

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة أبي بكر بلقايد - تلمسان -

كلية الحقوق

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص

المشكلة

في مادة العقود المدنية

تحت إشراف الأساذ:

كحلولة محمد

إعداد الطالبة:

دحماني لطيفة

لجنة المناقشة:

- أ. بن عمار محمد - أساذ التعليم العالي (جامعة تلمسان) - رئيسا.
- أ. كحلولة محمد - أساذ التعليم العالي (جامعة تلمسان) - مقربا.
- أ. تشوار الجيلالي - أساذ التعليم العالي (جامعة تلمسان) - مناقشا.
- أ. بن مرزوق عبد القادر - أساذ مكلف بالدروس (جامعة تلمسان) - مناقشا.

السنة الجامعية: 2002-2003

الشكليات في مادة العقود المدنية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

إهداء شكر

لا أكون غير معترفة بجميل تخنم علي إخلاصي في إنجاز هذا العمل إذا ما نوهت بشأن من لم أعرف منهم غير حسن النوجيه و العزم الفولاذي في موازرتي .

و ما جئت بدعا إذا ما ذكرت بإعجاب ما شاهدت منهم أثناء قيامهم بما نيظ بواجبهم بغبطة وسرور علي أن * الشقة شاقة والمرقعي صعب* .

أولئك هم الذين أذكر منهم - و ملء فمي الفخر لهم - الأساتذة الأجلاء و علي رأسهم الدكتور كحلولة محمد، الذي كان نعم المشرف و الموجه لعملي من بدايته إلى هائنه و كنا أساتذة كلية الحقوق بجامعة تلمسان كل واحد باسمه فقد كانوا حقاً منع لهم العلم علي أيديهم طوال فترة الدراسة، و كل من قدم إلي العون و منهم الأستاذ هشماوي أحمد موثق بتلمسان و الأساتذة المحامون: دحماني محمد الصغير، بن علي أحمد، فلاح فريد، و غيرهم، و كل عمال مكتبة كلية الحقوق، كل هؤلاء لم يدخلوا علي بزاد المادة العلمية التي بنيت بواسطتها عملي هذا .

هؤلاء هم الذين لهم من اليد في معاضدتي ما يشكرهم عليها العلم

و الوطن .

دحماني لطيفة



الإهداء

إلى من لهم الفضل في تربيتي، و تعليمي والديا
الكريمين.

إلى كل أفراد العائلة.

إلى من نهلت على أيديهم زاد العلم.

إلى كل صديقاتي و أصدقاء درج العلم و العمل.

إلى كل طالب يحمل لواء العلم.

يقول الشاعر:

فخذوا العلم على أعلامه *** واطلبوا الحكمة عند الحكماء
واقروا تاريخكم و احتفظوا *** بفصيح جاءكم من فصحاء.

د. عماري لطيفة

مقابلة:

لقد استأثر موضوع : "الشكالية في العقود أو التصرفات القانونية"، باهتمام الدارسين ورجال القانون وخاصة المهتمين بدراسة أحكام ومبادئ العقد وتطورها في النظرية العامة باعتبارها جزء لا يتجزأ من النظرية العامة للالتزام بل هناك من دعا إلى وضع هذه الأخيرة - نظرية الالتزام - على أساس العقد.

يجمع فقهاء القانون الحديث على أن القانون تطور نحو الرضائية، أي أن هذا المبدأ أصبح بمثابة القاعدة العامة التي تتحكم في تكوين العقد وقيامه، إذ يعبر عنه بأن التراضي وحده كاف لإبرام و قيام العقد ينشأ بمجرد تطابق إرادتي العاقدين أي كانت طريقة التعبير عنها أي أن الشخص أو المتعاقد له الحرية الكاملة في التعبير عن إرادته، وأن القانون لا يستلزم أن يكون التعبير بوسيلة معينة أو في شكل معين، و التعبير عن الإرادة ضروري لأن الإرادة حقيقة نفسية كامنة في نفس صاحبها وضميره، والتعبير عنها يظهرها إلى العالم الخارجي لكي يعتد بها القانون، إذ تطابقت مع إرادة أخرى.

إن هذه القاعدة - مبدأ الرضائية- رسخها المشرع الجزائري إذ نص في المادة 59 ق.م.ج : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية»، و تلتها المادة 60 ق.م.ج بنصها على : « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و الكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون، أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا».

يفهم من هذا أن المشرع في صياغته للقواعد القانونية لجأ إلى تحديد الوقائع التي يرتب عليها الأثر القانوني في مضمونها كأصل عام وهذه هي النتائج التي استخلصها الفقه الحديث بخصوص كل من الإيجاب والقبول (الرضى) جعلتهم يعيدون النظر في تقدير قيمة مبدأ الرضائية من جديد بنظرة أكثر موضوعية وواقعية و كان هذا التقدير من خلال معطيات أساسية هي: المعطيات الأخلاقية والمعطيات الاقتصادية.

فمن خلال تقييم مبدأ الرضائية من ناحية المعطيات الأخلاقية « Donnée morales » فهذا المبدأ يكون أسمى من مبدأ الشكالية، فالمتعاقد يجب عليه أن يلتزم بالكلمة التي تلفظ بها في جميع الحالات، و هناك أمثال كثيرة ظهرت تؤكد على وجوب احترام العقود منذ القانون الكنسي الذي ظهر بعد قوانين سادت فيها الشكالية في كل العقود التي يعد القانون الروماني مهذا لها، و من أمثلتها ما أتى به لوازيل « Loysel » بقوله: « تقيد الثيران بقرونها، و الرجال بكلامهم، و مجرد وعد أو اتفاق يعدل عقود الرومان اللفظية».

إلا أنه قد يتعاقد الشخص و هو ضحية مناورات أو طرق احتيالية من غين تدليس أو إكراه و بالتالي فإن مبدأ الرضائية يكون في هذه الحالات الخطيرة غير قادر على تأمين الرضى و مفاجئاته و هذه أحد نقائص هذا المبدأ في مجال التعاقد الذي لا يعرف التوقف عن التطور و هذا ما أكده كذلك جانب من الفقه و منهم نذكر " جاك فلور " و " جون جاك أوبار " بأن : « القانون الكنسي - وهو مهد مبدأ الرضائية- ظل وإلى فترة طويلة مترددا فالمبدأ الذي عملوا كل جهدهم على تكريسه وهو وجوب احترام الوعد المعطى، و لكنهم رأوا كذلك أن الخطر يكمن في تحويل هذه القاعدة الأخلاقية إلى قاعدة قانونية، فالالتزام بدون شكل خطر عندما يؤخذ بالتخفيف».

أما تقدير مبدأ الرضائية من خلال المعطيات الاقتصادية « Donnée économique » رغم أن هذا المبدأ لا ينكر عليه بأنه عامل للبساطة و السرعة في العلاقات التعاقدية و ذلك من مقتضيات احتياجات التجارة، مما حدا بالقانون الروماني بالقبول ببعض العقود الرضائية هو الآخر، و قام بتعميمه القانون القديم من بعده إلا أنه وجد أن العقد الرضائي لا يترك أثره في الحياة الاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة خصوصا أمام التحول السريع للأوضاع الاقتصادية فالأطراف في بعض الأحيان في بعض الأحيان من مصلحتهم معرفتها، مما جعل هذه العلاقات التعاقدية يكتنفها السر التام، مما أدى في الأخير إلى عدم قبول هذا الوضع من قبل الدولة لاعتبارات الرقابة و الحصول على مداخيل ضريبية وبالتالي أدى ذلك إلى التحكم في الرضى تحت نظام الحرية التعاقدية المطلق وذلك بفرض شكالية معينة على إدارة المتعاقدين.

إن هذه الاعتبارات ظلت خاضعة لمعارضة جانب من الفقه الذي رأى أن القانون الوضعي حاول سحب محاسن مبدأ الرضائية التي يمكن الاعتماد عليها للتخفيف من الصعوبات التي تعترض كيفية حماية و ضمان حقوق الأفراد في المجال التعاقدية و هذا ما كرّس منذ القدم، و لم يقيموا أبدا مبدأ مطلقا، بل ألزمهم ذلك إلى تقرير حدود لمبدأ الرضائية و الاعتراف بها، و ذلك تحت فكرة عامة مفادها الميلاد الجديد للشكالية في العقود.

فما هي هذه الحدود عن مبدأ الرضائية التي تمثل مجال الشكلية في العقود؟
تتمثل هذه الحدود عن مبدأ الرضائية في العقود فيما يلي:

أولاً: في تلك التخفيفات Les atténuations عن مبدأ الرضائية و هي التي عبر عنها الفقه بالشكلية الغير مباشرة وتعرف بأنها: « تلك الأشكال والإجراءات التي يفرضها المشرع بنص قانوني قبل إبرام العقد أو بعد ذلك من أجل تحقيق أغراض مختلفة.» و من أمثلة هذه الشكليات نجد الأشكال الإدارية وشكليات المؤهلة Les formalités habilitantes et les formalités administratives. وشكليات إدارية و شكلية لإثبات العقد والشهر وهي شكليات يطلق عليها اسم شكلية بين الأطراف (inter partes)، فأثرها ينصب أساساً على العلاقة القانونية لطرفي العقد سواء من حيث وجود التصرف في حد ذاته أو آثاره الأخرى كنفاده ومضمونه، وهذا رأي أجمع عليه الفقه، معتبراً أن هذه الشكليات لا تتصل بالتعبير عن الإرادة بل تتعلق فقط بشروط الموضوع للعقد، وفي حالة غياب أو عدم الاكترات لهذه الشكليات من إذن أو ترخيص إداري مسبق أو التسجيل فلا يعد العقد باطلاً في كل الحالات، فهي مجرد قيود ترد على الإرادة وتستهدف الحد من مبدأ سلطان الإرادة في القيام ببعض العقود الخاصة التي تكتسي أهمية اقتصادية أو اجتماعية، أو حماية للنظام العام والمصلحة العامة ولا تنظم طريقة التعبير عن الإرادة بل تقيدها من الجانب الموضوعي وليس الشكلية، فالعقد يبقى رضائياً لا يتحول إلى عقد شكلي بفرض هذه الشكليات، إلا إذا اشترط المشرع شكلاً خاصاً به إلى جانب هذه الشكليات، وأخيراً هذه الشكليات تمثل مجال الشكلية بالمعنى الواسع.

ثانياً: تلك الحدود التي تمثل إستثناءات حقيقية عن مبدأ الرضائية، والتي يعبر عنها بالشكلية المباشرة لاتصالها بتكوين العقد، حيث يقوم على عدم مراعاتها انعدام العقد، فهي تؤدي معنى العقد الشكلي الحقيقي Contrat Solennel والذي يعرف بأنه: " ذلك العقد الذي يلزم لانعقاده إفراغ رضاء المتعاقدين في شكل معين يحدده القانون"، و هو بذلك يقابل العقد الرضائي القائم على مبدأ الرضائية. كما أن مبدأ الرضائية استمر ترسيخه وتأكيد في العقود بتأثير مبدأ آخر ظهر لاحقاً في نظرية العقد و هو مبدأ سلطان الإرادة و هو مبدأ لا ينبغي اختلاطه بمبدأ الرضائية ذلك أن هذا الأخير لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد ولا علاقة له بتحديد مضمونه كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ سلطان الإرادة الذي أثر على كل مراحل العقد بدءاً بتكوينه وانتهاءً بتحديد آثاره، إذ لا يسعنا في هذا الصدد إلا الإشارة إلى هذا المبدأ مركزين بحثنا على تأثير مبدأ سلطان الإرادة على انعقاد أو تكوين العقد ومحاولين الكشف عن مدى تأثير هذا المبدأ على هذه المرحلة فقط، و ذلك من خلال تقييمه.

إن موضوع الشكالية في العقود واسع، و متشعب و متعدد الجوانب، إذ يظهر ذلك جليا من خلال تحليل فكرتين مهمتين و تتمثل الفكرة الأولى أساسا في اختلاف الآراء حول تقديم تعريف موحد للشكالية في ميدان التصرفات القانونية ومنها العقود كذلك، إذ يقول الفقيه جاك فلور « Jaque Flour » في هذا الصدد: " يجب ألا يفهم من شكل التصرف ذلك الثوب الذي تتخذه الإرادة لكي تبرز إلى الواقع الاجتماعي الخارجي بطريقة معينة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة مثلا، فالإرادة كما سبق أن بيّنا حالة نفسية لا بد أن يعبر عنها صاحبها بشكل خارجي معين و للشخص كامل الحرية في اختيار الوسيلة التي يعبر بها عن إرادته وهو غير ملزم باتباع شكل خاص، فالعقد في هذه الحالة يضل رضائيا ولا يتحوّل إلى عقد شكلي"، لذا يجب أن نضع حدا فاصلا للتمييز بدقة ووضوح بين العقد الشكلي و العقد الذي يتطلب شكليات، و هذان المصطلحات يستعملان في أغلب الأحيان كمرادفين إلا أن الحقيقة أن هناك فرقا جوهريا بينهما، و يتضح هذا من خلال مختلف التعاريف التي وضعها الفقهاء للشكالية فقد عرفها الفقيه " جيني " بأنها : «إن التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما...» و هذا التعريف يقصد منه الشكالية الحقيقية باعتبارها ركنين في العقد، و عرفها " روبي " كذلك بأنها : " إن الشكالية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني و تحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات و المواعيد و الإجراءات" و هذا التعريف أخلط بين الشكالية في العقود و الشكالية المستعملة في قانون الإجراءات و التي تبيّن الطرق والكيفيات الأساسية للتقاضي، أما الفقيه بونكاز « Bonnecase » يعرف الشكالية بأنها: " ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف بالتصرفات الشكالية وتلك التي تخضع لشكليات خاصة و التصرفات التي تتطلب تعبيراً صريحا عن الإرادة وهو بهذا التعريف أعطى للشكالية في العقود مفهوماً واسعاً و عاما ولم يتناول تعريف الشكالية باعتبارها ركن في العقد، كما أن هناك من الفقهاء من أخلط بين الشكل الذي تظهر به الإرادة و هو الكلمة أو اللفظ أو الإشارة... و الشكالية الحقيقية إذ يعرف " بن شنب " الشكالية بأنها *la forme et ce que concrétise l'extériorisation de volonté des parties* الذي يحقق التعبير عن إرادة الأطراف". ويمكن أن تعرف الشكالية بأنها حركة أو تغيير يحدث في العالم الخارجي و العمل القانوني.

أما الفكرة الثانية التي لها علاقة مباشرة بالفكرة الأولى بل تعتبر نتيجة لها هي أن الشكالية في ظل القانون الحديث شهدت توسعا في مجالات العقود يعود ذلك إلى دورها الوقائي المهم، إذ أصبحت في الواقع إحدى الأدوات الأساسية للنظام العام الاقتصادي والاجتماعي للحماية و أداة للإدارة و الرقابة كذلك، كما قاد وعي الدور الاجتماعي للعقود أيضا إلى إخضاع عدد كبير من العقود لعناية تتوقف عليها عمليا فعاليتها تجاه الغير والتي تترجم بوضع قواعد الشهر، إذ أنه

أصبح لزاما التمسك بفكرة تجدد الشكلية في العقود التي أصبحت تختلف تماما عن معناها في القانون الروماني- كما سنبين ذلك- و عليه فإن الشكلية في العقود لا يمكن أن تحل محل الإرادة التي تبقى لا غنى عنها لتكوين العقد، وليس الشكل مطلوباً اليوم إلا كإجراء تكميلي تتوقف عليه بعض آثار العقد، وهي بذلك تختلف اختلافاً جذرياً عن الشكلية القديمة كما يقول الفقيه اهرنج « IHERING » : " إن الشكل يتغير لدى مختلف الشعوب، وفي مختلف العصور الحضارية، فهو يتغير كما تتغير الأفكار والعواطف و حياة الناس...".

واعتبر الفقيه " جيني Geny " : " إن الهدف المقصود ليس هو إلغاء الشكلية التي تتطلبها الحياة الاجتماعية بل الهدف يتمثل في مجرد استبدال الشكلية الغريزية و الرمزية لبدائية بالتدرج بشكلية مخططة و نفعيّة، و هذا النوع الأخير هو وحده الموجود في القانون المعاصر... " و في نفس هذا المعنى يعتبر الفقيه " ديموج Demogue " أن : " الشكلية في صورتها الحديثة ليست تجسماً للأفكار كما كان الشأن في العصور البدائية بل هدفها هو حماية الأمن و الائتمان " وهذه الرؤية أو الزاوية تمثل الشكلية بالمعنى لواسع والتي يعتبرها الفقه الحديث عاملاً من عوامل تطور الشكلية في العقود لذا تؤكد الدراسات الحديثة على عدم الأخذ عند تناول هذا الموضوع على أن الرضائية هي المبدأ أو القاعدة وأن الشكلية هي الاستثناء عند تحديد محاسن و مساوئ كل منهما.

لذا و أمام هذا التوسع و تعدد الزوايا التي يمكن أن تكون موضوع دراسات و بحوث عديدة حول الشكلية في العقود سوف نركز بحثنا على جانب واحد و الذي يتمثل في دراسة مبدأ الشكلية المباشرة و مكانتها في العقود باعتبارها استثناء عن مبدأ الرضائية والتي يكون تأثيرها المباشر على صحة العقد (Validité du contrat) والتي يقوم العقد بتوفرها و ينعدم بإغفالها أو عدم احترامها، مع تبيان أحكامها كركن من أركان العقد مثلها مثل الرضا المحل و السبب التي خصّ المشرع لكل منها فصولاً خاصة في التقنين المدني.

وبما أننا جعلنا المنطلق من هذه الدراسة و إطارها هو النظرية العامة للعقد بعناصره الأساسية المجمع عليها من طرف الفقه و مثال هذه التعاريف للعقد نجد: " العقد من حيث تكوينه وجدناه بأنه اتجاه إرادي مشترك إلى ترتيب أثر قانوني معين هو إنشاء أو تعديل أو نقل أو إنهاء رابطة مالية من روابط القانون الخاص... " وهو تعريف لا يختلف عن التعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للعقد في المادة 54 ق.م.ج : " العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيء ما. "

و هذا هو إطار هذه الدراسة على اعتبار أن مبدأ الشكلية الذي هو استثناء عن مبدأ الرضائية يجد مكانته و تأثيره في معنى العقد بالمفهوم الكلاسيكي المقدم نفسه، وأن النظرية العامة للعقد لا تطبق إلا حيث يكون الاتفاق في نطاق القانون الخاص، وفي دائرة المعاملات المالية أو قسم الأحوال العينية، و بالتالي فإن مرجعنا في هذه الدراسة يكون القانون المدني الجزائري، و لا بأس إذ أشرنا إلى بعض التشريعات الأجنبية كالقانون المدني الفرنسي أو المصري... لكي نجعل من دراستنا دراسة مقارنة، إضافة إلى اعتمادنا على قوانين خاصة تكرر أحكام الشكلية في العقود و منها على الخصوص القانون 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 الذي أدرجت أحكامه في التقنين المدني ضمن الباب السادس المعنون: "إثبات الالتزام" و القانون 88-27 المؤرخ في 27/07/1988 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك نوع من الشكلية في العقود تتمثل في ما يسمى بالعقود العينية التي عرفها القانون الروماني، و ما زالت تطبق أحكامها إلى يومنا في التشريعات الحديثة في التقنيات المدنية منها القانون الفرنسي و تعرف هذه العقود بأنها تلك التي تعتبر التسليم ركنا فيها أي أنه عقد لا يتم انعقاده إلا بالقبض، و هي نوع من العقود التي استثنيت من قاعدة الشكلية، و عليه سوف لا نتناول هذا النوع من الشكلية في بحثنا و ذلك لأن العقود العينية تطبيقاتها قليلة جدا في التقنين المدني الجزائري.

إن المجال التعاقدى عرف تطورا و تنوعا تجاوز إطار التقنيات المدنية مما أدى إلى اتساع دائرة العقود غير المسماة و هي العقود التي لم ينص القانون على القواعد التي تحكم انعقادها و آثارها، لذا فقد إرتأينا أن يكون تطبيق مبدأ الشكلية مقتصرًا على العقود المسماة التي تناولت أحكامها القانون المدني، كما سنتناول أحكام الشكلية في عقد الهبة الذي تناول أحكامه قانون الأسرة و هو قانون مكمّل للقانون المدني.

إن السبب الرئيسي الذي دفعنا إلى اختيار " الشكلية في مادة العقود المدنية" موضوعا لبحثنا هو سبب موضوعي يتمثل في تلك المواقف الفقهية التي أثّرت في الميدان العملي القضائي من الشكلية في العقود، إذ أن هذه المواقف و من خلال قراءة أولية لها نجدها مختلفة في توجهاتها و متناقضة في أكثر الحالات فيما بينها من جهة و بين النظام التشريعي المبرز لموقف المشرع الجزائري خصوصا عندما نتناول أحكامها ضمن الباب المعنون " بإثبات الالتزام" من جهة أخرى مما جعلنا نطرح عدة تساؤلات: ما هي مكانة مبدأ الشكلية في النظرية العامة للعقد؟ وما هي الحكمة التي أرادها المشرع الجزائري من فرضه للشكلية في العقود هل هي شكلية

للصحة Ad solemnitatem- ad validitatem أم هي مجرد شكلية للإثبات ad probationem وبالتالي لا تؤثر على تكوين أو انعقاد العقد؟ وما هي أسباب هذا الاختلاف في الأفكار و التطبيق بين كل من النظام العام التشريعي الممثل في المشرع و النظام العام القضائي المتمثل في القاضي؟، فكانت هذه الدراسة لتسليط الضوء على هذه المكانة و تطبيقات مبدأ الشكلية في العقود وموقف القضاء الجزائري من تكييف الشكل الرسمي في العقود.

أما عن الصعوبات التي اعترضتنا أثناء بحثنا هي:

1. قلة المراجع التي تناولت موضوع الشكلية كمبدأ يقابل مبدأ الرضائية ضمن أحكام و قواعد النظرية العامة للعقد، و بالتالي دراسة الشكلية بمعناها الضيق أي باعتبارها ركن من أركان العقد، و إن كانت الدراسات أفاضت في هذا الموضوع و لكن تناولت الشكلية بمعناها الواسع، و كان تناولها للشكلية كركن في العقد على سبيل الإشارة فقط مما جعل منها دراسات ناقصة و غير مبرزة لمكانة الشكلية كمبدأ له إطاره المهم ضمن النظرية العامة للعقد.

2. إن الملاحظ على جل المراجع التي تناولت بالدراسة لأحكام الكتابة الرسمية والعرفية وهي وسائل تترجم بها مبدأ الشكلية في العقود قد تناولت ذلك من باب دراسة طرق الإثبات و هنا تظهر العلاقة الشديدة بين موضوع الشكلية وموضوع الإثبات في المواد المدنية والتجارية مما جعلنا نحترز في التفرقة بينها وفي إعطاء أحكامنا، وأخيرا في استنتاجاتنا.

3. اهتمامنا بالجانب التطبيقي للشكلية في العقود و الإطلاع على كيفية تحرير العقود وفق ضوابط قانونية وشكلية جعلنا على اتصال دائم بأعمال وآراء الأساتذة الموثقين، بالاستفادة من المادة العلمية التي أنجزت في الشكلية في العقود.

وأخيرا، صار البحث واضحا أمامنا بحيث تمكنا من وضع خطة، وهي التي تقسم البحث إلى فصلين و خاتمة.

ففي الفصل الأول تعرضنا إلى تطوّر الشكلية التعاقدية مبرزين لأهم المراحل التي مرت بها في مختلف القوانين بدءا بالقانون الروماني وانتهاء بالقانون الجرمانى والعصور الوسطى وهي كلها قوانين سادت فيها الشكلية بمختلف طقوسها في العقود، ثم تطرقنا إلى دراسة الشكلية في الشريعة الإسلامية مركزين في ذلك على مختلف المواقف التي جاء بها الفقه الإسلامى عند تفسيره لآية المداينة.

كما تناولت في جزء من هذا الفصل دراسة الشكلية في القوانين الحديثة مستعرضين من خلال ذلك لمكانة الشكلية في ظل النظرية العامة للعقد، ثم تطرقنا لدراسة ماهية الشكلية في التشريع الجزائري مفصلين في ذلك أحكام كل من المحرر الرسمي والمحرر العرفي باعتبارهما وسيلتين تتجسدان بواسطتهما الشكلية التعاقدية في العقود.

أما في الفصل الثاني، فقد تناولنا أهم مجالات تطبيق الشكلية في العقود وموقف القضاء منها ففي المبحث الأول تطرقنا إلى تطبيقات الشكلية الرسمية والعرفية في العقود في مختلف العقود التي تناول أحكامها القانون المدني، كما خصصنا جزء من دراستنا إلى تكييف الكتابة المفترضة في بعض القوانين بنصوص خاصة منها عقد الإيجار، عقد البيع على التصاميم و هي عقود مستعملة في إطار النشاط العقاري.

أما في المبحث الثاني من نفس الفصل فقد حاولنا تتبع موقف القضاء من الشكلية في العقود و ذلك من خلال ما تبناه من قرارات، والتأكيد على حكمة المشرع من افتراضه للشكلية في العقود، هذه الأخيرة التي تستوجب احترامها وتكريسها وتأكيدا من طرف القاضي.

والصفحات القادمة تخطو بهذا البحث من خلال هذه الفصول.

الفصل الأول:

تطور الشكليات التعاقدية.

ظهرت الشكليات في العقود بشكل جلي في الشرائع و القوانين القديمة و كانت آنذاك وسيلة تجسد بها الأفكار لإخراجها للواقع الملموس في صورة واضحة، إلا أن انتشار ورواج التجارة والاقتصاد من جهة وتطور المستوى الفكري و الثقافي للمجتمعات من جهة ثانية، و ما انعكس هذا على مستوى المعاملات التي أصبحت تتم في غالب الأحيان عن طريق العقود باعتبارها تجسيد لإرادة الأطراف، فكان لزاما من تغيير الشكليات البدائية بشكليات تتلاءم مع هذا التطور والتفكير في جعلها ضمانات قانونية لحفظ وصيانة حقوق الأفراد المتعاقدة.

لدى سناحول من خلال دراستنا لتطور الشكليات التعاقدية تتبع التطور التاريخي لها في القوانين القديمة (المبحث الأول)، ثم نتطرق بعد ذلك إلى دراسة الشكليات التعاقدية في القوانين الحديثة (المبحث الثاني).

المبحث الأول: التطور التاريخي للشكلية التعاقدية:

نحاول في هذا الجزء من بحثنا أن نتناول التطور التاريخي للشكلية التعاقدية في القوانين القديمة ثم تطورها في الشريعة الإسلامية، و ذلك من أجل إدراك مكانتها و استخلاص خصائصها و مميزاتها، مع تبيان أهم هذه المراحل بدءا بالقانون الروماني الذي يعد مهدا للشكلية في العقود و مرورا بالقانون الجرمانى و العصور الوسطى التي ظلت فيها الشكلية محتفظة بمكانتها.

أما بخصوص الشكلية في الشريعة الإسلامية و هي الشريعة التي يجمع الفقه الإسلامى على أنها أخذت بمبدأ الرضائية في العقود كقاعدة عامة، إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن الشريعة الإسلامية مجسدة في القرآن الكريم تحدثت عن كتابة و تدوين المعاملات و خاصة معاملات المداينة (الدين) و هذا ما تؤكد الآية الكريمة من سورة البقرة، لذا سنعرض أهم الآراء التي استقر عليها الفقه الإسلامى حول طبيعة أمر الكتابة في المعاملات. فما هي مكانة الشكلية في القوانين القديمة؟ و ما هي مكانتها في الشريعة الإسلامية؟

المطلب الأول: الشكلية في القوانين القديمة :

- المزمع الأول: الشكلية في القانون الرومانى:

عرف على القانون الرومانى أنه قانون شكلى⁽¹⁾، حيث أعتبر مثالا حيا على سيادة الشكلية في جميع العلاقات الاجتماعية لدى المجتمعات القديمة⁽²⁾، و بناء على هذا فإنه و من أجل جعل الأطراف ملتزمين فيما بينهم كان من الضروري إتمام طقس من الطقوس المعينة، بمعنى أكثر وضوحا أن أي تصرف أو معاملة قانونية لم يكن مقبولا ابد أن تنشأ بمجرد توافق إرادتين (Nudum pactum) فالمدىن يلتزم لا لسبب إلا لأنه استوفى الأشكال المرسومة أو المفروضة، و يعتبر التزامه صحيحا حتى و لو كان السبب الحقيقي الذي التزم من أجله لم يكن موجودا أو قابلا للوجود أو كان غير مشروع أو كان مخالفا للنظام العام فالعقد الشكلى في نظر

(1) Jacque flour, jean- Luc Aubert, les obligation, volume 1, l'acte juridique, paris, Armand colin, P224.

- راجع أيضا جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة الد. فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط1، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع، 2000 ، 1420 هـ ص 372 بند رقم 364.

(2) زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1987، ص5.

الروماني كان عقدا مجرداً (Abstrait) صحته مستمدة من شكله لا من موضوعه⁽¹⁾ فالسلطان الذي كان سائدا في هذا القانون هو سلطان الشكل و هو مصدر الالتزام " إضافة إلى ذلك لا يجوز الطعن في العقد الشكلي بالغلط أو التدليس أو الإكراه أو غير ذلك من الدفوع الموضوعية"⁽²⁾، وهذه هي المرحلة الشكلية في القانون الروماني التي وصفت أو تميزت بالشدّة والصرامة في مراعاتها والتي ظهرت استعمالها في عدة صور كالألفاظ المحددة والدقيقة التي تتناسب مع فئة من التصرفات وبحسب اختلافها وتنوعها، ومثال على ذلك سبائك الذهب التي تستعمل كرمز عن الثمن في عقد البيع مكان النقود التي لم تكن معروفة آنذاك و كذلك في عقد الزواج الذي عرف هو الآخر طقوسا و رموزا مختلفة تعبّر عن قيام الرابطة الزوجية، كما تمثل الشكل في هذه الفترة في إجراءات رسمية وارتباطها ببعض التصرفات التي كانت تهم الجماعة و التي كانت تتم أمام الناس كافة و بحضور الشهود.⁽³⁾

إلا أن الحضارة الرومانية و كأي حضارة أخرى لم تعرف التوقف عن التطور و التوسع، مما أدى ذلك إلى تعقد و تشعب سبل الحياة و العلاقات الاجتماعية بين الأفراد مما نتج عنه توزيع العمل، و الحاجة إلى كثرة التبادل و السرعة في المعاملات مما جعل معه إلى اعتبار أن الشكلية الجامدة تعرقل سير هذه المعاملات كما عرفت هذه المرحلة " تقدم في الفكرة القانوني الذي كان من نتائجه الرئيسية التمييز بين الشكل والإرادة في العقد و منح الإرادة قسطا من الأثر القانوني، مما دعا إلى اعتبار الاتفاق موجود بمجرد توافق الإرادتين والشكل إلا سببا قانونيا للالتزام (causa civilis)، و في وقت لاحق على ذلك استمرت الشكلية ضاربة بسيادتها في مجال العقود، إلا أنه ظهرت عقود أخرى بجانب العقود الشكلية كالعقود العينية (Contracture re) والتي شملت عدة أنواع من العقود كالقرض الاستهلاكي (Mutuum)، و عقد الوديعة (depositum) و عقد العارية (Commodatum)، الرهن الحيازي (Pignus)، و هي ما تزال موجودة حتى الآن في القوانين الحديثة، و كذلك العقود الرضائية (Consensu)، و العقود الغير مسماة

- (1) د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات - نظرية العقد، ج1 ط2 جديدة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية 1998، ص 90 إلى 91
- زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، الذي يفسر الاتفاق المجرد و معناه عند الرومان : بأنه " لا يولد التزام، أو بتعبير آخر أن الاتفاق المجرد لا يتولد عنه دعوى أي ليس للتصرف الذي لم يتم في شكل معين دعوى قضائية تحميه، فالشخص لا يستطيع أن يدعي أمام القضاء بحق له نشأ عن تصرف رضائي، أو يطالب الطرف الآخر قضائيا بتنفيذ التزامه..."، ص7.
- (2) د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري- مصادر التزام التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة، ج1، بدون طبعة الجزائر دار الهدى، 2000، ص43.
- (3) زواوي محمود، المرجع السابق، ص7 و 8.

أو الغير معينة" (1).

و قد برز مبدأ سلطان الإرادة في العقود الرضائية في هذه الفترة برونًا واضحًا و جليًا، " مما أدى إلى انتشار مجموعة من الاتفاقيات المجردة من الشكل عرفت بالعقود البريطورية (pactes prétoriens) والعقود الشرعية كذلك (pactes légitimes) فقد ذهب جوستيان إلى القول: " يجب على كل فرد أن يحترم شخصية الآخرين فلا يتدخل في شؤونهم الخاصة و لا في السلطات التي يخولها إياهم النظام الاجتماعي و يجب على كل أن يعطي ما عليه للآخرين من حقوق و أن يحترم حقوقهم المكتسبة طالما أن النظام الاجتماعي قد منح بعض الأفراد أشياء معينة باعتبارها ملكًا خاصًا لهم." (2)

إلا أنه و على الرغم ما سبق قوله يرى بعض الفقهاء أن الشكلية لم تعرف في القانون الروماني، بل أن مبدأ سلطان الإرادة كان هو الأصل الذي استحدثه (البريتور) بجانب مبدأ الشكلية الذي أخذ ينافسها إلى أن تغلب عليها، و على هذا يرد (الدكتور السنهوري) مؤكداً أن: " القانون الروماني لم يقرر في أي عصر من العصور مبدأ سلطان الإرادة في العقود بوجه عام، بل يؤكد كذلك على أنه ظلت الأوضاع و الأشكال، بعد تطور القانون و اتساع نطاق التبادل و المعاملات و بقي العقد اللفظي (Contrats verbis) إلى آخر عهود القانون هو القالب الذي يصبون فيه ما يبدو لهم حاجة إليه من الاتفاقات غير المعروفة، حتى تصبح ملزمة و إن كان مع تطور القانون الروماني يكفي أن يكتب العقد، على أن يذكر في الكتابة استفاء الأوضاع اللفظية، و منه انقلب العقد اللفظي إلى عقد مكتوب (Litteris) وأصبحت الكتابة شكلاً داخلاً في العقد و ليس مجرد طريق للإثبات." (3)

- الفرع الثاني: الشكلية في القانون الجرمانى و العصور الوسطى:

بعد الانحطاط الذي عرفته الإمبراطورية الرومانية متأثرة بهجمات القبائل الجرمانية و ظهور دويلات صغيرة و مقاطعات، تكوّن في هذه الفترة نظام الإقطاع الذي يقوم على الاقتصاد المغلق، فعمت الفوضى و انقطعت الاتصالات بين الشعوب المختلفة، فعادت المجتمعات إلى الحياة البدائية، كما أن هذه الأوضاع أثرت على القانون الجرمانى فأصبح يتميز في تلك الفترة بكثرة الأوضاع

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 91 و 92.

راجع أيضاً زواوي محمود، المرجع السابق، ص 9 و 10.

(2) خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987، ص 7-8.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 91 و 93، 92.

و كذلك خليفاتي عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 8.

والأشكال التي يستلزمها القانون مثل ما كان سائدا في القانون الروماني في أول مراحلها، أي أن القانون الجرمانى كان هو أيضا قانونا شكليا برزت فيه الشكلية البدائية متمثلة في رموز و أعمال سحرية و طقوس.⁽¹⁾

" و هناك من الفقهاء من يؤكد على أن القانون الجرمانى كان يحترم منذ عهده الأول مجرد الاتفاق لجعله ملزما، و ذلك غير صحيح إذ أن تأكدهم جاء مستند على أمثال أثرت على بعض العهود القديمة، و التي لم تكن لها من المعنى ما يفهم من ظاهرها، كقولهم مثلا: " الرجل ليس له إلا كلمة واحدة" (Ein man ein wort)، إن هذا المثل لم يكن المراد به أن العقد من حيث القانون يوجد بمجرد توافق إرادتين و إنما قصد به وضع قاعدة خلقية لا مبدأ قانوني و كذلك ما أتى به (لوازيل Loysel) من أمثال القرن الثالث عشر، توهم أن مجرد الرضا كاف كقولهم أيضا: " تقيد الثيران بقرونها، و الرجال بكلامهم، و مجرد وعد أو اتفاق يعدل عقود الرومان اللفظية."

« On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles et autant vent un simple promesse ou convenance que le stipulations du droit romani »

الذي اعتبر هو الآخر أن القانون الجرمانى ساهم في تكوين القانون الفرنسى و أن القانون هو قانون شكل.

و قولهم أيضا : الاتفاق يغلب القانون، « Convenance vainquent loy » أما الأقوال الأخرى لم يقصد منها أن توضع كمبادئ قانونية تسري على العقود فتجعلها رضائية إن العقود في هذا العهد كانت شكلية أو عينية، و هذه الأقوال لم تكن إلا سابقة لأوانها و إن كانت تدل على بداية لتطور نحو مبدأ الرضائية في العقود⁽²⁾، " إذ أن هذا القانون تأثر فيما بعد بعلماء اللاهوت و الأخلاقية المسيحية التي كانت تدعو إلى فرض احترام الوعد- كما سنرى - و التأثر و التجاوب مع النهضة التجارية التي تعبر عنها المعارض الدولية الكبرى التي كانت تقام في القرون الوسطى، و لا سيما في « Flandres و champagne »، أدى هذا إلى القبول و بصفة تدريجية أن القوة الملزمة للاتفاقيات الناتجة عن مجرد الرضا و بدون العودة إلى أشكال القانون الرومانى"⁽³⁾.

(1) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 10 و 11.

