يكون مثقلا برهن أو ارتفاع أو امتياز و أسماء المالكين السابقين و تاريخ التحويلات المتتالية⁽⁴⁾ و ذكر ثمن المبيع⁽⁵⁾.

(1) محمد حسنين/ عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1986، ص31.

(2) يراجع ما سبق ذكره في ص89 و ما يليها من هذه الرسالة.

(3) طبقا للمادة 6 من الأمر رقم 91/70 الصادر في 1970/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق كان اختصاص الموثقين محصورا بدائرة المحكمة التي عينوا فيها، غير انه بموجب المادة 2 من القانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 المتضمن تنظيم التوثيق أصبح اختصاص الموثق يمتد إلى كامل التراب الوطني و هذا ما كرسته المادة 2 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.

(4) يراجع نص المادة 324 مكرر 4 من ق.م.

(5) يراجع نص المادة 324 مكرر 1 من ق.م.

أما بالنسبة للبيانات العامة و هي تلك التي يجب أن تتضمنها الورقة التي يحررها الموثق و تتمثل في وجوب ذكر اسم و لقب الموثق و مقر مكتبه و كذا اسم و لقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الأطراف و جنسيتهم و كذا هوية الشهود عند الاقتضاء و تحديد موضوعها و المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرمت فيه، و وجوب التتويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به و توقيع الأطراف و الشهود و المترجم عند الاقتضاء⁽¹⁾.

هذا و تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع اشترط تحرير العقد باللغة العربية⁽²⁾ غير أنه ترك للموثق حرية اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لتحرير العقد، فقد يكون مكتوبا باليد أو بالآلة الكاتبة أو مطبوعا أو مستنسخا بالأجهزة و بكل وسيلة أخرى⁽³⁾.

و بعد أن يحرر الموثق عقد البيع الوارد على عقار في شكل رسمي يجب أن يقوم بتسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل و الطابع المختصة إقليميا⁽⁴⁾ ذلك أنّ التسجيل إجراء يتوسط مرحلة التوثيق و الإشهار العقاري، و يعدّ إجراء ملزما، و إنّ حقوق التسجيل⁽⁵⁾ تدفع قبل القيام بهذا الإجراء طبقا للمادة 82 من قانون التسجيل التي تنص على ما يلي: " رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات"، فضلا عن أنّ للتسجيل أهمية مالية و قانونية⁽⁶⁾.

(1) يراجع نص المادة 29 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(2) يراجع نص المادة 26 من قانون التوثيق رقم 02/06 السالف الذكر.

و يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 408837، الصادر بتاريخ 2008/05/21، مشار إليه سابقا، منشور في مجلة المحكمة العليا لسنة 2008، ع 1، ص 121، و الذي جاء فيه ما يلي: " العقود التوثيقية المحررة بغير اللغة العربية باطلة لمساسها بالنظام العام".

(3) يراجع نص المادة 28 من قانون التوثيق رقم 02/06 .

(4) تنص المادة 1/75 من قانون التسجيل على ما يلي: " لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم".

(5) إنّ المبلغ المستحق لإدارة التسجيل يقدر بـ 5 بالمائة من ثمن البيع بعد خصم الحقوق و الرسوم.

(6) لتفاصيل أكثر يراجع ما سبق ذكره في ص 66 و ما يليها من هذه الرسالة.

كما يتعيّن على الموثق أن يقوم بشهر هذا العقد لدى المحافظة العقارية كي ينتج البيع أثره العيني المتمثل في انتقال ملكية العقار من البائع إلى المشتري و الاحتجاج به قبل الغير وفقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني التي جاء نصها كالآتي: " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، و النصوص الخاصة التي تدير مصلحة شهر العقار سيما المادة 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ التي تنص على ما يلي: " إنّ العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، و المادة 15 من نفس القانون التي تنص على أنّ: " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...".

و من ثمّ فإنّ الملكية في عقد البيع العقاري لا تنتقل من البائع إلى المشتري و لا يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير إلا إذا تمّ شهر عقد البيع في المحافظة العقارية، غير أنّ عدم شهر عقد البيع يبقي العقد صحيحا منتجا لبعض آثاره و إن كان يفقده الكثير من فعاليته بسبب عدم انتقال ملكية الشيء المبيع من البائع إلى المشتري.

هذا و يلاحظ أنّ شهر التصرفات العقارية يحقق استقرار الملكية العقارية و يدعم الثقة في المعاملات من خلال معرفة التصرفات الواردة على العقار و كذا مالكة الحقيقي.

و الرسمية التي أوجبها المشرع في بيع العقار تشترط أيضا في الوعد ببيع العقار فقد نصت المادة 71 الفقرة الثانية من القانون المدني على ما يلي: " إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معيّن فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

(1) الصادر بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12، منشور بـ ج ر، ع 92، السنة 12، الصادرة في: 1975/11/18.

و من ثمّ فإنّ الوعد بالبيع الوارد على عقار و الذي ينعقد بمجرد ورقة عرفية لا يكون وعدا صحيحا بالبيع و ذلك لعدم توافر ركن الشكل الذي يعدّ ركنا لانعقاد الوعد.

إذا استوفى الوعد بالبيع الأركان الواجبة لانعقاده و المتمثلة في التراضي أي تطابق إرادة الواعد و الموعد له على البيع و المحل بأن يكون مملوكا للبائع و موجودا و معيناً و الثمن الذي يتعيّن تحديده، إضافة إلى الاتفاق على المدة التي يجب أن يبدي فيها المشتري رغبته في الشراء، و تمّ إبرامه في شكل رسمي نشأ في ذمة الواعد التزام بإتمام عقد البيع الرسمي، فإذا نكل الاتفاق جاز للموعد له أن يستصدر حكما من المحكمة بإتمام إجراءات البيع و يقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي فيه مقام العقد طبقا لمقتضيات المادة 72 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل و قاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، و كانت الشروط اللازمة لتتمام العقد و خاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

و إذا تمّ البيع الوارد على عقار بواسطة وكيل نيابة عن البائع أو المشتري فإنّه يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في البيع العقاري الذي يكون محل الوكالة مثلما نصت على ذلك المادة 572 من القانون المدني بقولها: " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

يتبيّن من هذه المادة أنه يجب أن تحرر الوكالة في الشكل الرسمي المقرر قانونا للبيع الوارد على عقار لأنّ المشرع عندما يفرض شكلا لتصرف ما فإنّه يتعيّن أن يتمّ التوكيل في ذات الشكل حتى لا تضيع الحكمة من فرض الشكل.

الفرع الثاني: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد البيع العقاري

انتهينا إلى أنّ المشرع الجزائري أوجب إفراغ عقد البيع في شكل رسمي متى كان محله عقارا و أنّ البيع يعتبر من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها و تمامها وجوب تراضي المتعاقدين بل لا بدّ من إفراغه في عقد رسمي يحرره ضابط عمومي.

و يستفاد من المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني أنّ عقد بيع العقار يعدّ باطلا إذا لم يفرغ في شكل رسمي، و من ثمّ لا تترتب عنه أيّة آثار مما يدل دلالة قاطعة على أنّ الشكلية هنا لم تشترط للإثبات فقط بل لتكوين العقد و انعقاده.

و المقصود بالبطلان هنا هو بدون شك البطلان المطلق لا البطلان النسبي. فمتى اشترط القانون إفراغ التصرف في شكل معيّن فإنّ هذا التصرف لا ينشأ بدون هذا الشكل الذي ينظر إليه أنه ركن فيه، بحيث أنّ عدم استيفاء هذا الشكل يؤدي إلى عدم وجود التصرف، و من ثمّ فإنّ إقرار الشخص بصور التصرف عنه لا يغني بل و لا يجوز توجيه اليمين إليه⁽¹⁾، فضلا عن أنه لو كان المشرع قصد البطلان النسبي ليبيّن لمصلحة من تقرر كما فعل مثلا في بيع ملك الغير حيث قرر بطلانه لمصلحة المشتري الذي يملك وحده الحق في التمسك به⁽²⁾.

و بما أنّ الجزاء المترتب على تخلف الشكل الرسمي في عقد البيع العقاري هو البطلان المطلق فإنّه يخضع للقواعد العامة في البطلان ما دام أنّ المشرع لم يخصه بقواعد خاصة، و من ثمّ فإنّ بطلان البيع لتخلف الشكل يتقرر لكل ذي مصلحة، أي لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو زواله⁽³⁾، و يترتب على ذلك أنه يحق لكل من البائع و المشتري أن يتمسك بهذا البطلان، كما يثبت هذا الحق لخلفهما العام و مثاله الوارث إذ من مصلحته أن يتمسك ببطلان عقد البيع الباطل الذي قد يجريه مورثه حتى يتمكن من إعادة العقار المبيع إلى تركة مورثه فتؤول إليه، و كذا الخلف الخاص و مثاله المشتري لعقار من بائع سبق له أن تصرف فيه لشخص آخر قبله بعقد باطل فإنّ من حق المشتري الثاني أن يتمسك ببطلان التصرف السابق حتى تبقى له العين المبيعة، و الدائن الذي له مصلحة في التمسك ببطلان تصرف بالبيع صادر من مدينه للغير إذا ترتب عليه إفسار مدينه أو زيادة في إفساره، كما أنّ التمسك بالبطلان لا يقتصر على المتعاقدين و خلفهما العام و الخاص و إنما يتسع ليشمل القاضي الذي يحق له الحكم ببطلان عقد البيع الباطل من تلقاء نفسه و في أية حالة كانت عليها الدعوى⁽⁴⁾.

(1) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص222-223.

(2) يراجع نص المادة 1/397 من ق.م.ج .

(3) فيلالى علي/ الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص259.

(4) تنص المادة 1/102 من ق.م.ج على ما يلي: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها".

و لما كان عقد البيع الباطل لتخلف الشكل ليس له وجود قانوني لأنه عقد معدوم فلا حاجة إذن لصدور حكم ببطلانه إذ لا حاجة للحكم بالعدم على معدوم و هذه نتيجة منطقية تستقيم في كل الأحوال، فلا حاجة إذن لمن له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك و ما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوماً، ففي عقد البيع الوارد على عقار إذا تخلف ركن الشكل الرسمي فإنه يكون للبائع أن يتصرف في العقار المبيع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع لأنّ العقار المبيع لا يزال في ملكه و يكون البيع الأخير صحيحاً، و إذا رفع المشتري دعوى يطالب فيها بالمبيع جاز للبائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع العقاري.

و البيع الباطل لتخلف الشكل الرسمي لا تصححه الإجازة⁽¹⁾، و سبب ذلك واضح لأنّ العقد الباطل لا وجود له و بالتالي لا يمكن لشخص واحد و بإرادته المنفردة أن يخلق من عدم عقداً⁽²⁾.

فإذا كان عقد البيع الوارد على عقار مبرما في شكل عرفي بعد 01 جانفي 1971 فإنه لا يمكن تصحيحه عن طريق إجازة البائع له لأنّ هذا البيع لا وجود له من الناحية القانونية و هو بمرتبة العدم.

و نفس الحكم إذا كان البيع العقاري باطلاً ليس لتخلف الشكل الرسمي و إنما لكون الشكل معيباً بسبب تخلف أحد البيانات الجوهرية اللازمة لصحة الورقة الرسمية، فهنا أيضاً يعتبر البيع باطلاً و لا يمكن إصلاح هذا العيب عن طريق إضافة البيان الناقص.

و خلاصة ما تقدّم أنّ البيع العقاري الباطل لتخلف الشكل الرسمي أو عيب فيه يبقى كقاعدة عامة باطلاً بطلاناً مطلقاً و لا يمكن أن يصح عن طريق الإجازة لأنه لا وجود له من الناحية القانونية، فإن أراد الطرفان إضفاء صبغة قانونية على عقد البيع الباطل فإنه يتعيّن عليهما اللجوء إلى إبرام التصرف من جديد مستوفياً لشرط الشكل و هذا ما يؤدي إلى نتائج مختلفة عن الإجازة لأنّ

(1) نص المشرع الجزائري في آخر المادة 1/102 من ق.م على ما يلي: " ... و لا يزول البطلان بالإجازة".

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، ص 514.

في هذه الحالة العقد الجديد لا ينشئ آثاره إلا من تاريخ إبرامه من جديد، بينما الإجازة تؤدي إلى إزالة العيب الذي شاب عقد البيع بأثر رجعي منذ لحظة إنشائه.

و تتقدم دعوى بطلان عقد البيع العقاري لتخلف الشكل بمرور خمس عشرة سنة تسري ابتداء من يوم إبرام العقد⁽¹⁾، فإذا انقضت هذه المدة لم ينقلب العقد صحيحاً لأنّ العقد الباطل معدوم و العدم لا ينقلب وجوداً مهما طال الأمد⁽²⁾، غاية ما في الأمر أنّ دعوى البطلان إذا ما عرضت على القضاء فإنها لن تسمع بسبب سقوطها بالتقدم، و عليه لو قام شخص بالتصرف في منزله لآخر بالبيع بموجب عقد باطل لعدم استيفائه ركن الشكل الرسمي المتطلب للانعقاد و مرّت على هذا العقد مدة خمس عشرة سنة دون أن يسلم البائع المنزل فان البائع لا يستطيع رفع دعوى ببطلان البيع لأنّ دعوى البطلان قد سقطت بالتقدم، غير أنه إذا طالبه المشتري بتسليم العين المبيعة كان من حقه أن يدفع ببطلان البيع على الرغم من انقضاء خمس عشرة سنة لأنّ الدفع بالبطلان دون دعواه لا يسقط بالتقدم.

و إذا أبطل عقد البيع زالت كل آثاره و تعيّن إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، و من ثمّ يلزم المشتري بردّ العقار المبيع كما يلزم البائع برد الثمن الذي أخذه، و إذا استحال الاسترداد حكم القاضي على من استحال عليه الرد بأن يدفع إلى الطرف الآخر تعويضاً معادلاً⁽³⁾.

يتبيّن ممّا تقدّم أنّ العقد العرفي لا يؤدي الدور الذي يؤديه العقد الرسمي، فقد رأينا ما في هذا الأخير من قوة إثبات و ما فيه من ضمانات تحفظ للأطراف حقوقهم⁽⁴⁾ الشيء الذي دفع المشرع إلى فرض تحرير العقود ذات الأهمية الخاصة في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و ينتج عن ذلك أنّ البيع الوارد على عقار لا يكون صحيحاً إذا تمّ تحريره في عقد عرفي و إلا

(1) تنص المادة 2/102 من ق.م على ما يلي: " تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد".

(2) يراجع ما سبق إيراده في ص182 من هذه الرسالة.

(3) تنص المادة 1/103 من ق.م على ما يلي: " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل".

(4) يراجع ما سبق ذكره في ص114 و ما يليها من هذه الرسالة.

استطاع كل من البائع و المشتري إزالة آثاره بمجرد إنكار التوقيع و هذا ما لا يمكن السماح به في المعاملات العقارية⁽¹⁾.

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد البيع العقاري

لقد عرف القضاء تطورا ملحوظا من خلال تفسيره للنصوص القانونية المتتالية و الخاصة ببيع العقار. مسايرة لهذا التطور ارتأينا عرض موقف القضاء الجزائري من طبيعة عقد بيع العقار في المرحلة السابقة على صدور الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق (الفرع الأول) ثم المرحلة التي تلي صدور هذا الأمر و التي عرفت تناقضا في أحكام الاجتهاد القضائي (الفرع الثاني) و أخيرا المرحلة التي تلت صدور قرار الغرف المجتمعة بتاريخ 18 فيفري 1997 (الفرع الثالث).

الفرع الأول: المرحلة السابقة على صدور الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق

تميّزت هذه المرحلة بتطبيق القانون المدني الفرنسي الذي لم يشترط الشكل الرسمي في عقد البيع سواء كان محله منقولا أو عقارا، و هو بذلك اعتبر البيع عقدا رضائيا يكفي لانعقاده توافق الإيجاب و القبول بين المتعاقدين على عناصر البيع و التراضي على ماهية العقد و الشيء المبيع و الثمن، و لم يشترط الشكل الرسمي لانعقاد البيع العقاري.

و ترتيبا على ذلك فإنّ البيع المبرم بعقد عرفي يعتبر بيعا تاما متى توافرت أركانه من رضا و محل و سبب.

و قد أكد القضاء الجزائري هذا المبدأ بموجب قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) بتاريخ 09 ماي 1982⁽²⁾ و الذي ورد فيه ما يلي: " حيث إنّ البيع أبرم

⁽¹⁾ موالك بختة/ (المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و تطبيقها على البيع)، مقال منشور بمجلة العلوم القانونية و السياسية و الاقتصادية، ع 4، سنة 1993، ص 847.

⁽²⁾ قرار م أ غ م، القسم 2، ملف رقم: 24753، الصادر بتاريخ 1982/05/09، منشور بـ ن ق لسنة 1982، عدد خاص، ص 147.

سنة 1968 و في عهد القانون القديم كان بيع العقار يتم بالعقد العرفي إذا أثبتته الشهود الذين حضروا جلسة الاتفاق، و إنّ مجلس بسكرة لمّا قضى بصحة بيع عقار أبرم بحضور شهود فانه يكون قد التزم حدود القانون".

و أخذ بنفس الاتجاه في قرار آخر صادر عنه بتاريخ 06 فبراير 1983⁽¹⁾ و الذي قضى بما يلي: " من المقرر قانونا أنّ العقد العرفي يعتبر صادرا ممّن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء، أما ورثته أو خلفه فيكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون بأنّ الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق، و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعدّ مخالفاً للقانون.

و لما كان الثابت في قضية الحال أنّ الطاعن قدّم عقدا عرفيا مؤرخا في 12 جوان 1970 اشترى بواسطته العقار محل النزاع من أبيه الهالك فإنّ قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركة الهالك دون مراعاة للعقد العرفي و دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين أنكروا بأنهم لا يعلمون نسبة الخط أو الإمضاء لمورثهم يكونون قد خالفوا القانون".

بإمعان النظر في هذه القرارات القضائية يتبين لنا بأنّ الاجتهاد القضائي استمر في هذه المدة في تطبيق نفس المبادئ الواردة في القانون الفرنسي، إذ أقرّ بصحة عقد بيع العقار العرفي المبرم قبل 1 جانفي 1971 تاريخ سريان قانون التوثيق و اعتبره صحيحا و مرتبا لكافة آثاره القانونية.

الفرع الثاني: مرحلة ما بعد صدور الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق

رأينا فيما تقدم أنه من الناحية القانونية يعتبر بيع العقار باطلا بطلانا مطلقا إذا لم يحرر في شكل رسمي تطبيقا للمادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق و المكرسة بالمادة 324 مكررا 1 من القانون المدني رقم 14/88 الصادر في 03 ماي 1988، و ترتيبا على ذلك فإنّ العقود العرفية و الواردة على

(1) قرار م أ غ م، القسم 1، ملف رقم: 33054، الصادر بتاريخ: 1983/02/06، منشور ب م ق لسنة 1992، ع 4، ص 16.

العقارات و المبرمة بعد أول يناير 1971 تاريخ سريان قانون التوثيق تعدّ باطلّة بطلانا مطلقا.

و الملاحظ أنّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا لم يستقر على اتجاه واحد، إذ ذهب في بعض قراراته- كما سنرى- إلى تطبيق نفس المبادئ الواردة في القانون المدني الفرنسي معتبرا أنّ العقد العرفي في مجال البيع العقاري صحيح و مرتب لكافة آثاره، بينما وضع في قرارات أخرى حدّا للاجتهاد القضائي السابق و اعتبر العقود العرفية الواردة في مجال البيع العقاري باطلّة بطلانا مطلقا تطبيقا لأحكام المادة 12 من الأمر 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق و المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و اللتين أوجب فيهما المشرع تحرير العقود الناقلة لملكية العقارات في شكل رسمي و ذلك تحت طائلة البطلان.

و من قبيل القضايا التي اعتبرت فيها المحكمة العليا العقود العرفية الواردة على العقارات و المبرمة بعد صدور قانون التوثيق السالف الذكر صحيحة ما قضى به المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 30 ماي 1985⁽¹⁾ بنقض القرار المطعون فيه القاضي ببطلان عقد عرفي مبرم سنة 1972 يتضمن بيع مسكن على أساس أنّ البيع المذكور معترف به بصورة قطعية من المتعاقدين و أنّ الشيء المبيع ثابت و السعر المتفق عليه محدد و مسدد من المشتري، و أنه لا يحق للمدعى عليه في الطعن التمسك بخطأ ارتكبه للتوصل من التزاماته اعتمادا على مقتضيات الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 و أنه يتعيّن بالتالي تطبيق مقتضيات المادة 106 من القانون المدني في هذه القضية و التصريح بأنّ البيع العرفي المبرم بين الطرفين و المنفذ من الجانبين ينتج آثاره كاملة.

⁽¹⁾ يراجع قرار م أ غ اج، ملف رقم: 41234، الصادر بتاريخ 1985/05/30، مشار إليه في: موالك بختة/ المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و تطبيقها على البيع، المقال السابق، ص 845.

و في قرار آخر صدر عنها بتاريخ 30 نوفمبر 1994⁽¹⁾ قضت المحكمة العليا بأن: " المجلس القضائي أخطأ عندما اعتبر العقد العرفي المؤرخ في 28 جويلية 1990 باطلا لأنه لم يحزر في الشكل التوثيقي ذلك أنّ الشكل التوثيقي ليس شرطا لصحة البيع و لكن المشرع من خلال ذلك يريد نقل الملكية العقارية و الحقوق بضرورة توثيق العقد و الإشهار العقاري لإرساء قواعد تضمن حقوق الأطراف و مصالحهم مع الحفاظ على مصالح الخزينة و أنه من السهل أن يتقدم المتقاضي أمام المحكمة يطلب منها إبطال البيع بحجة عدم صياغته في الشكل التوثيقي بينما يكون هو الذي امتنع عن تطبيق أحكام المادة 361 من القانون المدني و عليه يجب القول أنّ البيع موضوع الخصام صحيح و أركانه متوفرة، و انتهت إلى نقض القرار تطبيقا لأحكام المادتين 351 و 361 من القانون المدني".

يتبين من القرارات السالفة الذكر أنّ المحكمة العليا قضت بأنّ تخلف الشكل الرسمي في بيع العقار لا ينتج عنه بطلان البيع، فإذا كان البيع محررا في شكل عرفي و مستوفيا للشروط الموضوعية من تراض و محل و سبب فإنّ العقد يكون تاما و منتجا لآثاره بين طرفيه، و يترتب على ذلك أنّ المحكمة العليا لم تعتبر البيع العقاري عقدا شكليا و إنما عقدا رضائيا يكفي لتمامه تطابق إرادتي المتعاقدين على البيع و المبيع و الثمن، و أنها لم تعتبر الشكل الرسمي شرطا واجبا لانعقاد البيع.

يبدو أنّ اتجاه المحكمة العليا الرامي إلى الاعتراف بعقد بيع العقار العرفي المبرم بعد 01 جانفي 1971 تاريخ سريان قانون التوثيق غير صائب ذلك أنّ القانون أوجب تحت طائلة البطلان تحرير عقد البيع العقاري في الشكل الرسمي، فضلا عن أنّ المبدأ العام هو أنه

(1) يراجع قرار م ع، ملف رقم: 116541، الصادر بتاريخ 1994/11/30، مشار إليه في: عمر بن سعيد/ الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص245.

- و يراجع أيضا قرار م أ غ م ، ملف رقم: 83990، الصادر بتاريخ 1992/05/19، غير منشور، مشار إليه في: موالك بختة/ (المادة 324 مكرر 1 من ق.م و تطبيقها على البيع) المقال السابق، ص844، و الذي نقض فيه المجلس الأعلى القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء البلدة و القاضي ببطلان عقد عرفي بشأن قطعة أرض مبرم في: 1976/12/22 و علل قضاءه بأن جهة الاستئناف أخطأت في تطبيق المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 لأنّ شروط العقد متوفرة و أنّ جهة الاستئناف أعفت البائع من القيام بالتزامات تقع عليه دون مراعاة نص المادة 361 من ق.م .

لا اجتهاد مع النص و أنّ نصّ المادة 12 من قانون التوثيق و المكرس بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني واضح و صريح لا يدع مجالاً لتأويله.

و إذا كان موقف المحكمة العليا في هذه القرارات القضائية هو الاعتراف بالبيع العقارية المبرمة في شكل عرفي بعد صدور قانون التوثيق فيلاحظ أنها سلكت مسلكاً مغايراً في قرارات قضائية أخرى، إذ اعتبرت الشكل الرسمي ركناً من أركان البيع العقاري يترتب على إغفاله بطلان عقد البيع الوارد على عقار بطلاناً مطلقاً.

و من قبيل ذلك ما قضت به في قرار صادر عنها بتاريخ 03 أبريل 1985⁽¹⁾ جاء فيه ما يلي: " و لما كان الثابت أنّ الوعد بالبيع تمّ بعقد عرفي مؤرخ في 03 جانفي 1974 بعد صدور قانون التوثيق معلقاً على شرط حصول البائعة على رخصة من الجهات الإدارية للتجزئة، و قد رفضت السلطات المختصة منح هذه الرخصة برسالة من الوالي إلى رئيس المجلس الشعبي البلدي فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بأنّ بيع 03 جانفي 1974 صحيح و أنّ الحكم يعتبر عقداً رسمياً خالفوا القانون و لم يعطوا لقضائهم أساساً شرعياً".

و قضت أيضاً في قرار صادر عنها بتاريخ 17 أبريل 1996⁽²⁾ بما يلي: " متى ثبت من قضية الحال انعدام وجود وعد رسمي لبيع الفيلا، و رفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني، لا تتوافر فيه الشكلية القانونية، و أنّ استجابة القضاة لمطلبها و إصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي يكونون قد أسأؤوا تطبيق القانون و فهم اجتهادات المحكمة العليا، ممّا يستوجب نقض قرارهم بدون إحالة".

(1) يراجع قرار م أ غ م، ملف رقم: 33528، الصادر بتاريخ 1985/04/03، منشور بـ م ق لسنة 1989، ع 4، ص 48.

(2) يراجع قرار م ع غ م، القسم الثالث، ملف رقم: 154760، الصادر بتاريخ 1996/04/17، منشور بـ م ق لسنة 1996، ع 1، ص 99.

- و يراجع بهذا الصدد أيضاً: قرار م أ غ م، ملف رقم: 25699، الصادر بتاريخ: 1982/07/07، منشور بـ ن ق، عدد خاص لسنة 1982، ص 171. الذي قضى بما يلي: "حيث إن المادة 12 من الأمر رقم: 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار تحت طائلة البطلان ... حيث إن البطلان التي تنص عليه المادة 12 من الأمر 91/70 بطلان مطلق لا يقبل الإجازة".

يتبين من هذه القرارات أنّ المحكمة العليا أكدت على وجوب احترام الشكل الرسمي في البيوع العقارية و جعلت من تخلفه سببا لبطلان البيع، بينما كرسّت في قرارات أخرى كما رأينا مبدأ الرضائية في عقد البيع العقاري و قضت بصحة البيوع العقارية المبرمة في شكل عرفي، و هي بذلك وقعت في تناقض مما أدى إلى تضارب أحكام القضاء بشأن الطبيعة القانونية لبيع العقار.

الفرع الثالث: مرحلة ما بعد صدور قرار الغرف المجتمعة

أمام هذا التناقض في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا حول مدى صحة عقد البيع العرفي الوارد على عقار اجتمعت الغرفتان المدنية و التجارية في غرفة مختلطة⁽¹⁾ بتاريخ 21 ماي 1996 و تمّت مناقشة الإشكال القانوني المتعلق بمدى صحة البيوع العقارية العرفية لكن لم تتوصل الغرفتان إلى حلّ موحد لأنّ الغرفة المدنية اعتبرت بأنّ العقد العرفي الذي يتضمن بيع عقار أو قاعدة تجارية يعتبر صحيحا و تترتب عليه التزامات شخصية على عاتق البائع و المشتري مما يؤدي إلى الحكم بصحته، و على الطرفين إتمام البيع أمام الموثق، بينما سلكت الغرفة التجارية مسلكا مغايرا إذ اعتبرت بأنّ كل بيع عقار أو محل تجاري يجب تحت طائلة البطلان أن يفرغ في شكل رسمي و أنه لا يجوز للقاضي بأيّ حال من الأحوال أن يقضي بصحة العقد العرفي الوارد على عقار و يلزم الطرفين بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع.

و نظرا للتناقض الملحوظ في موقف الغرفتين قررت الغرفة المختلطة إحالة الإشكال الناتج على الغرف المجتمعة للفصل فيه و انتهت هذه الإجراءات بالقرار الصادر عنها بتاريخ 18 فبراير 1997 تحت رقم 136156⁽²⁾ قضت فيه بما يلي: " حيث إنّ الشكل الرسمي في عقد

(1) تنص المادتان 16 و 17 من القانون العضوي رقم 12/11 المؤرخ في 26/07/2011 المحدد لتنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصاتها، منشور في ج ر، ع 42، س 48 الصادرة في: 2011/07/31 على ما يلي:
* المادة 16: " تكون الإحالة على الغرفة المختلطة عندما تطرح قضية مسألة قانونية تلتقت أو من شأنها أن تتلقى حولا متناقضة أمام غرفتين أو أكثر".

* المادة 17: " تتشكل الغرفة المختلطة من غرفتين على الأقل".

(2) قرار م ع غ مج ، ملف رقم: 136156، الصادر بتاريخ 18/02/1997، منشور بـ م ق لسنة 1997، ع 1، ص 10.

بيع المحل التجاري شرط ضروري لصحته، و إنّ تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون و يؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

و إنّهُ يتعيّن على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية و يأمرؤا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني".

تتلخص وقائع الدعوى التي ترتب عليها إصدار هذا القرار أنّ شخصا باع محلا تجاريا لآخر بموجب عقد عرفي مؤرخ في 22 أوت 1988، فرّغ المشتري دعوى أمام محكمة المحمدية طالبا فيها إلزام البائع بإتمام إجراءات عقد البيع و تحريره أمام الموثق فرفضت محكمة المحمدية طلب المدعي و ذلك بحكمها الصادر بتاريخ 10 ماي 1992.

و بناء على استئناف المدعي لهذا الحكم أصدر مجلس قضاء معسكر قرارا بتاريخ 03 ماي 1994 قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه و القضاء بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين الطرفين المتنازعين بموجب العقد العرفي المؤرخ في 22 أوت 1988 و بصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية مع إلزام المشتري بدفع باقي الثمن.

قام البائع بالطعن بالنقض في هذا القرار أمام المحكمة العليا مركزا طعنه على وجه وحيد مأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه على أساس أنّ بيع المحل التجاري يخضع لأحكام المادة 79 من القانون التجاري و المادة 324 مكررا 1 من القانون المدني و أنه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان خلاف ما ذهب إليه قضاة المجلس.

و فصلا في الطعن بالنقض قضى قرار الغرف المجتمعة بأنّ العقد العرفي المتضمن بيع محل تجاري باطل بطلانا مطلقا كونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام و لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع، و علل قضاة المحكمة العليا قرارهم بما يلي: " حيث انه يتبين من القرار المطعون فيه أنّ قضاة الاستئناف اعتبروا أنّ العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين طرفي النزاع و المتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن (ب أ) إلى المطعون ضده (ع ح) عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف

المبيع و تحديد الثمن و تترتب عليه التزامات شخصية و نتيجة لذلك قضاوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع.

و حيث إنّ قضاءهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لكونهما تشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف و كذا حقوق الغير و إلا كان باطلاً.

و حيث إنّ الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته و إنّ تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون و يؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

و حيث إنّه إذا كان صحيحاً أنّ العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع و الشاري إلا أنه باطل بطلاناً مطلقاً لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع.

و ضمن هذه الظروف فإنه يتعيّن على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان عقد البيع العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية و يأمرُوا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقاً لأحكام المادة 103 من القانون المدني".

إنّ تحليل هذا القرار يسمح لنا بتقديم الملاحظات التالية:

- أنّ الحل القانوني الذي كرسه قرار الغرف المجتمعة يتعلق بمدى صحة العقود العرفية التي تتضمن بيع المحلات التجارية غير أنه تجدر الملاحظة أنه يمكن توسيع نطاق هذا القرار ليشمل جميع المعاملات الواردة في نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني سيما تلك التي تتعلق ببيع العقارات⁽¹⁾.

⁽¹⁾ و هذا ما أكدته م ع غ ع، في القرار الصادر عنها بتاريخ 1997/05/23، ملف رقم: 148541، منشور بـ م ق لسنة 1997، ع 1، ص 183 و الذي قضت فيه بما يلي: " من المقرر قانوناً أنّ العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى =

- أن قرار الغرف المجتمعة قضى و على صواب بأنّ العقد العرفي المتضمن بيع محل تجاري باطل بطلانا مطلقا كونه يخضع لإجراءات قانونية تتعلق بالنظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححه بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع كما لا يمكن أن يصحح هذا البيع بالإجازة، و أنه يتعيّن على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي و أن يأمرؤا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرامه طبقا للمادة 103 من القانون المدني، و من ثمّ يترتب على ذلك أنه يتعيّن على البائع رد الثمن و على المشتري إرجاع المبيع⁽¹⁾.

- أنّ قرار الغرف المجتمعة جاء لكي يوحد الاجتهاد القضائي في مسألة قانونية هامة نظرا لكثرة القضايا من هذا النوع المطروحة على الجهات القضائية و يذكر القضاة بضرورة تطبيق القانون تطبيقا سليما، و يضع حدًا للتناقض في الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا ذاتها بشأن تأويل نصّ المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق و المكرسة بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني اللتين توجبان تحت طائلة البطلان إبرام عقود البيع الواردة على العقارات في شكل رسمي.

- أنّ الحلّ الذي انتهى إليه هذا القرار يتماشى و الغرض من اشتراط المشرع الشكل الرسمي في البيوع العقارية ذلك أنّ الشكلية تحدّ من تسرع الشخص في إبرام العقد و تمكنه من تقدير التزاماته و حقوقه تقديرا سليما⁽²⁾، كما تهدف إلى حماية أشخاص آخرين كالعائلة و الورثة،

= الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر على الشكل الرسمي، و من ثم فان القرار المطعون فيه لم يخرق القانون و لم يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار الصادر في 18/02/1997 تحت رقم: 136156 و عليه فان قضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين فإنهم طبقوا صحيح القانون".

⁽¹⁾ بحيث قضت م ع غ ع ، ملف رقم: 311638، الصادر بتاريخ 2005/10/12 ، منشور ب ن ق ، ع 59 لسنة 2006، ص 251 بما يلي: " إنّ إبطال قضاة الموضوع اتفاقا مبرما بين طرفين و ذلك برفض الدعوى دون إرجاع الأطراف إلى الوضعية التي كانوا عليها من قبل يعدّ مخالفة صريحة لنص المادة 103 من القانون المدني".

⁽²⁾ فيلالي علي/ (تعليق حول قرار قضائي " بطلان عقد التسيير الحر الذي لم يفرغ في الشكل الرسمي ")، منشور ب م ج ع ق ا ق س ، ج 35، رقم 02، لسنة 1997، ص 464-465.

بل و أكثر من ذلك فإنّ المشرع حينما يشترط الشكلية قد لا يقتصر على حماية أطراف التعاقد و الغير فقط و إنما قد يسعى إلى تحقيق المصلحة العامة أيضا من خلال مراقبة التصرفات الواردة على الملكية العقارية.

- غير أنه يؤخذ على هذا القرار أنه اعتبر الشكل الرسمي شرطا ضروريا لصحة بيع المحل التجاري يترتب على إغفاله بطلان العقد بطلانا مطلقا، و هو بذلك لم يتحرر الدقة في انتقاء المصطلحات القانونية الصحيحة لأنّ الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لانعقاد البيع و ليس شرطا لصحته لأنّ هناك اختلافا بين المصطلحين و بين الآثار القانونية الناجمة عن كل منهما.

فطبقا للقواعد العامة فإنّ شروط صحة العقد هي توافر الأهلية و خلو الإرادة من العيوب التي قد تشوبها كالغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال، فإذا شاب العقد أحد هذه العيوب كان قابلا للإبطال و هو يقبل الإجازة و لا يجوز التمسك ببطلانه إلا لمن تقرر ذلك لمصلحته و ليس للقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه لأنّ العقد القابل للإبطال عقد صحيح ينتج كافة آثاره إلى أن يحكم ببطلانه، أما شروط الانعقاد فهي التراضي و المحل و السبب و الشكل في العقود الشكلية، و إذا تخلف أحد هذه الأركان كان العقد باطلا بطلانا مطلقا لا يترتب عليه القانون أثرا و لا يقبل الإجازة و يحق لأيّ طرف التمسك ببطلانه كما أنّ للقاضي إثارته من تلقاء نفسه.

خلاصة لما تقدم يمكن القول أنّ قرار الغرف المجتمعة الصادر بتاريخ 18 فبراير 1997 و إن لم تكن هناك ضرورة للجوء إليه نظرا لوضوح نصّ المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق و المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني اللتين اعتبرتا عقود البيع الواردة على العقارات عقودا شكلية إلا أنه يعتبر خطوة لتعزيز دولة القانون و توحيد الاجتهاد القضائي على مستوى جميع الجهات القضائية، كما يفرض على المتعاقدين احترام الشكل الرسمي في معاملاتهم العقارية حفاظا على حقوقهم و حقوق الدولة التي حرمت فترة من الزمن من إيرادات هامة⁽¹⁾، فضلا عن أنه جاء تماشيا مع التوجهات الجديدة التي تبناها المشرع الجزائري من إصدار

⁽¹⁾ يراجع حسان بوعروج/ (التعليق على قرار 18/02/1997)، منشور ب الاج ق ل غ ت بح ، عدد خاص، سنة 1999، ص45.

القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري و الذي نص في المادة 29 منه على ما يلي: " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"، و كذا قانون المالية لسنة 1992 الذي منع في المادة 63 منه مسؤولي إدارة التسجيل من القيام بتسجيل أيّ عقد عرفي يتضمن بيع محل تجاري أو عقار⁽¹⁾.

يلاحظ في الأخير أنّ القضاء الجزائري استقر على الاتجاه الذي أقره قرار الغرف المجتمعة⁽²⁾.

⁽¹⁾ تنص المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992 على ما يلي: " يمنع مفتشو التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم و الحصص في الشركات، الإيجارات التجارية ، إدارة المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات".

⁽²⁾ بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 28/06/2000 ملف رقم: 197347، منشور بـ الاج ق لـ غ ع، ج2، ص 258 بما يلي: " الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات اعتمادا على المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر1 من القانون المدني".

المبحث الثاني:

الشكلية في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

التعرض للشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم يقتضي بداية التطرق لمفهوم عقد بيع العقار بناء على التصاميم (المطلب الأول) ثم بيان موقف المشرع و القضاء الجزائريين من الشكل الواجب توافره في عقد بيع العقار بناء على التصاميم (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد بيع العقار بناء على التصاميم

إنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم عقد حديث النشأة في الجزائر نظم المشرع أحكامه بموجب القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986 و المتعلق بالترقية العقارية⁽¹⁾ في فصله السادس لا سيما المادة 29 منه، غير أن معالجة هذا القانون للعقد المذكور لم تكن دقيقة و مفصلة، إذ لم يتطرق هذا النص للأحكام التفصيلية المتعلقة بالانعقاد و الالتزامات المتبادلة بين المرقى العقاري البائع و المستفيد، فضلا عن تلك الضبابية التي شابته حتى تسمية العقد⁽²⁾.

و الغرض من تنظيم المشرع الجزائري لأحكام عقد البيع بناء على التصاميم هو تشجيع الاستثمار في مجال الترقية العقارية، موازاة مع الإصلاحات الاقتصادية التي انتهجتها الدولة الجزائرية بغرض جلب المستثمرين و حثهم على الاستثمار في المجال العقاري من جهة، و وسيلة للتخفيف من حدة أزمة السكن أمام عجز القطاع العام عن تلبية حاجات الأفراد بصيغة السكن الاجتماعي من جهة أخرى.

(1) منشور في ج ر، ع 10، س 23، الصادرة في: 1986/03/05، و قد تمّ إلغاؤه بموجب المادة 30 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 لمتعلق بالنشاط العقاري.

(2) كانت لهذا العقد عدة تسميات في القانون رقم 07/86، إذ سمّاه المشرع: عقد حفظ الحق، و البيع بناء على مخطط، و البيع بناء على التصاميم، و البيع الأجل.

تبعاً لذلك فإنّ عقد البيع على التصاميم لم يعرف في التشريع الجزائري كعقد مستقل و مسمى إلا سنة 1993 بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾ الذي جاء لتدارك الغموض الموجود في القانون رقم 07/86 سيما فيما يخص أركان هذا العقد و شروطه و الضمانات المطلوبة فيه و بصفة خاصة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات المتولدة عنه⁽²⁾.

لكن عقد البيع على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 لم يحقق الأهداف المرجوة منه نظراً لعدم انسجام النصوص القانونية المنظمة له مع الواقع العملي ممّا أفرز العديد من الإشكالات القانونية و النزاعات القضائية وهو ما حاول المشرع الجزائري استدراكه من خلال إلغاء المرسوم التشريعي السالف الذكر⁽³⁾ و إصداره القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 و المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽⁴⁾.

هذا و لقد منح المشرع الجزائري المرقين العقاريين الممارسين نشاطهم عند تاريخ نشر هذا القانون⁽⁵⁾ حق مواصلة نشاطاتهم، و لكن يتعيّن عليهم المطابقة لأحكام هذا القانون في أجل مدته ثمانية عشر شهراً ابتداء من تاريخ نشر هذا القانون في الجريدة الرسمية⁽⁶⁾، و بانقضاء هذا الأجل و في حالة عدم تمكن المرقى العقاري من المطابقة فإنّه يلتزم بجميع واجباته إلى غاية إتمام انجاز مشروعه و وضع أجهزة التسيير من طرف المقتنين أو ممثليهم⁽⁷⁾.

(1) منشور في ج ر، ع 14، س 30، الصادرة في: 1993/03/03.

(2) ويس فتحي، فتاك علي/ (عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية)، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 07 و 08 فيفري 2006، جامعة ورقلة، ص 84.

(3) تنص المادة 80 من القانون رقم 04/11 على ما يلي: " تلغى أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 و المتعلق بالنشاط العقاري ، المعدل و المتمم، باستثناء المادة 27 منه...".

(4) منشور في ج ر، ع 14، س 48، الصادرة في: 2011/03/06.

(5) تمّ نشر هذا القانون بتاريخ: 2011/03/06.

(6) و هذا لغاية 2012/09/06.

(7) يراجع نص المادة 79 من القانون رقم 04/11.

و عليه، فإنّ هذا القانون يطبق على عقود البيع بناء على التصاميم المبرمة بعد تاريخ نشره في الجريدة الرسمية غير أنه بالنسبة لعقود البيع التي أبرمت قبل 06 مارس 2011 فإنها تبقى خاضعة لأحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 ذلك أنّ المشرع منح المرقين العقاريين أجلا أقصاه ثمانية عشر شهرا لتطبيق القانون الجديد.

إنّ التعرض لمفهوم عقد بيع العقار بناء على التصاميم يقتضي في البداية تعريف هذا العقد (الفرع الأول) ثمّ تحديد طبيعته القانونية (الفرع الثاني) ثمّ تمييزه عن التصرفات القانونية المشابهة له (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف عقد بيع العقار بناء على التصاميم

لم يعرف المشرع الجزائري البيع على التصاميم في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري غير أنه سدّ هذا الفراغ و عرّفه في المادة 28 الفقرة الأولى من القانون رقم 04/11 الصادر بتاريخ 17 فبراير 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بنصه على ما يلي: " عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، هو العقد الذي يتضمن و يكرس تحويل حقوق الأرض و ملكية البنايات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتب موازاة مع تقدّم الأشغال. و في المقابل، يلتزم المكتب بتسديد السعر كلما تقدّم الانجاز".

انطلاقا من هذه المادة يمكن تعريف عقد البيع بناء على التصاميم بأنه عقد يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري ببيع بناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، بالاعتماد على التصاميم و المواصفات المطلوبة و بنقل ملكية الأرض و البنايات إلى المشتري مقابل التزام هذا الأخير بدفع السعر حسب مراحل تقدّم الانجاز.

تبعاً لذلك فإنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو بيع عقاري محله عقار لم يشيّد بعد أو مازال في طور الانجاز يلتزم بموجبه البائع بصفته مرقياً عقارياً بانجاز المبنى محل البيع وإتمامه بالمواصفات المطلوبة و المطابقة لقواعد البناء و التعمير⁽¹⁾ مع تقديم ضمانات تقنية و مالية كافية، في حين يلتزم المشتري في هذا العقد بأن يدفع للبائع أثناء الانجاز أقساطاً من الثمن تحدد قيمتها و آجال دفعها في بنود العقد⁽²⁾.

و يلاحظ أنّ المشرع الجزائري يربط عقد البيع بناء على التصاميم بالترقية العقارية، و من ثمّ فإنّه لا يجوز لغير المرقى العقاري من المعمارين الآخرين أن يمارس هذا النوع من البيوع⁽³⁾، و هذا ما يترتب آثاراً هامة خاصة فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في البائع و التزاماته و طبيعة هذا العقد القانونية⁽⁴⁾.

إنّ المحل في عقد البيع بناء على التصاميم هو بناية لم يتم انجازها بعد سواء كانت مخصصة للسكن أو لممارسة مهنة أو لاستعمال حرفي أو تجاري عرضياً طبقاً لمقتضيات المادة 14 الفقرة الثانية من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽⁵⁾.

(1) ويس فتحي، فتاك علي/ (عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية)، المقال السابق، ص 84.

(2) يراجع نص المادة 37 من القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(3) يراجع نص المادة 29 من القانون رقم 04/11 السالف الذكر.

(4) يراجع ما سيتم شرحه في صفحة 217 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(5) عكس المشرع الفرنسي الذي نظم بيع العقارات قبل الانجاز المخصصة للسكن بأحكام أمرة و سماها القطاع المحمي، أما إذا كان العقار المبيع مخصصاً لممارسة نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي فإن أحكام عقد بيع العقار بناء على التصاميم لا تكون أمرة.

- V.Olivier TOURNAFOND/ Vente d'immeuble à construire, Encyclopédie, Dalloz, 2000-2001, p 3.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم

من خلال تعريف عقد بيع العقار بناء على التصاميم يتبين أنّ هذا العقد يحتوي على خصائص عدّة عقود مشابهة له الأمر الذي أدى إلى اختلاف الفقهاء حول طبيعته القانونية.

فقد رأى بعض الفقهاء أنّ عقد البيع بناء على التصاميم يعتبر عقد بيع لشيء مستقبلي على أساس تأجيل الالتزامات بين طرفيه⁽¹⁾.

غير أنّ هذا الرأي و إن كان قد لقي صداه لدى كثير من الفقهاء، إلا أنه يعاب عليه أنه ينظر لأثر واحد من الآثار المترتبة على هذا العقد و هو الالتزام بنقل الملكية كالتزام جوهري بينما لا يعطي أهمية للالتزام آخر لا يقل عنه أهمية وهو التزام المرقي العقاري ببناء المسكن.

بينما رأى فريق آخر من الفقهاء أنّ عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد مقاوله ابتداء و عقد بيع انتهاء⁽²⁾. و مفاده أنه عقد مقاوله ما دام الشيء لم يصنع أو في طور الانجاز، فإذا انتهى هذا الصنع تحول العقد إلى عقد بيع للشيء المنجز.

و لم يسلم هذا الرأي هو الآخر من الانتقاد حيث يعاب عليه أنّ تكيف العقود يكون وقت انعقادها و هذا بغض النظر عما يترتب عليها بعد ذلك من آثار، فلا يجوز أن يتغيّر وصف العقد وقت تكوينه عن وصفه إذا ما نفذ⁽³⁾، و من ثم فإن هذا الرأي كسابقه لا يمكن اعتماده أساساً لتحديد الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم.

⁽¹⁾Philippe MALAURIE/ Vente d'immeuble à construire, Encyclopédie, Dalloz, 1994, p02.

- Olivier TOURNAFOND/Vente d'immeuble à construire, op.cit ; p 02, n° 1.

⁽²⁾ محمد لبيب شنب/ شرح أحكام عقد المقاوله، ط 2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003، ص22.

⁽³⁾ بوجنان نسيمه/ عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق،

جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2008-2009، ص16.

و يرى الفقه الحديث أنّ عقد البيع بناء على التصاميم عقد مختلط فهو عقد مركب من عقدين: عقد البيع و عقد المقاولة⁽¹⁾ تجتمع فيه التزامات البائع و المَقاول.

يستمد هذا الرأي سنده مما ذهب إليه القانون الفرنسي الذي حدد الطبيعة القانونية للبيع قبل الانجاز بأنه عقد ذو صفة مزدوجة أو مركبة من عقدي البيع و المقاولة⁽²⁾ ذلك أنّ بائع العقار قبل الانجاز يلتزم بالتزامات المهندس و المَقاول ذاتها و كذلك التزامات البائع.

يرتكز أنصار هذا الرأي على أنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم يجمع بين عقد البيع لما يحتويه من خصائصه سيما أنه ناقل للملكية، و بين عقد المقاولة ذلك أنّ المسؤولية الملقاة على عاتق البائع المرقى و الالتزامات التي يتحملها تتحد في أحكامها مع مسؤولية المَقولين لا سيما في الضمانات الخاصة كالضمان العشري و ضمان حسن الانجاز و ضمان العيوب الظاهرة و هي كلها ضمانات غير مألوفة في البيع العادي.

و يبدو لنا أنّ هذا الرأي صائب لأن اعتبار عقد البيع بناء على التصاميم عقدا مختلطا مركبا من عقدي البيع و المقاولة سدّ النقص الذي قد يترتب على تطبيق أحكام أحد العقدين فقط، و لو أنه يؤدي إلى إثارة صعوبات فيما يتعلق بالمسائل التي تتعارض فيها أحكام عقد المقاولة مع عقد البيع، فعندئذ يتعين على القاضي المفاضلة بين العقدين⁽³⁾.

تجدر الإشارة إلى أنّ بيع العقار بناء على التصاميم وفقا لمقتضيات نصوص القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية⁽⁴⁾ يعدّ كأصل عام عملا مختلطا فهو تجاري بالنسبة للبائع و مدني بالنسبة للمشتري.

(1) بلموسات عبد الوهاب/ (محاضرات في المسؤولية قبل التعاقد: عقد البيع بناء على التصاميم)، موجهة لطلبة الماجستير، 2007، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، ص3.

(2) يراجع نص المادة 1/1646 من القانون رقم 03/67 الصادر بتاريخ 1967/01/03.

(3) محمد لبيب شنب/ شرح أحكام عقد المقاولة، المرجع السابق، ص21.

(4) تنص المادة 1/4 من القانون رقم 04/11 على ما يلي: " يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين و المسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية". =

الفرع الثالث: تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن العقود المشابهة له

إنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم يشبه بعض التصرفات القانونية في أوجه عديدة، و هذا ما يجعل الالتباس محتملا حدوثه، و حتى يزول هذا اللبس سأبين فيما يلي أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بين هذه التصرفات و بين عقد البيع بناء على التصاميم.

أولا : تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد بالبيع

الوعد بالبيع هو الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل حينما يفصح الموعد له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقا⁽¹⁾، و هو بهذا المعنى يتفق و عقد البيع على التصاميم في أنّ الالتزامات المتعاقد عليها مؤجلة غير أنّهما يختلفان في بعض الجوانب أهمها:

- أنّ عقد البيع بناء على التصاميم عقد نهائي يرتب التزامات في ذمة البائع المرقي العقاري بنقل ملكية المبيع للمشتري و تسليمه له و توفير مجموعة من الضمانات المختلفة العادية و الخاصة، و التزامات في ذمة المشتري المستفيد تتمثل في دفع الثمن⁽²⁾، في حين أنّ الوعد بالبيع هو عقد تمهيدي لا نهائي.

- أنّ عقد البيع بناء على التصاميم يرتب حقوقا عينية على البناية محل البيع، أما الوعد فلا يكسب الموعد له إلا حقوقا شخصية⁽³⁾.

= و تنص المادة 19 من نفس القانون على ما يلي: " يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية...".

(1) يراجع نص المادة 1/71 من ق.م.ج .

(2) لتفاصيل أكثر فيما يخص التزامات البائع و المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم يراجع: سويقات أحمد/ الآثار القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، جامعة ورقلة، ص92 و ما يليها.

(3) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج 1، المرجع السابق، رقم 138، ص257.

- أن عقد البيع بناء على التصاميم يعدّ عقدا تاما من تاريخ إبرامه، أما الوعد بالبيع فينقصد وقت ظهور الرغبة في إنشاء العقد لا من وقت إبرام الوعد بالبيع.

- أنّ المدة المحددة في عقد بيع العقار بناء على التصاميم هي مدة انجاز المشروع و اتمامه و مدة تسليم العقار محل الانجاز، في حين أنّ المدة المحددة في الوعد بالبيع هي المدة التي يجب خلالها إبرام عقد البيع.

- أنه في حالة إخلال احد الطرفين بالتزاماتهما المحددة في عقد البيع بناء على التصاميم فإنه تسري القواعد العامة بشأن المسؤولية العقدية، أما في الوعد بالبيع إذا لم ينفذ الواعد التزامه بإبرام عقد البيع خلال الأجل المحدد جاز للموعد له استصدار حكم يقضي بوقوع البيع و صحة التعاقد، و يقوم هذا الحكم النهائي مقام العقد وفقا لمقتضيات المادة 72 من القانون المدني.

ثانيا: تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن بيع الأشياء المستقبلية

يقصد ببيع الأشياء المستقبلية أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى أن يقع البيع على شيء مستقبلي شريطة أن يكون هذا الشيء المستقبلي محققا في وجوده طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 92 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا".

و هو بهذا التعريف يشترك مع البيع بناء على التصاميم في أنّ البيع يتم على شيء غير موجود وقت التعاقد إلا أنه محقق الوجود مستقبلا⁽¹⁾ إلا أنه يختلف عنه في جانب مهم يتمثل في أنّ الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم تنتقل من المرقي العقاري إلى المشتري حسب مراحل تقدم أشغال انجاز البناية محل البيع⁽²⁾، أما بالنسبة لبيع الأشياء المستقبلية فإنّ الملكية لا تنتقل من

⁽¹⁾ يعتبر البيع بناء على التصاميم محققا في وجوده نظرا للضمانات القانونية و المالية الممنوحة في هذا العقد.

يراجع: ويس فتحي، فتاك علي/ (عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية)، المقال السابق، ص88، 89.

⁽²⁾ و هذا خلافا لما كان عليه الوضع في ظل أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 و المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم أين كانت الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم تنتقل على مرحلتين: المرحلة الأولى تنتقل فيها الرقبة فقط دون حق التمتع و الانتفاع، و تبدأ هذه المرحلة مباشرة بعد التوقيع على=

البائع إلى المشتري إلا عند وجود المبيع في المستقبل⁽¹⁾.

ثالثاً: تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن البيع بالإيجار

يعرّف البيع بالإيجار بأنه العقد الذي يريد فيه العاقدان الإيجار و البيع معاً، فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملاً و بيع حين يتم الوفاء بالثمن، و في هذا العقد يتفق الطرفان على أن يسلم احدهما للآخر العين المبيعة مقابل مبلغ دوري متجدد على أن يعتبر هذا المبلغ أجره عن الانتفاع بالعين المبيعة حتى إذا أتم الطرف الآخر الوفاء بها كلها في نهاية المدة المحددة انتقلت إليه الملكية، و إذا تخلف عن دفع أي مبلغ منها يجب عليه أن يرد العين المبيعة و يعتبر ما دفع من أجره في مقابل الانتفاع بها طوال المدة التي بقيت فيها تحت يده⁽²⁾.

أما عن شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار فينظم أحكامها المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001⁽³⁾ الذي يحدد شروط شراء هذا النوع من المساكن.

و يعرف طبقاً للمادة الثانية من هذا المرسوم التنفيذي بأنه: " البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب".

يستفاد من هذه المادة أنّ البيع بالإيجار هو بيع لا إيجار تسري عليه أحكام البيع غير أنّ المشتري يبدو بمظهر المستأجر طالما أنه مطالب بدفع أقساط الثمن خلال مدة زمنية معينة تسمى

= العقد، أما المرحلة الثانية و التي تبدأ عند تمام الانجاز و التوقيع على محضر التسليم فينتقل فيها حق الانتفاع.

(1) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ج 5، دار الهدى ، الجزائر، 2008، ص 121.

(2) محمد حسنين/ عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 15.

(3) المحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفية ذلك، منشور في ج ر، ع 25 س 38، الصادرة في: 2001/04/29.

بمدة الإيجار⁽¹⁾، و عليه فإنّ العقد يبدأ في شكل عقد إيجار و ينتهي في شكل عقد بيع عند الوفاء بئمن المسكن كاملاً، و هو بهذا المعنى يشبه عقد البيع بناء على التصاميم في أنّ الثمن في كليهما يجرأ على شكل أقساط و يختلف عنه في الأوجه التالية:

- أنّ الملكية تنتقل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم من المرقى العقارى إلى المشتري حسب مراحل تقدّم إنجاز البناية المقرر بناؤها أو في طور البناء، أما في البيع بالإيجار فلا تنتقل ملكية الشيء المبيع إلا عند الوفاء بكامل أقساط الثمن.

- أنّ حيازة العقار المبيع في عقد البيع بناء على التصاميم لا تتم إلا عند إتمام إنجاز البناية في حين تنتقل الحيازة في البيع الإيجاري عند إبرام العقد.

- أنّ الأقساط التي يدفعها المشتري في عقد البيع بناء على التصاميم تعتبر جزء من الثمن يدفعه المشتري للمرقى العقارى في الأجال المنصوص عليها، و في حالة عدم التسديد يحتفظ بحق توقيع عقوبة على المبلغ المستحق⁽²⁾ أو طلب فسخ العقد، أما في حالة عقد البيع بالإيجار فتعتبر أجرة على الانتفاع بالعين المبيعة، و في حالة ما إذا تخلف المشتري عن دفع أي قسط عند حلول أجل استحقاقه و جب عليه رد العين المبيعة، و يعتبر ما دفع من أجرة مقابل الانتفاع بالعين طوال المدة التي بقيت فيها تحت يده.