Jacques flour et jean Luc Aubert, OP, cit, p.p 224-225.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 92 الذي يفسر المثل القائل بأن : " الاتفاق يغلب القانون" أن العادات الجرمانية كانت تقضي بانتقال أموال الشخص بعد وفاته إلى أقربائه أنه إذا حصل و أن الشخص تصرف في حال حياته في أمواله بعقود ملزمة مستوفاة للشكلية المعنية، فهذه العقود هي التي تنفذ و يستبعد قانون الميراث من التطبيق.

(3) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 372.

أما في العصور الوسطى فقد عرفت استمرار الشكلية في العقود وبأوضاعها السابقة و ذلك إلى نهاية القرن الثاني عشر إلى أن أخذت منحى أو اتجاه آخر متطور و يتمثل في الانتقال من الشكلية، و أصبحت الإرادة تأخذ مكانها في تكوين العقود شيئا فشيئا و ذلك بفضل عدة عوامل منها بالخصوص⁽¹⁾.

أولاً: " عامل ديني بفعل، تأثير المبادئ الدينية و قانون الكنيسة، باحترام العقد حتى و لو يفرغ في شكل خاص و كان يمثل عدم الوفاء بالوعد جريمة دينية و ساهم ذلك في سهولة الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الالتزام المدني، كما أصبح لمجرد الاتفاق دعوى تحميه و يطلب تنفيذه تسمى « Actio ex nudo pacto » و ذلك أمام المحاكم الكنسية.

ثانياً: عوامل اقتصادية بفعل ازدهار التجارة و التعامل، أدى ذلك إلى استبعاد ما يعوق المبادلات التجارية من الأشكال و الأوضاع، و اشتهرت المحاكم الإيطالية في القرن الرابع عشر تحكماً استناداً إلى قواعد العدالة دون أن تميز بين العقد الشكلي و مجرد الاتفاق من حيث الالتزام.

ثالثاً: العوامل السياسية: حيث بدأ بسط دور الدولة و نفوذها، و تدخلها في الروابط القانونية بين الأفراد و تولى مهمة حماية حقوق الفرد المتعاقد بمجرد الاتفاق.

رابعاً" و هو أهم عامل نراه هو عامل قانوني الذي يتمثل في إحياء القانون الروماني و البدء في دراسته و حتى التأثير به خصوصاً فيما وصل إليه في أواخر مراحل من ظهور عقود رضائية، و استقلال الإرادة و توسعوا في تفسير ذلك الاتجاه حتى بعد إطلاعنا على تاريخ العقد في المجتمع البشري بدءاً بالمجتمع الروماني وما لاحظناه من سيادة الشكلية المشددة في تكوين العقد، إذ أردنا من خلال هذه الدراسة التي تظهر على أنها تحقيق تاريخي أن نبين أن هناك تطوراً في منحى التفكير الاجتماعي و تقسيمه إلى عدة مراحل و بالتالي تتبع تطور النظريات و المذاهب التي أسست لتنظيم قانون العقود في المجتمعات و استنتجنا أن العقود بدأت عند ظهورها شكلية كما في القانون الروماني تماماً ثم وجدت العقود العينية إلى جانب العقود الشكلية، و لم تظهر العقود الرضائية إلا أخيراً.

وأكدت الدراسات التاريخية الدقيقة اللاحقة كذلك والتي قام بها بعض العلماء على رأسهم (زوم soh) أن العهد الإفرنجي (Epoque Franque)

(1) د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 56 و كذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، 93، 94.

بحث عن مبدأ سلطان الإرادة، مجلة الشرطة، العدد 16، أوت 1981، ص 37-38.

عرف هو الآخر طرقاً شكلية مختلفة للتعاقد، ثم عرفت بعد ذلك العقود العينية كالقرض، وخلصت نفس هذه الدراسة إلى أن الشكلية هي الظاهرة السائدة في تلك العقود والغالبية ولم تقبل أن يكون للإرادة سلطان في تكوين العقد.⁽¹⁾

المطلب الثاني: الشكلية في الشريعة الإسلامية:

"عرفت الشريعة الإسلامية كأصل عام مبدأ الرضائية في العقود، فالعقد عند الفقه الإسلامي من صنع الإنسان أي أن يتم بمجرد الإيجاب و القبول، دون إتمام لإجراء آخر، و المطلوب في العقد أن تبرز الإرادة في مظهر خارجي كاف لإنتاج أثره".⁽²⁾

"اختلفت المذاهب الفقهية حول مدى قدرة الإرادة في تكوين العقد، فقد رأى الحنابلة بأن إرادة الأثر هي إرادة العاقد لا إرادة الشارع، ويرى "ابن تيمية" كذلك أن: "الأصل في العقود رضا المتعاقدين و نتيجتها هي ما أوجباه على أنفسهما في التعاقد". و ركزوا على حرية الاشتراط في العقود، و لكنهم و مع ذلك لم يعترفوا بالإرادة و مبدأ سلطان الإرادة بالدور المطلق في تكوين العقد، أما المذهب المالكي فقد أعطى دوراً بارزاً للإرادة في مجال العقود إلا أنه لم يعترف للإرادة هو أيضاً بالدور المطلق بل أنه عرف الشكلية واشترطها في بعض العقود، فقد اشترط الشهادة في إبرام عقود التبرعات و بعض العقود الأخرى، أما عن الفقه الحنفي الذي لم يتوجه إلى مبدأ سلطان الإرادة في كل العقود، و لم يتوجه كذلك إلى ربط الإرادة بمشينة الشارع، و الإرادة عندهم ليست ركناً في العقد بل هي شرط للصحة، أما الشافعية الذين لهم رأي مخالف تماماً إذ يرون أن فكرة جعلية الآثار هي التي تحد من الإرادة، و يقصد بالجعلية هو أن آثار العقد تترتب بجعل الشارع و ليس بإرادة المتعاقد، فالعقد عندهم هو نتيجة ليس لما قصده المتعاقدين بل هو من جعل الشارع و إرادته، فالموجب للإحكام هو الله تعالى، و الأخذ بفكرة الجعلية عند فقهاء الشافعية يؤدي إلى جعل دور الإرادة محدوداً و إرادة الأفراد لا تكون حرة في إنشاء العقود".⁽³⁾

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 92.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 93، "و تتمثل هذه الطرق التعاقدية في: التفوه بألفاظ معينة مع إمساك عصا (Festuca) كانت رمزاً للسلح الجرماني في ذلك العقد: - تسليم شيء - كقفاز يرجعه المدين للدائن، و هو مجرد رمز للالتزام - الكتابة (Carta) التي وحدها لا تكفي لتكوين العقد بل كان يجب تسليم الورقة تسليمًا مادياً للدائن".

- خليفاتي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 8.

(3) المرجع السابق، ص 9 إلى 12.

- يعرف الركن بأنه هو: "الذي يتوقف على وجوده وجود الشيء و يترتب على انعدامه انعدام هذا الشيء مع كونه يدخل في حقيقة ذلك الشيء".

أما الشرط: "هو الذي لا يدخل في حقيقة ذلك الشيء".

هذا عن دور الإرادة في تكوين العقد، فماذا عن مسألة كتابة و تدوين المعاملات و مشروعيتها في الشريعة الإسلامية و ما هي حكمة التوثيق في الشريعة الإسلامية كذلك؟

الفرع الأول: مشروعية المحرر الكتابي:

عمدت الشريعة الإسلامية إلى التأكيد على ضرورة تدوين المعاملات و يتضح ذلك من خلال ما جاء في القرآن الكريم الذي يعتبر المصدر الأصلي للفقه الإسلامي الذي اعتبر الكتابة بمثابة دليل ممتاز لتدوين العقود المدنية في الشريعة الإسلامية، فمدلول الكتابة يتبين من خلال تشدد الشارع الإسلامي في إثبات بعض التصرفات كالديون و الرهون و الوصايا على سبيل المثال، حيث استند الفقهاء بما جاء في مصادر الشريعة الإسلامية مستنديين إلى حكم القرآن الوارد في سورة البقرة في قوله تعالى⁽¹⁾: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَ لِيَكْتُبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَ لَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَ لِيَمْلَأِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَ لِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَ لَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِن كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلَأَ هُوَ فَلْيَمْلَأْ وَكَلِيهٌ بِالْعَدْلِ وَ اسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكَّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَ لَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَ لَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَ أَقْوَمٌ لِلشَّهَادَةِ وَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَ أَشْهَدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَ لَا يُضَارُّ كَاتِبٌ وَ لَا شَهِيدٌ، وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ يَعْلَمُكُمْ اللَّهُ وَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ (282) وَ إِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَ لَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَ لِيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَ لَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَ مَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آتَمٌ قَلْبُهُ وَ اللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ (2) وَ غير ذلك من النصوص كقوله تعالى: ﴿ وَ لِمَنْ جَاءَ بِهِ حَمْلٌ بَعِيرٌ وَ أَنَا بِهِ زَعِيمٌ (3) 》.

(1) - حسن بطيمي، الكتابة الرسمية كوسيلة للإثبات في الشريعة الإسلامية و التقنين المدني مجلة الموثق، عدد 1، ماي، جوان سنة 2001، ص 15-16.

(2) سورة البقرة، الآية 282-283.

(3) سورة يوسف، الآية 72: تفسير ابن كثير لهذه الآية: قالوا ماذا تفقدون قالوا نفقد صواع الملك، أي صاعه الذي يكيل به، و لمن جاء به حمل بعير " و هذا من باب الجعالة و أنابه زعيم : " و هذا من باب الضمان و الكفالة.

لقد اعتبر الفقهاء أن نص هذه الآية الكريمة وضعت الأصل العام للكتابة في معاملات المداينة⁽¹⁾ إلا أنهم اختلفوا في حكم الأمر بالكتابة الواردة في هذه الآية فهناك من يرى أنه من قبل الوجوب والإلزام ومنهم من اقتصر على اعتبار أن الأمر بالكتابة هو للندب.

أ- الفقه القائل بوجوب كتابة معاملات المداينة:

إن جانب من الفقه الإسلامي اعتبر أمر الكتابة الوارد في الآية المذكورة هو أمر وجوبي استلزمها الشارع في إثبات معاملات المداينة، فقد فرضت كتابة المعاملات التي تتطلب أجلا، و نجد في مقدمة هؤلاء الفقهاء "السيد قطب" في تفسير الحديث (في ظلال القرآن) ومعه معظم المفسرين و الفقهاء فيعتبر الأمر عندهم الوارد في ذكر نص الآية إنما هو من قبيل الندب و الاختيار⁽²⁾، فالأمر إذن عند المؤيدين وجوبي أما عند المعارضين فهو جوازي فأنصار وجوب الكتابة في المعاملات، "فمنهم الفقهاء القدامى من أقر بالأمر الوجوبي للكتابة ابن جرير الطبري، و ابن جريح، وعطاء النخعي، و جابر بن زايد، والضحاك ورجحه الأستاذ الشيخ محمد الطاهر بن عاشور في تفسيره"⁽³⁾، وهو من العلماء المحدثين كما ساندته الأستاذ أحمد الحصري و فخري أو صافية، و بالرجوع إلى تفسير (ظلال القرآن) المذكور سابقا للعالم "السيد قطب" الذي قدم شرحا مفيدا لآية المداينة بنى عليه المبدأ العام الذي جاءت به الآية المذكورة و الذي مفاده أن الكتابة التي هي أمر مفروض بالنص القرآني غير متروك للاختيار في حالة الدين لذلك فإن الذي يجب أن يقوم بتحرير تلك الكتابة بالشروط التي يجب أن تتوفر فيه وبحضور الشهود عند تحريره كما هو الشأن في القوانين الحديثة لذلك فإن الحكمة من الكتابة تكون ظاهرة فهي إجراء يقنع المتعاملون بضرورة الكتابة التي تعتمد على إجراءات صحيحة باعتبار أن أهداف و إجراءات الكتابة منها الصحة و الدقة و الثقة و الطمأنينة ذلك شأن الدين المسمى إلى الأجل "إلا أن الشارع الإسلامي قد وضع استثناءات على تحرير الكتابة بحيث يكتفي بالشهادة في المعاملات التجارية لتيسيرها لذلك فإن النص القرآني يمنح رخصة لا جناح فيها يجب أن تعفى من الكتابة في هذه الحالات في قوله تعالى: ﴿ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوا... ﴾⁽⁴⁾، و انتهى الإمام " ابن حزم الظاهري" إلى القول بأن: " فرض

(1) بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة، بدون طبعة، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1981، ص 78، 79.

أ- حسين بطيمي، المقال السابق، ص:15، و سمية هذه الآية عند علماء التفسير بأية المداينة.

(2) CD ROM جامع الفقه الإسلامي، الموسوعة الفقهية، و أ- حسين بطيمي، المقال السابق، ص:16.

(3) بكوش يحي، المرجع السابق، ص 83.

(4) المرجع نفسه، ص 83.

على متبايعين، لما قل أو كثر أن يشهدا على تبايعهما رجلين أو رجل و امرأتين من العدول، فإن لم يجدا عدولا سقط فرض الإشهاد، فإن لم يشهدا و هما يقدران على الإشهاد فقد عصيا الله و البيع تام" (1).
و أيد هذا الرأي كذلك "ابن عباس" : حيث قال : إن آية الدين محكمة و ما فيها نسخ و كان ابن عمر رضي الله عنه: " إذا باع بنقد أشهد و لم يكتب، و إذا باع بنسيئة كتب و أشهد" (2).

ب- الفقه القائل بجواز عدم كتابة معاملات المداينة:

فهذا الاتجاه القائل بجواز الكتابة من باب النذب و الاختيار، و " هو موقف معظم الفقهاء و المفسرين، حيث قال الجمهور أن الأمر القرآني في الكتابة إنما هو نذب إلى حفظ الأموال و إزالة الريب و إذا كان الغريم نقيا فما يضره الكتاب و إن كان غير ذلك فالكتاب ثقاف في دينه لأن الله تعالى نذب ذلك إلى الكتابة فيما للمرء أن يهبه و يتركه بإجماع فنذبه إنما هو على وجه الحيلة للناس و عليه فإن الشهادة على الخط لا تجوز و لا يحكم بذلك لأن الخطوط متشابهة لذلك كانت آراء فقهاء المذاهب الأربعة مختلفة و متباينة" (3) و استند هذا الرأي على حجة " أن الأمر بالكتابة و الإشهاد في المبايعة و المداينات لم يرد إلا مقرونا بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ﴾، و معلوم " أن الأمن لا يقع إلا بحسب الظن و التوهم لا على وجه الحقيقة، و ذلك يدل على أن الشهادة إنما أمر بها لطمأنينة قلبه لا لحق الشرع، فإنها لو كانت لحق الشرع ما قال: " فإن أمن بعضكم بعضا، و لا ثقة بأمن العباد، إنما الاعتماد على ما يراه الشرع مصلحة فالشهادة متى شرعت في النكاح لم تسقط بتراضييهما (طرفا العقد) و أمن بعضهم بعضا، فثبت بذلك أن الأمر بالكتابة و الإشهاد مندوب غير واجب و أن ذلك شرع للطمأنينة" (4).

" و يرى العلامة "ابن قيم الجوزية" أن السند طالما كان محفوظا من التزوير و التزييف بإحدى وسائل الحفظ المعروفة، كأن تكون الوثيقة قد صدق على التوقيع عليها أمام جهة تحفظ المستندات و يشهد عليها عند التوقيع و كانت القرائن توحى بعدم التزوير فإن القاضي يعمل بالسند دون حاجة إلى إثبات التوقيع

(1) بكوش يحي، المرجع السابق، ص 83.
(2) أ- حسين بطيمي، المقال السابق، ص 16، يقول السيد قطب في تفسيره: " و ظاهر النص أن الإعفاء من الكتابة رخصة لا جناح فيها، أما الإشهاد فموجب و انتهى إلى أن الكتابة واجبة في الدين إلا في حالة السفر".

(3) حسين بطيمي، المقال السابق، ص 16.

(4) جامع الفقه الإسلامي، الموسوعة الفقهية.

من جديد و استشهد ذلك بالأمر بكتابة الوصية و لو لم يجر الاعتماد على الخط لم يكن لكتابة الوصايا فائدة".⁽¹⁾

كما عرف الفقه الإسلامي عدّة أنواع من المستندات كانت منتشرة في المعاملات اعتبرت أنواعا للكتابة منها الأوراق الرسمية المختومة و هي التي اعتبرها الفقه الحديث من المراسلات و الكتابة التي كان يقوم بختمها الرسول ﷺ كالكتابة التي أرسلها إلى الملوك حيث اتخذ الرسول خاتما من فضة و يرى الأستاذ "أحمد الحصري" أن الكتابات التي تصدر من الموظفين العاميين يحكم بها دون حاجة إلى إعادة الإثبات على ما دُون فيها كما هو الشأن بالنسبة لوثيقة الزواج... الأوراق العرفية هي كتابات جرى عليها الناس في معاملاتهم، وهناك نوع ثالث من المستندات و التي تسمى بالمستندات الموقعة من المقرر و لهذه الكتابات حجة سواء تم توقيعها أمام كاتب العدل أو أية دائرة رسمية أو وقعها صاحبها وكلها تعتبر إقرارا بالكتابة كالإقرار باللسان سواء بسواء ومنها المستندات المتعلقة بالوصية.⁽²⁾

و خلاصة القول فإنه يمكن أن نستنتج من آية المداينة أن النص الذي أمر بالكتابة لم ينسخ بحيث جاء أمرا عاما، فهو يشمل كل مكتوب دينا كان أم قرضا بسبب عقد من العقود لذلك فإن الكتابة اعتبرت بنص هذه الآية مستندا خطيا لأن المكتوب يحتوي إقرار بما تضمنه السند من الموقع عليه بشهادة كاتب السند أو المحرر و الشهود الذين وقعوا بالشهادة على إقرار المقر بها في السند و تسهيلا على الناس في معاملاتهم فقولته هو كالنص جوازه الاعتماد على خط المؤصي و أصبحت الكتابة تدل على المقصود فهي كاللفظ حتى أصبحت مبدأ للإثبات الشرعي الذي بدأ شيئا فشيئا يقبل قيمة مضمون الوثائق المكتوبة بحيث أطبحت الكتابة مرافقة لكل تصرف أو معاملة و هو ما جاء على لسان أحد المستشرقين.

- الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التوثيق في الشريعة الإسلامية:

إن الحكمة من مشروعية التوثيق في الشريعة الإسلامية⁽³⁾ أقرها و أكدها

(1) حسين بطيمي، المقال السابق، ص16.

(2) أ- حسين بطيمي، مجلة الموثق، عدد 2، جويلية - أوت 2001، ج2، ص23.

(3) ظهرت صور من التوثيق في الشريعة الإسلامية، كحق احتباس المبيع إلى قبض الثمن، و المؤجر له حق حبس المنافع إلى ان تسلم الأجرة المعجلة و حق الصانع حبس العين بعد الفراغ من العمل حتى يستوفي حقه إذا كان لعمله أثر في العين، و حق حبس المدين بما عليه من الدين إذا كان قادرا على أدائه و هي صور تؤدي مقصود التوثيق حسب الفقه الإسلامي الذي مغزاه هو صيانة الحقوق و الاحتياط، لذلك كان من حق الدائن أن يتوثق لحقه لحبس ما تحت يديه لاستفاء حقه، و القاضي هو الذي أوكلت له مهمة توثيق المعاملات كما يوثق الأحكام.

احتياج الناس إليه في معاملاتهم خشية جحد الحقوق أو ضياعها، والأصل في مشروعيتها ما ورد في آية المداينة، فكل تصرف مستوف لشروطه يدخله التوثيق إذ أنه به تؤكد الحقوق لأصحابها ويسهل لهم الوصول إليها عند التنازع والتجادد ويقول "الخصاص" في معرض كلامه عن ما يدخله التوثيق من تصرفات فقد فسّر الآية الكريمة بأنها تعني ما بيته من أحكام العقود الصحيحة و المداينات الثابتة الجائزة لكي يحصل لكل واحد من المتدائنين ما قصد من تصحيح عقد المداينة.

أما التصرفات الباطلة فالأصل فيها أن الأقدام عليها حرام، و بالتالي يكون توثيق هذه التصرفات حراما، إذ وسيلة الشيء تأخذ حكمه، ثم أنه لا فائدة من توثيق التصرفات الباطلة لأنها منسوخة شرعا، ولا يترتب عليها آثارها كما تترتب على التصرفات الصحيحة، كذلك أبي الرسول صلى الله عليه وسلم أن يشهد على تصرف جائر فامتنع عن الشهادة على هبة بشير بن سعد ابنه النعمان لأنه لم يعدل بين أولاده في العطية و في الحديث أن بشيرا رد عطيته."

قد يكون التوثيق مكروها أو حراما، و ذلك كالإشهاد على العطية للأولاد إن حصل فيها تفاوت إذ اعتبره الفقهاء مكروها و اعتبره بعضهم الآخر حراما، وذلك لخبر الصحيحين " عن النعمان بن بشير رضي الله عنهما أنه قال: " تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت ربيعة: (لا أرضى حتى أشهد رسول الله (ص) فانطلق أبي إلى النبي (ص) يشهده على صدقتي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "أفعلت هذا بولدك كلهم؟ قال: لا، قال: اتقوا الله و أعدلوا في أولادكم، فرجع أبي فرد تلك الصدقة، و في لفظ قال: فلا تشهدني إذا فإني لا أشهد على جور"، و في لفظ " فأشهد على هذا غيري".

و أخيرا يقول أنه و " مع وجود هذا الاختلاف في حكم توثيق المعاملات فإنه حق لكل من طلبه يقول ابن فرحون: إذا قلنا أن الإشهاد غير واجب في الدين و البيع فإنه حق لكل من دعى إليه من المتبايعين أو المدائنين على صاحبه يقض له به عليه إن أباه، لأن من حقه أن لا يأتّمه، و لذلك وجب على من باع سلعة لغيره الإشهاد على البيع، فإن لم يفعل ضمن لأن ربّ السلعة لم يرض بانتمانه".⁽¹⁾

(1) جامع الفقه الإسلامي، الموسوعة الفقهية.

المبحث الثاني: الخطية التعاقدية في القوانين الحديثة:

المطلب الأول: الخطية التعاقدية في ظل النظرية العامة للعقد:

عرفت الشكلية في العقود تطوراً كبيراً في القوانين الحديثة إذ أصبحت تتميز عن الشكلية القديمة⁽¹⁾ التي كانت سائدة في القانون الروماني و القوانين اللاحقة له التي تفرض شكلاً معيناً في تكوين العقد، مما جعل معه القول: " أنه حدث تجديداً في مدلول الشكلية كما أكدت على ذلك الدراسات الحديثة التي قام بها فقه القانون الخاص و خاصة قانون العقد، إذ اعتبر أن كل من مبدأ الرضائية و مبدأ الشكلية و هما من بين الاختيارات الأساسية، نظراً لأهمية كل منهما في تنظيم العقود على مبادئ و أسس تتناسب إستراتيجية و أيديولوجية كل مجتمع، و أكد كذلك على أن الشكلية في العقود هي الأخرى عرفت تطوراً في مفهومها و تطبيقاتها تماشياً مع تطور المجتمع البشري من جهة، و تطور مفهوم العقد و دوره الكبير في المعاملات المختلفة في ظل القانون الحديث "من جهة أخرى⁽²⁾ كما لاحظ الفقيه " فرج G. FARJAT " في مؤلفه " نظرية الالتزامات " بأن : " التخطيط الخاص أو العمومي يمر عن طريق شكلية العقود"⁽³⁾.

إن القانون الحديث عرف تطوراً نحو مبدأ الرضائية الذي عرف في ظله توسعاً خصوصاً في " القرن التاسع عشر أدى ببعض الفقه إلى القول بأن النظم القانونية ليست إلا تاريخاً لتحرر الإرادة من الشكلية شيئاً فشيئاً، حتى أصبحت مجردة من أي وضع أو شرط، حتى أصبحت تبسط سيادتها و سلطانها على جميع نواحي القانون و ليس فقط على العقود، بل و حتى على النظم الاجتماعية و الاقتصادية"⁽⁴⁾، و نتيجة لذلك تعرضت الشكلية في العقود لعدة انتقادات حيث اتهمت بعدم مواكبتها للتطور الحضاري، و أن المجتمع لم يعد يتقبل تلك الأشكال التي تتنافى مع مستوى ما وصل إليه من تقدم اجتماعي، حيث أنها أصبحت غير قادرة على مسايرة الازدهار الصناعي و التجاري الكبير نظراً لبطنها و قيامها على قواعد قديمة، أما على مستوى العقود فقد انتقدت كذلك بأن لها خطورة على أطراف العقد، فقد يصبح الفرد ملتزماً نتيجة تسلمه بشكل معين مع أنه لم يكن يقصد ذلك و قد يكون جهله و عدم مبالاته لأهميته و الآثار المترتبة عليه سبباً في وقوعه ضحية الطرف الآخر الذي يكون على علم بذلك⁽⁵⁾ إذ اعتبر " جوسران "

(1) د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 58.

(2) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 372.

(3) المرجع نفسه، ص 385.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 102.

(5) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 17.

أن : " التخلي عن الشكلية هو أحد خصائص القانون الحديث"، و قال " إهرنج IHERING" منتقدا الشكلية: " إن الشكلية خطيرة و معقدة حيث يتطلب الوضع على المتعاقد الإلمام الكافي بماهية الشكلية لضمان حسن استعماله فأقل خطأ أو إهمال أو عدم انتباه، أو تسرع تترتب عنه آثارا خطيرة"، كما أن الشكلية الحديثة لا يفرضها إلا المشرع بنصوص قانونية و هي بدورها تشكل النظام القانوني للشكلية في العقود.

رغم كل ما سجل من انتقادات و مآخذ عن الشكلية في العقود إلا أن ما تجدر الإشارة إليه هو أن الفقه ما زال يؤكد مكانة الشكلية و بقاءها إلا جانب الرضائية خصوصا بعدما تأكد له عدم قدرة هذه الأخيرة على معالجة عدة أوضاع علاقتها و ما زالت تعرفها الحياة التعاقدية نجد منها مثلا مشكلة ضمان حماية حقوق الأفراد المتعاقدة و إحاطتها بسياج منيع و التي لا يمكن تجسيد هذه الحماية إلا بشكلية يفرضها سلطان القانون.

- فما هي مميزات الشكلية في النظرية العامة للعقد؟ و يمكننا الإجابة عن هذا التساؤل من خلال الإجابة عن التساؤلات الفرعية التالية. فما هو نوع العلاقة الذي تربط الشكلية و الرضا باعتباره ركن أساسي و مهم في تكوين العقد؟ و ما هي مكانة الشكلية خصوصا بعد الظهور الكبير لمبدأ سلطان الإرادة الذي أكد أكثر مبدأ الرضائية في تكوين العقد؟

الفرع الأول: الشكلية و علاقتها بالرضا.

إن الشكلية الحديثة تختلف تماما عن الشكلية التي كانت سائدة في القوانين القديمة " فهي تفترض من أجل إضفاء حماية إضافية للرضا، إذ أن الشكل وحده غير كاف لإنشاء أو تكوين العقد دون النظر إلى وجود رضا المتعاقدين بل لا بد أن يوجد كركن أصلي في العقد بعد ما كانت الشكلية القديمة هي وحدها كافية لإنشاء العقد دون الاهتمام بالرضا و من هنا يتبين تأثير الرضا في الشكل"⁽¹⁾، كما أن الشكل المطلوب في أي عقد يهدف إلى جلب انتباه الطرفين إلى أهمية العقد فوجود الشكل قرينة على وجود الرضا خصوصا إذا كان الشكل رسميا إذ يصعب الإدعاء بعدم وجود الرضا إلى عن طريق الطعن بالتزوير و لا يكفي الإدعاء بوجود عيوب الإرادة بل يجب إثبات ذلك، الذي يكون في الأصل بالشكل المقرر

(1) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 42.

بحث في مبدأ سلطان الإرادة، المقال السابق، ص 34.

جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة الد. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص: 383-384.

لإنشائه، و هنا يتبين تأثير الشكل في الرضا، فالعلاقة بينهما علاقة تبادلية⁽¹⁾، كما أن الشكلية تلعب دورا كبيرا في تفسير العقد تفسيراً صحيحاً من خلال بحث القاضي عن النية المشتركة للمتعاقدين، ففي العقد الشكلي لا يكفي فيه الشكل وحده لاعتباره صحيحاً بل لابد من وجود إرادة حقيقية و سلمية للطرفين، وفقاً لنص المادة 111 و 112 ق.م.ج الذي جاءت صيغتهما عامة و تشمل العقود الشكلية كذلك.⁽²⁾

المخرج الثاني: الشكلية و مبدأ سلطان الإرادة:

يقوم مبدأ سلطان الإرادة على الفلسفة التي تتلخص في: "أن الناس في جوهرهم و حقيقة أمرهم و دون تمييز أحراراً متساوون، و هذه الحرية، وهذه المساواة هما جوهر الإنسان، و اعتبارهما بشكل مجرد تماماً، بعيداً عن الاكراهات و اللامساواة التي يمكن أن تتناول الأفراد بشكل ملموس في الواقع"⁽³⁾.

إن هذه الفلسفة تطوّرت و بنيت عليها كل المبادئ و الأحكام والمذاهب اللاحقة التي كوّنت النظرية التقليدية للعقد التي تعرف بأنها: "مجموع المبادئ التي استقر عليها العقد في فترة ازدهار المذهب الفردي وهذه الفترة هي التي أعقبت القوانين القديمة و تترجم هذه المبادئ القانونية في مجموعة من الأفكار الفلسفية و الاقتصادية التي أخذ بها المجتمع الليبرالي و أسسها لنفسه."⁽⁴⁾

فقد عرفه فقه القانون المدني تعريفاً واسعاً معتمداً في ذلك على الفلسفة القانونية بأنه: "الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد، و في الآثار التي يترتبها، بل في جميع الروابط القانونية، و لو كانت غير تعاقدية"⁽⁵⁾، و معنى ذلك أن كل العقود و التصرفات القانونية ترجع في نشأتها إلى الإرادة الحرة، كما واصل مبدأ سلطان الإرادة تطوره و انتشاره في معظم المجالات و خاصة العقود مدعماً بالمذهب الفردي الذي أكد هو الآخر بأن الإرادة هي التي تولد الحق أي أنها مصدر الالتزام، و أصبحت هذه القاعدة بعد ذلك روح القوانين آنذاك كقانون نابوليون، القانون الفرنسي القديم الصادر سنة 1804، بإرساء أساسها في المادة 1134 وما يليها من القانون المدني الفرنسي بنصها على أن: "الاتفاق إذا تم شرعاً يقوم مقام القانون لمن تعاقد".

(1) زاوي محمود، المرجع السابق، ص 42-43.

(2) زاوي محمود، المرجع السابق، ص 43.

(3) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة الد. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 45-46.

(4) علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة، الجزائر، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرعاية، 2001، ص 38.

(5) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 85.

و لعل ذلك من أهم المبادئ المستنتجة من مبدأ سلطان الإرادة و التي عمل الفقهاء إلى إبرازها و إخراجها إلى النور و جعلوها الشكل و النظام القانوني للعقد فهي تحكمه من حيث تكوينه وفق مبدأ الحرية التعاقدية المطلقة و هذا ما يهمننا في هذا البحث أي أثر مبدأ سلطان الإرادة على تكوين أو إنشاء العقد.

إن الحرية التعاقدية التي هي أهم نتيجة عن مبدأ سلطان الإرادة و هي بدورها تكرر أكثر فأكثر مبدأ الرضائية القائم على أن الرضا وحده كاف لتكوين وقيام العقد، إذ يرى الفقه المؤيد لمبدأ سلطان الإرادة أن: "القوانين تتولى تنظيم العقد، و لكن يفترض أن تكون مكمّلة و ليست أمرّة"، كما يقول (سفتي Savatier): "إن النظام العام لا يطمح في الحقيقة إلا لتعزيز الحرية الفردية للمالك و المتعاقد"، إذ يفترض مبدأ سلطان الإرادة أنه ليس هناك أي شكل مفروض لصحة العقد، إذ لن تعود للإرادة سيادة أبداً إذا كانت فعاليتها تخضع لشكلية ما و أن الشكليات المفروضة و التي هي موجودة في مدونات القانون المدني كشكليات الهبات فاعتبروها من بقايا الماضي."⁽¹⁾

إنّ تطوّر الأحداث وفق معطيات جديدة أثرت هي الأخرى على النظرية العامة للعقد و تتمثل هذه المعطيات في ظهور المذهب الاجتماعي و فلسفته الناقدة لأساس مبدأ سلطان الإرادة و تطور وظيفة الدولة.

إن " المذهب الاجتماعي اعتبر الفرد جزء لا يتجزأ من المجتمع الذي يقوم على أساس التضامن و المنفعة العامة، لذلك كانت الروابط الاجتماعية تعلو إرادة الفرد و أن الصالح العام هو الذي يسيطر على هذه الإرادة، كما أن الإرادة لا تصلح أساساً للعقد و يعتبرون أن أساسه هي العدالة أو المصلحة العامة، أما حرية الفرد فلا يفسح لها مجال إلا بقدر ما يتفق مع المصلحة العامة، كما أن العقد - حسب هذا المذهب- ما هو إلا نظام من النظم الاجتماعية يراد به تحقيق التضامن الاجتماعي، و توجيه الإرادة في هذا السبيل، فالالتزامات التعاقدية ذاتها المنشئة على توافق الإرادتين لا تستند إلى محض الإرادة الداخلية، و المتعاقد لا يتقيد بتعاقدته لأنه أراد ذلك، بل هناك اعتبارات اجتماعية ترجع إلى الثبات و الاستقرار الواجب توافرها في المعاملات و من بينها العقود و الثقة التي يولدها التعاقد في نفسية المتعاقدين"⁽²⁾، كما أرجع مؤيدو هذا المذهب أن أساس القوة الملزمة للعقد إلى ضرورة الإنتاج و التوزيع التي تتم بإبرام العقود و كذا ضرورات الاستقرار

(1) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة كلثوم فيصل، المرجع السابق، ص 54 .

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 103 و 107 .

في التعامل بالإرادة في حد ذاتها ليست قادرة على أن تولد التزامات في العالم الخارجي و إنما يقتصر دورها على إكمال النظام القانوني الذي أنشأه الشارع لهذا الغرض.⁽¹⁾

كما أن تطوّر وظيفة الدولة كان نتيجة لتأثير المذاهب الاشتراكية والاجتماعية و بلغ هذا التطور إلى حد اهتمامها بالميدان الاقتصادي عن طريق تسييره أو توجيهه مما جعلها تتدخل في المعاملات التعاقدية التي يقوم بها الأفراد و ذلك بتقييد إرادتهما من عدة جوانب في الحياة الاقتصادية و الاجتماعية كذلك فأحيانا يكون المجتمع في حاجة إلى توجيهه وتسييره وفق غاية اقتصادية و اجتماعية لا يرغب فيها، و أحيانا أخرى يكون فيها الفرد في حاجة إلى الحماية من اضطهاد الفئات القوية و قد عبّر الفقه عن هذه الظاهرة بـ " عيمة العقد Publicisation du contrat"⁽²⁾ و معناه أن العقد الذي كان يجسد إرادة الفرد أصبحت تتدخل فيه إرادة الدولة بحيث تشارك إرادة الطرفين إما في تكوينه أو تحديد مضمونه. كما تكفلت الدولة بحماية الحقوق الخاصة و المهمة في التعاقد و على مختلف المستويات الاقتصادية و الاجتماعية و الثقافية، فأصبح العقد لا يهتم فقط بشأن المتعاقدين بل أصبح يهتم بالنفع أو الصالح العام، وتحولت نزعة الفردية إلى نزعة اجتماعية فسميت تلك الظاهرة بجمعية العقد « Socialisation du contrat ».⁽³⁾

لقد كان لكل من المذهب الاجتماعي و تطوّر دور أو وظيفة الدولة آثارهما العميقة على مبادئ و أحكام العقد مما أدى بأنصار المذهب الفردي المقدس للفرد و إرادته يندرون بحدوث أزمة لحقت العقد في جميع نواحيه في تصوره و مبادئه كما قال الفقيه (بول دوران P. Durant): " لا يوجد العقد إذا ما حل القانون محل إرادة المتعاقدين"⁽⁴⁾ بينما يرى أنصار المذهب الاجتماعي إلى وجوب إقامة عدالة جديدة بين أفراد المجتمع فاقترحوا مبادئ جديدة مبنية على تصور جديد للعلاقة

(1) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، بدون طبعة الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية ص 43، 44.

بحث حول مبدأ سلطان الإرادة، المقال السابق، ص 39.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 41.

(3) أ.علي فيلالي، المرجع السابق، ص 41.

(4) و هناك من الفقهاء من يرى أن العقد يعرف ازدهارا جديدا و السبب هو اتساع المجال الذي تديره العقود ذات الطابع الجماعي أو الفردي فالواقع يبرز لنا اختلافا فقهيًا بخصوص مصير العقد، فهناك المتشائمون لما عرفته دور الإرادة من تراجع و انكماش في إنشاء العلاقات التعاقدية و تنظيمها، و منهم من هو متفائل لكون العقد لم يضمحل و إنما أخذ يتطور استجابة للظروف و المعطيات الجديدة التي تقوم عليها الحياة الحديثة.

الأساسية التي تربط الفرد بالمجتمع و من بين هذه القواعد الجديدة إذ نجد قاعدة فرض بعض الشكليات لمراقبة المعاملات⁽¹⁾ وهذه الشكليات تفرضها الدولة من خلال سنها لقواعد قانونية يكون لها ارتباط وثيق بالنهج القانوني والاقتصادي الذي تنتهجه فيعتبر الشكل و فرضه كركن أساسي في العقود إحدى الوسائل الممتازة التي تعتمد عليها الدولة لتجسيد سياستها من أجل تحقيق أهداف تعمل على بلوغها فالشكل هو الوسيلة التي يجب إدراج الإرادة الفردية أن تتم فيه لإخراجها إلى الإطار الاجتماعي لكي تساير النهج الذي اختارته الدولة، و تتمكن بالتالي من وضع إطار للشكلية داخل النظام القانوني أو التشريعي لرقابة العقود المدنية الهامة و المؤثرة بتقلها على الاقتصاد الوطني التي يجب ألا تترك للمبادرة الحرة للأفراد و كمثال على ذلك فرض الكتابة الرسمية في إنشاء عقد الشركة، و عقد البيع الوارد على عقار،.... وبالتالي تحقيق هدف أسمى يتمثل في حفظ وصيانة حقوق الأفراد.

بعدما تأكدت مكانة الشكلية في النظرية العامة للعقد، فما كان على القانون الحديث أن ينميها في العقود و يجعلها وسيلة فعالة في صيانة حقوق الأفراد من جهة و مراقبة و تنظيم العقود من جهة أخرى وذلك من خلال إحاطتها بضوابط قانونية دقيقة و محددة، فعرفت الكتابة أو تحرير العقد في قالب محدد مسبقاً من طرف القانون، فأصبح التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر في ثوب معين حتى يكون العقد صحيحاً و منتجا لأثاره القانونية، فأصبح للكتابة سواء كانت رسمية أو عرفية و هي تطبيق للمحرر الخطي مكانة مرموقة ضمن اهتمامات القوانين القديمة و الحديثة.

لذا سنحاول أن نتناول مكانة الكتابة في الشريعة الإسلامية، و نبين أموقف الفقه الإسلامي منها، تم نتطرق إلى مكانتها في القانون الوضعي و بخاصة في التشريع الجزائري.

المطلب الثاني: أهمية الكتابة في التشريع الجزائري:

إذا كانت الشريعة الإسلامية أكدت على أهمية الكتابة في تدوين المعاملات خاصة منها معاملات المداينة فإن القوانين الحديثة قد جعلتها من جهة أداة إثبات أساسية في العقود و من جهة أخرى ركنا من أركان العقد، يوجد بتوفرها و ينعدم بإغفالها و هنا يجدر بنا أن نميز بين الكتابة التي تكون كوسيلة للإثبات و الكتابة التي تعتبر شرط لانعقاد العقد.

(1) أ.علي فيلالي، المرجع السابق، ص 42.
تقييم مبدأ سلطان الإرادة، ج 2، مجلة الشرطة، العدد 17، نوفمبر 1981، ص 57 إلى 59.

و عليه " فاتفق الأطراف على إبرام العقد الرسمي مجرد من الشكلية المنصوص عليها في القانون لا ينشأ العقد الشكلي و لا ينتج آثاره و لو أقر الأطراف بحصول العقد"، و هنا يثور التساؤل حول وضع العقد الرضائي هل يجوز للمتعاقدين إفراغه في شكلية معينة؟ و منه التفرقة بين الكتابة كوسيلة للإثبات و الكتابة التي تعتبر شرطا للانعقاد العقد.

" إن المتعاقدين أحرار في إقامة عقودهم و إذا اتفقوا على إفراغه في شكل معين فإن العقد يصبح شكليا باتفاقهم لا بحكم القانون"⁽¹⁾ و مثال ذلك أن يتفق شخصان في عقد ابتدائي على إبرام عقدهما النهائي في شكلية رسمية رغم أن القانون لم يوجبها، فشرط الشكلية الذي شرطه المتعاقدان هنا في عقدهما الابتدائي يعتبر ركن أساسي لا ينعقد العقد النهائي و لا يكون له وجود إلا به، و فضلا عن ذلك و من الأولى و الأخرى يمكن للمتعاقدين في العقد الرضائي أن يتشارطوا شكلية الكتابة لتكون للإثبات العقد و ليس لتكوينه غير أنه إذا قام نزاع حول تفسير قصد المتعاقدين، هل تشارطوا الكتابة لتكون للإثبات العقد أم أنها ركن في تكوينه فإن المستقر عليه فقها و قضاءً هو محاولة التماس قرينة من ظروف كل قضية و ملاساتها للأخذ بأحد الفرضين و بالتالي تغليب أحد الافتراضيين على الآخر لأن الأصل في العقود أن تكون رضائية، فهي لا تؤثر على صحة العقد طالما كان انعقاده غير متوقف على إفراغ التراضي في شكل كتابي، إضافة إلى ذلك " فإن العقد الرضائي يبقى صحيحا حتى و لو اشترطت الكتابة لإثباته، و يترتب على ذلك أنه إذا تخلفت الكتابة المتطلبة للإثبات فإنه يجوز إثباته بما يقوم مقام الكتابة كالإقرار و اليمين"⁽²⁾ و هذا وفقا لما تنص عليه المادة 333 ق.م. ج⁽³⁾.

ويرجع تقدم الكتابة على ما سواها من طرق الإثبات لاسيما الشهادة هو ذيوع و انتشار الكتابة وتعدد وسائلها و تنوع أشكالها و بساطتها عن الشهادة التي يؤخذ عنها أنها عرضة للتأثيرات و الضغوطات و الاغراءات لأي سبب كان ناهيك عن ذاكرة الشهود المشوبة بالتقصير عن استيعاب أو تذكر تفاصيل التصرف القانوني المدعى به كالبيع أو الشراء أو الهبة خاصة إذا تقادم عليها الزمن و مرت عليها سنين أو عقود تبقى الأحرف المكتوبة مؤكدة لا يشوبها تقادم

(1) عبد العزيز نويري، الشكلية و أثرها على التعاقد في القانون المدني الجزائري و التطبيق القضائي لها، مجلة الشرطة، عدد 18، جويلية 1982 ص 22.

(2) د. رمضان محمد أبو السعود و د. محمد حسن قاسم، المدخل إلى العلوم القانونية و الالتزامات، بدون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف 1995، ص 247.

(3) المادة 333 ق.م. ج تنص: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000 دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز البيينة في إثبات وجوده أو انقضاءه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك... "

الزمان و لا تغير المكان فتفصيل الكتابة عن الشهادة من مقتضيات العصر الحديث أو كما يقول أحد الفقهاء : " إن الأحرف - بمعنى الكتابة تسبق الشهود لأن الأحرف المكتوبة موقوع عليها أما الشهادة فقد تُكذب كما يمكن دحضها عند ما يتعلق الأمر بالتأثير الشخصي أو التورط في جرم شهادة الزور. "(1)

المفهوم الأول: المحررات الرسمية:

عرف المشرع الجزائري المحرر الرسمي⁽²⁾ في المادة 324 المدرجة ضمن أحكام القانون المدني المتعلقة بإثبات الالتزام بمقتضى القانون رقم 14/88 المؤرخ في 03 ماي 1988 كما يلي: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه"، وتقابل هذه المادة في القانون الفرنسي المادة 1317 التي تنص على: " الورقة الرسمية هي الورقة التي تلقاها وفق الأوضاع الشكلية المطلوبة موظف عمومي عام له حق التوثيق من الجهة التي كتبت فيها الورقة"، ويقابلها كذلك المادة 390 ق.م.م التي تنص: " الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأوضاع القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه".

عند مقابلة هذه المواد و مقارنتها يتضح أن المشرع الجزائري قد انفرد باستعمال مصطلح " عقد رسمي" للدلالة على الورقة الرسمية، إلا أن المشرعان الفرنسي و المصري استعملوا عبارة " ورقة رسمية"، و هو المصطلح الصحيح و قد قصد المشرع الفرنسي بعبارة « Acte Authentique » المستعملة في المادة

(1) أبجسين بطيمي، المقال السابق، ج2، ص23.

- Mostafa – kara farida née settouti, O.P, cit. p.p 15, 19.

- « les avantages de la preuve écrite » – les inconvénients de la preuve par témoins ».

(2) اختيار مصطلح "محرر" لأنه يعرفه الفقهاء و يرونه على أنه دليل كتابي عام، أي كان نوعه، سواء كان معدا للإثبات أم لا، كما أنه يرى بعض الفقهاء بأن للمحرر مدلول أدق من مدلول الورقة و أوسع من مدلول السند، فلفظ المحرر هو الدليل الكتابي سواء كان معدا أو غير معدا للإثبات، يضاف إلى ذلك أن لفظ السند يطلق أحيانا على الواقعة القانونية ذاتها لا على أداة إثباتها كما هو الشأن فيما يقال من أن الحيازة سند الملكية و هو مصطلح غالبا ما يطلق على الوثيقتين المعدتين خصيصا للإثبات وهو الورقة الرسمية و الورقة العرفية فيقال: السند الرسمي أو السند العرفي، أما مصطلح ورقة فيطلق على ما عدا هما من الأدلة مثل الرسائل أو البرقيات و هي لم تكن معدة أساسا لتكون أداة للإثبات.

يحي بكوش، المرجع السابق، ص 90.

د. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، بدون طبعة، المكتبة القانونية، بدون سنة ص111.

أ- شروط صحة المحررات الرسمية:

نظرا لأهمية المحرر الرسمي الذي يعتبر الدليل المكتوب للعقد الذي يقوم على توافق إرادتي الطرفين، فقد أحاطه المشرع بمجموعة من الضوابط الشكلية والقانونية الدقيقة تثبت بواسطتها صحته و التي بفضلها يكون العقد صحيحا و منتجا لآثاره القانونية إذ أن عدم مراعاة أحد من هذه الضوابط يجعل المحرر باطلا بطلان مطلقا، و بالتالي يعتبر المحرر الرسمي ضمانا قانونية الغرض منها هو صيانة المعاملات و استقرارها و إعطاء الشرعية لتصرفات الأفراد و جعلهم يشعرون بالطمأنينة و الأمان عندما يلجئون إلى إعطاء الصبغة الرسمية لتعاقداتهم لكونها تتسم بعقود السلطة العامة، لأن المحرر في أصله هو ترجمة صادقة لإرادة الأطراف و إن كانت مقيدة باحترام القواعد القانونية.

1- الضوابط الشكلية في كتابة المحرر الرسمي:

تتمثل الضوابط الشكلية في أنها تلك الشروط الخارجة عن مضمون المحرر و محتواه إذ تخص بالأساس مصدر المحرر أو كاتبه بوصفه جهة مكلفة من طرف القانون بتحريره، ثم نتطرق بعد ذلك إلى دور التوثيق باعتباره مؤسسة جد مهمة تضطلع بتحرير و مراقبة صحة المحررات بواسطة إعطاء الموثق صفة الضابط العمومي، ثم نتطرق بعد ذلك إلى واجبات الموثق نحو زبائنه الذين يكونون غالبا أفراد يرغبون في تحرير عقودهم و إضفاء الرسمية عليها حتى يطمئنون إلى عقودهم و معاملاتهم ثم نتناول اختصاصات الموظف التي يتولى تحرير العقود.

1-1- صدور المحرر الرسمي عن موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:

لكي يكون المحرر الرسمي صحيحا يجب أن يحرر أمام جهة معينة خولها القانون سلطة تحرير و ترسيم العقود، و قد حددها القانون في ثلاثة جهات تتمثل إما في موظف عام أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة⁽¹⁾ و هذا ما

(1) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 234 إلى 235.

زواوي محمود، المرجع السابق، ص 64، 63.

د. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، بدون طبعة، المكتبة القانونية، بدون سنة، ص 112، 113، حيث تنص المادة 143 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني: " إن السند الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ضمن حدود سلطته و اختصاصه، ما تم على يديه و ما تلقاه من تصريحات ذوي العلاقة وفق القواعد المقررة". فالمشرع المصري و اللبناني ذكرا الموظف العام و شخص مكلف بخدمة عامة و لم ينصا على ضابط عمومي.

نصت عليه المادة 324 ق.م.ج صراحة، إذ أنها أعطت خيارا للمعنيين بتحرير عقودهم أمام هذه الجهات دون غيرها من الجهات الأخرى، فتعيينها جاء على سبيل الحصر و ليس على سبيل المثال. فما هو المقصود بكل جهة من هذه الجهات و ما هي القوانين التي تحدها؟

بالنسبة للموظف العام فهو الشخص الذي يمارس وظيفة دائمة و مرسم في درج التسلسل في الإدارات و المؤسسات التابعة للدولة، إذ تنص المادة الأولى فقرة 2 من الأمر 66-133 المؤرخ في 02 جوان 1966 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومي: " يعتبر موظفين الأشخاص المعينون في وظيفة دائمة الذين رسموا في درج التسلسل في الإدارات المركزية التابعة للدولة والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات والجماعات المحلية وكذلك المؤسسات والهيئات العمومية حسب كفاءات تحدد بمرسوم و نجد أن المرسوم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 والمتضمن القانون الأساسي النموذجي للعمال المؤسسات والإدارات العمومية ينص في المادة 05 منه على أنه : " تطلق على العامل الذي ثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية تسمية الموظف.... ويكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية و تنظيمية إزاء المؤسسة أو الإدارة". كذلك تعتبر المادة 2 من نفس المرسوم بأن كل العمال المرسمين التابعين للقطاع: "... الذي تعمل فيه المؤسسات و الإدارات العمومية مع المصالح التابعة للدولة و الجماعات المحلية و المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة لها ومصالح المجلس الشعبي الوطني، و المجلس الأعلى للمحاسبة.... و تتبع هذا القطاع أيضا الهيئات العمومية التي تخضع لقواعد المحاسبة العمومية"، فالموظف حسب المواد الذي ذكرناها هو العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية، و تكون وضعيته اتجاه المؤسسة أو الإدارة قانونية، و ليست تعاقدية فالموظف قد يكون أستاذ جامعي، قاضي، و موظفي الوزارات و الولاية و البلدية. كما ألحق القضاة الشرعيون بالأعوان العموميين كذلك حسب ما جاء في قرار المجلس الأعلى (المحكمة العليا حاليا) المؤرخ في 03/06/1989 تحت رقم 40.097 الذي اعتبر: " أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسبه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميين و تعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات و ما ينص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها"⁽¹⁾. أما بالنسبة للضابط العمومي هو شخص خوله القانون سلطة تصديق و إضفاء الصبغة الرسمية للمحررات أو الوثائق، كرئيس

(1) علي علي فيلالي، المرجع السابق، ص 235.

البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية، الموثق، و كتاب الضبط لدى المحاكم...⁽¹⁾.

أما بالنسبة للشخص المكلف بالخدمة العامة فقد خوله القانون كذلك تحرير المحررات و هناك من عرفهم: " بأنهم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية و تتولى السلطة العمومية تعيين هؤلاء و يتقاضون الأتعاب من المستفيدين من خدمتهم، فتتولى الدولة سن قواعد تنظيم هذه المهن، و تحديد المهام و الاختصاصات و شروط ممارستها و الرقابة عليها و المحاسبة، التأديب و المسؤولية"، وهكذا فإن كل هذه الجهات يعتبرها القانون مختصة بكتابة المحررات و إضفاء الرسمية عليها و مثال الأشخاص المكلفين بخدمة عامة الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحاكم و رؤساء المجالس الشعبية المنتخبون، أي لها سلطة القيام بذلك، إلا أن القانون لم يحدد هؤلاء الأشخاص الذين يمكن أن يكلفون بخدمة عامة و بما أن المشرع قد ذكرهم إلى جانب كل من موظف عام و ضابط عمومي هذا يعني أنهم أشخاص غير هؤلاء، كما أن مصطلح الخدمة العمومية « Service Public » الذي يعني المرفق العام في القانون الإداري و بالتالي فهم يخضعون إليه كما يخضع إليه الموظف العمومي و الضابط العمومي لدى كان على المشرع تحديد هؤلاء الأشخاص المكلفون بخدمة عامة و حصرهم و سن قواعد قانونية تحدد مهامهم و اختصاصاتهم و شروط ممارستها لهذه المهام و كيفية مراقبتها كما هو الشأن بالنسبة للوظيفة العمومية و الضابط العمومي.

وعليه نستنتج من القانون أنه لكي يكون المحرر رسميا يجب أن يكون محرره موظفا عموميا أو ضابطا عموميا أو شخصا مكلفا بالخدمة العامة و يتوفر على ولاية ممارسة تلك السلطة أثناء كتابة المحرر، و على هذا فإن المعزول أو الموقوف أو الممنوع من ممارسة هذا العمل مؤقتا يحزر محررا باطلا من حيث الرسمية، و لكن يمكن حفظ الأوضاع إذ يعتبر المحرر عرفيا إذا ما كان ممضيا من جميع الأطراف أو أن يحزر المحرر داخل اختصاصه.⁽²⁾

و هنا يجدر بنا أن ننوه بدور التوثيق في ترسيم العقود، إذ يعرف لغة بأنه : مصدر وثق الشيء إذا أحكمه و تبثه و ثلاثية " وثق " يقال وثق الشيء وثاقه، قوي و ثبت و صار محكما⁽³⁾ " وقد تطور هذا المدلول من مفهومه اللغوي

(1) المرجع نفسه، ص 235.

- المجلة القضائية، العدد الأول، 1992، ص 119.

(2) د. محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 113، 114، حيث يرى البعض بأنه يشترط في حالة تحرير الورقة بخط غير الموظف أن يكون تحريرها بحضوره على الأقل قبل توقيعه عليها، أما إذا قررها الكاتب بعنايته ثم عرضها عليه للتوقيع، فلا تكون لها صفة الرسمية، بل صفة السند العادي".

(3) مجمع الفقه الإسلامي، الموسوعة الفقهية.

إلى مفهوم قانوني عبر الزمان، و كثيرا ما كانت تختلط كلمة التوثيق مع البينة وقد كانت البينة الشفهية (الشهادة) سائدة فيما مضى و استبدلت بالبينة الكتابية، حتى تطور بمفهومه الحديث في الأنظمة اللاتينية إلى أن نشأ التوثيق في فرنسا في أول مرة سنة 1270 على يد "سان لوي"، ثم صدرت بعد ذلك عدة قوانين معدلة له إلى صدور قانون 16 مارس 1803، المعروف بقانون فاننوز⁽¹⁾ (Loi vontos) كقانون أساسي للتوثيق بالمفهوم المعاصر و تلتها قوانين و مراسيم و أوامر تناولت تنظيمه وقد كانت هذه النصوص مطبقة في الجزائر في عهد الاستعمار ماعدا ما كان مخول للمحاكم الشرعية الذي لم يكن يطلع به الموثق و استمر العمل بها حتى بعد الاستقلال إلى صدور الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن مهنة التوثيق و منه نتساءل عن النظام القانوني للتوثيق في الجزائر⁽²⁾ و ما هي مراحل تطوره ابتداء من صدور هذا الأمر؟

واصل التوثيق تطوره في حياة المجتمعات إذ أصبح مرفقا و مهنة تكتسي أهمية بالغة في تنظيم الحياة الاجتماعية للأفراد و العلاقات الاقتصادية فيما بينهم و تزداد هذه الأهمية في المجتمعات القائمة على نظام الاقتصاد الحر أو ما يعرف بنظام اقتصاد السوق الذي انتهجته الجزائر في العشرية التي مضت، إذ يشكل مرفق التوثيق العمود الفقري للحركة الاقتصادية والتجارية والصناعية في المجتمعات، باعتباره أحد أهم الأدوات القانونية لتنظيم المعاملات والعلاقات الاقتصادية بين الأفراد و مؤسساته، وضمان انسجام تلك المعاملات، والعلاقات مع الأحكام التشريعية و التنظيمية الجاري بها العمل من جهة، وضمان أكبر قدر ممكن من الثقة و الائتمان بين المتعاملين و المتعاقدين من جهة ثانية، كما يشكل أداة فعالة في يد السلطة العامة تمكنها من مراقبة المعاملات وتحصيل الرسوم والحقوق الجبائية المترتبة على تلك المعاملات و العقود المستحقة لفائدة الخزينة العمومية من جهة ثالثة، كما يرتبط نظام التوثيق في أي مجتمع بنظام الملكية في ذلك المجتمع فكلما اتسعت دائرة نظام الملكية الفردية و حرية المعاملات كلما ازدادت الحاجة إلى نظام توثيق فعال، وكلما تقلصت الملكية الفردية و فرضت قيودا على حرية المعاملات كلما تقلص دور التوثيق في المجتمع.⁽³⁾

(1) فاننوز (Ventos)، من المصطلحات التي استعملت في قوانين الثورة الفرنسية 1789 للدلالة على أشهر معينة.

(2) مقال عن الغرفة الجهوية للغرب، نشرة الموثق، عدد6، أبريل 1999، ص32.

(3) أ- زيتوني عمر، النظام القانوني للتوثيق في الجزائر، مجلة الموثق، العدد 5، فيفري، مارس 2002 ص 17.

"فالجزائر قد انتهجت مباشرة بعد الاستقلال النهج الاشتراكي وطبقته في شتى مجالات الحياة الاقتصادية، و إتسع آنذاك نطاق الملكية الجماعية على حساب تضيق نطاق الملكية الخاصة للأفراد و الحد من حرية المعاملات إلا في حدود مقتضيات مبدأ الوظيفة الاجتماعية للملكية"⁽¹⁾.

كما جاءت كل النصوص التشريعية في تلك الفترة لتكريس مقتضيات المرحلة و توجهات الدولة الجزائرية، لا سيما في مجال تنظيم الملكية العقارية و من أبرزها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية رقم 37/71 المؤرخ في 1971/11/08 و النصوص التطبيقية اللاحقة و كذا الأمر رقم 26/74 المؤرخ في 1974/02/20 المتعلق بالاحتياطات العقارية البلدية و النصوص التطبيقية اللاحقة ثم صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 1971/01/01 الذي جاء لإلغاء نظام التوثيق الذي خلفه الاستعمار بكامله، إذ عرفت وظيفة التوثيق تغيرا هيكليا و تنظيميا و أصبحت وظيفة عمومية يمارسها موظفون عموميون، لكن دون أن تعرف أي تغيير في أساليب عملها و الذي يتم فيها دمج القضاة الشرعيين في سلك التوثيق و تميزت هذه الفترة بما يلي:

- "بالغاء كافة الهياكل و التنظيمات السابقة للتوثيق.
- إنشاء مكاتب التوثيق التي استندت لها مهام و صلاحيات الهياكل الملغاة (مكاتب التوثيق العمومية التي كانت تطبق القوانين الفرنسية، و المحاكم الشرعية).
- إدراج الموثقين و أعوانهم ضمن أسلاك الموظفين العموميين، و هم يعملون تحت سلطة النواب العاميين لدى المجالس القضائية.
- تحديد الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق بدائرة اختصاص المحاكم التي يعملون بها.

- فتح إمكانية الاستعانة بمساعدي الموثقين في إنجاز أعمالهم.
- إقرار و تكريس قاعدة الرسمية في المعاملات كما حددته المادتين 12 و 13 من الأمر المذكور"⁽²⁾.

(1) أ. محمد بوركي ، التوثيق و الإشهار العقاري، نشرة الموثق، عدد4، ديسمبر 1998، ص31،32 قبل صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 ظهر نظامين مزدوجين للتوثيق في الجزائر أولا مكاتب التوثيق العمومية يتولى تسييرها و إدارتها موثقون عموميون يعملون للحساب الخاص و هم يعملون في ظل التشريعات الفرنسية و نظام المحاكم الشرعية المحدثة منذ سنة 1841، و لم تكن تلك المحاكم تمارس التوثيق بالمعنى القانوني له، بل كانت تعمل بطريقة تقليدية دون مراعاة لأي ضوابط أو قواعد قانونية أو فنية معينة، فبعد صدور الأمر المذكور قضى على تلك الازدواجية وتوحد نظام التوثيق في الجزائر.

(2) أ- زيتوني عمر، النظام القانوني للتوثيق في الجزائر، مجلة الموثق، عدد 5، فيفري- مارس، 2000 ص18

لكن و نظرا للتحويلات السياسية و الاقتصادية التي عرفت الجزائر في أواخر الثمانينيات و مطلع التسعينات استلزم حتما إعادة النظر في كل المنظومة التشريعية من أجل إيجاد أدوات قانونية و تنظيمية تستجيب لمتطلبات تلك المرحلة فصدرت عدة قوانين منها قانون رقم 10/90 المؤرخ في 14/04/1990 المتعلق بالنقد و القرض و القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18/11/1990 المتعلق بالتوجيه العقاري و القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/12/90 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، و صدور القانون رقم 27/88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الذي بدأ تنفيذه في 01 جانفي 1990 الذي أنشأ مكاتب التوثيق إذ تنص المادة 2 منه على ما يلي: " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، يسري عليها أحكام هذا القانون و أحكام التشريع المعمول به و يمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني، يحدد عددها عن طريق التنظيم." (1)

و تنص المادة 3 فقرة 1 من نفس القانون على أنه: " يسند كل مكتب عمومي للتوثيق إلى موثق يتولى تسييره لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته"، كما تنص المادة 40 منه: " في حالة ما إذا تعذر تعيين موثق في مكتب توثيق عمومي ضمن الشروط المنصوص عليها في هذا القانون و الأشكال المحددة في النصوص التطبيقية و نظرا لطابع المنفعة (الخدمة) العامة Service Public، الذي يكتسبه مكتب التوثيق العمومي هذا يمكن بصفة انتقالية استثنائية إنشاء هذا المنصب لموظف مؤهل...".

إن تحديد الطبيعة القانونية للمكتب العمومي للتوثيق يقتضي منا التمييز بين مدلولين مختلفين، لكنهما مرتبطين و متلازمين إذ " تعني كلمة مكتب بالمعنى العضوي Organique، أي الهيئة Organique Public أو المرفق العام Service Public، و هو بهذا المعنى هيئة أو مرفق عمومي وبالتالي يتصف بالعمومية بمصطلح القانون الإداري، فهو مرفق عام ملك للدولة يقوم بأداء خدمة عامة مثل سائر المرافق و المصالح العمومية الأخرى التابعة للدولة، كمرفق الحالة المدنية و غيرها.

و المكتب العمومي للتوثيق كهيئة عمومية أو مرفق عام مستقل عن الشخص الذي يمارس العمل فيه و هو ينشأ قانونا قبل تعيين الموثق المكلف بتسييره، بل إنه لا يمكن تعيين موثق للعمل بدائرة اختصاص أية محكمة ما لم يوجد مكتب عمومي للتوثيق مسبقا، فوجود المكتب العمومي للتوثيق هو ليس مرتببا بوجود

(1) المقال السابق، ص 17.

الموثق و العكس غير صحيح، و هو بهذا يختلف عن المهن الأخرى التي تبدو متشابهة كالمحاماة، فمكتب المحامي يرتبط بوجود المحامي.

و يشمل مدلول المكتب العمومي للتوثيق فضلا عن كونه هيئة عمومية عناصر أساسية أخرى:

- الختم الرسمي الخاص بالمكتب الذي يستعمله الموثق.
- أصول العقود المحفوظة لديه و جمع المستندات و الوثائق المكونة لأرشيف المكتب.
- و يلحق بها الحسابات المفتوحة باسم المكتب لدى الخزينة العمومية.

والمكتب العمومي للتوثيق بهذا المعنى يخضع لقواعد القانون الإداري والأحكام الخاصة بالأملاك الوطنية العمومية و يتمتع بالحماية المقررة لها لاسيما عدم قابلية الحجز و لا التصرف و لا الاكتساب بالتقادم....⁽¹⁾.

أما الموثق و هو الشخص الذي يقوم بعملية التوثيق أو التثبيت بقوة و حكمة و ائتمان⁽²⁾ و هذا حسب التعريف اللغوي للكلمة، أما المدلول القانوني فقد عرفته المادة 5 من القانون 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق على أنه : " يعد الموثق ضابطا عموميا...".

و عليه فإن الموثق ضابط عمومي مكلف بإعطاء الطابع الرسمي للعقود و اتفاقات الأطراف و يكون مسؤولا شخصيا عنها و يمارس هذه المهام بصفة مستقلة في إطار مهنة حرة، فالموثق هو أيضا رجل قانون مكلف بترسيم العقود التي يستقبلها بناء على طلب زبائنه و استعمال الشكليات السابقة و اللاحقة للاتفاقات التي يرسمها، كما يكتسي نشاط الموثق جانبا تقنيا، إذ أن دور الموثق لا ينحصر في ذلك بل يتعداه إلى إبداء وجهات النظر الاقتصادية و المالية و الاجتماعية و الجبائية، إذ يعد متعاملا مع هذه الأطراف الذين يطلبون خدماته⁽³⁾ و عليه، ما هي واجبات أو مهام الموثق خصوصا عند تحرير العقد، وما هي مسؤوليته عن ذلك؟

(1) -أ- عمر زيتوني، المقال السابق حول الطبيعة القانونية لمكتب التوثيق، ص 18.

(2) -أ- محمد بوركي، المقال السابق، ج 2، ص 32.

(3) -الغرفة الجهوية للغرب، المقال السابق، ص 32.

1. 2- واجبات مصدر المحرر الرسمي:

إن الحديث عن واجبات كاتب المحرر الرسمي اتجاه زبائنه مقرر صراحة بنصوص قانونية إذ نجدها واضحة أكثر في القانون المنظم لمهنة التوثيق لسنة 1988، و عليه سوف نركز على ما أكده القانون بخصوص هذا الموضوع فالموثق باعتباره ضابط عمومي تحكمه مهام و واجبات لا تختلف عن مهام و واجبات الموظف العمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة الذين أوكل لهم القانون إصدار المحرر الرسمي، فاتصال الزبائن بهؤلاء يكون القصد منه في الغالب إبرام العقد و صياغته في الشكل الرسمي، و لكن قد يحدث أن يكون الهدف من وراءه الحصول على المعلومات، ففي كلتا الحالتين للموثق دور هام يؤديه يتمثل خاصة في تزويد الأطراف بالمعلومات و الأحكام القانونية التي تمكنهم من اتخاذ القرارات السليمة.⁽¹⁾

و تتلخص مهمة الموثق الأساسية في إعطاء الصيغة الرسمية للمحركات التي يتلقاها و لهذا فإن الدولة فوضت له بواسطة صفة ضابط عمومي جزءا من السلطة العمومية، وهذا ما نصت عليه المادة 5 من قانون 88-27 المذكورة إذ يقصد بما جاء في هذه المادة العقود الشكلية التي تحتاج إلى الكتابة و الصياغة في الشكل الرسمي لأن إرادة الأطراف وحدها لا تكفي لإبرام العقد، فالعقود التي لا تحترم الشكلية التي اشترطها القانون تعتبر باطلة مثل المادة 418 ق.م.ج الخاصة بعقد الشركة و عقد الرهن الرسمي التي تنص عليه المادة 882 ق.م.ج...، كما أنه بإمكان الموثق و بناء على رغبة المتعاقدين أن يقوم بتحرير عقود في شكل رسمي على الرغم من أن القانون لا يشترط فيها الشكلية، كما يتولى الموثق أيضا إيداع العقود و الوثائق التي حدد لها القانون تلك الصيغة ضمن أصول المكتب و أن تكون نسخة منها مشهورة بالمحافظة العقارية، كما لو تعلق الأمر بإيداع قرار تجزئة لعقار صادر عن رئيس مجلس شعبي بلدي أو كشف وصفي لقسمة عقار منجز من طرف خبير معماري، أو إيداع حكم أو قرار متعلق بعقار صادر عن هيئة قضائية...، كما يخوله القانون أيضا استلام العقود و الوثائق التي يرغب الزبناء في حفظها حتى و لو كان القانون لا يشترط الرسمية بشأنها فإن أراد الأطراف حفظها لدى الموثق يمكن له تحرير عقد بإيداعها لديه.

(1) أ- حمان بكاي، العقد التوثيقي، الإجراءات و المراحل التي مر بها، نشرة الموثق، عدد 7، جويلية 1999، ص26.

كما أن مهمة الموثق لا تنحصر في تحرير العقود بل تتعدى ذلك إلى واجب النصيحة عندما يطلب منه ذلك لإضفاء الأمن على المعاملات وتأمين حماية المتعاقدين، وهذا ما نصت عليه المادة 8 من القانون المشار إليه حيث جاء فيها: " يجب على الموثق أن يقدم نصائح وأن يتأكد من صحة وفعالية العقود الموثقة أو المحررة، و في هذا الإطار يقدم نصائحه إلى الأطراف لتكون اتفقاتهم منسجمة مع القوانين التي تسري عليها و تضمن تنفيذها، كما يعلم الأطراف بمدى التزاماتهم، وما لكل منهم من حقوق، و يشرح لهم جميع الآثار والالتزامات التي سيخضعون لها، و يبين لهم أخيراً الاحتياطات والوسائل التي تتطلبها أو يمنحها القانون لضمان تنفيذ إرادتهم".

كما أن هناك مهام أخرى تقع على عاتق الموثق حتى قبل الإقدام على إبرام العقد منها قبول طلب المشورة (الاستشارة)⁽¹⁾، و هي في معظم الأوقات خطوة تمهيدية بالنسبة للمتعاقدين حتى تكتمل لهم الرؤية بشأن تصرفهم المستقبلي فقد لا تكون للأطراف صورة واضحة عن طبيعة العقد المراد إبرامه و عن الأحكام التي تنظمه، فمن واجب الموثق في مثل هذه الحالة تقديم الإرشادات و التوجيهات التي يستفسر بشأنها الأطراف، فهو ملزم بوصفه ضابط عمومي بتقديم خدماته لكل من يطلبها منه في حدود ما يسمح به القانون والأنظمة الجاري بها العمل، كما تنص على ذلك المادة 9 من القانون المذكور: " يمكن للموثق إذا ما طلب منه، و في حدود اختصاصاته، إبداء رأيه و تقديم نصائحه دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى تحرير عقد ما".

و تجدر الإشارة إلى ما أورده المادة 30 من قانون التوثيق بشأن الخدمات و البحوث و الاستشارات التي تطلب من الموثق فتتص على: " يتعين على كل من يلتمس تحرير عقد موثق أو يطلب نسخة منه أو بصفة عامة يلجأ إلى طلب مساعدة الموثق من أجل القيام بأي إجراء كان أو يستفيد من آرائه، دفع أتعاب يحدد مبلغها طبقاً للتنظيم المعمول به".

إن تحديد كل هذه الواجبات أو المهام على مصدر المحرر الرسمي استتبعه المشرع بنصوص تقرر مسؤوليته أيضاً⁽²⁾، و إثبات هذه المسؤولية لا يخرج عن القواعد العامة للمسؤولية القانونية التي تعتبر أساسها العام المادة 124 ق.م.ج التي تنص: " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء و يسبب ضرراً للغير يلزم من كان سبباً

(1) أ. حمان بكاي، المقال السابق، ص 26.

(2) أ. أحمد حططاش، المسؤولية المدنية، و الجزائرية للموثق، مجلة الموثق، عدد 4، نوفمبر، ديسمبر 2002، ص 27 إلى 31.

في حدوثه بالتعويض"، فالمسؤولية التقصيرية و مجال تطبيقها على نشاط الموثق يقتصر مجالها في المسؤولية الشخصية التي تنص عليها عدة مواد منها 03 و 13، 18، 31، 34 من القانون رقم 88-27 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق⁽¹⁾ إضافة إلى بعض المواد من نصوص قانونية خاصة، فهذه النصوص ذكرت صراحة عبارة المسؤولية و يستنتج من ذلك أن كل عمل يرتكبه الموثق و يسبب ضررا للغير يلزم هذا الموثق (أو مصدر المحرر الرسمي) بالتعويض و الأعمال التي يقوم بها الموثق و يكون مسؤولا عنها يشترط فيها أن يقوم بها بصفته موققا و يشترط أن تحدث هذه الأعمال ضررا بالغير، سواء كانت هذه الأعمال إيجابية أو سلبية، كما لا يشترط فيها أن تكون عمدا أو عن غير عمد أو ناتجة عن الإهمال أو عدم التبصر فكل عمل قام به الموثق و ألحق ضررا بالغير يكون مسؤولا عنه مسؤولية شخصية.

و مسؤولية الموثق عن عمل الغير تتحصر فيما جاءت به المادة 13 من قانون التوثيق التي تخول له توظيف أي عامل يرى وجوده ضروريا لتسيير مكتب التوثيق، فالأعمال التي يقوم بها هؤلاء العمال تكون تنفيذ للأوامر الصادرة عن الموثق أو بتفويض منه و من ثم فهو يتحمل المسؤولية عنها، و تكيف على أنها مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع الذي أساسها القانوني المادة 136 ق.م.ج التي تنص على: " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، من كان واقعا منه في حال تأدية وظيفته أو بسببها..."

كما أنه تُقرّر المسؤولية الجزائية على الموثق، فإذا قام هذا الأخير بعمل معين يهدف إلى تحقيق نتيجة من وراء ذلك فإذا نتج عن هذا الفعل ضرر و وجدت علاقة سببية بين الضرر و الفعل الذي أحدث ضرر للغير و لا يكفي ذلك لمسائلة الموثق جزائيا إنما يشترط أن يكون الفعل الذي قام به الموثق أحدث أو لم يحدث ضررا للغير يشكل بعناصره المتوفرة جرما معاقبا عليه بقانون العقوبات أو النصوص الجزائية المكملة له، فالمسؤولية الجزائية للموثق تؤسس على العمد أو الإهمال أو القصد، و اعتبار الفعل جرما و رابطة سببية بينهما.

(1) المادة 3: " يسند كل مكتب عمومي للتوثيق إلى موثق يتولى تسييره لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته..."

المادة 13: " يمكن للموثق في إطار القوانين و الأنظمة المعمول بها في هذا المجال أن يوظف تحت مسؤوليته أي عامل يرى وجوده ضروريا لتسيير المكتب."

المادة 31: " يتعين على الموثق اكتتاب تأمين لضمان مسؤوليته المالية."