- أنّ فسخ عقد بيع العقار بناء على التصاميم يتم بحكم القانون إذا لم يسدد المكتتب دفعيتين متتاليتين بعد إعدارين مدة كل واحد منهما خمسة عشر يوماً يبلغان عن طريق محضر قضائي و لم يتم الرد عليهما⁽³⁾، بينما في عقد البيع بالإيجار إذا تأخر المستفيد عن دفع ثلاثة أقساط شهرية متتالية يمكن للمتعهد بالترقية العقارية أن يباشر دعوى أمام الجهات القضائية المختصة لطرد المقيم من المسكن المعنى طبقاً للأحكام التشريعية المعمول بها⁽⁴⁾.

(1) بشرط ألا تتجاوز المدة 25 سنة طبقاً للمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم: 340/04 المؤرخ في: 2004/11/02 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم: 105/01 السالف الذكر.

(2) يراجع نص المادة 1/53 من القانون رقم 04/11.

(3) يراجع نص المادة 2/53 من نفس القانون المذكور.

(4) يراجع نص المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 135/03 المؤرخ في 2003/01/13 المعدل للمادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01.

رابعاً: تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاولة

المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر طبقاً لمقتضيات المادة 549 من القانون المدني، و هي بهذا المعنى تلتبس بعقد البيع بناء على التصاميم في أنّ كلا العقدين ينصبان على انجاز بناية إلا أنّهما يختلفان في بعض الجوانب أهمها:

- عقد بيع العقار بناء على التصاميم من العقود الواردة على الملكية يلتزم بمقتضاه المرقى العقاري بنقل ملكية بناء محل التشييد للمشتري، أما عقد المقاولة فمن العقود الواردة على العمل يلتزم بمقتضاه المقاول بتقديم عمل لرب العمل أو صناعة شيء من الأشياء.

- أنّ المرقى العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم هو كل شخص طبيعي أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات أو تهيئة أو تأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها⁽¹⁾، أما المقاول في عقد المقاولة فلا يتخذ زمام المبادرة و إنما يلتزم بانجاز البناية بتكليف من المالك.

- في عقد بيع العقار بناء على التصاميم يتم تحديد الثمن التقديري مسبقاً لكل وحدة من وحدات الانجاز أو البناء أو التشييد، أما في عقد المقاولة فإنه إذا لم يحدد الأجر سلفاً و يجب الرجوع في تحديده إلى قيمة العمل و نفقات المقاول دون إبطال العقد طبقاً لنص المادة 562 من القانون المدني.

- في عقد بيع العقار بناء على التصاميم لا يجوز للمرقى العقاري التحلل من التزاماته و إلا عدّ مسؤولاً عن ذلك، أما في عقد المقاولة فيجوز لرب العمل أن يتحلل من العقد و يوقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعرض المقاول⁽²⁾.

(1) يراجع نص المادة 3 من القانون رقم 04/11 المحدد لقواعد نشاط الترقية العقارية.

(2) تنص المادة 1/566 من ق.م.ج على ما يلي: " يمكن لربّ العمل أن يتحلل من العقد و يوقف التنفيذ في أيّ وقت قبل إتمامه. على أن يعرض المقاول عن جميع ما أنفقته من المصروفات، و ما أنجزه من الأعمال و ما كان يستطيع كسبه لو أنه أتمّ العمل".

المطلب الثاني: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

بما أنّ عقد البيع بناء على التصاميم خضع لعدّة أنظمة، فإنّه يجب التعرض إلى شكل هذا العقد في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في الفاتح مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري (الفرع الأول) ثمّ التطرق لشكل هذا العقد في ظل القانون رقم 04/11 الصادر في 07 فبراير 2011 و المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي

رقم: 03/93

الحديث عن الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 يتطلب التعرف على موقف المشرع الجزائري منه (أولا) ثمّ التعرض لموقف القضاء الجزائري من ذلك (ثانيا).

أولا: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في

ظلّ المرسوم التشريعي رقم: 03/93.

قبل التعرض لموقف المشرع الجزائري من شكل عقد بيع العقار بناء على التصاميم يتعيّن أن نشير إلى أنّ هذا البيع كان قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري خاضعا للقانون رقم: 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986 و المتعلق بالترقية العقارية.

بالرجوع إلى نص المادة 31 من القانون رقم 07/86 نجدها تنص على ما يلي: " خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 و المتضمن تنظيم التوثيق، و أحكام المادة 71 من القانون المدني، يحرّر العقد التمهيدي المسمى " عقد حفظ الحق"⁽¹⁾ في شكل " عقد عرفي"، و يخضع لإجراء التسجيل".

(1) لقد استعمل المشرع عبارة "عقد الحفظ" للدلالة على عقد البيع بناء على التصاميم في ظل القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية.

مؤدى هذه المادة أن عقد الحفظ هو عقد عرفي رغم أنه وارد على عقار فقد استثناه المشرع من المادة 12 من قانون التوثيق و المادة 71 من القانون المدني اللتين تشترطان إفراغ العقود الواردة على عقار و الوعد بها في شكل رسمي.

و عليه فإنه يسري على شكل بيع العقار بناء على التصاميم قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المشار إليه أعلاه أحكام القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية الذي لم يشترط إفراغه في شكل رسمي بل يكفي لانعقاده كتابته في شكل عرفي.

و إذا كان هذا موقف المشرع الجزائري من شكل عقد بيع العقار بناء على التصاميم فإنه اتخذ موقفا مغايرا بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري إذ نصّ في المادة 12 منه على ما يلي: " يحزر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي⁽¹⁾ (الرسمي) و يخضع للشكليات القانونية في التسجيل و الإشهار...".

كما نص في المادة العاشرة من نفس المرسوم على ما يلي: " يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نموده عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان، على ما يأتي: زيادة على الصيغ المعتادة...".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ المشرع الجزائري أوجب أن يفرغ عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي وفق النموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم تحت طائلة البطلان ، و من ثمّ فإنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم يعتبر من العقود التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين البائع المرقي و المشتري بل لا بدّ من إفراغها في شكل رسمي يحزره الموثق (01) و إلا تعرض للبطلان (02).

(1) الأصح الشكل الرسمي و ليس الشكل الأصلي كما أورد المشرع خطأ.

01- الشكل الرسمي ركن في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

يتبين مما سبق ذكره من مواد قانونية أنّ المشرع الجزائري اشترط أن يبرم عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و من ثم فان هذا العقد ليس عقدا رضائيا و إنما عقدا شكليا يتعين إفراغه في الشكل الرسمي لينعقد صحيحا، فالشكل الرسمي عنصر من عناصر تكوين البيع بناء على التصاميم يجب توافره بالإضافة إلى سائر العناصر الأخرى اللازمة لتكوين العقد.

و عليه يعتبر عقد بيع العقار بناء على التصاميم من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين البائع المرقى و المشتري بل لا بدّ من إفراغها في عقد رسمي يحرره الموثق، و احترام الإجراءات اللاحقة لهذه الرسمية من تسجيل و شهر.

أ. تحرير عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي

لقد أوجب المشرع الجزائري إفراغ عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي على يد موثق يقوم بتلقي إيجاب البائع المرقى العقاري و قبول المشتري بشأن البناية و الثمن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه.

و عليه يتعين على البائع المرقى و المشتري أن يتوجها إلى مكتب التوثيق المختص⁽¹⁾ من أجل أن يقوم الموثق بكتابة عقد البيع بناء على التصاميم طبقا للنموذج المحدد عن طريق التنظيم، و بهذا الصدد أصدر المشرع المرسوم التنفيذي رقم 58/94 بتاريخ 07 مارس 1994 المحدد لنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية بحيث يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية تحت طائلة البطلان، و تتمثل هذه البيانات⁽²⁾ فيما يلي:

(1) يراجع نصّ المادة 2 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(2) نصت عليها المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري.

- العناصر الثبوتية للحصول على رخصة البناء:

يجب على المالك الذي يريد بيع عقار بناء على التصاميم أن يحصل على رخصة البناء⁽¹⁾، و إن الحصول على رخصة البناء يعتبر أكبر ضمانة لملكية الوعاء العقاري من طرف المرقي العقاري و تؤدي إلى احترام هذا الأخير متطلبات حفظ الصحة و الأمن و قواعد البناء و التعمير حرصا من المشرع على تجنب البناءات الفوضوية غير المرخص بها.

- وصف البناية و مشتملاتها:

يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم وصفا دقيقا و شاملا للبناية المبيعة أو جزء من البناية المبيعة و مشتملاتها، و ذلك من خلال التصميم المعد مسبقا من طرف المهندس المعماري المختص و المكلف بذلك، و المرفق بالعقد الذي يجب أن يشتمل أيضا وصف البناية بدقة و مشتملاتها من تجهيزات خاصة يتم تعدادها، إضافة إلى جميع الأجزاء المشتركة في حالة البناية الجماعية، أما البناية الفردية فيضاف إليها وصف القطعة الأرضية التي بني عليها السكن من تحديد لمساحتها و ترقيم كل جزء وفق القرار المتضمن رخصة التجزئة⁽²⁾.

آجال التسليم و عقوبات التأخير

يلتزم البائع بمواصلة البناء و انهاءه في الآجال القانونية المقررة في العقد حتى يتسنى له تسليم العين المبيعة للمشتري في التاريخ المتفق عليه، و إذا تأخر أو توقف عن الانجاز و جب عليه أن يدفع للمشتري مبالغ عقابية تحسب بنسبة مئوية من الثمن التقديري المتفق عليه صراحة في العقد⁽³⁾.

(1) حوّل القانون سلطة الفصل في طلب رخصة البناء لكل من رئيس المجلس الشعبي البلدي و الوالي و الوزير المكلف بالتعمير كلّ حسب نطاق اختصاصه و هذا طبقا لنصوص القانون رقم 29/90 الصادر بتاريخ 1990/12/01 و المتعلق بالتهيئة و العمران المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05/04 المؤرخ في 2004/08/14.

(2) مسكر سهام/ بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون العقاري و الزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب بالبيدة، 2006، ص50.

(3) يراجع نصّ المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم.

و إنّ تحديد آجال التسليم و فرض عقوبات تأخيرية ضروري حتى لا يبقى المشتري عرضة لتماطل المرقى و تلاعبه بغرض مراجعة سعر البناية.

- السعر التقديرى و كفيات مراجعة الثمن

أوجب المشرع أن يتضمن عقد البيع على التصاميم السعر التقديرى للبناية المبيعة و يبين كيفية مراجعة الثمن، إذ أوجب على كل من المرقى العقارى و المشتري أن يتفقا على نسبة معينة لمراجعة الثمن التقديرى القاعدي بحيث يلتزم كل واحد منهما بعدم تجاوز هذه النسبة⁽¹⁾ تماشياً مع الظروف الاقتصادية أو الطبيعية التي قد تطرأ كزيادة سعر مواد البناء، إلا أنه لم يضع حداً أقصى لسعر هذه المراجعة لتفادي منع المرقى العقارى من زيادة الثمن بدعوى غلاء أسعار البناء أو أية ظروف استثنائية حتى لا يقع المشتري فريسة لشجع البائع⁽²⁾.

- شروط دفع الثمن و كفياته

تتم عملية تنفيذ الالتزامات بالنسبة لطرفي عقد البيع على التصاميم تدريجياً، لهذا يجب تحديد ثمن المبيع عند التعاقد و كذا طريقة دفعه التي تكون مجزأة تبعاً لمراحل تقدم الأشغال و ذلك وفقاً لمقتضيات المادة الخامسة من العقد النموذجي.

و دفع الثمن يكون من المشتري إلى البائع مباشرة إما نقداً أو عن طريق شيكات، أو من طرف المقرض أي البنك – الذي توجد علاقة بينه و بين المشتري- لفائدة البائع و هذا ما يسمى بالاشتراط لمصلحة الغير مقابل تأمين عيني طبقاً لمقتضيات المواد 116، 117، 118 من القانون المدني الجزائري.

(1) يراجع نصّ المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 58/94.

(2) حمليل نوارة/ (تقدير تقنية البيع على التصاميم)، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية يومي 07 و 08 فيفري 2006، جامعة ورقلة، ص106.

- الضمانات القانونية و دعم الالتزامات التعاقدية

يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم كل التأمينات التأمينات التي قام المرقى العقاري باكتتابها كشهادة الضمان لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة⁽¹⁾ و شهادة التأمين على المسؤولية العشرية، و للمشتري أن يطلع على ملف انجاز التجمع العقاري و على التصاميم و على العقار محل الانجاز و يعلن صراحة قبوله الشراء و دفع التكاليف المترتبة عن ذلك دون أي تحفظ، بينما يصرح البائع في المقابل ببيعه البناية و التزامه بالضمانات القانونية في هذا المجال سيما تلك الواردة في العقد⁽²⁾.

كما أنه يمكن للتعاقدين إضافة ضمانات اتفاقية تدعم الالتزامات التعاقدية شريطة ألا تقل بأي حال من الأحوال عن تلك الضمانات التي نصّ عليها العقد النموذجي.

هذا و يتعين على الموثق أن يتأكد من أنّ الأملاك العقارية المباعة ليست محل أية منازعة و أنها غير مثقلة بحق امتياز أو رهن، و يلتزم البائع أن يضمن للمشتري أيّ نزاع لما يكون تحت يده.

و أخيراً يوقع الطرفان المتعاقدان و الشهود و الموثق على العقد بعد قراءته و تفسيره.

ب- تسجيل عقد بيع العقار بناء على التصاميم

بعد أن يحرر الموثق عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي يجب أن يقوم بتسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل و الطابع المختصة إقليمياً⁽³⁾ ووفقا لمقتضيات المادة 12 من

(1) يراجع نصّ المادة 11 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري.

(2) بوجنان نسيمة/ عقد البيع بناء على التصاميم، المرجع السابق، ص 51.

(3) تنص المادة 1/75 من قانون التسجيل على ما يلي: " لا يستطيع الموثقون أن يسجلوا عقودهم إلا في مصالح التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتبهم".

المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، و يجب عليه أن يقوم بعملية التسجيل خلال شهر من تاريخ تحرير العقد⁽¹⁾.

و الهدف من تسجيل العقود الرسمية تمكين إدارة الضرائب من مراقبة و متابعة جميع المعاملات الواردة على الملكية العقارية و تحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عنها.

إنّ رسم التسجيل وفقا لنص المادة 252 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بقانون التسجيل يقدر بـ 5 % من ثمن البيع الصافي، و تحسب بالطريقة التالية: [الثمن التقديري + ثمن المراجعة - مستحقات الموثق (مصاريف كتابة العقد) \times 5 %].

و تعفى من هذا الرسم عقود بيع العقار المخصص للاستعمال السكني في إطار نشاطات الترقية العقارية وفقا لنص المادة 258 الفقرة الخامسة من نفس القانون السالف الذكر.

يستفاد من هذه المادة أنّ عقد البيع بناء على التصاميم يعفى من رسم التسجيل في إطاره الترقوي و التساهمي.

غير أننا إذا أخذنا بعين الاعتبار المادة 20 من القانون رقم 21/04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005⁽²⁾ التي تنص على ما يلي: " تضاف فقرة سابعة إلى المادة 258 من قانون التسجيل تحرر كما يأتي:

المادة 258 : سابعاً: تعفى من رسم حق نقل الملكية المنصوص عليه في المادة 252 من قانون التسجيل عمليات بيع البناءات ذات الاستعمال الرئيسي للسكن التي تنازلت عليها الدولة و الهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار، و السكن الاجتماعي و السكن الاجتماعي التساهمي و السكن الريفي". فإننا نلاحظ أنها قصرت الإعفاء من رسم نقل الملكية على السكنات

(1) يراجع نصّ المادتين 58 و 75 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل.

(2) منشور في ج ر، ع 85، س 41، الصادرة في: 2004/12/30.

الاجتماعية التساهمية المتنازل عليها من قبل الدولة و الهيئات العمومية للسكن، بمعنى الترقية العامة دون الترقية العقارية الخاصة⁽¹⁾.

و كأصل عام فإنّ المشتري يتحمل نفقات التسجيل و الطابع و التوثيق و غيرها ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك⁽²⁾ ، إلا أنه يمكن أن تحمّل هذه الرسوم للمتعاقدين بالتضامن⁽³⁾.

ج- شهر عقد بيع العقار بناء على التصاميم

بعد أن يحرر الموثق عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي و يسجله لدى مصلحة التسجيل يجب عليه أن يشهر هذا العقد لدى المحافظة العقارية حتى ينتج عقد بيع العقار بناء على التصاميم أثره العيني وهو انتقال ملكية العقار من المرقى البائع إلى المشتري والاحتجاج به قبل الغير وفقا لمقتضيات المادة 793 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

و بالرجوع إلى هذه القوانين الخاصة نجد المشرع نص في المادة 16 من قانون مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري على ما يلي: " إنّ العقود الإرادية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، كما نصّ في المادة 15 من

(1) مسكر سهام/ بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، المرجع السابق، ص55.

(2) وفقا لمقتضيات المادة 393 من ق.م.

(3) تنص المادة 5 من المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في 1994/05/26 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 على ما يلي: " تعدل و تتمم المادة 91 من قانون التسجيل كما يلي:

المادة 91: يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية و القضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون، بالتضامن، بين أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل و منصف".

نفس القانون على أن: " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بوجود عقار لا وجود له بالنسبة إلى الغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية...".

و لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 12 من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري على ما يلي: " يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي (الرسمي) و يخضع للشكليات القانونية في التسجيل و الإظهار، كما يشتمل في آن واحد على البناية و على القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها".

يستفاد من هذه المواد أنه يترتب على شهر عقد البيع بناء على التصاميم في المحافظة العقارية انتقال ملكية البناية محل البيع و القطعة الأرضية التي شيدت البناية فوقها من المرقي العقاري إلى المشتري.

يلاحظ أن المشرع الجزائري خرج في عقد البيع بناء على التصاميم عن القواعد العامة حين أوجب شهر هذا العقد رغم عدم وجود البناية وقت التعاقد، و لعل السبب في ذلك أنه اعتبر البناية محققة الوجود نظرا للضمانات القانونية الممنوحة في هذا العقد من جهة، و للقواعد الأمرة المفروضة على البائع لتنفيذ التزاماته من جهة أخرى، و ذلك بغرض تشجيع المشتريين على اقتناء مساكن بناء على التصاميم لتخفيف العبء على الدولة بسبب كثرة الطلبات على السكنات الاجتماعية و التساهمية⁽¹⁾.

و يتعيّن على الموثق أن يقوم بشهر عقد البيع بناء على التصاميم في المحافظة العقارية فور تحريره إعمالا بنص المادتين 90 و 99 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

(1) مسكر سهام/ بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، المرجع السابق، ص56.

و ترتيبا على ذلك تنتقل الملكية من المرقي العقاري إلى المشتري عند شهر عقد البيع بناء على التصاميم، غير أنه ليس لهذا الأخير حق الانتفاع و التصرف إلا بعد تمام الانجاز و سداد كامل الأقساط.

بعد عملية الانجاز يستكمل عقد البيع بناء على التصاميم بمحضر يحرر حضوريا في نفس مكتب الموثق لإثبات حيازة الملكية من المشتري و تسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية⁽¹⁾ و يشهر بالمحافظة العقارية كي يرفع القيد على التصرف ذلك أن المشتري بموجب عقد البيع بناء على التصاميم لا يستطيع التصرف في البناية محل هذا البيع إلا بعد إتمام عملية انجاز المبنى و تسليم شهادة المطابقة⁽²⁾.

و عليه فإنّ الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم تنتقل على مرحلتين: الأولى تنتقل فيها الرقبة فقط دون حق التمتع و الانتفاع، و تبدأ هذه المرحلة مباشرة بعد التوقيع على العقد و شهره، أما المرحلة الثانية فينتقل فيها حق الانتفاع و هي تبدأ عند تمام الانجاز و تحرير محضر التسليم و شهره، و هذا خلافا للقواعد العامة في نقل الملكية العقارية التي تنتقل دفعة واحدة بمجرد شهر العقد.

(1) تنص المادة 13 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 على ما يلي: " يستكمل العقد المنصوص عليه في المادة 12 السابقة بمحضر يحرر حضوريا في نفس مكتب الموثق، لإثبات حيازة الملكية من المشتري و تسليم البناية التي أنجزها المتعامل في الترقية العقارية وفق الالتزامات التعاقدية. و عندما يتعلق البيع ببناية مقسمة إلى أجزاء، يرفق المحضر المذكور في الفقرة السابقة ببيان وصفي لتقسيم الملكية المشتركة يحرر بعناية المتعامل في الترقية العقارية طبقا للتنظيم الجاري به العمل".

كما تنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 58/94 على ما يلي: " ... يكون المشتري مالكا للبناية المبيعة الآن، بناء على التصاميم، ابتداء من تاريخ التوقيع.

و يخول التمتع بمجرد انتهائها و التوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أمام الموثق".

(2) حمدي باشا عمر/ قراءة في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، منشور في زروقي ليلي و حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 271.

02- جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

خلصنا إلى أنّ المشرع الجزائري اشترط إفراغ عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي، وأنّ هذا العقد يعتبر من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود تراضي المتعاقدين بل لا بدّ من إفراغها في عقد رسمي يحرره موثق، فما هو الجزاء المترتب على تخلف الشكل الرسمي؟

بالرجوع إلى المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري نجد المشرع نص في المادة العاشرة منه على ما يلي: " يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نمودجه عن طريق التنظيم، تحت طائلة البطلان، على ما يأتي: زيادة على الصيغ المعتادة....".

مؤدى هذه المادة أنه إذا لم يفرغ عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي وفقا للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 07 مارس 1994 ، أو لم تتوافر في العقد إحدى البيانات الإلزامية المنصوص عليها قانونا فإنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم يعد باطلا و من ثم لا تترتب عليه أية آثار مما يدل دلالة قاطعة على أنّ الشكلية هنا لم تشترط للإثبات فقط بل لتكوين العقد و انعقاده.

و طالما اشترط القانون إفراغ عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي فإنّ عدم استيفاء هذا الشكل ينتج عنه لا محالة بطلان العقد بطلانا مطلقا لأنه إذا أوجب القانون إفراغ التصرف في شكل معين فإنّ هذا التصرف لا ينشأ بدون استيفاء هذا الشكل الذي ينظر إليه أنه ركن فيه، بحيث أنّ الشكل المطلوب إذا لم يتم احترامه فلا يعتبر التصرف موجودا و من ثم لا يترتب الآثار المقصودة منه⁽¹⁾.

و يخضع عقد البيع بناء على التصاميم الباطل لعيب الشكل أو لتخلف إحدى البيانات الإلزامية لكافة القواعد المقررة في البطلان المطلق، فيستطيع أن يتمسك ببطلانه كل من له

(1) حبار محمد/ نظرية بطلان التصرف القانوني، المرجع السابق، ص 222، 223.

مصلحة في ذلك، و للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقضي به، كما أنه لا يتقدم و لا تلحقه الإجازة⁽¹⁾.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم

في ظلّ المرسوم التشريعي رقم 03/93

سبق أن بيّنا أنّ بيع العقار بناء على التصاميم كان قبل صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري خاضعا لأحكام القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04 مارس 1986 و المتعلق بالترقية العقارية الذي لم يشترط الشكل الرسمي لانعقاد عقد بيع العقار بناء على التصاميم .

و ترتيبا على ذلك فإنّ عقد بيع العقار بناء على التصاميم المبرم بعقد عرفي كان يعتبر عقدا تاما متى توافرت أركانه من تراض و محل و سبب.

و قد أكد القضاء الجزائري على هذا المبدأ في عدة قرارات صادرة عنه من بينها القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 21 فيفري 2007⁽²⁾ و الذي قضت فيه بما يلي: " حيث إنّ قضاة الاستئناف ذهبوا إلى إبطال عقد حفظ الحق باعتباره عقدا عرفيا على أساس أنّ العقد الذي يتضمن نقل الحقوق العينية العقارية يجب أن يحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان طبقا لما تنص عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، مع أنّ تحرير عقد حفظ الحق يعدّ عقدا صحيحا استنادا إلى أحكام المادة 31 من القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986 الذي يتعلق بالترقية العقارية إذ تنص على ما يلي: " خلافا لأحكام المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 و المتضمن تنظيم التوثيق و أحكام المادة 71 من القانون المدني يحرر العقد التمهيدي المسمى عقد حفظ الحق في شكل عرفي و يخضع لإجراء التسجيل.

(1) لتفاصيل أكثر، يراجع ما سبق ذكره في أحكام العقد الباطل لتخلف الشكل ص178 و ما يليها من هذه الرسالة.

(2) قرار م ع غ م، ملف رقم: 324034، الصادر بتاريخ: 2007/02/21، منشور ب م م ع لسنة 2007، ع 1، ص211.

و من ثم تكون مثل هذه العقود التي تحرر في الشكل العرفي صحيحة مرتبة لجميع آثارها القانونية و منها وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها.
و حيث إنّ قضاة المجلس بذهابهم إلى إبطال هذا العقد لعدم إفراغه في الشكل الرسمي يكونون قد أخطؤوا في تطبيق القانون".

و نفس المعنى كرسته المحكمة العليا في قرار لاحق صدر عنها بتاريخ 20 جوان 2007⁽¹⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " يحرر عقد حفظ الحق في مجال الترقية العقارية في شكل عقد عرفي و يخضع لإجراءات التسجيل و يرتب التزامات متبادلة بين المتعاقدين".

غير أنّه بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 الذي أوجب إفراغ عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي تحت طائلة البطلان فإنّ المحكمة العليا أكدت هذا الاتجاه، بحيث قضت في القرار الصادر عنها بتاريخ 19 نوفمبر 2008⁽²⁾ بما يلي: " حيث إنّ المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري تنص على أنه يجب أن يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم الذي يحدد نمودجه عن طريق التنظيم تحت طائلة البطلان على ما يأتي: وصف البناية، آجال التسليم، السعر التقديري و كفيات مراجعته إن اقتضى الحال و شروط الدفع و كفياته و طبيعة الضمانات، كما أنّ المادة 12 من نفس المرسوم تنص على أنّ عقد البيع على التصاميم يحرر في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية في التسجيل و الإشهار كما يشتمل على البناية و على القطعة التي شيدت فوقها.

حيث انه و ما دامت أن العملية تمت بين الطرفين في إطار أحكام المرسوم التشريعي المذكور فكان من الواجب على الطرفين تحرير العقد في الشكل الذي يتطلبه القانون و ليس فقط الاستناد إلى شهادة إدارية صادرة عن المدعى عليه بتاريخ 19/11/1999 تفيد أنّ السكن رقم 89 خصص للطاعن فهي شهادة لا ترقى إلى درجة العقد الرسمي الذي تحدد فيه حقوق و واجبات أو التزامات كل طرف تجاه الطرف الآخر و لا قيمة لها في تحديد قيمة هذه الالتزامات.

(1) قرار م ع غ م، ملف رقم: 372339، الصادر بتاريخ 20/06/2007، منشور بـ م ع لسنة 2007، ع 2، ص 183.

(2) قرار م ع غ م، ملف رقم: 436937، الصادر بتاريخ 19/11/2008، منشور بـ م ع لسنة 2008، ع 2، ص 193.

حيث إنّ المادة المشار إليها جاءت بصيغة الوجوب و تحت طائلة البطلان أي أنها من النظام العام و يمكن للقاضي إثارتها من تلقاء نفسه كما فعل".

الفرع الثاني: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظلّ القانون رقم: 04/11

رأينا أنّ المشرع الجزائري أوجب – في المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري- إفراغ عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي وفق النموذج الذي يحدّد عن طريق التنظيم، و لقد اتخذ نفس الموقف في القانون رقم 04/11 المنظم للترقية العقارية إذ نصّ في المادة 34 الفقرة الأولى منه – التي اعتمدت نفس صياغة المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 – على ما يلي: " يتمّ إعداد عقد البيع على التصاميم في الشكل الرسمي و يخضع للشكليات القانونية الخاصة بالتسجيل و الإشهار، و يخص في نفس الوقت، البناء و الأرضية التي شيّد عليها البناء"، و نصّ في المادة 28 الفقرة الثانية من نفس القانون على ما يلي: " يحدّد نموذج عقد البيع على التصاميم عن طريق التنظيم".

و عليه يتعيّن على البائع المرقى و المشتري أن يتوجّها إلى مكتب التوثيق المختص من أجل أن يقوم الموثق بكتابة عقد البيع بناء على التصاميم طبقا للنموذج المحدّد عن طريق التنظيم⁽¹⁾.

هذا و قد اشترط المشرع مجموعة من البيانات⁽²⁾ يجب أن يتضمنها عقد البيع على التصاميم تتمثل فيما يلي:

(1) لم يصدر المشرع الجزائري بعد مرسوما يحدد نموذج عقد البيع على التصاميم.

(2) نصّ عليها المشرع الجزائري في المواد 30، 37، 38 من القانون رقم: 04/11 المؤرخ في: 17/02/2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- أصل ملكية الأرضية ورقم السند العقاري عند الاقتضاء:

يجب على المرقي العقاري الذي يريد بيع عقار بناء على التصاميم أن يكون مالكا للأرض التي سيتم البناء فوقها و ذلك بموجب عقد رسمي⁽¹⁾.

و إنّ اشتراط ملكية الأرض من طرف المرقي العقاري أمر لم يكن موجودا في المرسوم التشريعي رقم 03/93 ممّا أدى إلى عدّة صعوبات عملية، إذ كان المرقي العقاري يحصل على القطع الأرضية بموجب تراخيص إدارية لا تشكل سندا رسميا للملكية، ممّا يجعله غير قادر على نقل الملكية للمشتري، لذلك بقيت كثير من الوضعيات معلقة و لم يجد لها القضاء أساسا قانونيا لإقرار حقوق المشتريين⁽²⁾.

- رخصة التجزئة

يقصد بها رخصة تجزئة الأرض التي تشكل الوعاء العقاري للمشروع ككل و ليس للبنائية الفردية وحدها، و تسلم طبقا للأشكال المنصوص عليها في القانون رقم 29/90 المتعلق بالتهيئة و التعمير⁽³⁾.

- شهادة التهيئة و الشبكات:

لا بدّ أن يستفيد كل عقار مقرر بناؤه أو في طور البناء من مصدر للمياه الصالحة للشرب، كما يجب أن يتوفر على جهاز لصرف المياه يحول دون تدفقها على سطح الأرض.

(1) و هذا طبقا لنص المادة 30 من القانون رقم: 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) الطيب زروتي/ تأملات في واقع الضمانات القانونية لبيع العقار على التصاميم طبقا للمرسوم رقم: 03/93، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، يومي 6 و 7 فيفري 2006 ، جامعة ورقلة، ص 173.

(3) تنص المادة 57 من القانون رقم: 29/90 المؤرخ في: 1990/12/01 المتعلق بالتهيئة و التعمير المعدل و المتمم بموجب القانون رقم: 05/04 المؤرخ في: 2004/08/14 على ما يلي: " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنتين أو عدة قطع من ملكية عقارية واحدة أو عدة ملكيات مهما كان موقعها. تحضر رخصة التجزئة و تسلم في الأشكال و بالشروط و الأجال التي يحددها التنظيم".

- رخصة البناء:

لقد سبق شرح الهدف من وراء اشتراط إرفاق عقد البيع بناء على التصاميم برخصة البناء عند دراستنا للبيانات الواجبة طبقا للمرسوم التشريعي رقم 03/93.

- سعر البيع و آجال الدفع:

اشترط المشرع أن يتضمن عقد البيع على التصاميم – تحت طائلة البطلان- سعر البيع و آجال الدفع حسب تقدم أشغال الانجاز⁽¹⁾ و بين كيفية مراجعة الثمن حال الاتفاق على ذلك بحيث أوجب أن يتمشى سعر المراجعة مع تغيرات سعر التكلفة على ألا يتجاوز مبلغ مراجعة السعر 20 % كحدّ أقصى من السعر المتفق عليه في البداية⁽²⁾ و ذلك حتى لا يقع المشتري فريسة لجشع المرقى العقاري مع العلم أنه يجب عليه في جميع الأحوال تبرير هذه التغيرات.

- آجال التسليم و عقوبات التأخير:

يجب أن يحدد في عقد البيع على التصاميم الأجل الذي يتعين على المرقى العقاري أن يسلم فيه البناية و عقوبات التأخير حالة عدم تنفيذه هذا الالتزام⁽³⁾.

- الضمانات القانونية و دعم الالتزامات التعاقدية:

يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم كافة الضمانات القانونية التي يمنحها المرقى العقاري للمشتري كشهادة الضمان لدى صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة⁽⁴⁾، و شهادة التأمين على المسؤولية العشرية⁽⁵⁾، كما يمكن للمتعاقدين إضافة ضمانات اتفاقية تدعم التزاماتهما التعاقدية بشرط ألا تقصي أو تحصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون⁽⁶⁾.

(1) طبقا لنص المادة 37 من القانون رقم: 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

(2) طبقا لنص المادة 38 من القانون رقم: 04/11.

(3) طبقا لنص المادة 43 من نفس القانون.

(4) لقد نظم المشرع الجزائي صندوق الضمان و الكفالة المتبادلة في المواد من 54 إلى 59 من القانون رقم: 04/11.

(5) يراجع نصّ المادة 46 من القانون رقم: 04/11.

(6) و هذا وفقا لمقتضيات المادة 45 من نفس القانون.

فضلا عن ذلك يجب أن يتضمن عقد البيع على التصاميم البيانات المفيدة المتعلقة بالقوام و الخصائص التقنية للعقار⁽¹⁾ و نظام الملكية المشتركة الذي يجب أن يسلم إجباريا لكل مقتن خلال توقيع العقد⁽²⁾.

بعد أن يحرر الموثق عقد البيع على التصاميم يجب أن يقوم بتسجيله لدى مصالح مفتشية التسجيل و الطابع المختصة إقليميا⁽³⁾ وفقا لمقتضيات المادة 34 الفقرة الأولى من القانون رقم 04/11 المشار إليها أعلاه.

كما يتعيّن على الموثق أن يشهر عقد البيع على التصاميم في المحافظة العقارية حتى تنتقل ملكية البناية و الأرضية التي شيدت عليها البناية من البائع المرقى إلى المشتري طبقا لمقتضيات نفس المادة.

و عليه فإنّ ملكية الأرض تنتقل من المرقى العقاري إلى المشتري بمجرد شهر عقد البيع على التصاميم أمّا ملكية الأملاك المنجزة من البناء فتنتقل على مراحل موازية مع تقدّم الانجاز.

و بعد عملية الانجاز يتم عقد البيع على التصاميم بمحضر يعدّ حضوريا في نفس مكتب التوثيق قصد معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتب و تسليم البناية من طرف المرقى العقاري⁽⁴⁾، فيصبح المشتري مالكا للكل: الأرض و البناء.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الجزائي من الشكل الواجب توافره في عقد البيع على التصاميم فلا مجال للحديث عنه طالما أنّ القانون رقم 04/11 حديث النشأة و من الطبيعي ألا توجد قرارات قضائية تعالج هذه المسألة.

(1) يراجع نص المادة 5/38 من القانون رقم: 04/11.

(2) يراجع نص المادة 6/38 من نفس القانون.

(3) و يقصد بها مصلحة التسجيل التابعة للدائرة التي يوجد بها مكتب الموثق و ذلك طبقا لنص المادة 1/75 من قانون التسجيل.

(4) و هذا طبقا لنص المادة 2/34 من نفس القانون المذكور.

المبحث الثالث:

الشكلية في عقد البيع بالإيجار

إنّ تحديد الشكل الواجب توافره في عقد البيع بالإيجار يتطلب بداية دراسة مفهوم عقد البيع بالإيجار (المطلب الأول) ثمّ التطرق لموقف المشرع و القضاء الجزائريين من الشكل الواجب توافره في هذا العقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم عقد البيع بالإيجار

يعدّ البيع بالإيجار أحد أشكال البيوع الائتمانية التي دعت إليها الحاجة الاقتصادية للأفراد و تطلبتها معاملاتهم اليومية خاصة في مجال العقارات، إذ يتعذر على كثير من الناس تملك المساكن نظرا لدخلهم المحدود و الارتفاع الكبير في ثمن العقارات الأمر الذي يدفعهم إلى اللجوء إلى صيغة البيع بالإيجار للحصول على مسكن ملائم لهم، و يتم ذلك عن طريق دفع الأقساط الدورية المتفق عليها و تملك المسكن محل العقد.

و إنّ التعرض لمفهوم عقد البيع بالإيجار يقتضي قبل كلّ شيء الوقوف على تعريفه (الفرع الأول) ثمّ على تحديد طبيعته القانونية (الفرع الثاني) و تمييزه عن التصرفات القانونية المشابهة له (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف عقد البيع بالإيجار

يُعرّف البيع بالإيجار بأنه الاتفاق الذي يسلم بموجبه أحد الطرفين شيئا معينا للطرف الآخر لينتفع به فترة معينة في صورة إيجار مقابل مبالغ دورية محددة، ثمّ يصبح هذا الاتفاق بيعا يملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في يده إما بسداده لكلّ المبالغ المتفق عليها أو بإعلان رغبته في الشراء أو بوفاء المالك بوعده في حالة الاتفاق على ذلك⁽¹⁾.

(1) حمدي أحمد سعد أحمد/ البيع الإيجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص29.

و يُعرّف طبقاً للمادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001 الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفاءات ذلك⁽¹⁾ بأنه: " صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدّة الإيجار المحددة في عقد مكتوب".

يستفاد من هذه المادة أنّ البيع بالإيجار يسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدّة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب، و ذلك قصد تمكين المعنيين من الاستفادة بعقارات مبنية و بثمن يحدّد على أساس قيمة الأرض و النفقات اللازمة لتجهيز المباني⁽²⁾.

و من خلال التعريفين الفقهي و القانوني السالفي الذكر يمكن أن نستنتج خصائص عقد البيع بالإيجار على النحو التالي:

- أنّ عقد البيع بالإيجار عقد ملزم لجانبين، إذ يلتزم البائع المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر و يمكنه من الانتفاع بها انتفاعاً هادئاً دون أيّ تعرض صادر منه أو من الغير، و يلتزم المشتري المستأجر في المقابل بدفع بدل الإيجار المحدّد في العقد وفق الأقساط الدورية المتفق عليها.

- أنّ محل عقد البيع بالإيجار يكون عقاراً مثلماً تقتضي ذلك أحكام المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 105/01⁽³⁾.

(1) منشور في ج ر، ع 25، لسنة 2001، ص 18.

(2) مجيد خلفوني/ الإيجار المدني في القانون الجزائري، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 73-74.

(3) تنص المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 على ما يلي: " تطبق هذه الأحكام على المساكن المنجزة من ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية وفقاً لمعايير المساحة و الرفاهية المحددة سلفاً".

- أنّ عقد البيع بالإيجار من العقود المركبة فهو مزيج بين عمليتي البيع و الإيجار، إذ يبدأ بإيجار و ينتهي ببيع تنتقل بموجبه ملكية المسكن إلى المشتري المستأجر عند تسديده كل الأقساط المستحقة.

- أنّ عقد البيع بالإيجار عقد مؤقت لأنه يرتبط بمدة زمنية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البيع بالإيجار

يتبين من خلال تعريف عقد البيع بالإيجار أنّ هذا العقد يتميّز بخصائص عقدي البيع و الإيجار الأمر الذي أدّى إلى اختلاف الفقهاء حول طبيعته القانونية.

فرأى بعض الفقهاء أنّ عقد البيع بالإيجار يعتبر عقد إيجار مقترن بوعد بالبيع، فالبائع يسلم المبيع للمشتري المستأجر على سبيل الإيجار لمدة محدّدة مع وعد بالبيع في مقابل دفع هذا الآخر الأقساط، و عند دفع آخر قسط يتقرر نقل الملكية نهائياً⁽²⁾.

و رأى فريق آخر من الفقهاء أنّ البيع بالإيجار هو عقد بيع موقوف على شرط و هو الاحتفاظ بالملكية، و إنّ المبالغ المدفوعة في شكل أقساط هي ثمن للمبيع و إن أعطاهما المتعاقدان وصف الأجرة⁽³⁾.

بينما يرى غالبية الفقه أنّ عقد البيع بالإيجار يعدّ إيجاراً و بيعاً في نفس الوقت، فهو إيجار معلق على شرط فاسخ و بيع معلق على شرط واقف على أنّ الشرط واحد في كلا

(1) بشرط ألا تتجاوز المدة 25 سنة طبقاً للمادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 340/04 المؤرخ في 2004/11/02 المعدل للمرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 2001/04/23 الذي يحدد شروط و كفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، منشور في ج ر، ع 69 ، س 41، الصادرة في: 2004/11/03.

(2) Georges VERMELLE/ Droit civil, les contrats spéciaux, 2^{eme} édition, Dalloz, 1998, p124-125.

(3) رمزي المحامي/ (البيع المعلق على استيفاء أجرة المبيع أو ثمنه)، مجلة المحاماة، ع 6، ص 890.

العقدين وهو الوفاء بكامل الأقساط⁽¹⁾، فإذا تحقق الشرط بوفاء هذه الأقساط فسخ الإيجار وتحقق البيع و انتقلت الملكية إلى المشتري بأثر رجعي من وقت التعاقد، أما إذا تخلف الشرط انفسخ الإيجار و احتفظ المؤجر بالأقساط لكونها أجرة عن مدة الانتفاع السابقة على اعتبار أنّ الشرط المعلق عليه البيع لم يتحقق.

إلا أنّه يعاب على هذا الرأي أنّه يعتبر العقد الواحد إيجارا و بيعا في نفس الوقت و قابلا أن يتحول إلى بيع فقط أو إيجار فقط حسب الأحوال، و هذا أمر مخالف للقواعد العامة في التعاقد.

و لقد نصّت المادة 363 من القانون المدني على ما يلي: " إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله و لو تمّ تسليم الشيء المبيع.

فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط. و مع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 184. و إذا وقى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع. تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى و لو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الإيجار".

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري اعتبر البيع بالإيجار بمثابة عقد بيع تسري عليه أحكام الفقرات الثلاثة الخاصة بالبيع بالتقسيم مع احتفاظ البائع بالملكية، و عليه فإنّ عقد البيع بالإيجار ينعقد باتا لا موقوفا على شرط و إن كان الثمن فيه مؤجلا و انتقال الملكية موقوفا على الوفاء بجميع الأقساط، فإذا تحقق هذا الشرط انتقلت الملكية إلى المشتري من يوم التعاقد حتى لو أعطى المتعاقدان للعقد صفة الإيجار.

(1) رمضان أبو السعود/ الواضح في شرح القانون المدني، عقدي البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، ج 5، المرجع السابق، ص60.

يتبين هكذا أنّ المشرع الجزائري اعتبر البيع بالإيجار عقد بيع يعلق انتقال الملكية فيه على شرط واقف و هو وفاء المشتري المستفيد بجميع أقساط الثمن.

الفرع الثالث: تمييز عقد البيع بالإيجار عن العقود المشابهة له

إنّ عقد البيع بالإيجار يشبه بعض العقود في أوجه عديدة، و هذا ما يجعلنا نقع في الالتباس بينه و بين هذه العقود، و حتى يزول هذا اللبس لا بدّ من تمييزه عن العقود المشابهة له.

أولا : تمييز عقد البيع بالإيجار عن الوعد بالبيع

الوعد بالبيع هو الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد في المستقبل حينما يفصح الموعود له عن رغبته خلال الموعد المحدد اتفاقا⁽¹⁾. و هو بهذا المعنى يتفق مع البيع بالإيجار في أنّ كلا من الموعود له و المستأجر المشتري لهما فقط حق شخصي و ليس حقا عينيا.

غير أنّ الوعد بالبيع يختلف عن البيع بالإيجار في جانب مهم يتمثل في أنّ البيع في الوعد بالبيع يكون موقوفا على رغبة الموعود له، فإن أباها في الأجال المحددة انعقد البيع و إن لم يفصح عنها خلال المدة أو رفضها سقط الوعد و لم ينعقد البيع، و لا يحق للواعد متابعة الموعود له لأنه يكون قد مارس حقه، أما في عقد البيع بالإيجار فالمستأجر ملزم بدفع الأقساط خلال المدة المتفق عليها لإتمام البيع، فإذا امتنع عن الدفع فسخ العقد و احتفظ المؤجر ببعض الأقساط كتعويض له عن الفسخ⁽²⁾.

(1) يراجع نص المادة 1/71 من ق.م.

(2) يراجع نص المادة 2/363 من ق.م و المادة 18 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في: 2005/04/23.

ثانياً: تمييز عقد البيع بالإيجار عن البيع بالعربون

نظم المشرع الجزائري البيع بالعربون في المادة 72 مكرر من القانون المدني⁽¹⁾ و التي جاء نصها كالآتي: " يمنح دفع العربون وقت إبرام العقد لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه خلال المدّة المتفق عليها، إلا إذا قضى الاتفاق بخلاف ذلك. فإذا عدل من دفع العربون فقدّه. وإذا عدل من قبضه رده و مثله و لو لم يترتب على العدول أيّ ضرر".

و بالرجوع إلى المادة السابعة من المرسوم التنفيذي رقم 105/01⁽²⁾ نجد أنّ المشرع أوجب على المشتري المستأجر في عقد البيع بالإيجار أن يسدد دفعة أولى من ثمن المسكن تقدّر بـ 10 % كطريقة للإقرار بالشراء. فهل تعتبر هذه النسبة عربوناً؟

يستفاد من هاتين المادتين أنّ البيع بالإيجار يشبه البيع بالعربون في أنّ نسبة 10 % التي يدفعها المشتري المستأجر تمثل جزء من الثمن، و تطبق عليها نفس أحكام البيع بالعربون فيما يتعلق بالعدول، فإذا عدل المشتري المستأجر عن إتمام عقد البيع بالإيجار تؤول هذه النسبة للبائع المؤجر.

و يختلف عنه في أنّ البائع المؤجر لا يمكنه الرجوع عن إتمام العقد أو بيع المسكن لشخص آخر، أما في البيع بالعربون فيجوز العدول عن البيع شريطة أن يرد البائع العربون و مثله و لو لم يترتب على العدول أيّ ضرر.

(1) المضافة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم: 74/75 المتضمن القانون المدني.

(2) المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي رقم: 137/04 المؤرخ في: 21/04/2004 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم: 105/01 المؤرخ في: 23/04/2001 الذي يحدد شروط و كفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أيّ تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، منشور في ج ر، ع 27، س41، الصادرة في: 28/04/2004.

ثالثاً: تمييز عقد البيع بالإيجار عن البيع بالتقسيط

يعرّف البيع بالتقسيط بأنه العقد الذي يلتزم فيه المشتري بدفع الثمن المتفق عليه في شكل أقساط في آجال محددة، و يشترط بموجبه البائع على المشتري أن يكون البيع معلقاً على شرط واقف و هو وفاء المشتري بالأقساط جميعها في جميع المواعيد المتفق عليها⁽¹⁾.

و هو بهذا المعنى يشبه عقد البيع بالإيجار في أنّ الثمن في كليهما يجرأ في شكل أقساط تدفع في آجال محددة لحين الوفاء بثمن الشيء المبوع، و أنّ كلا من العقدين يتوقف انعقاده على تحقق الشرط الواقف و هو وفاء المشتري بكل الأقساط، فإذا لم يتحقق هذا الشرط جاز للبائع في كل من العقدين طلب فسخ العقد و استرداد الشيء المبوع مع الإبقاء على جزء من الثمن المقسط على سبيل التعويض.

غير أنهما يختلفان في أنّ الملكية تنتقل في عقد البيع بالتقسيط بأثر رجعي أي أن المشتري يصبح مالكا للشيء المبوع من وقت إبرام العقد متى لم يخل بالتزامه بدفع الأقساط⁽²⁾، أما في البيع بالإيجار فلا تنتقل ملكية الشيء المبوع إلا عند الوفاء بكامل أقساط الثمن⁽³⁾.

رابعاً: تمييز عقد البيع بالإيجار عن الإيجار المقترن بوعده بالبيع

عقد الإيجار المقترن بوعده بالبيع هو وعد يمكّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة مدة معينة لقاء بدل أجر معلوم، على أن يعد المؤجر المستأجر وعداً ملزماً ببيعه العين المؤجرة عند نهاية مدة الإيجار متى وقى المستأجر بالأقساط الإيجارية.

(1) رمضان أبو السعود/ شرح العقود المسماة، عقدي البيع و المقايضة، المرجع السابق، ص 57-58.

(2) تنص المادة 3/363 من ق.م على ما يلي: " و إذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبوع من يوم البيع".

(3) تنص المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 على ما يلي: " تنتقل ملكية السكن المعين وفقاً للقواعد المعمول بها بعد تسديد الثمن بكامله".

و هو بهذا المعنى يتفق و عقد البيع بالإيجار في أنّ كلا منهما يؤدي إلى تملك المستأجر العين المؤجرة عند نهاية عقد الإيجار غير أنهما يختلفان في بعض الأوجه أهمها:

- أنّ عقد البيع بالإيجار عقد واحد يتفق فيه الطرفان على أن يسلم أحدهما الآخر العين المبيعة مقابل مبلغ دوري متجدد يدفعه الطرف الآخر، فإذا وفى بكل الأقساط نهاية المدة المحددة انتقلت إليه الملكية، في حين أنّ الإيجار المقترن بوعدهم بالبيع يمكن الفصل فيه بين الإيجار و الوعد فهما عمليتان قانونيتان مستقلتان، إذ قد يبرم الإيجار ثمّ الوعد بالبيع أو يكون الوعد مجرد أحد بنود عقد الإيجار.

- أنّ عقد البيع بالإيجار يبرم بقصد البيع و ليس بالإيجار، و ما الإيجار فيه إلا إجراء للتملك، في حين أنّ الإيجار المقترن بوعدهم بالبيع فيقصد به المتعاقدان أولاً حصول المستأجر على منفعة الشيء المؤجر بمقتضى عقد الإيجار، أما التملك بمقتضى الوعد فيتوقف على وفاء الواعد بوعده و إعلان الموعد له عن رغبته في التملك.

- أنّ الأقساط في عقد البيع بالإيجار تعتبر جزء من الثمن الذي قدره الطرفان لتمام الشيء المبيع و مقابلاً للانتفاع به في نفس الوقت، أمّا الأجرة في الإيجار المقترن بالوعد فتعتبر مقابلاً للانتفاع بالشيء و لا علاقة لها بثمن البيع الذي يتفق عليه الطرفان لاحقاً.

المطلب الثاني: الشكل في عقد البيع بالإيجار

إنّ التساؤل الخاص بطبيعة عقد البيع بالإيجار هل يعتبر عقداً رضائياً أم شكلياً يدفعنا إلى التعرض إلى موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد البيع بالإيجار من جهة (الفرع الأول) و من جهة أخرى إلى موقف القضاء من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد البيع بالإيجار

بالرجوع إلى القانون المدني نجد المشرع نصّ في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على ما يلي: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار⁽¹⁾ أو حقوق عقارية... في شكل رسمي".

و بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001 المحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفيات ذلك، نجد المشرع نصّ في المادة الثانية منه على أنّ: " البيع بالإيجار صيغة تسمح بالحصول على مسكن... في إطار عقد مكتوب" ، و نصّ في المادة 17 من نفس المرسوم على ما يلي: " يحرر عقد البيع بالإيجار المذكور في المادة 11 أعلاه لدى مكتب موثق".

كما نصّ في المادة العاشرة من القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 و المحدد لشروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار و كفيات ذلك⁽²⁾ على ما يلي: " قبل تسليم مفاتيح السكن للمستفيد يجب إعداد عقد البيع بالإيجار بين هذا الأخير و بين الوكالة الوطنية لتحسين السكن و تطويره لدى مكتب موثق وفق النموذج المعدّ...".

يستفاد من هذه المواد أنّ المشرع الجزائري اشترط أن يفرغ عقد البيع بالإيجار في شكل رسمي وفق النموذج المعدّ لذلك تحت طائلة البطلان، و عليه فإنّ عقد البيع بالإيجار يعتبر من العقود التي لا يكفي لانعقادها توافق إرادتي البائع المؤجر و المشتري المستفيد على المسكن بل لا بدّ من إفراغه في شكل رسمي يحرره موثق، و من ثمّ يعتبر الشكل الرسمي ركنا في عقد البيع بالإيجار (أولا) و يترتب عليه جزاء في حالة تخلفه (ثانيا).

(1) لقد سبق أن بيّنت عند تحديد الطبيعة القانونية لعقد البيع بالإيجار أنه يعتبر عقد بيع يعلق انتقال الملكية فيه على شرط واقف و هو وفاء المشتري المستفيد بجميع أقساط الثمن، و من ثمّ فهو يدخل في نطاق تطبيق المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

- يراجع ما سبق إيراده بصفحة 243 و ما يليها من هذه الرسالة.

(2) منشور في ج ر، ع 52، س 38، الصادرة بتاريخ 2001/09/16.

أولاً: الشكل الرسمي ركن في عقد البيع بالإيجار

يتبين ممّا سبق ذكره أنّ المشرع الجزائري أوجب إفراغ عقد البيع بالإيجار في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و من ثمّ فإنّ هذا العقد ليس عقدا رضائيا و إنما عقدا شكليا يجب إفراغه في شكل رسمي لانعقاده صحيحا، فالشكل الرسمي ركن من أركان عقد البيع بالإيجار يجب توافره بالإضافة إلى أركانه الأخرى من تراض و محل و سبب.

بالتالي يتعيّن على البائع المؤجر و المشتري المستأجر أن يتوجها إلى مكتب التوثيق المختص حتى يقوم الموثق بكتابة عقد البيع بالإيجار طبقا للنموذج المحدد، و بهذا الصدد أصدر المشرع القرار المؤرخ في 04 ماي 2004 المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار⁽¹⁾.

و بالرجوع إلى القرار المؤرخ في 04 ماي 2004 يتبين أنّ المشرع اشترط أن يتضمن عقد البيع بالإيجار بيانات محددة تتمثل في تعيين طرفي العقد أي البائع المؤجر و المشتري المستأجر و هويتهما كاملة، و وصف المسكن محل التعاقد من حيث صنفه و عنوانه و وضعيته في العمارة و مكانه و تعداد محتوياته و مساحته، و الأجزاء المشتركة في حالة البناية الجماعية، و تحديد دقيق للأرضية التي أقيم عليها المسكن و أصل ملكيتها، و ثمن بيع المسكن و كيفية دفع الأقساط على أن يكون هذا الثمن نهائيا و محددًا بالأرقام و الحروف، فتحدد في العقد قيمة الدفع الأولي و كذا النسب المتبقية و تواريخ استحقاقها.

و لقد اشترط المشرع على المتعاقدين إيداع مجموعة من الوثائق لدى الموثق من أجل إبرام عقد البيع بالإيجار و تتمثل فيما يلي:

- عقد رسمي مسجل و مشهر يثبت ملكية الأرض التي أقيم عليها المسكن.

- رخصة البناء و التصاميم الملحقة، فالحصول على هذه الرخصة من طرف البائع المؤجر يعتبر ضمانا لملكيته للمسكن و احترامه متطلبات حفظ الصحة و الأمن و قواعد البناء و التعمير.

⁽¹⁾ منشور في ج ر، ع 43، س 41، الصادرة بتاريخ 2004/07/04.

- شهادة المطابقة.

- نظام الملكية المشتركة مطابق للقوانين المعمول بها و القواعد المطبقة في هذا المجال.

- نسخة مصادق عليها من وثيقة هوية كل من المستأجر المستفيد و ممثل الهيئة المتعده بالترقية.

- وصل دفع يثبت تسديد الدفعة الأولية من طرف المستأجر المستفيد بما في ذلك وصل الاكتتاب و استكمال ذلك بأي وثيقة مرجعية محتملة.

- كما يجب أن يتضمن عقد البيع بالإيجار اسم و لقب الموثق الذي حرر العقد و مقر مكتبه و المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرم فيه العقد، و توقيع كل من البائع المؤجر و المشتري المستأجر و الموثق.

و بعد أن يحرر الموثق عقد البيع بالإيجار في شكل رسمي يجب أن يقوم بتسجيله لدى مفتشية التسجيل و الطابع التابعة للدائرة التي يوجد فيها مكتبه⁽¹⁾ لأنّ التسجيل إجراء ملزم يتعين على الموثق القيام به خلال شهرين من تاريخ تحرير العقد⁽²⁾.

الهدف من تسجيل العقود هو تمكين إدارة الضرائب من مراقبة جميع المعاملات الواردة على الملكية العقارية و تمويل الخزينة العمومية من خلال تحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عنها.

إنّ حقوق التسجيل تدفع قبل القيام بتسجيل العقد طبقا للمادة 82 من قانون التسجيل التي تنص على ما يلي: " إنّ رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات".

(1) و هذا طبقا لنص المادة 1/75 من قانون التسجيل.

(2) يراجع نص المادتين 58 و 75 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل.

كأصل عام فإنّ المشتري يتحمل نفقات التسجيل و الطابع و غيرها ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بخلاف ذلك⁽¹⁾، فتحمل هذه الرسوم بالتضامن بين المتعاقدين⁽²⁾.

إنّ رسم التسجيل وفقا لنصّ المادة 252 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتعلق بقانون التسجيل يقدر بـ 5 % من ثمن البيع الصافي.

غير أنه بالرجوع إلى المادة 20 من القانون رقم 21/04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004 المتضمن قانون المالية لسنة 2005⁽³⁾ نجدها تنص على ما يلي: " تضاف فقرة سابعة إلى المادة 258 من قانون التسجيل تحرر كما يأتي:

المادة 258: سابعاً: تعفى من رسم نقل حق الملكية المنصوص عليه في المادة 252 من قانون التسجيل عمليات بيع البناءات ذات الاستعمال الرئيسي للسكن التي تنازلت عليها الدولة و الهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار...". فإتينا نلاحظ أنّ المشرع أعفى السكنات المتنازل عنها من قبل الدولة و الهيئات العمومية للسكن التي تتمّ عن طريق البيع بالإيجار من رسم التسجيل.