المادة 34: " يبقى الموثق الذي تمت انابته مسؤولا من ناحية الموضوع على العقد الموثق أو المحرر من قبل نائبه."

كما تقع على عاتق الموثق مسؤولية عقدية عندما يحصل الإخلال نتيجة عدم التقيد بنود العقد كأن يكون الموثق قد وافق عليها و التزم بتنفيذها، فالموثق الذي يُشغل عددا من العاملين يفترض فيه أنه أبرم مع كل واحد منهم عقد عمل يتضمن عدة بنود أهمها التزام هؤلاء العمال بالقيام بواجب العمل و بالمقابل بند يلتزم بموجبه الموثق بدفع الأجرة فإن أخل أحد الطرفين بما التزم به ترتب على ذلك مسؤولية عقدية، و قد يحدث أن يقوم الموثق بعمل عن وعي وإدراك، أو يمتنع عن القيام بعمل يفرضه عليه نشاطه المهني اعتبره القانون جرما فيصير بذلك مسؤولا عن فعله الإيجابي أو السلبي مسؤولية جزائية، و قد يلحق الموثق ضررا بأحد زبائنه نتيجة إهماله و عدم تبصره فيصبح بذلك مسؤولا مسؤولية تقصيرية.

و ما تجدر الإشارة إليه هو أن " الفقه و الاجتهاد القضائي الفرنسي أكد على كل هذه الواجبات من منطلق أن إفراغ العقد في محرر رسمي يفرضه القانون تقتضيه أهمية هذا العقد و خطورته بالدرجة الأولى و بالتالي فإن الشكل الرسمي سوف يلتفت انتباه المتعاقدين و يلزمهم بالتفكير و يتيح لهم على وجه الخصوص الاستفادة من نصح مصدر المحرر المجسد للعقد الذي يلتزم بإعطائهما إياه و تثبيته على مسؤوليته" (1).

"كما اتخذ القضاء مبدأ عاما من خلال اجتهاده القضائي مفاده: " أن محرر العقد ليس في وسعه التوصل من مسؤوليته و ذلك بالتذرع بأنه اكتفى بإعطاء التصريحات المتبادلة بين الطرفين في الشكل الرسمي" كما قرر: " أنه على مصدر المحرر الرسمي أن يتحقق منهجيا من أن شروط فعالية المحرر الذي تم إصداره متوفرة و هو مسؤول عن الغلط القانوني الذي يمكن أن يرتكبه"، كما يذكر الاجتهاد كذلك بأنه: " ليس بإمكان مصدر المحرر الرسمي تجنب خسارة زبائنه بالإدعاء أنه يجب أن يكون لطيفا معهم، قبل كتابة المحرر الرسمي غير صحيح تحت طائلة نتائج بطلان هذا العمل الذي قام به"، كما أنه: " يمكن أيضا أن يكون مسؤولا تجاه الغير إذا قبل أن ينظم بواسطة الشكل الرسمي عملا يعلم أنه غير نظامي و أنه تم للتحايل على حقوق الغير" (2) كما لاحظ الفقيه J.L.Aubert في هذا الشأن أنه: " لا يقتصر واجب مصدر المحرر السهر على فعالية المحرر، استنادا إلى واجبه في النصح، و إنما عليه أيضا عندما لا يتبين له نتيجة ذلك التصرف أن ينبه بوضع زبائنه إلى عنصر الشك الذي يتبينه، كما يلاحظ كذلك: " إن كفاءة الزبون أو اليقظة يجب عدم فهمها كسبب موضوعي لإعفاء

(1) جاك غستان، ترجمة منصور قاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 447.

(2) المرجع نفسه، ص 447، 448.

مصدر المحرر من تبعيته على أساس واجبه في النصح إنها ليست سوى عنصر تقدير لمسلك الزبون الذي إذا كان خاطئاً يمكن أن تخفض عبء التعويض المفروض على الضابط العمومي⁽¹⁾.

3.1 - اختصاصات مصدر المحرر الرسمي:

قيد القانون مصدر المحرر الرسمي باختصاصات لا يجوز مخالفتها أو تجاوزها، إذ تنص المادة 324 ق.م.ج في هذا الشأن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بالخدمة العامة... وفي حدود سلطته واختصاصه"، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة إصدار المحررات الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك، وإذا قام بإصدار محرر ما فلا يعتبر المحرر رسمياً، و يوجد نوعين من الاختصاصات اختصاص من حيث الموضوع ومعناه أنه يجب أن يكون مصدر المحرر الرسمي مختصاً من حيث الموضوع أي نوع التصرف أو العقد، و الأصل أن الموثق مختص بتحرير كافة العقود المدنية و ذلك بموجب المادتين 5 و 6 من قانون التوثيق إذ تنص هذه الأخيرة على أن: "يتولى الموثق حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع و يسهر على إعلانها و نشرها في الأجل المحددة و تسلم ضمن الشروط التي أقرها القانون صور تنفيذية للعقود أو نسخة منها أو العقود التي لا يحتفظ بأصلها. إلا أن الموظفون العموميون الآخرون فلا يجوز لهم تحرير بعض العقود، إذ لا يجوز للقاضي مثلاً تحرير عقد بيع رسمي لأن هذا خارج اختصاصه الموضوعي الذي يتمثل في تحرير الأحكام القضائية.

أما الاختصاص الإقليمي فقد تناولته المادة 2 من القانون المنظم لمهنة التوثيق التي حددت الاختصاص الإقليمي للموثق إذ تنص على أن: "تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون و أحكام التشريع المعمول به و يمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني"، فالاختصاص الإقليمي للموثق يمتد على كل التراب الوطني، بعد ما كان محدداً بدائرة اختصاص المحكمة التي يمارس فيها نشاطه، فحسب المادة 5 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الملغى، كما أن الاختصاص الإقليمي للموظفين العموميين كالقضاة، كاتب الضبط بالمحاكم يتحدد بدائرة اختصاص المحكمة التي يشتغلون على مستواها، فلا يجوز لضابط الحالة المدنية لبلدية

(1) جاك غستان، ترجمة القاضي منصور، مراجعة د. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 448 إلى 449.

تلمسان تحرير عقد زواج لزوجين يقطنان بالجزائر العاصمة⁽¹⁾.

إضافة إلى ذلك هناك اعتبارات شخصية تحد من أهلية مصدر المحرر الرسمي في القيام بذلك و من أمثلة ذلك ما جاءت به المادة 15 من قانون التوثيق و التي تنص على حالات التنافي مع طبيعة مهنة التوثيق بقولها: " لا يمكن أن يستلم الموثق قانون العقد الذي:
- يكون فيه طرفا معيناً أو مرخصاً بأية صفة كانت.
- يتضمن تدابير لفائدته.

أ- يعني شخصاً أو يكون فيه وكيلاً أو متصرفاً أو أية صفة أخرى كانت. أحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة.
ب- أحد أقاربه أو أصهاره تجمع مع أحدهم قرابة الحواشي، و يدخل في ذلك العم أو ابن الأخ و الأخت."

2 - الضوابط القانونية في كتابة المحرر الرسمي:

كما تخضع صحة المحرر الرسمي إلى ضوابط قانونية و تتمثل في مجموعة من الشروط التي تتصل بموضوعه و هي تختلف من محرر لآخر حسب نوعية التصرف بيع أو هبة أو إيجار و تتمثل غالباً في بيانات ملزمة يجب أن يحتوي عليها المحرر الرسمي التي تصدره الجهة المختصة قانوناً.
- فما هي هذه الضوابط القانونية في كتابة المحرر الرسمي؟

1.2- مراعاة الأوضاع القانونية في كتابة المحرر الرسمي:⁽²⁾

إن المحرر الرسمي تنظمه كل دولة حسب قوانينها بما يتماشى مع أعرافها وتقاليدها و دينها و سيادتها الوطنية، و هذا ما ترجمه المشرع الجزائري في المادة 324 ق.م.ج التي تنص: " العقد الرسمي عقد....، و ذلك طبقاً للأشكال القانونية... " يستنتج من هذه المادة حرص المشرع على تحديد الأشكال القانونية وهي عبارة عن شروط لا بد من مراعاتها عند تحرير أي محرر رسمي و في كل الحالات "وهذه الأشكال تعتبر بذلك عناصر أساسية و التي بذاتها تختلف باختلاف طبيعة

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 236-237.

زواوي محمود، المرجع السابق، ص 64، 63.

محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 120-122.

(2) بورويس زيدان، الطرق و الإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، ج2، مجلة الموثق، العدد 4 نوفمبر، ديسمبر 2001، ص 24 و ما بعدها.

العقد، فعناصر العقد الذي يكون محله عمل تختلف عناصره عن عناصر العقد الذي يكون محله حق عيني، ثم إن عناصر العقود التي محلها حق عيني تختلف باختلاف تسمياتها، مثلا عناصر عقد الوصية غير عناصر عقد البيع أو الهبة و عناصر عقد بيع العقار غير عناصر عقد واردة على المنقول، إلا أن هذه الاختلافات لا تعني عدم وجود عناصر مشتركة بين كل العقود فالهدف هو إيجاد معايير تقنية لتوحيد العمل بين الموثقين و هذه العقود تشترك مع جميع العقود الرسمية في الشروط القانونية⁽¹⁾ التي نص عليها المشرع في المادة 18 من قانون 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتعلقة بتنظيم مهنة التوثيق، و التي تأتي لتجيب و تحدد الأشكال القانونية في المحررات إذ تنص: " ... سواء كانت محررة باليد أو الآلة الكاتبة و مطبوعة أو مستنسخة بالوسائل و الأجهزة المناسبة."

و في كل الحالات تكتب المحررات باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر، و تكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على المحرر بالحروف و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام و يصادق على الحالات في الهامش أو أسفل الصفحات و على عدد الكلمات المشطوبة في المحرر، بالتوقيع بالأحرف من قبل كل الأطراف و الشهود و الموثق ما لم ينص التشريع المعمول به على خلاف ذلك و يبين في هذه المحررات ما يلي:

- 1- اسم و لقب الموثق الذي يحررها و مكان و مقر إقامته.
- 2- اسم و لقب و صفة و مسكن و تاريخ و محل ولادة الأطراف.
- 3- اسم و لقب و صفة و مسكن الشهود.
- 4- اسم و لقب و مسكن المترجم إذا اقتضى الأمر ذلك.
- 5- المحل و السنة و الشهر و اليوم الذي أبرمت فيه العقود.
- 6- وكالات المتعاقدين المصادق عليها من قبل الأطراف المعنية و تبقى هذه الوكالات ملحقة بالأصل.
- 7- قراءة الموثق للفصول المتعلقة بالضرائب و التشريع الخاص المعمول به.

(1) لا توجد نماذج موحدة لتحرير العقود بين كل محرري العقود الرسمية، إلا أن الهيئات الساهرة على تحسين التوثيق و ترسيم العقود تضع محاولات من أجل إنشاء دليل لكل عقد من أجل توحيد العمل التوثيقي، و تطوير الصناعة التوثيقية في الجزائر.

و أ. بوحلاسة عمر، تقنيات تحرير العقد الرسمي، مجلة الموثق، عدد 1، ماي- جوان، 2001، ص 35.
أ. لعروم مصطفى، الضوابط القانونية و الشكلية للعقد التوثيقي، مجلة الموثق، عدد 5، فيفري- مارس 2002، ص 42 و ما بعدها.

أ. حمان بكاي، المقال السابق، ص 27.

و فضلا عن ذلك يمكن كتابة الإحالات في الهامش أو في أسفل العقد و يوقعها الأطراف والشهود و الموثق بالأحرف الأولى" و عليه، سنحاول شرح وتفصيل هذه البيانات المذكورة في المادة 18 من القانون المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق معتمدين في ذلك على تطبيقات الموثقين في تحريرهم للعقد التوثيقي ومستفيدين بذلك من احتياطاتهم التي تفرضها عليهم أخلاق وواجبات هذه المهنة النبيلة و خبرتهم و بما يرونه من نقص في هذه المادة.

" المحرر التوثيقي « Acte instrumentaire » و هو أحد أنواع المحررات الرسمية و هو كثير الانتشار في الحياة العملية، و يعد بلا شك العنصر الأهم في الشكلية بالنسبة للمنظومة القانونية، و قد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 على العقود التي يجب أن إخضاعها إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان و يبقى المحرر التوثيقي هو التطبيق الفعلي لمبدأ الشكلية حتى ولو كان تدخل الموثق يتحدد في هذه المهمة، و يخضع المحرر الذي يصدره الموثق إلى عدة مقتضيات نصت عليها المواد 324 مكرر 2، 324 مكرر 3، 324 مكرر 4 324 مكرر 5، 324 مكرر 6 من القانون المدني و ما بعدها".⁽¹⁾

بعد توجه المتعاقدين إلى الموثق يطلبون منه تحرير عقد ما يقوم هذا الأخير بعد التأكد من نيتهم في إبرام اتفاقهم أمامه إذ يقوم في هذه اللحظة بتجسيد إرادة الأطراف في محرر مكتوب وفقا للشروط والأشكال التي ينص عليها القانون و التنظيم الجاري به العمل خصوصا وفق المادة 18 المذكورة، إلا أنه يثور التساؤل بشأن الوضع القانوني للمحرر التوثيقي المخالف للشكل الذي يشترطه القانون، ما عدا ما نصت عليه المادة 19 فقرة 1 التي تنص: " لا يقبل ضمن العقد أي تحرير أو كتابة بين الأسطر أو إضافة كلمات، تعتبر الكلمات المحررة أو المكتوبة بين السطور أو المضاعفة باطلة..." و هي بذلك ترتب البطلان على عدم احترام أحكام المادة 18 فقرة 2 المتعلقة بشكل المحرر الرسمي حيث نصت على أن: "... وفي كل الحالات تحرر العقود باللغة العربية في نص واحد واضح تسهل قراءته و بدون اختصار أو بياض أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بحروف، وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام و يصادق على الإحالات في الهامش أو أسفل الصفحات وعلى عدد الكلمات المشطوبة في العقد، بالتوقيع بالأحرف من قبل كل الأطراف والشهود

(1) الغرفة الجهوية، المقال السابق، ص33.

بوحلاسة عمر، المقال السابق، ص35.

و الموثق..."، و سكت المشرع عن جزاء عدم احترام الموثق لباقي أحكام المادة الأخيرة.⁽¹⁾

أما عن الطريقة التي يحرر بها المحرر الموثق فقد ترك المشرع للموثق حرية اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة لتدوين العقود و هي إما بالكتابة باليد أو الكتابة الراقنة أو بالطباعة أو الاستنساخ بالوسائل و الأجهزة المناسبة و هذا ما نصت عليه المادة 18 في فقرتها 1 المذكورة، " و هو بهذا ساير المشرع ما تقتضيه الأوضاع و الانسجام مع التطور الذي يعرفه العصر في ميدان الكتابة و الطباعة و المعلومات، ويعمل الموثقين على إدخال الحاسوب كوسيلة عمل لإنجاز خدماته بنوعية رفيعة و في مدة قصيرة."⁽²⁾

يرى أغلب الموثقين أنه يجب أن تتوفر في الموثق " شروط القدرة على إصدار المحرر الرسمي " حتى و إن لم يكن له نموذج معين و تتمثل أولى هذه الشروط في استيعاب قواعد القانون الذي يمكنه من تحديد الشكل القانوني للمحرر الذي يفترض تحرير و التي تحقق الغرض المطلوب من طرف ذوي الشأن دون مخالفة للقوانين السارية المفعول شكلا و مضمونا بناء على الوثائق و المستندات المتوفرة لدى صاحب الشأن.

" أما الشرط الثاني فيتمثل في التمكن من اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية للدولة حتى يتمكن الموثق من إصدار المحرر الرسمي بأسلوب قانوني واضح يغلب عليه مصطلحات دقيقة تعطي المعنى الصادق و الصحيح الذي يرمي إليه المتعاقدين، و مما يسهل قراءة المحرر كذلك."⁽³⁾

فالمحرر التوثيقي إضافة إلى هذه الشروط الأولية و الأساسية⁽⁴⁾ يجب أن يدون فيه مجموعة من العناصر الأساسية و أولها موقع مكتب الموثق واسمه و يقصد من ذلك اسم دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد مقر المكتب بها، مع ضرورة ذكر العنوان بالضبط لأن ذلك يمكن الأطراف من الالتهاد إلى المكتب

(1) أ- دحمان بكاي، المقال السابق، ص 27.

(2) أ- بورويس زيدان، المقال السابق، ص 24، 25 و ما بعدها.

(3) أ- بورويس زيدان، المقال السابق، ص 25.

(4) أ- بورويس زيدان، المقال السابق، ج 2، ص 25، 26.

أ- بورويس زيدان، المقال السابق، ج 2، ص 35، 36، 37.

أ- بورويس زيدان، المقال السابق، ج 2، ص 27، 28، 29.

أ- دحمان بكاي، المقال السابق، ص 27، 28، 29.

أ- المعروف مصطفى، المقال السابق، ص 42، 43.

بسهولة عند الحاجة، كما أنها تمكن من تحديد الاختصاص الإقليمي لمصالح التسجيل حسب المادة 75 فقرة 1 من قانون التسجيل.

كما يجب أن تذكر عبارة تفيد بأن التعاقد أو الاتفاق بين المتعاقدين قد تم على مرأى و مسمع الموثق و هذه العبارة تتمثل إما في لفظ " أمامنا، أو لدينا أو لدى الأستاذ"، وهي ترجمة لعبارة « Par devant nous »، ثم الإشارة إلى الحضور الفعلي للأطراف، أو من ينوب عنهم الذي يشير إليه الموثق بعبارة " حضر" التي يستهل بها نص المحرر التوثيقي، إذ لها دلالاتها وتترتب عليها آثار، فهي تعني أن كل من يبرم عقدا توثيقيا يجب عليه أن يكون حاضرا فعلا سواء بنفسه أو بواسطة نائبة أمام الموثق نفسه الذي يتعين عليه التأكد من هويته سواء كان الحضور بمكتب الموثق أو بمقر إقامته المعتاد كقاعدة استثنائية ويدخل ضمن هذا العنصر عدة عناصر متفرعة عنه تتمثل في بيان أطراف العقد من اسم و لقب و صفة و مسكن و تاريخ و محل ولادتهم و ما يترتب على ذلك من آثار هامة، فتحديد أصل الفرد يحول دون الوقوع في الالتباس بين أفراد العائلة الواحدة الذين قد يحملون اسما واحدا، كما أن المهنة تدل أحيانا على مدى قدرة المتعاقد على تنفيذ التزاماته الحالية كما يرى أحد الموثقين أن " بطاقة الهوية تبين صحة هوية المتعاقد (الحاضر) أما الجنسية فهي من أجل معرفة ما إذا كان تجوز للمتعاقد الأجنبي التصرف داخل الجزائر أم يتطلب ذلك الحصول على رخصة من الجهة المختصة"⁽¹⁾.

" كما يلاحظ على نص المادة 18 من قانون التوثيق أنها قد اقتصررت على المعلومات المطلوبة للأشخاص الطبيعية دون الأشخاص المعنوية الذي يمكن أن تكون طرفا في عقد ما"⁽²⁾.

كما يجب أن يحتوي المحرر التوثيقي على عنصر هام ألا وهو محل العقد المبرم و الذي قد يكون حقا عينيا كالبيع أو الإيجار أو الرهن كما قد يكون مجرد عمل كالوكالة أو الحراسة،... و قد يكون شخصا كالكفالة للقصر، و يعبر عنه في

(1) بورويس زيدان، المقال السابق، ج2، ص26.

(2) أما تحديد هوية الشخص المعنوي يتم كالاتي:

- التسمية القانونية للشخص المعنوي طبيعته (شركة مدنية)، المقر، الرأسمال، موضوع الشركة.
- السند المنشئ للشخص المعنوي، مرسوم، عقد موثق، تاريخه ورقمه التي أصدرته وحررتة).
- السند الذي أضفى عليه الشخصية المعنوية (المحل التجاري بالنسبة للشركات التجارية و الاعتماد بالنسبة للشركات و الجمعيات المدنية).
- هوية الشخص الذي يمثله و الوثيقة التي تخول له ذلك القانون الأساسي أو محضر الجمعية العامة أو توكيل.

محتوى العقد تحت عنوان "التعيين" و هذا عادة ما يكون في العقود التي يكون محلها حقا عينيا سواء كان الحق أصليا كالملكية العقارية أو تبعا كالرهن أو الامتياز، أما العقود التي يكون محلها عملا كالوكالة فيكون تحت عنوان "الموضوع".

و إذا كان عقارا يجب أن تذكر مواصفاته و طبيعة الأرض إما عارية أو بناء مع مواصفاته و استعماله و مشتملاته، ثم مساحته، ثم حدوده فإن لم تكن له حدود يجب التأكيد على ذلك بعبارة لا تحتمل التأويل على أنه ملكية مشاعة أو مشتركة، ثم ذكر موقعه بدقة و كل ذلك بالاستعانة بالمخططات والسندات و التصريحات التي يقدمها الأطراف.⁽¹⁾

" أما إذا كان محل العقد هو القيام بعمل، فيذكر تحت عنوان "موضوع الوكالة" مثلا، و على الموثق أن يبحث عن ماهيته هذه التصرفات و إذا كانت مرخص للقيام بها أم لا؟

فتعيين محل العقد عنصر من العناصر الرئيسية في شكل المحرر الرسمي باعتباره ركن فيه و تخلفه قد تعرضه للبطلان المطلق. ثم يتبع هذا العنصر بتحديد " أصل الملكية" و هو عنصر أساسي و مهم في المحرر إذ أنه قد يترتب على عدم النص عليه بدقة و وضوح رفض الإجراءات اللاحقة كالتسجيل و الشهر العقاري ففي هذا العنصر يعمد إلى ذكر سند الملكية الذي يخول للمتصرف القيام بتصرفه من بيع أو هبة أو إيجار، حتى يتمكن كل من أراد التأكد من ذلك الرجوع إليه عند الحاجة باستعمال مصادر أخرى كالموثق و مصالح التسجيل و المحافظات العقارية و أملاك الدولة أي الهيئات التي حررت المحرر الرسمي و حفظت أصله أو قيدت تسجيله أو شهره"⁽²⁾.

ثم يجب ذكر عنصر " الثمن أو التقييم" إذ أن كل العقود التي تكون محلها حق عيني لا بد أن تشتمل على هذا العنوان حتى و لو كان المقابل هو عقار كما هو الحال بالنسبة لعقد المقايضة، إذ أن الثمن في البيع أو الإيجار يمثل التزام المشتري أو المستأجر وإهمال النص عليه قد يعرض المحرر الرسمي للبطلان وفي المحررات التوثيقية لا يكفي الموثق من ذكره بل يجب أن يبين كيف تم أو سيتم تسديده، فإذا كان التسديد على أقساط يجب تحديد تلك الأقساط و آجال

(1) أ. بورويس زيدان، المقال السابق، ج3، ص35.

(2) المقال نفسه، ص 35.

دفعها حتى يتسنى له تسليم النسخة التنفيذية للبائع إذا تأخر المشتري عن دفع القسط في أجله المتفق عليه.

كما يجب ذكر عنصر آخر لا يقل أهمية عن سابقه و هو " أجل الوفاء"⁽¹⁾ الذي يجب أن يكون متفقا عليه بين الطرفين المتعاقدين أما عند التعرض لإدراج الشروط الخاصة التي يملئها المتعاقدان على الموثق، فيتعين على هذا الأخير البحث عما إذا كانت باطلة أو مخالفة للنظام العام، كما يجب أن واضحا و صريحا ولا يحتمل أي تأويل أو تفسير، ففي بيع العقار يجب النص على أجل تسليم المبيع هل هو تاريخ إبرام العقد أو هو تاريخ لاحق، و يختلف عنوان هذا العنصر حسب طبيعة كل عقد. كما يعد عنصر أجل الوفاء من بين شكليات العقود التوثيقية وكذلك يوجد بند أو عبارة تحدد بالضبط أجلا معيناً للوفاء، و أن خلو أي محرر منها يعد عيبا قد يعرض الموثق لتحمل آثاره بدعوى المسؤولية التقصيرية في نصح المتعاقدين و إصدار المحرر الرسمي طبقاً لمقتضيات المبادئ العامة للقانون و العرف.

كما يوجد عنصر آخر يتمثل في عنوان لا يخلو منه أي محرر توثيقي يتمثل في ذكر " الشروط و التكاليف"⁽²⁾ و يقصد به تلك الشروط و التكاليف التي يضعها المتعاقدان أو إحداهما تكون التزام على الطرف الآخر الذي قبل بها لذا يجب على الموثق مراعاة الدقة في تحريرها و بذل العناية في اختيار الألفاظ و المصطلحات التي تتناسب و إرادة صاحب الشرط، كما أن هناك شروط عامة تعد من باب التذكير بالقوانين السارية المفعول و التي تنطبق على الحالة التي يتعرض لها كل عقد لضرورة احترام ضم نظام الملكية المشتركة لشقه محل العقد أو ضرورة احترام الارتفاق مثلا، أما عند التعرض للإدراج الشروط الخاصة التي يملئها المتعاقدين على الموثق، فيتعين على هذا الأخير البحث عما إذا كانت باطلة أو مخالفة للنظام العام.

كما يجب أن يتضمن المحرر التوثيقي على عنصر آخر هو " تلاوة القوانين الجبائية" و التأكيد عليها و هذا عنوانا يميز كل العقود التي يكون محلها نقل ملكية عقارية أو تجارية و قد أوجبت هذه التلاوة على الموثق المادة 113 فقرة 4 من قانون التسجيل تحت طائلة عقوبة مالية تقدر في قانون المالية لسنة 2000م بخمسة مائة دينار يدفعها الموثق من أمواله الخاصة في حالة عدم نصه في المحرر

(1) و (2) أ. بورويس زيدان، المقال السابق، ج3، ص 36 و 37.

و بصريح العبارة أنه تلا على المتعاقدين أحكام مواد معينة من قانون التسجيل، تم ينوّه إلى أنه لا يعلم ما إذا كان الثمن المصرح به في المحرر قد تم تعديله بسند مضاد، تم عليه أن يثبت بأن الأطراف يؤكدون صحة الثمن المصرح به طبقاً للمادة 133 من قانون التسجيل.⁽¹⁾

و عليه يلاحظ أن هذا العنوان له آثار جبائية بحتة، فهو يلفت انتباه أطراف العقد بواسطة الموثق إلى الآثار المترتبة على إخفاء الثمن الحقيقي تهرباً من حقوق التسجيل، كما يجبر الموثق المتعاقدين على التصريح بالثمن الحقيقي نتيجة قراءة وشرح الآثار المترتبة على إخفاء الثمن الحقيقي للعين المبيعة. كما يحتوي العقد على عناصر مهمة تساهم في تكوين المحرر التوثيقي على الوجه الصحيح قانوناً منها التأكيد على شهادة الشهود في المحرر و دورهم فيه إذ سوف نتطرق إلى كل هذه العناصر مع بيان أهميتها.

2.2 - أهمية شهادة الشهود في كتابة المحرر الرسمي:

يعرف الشاهد بأنه ذلك الشخص الذي يلاحظ وقائع تصرفات جرت أو تجري بين شخصين أو أكثر بمكان وزمان محددين وتشتمل الشهادة على الرؤية بالعين المجردة و السمع لما دار من حديث أو اتفاق بين البائع و المشتري أو أي تصرف آخر و معرفة أسماء وألقاب والحالة المدنية للأطراف المتعاقدة وتسميتهم.

فما هي أهمية الشهادة في المحرر الرسمي خصوصاً أمام قيام الدولة وتنظيمها لنظام الحالة المدنية للأشخاص وإثبات هويتهم بدقة؟ و ما هي مكانتها في التشريع الجزائري؟

كانت للشهادة أهمية كبيرة في العقود و ذلك لاعتبارين:

"أولاً: لأنها كانت شرطاً للعلنية و إشهار العقود بجميع أنواعها وثانياً: لأنها شرطاً لصحة العقود اتجاه الغير إلى أن ظهرت التشريعات القانونية الحديثة و منها التشريع التوثيقي الفرنسي الذي يعد مصدراً مهماً في إنشاء و تطور الأنظمة التوثيقية عبر العالم الذي سوف نكتشف من خلاله مدى الاهتمام الذي أولاه هذا النظام للشهود حيث نصت المادة 11 من قانون فاننوز الصادر سنة 1803 المعدلة

(1) - بورويس زيدان، المقال السابق، ص 37.

بقانون 1902/08/12 على أنه من واجب الموثق معرفة أسماء و حالة و مسكن الأطراف الذين يحضرون أمامه و إذا تعذر عليه ذلك أو كان يجهل هوية الأطراف و يجب عليه الاستعانة بشاهدين تعريف معروفين لديه يحسان الإمضاء يعرفان له الأطراف المتعاقدين تحت مسؤوليتهما، وبعد انتظام الحالة المدنية للسكان ووجود المسح العقاري للأراضي و تحديد هويتها قام جدال بين الفقهاء حول أهمية الشهود في العقد الذي يبرمه الموثق من عدمها، فراح فريق منهم إلى القول أن معرفة الموثق لهوية الأطراف و شخصيتهم عنصر من أهم العناصر الأساسية في المحرر التوثيقي حيث أن إعطاء الرسمية لعقد من العقود المدنية لا بد أن يحتوي هذا المحرر على معلومات صحيحة و دقيقة لضمان سلامة نقل الثروة العائلية و المحافظة على المصلحة العامة و انتقالها من شخص إلى آخر بدون نزاع و ردّ عليهم فريق آخر بأن الموثق لا يستطيع معرفة هوية سكان المدينة أو الدائرة بأكملهم فهناك البديل الذي يعوض و يضمن ذلك و المتمثل في وثائق رسمية كبطاقة التعريف، الدفتر العسكري، جواز السفر، البطاقة المهنية، وهي وسائل نظمتها السلطة العامة و ضبطت فيها هوية الأشخاص بإحكام فضلاً عن كونها رسمية لا تقبل الطعن فيها إلا بالتزوير، فكيف يمكن للشهود أن يشهدوا على هوية معترف بها من قبل سلطة عامة؟ و هل مهمة الشهود تنص على واقعة التصرف أم على هوية و شخصية الأطراف المتعاقدة؟

فإذا كانت شهادتهم تنصب على واقعة التصرف فالموثق أكبر و أقوى شاهد على ذلك و إذا كانت شهادة الشهود تنصب على هوية الأطراف و شخصيتهم فإن هذه الهوية قد ضبطتها السلطة العامة و حددتها و لم تتركها للشاهدين، و لا يمكن التشكيك فيها، و إلا كنا أمام تناقضات كبيرة حول تصرفات السلطة العامة لأن أعمال و تصرفات السلطة لا تحتاج إلى شهادة الشهود مطلقاً، كما أن الموثق يعد جزءاً لا يتجزأ من السلطة العامة فكيف يمكن للناس أن يشهدوا على أعماله، ثم إن شهادة الشهود تعد ولاية على المتصرف أي تقييد حرية التصرف في الممتلكات بالبيع أو الإيجار⁽¹⁾.

"وانتهى النقاش إلى تعديل المواد 10/9 و 11 من قانون فاننوز بالقانون المؤرخ في 1902/08/12 و حذفوا شهادة الشهود من العقود ما عدا العقود الاحتفالية فقد أحصوها على سبيل الحصر وأكدوا في هذه المواد على الموثق معرفة ما يلي:

- اسم و لقب الأطراف المتعاقدة، - حالتهم المدنية، - مسكنهم الشخصي.

(1) أ. بورويس زيدان، المقال السابق، ص 37.

و إذا كان يجهل هذه العناصر الثلاثة يجب أن يشهد على ذلك شاهدين تعريف ثم أضافت المادة 9 منه: " يجب على الموثق أن يحرر العقود الاحتفالية بشاهدي عدل أو موثقين اثنين تحت طائلة البطلان إذا كانت الأطراف المتعاقدة لا تحسن الإمضاء أو ليست لها القدرة على الإمضاء أثناء إصدار المحرر"⁽¹⁾. وترتبا على ذلك فإن الموثق إذا كان عارفا بالأطراف المتعاقدة من حيث هويتهم ومسكنهم فلا حاجة لشاهدي تعريف مطلقا للذان تعوضهم الوثائق الرسمية.

أما عن مكانة الشهادة في التشريع الجزائري فمنذ صدور الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15/12/1970 الذي ينظم مهنة التوثيق وهذا الأمر في حد ذاته مستوحى من أحكام المرسوم التوثيقي الصادر في 1944 إذ نص الأمر المذكور في المادة 25 على ما يلي: " يتلقى الموثق تحت طائلة البطلان، العقود الرسمية بمحضر موظفين اثنين أو مستخدمين يعملان تحت سلطته، و في غيابهما يستعين بشخصين أيا كانت صفتها " أما النص الفرنسي الذي هو الأصل فقد جاء مخالفا تماما للنص باللغة العربية، إذ أنه يوجب شاهدين في العقود الاحتفالية التي تتمثل في:

1- الهبة أو الرجوع فيها، 2- الزواج، 3- الوصية أو الرجوع عنها، 4- الوكالات المرتبطة بتلك العقود 5- الهبة بين الأزواج، 6- الإقرار ببنة الولد الطبيعي 7- الترخيصات المتصلة بهذه العقود، بينما النص العربي يوجب شاهدين في جميع العقود، و نفس الخطأ نقل إلى القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق بعد أن عدلت المادة 25 بالمادة 324 مكرر 3 ق.م.ج حيث تنص على ما يلي: " يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان، العقود الرسمية، بحضور شاهدين"، في حين أن النص الفرنسي قد أشار إلى العقود الاحتفالية، وهي إشارة غير كافية على اعتبار أن المشرع لم يشر إلى العقود الاحتفالية في النص العربي إضافة إلا تدرج القاعدة القانونية فهو يرجع إلى الشريعة الإسلامية على أساس أنها المصدر الثاني بعد التشريع و هي لم تفرق أبدا بين العقود و لم تعرف العقود الاحتفالية، و لذلك يتوجب الرجوع إلى العرف التوثيقي مباشرة ثم مبادئ العدالة، و هناك من يعتقد أن محرر النص الفرنسي ضمته أحكام القانون المدني الفرنسي و محرر النص العربي ضمته أحكام الشريعة الإسلامية إذ أصبح هناك نصان يطبقان على المعاملات الرسمية.

(1) شهود المحرر الرسمي ثلاثة أنواع: شهود التعريف (شهود الإثبات و شهود التأكيد)، و هو الشهود اللذين يضمنون هوية المتعاقدين و حضورهما في العقد ليس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطراف، أما شهود العدل أو يسمون شهود العقد: و هم الذين يساهمون في إنشاء العقد و تكوينه و شهادتهم واجبة في العقود الاحتفالية تحت طائلة البطلان إعمالا بنص المادة 324 مكرر 3 ق.م.ج، أما شهود التشريف: ليس لهم أية قيمة قانونية في العقد و إنما يحضرون على سبيل التشريف ليس إلا".

"الذي يرى البعض أن شهادة الشهود في العصر الحالي أصبحت ليست ذات منفعة و هي غير ملازمة بسبب التطور الهائل الحاصل في إثبات هوية الأفراد و يدعون إلى تعديل المادة 324 مكرر 3 ق.م.ج و يحدد مضمونها وفق ما يلي:

- تحديد العقود الاحتفالية بدقة.

- حصر التصرفات التي تبرم بشهود.
- توحيد النصوص القانونية و جعلها منسجمة مع الواقع.
- تحديد الشروط الواجب توفرها في الشاهد"⁽¹⁾.

3.2 - أهمية التوقيع على المحرر الرسمي:

إن التوقيع على المحرر الرسمي و منه المحرر التوثيقي يشكل في حد ذاته مرحلة من مراحل تكوين المحرر الرسمي و يمس حتى صحته، فهو عنصر من العناصر المذكورة ضمن الأشكال القانونية و تحدد طريقة التوقيع على المحرر الرسمي وفق أحكام القانون و هذا ما نصت عليه المادة 18 من القانون المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في الفقرتين الأولى و الأخيرة⁽²⁾.

وعليه يعرف التوقيع في المعنى اللغوي بالإمضاء أي: " وضع خط اليد من كتابات ورسوم و أشكال مقروءة"، أما المعنى الفقهي والقانوني له فهو: " الموافقة والقبول بمعطيات معينة دائرة بين النفع والضرر و الحقوق و الالتزامات"⁽³⁾، فهو بذلك مرحلة جد مهمة و حساسة بالنسبة للأطراف أو الموثق، وهي مرحلة أيضا يتجسد فيها ما نصت عليه المادة 59 ق.م.ج: "العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، لذا فمن واجب الموثق أن يتحرى ويتأكد بأن مضمون ما حرره هو ما انصبت واتجهت إليه إرادة الأطراف فعلا، ومن واجبه أيضا- حماية له وللمتعاقدين- أن يكون تصرفه قانوني من خلال عدة شروط أهمها: التأكد من هوية الأطراف الموقعة بأن يكونون بالغين و كامل الأهلية و تتوفر فيهم أحكام المواد 40 ق.م.ج الخاصة بالأهلية: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، و لم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، و سن الرشد تسعة عشر سنة كاملة"، وكذلك

(1) - بوحلاسة عمر، شهادة الشهود في العقود التوثيقية، نشرة الموثق، عدد 10، جانفي 2000، ص 14، 15، 16، 17.

(2) حمان بكاي، المقال السابق، ص 28.

(3) - أ. غريب عبد الحق، البصمات، نشرة الموثق، عدد 07، جويلية 1999، ص 33.
علي فيلالي، المرجع السابق، ص 240، عرف التوقيع: " هو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها- عادة- و تتمثل في كتابته بخط اليد اسمه و لقبه في آخر الورقة، ويفيد التوقيع قبول المتعاقد ما ورد في هذه الورقة".