(1) تنص المادة 393 من ق.م على ما يلي: " إن نفقات التسجيل و الطابع و رسوم الإعلان العقاري و التوثيق و غيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بخلاف ذلك".

(2) تنص المادة 5 من المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في 1994/05/26 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 على ما يلي: " تعدل و تتمم المادة 91 من قانون التسجيل كما يلي:

المادة 91: يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية و القضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون، بالتضامن، بين أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل و منصف".

(3) منشور في ج ر، ع 85، س 41، الصادرة في: 2004/12/30.

رأينا أنّ عقد البيع بالإيجار يعلّق انتقال الملكية فيه على شرط واقف و هو وفاء المستفيد بجميع أقساط الثمن و ذلك وفقا لمقتضيات المادة 16 من نموذج عقد البيع بالإيجار⁽¹⁾ التي نصت على ما يلي: " يكتسي هذا العقد طابعا موقفا و لا يقر نقل ملكية المسكن موضوع البيع بالإيجار للمستأجر المستفيد"، و المادة 19 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أفريل 2001 المحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفيات ذلك التي تنص على ما يلي: " تنقل ملكية السكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد الثمن بكامله".

و عليه فإنّ الملكية لا تنتقل من البائع المؤجر إلى المشتري المستفيد إلا بعد تسديده كامل الأقساط الواجبة سواء تمّ ذلك خلال الأجل المحددة سلفا و المقدرة بخمسة وعشرين عاما كحدّ أقصى أو قبل حلول موعد استحقاقها.

و حتى تنتقل الملكية من البائع المؤجر إلى المشتري المستأجر فإنّه يتعيّن على الموثق وفقا للقواعد المقررة قانونا أن يقوم بشهر عقد البيع بالإيجار لدى المحافظة العقارية المختصة عند تسديد المستفيد آخر قسط من الثمن و ذلك طبقا لأحكام المادة 793 من القانون المدني و المادتين 15 و 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽²⁾.

ثانيا: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد البيع بالإيجار

انتهينا إلى أنّ المشرع الجزائري أوجب في – المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أفريل 2001 المحدد شروط شراء المساكن بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفيات ذلك- كتابة عقد البيع بالإيجار في شكل رسمي يحرره الموثق طبقا للنموذج المحدد في القرار المؤرخ في 04 ماي 2004 و لكنه لم يبيّن الجزاء المترتب على تخلف الشكل الرسمي.

⁽¹⁾ الصادر بموجب القرار المؤرخ في: 2004/05/04 المعدل للقرار المؤرخ في: 2001/07/23 و المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار. منشور في ج ر، ع 43 ، س 41، الصادرة في: 2004/07/04.

⁽²⁾ لتفاصيل أكثر أحيل إلى ما سبق شرحه في ص 79 و ما يليها من هذه الرسالة.

غير أنه بالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد المشرع نص في المادة 324 مكرر 1 منه على ما يلي: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي".

و بما أنه سبق و أن بيّنا عند تحديد الطبيعة القانونية لعقد البيع بالإيجار بأنه يعتبر عقد بيع يعلق انتقال الملكية فيه على شرط واقف و هو وفاء المشتري المستفيد بجميع أقساط الثمن⁽¹⁾، فإنّ البيع بالإيجار الذي محله عقار يدخل في نطاق تطبيق المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

ترتينا على ما سبق فإنّه إذا لم يفرغ عقد البيع بالإيجار في شكل رسمي وفقا للنموذج المحدد في القرار المؤرخ في 04 ماي 2004 فإنه يعدّ باطلا و لا تترتب عليه أيّة آثار قانونية مما يؤكد أنّ الشكل هنا ركن في عقد البيع بالإيجار و ليس وسيلة لإثباته.

و لا شك أنّ البطلان المقرر في هذه الحالة هو البطلان المطلق لأنّ عدم تحرير البيع بالإيجار في الشكل الرسمي و وفق النموذج المحدد قانونا يؤدي إلى عدم وجوده، و من ثمّ فإنّ إقرار أحد المتعاقدين بصور التصرف عنه غير ممكن، و لا يجوز توجيه اليمين إلى الأطراف من أجل القول بوجوده.

هذا و إنّ عقد البيع بالإيجار الباطل لعيب الشكل أو تخلف إحدى البيانات الإلزامية يخضع لكافة القواعد المقررة في البطلان المطلق، و من ثمّ يستطيع أن يتمسك ببطلانه كل من له مصلحة في ذلك أي كل من البائع المؤجر و المستأجر المستفيد و ورثتهما، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما أنه لا يتقدم و لا تلحقه الإجازة⁽²⁾.

(1) يراجع ص 245 و ما يليها من هذه الرسالة.

(2) لتفاصيل أكثر حول آثار العقد الباطل يراجع ما سبق إيراده في ص 178 و ما يليها من هذه الرسالة.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد البيع بالإيجار

من الملاحظ أنّ القوانين المنظمة لعقد البيع بالإيجار حديثة النشأة، و من الطبيعي ألاّ توجد منازعات معروضة على المحكمة العليا بخصوص هذا العقد سواء فيما يتعلّق بأركانه الموضوعية أو الشكلية.

و الأمر كذلك بالنسبة إلى القضاء الفرنسي حيث انه لم توجد قرارات صادرة عن محكمة النقض الفرنسية فصلت في شكل عقد البيع بالإيجار. غير أنّ هذا الوضع يمكن تفسيره بموقف المشرع الفرنسي من البيع بالإيجار حيث اعتبره عقدا رضائيا يكفي لانعقاده تطابق إرادة طرفيه و اتجاهها إلى إحداث نفس الأثر القانوني و هو نقل ملكية المسكن إلى المستفيد مقابل دفع هذا الأخير ثمنه على شكل أقساط دون الحاجة إلى إفراغه في شكل معين، و من ثمّ فإنّ الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في عقد البيع بالإيجار⁽¹⁾.

و لقد اعتمد القانون المصري نفس الموقف الذي اعتمده القانون الفرنسي حيث اعتبر البيع بالإيجار عقدا رضائيا و ليس شكليا ينعقد بمجرد تراضي البائع المؤجر و المشتري المستأجر و الاتفاق بينهما على المسكن و الثمن الذي يتمّ في شكل مبالغ دورية محدّدة دون الحاجة إلى ورقة رسمية، فمجرد تطابق الإيجاب و القبول يكفي لانعقاد البيع بالإيجار شأنه في ذلك شأن كلّ عقد من العقود الرضائية⁽²⁾.

⁽¹⁾SCHUZ Rose-Noëlle/ Location-vente, répertoire de droit civil, 29^e année, t 6, E.D, 1999,n°34, p7.

⁽²⁾ حمدي أحمد سعد أحمد/ البيع الإيجاري، المرجع السابق، ص175.

الفصل الثاني:

الشكلية في التصرفات الواردة على الانتفاع: عقد إيجار العقارات

نصّ المشرع الجزائري على عقد الإيجار – باعتباره عقدا من العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء في القانون المدني⁽¹⁾. في المواد من 467 إلى 513، و رغم أنه بيّن أحكامه بكثير من التفصيل و الإيضاح إلا أنه لم يعرفه، و بالتالي يبقى على من يريد الوصول إلى تعريف استخراجيه من العناصر المكوّنة له.

بالتالي يقصد بعقد الإيجار توافق إرادتي المؤجر و المستأجر على منفعة الشيء المؤجر⁽²⁾، و على الأجرة التي يمكن أن تكون نقودا أو تقديم عمل⁽³⁾، و على المدّة التي قد تكون محددة أو غير محددة⁽⁴⁾.

و نظرا لعدم وجود نصّ قانوني يعرف عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري تدخل المشرع لسدّ هذا الفراغ، و عرفه في القانون رقم 05/07 الصادر بتاريخ 13 ماي 2007 في الفقرة الأولى من المادة 467 منه بما يلي: " الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

يستفاد من نصّ هذه المادة أنّ لعقد الإيجار خصائص يمكن إجمالها فيما يلي:

(1) الصادر بموجب الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المنشور في ج ر، ع 78، س12، الصادرة في: 1975/09/30.

(2) تجدر الإشارة إلى أنه تطبق أحكام القانون المدني على الأماكن المعدة للسكن و لممارسة مهنة، بينما تخضع المحلات التجارية لأحكام القانون التجاري.

(3) تنص المادة 2/467 من ق.م على ما يلي: " يجوز أن يحدد بدل الإيجار نقدا أو بتقديم عمل آخر".

(4) منذ صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري ألغى المشرع الجزائري المواد الخاصة بعقد الإيجار غير محددة المدّة ليصبح عقد الإيجار دائما محدد المدّة، و هذا ما تم تأكيده أيضا في القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.

- أنّ عقد الإيجار عقد ملزم لجانبيين هما المؤجر و المستأجر.

- أنّ التراضي في عقد الإيجار ينصبّ على المنفعة بالشيء المؤجر و المدة و بدل الإيجار.

- أنّ عقد الإيجار عقد مؤقت لأنه يرتبط بمدة زمنية.

- أنّ هناك ارتباطا وثيقا بين بدل الإيجار و المدة، فالمدة هي مقياس الانتفاع بالشيء المؤجر و بدل الإيجار يقابل الانتفاع.

- أنّ عقد الإيجار لا ينشئ إلا التزامات شخصية في جانب كلّ من المؤجر و المستأجر، و من ثمّ فهو من عقود الإدارة لا من عقود التصرف.

و بما أنّ الوضعيات الإيجارية في بلادنا خضعت لعدة أنظمة يجدر التطرق إلى شكل عقود الإيجار الواردة على عقار المبرمة قبل صدور القانون المدني⁽¹⁾ (المبحث الأول) و بعده، و في إطار المرسوم التشريعي رقم 03/93 الصادر بتاريخ الفاتح مارس 1993⁽²⁾ (المبحث الثاني) ثمّ في إطار القانون رقم 05/07 الصادر بتاريخ 13 ماي 2007⁽³⁾ (المبحث الثالث).

(1) و أقصد بها عقود الإيجار المبرمة بين الخواص أو بين هؤلاء و هيئة عمومية بصفتها مستأجرة و التي تخصص للاستعمال السكني أو المهني.

(2) المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 03/03/1993 يتعلق بالنشاط العقاري، منشور في ج ر، ع 14، س 30، الصادرة في: 03/03/1993.

(3) القانون رقم 05/07 المؤرخ في 05/07/2007 يعدل و يتم الأمر رقم: 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني، منشور بـ ج ر، ع 31، س 44، الصادرة في: 13/05/2007.

المبحث الأول:

الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار قبل صدور القانون المدني

سنتناول بداية موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار قبل صدور القانون المدني (المطلب الأول) ثم نتعرض لموقف القضاء الجزائري من هذا الشكل (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار قبل

صدور القانون المدني

قبل صدور القانون المدني الجزائري كانت عقود الإيجار تخضع لأحكام القانون الفرنسي طبقا للقانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1962⁽¹⁾، الذي مدّ آنذاك العمل بالقوانين الفرنسية متى لم يكن من شأنها المساس بالسيادة الوطنية، وكذا تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين⁽²⁾.

و بالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي نجد أنّ المشرع نصّ في المادة 1715 منه على ما يلي: " عقد الإيجار الحاصل بغير كتابة الذي لم يبدأ تنفيذه و الذي أنكره أحد الأطراف لا يجوز إثباته بالبينة مهما قلت أجرته حتى و لو ادعي بدفع عربون، غير أنه يجوز توجيه اليمين لمن أنكر العقد"⁽³⁾.

⁽¹⁾ يراجع القانون رقم: 157/62 المؤرخ في: 1962/12/31 و المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ 1962/12/31، منشور في ج ر، ع 2 لسنة 1963.

⁽²⁾ يراجع نص المادة 8 من ق.م.ج .

⁽³⁾ L'article 1715 du code civil français dispose que : "Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes donnés.

Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail".

يتبين من هذه المادة أنّ المشرع الفرنسي فرض الكتابة لإثبات عقد الإيجار الوارد على عقار، و إذا تخلفت الكتابة فإنه يفرق بين حالتين:

الحالة الأولى تتعلق بعقد الإيجار الذي لم يتم البدء في تنفيذه:

في مثل هذه الحالة لم يجز المشرع إثبات عقد الإيجار الذي لم يبدأ تنفيذه بعد بشهادة الشهود و القرائن⁽¹⁾، و أجاز إثباته بالإقرار و اليمين الحاسمة⁽²⁾.

الحالة الثانية و تخص عقد الإيجار الذي بدأ تنفيذه:

في هذه الحالة يجب التمييز بين فرضيتين:

- بدء تنفيذ متنازع فيه: في هذه الحالة لا يتم إثبات عقد الإيجار إلا بالإقرار أو اليمين، و مثاله أن يدعي أحد الخصمين أنّ الإيجار بدأ تنفيذه فيعارض الخصم الآخر ذلك، ففي هذه الحالة لا يجوز إثبات بدأ التنفيذ بالبينة و القرائن لأنّ إثباته بهذه الطريقة يفتح الباب لإثبات عقد الإيجار بالبينة و القرائن بطريق غير مباشر⁽³⁾.

- بدء تنفيذ غير متنازع فيه و يخص عقد إيجار بدأ تنفيذه و لم ينازع فيه أحد، و معنى ذلك أنّ عقد الإيجار نفسه ثابت بإقرار كل من طرفي العقد ففي هذه الحالة يتم استبعاد المنع المنصوص عليه في المادة 1715 من القانون المدني الفرنسي، و من ثم يجوز إثبات عقد الإيجار بشهادة الشهود.

⁽¹⁾ MAZEAUD Henry, Léon et Jean : Leçons de droit civil, tome3, op.cit, p 899.

⁽²⁾ DUTILLEUL François Collart et DELEBECQUE Philippe : Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 5^{eme} édition, 2001, n°433, p 361.

⁽³⁾ DUTILLEUL François Collart et DELEBECQUE Philippe: op.cit, n°433, p361-362.

فالشكل غير مطلوب لانعقاد عقد الإيجار الوارد على عقار قبل صدور القانون المدني الجزائري فهو تصرف رضائي⁽¹⁾ لأنّ المشرع الفرنسي لم يرتب بطلان عقد الإيجار على عدم كتابته، و الكتابة ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات عقد الإيجار⁽²⁾ فالمشرع الفرنسي لا يمانع في اعتماد طرق الإثبات الأخرى كالإقرار و اليمين باعتبارهما وسيلتي إثبات تحلان محلّ الكتابة و شهادة الشهود.

و يقصد أنّ عقد الإيجار يثبت بالكتابة إذا كان الطرفان قد أعدّا مسبقا دليلا كتابيا لإثباته و يستوي في ذلك أن يتخذ هذا المحرر شكلا رسميا أو عرفيا، و يستوي أن يكون هذا المحرر الكتابي قد حصل في شكل مطبوع معدّ مسبقا أو مكتوبا بخط يد أحد المتعاقدين أو الغير لأنّ العبرة بتوقيع العقد و ليس بطريقة كتابته، فإن لم يكن ثابتا بالكتابة فإنّ إثباته يتم بإيصالات الإيجار.

أما الإقرار الذي يجب أن يعتدّ به هنا فينحصر في الإقرار القضائي أصلا و لا يمكن التجاوز عنه إلى الإقرار غير القضائي إلا إذا ثبت بالدليل الكتابي، كتوجيه المؤجر خطابا إلى المستأجر يطالبه فيه بدفع بدل الإيجار أو يعلنه فيه بالزيادة في أجرة الإيجار.

و فيما يخص إثبات عقد الإيجار باليمين فيقصد بها اليمين الحاسمة⁽³⁾ و هي التي يوجهها أحد الطرفين للآخر، فيقوم الطرف الذي وجهت إليه بأدائها أو بردها على خصمه الذي وجهها إليه، أما اليمين المتممة فلا يجوز للقاضي توجيهها للأطراف.

⁽¹⁾ MAZEAUD Henry, Léon et Jean, Leçons de droit civil; op.cit, p 899.

⁽²⁾ L'article 1714 du code civil français dispose que : "On peut louer ou par écrit, ou verbalement, sauf, en ce qui concerne les biens ruraux, application des règles particulières aux baux à ferme et à colonat partiaire".

⁽³⁾ MAZEAUD Henry, Léon et Jean, Leçons de droit civil; op.cit, n°1, p 890.

أمّا فيما يتعلق بشهادة الشهود و القرائن فيجوز إثبات عقد الإيجار بهما متى تمّ البدء في تنفيذه و لم ينازع فيه أحد لأنّ عقد الإيجار في هذه الحالة ثابت الوجود.

ترتيباً على ما سبق فإنّ عقد الإيجار الوارد على عقار في ظل القانون المدني القديم يجب إثباته بالكتابة أصلاً غير أنه إذا تخلفت الكتابة فإنه يمكن إثبات عقد الإيجار الذي لم يتم البدء في تنفيذه بالإقرار و اليمين، و يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات متى بدأ تنفيذه و كان غير متنازع فيه.

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار قبل

صدور القانون المدني

بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتضح أنه استقر قبل صدور القانون المدني على تطبيق أحكام القانون المدني الفرنسي فأوجب إثبات عقد الإيجار بالكتابة أصلاً و إثباته بكل وسائل الإثبات متى بدأ تنفيذه.

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ: 08 فبراير 2006⁽¹⁾ حيث قضت فيه بنقض و إبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء قسنطينة مستندة على أنّ شغل الأماكن يعود إلى حوالي سنة 1968 حسب تصريحات الطاعن و عدم إنكار المطعون ضدهم ذلك، و بالتالي كان على قضاة الموضوع تطبيق النص القانوني الذي نشأت في ظلّه علاقة الإيجار خصوصاً نصّ المادة 1714 من القانون المدني القديم التي تجيز إبرام عقود الإيجار كتابة أو شفاهة.

⁽¹⁾ يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 340467، الصادر بتاريخ: 2006/02/08 و المنشور بـ ن ق، ع 63، ص 855.

و ما قضى به المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في القرار الصادر عنه بتاريخ 7 أبريل 1971⁽¹⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " حيث انه تبعا لمعاينات قضاة الموضوع استنتجوا أنه في غياب وصولات كراء المسكن فإن طلب الطاعن الرامي إثبات صفته كمستأجر بشهادة الشهود غير مقبول".

و ما قضى به المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 31 مارس 1982⁽²⁾ بما يلي: " عقود الإيجار المبرمة قبل العمل بالقانون المدني الجديد إذا كانت المادة 1715 من القانون المدني القديم تحظر إثبات عقد الإيجار الذي لم يبدأ تنفيذه بالشهود فإنها لا تحظر إثباته بالإقرار.

حيث يتبين من القرار المطعون فيه أنّ الطاعن كان قد أقرّ أمام المجلس أنّ والد المطعون ضده كان قد تعطل عن دفع الكراء سنة كاملة، و عليه فإنّ المجلس عندما قضى بإثبات حق الإيجار للمطعون ضده بناء على إقرار الطاعن نفسه فإنه يكون قد التزم صحيح القانون و بدون أيّ فرض لسلطته".

المبحث الثاني:

الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في القانون المدني

يتعيّن علينا لتحديد الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار أن نفرق بين مرحلتين بسبب ما أدخله المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري⁽³⁾ من تعديلات على القانون المدني.

(1) يراجع قرار م أ غ ق خ، الصادر بتاريخ: 1971/04/07، منشور بن ق، ع 2 لسنة 1972، ص 24.

(2) قرار م أ غ م، ملف رقم: 20438، الصادر بتاريخ: 1982/12/31، منشور بن ق، عدد خاص لسنة 1982، ص 113.

(3) منشور في ج ر، ع 14، س 30، الصادرة في: 1993/03/03.

المطلب الأول: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار بعد صدور القانون المدني

سنقوم بداية بدراسة موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار من وقت صدور القانون المدني⁽¹⁾ إلى غاية صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 (الفرع الأول) ثم نبيّن بعد ذلك موقف القضاء الجزائري من الشكل الواجب توافره فيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار

بعد صدور القانون المدني

نصّ المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 467 من القانون المدني على ما يلي: " ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر و المستأجر".

مفاد هذا النص أنه يكفي لانعقاد الإيجار الوارد على عقار توافق الإيجاب و القبول بين طرفيه على عناصر الإيجار، فيتمّ التراضي على ماهية العقد و الشيء المؤجر و مدّة الإيجار و الأجرة، و من ثم فالإيجار عقد رضائي.

و هكذا فإنّ الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة إلى الإيجار الوارد على عقار، فهو تصرف رضائي لم يتطلب المشرع إفراغه في شكل معين لانعقاده صحيحاً⁽²⁾ إلا أنه يبقى التساؤل قائماً بخصوص كيفية إثبات عقد الإيجار.

⁽¹⁾ و يخرج من نطاق تطبيقه الأراضي و الثروات العقارية غير المبنية لأنها تخضع لقانون خاص هو القانون رقم: 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، منشور في ج ر، ع 49، س 27، الصادرة في: 18/11/1990 و ذلك طبقاً لنص المادة الثانية منه، و قد أجاز هذا القانون إفراغ عقود الإيجار الفلاحي في شكل عرفي و ذلك طبقاً للمادة 2/53 منه التي تنص على ما يلي: " ... يمكن أن تحرر عقود الإيجار في شكل عقود عرفية".

- و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 25/07/2004، ملف رقم: 258049 منشور بـ الاج ق لـ غ ع ، ع خاص، ج 3، لسنة 2010 ، ص 389 و الذي جاء فيه ما يلي: " يمكن تحرير عقود الإيجار الفلاحي في شكل عقود عرفية".

⁽²⁾ ذيب عبد السلام/ عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه و اجتهاد المحكمة العليا، ط 1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001، ص 63.

بالرجوع إلى القانون المدني يلاحظ أنّ المشرع الجزائري بيّن أحكام عقد الإيجار بكثير من التفصيل و الإيضاح إلا أنّه لم يخصه بقواعد إثبات خاصة به، و بالتالي نرجع للقواعد العامة للإثبات الواردة في القانون المدني.

هذا يعني أنه يتم إثبات هذا العقد بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار و يمين إذا كانت قيمة الإيجار تزيد عن الألف دينار⁽¹⁾ أو كانت غير محددة القيمة، كما يجوز إثباته أيضا بالبينة إذا كانت قيمة العقد لا تتجاوز الألف دينار⁽²⁾ أو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة⁽³⁾ أو إذا تعلق الأمر بإحدى الحالتين المنصوص عليهما في المادة 336 من القانون المدني و هما: حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون حصول المستأجر على دليل كتابي، و الحالة التي يفقد فيها المستأجر سنده لسبب أجنبي خارج عن إرادته، و في هذه الحالات يثبت عقد الإيجار بالبينة، و يمكن إثباته بالقرائن كذلك وفقا لمقتضيات المادة 340 من القانون المدني.

و غالبا ما تتجاوز قيمة عقد الإيجار 1000 دينار و من ثم فهو لا يثبت إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار و يمين حاسمة، أما إذا كانت قيمة الإيجار تقل عن ألف دينار أو توافرت إحدى الحالتين المنصوص عليهما سابقا فيجوز إثبات عقد الإيجار بشهادة الشهود و القرائن.

يقصد أنّ عقد الإيجار يثبت بالكتابة إذا كان الطرفان قد أعدّا مسبقا دليلا كتابيا لإثباته، و يستوي في ذلك أن يتخذ هذا المحرر شكلا رسميا⁽⁴⁾ أو عرفيا، و يستوي أن يكون

(1) تجدر الإشارة إلى أنه قد تمّ تعديل نص المادة 333 من ق.م.ج بموجب القانون رقم 02/05 الصادر بتاريخ: 2005/05/20 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني و أصبحت قيمة التصرف القانوني 100 ألف دينار جزائري.

(2) يراجع نص المادة 333 من ق.م. .

(3) يراجع نص المادة 335 من ق.م. .

(4) يراجع نص المادة 324 من ق.م. .

هذا المحرر الكتابي قد حصل في شكل مطبوعة معدة مسبقا أو مكتوبا بخط يد أحد المتعاقدين أو الغير لأنّ العبرة بتوقيع العقد و ليس بطريقة كتابته⁽¹⁾.

و إذا لم يكن الإيجار ثابتا بالكتابة فإنّه يجوز إثباته بالإقرار و اليمين باعتبارهما وسيلتي إثبات تحلان محل الكتابة، علما بأنّ الإقرار ينحصر في الإقرار القضائي دون الإقرار غير القضائي إلا إذا ثبت بالدليل الكتابي، كتوجيه المؤجر خطابا إلى المستأجر يطالبه فيه بدفع بدل الإيجار أو يعلنه فيه بالزيادة في أجره الكراء⁽²⁾، و فيما يخص اليمين فيقصد بها اليمين الحاسمة⁽³⁾ و هي التي يوجهها أحد الطرفين للآخر فيقوم الطرف الذي وجهت إليه بأدائها أو بردها على خصمه الذي وجهها إليه⁽⁴⁾.

أمّا إذا لم تتوفر أدلة الإثبات السابقة فإنه يجوز إثبات عقد الإيجار بشهادة الشهود و القرائن إذا كانت قيمة العقد لا تجاوز الألف دينار أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة⁽⁵⁾ كتبادل الرسائل و البرقيات أو إذا تعلق الأمر بإحدى الحالتين المنصوص عليهما أنفا في المادة 336 من القانون المدني متى توافرت في هاتين الوسيلتين الشروط المتطلبة فيهما قانونا.

(1) شيخ سناء/ حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2002-2003، ص25.

(2) حبار محمد/ (تحليل بعض إشكاليات عقد إيجار المساكن في القانون الجزائري)، مقال منشور في مجلة الميادين الصادرة عن كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بوجدة، ع 2، سنة 1993، ص211-212.

(3) العقون الأخضر/ (إيجار المحلات التجارية)، منشور بن ق، ع 1 لسنة 1987، ص12.

(4) تنص المادة 343 من ق.م على ما يلي: " يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك.

و لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه غير أنه لا يجوز ردها إذا قامت اليمين على واقعة لا يشترك فيها الخصمان بل يستقل بها شخص من وجهت إليه اليمين".

(5) عرّف المشرع الجزائري مبدأ الثبوت بالكتابة في الفقرة الثانية من المادة 335 ق.م بما يلي: " كل كتابة تصدر من الخصم و يكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريبا الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار

بعد صدور القانون المدني

إذا رجعنا إلى أحكام القضاء الجزائري فإننا نجد مستقرا على تطبيق القانون المدني الجزائري على عقود الإيجار المبرمة بعد صدوره، و هذا ما أكدت عليه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 08 فبراير 2006⁽¹⁾ و الذي قضت فيه بما يلي: " من المقرر قانونا أنه يجب تطبيق النص القانوني الذي نشأت في ظله علاقة الإيجار".

و إن القضاء الجزائري مستقر على أن عقد الإيجار الوارد على عقار لا يثبت إلا بعقد مكتوب أو بإيصالات إيجار، و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 10 ديسمبر 1984⁽²⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " من الثابت قانونا أن الإيجار يثبت بالكتابة عند وجود عقد كتابي و بوصولات دفع الكراء عند وجود عقد شفهي...".

و نفس الحكم أكده في قرار صدر عنه بتاريخ 13 جويلية 1985⁽³⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن عقد الإيجار لا يثبت إلا بموجب عقد مكتوب و وصولات تثبت دفع بدل الإيجار".

غير أن القضاء الجزائري لم يشترط في وصل الإيجار شكليات معينة، إذ يكفي أن يكون واضحا منه أنه يتعلق بمن سيدعي الإيجار و أنه يتعلق في آن واحد بالعين التي يدعي المستأجر إيجارها و هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ

(1) يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 340467، الصادر بتاريخ: 2006/02/08، منشور بن ق، ع 63 لسنة 2008، ص355.

(2) قرار م أ غ الاج، ملف رقم: 32011، الصادر بتاريخ: 1984/12/10، منشور ب م ق، ع 1 لسنة 1989، ص180.

(3) قرار م أ غ ت بح، ملف رقم: 36344، الصادر بتاريخ: 1985/07/13، منشور ب م ق، ع 3 لسنة 1989، ص129.

- و كذلك القرار الصادر بتاريخ: 1986/04/28، ملف رقم: 41480، منشور ب م ق، ع 1 لسنة 1989، ص207 و الذي قضت فيه بما يلي: " إذا كان القانون ينص على أن الإيجار ينعقد بمقتضى عقد بين المؤجر و المستأجر فانه ليس من الجائز إثبات عقد الإيجار إلا بموجب عقد مكتوب أو بمقتضى وصولات خاصة بدفع بدل الإيجار...".

22 مارس 1994⁽¹⁾ و الذي قضت فيه بما يلي: " إنه متى تبين فعلا من القرار المطعون فيه أنه اشترط في وصل الإيجار شكليات لم يفرضها القانون و هي ختم المؤجر...".

يكفي كذلك لإثبات عقد الإيجار أن يقدم من يدعيه وصلا واحدا مهما كان تاريخه، إذ قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 10 جويلية 2001⁽²⁾ بما يلي: " حيث انه لإثبات صفتهم كمستأجرين قدم الطاعنون وصلين للإيجار مؤرخين في 1961 و 1962 ...، و لا يشترط في وصولات الإيجار هذه أن تكون حديثة العهد، فيكفي أن يقدم من يدعي الإيجار وصلا وحيدا لإثبات علاقة الإيجار بغض النظر عن التاريخ الذي سلم فيه طالما أن الإيجار لم يتم إنهاؤه قانونا".

و الملاحظ أن القضاء الجزائري لم يقبل إثبات عقد الإيجار الوارد على عقار بغير الكتابة أو إيصالات الإيجار و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في القرار الصادر عنه بتاريخ 09 جويلية 1984⁽³⁾ حيث جاء فيه أن: " الإيجار لا يثبت اعتمادا على وثائق صادرة من الغير و منها الوثائق الإدارية كبطاقة الناخب و الشهادات المدرسية و شهادة الإقامة و وصولات سونلغاز و وصولات الهاتف".

و لقد أخذ القضاء الجزائري بالإقرار القضائي كوسيلة لإثبات عقد الإيجار إذ قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 13 أكتوبر 1991⁽⁴⁾ بما يلي: " لما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الطاعن يتمسك بالرسالة الموجهة له من المدعى عليه و التي يوجه له فيها إنذارا لمغادرة السكن المؤجر له و كذلك بعريضة افتتاح الدعوى التي يعترف فيها المطعون ضده

(1) قرار م ع غ اج، ملف رقم: 103130، الصادر بتاريخ: 1994/03/22، منشور ب ن ق، ع 49 لسنة 1991، ص252.

(2) قرار م ع ، ملف رقم: 218226، الصادر بتاريخ: 2001/07/10، و المشار إليه في كتاب: ذيب عبد السلام/ عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه و اجتهاد المحكمة العليا، المرجع السابق، ص66.

(3) قرار م أ، ملف رقم: 41480، الصادر بتاريخ: 1984/07/09، منشور ب م ق، ع 4 لسنة 1984.

(4) قرار م ع غ اج، ملف رقم: 79639، الصادر بتاريخ: 1991/10/13، منشور ب م ق، ع 2 لسنة 1993، ص80.

بأنه سلم للطاعن السكن على سبيل الإيجار، فإنّ قضاة الاستئناف بعدم تحليلهم ذلك بأنهم إقرار قضائي يكونون قد خرقوا القانون".

و قضت في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 25 جوان 2002⁽¹⁾ بما يلي: " اعتراف المطعون ضده - في المذكرة الجوابية أمام محكمة الدرجة الأولى- بوجود علاقة إيجار شفوية تربطه بالطاعن يعتبر إقرارا من قبل المؤجر على عقد إيجار بينه و بين الطاعن".

هذا و يتبيّن من مختلف القرارات الصادرة عن المحكمة العليا أنها أقرت إثبات عقد الإيجار الوارد على عقار بالكتابة أو ما يقوم مقامها و لم تقبل إثبات عقد الإيجار بالبينة، حيث قضى المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 02 جانفي 1984⁽²⁾ بما يلي: " الحجة المقدمة لإثبات عقد إيجار شفوي متنازع في صحة وجوده لا تكون مقبولة إذا كانت مؤسسة على شهادة شهود"، و ما قضى به في قرار صادر عنه لاحقا بتاريخ 28 أبريل 1986⁽³⁾ بأنّ: " علاقة الإيجار لا يمكن إثباتها بشهادة الشهود... يعتبر هذا خرقا للقانون".

كما أنّ القضاء الجزائري لم يقبل إثبات عقد الإيجار بالقرائن إذ قضى المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 24 سبتمبر 1984⁽⁴⁾ بما يلي: " تمتنع شخص بصفة المستأجر لمجرد شغل و احتلال الأمكنة لمدة طويلة و بكيفية متواصلة ... يعدّ خرقا للقانون"، و أكدت على ذلك المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 14 فيفري 2001⁽⁵⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " إنّ شغل الأمكنة مهما كانت مدته لا يمنح الشاغل المادي صفة المستأجر و القضاء بخلاف ذلك يعدّ مخالفا للقانون".

(1) قرار م ع غ الاج، ملف رقم: 259989، الصادر بتاريخ: 2002/06/25، منشور بـ م م ع، ع 2 لسنة 2004، ص 167.

(2) قرار م أ غ الاج، ملف رقم: 34131، الصادر بتاريخ: 1984/01/02، منشور بـ م ق، ع 1 لسنة 1990، ص 139.

(3) قرار م أ غ الاج، ملف رقم: 41480، الصادر بتاريخ: 1986/04/28، منشور بـ م ق، ع 1 لسنة 1989، ص 207.

(4) قرار م أ غ الاج، ملف رقم: 36558، الصادر بتاريخ: 1984/09/24، منشور بـ م ق، ع 2 لسنة 1989، ص 155.

(5) قرار م ع غ الاج، ملف رقم: 214256، الصادر بتاريخ: 2001/02/14، منشور بـ م ق، ع 1 لسنة 2002، ص 187.

المطلب الثاني: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في ظل المرسوم التشريعي

رقم 03/93

سنتناول موقف المشرع الجزائري من الشكل الواجب توافره في عقد إيجار وارد على عقار في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 (الفرع الأول) ثم نتعرض لموقف القضاء الجزائري من هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار

في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93

من أجل مسايرة التطورات الاجتماعية و السياسية التي عرفتها الجزائر بعد دستور 1989 عمد المشرع الجزائري إلى إدخال تغيير جوهري في مجال عقود الإيجار، فأصدر المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في الفاتح من مارس 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري، و ألغى بموجبه المواد الخاصة بمنازعات الأجرة، و المواد الخاصة بعقد الإيجار غير محدد المدة، و التجديد الضمني لعقود الإيجار، و استبعد أحكام حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن⁽¹⁾ و حق استرجاعها متى كان عقد إيجار الأماكن السكنية مبرما بعد صدوره.

و قد هدف المشرع من وراء ذلك إلى تشجيع الاستثمار في مجال الإيجار فتخلى عن السياسة التشريعية السابقة التي وقفت بجانب المستأجر أكثر من اللازم باعتباره الطرف الضعيف في العقد بالنظر إلى أزمة السكن، فأطلق في هذا المرسوم حرية إرادة الأطراف في تحديد شروط العقد تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة⁽²⁾.

(1) يجدر التنويه إلى أنّ المشرع الجزائري أبقى على الأماكن ذات الاستعمال المهني خاضعة لأحكام حق البقاء في الأمكنة وفقا لمقتضيات المادة 20 من المرسوم رقم: 03/93 رغم أن مستأجر الأماكن السكنية أولى بالحماية التي أسبغها عليه القانون.

(2) يراجع: شيخ سناء/ حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن، المرجع السابق، ص57.

غير أنّ ما يؤخذ على هذا المرسوم التشريعي هو أنّه رغم كونه خاصا بالترقية العقارية طبقا للمادة الثانية⁽¹⁾ منه إلا أنه يطبق على جميع عقود الإيجار سواء كانت خاصة بالترقية العقارية أو خاضعة للقانون المدني، و هذا غير مستساغ قانونا لأنّ أمرا كهذا يتطلب إصدار قانون يعدل القانون المدني ذاته.

و يطبّق هذا المرسوم التشريعي وفقا للفقرة الثانية من المادة 20 منه على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد تاريخ صدوره، بينما تبقى عقود إيجار الأماكن المعدة للسكن التي أبرمت قبل الفاتح من مارس 1993، و تلك التي تجددت بعد هذا التاريخ خاضعة لأحكام القانون المدني.

يلاحظ أنّ هذا المرسوم لم يتضمن أحكاما انتقالية خاصة بالنسبة لعقود الإيجار المبرمة قبل صدوره، و تلك التي تجددت في ظلّه إذ تبقى خاضعة لأحكام القانون المدني، و هذا ما أدى إلى وجود فئتين من المستأجرين، فئة محظوظة و أخرى مضطهدة و العكس صحيح بالنسبة للمؤجرين⁽²⁾، لذا كان من الأفضل أن يمنح المشرع فترة انتقالية معقولة بالنسبة لعقود الإيجار المبرمة قبل صدوره و هذا لتوحيد الأوضاع القانونية⁽³⁾ بهدف تحقيق المساواة بين جميع أفراد المجتمع.

و إذا كان تطبيق أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 على عقود الإيجار المبرمة بعد تاريخ صدوره أمرا ثابتا فإنّ ذلك يدفعنا إلى طرح تساؤل يتعلق بماهية الشكل الواجب توافره في عقد إيجار مبرم في ظلّ هذا المرسوم.

(1) تنص المادة 2 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 على ما يلي: " يشمل النشاط العقاري على مجموع الأعمال التي تساهم في انجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة. يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محال ذات استعمال سكني أو محال مخصصة لايباء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري".

(2) الطيب زروتي/ (حق البقاء و حق استرجاع المحلات المعدة للسكن في القانون الجزائري)، منشور بـ م ج ع ق اق س، ع 3 ، سنة 1995، ص646.

(3) زواوي فريدة/ (تنازع قوانين الإيجار من حيث الزمان" المرسوم التشريعي 03/93 و القانون المدني")، منشور بـ م ق ع 1 لسنة 2000، ص75.

بالرجوع إلى المرسوم التشريعي رقم 03/93 نجد أنّ المشرع الجزائري نصّ في المادة 21 منه على ما يلي: " تجسد العلاقات بين المؤجرين و المستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم و يحرر كتابيا بتاريخ مسمى. يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب، طبقا للأحكام الشرعية المعمول بها. و من جهة أخرى، و دون المساس بالعقوبات التي يتعرض لها المؤجر بسبب انعدام العقد، فإنّ أيّ وصل يحوزه شاغل الأمكنة يخوّلّه الحق في عقد الإيجار لمدة سنة ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة".

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع أوجب كتابة عقد الإيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم، و بهذا الصدد أصدر المرسوم التنفيذي رقم 69/94 بتاريخ 19 مارس 1994⁽¹⁾ الذي يحدّد نموذج عقد الإيجار.

و بالرجوع إلى المرسوم رقم 69/94 يتبيّن أنّ المشرع اشترط أن يتضمن نموذج عقد الإيجار بيانات محددة تتمثل في تعيين طرفي العقد أي المؤجر و المستأجر و هويتها كاملة، و الملك المؤجر من حيث وصفه و تركيبه و موقعه و ملاحظه إن اقتضى الأمر، و كذا تحديد مدة عقد الإيجار تحديدا دقيقا و إمكانية تجديدها وفقا للشروط و الكيفيات التي يتفق عليها المتعاقدان، و ثمن الإيجار بالحروف و الأرقام و كيفيات دفع و شروط مراجعته و كيفيات ذلك.

كما يجب أن يتضمن عقد الإيجار الأعباء التي يتحملها كلّ من المستأجر و المؤجر دون المساس بأعباء الصيانة و الترميم التي يتحملها طبقا لأحكام القانون المدني، و الضمانات المتمثلة في الكفالة التي يسلمها المستأجر للمؤجر ضمانا لحسن استعمال الملك المؤجر طبقا لوثيقة حالة الأماكن المحررة وقت الشروع في الحيازة، إضافة إلى الالتزامات المترتبة في ذمة كل من

(1) المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في: 19/03/1994 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في: 01/03/1993 و المتعلق بالنشاط العقاري، منشور في ج ر، ع 17 ، س31، الصادرة في: 30/03/1994.

المتعاقدين طبقا للقواعد العامة، وكذا ضرورة إنهاء عقد الإيجار، على أن يوقع من طرف المؤجر و المستأجر.

و يستفاد من المادة 11 من نموذج عقد الإيجار أنه لا بدّ من تسجيل عقد الإيجار لدى مصالح مفتشية التسجيل و الطابع المختصة إقليميا قصد تحصيل الخزينة العمومية للجانب الضريبي.

و إذا كان المشرع الجزائري قد أوجب الكتابة في عقد الإيجار إلا أنه لم يشترط أن تكون هذه الكتابة رسمية، إذ يكفي أن تكون عرفية شريطة إتباع نموذج عقد الإيجار الذي تضمنه المرسوم التنفيذي رقم 69/94 السالف الذكر⁽¹⁾.

كما أوجب أن يكون عقد الإيجار ثابت التاريخ⁽²⁾، و يكون التاريخ ثابتا وفقا لمقتضيات المادة 328 من القانون المدني من يوم تسجيله في مصلحة التسجيل و الطابع أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.

و من خلال المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 يحق لنا أن نتساءل عمّا إذا كانت الكتابة شرطا شكليا في عقد الإيجار الوارد على عقار أم أنّها مقررة للإثبات فقط؟

يتبيّن أنّ المشرع لم يرتب انعدام صحة الإيجار على عدم كتابته، و من ثم فإنّ الكتابة شرط للإثبات فقط و يبقى التمسك بأحكام هذا المرسوم لمن يهّمه الأمر مقرونا بتوافر الشروط المطلوبة فيه⁽³⁾، و في حالة انعدام الكتابة المتطلبة قانونا يعتبر الإيجار قائما من وقت إبرامه

(1) محمدي فريدة/ (الاحتجاج بعقد الإيجار على مشتري العقد)، مقال منشور في م ج ع ق الاق س، ج 37، ع 1 لسنة 1999، ج 37، ص 71.

(2) قرار م ع غ م، ملف رقم: 483177، الصادر بتاريخ: 2009/05/20، منشور بـ م م ع، ع 1 لسنة 2009، ص 154 و الذي جاء فيه ما يلي: "العقد العرفي حجة بين طرفيه من حيث موضوعه و تاريخه و لا يحتج به على الغير إلا إذا كان ثابت التاريخ".

(3) الطيب زروتي/ (حق البقاء و حق استرجاع المحلات المعدة للسكن في القانون الجزائري)، المقال السابق، ص 648.

و تترتب كافة آثاره، و يخضع في إثباته لقواعد الإثبات المعتمدة في القانون المدني، و الحكمة التي ابتغهاها المشرع من ذلك هي توفير الثبات و الاستقرار لعقود الإيجار و تحصيل الدولة الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية⁽¹⁾.

و الملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يرتب بطلان عقد الإيجار على عدم كتابته وفق النموذج المحدد في التنظيم غير أنه نصّ على متابعة المؤجر جزائيا و منح شاغل الأمانة صفة المستأجر لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة إذا كان حائزا على وصل إيجار.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار

في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93

يتبين من خلال قراءة بعض القرارات أنّ القضاء الجزائري أكد على تطبيق أحكام المرسوم التشريعي رقم 03/93 الصادر بتاريخ أول مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري على عقود الإيجار المبرمة بعد تاريخ صدوره، و من ثم ذهب إلى وجوب إثبات عقد الإيجار بموجب سند مكتوب و لم يضيف صفة المستأجر على الشاغل بدون سند صحيح بعد انقضاء المدة المحددة في عقد الإيجار المبرم بينه و بين المؤجر إذ أصدرت المحكمة العليا قرارا بتاريخ 18 جانفي 2000⁽²⁾ جاء فيه ما يلي: " حيث انه بالرجوع إلى عقد الإيجار المبرم بين الطاعن و المطعون ضده فإنه حددت مدة العقد بسنة، و بالتالي بعد انتهاء هذه المدة فإنّ الطاعن المستأجر يكون محتلا بدون سند صحيح، و من حق المطعون ضده المؤجر اللجوء إلى قاضي الاستعجال لإزالة الاعتداء...".

و قضت بموجب قرار صادر عنها بتاريخ 05 نوفمبر 2009⁽³⁾ بما يلي: " إنّ دعوى الحال لا يحكمها القانون المدني و إنما المرسوم رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 ذلك أنّ

(1) حمدي باشا عمر/ دراسات قانونية مختلفة، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002، ص49.

(2) قرار م ع، ملف رقم: 187628، الصادر بتاريخ: 2000/01/18، مشار إليه في: ذيب عبد السلام/ عقد الإيجار المدني، المرجع السابق، ص209.

(3) قرار م ع غ الاج، ملف رقم: 532090، الصادر بتاريخ: 2009/11/05، منشور ب م م ع، ع 2 لسنة 2009، ص431.

عقد الإيجار المبرم بين المطعون ضده و المالك الأول المحرر بتاريخ 25 فبراير 1999 و لمدة أربع سنوات تم في ظل أحكام هذا المرسوم الذي يجعل المستأجر الذي انتهى عقد إيجاره بالشاغل دون حق و لا سند".

كما قضت في قرار صدر عنها بتاريخ 09 مارس 1999⁽¹⁾ بما يلي: " حيث إن قاضي الاستعجال تمسك باختصاصه لانعدام سند الإيجار لدى الطاعن بعد نهاية عقد الإيجار المبرم بين الطرفين كتابة في ظل المرسوم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993".

المبحث الثالث: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في ظل القانون رقم 05/07

سنقوم بداية بدراسة موقف المشرع الجزائري من الشكل الواجب توافره في عقد الإيجار الوارد على عقار في ظل القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 (المطلب الأول) ثم نبيّن موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في

ظل القانون رقم 05/07

أصدر المشرع الجزائري بتاريخ 13 ماي 2007 القانون رقم 05/07 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني⁽²⁾، و هو القانون الذي نظم أحكام عقد الإيجار فقط.

و تجدر الإشارة إلى أنّ هذا القانون نصّ على أحكام مشابهة لما تضمنه المرسوم التشريعي رقم 03/93 بحيث أبقى على إلغاء المواد الخاصة بمنازعات الأجرة و عقد الإيجار

⁽¹⁾ قرار م ع، ملف رقم: 187374، الصادر بتاريخ: 09/03/1999، و المشار إليه في: ذيب عبد السلام/ عقد الإيجار المدني، المرجع السابق، ص 209.

⁽²⁾ منشور في ج ر، ع 31 لسنة 2007.

غير محددة المدة و آجال الإنذار المسبقة الخاصة بها، و التجديد الضمني لعقد الإيجار و أحكام حق البقاء في الأماكن و حق استرجاعها⁽¹⁾.

فقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 05/07 من أجل تكريس المبادئ التي تضمنها المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتضمن النشاط العقاري و سدّ الثغرات التي تضمنتها أحكامه و التي أثرت سلبا على الهدف من إصداره، فضلا عن أنه طبّق على جميع عقود الإيجار بما فيها تلك الخاصة للقانون المدني و التي يستلزم الأمر تعديلها بقانون مثله و هو الأمر الذي تداركه المشرع بإصدار القانون رقم 05/07 السالف الذكر.

هذا و يسري القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 طبقا للمادة 507 مكرر 1 الفقرة الأولى من القانون المدني على عقود الإيجار المبرمة بعد صدوره، بينما تبقى الإيجارات المبرمة قبل صدوره خاضعة لأحكام التشريع السابق مدة 10 سنوات ابتداء من تاريخ نشر القانون رقم 05/07 في الجريدة الرسمية⁽²⁾.

يلاحظ أنّ المشرع الجزائري منح في هذا القانون فترة انتقالية معقولة بالنسبة لعقود الإيجار المبرمة قبل صدوره و هذا لتوحيد الأوضاع القانونية بهدف تحقيق المساواة بين جميع أفراد المجتمع خلافا لما كان عليه الأمر في المرسوم التشريعي رقم 03/93⁽³⁾.

أمّا فيما يتعلق بشكل عقد الإيجار في القانون رقم 05/07 فقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 467 مكرر من القانون المدني على ما يلي: " ينعقد الإيجار كتابة و يكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا".

(1) سبقّت الإشارة إلى أنّ المرسوم التشريعي رقم 03/93 ألغى حق البقاء في المحلات السكنية دون المهنية رغم أنّ المحلات السكنية هي أولى بالحماية، لذا فإن المشرع عمّم هذا الإلغاء - في القانون رقم 05/07- ليشمل عقود إيجار المحلات المهنية و السكنية على حدّ سواء.

(2) تمّ نشر هذا القانون بتاريخ 2007/05/13.

(3) يراجع ما سبق ذكره في صفحة 270 من هذه الرسالة.

و نصّ في المادة الثامنة الفقرة الثانية من نفس القانون على ما يلي: " تلغى كذلك المادة 20 و الفقرتان 2 و 3 من المادة 21... من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 و المذكور أعلاه"، و منه أبقى على الفقرة الأولى من المادة 21 من المرسوم رقم 03/93 و التي جرى نصها كالآتي: " تجسد العلاقات بين المؤجرين و المستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم و يحرر كتابيا بتاريخ مسمّى".

يستخلص من هذه المواد مجتمعة أنّ المشرع اشترط أن يكون عقد الإيجار الوارد على عقار مكتوبا وفقا للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19 مارس 1994 و أن يكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا.

و عليه فإنّ الكتابة في عقد الإيجار وفقا للنموذج المذكور تعدّ ركنا في عقد الإيجار لأنّ المشرع رتب جزاء البطلان على تخلفها عكس ما كان عليه الحال في المرسوم التشريعي رقم 03/93 الذي اعتبر الكتابة شرطا لإثبات عقد الإيجار الوارد على عقار فقط .

تجدر الإشارة إلى أنّ هذا الحكم الجديد الذي أتى به المشرع الجزائري في القانون رقم 05/07 يهدف إلى إضفاء الانسجام مع أحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 السالف الذكر⁽¹⁾.

و الملاحظ أنّ المشرع الجزائري اشترط الكتابة كركن انعقاد في عقد الإيجار الوارد على عقار إلا أنه لم يستلزم أن تكون هذه الكتابة رسمية⁽²⁾ بل يكفي أن يحرر العقد في شكل مكتوب شريطة أن يكون طبقا للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 69/94، ولا يفهم بالضرورة أنّ الكتابة المذكورة في المادة 467 مكرر من القانون المدني على أنها الكتابة الرسمية

(1) بطاقة تلميح للكتاب رقم 05/07 المؤرخ في: 13/05/2007 المعدل و المتمم للأمر رقم: 58/75 المؤرخ في: 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، منشور بن ق ، ع 62 لسنة 2008، ص455.

(2) هلال شعوة/ الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني، وفق أحدث النصوص المعدلة له (القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007)، ط 1، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر، 2010، ص81.

التي تتم بمعرفة الموثق، غير أنه إذا أفرغت إرادة المؤجر و المستأجر في شكل عرفي فإنّ هذا العقد العرفي ينبغي أن يكون ثابت التاريخ.

و لا يكون عقد الإيجار ثابت التاريخ وفقا لأحكام المادة 328 من نفس القانون إلا من يوم تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام أو من يوم التأشير به عليه على يد ضابط عام مختص أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط و إمضاء.

و خلاصة ما سبق أنّ المشرع اعتبر في القانون رقم 05/07 عقد الإيجار عقدا شكليا و أوجب كتابته وفقا للنموذج المحدد في المرسوم التنفيذي رقم 69/94، و يستوي في ذلك أن تكون الكتابة رسمية أو عرفية، كما استلزم أن يكون له تاريخ مسمى و إلا كان باطلا، و ذلك ضمانا لاستقرار المعاملات و لحماية مصلحة طرفي عقد الإيجار معا، مصلحة المستأجر في الحصول على دليل مكتوب لإثبات إيجاره للمسكن، و مصلحة المؤجر في استرجاع مسكنه عند انتهاء مدة عقد الإيجار، كما أنه يحمي الدولة من خلال استيفاء حقوق التسجيل و مختلف الحقوق الضريبية.

غير أنه بعد صدور القانون رقم 04/11 بتاريخ 17 فيفري 2011 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية و الذي ألغى بموجبه المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾ بما فيه الفقرة الأولى من المادة 21 التي كانت توجب إفراغ عقد الإيجار في النموذج المحدد قانونا فإنه يكفي لانعقاد الإيجار صحيحا أن يفرغ في شكل مكتوب و أن يكون له تاريخ ثابت.

(1) تنص المادة 80 من القانون رقم: 04/11 على ما يلي: " تلغى أحكام المرسوم التشريعي رقم: 03/93 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري، المعدل و المتمم، باستثناء المادة 27 منه...".

كما أوجب المشرع الجزائري طبقا لأحكام المادة 19 من قانون المالية لسنة 2012 تسجيل عقود إيجار المحلات ذات الاستعمال السكني إجباريا و كذا العقود من الباطن المتصلة بها⁽¹⁾.

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في

ظلّ القانون رقم 05/07

إذا رجعنا إلى أحكام القضاء الجزائري فإننا نجد المحكمة العليا تؤكد على مبدأ هام مفاده ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يجب تطبيق النص القانوني الذي نشأت في ظله علاقة الإيجار"⁽²⁾.

و إذا كان تطبيق أحكام القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007 على عقود الإيجار الواردة على عقار و المبرمة بعد تاريخ صدوره أمرا ثابتا، فما هو موقف القضاء الجزائري من شكل عقد إيجار وارد على عقار مبرم في ظل هذا القانون؟

إنّ الجواب على هذا السؤال سابق لأوانه بالنظر إلى حداثة هذا القانون. غير أنّه و في اعتقادنا أنّه لو حصل و أن أثيرت مسألة شكل عقد الإيجار أمام المحكمة العليا لما تردّدت في اعتبار عقد الإيجار المبرم بعد صدور القانون رقم 05/07 عقدا شكليا يجب إفرغه في شكل مكتوب، و أن يكون ثابت التاريخ، و لأقرت بطلان عقد الإيجار

⁽¹⁾ تنص المادة 19 من القانون رقم 16/11 المؤرخ في 28/12/2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، منشور في ج ر، ع 72، س 48، الصادرة في: 29/12/2011 على ما يلي: " تعدل و تتم أحكام المادة 220 من قانون التسجيل وتحرر كما يأتي:

المادة 220: ... تخضع إجباريا لإجراء التسجيل عقود إيجار المحلات ذات الاستعمال السكني و كذا العقود من الباطن المتصلة بها و بصفة عامة إيجار الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني بالإضافة للعقود من الباطن المتصلة بها...".

⁽²⁾ يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 340467، الصادر بتاريخ: 08/02/2006، مشار إليه سابقا، منشور ب ن ق، ع 63، ص 355.

الوارد على عقار الذي تخلف فيه ركن الشكل طبقا لمقتضيات المادة 467 مكرر من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " ينعقد الإيجار كتابة و يكون له تاريخ ثابت و إلا كان باطلا".

الفصل الثالث:

الشكلية في التأمينات العينية الواردة على عقار: الرهن الرسمي

لقد تضمنت معظم التشريعات أحكاما خاصة بالرهن الرسمي لأنّ الاعتماد على القدرة الذاتية في تمويل المشاريع صعب جدًا، لذلك نجد غالبا ما يلجأ الأفراد إلى الائتمان من الغير لتمويل مشاريعهم، و لا يتحقق ذلك إلا عن طريق التأمينات⁽¹⁾.

فلم يعد للائتمان دور استهلاكي كما كان من قبل، بل أصبح وسيلة للحصول على رؤوس الأموال لمشاريع الإنتاج في العصر الحديث، و لا يتحصل الفرد على هذا الائتمان إلا بمقتضى ضمانات، و نجد من بين هذه الضمانات الرهن الرسمي الذي يعتبر من أهم العوامل التي تساعد على سير الحياة الاقتصادية فهو يكفل لأصحاب رؤوس الأموال الكبيرة استثمار أموالهم في قروض مضمونة برهون رسمية على عقارات تفي قيمتها بقيمة هذه القروض⁽²⁾.

و لقد عرّف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في المادة 882 من القانون المدني بأنه: " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أيّ يد كان".

يمكن من خلال قراءة هذه المادة إبداء الملاحظات التالية:

(1) نبيل إبراهيم سعد/ التأمينات العينية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص29.

(2) لحميم زليخة / إنشاء الرهن الرسمي و انقضاؤه في القانون المدني الجزائري مقارنا، رسالة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996، ص39.

- أنّ المشرع ذكر بأنّ الدائن باعتباره صاحب حق عيني تبقي يتقدّم على الدائنين التالبيين له في المرتبة أي الدائنين المرتهنيين و أغفل ذكر الدائنين العاديين رغم أنه يتقدّم عليهم⁽¹⁾.

- أنّ المشرع نصّ أنّ الدائن يستوفي حقه من " ثمن العقار المرهون"، و الواقع أنّ الدائن يستوفي حقه من ثمن العقار عند بيعه بالمزاد العلني فقط، أما إذا هلك العقار أو تلف لسبب من الأسباب يستوفي الدائن حقه من المال الذي يحلّ محلّ العقار كالتعويض في حالة تعدي الغير على العقار المرهون أو مبالغ التأمين في حالة التأمين على العقار عند إحدى شركات التأمين⁽²⁾، لذا يستحسن استعمال عبارة " من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حلّ محلّ هذا العقار" كما فعل في المادة 907 من نفس القانون.

- أنّ المشرع الجزائري أغفل النص على خاصية مهمة في الرهن الرسمي و هي احتفاظ الراهن بحيازة العقار المرهون⁽³⁾، رغم أنّ هذه الخاصية هي التي جعلت من المدينين يفضلونه على الرهن الحيازي⁽⁴⁾.

ترتيا على ما سبق يمكن تعريف الرهن الرسمي بأنه حق عيني تبقي ينشأ للدائن المرتهن على عقار بمقتضى عقد رسمي، و يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين و الدائنين التالبيين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن هذا العقار أو من المال الذي حلّ محله، مع احتفاظ الراهن بحيازة العقار المرهون.

⁽¹⁾ تنص المادة 907 من ق.م على ما يلي: " يستوفي الدائنون المرتهنون حقوقهم تجاه الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون أو من المال الذي حلّ محلّ هذا العقار، بحسب مرتبة كل منهم و لو كانوا أجروا القيد في يوم واحد".

⁽²⁾ عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية و العينية، ج 10، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، رقم 116، ص270.

⁽³⁾ حسني محمود عبد الدايم/ الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية و القانون، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص38.

⁽⁴⁾ و الملاحظ أنّ عقد الرهن الحيازي سواء كان واردا على منقول أو عقار عقد رضائي يكفي لانعقاده تراضي الطرفين، و إنّ المشرع لم يشترط الرسمية لانعقاده و ذلك طبقا لنص المادة 948 من ق.م.

و بما أنّ الرهن الرسمي يطلق على العقد و على الحق العيني الذي ينشئ هذا العقد، يجب بيان خصائصه باعتباره حقا ثمّ باعتباره عقداً.

فخصائص الرهن الرسمي باعتباره حقا تتمثل فيما يلي:

- أنّ الرهن الرسمي حق عيني يتميز بكلّ ما تتميز به الحقوق العينية فهو يخوّل صاحبه أي الدائن المرتهن سلطة مباشرة على مال معين و هو العقار المرهون دون وساطة شخص آخر، و هذه السلطة على خلاف الحقوق العينية الأصلية لا تخوّل الدائن حقا في استعمال الشيء أو استغلاله، و إنما تخوله فقط استيفاء حقه من المقابل النقدي للعقار المرهون بالأفضلية على غيره من الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة، كما تمكّن هذه السلطة الدائن من تتبع العقار المرهون في حالة انتقاله من يد المدين الراهن إلى الغير و التنفيذ عليه في أيّ يد كان⁽¹⁾، و من ثمّ فإننا نقصد بالحق العيني ذلك الحق الذي يخوّل الدائن المرتهن حق التقدّم و التتبع⁽²⁾.

- أنّ الرهن الرسمي حق تبعي فهو لا يقوم بذاته و إنما يستند في وجوده إلى حق شخصي سابق له في الوجود، و ذلك ضمانا و توثيقا له⁽³⁾ فلا يوجد الرهن الرسمي مستقلا، كما لا يقوم إلا بقيام الدين المضمون به و يسير مع الدين وجودا و عدما، فإذا تقرر بطلانه بطل الرهن و إذا انقضى الحق الأصلي بالوفاء أو غيره انقضى الرهن⁽⁴⁾.

⁽¹⁾Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER/Droit civil, sûretés, publicité foncière, 15 édition, Dalloz, Paris, 2007, p 129-131.

⁽²⁾ قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ: 1992/03/25، ملف رقم: 81688، منشور في كتاب: عمر بن سعيد/ الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، المرجع السابق، ص 287 و الذي جاء فيه ما يلي: " إنّ الرهن لا يعدّ طريقا من طرق التملك و لا يمكن صاحبه من تملك الشيء المرهون و غاية ما هنالك أنه يتخذ كضمان لاستيفاء دينه في حالة امتناع المدين عن ذلك و هذا ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني".

⁽³⁾ همام محمد محمود الزهران/ التأمينات العينية و الشخصية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، 1999، ص 261.

⁽⁴⁾ تنص المادة 933 من ق.م على ما يلي: " ينقضي حق الرهن الرسمي بانقضاء الدين المضمون، و يعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين انقضاء الحق و عودته". =

- أنّ الرهن الرسمي لا ينعقد أصلاً إلا على العقار و ملحقاته⁽¹⁾، غير أنه يمكن استثناء أن يكون محل الرهن الرسمي منقولاً متى أمكن إخضاعه لنظام الشهر كما هو الأمر بالنسبة للسفن و الطائرات و المحلات التجارية⁽²⁾.

- أنّ الرهن الرسمي حق اتفاقي لأنه ينشأ عن مصدر إرادي هو العقد المبرم بين الدائن المرتهن و المدين الراهن أو بين الدائن المرتهن و الكفيل العيني الذي يقوم بتقديم الرهن بدلاً من المدين.

- أنّ الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة أي أنّ كل جزء من العقار المرهون أو العقارات المرهونة يضمن الدين بأكمله و أنّ كل جزء من الدين مضمون بالعقار أو العقارات المرهونة كلها ما لم ينص القانون أو الاتفاق بغير ذلك⁽³⁾.

و عليه إذا كانت هناك عدة عقارات ضامنة للوفاء بالدين للدائن فإنّ لهذا الأخير أن ينفذ بحقه كاملاً على أيّ منها و لا يمكن أن يجبره أحد عن التنازل عن هذا الحق و أن ينفذ على أحدها بالذات، و نفس الحكم يطبق في مواجهة الغير الذي تنتقل إليه ملكية العقار المرهون⁽⁴⁾.

كما أنّ كل جزء من الدين يعتبر مضموناً بالعقار أو العقارات المرهونة كلها، فإذا أوفى المدين بجزء من الدين فإنّ هذا العقار أو العقارات المرهونة لا تتحرر بنسبة ما أوفى بل تبقى جميعها ضامنة لما بقي من الدين المضمون دون وفاء⁽⁵⁾.

= يراجع بهذا الصدد قرار م ع غ م، ملف رقم: 500718، الصادر بتاريخ: 2009/10/22، منشور ب م م ع لسنة 2009، ع 2، ص 174 و الذي جاء فيه ما يلي: " لا ينقضي الرهن الرسمي إلا بانقضاء الدين المضمون".

⁽¹⁾ تنص المادة 1/886 من ق.م على ما يلي: " لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، و تنص المادة 887 من نفس القانون على أنه: " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقاراً...".

⁽²⁾ نبيل إبراهيم سعد/ التأمينات العينية، المرجع السابق، ص 37-38.

⁽³⁾ يراجع نص المادة 892 من ق.م.ج.

⁽⁴⁾ محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، ج 7، ط 1، دار هومة، الجزائر، 2008، ص 23.

⁽⁵⁾ حسني محمود عبد الدايم/ الانتماء العقاري بين الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص 45.

أمّا خصائص الرهن الرسمي باعتباره عقدا فتتمثل في النقاط التالية:

- أنّ الرهن الرسمي عقد مسمى و يظهر ذلك من خلال تسميته من طرف المشرع و وضع أحكام تفصيلية له، بحيث عرفه في المادة 882 من القانون المدني و تناول إنشائه في المواد من 883 إلى 893، ثم أثاره بين المتعاقدين و بالنسبة إلى الغير في المواد من 894 إلى 932، و أخيرا تناول انقضاء الرهن في المواد من 933 إلى 936.

- أنّه عقد ضمان عيني، فهو عقد ضمان لأنه ينشأ بقصد إعطاء الدائن حق الرهن الرسمي الذي يضمن الوفاء بدينه، و هو ضمان عيني لأنّ الراهن سواء أكان مدينا أو كفيلا عينيا يلتزم فيه بتقديم عين معينة للوفاء بالدين.

- أنّ الرهن الرسمي عقد ملزم لجانب واحد، فهو عادة عقد يلزم الراهن فقط دون أن يلزم الدائن المرتهن إذ يلتزم الراهن سواء أكان هو المدين نفسه أو الكفيل العيني بالتزامين: التزام بإنشاء حق عيني على العقار المرهون و التزام بضمان سلامة حق الرهن.

- أنّ الرهن الرسمي عقد معاوضة لأنّ الراهن لا يتبرع للمرتهن بالرهن، بل يقدمه بمقابل سواء كان هذا المقابل هو وفاء التزام تعهد به المدين للدائن أو كان هو قيام الدائن بتقديم قرض للمدين أو منحه أجلا⁽¹⁾.

- أنّ الرهن الرسمي عقد شكلي: و الشكلية فيه هي الرسمية، و الرسمية ركن فيه لا يقوم بدونه، فإذا ما تخلفت كان العقد باطلا بطلانا مطلقا.

و من بين التصرفات التي فرض فيها المشرع شكلا معينا من أجل انعقادها عقد الرهن الرسمي الذي يعتبر هو الآخر عقدا شكليا.

(1) محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، ج 7، المرجع السابق،

بالإضافة إلى اشتراط تحرير عقد الرهن في شكل رسمي فإنّ المشرع الجزائري أوجب أن يتضمن العقد الرسمي بيانات معينة يتم بها تعيين العقار المرهون و الدين المضمون تعيينا دقيقا و إلا وقع الرهن باطلا، و هذا ما يعرف بمبدأ تخصيص الرهن.

و عليه سنتعرض بالدراسة للشكل الرسمي كركن لانعقاد الرهن (المبحث الأول) ثمّ مبدأ تخصيص الرهن (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الشكل الرسمي ركن في عقد الرهن الرسمي

نصّ المشرع الجزائري في المادة 883 الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي:
" لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون"⁽¹⁾.

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع أوجب لانعقاد الرهن أن يحرر في شكل رسمي، و عليه يعتبر الرهن الرسمي من العقود الشكلية التي لا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين الدائن المرتهن و المدين الراهن بل لا بدّ من إفراغه في عقد رسمي يحرره الموثق.

ترتبيا على ذلك يجب التعرض إلى تحرير عقد الرهن في شكل رسمي (المطلب الأول) ثمّ التطرق إلى الجزاء المترتب على تخلف الشكل الرسمي (المطلب الثاني).

(1) اعتبر بعض الفقهاء بأنّ عبارتي: "الحكم أو بمقتضى القانون" الواردتين في المادة 883 من ق.م المذكورة أعلاه تزيد يمكن الاستغناء عنه، ذلك أنّ القول بإنشاء عقد الرهن بموجب حكم نظمته أحكام المادة 937 و ما يليها من ق.م الخاصة بحق التخصيص، كما أن إنشاء الرهن الرسمي بنص قانوني مؤداه أن الرهن يتخذ طبيعة حقوق الامتياز الواردة على عقار طبقا لنص المادة 999 و ما يليها من ق.م.

- يراجع علي علي سليمان/ ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص 69.

المطلب الأول: تحرير عقد الرهن في شكل رسمي

رأينا أنّ المشرع اعتبر الرسمية ركناً في عقد الرهن بحيث لا يقوم بدونها. ولقد أثار اشتراط الرسمية بعض التساؤلات من حيث المقصود بها (الفرع الأول) و من حيث نطاق تطبيقها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المقصود بالرسمية

يقصد بالرسمية أن يحرر الرهن من طرف موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة يقوم بتلقي إيجاب المدين الراهن و قبول الدائن المرتهن على إنشاء حق عيني تبعي على عقار مملوك للراهن ضماناً للوفاء بدين يترتب في ذمة الراهن نفسه أو في ذمة غيره، و ذلك طبقاً للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه⁽¹⁾.

و إذا كان المشرع قد اشترط لانعقاد الرهن أن يفرغ في شكل رسمي فإنه يتبادر إلى الذهن تساؤل مؤداه: هل يشترط إفراغ إرادتي المتعاقدين في شكل رسمي؟ أم يكفي أن يفرغ رضا الراهن وحده في ورقة رسمية؟

بصدد الإجابة على هذا التساؤل رأى بعض الفقه أنّ الرسمية تشترط من جانب المدين الراهن فقط ذلك أنه هو الذي قصد المشرع من اشتراط الشكلية حمايته، أمّا الدائن المرتهن فيمكنه التعبير عن قبوله في أي شكل⁽²⁾.

غير أنه يؤخذ على هذا الرأي أنّ المشرع حين أوجب لانعقاد الرهن أن يكون في شكل رسمي فإنّ الانعقاد لا يكون إلا بإيجاب و قبول، و من ثمّ لا يكفي أن يفرغ رضا المدين الراهن في الشكل الرسمي بل يجب أن يتمّ رضا الدائن المرتهن و المدين الراهن معاً في ورقة رسمية.

(1) لتفاصيل أكثر يراجع ما سبق إيرادها في ص 89 و ما يليها من هذه الرسالة.

(2) سليمان مرقس/ الحقوق العينية التبعية، ج 2، ط 3، المنشورات الحقوقية، بيروت- لبنان، 1995، الفقرة 63.

كما أنه لا يكفي الاحتجاج بأن الرسمية أوجبها المشرع لمصلحة المدين دون الدائن للقول بأنها تقتصر على رضا المدين دون رضا الدائن ذلك أن الرسمية مقررة لمصلحتهما معاً، فضلاً عن أنها واجبة لانعقاد عقد الرهن، كما وأنه لا يستساغ أن يكون نصف العقد رسمياً و نصفه الآخر رضائياً⁽¹⁾.

و تجدر الملاحظة إلى أن الرسمية التي أوجبها المشرع تشترط في عقد الرهن أما الدين المضمون بالرهن فيخضع للقواعد العامة في إنشائه و إثباته⁽²⁾، و من ثم لا يشترط إفراغه في شكل رسمي.

و الحكمة من اشتراط الرسمية في عقد الرهن رغم أن الأصل في القوانين الحديثة هو رضائية العقود يرجع إلى أن الرسمية تهدف بداية إلى حماية الراهن من تسرعه و عدم تبصره، سيما و أن من خصائص الرهن الرسمي أن الراهن لا يفقد ملكية و لا حيازة العقار المرهون الأمر الذي يجعله يظن أن المسألة بسيطة و أنه لم يفقد شيئاً، و عليه كان من الواجب اشتراط الرسمية بما تقتضيه من وقت و إجراءات تبصره بخطورة التصرف المقدم عليه، و إذا ما أقدم على إبرام العقد بالرغم من كل هذا فيكون قد استدرك الأمر و تكون الرسمية بذلك قد أدركت هدفها⁽³⁾.

كما أن الرسمية تحقق فائدة للدائن المرتهن لا يمكن إنكارها ذلك أن عقد الرهن الرسمي يعتبر سندا تنفيذياً يغنيه عن إجراءات التقاضي إذا حلّ أجل الدين و امتنع المدين عن الوفاء بدينه، كما توفر له الائتمان و الاستقرار لأن تحرير العقد من طرف الموثق يمكنه من التأكد من مدى ملكية الراهن للعقار المرهون و أهليته للتصرف فيه⁽⁴⁾.

(1) شوقي بناسي/ أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية – الفرنسي و المصري-، دار هومة، الجزائر، 2009، ص91.

(2) يراجع نص المادة 333 و ما يليها من ق.م.ج.

(3) نبيل إبراهيم سعد/ التأمينات العينية، المرجع السابق، ص82.

(4) يراجع نص المادة 2/884 من ق.م.

و هي تحقق أيضا مصلحة للرهن ذاته، ذلك أنّ الرسمية تضمن أن تراعى في إبرام العقد الشروط اللازمة لصحته من أهلية و ملكية الراهن و تخصيص الرهن، و ضرورة كتابة العقد كتابة صحيحة، و الشكل الرسمي يسمح بالتأكد من توافر كل هذه الأمور و من ثمّ تجنب حالات كثيرة من البطلان.

الفرع الثاني: نطاق تطبيق الرسمية

إذا كانت الرسمية ضرورية لانعقاد الرهن الرسمي، فهذه الرسمية يجب توافرها في كل التصرفات المتعلقة به سواء في الوعد بالرهن الرسمي أو في الوكالة بإبرامه.

أولاً: الوعد بإبرام الرهن الرسمي

يترتب على اشتراط الرسمية في عقد الرهن وجوب توافر نفس الشكل أي الرسمية في عقد الوعد بالرهن و ذلك وفقا لمقتضيات المادة 71 الفقرة الثانية من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

و ليكون الوعد بالرهن صحيحا يجب أن يتمّ في ورقة رسمية و أن تتضمن هذه الورقة البيانات الكافية المتعلقة بالعقار المرهون و الدين المضمون بالرهن، و المدة التي يجب أن يبدي خلالها الموعود له رغبته في إبرام الرهن الرسمي، فإذا ما نكل الواعد بالاتفاق جاز للموعود له أي الدائن الحصول على حكم يقوم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد⁽¹⁾.

غير أنه إذا لم يتوافر في الوعد بالرهن الشكل الرسمي أو لم يتضمن البيانات الخاصة بالعقار المرهون و الدين المضمون فإنّ هذا الوعد لا يمكن أن يؤدي إلى إلزام الواعد بإبرام الرهن و لا يمكن للدائن المرتهن اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مقام عقد الرهن لأنه لو سمح له بذلك لأدّى إلى الإفلات من الرسمية المتطلبة في عقد الرهن ذاته⁽²⁾.

(1) يراجع نص المادة 72 من نفس القانون المذكور.

(2) نبيل إبراهيم سعد/ التأمينات العينية، المرجع السابق، ص86.

ثانياً: الوكالة في الرهن الرسمي

إذا تمّ الرهن الرسمي بطريق الوكالة فإنه يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في عقد الرهن الرسمي وفقاً لمقتضيات المادة 572 من القانون المدني التي جاء نصها كالتالي: " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

و عليه يجب أن تحرر الوكالة في الشكل الرسمي المقرر قانوناً للرهن الرسمي و ذلك حتى لا تضيع الحكمة من فرض الشكل سواء كان الموكل هو المدين الراهن أو الدائن المرتهن لأنّ الشكلية مقررة لمصلحتهما معا كما رأينا سابقاً⁽¹⁾ ذلك أنّ عقد الرهن لا ينعقد إلا بتوافق إرادتهما معا و ليس بإرادة الراهن المنفردة، خلافاً لمن يرى أنّ الرسمية مقررة لمصلحة المدين الراهن فقط دون الدائن المرتهن.

و بما أنّ الرهن الرسمي يعدّ من أعمال التصرف لا من أعمال الإرادة فإنه لا تكفي الوكالة العامة فيه، بل يجب أن تكون الوكالة فيه خاصة، و من ثمّ فإنّ الوكالة التي ترد بعبارات عامة لا تخول الوكيل سلطة إبرام عقد الرهن الرسمي و هذا طبقاً لنص المادة 574 من القانون المدني التي ورد فيها ما يلي: " لا بدّ من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع و الرهن...".

الوكالة الخاصة هي نوع معين من أنواع الأعمال القانونية تصح و لو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص، إلا إذا كان العمل من التبرعات...".

إذن متى أبرم الرهن بواسطة وكيل عن الراهن فإنه يتعين أن تكون الوكالة خاصة و رسمية، إلا أنه لا يجب أن يعيّن في عقد الوكالة العقار الذي يحصل التوكيل في رهنه أو الدين الذي يراد ضمانه تعييناً دقيقاً لأنّ هذا التعيين سوف يتم في عقد الرهن نفسه.

⁽¹⁾ يراجع ما سبق ذكره في ص 287 من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي

طالما أنّ المشرع أوجب لانعقاد الرهن إفراغه في شكل رسمي فإنّ تخلف الشكل الرسمي يؤدي إلى بطلان الرهن بطلانا مطلقا و عدم ترتيبه أيّ أثر قانوني لأنّ الشكل الرسمي ركن جوهري لتكوين عقد الرهن.

و يخضع عقد الرهن الباطل لتخلف الشكل الرسمي للقواعد العامة المقررة للبطلان المطلق، فيستطيع أن يتمسك ببطلانه كل من له مصلحة في ذلك⁽¹⁾، و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، كما أنّ البطلان المطلق لا يتقادم و لا تلحقه الإجازة⁽²⁾.

ترتبا على ذلك فإنّ عقد الرهن الذي يحرر في ورقة عرفية يكون باطلا بطلانا مطلقا، فهو رهن غير موجود و لا يمكن إجراء قيد بناء عليه، و لا ينشأ بمقتضاه حق رهن للدائن المرتهن أو التزام في ذمة الراهن باعتباره عقد رهن، و لا يتحول إلى وعد بتقديم رهن رسمي لأنّ الوعد بالرهن- كما رأينا- يجب أن يفرغ هو الآخر في شكل رسمي شأنه في ذلك شأن عقد الرهن الرسمي⁽³⁾.

و مع ذلك يمكن أن يرتب عقد الرهن الذي لم تتوافر فيه الرسمية بعض الآثار طبقا لنظرية انتقاص العقد⁽⁴⁾، فإذا كان هذا العقد العرفي يتضمن الاتفاق على إعطاء دين و إنشاء رهن ضمانا لهذا الدين فإنّ الشق الذي يوجب على المدين أن ينشئ رهنا رسميا لفائدة الدائن يبطل لعدم توافر الشكل الرسمي، أما الشق الآخر و الخاص بالدين فيبقى صحيحا طالما لا يشترط في

(1) و يعتبر كل ذي مصلحة: المتعاقدان و خلفهما العام و خلفهما الخاص و الدائن سواء كان ممتازا أو دائنا عاديا.

(2) أحيل بهذا الصدد إلى أحكام العقد الباطل لتخلف الشكل، ص 178 و ما يليها من هذه الرسالة.

(3) يراجع صفحة 288 و ما بعدها من هذه الرسالة.

(4) تنص المادة 104 من ق.م.ج على ما يلي: " إذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أنّ العقد ما كان ليتمّ بغير الشق الذي وقع باطلا، أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله".

إبرامه توافر الشكل الرسمي إلا إذا تبين أنّ الدين ما كان لينشأ بغير الرهن الضامن له، فعندئذ يبطل العقد كله⁽¹⁾.

كما أنّ عدم توافر الرسمية في عقد الرهن لا يمنع من أن يخلق اتفاقاً منشئاً للالتزامات شخصية تتيح للدائن المرتهن أن يطلب التعويض من المدين الراهن نتيجة الإخلال بالتزامه بإبرام الرهن الرسمي أو إسقاط أجل الدين⁽²⁾.

تجدر الإشارة إلى أنّ أغلب القرارات المنشورة الصادرة عن المحكمة العليا سواء القديمة منها⁽³⁾ أو الحديثة⁽⁴⁾ تتعلق بدور الرهن الرسمي باعتباره ضماناً لاستيفاء الدين وليس طريقاً لتملك الشيء المرهون.

و بالرجوع إلى القضاء الفرنسي، يلاحظ أنه اعتبر الرهن الرسمي عقداً شكلياً لا يكفي لانعقاده وجود التراضي بين الدائن المرتهن و المدين الراهن بل لا بدّ من إفراغه في عقد رسمي يحرره الموثق، و إذا تخلف الشكل الرسمي كان الرهن باطلاً بطلاناً مطلقاً.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية و العينية، ج 10، المرجع السابق، رقم 126، ص 283.

(2) تنص المادة 211 من ق.م.ع على ما يلي: " يسقط حق المدين في الأجل:

- إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات".

(3) يراجع قرار م أ غ م، ملف رقم: 40184، الصادر بتاريخ: 1987/07/01، منشور بـ م ق لسنة 1990، ع 4، ص 16.

- و يراجع أيضاً قرار م أ غ م، ملف رقم: 45810، الصادر بتاريخ: 1988/04/10، منشور بـ م ق لسنة 1992، ع 1، ص 59.

(4) قرار م ع غ م، ملف رقم: 347927، الصادر بتاريخ: 2007/03/21، منشور بـ م ع لسنة 2008، ع 1، ص 75.

- و نفس المعنى كرسه قرار م ع غ م، ملف رقم: 388803، الصادر بتاريخ: 2007/11/21، منشور بـ م ع لسنة 2008، ع 2، ص 151.

و من قبيل ذلك ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرار صادر عنها بتاريخ 10 أكتوبر 1979⁽¹⁾ حيث قضت فيه بأنّ العقد العرفي الذي أنشأ الرهن و الدين المضمون بالرهن يعتبر باطلا بطلانا مطلقا بالنسبة للرهن و صحيحا بالنسبة للدين المضمون بالرهن.

و في اعتبارنا فإنّ الموقف الذي تبناه القضاء الفرنسي هو الذي يجب اعتماده أيضا في ظلّ القضاء الجزائري، خاصة و أنّ المشرع الجزائري قد اعتمد في المادة 883 من القانون المدني نفس صياغة المادة 2416 مدني فرنسي⁽²⁾، و من ثمّ فإنه لو حصل و أن أثّرت مسألة تخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن أمام المحكمة العليا لما ترددت في اعتباره تصرفا باطلا بطلانا مطلقا، و طبقت بشأنه القواعد العامة المقررة في البطلان المطلق.

المبحث الثاني:

مبدأ تخصيص الرهن

لا يكفي لانعقاد الرهن أن يتمّ التراضي في محرر رسمي بل يجب أن يشتمل هذا المحرر على بيانات دقيقة متعلقة بالعقار المرهون و الدين المضمون و هذا ما يسمى بمبدأ التخصيص (المطلب الأول) الذي يترتب على مخالفته بطلان عقد الرهن (المطلب الثاني).

⁽¹⁾ V.cass.civ, 10/10/1979, cité par : Alain FOURNIER, Hypothèque conventionnelle, répertoire de droit civil , t 6, E.D ,1999, n°18, p 3.

⁽²⁾ L'article 2416 du code civil Français (Anc.art 2127 dénuméroté et remplacé , Ord . n° 2006-346 , 23/03/2006) dispose que : " L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié " .

المطلب الأول: تعريف مبدأ تخصيص الرهن

لم يكن شرط تخصيص الرهن معروفا في القانون الروماني و القانون المدني الفرنسي القديم إذ كان بالإمكان رهن أموال المدين الحاضرة و المستقبلية على السواء و لم يكن يستثن من عقارات الراهن إلا ما تستثنيه الإرادة الضمنية للمتعاقدين لو لم ينزل عنه الدائن المرتهن، و لقد عرف في القانون الفرنسي الحديث و انتقل إلى كثير من التشريعات من بينها التشريع الجزائري.

إنّ مبدأ التخصيص يحقق مزايا كثيرة سواء بالنسبة للمدين أو الدائن أو الائتمان العقاري.

فهو يفيد المدين الراهن في الاقتصار على رهن العقار أو العقارات التي تتناسب قيمتها مع الدين، و من ثمّ تبقى باقي ممتلكاته غير مثقلة بالرهن فيستطيع رهن بعضها لضمان دين آخر إذا ما احتاج إلى ذلك، كما تبقى له حرية التصرف و الحصول على الائتمان فيما تبقى له من عقارات، بل و يستطيع التصرف فيها دون أن تكون مثقلة بحقوق الغير⁽¹⁾.

و يحقق مبدأ التخصيص فائدة أيضا للدائن المرتهن إذ يمكنه أن يعرف ما يثقل عقارات المدين من رهون و يقدر بالتالي درجة يساره فلا يقوم على منحه الائتمان إلا إذا تيقن أنّ قيمة العقار الذي سوف يترتب عليه الرهن تكفي لسداد ديونه بل و تزيد.

كما يحقق مبدأ تخصيص الرهن فائدة للائتمان العقاري بصفة عامة إذ يسمح بتداول الأموال و بالتالي سهولة الحصول على الائتمان⁽²⁾ لأنّ الرهن العام يجمد الثروات نتيجة شموله جميع العقارات.

(1) حسني محمود عبد الدايم/ الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية و القانون المدني، المرجع السابق، ص86.

(2) نبيل إبراهيم سعد/ التأمينات العينية، المرجع السابق، ص89.

لهذا نجد المشرع اتبع مبدأ تخصيص الرهن و جعله شرطا أساسيا لانعقاده، و مبدأ التخصيص هذا مبدأ مزدوج إذ يتعلق من جهة بتخصيص العقار المرهون و تعيينه تعيينا دقيقا، و من جهة أخرى ينطبق على الدين المضمون بحيث يجب تحديد مقداره و مصدره، و يتم هذا التخصيص عادة في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، فلا يعتبر العقد صحيحا إلا من وقت التخصيص.

فنصت المادة 886 من القانون المدني على ما يلي: " لا يجوز أن ينقذ الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك. و يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه و يبيعه بالمزاد العلني، و أن يكون معيناً بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته و موقعه، و أن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، و إلا كان الرهن باطلا".

مؤدى هذه المادة أنّ الرهن الرسمي لا يقع إلا عقار أو عقارات معينة من حيث النوع و الموقع من جهة، و أن يرتب لضمان دين محدد المقدار و السبب من جهة أخرى، و عليه فإنّ لمبدأ التخصيص وجهين:

الفرع الأول: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون

إنّ الرهن الرسمي لا يرد إلا على عقار مما يصح التعامل فيه و يبيعه بالمزاد العلني، و يجب أن يكون هذا العقار معيناً بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته و موقعه، و أن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، فيكون العقار المرهون معيناً بالذات ليس على كل أموال المدين الحاضرة و المستقبلية، كما يتعين أن تحدد طبيعة العقار المرهون إن كان حق ملكية أو حق رقبة أو حق انتفاع من جهة، و هل هو أرض زراعية أم مخصصة للبناء أم منزل أم...؟

و بعد تعيين طبيعة العقار لا بدّ من تحديد الجهة التي يقع فيها و حدوده و العقارات التي تحيط به، عن طريق ذكر اسم الجهة أو الحي أو اسم الشارع و رقمه.

و يجب أن يتمّ تعيين العقار المرهون أصلا في عقد الرهن الرسمي ذاته، غير أنه لا يمنع أن يتم هذا التعيين في عقد لاحق لعقد الرهن إذا لم يتم هذا التعيين في عقد الرهن أو لأنه تمّ ولكن ليس بصورة دقيقة، فينتج عن ذلك عقدان يضم الأول عقد الرهن و الثاني تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا، علما أنّ الرهن لا ينعقد في هذه الحالة إلا من تاريخ تحرير العقد الملحق⁽¹⁾.

هذا و يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا بحكم القانون ما لم يتفق على غير ذلك و التي يجب أن تعيّن تعيينا دقيقا، و من أمثلتها حقوق الارتفاق و العقارات بالتخصيص و كافة التحسينات و الإنشاءات التي تعود بالمنفعة على المالك وفقا لمقتضيات المادة 887 من القانون المدني.

الفرع الثاني: تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون

يعتبر تخصيص الدين المضمون الشق الثاني لمبدأ تخصيص الرهن فلا يكفي تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون بل يجب تخصيصه أيضا من حيث الدين المضمون ذلك أنّ الرهن لا ينشأ إلا ضمانا لدين، و من ثمّ كان الدين المضمون هو الأصل و العقار المرهون هو الفرع التابع الأمر الذي يقتضي تحديد الأصل كما تمّ تحديد الفرع التابع⁽²⁾.

و إنّ الرهن يصح أن ينشأ ضمانا لجميع الالتزامات المدنية أيّا كان مصدرها سواء كانت تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية أي يمكن أن يكون مصدر الالتزام المضمون عقدا أو إرادة منفردة أو فعلا ضارا أو فعلا نافعا أو نصا في القانون⁽³⁾، كما يصح أن ينشأ الرهن ضمانا لجميع الالتزامات أيّا كان محلها سواء أكان مبلغا من النقود أو التزاما بعمل أو التزاما بالامتناع عن عمل⁽⁴⁾.

(1) شوقي بناسي/ أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص177.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية و العينية، ج 10، المرجع السابق، رقم 162، ص368.

(3) محمد حسين منصور/ النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2001، ص201.

(4) زاهية سي يوسف/ عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص68.

و يمكن أن يكون الرهن مقررا لضمان دين معلق على شرط أو دين مستقبلي أو دين احتمالي، أو اعتماد مفتوح أو لفسح حساب جار شريطة تحديد مبلغ الدين المضمون تحديدا دقيقا أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين⁽¹⁾.

و يتمّ تحديد الدين المضمون متى كان مبلغا من النقود ببيان رأس المال و موعد استحقاقه و الفوائد إن وجدت و تاريخ بدأ سريانها.

أما إذا كان الأمر يتعلق بالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل فإنه يجب تحديد التعويض المحكوم به عن الإخلال بالالتزام بمبلغ من النقود في عقد الرهن⁽²⁾.

المطلب الثاني: جزاء عدم تخصيص الرهن

نصّ المشرع الجزائري في المادة 886 الفقرة الثانية من القانون المدني على ما يلي: " يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه و يبيعه بالمزاد العلني، و أن يكون معنا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته و موقعه، و أن يرد هذا التعيين إما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق، و إلا كان الرهن باطلا".

مفاد هذا النصّ أنّ الجزاء المترتب على عدم تعيين العقار في عقد الرهن تعيينا دقيقا يترتب عنه البطلان المطلق لهذا العقد، و بناء على هذا إذا كان الرهن عاما بحيث أنّ المدين رهن كل أمواله دون تخصيص كان هذا الرهن باطلا بطلانا مطلقا، كما أنه إذا لم يتمّ تعيين العقار المرهون تعيينا دقيقا من حيث طبيعته و موقعه فإنّ مآل عقد الرهن هو البطلان المطلق لأنّ تعيين العقار بالذات تعيينا دقيقا يعدّ أصلا من أصول الرهن، و هذا الأخير يعدّ شرطا لانعقاد الرهن الرسمي، و إنّ الجزاء المترتب على تخلف شروط الانعقاد هو البطلان المطلق.

(1) يراجع نص المادة 891 من ق.م .

(2) شوقي بناسي/ أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص187.

و عليه فإنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، فيستطيع التمسك به كل من المدين الراهن و الدائن المرتهن و خلفهما العام و الخاص و الدائنون المتأخرون في المرتبة و كذلك حائز العقار⁽¹⁾.

و خلافا لما يرى بعض الفقهاء فإنّ الرهن الذي يقع باطلا بطلانا مطلقا لعدم تعيين العقار بالذات تعيينا دقيقا لا يتضمن وعدا صحيحا بعقد رهن رسمي آخر⁽²⁾، ذلك أنّ الوعد بالرهن يجب أن يتضمن كافة الشروط اللازمة لوجود العقد الموعود به و هو ما لا يتوفر في العقد الباطل هنا لتخلف شرط تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون⁽³⁾.

غير أنّ عقد الرهن الرسمي الباطل لعدم تخصيص الرهن تنتج عنه نفس الآثار السابق ذكرها عند تخلف الرسمية في عقد الرهن و هي أنه يصلح سندا للمطالبة بالتعويض و بسقوط أجل الدين⁽⁴⁾.

بعد أن يحرر الموثق عقد الرهن في شكل رسمي مستوفيا للبيانات الدقيقة المتعلقة بالعقار المرهون و الدين المضمون يجب عليه أن يقيده لدى المحافظة العقارية حتى يحتج به في مواجهة الغير وفقا لمقتضيات المادة 904 الفقرة الأولى من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيّد الرهن أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، و ذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس".

و عليه إذا كان عقد الرهن الرسمي ينتج آثاره بين طرفيه بمجرد انعقاده صحيحا فيمنح الدائن المرتهن حقا عينيا تبعا يخوله حق التنفيذ على العقار و هو في حيازة المدين مستعملا في ذلك حقه

(1) رمضان أبو السعود/ التأمينات العينية و الشخصية، المرجع السابق، ص311.

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية و العينية، ج 10، المرجع السابق، رقم 158، ص355.

(3) لأنّ المادة 1/71 من ق.م تشترط لصحة الوعد بالتعاقد أن تعين فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه.

(4) يراجع ما سبق ذكره في ص290-291 من هذه الرسالة.

في التقدم بمرتبته لاستيفاء دينه، و حق تتبع العقار إذا آل إلى الغير⁽¹⁾ فإنّ الدائن لا يكتسب هذين الحقين إلا إذا قام بقيد الرهن الرسمي في المحافظة العقارية المختصة⁽²⁾ لإعلام الكافة بحالة العقار و ما يتقله من قيود و تكاليف.

القيد هو الإجراء الذي رسمه المشرع لشهر الرهن الرسمي و الحقوق العينية التبعية الأخرى للاحتجاج بها تجاه الغير، و هو يعني نقل بعض بيانات مستخرجة من المحرر الذي يتضمن عقد الرهن و تدوينها في سجل خاص⁽³⁾، و هو يختلف عن التسجيل الذي جعله المشرع إجراء لشهر الحقوق العينية الأصلية و الذي يتمثل في نقل صورة كاملة عن المحرر في سجل معدّ لذلك⁽⁴⁾.

و لقد أحال القانون المدني بشأن القواعد المنظمة للقيد إلى قانون تنظيم الشهر العقاري و هذا طبقاً لمقتضيات المادة 905 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " تسري على إجراء القيد و تجديده و شطبه و إلغاء الشطب الآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة في قانون تنظيم الإشهار العقاري"⁽⁵⁾.

و من ثمّ تطبق على الرهن الرسمي الأجل المحددة لإيداع العقود وفقاً لمقتضيات المادة 99 من المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، أي من يوم تاريخ انعقاد الرهن الرسمي، فضلاً عن أنه من مصلحة الدائن المرتهن الإسراع في الحث على القيام بهذا الإجراء قبل أن يتقدم عليه غيره.

⁽¹⁾ يشمل الغير كل شخص صاحب حق عيني تبعي على العقار المرهون سواء كان دائناً مرتتهناً رهناً رسمياً أو حيازياً أو صاحب حق تخصيص أو حق امتياز عقاري، و كل شخص صاحب حق عيني أصلي على العقار المرهون كالمالك و صاحب حق الانتفاع و صاحب حق الرقبة، و يشمل كذلك كل دائن عادي للراهن لأنه يضار من وجود الرهن الرسمي.

⁽²⁾ يتم قيد الرهن الرسمي في المحافظة العقارية الكائنة في البلدية الموجودة فيها العقار.

⁽³⁾ يراجع نص المادة 93 من المرسوم رقم: 63/76 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

⁽⁴⁾ زاهية سي يوسف/ عقد الرهن الرسمي، المرجع السابق، ص106.

⁽⁵⁾ لتفاصيل أكثر حول قيد الرهن الرسمي يراجع شوقي بناسي/ أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص259 و ما بعدها.

و الأصل أن يتحمل الراهن سواء كان هو المدين نفسه أو غيره جميع مصاريف القيد و تجديده و شطبه⁽¹⁾، و هذا يتمشى و القواعد العامة التي تقضي بأنّ المدين هو من يتحمل مصاريف الدين، غير أنه يجوز استثناء الاتفاق على أن تكون المصاريف على الدائن المرتهن أو على المدين إذا لم يكن هو الراهن أو أن تكون مناصفة بين الدائن المرتهن و الراهن.

⁽¹⁾ تنص المادة 906 من ق.ج.ع على ما يلي: " تكون مصاريف القيد و تجديده و شطبه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك".

الباب الثاني:

الشكلية في التصرفات التبرعية الواردة على عقار

التصرفات التبرعية هي تلك التي يعطي فيها أحد الطرفين شيئاً دون أن يأخذ أيّ شيء، و تنقسم هذه التصرفات التبرعية من حيث تكوينها إلى تصرفات صادرة من جانبين كعقد الهبة الذي ينعقد بتطابق إرادتي الواهب و الموهوب له، وتصرفات صادرة من جانب واحد و هي التصرفات التي يجريها شخص واحد كالوصية التي تنعقد بإرادة الموصي وحده و الوقف الذي يتمّ بإرادة الواقف. فما هو موقع الشكلية في التصرفات التبرعية الصادرة من جانبين الواردة على عقار (الفصل الأول)، و ما هو موقعها في التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد الواردة على عقار (الفصل الثاني)؟

الفصل الأول:

الشكلية في التصرفات التبرعية الصادرة من جانبين الواردة على عقار: عقد الهبة

الهبة تصرف قانوني صادر من جانبين على سبيل التبرع، نظمها المشرع الجزائري و بيّن أحكامها في قانون الأسرة لحرصه على أن تستمدّ أحكامها من الشريعة الإسلامية.

و الهبة التي يكون محلها عقارا تعتبر تصرفا خطيرا لأنها تؤثر على الذمة المالية للواهب و تجرده من ماله دون مقابل، لذا فهو في أشد الحاجة إلى التأمل و التدبر قبل إبرامه الهبة و تساعد الشكلية على ذلك، إذ الورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة و ما تستدعيه من علانية و ما تستلزمه من جهد و وقت نافعة لحماية الواهب و أسرته و لحماية الموهوب له نفسه.

إنّ تحديد الشكل الواجب توافره في عقد الهبة الواردة على عقار يتطلب بداية الإلمام بمفهوم عقد الهبة (المبحث الأول) ثمّ التطرق إلى موقف المشرع و القضاء الجزائريين من الشكل الواجب توافره في الهبة التي موضوعها عقار (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

مفهوم عقد الهبة

يفتضي التعرض لمفهوم عقد الهبة تعريف الهبة (المطلب الأول) ثمّ تمييزها عن بعض التصرفات القانونية المشابهة لها (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف عقد الهبة

عرّف المشرع الجزائري عقد الهبة فنصّ في المادة 202 من قانون الأسرة على ما يلي:
" الهبة تملك بلا عوض.
و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمامها على انجاز الشرط".

و نصّ في المادة 206 من نفس القانون على أنه: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول....".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ الهبة من جهة عقد يتحقق وجوده بإيجاب وقبول متطابقين⁽¹⁾ و بمقتضاه تنتقل ملكية الشيء الموهوب من الواهب إلى الموهوب له بلا عوض و على سبيل التبرع، و من جهة أخرى فإنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بأيّ التزام يتوقف انعقاد الهبة على انجازه⁽²⁾.

(1) فهي لا تنعقد بإرادة الواهب المنفردة لأنها تستلزم قبول الموهوب له.

- و قد أكد القضاء الجزائري على ذلك بحيث قضت المحكمة العليا في القرار رقم: 40651 الصادر عنها بتاريخ 1986/02/24، غير منشور، مشار إليه في: حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005، ص195، و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا و شرعا أن الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول....".

(2) يراجع قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 197336، الصادر بتاريخ: 1998/06/16، منشور ب الاج ق ل غ أ ش، ع خاص لسنة 2001، ص284 و الذي ورد فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تمام الهبة على انجاز الشرط.

و متى تبين في قضية الحال أنّ عقد الهبة لا يتضمن أيّ شرط للعناية بالواهبية أو أي التزام نحوها من طرف الطاعن فان القضاة بقضائهم بإلغاء عقد الهبة عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني".

و السبب في جعل الهبة عقداً و استلزام قبول الموهوب له أنّ الهبة و إن كانت تبرعاً إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل و تفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب، و قد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمد لها⁽¹⁾.

و بما أنّ الهبة عقد فهي عقد ما بين الأحياء، و من ثم يخرج من نطاقها الهبة لما بعد الموت⁽²⁾ فلا يجوز للواهب أن يعقد هبة بائنة و يرجئ في الوقت ذاته نقل ملكية الشيء الموهوب لما بعد موته، ففي هذه الحالة يعتبر التصرف وصية.

هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري، بحيث قضت المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 17 مارس 1998⁽³⁾ بما يلي: " من المقرر أنّ الهبة لما بعد الموت تكون باطلة لأنها لا تنفذ إلا بموت الواهب و تأخذ حكم الوصية"، و قضت أيضاً في قرار لاحق بتاريخ 19 أكتوبر 2005⁽⁴⁾ بأن: " التصرف على أساس الهبة المنفذة بعد وفاة المورث في تركته يأخذ حكم الوصية".

و لقد اشترط المشرع الجزائري أن تكون الهبة بدون عوض، فتعدّ بالتالي افتقاراً من جانب الواهب و إثراء من جانب الموهوب له بحيث يترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار و لكنه ليس إثراء بلا سبب إذ لا يستطيع الواهب أن يسترد الهبة إلا في الأحوال التي يجوز فيها الرجوع⁽⁵⁾.

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة، ج 5، المرجع السابق، بند 16، ص 29.

(2) عرف القانون الروماني الهبة لما بعد الموت بأنها هبة يتجرد بها الواهب عن مال له دون مقابل لمصلحة الموهوب له عندما يخشى قرب منيته.

- يراجع: عبد الرزاق السنهوري/ نفس المرجع السابق، ص 6 هـ 2.

(3) قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 186058، الصادر بتاريخ: 1998/03/17، منشور بـ م ق لسنة 1991، ع 1، ص 119.

(4) قرار م ع غ م، ملف رقم: 307934، الصادر بتاريخ: 2005/10/19، منشور بـ م ق لسنة 2005، ع 2، ص 195.

(5) يراجع نصّ المادتين 211 و 212 من قانون الأسرة.

هذا و إن أوجب المشرع أن تكون الهبة بلا عوض فإنّ هذا لا يمنع من قيام الهبات المتبادلة، فقد يهب شخص آخر شيئاً ثم يهب الموهوب له شيئاً للواهب فتكون الهبتان متبادلتين و تكون كلّ منهما دون عوض لأنّ كلا من الهبتين ليست عوضاً عن الهبة الأخرى، بل كلّ واهب قد وهب بنيّة التبرع غير ناظر للهبة الأخرى كعوض عن هبته، و ينطبق ذلك أيضاً على الهبات المتبادلة في مناسبات معينة⁽¹⁾.

و بما أنّ الهبة تصرف في المال بدون عوض فإنها تقوم حال التزام الواهب بأن ينقل إلى الموهوب له ملكية عقار أو منقول أو أيّ حق عيني آخر كحق استعمال أو حق انتفاع أو حق سكنى أو حق ارتفاق أو إبرائه من الدين⁽²⁾.

لا يكفي لانعقاد الهبة أن يتصرف الواهب في ماله دون عوض بل لا بدّ من وجود نيّة التبرع لديه وقت إبرام هذا العقد، فإذا انتفت هذه النيّة انتفت الهبة معها و مثال ذلك أن يقوم الأب بتجهيز ابنته العروس تحضيراً لزفافها أو أن تمنح الشركة لمستخدميها مكافآت سنوية على الجهد الذي بذلوه طيلة السنة⁽³⁾.

و الملاحظ أنّ نيّة التبرع تخضع لتقدير قضاة الموضوع و العبرة فيها تكون بما يقوم بنفس المتبرع وقت التبرع.

(1) كمال حمدي/ الموارد و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1998، ص156.

(2) تنص المادة 205 من ق.أ على ما يلي: " يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزء منها عينا أو منفعة أو ديناً لدى الغير".

(3) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة، ج 5، المرجع السابق، رقم5، ص15-16-17.

المطلب الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابهة له

إنّ الهبة تشبه بعض التصرفات القانونية في أوجه عديدة ممّا يستلزم إبراز أوجه الشبه و أوجه الاختلاف بين هذه التصرفات و عقد الهبة.

الفرع الأول: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد

الوصية و الوقف تصرفان قانونيان صادران من جانب واحد يتفقان مع الهبة في صفة التبرع و لكنهما يختلفان عنها في أمور نوردتها على النحو التالي:

أولا : تمييز عقد الهبة عن الوصية

الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁽¹⁾، و هي بهذا المعنى تتفق مع عقد الهبة في صفة التبرع غير أنهما يختلفان في عدة وجوه أهمها:

- أنّ الهبة عقد يتم بتوافق إرادتي الواهب و الموهوب له و تطابقهما، أما الوصية فتصرف بالإرادة المنفردة للموصي و ليست عقداً.

- أنّ الوصية باعتبارها تنعقد بإرادة الموصي وحده يجوز الرجوع فيها، أما الهبة فعقد تبرع لازم لا يجوز الرجوع فيها إلا استثناء⁽²⁾.

- أنّ الهبة تنتج آثارها في الحال و لا يترأخى أثرها لحين موت الواهب فهي عقد تملك في الحال ما دام لم يقترن بشرط أو أجل، أما الوصية فإنّ أثرها ينعدم في الفترة ما بين صدورها من الموصي و وفاته⁽³⁾.

(1) يراجع نص المادة 184 من ق.أ.

(2) يراجع نص المادتين 211 و 212 من ق.أ.

(3) زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،

1991، ص32.

- أنّ الهبة غير مقدرة بقدر معين فيجوز شرعا و قانونا أن يهب الواهب جميع أمواله ما لم تكن الهبة صادرة عنه في مرض الموت⁽¹⁾، أما الوصية فتتعدّد بالثلث من التركة دائما و لا تتعدّد إلا في حدود هذه النسبة و ما زاد عنها فإنّه يتوقف على إجازة الورثة⁽²⁾.

ثانيا: تمييز عقد الهبة عن الوقف

الوقف هو حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد و التصدق، و هو بهذا المعنى يشترك و عقد الهبة في صفة التبرع غير أنه يختلف عنه في وجوه عدّة:

- أنّ الهبة عقد لا بدّ فيه من إيجاب و قبول حتى ينعقد صحيحا، أما الوقف فتصرف من جانب واحد يكفي لانعقاده صدور إيجاب من الواقف.

- أنّ الهبة تبرع محض يلتزم فيه الواهب بإعطاء شيء للموهوب له بدون مقابل فيؤدي إلى زوال ملك الواهب عن الشيء الموهوب و تملكه للموهوب له، أما الوقف فينصب على المنفعة فقط دون تملك الشيء الموقوف الذي يبقى على ملك الواقف، كما لا يجوز للواقف بعد صدور الوقف عنه أن يتصرف في المال الموقوف بأيّ تصرف ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو التنازل⁽³⁾.

الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانبين

يلتقي عقد البيع و العارية مع عقد الهبة في وجوه و يختلف عنها في وجوه أخرى أتعرض لها فيما يلي:

(1) تنص المادة 204 من ق.أ على ما يلي: " الهبة في مرض الموت و الحالات المخيفة تعتبر وصية".

(2) يراجع نص المادتين 185 و 189 من ق.أ.

(3) في تفصيل أحكام القانون الجزائري لهذه المسألة، يراجع ما سيأتي في ص 351 و ما يليها من هذه الرسالة.

أولاً: تمييز عقد الهبة عن عقد البيع

تتفق الهبة مع البيع في أنّ كلا منهما عقد ناقل للملكية لا بدّ فيه من تطابق إيجاب بقبول لانعقادهما إلا أنّ الهبة تختلف عن البيع في وجوه أهمها:

- أنّ الهبة عقد من عقود التبرع لأنها تملك بلا عوض فهي افتقار من جانب الواهب و إثراء من جانب الموهوب له و يترتب هذا الإثراء على ذلك الافتقار بسبب عقد الهبة، أما البيع فعقد من عقود المعاوضة يحصل بموجبه البائع على الثمن مقابل نقله ملكية الشيء المبيع إلى المشتري الذي حصل على هذا الأخير مقابل الشيء الذي دفعه إلى البائع⁽¹⁾.

- إذا كانت الهبة بعوض فإنّ هذا العوض المقابل للشيء الموهوب قد يكون نقودا أو غير ذلك من تكاليف أو التزامات أخرى، و ذلك خلافا للبيع فإنّ الثمن المقابل للشيء المبيع يتعيّن أن يكون نقودا.

ثانياً: تمييز عقد الهبة عن العارية

تتماثل الهبة مع العارية في أنّ كلا منهما تصرف قانوني صادر من جانبيين لا بدّ فيه من توافق إرادتين لانعقاده صحيحا، و في أنّ المثري يثرى على حساب الغير بلا مقابل بحسب الأصل إلا في حالة الهبة بعوض، أي أنّ كلا من الهبة و العارية من عقود التبرع⁽²⁾ إلا أنّ هناك فروقا بينهما يمكن إجمالها فيما يلي:

(1) تنص المادة 351 من ق.م.ج على ما يلي: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

(2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية، ج6، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1963، رقم 824، ص1510.

- أنه ينجم عن الهبة تملك الموهوب له الشيء الموهوب أو منفعته أو غير ذلك من الحقوق المتفرعة عن الملكية، بينما تنصب العارية على الانتفاع بالشيء فقط دون تملكه، أي أنّ الهبة تمليك بلا عوض بينما العارية انتفاع بلا عوض⁽¹⁾.

- أنّ الواهب يملك المال الموهوب له بمقتضى عقد الهبة، بينما المستعير فيلتزم برّد الشيء محل العارية للمعير، ومن ثمّ تصح الهبة فيما يستهلك و فيما لا يستهلك، بينما لا تنصب العارية إلا على الأشياء غير القابلة للاستهلاك حتى يتمكن المستعير من ردها بعد الانتفاع بها⁽²⁾.

- أنّ قصد الواهب من الهبة التبرع المحض غالباً، بينما المعير فلا يقصد من العارية إفادة المستعير أصلاً و إنما يكون تصرفه هذا بغرض تحقيق مصلحة لنفسه⁽³⁾.

(1) عبد الوهاب البنداري/ شرح العقود المدنية: الهبة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، ج 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص26.

(2) عرفّ المشرع الجزائري العارية في المادة 538 من ق.م بأنها: " العارية عقد يلتزم بمقتضاه المعير أن يسلم للمستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال".

(3) جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الهدى للطباعة، 1978، القاهرة، ص33.

المبحث الثاني:

الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار

قبل التعرض لموقف المشرع الجزائري من شكل عقد الهبة الواردة على عقار تجدر الملاحظة إلى أنّ الهبة قبل صدور قانون الأسرة⁽¹⁾ كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة الأولى من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني⁽²⁾ التي جاء نصها كالآتي: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....".

ترتيبا على ذلك يجب التعرض إلى شكل عقد الهبة الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة (المطلب الأول) ثمّ التطرق إلى شكل هذا العقد بعد صدور قانون الأسرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة

لتحديد شكل عقد الهبة الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة سنقوم بداية بدراسة موقف الشريعة الإسلامية من هذا الشكل (الفرع الأول) ثمّ نبيّن بعد ذلك موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار

قبل صدور قانون الأسرة كان عقد الهبة يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

(1) الصادر بموجب القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09/06/1984، و المنشور في ج ر، ع 24، س 21، الصادرة في: 1984/06/12.

(2) منشور في ج ر، ع 78، س 12، الصادرة في: 1975/09/30.

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول ركن الرضا في عقد الهبة، فذهب بعضهم⁽¹⁾ إلى القول أنّ ركن الرضا في عقد الهبة يتمثل في الإيجاب الصادر من الواهب فقط دون اشتراط قبول الموهوب له كركن، و ذهب جمهور الفقهاء⁽²⁾ إلى أنّ كلا من الإيجاب و القبول ركنان للهبة و هما يكونان معا ركن التراضي، فالهبة عقد و العقد يتطلب الإيجاب و القبول لا مجرد الإيجاب.

و الراجح أنّ الهبة عقد و ليست تصرفا بالإرادة المنفردة⁽³⁾ إذ لا بدّ من قبول الموهوب له للهبة حتى تتعقد و السبب في ذلك أنّ الهبة و إن كانت تبرعا إلا أنها تثقل عنق الموهوب له بالجميل و تفرض عليه واجبات أدبية نحو الواهب، و قد يؤثر الموهوب له رفض الهبة إذا استشف من ورائها غايات للواهب لا يحمدها، كما أن ملكية الشيء الموهوب لا تنتقل إلى الموهوب له ما لم يقبلها⁽⁴⁾.

وفقا للسائد فقها فان الهبة عقد ينشأ بتطابق إرادتي المتعاقدين و توافقهما و انصرافهما إلى إحداث أثر قانوني معين ألا و هو إنشاء عقد الهبة، فالشكل لا مجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالهبة⁽⁵⁾ سواء كانت واردة على عقار أو منقول، إذ يجوز إبرام عقد الهبة دون الحاجة إلى إتباع إجراءات شكلية، ففقهاء الشريعة الإسلامية لا يتطلبون لانعقاد الهبة أن تحرر في ورقة رسمية و إنما يشترطون أن يصدر إيجاب من الواهب بنية تبرع واضحة لا لبس فيها يقابله قبول من الموهوب له سواء كان ذلك لفظا أو فعلا أو كتابة أو إشارة⁽⁶⁾.

(1) و هو قول الإمام أبو حنيفة و أصحابه أبو يوسف و محمد.

- لتفاصيل أكثر يراجع: أحمد إبراهيم/ أحكام الهبة و الوصية و تصرفات المريض، مطبعة العلوم، القاهرة، 1939، ص6.

(2) من مالكية و حنابلة و شافعية و زفر من الحنفية.

- يراجع: عبد الرزاق احمد السنهوري/ مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج 1، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 1998، ص43.

(3) و هذا ما أكد عليه القانون الجزائري بعد صدور قانون الأسرة في المادة 206 منه التي جاء نصها كالآتي: " تتعقد الهبة بالإيجاب و القبول... و إذا اختلت أحد هذه القيود بطلت الهبة".

(4) يراجع نص المادة 59 و ما بعدها من القانون المدني.

(5) عبد الوهاب البنداري/ شرح العقود المدنية: الهبة، المرجع السابق، ص115.

(6) جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون، المرجع السابق، ص18.

يتحقق الإيجاب في الهبة بتعبير يصدر من الواهب بقصد تملك الموهوب له شيئاً يملكه في الحال و بغير عوض، فلا يشترط فيه ألفاظ معينة، إذ يكون بكل ما يدل عليه كأن يقول الواهب: " وهبتك كذا"، أو " ملكتك" أو " منحتك" و يقول الموهوب له: " قبلت" أو " أخذت" أو " رضيت" ، فكل هذه الألفاظ صحيحة لأنها جميعاً تفيد تملك العين بغير عوض و هو معنى الهبة.

كما يمكن أن يكون الإيجاب و القبول بكل لفظ يفيد الهبة ضمناً، فلو قال شخص لآخر " خذ هذه الدار" كان ذلك هبة ضمنية.

و يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أنّ أفضل الصيغ في التعبير صيغة الماضي، و يؤثرون هذه الصيغة لانعقاد العقد لأنّ صيغة الماضي هي الأداء و المظهر الواضح للتعبير عن الإرادة في مرحلتها النهائية لأنها إرادة جاوزت دور التردد و التفكير و المفاوضة و المساومة إلى دور الحزم و القطع و البت، أما صيغ المضارع و الأمر و الاستقبال فإنها تحتمل الحال و المستقبل فالإرادة واضحة في عدم البت و القطع و من ثم لا ينعقد بها العقد⁽¹⁾.

و تنعقد الهبة أيضاً بصدور تصرف من الواهب و الموهوب له يدلان عليهما، فالإرسال و القبض يقومان مقام الإيجاب و القبول لفظاً، فيعتبر إيجاباً إعطاء الزوج زوجته حلياً و قوله لها " خذي هذا" فقبض الزوجة الحليّ يعتبر قبولا⁽²⁾.

و الصحيح أنّ الأفعال الدالة على الإيجاب و القبول كافية لانعقاد الهبة و لا تحتاج إلى لفظ، إذ الثابت أنّ النبي صلى الله عليه و سلم كان يهدي و يهدى إليه و يعطي و يعطى و يفرق الصدقات و يأمر ساعاتها بأخذها و تفريقها و الصحابة يفعلون ذلك و لم ينقل عنهم إيجاب و لا قبول و لا أمر به و لا تعليمه لأحد و لو كان ذلك شرطاً لنقل عنهم نقلاً مشهوراً⁽³⁾.

(1) حمدي محمد إسماعيل سلطح/ القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، المرجع السابق، ص69.

(2) محمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، ط 1، الديوان الوطني للإشغال التربوية، 2003، ص77.

(3) جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، المرجع السابق، ص49.