لكل من المادة 44 و 78 ق.م.ج.⁽¹⁾

كما تنص المادة 324 مكرر 2 ق.م.ج : " توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف و الشهود عند الاقتضاء، و يؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد".

و إذا كان من بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف و لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن و يضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر...".

و بالعودة إلى نص المادة 18 من قانون التوثيق رقم 27-28 يجسد التعبير عن الإرادة في العقود التوثيقية بالتوقيع على العقد بالأحرف من قبل كل الأطراف و الشهود، و يثبت ذلك الموثق بتوقيعه و ختمه الرسمي⁽²⁾ و في حالة عجز المتعاقد عن التوقيع بالحروف يمكنه وضع بصمة إبهام يده اليسرى و يشير إلى ذلك في العقد.

ب- الآثار المترتبة على المحررات الرسمية:

يحرر العقد الرسمي في محرر رسمي، و عند الانتهاء من تحريره يضيء عليه القانون صفتين: صفة الرسمية و صفة الحجية.

- فما هو مصدر الرسمية التي يكتسبها المحرر الرسمي قانونا؟ أو بعبارة أخرى من يعطي الصيغة الرسمية للمحرر الرسمي؟ سوف نتعرض كذلك من خلال القواعد المطبقة في المحرر التوثيقي.

- و ما مدى حجية المحرر الرسمي في الإثبات؟ و ما هي مكانة الصيغة التنفيذية في المحررات الرسمية؟ و ما هو مجال تطبيقها و تسليمها؟

(1) المادة 78 ق.م.ج: " كل شخص أهل للتعاقد، ما لم تسلب أهليته أو يجد منها لحكم القانون"، و على الموثق أن يأخذ بعين الاعتبار ما تنص عليه المادة 80 ق.م.ج: " في حالة الشخص ذو العاهتين، و يكون قابلا للإبطال كل تصرف عين من أجله وصي قضائي إذا صدر من الموصى عليه بدون حضور الوصي بعد تقييد قرار الوصاية".

(2) الختم الرسمي للهيئات العامة، و منها الموثق، إذ توجد نصوص مختلفة منظمة له، كما أنه يمثل السيادة الوطنية، و قد خصصت له الدولة مصلحة خاصة بوزارة العدل و هي مصلحة حفظ الأختام تحت إشراف و تسيير السيد وزير العدل، لذلك فلكل من يريد الاستفادة من الختم الرسمي عليه الاتصال بالمصلحة المذكورة.

1- مصدر الرسمية في المحرر الرسمي:

يستمد المحرر الرسمي رسميته من كل الضوابط الشكلية و القانونية التي تتمثل عموما في تلك الأشكال القانونية الذي يتطلبها القانون و التي يعمل محرره على احترامها و مراعاتها بدقة و عناية فائقة، و ذلك من أجل تفادي المساس و الانتقاص من الأثر الفعال المقرر للمحرر الرسمي عن طريق التعبير أو الإضافة أو الحشر أو الشطب،... فالمحرر التوثيقي مثلا الذي يتولى إصداره الموثق بوصفه ضابط عمومي استمد سلطته من القانون و من السلطة العامة⁽¹⁾، لدى سوف يستعمل كل مجهوداته و قدراته من أجل إنشاء محرر رسمي وفق ما يتطلبه القانون و يعبر عن إرادة الأطراف بكل صدق و نزاهة، و ذلك كاف لجعل المحرر يكتسي تلك الرسمية.

إلا أن هناك من يتساءل و يشك في هذه الرسمية و قوتها أمام خضوع المحرر لشكلية لاحقة و المتمثلة في تأشيرة مصلحة التسجيل بإدارة الضرائب التي تبين استفاء حقوقهم الجبائية المفروضة على المحرر بأنها هل تفقد هذه الشكلية المحرر تلك الرسمية أم لا؟⁽²⁾

و بالرجوع إلى أحكام الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09/12/1976 المعدل و المتمم و المتضمن قانون التسجيل و من خلال تصفح المواد المتعلقة بأجال تسجيل العقد التوثيقي و هي المواد 58 إلى 74 منه فإذا لم يسجل الموثق المحرر في أجله المحدد يخضع لعقوبة التأخير و هذه العقوبة لا تمس بالرسمية في المحرر و السبب في ذلك أن تحصيل الجبائية و هي حقوق التسجيل لا تكون في العقود الرسمية فقط بل وفي العقود العرفية المدونة و غير المدونة و هذا ما تنص عليه المادة 12 مكرر 4 من قانون التسجيل المذكور إذ تنص: " في الميدان الجبائي فإن انعدام العقود... لا يحول دون الطلب أو التتبع لتحصيل الحقوق و الرسوم و العقوبات المستحقة"، و عليه فإن المشرع الجبائي في مادة حقوق التسجيل لا يهتم برسمية المحرر أو عدم رسميته، أو صحته أو بطلانه إذ تنص المادة 190 فقرة 1 من قانون التسجيل على ما يلي: " لا يمكن استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق أو العقود التي تم إبطالها أو فسخها فيما بعد".

(1) أ. عبد الله مسعود، عدل الموثق و حجية العقد التوثيقي، نشرة الموثق، عدد 5 ديسمبر 98، ص 33 هناك من يمدد إلى مصادر أخرى إضافية الذي يستمد الموثق منها سلطته، و هي: إرادة الله تعالى بأية المدنية، إرادة الشعب، لأن العقد ينفذ باسم الشعب، إرادة المتعاقدين، و هي الإرادة التي يريد الأطراف إعطائها الصفة الرسمية أو العادية يشترط أن تتوافق مع الارادات الأربع.

(2) أ. عبد الله مسعود، من يعطي الصيغة الرسمية للعقد التوثيقي، نشرة الموثق، عدد 8، ص 6، 7.

و يتضح من كل هذه النصوص القانونية أن مصدر المحرر الرسمي يضمن حقوق التسجيل الواجبة على العقد عند تقديمه للأصل لمصلحة التسجيل في الأجل أو بعدها، و في كل الحالات فإن المشرع الجبائي يعمد لأجل فرض رقابة جبائية على العقود الرسمية و استثناء حقوق عليها نوعين من العقود عقود تحرر لأول مرة فهي يغلب عليها طابع الاستعجال في تسجيلها و هي في الغالب من صنف العقود التصريحية.

أما بخصوص العقود التي يتم تحريرها بناء على عقود سابقة فقد تكون من صنف العقود التصريحية أو من صنف العقود ذات أصل الملكية و فيها قرر المشرع الجبائي فرض رقابته الجبائية غير المباشرة على الوثيقة السابقة المعتمدة في العقد الجديد.

و رغم ذلك فإن الرسمية لا يمكن المساس بها سواء بالرقابة على المحرر الرسمي أو بوسائل أخرى و يبقى مصدرها هو الأشكال القانونية التي يبقى المحرر الرسمي خاضعا لها و بالخصوص من مصدر المحرر الذي ائتمنه المشرع بالقيام بذلك.

2- حجية المحرر الرسمي:

إن حجية المحرر الرسمي هي القوة الإثباتية التي منحت له من طرف القانون كوسيلة للإثبات، إذ يحض بمكانة خاصة في النظام القانوني الجزائري وعلى وجه الخصوص في نظام الإثبات القائم أساسا على الكتابة وعلى ذلك تنص المادة 324 مكرر 5 ق.م.ج: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، و يعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"، و تنص المادة 324 مكرر 6 كذلك: " يعبر العقد الرسمي لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل، يوقف تنفيذ العقد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهام و عند رفع دعوى فرعية بالتزوير، يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا".

" فحجية المحرر الرسمي إذن قاطعة لا تقبل إثبات عكسها على الإطلاق إلا عن طريق الطعن بالتزوير و في ذلك تتبع إجراءات الطعن بالتزوير أمام النيابة العامة بالطرق القانونية و هي إجراءات معقدة و هو بهذا قد وضع المحرر الرسمي في أسمى و أقوى مرتبة الإثبات"⁽¹⁾، "كما أن حجيته تكون في مضمونه

(1) أ. صباغ محمد، التوثيق و العقود الرسمية، نشرة الموثق، عدد 5، ديسمبر 1998، ص 20، 21.

وليس في أجزائه فكل ما يعاينه مصدر المحرر الرسمي كالموثق مثلا بنفسه يعتبر حجة قاطعة، أما تصريحات الأطراف في بعض المحررات دون معاينة الموثق، و كذلك التصريحات التي ترد في المحرر و التي لا تهم موضوع العقد لا تكون إلا كبدائية للإثبات لا غير فمثلا كان يصرح المعترف بالدين أمام الموثق بأن مبلغ الدين الذي افترضه من فلان كان لأجل شراء منزل يقع في مكان ما، أو أن يصرح المشتري في عقد البيع بأن ثمن شراء العقار موضوع ذلك العقد تحصل عليه من قرض من هيئة عمومية أو شخص معين أو أن يصرح الطرفان (البائع و المشتري) بأن المنزل موضوع العقد هو في طريق الإنجاز فالتصريح في هذا المثال لا يعني عقد شراء المنزل و في المثال الثاني لا يعني اعترافا بدين فإن هذين التصريحين لا يعتبران إلا مبدأ إثبات و في التصريح الثالث يعتبر تصريحاً رسمياً إذا ذكر في المحرر بأن المشتري عاينه لغرض الشراء و هذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 7 فقرة 2 من ق.م.ج⁽¹⁾.

و حجية المحرر العرفي تشمل أطراف العقد، فمتى صحت الرسمية للمحرر فإن ما ورد فيه يعتبر حجة على الطرفين على حد سواء و هذا ما أكدته المادة 324 مكرر 6 و المادة 324 مكرر 7 من ق.م.ج و عليه فالمدين بالالتزام لا يستطيع أن يذكر خلاف ما ورد في المحرر كأن يحتج بأن الالتزام الذي هو على عاتقه مخالف لما ورد في المحرر الرسمي أو يطعن في الأجل الممنوح له لتنفيذ التزامه و ذلك بالإدعاء بأجل أبعد من ذلك المدون في المحرر الرسمي، و بالمقابل فإن الدائن بالالتزام ملزم بالبيانات الواردة في المحرر الرسمي فلا يحق له الإدعاء بالزيادة في الالتزام و تستمر هذه الحجية على أطراف العقد إلا أن يطعن فيها بالتزوير أو حتى يقوم الدليل على عكس ما ورد فيها، و الطاعن في صحة ورسمية المحرر الرسمي هو الملزم بتقديم الدليل على ذلك و هذا ما نصت عليه المادة 324 مكرر 5 ق.م.ج.

أما عن حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير⁽²⁾، حيث أنه باستقراء نص المادة 324 مكرر 5 ق.م.ج التي تنص على: " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره"، "فمن خلال هذه المادة نجد أنها قررت الحجية على وجه الإطلاق و معنى ذلك أن حجية المحرر الرسمي تكون على كافة الناس و هذا ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة 391 و كذلك التقنين المدني الفرنسي

(1) أ. بوحلاسة عمر، الصيغة التنفيذية، مجلة الموثق، عدد4، نوفمبر، ديسمبر 2001، ص 21، 22.
(2) الغير هنا يقصد به كل شخص أجنبي عن العقد و لا يدخل في هذا الإطار الخلف العام أي الورثة بعد وفاة أحد الأطراف لأنهم لا يعتبرون من الغير بل أنهم يحلون محل مورثهم و بالتالي يعدون طرفاً في العقد لهم ما له و عليهم ما عليه و هذا ما تؤكدته المادة 324 مكرر 6 ق.م.ج.

في المادة 1319 حيث نصت على أن الورقة الرسمية حجة على الناس كافة و عليه يستنتج بأن حجية المحرر الرسمي تسري على الغير بنفس الأشكال التي تسري على الأطراف، و عليه فلا يمكن الاحتجاج بما يخالفه إلا بالطعن بالتزوير أو بإقامة الدليل على عكس ما ورد فيه⁽¹⁾.

أما فيما يتعلق بحجية الصورة الرسمية للمحرر الرسمي فتتنص المادة 325 ق.م.ج على أن: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن 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"، كما تنص المادة 326 ق.م.ج كذلك على أنه: "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها. 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 يأخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا بمجرد الاستئناس تبعا للظروف" ، و عليه يمكننا أن نستنتج من هذين المادتين أنه في حالة وجود أصل المحرر الرسمي فإن كل الصور الرسمية مهما كانت طريقة كتابتها تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل و تعتبر الصور مطابقة للأصل ما لم ينازع فيها أحد الطرفين في ذلك وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.

أما في حالة ما إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي، و " هنا يجدر بنا أن نشير إلا حالتين، أولا حالة عدم وجود أصل المحرر الرسمي و هو أمر يستدعي الاستغراب على الأقل من الناحية النظرية إلا أن المادة 326 ق.م.ج تؤكد حدوثه و كذلك المادة 18 من قانون تنظيم مهنة التوثيق إذ تنص: " تكون العقود الأصلية أو التي لا يحتفظ بأصلها تحت مسؤولية الموثق سواء كانت محررة باليد أو الآلة الكاتبة و مطبوعة أو مستنسخة بالوسائل أو الأجهزة المناسبة".

(1) أ. شحبة عبد الله، الاعتراف بالدين، مجلة الموثق، عدد 8، سنة 2002، ص 36.

أما الحالة الثانية و هي تهم الناحية التطبيقية أكثر إذ ترسخ في عرف مهنة التوثيق بأن على الموثقين أن يحتفظوا بأصول العقود المحررة أمامهم و ذلك حفاظا على هذه المحررات الرسمية التي تعتبر مرجعا مهما يعود إليه في جميع الأحوال و عليه و إن تقرر من الناحية النظرية على الأقل انه يمكن أن لا يوجد أصل المحرر الرسمي ففي هذه الحالة يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يدعو للشك في مطابقتها للمحرر الرسمي أما الصور المأخوذة من الصورة الرسمية فإن لها نفس الحجية لكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

أما ما يؤخذ من صور للصورة المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس و تخضع بالتالي للسلطة التقديرية للقاضي⁽¹⁾.

3- الصيغة التنفيذية في المحرر الرسمي:

إن هذا الجزء من بحثنا له علاقة بقانون الإجراءات المدنية وبالخصوص بموضوع تنفيذ العقود عن طريق إظهار المحرر بالصيغة التنفيذية، وهي ميزة أخرى للمحرر الرسمي عن المحرر العرفي، مما يكسبه قوة في التنفيذ بمجرد مهر المحرر الرسمي بهذه الصيغة و الاستعانة بمحضر قضائي (المنفذ) لإتمام إجراءات التنفيذ و هذا ما لا يمكن القيام به في المحرر العرفي.

وعليه تعرف : " الصيغة التنفيذية بالطلب الذي يقدم باسم الشعب الجزائري والجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية إلى النواب العامين ووكلاء الجمهورية، حيث تتم باسم الشعب والجمهورية... وتنتهي.... وعلى قواد و ضباط القوات العمومية لتقديم المساعدة اللازمة لتنفيذ هذا الحكم والعقد بالقوة العمومية عند الاقتضاء إذا طلب منهم ذلك بصفة قانونية"⁽²⁾، وهي منصوص عليها بالمادة 320 ق.إ.م⁽³⁾، حيث تحرر هذه الصيغة في نهاية المحررات النهائية الرسمية سواء كانت أحكاما قضائية أو عقودا بذلك حتى يتمكن من اتخاذ الإجراءات المناسبة لإعطائه نسخة جديدة طبقا للمادة 322 ق.إ.م، فمجال تطبيقها و تسليمها هو بعض العقود الرسمية و هذا ما يهمننا في بحثنا.

(1) أ. شبة عبد الله، المقال السابق، ص 36.

(2) أ. بوحلاسة عمر، الصيغة التنفيذية، مجلة الموثق، عدد 4، نوفمبر- ديسمبر 2001، ص: 21، 22.

(3) تنص هذه المادة على أن : "كل حكم أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان مهورا بالصيغة التنفيذية التالية: " الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، باسم الشعب الجزائري". و تنتهي بالصيغة التالية بعد عبارة: و بناء على ما تقدم: " على جميع أعوان التنفيذ تنفيذ هذا (الحكم - إلى آخره)..."

"عندما يحرر المحرر الرسمي ومنه المحرر التوثيقي مثلا مهورا بالصيغة التنفيذية باسم الشعب الجزائري فمعنى ذلك أن مصدر المحرر الرسمي - الموثق مثلا- يمارس جزءا من السلطة القضائية بحكم القانون فهو بمثابة قاضي حكم يصدر أحكاما نهائية لقوة الشيء المقضي به ولا تقبل المراجعة بأية طريقة من طرق الطعن العادية ما عدا ما يثير لخصم من اشكالات في التنفيذ و غيرها حيث تعرض هذه الإشكالات على رئيس المحكمة المختصة قانونيا للنظر فيها حيث يقرر ما إذا كان المحرر قابلا للتنفيذ أو غير قابل لذلك أو أنه مستحيل التنفيذ تماما لذلك يجب أخذ الحذر والاحتياط في إصدار مثل هذه العقود النهائية الحائزة لقوة الشيء المقضي به الممهورة بالصيغة التنفيذية لأنها خطيرة وبمجرد خطأ بسيط يؤدي إلى نتائج عكسية تمس سمعة الموثق أو مصدر المحرر الرسمي وسلطته التقديرية في هذا المجال"⁽¹⁾، إذ نظم قانون التوثيق أحكام تسليم الصور التنفيذية ومثل ذلك ما نصت عليه المادة 21 منه: "تسليم الصور التنفيذية بصيغة التنفيذ، فتحرر وتنتهي بنفس عبارات الأحكام الصادرة عن الحكم، يؤشر على الأصل بتسليم الصورة التنفيذية."

ثم جاء في المادة 22 من نفس القانون المذكور: "لا تسلم إلا صور تنفيذية واحدة تحت طائلة خلع الموثق غير أنه يمكن تسليم صورة تنفيذية إضافية بأمر صادر من رئيس المحكمة محل إقامة المكتب و يبقى هذا الأمر مرفوقا بالأصل" إن هذه المادة تخص حالة ضياع أو فقدان الصورة التنفيذية الأولى، كما أن هاتين المادتين لم تشر إلى العقود الرسمية الواجب امهارها بالصيغة التنفيذية عن غيرها من العقود الأخرى التي لا تجب فيها تلك الصيغة، بل ترك ذلك إلى السلطة التقديرية للموثق أو مصدر المحرر الرسمي الذي يحدد الحالات الواجب فيها امهارها بالصيغة التنفيذية من غيرها وذلك حسب طبيعة كل عقد ومراعاة للعرف التوثيقي و يقصد به ما جرى العمل به في العمل التوثيقي، إذ أن الصيغ التنفيذية لا تسلم إلا في الاعتراف بدين والقروض والبيوع المؤجلة لبعض أثمانها وإيجارات التسيير الحر للمحلات التجارية وإيجارات المساكن لمدة محددة وعقود الالتزامات بصفة عامة التي تحتوي على أجل و شروط وافقة أو فاسخة وإيجارات المحلات التجارية لأقل من سنتين فيما عدا هذه العقود فلم تجرى الصيغ التنفيذية فيها باعتبارها ترتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين أو أنها تحتاج إلى مراحل متعاقبة لتنفيذها لا تحتاج إلى صيغ تنفيذية مطلقا، فقبل تسليم الصيغ التنفيذية لأحد الأطراف يجب مراعاة عدة شروط أهمها:

(1) أ. بوحلاسة عمر، المقال السابق، ص 22.

"البحث عن غرض العقد الذي يجب أن يكون إما غرضه الاعتراف بدين - القروض- إيجار المساكن العادية دون المحلات التجارية، إيجار التسيير الحر في العقود التجارية عقود البيع المؤجلة لجزء من ثمنها و ليس كل الثمن الإيجارات التجارية التي تكون مدتها أقل من سنتين، عقود الالتزامات المشمولة بالشروط الواقفة أو الفاسخة، حيث أن أغلب العقود التي تسلم فيها النسخة التنفيذية تكون ملزمة لجانب واحد مؤقتة خاصة بقضاء غرض واحد، كما أنه يشترط أن تكون الأطراف على علم بمضمون الصيغ التنفيذية في مجلس العقد و إن أبطها صاحب المصلحة في نفس المجلس حتى يكون طرفا العقد على علم بذلك، فإذا لم يتم طلبها أثناء مجلس العقد من صاحب المصلحة لا يحق له طلبها بعد ذلك لأن المنفذ ضده لا يعلم بها، لذلك يجب عليه في هذه الحالة اللجوء إلى القضاء للحصول على حقه عن طريق الأوامر التنفيذية.

و يشترط أنه إذا سلمت الصيغة التنفيذية لصاحب الحق على مصدر المحرر الرسمي أن يدون بالوصل تاريخ ورقم النسخة التنفيذية حتى لا تسلم له صيغة تنفيذية ثانية.

و تحرر و تسلم الصيغة التنفيذية بطريقتين، إما يتم إلحاقها بالنسخة المسلمة إلى الطرف المعني و يؤشر على الأصل بذلك بعد الانتهاء من جميع إجراءات العقد سواء كانت هذه النسخة التنفيذية متصلة بالنسخة أو منفصلة عنها، أما الطريقة الثانية تحرر النسخة التنفيذية بعد انتهاء أجل الدين بطلب من الدائن أو أي عقد آخر حل وقت تنفيذه، و تسلم برسم ثابت كالوكالة من حيث الرسم التوثيقي والتسجيل".⁽¹⁾

الفهم الثاني: المعروايم العرفية:

قد ينص القانون على وجوب تحرير محرر عرفي أو عادي يفرغ فيه العقد الممثل لتصرف قانوني معين مع ترك مهمة القيام بذلك للأفراد، دون تقييدهم أو فرض عليهم الاتجاه نحو موظف عمومي لتحرير العقد و إنما الذي أكد عليه المشرع هو وجوب كتابة العقد أو ضرورة توفر الكتابة في العقد الذي يريد الأطراف إنشاؤه و يقرر بطلان العقد الذي يتم بدونها، فالكتابة المقصودة في هذه العقود هي ركن شكلي فيها إذ أنها شرط لصحة العقد⁽²⁾ وإضافة إلى ذلك فإن موقف

(1) تحرير الصيغة التنفيذية، أنظر النموذج بالملحق.

(2) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 239، 238. - زواوي محمود، المرجع السابق، ص 92. - خليفاني عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 72-73.

الفقهاء منها و من أهميتها لم يختلف كثيرا عن الكتابة الرسمية مما دفع بهم إلى القول: " أن ظهور هذا النوع من الكتابة (الكتابة العرفية) كان سببه عدم إمكانية تكاثر العقود الرسمية التي تميز الفترة الحالية و يتحقق ذلك إلا بتبسيط الأشكال المفروضة من طرف القانون و يكفي اليوم، في أغلب الأحيان، للاستجابة إلى الأشكال القانونية، بتحرير سند خطي عادي (محرر عرفي ذي توقيع خاص) إلا أن المقصود ما زال عقدا رسميا طالما أن هذا المحرر أو الكتابة الخطية مفروضة تحت طائلة البطلان."⁽¹⁾

كما يرى الفقه الحديث أنه لا يمكن حصر الفرضيات التي أوجب بسببها المشرع إفراغ العقد وفق هذا النوع من الكتابة و هي الكتابة العرفية⁽²⁾، فأغراض اشترطها في المنظومة القانونية و خاصة للعقود كثيرة و متنوعة و هي في تطور مستمر حتى الآن، لذلك فإن مجال تطبيقها واسع جدا، يمكن تحديده في نظامين قانونيين في عدة مرات: قد يفترض المشرع الكتابة العرفية لعقد معين لتوجيه و مراقبة تصرف معين، كما هو الشأن في توجيه و مراقبة سياسة التمهين و هو بذلك يحقق أغراض النظام العام للتوجيه، حيث اشترط أن يكون العقد مكتوبا و هذا ما نصت عليه المادة 50 من الأمر رقم 71 /75 المؤرخ في 29 أفريل 1975 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص على ما يلي: " ... عقد التمهين يحرر ويؤشر عليه المجلس الشعبي البلدي... " وكذلك المادة 11 من القانون رقم 07/81 المؤرخ في 27 جوان 1981 حيث نصت: " يكون عقد التمهين مكتوبا وموقعا من قبل المستخدم والمتمهن و وليه الشرعي... "، كما أنه استلزمت المادة 86 من الأمر رقم 31/75 المؤرخ في 28 أفريل 1975 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص كتابة الاتفاقية الجماعية للعمل من أجل صحتها إذ تنص : " يجب أن تكون الاتفاقية الجماعية للعمل مكتوبة... "⁽³⁾، كما أن سبب اشترائها الكتابة العرفية، يكون من أجل إعطاء فعالية للشهر والتسجيل حتى يثبت تاريخ المحرر العرفي من أجل غرض جبائي وهو تحصيل الضريبة للخزينة العمومية طبقا لنص المادة 09 من الأمر 105-76 المؤرخ في 09/12/1976 المتضمن قانون التسجيل: " تسجيل العقود المدنية... "⁽⁴⁾.

وكذلك بالنسبة لعقد الشركة المادة 418 ق.م.ج إذ أن عملية التسجيل تخص العقود الرسمية والعرفية على حد سواء، و يمكن أن تفترض الكتابة العرفية في

(1) جاك غستان، ترجمة القاضي منصور، مراجعة د. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 449.

(2) CHRISTIAN Larroumet, OP, Cit, p 494.

(3) سوف نتطرق إليها عند تطبيقات الشكلية في الفصل الثاني " تطبيقات الشكلية في العقود".

(4) CHRISTIAN Larroumet, OP, Cit, p 494.

تحرير العقود من أجل تحقيق أغراض النظام العام للحماية الذي أخذ يتوسع في وقتنا الحالي⁽¹⁾ و كمثل على ذلك في عقد المقاوله إذ تنص المادة 561 ق.م.ج: " إذا أبرم العقد بأجر جزافي على أساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل فليس للمقاول أن يطالب بأية زيادة في الأجر و لو وجدت في التصميم تعديل أو إضافة، إلا أن يكون ذلك راجعا إلى خطأ من رب العمل أو يكون مأذونا منه، و اتفق مع المقاول على أجرة و يجب أن يحصل هذا الاتفاق كتابة، إلا إذا كان العقد الأصلي ذاته قد اتفق عليه شفاهية " يتضح من خلال هذه المادة أن الغرض من تحرير الكتابة هي من أجل حماية المقاول، و ما تنص و ما تنص عليه المادة 615 من ق.م.ج: " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا و هذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود الشرع، و كذلك بالنسبة لعقد التأمين على الحياة، فإنه لا يكون صحيحا إلا إذا وافق عليه الغير كتابة. " إذ أن غرض تحرير هذا العقد بكتابة عرفية هو أكثر تحديدا و ثقة عن الالتزام الشفهي، إذ أن الخطر يكون أقل لاعتبار هذه الشكلية مخففة، أراد المشرع منها أن يكون كل من يحض بهذه الحماية عالمين بحقوقهم و التزاماتهم، و لما لا تكون هذه التقنية المتمثلة في الكتابة العرفية من طبيعة ضرورية لمحرر موثق حتى يبرم العقد بتمهل أو انتباه أو التبصر لأي غش.⁽²⁾

نص المشرع الجزائري على الكتابة العرفية بمناسبة تعريف العقد العرفي و ذلك في المادة 327 ق.م.ج التي جاء فيها ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء أو وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار... "

فهل حدد المشرع الجزائري للكتابة العرفية التي تمثل العقد العرفي أشكالا قانونية يجب أن يظهر فيها المحرر العرفي صحيحا ، مثل ما أكده بالنسبة للمحرر الرسمي؟

أ- عدم خضوع المحرر العرفي لأي ضابط شكلي أو قانوني:

إن شكل المحرر العرفي غير خاضع لأي شرط يفرضه القانون لتحريره فهو يخضع لمبدأ حرية الأشكال « Principe de la liberté des formes » و معنى ذلك أن المشرع لم يفرض كقاعدة عامة شروط خاصة تخضع لها صحة

(1) CHRISTIAN Larroumet, OP, Cit, p 495 " Ordre public de protection".

(2) Jaques Flour et Jean- Luc Aubert, OP, Cit, P231.

المحرر العرفي، و إن كان أحيانا يفرض ضوابط قانونية تخص محتوى المحرر العرفي.⁽¹⁾

فبالنسبة للضوابط الشكلية في المحرر العرفي التي تعني بالدرجة الأولى الشخص الذي يقوم بإصدار المحرر العرفي فلا يهم أن يكون موظفا عاما أو شخصا عاديا، بل قد يحرر المحرر من طرف أحد الأطراف أو شخص أجنبي عنهم كما أنه لا يشترط في محرره أهلية معينة ذلك لأنه ينقل أقوال وأفكار الأطراف المتعاقدة فقط، لدى لا تقوم مسؤوليته نتيجة تحريره للمحرر العرفي مبدئيا وإن كان يقع عليه التزام بإعلام الأطراف بما ورد في المحرر، وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم مؤرخ في 18/07/1967 سار على نفس الاتجاه حيث نصت: " أن قضاة الموضوع قد أصابوا عندما حكموا بقيام مسؤولية شركة قانونية و ضريبية قبلت تحرير سند عرفي و لم يخطر المحرر أحد طرفي التصرف ببيانات كان يعرفها."⁽²⁾

أما بخصوص اللغة التي يحرر بها المحرر العرفي فلا يوجد نص على تحديدها لدى يمكن أن يحرر باللغة العربية أو أي لغة أجنبية، أو لهجة أو رموز معروفة لكلا المتعاقدين بشرط أن تكون مفهومة الدلالة، و لا يشترط ذكر مكان تحرير المحرر العرفي ولا تاريخه فيمكن أن يحرر داخل مكتب المحرر أو خارجه أو بمنزل أحد المتعاقدين....، كما أنه يمكن تحرير المحرر العرفي بأي مادة يكتب عليها المحرر العرفي و عادة ما تكون الأوراق لتحرير مضمون العقود المدونة لأنها متوفرة وسهلة الاقتناء، و لم يشترط أي نوع من الحبر يجب أن يستعمل لكتابة المحرر العرفي فيمكن تحريره بأي حبر أو قلم و بأي لون، و بأي وسيلة كذلك بالآلة الرقنة أو باليد أو بالطباعة...."⁽³⁾

إلا أننا نشير في هذا الصدد لبعض المشاكل التي ظهرت في مجال الكتابة العرفية للتصرفات القانونية و نعني خاصة الورق الذي يدون فيه المحرر و كذلك تقليد الكتاب العموميين للموثق ككاتب رسمي مختص في تحرير العقود.

(1) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 92.

د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 153.

(2) المرجع نفسه، ص 93.

(3) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 93.

د. محمد حسين قاسم، المرجع السابق، ص 154 إلى 156.

"ظهر عند الكثير من الأفراد أن الورق المدموغ (papier Timbre) بأنه وثيقة تتوفر على الطابع الرسمي و أنه محصن من البطلان و بالتالي فهو يعد ضمانا لصحة المعاملة عندما يدون عليه الأطراف أو الكاتب العمومي أية معاملة حتى و إن تمثلت في معاملة رسمية كبيع العقار مثلا، إلا أنه ظهر موقف الموثقين باعتبارهم جهة مختصة بإصدار المحررات الرسمية و رأوا بأن هذه الأوراق العرفية عادية لا قيمة قانونية لها فهي مجرد ورقة تحمل طابعا جبائيا مطبوع مباشرة لدى المطبعة الرسمية تساوي قيمته الرسمية الحصول على ورقة بيضاء و شراء طابع جبائي قيمته 5 دج أو 20 دج، و بالتالي فإن تدوين محتوى المحرر فوق هذه الأوراق لا علاقة له برسميته ما لم يحرر عليها الضابط العمومي محررا رسميا، فإذا أصدر كاتب عمومي محررا عرفيا فالعقد يبقى عرفيا و لا يضيفي عليه أية رسمية أو حجية عليه بسبب وجود الطابع في أعلى الورقة، فلا معنى قانوني و لا قوة ثبوتية للورق المدموغ في عقد البيع أو الشراء الوارد على العقود و العقود التي يوجب القانون إنشائها في الشكل الرسمي.

أما الكتاب العموميون فقد خول لهم القانون تحرير المحررات العرفية فيما لم يوجب فيه القانون الرسمية أي أنهم غير مختصون قانونا بإصدار المحررات الرسمية، و عليه يفترض ألا يقلد الكتاب العموميون الجهات الرسمية في تحرير العقود، أو تلاوة عبارات أوجبها القانون على الموثقين كتلاوة القوانين، أو الإشارة إلى أن العقد سوف يتم تسويته أو تسجيله لدى الموثق و هناك بعض الخروقات التي تخلق مشاكل عديدة و تضيع معها حقوق الأفراد بالتحايل على القانون.⁽¹⁾

أما عن الضوابط القانونية التي ترتبط بمضمون أو محتوى المحرر العرفي فلا يوجد أية قواعد معينة خاصة لكتابة المحرر العرفي، كما أن القواعد المتبعة في تحريرها غير واجبة الاتباع كما أنه لم يحدد البيانات الملزمة التي يجب أن يحتوي عليها المحرر و يجب تدوينها من طرف محرره من اسم ولقب و مقر عمل محرره، و اسم و لقب ولادة الأطراف كذلك و تحديد موضوع أو محل العقد وأصل الملكية... فمصدر المحرر العرفي له كامل الحرية في تدوين البيانات والمهم فيها أن تعبر بوضوح عن إرادة الأطراف، كما أنه إذا وجدت إضافات أو شطب أو حشر، وكتابة بين السطور أو على الهامش فلا يؤدي ذلك إلى بطلان المحرر، فيمكن شطب عبارة أو إضافة كلمة أو حذفها أو تصحيحها أثناء تحرير

(1) أ. بوتغرار، سر الورق المدموغ و تجاوب الكتاب العموميين، مجلة الموثق، عدد 2، جويلية - أوت 2001، ص 39-40، و هي بعض الظواهر التي رصدتها الموثقون في هذا المجال ألا وهو مجال الشكلية و كتابة العقود المدينة.

المحرر العرفي، فالمهم أن يكون معناها يعبر عن محتوى العقد المعبر عن إرادة الأطراف و لا تتعارض معها، و يمكن وضع جمل اعتراضية، كما أنه لا يشترط قراءة محتوى المحرر على الأطراف، كما أن تسجيل المحرر العرفي و وضع الطابع الجبائي لا يؤديان من حيث المبدأ إلى بطلان المحرر العرفي، و لكن قد يعاقب المخالف بعقوبة الغرامة كما أنه لا يؤدي إلى اكتساب السند لتاريخ ثابت.⁽¹⁾

إن عدم إحاطة المحرر العرفي بشروط و أحكام دقيقة يجب اتباعها في تحرير المحرر العرفي يؤدي ذلك إلى صعوبات⁽²⁾ في الاعتراف بمصادقية المحرر العرفي خصوصا عند إنكاره من طرف أحد الأطراف مما جعل "بعض التشريعات أن تؤكد على شروطه كما جاء في قانون 13 جويلية 1930 المتضمن مدونة قانون التأمينات الذي اهتم بجعل شروط و وثائق التأمين مقروءة، و بصورة عامة المستندات الأخرى التي يستخدمها المؤمنون فهو يفرض لهذه الغاية أن تكون بأحرف ظاهرة"⁽³⁾.

ب- شرط التوقيع الخاص على المحرر العرفي:

قبل أن نتناول شرط التوقيع الخاص على المحرر العرفي، لا بأس أن نشير إلى ملاحظة هامة تتمثل في اعتبار كتابة المحرر العرفي بخط يد المتعاقد شرطا في المحرر العرفي.

إذ أنه بالرجوع إلى نص المادة 327 ق.م.ج التي تعرف المحرر العرفي بأنه: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء..." يتضح من هذه المادة أنها لم تجعل كتابة المحرر العرفي بخط يد المتعاقد شرطا مفروضا فيه ونذكر في هذا الشأن موقف الأستاذ "علي فيلالي"⁽⁴⁾ الذي تناول كتابة المحرر العرفي بخط المتعاقد شرطا إلى جانب

(1) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 94.
(2) لأن تلقي نماذج من محررات عرفية قصد الاعتماد عليها كأصل للملكية مثلا يثير الشبهات و الشكوك في صحتها بسبب أن هذه المحررات تكون عرضة للتزوير من ذوي الشأن لدى إذا لم يتبين للموثق صحتها يحيل المعني أمام المحكمة بإضفاء الحجية على المحرر العرفي المقدم وفقا للفقرة الرابعة من المادة 328 ق.م.ج.

(3) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 452.
(4) علي فيلالي، المرجع السابق، ص 239-240، بقوله: "إن العقد العرفي سيلزم توفر شرطين: أن يكون مكتوبا بخط المتعاقد الذي ينسب إليه بينما تشترط الكتابة في المحرر العرفي المعد للإثبات أن تدل تلك الكتابة على الغرض الذي أعد من أجله، أي تكون الكتابة واردة على الواقعة الذي أعد هذا المحرر ليكون دليلا عليها، و لا يشترط فيها أن تكون مكتوبة بخط اليد لأن ذلك قيذا خطيرا على التعامل بالعقود العرفية خاصة، بين الأمين و التعاقد بالتوكيل... كما بين ذلك المؤلف نفسه.

د. محمد حسن تام، المرجع السابق، ص 154.