كما يجوز أن تتعد الهبة بالإشارة أيضا شريطة أن تكون مفهومة دالة على المقصود منها، و يستوي عند المالكية أن يعبر الشخص عن إرادته بعبارة أو إشارته حتى لو كان الذي استخدم الإشارة قادرا على النطق⁽¹⁾، خلافا لجمهور الفقهاء الذين لم يقبلوا الإشارة من غير الأخرس فهم يرون عدم انعقاد العقد عموما بالإشارة مادام المتعاقدان يستطيعان الكلام و لا يوجد مانع يمنعهما من ذلك، إذ الأصل في التعبير عن الإرادة بالكلام و لا يعدل عنه إلا لضرورة و لا ضرورة هنا⁽²⁾.

و يصح أن تتم الهبة كتابة سواء كان الطرفان حاضرين أو غائبين شريطة أن تكون الكتابة مستبينة أي ظاهرة مكتوبة على شيء تثبت عليه، و أن تكون بالطريقة التي اعتاد الناس الكتابة بها في زمانهم، فذهب الشافعية و الحنابلة إلى صحة التعاقد كتابة إذا كان المتعاقدان غائبين أما إذا كانا حاضرين فلا حاجة إلى التعبير كتابة لأن كلا الطرفين قادر على النطق الذي هو الأصل في التعاقد⁽³⁾.

و بتقضي آراء المذاهب الإسلامية نجد أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الهبة تصرفا رضائيا و لا يشترطون إفراغها في شكل معين، فتتعد الهبة الواردة على عقار أو منقول بمجرد تبادل الرضا بين الواهب و الموهوب له دون الحاجة إلى إفراغها في ورقة رسمية، و من ثم فإن تخلف الشكل في عقد الهبة - بحسبهم- لا يترتب عليه البطلان⁽⁴⁾.

إن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يشترطوا في صيغة الهبة ألفاظا خاصة لأن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ و لكنهم اتفقوا على شروط لا بدّ من توافرها في الصيغة حتى تتعد الهبة صحيحة، و هي أن تكون الصيغة منجزة فإن علق على شرط غير محقق الوجود في الحال أو أضيفت إلى زمن مستقبل لم تصح الهبة، كما يشترط في الصيغة ألا تكون مؤقتة فلو قال الواهب للموهوب له " وهبتك الدار مدة سنة أو شهر " قيدت الهبة ذلك أن الهبة تقتضي

(1) محمد مصطفى الشلبي/ أحكام الوصايا و الأوقاف، ط 4، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 1982، ص31.

(2) جمال الدين طه العاقل/ عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، المرجع السابق، ص49.

(3) حمدي محمد إسماعيل سلطح/ القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، المرجع السابق، ص71.

(4) جمال الدين طه العاقل/ نفس المرجع السابق، ص18.

التمليك و التمليك يقتضي الدوام و التوقيت يبطل العقد، و إذا بطل العقد بطل الشرط بالتبعية⁽¹⁾.

و إذا كان فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا الهبة تصرفاً رضائياً و لم يتطلبوا لانعقادها أن تفرغ في شكل معين فإنهم اشترطوا قبض الشيء الموهوب من أجل تمام الهبة، ذلك أن صورة الشكالية عندهم تنحصر في القبض. فما هي مكانة القبض في عقد الهبة عند فقهاء الشريعة الإسلامية؟

لقد تعددت آراء الفقهاء حول مسألة القبض في عقد الهبة، فاعتبره البعض⁽²⁾ شرط انعقاد يترتب على تخلفه بطلان الهبة و من ثم عدم انتقال ملكية الشيء الموهوب إلى الموهوب له، بينما اعتبره البعض الآخر⁽³⁾ شرط تمام لا يترتب على تخلفه بطلان الهبة، إذ تنعقد الهبة صحيحة بمجرد الإيجاب و القبول، و القبض ما هو إلا التزام من بين التزامات العقد، بينما يتجه آخرون⁽⁴⁾ أن القبض لا يعتبر شرط لزوم و لا شرط صحة لأن الهبة عقد لازم بمجرد انعقاده لا يشترط لصحته قبض الموهوب له الشيء الموهوب.

(1) حسن محمد بودي/ موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص49.

(2) يمثل هذا الرأي الحنفية و الشافعية و الحنابلة.

(3) يمثل هذا الرأي المالكية.

(4) يمثل هذا الرأي الإمام احمد بن حنبل.

- لتفاصيل أكثر يراجع: لحسين بن شيخ آث ملويا/ المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، ج 1، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2005، ص733.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار

قبل صدور قانون الأسرة

بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتبين أنه استقر على اعتماد الرضائية في الهبة المبرمة قبل صدور قانون الأسرة، إذ أنه لم يشترط فيها شكلا معيناً سواء كانت الهبة واردة على عقار أو منقول فلم يقض إذن ببطلان الهبة حال تخلف الشكل الرسمي فيها.

و قد أكد القضاء الجزائري هذا المبدأ بموجب قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) بتاريخ 14 مارس 1988⁽¹⁾ و الذي ورد فيه ما يلي: " حيث إن الواهب وهب أملاكه للطاعنين و ذلك سنة 1930، و الهبة تصح شرعا بالقول و كتابتها إنما هي للتوثيق فقط".

و أخذت المحكمة العليا بنفس الاتجاه في قرار صادر عنها بتاريخ 19 فبراير 1990⁽²⁾ الذي قضت فيه بما يلي: " من المقرر فقها أنّ الهبة تلزم بالقول...، و لما كان من الثابت في قضية الحال أنّ الواهب وهب زوجته قطعة أرض بوثيقة عرفية مؤرخة في 01 أبريل 1984 و أشهد على هبته، فإنّ القرار المطعون فيه باعتماده على أقوال الشهود و الوثيقة العرفية في تأييد الحكم المستأنف برفض دعوى الطاعن الرامية إلى تمكينه من نصيبه من إرث أخيه زوج المطعون ضدها طبقوا صحيح القانون".

و لقد سبق أن بيّنا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية لم يوجبوا أن تحرر الهبة في ورقة رسمية غير أنّهم اشتروا قبض الشيء الموهوب من أجل تمامها، فصورة الشكلية عندهم تنحصر في القبض⁽³⁾.

(1) قرار م.أ.غ.أ.ش، ملف رقم: 47072، الصادر بتاريخ: 14/03/1988، منشور بـم.ق.لسنة 1991، ع 1، ص 39.

(2) قرار م.أ.غ.أ.ش، ملف رقم: 58700، الصادر بتاريخ: 19/02/1990، منشور بـم.ق.لسنة 1991، ع 4، ص 113.

(3) يراجع ما سبق إيضاحه بصفحة 313 من هذه الرسالة.

و إذا كان هذا رأي فقهاء الشريعة الإسلامية فإنّ القضاء الجزائري اعتمد نفس الموقف، و من قبيل ذلك ما قرره المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 15 ديسمبر 1971⁽¹⁾ قضى فيه بما يلي: " من المقرر في الشريعة الإسلامية أنّ الهبة تلزم بالقول و تتم بالحوز"، و ما قرره في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 21 أبريل 1986⁽²⁾ قضى فيه بما يلي: " من المقرر شرعا في أحكام الشريعة الإسلامية أنّ حيازة الموهوب له للمال تعدّ شرطا لصحة الهبة".

و أخذ بنفس الاتجاه في قرار آخر صادر عنه بتاريخ 09 أبريل 1969⁽³⁾ و الذي قضى فيه المجلس الأعلى بما يلي: " إنّ القاعدة لصحة الهبة أن يليها فورا تسليم الموهوب إلى الموهوب له أو لهم، و عليه فإنّ الحكم الذي يخالف هذه القاعدة يستحقّ النقض"، و كذلك الشأن بالنسبة للقرار الصادر بتاريخ 11 يناير 1982⁽⁴⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " يجب نقض القرار الذي صحح عقد هبة لم تتم الحيازة فيها، هذه الحيازة التي هي شرط تمام العقد".

يتجلى لنا من خلال هذه القرارات القضائية أنّ القضاء الجزائري أقرّ صحة عقد هبة العقار الذي تمّ في شكل عرفي قبل صدور قانون الأسرة و اعتبره عقدا صحيحا و مرتبا لكافة آثاره القانونية متى تمت حيازة الشيء الموهوب من طرف الموهوب له.

(1) قرار م.أ.غ.ق.خ، الصادر بتاريخ 15/12/1971، منشور بن ق لسنة 1974، ع 4، ص 64.

(2) قرار م.أ.غ.أ.ش، ملف رقم: 40457، الصادر بتاريخ: 21/04/1986، منشور بـم ق لسنة 1989، ع 2، ص 72.

(3) قرار م.أ.غ.م، الصادر بتاريخ: 09/04/1969، منشور بـمجموعة الأحكام، ج 1، ص 195.

(4) قرار م.أ.غ.أ.ش، ملف رقم: 25554، الصادر بتاريخ: 11/01/1982، منشور بن ق لسنة 1982، ع خاص، ص 225.

- و نفس المعنى كرسه قرار م.أ.غ.ق.خ، صادر بتاريخ 09/04/1969، منشور بالنبشرة السنوية لسنة 1962، ص 285، و الذي جاء فيه ما يلي: " يجب نقض و إبطال القرار الذي صحح عقد الهبة التي تتم الحيازة فيها، ذلك أن الهبة تلزم بالقول و تتم بالحوز".

المطلب الثاني: الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة

سنقوم بداية بدراسة موقف المشرع الجزائري من شكل الهبة الواردة على عقار المبرمة بعد صدور قانون الأسرة (الفرع الأول) ثم نبيّن موقف القضاء الجزائري من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار

بعد صدور قانون الأسرة

لقد اشترط المشرع الجزائري أن يحرر عقد الهبة الوارد على عقار في شكل رسمي، و من ثمّ يعتبر الشكل الرسمي ركنا في هذا العقد (أولا) و يترتب عليه جزاء في حالة تخلفه (ثانيا).

أولا: الشكل الرسمي ركن في عقد الهبة الواردة على عقار

نصّ المشرع الجزائري في المادة 206 من قانون الأسرة على ما يلي: " تنعقد الهبة بالإيجاب و القبول، و تتم بالحيازة، و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات. و إذا اختل أحد القيود السابقة بطلت الهبة".

يتبيّن من خلال قراءة هذه المادة أنّ الهبة التي يكون محلها عقارا⁽¹⁾ تنعقد بإيجاب من الواهب و قبول من الموهوب له، و تتمّ بالحيازة مع مراعاة أحكام قانون التوثيق، و من ثمّ فإنّ قانون الأسرة الجزائري أحال إلى قانون التوثيق فيما يتعلق بالشكل الواجب توافره في الهبة الواردة على عقار، و بهذا الصدد إذن يجب الرجوع إلى أحكام الأمر رقم 91/70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم التوثيق- و الذي كان ساري المفعول آنذاك- و الذي نص في المادة 12 منه على ما يلي: " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من

(1) أما بالنسبة للهبة الواردة على منقول فإنّه لا يشترط إفراغها في الشكل الرسمي بل يكفي أن تفرغ في شكل عرفي، مع وجوب مراعاة الإجراءات الإدارية الخاصة بنقل الملكية في بعض المنقولات، فإذا انصبت الهبة على سيارة مثلا يجب استخراج البطاقة الرمادية لها باسم الموهوب له حتى تنتقل الملكية إليه.

عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

و لقد كرسّت المادة 324 مكرراً 1 من القانون المدني المضافة بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 ما جاء في المادة 12 السالفة الذكر بتأكيدهما على وجوب إفراغ عقد الهبة الواردة على عقار في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان.

هذا يعني أنّ المشرع الجزائري اشترط أن تفرغ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، و من ثم لا بدّ أن تحرر الهبة الواردة على عقار في شكل رسمي.

خلاصة القول أنّ الشكل كركن انعقاد مطلوب بالنسبة إلى الهبة الواردة على عقار، فالهبة ليست تصرفاً رضائياً و إنما تصرفاً شكلياً يتعين إفراغه في شكل رسمي لانعقاده صحيحاً.

و السبب الذي دفع المشرع إلى اعتبار الهبة الواردة على عقار عقداً شكلياً هو أنه عقد خطير لا يقع إلا نادراً و لدوافع قوية على عكس عقود المعاوضة التي يأخذ فيها المتصرف مقابلاً لما أعطى، أما في الهبة فيتجرد الواهب من ماله دون مقابل و هو في أشد الحاجة إلى التأمل و التدبر قبل إبرامه عقد الهبة و تعيينه الشكالية على ذلك⁽¹⁾.

فالورقة الرسمية بما تتضمنه من إجراءات معقدة و ما تستدعيه من علانية و ما تستلزمه من وقت و جهد نافعة لحماية الواهب و أسرته بل و لحماية الموهوب له نفسه، فهي نافعة للواهب إذ هو في الوقت الذي يتجرد فيه من ماله دون مقابل في حاجة إلى التدبر ليأمن من شر الاندفاع وراء انفعالات عارضة، و هي نافعة لأسرة الواهب إذ أنّ الواهب و هو يتجرد من ماله دون مقابل يسلب وراثته بعض حقهم في تركته و قد يكون في إجراءات الورقة الرسمية و علانيتها سبيلاً للورثة

(1) كمال حمدي/ المواريث و الهبة و الوصية، المرجع السابق، ص120.

إلى الإحاطة بما يقدم عليه مورثهم فيبصرونه بنتائج عمله، و الورقة الرسمية نافعة للموهوب له نفسه لأنها تفيد في الدفاع عن حقه حالة ما إذا أراد الواهب الرجوع في هبته أو أنكرها عليه⁽¹⁾.

و يقصد بالشكلية في الهبة الواردة على عقار وجوب إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي على يد موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة يقوم بتلقي إيجاب الواهب و قبول الموهوب له بشأن المال الموهوب طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه⁽²⁾.

إذا كان قبول الموهوب له للهبة متصلا غالبا بإيجاب الواهب حيث يحرر عقد الهبة الرسمي متضمنا كلا من الإيجاب و القبول في وقت واحد فإنه قد ينفصل القبول عن الإيجاب، ففي هذه الحالة و إن لم يتضمن قانون الأسرة الجزائري حكما خاصا بها إلا انه طالما أوجب المشرع إفراغ الهبة في شكل رسمي فإن ذلك يقتضي أن يفرغ كل من الإيجاب و القبول سواء كانا صادرين في وقت واحد أو منفصلين في ورقة رسمية، و هذا يتفق مع قصد المشرع الجزائري في اعتبار عقد الهبة عقدا شكليا.

و عليه يتعين على الواهب و الموهوب له أن يتقدما إلى أي مكتب من مكاتب التوثيق ليقوم الموثق بتحرير عقد الهبة مراعيًا في ذلك مجموعة من البيانات و هي بيانات خاصة تتعلق بذكر نوع التصرف على أنه هبة و ذكر حدود العقار الموهوب و مساحته و الحقوق المتعلقة به، و أسماء المالكين السابقين و تاريخ التحويلات المتتالية للملكية⁽³⁾، و بيانات عامة تتعلق بهوية المتعاقدين و الشهود⁽⁴⁾.

(1) محمد تقيّة/ دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص202.

(2) يراجع نص المادة 324 من ق.م.

(3) يراجع نص المادة 324 مكرر 4 من ق.م .

(4) يراجع نص المادة 29 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

و يجب على الموثق أن يحرر عقد الهبة بحضور شاهدين⁽¹⁾ وفقا لمقتضيات المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني⁽²⁾ التي ورد فيها ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الاحتفائية بحضور شاهدين". فالمشرع الجزائري و إن نصّ على العقود الاحتفائية في هذه المادة إلا أنه لم يحددها على سبيل الحصر و وفق معيار معين، غير أنّ المتفق عليه فقها⁽³⁾ و قضاء⁽⁴⁾ أنّ الهبة عقد احتفائي يشترط لتحريره حضور شاهدين و إلا كانت باطلة.

يشترط حضور شهود العقد وقت تبادل إيجاب الواهب بقبول الموهوب له لسماع صيغة العقد و كلام المتعاقدين لأنّ الحكمة من الشهادة هو فهم ما يدور بمجلس العقد من كلام و شروط حتى يتمكن الشهود من الإدلاء بشهادتهم حال وجود نزاع، علما بأنه لا بدّ أن تتوافر في شاهدي العقد الأهلية الكاملة و ألا تربطهما بالموثق أو المتعاقدين صلة قرابة أو مصاهرة⁽⁵⁾ لمنع احتمال قيام مصلحة لهما في الهبة و لمنع توأطئهما لحمل الواهب على التبرع بماله دون عوض.

(1) ينقسم شهود العقود التوثيقية إلى ثلاثة أقسام، فهناك شهود الإثبات و هم الذين يضمّنون هوية المتعاقدين و حضورهم في العقد ليس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف ، و شهود التشرّيف و حضورهم في العقد على سبيل التشرّيف فقط كحضور إخوة الزوجة في عقد الزواج و إمضائهم مع شاهدي العقد و الأطراف، و أخيرا شهود العقد و هم يساهمون في إنشاء العقد و حضورهم إجباري في العقود الاحتفائية.

(2) الصادرة بموجب القانون رقم: 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم: 74/75 المتضمن القانون المدني.

(3) يراجع حمدي باشا عمر / عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف، المرجع السابق، ص15.
- علاوة بوتغزار / (المادة 324 مكرر 3 بين نصيها العربي و الفرنسي)، مقال منشور بمجلة الموثق، ع 3 لسنة 2001، ص10.

(4) يراجع بهذا الصدد قرار م ع غ م، ملف رقم: 389338، الصادر بتاريخ: 2007/11/21، منشور ب م م ع لسنة 2008، ع 2، ص 159، و الذي قضى فيه بما يلي: " يشترط القانون تحرير عقد الهبة وجوبا تحت طائلة البطلان بحضور شاهدين".

(5) تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري أجاز لأقارب و أصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات وفقا لمقتضيات المادة 2/20 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

و يجب أن يوقع كل من المتعاقدين و الشاهدين و الموثق على عقد الهبة بعد أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للعقد و يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه و كذا النصوص الجبائية و التشريع المعمول به⁽¹⁾، و يحتفظ الموثق بأصل عقد الهبة في مكتبه و يسلم صورة تنفيذية منه لكل من المتعاقدين⁽²⁾.

بتمام هذه الإجراءات و استيفائها جميعا يصبح عقد الهبة عقدا رسميا صحيحا و نافذا في كافة التراب الوطني حتى يثبت تزويره⁽³⁾.

لقد سبق أن بينا أن آراء فقهاء الشريعة الإسلامية تعددت بخصوص مسألة القبض في عقد الهبة، فاعتبره البعض شرط انعقاد بينما اعتبره البعض الآخر شرط تمام و ذهب آخرون إلى أنه لا يعتبر لا شرط لزوم و لا شرط صحة، غير أنّ المشرع الجزائري حسم هذا الخلاف و اعتبر الحيازة أي القبض ركنا في عقد الهبة إلى جانب توافر الرسمية وفقا لمقتضيات المادة 206 من قانون الأسرة السالفة الذكر.

و قد تكون الحيازة إما فعلية و ذلك بوضع العقار الموهوب تحت تصرف الموهوب له أو وكيله⁽⁴⁾ حتى يتمكن من حيازته على النحو الذي يتفق وطبيعة الشيء الموهوب، فإذا كان العقار الموهوب منزلا يسكنه الواهب و جب عليه إخلاؤه و إن كان أرضا زراعية و جب عليه أن يتركها.

كما قد تكون الحيازة حكمية إذا كان العقار الموهوب في حيازة الموهوب له قبل الهبة بإجارة أو عارية أو وديعة أو رهن ثم صدرت الهبة كان الموهوب له حائزا فعلا للعقار الموهوب وقت تمام الهبة و لا يحتاج إلى استيلاء جديد و إنما يحتاج إلى اتفاق مع الواهب على أن يبقى الشيء الموهوب في حيازته و لكن لا كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن

(1) يراجع نص المادة 10-9/29 من القانون رقم 02/06 السالف الذكر.

(2) يراجع نص المادتين: 10 و 31 من نفس القانون رقم 02/06.

(3) يراجع نص المادتين 324 مكرر و 324 مكرر6 من ق.م .

(4) تنص المادة 210 من ق.أ على ما يلي: " يحوز الموهوب له الشيء بنفسه أو بوكيله.

و إذا كان قاصرا أو محجورا عليه يتولى الحيازة من ينوب عنه قانونا".

بل كمالك له عن طريق الهبة، فتتغير إذن نية الموهوب له في حيازته للشيء الموهوب حتى و إن كانت الحيازة المادية باقية كما كانت⁽¹⁾، أما إذا كان العقار بيد الغير وجب إخبار الموهوب له بالهبة ليعتبر حائزا⁽²⁾.

و إذا كان المشرع الجزائري قد أوجب توافر الحيازة و الرسمية معا لتمام عقد الهبة الواردة على عقار كأصل عام فإنه أورد استثناء على ذلك متى كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الشيء الموهوب مشاعا⁽³⁾.

و يعاب على المشرع الجزائري اشتراطه الحيازة لتمام عقد الهبة إلى جانب الرسمية ذلك أنّ الرسمية تغني عن الحيازة⁽⁴⁾.

بعد أن يحرر الموثق عقد الهبة الوارد على عقار في شكل رسمي يجب عليه أن يسجله لدى مصلحة التسجيل التابع لها مكتب التوثيق إقليميا قصد تحصيل الخزينة للجانب الضريبي⁽⁵⁾، و شهره في المحافظة العقارية حتى ينتج عقد الهبة الوارد على عقار أثره العيني و هو انتقال ملكية العقار الموهوب من الواهب إلى الموهوب له و الاحتجاج به قبل الغير⁽⁶⁾.

يلاحظ أنه تسري على الوعد بالهبة الواردة على عقار نفس الأحكام المتعلقة بهبة العقار فيما يخص الشكل، و من ثم يتعين إفراغ الوعد بالهبة التي محلها عقار في الشكل الرسمي متى استوفت الأركان الواجبة لانعقادها و المتمثلة في التراضي و المحل و السبب و المدة التي يجب إبرام عقد الهبة خلالها و ذلك وفقا لمقتضيات المادة 71 الفقرة الثانية من القانون المدني التي جاء

(1) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة، ج 5، المرجع السابق، بند 105، ص152.

(2) يراجع نص المادة 207 من قانون الأسرة.

(3) يراجع نص المادة 208 من ق.أ.

(4) إنّ كلا من المشرعين المصري و الفرنسي جعل الرسمية تغني عن الحيازة.

(5) يراجع نص المادة 40 من القانون رقم: 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(6) لتفاصيل أكثر حول مسألة الشهر، يراجع صفحة 79 و ما بعدها من هذه الرسالة.

نصها كالتالي: " إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

و إذا تمّت الهبة الواردة على عقار بواسطة وكيل نيابة عن الواهب أو الموهوب له فإنه يجب أن تتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في عقد الهبة محل الوكالة وفقا لنص المادة 572 من القانون المدني⁽¹⁾ حتى لا تضيع الحكمة من فرض الشكل، و من ثمّ يجب أن تكون الوكالة في ذات الشكل المقرر للهبة الواردة على عقار في شكل رسمي.

خلاصة لما تقدّم فإنّ المشرع الجزائري أوجب إفراغ عقد الهبة الواردة على عقار في شكل رسمي، و من ثمّ اعتبر هذا الشكل ركنا لانعقاد الهبة و عليه فإنّ عقد الهبة الذي محله عقار عقد شكلي لا رضائي.

ثانيا: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد الهبة الواردة على عقار

نصّ المشرع الجزائري في المادة 206 الفقرة الثانية من قانون الأسرة على ما يلي: " و إذا اختل احد القيود السابقة بطلت الهبة"، و نصّ في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني على ما يلي: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... في شكل رسمي...".

يستفاد من هاتين المادتين أنّه إذا لم يستوف عقد الهبة الذي محله عقار الشكل الرسمي أو كان الشكل معيبا لأيّ سبب من الأسباب فإنّه يعدّ باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة⁽²⁾، و من ثمّ يبقى العقار الموهوب مملوكا للواهب يستطيع التصرف فيه كيفما يشاء.

⁽¹⁾ تنص المادة 572 من ق.م على ما يلي: " يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك".

⁽²⁾ يراجع نص المادة 1/102 من ق.م .

غير أنّ بطلان الهبة لتخلف الشكل أو عيبه لا يمنع الواهب و الموهوب له من إعادة إبرام عقد هبة جديد مستوف للشكل المتطلب قانوناً، و عندئذ تعتبر الهبة الجديدة صحيحة ابتداء من تاريخ إنشائها.

استناداً على ما سبق فإنّ المشرع الجزائري لم يكتف بتوافر التراضي و الحيابة لقيام عقد الهبة الذي محله عقار بل أوجب توافر ركن الرسمية في التصرف، و عليه فإنّ تنفيذ هبة عقار غير مستوفية لركن الرسمية من طرف الواهب أو ورثته مختارين إلى الموهوب له تعتبر هبة باطلة بطلاناً مطلقاً و لا ترد عليها الإجازة، و يحق بالتالي للواهب أو ورثته استرداد ما سلموه إلى الموهوب له، و هذا الحكم يتماشى مع منطق نظرية البطلان و لا يتناقض معه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار

بعد صدور قانون الأسرة

رأينا بأنّ عقد الهبة الواردة على عقار عقد شكلي لا يكفي لقيامه تبادل الإيجاب و القبول و إتمام الحيابة بل لا بدّ من توافر الشكلية التي تعتبر ركناً في التصرف، و يترتب على تخلف الشكل الرسمي بطلان عقد الهبة بطلاناً مطلقاً و بالتالي عدم ترتيب أيّة آثار قانونية عليه و ذلك وفقاً لمقتضيات المادة 206 من قانون الأسرة و المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

و لقد أكد القضاء الجزائري على اعتبار الشكل الرسمي ركناً من أركان عقد الهبة الواردة على عقار يترتب على إغفاله بطلان عقد الهبة بطلاناً مطلقاً.

(1) عكس ما ذهب إليه بعض التشريعات العربية التي لم تجز- عن غير صواب- للواهب أو ورثته استرداد الشيء الموهوب متى قاموا مختارين بتنفيذ هبة باطلة لعيب في الشكل معتبرة بأنّ جزاء البطلان المترتب على تخلف الشكل في هذه الحالة قابل بأن تلحقه الإجازة مع أن العقد المنعدم لا وجود له من الناحية القانونية فكيف يمكن أن تلحقه الإجازة. - يراجع نص المواد 489 مدني مصري، 457 مدني سوري، 487 مدني ليبي. - لتفاصيل أكثر يراجع عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة، ج 5، المرجع السابق، بند 76، ص74 و ما يليها.

و من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 20 أبريل 1987⁽¹⁾ أين قضت بما يلي: " من المقرر قانوناً أنّ العقد العرفي للهبة هو مخالف للمادة 206 من قانون الأسرة...".

و ما قضت به المحكمة العليا في قرار لاحق صادر عنها بتاريخ 19 نوفمبر 1994⁽²⁾ و الذي قضت فيه بما يلي: " من المقرر قانوناً أنّ العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان، و تنص المادة 206 من قانون الأسرة أنّ الهبة تنعقد بالإيجاب و القبول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات، لذا فان الهبة الواردة في الشكل العرفي تعدّ باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية".

يظهر بوضوح من القرارات السالفة الذكر أنّ المحكمة العليا كرست القاعدة القانونية الرامية إلى وجوب احترام الشكل الرسمي في عقد الهبة الذي محله عقار و قضت ببطلان عقود الهبة التي تخلف فيها ركن الشكل الرسمي.

(1) قرار م أ غ أ ش، ملف رقم: 45371، الصادر بتاريخ: 1987/04/20، غير منشور، مشار إليه في: حمدي باشا عمر/ القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، 2005، ص 197-198.

(2) قرار م ع، ملف رقم: 10365، الصادر بتاريخ 1994/11/19، منشور بن ق لسنة 1997، ع 51، ص 67.

الفصل الثاني:

الشكالية في التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد الواردة على عقار

إنّ كلا من الوصية و الوقف يعتبر تصرفا تبرعيا صادرا من جانب واحد حثّت عليهما الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية لأنهما باب من أبواب الخير التي تقرب الإنسان من ربّه و تعود بالخير و الازدهار على المجتمع فهي تنشر المحبة و المودة و الإيحاء بين الناس، لذا نجد المشرع اهتم بهما و نظمهما في كلّ من قانون الأسرة و قانون الأوقاف.

و هذه التصرفات التبرعية التي محلها عقار تعدّ تصرفات خطيرة لأنها تؤثر على الذمة المالية للمتبرع و على و رثته الأمر الذي يقتضي منه التفكير بتمهل و تروّ قبل الإقدام عليها، و الشكالية تعينه على ذلك .

من أجل دراسة الشكالية في هذه التصرفات يجب البحث في الوصية الواردة على عقار (المبحث الأول) ثمّ في الوقف الوارد على عقار (المبحث الثاني).

المبحث الأول:

الشكالية في الوصية الواردة على عقار

البحث في شكل الوصية الواردة على عقار يقتضي التعرض بداية لمفهوم الوصية (المطلب الأول) ثمّ بيان موقف المشرع و القضاء الجزائيين من الشكل الواجب توافره في الوصية التي موضوعها عقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الوصية

تستلزم دراسة مفهوم الوصية تعريفها من جهة (الفرع الأول) ثم بيان طبيعتها القانونية من جهة ثانية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الوصية

نصّ المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني على ما يلي: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها". الأمر الذي يستفاد منه أنّ المشرع الجزائري لم ينظم الوصية ضمن نصوص القانون المدني و إنما في قانون الأسرة.

و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع الجزائري عالج أحكام الوصية و وضع شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات و ذلك في المواد من 184 إلى 201 منه.

فعرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

و مؤدى كلمة " تملك" الواردة في هذا النص أنّ الوصية قد تكون بالأعيان عقارا كان أو منقولا أو بالمنافع⁽¹⁾ كسكنى الدار أو زراعة الأرض.

أمّا المقصود بعبارة " مضاف إلى ما بعد الموت" فمعناه أنّ أثر التصرف الذي يقوم به الموصي في حياته لا يترتب إلا بعد موته، و عليه يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة.

(1) تنص المادة 190 من ق.أ على ما يلي: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

و تعني كلمة " تبرع" أنّ الوصية تتم بدون عوض، و من ثم لا يأخذ الشخص مقابلا لوصيته.

و قد اعتمد القضاء الجزائري نفس التعريف بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995⁽¹⁾ بما يلي: " من المقرر قانونا أنّ الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

و هذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري و أيده القضاء قاصر من كونه حصر الوصية في كل ما يعتبر تملك فقط⁽²⁾ دون أن يشمل الإسقاطات لتكاليف معينة مثل الإبراء من الدين أو تأجيله.

تجدر الإشارة هنا إلى أنّ المشرع المصري عرّف الوصية⁽³⁾ بأنها: " تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت". و هو بهذا التعريف جعل معنى الوصية شاملا حين سماها تصرفا إذ تشمل الوصية بالملكية و غيرها من الحقوق العينية و الإسقاطات كالوصية بالإبراء من الدين أو الكفالة⁽⁴⁾، و كذا الوصية بالمنافع و المرتبات، و تقسيم التركة بين الورثة و بيان طريق الوفاء بما على التركة من ديون⁽⁵⁾.

تأسيسا على ما سبق يمكن اعتبار أنّ التعريف الذي اعتمده المشرع المصري للوصية جاء جامعا مانعا ذلك أنّ الموصى به يمكن أن يكون مالا أو منفعة أو إسقاطا لتكاليف معينة.

(1) يراجع قرار م ع غ أش، ملف رقم: 116375، الصادر بتاريخ: 1995/05/02، منشور بدم ق لسنة 1996، ع 1، ص108.

(2) زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص31، 32.

(3) و ذلك في المادة الأولى من قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946.

(4) بدران أبو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، سنة 1970، ص130.

(5) محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية، دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1988، ص12.

و قد ألحق القانون الجزائري بالوصية تصرفين قانونيين أعطاهما حكمها و هما:

- كلّ تصرف قانوني يصدر عن الشخص في مرض الموت بقصد التبرع أيّا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف⁽¹⁾.

- تصرف الشخص لأحد ورثته بشيء مع احتفاظه بحيازة الشيء المتصرف فيه من جهة و الانتفاع به مدّة حياته من جهة أخرى⁽²⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوصية

لقد أثارَت مسألة الطبيعة القانونية للوصية جدلا فقهيًا أدى إلى ظهور اتجاهين. الاتجاه الأول تميّز بالقول أنّ ركن الوصية يتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط دون اشتراط قبول الموصى له كركن⁽³⁾، و أنّ استلزام القبول يكون لمجرد لزوم الوصية بالنسبة إلى الموصى له أي أنّ الوصية تتعقد عند صدورهما من الموصي و لكن يتوقف نفاذها على موته و على قبول الموصى له، في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى أنّ الوصية لا تتحقق

⁽¹⁾ يراجع نص المادة 776 من ق.م.

- و يراجع أيضا: قرار م ع غ أش، ملف رقم: 219901، الصادر بتاريخ: 1999/03/16، منشور بـ الاج ق لـ غ أش لسنة 2001، ع خاص، ص 287، و الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أن الهبة في مرض الموت تعتبر وصية و من ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون".

⁽²⁾ يراجع نص المادة 777 من ق.م.

- و يراجع أيضا قرار م ع غ أش، ملف رقم: 186058، الصادر بتاريخ: 1998/03/17، منشور بـ م ق لسنة 1999، ع 1، ص 119، و الذي ورد فيه ما يلي: " لما كان ثابتا في قضية الحال أن الواهب وهب العقار موضوع النزاع إلى الطاعنة زوجته بشرط نقل الملكية إلى ما بعد الموت، و لما قرر المجلس إبطال الهبة و اعتبرها وصية فإنه التزام صحيح القانون".

⁽³⁾ قال بهذا الرأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية.

- يراجع بهذا الصدد: محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص 12.

- أحمد فراج حسين/ أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 23 و ما بعدها.

إلا بالإيجاب و القبول معا فالقبول ركن في الصيغة كالإيجاب تماما، و من ثمّ فالوصية عقد لا بدّ فيه من تطابق إيجاب الموصي و قبول الموصى له⁽¹⁾.

و بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة نجد المشرع الجزائري نصّ في المادة 184 منه على أنّ: " الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" و نصّ في المادة 197 منه على ما يلي: " يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي".

يستفاد من هاتين المادتين أنّ المشرع أخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية و اعتبر إيجاب الموصي الركن الوحيد لانعقاد الوصية دون الحاجة إلى قبول الموصى له لأنّ الوصية تصرف صادر من جانب واحد و ليست عقدا، غير أنه و إن كانت الوصية تصرفا تبرعيا صادرا بالإرادة المنفردة للموصي إلا أنّ الملكية لا تثبت بمقتضى الوصية للموصى له بمجرد وفاة الموصي بل لا بدّ أن يقبلها صراحة بالقول أو ما يقوم مقامه كاتخاذ موقف يدل على رضاه بالوصية، فإذا قبل الموصى له الوصية كان الموصى به ملكا له و إذا ردّ الموصى له الوصية بطلت وفقا لمقتضيات المادة 201 من قانون الأسرة التي تنص على ما يلي: " تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها".

و عليه فإنّ الوصية تنشأ بإرادة منفردة يتوقف انعقادها على توافر ركن الرضا المتمثل في الإيجاب الصادر من الموصي فقط، أما القبول الذي يصدر من الموصى له بعد وفاة الموصي فما هو إلا شرط للزوم الوصية و ثبوت ملكية الموصى به.

(1) بدران أبو العينين بدران/ المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، المرجع السابق، ص132.
- محمد كمال الدين إمام/ الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية و تشريعية، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2002، ص47.

المطلب الثاني: الشكل في الوصية الواردة على عقار

قبل التعرض لموقف المشرع الجزائري من الشكل الواجب توافره في الوصية الجدير بالتذكير أنّ الوصية في بلادنا كانت تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية قبل صدور الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، ذلك أنه و إن كان يطبق آنذاك القانون الفرنسي طبقا للقانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962⁽¹⁾ إلا أنه نظرا للطابع الخاص للأحوال الشخصية فإنّ المشرع الفرنسي حتى خلال فترة احتلال فرنسا للجزائر ترك الجزائريين يخضعون لأحكام الشريعة الإسلامية في مجال الزواج و الطلاق و الوصية و الميراث و الوقف⁽²⁾.

عند صدور القانون المدني لم ينص المشرع الجزائري على الشكل الواجب توافره في الوصية و إنما أحال إلى قانون الأحوال الشخصية بشأن هذه المسألة بموجب المادة 775 منه⁽³⁾، و بما أنّ قانون الأسرة لم يكن قد صدر بعد فإنّه يجب الأخذ بأحكام الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص طبقا لمقتضيات المادة الأولى الفقرة الثانية من القانون المدني⁽⁴⁾.

بالتالي يسري على شكل الوصية المبرمة قبل صدور القانون المدني و في ظلّه و قبل صدور قانون الأسرة أحكام الشريعة الإسلامية.

ترتيا على ذلك يجب التعرض إلى شكل الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة (الفرع الأول) ثمّ التطرق إلى شكلها بعد صدور قانون الأسرة (الفرع الثاني).

(1) المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ: 1962/12/31، منشور في ج ر لسنة 1963، ع 2.

(2) تشوار جيلالي/ (محاضرات ألقيت على طلبة السنة الرابعة ليسانس)، جامعة أبو بكر بلقايد-تلمسان، ص 04.

(3) تنص المادة 775 من ق.م على ما يلي: " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها".

(4) تنص المادة 1 / 2 من القانون المدني على ما يلي: " و إذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية....".

الفرع الأول: الشكل في الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة

لتحديد شكل الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة لا بدّ من دراسة موقف الشريعة الإسلامية من هذا الشكل (أولاً) ثمّ بيان موقف القضاء الجزائري من ذلك (ثانياً).

أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوصية الواردة على عقار

بالرجوع إلى آراء المذاهب الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية أصلاً في العقود و التصرفات بالإرادة المنفردة، و من ثم يكفي لقيام الوصية باعتبارها تصرفاً صادراً من جانب واحد توافر الإرادة الحرة لدى الطرف الذي صدرت منه، و ذلك ليس سوى أخذاً بالسائد فقهاً من أنّ الوصية تصرف بالإرادة المنفردة و الإيجاب هو ركن الوصية الوحيد الذي تتعقد به⁽¹⁾.

هكذا فإنّ الشكل في الوصية كركن انعقاد لا مجال له في الشريعة الإسلامية ذلك أنّ الوصية قادرة على إنتاج آثارها دون حاجة إلى إتباع إجراءات شكلية فهي تتعقد بمجرد صدور الإيجاب من طرف الموصي.

و يتحقق الإيجاب في الوصية بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تنطوي على قصد التمايك بعد الموت⁽²⁾.

فينعقد الإيجاب بكل لفظ يدل على قصد الموصي، فيتم إما باللفظ الصريح الذي يدل عليه كقول الموصي "أوصيت لفلان بشيء معين" أو بكل لفظ يفيد الوصية ضمناً و مثاله أن يقول الموصي "اعطوا أو هبوا أو امنحوا لفلان شيئاً معيناً بعد موتي".

(1) يراجع ما سبق إيراده بصفحة 328-329 من هذه الرسالة.

(2) زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 64-65.

و إذا كان الكلام هو الوسيلة المثلى للتعبير عن إرادة الشخص فإنه يمكن التعبير عنها بالكتابة إذا كان الموصي عاجزا عن الكلام⁽¹⁾.

أما إذا كان الشخص قادرا على الكلام فقد انقسم الفقه إلى اتجاهين، ذهب أولهما⁽²⁾ إلى منح الموصي الحق في إنشاء وصيته إما باللفظ أو الكتابة، بينما ذهب ثانيهما⁽³⁾ إلى أنّ الوصية تنشأ بالعبرة إذا كان الموصي قادرا عليها، و لا تحل الكتابة محلها إلا إذا كان التصرف بالمراسلة أين تكون المشافهة حينئذ غير ممكنة هذا لأنّ الأصل في الدلالات كلها أن تكون بالألفاظ فلا تنتقل عنها إلى غيرها إلا عند العجز.

و يلاحظ أنّ الفقهاء اختلفوا أيضا حول ما إذا كانت الكتابة كافية وحدها لإثبات الوصية أم لا بدّ من الإشهاد عليها.

فرأى البعض أنّ الوصية المكتوبة تثبت و يحكم بمقتضاها دون حاجة إلى شهادة بصورها من الموصي طالما كان خطه معروفا، فالكتابة تصلح لانعقاد الوصية و لإثباتها في نفس الوقت⁽⁴⁾.

بينما رأى البعض الآخر أنّ الكتابة و إن كانت كافية لإنشاء الوصية إلا أنها غير كافية لإثباتها عند إنكارها من طرف الورثة بل لا بدّ من الشهادة على الخط⁽⁵⁾، و بعض هؤلاء الفقهاء يستلزمون في الشهادة أن تكون على مضمون الوصية و ذلك بأن يقرأ الشهود الوصية أو تقرأ

(1) محمد زكريا البرديسي/ الوصية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1971، ص13.

(2) قال به المالكية.

- يراجع: زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص12.

(3) قال به الحنفية.

- يراجع: محمد أبو زهرة/ شرح قانون الوصية، المرجع السابق، ص12.

(4) هؤلاء الفقهاء هم الحنابلة.

- يراجع: حسين حامد حسان/ أحكام الوصية، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1973، ص24.

(5) و هم جمهور الفقهاء.

- يراجع: حسين صبحي أحمد/ مذكرة في الوصية و الوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1970، ص13.

عليهم ثم يقرها الموصي أو يوقع عليها أمامهم لأنه لو لم يشهد على ما كتب أو أشهد و لكن لم يطلع الشهود عليها لم تنعقد الوصية⁽¹⁾، و منهم من يكتفي بالشهادة على الوصية المختومة بأن يكتب الموصي وصيته و يختتمها ثم يطلع عليها الشهود⁽²⁾.

كما يجوز أن ينعقد الإيجاب بالإشارة المفهومة التي تدل على قصد الموصي حينما يكون هذا الأخير عاجزا عن النطق و غير قادر على الكتابة⁽³⁾.

استنتاجا من كل ما سبق يتبين أن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرون الوصية تصرفا رضائيا و لا يشترطون لانعقادها شكلا معيناً سواء كانت واردة على عقار أو منقول، فتنعقد بمجرد صدورها من الموصي دون حاجة إلى إفراغها في ورقة رسمية، و ذلك بقصد التيسير على الناس فقد تكون الوصية وقت اشتداد المرض أو في ظروف حرجة، و من ثمّ يمكن إنشاؤها بالألفاظ المتعارف عليها عادة أو بالكتابة أو بالإشارة.

و إذا كان الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوصية لأنها تصرف رضائي فإنّ الشكل للإثبات تقتضيه أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما يستفاد من حديث الرسول صلى الله عليه و سلم الذي قال فيه: " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا وصيته مكتوبة عنده"⁽⁴⁾، فكتابة الوصية عمل مطلوب تقتضيه الحياة العملية لأنّ الكتابة تنبئ عن المقصود منها لهذا حتّ الشارع على كتابة الوصية خشية فوات الفرصة لأنه من الحزم و الاحتياط للمسلم أن تكون وصيته مكتوبة عنده إذا كان له شيء يريد أن يوصي به لأنه لا يدرك متى تأتي منيته فتحول بينه و بين ما يريد⁽⁵⁾.

(1) و هو قول الشافعية.

- يراجع: حسين حامد حسان/ أحكام الوصية، المرجع السابق، ص24.

(2) يقصد بهم فقهاء المالكية.

- يراجع: محمد زكريا البرديسي/ الوصية، المرجع السابق، ص14.

(3) زهدور محمد/ الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص65.

(4) رواه خمسة من الصحابة و هم: أبو هريرة و أبو الدرداء و أبو بكر الصديق و خالد بن عبيد و معاذ.

(5) أحمد إبراهيم/ أحكام الهبة و الوصية و تصرفات المريض، المرجع السابق، ص64.

و عليه فإنّ كتابة الوصية حسب فقهاء الشريعة الإسلامية هي متطلبة للإثبات و ليس لقيامها، و من ثمّ يمكن إثبات الوصية بشهادة الشهود أو بإقرار الورثة.

و تجدر الإشارة إلى أنّه حتى بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق و الذي نصّ في المادة 12 منه على وجوب تحرير العقود المتضمنة نقل عقارات أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ظلت الوصية خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية لأنّ المادة المذكورة تخص العقود و لا مجال لتطبيقها على الوصية كون هذه الأخيرة ليست عقدا و إنما تصرفا صادرا من جانب واحد.

يمكن القول في الأخير أنّ الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري سواء كان الموصى به عقارا أو منقولا، فهي تتمّ بكلّ عبارة دالة عليها أو كتابة عرفية أو رسمية لأنّ الرضائية هي الأصل غير أنه ليس هناك ما يمنع الأفراد من كتابة وصاياهم.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوصية الواردة على عقار قبل صدور

قانون الأسرة

رأينا أنّ الوصية قبل صدور قانون الأسرة كانت خاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية و هذا ما استقر عليه القضاء الجزائري، حيث قضى المجلس الأعلى سابقا (المحكمة العليا حاليا) في قرار صادر عنه بتاريخ 20 مارس 1968⁽¹⁾ برفض الطعن على أساس أنّ خيار التشريع الفرنسي المنصوص عليه في الوصية المؤرخة في 30 أكتوبر 1941 ما هو إلا محض تطبيق للمبدأ العام لسلطان الإرادة و لا يجوز إلا في العقود متعددة الجوانب التي يتفق فيها جميع أطرافها على الخضوع لتشريع يختارونه، و إنه لا يسوغ مدّ آثاره إلى عقد أحادي الجانب يمس بحقوق الغير المثبتة بالقانون المطبق طبيعيا، و من ثمّ فإن الحكم المطعون فيه إذ قرر أنّ الوصية المتنازع عليها يجب

⁽¹⁾ قرار م أ غ م، صادر بتاريخ: 1968/03/20، منشور في مج الأحكام (المجموعة الأولى)، ج 1، مديرية التشريع، ص21.

ردّها طبقا لأحكام الشريعة إلى الثلث الجائز من تركة الموصية لم يخالف القانون بل طبقه بالعكس على الوجه اللائق.

و نفس الحكم كرسه في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 01 ديسمبر 1971⁽¹⁾ قضى فيه بما يلي: " حيث إنه لا مجال لتطبيق نظرية حرية الاختيار بين الشريعة الإسلامية و القانون الفرنسي إلا بالنسبة للعقود متعددة الأطراف التي يتفق أصحابها على التنصل من شريعة الإسلام، و لكن القضية الحالية هي بخلاف ذلك فهي وصية و تصرف قانوني مضاف إلى المستقبل و قد تعلق بها حق الغير وهم الوارثون الذين يتلقون حقهم من نصوص قرآنية آمرة، و إنّ تطبيق أحكام القانون الفرنسي يمس بهذه الحقوق مسّا أكيدا، و عليه فلا مجال للقول بوجود حقوق مكتسبة و إنّ تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على النزاع الحالي ليس هتكا لقانون نافذ في الجزائر".

رأينا أيضا أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا الوصية تصرفا رضائيا و لم يشترطوا لقيامها شكلا معينا سواء كانت واردة على عقار أو منقول، فهي تنعقد بمجرد صدورها من الموصي دون حاجة إلى إفراغها في ورقة رسمية.

و بالرجوع إلى القضاء الجزائري يتبين انه استقر على اعتماد الرضائية في الوصايا المبرمة قبل صدور قانون الأسرة، فلم يشترط فيها شكلا معينا سواء كان محلها عقارا أو منقولا و لم يرتب بطلان الوصية الواردة على عقار إذا تخلف الشكل الرسمي فيها⁽²⁾.

(1) قرار م أ غ ق خ، صادر بتاريخ: 1971/12/01، منشور بن ق، ص 100.

(2) و لقد اعتمد القضاء الجزائري نفس الحل بالنسبة للوصية الواجبة إذ لم يشترط فيها شكلا معينا فقضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 1997/11/25، ملف رقم: 173556، منشور في الاج ق ل غ أش لسنة 2001، عدد خاص، ص 325 بما يلي: " من المقرر شرعا أن عقد التنزيل قبل صدور قانون الأسرة كان اختياريًا لا يحتاج إلى شكل رسمي و تقبل فيه شهادة الأقارب.

و متى تبين في قضية الحال أن التنزيل وقع قبل صدور قانون الأسرة من الجد لصالح الأحماد شفويا و بحضور شهود من الأقارب فانه يعتبر صحيحا طبقا للشريعة الإسلامية التي لا تشترط الرسمية في أعمال التبرع بالتنزيل. و عليه فان قضاة المجلس بقضائهم بإلغاء حكم المحكمة لأنّ عقد التنزيل يفتقد للرسمية خالفوا القانون و عرضوا قرارهم للطعن".

و من قبيل ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 30 أبريل 1969⁽¹⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " حيث انه بمقتضى الشريعة الإسلامية لا تخضع الوصية لأي صيغة شكلية و يجوز إثباتها بجميع الطرق".

و ما قضى به في قرار آخر صادر عنه بنفس التاريخ⁽²⁾ و الذي ورد فيه ما يلي: " من المقرر شرعا أنّ الوصية لا تحتاج إلى شكل خاص، كما أنّه يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات".

و نفس المعنى كرسه في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 15 ديسمبر 1971⁽³⁾ و الذي جاء فيه ما يلي: " حيث إنّه خلافا لما يزعمه الطاعنون فإنّ قضاة الاستئناف قد أجابوا عن هذا الاقتراح بقولهم: حيث إنّه من حق المقرر أن يجري ما يراه صالحا من التحقيقات في الخطوط و أن يبدي نظره في ذلك الشأن، و أضافوا قائلين: أنّه لا يمكن أن يعتمد على الخط الموجود برسم الزواج المحرر عشر سنين قبل الوصية، و هو أي الموصي في حالة صحة إذ ربما يكون هناك فرق بين خطه في ذلك الوقت و خطه يوم الوصية، مع أنّ التحقيق المجري قد بيّن بوضوح أنّ التوقيع على الوصية صادر منه من دون مساعدة أي شخص، و في هذا تسبب كاف مما يتعين معه ردّ الوجه".

يتبيّن من هذا القرار أنّ قضاة المجلس الأعلى قبلوا الوصية العرفية المكتوبة بخط يد الموصي و المبرمة قبل صدور قانون الأسرة رغم وجود نزاع فيما بين الورثة حول صحة التوقيع و ذلك بعد أن تبين لهم من التحقيق المجري أنّ التوقيع صادر من الموصي، و لم يرتبوا بطلان الوصية بسبب عدم كتابتها في شكل رسمي.

(1) قرار م أ غ م، الصادر بتاريخ: 1969/04/30، منشور في مج الأحكام (المجموعة الأولى)، ج 1، مديرية التشريع، وزارة العدل، ص 211.

(2) قرار م أ غ م، الصادر بتاريخ: 1969/04/30، منشور بالنشرة السنوية لسنة 1969، ص 293.

(3) قرار م أ غ ق خ، الصادر بتاريخ 1971/12/15، منشور بن ق لسنة 1972، ع 2، ص 79.

الفرع الثاني: الشكل في الوصية الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة

سنتناول في هذا الفرع دراسة الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري من شكل الوصية الواردة على عقار (أولا) ثم نبين بعد ذلك موقف القضاء الجزائري (ثانيا).

أولا: موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوصية الواردة على عقار بعد صدور

قانون الأسرة

يسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا المبرمة بعد تاريخ صدوره.

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 191 منه على ما يلي: " تثبت الوصية:

- 1- بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك.
- 2- و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر به على هامش أصل الملكية".

و مفاد هذا النص أنّ الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، و استثناء بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.

01- إثبات الوصية بعقد رسمي

الأصل أن تثبت الوصية بموجب عقد يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه، و عليه فإنه يتعين على الموصي أن يتقدم لأي مكتب من مكاتب التوثيق ليقوم الموثق بتحرير الوصية مراعيًا في ذلك مجموعة من البيانات منها الخاصة و هي التي تتعلق بذكر نوع التصرف على أنه وصية و ذكر حدود العقار الموصى به و مساحته و الحقوق المتعلقة به و أسماء المالكين السابقين و تاريخ التحويلات المتتالية للملكية⁽¹⁾، و العامة و هي تتعلق بذكر هوية الموصي و الموصى له و الشهود⁽²⁾.

(1) يراجع نص المادة 324 مكرر 4 من ق.م .

(2) يراجع نص المادة 29 من القانون رقم: 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

يجب على الموثق تحرير الوصية بحضور شاهدين وفقا لمقتضيات المادة 324 مكرر3 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الإحتفائية بحضور شاهدين".

و إذا كان المشرع الجزائري لم يحدد العقود الإحتفائية في المادة السالفة الذكر على سبيل الحصر أو وفق معيار معين إلا أن المتفق عليه فقها أن الوصية عقد احتفائي⁽¹⁾ يشترط لتحريره حضور شاهدين و إلا كانت باطلة.

و إته من الضروري في اعتبارنا أن يتدخل المشرع لتحديد العقود الإحتفائية تفاديا لتعدد التفسيرات و التأويلات و ضمانا لاستقرار المعاملات.

أخيرا يتعين أن يوقع كل من الموصي و الموصى له و الشاهدين و الموثق على الوصية بعد أن يتلو هذا الأخير عليهم الصيغة الكاملة للعقد و يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه و كذا النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به⁽²⁾، و يحتفظ الموثق بأصل العقد في مكتبه و يسلم صورة منه لكل من الطرفين⁽³⁾.

باستيفاء هذه الإجراءات تصبح الوصية عقدا رسميا مرتبا لكافة آثاره و نافذا في كافة التراب الوطني حتى يثبت تزويره⁽⁴⁾.

(1) يراجع حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف، المرجع السابق، ص15.

- علاوة بوتغرار/ (المادة 324 مكرر3 بين نصيها العربي و الفرنسي)، المقال السابق، ص10.

(2) يراجع نص المادة 10-9/29 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق.

(3) يراجع نص المادتين 10 و 11 من القانون رقم 02/06 السالف الذكر.

(4) يراجع نص المادتين 324 مكرر5 و 324 مكرر6 من ق.م .

02- إثبات الوصية بحكم قضائي

وفقا لمقتضيات الفقرة الثانية من المادة 191 من قانون الأسرة يمكن إثبات الوصية استثناء بموجب حكم قضائي في حالة وجود مانع قاهر⁽¹⁾، كأن يكون الموصي أثناء إبدائه إيجابه بالإيصاء للموصى له مريضا فلا يستطيع أن ينتقل إلى مكتب التوثيق لتحريه عقد بذلك، أو كأن يوصي شفويا بعقار للموصى له وذلك بحضور شهود غير أنه قد تحصل له وفاة مفاجئة قبل الانتقال إلى مكتب الموثق لتحريه الوصية فعندها يجوز للموصى له الاستعانة بالشهود لإثبات الوصية الشفوية و المانع القاهر، فيرفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة يلتمس فيها إثبات هذه الوصية بموجب حكم قضائي، و بعد صيرورة هذا الحكم نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية، و من ثم يجوز في حالة وجود المانع القاهر إثبات الوصية بجميع طرق الإثبات المقررة قانونا.

و عليه فان الوصية القولية التي تتم شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر تعتبر صحيحة مرتبة لكافة آثارها متى صدر حكم قضائي يثبت صحتها⁽²⁾، علما بأن القاضي لا يقضي بصحة الوصية إلا إذا قام الدليل على وجودها إما بورقة عرفية موقعة من طرف الموصي قبل وفاته أو بتصريح الشهود بوجود هذه الوصية⁽³⁾.

من خلال نص المادة 191 من قانون الأسرة يحق لنا أن نتساءل عما إذا كانت الكتابة شرطا لانعقاد الوصية أم أنها مقررة للإثبات فقط؟

(1) تجدر الإشارة إلى أنّ النص الفرنسي للمادة 191 من ق.أ. يجيز إثبات الوصية بحكم قضائي عند وجود قوة قاهرة (Force majeure) و ليس مانع قاهر مثلما هو وارد في النص العربي. إذن هناك تناقض في هذه المادة بين نصيها العربي و الفرنسي.

(2) بلحاج العربي/ (شروط انعقاد الوصية في قانون الأسرة الجزائري)، مقال منشور بكتابه: أبحاث و مذكرات في القانون و الفقه الإسلامي، ج 1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1996، ص 158.

(3) بن شويخ الرشيد/ الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، ط 1، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008، ص70.

بالرجوع إلى نص المادة السالفة الذكر يتبين أن المشرع الجزائري لم يرتب جزاء بطلان الوصية عند عدم كتابتها في شكل رسمي، و من ثم فالكثابة في الوصية ليست شرط انعقاد وإنما هي شرط للإثبات فقط سواء كان محلها عقارا أو منقولا، و من ثم فإن إقرار الورثة بوصية لم تستوف الشكل الرسمي كاف وحده لإثبات الوصية دون الاشتراط على الموصى له تقديم محرر رسمي بشأنها.

إنّ اشتراط المشرع الجزائري الشكل الرسمي لإثبات الوصية هو لحث الناس على ضرورة الاهتمام بالوصايا و توثيقها و لتفادي المشاكل التي قد تحدث بعد وفاة الموصي بين ورثة هذا الأخير و الموصى له و لحماية الحقوق و صيانتها من الأشخاص الذين يدعون زورا وصايا لا و جود لها معتمدين في ذلك على شهادة شهود مزورة.

ترتبيا على ما سبق فإنّ قانون الأسرة الجزائري يعتبر الوصية تصرفا رضائيا و ليس شكليا و الكتابة المتطلبة فيه هي وسيلة لإثبات الوصية فحسب و ليست ركنا واجبا لانعقادها، و من ثمّ فإنّ الوصية المحررة من طرف الموثق بتصريح الموصي بإرادته المنفردة وصية صحيحة و مرتبة لكافة آثارها القانونية، و تليها في قوة الإثبات الوصية الخطية المقبولة، في حين أنّ الوصية القولية المنعقدة شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر لا بدّ من صدور حكم قضائي يثبت صحتها.