شرط التوقيع عليه، إذ أنه إذا كان المعنى كذلك يكون نص المادة 327 المذكور على النحو التالي: " يعتبر العقد العرفي صادر ممن كتبه (حرره) ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء...."، حتى أن قرار المجلس الأعلى الصادر في 28 أفريل 1982 في ملف رقم 27136 الذي جاء فيه: " حيث أن العقد العرفي المتنازع فيه و الموجود في حوزة الطاعنة يحمل توقيعاً منسوباً إلى السيد... الطرف الآخر"، إذ أن القرار ركز على شرط واحد و هو التوقيع و ليس على كتابة المحرر العرفي بخط يد المتعاقد الذي لم يعره أي اهتمام، و عليه يعتبر التوقيع الخاص في المحرر العرفي الشرط الوحيد والأساسي فيه.

يعتبر التوقيع (La signature) الاستثناء الوحيد لمبدأ حرية الأشكال الذي يخضع له المحرر العرفي، فهو العنصر المادي الملموس الذي يدل على وجود العقد وجديته، فهو لا يعبر عن الإرادة فقط، بل يعد دليلاً على وجودها، و يتمثل في وضع المتعاقد بخط يده لقبه ثم اسمه أو يدونه على المحرر العرفي، معبرا عن قبوله لما جاء في المحرر العرفي، فهو رمز ينسب للمتعاقد بذاته و على إرادته و لا لشخص آخر لدى يجب أن يكون معبر عن شخصه كذلك يجب أن يكون المحرر العرفي ذي توقيع خاص⁽¹⁾، و نظراً لأهمية التوقيع فقد جعلت المادة الأولى من مرسوم 24 مارس 1978، التي منعت الشروط التي يكون موضوعها أو مفعولها تحقيق إذعان غير المهنيين و المستهلك لشروط عقدية غير واردة في المحرر الخطي الموقع" وكان من المسموح به الاعتقاد قبل ذلك أن واضعي المرسوم توخوا إخضاع صحة أي محرر يربط بين المستهلكين وغير المهنيين بوضع توقيعاتهم"، إلا أن مجلس الدولة و في حكم له مؤرخ في 03 ديسمبر 1980 أبطل هذا النص بسبب تجاوز السلطات المعطاة للحكومة في قانون التأهيل بتاريخ 10 جانفي 1978 التي اعتبر من غير البديهي جعل في كل الحالات شكلية التوقيع شكلاً رسمياً مفروضاً تحت طائلة البطلان بناء على مرسوم عادي موضوعه الصريح كان أكثر تحديد ورغماً عن الأهمية النفسية والاجتماعية والقانونية للتوقيع".

كما أنه تساءل الفقه حول الاتجاه الذي يقول بملاءمة جعل التوقيع شرطاً للصحة في المحرر، فقد بين أحد المؤلفين وهو (y. Boyet)، و كذلك محكمة

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 240-241.

زواوي محمود، المرجع السابق، ص 95.

د. محمد حسن قاسم، لمرجع السابق، ص 158، إذ اعتبر: " التوقيع هو الشرط الأساسي و الجوهرى لوجود المحرر العرفي، فالتوقيع هو الذي يقوم عليه صحة صدور المحرر ممن يراد أن يكون حجة عليه" و تنص المادة 263 موجبات و العقود اللبناني على أن: " العقد الخطي الذي يكتب عقد التعاقد لا يكتسب قوة الإثبات إلا إذا وقع المتعاقدون".

النقض في حكم لها مؤرخ في 23 أبريل 1923 بأن الطرفان لا يتمسكان بتعهدهما إلا بوضع توقيعهما...." كما اتجه الفقه الفرنسي بخصوص عقود الإذعان، إلى اعتبار أن توقيع المحرر بتوقيع خاص يجب أن يتم بشكل أساسي بتوقيع الطرفين وعليه إذا تعلق الأمر بعقد إذعان فالتوقيع شرط لصحة المحرر.⁽¹⁾

"لقد تعددت و تنوعت طرق وأساليب التوقيع، إلا أن المشرع لم يحدد توقيعاً معيناً أو طريقة معينة يعتمد عليها كمرجع يتبعه الأطراف في التوقيع ووضع التوقيع على المحرر العرفي يمكن أن يتم بأخذ بصمة الأصبع إذ أنها نوع من التوقيع لها قواعد تحكمها"⁽²⁾ وهناك من اعتبرها حصن منيع ضد أي تزوير للتوقيع إذ أن بصمة الشخص لا يمكن أن تتشابه مع بصمة شخص آخر وهنا يكمن سر هذه الطريقة في التوقيع، و رغم ذلك فإنه عرف رفضاً واعتراضاً وتردداً في قبوله من طرف القضاء المدني قضت محكمة النقض في حكم لها مؤرخ في 1992/10/29 أن: "الورقة العرفية تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده فإن خلت من توقيع أحد المتعاقدين فلا يكون لها أي حجة قبله بل أنها لا تصلح مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ضده إلا إذا كانت مكتوبة بخطه". وهذا هو موقف الفقه الفرنسي في فترة سابقة، إلا أنه لا يوجد نص في القانون يمنع مثل هذا التوقيع، ويبقى صحيحاً ومقبولاً بين أوساط الأميين بشرط أن يكون الموقع ببصمة الأصبع على دراية بكل ما يوقع عليه"⁽³⁾.

كما أن هناك طريقة أخرى يتم بها التوقيع و هي التوقيع بالختم و هو طابع يحمل معلومات الشخص من اسم و لقب و عنوان،... يبقى مقبول خصوصاً في المعاملات التجارية أمام عدم وجود نص قانوني يمنع هذا النوع من التوقيع.

أما بخصوص التوقيع بورق الكربون و هو توقيع يستنسخ بواسطة هذا الورق، فقد قبله القضاء المصري كطريقة يتم بها التوقيع إلا أنه تردد القضاء الفرنسي في قبوله أو رفضه⁽⁴⁾، أما بالنسبة للمشرع و القضاء الجزائري فلم توجد

(1) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة، فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 451 إلى 462.
(2) أ. عريب عبد الحق، البصمات، نشرة الموثق، و من بين هذه القواعد: التأكد من نظافة بنان الأصبع موضوع البصمة، و خلوها من أي مادة شمعية أو دهنية قد تخفي عناصر البصمة، و وجوب وضع البصمة من القاعدة إلى الأعلى و من جانبي الشرق إلى الغرب للمحافظة على كل الأجزاء استعمال الحبر الخاص وجوب إرخاء الأصبع وعدم الضغط بالقوة على الورق، اعتماد بصمة أصبع السبابة اليسرى متفق عليها عالمياً و اختزال الوقت، راجع المقال ص 33.

(3) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 95.

(4) - المرجع نفسه، ص 96.

د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 161.

نصوص قانونية و لا اجتهادات قضائية تمنعه، إذ تبقى مسألة تقدير صحة أو عدم صحة التوقيع على المحرر العرفي لقاضي الموضوع الذي يستعمل سلطته التقديرية أو يستعين بأهل الخبرة في هذا المجال⁽¹⁾ و ذلك في حالة الشك في تزوير التوقيع أو عدم دلالاته على اتجاه إرادة المتعاقد.

إن حرية التوقيع في المحرر العرفي أدى إلى ظهور نوع آخر من التوقيع أصبح كثير التداول بين الأفراد و يتعلق الأمر بالتوقيع على بياض Blanc Seing الذي عرفته محكمة النقض الفرنسية في حكم للغرفة الجنائية مؤرخ في 11 مارس 1825 بأنه: " توقيع يعطى مسبقا لإقرار سند خاص بوضعه عليه."⁽²⁾ و قد كان محل نقد من قبل القضاء الفرنسي و ذلك بسبب سهولة تزوير مضمون المحرر أو تغيير محتواه، لذا نرى أنه يجوز قبول هذا النوع من التوقيع إذا لم ينكره المتعاقد الموقع على بياض، إلا أنه تبقى خطورته على الأفراد الأميين إذ أنه في حالة إنكار هذا التوقيع من طرف شخص أمي فيتعين قبول طلبه في إبطال هذا التوقيع، لأنه حالة المتعاقد و هو أمي حالة موضوعية كافية لإبطال هذا النوع من التوقيع.

و قد قضت محكمة النقض المصرية في حكم لها مؤرخ في 09/03/1961 بأن: " الأصل في الأوراق الموقعة على بياض أن تغيير الحقيقة فيها ممن استأمن على هذا، نوع من خيانة الأمانة و من تم فإنه يرجع في إثباته إلى القواعد العامة و من مقتضاها أنه لا يجوز بالكتابة ولا يخرج عن هذا الأصل إلا في حالة ما إذا كان من استولى على الورقة قد حصل عليها خلسة أو نتيجة غش أو طرق احتيالية أو بأية طريقة أخرى خلاف التسليم الاختياري فعندئذ يعد تغيير الحقيقة فيها تزويرا يجوز إثباته بكافة الطرق."⁽³⁾

ج- حجية المحرر العرفي:

تعد حجية المحرر العرفي معيار من المعايير للفرقة بينه و بين المحرر الرسمي، أما بالنسبة لحجية المحرر العرفي في الإثبات بين أطرافه فتتص عليه المادة 327 ق.م.ج على ما يلي: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم

(1) و هي قواعد التحقيق أو مضاهات الخطوط المواد 76، 77، 78، 79، 80 ق.إ.م.

(2) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 97.

د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 162.

(3) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 162.

الإنكار، ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق". يتضح من نص هذه المادة أن حجية المحرر العرفي موقوفة على اعتراف من وقعه، أو على الأقل عدم إنكاره له أي أنه يكفي أن ينكر صراحة التوقيع المنسوب إليه أو صدوره منه، فيجب على المتمسك بصحة هذا المحرر أن يثبت عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط أن التوقيع صحيح.⁽¹⁾

أما إذا ثبت صحة التوقيع كان المحرر حجة على حقيقة الوقائع المثبتة فيه بما في ذلك تاريخها و إذا ادعى أحد المتعاقدين بعدم صحتها فيجب عليه أن يثبت ذلك كتابة كالأدعاء بالصورية التي لا يجوز إثباتها فيما المتعاقدين إلا بالكتابة وكذلك الأمر بالنسبة للخلف العام الذي يصبح في هذه الحالة في حكم الغير إذ يجوز له إثبات الصورية بكل طرق الإثبات إذا كانت تخفي تحايلا على القانون بإثبات أن البيع يخفي رهنا أو التحايل على أحكام الميراث.

نستخلص من ذلك أن المحرر العرفي المثبت للعقد الذي لا ينكر فيه توقيع ولا يطعن في التصرف الذي يتضمنه يكون دليل إثبات كامل و صحيح.

أما بالنسبة لحجية المحرر العرفي على الغير فقد نصت عليه المادة 328 ق.م.ج: " 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 Enregistrement أو من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام Sa substance est constatée dans un autre acte أو من يوم التأشير عليه على يد ضابط عمومي مختص visa apposé par un officier public أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء et la signature غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة"، فهذه الأخيرة يجوز سريانها على الغير و لو لم تكن ثابتة التاريخ حسب تقدير القاضي.

" فمن خلال تصفح هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري أخذ بحجية المحرر العرفي و جعل له مكانة بين الرسمية، فقد كان يعتد بالمحررات العرفية الثابتة التاريخ قبل مارس 1961 ثم إلى تاريخ 31/12/1970 أي بعد الاستقلال

(1) و هنا تتبين التفرقة بين الطعن بالتزوير في المحرر الرسمي و إنكار التوقيع في المحرر العرفي و هو أن في الطعن بالتزوير يكون عبء الإثبات على الطاعن بينما إنكار التوقيع ينقل عبء الإثبات إلى المتمسك بصحة الورقة، و الطعن بالتزوير هو الطريق الوحيد لإنكار المحرر الرسمي، بينما في حالة المحرر العرفي يكون المنسوب إليه التوقيع طريقان هما إنكار التوقيع و الطعن بالتزوير و يبقى مفتوحا أمامه حتى لو اعترف بصحة التوقيع أو أسفرت الإجراءات للتحقيق على صحته.

مباشرة، كما أن المادة 328 ق.م.ج أضافت إلى المحرر الرسمي محررات عرفية أضفت عليها الرسمية⁽¹⁾، و هنا يجدر بنا أن نشير إلى مشكل قانوني طرح بالحاح وهو ما تنص عليه الفقرة 4 من المادة 328 ق.م.ج إذ أن هذه الفقرة أعطت للمحرر العرفي حجية قانونية من يوم وفاة أحد الذين لهم على المحرر خط أو إمضاء أين لم يحدد المشرع هذا الطرف و جعله على إطلاقه و هنا يطرح التساؤل التالي: هل يكون للمحرر العرفي حجية من يوم وفات أحد أطرافه أو من يوم الشاهد؟".

و هنا نشير إلى عدة نزاعات طرحت على القضاء أين امتنع فيها المحافظ العقاري إشهار الشهادات التوثيقية إذا كان الورثة يحوزون على محرر عرفي للوارث بنقل عقار بعد الوفاة أما الموثق، خصوصا إذا كانت هذه الشهادات الموثقة محررة وفق الأشكال القانونية مبنية على محرر عرفي للمتوفي، و غالبا ما تكون حجة رفض الإشهار هو عدم إثبات التاريخ للمحرر العرفي، و هذا ما أثير في دعوة إدارية ضد المحافظة العقارية لولاية بسكرة و التي أصدر بشأنها مجلس قضاء بسكرة قرار مؤرخ في 1999/05/30 جاء فيه: " في الموضوع، الحكم بإشهار الشهادة التوثيقية بنقل عقار بعد وفاة رقم 470 المؤرخة في 1997/10/08 لدى المحافظة العقارية لولاية بسكرة"⁽²⁾ و يبقى أن نشير إلى أن وسائل إثبات التاريخ لم ترد على سبيل الحصر حسب مفهوم المادة 328 ق.م.ج.

الفرع الثالث: الشكلية التعاقدية و وسائل الاتصال العالمية:

إن تطور و عصرنة الشكلية في مادة العقود متطلب حتمي لما عرفه العالم والمجتمعات من تطور وتقدم هائل في كل المجالات و خصوصا في مجال المبادلات التي تتم عن طريق العقود، وتطور الشكلية يقتضي كذلك تطور أجهزتها

(1) أ. سعداوي عبد الحميد، العقد العرفي الثابت التاريخ، مجلة الموثق، عدد 8، 2002، ص 22، 23.
أ. علاوة بوتغرار، اكتساب السند لتاريخ ثابت بين نص المادة 328 ق.م. و المادة 89 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المعدل و المتمم، ص 12.

(2) و صدر هذا القرار بعدما اتضح للمجلس القضائي أن للمدعين عقد عرفي باسم مورثهم محرر بتاريخ 61/04/04 يتضمن شراءه لدار... و أنه بعد وفاته بتاريخ 1969/01/09 قاموا بتحرير شهادة توثيقية بنقل عقار بعد وفاته أمام الموثق بتاريخ 97/10/08، تحت رقم 97/470 و عند تقديمها للإشهار من طرف المحافظة العقارية رفض شهرها بحجة عدم إثبات تاريخ العقد العرفي المحرر بتاريخ 91/04/04 طبقا للمادة 89 من المرسوم 63/76، كما أنه لم توجد أية منازعة في خط أو إمضاء أطرافه و شهوده مما اتضح للمجلس أن المحرر العرفي له تاريخ ثابت و هو تاريخ وفاة مورث المدعين أي 69/01/09 و بالتالي فإن رفض إيداع الشهادة التوثيقية بنقل عقار المنصبة عليه غير مبرر.

الساهرة على تجسيدها و احترامها في المجتمع، و أهم هذه الأجهزة جهاز التوثيق الذي يرى كل المهتمين بهذا القطاع بأن القرن الواحد و العشرين سجل ظاهرتين هما اللتان سوف تتحكمان في تطور التوثيق و بالتالي الشكلية في العقود في السنوات المقبلة، لدى يجب على جهاز التوثيق بذل كل الجهود من أجل الإبقاء على ديمومة هذه المهمة التي يختص بها داخل المجتمع، و ذلك بالتكيف مع هذه التحولات الجذرية التي سوف يكون لها تأثير غير محدود على نشاطه.

"تتمثلان هاتين الظاهرتين حسب المهتمين في أولاً: عولمة المبادلات « La mondialisation des échanges » وثانياً في: معلوماتية التقنيات L'informatisation des techniques⁽¹⁾ وعليه و أمام هذه المعطيات يستوجب على التوثيق التكيف أولاً مع عولمة المبادلات، والتي من نتائجها الرئيسية تنمية و تطوير المنافسة التي ظهرت مع النظام الاقتصادي الجديد المنتهج من طرف الجزائر والذي من قواعده الأساسية فتح الأسواق و توسيع مجال الاقتصاد للمتعاملين الأجانب للاستثمار في شتى الميادين، لدى يجب على كل دولة أن تتحصن بجهاز للتوثيق قوي و بمنظومة تشريعية منسجمة مع الواقع الاقتصادي الجديد لجلب الأجانب الذين يعملون على استثمار أموالهم بضمانات صلبة و من هذه الضمانات الأمنية و القانونية نجد الشكلية.

إن الشكلية في مادة العقود يجب أن ترقى في ميدان آخر له علاقة مباشرة بسابقه و هو التكيف مع معلوماتية التقنيات و هي الظاهرة الثانية و التي تقتضي الاهتمام بما يسمى الاستثمار التقني Investissements techniques والاستثمار العلمي Investissements scientifiques و هما مجالان يشكلان الاستثمار في التكنولوجيا الجديدة Investir dans les nouvelles technologies.

(1) جون بول ديكورب Jean- paul décorps، التوثيق في فرنسا مجلة الموثق، عدد 6 أفريل، ماي 2002، ص 43.

و يشير الأستاذ جون بول ديكورب إلى أن مهمة تدويل التوثيق يكون من خلال تدويل مهنة التوثيق و تدويل المحرر الرسمي بين دول العالم، و يشير هنا إلى إقامة اتفاقية بين الدول و قد وصلت الدول الأوروبية إلى درجة متقدمة في هذا المجال حيث سمح ذلك للاتحاد الدولي للتوثيق اللاتيني بتبادل التجارب بين الدول الأعضاء ففي سنة 1990 تقدم بعض النواب الأوروبيين باقتراح يهدف إلى انسجام قانون التوثيق و قانون المهنة في كل بلدان المجموعة الأوروبية وصادق على مشروع التقرير بتاريخ 93/12/01 قبل المصادقة عليه في شكل لائحة بتاريخ 18/01/1994 و قد سلك طريق الحوار و التشاور من أجل انسجام تنظيم مهنة التوثيق، و كذلك العمل على تقديم الاقتراحات المكملة لاتفاقية بروكسل المؤرخة في 27/09/1968 الخاصة بالمرور الحدودي للعقود التوثيقية.

أ. الطاهر ملاحسو، التوثيق في العالم، لجنة الموثق، عدد2، جويلية- أوت، 2001، ص46.

فالميدان الأول و المتمثل في الاستثمار التقني يقصد به تطوير جهاز التوثيق لأساليب العمل من فتح مواقع للاتصال الخارجية كشبكة أنترنت (Internet) و استعمال تجهيزات إعلامية متطورة (كأجهزة الإعلام الآلي في مكاتب الموثقين، و برامج الإعلام الآلي،...) وكل ذلك من أجل تلبية الطلبات الجديدة للأفراد داخل و خارج الوطن و في الوقت المناسب.

أما الميدان المتعلق بالاستثمار العلمي فهو الذي يعني بتطوير الشكلية في العقود أمام عولمة المبادلات حيث ظهرت شكلية جديدة و متطورة أصبحت تستعمل على أجهزة الإعلام الآلي، ونخص بالذكر المحرر الرسمي الإلكتروني والتصديق الإلكتروني،" إذ يقصد بالمحرر الرسمي الإلكتروني *l'acte authentique électronique* ذلك المحرر الذي يدون على جهاز من أجهزة الإعلام الآلي فهو محرر رسمي معبر عن إرادة المتعاقدين، فتتم كتابته و قراءته إلكترونيا، و هي تقنية ظهرت في مجال المعاملات خصوصا في العشرية الأخيرة، و هي تستعمل عند التعاقد بين طرفين متواجدين بين دولتين بعيدتين، فمن أجل تأكيد مصداقية هذا النوع من المحررات الرسمية يجب أن تتكيف هذه التقنية مع المتطلبات و شروط القانون، و ليس العكس، أي أن لا تجعل القانون دولة ما التي يفرض شكلية معينة مع التقنية المعلوماتية ينساق أمام هذه التقنية المتطورة، و هذا يتطلب حضور الموثق المدرك لشكلية تلك الدولة منذ بداية تحرير المحرر الرسمي إلكترونيا وكل ذلك من أجل ضمان تأمين المعاملات و مصداقية رسميتها و حجيتها في أي دولة"⁽¹⁾.

كما أنه ظهر نوع من الأرشيف يسمى "بالأرشيف الإلكتروني *L'archivage électronique* التي أصبحت تقنية مهمة تستدعي الاهتمام خصوصا في السنوات المقبلة، و ذلك من أجل تحقيق تأمين حفظ العقود و أصولها من الضياع و السرقة و كذلك تحقيق سهولة البحث عنها و ذلك بتنظيم الأرشيف إلكترونيا"⁽²⁾.

" أما التصديق الإلكتروني *La certification électronique*، " فيعرف التصديق على التوقيع وهو الذي يطلبه أحد أطراف العقد الذي حرر العقد لصالحه عندما يخشى هذا الأخير إنكار الموقع لتوقيعه في المستقبل، و تفاديا لذلك يطلب المستفيد من المحرر من الطرف الآخر، أن يصدق على توقيعه من مكتب التوثيق إذ يتم إثبات التصديق بمحضر رسمي يحرره الموثق، إذ ينتج على ذلك أن التوقيع

(1) أ. جون بول ديكورب، المقال السابق، ص 42.

(2) المقال نفسه، ص 42.

المصدق عليه لا يمكن إنكاره و في حالة نفي صحة هذا التوقيع من طرف الموقع نفسه، إلا بالطبع فيه بالتزوير، لأنه أصبح التصديق على التوقيع في هذه الحالة محرر رسمي، أما المحرر فتظل صفته عرفية⁽¹⁾.

و هذه الوسيلة مستعملة كثيرا في المحررات العرفية، إلا أنها منتشرة كذلك في المعاملات التي تستعمل الوسائل المعلوماتية لتحرير المحرر الرسمي، " إذ أن دور الموثق يتمثل في السعي من أجل التصديق المتضمن لإمضاء إلكتروني واحد للمعني بالأمر، إذ أن هذه المهمة ممكنة، و لكن يجب الانتباه إلى خرق طبيعة المحرر الرسمي، بمماثلتها لرسمية بسيطة للتصديق على التوقيع الإلكتروني في المحرر العرفي، أي أنه يجب احترام الإجراءات والضوابط القانونية التي لا تمس برسمية التصديق في المحرر الرسمي، وبما أن هذه العملية تكون بين الدول المختلفة إذ أن هناك نظامين قانونيين عالميين مختلفين تماما عن بعضهما وهو النظام التعاقدية اللاتينية الذي تنتمي إليه الجزائر والذي يعتمد في مجال المعاملات على التقنين، الكتابة، و الشكليات) و النظام التعاقدية الانجلو ساكسوني الذي يقوم على (العرف، الاجتهاد القضائي، حرية مطلقة في المعاملات) لذا يجب الانتباه إلى كل خلط بين التصديق والرسمية، بمقدار أن الخطر كبير ما دام أنه بالإنجليزية كلمة (تصديق Certification) تقال بكلمة (الرسمية Authentication) أي أن الكلمتين معا لهما نفس المعنى"⁽²⁾.

وعليه فإنه بالنظر إلى " تحديات العصر وعولمة المبادلات، وتنتقل الأشخاص وتحويل رؤوس الأموال، وكذا تحديات التكنولوجيا الحديثة المستعملة في المفاوضات عن بعد وإمضاء وسائل الإثبات والأرشيف الإلكتروني ولمواجهة هذه التحديات ينبغي على الأجهزة التي حولتها الدولة تجسيد الشكليات في العقود و احترامها فيجب على التوثيق أن يفتح على العالم باحتكاكه مع توثيق و خبرات الدول الأخرى في هذا الميدان."⁽³⁾

(1) د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 163.
(2) أ. جون بول ديكورب، المقال السابق، و تحدث الأستاذ من خلال مقاله عن مشروع النظام التوثيقي الأوربي، ص 42.
(3) تدخل للأستاذ محمد فارس حول كيف تقييم وضع التوثيق في الجزائر؟، مجلة الموثق، عدد 6 أفريل- ماي 2002، ص 27.

الفصل الثانى: أوم مجالات تطبيق الشكلىة

فى العقود و موقف القضاء منها:

سوف نحاول من خلال هذا الفصل أن نسلط الضوء على أهم تطبيقات الشكلىة فى العقود و كذلك موقف القضاء منها، و منه سننترق فى المبحث الأول إلى مجال تطبيق الشكلىة فى العقود، و منه سنناول أحكام الشكلىة فى العقود التى يتناولها أحكام القانون المبنى الجزائرى، مع دراسة مفصلة للشكلىة فى بعض العقود الأخرى التى تناولتها نصوص خاصة و نجد منها عقد الرهن الرسمى و عقد البىع على التصامىم المعمول به فى إطار النشاط العقارى و كل ذلك تناولناه فى المطلب الأول.

أما فى المطلب الثانى فقد تناولنا تطبيقات الشكلىة العرفىة فى العقود، كما خصصنا حىزا من دراستنا لتكىف الكتابة المفترضة فى بعض العقود و أخذنا كمثل على ذلك عقد الإىجار و أحكام الشكلىة فىه بىن القانون المبنى و المرسوم التشرىعى رقم 03/93 المؤرخ فى 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقارى و كذلك حكم الشكلىة فى عقد الوكالة.

أما فى المبحث الثانى فقد تطرقنا إلى موقف القضاء الجزائرى من الشكلىة فى العقود مبرزىن من خلال ذلك أهم المبادئ و المواقف التى رسخها فى أحكامه و قراراته و محاولىن كذلك إبراز أهم المراحل التى مر بها الاجتهاد القضائى الجزائرى منذ الاستقلال إلى يومنا هذا.

- فما هى أهم مجالات تطبيق الشكلىة فى العقود؟ و ما هى أحكامها؟ و ما

هو موقف القضاء من الشكلىة فى العقود؟.

المبحث الأول: مجالات تطبيق الشكلية في العقود :

نص المشرع الجزائري على الشكل الرسمي الواجب لقيام العقود، عندما أصدر الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم التوثيق وذلك في المادتين 12 و 13 من الفصل الثاني المعنون " بعقود الموثقين"، إذ تنص المادة 12 من الأمر المذكور على: " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية و كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها، أو عقود زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أو تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق"⁽¹⁾.

أما المادة 13 من الأمر المذكور و التي جاءت مكملة لنص المادة السابقة بنصها: " يجب إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي و ذلك تحت طائلة البطلان، و تودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الموثق المحرر للعقد".

ثم صدر القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 الذي عدل و أضاف بعض أحكام إثبات الالتزام بالكتابة، فأدرج المشرع مضمون المادتين 12 و 13 المذكورتين في المادة 324 مكررا 1 ق.م.ج التي تعتبر مجال تطبيق المادة 324 ق.م.ج التي تعرف لنا العقد الرسمي و تحدد شروط صحته.

المطلب الأول: تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود:

لقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكررا 1 ق.م.ج التي جاء فيها: " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية و كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها، أو عقود زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية يجب تحت طائلة البطلان أو تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

(1) إن هذه المادة تعد بمثابة مجال نشاط حيوي للموثق على اعتبار أنها نصت صراحة على دفع الثمن لدى الموثق باعتباره ضابط عمومي، بل يمكن القول بأن الأحكام قد خولت الاحتكار لمكاتب التوثيق فيما يتعلق بتدوين المعاملات بين الأفراد في شكل رسمي.

" يجب إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي و ذلك تحت طائلة البطلان، و تودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الموثق المحرر للعقد".

و عليه نلاحظ من خلال الإطلاع على نص المادة 324 مكررا بأن المشرع لم يحدد العقود التي تخضع إلى الشكل الرسمي على سبيل الحصر و يفهم هذا من خلال ابتداء النص بعبارة: " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي...." إذ يتبين من ذلك أن هناك عقود أخرى غير منصوص عليها في نص المادة المذكورة أو التي ينص القانون على إخضاعها لشكل رسمي وبالتالي فقد نصت عليها نصوص خاصة بتلك العقود بوضوح وبصفة منفردة ومنها كمثال عقد الرهن الرسمي وعقد الهبة،..لذا سنحاول من خلال دراسة مجالات تطبيق الشكلية الرسمية في العقود التي تناول تنظيمها القانون المدني الجزائري و مركزين دراستنا على أهم أحكامها و قواعدها.

و عليه و قبل التطرق إلى دراسة الشكلية الرسمية في عقد البيع الواقع على عقار نحاول تناول صورة من صور التعاقد ألا و هي الوعد بالتعاقد و ما هي أحكام الشكلية فيه إذا كان الوعد بالتعاقد تصرف واقع على محل يتطلب شكل يفرضه القانون كما هو الشأن في الوعد بالتعاقد الوارد على عقار مثلا؟

الفرع الأول: الشكلية في الوعد بالتعاقد:

تناول المشرع الجزائري تعريف الوعد بالتعاقد في المادة 71 فقرة 1 و 2 من ق.م.ج بأنه: " عقد يلتزم به شخص يسمى الواعد بقبول إبرام عقد آخر في المستقبل مع شخص آخر يسمى الموعود له، إذا ما أظهر هذا الأخير إرادته في التعاقد خلال فترة معينة".

لقد أوجب المشرع شروط يجب أن تتوفر في عقد الوعد بالتعاقد، لدى سنركز دراستنا هذه على شرط واحد فقط و هو الشكل في الوعد بالتعاقد، الذي يقصد به وجوب إفراغ عقد الوعد بالتعاقد في الشكل الذي قد يتطلبه القانون، إذا كان العقد الموعود به من العقود الشكلية مثل العقد الوارد على عقار أو عقد الهبة الوارد على عقار و كذلك عقد الرهن الرسمي وإلا كان الوعد باطلا، و هذا ما تنص عليه صراحة المادة 71 فقرة 2 ق.م.ج⁽¹⁾ بقولها: " وإذا اشترط القانون لتمام

(1) د. محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 133.

د. جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، بدون طبعة الدار الجامعية، 1994، ص 205 إلى 207. يقول: " الحكم في القانون اللبناني عنه في القانون المصري بالرغم من أن ذلك القانون لا يتضمن نصا هاما يشترط إفراغ الوعد بعقد شكلي في ذات الشكل الذي يتطلبه القانون لهذا العقد، ذلك لأن القانون اللبناني صريح في أن العقد الموعود به ينعقد بمجرد قبول =

العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد".

"وعليه فإن الشكل حسب هذه الفقرة يعتبر ركنا أساسيا في العقد يجب تحريره في ورقة رسمية أو عرفية أو أمام الموثق كما في حالة عقد بيع العقار،...، فإن الشكلية تعتبر عنصر لازم لإبرام عقد الوعد بالبيع"⁽¹⁾ و كمثل على ذلك "إذا لم يفرغ وعد بيع عقار في شكله الرسمي كان باطلا، إضافة إلى أنه في هذه الحالة لا يمكن إجبار الواعد على تنفيذ و عده تنفيذا عينيا، بل أن ذلك يقتضي أن يتدخل الواعد بنفسه لإتمام رسمية بيع العقار، و هذا الإجبار ممنوعا على الواعد، كما أنه لا يجوز الموعود له أن يحصل على حكم يقوم مقام عقد بيع العقار الموعود به لأن تخلف الشكلية في الوعد ببيع العقار يجعله باطلا إذ لو جاز الحصول على مثل هذا الحكم رغم عدم توفر الشكلية في الوعد لأمكن للطرفين اللجوء إلى إبرام عقد بيع العقار دون إجراء الرسمية التي يستوجبها القانون، وبذلك يقتصران على وعد بالتعاقد غير رسمي ثم يلجأ إلى القضاء لاستصدار حكم يقوم مكان عقد بيع العقار و في هذا تحايل على القانون"⁽²⁾ ضف إلى ذلك أنه بالرغم من عدم توفر الشكلية في الوعد بالتعاقد، إلا أنه يرتب أثرا قانونيا، واعتبره الاجتهاد القضائي في هذه الحالة عقد غير مسمى بمعنى أن العقد الباطل قد تحول إلى عقد صحيح غير مسمى حسب ما تنص عليه المادة 105 ق.م.ج، وبالتالي يرتب هذا العقد التزاما شخصيا في ذمة الواعد بإنشاء حق نقل ملكية العقار، ولما كان تنفيذ هذا الالتزام يقتضي تدخلا شخصيا من الواعد لإتمام الرسمية فإنه لا يجوز جبر الواعد على تنفيذه، وعليه لا يبقى في هذه الحالة إلا الحكم على الواعد بالتعويض، كما يجوز أن يؤخذ به حق الاختصاص على عقار المدين الواعد.⁽³⁾

ولكن ما هو موقف الفقه الفرنسي من هذا المبدأ و هو وجوب الشكل في الوعد بالتعاقد الذي يوجب له القانون شكلا معيناً؟

إن الفقه الفرنسي ما زال منقسم، فمنهم من يعتبر أن الأسباب التي حدثت بالمشروع إلى فرض شكل رسمي لقيام عقد الوعد بالتعاقد يؤدي إلى نفس غرض الشكل في العقد الذي يستوجب فيه شكل رسمي، ومن هؤلاء نجد الفقيه

= الموعود له و هذا ما لا يتحقق إذا كان العقد الموعود به عقدا شكليا إلا إذا كان الوعد الموعود به قد أفرغ من قبل في الشكل اللازم".

(1) أ. لعروم مصطفى، الوعد بالبيع، صورة من صور الوعد بالتعاقد، نشرة الموثق، العدد 9، ص 29.

(2) د. محمد سعدي الصبري، المرجع السابق، ص 137.

زواوي محمود، المرجع السابق، ص 45، 46.

(3) المرجع نفسه، ص 137.

(مازو MAZEAUD) و (ستارك STARCK) وغيرهم، كما يعتبر الاجتهاد كذلك و بصورة عامة أن مختلف أنواع التعبير عن الإرادة المتعلقة أو المرتبطة بالعقد تكون معه مجموعة غير قابلة للتجزئة يجب أن ترتدي الشكل نفسه، إلا أن محكمة النقض كرّست صحة الوعود بإنشاء الرهن العقاري ذي التوقيع الخاص أو بالشكلية العرفية، ولا يمكن للقاضي فرض تكوين الرهن العقاري، إلا أنه يعاقب رفض تنفيذ الوعد بالتأخير و الضرر بالتعويض، إن هذا التحليل نفسه أخذت به الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية، في 07 ديسمبر 1987 حيث قضت بأن: " الوعد بإنشاء الرهن العقاري... المنشئ لمجرد التزام بفعل ليس خاضعا لشروط صحة الرهن العقاري التي تفرضها المادة 2129 من ق.م" وهذه المادة تتطلب إعلان خاص عن طبيعة العقارات المرهونة بموجب عمل موثق وعن وضعها.⁽¹⁾

"إن هذا الاتجاه فتح الباب للبعض بقبول فعالية العقود الرضائية عندما يهدف الشكل الرسمي حماية الغير فقط، لذا يجب عندئذ قبول أن المشرع فرض شكلا رسميا عن خطأ ذلك بأن تصرف علني يعاقب على عدم مراعاته بعدم حجيته تجاه الغير فقط و هذا في حد ذاته كاف، غير أن الفريق المقابل يرى أنه من المشكوك فيه في الحقيقة أن هدف الشكل الرسمي لإنشاء الرهن العقاري حماية للغير فقط فالأمر يتعلق بأكثر من ذلك بعمل خطير بالنسبة إلى القائم بهذا التصرف لذلك يجب لفت النظر إلى ذلك".⁽²⁾

يبقى لنا أن نشير إلى مسألة لا تقل أهمية لها علاقة مباشرة بالشكل في الوعد بالتعاقد و هي أنه هل يجوز للواعد أن يتصرف في الشيء الموعود به، أي في محل عقد الوعد بالتعاقد؟ و كمثال على ذلك هل يجوز للواعد أن يتصرف في العقار الموعود ببيعه؟

"بما أن الواعد يبقى مالكا للعقار فيجوز له أن يتصرف فيه قبل حلول المدة التي يمكن خلالها للموعد له إبداء رغبته في الشراء و بالتالي فإن تصرف الواعد بالبيع يسري في حق الموعد له متى توفرت الشروط المتعلقة بالتسجيل و الشهر فإذا تم البيع و أشهر بمكتب المحافظة العقارية و استكملت جميع الإجراءات فليس للموعد له إلا الرجوع بالتعويض على البائع، لأن الوعد بالبيع لا يكسب الموعد له إلا حقا شخصيا كما رأينا. إذ غالبا ما تنتهي مثل هذه المعاملات التي يبرمونها

(1) جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المرجع السابق، ص 442.

(2) المرجع نفسه، ص 243.

الأفراد إلى وعد ببيع ينتهي بالحيازة و وضع اليد على الشيء الموعود ببيعه لاحقاً، و هذا لا يتم إلا بعقد البيع و إتمام الإجراءات الخاصة بنقل الملكية إلا أن الإشكالية تكمن في التفسير الذي تمنحه مصالح التسجيل لمثل هذه العقود على أنها بيع بات يجب أن يستوفي حقوق البيع كاملة و هو تفسير خاطئ لا أساس له قانوناً.

أما من حيث الضمان الذي يوفره العقد النهائي للفرد يختلف كلية عن الضمان الذي يمنحه الوعد بالتعاقد، و يلاحظ كذلك أن مفهوم الإدارة الجبائية للوعد بالتعاقد لا يتفق مع المنطق القانوني السليم، و ذلك لأن الموعود له قد يحرم من ملكية الشيء الموعود بالاستفادة من شرائه إذا تصرف فيه الواعد كما أنه يكون قد عوقب بدفع حقوق التسجيل على الشيء الذي لم يستفيد من تملكه و الانتفاع به.