بعد إثبات الوصية بموجب عقد يحرره الموثق أو بموجب حكم قضائي حال وجود مانع قاهر طبقا للمادة 191 من قانون الأسرة فإنّه يتعين تسجيل الوصية الواردة على عقار بمصلحة التسجيل و الطابع بمفتشية الضرائب لتحصيل الخزينة العامة للرسم المقرر، ثمّ تشهر بالمحافظة العقارية بعد وفاة الموصي و قبول الموصى له للوصية حتى تنتقل الملكية من الموصي إلى الموصى له و ذلك طبقا لأحكام قانون الشهر العقاري⁽¹⁾ حماية لمصلحة الموصى له و تحقيقا لاستقرار التعامل و حتى يكون المتعامل مع الموصى له على بينة من مدى صيرورة ملكية الشيء الموصى به خالصة له، سيما و أنّ عدم شهر الوصية الواردة على عقار يتعارض مع أحكام نظام الشهر العيني المتبنى من

(1) يراجع نص المادة 793 من ق.م و المادتين 15 و 16 من قانون إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري الصادر بموجب الأمر رقم 74/75 المؤرخ في: 1975/11/12، منشور في ج ر ، ع 92، لسنة 1975.

قبل المشرع الجزائري و يؤدي إلى اضطراب التعامل في العقار و تشجيع الورثة على التحايل من خلال التصرف في العقارات الموصى بها.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوصية الواردة على عقار بعد صدور

قانون الأسرة

خلصنا فيما سبق إلى أنّ الوصية تثبت بإحدى الطريقتين المنصوص عليهما في المادة 191 من قانون الأسرة و ذلك إما بموجب عقد رسمي يحرره الموثق بناء على تصريح الموصي أمامه أو بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية حالة وجود مانع قاهر، و أنّ الوصية بذلك ليست تصرفا شكليا و إنما تصرفا رضائيا لأنّ الكتابة المتطلبة فيها هي وسيلة لإثبات وجود الوصية فقط و ليست ركنا لانعقادها، و أنّ المشرع لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل الرسمي إذ يمكن إثباتها بالإقرار أو البيّنة.

و لقد أكد القضاء الجزائري على اعتبار الشكل المطلوب في الوصية هو لمجرد الإثبات فحسب و ليس ركنا فيها.

من قبيل ذلك ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 23 ديسمبر 1997⁽¹⁾ الذي جاء فيه ما يلي: " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك، و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم و يؤشر به على هامش أصل الملكية.

و من ثمّ فإنّ قضاة المجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون مما يستوجب رفض الطعن".

(1) قرار م ع غ أش، ملف رقم: 160350، الصادر بتاريخ: 1997/12/23، منشور بـ الاج ق لـ غ أش، ع خاص، سنة 2001، ص 295.

و ما قضت به أيضا في قرار لاحق صادر بتاريخ 16 جانفي 2008⁽¹⁾ و الذي ورد فيه ما يلي: " حيث انه يتبين فعلا بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أنّ قضاة المجلس أسسوا قرارهم على أنّ الوصية الشفوية التي تطالب الطاعنة بإثباتها عن طريق القضاء غير ممكنة لأنه يجب إفراغها في الشكل الرسمي و التصريح بها أمام الموثق. و حيث إنّ هذا التسبيب خاطئ و يخالف نص المادة 191 / 2 من قانون الأسرة التي تنص على أنّ الوصية تثبت بحكم في حالة وجود مانع قاهر، و بالتالي فإنّ قضاة المجلس قد خالفوا نص تلك المادة لما اشترطوا إفراغ الوصية في الشكل الرسمي وهي الحالة المنصوص عليها في المادة 1/191 من نفس القانون، ذلك أنّ الوصية قد تكون بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك و في حالة وجود مانع قاهر يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات".

يتبين ممّا سبق أنّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا استقر في قراراته على تطبيق أحكام المادة 191 من قانون الأسرة و ذلك باشتراط الشكل الرسمي لإثبات الوصية كأصل عام و إثباتها حالة وجود مانع قاهر بجميع طرق الإثبات.

(1) قرار م ع غ أ ش، ملف رقم: 413209، الصادر بتاريخ: 2008/01/16، منشور ب م م ع لسنة 2008، ع 2، ص 303.

المبحث الثاني:

الشكلية في الوقف الوارد على عقار

إنّ مسألة الشكل في الوقف الوارد على عقار تقتضي التعرض لمفهوم الوقف (المطلب الأول) ثمّ بيان موقف المشرع و القضاء الجزائريين من الشكل بالنسبة للوقف الذي محله عقار (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الوقف

لتحديد مفهوم الوقف يتعيّن بداية تعريفه (الفرع الأول) ثمّ بيان طبيعته القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الوقف فقها وقانونا

يجب قبل كلّ شيء القيام بعرض التعريفات المختلفة للوقف في الفقه الإسلامي (أولا) ثمّ التعرض لتعريفه في القانون الوضعي (ثانيا).

أولا: تعريف الوقف في الفقه الإسلامي

لقد اختلفت التعريفات التي أعطيت في إطار الفقه الإسلامي للوقف.

فقد عرفه الإمام أبو حنيفة بأنّه: " حبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر في الحال أو المآل"⁽¹⁾.

و مفاد هذا التعريف أنّ الوقف لا يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه، بل يبقى في ملكه يجوز له التصرف فيه بكل أنواع التصرفات، وإذا مات الواقف كان الموقوف ميراث لورثته،

(1) أحمد فراج حسين/ أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 235.

- و يراجع أيضا: محمد مصطفى الشلبي/ أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 303- 304.

إذن فكل ما يترتب على الوقف هو تبرع بالمنفعة فقط، و من ثمّ فإنّ الوقف غير لازم إذ يجوز للواقف أن يرجع في وقفه متى شاء⁽¹⁾.

و يستند أبو حنيفة في رأيه على حجتين:

الحجة الأولى: قول الرسول صلى الله عليه وسلم: " لا حبس عن فرائض الله"⁽²⁾، إذ أنّه يرى أنّه لو كان الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك الواقف، لكان حبسا عن فرائض الله لأنّه يحول بين الورثة و بين أخذ نصيبهم المفروض.

غير أنّ هذا الحديث ضعّفه بعض الفقهاء⁽³⁾، إضافة إلى أنّ المراد به إبطال عادة الجاهلية بقصر الإرث على الذكور الكبار دون الإناث والصغار.

الحجة الثانية: ما روي عن القاضي شريح أنّه قال: جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ببيع الحبس، إذ يرى أبو حنيفة أنّه ليس لنا أن نستحدث حبسا آخر لأنّه غير مشروع.

لكن الحبس الممنوع هو ما كان يحبس للأصنام والأوثان، و قد جاء الرسول صلى الله عليه وسلم ببيعه وإبطاله قضاء على الوثنية⁽⁴⁾، أمّا الوقف فهو نظام إسلامي محض.

(1) و هذا ما أكد عليه القضاء الجزائري بحيث قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر عن الغرفة العقارية بتاريخ: 2001/12/19، ملف رقم 223224، منشور بـ الاج ق لـ غ ع لسنة 2004، ج 1 ، ص 147 بما يلي: " من الثابت شرعا أنّ عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي...".

(2) رواه الدار قطني عن ابن عباس، مشار إليه في: وهبة الزحيلي/ الوصايا والأوقاف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 154.

(3) محمد أبو زهرة/ محاضرات في الوقف، ط 2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1971، ص 50.

(4) أحمد فراج حسين/ أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 236.

و عرفه جمهور الفقهاء بأنه: " حبس العين على أن تكون مملوكة لأحد من الناس وجعلها على حكم الله تعالى، و التصدق بالمنفعة على جهة من جهات البر ابتداء و انتهاء"⁽¹⁾.

فهم – على خلاف أبي حنيفة – يرون أنّ الوقف يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف ويمنعه من التصرف في العين الموقوفة سواء بعوض أو بغير عوض، وإذا مات الواقف فلا يورث المال الموقوف لورثته، و بهذا تثبت صفة اللزوم للوقف إذ لا يجوز للواقف الرجوع عنه.

و قد استدل جمهور الفقهاء في رأيهم على الحجج التالية:

الحجة الأولى: حديث ابن عمر أنّ عمر بن الخطاب أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال يا رسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندي منه فما تأمرني؟ فقال: إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها فتصدق بها على الفقراء و ذوي القربى والرقاب والضعيف و ابن السبيل على ألا تباع و لا توهب و لا تورث.

الحجة الثانية: استمرار عمل الأمة منذ صدر الإسلام إلى الآن على وقف الأموال على وجوه الخير، و منع التصرف فيها من الواقف و غيره.

الحجة الثالثة: اعتبر جمهور الفقهاء أنّ حبس الأعيان فيه من المصلحة العامة و الخاصة ما يجعله يتفق و المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، لأنّه يمكن من إقامة دور العبادة و العلاج و العلم و البرّ بالفقراء و التعاون على البرّ و التقوى⁽²⁾.

(1) أحمد محمود الشافعي/ الوصية والوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 2000، ص 153.

(2) أحمد فراج حسين/ أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 237.

و عرفه المالكية بأنه: " حبس العين عن التصرفات التمليكية مع بقائها على ملك الواقف و التبرع اللازم بريعتها على جهات البر"⁽¹⁾.

يلاحظ من هذا التعريف أنّ المالكية التزموا موقفا وسطا بين المذهبين السابقين، إذ أنّه متى تمّ الوقف عندهم يمنع الواقف من التصرف في العين الموقوفة، و يلزم بالتصدق بالمنفعة مع بقاء العين على ملكه⁽²⁾.

فهم يتفقون مع مذهب أبي حنيفة في أنّ العين الموقوفة لا تخرج عن ملك الواقف بل تبقى على ملكه و مع جمهور الفقهاء و ذلك بأن يمنع الواقف من التصرف فيها بالتصرفات الناقلة للملكية، و يلتزم بالتصدق بمنفعتها و لا يجوز له الرجوع في الوقف⁽³⁾.

تلك هي التعريفات التي جاء بها فقهاء الشريعة الإسلامية بصدد الوقف، فبأيّ تعريف أخذ المشرع الجزائري؟

(1) محمد مصطفى الشلبي/ أحكام الوصايا و الأوقاف، المرجع السابق، ص 305.

(2) أحمد محمود الشافعي/ الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 153.

- وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي، ط 2، دار الفكر، دمشق- سوريا، 1993، ص 156.

(3) يراجع قرار م ع غ ع، ملف رقم: 223224، الصادر بتاريخ: 2001/12/19 و المشار إليه سابقا و الذي ورد فيه ما يلي: " من الثابت شرعا أنّ عقد الحبس لا يجوز التراجع عنه إلا إذا تم وفقا للمذهب الحنفي و لما كان الحبس في دعوى الحال تم على المذهب المالكي الذي لا يجيز التراجع عن الحبس، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم كما فعلوا يكونون قد أسأؤوا تطبيق القانون".

ثانيا: تعريف الوقف في القانون الجزائري

عرّف المشرع الجزائري الوقف في قانون الأسرة في المادة 213 منه كالآتي: " الوقف حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد و التصدق".

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أخرج المال الموقوف عن ملك الواقف بعد تمام الوقف، و منعه من التصرف في العين الموقوفة و ذلك على وجه التأييد و التصدق⁽¹⁾، و هو بهذا التعريف يكون قد أخذ برأي جمهور الفقهاء، غير أنّ هذا الرأي جعل ملكية الوقف على حكم الله سبحانه و تعالى بخلاف المشرع الجزائري الذي بالرغم من أنه أخرج المال الموقوف عن ملك واقفه أو أيّ شخص آخر كالموقوف عليهم إلا أنّه لم يحدد صراحة إلى من تؤول هذه الملكية⁽²⁾.

و عرّفه في المادة الثالثة من القانون رقم 10/91 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف⁽³⁾ بأنّ: " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

يلاحظ أنّ هذا التعريف هو ذاته الوارد بنص المادة 213 من قانون الأسرة، إلا أنّ المشرع خص الوقف بحبس المال بصفة عامة في قانون الأسرة بينما حدد الوقف في حبس العين عن التملك في قانون الأوقاف، كما أنّه استغنى عن عبارة " لأيّ شخص " وأضاف عبارة " المنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر و الخير " مقتديا في ذلك بتعريف فقهاء الشريعة الإسلامية،

(1) و لقد اعتمد القضاء الجزائري نفس التعريف بحيث قضت م ع في القرار الصادر عنها بتاريخ 1998/05/19 و المنشور بـ م ق لسنة 2000، ع 1 ، ص 178 بما يلي: " الوقف هو حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد و التصديق".

(2) تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري منح الوقف شخصية معنوية مستقلة عن الواقف و الموقوف له.

- لمزيد من التفاصيل: يراجع ما سيتم شرحه في صفحة 354 و ما يليها من هذه الرسالة.

(3) منشور في ج ر ، ع 21، س 28، الصادرة في: 1991/05/08.

و من ثم فإنّ هذا التعريف الوارد في قانون الأوقاف أكثر وضوحاً من التعريف الوارد في قانون الأسرة لأنّه بيّن جلياً أنّ التصديق يكون بالمنفعة فقط و ليس بالعين الموقوفة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوقف

لقد تناولنا في الفرع السابق تعريف الوقف فقهاً و قانوناً، و سنحاول فيما يلي أن نتعرض للتكييف القانوني لطبيعته. هل يعتبر عقداً أم تصرفاً بالإرادة المنفردة؟ (أولاً)، هل ينصب على المنفعة أم يهدف إلى تمليك المال الموقوف؟ (ثانياً)، هل يتمتع الوقف بالشخصية المعنوية؟ (ثالثاً).

أولاً: الوقف تصرف بالإرادة المنفردة

تجدر الإشارة بدايةً إلى أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية اختلفوا فيما يعدّ ركناً في الوقف و ما يعتبر من شروطه، و ذلك تبعاً لاختلاف نظرة كلّ منهم إلى مدى قيام الوقف بالصيغة وحدها من عدمه.

فالذين يرون أنّ الوقف يمكن أن ينشأ بالصيغة وحدها جعلوها الركن الوحيد له⁽²⁾ و أمّا الذين يرون أنّ الصيغة لا تكفي وحدها لإنشاء الوقف فقرّروا أنّ للوقف أركاناً أربعة⁽³⁾ و هي: الواقف و الموقوف و الموقوف عليه و الصيغة الدالة على إنشائه.

(1) محمد كنازة/ الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و القرارات القضائية، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 11.

(2) هذا الاتجاه قال به الأحناف و يعرف الركن عند أصحاب هذا الرأي أنّه: جزء الشيء الذي لا يتحقق إلا به أو ما به قوام الشيء.

- يراجع: وهبة الزحيلي/ الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 159.

(3) هذا الاتجاه قال به جمهور الفقهاء من مالكية و شافعية و حنابلة، وهم على خلاف ذلك يعرفون الركن بأنّه: ما لا يتم الشيء إلا به سواء كان جزء منه أم لا.

- يراجع: محمد مصطفى الشلبي/ أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 324.

و أمّا المشرع الجزائري فقد أخذ بالرأي الفقهي الثاني فنصّ في المادة التاسعة من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " أركان الوقف هي:

1- الواقف،

2- محل الوقف،

3- صيغة الوقف،

4- الموقوف عليه".

و عليه فالكلّ متفق على أنّ الصيغة ركن و أنّ الوقف يوجد و يتحقق بها، فما المقصود بالصيغة؟ هل هي إيجاب من الواقف فقط أم لا بدّ من اقتران إيجاب الواقف بقبول الموقوف عليه؟

اتفق الفقهاء على أنّ الوقف من التصرفات التي توجد بإرادة منفردة⁽¹⁾، أي أنّه يتحقق بوجود الإيجاب من الواقف فقط، و هو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري إذ نصّ في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " الوقف عقد التزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة".

يعاب على هذا التعريف أنّ المشرع استعمل عبارة: " عقد" و " التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة" رغم اختلافهما في المعنى، ذلك أنّ العقد يعني تطابق إيجاب الواقف مع قبول الموقوف عليه، في حين أنّ الوقف لا ينعقد بتطابق الإيجاب و القبول حتى يسمى عقدا و إنما ينعقد بإرادة الواقف وحده، علما بأنّ الصياغة الفرنسية لذات المادة⁽²⁾ لم تتضمن عبارة " عقد" و إنما تضمنت و عن صواب عبارة " تصرف قانوني صادر من جانب واحد"، الأمر الذي يقتضي من المشرع حذف عبارة عقد كونها في غير محلها.

(1) محمد تقيّة/ الإرادة المنفردة كمصدر الالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1984، ص228.

(2) L'article 4 de la loi 91/10 : " Le wakf est un acte par lequel une volonté individuelle s'engage à faire une donation".

و إذا كان الوقف ينشأ بإرادة الواقف المنفردة فما قيمة القبول في الوقف؟

لمعرفة مكانة القبول في الوقف علينا أن نفرق بين مرحلتين: الأولى في قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 و الثانية في ظلّ القانون رقم 10/02⁽¹⁾ الصادر في 14 ديسمبر 2002 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91.

فبالرجوع إلى أحكام المادة 13 الفقرة الثانية من القانون رقم 10/91 يتضح لنا أنّ المشرع الجزائري لم يعتبر القبول ركنا في الوقف و إنما اعتبره شرطا لاستحقاقه متى كان الموقوف عليه شخصا طبيعيا و موجودا و هذا الحكم يتماشى و قواعد التصرفات الصادرة من جانب واحد⁽²⁾، أما إذا كان الموقوف عليه شخصا معنويا فلا يشترط قبوله للوقف و إنما يشترط فيه ألا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية.

و إنّ عدم قبول الموقوف عليه الوقف الخاص لا يؤدي إلى بطلانه و إنما يبقى صحيحا طالما أنّ الوقف تصرف بالإرادة المنفردة يكفي لقيامه بإيجاب الواقف فقط ، غير أنّه يتحوّل إلى وقف عام وفقا لمقتضيات المادة السابعة من نفس القانون⁽³⁾.

أمّا بالرجوع إلى القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 فنجد المشرع عدّل نص المادة 13 لتصبح كالآتي: " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون، هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية" الأمر الذي يستفاد منه أنّ الموقوف عليه أصبح دائما شخصا معنويا، و حذف الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف و التي كانت تشترط قبول الشخص الطبيعي للوقف لاستحقاقه، كما ألغى نصّ المادة السابعة

⁽¹⁾ منشور في ج ر، ع 21، س 45، الصادرة في: 2002/04/23.

⁽²⁾ زواوي فريدة/ (نظرات في قانون الأوقاف)، ج 1، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، ع 1، سنة 2009، ص 205.

⁽³⁾ نصّ المشرع في المادة السابعة من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " يصير الوقف الخاص وقفا عاما إذا لم يقبله الموقوف عليهم".

من القانون رقم 10/91 السالفة الذكر، و من ثمّ نستنتج أنّ القبول لم يعد ركنا في الوقف و لا شرطا لاستحقاقه.

استنتجا لكلّ ما سبق يتبيّن أنّ المشرع الجزائري اعتبر الوقف تصرفا بالإرادة المنفردة يكفي لقيامه إيجاب من الواقف فقط، أمّا القبول فليس ركنا في الوقف و لا شرطا لاستحقاقه.

ثانيا: الوقف ينصب على المنفعة

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري، فإنّنا نجد المشرع نصّ في المادة 213 منه على أنّ: " الوقف حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد والتصديق"، و نصّ في المادة الثالثة من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير"، و نصّ في المادة 17 من نفس القانون على ما يلي: " إذا صح الوقف زال حق ملكية الواقف و يؤول حق الانتفاع إلى الموقوف عليه في حدود أحكام الوقف و شروطه".

يستفاد من هذه المواد مجتمعة أنّ الوقف ينصب أصلا على المنفعة و لا يهدف إلى تمليك الشيء الموقوف، و بالتالي لا يكون للموقوف عليه إلا الانتفاع بالوقف و لا تنتقل إليه ملكية المال الموقوف من الواقف عكس ما هو عليه الحال في التبرعات الأخرى مثل الهبة و الوصية⁽¹⁾.

كما أنه لا يجوز للواقف كقاعدة عامة أن يتصرف في المال الموقوف بالتصرفات الناقلة للملكية من بيع أو هبة أو تنازل⁽²⁾ إلا استثناء في بعض الحالات التي يجوز فيها استبدال العين

(1) و لقد اعتمد القضاء الجزائري نفس الموقف إذ قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 2000/05/31، ملف رقم: 195280، منشور بـ الاج ق لـ غ ع ، ج 1 لسنة 2004، ص 138 بما يلي: " الحبس يعد من أعمال التبرع التي يستفيد المحبس له من حق الانتفاع فقط".

(2) تنص المادة 23 من قانون الأوقاف على ما يلي: " لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي المنتفع به بأية صفة من صفات التصرف سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل أو غيرها". =

الموقوفة بملك آخر في حالات خاصة و بشروط محدودة و ذلك وفقا لمقتضيات المادتين 23 و 24 من قانون الأوقاف رقم 10/91.

نتيجة لكلّ هذا فإنّ الوقف يشبه حق الانتفاع في أنّ كلا منهما ينصب على المنفعة بالشيء غير أنهما يختلفان في أنّ حق الموقوف عليه في الوقف حق شخصي في حين أنّ حق المنتفع هو حق عيني⁽¹⁾.

و يترتب على اعتبار الوقف حقا شخصيا و حق الانتفاع حقا عينيا النتائج التالية:

- أنّ المنتفع له حق عيني يقع مباشرة على الشيء المنتفع به و لا يتوسط بينهما مالك الشيء⁽²⁾، و بهذا يتميز عن حق الموقوف عليه الذي يلزم فيه الواقف بتمكينه من الانتفاع بالمال الموقوف فيتوسط الواقف بين الموقوف له و المال الموقوف.

- أنه يجوز للمنتفع رهن حق الانتفاع رهنا رسميا أو حيازيا حسب الأحوال⁽³⁾، بينما لا يجوز للموقوف عليه رهن الوقف و إنّما يمكنه جعل حصته ضمانا للدائنين في المنفعة فقط أو في الحصة العائدة إليه وفقا لمقتضيات المادة 21 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف.

= كما تنص المادة 24 من نفس القانون على ما يلي: " لا يجوز أن تعوض عين موقوفة أو يستبدل بها ملك آخر إلا في الحالات الآتية:

- حالة تعرضه للضياع أو الاندثار.
 - حالة فقدان منفعة الملك الوقفي مع عدم إمكان إصلاحه.
 - حالة ضرورة عامة كتوسيع مسجد أو مقبرة أو طريق عام في حدود ما تسمح به الشريعة الإسلامية.
 - حالة انعدام المنفعة في العقار الموقوف و انتفاء إتيانه بنفع قط شريطة تعويضه بعقار يكون مماثلا أو أفضل منه.
- تثبت الحالات المبينة أعلاه بقرار من السلطة الوصية بعد المعاينة و الخبرة".
- (1) براهيمى نادية/ الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم القانونية، جامعة بن عكنون- الجزائر، 1995، ص177.
- (2) عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق)، ج 9، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968، بند 477، ص 1201.
- (3) إذا كان محل حق الانتفاع عقارا فيتم رهنه رهنا رسميا أما إذا كان منقولا فيتم رهنه رهنا حيازيا.

- أنه إذا تنازل المنتفع عن حق الانتفاع للغير فإنه ينزل عن حق عيني لا يقتضي تدخل المالك، بينما لا يمكن للموقوف عليه التنازل عن الوقف العام⁽¹⁾ إلا لجهة من جهات الخير الموقوف عليها أصلا و بعد الحصول على موافقة صريحة من السلطة المكلفة بالأوقاف⁽²⁾.

خلاصة لما تقدّم فإنّ الوقف ينصبّ على الانتفاع بالشيء الموقوف، لذا يقصد بالانتفاع بالوقف استغلال المال الموقوف للحصول على منافعه أو غلاته وفقا لما تسمح به طبيعة الشيء الموقوف و إرادة الواقف و مقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات المحددة قانونا⁽³⁾، فإذا كان الشيء الموقوف مسكنا تمّ الانتفاع به عن طريق شغله أو الانتفاع بأجرته إذا أجره، أمّا إذا كان أرضا زراعية فينتفع بها عن طريق زراعتها أو غرسها أشجارا.

(1) تجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري ألغى المادة 19 من القانون رقم 10/91 بموجب القانون رقم 10/02 الصادر بتاريخ 2002/12/14، و المنشور ب ج ر ، ع 83 لسنة 2002 ، والتي كانت تنص على ما يلي: " يجوز للموقوف عليه في الوقف الخاص التنازل عن حقه في المنفعة و لا يعتبر ذلك إبطالا للوقف".

- إذن فقد ألغى المشرع الجزائري هذه المادة التي كانت تجيز للموقوف عليه - في الوقف الخاص - التنازل عن حقه في المنفعة وأبقى فقط على إمكانية التنازل في الوقف العام.

(2) يراجع نص المادة 20 من القانون رقم 10/90 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1990 المتعلق بالأوقاف.

(3) طبقا لمقتضيات المادتين 18 و 45 من قانون الأوقاف.

- و لمعرفة طرق استثمار الأملاك الوقفية يراجع نص المواد 26 و ما يليها من القانون رقم 07/01 المؤرخ في: 2001/05/22 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91 المتضمن قانون الأوقاف، منشور في ج ر ، ع 29 ، س 38 ، الصادرة في: 2001/05/23.

ثالثا: الشخصية المعنوية للوقف

تنصّ الفقرة الخامسة من المادة 49 من القانون المدني⁽¹⁾ على ما يلي: " الأشخاص الاعتبارية هي: ... الوقف"، و تنصّ المادة الخامسة من قانون الأوقاف على ما يلي: " الوقف ليس ملكا للأشخاص الطبيعيين ولا الاعتباريين، و يتمتع بالشخصية المعنوية و تسهر الدولة على احترام إرادة الواقف و تنفيذها".

مفاد هاتين المادتين أنّ للوقف شخصية معنوية مستقلة عن الشخص المستحق له، و إنّ إضفاء المشرع صفة الشخصية المعنوية على الوقف يضع حدا للجدل الفقهي الذي كان مطروحا حول تحديد الجهة التي يؤول إليها الملك الوقفي أهو الواقف أم الموقوف عليه أم في حكم الله تعالى⁽²⁾ ؟

و من نتائج الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف إضفاء الطابع المؤسساتي عليه ممّا يجعله يخدم فكرة التأييد، ذلك أنّ المؤسسات أكثر دواما من الشخص الطبيعي و عملها أكثر تنظيما و تمتاز بإمكانية التخطيط و حسن استغلال الموارد و حصر النفقات و كذا تسهيل إمكانية المحاسبة و التقييم من خلال الوسائل الحديثة و تفعيل الرقابة الداخلية و الخارجية من مختلف المؤسسات المخولة قانونا بذلك و أيضا منح المجال للدولة للإشراف على الوقف و تسييره مركزيا و لا مركزيا⁽³⁾.

⁽¹⁾ هذا هو النص الجديد للمادة 49 من ق م التي تم تعديلها بموجب المادة 21 من القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم، منشور في ج ر، ع 44، س 42، الصادرة في: 2005/06/26.

⁽²⁾ رمول خالد/ الإطار القانوني والتنظيمي لأماكن الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر، 2004، ص 51.

⁽³⁾ محمد كنانة/ الوقف العام في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 34.

إن الاعتراف بالشخصية الاعتبارية للوقف يضمن له الاستقلال المالي و الإداري من خلال تمتعه بذمة مالية مستقلة عن ذمة الواقف و الموقوف عليه و تمثيله أمام القضاء من طرف ممثل قانوني يتصرف باسمه و يتولى إدارته⁽¹⁾ يسمى ناظر الوقف⁽²⁾.

تتمثل مهام ناظر الوقف⁽³⁾ في السهر على الملك الوقفي و المحافظة عليه و صيانتة و ترميمه و إعادة بنائه عند الاقتضاء و القيام بكل عمل يفيد المال الوقفي و يدفع الضرر عنه، كما يسهر على تحصيل عائداته و أداء حقوق الموقوف عليهم بعد خصم نفقات المحافظة على الوقف و خدمته المثبتة قانوناً، كما يهدف إلى استثمار الأملاك الوقفية وفقاً لإرادة الواقف و طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية حسب الكيفيات المحددة قانوناً⁽⁴⁾.

(1) تنص المادة 33 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " يتولى إدارة الأملاك الوقفية ناظر الوقف حسب كيفيات تحدد عن طريق التنظيم".

(2) و قد أصدر المشرع الجزائري بتاريخ 1998/12/01 المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في: 1998/12/01 المحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كيفيات ذلك، منشور بـ ج، ر، ع 90 ، س35، الصادرة في: 1998/12/02، و قد نص فيه على شروط تعيين ناظر الوقف و حقوقه و كيفية أداء مهامه و انتهائها.

(3) يراجع نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98.

(4) تنص المادة 45 من القانون رقم 07/01 الصادر بتاريخ 22 ماي 2001 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 و المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " تستغل وتستثمر وتنمى الأملاك الوقفية وفقاً لإرادة الواقف و طبقاً لمقاصد الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف حسب الكيفيات التي حددها هذا القانون و الأحكام القانونية غير المخالفة له".

و يمارس ناظر الوقف الخاص⁽¹⁾ مهامه حسب شروط الواقف طبقا لأحكام القانون، و يعتبر مسؤولا أمام الموقوف عليه و الواقف و الجهة المكلفة بالأوقاف⁽²⁾.

أمّا ناظر الوقف العام⁽³⁾ فيمارس مهامه تحت رقابة و إشراف وكيل الأوقاف في مقاطعته و ناظر الشؤون الدينية⁽⁴⁾، و بالنسبة للجزائر فقد عهد بنظارة الأملاك الوقفية العامة لوزارة الشؤون الدينية و الأوقاف التي أسست بدورها لجنة مركزية للأوقاف لهذا الغرض طبقا لنص المادة التاسعة من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في أول ديسمبر 1998 والمحدد لشروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك⁽⁵⁾، أمّا على المستوى المحلي فيمثل الوقف العام المدير الولائي للشؤون الدينية والأوقاف، فوكيل الوقف، فناظر الملك الوقفي و الذي يقوم بدور النظارة المباشرة للوقف و يمارس مهامه كأجير لدى الوزارة، و من ثم فإنّ الممثل القانوني للوقف العام في

(1) الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف أول الأمر على معين سواء كان واحدا أو أكثر سواء كانوا معينين بالذات كأحمد و إبراهيم و محمود أو معينين بالوصف كأولاده أو أولاد فلان سواء كانوا أقارب أم لا، ثمّ من بعد هؤلاء المعينين على جهة بر.

- محمد مصطفى الشلبي/ أحكام الوصايا والأوقاف، المرجع السابق، ص 318.

- و قد عرفه المشرع الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 06 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف الملغاة بما يلي: " الوقف الخاص هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور و الإناث أو على أشخاص معينين ثمّ يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم".

(2) يراجع نص المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98 المشار إليه سابقا.

(3) عرف المشرع الجزائري الوقف العام في المادة 06 من القانون رقم 10/02 المؤرخ في 14 ديسمبر 2002 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 و المتعلق بالأوقاف، المنشور بـ ج ر، ع 21، س 45، الصادرة بتاريخ: 2002/04/23 بما يلي: " الوقف العام هو ما حبس على جهات خيرية من وقت إنشائه و يخصص ريعه للمساهمة في سبيل الخيرات و هو قسمان:

- وقف يحدد فيه مصرف معين لريعه فيسمى وقفا عاما محدد الجهة ولا يصح صرفه على غيره من وجوه الخير إلا إذا استنفذ.

- وقف لا يعرف فيه وجه الخير أرادته الواقف فيسمى وقفا عاما غير محدد الجهة ، و يصرف ريعه في نشر العلم وتشجيع البحث فيه وفي سبيل الخيرات".

(4) يراجع نص المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 381/98.

(5) منشور في ج ر ، ع 90 ، س 35، الصادرة بتاريخ: 1998/12/02.

القانون الجزائري هو وزير الشؤون الدينية و الأوقاف و له أن يفوض هذه السلطات للهيئات المختصة في وزارته⁽¹⁾.

نستنتج من كل ما تقدّم أنّ الوقف التزام تبرعي صادر عن إرادة منفردة للواقف ينتقل بموجبه حق الانتفاع بالشيء الموقوف من الواقف إلى الموقوف عليه دون مقابل ابتغاء وجه الله تعالى، و الوقف يتمتع بشخصية معنوية تضمن له الاستقلال المالي و الإداري عن ذمة الواقف و الموقوف عليه.

المطلب الثاني: الشكل في الوقف الوارد على عقار

بما أنّ الوقف في بلادنا خضع لعدّة أنظمة، فإنّ الأمر يقتضي التطرق إلى الشكل الواجب توافره في الوقف الوارد على عقار في ظلّ هذه الأنظمة، و تبعا لذلك سنتناول شكل الوقف قبل صدور قانون الأسرة (الفرع الأول)، و بعد صدوره (الفرع الثاني)، ثمّ أتعرض لشكل الوقف في ظل قانون الأوقاف (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الشكل في الوقف الوارد على عقار قبل صدور قانون الأسرة

لتحديد شكل الوقف الوارد على عقار قبل صدور قانون الأسرة سنقوم بداية بدراسة موقف الشريعة الإسلامية من هذا الشكل (أولا) ثمّ نبيّن بعد ذلك موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة (ثانيا).

أولا : موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوقف الوارد على عقار

قبل صدور قانون الأسرة كان الوقف يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية⁽²⁾، و بتقصي آراء المذاهب الإسلامية نجدتها تعتمد الرضائية أصلا من أصول التعاقد و التصرفات الصادرة من

(1) محمد كنانة/ الوقف العام في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 36.

(2) و هذا طبقا لنص المادة 2/1 من القانون المدني التي تنص على ما يلي: " و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية...".

جانب واحد، و من ثم يكفي لقيام الوقف باعتباره تصرفا صادرا من جانب واحد صدور الإيجاب من الواقف دون الحاجة إلى إتباع إجراءات شكلية معينة.

يتحقق الإيجاب في الوقف بكل لفظ أو كتابة أو إشارة تنطوي على قصد الواقف على أنه يريد حبس العين عن التملك و التصدق بمنفعتها على جهة من جهات البر و الخير.

و ينعقد الإيجاب إما باللفظ الصريح كأن يقول الواقف " وقفت " أو " حبست أرضي على المساكين أو لله تعالى أو على وجه الخير و البر " ، أو بكل لفظ يفيد معناه ضمنا و مثاله أن يقول الواقف " تصدّقت " أو " أبّدت " أو " جعلت هذا المال للفقراء أو في سبيل الله " شريطة أن تقتصر الصيغة بقريضة تفيد معنى الوقف، فلا يصح إلا إذا اقترنت كلمة التصدق بعبارة لا تحتمل غير الوقف كأن يقول الواقف: " تصدّقت بالشيء صدقة موقوفة أو محبوسة أو مسبلة أو جارية أو صدقة لا تباع و لا توهب".

يصح الوقف أيضا بالفعل الدال عليه عرفا⁽¹⁾، كأن يأذن الواقف للناس بالصلاة في الموضع الذي بناه مسجدا، أو يجعل أرضه مقبرة و يأذن بالدفن فيها.

يجوز أن ينعقد الوقف بالإشارة أيضا بشرط أن تكون دالة على المقصود منها و أن تكون صادرة من غير القادر على الكلام أو الكتابة⁽²⁾.

كما يجوز أن ينعقد الإيجاب بالكتابة و إن كان الواقف قادرا على التعبير عن إرادته بالكلام، إلا أن جمهور الفقهاء اعتبروا أنّ الكتابة غير كافية وحدها دون أن يتلفظ الواقف بها أو يُشهد أحدا عليها خوفا من احتمال التزوير⁽³⁾.

(1) وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 204.

(2) أحمد فراج حسين/ أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 245.

(3) براهيمى نادية/ الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص 75.

يستخلص ممّا سبق ذكره أنّ الشريعة الإسلامية تعتبر الوقف تصرفاً رضائياً لا يشترط فيه شكل معيّن⁽¹⁾، فينعقد الوقف - الوارد على المنقول أو العقار على حدّ سواء - بصور الإيجاب من الواقف دالاً على إرادته ورغبته يستوي في ذلك أن يكون التعبير باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل دون حاجة لإفراغه في ورقة رسمية.

و صيغ التصرفات بوجه عام تصدر من أصحابها في أشكال مختلفة، و لقيام الوقف صحيحاً اتفق الفقهاء على شروط محددة يجب أن تتوافر في صيغة الوقف منها:

01- أن تكون الصيغة منجزة

يشترط لصحة الوقف أن تكون صيغته منجزة غير معلقة على شرط و لا مضافة إلى وقت في المستقبل، و الصيغة المنجزة هي تلك الدالة على إنشاء الوقف و ترتيب آثاره في الحال⁽²⁾، و مثاله قول الواقف: " وفتت هذه الأرض على مسجد بلدتي".

أمّا الصيغة المعلقة فهي لا تدلّ على إنشاء الوقف من حين صدوره، و إنما تعلقه على أمر يحدث في المستقبل⁽³⁾، و صيغ التصرفات ثلاثة:

(أ) إذا كان التعليق على أمر محقق الوقوع عند صدور الوقف، في هذه الحالة يصح الوقف لأنّ التعليق صوري و الصيغة في حقيقتها منجزة⁽⁴⁾، مثل قول الواقف: " إذا كانت هذه الأرض ملكي و كانت ملكه وقت التكلم فهي وقف على فقراء البلدة".

(1) وليد رمضان عبد التواب/ الوقف شرعا و قانونا، ج 1، ط 1، دار شادى للموسوعات القانونية، القاهرة، 2008، ص 110.

(2) أحمد فراج حسين/ أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 249.

(3) أحمد فراج حسين/ المدخل للفقّه الإسلامي: تاريخ الفقّه الإسلامي الملكية و نظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، 2001، ص 284.

(4) محمد كمال الدين إمام/ الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 249.

ب) إذا كان التعليق على أمر محتمل الوجود و لكنه معدوم عند صدور الوقف فلا يصح الوقف⁽¹⁾، كما لو قال شخص: " داري صدقة موقوفة على فلان إن ملكتها" كان هذا الوقف غير صحيح و لو ملكها بعد ذلك لأنه لم ينشئ بعبارة وقفها و إنما علقه على أمر معدوم.

ج) إذا كان التعليق على موت الواقف، فيعتبر التصرف وصية بالوقف و يأخذ حكم الوصية فيلتزم الورثة بتنفيذها بعد موته إذا مات مصرا عليها من غير رجوع⁽²⁾.

أما بالنسبة للصيغة المضافة فهي تدل على إنشاء الوقف في الحال مع تراخي آثاره و حكمه إلى زمن مستقبل، و حكم هذه الصيغة يختلف باختلاف الزمن الذي أضيفت إليه⁽³⁾، فإن أضافها الواقف إلى ما بعد الموت كأن يقول: " وقفت ارضي على ذلك المسجد بعد موتي" كان هذا الوقف وصية يأخذ أحكامها لأن العبرة في العقود و التصرفات بالمعاني لا بالألفاظ⁽⁴⁾، و إن كانت الإضافة لوقت آخر غير الموت مثل أن يقول الواقف: " وقفت منزلي على الطلاب المحتاجين من أول العام الدراسي المقبل" فيرى جمهور الفقهاء أنه لا يصح الوقف في هذه الحالة بينما يرى الحنفية أن الوقف صحيح و لعلّ هذا هو الأيسر للناس⁽⁵⁾.

02- ألا تقترن الصيغة بشرط باطل

يجب ألا تقترن الصيغة بشرط ينافي معنى الوقف و يخالف مقاصده الشرعية و مثاله أن يحبس المرء أرضه و يشترط لنفسه حق بيعها أو رهنها أو هبتها⁽⁶⁾.

(1) وهبة الزحيلي/ الوصايا والوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 206.

(2) أحمد محمود الشافعي/ الوصية والأوقاف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 206.

(3) لمعرفة الفرق بين الصيغة المضافة والصيغة المعلقة يراجع: أحمد فراج حسين/ المدخل للفقه الإسلامي: تاريخ الفقه الإسلامي: الملكية و نظرية العقد، المرجع السابق، ص 285 و ما يليها.

(4) محمد مصطفى الشلبي/ أحكام الوصايا و الوقف، المرجع السابق، ص 333.

(5) محمد كمال الدين إمام/ الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 250.

(6) أحمد فراج حسين/ أحكام الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 250.

و قد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية أنه لا يصح الوقف المقترن بشرط باطل⁽¹⁾ و إن اختلفوا في تكييف بعض الشروط و مدى تأثيرها في صحة الوقف من عدمه⁽²⁾.

و يستثنى من ذلك عند الحنفية وقف المسجد فإنه يصح مع اقترانه بشرط باطل، فيصح الوقف و يبطل الشرط⁽³⁾.

03- أن تكون الصيغة جازمة

لا ينعقد الوقف بالوعد و لا بصيغة فيها خيار الشرط لأن خيار الشرط لا يجعل الصيغة جازمة باتة، واختلف الفقهاء في حكم الوقف إذا جاء بصيغة غير جازمة⁽⁴⁾، فذهب الرأي الأول⁽⁵⁾ إلى القول ببطلان الوقف إذا جاءت الصيغة غير جازمة كأن اقترنت بخيار الشرط، و ذهب الرأي الثاني⁽⁶⁾ إلى أن الوقف في هذه الحالة صحيح و الشرط صحيح، و ذهب الرأي الثالث⁽⁷⁾ إلى أن الوقف صحيح و الشرط باطل.

(1) نص المشرع الجزائري في المادة 29 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: "لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".

- و من أمثلة الشروط الباطلة في القانون الجزائري اشتراط عدم لزوم الوقف إذ نصت المادة 16 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: "يجوز للقاضي أن يلغي أي شرط من الشروط التي يشترطها الواقف في وقفه إذا كان منافيا لمقتضى حكم الوقف الذي هو اللزوم أو ضارا بمحل الوقف أو بمصلحة الموقوف عليه".

(2) وهبة الزحيلي/ الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 252.

(3) بدران أبو العينين بدران/ أحكام الوصايا و الأوقاف، المرجع السابق، ص 281.

(4) مع العلم انه لا خلاف بينهم في حالة وقف المسجد، إذ يصح الوقف و يبطل الشرط فقط.

(5) و هم الحنابلة و الشافعية و محمد بن الحسن من الأحناف.

(6) و هم المالكية و أبو يوسف من الحنفية.

(7) و قال به زفر من الشافعية و الأحناف.

04- أن تفيد الصيغة معنى التأييد

يقصد بهذا الشرط عدم اقتران صيغة الوقف بما يدل على التأقيت⁽¹⁾ أي أن تتضمن الصيغة معنى التأييد صراحة كأن يقول الواقف: " وقفت مزرعتي على المحتاجين مؤبداً أو على الدوام بصورة مستمرة"، أو بكل لفظ يفيد معنى التأييد و مثاله أن يقول الواقف: " وقفت داري على جهة برّ لا تنقطع أو على الفقراء ابتداءً و انتهاءً".

و قد اختلف الفقهاء حول اشتراط التأييد في صيغة الوقف إلى اتجاهين:

ف رأى الاتجاه الأول⁽²⁾ أنّ الوقف لا يصحّ إلا إذا كان مؤبداً لأنه إخراج مال على وجه القرية فلم يجز إذا كان محدداً بمدة، فإذا اقترنت الصيغة بما يدلّ على تأقيت الوقف كان الوقف باطلاً لفساد الصيغة، و رأى الاتجاه الثاني⁽³⁾ أنّ الوقف يجوز أن يكون مؤبداً و مؤقتاً.

هكذا يمكن القول أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا الوقف تصرفاً رضائياً سواء كان وارداً على عقار أو منقول و لم يشترطوا إفراغه في شكل معين، إذ ينشأ بالألفاظ المتعارف عليها أو بالكتابة أو بالإشارة.

و إذا كان الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف فإنّ الشكل للإثبات أوجب بعض الفقهاء و اشترطوا لصحة الوقف أن يكون مكتوباً، بينما اعتبر آخرون أنّ الوقف لا يصح بالكتابة وحدها ما لم يتلفظ به الواقف أو يشهد عليه أحداً خوفاً من احتمال التزوير.

(1) وليد رمضان عبد التواب/ الوقف شرعاً و قانوناً، ج 1، المرجع السابق، ص 107.

- محمد عبد الرزاق السيد إبراهيم الطبطبائي/ (أركان الوقف في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة)، مقال منشور بمجلة أوقاف، العدد 5، السنة الثالثة، 2003، ص 124.

(2) قال به جمهور الفقهاء من شافعية و حنفية و حنابلة.

(3) قال به المالكية.

إنّ شكل الوقف الوارد على عقار ظل خاضعا لأحكام الشريعة الإسلامية حتى بعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق و الذي أوجب في المادة 12 منه تحرير العقود المتضمنة نقل عقارات أو حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان ذلك أن المادة المذكورة تخص العقود الناقلة لملكية العقارات و ليس التصرفات الصادرة من جانب واحد، و لقد رأينا أنّ الوقف ليس عقدا و إنما تصرفا بالإرادة المنفردة و من ثم يكفي لانعقاده صدور إيجاب من الواقف دالا على إنشائه دون الحاجة إلى إتباع شكل معين.

و إذا كان الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف الوارد على عقار فإنّ الشكل المتطلب للإثبات تسري عليه القواعد العامة للإثبات، و من ثم تطبق بشأنه أحكام المادة 333 و ما يليها من القانون المدني الجزائري، فيتمّ إثبات الوقف بالكتابة أو بما يقوم مقامها من إقرار و يمين إذا كانت قيمة الوقف تزيد عن ألف دينار⁽¹⁾ و بالبينّة و القرائن⁽²⁾ إذا كانت قيمة الوقف لا تجاوز الألف دينار أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة⁽³⁾، أو إذا تعلّق الأمر بإحدى الحالتين المنصوص عليهما في المادة 336 من نفس القانون السالف الذكر وهما: حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون حصول الموقوف عليه على دليل كتابي، و حالة فقد الموقوف عليه سنده لسبب أجنبي خارج عن إرادته.

إذا كان الوقف حسب فقهاء الشريعة الإسلامية تصرفا رضائيا فإنّ هذا لا يمنع الأفراد من كتابة أوقافهم في شكل رسمي أو عرفي، علما بأن عددا كبيرا من الأوقاف المبرمة قبل صدور قانون الأسرة كانت تحرر من طرف القاضي الشرعي⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ و هو المبلغ الذي كان مقررا إلى غاية صدور القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، منشور في ج ر، ع 44 ، س42، الصادرة في: 26/06/2005، حيث أصبح المبلغ يقدر بـ 100 ألف دينار.

⁽²⁾ يراجع نص المادة 340 من ق.م .

⁽³⁾ يراجع نص المادة 335 من القانون المدني الجزائري.

⁽⁴⁾ و قد أكدت المحكمة العليا على الصيغة الرسمية للعقود التي كانت تحرر من طرف القضاة الشرعيين بحيث قضت في القرار الصادر عنها بتاريخ: 03/06/1989، منشور بـ م ق لسنة 1992، ع1، ص119 بما يلي: " من المستقر عليه فقها و قضاء أنّ العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعران العموميين".

ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار قبل صدور قانون

الأسرة.

بالرجوع إلى أحكام القضاء الجزائري يتضح أنه استقر قبل صدور قانون الأسرة على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على الوقف، فأخضع الوقف لإرادة الواقف و قضى بصحته أيا كان المذهب الذي اختاره الواقف على أساس أنه يجب احترام إرادة المنشئ للوقف و لا يجوز بأي حال من الأحوال الوقوف في وجه إرادته.

من أمثلة ذلك ما قضى به المجلس الأعلى في قرار صادر عنه بتاريخ 1984/12/03⁽¹⁾ بنصه على ما يلي: " متى كان من المقرر شرعاً أن صحة و إبطال عقد الحبس يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية و تطبق بشأنه القواعد الفقهية المستمدة من أحكامها، و من المقرر أيضاً أن القانون لا يسري إلا على ما يقع في المستقبل و لا يكون له أثر رجعي، لذا فإنّ القضاء بما يخالف ذلك يعدّ خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية و لقاعدة تطبيق القانون بأثر رجعي".

و ما قضى به في قرار لاحق صادر عنه بتاريخ 1986/02/24⁽²⁾ و الذي قرر فيه أنه: " لا عيب على صاحبة الحبس التي اختارت مذهب أبي حنيفة لإنشاء وقفها رغم أنها تنتسب إلى المذهب المالكي لأنه في هذه الحالات يجب احترام إرادة المنشئ للوقف طالما أن مبادئ الشريعة الإسلامية تقتضي خضوع عقد الحبس لإرادة المحبس و لا يجوز بأي حال من الأحوال الوقوف في وجه إرادته".

(1) قرار م ع غ أش، ملف رقم: 30954، الصادر بتاريخ: 1984/12/03، منشور بـ م ق لسنة 1989، ع 4، ص 82.

(2) قرار م ع غ أش، ملف رقم: 40589، الصادر بتاريخ: 1986/02/24، منشور بـ م ق لسنة 1989، ع 1، ص 118.

- و نفس الحل أخذ به م أ في القرار رقم 24180، الصادر بتاريخ: 1982/02/30، منشور بـ م ق لسنة 1989، ع 2،

و إنّ القضاء الجزائري مستقرّ على اعتماد الرضائية في الوقف المبرم قبل صدور قانون الأسرة الجزائري فلم يشترط فيه شكلا معيّنا سواء كان واردا على عقار أو منقول، و لم يرتب بطلان الوقف الوارد على عقار حال تخلف الشكل الرسمي فيه.

و هذا ما قضت به المحكمة العليا في قرار صادر عنها بتاريخ 1999/11/16⁽¹⁾ والذي جاء فيه ما يلي: " من المستقر عليه أنّ عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنّه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البرّ المختلفة المنصوص عليها شرعا و لا تنطبق عليه أحكام المادة 12 من قانون التوثيق، و متى تبيّن - في قضية الحال - أنّ عقد الحبس العرفي أقامه المحبس سنة 1973 - قبل صدور قانون الأسرة- فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على اعتبار أنّه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنهم أخطؤوا في قضائهم و عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي".

و نفس الحكم قضت به المحكمة العليا في قرار لاحق صدر عنها بتاريخ 12 أبريل 2006⁽²⁾ قضت فيه بما يلي: " إنّ من الثابت أنّ عقد الحبس في 1968/09/08 من قبل القاضي الجزائري صحيح و مطابق للقوانين السارية المفعول، ذلك أنّ اجتهاد المحكمة العليا مستقر على أنّ العقود المحررة قبل صدور قانون التوثيق الثابتة التاريخ و غير المشهورة صحيحة و منتجة لآثارها. و إنّ قضاة الموضوع حين طبقوا المادة 18 من المرسوم رقم 11900/59 المؤرخ في 1959/10/22 الفرنسي فإنهم أسأؤوا تطبيق القانون لأنّ المرسوم المذكور يطبق على الرعايا الفرنسيين و إنّ الأهالي كانوا يخضعون في المعاملات فيما بينهم لأحكام الشريعة الإسلامية و إنّ عقد الحبس الذي تمّ إبطاله من طرف قضاة الموضوع محرر من طرف جهة رسمية مخولة قانونا بتحرير العقود بعد الاستقلال إلى غاية صدور قانون التوثيق".

(1) قرار م ع غ أش، ملف رقم: 234655، الصادر بتاريخ: 1999/11/16، المشار إليه سابقا، و المنشور في الاج ق ل غ أش، عدد خاص، سنة 2001، ص 314.

(2) قرار م ع غ ع، ملف رقم: 348178، الصادر بتاريخ: 2006/04/12، منور بـ م م ع، ع 1 لسنة 2006، ص 439.

الفرع الثاني: الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأسرة

سنتعرض لموقف المشرع الجزائري من شكل الوقف الوارد على عقار و المبرم في الفترة الممتدة من تاريخ صدور قانون الأسرة في 09 جوان 1984 إلى غاية تاريخ صدور قانون الأوقاف رقم 10/91 في 27 أبريل 1991 (الفرع الأول) ثم نبيّن موقف القضاء الجزائري من الشكل الواجب توافره فيه (الفرع الثاني).

أولاً: موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور

قانون الأسرة

يسري قانون الأسرة الجزائري على الأوقاف المبرمة بعد تاريخ صدوره. و لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 217 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: " يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقاً للمادة 191 من هذا القانون".

و بالرجوع إلى نص المادة 191 نجدها تنص على ما يلي: " تثبت الوصية:

1/ بتصريح الموصي أمام الموثق و تحرير عقد بذلك.

2/ و في حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، و يؤشر به على هامش أصل

الملكية".

و مؤدى هذا النص أنّ الوقف يثبت أصلاً بموجب عقد رسمي يحرره الموثق و استثناءً في حالة وجود مانع قاهر يثبت الوقف بحكم قضائي و يؤشر به على هامش أصل الملكية.

بالتالي يثبت الوقف بإحدى هاتين الطريقتين:

01- إثبات الوقف بموجب عقد رسمي

الأصل أنّ الوقف يثبت بموجب عقد رسمي يحرره الموثق بناء على إرادة الواقف، و من ثم يجب على الواقف أن يتقدم إلى أي مكتب من كاتب التوثيق ليقوم الموثق بتحرير الوقف على أن يراعي في ذلك جملة من البيانات الخاصة و العامة، كوجوب ذكر نوع التصرف على أنه وقف و تعيين العقار الموقوف مساحة و حدودا، و الحقوق المتعلقة به و تاريخ التحويلات المتتالية للملكية⁽¹⁾ و هوية الواقف و الموقوف عليه و الشهود، علما بأن حضور الشاهدين وجوبي وفقا لمقتضيات المادة 324 مكرر 4 من القانون المدني⁽²⁾ لأنّ الوقف عقد احتفائي⁽³⁾ كما يجب توقيعه من طرف الواقف و الموقوف عليه و الشاهدين و الموثق.

02- إثبات الوقف بحكم قضائي

إذا كان الأصل أنّ الوقف يثبت بموجب عقد رسمي فإنه يجوز استثناء أن يثبت في حالة وجود مانع قاهر⁽⁴⁾ بحكم قضائي و يؤشر به على هامش أصل الملكية وفقا لمقتضيات المادة 191 الفقرة الثانية من قانون الأسرة.

و عليه فإنّ الوقف الذي يتمّ شفاهة أمام الشهود في حالة وجود مانع قاهر يعتبر صحيحا مرتبا لكافة آثاره متى صدر حكم قضائي يثبت صحته.

و تجدر الملاحظة إلى أنّ الكتابة الرسمية في الوقف ليست ركنا لانعقاده و إنما هي فقط وسيلة لإثباته لأنّ المشرع الجزائري استعمل عبارة " يثبت الوقف" و هو ما يستفاد منه أنه لم يجعل الكتابة الرسمية ركنا لانعقاد الوقف و إنما فقط وسيلة لإثباته، فضلا عن أنه لم يرتب

(1) يراجع نص المادة 324 مكرر 4 من ق.م.ج .

(2) تنص المادة 324 مكرر 3 من ق.م.ج على ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الاحتفائية بحضور شاهدين".

(3) لمزيد من التفاصيل يراجع ما سبق شرحه بخصوص هذه المسألة في الوصية نظرا لتشابه الأحكام فيما بينهما و ذلك في صفحة 336-337 من هذه الرسالة.

(4) لمعرفة المقصود بالمانع القاهر أحيل إلى ما سبق أن ذكرته عند التعرض للوصية في صفحة 340 من هذه الرسالة.

جزاء البطلان على تخلف الشكل الرسمي، و عليه فإنّ إقرار الورثة بالوقف الذي لم يستوف الشكل الرسمي يكفي لإثباته.

و الهدف من اشتراط المشرع الجزائري الكتابة كوسيلة لإثبات الوقف هو حث الناس على ضرورة الاهتمام بالأوقاف و كتابتها في شكل رسمي تفاديا للمشاكل الناجمة عن وجود كثير من الدعاوى الباطلة التي يستعين أصحابها بشهادة الزور⁽¹⁾.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور

قانون الأسرة

رأينا أنّ الوقف يثبت بما تثبت به الوصية و بما أنّ الوصية تثبت بإحدى طريقتين طبقا لمقتضيات المادة 191 من قانون الأسرة فإنّ الوقف يثبت بدوره بذات الطريقتين و ذلك إما بموجب عقد رسمي يحرره الموثق بناء على تصريح الموثق أو بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية حالة وجود مانع قاهر، و من ثمّ فإنّ الوقف ليس تصرفا شكليا و إنما تصرفا رضائيا لأنّ الكتابة المتطلبة فيه هي وسيلة لإثبات وجود الوقف فقط و ليست ركنا لانعقاده، فالمشرع لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل الرسمي و إنما يمكن إثبات الوقف بالإقرار أو البيّنة.

و بتصفح القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا لم نجد قرارات منشورة فصلت في مسألة شكل الوقف المبرم بعد صدور قانون الأسرة، و لعلّ سكوت المحكمة العليا عن ذلك يدل على أنّ هذه المسألة لم تثر أمامها.

(1) نادية ابراهيمي/ الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص91.

و بما أنّ الوقف يثبت بما تثبت به الوصية، و قد سبق أن بيّنا أنّ الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا استقر في قراراته على تطبيق المادة 191 من قانون الأسرة على الوصية⁽¹⁾، فإنه لو حصل و أن أثبتت مسألة الشكل الواجب توافره في الوقف الوارد على عقار أمام المحكمة العليا لطبقت أيضا أحكام المادة السالفة الذكر و ذلك باشتراط الشكل الرسمي لإثبات الوقف الذي محله عقار كأصل عام و إثباته حالة وجود مانع قاهر بجميع طرق الإثبات.

الفرع الثالث: الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأوقاف رقم 10/91

إنّ الشكل في قانون الأسرة الجزائري كما رأيناه لا يعتبر ركن انعقاد في الوقف الوارد على عقار و إنما وسيلة فقط لإثباته، و إنّ تخلف الشكل في الوقف يترتب عنه البطلان، و سنرى في هذا الفرع موقف المشرع و القضاء الجزائريين من الشكل الواجب توافره في الوقف في ظل قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991.

أولاً: موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور

قانون الأوقاف رقم 10/91

نصّ المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون رقم 10/91 المتعلق بالأوقاف على ما يلي: " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه"⁽²⁾.

و مفاد هذه المادة أنّه يجوز للواقف أن ينشئ وقفه بالقول أو الكتابة أو بالإشارة⁽³⁾، و من ثمّ فإنّ المشرع الجزائري لم يجعل الشكل ركنا لانعقاد الوقف الأمر الذي يستفاد منه أنّه تصرف رضائي سواء كان واردا على عقار أو منقول⁽⁴⁾.

(1) يراجع ما سبق ذكره في صفحة 341 و ما يليها من هذه الرسالة.

(2) تنص المادة 02 المشار إليها في المادة 12 من قانون الأوقاف على ما يلي: "على غرار كل مواد هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في غير المنصوص عليه".

(3) لمزيد من التفاصيل يراجع ما سبق ذكره في ص 358 و ما يليها من هذه الرسالة.

(4) Ghaouti BENMELHA/Le droit patrimonial Algérien de la famille, successions, testament wakf, donation, office des publications universitaires, Alger, 1995, n° 187, p 230.

لقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 35 من قانون الأوقاف رقم 10/91 على ما يلي:
" يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشرعية والقانونية مع مراعاة أحكام المادتين 29 و30 من هذا القانون"⁽¹⁾.

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع الجزائري أجاز إثبات الوقف بجميع طرق الإثبات المقررة شرعا و قانونا، و هو نفس الموقف الذي اعتمده الشريعة الإسلامية حيث أجازت إثبات الوقف بجميع طرق الإثبات⁽²⁾.

غير أننا إذا أخذنا بعين الاعتبار المادة 41 من قانون الأوقاف و التي جاء نصها كالآتي:
" يجب على الواقف أن يقيّد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف"، فنلاحظ أنّ المشرع الجزائري اشترط على الواقف أن يحرر وقفه لدى موثق، و أن يسجل هذا الوقف لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري، و يتحصل من هذه الجهة على نسخة لإثبات التصرف الذي قام به، كما يجب عليه أن يقدم نسخة من الوقف إلى الجهة المكلفة بالأوقاف.

و معنى هذا أنّ المشرع اشترط لإثبات الوقف وجوب تحريره في عقد رسمي و شهره لدى المحافظة العقارية المختصة.

يستفاد من المواد السالف ذكرها أنّ المشرع الجزائري أجاز إثبات الوقف الوارد على منقول بكافة وسائل الإثبات المقررة شرعا و قانونا، بينما أوجب إثبات الوقف الذي محله عقار بموجب عقد رسمي محرر من طرف الموثق و مشهر بالمحافظة العقارية، ذلك أنّ التصرفات الواردة على العقار لا بدّ من تحريرها في عقد رسمي و شهرها في المحافظة العقارية و هذا

(1) تنص المادتان 29 و30 المشار إليهما في المادة 35 من قانون الأوقاف على ما يلي:

- المادة 29: " لا يصح الوقف شرعا إذا كان معلقا على شرط يتعارض مع النصوص الشرعية، فإذا وقع بطل الشرط وصح الوقف".

- المادة 30: " وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا أو غير مميز و لو أذن بذلك الوصي".

(2) يراجع ما سبق إيراده بصفحة 362 و ما يليها من هذه الرسالة.

ما يستشف من نص المادة 41 من قانون الأوقاف و التي يستحسن أن يضاف لها عبارة "الوقف الوارد على عقار".

و لعلّ السبب الذي دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط الكتابة الرسمية كوسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار هو لتفادي المشاكل الناجمة عن وجود الكثير من الدعاوى الباطلة التي تؤسس على شهادة الزور.

هذا و بعد كتابة الوقف الوارد على عقار في شكل رسمي لدى الموثق لا بدّ من تسجيله لدى المصالح المختصة بالتسجيل، غير أنّ المشرع الجزائري أعفى الأملاك الوقفية العامة⁽¹⁾ من رسم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى طبقا لنص المادة 44 من قانون الأوقاف و ذلك من أجل تشجيع الواقفين على عمل البر و الخير.

بعد تسجيل الوقف الذي محله عقار يتعين شهره في المحافظة العقارية وفقا لمقتضيات المادة 41 من قانون الأوقاف المنوه عنها أعلاه و ذلك لكي ينتقل حق الانتفاع بالعقار من الواقف إلى الموقوف عليه و لأنه من مصلحة الواقف أن يتم شهر الوقف حتى يكون حجة على الكافة، و تحقيقا لاستقرار التعامل فالشهر يجعل المال الموقوف خالصا للواقف و يمنع الورثة من التلاعب في العقارات الموقوفة بالتصرف فيها إضرارا بالغير حسن النية الذي لم يعلم بالوقف بسبب عدم شهره، إضافة إلى أن شهر الوقف يتلاءم مع أحكام نظام الشهر العيني المتبنى من قبل المشرع الجزائري⁽²⁾.

و خلاصة ما سبق أنّ الوقف تصرف رضائي لا يتطلب القانون توافر الشكل فيه كركن انعقاد و إنما فقط من اجل الإثبات، إذ يجب توافر الشكل الرسمي في الوقف الوارد على عقار من أجل إثباته، أما إذا كان الوقف واردا على منقول فيجوز إثباته بجميع طرق الإثبات.

⁽¹⁾ يجدر التنويه إلى أن المشرع الجزائري لم يعف الأوقاف الخاصة من رسوم التسجيل و الضرائب و الرسوم الأخرى وفقا لمقتضيات المادة 44 من قانون الأوقاف، مع العلم أنه قد تم إلغاء الأوقاف الخاصة بموجب القانون رقم 10/02 الصادر بتاريخ 2002/12/14 المعدل و المتمم للقانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 و المتعلق بالأوقاف.

⁽²⁾ حمدي باشا عمر/ عقود التبرعات: الهيئة- الوصية- الوقف، المرجع السابق، ص70.

أما بالنسبة للأوقاف العامة فقد نص المشرع في المادة الثامنة الفقرة الخامسة من قانون الأوقاف على ما يلي: " تعتبر من الأوقاف العامة المصونة الأملاك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي و سكان المنطقة التي فيها العقار".

يستفاد من هذه المادة أنّ الوقف العام يمكن إثباته إمّا بموجب محررات رسمية أو بالبيّنة أي بشهادة الشهود.

و قد نظم المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 363/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 وثيقة الاشهاد المكتوب هذه التي يثبت بها الملك الوقفي و بيّن شروط و كفيات إصدارها و تسليمها⁽¹⁾.

إنّ وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي هي عبارة عن شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل طبقا للنموذج الملحق بالمرسوم رقم 336/2000 تتضمن المعلومات الخاصة بالشهود وتوقيعاتهم المصادق عليها من قبل المصلحة المختصة بالبلدية أو أية سلطة أخرى مؤهلة قانونا و رقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا⁽²⁾، و هو السجل الذي حدد المشرع محتواه و نمودجه بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 06 جوان 2001⁽³⁾.

عند جمع أكثر من ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي تصدر مديرية الشؤون الدينية المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي⁽⁴⁾ حدّد شكلها

⁽¹⁾ منشور في ج ر، ع 64 لسنة 2000.

⁽²⁾ يراجع نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 و المتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفيات إصدارها و تسليمها، منشور في ج ر، ع 64، س 37، الصادرة في: 2000/10/31.

⁽³⁾ منشور في ج ر ج ج، ع 32، س 38، الصادرة في 2001/06/10.

⁽⁴⁾ يراجع نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 السالف الذكر.

و محتواها القرار الوزاري المؤرخ في 26 ماي 2001⁽¹⁾.

تحتوي الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي وجوبا على البيانات التالية: عنوان الشهادة و المراجع القانونية المعتمدة و رقم و تاريخ تسجيل وثائق الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية و الأوقاف المختصة إقليميا، و تحديد مساحة الملك الوقفي و موقعه⁽²⁾.

بعد استيفاء الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي البيانات المتطلبة قانونا يتعين تسجيلها و شهرها طبقا للقانون⁽³⁾.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور

قانون الأوقاف

يتضح مما سبق أن الشكل في قانون الأوقاف رقم 10/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991 لا يعتبر ركن انعقاد في الوقف سواء ورد على عقار أو منقول، فهو تصرف رضائي و الكتابة الرسمية المتطلبة فيه هي وسيلة إثبات فقط للوقف الذي محله عقار لأنّ المشرع لم يرتب جزاء البطلان على تخلف الشكل الرسمي.

بالرجوع إلى القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا لم نجد - على حدّ علمنا - قرارا منشورا صدر عنها فصل في مسألة شكل الوقف المبرم بعد صدور قانون الأوقاف، و لعلّ سبب ذلك يفسر بأن هذه المسألة لم تثر أمامها.

(1) منشور في ج ر، ع 31 ، س38، الصادرة في: 2001/06/06.

(2) يراجع نص المادة 03 من القرار الوزاري المؤرخ في 2001/05/26 المحدد شكل ومحتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي.

(3) يراجع نص المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000.

و في اعتقادنا أنه لو حصل و أن أثبتت هذه المسألة أمام المحكمة العليا لما ترددت في اعتبار الوقف تصرفاً رضائياً لا يتطلب القانون توافر الشكل فيه كركن انعقاد و إنما فقط من أجل الإثبات، و قبلت إثبات الوقف الوارد على منقول بكافة طرق الإثبات المقررة شرعاً و قانوناً، و أوجبت إثبات الوقف الوارد على عقار بموجب عقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية و ذلك تطبيقاً لمقتضيات المادتين 12 و 41 من قانون الأوقاف.

الخاتمة

أقرّ المشرع الجزائري مبدأ الرضائية كقاعدة عامة لإبرام التصرفات القانونية، وإنّ هذا المبدأ يعدّ من المبادئ الأساسية في القانون الحديث التي جاءت نتيجة تطوّر طويل في القانون، و التعبير عن الإرادة كقاعدة عامة يتركه المشرع لحرية الأفراد أي أنّ الرضا وحده كاف لإنشاء التصرف القانوني بغضّ النظر عن الطريقة التي يعبر بها الأفراد عن إرادتهم، إلا أنّ المشرع قرّر استثناء بالنسبة لبعض التصرفات القانونية أن يتمّ التعبير عنها بطريقة محدّدة، و هذه هي التصرفات الشكلية.

و الشكل كما رأينا هو الكيفية أو الطريقة التي يفرضها المشرع للتعبير عن الإرادة بحيث أنّ التعبير لا ينتج آثاره القانونية إذا لم يفرغ في الشكل المتطلب قانوناً، و من ثمّ فالشكل يعدّ أحد العناصر اللازمة لوجود التصرف القانوني التي يترتب على تخلفها عدم صحته.

هذا التحديد للشكل جعلنا نميّز بينه و بين ما يشته به من تصرفات قانونية قد يظنّ أنها تصرفات شكلية و هي في الحقيقة غير ذلك، لأنّها لا تهدف إلى تنظيم طريقة التعبير عن الإرادة، كما هو الشأن بالنسبة لإجراءات الإثبات و التسجيل و الشهر، فهذه الإجراءات لا علاقة لها بتكوين التصرف القانوني فهي تأتي بعد تكوينه، و من ثمّ ليس صحيحاً ما يذهب إليه بعض الفقه من أنّها تعتبر تصرفات شكلية.

يدخل في نطاق الشكل كلّ القواعد المنظمة لطريقة التعبير عن الإرادة سواء كانت بسيطة أو معقدة، و من ثمّ فالشكل لا يقتصر مفهومه كما يعتقد البعض خطأ على الشكل الرسمي فقط بل يشمل الشكل العرفي أيضاً.

و عليه تنقسم التصرفات الشكلية إلى تصرفات رسمية و تصرفات عرفية، الأمر الذي يقتضي من المشرع أن يحسن اختيار الشكل المناسب لكلّ تصرف قانوني، ففي مجال التصرفات المدنية حيث لا تتطلب السرعة في إبرامها يتعيّن اللجوء إلى الشكل

الرسمي، أمّا بالنسبة للتصرفات التجارية حيث السرعة مطلوبة في المعاملات فيفضل استعمال الشكل العرفي لما يميّز به من بساطة و مرونة و سرعة في الإعداد.

هذا و إذا كان الشكل يعدّ استثناء من مبدأ الرضائية إلا أنّه يؤكد سلطان الإرادة و لا ينفيه، و هو ما يعزّز عبارة إهرنج الشهيرة: " الشكل هو توأم الحرية" ، لأنّ للشكل وظيفة وقائية تتمثل في حماية إرادة الأطراف من خلال مطابقة التعبير لها بحيث يعبر عنها بصدق، فالشكل يحمي المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره و يدعوّه إلى التمعّن و التفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه و مدى خطورته، فضلا عن أنّ الشكل يكفل تحديد مضمون التصرف القانوني بصورة أدقّ و أفضل من التصرف الرضائي، و هذا من شأنه أن يحقق العدالة و الاستقرار معا و يحمي الملكية العقارية، و من ثمّ فإنّ الشكل يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة و العامة معا، و هذه الوظيفة الهامة تبرر وجوده في القانون الحديث.

و لا يحقق الشكل هذه الوظيفة إلا إذا كان ركنا من أركان التصرف القانوني يترتب على تخلفه بطلان هذا التصرف بطلانا مطلقا، فلا صحّة لما يذهب إليه بعض الفقه من أنّ البطلان النسبي هو جزء تخلف الشكل.

نتيجة لذلك فإنّ هذه العوامل أدّت إلى تعزيز دور الشكالية و عودتها بقوة في مجال التصرفات القانونية، فعدد التصرفات الشكالية أخذ في التزايد يوما بعد يوم، الأمر الذي دفع البعض إلى التساؤل عمّا إذا كانت الرضائية لازالت هي الأصل أم أنّ الشكالية حلت محلّها؟

الحقيقة أنّه بالرغم من زيادة عدد التصرفات الشكالية إلا أنّ هذا لا يعني أنّها أصبحت قاعدة عامة و الرضائية استثناء عنها، فكلّهما قاعدتان متكاملتان تحكمان إنشاء التصرفات القانونية.

و إذا كان التطور التشريعي للقانون الجزائري يتجه نحو الاعتداد بالشكل و هذا ما نلاحظه من خلال زيادة عدد التصرفات الشكلية إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يخصص للشكلية مكانة في النظرية العامة للالتزام، و إنما نصّ عليها في الباب المتعلق بإثبات الالتزام، رغم أنّ الشكل كفكرة قانونية مطبّقة في القانون الجزائري يقتصر نطاقها على الشكل اللازم لتكوين التصرف القانوني و الذي يترتب على تخلفه انعدام كلّ أثر لهذا التصرف و لا يشمل إجراءات الإثبات و الشهر، و عليه فإننا نرى أنه يجب على المشرع أن ينظم الشكل ضمن شروط العقد⁽¹⁾ و ذلك بموجب قواعد محدّدة و واضحة شأنه في ذلك شأن أركان التصرفات القانونية الأخرى من تراض و محلّ و سبب.

كما يتعيّن على المشرع عندما يفرض شكلا معيّنًا في تصرف قانوني ما أن يبيّن الغرض من تقرير هذا الشكل أهو ركن لانعقاده أم وسيلة لإثباته و هذا حتى لا يكون النصّ القانوني محلاً للتأويل و التفسير بقصد الوصول إلى غرض المشرع من اشتراط الشكل.

هذا و إنّ الصعوبات العملية التي تثيرها الشكلية في التصرفات القانونية بصفة عامّة و في التصرفات الواردة على العقارات بصفة خاصة هي كثرة النصوص القانونية و تعاقبها لأنّ موضوع العقار ليس مسألة قانونية فحسب، بل هو موضوع يتعلق بعدّة جوانب اقتصادية و اجتماعية و سياسية لا يمكن تجاهلها ممّا يدفع المشرع الجزائري إلى إصدار قوانين جديدة ثمّ تعديلها أو إلغائها بعد فترة من الزمن إذا ما تبين له قصورها أو عدم انسجامها مع الواقع العملي، و ذلك رغبة منه في القضاء على أزمة السكن التي تعرفها البلاد من خلال استحداث صيغ ملائمة تمكن الأفراد من الحصول على سكنات مناسبة بالنظر للارتفاع الكبير و المتزايد لثمن العقارات.

(1) المنصوص عليها في المواد 59 و ما يليها من القانون المدني.

و أمام هذه النصوص القانونية المتتالية و الغامضة أو الناقصة أحياناً⁽¹⁾، و عدم تطابق النصّ الفرنسي مع النصّ العربي⁽²⁾، ممّا أدّى إلى صعوبة عمل القضاة و اتجاههم إلى البحث في معاني النصوص و مدلولاتها بدل الانشغال بالوقائع محلّ النزاع و الحكم فيها، و غنيّ عن البيان ما يتركه النصّ الغامض أو الناقص من آثار سلبية على وحدة الأحكام القضائية و استقرار الأوضاع و المراكز القانونية، و لهذا يتعيّن على المشرع أن ينظم مسألة الشكالية في التصرفات القانونية بنصوص واضحة و دقيقة في صياغتها و منسجمة فيما بينها.

(1) تجدر الإشارة إلى أنّ المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري تضمن العديد من النصوص الغامضة و المتناقضة بالنسبة لعقد البيع بناء على التصاميم، و ذلك فيما يتعلق بنقل ملكية البناء المشيد قبل الانجاز و ضمانات تنفيذ الانجاز و ضرورة تحديد حدّ أقصى لنسبة مراجعة الثمن، و هو ما حاول المشرع استدرأه من خلال القانون رقم 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

- يراجع ما سبق ذكره في ص 214 و ما يليها من هذه الرسالة.

- كذلك الشأن بالنسبة لعقد البيع بالإيجار إذ أنّ المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 2001/04/13 المحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفية ذلك المعدل و المتمم، و كذلك في القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار لم يتطرق المشرع إلى مدى خضوع البيع بالإيجار لإجراء الشهر من عدمه و من ثمّ كيفية انتقال ملكية العقار من البائع المؤجر إلى المستفيد.

- يراجع ما سبق إيراده في ص 253 من هذه الرسالة.

(2) انظر بهذا الصدد الاختلاف بين النصين العربي و الفرنسي للمادة 327 من القانون المدني، إذ يؤخذ على المشرع الجزائري انه أخطأ في الصياغة العربية للمادة حين استعمل عبارة " أو " بدل " و " خلافاً للصياغة الفرنسية لذات المادة التي جاءت موفقة.

- يراجع ص 132 من هذه الرسالة.

- إنّ النص الفرنسي للمادة 191 من ق.أ يجيز إثبات الوصية بحكم قضائي عند وجود قوة قاهرة و ليس مانع قاهر مثلما هو وارد في النص العربي.

- انظر ص 339 من هذه الرسالة.

- إنّ الصياغة الفرنسية للمادة 1/4 من القانون رقم 10/91 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف جاءت موفقة إذ أنّ المشرع نص على عبارة " تصرف قانوني صادر من جانب واحد" خلافاً للنص العربي لذات المادة الذي تضمن عبارة " عقد و التزام تبرع صادر عن إرادة منفردة" رغم اختلافهما في المعنى. يراجع ص 349 من هذه الرسالة.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ/ المراجع العامة:

- أحمد فراج حسين:

المدخل للفقہ الإسلامي، تاريخ الفقہ الإسلامي، الملكية و نظرية العقد، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، سنة 2001.

- أحمد محرز:

القانون التجاري، السندات التجارية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، سنة 1966.

- أسامة روبي عبد العزيز الروبي:

الأحكام الإجرائية للإثبات بالدليل الكتابي في المواد المدنية، دراسة تحليلية مقارنة مع قواعد الإثبات و نظام التوقيع الالكتروني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، سنة 2002.

- الغوتي بن ملحّة:

قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001.

- بكوش يحيى:

أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقہ الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، الطبعة الأولى، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 1981.

- بلحاج العربي:

* أبحاث و مذكرات في القانون و الفقہ الإسلامي، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1996.

* النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني (العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2004.

- جاك غستان:

ترجمة منصور القاضي مراجعة فيصل كلثوم، المطوّل في القانون المدني، تكوين العقد، الطبعة الثانية، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، بيروت- لبنان، سنة 2008.

- **حسني محمود عبد الدايم:**

الائتمان العقاري بين الشريعة الإسلامية و القانون، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2008.

- **حمدي باشا عمر:**

* القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا، دار هومة، الجزائر، سنة 2005.

* حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، سنة 2002.

* نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.

* دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر، سنة 2002.

- **حمدي محمد إسماعيل سلطح:**

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2007.

- **خليل أحمد حسن قدارة:**

الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2005.

- **ذيب عبد السلام:**

قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، سنة 2009.

- **رمضان أبو السعود:**

* أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، النظرية العامة في الإثبات، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1993.

* النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2002.

- **زروقي ليلي و حمدي باشا عمر:**

المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.

- زهدور محمد:

الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات، بدون مكان النشر، طبعة 1991.

- سليمان مرقس:

* الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، المنشورات الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 1995.

- عادل حسن علي:

الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، بدون مكان النشر، سنة 1996.

- عباس العبودي:

شرح أحكام قانون الإثبات المدني، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، سنة 1999.

- عبد الحفيظ بن عبيدة:

إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة 2004.

- عبد الحميد الشواربي:

البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1996.

- عبد الرزاق السنهوري:

* الوجيز في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1966.

* الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، سنة 1952.

* الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات و آثار الالتزام، الجزء الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، بدون سنة الطبع.

* الوسيط في شرح القانون المدني، أسباب كسب الملكية مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية (حق الانتفاع و حق الارتفاق)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968.

* الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات العينية و الشخصية، الجزء العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1970.

* مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، سنة 1998.

- عبد العزيز السيد الجوهري:

الوظيفة العامة، دراسة مقارنة مع التركيز على التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، بدون سنة الطبع.

- علي بن غانم:

الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، موفم للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2005.

- علي علي سليمان:

* النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2007.

* ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1992.

* الوسيط في شرح القانون المدني، التأمينات الشخصية و العينية، الجزء العاشر، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1970.

- علي فيلاي:

الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، سنة 2001.

- عمر بن سعيد:

الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر 2001.

- فرحة الزراوي صالح:

الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري و الحقوق الفكرية، القسم الأول، المحل التجاري، نشر و توزيع ابن خلدون، سنة 2001.

- لحسين بن شيخ آث ملويا:

المنتقى في قضاء الأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار هومة، الجزائر، سنة 2005.

- محمد السعيد رشدي:

التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و مدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2008.

- محمد بن أحمد تقيّة:

الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1984.

- محمد حسن قاسم:

أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2003.

- محمد حسين منصور:

النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2006.

- محمد صبري السعدي:

* شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام- التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2004.

* الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، الجزء الرابع، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، سنة 2008-2009.

* الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، التأمينات العينية، الجزء السابع، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، سنة 2008.

- ميدي أحمد:

الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، دار هومة، الجزائر، سنة 2005.

- نادية فضيل:

* أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري، شركات الأشخاص، الطبعة السابعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2008.

* الأوراق التجارية في القانون الجزائري، الطبعة 11، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.

- نبيل إبراهيم سعد:

* النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2004.

- همام محمد محمود الزهران:

التأمينات العينية و الشخصية، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، سنة 1999.

- وهبة الزحيلي:

الفقه الإسلامي و أدلته، الأحوال الشخصية، الجزء السابع، دار الفكر بدمشق، طبعة خاصة

بالجزائر، سنة 1992.

- يوسف فتيحة:

أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة، دار الغرب

للنشر و التوزيع، وهران 2007.

ب/ المراجع الخاصة:

- أحمد إبراهيم:

أحكام الهبة و الوصية و تصرفات المريض، مطبعة العلوم، القاهرة، سنة 1939.

- أحمد فراج حسين:

أحكام الوصاية و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،

سنة 2003.

- أحمد محمود الشافعي

الوصية و الوقف في الفقه الإسلامي، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، سنة 2000.

- أنور طلبة:

العقود الصغيرة: الهبة و الوصية، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان النشر، سنة 2004.

- أيمن سعد سليم:

التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2004.

- بدران أبو العينين بدران:

المواريث و الوصية و الهبة في الشريعة الإسلامية و القانون، مؤسسة شباب الجامعة،

الإسكندرية، سنة 1970.

- بن شويخ الرشيد:

الوصية و الميراث في قانون الأسرة الجزائري، دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008.

- بوستة إيمان:

النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى، الجزائر، سنة 2011.

- بو عبد الله رمضان:

أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار الخلدونية للنشر و التوزيع، الجزائر، سنة 2008.

- بيار إميل طوبيا:

التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، سنة 2009.

- جمال الدين طه العاقل:

عقد الهبة بين الفقه الإسلامي و القانون المدني، دار الهدى للطباعة، القاهرة، سنة 1978.

- جمال بوشنافة:

شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، الطبعة السادسة، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2006.

- حسن محمد بودى:

موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2004.

- حسين حامد حسان:

أحكام الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1973.

- حسين صبحي أحمد:

مذكرة في الوصية و الوقف، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 1970.

- حمدي أحمد سعد أحمد:

البيع الإيجاري، دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2007.

- **حمدي باشا عمر:**

عقود التبرعات: الهبة- الوصية- الوقف، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر،
سنة 2004.

- **دوة آسيا و رمول خالد:**

الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر،
سنة 2008.

- **ذيب عبد السلام:**

عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه و اجتهاد المحكمة العليا، الطبعة
الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2001.

- **رمضان أبو السعود:**

شرح العقود المسماة، عقدي البيع و المقايضة، الطبعة الثانية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،
سنة 2003.

- **رمول خالد:**

الإطار القانوني و التنظيمي لأملاك الوقف في الجزائر، دراسة مقارنة بأحكام الشريعة
الإسلامية مدعمة بأحدث النصوص القانونية و الاجتهادات القضائية، دار هومة، الجزائر،
سنة 2004.

- **زاهية سي يوسف:**

عقد الرهن الرسمي، دار الأمل، تيزي وزو- الجزائر، سنة 2006.

- **زهدور محمد:**

الوصية في القانون المدني الجزائري و الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،
سنة 1991.

- **شوقي بناسي:**

أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي
و القوانين الوضعية - الفرنسي و المصري- ، دار هومة، الجزائر، سنة 2009.

- **ظاهري حسين:**

دليل الموثق، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2007.

- عبد الرزاق السنهوري:

* الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة، الجزء الخامس، المجلد الثاني، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، بدون سنة الطبع.

* الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار و العارية، الجزء السادس، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، سنة 1963.

- عبد الوهاب البنداري:

شرح العقود المدنية: الهبة، دراسة مقارنة في القوانين الوضعية و الشريعة الإسلامية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1968.

- علي محي الدين علي:

مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت- لبنان، سنة 1985.

- عمر قليمي:

الدليل العملي في التسجيل و الطابع، معهد الاقتصاد الجمركي و الجبائي الجزائري التونسي، القليعة، سنة 1990.

- كمال حمدي:

المواريث و الهبة و الوصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1998.

- لحسين بن شيخ آث ملويا:

المنتقى في عقد البيع، دراسة فقهية، قانونية و قضائية مقارنة، دار هومة ، الجزائر، سنة 2005.

- مجيد خلفوني:

* شهر التصرفات العقارية في القانون العقاري الجزائري مدعم بقرارات قضائية، الطبعة الأولى، الجزء الأول، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2004.

* الإيجار المدني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، سنة 2008.

- محمد أبو زهرة:

* شرح قانون الوصية (دراسة مقارنة لمسائله و بيان لمصادره الفقهية)، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1988.

* محاضرات في الوقف، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة 1971.

- محمد بن أحمد تقيّة:

دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية و القانون المقارن، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، سنة 2003.

- محمد حسنين:

عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 1986.

- محمد زكريا البرديسي

الوصية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1971.

- محمد صبري السعدي:

الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع و المقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، الجزء الخامس، دار الهدى، الجزائر، سنة 2008.

- محمد علي عبده:

دور الشكل في العقود، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقي، بيروت- لبنان، سنة 2007.

- محمد كمال الدين إمام:

الوصايا و الأوقاف في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية و تشريعية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2002.

- محمد كنانة:

الوقف العام في التشريع الجزائري، دراسة قانونية مدعمة بالأحكام الفقهية و القرارات القضائية، دار هومة، الجزائر، سنة 2006.

- محمد لبيب شنب:

شرح أحكام عقد المقاوله، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 2003.

- محمد مصطفى الشلبي:

أحكام الوصايا و الأوقاف، الطبعة الرابعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر، بيروت، سنة 1982.

- نبيل إبراهيم سعد:

التأمينات العينية، الرهن الرسمي، حق الاختصاص، الرهن الحيازي، حقوق الامتياز،
دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2005.

- هلال شعوة:

الوجيز في شرح عقد الإيجار في القانون المدني وفق أحدث النصوص المعدلة له (القانون رقم
05/07 المؤرخ في 13 ماي 2007)، الطبعة الأولى، جسور للنشر و التوزيع، الجزائر،
سنة 2010.

- وليد رمضان عبد التواب:

الوقف شرعا و قانونا، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار شادي للموسوعات القانونية، القاهرة،
سنة 2008.

- وهبة الزحيلي:

الوصايا و الوقف في الفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، دار الفكر، دمشق- سوريا، سنة 1993.

ج/ المقالات

- الطيب زروتي:

* تأملات في واقع الضمانات القانونية لبيع العقار على التصاميم طبقا للمرسوم رقم 03/93،
الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، يومي 6 و 7 فيفري 2006، جامعة ورقلة.

* حق البقاء و حق استرجاع المحلات المعدة للسكن في القانون الجزائري، المجلة الجزائرية
للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد الثالث، سنة 1995.

- العقون الأخضر:

إيجار المحلات التجارية، نشرة القضاة، العدد الأول، سنة 1987.

- حبار محمد:

تحليل بعض إشكاليات عقد إيجار المساكن في القانون الجزائري، مجلة الميادين الصادرة عن
كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بوجدة، العدد الثاني، سنة 1993.

- حسن بوعروج:

التعليق على قرار 18 فبراير 1997، الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية، عدد خاص، سنة 1999.

- حميل نواردة:

تقدير تقنية البيع على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، يومي 7 و 8 فيفري 2006، جامعة ورقلة.

- رمزي بك المحامي:

البيع المعلق على استيفاء أجره المبيع أو ثمنه، مجلة المحاماة، العدد السادس، سنة 1990.

- زاوي فريدة:

* تنازع قوانين الإيجار من حيث الزمان (المرسوم التشريعي 03/93 و القانون المدني)،
المجلة القضائية، العدد الأول، سنة 2000.

* نظرات في قانون الأوقاف، الجزء الأول، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية
و السياسية، العدد الأول، سنة 2009.

- سويقات محمد:

الآثار القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، يومي
7 و 8 فيفري 2006، جامعة ورقلة.

- علاوة بوتغرار:

المادة 324 مكرر 3 بين نصيها العربي و الفرنسي، مجلة الموثق، العدد الثالث، سنة 2001.

- علي فيلالي:

* الشكالية في العقود، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 35،
رقم 3، جامعة الجزائر، سنة 1997.

* التعليق حول قرار قضائي (بطلان عقد التسيير الحر الذي لم يفرغ في الشكل الرسمي)،
المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 35، رقم 02، سنة 1997.

- محمد بوركي:

التوثيق و الإشهار العقاري، نشرة الموثق، العدد الخامس، سنة 1998.

- محمد عبد الرزاق السيد إبراهيم الطبطبائي:

أركان الوقف في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة، مجلة أوقاف، العدد الخامس، السنة الثالثة، سنة 2003.

- محمدي فريدة:

الاحتجاج بعقد الإيجار على مشتري العقد، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 37، العدد الأول، سنة 1999.

- مزاري رشيد:

كيفية تعامل إدارات التشريع مع مقتضيات أحكام التجارة الالكترونية، نشرة القضاة، العدد 64، الجزء الأول، سنة 2009.

- مزيان أمين:

أحكام بيع العقار و موقف القضاء، موسوعة الفكر القانوني، العدد الرابع، دار الهلال، وهران، سنة 2004.

- موالك بختة:

المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و تطبيقها على البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، العدد الرابع، سنة 1993.

- وناس علي:

الوكالات المبرمة في الخارج و مدى مطابقتها مع القانون الجزائري، نشرة القضاة، العدد الخامس، سنة 1998.

- ويس فتحي، فتاك علي:

عقد البيع بناء على التصاميم في الترقية العقارية، الملتقى الدولي حول الترقية العقارية، يومي 7 و 8 فيفري 2006، جامعة ورقلة.

د- الرسائل:

- أزرو محمد رضا:

التوقيع الالكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات بالدليل الكتابي، ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2007-2008.

- براهيمى نادية المولودة أركام:

الوقف و علاقته بنظام الأموال في القانون الجزائري، بحث لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم القانونية، جامعة بن عكنون- الجزائر، سنة 1995.

- بوجنان نسيم:

عقد البيع بناء على التصاميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2008-2009.

- حبار محمد:

نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني الجزائري و في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم السياسية و الإدارية، جامعة بن عكنون- الجزائر، سنة 1987.

- خليفاتي عبد الرحمان:

مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، سنة 1987.

- دحماني لطيفة:

الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2002-2003.

- زواوي محمود:

الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، بحث مقدم للحصول على درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، بدون سنة.

- زهدور كوثر:

التوقيع الالكتروني و حجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2007-2008.

- شيخ سناء:

حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، 2002-2003.

- لحميم زليخة:

إنشاء الرهن الرسمي و انقضاؤه في القانون المدني الجزائري مقارنا، رسالة لنيل درجة الماجستير في العقود و المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، جامعة الجزائر، 1995-1996.

- مراد محمد يوسف مطلق:

التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 2007.

- مسكر سهام:

بيع العقار بناء على التصاميم في الترقية العقارية، دراسة تحليلية، مذكرة ماجستير في القانون العقاري و الزراعي، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب- البليدة، سنة 2006.

- ياسر أحمد كامل الصيرفي:

التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق- جامعة القاهرة، سنة 1992.

هـ - النصوص القانونية:

القوانين:

- القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 المتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ 31 ديسمبر 1962 (ج ر ج ج، العدد الثاني، السنة الثانية الصادرة في 11 جانفي 1963).
- القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج، العدد 24، السنة 21 الصادرة في 12 يونيو 1984).
- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 23 جمادى الثانية عام 1406 الموافق لـ 04 مارس 1986 يتعلق بالترقية العقارية (ج ر ج ج، العدد 10، السنة 23، الصادرة في 05 مارس 1986).
- القانون رقم 14/88 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق لـ 03 ماي سنة 1988 يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني (ج ر ج ج، العدد 18، السنة 25 الصادرة في 4 مايو 1988).
- القانون رقم 27/88 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج، العدد 28، السنة 25 الصادرة في 13 يوليو 1988).
- القانون 22/89 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1410 الموافق لـ 12 ديسمبر 1989 يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها (ج ر ج ج، العدد 53، السنة 26 الصادرة في 13 ديسمبر 1989).
- القانون رقم 10/90 المؤرخ في 19 رمضان عام 1410 الموافق لـ 14 أبريل 1990 يتعلق بالنقد و القرض (ج ر ج ج، العدد 16، السنة 27 الصادرة في 18 أبريل 1990).
- القانون رقم 25/90 المؤرخ في أول جمادى الأولى عام 1411 الموافق لـ 18 نوفمبر 1990 يتضمن التوجيه العقاري (ج ر ج ج، العدد 49، السنة 27 الصادرة في 18 نوفمبر 1990).
- القانون رقم 29/90 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لـ 01 ديسمبر 1990 المتعلق بالتهيئة و العمران (ج ر ج ج، العدد 52، السنة 27 الصادرة في 02 ديسمبر 1990).
- القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991 يتعلق بالأوقاف (ج ر ج ج، العدد 21، السنة 28 الصادرة في 8 مايو سنة 1991).

- القانون رقم 25/91 المؤرخ في 9 جمادى الثانية عام 1412 الموافق لـ 16 ديسمبر 1991 يتضمن قانون المالية لسنة 1992 (ج ر ج ج، العدد 65، السنة 28 الصادرة في 18 ديسمبر 1991).

- القانون رقم 05/98 المؤرخ في أول ربيع الأول عام 1914 الموافق لـ 25 يونيو 1998 يعدل و يتم الأمر رقم 80/76 المؤرخ في 29 شوال عام 1396 الموافق لـ 23 أكتوبر 1976 و المتضمن القانون البحري (ج ر ج ج، العدد 47، السنة 35 الصادرة في 27 يونيو 1998).

- القانون رقم 07/01 المؤرخ في 28 صفر عام 1422 الموافق لـ 22 مايو سنة 2001 يعدل و يتم القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991 والمتعلق بالأوقاف (ج ر ج ج، العدد 29، السنة 38 الصادرة في 23 مايو سنة 2001).

- القانون رقم 10/02 المؤرخ في 10 شوال عام 1423 الموافق لـ 14 ديسمبر 2002 ، يعدل و يتم القانون رقم 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق لـ 27 أبريل سنة 1991 و المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم (ج ر ج ج، العدد 21، السنة 45، الصادرة في 23 أبريل 2002).

- القانون رقم 05/04 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق لـ 14 أوت 2004 يعدل و يتم القانون رقم 29/90 المؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1411 الموافق لـ 01 ديسمبر 1990 و المتعلق بالتهيئة و التعمير (ج ر ج ج، العدد 51، السنة 41 الصادرة في 15 أوت 2004).

- القانون رقم 21/04 المؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1425 الموافق لـ 29 ديسمبر 2004 يتضمن قانون المالية لسنة 2005 (ج ر ج ج، العدد 85، السنة 41، الصادرة في 30 ديسمبر 2004).

- القانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو سنة 2005 يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم (ج ر ج ج، العدد 44، السنة 42 الصادرة في 26 يونيو 2005).

- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق (ج ر ج ج، العدد 14، السنة 43 الصادرة في 08 مارس 2006).

- القانون رقم 03/06 المؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق لـ 20 فبراير سنة 2006 يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي (ج ر ج ج ، العدد 14، السنة 43 الصادرة في 08 مارس 2006).

- القانون رقم 05/07 المؤرخ في 25 ربيع الثاني عام 1428 الموافق لـ 13 ماي 2007 يعدل و يتم الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون المدني (ج ر ج ج ، العدد 31، السنة 44 الصادرة في 13 ماي 2007).

- القانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية (ج ر ج ج ، العدد 21، السنة 45 الصادرة في 23 أبريل سنة 2008).

- القانون العضوي رقم 12/11 المؤرخ في 24 شعبان عام 1432 الموافق لـ 26 يوليو 2011 يحدد تنظيم المحكمة العليا و عملها و اختصاصاتها (ج ر ج ج ، العدد 42، السنة 48 الصادرة في 31 يوليو 2011).

الأوامر:

- الأمر رقم 133/66 المؤرخ في 12 صفر عام 1356 الموافق لـ 02 يونيو 1966 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (ج ر ج ج ، العدد 46، السنة الثالثة الصادرة في 8 يونيو 1966).

- الأمر رقم 154/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون الإجراءات المدنية (ج ر ج ج ، العدد 47 ، السنة الثالثة، الصادرة في 9 يونيو 1966).

- الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق لـ 8 يونيو سنة 1966 يتضمن قانون العقوبات (ج ر ج ج ، العدد 49 ، السنة الثالثة، الصادرة في 11 يونيو سنة 1966).

- الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق لـ 19 فبراير 1970 يتعلق بالحالة المدنية (ج ر ج ج ، العدد 21، السنة السابعة الصادرة في 27 فيفري 1970).

- الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 17 شوال عام 1390 الموافق لـ 15 ديسمبر سنة 1970 يتضمن تنظيم التوثيق (ج ر ج ج ، العدد 107، السنة 7 الصادرة في 25 ديسمبر 1970).

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني (ج ر ج ج ، العدد 78 ، السنة 12 الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975).
- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري (ج ر ج ج ، العدد 101 ، السنة 12 الصادرة في 19 ديسمبر 1975).
- الأمر رقم 74/75 المؤرخ في 8 ذي القعدة عام 1395 الموافق لـ 12 نوفمبر سنة 1975 يتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري (ج ر ج ج ، العدد 92 ، السنة 12 الصادرة في 18 نوفمبر 1975).
- الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق لـ 09 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل (ج ر ج ج ، العدد 81 ، السنة 14 الصادرة في 18 ديسمبر سنة 1977).
- الأمر رقم 05/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003 يتعلق بحقوق المؤلف و الحقوق المجاورة (ج ر ج ج ، العدد 44 ، السنة 40 الصادرة في 23 يوليو 2003).
- الأمر رقم 06/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق لـ 19 يوليو 2003 يتعلق بالعلامات (ج ر ج ج ، العدد 44 ، السنة 40 الصادرة في 23 يوليو 2003).
- الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق لـ 27 فبراير سنة 2005 يعدل و يتم القانون رقم 11/84 المؤرخ في 9 رمضان عام 1404 الموافق لـ 9 يونيو سنة 1984 و المتضمن قانون الأسرة (ج ر ج ج ، العدد 15 ، السنة 42 الصادرة في 27 فبراير سنة 2005).
- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 19 جمادى الثانية عام 1427 الموافق لـ 15 يوليو 2006 يتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية (ج ر ج ج ، العدد 46 ، السنة 43 الصادرة في 16 يوليو 2006).

المراسيم:

- المرسوم رقم 62/76 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق لـ 25 مارس 1976 يتعلق بإعداد مسح الأراضي العام (ج ر ج ج ، العدد 30 ، السنة 13 الصادرة في 13 أبريل 1976).
- مرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 24 ربيع الأول عام 1396 الموافق لـ 25 مارس 1976 ، يتعلق بتأسيس السجل العقاري (ج ر ج ج ، العدد 30 ، السنة 13 الصادرة في 13 أبريل 1976).

- المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في أول رجب عام 1405 الموافق لـ 23 مارس 1989 يتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية (ج ر ج ج ، العدد 13 ، السنة 22 الصادرة في 24 مارس 1989).
- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 07 رمضان عام 1413 الموافق لـ 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري (ج ر ج ج ، العدد 14 ، السنة 30 الصادرة في 03 مارس 1993).
- المرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 27 ذي القعدة عام 1413 الموافق لـ 19 ماي 1993 يعدل و يتم المرسوم رقم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 و المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم (ج ر ج ج ، العدد 34 ، السنة 30 ، الصادرة في 23 ماي 1993).
- المرسوم التشريعي رقم 08/94 المؤرخ في 15 ذي الحجة عام 1414 الموافق لـ 26 ماي 1994 يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 1994 (ج ر ج ج ، العدد 33 ، السنة 31 الصادرة في 28 ماي 1994).
- المرسوم التنفيذي رقم 58/94 المؤرخ في 25 رمضان عام 1414 الموافق لـ 07 مارس 1994 يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية (ج ر ج ج ، العدد 13 ، السنة 31 الصادرة في 09 مارس 1994).
- المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 07 شوال عام 1414 الموافق لـ 19 مارس 1994 يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري (ج ر ج ج ، العدد 17 ، السنة 31 الصادرة في 30 مارس 1994).
- مرسوم تنفيذي رقم 381/98 المؤرخ في 12 شعبان عام 1419 الموافق أول ديسمبر سنة 1998 ، يحدد شروط إدارة الأملاك الوقفية و تسييرها و حمايتها و كفاءات ذلك (ج ر ج ج ، العدد 90 السنة 35 ، الصادرة في 2 ديسمبر 1998).
- مرسوم تنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 28 رجب 1421 الموافق لـ 26 أكتوبر سنة 2000 يتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط و كفاءات إصدارها و تسليمها (ج ر ج ج ، العدد 64 ، السنة 37 ، الصادرة في 31 أكتوبر 2000).
- المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق لـ 23 أبريل 2001 يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفاءات ذلك (ج ر ج ج ، العدد 25 ، السنة 38 الصادرة في 29 أبريل 2001).

- المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 21 رمضان عام 1423 الموافق لـ 26 نوفمبر 2002 يتعلق بالوظيفة القنصلية (ج ر ج ج، العدد 79، السنة 39 الصادرة في 01 ديسمبر 2002).
- المرسوم الرئاسي رقم 407/02 المؤرخ في 21 رمضان عام 1423 الموافق لـ 26 نوفمبر 2002 يحدد صلاحيات رؤساء المراكز القنصلية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية (ج ر ج ج، العدد 79، السنة 39 الصادرة في 01 ديسمبر 2002).
- المرسوم التنفيذي رقم 137/04 المؤرخ في 8 ربيع الأول عام 1425 الموافق لـ 28 أبريل 2004 يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 29 محرم عام 1422 الموافق لـ 23 أبريل 2001 الذي يحدد شروط و كفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى، في إطار البيع بالإيجار (ج ر ج ج، العدد 27، السنة 41 الصادرة في 28 أبريل 2004).
- المرسوم التنفيذي رقم 340/04 المؤرخ في 19 رمضان عام 1425 الموافق لـ 02 نوفمبر 2004 يعدل المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23 أبريل 2001 الذي يحدد شروط و كفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار (ج ر ج ج، العدد 69، السنة 41 الصادرة في 03 نوفمبر 2004).
- المرسوم التنفيذي رقم 242/08 المؤرخ في أول شعبان عام 1429 الموافق لـ 03 أوت 2008 يحدد شروط الالتحاق بمهنة الموثق و ممارستها و نظامها التأديبي و قواعد تنظيمها (ج ر ج ج، العدد 45، السنة 45 الصادرة في 06 أوت 2008).
- المرسوم التنفيذي رقم 243/08 المؤرخ في أول شعبان عام 1924 الموافق لـ 03 أوت 2008 يحدد أتعاب الموثق (ج ر ج ج، العدد 45، السنة 45 الصادرة في 06 أوت 2008).

القرارات

- القرار المؤرخ في 2 ربيع الأول عام 1422 الموافق لـ 26 مايو 2001 يحدد شكل و محتوى الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوقفي (ج ر ج ج، العدد 31 السنة 38 الصادرة في 06 يونيو 2001).
- القرار المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1422 الموافق لـ 06 يونيو سنة 2001 يحدد محتوى السجل الخاص بالملك الوقفي (ج ر ج ج، العدد 32، السنة 38 الصادرة في 10 يونيو 2001).

- القرار المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1422 الموافق لـ 23 يوليو 2001 يتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار (ج ر ج ج ، العدد 52 ، السنة 38 الصادرة في 16 سبتمبر 2001).
- القرار المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1422 الموافق لـ 23 يوليو 2001 يحدد شروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار و كفاءات ذلك (ج ر ج ج ، العدد 52 ، السنة 38 الصادرة في 16 سبتمبر 2001).
- القرار المؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1425 الموافق لـ 04 ماي 2004 يعدل القرار المؤرخ في 02 جمادى الأولى عام 1422 الموافق لـ 23 يوليو 2001 و المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار (ج ر ج ج ، العدد 43 ، السنة 41 الصادرة في 04 يوليو 2004).

A-OUVRAGES GENERAUX :

- **BENMELHA Ghaouti:**

Le droit patrimonial Algérien de la famille, successions, testament, wakf, donations, office des publications universitaires, Alger, 1995.

- **BONNECASE:**

Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry-Lacantinerie, tome 2, 1924.

- **CARBONNIER Jean :**

Droit civil, les obligations, 12^{ème} édition, Paris, 1985.

- **DUTILLEUL François Collart et DELEBECQUE Philippe**

Contrats civils et commerciaux, Dalloz, 5^{ème} édition, 2001.

- **GENY François :**

Science et technique en droit privé positif, Paris, 1925.

- **GUERRIERO Marie-Antoinette :**

L'acte juridique solennel, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1975.

- **HUET Jérôme**

Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 2^{ème} édition, L.G.D.J, Paris, Mars 2001.

- **JACQUEMIN Hervé :**

La nullité comme sanction de l'inobservation du formalisme contractuelle, la nullité des contrats, sous la coordination de Patrick WERY, université de Liège, Belgique 2006, n° 9 ,P95.

- **JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle**

Droit civil, sûretés, publicité foncière, 15^e édition, Dalloz, Paris, 2007.

- MARTY.G, RAYNAUD.P :

Droit civil, tome 3, 1^{er} volume, les sûretés, la publicité foncière, Paris, Sirey, 1971.

- MAZEAUD Henry, Léon et Jean :

Leçons de droit civil, tome 3, sûreté, publicité foncière, principaux contrats, 2^{ème} édition Montchrestien, Paris 1963.

- MAZEAUD.H,L Et J:

Leçons de droit civil, tome 2, les obligations, théorie général, 9^{ème} édition, par: F.CHABAS, Montchrestien, DELTA, 2000.

- MAZEAUD. H.L.J, CHABAS.F :

Leçons de droit civil, obligations, tome 2, 1^{er} volume, 9^e édition, Paris, Montchrestien, 1998.

-MOENECLAËY Pierre:

La renaissance du formalisme dans les contrats en droit commercial, thèse, Lille, 1914.

- PLANIOL et RIPERT:

Traité pratique de droit civil français, tome 6, par ESMEIN.P.

- RENAULT.C

Droit civil, les obligations, 3^{ème} édition, Gaulino Editeur, Paris, 2004.

- TERRE.F, SIMILER.P, LEQUETTE.Y:

Droit civil, les obligations, 9^{ème} édition, Dalloz, 2005.

- VERMELLE Georges :

Droit civil, les contrats spéciaux, 2^{ème} édition, Dalloz, 1998.

- VIALARD Antoine :

La formation du contrat, O.P.U, 1981.

- VOIRIN Pierre et GOUBEAUX Gille

Manuel de droit civil, droit privé notarial, régimes matrimoniaux, successions, libéralités, tome 2, 23^e édition, L.G.D.J. composé et imprimé par : JOUVE, Paris, Août 2004.

B-ARTICLES:

- BARRET Olivier :

Vente, Encyclopédie Dalloz, Droit civil, tome x, 1999.

- BENDEDDUCHE Jacqueline:

Déclaration de volonté et formation du contrat en Algérie. La revue Algérienne des sciences juridiques, politiques et économiques, Alger, n°1, Mars 1981.

- BOYER Louis

Promesse de vente, répertoire de droit civil, 29^{ème} année, Tome VIII, encyclopédie Dalloz, 1999.

- FOURNIER Alain:

* Hypothèque conventionnelle, répertoire de droit civil, 29^e année, tome 6, encyclopédie Dalloz, 1999.

* Publicité foncière, répertoire de droit civil, 29^e année, tome 8, encyclopédie Dalloz, 1999.

- GIVERDON Claude :

Promotion immobilière, Encyclopédie Dalloz, Paris, 1994.

- HIDEFINGER Baraton

Vente d'immeuble à construire, répertoire de droit civil, 2eme édition, tome VIII, Dalloz, Paris, 1988.

- LAHLOU née KHIAR Ghania :

Jurisprudence, revue Algérienne de sciences juridiques, économiques et politiques, n°3, université d'Alger, 1998.

- MALAURIE Philippe :

Vente d'immeuble à construire, Encyclopédie, Dalloz, Paris, 1994.

- SCHUTZ Rose-Noëlle :

Location-vente, répertoire de droit civil, 29^e année, tome 6, encyclopédie Dalloz, 1999.

- TOURNAFOND Olivier :

Vente d'immeuble à construire, Encyclopédie Dalloz, Paris 2000-2001.

- VERMELLE Georges :

Baux, loi du 01 septembre 1948, droit de la gestion de l'immeuble, sous la direction de Jean-Luc AUBERT, Dalloz action, 2000.

C-THESES :

- MOSTEFA Kara Farida :

La preuve écrite en droit civil Algérien, mémoire pour le diplôme de magistère en droit privé , Alger, 1982.

الفهرس

الموضوع	الصفحة
مقدمة	1
القسم الأول: ماهية الشكلية في التصرفات القانونية	8
الباب الأول: مفهوم الشكلية	9
الفصل الأول: مفهوم التصرف القانوني الشكلي	11
المبحث الأول: تعريف التصرف القانوني الشكلي	11
المطلب الأول: الشكل و التعبير عن الإرادة	12
الفرع الأول: الشكل الحرّ و الشكل المفروض	13
أولاً : الشكل لا يمكن استبداله بشكل آخر	14
ثانياً : الشكل لا يعني انعدام حرية التعبير عن الإرادة	15
الفرع الثاني : الشكل المحدّد و الشكل الإتفاقي	16
أولاً : الشكل المحدّد	16
01-اشتراط التعبير الصريح عن الإرادة	17
02- اشتراط بيانات إلزامية	19
ثانياً : الشكل الإتفاقي	20
المطلب الثاني : الشكل و التراضي	22
الفرع الأول: التمييز بين الشكل و التراضي	22
أولاً : انعدام التراضي	23
ثانياً: عيوب الإرادة	25
ثالثاً: انعدام السبب	27
الفرع الثاني: التأثيرات المتبادلة بين الشكل و التراضي	29
أولاً : تأثير الشكل على التراضي	30
ثانياً : تأثير التراضي على الشكل	32
المبحث الثاني : الغاية من الشكل	34
المطلب الأول: الشكل لحماية المصلحة الخاصة	34

- 34.....الفرع الأول: حماية أطراف التصرف
- 35.....أولاً: نظرية الإرادة
- 36.....ثانياً: نظرية التعبير
- 38.....الفرع الثاني: حماية الغير
- 39.....المطلب الثاني: الشكل لحماية المصلحة العامة
- 40.....الفرع الأول: تحقيق العدالة و تسهيل مهمة القضاء
- 40.....أولاً : تحقيق العدالة
- 42.....ثانياً: تسهيل مهمة القضاء
- 44.....الفرع الثاني: حماية الأمن و الائتمان
- 45.....الفرع الثالث: حماية الملكية العقارية
- 46.....الفصل الثاني: تمييز الشكل عن النظم المماثلة له
- 47.....المبحث الأول: الشكل و الإثبات
- 47.....المطلب الأول: التمييز بين الشكل و الإثبات من الناحية النظرية
- 47.....الفرع الأول: مفهوم الإثبات
- 48.....أولاً : نظرية الإثبات المطلق
- 48.....ثانياً: نظرية الإثبات المقيد
- 49.....ثالثاً: نظرية الإثبات المختلط
- 51.....الفرع الثاني: تحديد أوجه الاختلاف بين الشكل و الإثبات
- 52.....المطلب الثاني: النتائج العملية المترتبة على التمييز بين الشكل و الإثبات
- 54.....الفرع الأول: الإثبات بالإقرار و اليمين
- 55.....الفرع الثاني: الإثبات بالبيّنة و القرائن
- 55.....أولاً: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة
- 58.....ثانياً: وجود مانع من الحصول على دليل كتابي
- 59.....ثالثاً: سبق وجود سند كتابي و فقده بسبب أجنبي
- 61.....رابعاً: الاحتياط على القانون
- 63.....المبحث الثاني: الشكل و إجراءات التسجيل
- 63.....المطلب الأول: مفهوم التسجيل

- 63.....الفرع الأول: تعريف التسجيل
- 64.....أولاً: أن التسجيل إجراء إداري
- 64.....ثانياً: يقوم بالتسجيل موظف عمومي
- 64.....ثالثاً: أن التسجيل إجراء بمقابل
- 65.....رابعاً: أن التسجيل إجراء إجباري
- 65.....الفرع الثاني: أهمية التسجيل
- 65.....أولاً : الأهمية المالية للتسجيل
- 68.....ثانياً : الأهمية القانونية للتسجيل
- 69.....المطلب الثاني: تحديد أوجه الاختلاف بين الشكل و التسجيل
- 69.....الفرع الأول: من حيث طبيعة كلّ منهما
- 70.....الفرع الثاني: من حيث الوظيفة
- 70.....الفرع الثالث: من حيث جزاء تخلف كلّ منهما
- 72.....المبحث الثالث: الشكل و الشهر
- 73.....المطلب الأول: التمييز بين الشكل و إجراءات الشهر من الناحية النظرية
- 73.....الفرع الأول: من حيث طبيعة كلّ منهما
- 74.....الفرع الثاني: من حيث الوظيفة
- 74.....الفرع الثالث: من حيث جزاء تخلف كلّ منهما
- 75.....المطلب الثاني: النتائج العملية المترتبة على التمييز بين الشكل و الشهر
- 77.....الفرع الأول : التمييز بين الشكل و تخلف الشهر (المبدأ العام)
- 79.....الفرع الثاني: التمييز بين الشكل و تخلف الشهر (الاستثناء)
- 79.....أولاً: عدم انتقال الحقوق العينية الأصلية
- 81.....ثانياً: بطلان التصرف القانوني
- 82.....01- عقد الشركة التجارية
- 85.....02- عقد رهن المحل التجاري
- 88.....الباب الثاني: النظام القانوني للتصرف القانوني الشكلي
- 88.....الفصل الأول: أنواع الشكل
- 89.....المبحث الأول: الشكل الرسمي

- المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في الورقة الرسمية.....89
- الفرع الأول: الشروط الشكلية الواجب توافرها في الورقة الرسمية.....91
- أولاً : صدور الورقة من أشخاص محددين قانوناً.....91
- 01- صدور الورقة من الموظف.....91
- أ- صدور قرار بتعيين الموظف في وظيفة عمومية.....92
- ب- تعيين الموظف في وظيفة دائمة.....92
- ج- ترسيم الموظف.....92
- 02- صدور الورقة من الضابط العمومي.....93
- أ- الموثق.....94
- ب- المحضر القضائي.....98
- 03- صدور الورقة من شخص مكلف بخدمة عامة.....100
- ثانياً: سلطة و اختصاص الأشخاص المصدرين للورقة الرسمية.....101
- 01- سلطة الأشخاص المصدرين للورقة الرسمية.....102
- 02- اختصاص الأشخاص المختصين للورقة الرسمية.....104
- أ- من ناحية الاختصاص النوعي.....104
- ب- من ناحية الاختصاص المكاني.....105
- الفرع الثاني: الشروط القانونية الواجب توافرها في الورقة الرسمية.....107
- أولاً : المرحلة السابقة على تحرير الورقة الرسمية.....109
- ثانياً: مرحلة تحرير الورقة الرسمية.....111
- ثالثاً: المرحلة اللاحقة على تحرير الورقة الرسمية.....113
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على الورقة الرسمية.....114
- الفرع الأول: حجية الورقة الرسمية في الإثبات.....114
- أولاً: حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأطراف.....116
- 01- البيانات التي لا يمكن إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير.....117
- أ- الادعاء الفرعي بالتزوير.....118
- ب- الادعاء الأصلي بالتزوير.....118
- 02- البيانات التي يمكن إثبات عكسها بكل طرق الإثبات.....119

- 120.....ثانيا: حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير.
- 121.....ثالثا: حجية صور الورقة الرسمية.
- 122.....01- حجية صور الأوراق الرسمية إذا كان الأصل موجودا.
- 122.....02- حجية صور الأوراق الرسمية إذا كان الأصل غير موجود.
- 123أ- حجية الصورة الرسمية الأصلية.
- 124.....ب- حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الرسمية.
- 125.....ج- حجية الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية.
- 126.....الفرع الثاني: القوة التنفيذية للورقة الرسمية.
- 126.....أولا: تنفيذ الأوراق الرسمية الصادرة من جهات وطنية.
- 128.....ثانيا: تنفيذ الأوراق الرسمية الصادرة من جهات أجنبية.
- 130.....المبحث الثاني: الشكل العرفي.
- 131.....المطلب الأول: الأوراق العرفية المكتوبة على الورق.
- 132.....الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الورقة العرفية المكتوبة على الورق.
- 133.....أولا : الكتابة.
- 135.....ثانيا: التوقيع.
- 138.....الفرع الثاني: حجية الورقة العرفية المكتوبة على الورق.
- 139.....أولا: حجية الورقة العرفية بالنسبة للأطراف.
- 141.....ثانيا: حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير.
- 143.....01 تسجيل المحرر العرفي.
- 144.....02- إثبات مضمون المحرر العرفي في عقد رسمي.
- 144.....03- التأشير على المحرر العرفي من طرف موظف عام مختص.
- 144.....04- وفاة أحد الذين لهم على المحرر العرفي خط و إمضاء.
- 145.....المطلب الثاني: الأوراق العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني.
- الفرع الأول: الشروط الواجب توافرها في الورقة العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني.
- 146.....أولا: الكتابة الإلكترونية.
- 146.....01-تعريف الكتابة الإلكترونية.