إضافة إلى أن هذا التفسير يتعارض مع أحكام المادة 5 من الأمر رقم 76 - 105 مؤرخ في 09 ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل التي تنص: " إن النظام الجبائي المطبق و القيم الخاضعة للرسم يحدد عند تاريخ تحقق الشرط وذلك فيما يخص نقل الملكيات و الارتفاقات المقيدة بشرط موقف"⁽¹⁾، " ومنه فإن تبرير الإدارة لتحصيل الحقوق يستند إلى كون العقد ملزم للطرفين ومن ثم فإن إرادة الطرفين انصبت على تصرف معين وهو ما يبرر استيفاء الرسوم، إلا أن هذا النص غير سليم في الوعد بالتعاقد الذي يولد التزاماً شخصياً فقط كما أن هذا الوضع يجعل من المصالح الجبائية تتحصل على الحقوق مرتين عن معاملة واحدة، الأولى من الموعود له و الثانية من المشتري إذا لم يتحقق تنفيذ الوعد بالبيع و هذا في حد ذاته تعسف في استعمال السلطة"⁽²⁾.

- الفرع الثاني : الإشكالية في عقد بيع على التصاميم :

نص المشرع الجزائري على نمط خاص من التعاقد يطبق في ميدان الترقية العقارية و المتمثل في عقد بيع على التصاميم Contrat de vente sur plan المنصوص عليه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري⁽³⁾ حيث تنص المادة التاسعة منه: " يمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشتريين بناية أو جزء من بناية قبل إتمام

(1) أ. لعروم مصطفى، المقال السابق، ص 30.

(2) المقال نفسه، ص 30.

(3) كتاب قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، أو ج. ر عدد 14-1993، ص 406 و ما يليها.

الإجاز، شريطة تقديم ضمانات تقنية و مالية كافية كما تنص على ذلك المواد... و في هذه الحالة تستكمل صيغة المعاملة التجارية بعقد بيع على التصاميم و تكون خاضعة للأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل".

فما هي أحكام الشكلية في عقد البيع على التصاميم أو المخطط المعمول به في معاملات الترقية العقارية؟⁽¹⁾

إن عقد بيع على التصاميم يتم وفق نموذج محدد و منظم يتحكم في شكله و في مضمونه والمحتويات التي يتضمنها وهذا ما تنص عليه المادة 10 من المرسوم التشريعي المذكور التي جاء فيها ما يلي: " يجب أن يشمل عقد البيع على التصاميم الذي يحدد نموده عن طريق التنظيم تحت طائلة البطلان، على ما يأتي زيادة على الصيغ المعتادة: - العناصر التوثيقية للحصول على رخص البناء المنصوص عليها في التنظيم الجاري به للعمل، وصف البناية المبيعة أو جزء البناية المبيعة و مشتملات ذلك، آجال التسليم و عقوبات التأخير المرتبطة بها في حالة عدم احترام هذه الآجال، السعر التقديري وكيفية مراجعته إن اقتضى الأمر شروط الدفع وكيفياته، طبيعة الضمانات القانونية و ضمان حسن الانتهاء والضمانات التي يعطيها المتعامل في الترقية العقارية للمشتري مقابل تسبيقات و سلف و دفعات مجزأة، و المنصوص عليها في العقد، و دعم الالتزامات التعاقدية الأخرى، و يمكن أن يستكمل العقد النموذجي من جهة أخرى بأي بند آخر خاص تراه الأطراف ضروريا دون أن تقل الضمانات التعاقدية على أي حال على تلك التي ينص عليها العقد النموذجي كما هو محدد عن طريق التنظيم".

و عليه فإن كل هذه البيانات و الضوابط يجب أن تحرر وفق نموذج خاص منصوص عليه عن طريق التنظيم مما أدى إلى صدور المرسوم التنفيذي رقم 58-94 مؤرخ في 7 مارس 1994 يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية⁽²⁾ إذ أضاف أحكاما أخرى في المادة الأولى

(1) الترقية العقارية جزء لا يتجزأ من النظام القانوني العقاري، و بالتالي من النشاط العقاري ككل و التي تمثل في مجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تجديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع و الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، تتضمن تلك المعاملات التي تتحكم فيها قوانين تنظيمية خاصة من أجل حماية و تسيير و الاستفادة من الممتلكات و الموروث العقاري الذي تملكه الدولة الجزائرية و وفق استراتيجية تركز على إدخال متعاملين في الترقية العقارية يعملون على تشجيع شراء البناءات السكنية و تسهيل اقتناءها وفق قروض مدروسة.

(2) ج.ر عدد 13- 1994، و هذا المرسوم جاء تطبيقا لنص المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 03-93 المؤرخ في 01 مارس 1993 و بالتحديد يتضمن نموذج عقد البيع على التصاميم. نموذج عقد البيع على التصاميم موجود بالملحق.

منه التي تؤكد بوضوح على إبرام العمليات التي تتم بناءً على التصاميم إذ يجب إقرارها في شكل رسمي وفق نموذج محدد فالبيع بناءً على التصاميم يحرر في عقد رسمي أمام موثق فهو عقد موثق لإضفاء الرسمية عليه، كما أنه وبالرجوع إلى أحكام المادة 12 من المرسوم التشريعي المتعلق بالنشاط العقاري تخضع عقود بيع على التصاميم إلى شكليات التسجيل والإشهار⁽¹⁾، وبالتالي فإن عقد بيع على التصاميم هو عقد شكلي تطبق عليه أحكام القانون المدني فهو إذن لا يختلف تماماً عن عقد بيع العقار المبرم بين الأفراد.

إلا أنه و من خلال الإطلاع على أحكام البيع على التصاميم و خاصة النموذج المحدد له اتضح لدى بعض العاملين في حقل ترسيم العقود أن أحكامه غامضة و مخالفة للضوابط القانونية العامة و تعرضوا لنقده من جهتين، من جهة الشكل و من جهة المضمون و المحتوى التي تبين الأحكام الذي يقوم عليها عقد بيع على التصاميم⁽²⁾.

فمن حيث الشكل فقد استعملت عبارات ركيكة و رديئة و غير مفهومة و مثال على ذلك ما تنص عليه المادة 02 من المرسوم التنفيذي المتعلق بنموذج هذا العقد الذي أضاف كلمة تجارية في آخر هذه المادة بقولها: "... السارية على المعاملات التجارية العقارية" بينما لا توجد هذه الكلمة في النص الفرنسي كما استعمل المشرع كلمة "نشر" بدلاً من كلمة "شهر" من بداية النموذج إلى نهايته، بالرغم من أن كل من المواد التسعة من النموذج تتكلم على الشهر العقاري ثم يأتي بعدها مباشرة في بداية السطر كلمة "تنشر" عوض "تشر".

كما أن هناك مواد بها عبارات قديمة في العقود الفرنسية القديمة، تمت ترجمتها حرفياً ترجمة لا تؤدي المعنى كما هو الشأن في المادة 07 من النموذج المذكور، فما هو معنى و مقصود هذه المادة و ما هي وظيفتها ضمن عقد بيع على التصاميم؟⁽³⁾ و هذا كله يؤثر على مصداقية و رسمية المحرر الرسمي الذي من شروطه و مميزاته أن يكون واضح العبارات و الأحكام و التنفيذ كذلك.

(1) تنص المادة 12: "يحرر عقد البيع على التصاميم على الشكل الأصلي، و يخضع للشكليات القانونية في السجل و الإشهار، كما يشمل في أن واحد على البناية و على القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها".

(2) أ. مالكي رابح، نموذج عقد البيع، تعليق على المرسوم التنفيذي رقم 94-58، نشرة الموثق، عدد 4 سبتمبر 1998، ص 20.

(3) المقال نفسه، ص 20.

"أما من حيث النقد الموجه لنموذج " بيع على التصاميم " من حيث مضمونه و محتواه أي ما يقتضيه من أحكام و قواعد خاصة حيث يبدأ النموذج بالأطراف المشكلة للعقد وهي ثلاثة أطراف: البائع والمشتري والمقرض، و وجود المقرض يفترض وجود عقدين:

عقد بيع بين البائع و المشتري وعقد بيع آخر بين البائع والمشتري والمقرض و هو عادة ما يكون الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط الذي تم تعديل قانونه الأساسي وإخضاعه للأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بمهام البنك وذلك من أجل إعطاء فعالية لسياسة القروض في مجال الترقية العقارية إذ أصبح هذا الصندوق أحد المتعاملين الأساسيين في مجالها، وهنا يطرح بعض المهمتين عدة تساؤلات منها هل يجوز إبرام عقد رهن اتفاقي على عقار غير موجود فعلا؟ و هل يعتبر هذا ضمانا فعلا؟ و يرون أن ذلك غير جائز حسب ما تنص عليه المادة 886 فقرة 2 ق.م.ج، لأن هذا يعارض مع مبدأ التخصيص من جهة و لأن المحل يجب أن يكون داخلا في دائرة التعامل، و يمكن الحجز عليه فورا و بيعه بالمزاد العلني و هذا غير ممكن عند إبرام هذا العقد على الأقل، و من جهة أخرى كثيرا ما يكون البائع في حد ذاته مدينا لصندوق التوفير و الاحتياط و يكون المشروع بكامله مرهونا من قبل البائع لصالح هذا الصندوق، فلا يمكن إذن ترتيب رهن ثان على نفس الشيء".⁽¹⁾

"أما بخصوص محل البيع فالمادة الأولى من النموذج تشير إلى كيفية التعيين، هل يعينه الموثق على أنه محل مخصص للسكن كائن أو سيكون أو هو في طور الإنجاز؟، و هل يقبل المحافظ العقاري شهر ملكية عقارية قبل تسليم شهادة المطابقة؟، أم يتم شهر شيء موجود على ورق، و من يضمن وجوده كما هو محدد و مبين على هذا العقد مستقبلا؟ و في حالة ما إذا قام البائع القائم بالبناء من تعديل تصاميمه، هل يصلح عقد الملكية؟ و ما يجمع عليه الموثقون هو أن المحافظ العقاري لا يقبل شهر عقد يتعلق بملكية عقارية لا توجد إلا على تصاميم وخرائط (و تائق تقنية) و ليس لها وجود حقيقي ملموس.

أما فيما يتعلق بمسألة نقل الملكية الذي تنص عليه المادة 2 من النموذج المذكور التي جاء فيها: " عملا بالمادتين 9 و 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03:.. يكون المشتري مالكا للبنية الطبيعية الآن بناء على تصاميم، ابتداء من تاريخ التوقيع و يخول التمتع بمجرد انتهائها و التوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أمام الموثق".

(1) أ. ملكي رابح، المقال السابق، ص 20.

فعبارة العقد في النص المذكور غير واضحة و فيها خلط بين التوقيع على عقد البيع أم عقد التسليم؟ إذ أن حق الملكية التي تنص عليه المادة السابقة تستغرق حق التمتع الذي تنص عليه الفقرة الثانية من نفس هذه المادة لذا يمكن الاستغناء عن هذه الفقرة حتى لا يختلط الأمر بين التوقيع على عقد بيع على التصاميم و التوقيع على محضر التسليم الذي يحرره الموثق كذلك".⁽¹⁾

"و مهما يكن فإن هذا البند مخالف لأحكام القانون المدني الذي ينص صراحة على أن الملكية في المعاملات العقارية لا تنتقل إلا بإجراء الشهر، وهذا ما تنص عليه المواد 15 و 16 من الأمر 74-75 المؤرخ في 12/11/1974 المتضمن إعداد و مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري و كذلك أحكام المواد 792 و 793 من ق.م.ج.⁽²⁾

إذ أنه و مع مراعاة المادة 363 ق.م.ج التي تنص على أنه: " إذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع..."، و منه هل من الممكن أن ندعي أن المشتري على التصاميم أصبح مالكا منذ لحظة تسجيل عقد البيع على التصاميم و يمكنه بالتالي من اقتراض مبلغ ثمن الشراء؟.

إن هذه الأوضاع المبهمة تدعو إلى شكوك حول هذه النقاط القانونية، كما يجب أخذ بعين الاعتبار أن سند الملكية التي يتحصل عليه المشتري المؤجل إلى دفع الثمن بأكمله يجب ربطه بالفقرة 3 من المادة 363 ق.م.ج هذه المادة التي تأخذ بحق نقل الملكية بأثر رجعي و ذلك منذ اللحظة التي تم فيها عقد البيع.

(1) أ. مالكي رايح، المقال السابق، ص 20.

(2) L'article : « Synthèse du rapport d'analyse du cadre juridique et législatif du droit immobilier, du système de réalisation, des sûretés et des garanties, du système de publicité des bureaux d'enregistrement et du crédit hypothécaire Algérien, Revue EL Mouethik, N° 6 Avril- Mai, 2002, P47.

- تنص المادة 15 من المرسوم المذكور أعلاه على ما يلي: " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة لا يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية" و تنص المادة 16 من نفس المرسوم كذلك على ما يلي: " أن 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 أن تطبيق المادة 14 من المرسوم التشريعي المذكور التي تنص على أنه: "لا تتم حيازة ملكية بناية أو جزء من بناية إلى المشتري، إلا بعد تسليم شهادة المطابقة المنصوص عليها في القانون رقم 90-29 المؤرخ في 01 ديسمبر 1990....." و هذا ما يتعارض مع أحكام المادة 782 ق.م.ج التي تكرر مبدأ أن كل ما هو فوق الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى تعتبر من عمل صاحب الأرض وإقامته على نفقته و يكون مملوكا له⁽¹⁾.

-الفرع الثالث: الشكلية في عقد البيع الواقع على عقار:

تعتبر الملكية العقارية مجالا خصباً لتطبيقات الشكلية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها، و السبب في ذلك يرجع إلى الأهمية الكبيرة " .. للعقار كقطاع إستراتيجي من قطاعات التنمية الاجتماعية والاقتصادية و عليه فإنه من الطبيعي أن يكون موضوع تعامل بين الأفراد، إلا أن موضوع العقار واسع ومتشعب، فمعناه الواسع لا ينصب على قطعة أرضية أو بناية معينة، بل يضم إلى جانب ذلك معايير تطبق على الأرض حسب نوعية التربة وخصوبتها، و طرق تنظيم الإقليم الوطني من حيث ضبط و تحديد المساحة في مخططات طوبوغرافية تبيّن شكل و موقع كل وحدة عقارية، و وضع مخططات للمدن، كاتجاهات الشوارع وقنوات المياه و علو البنايات و حجمها، و بكل ما يتعلق بتنظيم الملكية العقارية و التعامل فيها بطرق قانونية مضبوطة"⁽²⁾.

و مع استقرار الأوضاع بعد استقلال البلاد بدأ يتكون النظام القانوني للملكية العقارية بقوانين جديدة و ملائمة خاصة مع التحولات التي تعرفها البلاد كقانون 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 يتعلق بالنشاط العقاري و المرسوم التنفيذي رقم 97-154 يتعلق بإدارة الملكية العقارية و قوانين أخرى كرّست قواعد مساعدة للشكلية الرسمية في مجال الملكية العقارية و خاصة الملكية العقارية الفردية التي يقصد بها: " امتلاك شخصا واحدا (طبيعي أو معنوي) لعقار معين بحدوده و مساحته، أي مفردا لا يشاركه فيه أحد...."⁽³⁾.

- فما هي أحكام الشكلية في العقود الواقعة على الأموال و الحقوق العقارية و من أهمها عقد البيع الواقع على عقار؟

(1) المقال السابق، ص 47، 48.
(2) فدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، و من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999، ط1، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2000، ص7.
(3) المرجع نفسه، ص 188.

أ- الشكل الرسمي عند انعقاد عقد البيع الواقع على عقار*:

لقد اشترط المشرع الجزائري في العقود الناقلة للملكية العقارية أن تتم في الشكل الرسمي، وهذا ما جاء مؤكدا في المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 يتضمن تنظيم مهنة التوثيق، والتي استخلفت بالمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج إذ تنص صراحة على أن العقود التي تتضمن نقل العقار أو الحقوق العقارية يجب أن تحرر في شكل رسمي مع دفع الثمن بين يدي الموثق وإلا وقعت تحت طائلة البطلان " وعليه يستخلص من هذه المادة أن تخلف الشكل الرسمي في مثل هذه العقود أي عقد بيع العقار كعقد واردة على الملكية العقارية يترتب عليه البطلان المطلق للعقد كونه ركنا من أركانه، ومنه فإن عقد بيع العقار هو عقد شكلي Solennel وإذا كان عقد البيع محله منقول فهو عقد رضائي يتم حسب مفهوم المادة 351 ق.م.ج التي تعرف عقد البيع بأنه: "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والمصري اللذين اعتبر أن عقد البيع الوارد على العقار هو عقد رضائي يتم بمجرد التراضي دون الحاجة إلى اتباع شكلية ما سواء كان محله منقولا أو عقارا"⁽¹⁾.

إن الشكلية الرسمية في عقد بيع العقار مؤكدة بنصوص خاصة، أهمها نذكر المادة 61 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 يتعلق بتأسيس السجل العقاري⁽²⁾ التي تنص: "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي"، وهي مادة جاءت ضمن الباب الرابع المتعلق بالتدابير الرامية إلى ضبط مجموعة البطاقات العقارية، فمن بين الضوابط التي شددت على احترامها المشرع الجزائري نجد الشكل الرسمي للعقود التي تكون محل إجراء الشهر العقاري وزيادة على ذلك أن المادتين 15 و16 من نفس المرسوم المذكور التي تنصان على بعض أحكام الشهر العقاري⁽³⁾ تقضيان بأن العقود

* نموذج عقد بيع عقار محرر عند موثق، موجود بالملحق.

(1) د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، 1986، ص 29، 30.

د. سمير عبد السيد تتاغو، عقد البيع، بدون طبعة، الفنية للطباعة والنشر، بدون سنة، ص 35.

(2) المعدل و المتمم بالمرسوم 93-132 المؤرخ في 19 ماي 1993، موجود بكتاب التشريعات العقارية لوزارة العدل، طبعة 1994

أ. قدوج بشير، المرجع السابق، ص 45. و ما بعدها.

(3) الطلبة، وادفل ليلي، رزيني سكيينة، برحمة نعيمة، نظام الشهر العقاري في الجزائر، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في الحقوق، تلمسان كلية الحقوق، 1999، 2000، ص 9 و ما يليها.

الواردة على حق الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية الأخرى لا وجود لها بالنسبة للغير ولا بين الأطراف كذلك إلا من تاريخ نشرها في البطاقات العقارية والمقصود بعبارة أن لا أثر لها فيما بين الطرفين هو الأثر العيني أي نقل الملكية أو الحق العيني، فعقد البيع الواقع على عقار يجب أن يكون مرسمالدى موثق حتى يستوفي أركان الانعقاد وبذلك ينتج العقد أثرا والتزامات شخصية بين الطرفين ما عدى أثره العيني والمتمثل في نقل الملكية فلا ينتجها إلا الإشهار الذي تتمثل مهمته في نقل الحق العيني، وعليه فالعقد الواقع على عقار في التشريع الجزائري يمكن وصفه أنه عقد شكلي أو رسمي أو عقد موثق « Acte Notarié » يستوجب تدخل موثق العقود وهو الموثق le notaire لجعله صحيحا و إلا كان باطلا بطلانا مطلقا، وكذلك تنص المادة 14 من الأمر 75 - 74 مؤرخ في 12 نوفمبر 1995 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾ التي : " تلزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقة العقارية إلى جميع العقود الرسمية المنشئة والناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية التي ستعد بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية...." وبالإشارة إلى المادة 29 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري التي تنص على: " تثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"⁽²⁾.

إلا أن عبارة " عقد رسمي"، لا يقصد بها العقود الموثقة فقط و لكن يقصد بها أيضا العقود المحررة من طرف موظفين أو أعوان عموميين حسب المادة 324 ق.م.ج و كذلك بالنظر إلى مميزات العقد الرسمي "فإن العديد من المحررات الإدارية المسلمة أو المحررة من طرف أعوان البلديات أو الأملاك العامة قد سجلت كذلك، رغم نص المادة 324 مكررا 1 ق.م.ج التي تصرح بخصائص ومميزات المحرر الرسمي، الميزة الرسمية أو الفعالية لبعض المحررات الإدارية المقبولة من طرف الأعوان العموميين، يبدو أنها محل نظر و هذا بسبب الشك في صحة هذه المحررات الموافق عليها التي تؤدي إلى رفض

(1) قدوج بشير، المرجع سابق، ص 30 إلى 38.

كما أن للشهر العقاري علاقة وطيدة بعملية المسح العام للأراضي و هي عملية تقنية و فنية دقيقة هدفها تعريف و تحديد النطاق الطبيعي للعقارات من خلال أساس مادي يتمثل في السجل العقاري الذي يبين الوضعية القانونية للعقار و تداول الحقوق العينية فيها و عليه فهي عملية هامة في مجال التطهير العقاري سواء الحضاري أو الفلاحي.

(2) ج.ر، عدد 49-1990 - فيه استندراك، ج.ر عدد 55-1990 المعدل و المكمل بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 1995/11/26.

تسجيلها، فالبعض يعتبر رفض أو رد مثل هذه المحررات من طرف المحافظين العقاريين بخصوص الأخطاء المرتكبة عند منح المحررات عن طريق المحرر الإداري فالتدابير والمصلحة المقترحة ليست كافية و غير ضرورية لقرارات حاسمة⁽¹⁾، وهذه الرسمية جد مفيدة لطرفي العقد للبائع لأخذ احتياطاته و لفت انتباهه وإعلامه بآثار العقد و للمشتري كذلك لكي يتثبت من أصل الملكية و وضعها القانوني و من أهلية البائع كذلك.⁽²⁾

فالرسمية خطوة أساسية من أجل إجراء الشهر بعد ذلك، و هي تمثل سندا قابلا للتنفيذ دون حاجة لحكم تنفيذه عن طريق امهاره بالصيغة الرسمية كما رأينا سابقا ضمن دراسة آثار الرسمية

ب- الشكلية و الالتزام بنقل الملكية العقارية :

إن دراسة الالتزام بنقل الملكية العقارية و مبدئه الذي يجب أخذه لتحقيقه قانونا و فعليا، خاصة في العقود المنشأة أو الناقلة أو المغيرة أو الزائلة للحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية، و التي سنركز دراستنا عليها، و عليه نتساءل عن أثر نظام الشهر العقاري على مبدأ انتقال الملكية في هذه العقود، و ما هو موقف التشريعات من مبدأ انتقال لملكية سواء تلك التي أخذت بنظام الشهر العقاري الشخصي أو التي أخذت بنظام الشهر العقاري العيني و منها الجزائر؟ و ما هو موقف المشرع الجزائري من مبدأ انتقال الملكية في العقود الواردة على العقارات أو الحقوق العينية الأخرى؟ و قبل أن نتطرق إلى كل ذلك يجدر بنا أولا و قبل أي شيء أن نبين مضمون الالتزام بنقل الملكية.

" إن تقرير الالتزام بنقل الملكية العقارية كان نتيجة العناية و الاهتمام التي أولتها التشريعات العالمية لحق الملكية، حتى وصل إلى ذروته في النظم الحديثة و نص عليه دستوريا و في الأنظمة القانونية لجميع الدول التي تولت رسم كفاءات و طرق انتقاله و التنازل عنه و انقضاءه، و بتطور حق الملكية تطور معه مبدأ انتقال الملكية"⁽³⁾.

(1) L'article : « Synthèse du rapport d'analyse du cadre juridique et législatif du droit immobilier, du système de réalisation, des sûretés et des garanties, du système du publicité des bureaux d'enregistrement et du crédit hypothécaire Algérien, OP, Cit, P47.

أ. كاتي محمد، شروط انعقاد بيع العقار و شروط انتقال الملكية العقارية، نشرة الموثق، عدد 10، سنة 2000، ص 40 و 41.

(2) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 31. - المرجع نفسه، 102-103.

(3) أ. نور الدين رجيمي، موقف النظم الحديثة من مبدأ انتقال الملكية، ص 23، نشرة الموثق، عدد 10، 2000، ص 23.

و عليه، "فمضمون الالتزام بنقل الملكية أو الشيء المبيع من البائع إلى المشتري أصبحت من مستلزمات العقد، بل ماهيته و يستنتج ذلك من خلال تعريف عقد البيع، فعرّفه المشرع الجزائري في المادة 351 ق.م.ج: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، فكل عقد لا يترتب عليه نشوء التزام بنقل ملكية شيء أو حق آخر متعاقد عليه لا يعتبر بيعا، فنقل ملكية المبيع بحد ذاته ليس التزاما ملقى على عاتق البائع فحسب، بل هو نتيجة حتمية لعقد البيع"⁽¹⁾، إلا أن القانون و رغم ذلك فرض إجراءات عملية لا بد للبائع من أن يقوم بها تسهيلا لانتقال الملكية إلى المشتري بالفعل و قد تعددت الأعمال والإجراءات العملية و الضرورية لنقل الملكية والتي قد تكون سلبية أو ايجابية ولكنها جميعا لازمة لتجعل نقل الملكية ميسرا ومن الأعمال الإيجابية التي من شأنها تحقيق التزام البائع بالقيام بما يلزم من جانبه كتقديم الشهادات اللازمة للتسجيل و التصديق على الإمضاء في العقد تمهيدا لتسجيله والذهاب مع المشتري إلى مكتب الشهر العقاري، وتزويد المشتري بالبيانات اللازمة عن الشيء المبيع كبيان حدود العقار و ما عليه من حقوق وهي كلها إجراءات ضرورية لجعل العقد صحيحا و مقبولا للتسجيل وهي ليست بالتزامات مترتبة على البائع بل هي التزامات على المشتري كذلك وما على البائع إلا بتسهيل و مساعدة المشتري بكل ما من شأنه أن يسهل إعداد العقد للتسجيل و تجهيز العقد بناء على البيانات التي يحصل عليها من البائع أو من الأوراق، ما دام أن هذا الأخير هو الملزم بدفع رسوم تسجيل المبيع"⁽²⁾.

"و من الأعمال السلبية التي يلتزم البائع بعدم القيام بها كي يتيسر نقل الملكية إلى المشتري، تصرف البائع في العقار بعد البيع بحيث يتمكن المشتري الثاني من التسجيل قبل المشتري الأول، و عدم إخفاء المستندات اللازمة للتسجيل مما يجعل معه نقل الملكية أمرا شاقا، كما يمنع على البائع إتلاف المبيع أو تخزينه مما يجعل نقل ملكيته غير كاملا"⁽³⁾.

هذا عن الالتزام بنقل الملكية، و لكن ما هي شروط و أحكام نقل الملكية العقارية في التشريعات الحديثة التي انقسمت فيها إلى اتجاهين تشريعيين سنتناولهما بالدراسة؟.

(1) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 98، 99.

(2) المرجع نفسه، ص 98.

د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، المبحث الثاني، العقود المسماة- العقود التي تقع على الملكية، بدون طبعة، الجزء الثامن، عقد البيع، دراسة مقارنة، سنة 1995 ص 340، 341.

(3) المرجع نفسه، ص 343.

أما عن الاتجاه القائل بنقل الملكية بمجرد العقد و الذي من مؤيديه نجد القانون الفرنسي في مجموعة نابوليون المدنية الصادرة عام 1804 م، أي القانون الفرنسي القديم و خاصة في المواد 711، 1138 منه التي تنص على أن الملكية تنتقل بمجرد العقد و نصت المادة 1583 منه على ما يلي: " يكتسب المشتري من البائع قانونا ملكية المبيع بمجرد اتفاقهما على المبيع والثمن ولو كان المبيع لم يسلم و الثمن لم يدفع" يتضح من هذه المادة أنه تنتقل الملكية إلى المشتري منذ اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على الشيء والثمن ولو لم يسلم أو يدفع الثمن وبهذا لم يعد البيع في القانون الفرنسي قاصرا على مجرد إنشاء التزام يتمكن المشتري من الحيابة الهادئة أو على إنشاء التزام بنقل الملكية و لكن أصبح عقد البيع في حد ذاته ناقلا للملكية، ماعدا بيع الأشياء غير المعينة بالذات فلا تنتقل الملكية إلا بتعيينها و كذلك بيع الأشياء المستقبلية فلا تنتقل الملكية إلا عند وجودها.

لذا نجد الفقيه الفرنسي " مازو" يعرف عقد البيع بأنه: " العقد الذي ينقل بمقتضاه شخص هو البائع حقا إلى شخص آخر هو المشتري الذي يلتزم بأن يدفع له الثمن نقدا" و يطبق مبدأ انتقال الملكية بمجرد العقد في التقنين المدني الفرنسي على بيوع المنقولات أو العقارات على حد سواء.

كما أن النظام القانوني الفرنسي قد تبنى و طبق نظام الشهر الشخصي و قرر أن أثر التسجيل في التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية، و الحق العيني العقاري ينقل بين المتعاقدين بمجرد العقد دون حاجة إلى تسجيل و لكن لا يحتج به على الغير إلا بعد التسجيل و قد تقرر هذا المبدأ في فرنسا منذ سنة 1855 حين أدخل نظام الشهر العقاري لأول مرة و ظل قائما إلى صدور قانون التسجيل لسنة 1955⁽¹⁾.

ويذهب بعض الفقهاء إلى تأكيد على أن التقنين الفرنسي قد تأثر بمنظور الفقه الإسلامي و أخذ بأحكامه هذا الأخير الذي تحدده القاعدة الشرعية القائلة: " إن البيع بمجرد التعاقد و توجد نتيجة لمجرد الرضا بالتعاقد و أن مجرد

(1) إذ تجدر الإشارة إلى أن التطور اللاحق بالتشريع الفرنسي في هذه المسألة : "مبدأ انتقال الملكية العقارية"، حيث أخذ في قانون سنة 1935 بضرورة تسجيل الحقوق العينية العقارية لكي تكون سارية سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة للغير، ثم أدخل المشرع الفرنسي بتعديلات مهمة على نظام التسجيل المقرر بقانون 1935، بإصداره لمرسومين مؤرخين في 1955/01/4 و 1955/10/14 للمتعلقين بتعديل أحكام نظام التسجيل العقاري بما يقربه من نظام الشهر العيني، راجع د. ناصيف الياس، المرجع لسابق، ص 364 365.

التعاقدين بنقل ملكية الشيء المتعاقد عليه بدون احتياج لشيء آخر...".⁽¹⁾

أما بالنسبة للمشرع المصري⁽²⁾ فقد نقل نفس هذا المبدأ في قوانينه و اعتبر أن العقد وحده ينقل الملكية العقارية و أخذ كذلك بآثار الشهر الشخصي، إلى أن صدر قانون التسجيل المصري في سنة 1923 الذي أخذ بمبدأ أن التسجيل لازم لنقل الحق سواء بالنسبة للغير أو فيما بين المتعاقدين، فهو خالف القانون الفرنسي إذ أنه اشترط التسجيل للاحتجاج بالعقد حتى فيما بين المتعاقدين وليس فقط للاحتجاج به قبل الغير و بقيت هذه القاعدة سائدة إلى صدور قانون التسجيل الصادر بقرار 182 المؤرخ في 15 مارس 1946 الذي أخذ فيه ببعض قواعد الشهر العيني بإنشاء السجل العقاري من دفتر الملكية أو سجل الملكية الذي يتكون من الصحائف العقارية، إذ نصت المادة 11 من القرار على: "إن الصكوك الرضائية و الاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء حق عيني أو إلى نقله أو إعلانه أو تعديله أو إسقاطه لا تكون نافذة، حتى بين المتعاقدين، إلا اعتباراً من تاريخ قيدها و لا يمنع ذلك المتعاقدين من ممارسة حقوقهم و دعاويهم المتبادلة عند عدم تنفيذ اتفاقاتهم..."⁽³⁾ ثم صدر القانون رقم 142 لسنة 1964 على أن تطبق تدريجياً في كل منطقة تم مسحها حديثاً بعد ذلك بستة أشهر من صدور قرار وزاري بتطبيق نظام السجل العيني عليها، و قد صدرت اللائحة التنفيذية لهذا القانون برقم 825 بتاريخ 1975/06/22، كما صدرت عدة قرارات وزارية ابتداء من 1976/03/04 لتطبيق نظام السجل العيني في بعض الأقسام.

"و أثر عدم التسجيل في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري يختلف عن أثره في التشريع الفرنسي والمصري، فالعقد الغير مسجل في الشهر العقاري لا يترتب إلا التزامات شخصية بين البائع و المشتري، و لو كان العقد موثق إذ أن التوثيق أو الشكلية الرسمية المطلوبة لا تغني عن التسجيل، لأن التوثيق ركن في عقد بيع العقار و يتكون به لكنه لا ينتج أثره الناقل للملكية سواء فيما بين الطرفين

(1) إذ يقول السيد عبد الله علي حسين: " و لا فضل للتشريع الفرنسي على التشريع الروماني و لكن الفضل كل الفضل للتشريع الإسلامي فهو الذي أعقب التشريع الروماني و ضرب بقاع الأرض شرقاً و غرباً فاعتنق الناس قواعده المرتكزة على العدالة و البساطة ففيه أخذ التشريع الفرنسي أحدث النظم و أرقاها." يختلف التصور في نقل الملكية في الفقه الإسلامي عنه في الفقه الفرنسي (اللاتيني) الذي عنده أن العقد ينشئ التزاماً بنقل الملكية، و يتم تنفيذ هذا الالتزام فوراً بمجرد نشوئه فتنتقل الملكية، و لكن تنفيذ الالتزام لا يكون بحكم العقد، بينما في الفقه الإسلامي تنتقل الملكية بالعقد.

(2) د. ناصف الياس، المرجع السابق، ص 363، 364، حيث حدد أربع مراحل مر بها هذا التشريع المصري بخصوص مبدأ انتقال الملكية و في آخر مرحلة قرر في المادة 1/934 ق.م.م. على أنه في المواد العقارية لا تنتقل الملكية و لا الحقوق العينية الأخرى سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم كان في حق الغير إلا إذا روعيت الأحكام المسنة في قانون تنظيم الشهر العقاري.

(3) المرجع نفسه، ص 361.

المتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بإجراء الشهر عملا بنص المادتين 15 و16 من الأمر 74-75 المتعلق بالسجل العقاري فيلتزم البائع بأن ينقل الملكية إلى المشتري بالتسليم و بضمان التعرض و الاستحقاق.. كما يلتزم بدفع الثمن إن لم يكن قد دفعه إلى الموثق عملا بالمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج، و هي التزامات تقوم أثناء توثيق العقد أي تحقيق الشكلية الرسمية له كما هو مقرر قانونا.

أما عقد بيع العقار في التشريع المصري فهو عقد رضائي لا يشترط توثيقه أو إتمام شكلية رسمية فيه فبمجرد الإيجاب و القبول تنشأ هذه الالتزامات مباشرة بعد انعقاده، عكس التشريع الجزائري فهو عقد شكلي⁽¹⁾.

فالتزام البائع بمقتضى عقد البيع الشكلي هو القيام بكل ما يلزمه مضمون انتقال الملكية الذي سبقت الإشارة إليه، وسبيل المشتري للحصول على التنفيذ العيني لالتزام البائع بنقله الملكية للمشتري هو إعلان العقد الرسمي و تقديمه للتنفيذ لأن عقد البيع هو محرر رسمي مهمور بالصيغة التنفيذية، فهو بمثابة سند تنفيذي بغضبه عن رفع دعوى صحة التعاقد أو دعوى صحة التوقيع⁽²⁾ التي خولها القانون المصري للمشتري سبيل رفعها أمام البائع من أجل تنفيذ التزامه الذي هو على عاتقه.

أما عن الاتجاه التشريعي القائل بانتقال الملكية العقارية بالشهر و الذي تمثله الدول التي تأخذ بنظام الشهر العقاري العيني أو السجل العقاري حيث يبرز التمييز في هذه النظم بين: "الالتزام بنقل الملكية من جهة و نقل الملكية بالفعل من جهة أخرى، و مفاد هذا المبدأ أن العقد في هذه النظم ينشأ التزاما تعاقديا بين أطرافه أي أن العقد لا ينقل الملكية بنفسه في التصرفات العقارية حتى يتم شهره في السجل العقاري، و هذا الاتجاه تأخذ به الجزائر و ألمانيا و سويسرا و النمسا،... ففي هذه التشريعات تعتبر العقود المتعلقة بحق الملكية العقارية و الحقوق العينية الأخرى لا وجود لها حتى بين الأطراف حتى تستوفى أركان انعقادها و التي منها شكلية توثيقها ثم نقل أثرها العيني بشهرها، و منه تبين لنا أثر

(1) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 100، 101.

(2) هذه الدعوى التي يرفعها المشتري على البائع يكون الهدف منها الحصول على التنفيذ العيني لالتزام البائع، فإذا صدر الحكم لصالحه قام بتسجيله و يصبح المشتري مالكا من وقت تسجيل الحكم، و هي دعوى شخصية، عقارية.

أما دعوى صحة التوقيع يرفعها المشتري و الهدف منها هو الحصول على إقرار من البائع بأن المحرر الرسمي الذي هو بحوزة المشتري هو بتوقيعه و يحكم له بذلك دون التطرق إلى صحة التعاقد فلا يكفي تسجيل هذا الحكم لنقل الملكية للمشتري بل يجب أن يسجل معه عقد البيع ذاته.

راجع د. ناصيف الياس، المرجع السابق، ص 368 إلى 371- د. محمد حسنين، المرجع السابق ص 98 99.

نظام السجل العقاري على مبدأ انتقال الملكية و حتى في تنظيم الخريطة العقارية و الرصيد العقاري لكل دولة مع أحكام قواعد نقل الملكية عن طريق وجوب قيدها قبل نقل الملكية" (1).