147	02-شروط الكتابة الالكترونية.....
147	أ-أن تكون الكتابة مقروءة.....
147	ب-أن تكون الكتابة مستمرة.....
148	ج- عدم قابلية الكتابة للتعديل.....
148	ثانيا: التوقيع الالكتروني.....
148	01- تعريف التوقيع الالكتروني.....
150	02-أنواع التوقيع الالكتروني.....
150	أ- التوقيع بالماسح الضوئي أو بالقلم الالكتروني.....
151	ب- التوقيع البيومترى.....
152	ج- التوقيع الكودي.....
152	د- التوقيع الرقمي.....
153	الفرع الثاني: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.....
154	أولاً: شروط صحة التوقيع الالكتروني.....
154	01- ضرورة معرفة هوية الموقع من خلال التوقيع.....
155	02- ضرورة الحفاظ على صحة المحرر الالكتروني الموقع.....
156	ثانيا: قوة التوقيع الالكتروني في الإثبات.....
157	الفصل الثاني: نطاق تطبيق الشكل و جزاء تخلفه.....
157	المبحث الأول: نطاق تطبيق الشكل.....
157	المطلب الأول: الشكل في الوعد بالتعاقد.....
158	الفرع الأول: أحكام الوعد بالتعاقد.....
160	الفرع الثاني: شكل الوعد بالتعاقد.....
162	المطلب الثاني: الشكل في الوكالة في التصرف القانوني الشكلي.....
163	الفرع الأول: أحكام الوكالة.....
166	الفرع الثاني: شكل الوكالة.....
170	المبحث الثاني: جزاء تخلف الشكل في التصرف الشكلي.....
171	المطلب الأول: الجزاء المترتب على تخلف الشكل.....
171	الفرع الأول: جزاء تخلف الشكل في الفقه.....

174.....	الفرع الثاني: جزاء تخلف الشكل في التشريع الجزائري.
178.....	المطلب الثاني: أحكام العقد الباطل لتخلف الشكل.
178.....	الفرع الأول: تقرير البطلان لتخلف الشكل.
178.....	أولا : الأشخاص الذي يحقّ لهم التمسك بالبطلان.
179.....	ثانيا: كيفية تقرير البطلان.
180.....	ثالثا: الإجازة و التقادم.
180.....	01-الإجازة.
181.....	02-التقادم.
182.....	أ- التقادم و دعوى البطلان.
182.....	ب- التقادم و الدفع بالبطلان.
182.....	الفرع الثاني: آثار العقد الباطل لتخلف الشكل.
183.....	أولا : الآثار الأصلية للتصرف الباطل.
184.....	ثانيا: الآثار العرضية للتصرف الباطل.
184.....	01- حالة التصرف الباطل.
184.....	أ- يجب أن يكون هناك تصرف أصلي باطل.
	ب- أن يتضمّن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الصحيح
185.....	المحوّل إليه.
	ج- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة و ليس الحقيقية إلى التصرف
185.....	الأخر.
185.....	02- حالة ترتيب التزام طبيعي.
189.....	القسم الثاني: أحكام الشكالية في التصرفات الواردة على العقارات تشريعا و قضاء.
190.....	الباب الأول: الشكالية في التصرفات بعوض الواردة على عقار.
190.....	الفصل الأول: الشكالية في التصرفات الناقلة للملكية العقارية.
191.....	المبحث الأول: الشكالية في عقد البيع العقاري.
191.....	المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد البيع العقاري.
192.....	الفرع الأول: الشكل الرسمي ركن في عقد البيع العقاري.
198.....	الفرع الثاني: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد البيع العقاري.

- المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد البيع العقاري.....202
- الفرع الأول: المرحلة السابقة على صدور الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق.....202
- الفرع الثاني: مرحلة ما بعد صدور الأمر رقم 91/70 المتضمن تنظيم التوثيق.....203
- الفرع الثالث: مرحلة ما بعد صدور قرار الغرف المجتمعة.....207
- المبحث الثاني: الشكلية في عقد بيع العقار بناء على التصاميم.....213
- المطلب الأول: مفهوم عقد بيع العقار بناء على التصاميم.....213
- الفرع الأول: تعريف عقد بيع العقار بناء على التصاميم.....215
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم.....217
- الفرع الثالث: تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن العقود المشابهة له.....219
- أولاً: تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن الوعد بالبيع.....219
- ثانياً: تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن بيع الأشياء المستقبلية.....220
- ثالثاً: تمييز عقد البيع بناء على التصاميم عن البيع بالإيجار.....221
- رابعاً: تمييز عقد بيع العقار بناء على التصاميم عن عقد المقاوله.....224
- المطلب الثاني: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم.....224
- الفرع الأول: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93.....224
- أولاً: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93.....224
- 01- الشكل الرسمي ركن في عقد البيع بناء على التصاميم.....226
- أ- تحرير عقد بيع العقار بناء على التصاميم في شكل رسمي.....226
- ب- تسجيل عقد بيع العقار بناء على التصاميم.....229
- ج- شهر عقد بيع العقار بناء على التصاميم.....231
- 02- جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد بيع العقار بناء على التصاميم.....234
- ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93.....235

الفرع الثاني: الشكل في عقد بيع العقار بناء على التصاميم في ظل القانون	رقم 04/11
237.....	
المبحث الثالث: الشكلية في عقد البيع بالإيجار	241.....
المطلب الأول: مفهوم عقد البيع بالإيجار	241.....
الفرع الأول: تعريف عقد البيع بالإيجار	241.....
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لعقد البيع بالإيجار	243.....
الفرع الثالث: تمييز عقد البيع بالإيجار عن العقود المشابهة له	245.....
أولا : تمييز عقد البيع بالإيجار عن الوعد بالبيع	245.....
ثانيا: تمييز عقد البيع بالإيجار عن البيع بالعربون	246.....
ثالثا: تمييز عقد البيع بالإيجار عن البيع بالتقسيط	247.....
رابعا : تمييز عقد البيع بالإيجار عن الإيجار المقترن بوعد بالبيع	247.....
المطلب الثاني: الشكل في عقد البيع بالإيجار	248.....
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد البيع بالإيجار	249.....
أولا: الشكل الرسمي ركن في عقد البيع بالإيجار	250.....
ثانيا: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد البيع بالإيجار	253.....
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد البيع بالإيجار	255.....
الفصل الثاني: الشكلية في التصرفات الواردة على الانتفاع: عقد إيجار العقارات	256.....
المبحث الأول: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار قبل صدور القانون المدني	258.....
المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار قبل صدور القانون المدني	258.....
المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار قبل صدور القانون المدني	261.....
المبحث الثاني: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في القانون المدني	262.....
المطلب الأول: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار بعد صدور القانون المدني	263.....
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار بعد صدور القانون المدني	263.....

الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على	
عقار بعد صدور القانون المدني.....	266
المطلب الثاني: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في ظل المرسوم التشريعي	
رقم 03/93.....	269
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار	
في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93.....	269
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار	
في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93.....	273
المبحث الثالث: الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار في ظل القانون رقم 05/07...274	
المطلب الأول: موقف المشرع الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار	
في ظل القانون رقم 05/07.....	274
المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكل في عقد الإيجار الوارد على عقار	
في ظل القانون رقم 05/07.....	278
الفصل الثالث: الشكلية في التأمينات العينية الواردة على عقار: الرهن الرسمي.....	280
المبحث الأول: الشكل الرسمي ركن في عقد الرهن الرسمي.....	285
المطلب الأول: تحرير عقد الرهن في شكل رسمي.....	286
الفرع الأول: المقصود بالرسمية.....	286
الفرع الثاني: نطاق تطبيق الرسمية.....	288
أولاً: الوعد بإبرام الرهن الرسمي.....	288
ثانياً: الوكالة في الرهن الرسمي.....	289
المطلب الثاني: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي.....	290
المبحث الثاني: مبدأ تخصيص الرهن.....	292
المطلب الأول: تعريف مبدأ تخصيص الرهن.....	293
الفرع الأول: تخصيص الرهن من حيث العقار المرهون.....	294
الفرع الثاني: تخصيص الرهن من حيث الدين المضمون.....	295
المطلب الثاني: جزاء عدم تخصيص الرهن.....	296
الباب الثاني: الشكلية في التصرفات التبرعية الواردة على عقار.....	300

عقد الهبة.....	301
المبحث الأول: مفهوم عقد الهبة.....	301
المطلب الأول: تعريف عقد الهبة.....	302
المطلب الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية المشابهة له.....	305
الفرع الأول: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانب واحد...305	305
أولاً: تمييز عقد الهبة عن الوصية.....	305
ثانياً: تمييز عقد الهبة عن الوقف.....	306
الفرع الثاني: تمييز عقد الهبة عن التصرفات القانونية الصادرة من جانبين.....	306
أولاً: تمييز عقد الهبة عن عقد البيع.....	307
ثانياً: تمييز عقد الهبة عن العارية.....	307
المبحث الثاني: الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار.....	309
المطلب الأول: الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة.....	309
الفرع الأول: موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار.....	309
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائي من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة.....	314
المطلب الثاني: الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....	316
الفرع الأول: موقف المشرع الجزائي من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....	316
أولاً: الشكل الرسمي ركن في عقد الهبة الواردة على عقار.....	316
ثانياً: جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد الهبة الواردة على عقار.....	322
الفرع الثاني: موقف القضاء الجزائي من الشكل في عقد الهبة الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....	323
الفصل الثاني: الشكلية في التصرفات التبرعية الصادرة من جانب واحد الواردة على عقار.....	325
المبحث الأول: الشكلية في الوصية الواردة على عقار.....	325

- 326.....المطلب الأول: مفهوم الوصية
- 325.....الفرع الأول: تعريف الوصية
- 328.....الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوصية
- 330.....المطلب الثاني: الشكل في الوصية الواردة على عقار
- 331.....الفرع الأول: الشكل في الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة.....
- 334.....أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوصية الواردة على عقار
- ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة.....
- 334.....
- 337.....الفرع الثاني: الشكل في الوصية الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....
- أولاً: موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوصية الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....
- 337.....
- 337.....01- إثبات الوصية بعقد رسمي
- 339.....02- إثبات الوصية بحكم قضائي
- ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوصية الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....
- 341.....
- 343.....المبحث الثاني: الشكلية في الوقف الوارد على عقار
- 343.....المطلب الأول: مفهوم الوقف
- 343.....الفرع الأول: تعريف الوقف فقها وقانوناً
- 343.....أولاً: تعريف الوقف في الفقه الإسلامي
- 347.....ثانياً: تعريف الوقف في القانون الجزائري
- 348.....الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للوقف
- 348.....أولاً: الوقف تصرف بالإرادة المنفردة
- 351.....ثانياً: الوقف ينصب على المنفعة
- 354.....ثالثاً: الشخصية المعنوية للوقف
- 357.....المطلب الثاني: الشكل في الوقف الوارد على عقار
- 357.....الفرع الأول: الشكل في الوقف الوارد على عقار قبل صدور قانون الأسرة.....
- 357.....أولاً: موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوقف الوارد على عقار

ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار قبل صدور قانون الأسرة	364
الفرع الثاني: الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....	366
أولاً: موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....	366
01- إثبات الوقف بموجب عقد رسمي.....	367
02- إثبات الوقف بحكم قضائي.....	367
ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأسرة.....	368
الفرع الثالث: الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأوقاف رقم 10/90	369
أولاً: موقف المشرع الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأوقاف رقم 10/91.....	369
ثانياً: موقف القضاء الجزائري من الشكل في الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأوقاف	373
.....	375
.....	379
.....	405

الخاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

المخلص

إنّ الشكلية في التصرفات القانونية تهدف إلى تحقيق مزايا عديدة فهي تبعث الثقة لدى الأفراد وتقويّ الائتمان، ومن ثمّ توفرّ الثقة في المعاملات وتحقق العدالة والاستقرار وهي مهام تعجز الرضائية عن تحقيقها بصفة كافية ممّا يستدعي اللجوء إلى الشكلية كوسيلة ممتازة لتحقيقها، ولما كانت الملكية العقارية ذات وظيفة اجتماعية وكانت من عناصر الثروة القومية فكان لزاماً أن تتوافر لها الحماية القانونية، وقد وجدت الدول ومن بينها الجزائر أنّ من أهمّ الوسائل لحماية الملكية العقارية وضمان استقرار المعاملات الواردة عليها: الشكل.

الكلمات المفتاحية: الشكلية، التصرفات القانونية، العقارات، الرضائية، النظام القانوني للتصرف الشكلي، أنواع الشكل، التشريع الجزائري، القضاء الجزائري.

Résumé :

Le formalisme en matière d'actes juridiques présente un certain nombre d'avantages. Il inspire le sentiment de confiance entre les individus et renforce la sécurité et par conséquent l'équité et la stabilité que l'acte consensuel à lui seul ne peut assurer. C'est pourquoi le législateur a eu recours au formalisme notamment en matière de transactions immobilières. Dans le mesure où la propriété immobilière remplit une fonction sociale, sa protection juridique s'est avérée nécessaire à travers notamment le formalisme.

Les mots clefs : formalisme, actes juridiques, immeubles, consensualisme, le régime de l'acte juridique solennel, types de la forme, législation Algérienne, jurisprudence Algérienne.

Abstract:

The objective of formalism in legal instruments is to realize many prerogatives with the feeling of trust that it creates in individuals and by its safety improving role. It provides faith in transactions and brings justice and stability, elements that consensualism cannot do sufficiently. We remedy this point by means of a better way which is formalism and because of the social function of properties as a part of national wealth, its protection is necessary. Some countries, among them Algeria, believe that formalism is one of the best ways to protect property and to guarantee stability of transactions.

Key-words: formalism, legal instruments, building, consensualism, legal scheme of formalism, types of formalism, Algerian legislation, Algerian justice.

المقالات

مقالة بعنوان : الشكلية في عقد الإيجار المدني في القانون الجزائري.

لأستاذة : شيخ سناء(*) - كلية الحقوق بجامعة تلمسان

منشورة بمجلة العلوم القانونية والإدارية والسياسية جامعة أبو بكر بلقايد بتلمسان،
لسنة 2009 ، العدد 08 لسنة 2009.

إنّ الإنسان يبحث دائما عن مسكن يأويه ويأوي أفراد عائلته، ولكن يتعذّر على الكثير من الناس تملك مساكن لضعف مواردهم فيلجأون للحصول عليها عن طريق إبرام عقود إيجار للانتفاع بالمحلات السكنية، وهكذا أصبح عقد الإيجار من أكثر العقود تداولاً، خصوصا مع قيام المجتمع الصناعي ونزوح السكان إلى المدن بحثا عن العمل ، فأصبح عقد الإيجار قوام الطبقة الوسطى والطبقة الفقيرة، وهو في الوقت ذاته بالنسبة للطبقة الغنية من خير طرق الاستغلال للأموال.

وبالنسبة للجزائر، فإنّ مسألة شكل عقد الإيجار المدني تثير إشكالا لأنّ الوضعيات الإيجارية في بلادنا خضعت لعدّة أنظمة، لهذا سأطرق لشكل عقد الإيجار قبل صدور القانون المدني ، وبعدهن وفي إطار المرسوم التشريعي رقم 03/93 بتاريخ الفاتح مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾، ثمّ في إطار القانون 05/07 الصادر بتاريخ 2007/05/13 المعدل والمتمم للقانون المدني⁽²⁾.

ولتحديد الشكل الواجب توافره في عقد الإيجار المدني في مختلف الأنظمة القانون السابقة، تشريعا وقضاء، يتعيّن علي بداية أن أعرف عقد الإيجار.

أولا : تعريف عقد الإيجار.

نص المشرع الجزائري على عقد الإيجار - باعتباره عقدا من العقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء في القانون المدني - في المواد من 467 إلى 513، ورغم أنّه بيّن أحكامه بكثير من التفصيل والإيضاح إلّا أنّه لم يعرفه، وبالتالي يبقى على من يريد الوصول إلى التعريف استخراجه من العناصر المكونة له.

(*) أستاذة مساعدة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، محامية معتمدة لدى مجلس قضاء تلمسان.

(1) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 14 لسنة 1993.

(2) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 31 لسنة 2007.

إذن، يقصد بعقد الإيجار توافق إرادتي المؤجر والمستأجر على منفعة الشيء المؤجر⁽¹⁾، والأجرة التي يمكن أن تكون نقودا أو تقديم عمل، والمدة التي قد تكون محددة أو غير محددة⁽²⁾.

ونظرا لعدم وجود نصّ قانون يعرف عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري تدخل المشرع لسدّ هذا الفراغ، وعرفّ عقد الإيجار في القانون رقم 05/07 الصادر بتاريخ 2007/05/13 في الفقرة الأولى من المادة 467 بما يلي : "الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بالشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم".

ثانيا : شكل عقد الإيجار.

1- شكل عقد الإيجار قبل صدور القانون المدني الجزائري :

يسري على عقود الإيجار المبرمة قبل صدور القانون المدني الجزائري، القانون الفرنسي، طبقا للقانون الصادر بتاريخ 31 ديسمبر⁽³⁾، الذي مدّ آنذاك العمل بالقوانين الفرنسية متى لم يكن من شأنها المساس بالسيادة الوطنية، وكذا تطبيقا لمبدأ عدم رجعية القوانين⁽⁴⁾.

وقد فرض القانون المدني الكتابة لإثبات عقد الإيجار، وإذا تخلفت الكتابة فإنه تماشيا مع ما نصّت عليه المادة 1715 من القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾ يفرق بين حالتين :

الحالة الأولى : تتعلّق بعقد الإيجار الذي لم يتمّ البدء في تنفيذه، وهنا اعتمد القضاء مبدأ عاما استنادا على المادة 1715 من القانون المدني، مؤداه عدم جواز إثبات هذا العقد بشهادة الشهود⁽⁶⁾ والقرائن، غير أنه يجوز إثباته بالإقرار أو اليمين.

(1) تجدر الإشارة إلى أنه تطبق أحكام القانون المدني على الأماكن المعدة للسكن ولممارسة مهنة، بينما تخضع المحلات التجارية لأحكام القانون التجاري.

(2) منذ صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري بتاريخ 1993/03/01 ألغى المشرع الجزائري المواد الخاصة بعقد الإيجار غير محدد المدة، ليصبح عقد الإيجار دائما محدد المدة، وهذا ما تمّ تأكيده أيضا في القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13.

(3) يراجع القانون رقم 157/62 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962، والمتضمن تمديد مفعول التشريع النافذ بتاريخ 31 ديسمبر 1962 والمنشور ب.ج.ر.ج. العدد الثاني، لسنة 1963، ص 18.

(4) يراجع نص المادة 08 ق.م.ج.

(5) نص المشرع الفرنسي في المادة 1715 من القانون المدني على ما يلي : " عقد الإيجار الحاصل بغير كتابة الذي لم يبدأ تنفيذه والذي أنكره أحد الأطراف لا يجوز إثباته بالبينة مهما قلت أجرته حتى ولو ادعى بدفع عربون، غير أنه يجوز توجيه اليمين لمن أنكر العقد".

(6) يراجع قرار م.أ. القانون الخاص الصادر بتاريخ 07 أبريل 1971 والمنشور بنشرة القضاة، العدد الثاني لسنة 1972، ص 24، والذي جاء فيه ما يلي : "حيث أنه تبعا لمعاينات قضاة الموضوع استنتجوا أنه في غياب وصولات كراء المسكن، فإن طلب ح.ع لإثبات بشهادة الشهود صفته كمستأجر للمسكن غير مقبول...".

الحالة الثانية : وتخص عقد إيجار بأ تنفيذه، في هذه الفرضية استقر القضاء على استبعاد المنع المنصوص عليها في المادة 1715 من القانون المدني الفرنسي، وأجاز البدء في التنفيذ بحيث يستخلص ذلك من مجرد شغل الشخص للأمكنة، ومن أمور الظاهر التي توحى بقيام علاقة إيجارية بين الطرفين.

إذن، الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة لعقد الإيجار المبرم قبل صدور القانون المدني الجزائري، فهو تصرف رضائي، لأنّ المشرع الفرنسي لم يرتب بطلان عقد الإيجار على عدم كتابته، أمّا الشكل المتطلب قانوناً فهو وسيلة لإثبات عقد الإيجار وليس ركناً فيه، والكتابة ليست الوسيلة الوحيدة لإثبات عقد الإيجار ، فالمشرع الفرنسي لا يمانع في اعتماد طرق الإثبات الأخرى كالإقرار واليمين لاعتبارهما وسيلتي إثبات تحلان محلّ الكتابة ويمكن العدول عن الكتابة إليهما، إضافة إلى شهادة الشهود.

2- شكل عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري :

يتعيّن علينا لتحديد شكل عقد الإيجار أن نفرّق بين مرحلتين، بسبب ما أدخله المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 من تعديلات على القانون المدني.

أ) من صدور القانون المدني إلى صدور التشريعي رقم 03/93 :

يسري القانون المدني الجزائري على عقود الإيجار المبرمة بعد صدوره، وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع وإنّ أوضح في الفقرة الأولى من المادة 467 من القانون المدني بأنّ الإيجار: "ينعقد بمقتضى عقد (مبرم) بين المؤجر والمستأجر" وبيّن أحكامه بكثير من التفصيل والإيضاح، إلّا أنّه لم يخصّه بقواعد إثبات خاصة به، وبالتالي نرجع للقواعد العامة للإثبات الواردة في القانون المدني.

وهذا يعني أنّه يتمّ إثبات هذا العقد بالكتابة، أو ما يقوم مقامها من إقرار ويمين إذا كانت قيمة الإيجار تزيد عن الألف دينار، أو كانت غير محددة القيمة ، كما يجوز

إثباته أيضا بالبينة إذا كانت قيمة العقد لا تتجاوز الألف دينار⁽¹⁾، أو إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، كتبادل الرسائل والبرقيات⁽²⁾، أو إذا تعلق الأمر بإحدى الحالتين المنصوص عليهما في المادة من القانون المدني وهما : حالة وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون حصول المستأجر على دليل كتابي، والحالة التي يفقد فيها المستأجر سنده لسبب أجنبي خارج عن إرادته، وفي هذه الحالات يثبت عقد الإيجار بالبينة، ويمكن الإثبات بالقرائن كذلك، وفقا لما تنصّ عليه المادة 340 من القانون المدني.

وغالبا ما تتجاوز قيمة عقد الإيجار ألف دينار، ومن ثمّ فهو لا يثبت إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار⁽³⁾ ويمين حاسمة⁽⁴⁾، وقد استقرّ القضاء إن، على أنه لا يمكن إثبات عقد الإيجار بشهادة الشهود⁽⁵⁾ أو بالقرائن.

ويقصد أنّ عقد الإيجار يثبت بالكتابة إذا كان الطرفان قد أعدّا مسبقا دليلا كتابيا لإثباته، ويستوي في ذلك أنّ يتخذ هذا المحرر شكلا رسميا⁽⁶⁾ أو عرفيا، ويستوي أن يكون هذا المحرر الكتابي قد حصل في شكل مطبوعة معدّة مسبقا، أو مكتوبا بخط يد أحد المتعاقدين أو الغير، لأنّ العبرة بتوقيع العقد وليس بطريقة كتابته⁽⁷⁾، فإن لم يكن ثابتا بالكتابة فإنّ إثباته يتمّ بإيصالات إيجار.

وإنّ القضاء الجزائري مستقرّ على أنّ عقد الإيجار لا يثبت إلا بعقد مكتوب أو بإيصالات إيجار، ومن قبيل ذلك قرار المجلس الأعلى في الملف رقم 36344 الصادر

(1) تجدر الإشارة إلى انه قد تمّ تعديل نصّ المادة 333 من القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 02/05 الصادر بتاريخ 2005/05/20 المعدل والمتمم للأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني، وأصبحت قيمة التصرف قيمة التصرف القانوني 100 ألف دينار.

(2) يراجع نص المادة 335 ق.م.ج.

يراجع قرار م.أ، ملف رقم 71871 الصادر بتاريخ ديسمبر 1992 ، والمشار إليه في كتاب ذيب عبد السلام ، عقد الإيجار المدني ، المرجع السابق ، ص 66 ، والذي ورد فيه ما يلي : " يتضح جليا من خلال هذه الرسالة الأخيرة التي لم يناقش محتواها أمام قضاة الموضوع أنّ الطاعنة كانت تعتبر المطعون ضده، كمستأجر للأمكنة وتعامله على هذا الأساس ، وأنه إذا كانت الرسالة في حدّ ذاتها لا تشكل عقد إيجار مكتوب فإنّه يجب اعتبارها كإقرار مكتوب على وجود عقد إيجار...".

(3) يراجع قرار م.ع.غ.إ.ج، ملف رقم 97639 الصادر بتاريخ 13 أكتوبر 1991 منشور ب.م.ق ، العدد الثاني لسنة 1993 ، ص 80 ، والذي جاء فيه ما يلي : "لما كان - من الثابت في قضية الحال - أنّ الطاعن يتمسك بالطعن بالرسالة الموجهة له من المدعي عليه والتي يوجه له فيها إنذار لمغادرة السكن المؤجر له وكذلك بعريضة افتتاح الدعوى التي يعترف فيها المطعون ضده بأنه سلم للطاعن السكن على سبيل الإيجار، فإنّ قضاة الاستئناف بعدم تحليلهم لذلك بأنه إقرار قضائي يكونوا قد خرّقوا القانون".

(4) يراجع العقود الأخضر ، إيجار المحلات التجارية ، منشور بنشرة القضاة ، العدد الأول ، يناير 1987 ، ص 12.

(5) قرار م.أ.غ.ع.ج، ملف رقم 34131 الصادر بتاريخ 02 يناير 1984 ، والمنشور ب.م.ق ، العدد الأول لسنة 1990 ، ص 139 ، والذي ورد فيه ما يلي : "...ومن ثمّ فإنّ الحجة المقدمة لإثبات عقد إيجار متنازع في صحته وجوده لا تكون مقبولة إذا كانت مؤسسة على شهادة الشهود" ؛ وذات المعنى يكرسه قرار م.أ.غ.ع.ج، ملف رقم 36457 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1985 ، والمشار إليه سابقا ، والذي ذكر فيه خصوصا : "لا يمكن بأي حال من الأحوال إثبات عقد الإيجار بشهادة الشهود..." والقول أنّ المادة 467 ق.م تجيز إثبات الإيجار الشفوي بتصريحات الشهود مردود ومرفوض" ؛ ونفس الاتجاه جاء في قرار م.أ.غ.ع.ج، ملف رقم 41480 الصادر بتاريخ 28 أبريل 1986 والمنشور ب.م.ق العدد الأول لسنة 1989 ، ص 207.

(6) يراجع نص المادة 324 مكرر 05 والمادة 324 مكرر 06 من القانون المدني.

(7) يراجع حبار محمد ، تحليل بعض إشكاليات عقد إيجار المساكن في القانون الجزائري ، مجلة الميادين ، سنة 1993 ، ص 311.

بتاريخ 13 جويلية 1985 والذي قضى بأنه : "من المقرر قانون أن عقد الإيجار لا يثبت إلا بموجب عقد مكتوب أو وصولات تثبت دفع بدل الإيجار..."، ونفس المعنى كرسه قرار المجلس الأعلى في الملف رقم 41480 الصادر بتاريخ 28 أبريل 1986 والذي جاء فيه: "إذا كان القانون ينص على أن الإيجار ينعقد بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر فإنه ليس من الجائز إثبات عقد الإيجار إلا بموجب عقد مكتوب أو بمقتضى وصولات خاصة بدفع الإيجار..."، وذلك القرار الصادر عن المجلس الأعلى في الملف رقم 36457 الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1985 والذي ورد فيه ما يلي : "من المقرر قانونا ن عقد الإيجار يثبت إما بعقد كتابي وإما بتسليم وصولات إيجار بدون تحفظ...".

ولا يشترط في الوصل شكليات معينة، ويكفي أن يكون واضحا منه أنه يتعلّق بمن يدعي الإيجار، وأنه يتعلّق في آن واحد بإيجار العين التي يدعي المستأجر إيجارها⁽¹⁾، ويكفي كذلك لإثبات الإيجار أن يقدم من يدعيه وصلا واحدا مهما كان تاريخه⁽²⁾، ولكن لا يمكن إثبات الإيجار بفاتورات الكهرباء والغاز والماء ، ولا بالوثائق الإدارية المثبتة للإقامة، كبطاقة الناخب وشهادة الإقامة والشهادات المدرسية⁽³⁾.

(ب) في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 :

من أجل مسايرة التطورات الاجتماعية والسياسية التي عرفت الجزائر بعد دستور 1989، عمد المشرع الجزائري إلى إدخال تغيير جوهري في مجال عقود الإيجار ، فأصدر المرسوم التشريعي رقم 03/93 بتاريخ الفاتح مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري، وألغى بموجبه المواد الخاصة بمنازعات الأجرة، والمواد الخاصة

(1) يراجع قرار م.أ.غ.ع.ج، ملف رقم 103130 الصادر بتاريخ 22 مارس 1994 والمنشور بنشرة القضاة، العدد 49 لسنة 1991 ، ص 252 ، والذي ورد فيه ما يلي : "إنه يتعين فعلا من القرار المطعون فيه أنه اشترط في وصل الإيجار شكليات لم يفرضها القانون وهي ختم المؤجر..."

(2) قرار م.أ.غ.ع.ج، ملف رقم 218226 الصادر بتاريخ 10 جويلية 2001 ، والمشار إليه في كتاب ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، المرجع السابق ، ص 66 والذي قضى فيه بما يلي : "...حيث أنه لإثبات صفتهم كمستأجرين قدّم الطاعنون وصلين للإيجار مؤرخين في 1961-1962 ، ...ولا يشترط في وصولات الإيجار هذه أن تكون حديثة العهد ، ويكفي أن يقدم من يدعي الإيجار وصلا وحيدا لإثبات علاقة الإيجار بغض النظر عن التاريخ الذي سلم فيه طالما أن الإيجار لم يتمّ إنهاؤه قانونا".

(3) قرار م.أ.غ.ع.ج، ملف رقم 41480 الصادر بتاريخ 09 جويلية 1984 ، والمنشور بـم.ق ، العدد الرابع لسنة 1984 ، والذي قضى بما يلي : "الإيجار لا يثبت اعتمادا على وثائق صادرة من الغير ، ومنها الوثائق الإدارية، كبطاقة الناخب والشهادات المدرسية ، وشهادة الإقامة ووصولات سونلغاز ، ووصولات الهاتف".

بعقد الإيجار غير محدّد المدّة، والتجديد الضمني لعقود الإيجار، واستبعاد أحكام حق البقاء في الأماكن المعدة للسكن.

وفيما يتعلّق بشكل عقد إيجار مبرم في ظل المرسوم التشريعي رقم 03/93 فإنّ أحكامه أشارت في المادة 21 منه على ما يلي : "تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدّد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى.

يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب ، طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها. ومن جهة أخرى، ودون المساس بالعقوبات التي يتعرّض لها المؤجر بسبب انعدام العقد، فإنّ أي وصول يحوزه شاغل الأمكنة يخوله الحق في عقد الإيجار لمدة سنة ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة".

ويلاحظ أنّ المشرع اشترط لإثبات عقد الإيجار وجوب كتابته طبقا للنموذج التي يحدّد عن طريق التنظيم، وبهذا الصدد أصدر المرسوم التنفيذي رقم 69/94 بتاريخ 19 مارس 1994⁽¹⁾ ليحدّد نموذج عقد الإيجار بحيث يتضمن تعيين طرفي العقد ومدته وسعر الإيجار وكذا الأعباء والضمانات والتزامات كل من المؤجر والمستأجر، وكيفية إنهائه، ويشير المرسوم في الأخير إلى وجوب تسجيله لدى المصالح المختصة، كما اشترط أن يكون عقد الإيجار ثابت التاريخ ، وأنّه في حالة مخالفة المؤجر لهذا الواجب يعاقب طبقا للأحكام التشريعية المعمول بها.

ومن خلال هذه المادة يحق لي أن أتساءل عما إذا كانت الكتابة شرطا شكليا في عقد الإيجار أن أنّها مقررة للإثبات فقط؟

يتبيّن أنّ المشرع لم يرتب انعدام صحة عقد الإيجار على عدم كتابته، ومنه فإنّ الكتابة شرط للإثبات فقط، ويبقى التمسك بأحكام هذا المرسوم لمن يهّمه الأمر مقرونا بتوافر الشروط المطلوبة فيه ، وفي غير ذلك تسري أحكام القانون المدني، والحكمة

⁽¹⁾ المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19 مارس 1994، يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليها في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 بتاريخ الفاتح مارس 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري.

التي ابتغها المشرع من وراء ذلك هي توفير الثبات والاستقرار لعقود الإيجار وتحصيل الدولة الجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى المتابعة الجزائية للمؤجر في حالة عدم تحرير عقد الإيجار في شكل مكتوب حسب النموذج المنصوص عليه في التنظيم، فإنّ المشرع منح شاغل الأمكنة صفة المستأجر لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة إذا كان حائزا على وصل إيجار.

3- شكل عقد الإيجار في ظل القانون رقم 05/07 :

بتاريخ 2007/05/13 أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 05/07 والمتمم للأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 والمتضمن القانون المدني ، وهو القانون الذي تضمن أحكاما خاصة بعقد الإيجار فقط.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هذا القانون نصّ على أحكام مشابهة لما تضمنه المرسوم التشريعي رقم 03/93 فيما يتعلّق بعدم تطبيق المواد الخاصة بمنازعات الأجرة وعقد الإيجار غير محدّد المدة، وآجال الإنذار المسبق الخاصة به، والتجديد الضمني لعقد الإيجار، وأحكام حق البقاء في الأماكن وحق استرجاعها.

وقد أصدر المشرع الجزائري القانون رقم 05/07 السالف الذكر لتكريس المبادئ التي تضمنها المرسوم التشريعي السابق بهدف مواصلة مراجعة النصوص القانونية الأساسية وفقا للبرنامج الوطني لإصلاح العدالة الذي من بين أهدافه مطابقة المنظومة القانونية للاختيارات السياسية والاقتصادية والاجتماعية القائمة على أسس حقوق الإنسان الحرية الاقتصادية.

ويسري القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 على عقود الإيجار المبرمة بعد صدوره. فما هو الشكل الواجب توافره في عقد إيجار مبرم وفقا لأحكام هذا القانون؟

بالرجوع إلى القانون 05/07 فإننا نجد المشرع الجزائري نصّ في المادة الثالثة منه على أنه : "يتمّ الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 والمذكور أعلاه بالمادة

(1) حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2001، ص 49.

467 مكرر منه وتحرر كما يأتي: "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا"، كما نصّ في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه على إلغاء الفقرتين الثانية والثالثة من المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993. وإذن، فقد أبقى المشرع على الفقرة الأولى من المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 السالف الذكر والتي نصّ فيها على ما يلي: "تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد الإيجار طبقا للنموذج الذي يحدّد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى".

إذا أخذنا بأحكام المادتين السالفتي الذكر من القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 يمكننا أن نستنتج أنّ المشرع اشترط وجوب كتابة عقد الإيجار طبقا للنموذج الذي يحدّد عن طريق التنظيم، ولقد سبق أن أوضحت بأنّ المشرع أصدر بهذا الصدد المرسوم التنفيذي رقم 69/94 المؤرخ في 19/03/1994 ليحدّد نموذج عقد الإيجار، كما اشترط أن يكون عقد الإيجار ثابت التاريخ وإلا كان باطلا.

نلاحظ أنّ المشرع الجزائري نصّ في القانون رقم 05/07 على أحكام مشابهة تضمنه المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في الفاتح مارس 1993 فيما يتعلق بوجوب كتابة عقد الإيجار ، وثبوت تاريخه، إلا أنه أضاف حكما جديدا لم يتضمنه هذا المرسوم وهو بطلان عقد الإيجار بسبب عدم كتابته. وبما أنّ المشرع الجزائري رتب بطلان عقد الإيجار على عدم كتابته حسب النموذج المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 69/94، فإنّ الشكل كركن انعقاد مطلوب بالنسبة لعقود الإيجار المبرمة بعد تاريخ صدور القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007 سواء كانت واردة على عقار أو منقول.

والخلاصة أنّ عقد الإيجار المبرم في ظل القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 أصبح عقدا شكليا يجب إفراغه في النموذج المحدّد في المرسوم التنفيذي رقم 69/94 الصادر بتاريخ 19/03/1994 ، خلافا للمرسوم التشريعي رقم 03/93 الذي كان يعتبر عقد الإيجار عقدا رضائيا ، والكتابة المتطلبة في هذا المرسوم كانت للإثبات فقط.

مقالة بعنوان : إثبات التصرفات العقارية الصادرة عن الإرادة المنفردة
(الوصية والوقف).

للأستاذة : شيخ سناء(*) - كلية الحقوق بجامعة تلمسان
منشورة بمجلة المحكمة العليا لسنة 2009 ، العدد 01

هناك عدّة طرق لاكتساب الملكية العقارية في الجزائر من بينها التصرفات القانونية الصادرة عن إرادة منفردة كالوصية والوقف، فما هي طرق إثبات هذه التصرفات وهل يعتبر الشكل ركنا لانعقادها أم وسيلة لإثباتها فقط ، وما مدى قوتها في الإثبات وآثارها القانونية؟

هذا ما سأجيب عنه في هذا البحث من خلال تحديد طرق إثبات الوصية الواردة على عقار أوّلا ، ثمّ طرق إثبات الوقف الوارد على عقار ثانيا. أوّلا : إثبات الوصية الواردة على عقار.

لمعرفة طرق إثبات الوصية الواردة على عقار يتعيّن بداية تعريف الوصية، ثمّ تحديد طرق إثباتها.
1- تعريف الوصية :

نصّ المشرع الجزائري في المادة 775 من القانون المدني على ما يلي:
"يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها".
من خلال هذه المادة يتضح جليا أنّ المشرع الجزائري لم ينظم الوصية ضمن نصوص القانون المدني و إنما وفقا لقانون الأسرة، و بالرجوع إلى نصوص قانون الأسرة الجزائري نجد أنّ المشرع الجزائري عالج أحكام الوصية ووضع شروطها في الفصل الأول من الكتاب الرابع الخاص بالتبرعات وذلك في المواد من 184 إلى 201 منه.

(*) أستاذة مكلفة بالدروس ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تلمسان.

وقد عرّف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184 من قانون الأسرة بأنها:
"تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

ومعنى كلمة " تمليك " الواردة في هذا النص أنّ الوصية قد تكون بالأعيان عقارا
كان أو منقولا أو بالمنافع⁽¹⁾ كسكنى الدار أو زراعة الأرض، وإضافة التمليك إلى ما
بعد الموت يخرج منه ذلك الواقع في الحياة كالهبة ، أمّا المقصود بكلمة "تبرع" هو أنّ
الوصية تتم بدون عوض، ومن ثم لا يأخذ الشخص مقابلا لوصيته.

وقد اعتمد القضاء الجزائري نفس التعريف، بحيث قضت المحكمة العليا في
القرار الصادر عنها بتاريخ 02 ماي 1995⁽²⁾ بما يلي: " من المقرر قانونا أنّ الوصية
هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع..".

وهذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري و أيده القضاء قاصر من كونه
حصر الوصية في كل ما يعتبر تمليكا فقط⁽³⁾ ، ولا يشمل الإسقاطات لتكاليف معينة
مثل الإبراء من الدين أو تأجيله. لذا اقترح تعديل نص المادة 184 من قانون الأسرة
لتصبح كالآتي : "تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت".

2- إثبات الوصية الواردة على عقار :

بما أنّ الوصية في بلادنا خضعت لعدة أنظمة فإنني سأتناول بالتحليل إثبات
الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة ، وبعد صدوره.

أ) إثبات الوصية الواردة على عقار قبل صدور قانون الأسرة :

قبل صدور قانون الأسرة كانت تطبق الشريعة الإسلامية نظرا للطابع الخاص
الذي تتميز به الأحوال الشخصية ، ومن ثمّ طبقت أحكامها في مجال الزواج والطلاق
والوصية والميراث والوقف.

ويقصد بالشريعة الإسلامية هو كافة مصادرها دون تخصيص⁽⁴⁾ ، فعلى
القاضي في الجزائر أن يرجع إلى أي رأي في الشريعة الإسلامية يحل المشكلة

(1) تنص المادة 190 من ق.أ على ما يلي: " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها و التي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة".

(2) يراجع قرار م.ع.غ.أ.ش، ملف رقم: 116375، الصادر بتاريخ: 1995/05/02 والمنشور بالمجلة القضائية ، العدد الأول ، لسنة 1996، ص108.

(3) زهدور محمد، الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1991، ص31.

(4) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري ، الجزء الأول ، الزواج والطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2004، ص 17.

المعروضة عليه دون أن يتقيد بمذهب معين إلا إذا وجد نص يقيد بذلك في نطاق الأحوال الشخصية.

وبنقصي آراء المذاهب الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية أصلا في العقود والتصرفات بالإرادة المنفردة⁽¹⁾، لذا فهي تعتبر الوصية تصرفا رضائيا ، فهي تتعد عند صدورها من الموصي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة التي تنطوي على قصد التملك بعد الموت. والهدف من اعتبار الوصية تصرفا رضائيا هو قصد التيسير على الناس ، فقد تكون وقت اشتداد المرض أو في ظروف حرجة ، لذا يمكن إنشاؤها - في المنقول والعقار على حد سواء - بالألفاظ المتعارف عليها عادة أو بالكتابة عرفية كانت أو رسمية أو بالإشارة.

والكتابة التي قال بها الفقهاء هي للإثبات وليس لقيام وتام الوصية، فإذا تخلفت يمكن إثباتها بشهادة الشهود أو بإقرار الورثة أو ببينة واضحة.

إذن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوصية فهي تصرف رضائي⁽²⁾، أما شكل الإثبات فإنّ الشريعة الإسلامية تقتضيه وفق ما يستفاد من حديث الرسول صلى الله عليه و سلم الذي قال فيه: "ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلاّ ووصيته مكتوبة عنده". فكتابة الوصية أمر مطلوب تقتضيه الحياة العملية لأنّ الكتابة تنبئ عن المقصود منها.

ب) فيما يتعلّق بالأمر رقم 91/70 الصادر في 15 ديسمبر 1970 المتضمن قانون التوثيق⁽³⁾:

إنّ المادة 12 منه تنصّ على ما يلي : " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات

(1) حبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني ، رسالة دكتوراه ، ص 227.

(2) أحمد فراج حسين ، أحكام الوصايا والأوقاف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 1970 ، ص 26.

(3) منشور بالجريدة الرسمية ، السنة السابعة ، العدد 107 الصادر بتاريخ : 1970/12/25.

التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

يستفاد من نص هذه المادة أنه يشترط أن تفرغ العقود التي ترد على عقار أو حق عيني متعلق بعقار في شكل رسمي وإلا كانت باطلة. غير أن ذلك يجزني إلى طرح تساؤل يتعلّق بتحديد ما إذا كانت هذه المادة تطبق أيضا على الوصية الواردة على عقار؟

إنّ الوصية تعتبر تصرفا من جانب واحد وهي بهذا المعنى ليست عقدا ، ومن ثمّ فإنّ الوصية لا تدخل في مفهوم النص القانوني السابق لأنّ نطاقه محدود من حيث نوع التصرف بالعقود والوصية ليس عقدا.

إذن فإنّ نص المادة 12 من قانون التوثيق لا يكون له سند لإعماله في الوصية إلاّ إذا عدل واستبدلت كلمة "التصرفات" بكلمة "العقود" الواردة فيه حيث يصبح النص عاما وشاملا للتصرفات الصادرة من جانبين والتصرفات الصادرة من جانب واحد⁽¹⁾.

والخلاصة أنّ الشكل كركن انعقاد غير مطلوب في الوصية الواردة على عقار أو على حق عيني متعلق بعقار ، ومن ثمّ فإنّه لا تخضع الوصية في الجزائر إلى شكل معين بل تتمّ بكلّ عبارة أو كتابة عرفية أو رسمية ، إذ الرضائية هي الأصل ، ولكن إذا شاء الأفراد وصاياهم فلهم ذلك.

(ج) إثبات الوصية الواردة على عقار بعد صدور قانون الأسرة :

يسري قانون الأسرة الجزائري على الوصايا بعد تاريخ صدوره، وقد نصّ المشرع الجزائري في المادة 191 منه على ما يلي : "تثبت الوصية : 1- بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك. 2- وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية".

ومفاد هذا النص أنّ الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، بناء على تصريح الموصي أمامه، ويجب أن تراعى في الوصية جميع

(1) زهدور محمد ، المرجع السابق ، ص 78.

الشروط الواجب توافرها في العقود الاحتفائية التي نصّ عليها المشرع في المادة 324 مكرر 3 من القانون المدني⁽¹⁾، واشترط تحريرها في حضور شاهدين تحت طائلة البطلان.

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري وإن نصّ على العقود الإحتفائية في المادة السالفة الذكر إلاّ أنّه لم يحددها على سبيل الحصر أو وفق معيار معين، غير أنّ المتفق عليه فقها أنّ الوصية عقد احتفائي يشترط لتحريرها حضور شاهدين و إلا كانت باطلة، لذا يتعيّن على المشرع أن يتدخل لتحديد العقود الإحتفائية تفاديا لتعدد التفسيرات والتأويلات و ضمانا لاستقرار المعاملات⁽²⁾.

وتجدر الإشارة إلى أنّ النص الفرنسي لنفس المادة يجيز إثبات الوصية بحكم قضائي عند وجود قوة قاهرة وليس مانع قاهر مثلما هو وارد في النص العربي، إذن هناك تناقض في هذه المادة بين نصيها العربي والفرنسي.

من خلال هذه المادة يحق لي أن أتساءل عما إذا كانت الكتابة شرطا في الوصية أم أنها مقررة للإثبات فقط؟

يتبين أن المشرع الجزائري لم يرتب بطلان الوصية على عدم كتابتها في شكل رسمي، ومن ثم فالكتابة في الوصية شرط للإثبات فقط سواء كان محلها عقارا أو منقولا. إذن الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوصية فهي تصرف رضائي، أمّا الشكل المنصوص عليه في المادة السالفة الذكر مطلوب لإثبات الوصية فقط عندما يحدث بشأنها نزاع وليس ركنا فيها، ومن ثمّ فإنّه عند تخلف الشكل لا يترتب عليه بطلان الوصية وإنّما لا يسمع الادعاء بها عند إنكارها، فالكتابة هي الدليل الوحيد الذي لا يقبل غيره للإثبات.

ثانيا : إثبات الوقف الوارد على عقار.

لتحديد طرق إثبات الوقف الوارد على عقار يتعيّن بداية تعريفه.

(1) تمّ تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20/06/2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 74/75 المتضمن القانون المدني.

(2) حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2002 ص 30.

1- تعريف الوقف :

إذا رجعنا إلى قانون الأسرة الجزائري ، فإننا نجد المشرع قد نصّ في المادة 213 منه على ما يلي:"الوقف حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد والتصدق".

ومفاد هذه المادة أنّ المشرع الجزائري يخرج المال الموقوف عن ملك واقفه بعد تمام الوقف، ويمنعه من التصرف في العين الموقوفة، كما أنّه أورد في المادة السالفة الذكر عبارة التأييد وهو بذلك يأخذ برأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية الذين يشترطون لصحة الوقف أن يكون مؤبداً.

أمّا إذا رجعنا إلى القانون رقم 10/91 الصادر بتاريخ 27 أبريل 1991 المتعلق بالأوقاف⁽¹⁾ فنجد أنّ المشرع نص في المادة الثالثة منه على ما يلي: " الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

والملاحظ أنّ هذا التعريف هو ذاته الوارد بنص المادة 213 من قانون الأسرة، رغم الاختلاف في الألفاظ فيما بينهما.

2- إثبات الوقف الوارد على عقار :

بما أنّ الوقف في بلادنا خضع لعد أنظمة يجدر التطرق إلى إثبات الوقف الوارد على عقار قبل صدور قانون الأسرة ، وبعده ، ثمّ في إطار قانون الأوقاف رقم 10/91 الصادر بتاريخ 1991/04/27.

أ) إثبات الوقف الوارد على عقار بل صدور قانون الأسرة :

لقد سبق أن وضحت أنّه تسري أحكام الشريعة الإسلامية على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية قبل صدور قانون الأسرة الجزائري ، والمقصود بالشريعة الإسلامية هو كافة مصادرها دون تخصيص أيّ دون التقيد بمذهب معين. فما هو موقف الشريعة الإسلامية من الشكل في الوقف ؟

⁽¹⁾ منشور بالجريدة الرسمية ، العدد 21 لسنة 1991.

بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية نجد أنها تعتمد الرضائية أصلا من أصول التعاقد والتصرفات الصادرة من جانب واحد، ومن ثم يكفي لقيام الوقف صدور الإيجاب من الواقف وفقا لما استقر عليه الفقه من أن الوقف تصرف بالإرادة المنفردة والإيجاب هو ركن الوقف الوحيد الذي ينعقد به⁽¹⁾.

إذن فإنّ الشكل لا مجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلّق بالوقف سواء كان واردا على منقول أو عقار ، فيجوز للواقف أن ينشئ وقفه دون حاجة إلى إتباع شكل معين، فهو ينعقد بكل ما يصدر عن الواقف دالا على إنشائه لفظا أو فعلا أو إشارة.

(ب) فيما يتعلّق بالأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 المتضمن قانون التوثيق :

لقد سبق أن بينت بأنّ نطاق المادة 12 من الأمر 91/70 السالفة الذكر محدود من حيث نوع التصرف في العقود الواردة على عقار فقط دون التصرفات بالإرادة المنفردة، وبما أنّ الوقف تصرف صادر من جانب واحد فإنّه لا يدخل في مفهوم هذه المادة من ثمّ فإنّ شكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة للوقف الوارد على عقار ، فهو تصرف رضائي ينعقد عند صدوره من الواقف دالا على إنشائه دون حاجة إلى إتباع شكل معيّن. أمّا شكل الإثبات فلم يرد في شأنه نصّ قانوني خاص إلاّ أنّ القواعد العامة تستلزمه، لأنّ الوقف تصرف مدني ، وقد تزيد قيمته عن ألف دينار، ويحدث بشأنه نزاع، لذا تسري بشأن إثباته نصوص المواد 333 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

(ج) شكل الوقف على الوارد على عقار من صدور قانون الأسرة إلى صدور قانون الأوقاف رقم 10/91 :

يسري قانون الأسرة الجزائري على الأوقاف المبرمة بعد تاريخ صدوره ، وقد نصّ المشرع في المادة 217 منه على ما يلي : "يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون".

⁽¹⁾ أحمد فراج حسين ، المرجع السابق ، ص 245.

ومن ثمّ يثبت الوقف بما تثبت به الوصية أي بموجب عقد رسمي يحرره الموثق كأصل عام ، وفي حالة وجود مانع قاهر يثبت بموجب حكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية. وتسري عليه نفس الأحكام السابق ذكرها في الوصية. إذن، يعتبر قانون الأسرة الجزائري الوقف الوارد على عقار أو منقول على حدّ سواء تصرفاً رضائياً وليس شكلياً، والكتابة المتطلبة قانوناً هي وسيلة لإثبات الوقف وليس ركناً لانعقاده، ومن ثمّ فتخلف الشكل في الوقف الوارد على عقار يترتب عليه بطلانه لأنّ عدم تدوينه لا يعني أنّ التصرف يستحيل إثباته ، بل يجوز إثباته بإقرار المدين أو اليمين الحاسمة.

(د) إثبات الوقف الوارد على عقار بعد صدور قانون الأوقاف رقم 10-91 :

يسري القانون رقم 10/91 المؤرخ بالأوقاف على الأوقاف المبرمة بعد تاريخ صدوره، ويثار التساؤل حول ماهية الشكل الواجب توافره في الوقف على عقار في قانون الأوقاف الجزائري.

سبق أن بيّنت أنّ الشكل لا مجال له في الشريعة الإسلامية فيما يتعلّق بالوقف سواء كان وارداً على عقار أو منقول، فهو تصرف رضائي ينعقد بكل ما يصدر عن الواقف دالاً على إنشائه لفظاً أو فعلاً أو إشارة أو كتابة.

وإذا كان هذا هو رأي الشريعة الإسلامية فيما يتعلّق بالوقف الوارد على عقار، فإنّ قانون الأوقاف الجزائري اعتمد نفس الحل، إذ نصّ المشرع الجزائري في المادة 12 من قانون الأوقاف على ما يلي: " تكون صيغة الوقف باللفظ أو الكتابة أو الإشارة حسب الكيفيات التي تحدد عن طريق التنظيم مع مراعاة أحكام المادة 2 أعلاه".

ومفاد هذه المادة أنّه المشرع الجزائري سوّى فيما يتعلّق بصيغة الوقف بين اللفظ والكتابة والإشارة، فالشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة إلى الوقف فهو تصرف رضائي سواء كان وارداً على عقار أو منقول⁽¹⁾.

وإذا كان الشكل كركن انعقاد غير مطلوب بالنسبة إلى الوقف فإنّ المشرع الجزائري اشترط في المادة 41 منه إثبات الوقف الوارد على عقار في شكل رسمي

⁽¹⁾ محمد كنانة ، الوقف العام في التشريع الجزائري ، دار الهدى ، الجزائر ، 2006 ، ص 96.

مشهر بالمحافظة العقارية إذ نصّ فيها على ما يلي : " يجب على الواقف أن يقيد الوقف بعقد لدى الموثق و أن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك و إحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف".

وإذا كان إثبات الوقف الوارد على عقار بموجب عقد رسمي أمرا ثابتا ، فإنّ ذلك يجزني إلى طرح تساؤل مؤداه : هل تعتبر الشهادة وسيلة لإثبات الوقف الوارد على عقار؟

وبهذا الصدد فإنّ الفقه الإسلامي مستقر على اعتبار الشهادة وسيلة من وسائل إثبات الوقف سواء كان واردا على عقار أو منقول.

وإذا كان الفقه الإسلامي مستقرا على إثبات الوقف بالشهادة فإنّ القانون الجزائري مستقر على اعتماده أيضا ، والدليل على ذلك نصّ المشرع في الفقرة 5 من المادة 8 من قانون الأوقاف على أنّه تعتبر من الأوقاف العامة المصونة : "الأملك التي تظهر تدريجيا بناء على وثائق رسمية أو شهادات أشخاص عدول من الأهالي وسكان المنطقة التي يقع فيها العقار".

وقد نظم المشرع الجزائري الشهادة وأفرغها في شكل رسمي ، فأحدث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و سنّ شروط وكيفيات إصدارها وتسليمها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 363/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000⁽¹⁾. وإنّ وثيقة الإشهاد المكتوب هي عبارة عن شهادة مكتوبة يدلي بها شاهد عدل طبقا للنموذج الملحق بالمرسوم رقم 336/2000 الذي صدرت بموجبه.

وتتضمن وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الوقف وجوبا المعلومات الخاصة بالشهود وتوقيعاتهم مع التصديق عليها من قبل المصلحة المختصة بالبلدية ورقم تسجيلها في السجل الخاص بمديرية الشؤون الدينية والأوقاف المختصة إقليميا⁽²⁾. وعند جمع أكثر من ثلاث وثائق من الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي تصدر مديرية الشؤون الدينية المختصة إقليميا شهادة رسمية خاصة بالملك الوقفي⁽³⁾.

(1) منشور في الجريدة الرسمية ، العدد 64 الصادر بتاريخ 31 أكتوبر 2000.
(2) يراجع نص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 المؤرخ في 26 أكتوبر 2000 والمتضمن إحداث وثيقة الإشهاد المكتوب لإثبات الملك الوقفي و شروط وكيفيات إصدارها وتسليمها، منشور في ج ر ، ع64، س37، الصادرة في: 2000/10/31.
(3) يراجع نص المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 336/2000 السالف الذكر.

وقد اشترط المشرع وجوب كتابة الشهادة الرسمية الخاصة بالملك الوفي وفقا للنموذج الملحق بالقرار المؤرخ في 26 ماي 2001 ، وكذا وجوب خضوعه للتسجيل والشهر العقاري طبقا للقانون⁽¹⁾.

⁽¹⁾ يراجع نص المادة 06 من نفس المرسوم.