"و المشرع الجزائري عمل بهذا النظام و تبنى هذا المبدأ من خلال ما سبق أن بينها من القواعد والأحكام و الأسس التي يقوم عليها نظام الشهر العقاري العيني في المواد 15 و 16 من الأمر 75-74 المتعلق بالتسجيل العقاري والمادة 61 (2) من المرسوم 63-76 يتعلق بتأسيس السجل العقاري التي تؤكد على الشكل الرسمي للعقد الذي هو موضوع إشهار في محافظة عقارية، وعليه فإن مجموع هذه النصوص تستخلص منها أن العقود العقارية والناقلة للملكية في النظام القانوني الجزائري يجب أن يتوافر على شرطين هما: شهر الأثر العيني للحقوق الناقلة للملكية، وتأكيد شكلية العقود ورسميتها وإلا كانت باطلة بطلانا مطلقا فبالثبوت أو الرسمية والشهر معا تكتمل للعقود العقارية بصفة عامة آثارها القانونية وهي الالتزامات الشخصية و ترتيب الحقوق العينية معا فالثبوت وظيفته هي انعقاد العقد، و للشهر وظيفة أخرى هي إحداث العقد لأثره العيني ولا يغني أحدهما عن الآخر بل أن علاقتهما تكاملية" (3).

كما أنه ليس للشهر أثر رجعي بصريح المادتين المذكورتين 15-16 من الأمر 74-75 المتعلق بالسجل العقاري، أما في حالة البيوع المتتابعة على العقار الواحد، فالمشتري الأخير ليس بإمكانه تسجيل عقده. إلا إذا كانت عقود المشترين الآخرين مسجلة كذلك، وإذا تراحم المشترين على عقار واحد فيؤخذ بقاعدة التفضيل بينهم على أساس الأسبقية في التسجيل لا على أساس تاريخ انعقاد العقد أو القيام بتوثيقه. (4)

- (1) نور الدين رجيمي، المرجع السابق، ص 27.
- (2) تنص المادة 61: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي".
- (3) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 101 إلى 103.
- أ. نور الدين رجيمي، المرجع السابق، ص 31.
- د. ناصيف الياس، يشرح ذلك بقوله: "... إن التسجيل (الشهر) ليس ركنا من أركان البيع بل تدبير فرضه القانون ينتج أثره القانوني و هو نقل الملكية..." وهو موقف المشرع المصري من إجراء الشهر في العقود الواردة على عقار و الحقوق العينية العقارية.
- (4) أخذ المشرع الجزائري إضافة إلى قاعدة الرسمية في الشهر قاعدة أخرى تسمى بقاعدة الأثر النسبي (الشهر المسبق) و تعرف بأنها: لا يمكن بأي شكل من الأشكال القيام بإجراء إشهار محرر يتضمن تصرف وارد على عقار ما لم يكن هناك شهر مسبق للمحرر الذي كان سببا في اكتساب العقار المتصرف فيه، و من هنا تظهر فكرة تسلسل الملكية العقارية، و هذا ما تنص عليه المادة 88 من المرسوم رقم 76/ 63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، و هذا من أجل حماية حق الملكية للمالك الجديد وضمان فكرة الائتمان العقاري.

فأول إشكالية واجهت المشرع الجزائري هي العقود الواقعة على العقار أو الحقوق العينية العقارية غير المشهورة بحكم الأوضاع القانونية التي مرت بها البلاد بعد الاستقلال، إذ أفرزت نوعين من العقود العرفية في التصرفات العقارية منها ما هو ثابت التاريخ منذ الاحتلال و بعد الاستقلال إلى غاية العمل بالأمر المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الصادر سنة 1970 و منها ما هو غير ثابت التاريخ ومن تم مهدت البلاد لتسوية وضعية هذه العقود عبر عدة خطوات كانت أولها بحظر أو منع تسجيل العقود فيه وهذا ما نصت عليه المادة 61 من القانون 91-25 المؤرخ في 1991/12/26⁽¹⁾ إذ حظرت على مفتشي التسجيل اتخاذ أي إجراء لتسجيل العقود العرفية وهي خطوة قوية قفلت الباب أمام التصرفات العقارية العرفية مهما كان نوعها و ألزمت الأطراف المتعاقدة بمبدأ الرسمية، أما الخطوة الثانية فتمثلت في معالجة أوضاع العقود العرفية قبل تاريخ العمل بالأمر المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق لعام 1970 و نظرا لعددها الهائل يتوجب معالجة وتكييف أوضاعها تجاه النظام التشريعي القائم، فقد تم التفكير في إخضاعها لعملية الشهر العقاري حسب الكيفيات و الطرق التالية:

أولا بضبط تاريخ العقد العرفي و مدى صحته عن طريق التأكد من عبارة التسجيل المؤشر بها على العقد من مصلحة التسجيل قبل الشروع بالعمل بالأمر المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، فالغاية التي يعطيها هذا التاريخ هو صحة ثبوت السند العرفي قبل صدور قانون التوثيق و العمل به لإضفاء الرسمية عليه، فقد صدر قرار للمحكمة العليا في هذا الشأن مؤرخ في 1990/09/24 تحت رقم 62624 جاء فيه: "حيث أن التسجيل يفيد إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد العرفي يتبقى دائما بعيدا عن الرسمية"⁽²⁾، و الهدف من هذا الاتجاه الذي تبنته المحكمة العليا آنذاك هو العمل على الحفاظ على النظام القانوني القائم المنظم للرسمية، و قد أكدت عليه مجددا في المادة 29 من قانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتعلق بالتوجيه العقاري⁽³⁾ حيث نصت على ما يلي: "يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية و الحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري."

(1) هذه المادة نص عليها قانون المالية لسنة 1992 إذ جاء فيها: "يمنع مفتشوا التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العينية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر منها...."

(2) مجلة قضائية، عدد 2، سنة 1992، ص 24.

(3) ج. ر، عدد 49-1990- فيه استدرارك، ج. ر عدد 55-1990 المعدل و المكمل بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 1995/11/26.

فجاءت هذه المادة متأثرة بالأوضاع القانونية السائدة في النظامين القانوني والقضائي الجزائري وتكميلاً لمسعى وغايات الرسمية والشهر اللذين هما أعمدة وركائز الملكية العقارية في الجزائر.

أما عن كفيات و طرق شهر العقود العرفية الثابتة التاريخ فبعد التأكد من وجود تاريخ ثابت للعقد عن طريق عبارة التسجيل الرسمية، فإن العقد يخضع لعملية الإيداع الرسمية لدى الموثق ثم يعاد تسجيله وفقاً لتاريخ عقد الإيداع التوثيقي ومن تم إحالته على مصلحة الشهر العقاري، التي بعد عملية التحقيق لمحتوى المحرر و مدى إرفاقه بآخر العقد تقوم بشهره و من تم فإن التصرفات المستقبلية على عقار تصبح ثابتة و لها أسبقية مشهورة، فيسهل نقلها للغير وفقاً لمبدأ السجل العقاري العيني⁽¹⁾.

أما بالنسبة لشهر العقود العرفية الشاملة للتصرفات العقارية أو الحقوق العينية الأخرى و الغير ثابتة التاريخ فيجب إحالتها للعدالة لتثبت فيها و في مدى صحتها، فإذا تم الحكم بتبويتها فإن الحكم يقوم مقام العقد العرفي و يجب شهره عملاً بأحكام نص المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بالسجل العقاري⁽²⁾.

وبعد عملية الإيداع الرسمية لدى الموثق و تسجيله و شهره يصبح أصلاً للملكية، "ويبدو أن هذا العمل القانوني هو الذي يبرز مدى أثر مبدأ القيد في نظام الشهر العقاري لدى الدول التي تتخذ أو تعتمد نظام السجل العقاري وهو الثابت من خلال قرار المحكمة العليا، الأمر الذي يؤدي إلى التقيد من جهة وإلى استقرار المعاملات وتفاذي العديد من الخصومات من جهة أخرى، إذ نستخلص أن جميع المعاملات المتطلبية للرسمية منذ صدور هذا القرار، والتي يقوم بها الأطراف مستقبلاً بصفة غير رسمية سواء بصيغة شفاهية أو عرفية يكون مصيرها الحكم ببطلانها بطلاناً مطلقاً عند التنازع أمام الجهات القضائية"⁽³⁾.

(1) أ. نور الدين رجيبي، المرجع السابق، ص 32.

(2) تنص المادة 88 من المرسوم المذكور على ما يلي: " لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة، يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 89 أدناه.

و المتصرف أو صاحب الحق الأخير يعني الشخص الذي يكون حقه قد تم تحويله أو تعديله أو تثبيته أو ترتيب حقوق عليه و انقضائه بموجب الإجراء الذي طلب الإشهار من أجله.

إنه ابتداءً من الإشهار المعطى للعقد أو القرار القضائي أو للشهادة الموثقة المثبتة الحق لصاحبه الجديد، لا يمكن القيام بأي إجراء من قبل الشخص الرئيسي أو ضد صاحب السابق لهذا الحق دون الإخلال بإشهار الطلبات القضائية الرامية إلى فسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حق عيني عقاري".

(3) أ. نور الدين رجيبي، المرجع السابق، ص 32.

و عليه طرح التساؤل التالي: ما مدى تأثير الأحكام القضائية بمبدأ انتقال الملكية العقارية أو الحقوق العينية الأخرى بالشهر العقاري؟

"منذ أن تبنت الجزائر لنظام الشهر العقاري العيني كأساس لنقل الملكية العقارية بموجب القواعد والأحكام القانونية الموجودة في هذا النظام، تأقلمت الأحكام القضائية مع الأوضاع القانونية الجديدة، و لعل أهم الأحكام المقررة لهذا المبدأ هو قرار المحكمة العليا الصادر في 1983/10/26 تحت رقم 29501 جاء فيه: " حق الارتفاق، حق عيني لا تنتقل ملكيته إلا بكتابة عقد رسمي مع الإشهار: إن الطبيعة القانونية المضافة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق لأشكال جوهرية يترتب عن تخلفها عدم الاحتجاج به تجاه الغير، و من تم كان وجوبا على الأطراف إفراغ الاتفاق المبرم حوله في عقد رسمي و تولى إجراءات الإشهار ليصبح بالتالي التمسك به بحصول التصرف و من ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو القرائن"⁽¹⁾ و كذا تم التأكيد على نفس هذا المبدأ في سنوات التسعينات في قرار حديث للمحكمة العليا رقم 68467 المؤرخ في 1990/11/21 جاء فيه: ".... عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من ق.م.ج".⁽²⁾

و منه نستخلص أن التصرفات العينية أو العقارية، أو الحقوق المنفردة عنها الناقلة للملكية أو الرهن العقاري يجب إخضاعها في النظام القانوني الجزائري للرسمية علاوة لعملية الشهر العقاري مراعاة لمبدأ نقل الملكية بقيدها بالسجل العيني و لأسبقية القيد للحقوق المثقلة، فالملكية وفقا لهذا المبدأ في الجزائر تنتقل بالشهر لا بالعقد.

الفرض الرابع: الشكلية لانعقاد الرهن الرسمي:

تدخل المشرع الجزائري لتنظيم عقد الرهن الرسمي الذي اعتبرته جل التشريعات بأنه عقدا شكليا لاشرائط الرسمية لانعقاده، إذ أن مصدر هذه الرسمية هو القانون إلا أنه قبل التطرق إلى الشكلية في عقد الرهن الرسمي يجدر بنا أو لا تعريف هذا العقد الهام و الذي هو كثير الانتشار في الحياة اليومية.

عرف المشرع الجزائري الرهن الرسمي في المادة 882 ق.م.بأنه: " الرهن الرسمي عقد يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه أن

(1) م.ق، عدد 01، سنة 1989، ص 54.

(2) م.ق، عدد 01، سنة 1992، ص 86.

يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان" و يقابل المادة 882 ق.م.ج المادة 2114 من ق.م.ف التي تعرف عقد الرهن الرسمي كما يلي: " الرهن الرسمي حق عيني يرد على العقارات المخصصة للوفاء بالالتزام. وهو من حيث الطبيعة غير قابل للتجزئة و يقع على كل العقارات المخصصة له على كل جزء من هذه العقارات و يتبع الرهن هذه العقارات في أي بلد انتقلت إليها".

" و لقد تعرضت هذه التعريفات إلى انتقادات، منها الانتقاد الموجه للتعريف الذي أعطاه المشرع الجزائري للرهن الرسمي بأنه فاته أن يذكر أن للدائن المرتهن حق التقدم على الدائنين العاديين في استيفاء حقه من ثمن العقار و اكتفى بذكر حق الدائن في التقدم على الدائنين التاليين له في مرتبة قيد الرهن، كما اعتبر الفقهاء أن التعريف الذي جاء به المشرع الفرنسي للرهن الرسمي ناقصاً، لأنه لم يشر إلى أهم أثر من آثار الرهن الرسمي، وهو حق الأفضلية الذي تخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين، و على الدائنين التاليين له في مرتبة القيد في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهن، و هو أثر هام لا يمكن إغفاله."⁽¹⁾

ولقد أولت معظم التشريعات أهمية لتنظيم عقد الرهن الرسمي، ذلك لأن الاعتماد على القدرة الذاتية في تمويل المشروعات صعب جداً، لذلك فغالباً ما يلجأ الأفراد إلى تمويل مشاريعهم بالائتمان، و لا يتحصل الفرد على هذا الائتمان إلا بمقتضى ضمانات، ومن بين هذه الضمانات نجد الرهن الرسمي، وهو يعد من أهم العوامل المساعدة على سير الحياة الاقتصادية، كما يكفل لأصحاب رؤوس الأموال الكبيرة، استثمار أموالهم في قروض مضمونة برهون رسمية على عقارات تقي قيمتها بقيمة هذه القروض.

وبالنتيجة على ذلك، و نظراً للدور الاقتصادي الكبير لهذا العقد، فقد أكدت نصوص القانون الجزائري على أن الرهن الرسمي لا ينشأ إلا بورقة رسمية كما تنص على ذلك المادة 883 فقرة 1 من ق.م.ج على ما يلي: " ينعقد الرهن إلا بورقة رسمية أو بحكم أو بمقتضى القانون، وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك..." وكذلك نصت المادة 886 من ق.م.ج على أن: "... وأن يرد هذا التعيين أما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق وإلا كان الرهن باطلاً".

(1) زليخة لحميم، إنشاء الرهن الرسمي و انقضاؤه في القانون المدني الجزائري مقارناً، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، 1995-1996، ص40
و هناك آراء عرفت الرهن الرسمي فهناك من كفيه على أنه حق وهناك من كفيه على أنه عقد و ليس هذا مقام لتفصيل ذلك.

يتضح من هذين المادتين 883 و 886 من القانون المدني الجزائري أنه عقد الرهن الرسمي لا ينعقد إلا في الشكل الرسمي و نفس هذا الإجراء يتم في العقد اللاحق الذي يتم فيه تعيين العقار المرهون.⁽¹⁾

و يشير الفقهاء كذلك إلى الغموض الذي يكتنف المادة 882 ق.م.ج التي ينص فيها المشرع على أن الرهن الرسمي مصدر العقد، تم أضاف إلى العقد و ذلك في المادة 883 ق.م.ج الحكم القضائي و القانون، و بالتالي أصبح إنشاء الرهن الرسمي في التشريع الجزائري إلى ثلاثة مصادر، إما بالعقد أو الحكم القضائي و القانون و اعتبر بعض الفقه في هذا الشأن أن نص المادة 883 ق.م.ج تزييدا يمكن الاستغناء عنه، لأن مصدر الرهن الرسمي في معظم التشريعات العرفية هو العقد وحده.⁽²⁾

وتتمثل الشكلية الرسمية لانعقاد عقد الرهن الرسمي في ضرورة توثيق⁽³⁾ عقد الرهن الرسمي و هي ركن من أركان انعقاده و ليس شكلية للإثبات و نفس هذه القواعد ينطبق على التوكيل في عقد الرهن الرسمي وفي الوعد بالرهن الرسمي، إذ قصد المشرع في المادة 71 فقرة 2 أن الشكلية المطلوبة لانعقاد فقط بل هي متطلبة و مفروضة كذلك لتمام العقد، و بالتالي فإن تخلفها يؤدي إلى عدم وجود العقد.

وهنا يرى أغلبية الفقهاء أن الرسمية الواجبة في عقد الرهن الرسمي تشترط في رضا الراهن باعتباره الشخص المعني بالحماية أما رضا الدائن فيجوز أن يكون في أي صورة أو شكل أي بمحرر عرفي أو شفهي أو حتى ضمنيا، إلا أنه يرى جانبا آخر، أن الرسمية مشترطة للطرفين معا وتبريرهم في ذلك هو أن الرسمية لا تحمي الراهن وحده بل تحمي كذلك الدائن، ومصالح أخرى مهمة كالائتمان العقاري، وكذلك يصعب تصور عقد " نصف رسمي"، حتى وإن أمكن تصور ذلك فيكون عقدا ناقص الرسمية، زيادة على ذلك فإن ظاهر النص القانوني واضح في اشتراطه للرسمية لكل من الطرفين الراهن و المرتهن.⁽⁴⁾

(1) د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون الجزائري، بدون طبعة الجزائر، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986، ص 122.

زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 47.

زواوي محمود، المرجع السابق، 68، رسمية الرهن ترجع إلى عهد بعيد حيث وجد لدى الرومان التزام يقترب منه يسمى (OBLIGATIO BONORUM).

(2) زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 48.

(3) أي يجب أن يتم تحرير عقد الرهن لدى الموثق و لا تصلح الأوراق الرسمية الأخرى لإنشائه كمحضر الصلح الذي يحرره موظف عام و الأحكام القضائية و هذا هو موقف الفقه الفرنسي والمصري أي أن تحرير عقد الرهن يبقى من احتكار الموثق.

(4) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 69.

إلا أن هناك من الفقهاء من انتقد هذا الرأي، و " رأوا في ذلك قيوداً للشكليات الأخرى التي لا تخلو من الجوانب الإيجابية، فقد تكون فيها حماية للغير كما في حالة الشكل المطلوب للإثبات أو للمصلحة العامة كما في حالة الشهر العقاري. لذلك يرى هؤلاء الفقهاء بأن الإقتصار على الشكلية اللازمة في الوعد بالتعاقد على الشكل المطلوب للانعقاد، لم يعد ما يبرره في وقت أصبحت فيه الشكلية آخذة في الانتشار لعدة اعتبارات" (1).

أما عن جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي فإن المادة 883 ق.م.ج. فقد نصت المادة 883 ق.م.ج. صراحة على أن عقد الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي، إلا أن المشرع لم يبين من خلال هذه المادة الجزاء المترتب على عدم مراعاة هذه الشكلية.

"و عليه فإنه بالرجوع إلى المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج. نجد أنها تنص على أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي تحت طائلة البطلان" و عقد الرهن الرسمي هو من العقود التي تتضمن حقوقاً عقارية و التي استلزم المشرع تحريرها في شكل رسمي و إلا وقعت تحت طائلة البطلان، فتخلف الشكل الرسمي في عقد الرهن الرسمي هو البطلان المطلق الذي يعدم العقد و هو بطلان لا تلحقه الإجازة و لا يرد عليه التصحيح حسب نص المادة 102 ق.م.ج. و يكون العقد كأن لم يكن بأثر رجعي كما تنص على ذلك المادة 103 ق.م.ج. (2).

وما تجدر الإشارة إليه، هو أن "البطلان المطلق لا يترتب على تخلف الورقة الرسمية فقط، بل يلحق كذلك إلى تخلف شرط من شروطها القانونية المنصوص عليها بالمواد 324 مكرر 2، 3، 4 من ق.م.ج.، كأن لا تحمل توقيع الموثق الذي قام بتحرير عقد الرهن الرسمي، أو أن يقوم بذكر بيانات ليس من اختصاصاته" (3).

وكل هذه الحالات يترتب عليها بطلان عقد الرهن الرسمي، و قد يترتب عليها كذلك "مسؤولية الموثق محرر الورقة الرسمية و الذي تسبب بخطئه في هذا

(1) زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 56-57.

(2) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 125-126.

زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 62.

المادة 102 ق.م.ج.: "إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها و لا يزول البطلان بالإجازة...".

المادة 103 ق.م.ج.: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض مهاد...".

(3) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 125.

زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 63.

البطلان و تنتقر المسؤولية التقصيرية إذا لم يقم بمهمة التوثيق، و يسأل عن كل إهمال أو تقصير يترتب عليه البطلان، وعن كل خطأ في تقدير حقوق الراهن أو التأمينات المنقل بها العقار من قبل، كما أنه يسأل مسؤولية عقدية إذا كان قد قام بعمل كوكيل عن طرفي عقد الرهن، وعليه أن يتأكد ما إذا كانت قيمة العقار كافية أم لا، و الموثق مسؤول عن العقود الأصلية أو التي يحتفظ بأصلها".⁽¹⁾

كما أن عقد الرهن الرسمي لا يخضع للشكل الرسمي لانخفاؤه بل يخضع لشكلية أخرى جد مهمة ألا وهي شكلية القيد حتى يكون الرهن نافذاً في حق الغير وإن كان هناك من الفقهاء من خالف هذا الرأي واعتبر شكلية القيد شرطاً من شروط إنشاء الرهن، والمشرع الجزائري قد أحال أحكام القيد إلى قانون تنظيم الشهر العقاري، كما فعل المشرع المصري، وهذا ما نصت عليه المادة 905 ق.م.ج كما يلي: " تسري على إجراء القيد وتجديده و شطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة على ذلك كله الأحكام الواردة في قانون تنظيم الشهر العقاري" كما تنص المادة 16 من الأمر 74-75 المؤرخ 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أن: " أن العقود الإرادية والاتفاقات 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" وعليه إن كان القيد إجراء شكلي يهدف إلى إعلام الغير بالحق العيني الذي نشأ أو انقضى سواء كان رهناً أو غيره وعليه فإن الحق العيني ينشأ بين طرفي العقد بمجرد انعقاد العقد صحيحاً، وإن كانت المادة 16 من الأمر المذكور قد ذكرت بأن الحق العيني لا ينشأ حتى بين الأطراف إلا بعد القيد".

"أما عن إنشاء الرهن الرسمي الذي يتم خارج الجزائر، إذ أن المادة 883 ق.م.ج المذكورة لم تشترط أن يحرر عقد الرهن الرسمي أمام جهة جزائرية، مما يمكن القول أنه يمكن أن يحرر أمام جهة أجنبية معنى ذلك أنه سمح للموثقين الأجانب أن يقوموا بذلك إلا أنه لا تكفي وحدها لإنشاء رهن رسمي على عقارات في الجزائر لأن المشرع الجزائري قد اشترط في هذه الحالة أمراً تنفيذياً من جهة قضائية جزائرية حتى يعتبر الرهن الذي أنشأ في الخارج معتداً به و صحيحاً.

(1) د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 125.

زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 62-63 و لقد اعترف القضاء الفرنسي بمسؤولية الموثق في هذه الحالة، كما أن اشتراط المشرع للرسمية في عدة عقود أخرى، لا يعني التخفيف من مسؤولية الموثقين في حالة القرض مع إنشاء رهن رسمي.

وهذا ما تنص عليه المادة 325 ق.إ.م كما يلي: "الأحكام الصادرة من جهات قضائية أجنبية و العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجنب لا تكون قابلة للتنفيذ في جميع الأراضي الجزائرية وفقا لما يقضي بتنفيذه من إحدى جهات القضاء الجزائرية دون إخلال بما قد تنص عليه الاتفاقات السياسية من أحكام مخالفة".

كما أن الاتفاقية القضائية الخاصة بالتعاون المتبادل في الميدان القضائي بين الجزائر والمغرب المؤرخة في 15/03/1963 نجدتها تنص في المادة 29 منها على ما يلي: " إن الرهون الأرضية الاتفاقية الحاصلة في أحد البلدين يجري تقييدها وأثرها في البلد الآخر وذلك فقط في الحالة التي تصبح فيها العقود المتضمنة شروط هذه الرهون نافذة الإجراء من طرف السلطة المختصة حسب قانون البلد المطلوب التقييد فيه، و تكفي السلطة المذكورة بالنظر فيما إذا كانت العقود و الوكالات المكتملة لها تتوفر فيها الشروط اللازمة لإثبات صحتها في البلد الذي يتسلمها...".

و لقد نظم المشرع الجزائري الإجراءات المتعلقة بالشكليات الأولية لإشهار حقوق الملكية و الحقوق العينية الأخرى في السجل العقاري- الذي سبق تفصيله- وذلك في المواد 8 إلى 18 من المرسوم رقم 63-76 حيث نص في المادة 10 من هذا المرسوم على ما يلي: "ينبغي على كل مالك طيلة شهرين من تاريخ الإيداع أن يودع لدى المحافظة العقارية جدولا محررا على نسختين من قبل موثق أو كاتب للعقود الإدارية أو كاتب ضبط كاتب ضبط يتضمن ما يلي: "الامتيازات والرهن، و الحقوق العينية والقيود الخاصة لحق الملكية المترتبة على كل عقار مع ذكر ذوي الحقوق والقيود أو الأعمال المؤسسة لهذه الأعباء العقارية"، إذ يتضح من هذه المادة أن أصحاب الأملاك العقارية مطالبون بإيداع نسختين رسميتين لدى المحافظة العقارية، قصد إشهار كل الحقوق العينية المتعلقة بعقاراتهم سواء كانت هذه الحقوق العينية أصلية أو تبعية كالرهن الرسمي.

إن الحكمة من إجراءات الشهر هو حماية الائتمان العقاري وحماية حق الغير الذي يمكن أن يضار بهذا الرهن، إذ اعتبر مخالفة قواعده تشكل مساسا بالنظام العام، لأن قواعده أمره وبالتالي لا يجوز الخروج عنها، وتنص المادة 904 فقرة 1 ق.م.ج على أنه: " لا يكون الرهن ناقدا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون الإخلال بالأحكام المقررة"⁽¹⁾.

(1) زليخة لحميم، المرجع السابق، ص 62، 63.

كما تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد أنشأ رهونا تأمينية حقيقية في المنقول، مقتديا بالمشرع الفرنسي فقد نصت في المواد 55 وما بعدها من القانون البحري على رهن السفن والعمارات البحرية المملوكة لأشخاص القانون الخاص، ويكون الرهن البحري تأمينا اتفاقيا يخول حقا عينيا على السفينة، وينشأ الرهن في هذه الحالة بموجب محرر رسمي، وأن يصدر من مالك السفينة وأن يقيد في دفتر التسجيل الجزائري للسفن ويرتب الدائون المرتهنون لنفس السفينة حسب أسبقية القيد، والقيد يحفظ الرهن مدة عشر سنوات فإذا انتهت هذه المدة ولم يتم تجديده اعتبر الرهن ملغى لكلا الطرفين وكذلك حقوق أفراد الأسرة الناتجة عنه مستقبلا⁽¹⁾.

الفروع الخامس، الشكلية من مقومات عقد الهبة الواقع على عقار.

عرّف بعض الفقهاء الهبة لغة بأنها: التفضيل والإحسان بشيء ينتفع به الموهوب له سواء كان ذلك الشيء مالا أو غير مال، وهي مأخوذة أيضا من "هب" بمعنى "مر" بمرورها من يد إلى أخرى أو بمعنى استيقظ فاعلمها للإحسان ومن ذلك قالوا أن الهبة في اللغة هي التبرع والتفضل على الغير⁽²⁾ وقد ورد ذكر الهبة في القرآن الكريم في عدة آيات منها قوله تعالى: ﴿يَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاءًا وَيَهَبْ لِمَنْ يَشَاءُ الذَّكُورَ﴾⁽³⁾.

أما اصطلاحا فقد عرفها بعض الفقهاء على أنها: "تمليك العين في الحال مجانا"، وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 202 من قانون الأسرة بأنها: "الهبة تمليك بلا عوض..."، وعرفها المشرع المصري في المادة 486 بأنها: "الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال دون عوض"⁽⁴⁾، أما المشرع الفرنسي فقد عرف الهبة في المادة 894 ق.م.ف على أن "الهبة بين الأحياء هي تصرف بموجبه بتجرد الواهب في الحال وبطريق لا رجوع فيه عن ملكية الشيء الموهوب لصالح الموهوب له الذي يتقبله"، فالهبة حسب هذا التعريف تعتبر تصرف «acte»، ولم تعرف على أنها عقد «contrat» فعلى هذا التقدير فالهبة حسب هذا القانون لا يلزم إلا الواهب، وقد ردّ الفقه الفرنسي على ذلك بأن

(1) د. محمد حسن، المرجع السابق، 127، 128.

(2) محمد تقيّة، الهبة في التشريع الجزائري وفي الفقه الإسلامي، نشرة الموثق، عدد 3، جوان 1998 ص 18.

(3) الآية 48 من سورة الشورى.

(4) عبد الرواق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح، جزء 5، بدون طبعة، دار التراث العربي في المقدمة.

الهبة و إن كانت لا تلزم إلا الواهب إلا أنها تتم إلا بإيجاب و قبول فهي إذن عقد وإن كان ملزما لجانب واحد⁽¹⁾، كما أنها تعتبر تملك بمجرد العقد الرسمي فالمادة 931 ق.م.ف تجعل الهبات الجارية دون مراعاة الشكل الرسمي باطلة، وعليه تكون الهبات الشفهية باطلة إلا في بعض الاستثناءات المنصوص عليها في المادة 1339 ق.م.ف⁽²⁾، كما أن الهبة في النظام القانوني الفرنسي مرتبطة ارتباطا وثيقا بالميراث إلى حد أنه يتقرر على الموهوب له للورثة حقان: حق الرجوع إذا كانت الهبة للوارث فيجب على الموهوب له الوارث أن يرجع الهبة إلى التركة بعد موت الواهب فتوزع على جميع الورثة كل بقدر نصيبه، ولهم حق الانتقاص « droit de réduction » إذا كانت الهبة لغير وارث وكانت تزيد على نصاب الوصية، أما في الفقه الإسلامي التي تقتبس القوانين العربية منه أحكام الهبة فلا تتصل الهبة بالميراث إلا إذا كانت صادرة في مرض الموت.⁽³⁾

وما تجدر الإشارة إليه أن عقد الهبة له مقومات أساسية لا يتسع المجال لتفصيلها و هي بمثابة أركان عقار الهبة و سنركز دراستنا على مقوم أساسي واحد و هو الشكلية في عقد الهبة.
فما هي أحكام الشكلية في عقد الهبة في التشريع الجزائري وبعض التشريعات الأخرى؟

عقد الهبة من العقود الشكلية، فلا يكفي لانعقادها وجود التراضي بين المتعاقدين وإنما يلزم إفراغ هذا التراضي في شكل معين أوجبته أغلبية التشريعات الحديثة ومنها التشريع الجزائري، وذلك في المادة 206 ق.أ.ج التي تنص: " تتعد الهبة بالإيجاب و القبول وتتم بالحيازة و مراعاة أحكام التوثيق في العقارات و الإجراءات الخاصة في المنقولات... " ^(*) والتي تقابلها المادة 488 ق.م.م التي تنص: " تكون الهبة بورقة رسمية، وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر... " ⁽⁴⁾.

ورغم ذلك فقد اعترض بعض الفقهاء على هذه الشكلية في عقد الهبة، ولكن وجود الشكلية الرسمية كركن أساسي في عقد الهبة له مبرراته⁽⁵⁾ لما لهذا العقد من تأثير بالغ في العلاقات والروابط الإنسانية باعتبارها أنها تهدف إلى البر والإحسان وإلى تدعيم صلة الأخوة والتعاون والمحبة بين الأقارب والمعارف "كما

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 29.

(2) المرجع نفسه، ص 30.

(3) أ. محمد نقيه، المقال السابق، ص 19.

(*) نماذج لعقد هبة محرر في شكل رسمي (موثق)، أنظر الملحق.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 48.

(5) المرجع نفسه، ص 47.

أنها تكتسي خطورة كبيرة في التصرفات القانونية بواسطتها يتنازل الإنسان عن جزء من ماله قد يكون ذات تأثير كبير على أسرته وعلى وضعيته المالية يتطلب منه التأني والتروي وإدراك العاقبة لدى فهي تستلزم التفكير سواء من قبل الواهب أو الموهوب له أو من جهة الموثق الذي يتوجب عليه التأكيد على سلامة الرضا وجدية الإرادة ومن هوية الطرفين⁽¹⁾ و" في هذا الشأن تنص المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للتقنين المصري" فالأصل في هبة العقار أن تكون بورقة رسمية، حتى تتوافر للواهب أسباب الحرية في عقد ينزل به عن ماله دون مقابل " كما يذهب إلى ذلك الفقيه بلانيول و ريبار بقولهما: "..... و ليس السبب في رسمية الهبة أو عينيتها حماية ورثة الواهب فحسب بل السبب الرئيسي هو حماية الواهب نفسه، إذ هو يتجرد عن ماله دون مقابل"⁽²⁾.

"أما الفقه الإسلامي الذي تقتبس منه جل التشريعات العربية أحكام الهبة فلا يتطلب لانعقاد الهبة أن تحرر ورقة رسمية، بل أنه قرر في أكثر مذاهبه أن الهبة خلافا للبيع لا تتم إلا بالقبض"⁽³⁾، " إلا أن ذلك لا يعتبر مخالفة لمقاصد الشرع مادامت مصلحة الواهبين تقتضي ذلك، لأن في تصرفهم خطرا كبيرا على مصالحهم ومصالح ورثتهم، خاصة وأن مقاصد الشريعة الإسلامية تقتضي متى وأين توجد المصلحة، فتم شرع الله بالإضافة إلى أن لولي الأمر أن ينظم المعاملات بطريقة تحفظ حقوق الناس وترعى مصالحهم"⁽⁴⁾، إلا أنه لتبيان شكل عقد الهبة يجب التمييز بين العقار والمنقول، حسب ما أقره المشرع في قانون الأسرة في المادة 206 منه التي أكدت على مراعاة أحكام التوثيق في العقارات وعلى الإجراءات الخاصة في المنقولات عند انعقاد عقد الهبة، "إذ لم تختلف أغلب التشريعات على اشتراط الشكلية الرسمية في عقد الهبة و إنما اختلفت في نوع الشكلية الواجبة فيه، إذ يمكن تقسيمها إلى نوعين: أحدهما لا يقع على إرادة المتعاقدين، فنتعقد الهبة بالتراضي ولكن لا بد من تمامها على وجه نهائي بتصديق السلطة القضائية أو إقرار منها، أما النوع الثاني من الشكلية ينصب على التراضي ذاته، فلا بد أن يصدر في شكل خاص أمام موظف مختص"⁽⁵⁾، و"هذا ما أخذ به

(1) أ. محمد تقيّة، المقال السابق، ص 17.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 46.

(3) المرجع نفسه، ص 46.

أ. راشد لحبيب، الهبة في التشريع الجزائري، المنظمة الجهوية للمحامين ناحية تلمسان، سبتمبر 1989 ص 1، 2.

(4) أ. محمد تقيّة، المرجع السابق، ص 20.

(5) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 48.

المشرع الجزائري في رسمية الهبة الواقعة على العقارات التي يقصد بها تحرير عقد الهبة بمقتضى عقد توثيقي Acte notarié، إذ خول الموثق تحرير عقد الهبة صراحة تحت طائلة البطلان⁽¹⁾، أما "شكلية الهبة الواقعة على عقار في التقنين المدني المصري، لا تتم إلا بورقة رسمية، أي يجب على المتعاقدين أن يتقدما لأي مكتب من مكتب التوثيق وليس ضروريا أن يكون مكتب التوثيق الذي يوجد في دائرته العقار الموهوب"⁽²⁾، ونفس هذا الرأي ينطبق على التشريع الجزائري الذي أكد اختصاص الموثق على كامل التراب الوطني و ليس بالاختصاص الإقليمي الذي كان مقررا في قانون التوثيق لسنة 1970 في المادة 6 منه، فالمادة 206 ق.أ.ج أحالت إلى أحكام الأمر رقم 70-91 مؤرخ في 15/12/1970 المتضمن تنظيم التوثيق الساري المفعول آنذاك الذي ينص صراحة في المادة 12 منه على ما يلي: "زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم في شركة أو جزء منها. يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

وبعد إلغاء الأمر 70-91 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق ألغيت المادة 12 المذكورة والتي استخلفت في التقنين المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 88-14 مؤرخ في 03 ماي 1988 بالمادة 324 مكررا فهذه المادة هي التي تطبق على شكلية عقد الهبة، إذ يقوم الموثق بتوثيق عقد الهبة، بعد دفع الرسم المستحق⁽³⁾ ويجب عليه قبل القيام بتحرير العقد أن يتأكد من أهلية المتعاقدين ورضائهما ويطلب إثباتا لأهليهما، وإذا تمت الهبة بوكيل، فعلى الموثق أن يتأكد من أن مضمون الهبة لا يجاوز حدود الوكالة، ويجب إحضار شاهدين كاملي الأهلية ليس لهما أي صالح في الهبة ولا تربطهما بالمتعاقدين أو الموثق صلة قرابة أو مصاهرة لغاية الدرجة الرابعة، ويجب عليهما توقيع عقد الهبة، فالموثق يجب عليه أن يتحرى كل العناصر الموضوعية والقانونية التي تجعل من عقد الهبة صحيحا⁽⁴⁾ دون أن يتجاوز في ذلك حدود صلاحياته كأن يطلب من الواهب تقديم المبررات والأسباب التي دفعته للإقدام على هذا التصرف، بمعنى أن الموثق ليس مخولا للتدخل في إرادة الواهب لأن التصرف في المال يعتبر حقا مطلقا للمالك

(1) مصطفى لعموم، عقد الهبة، نشرة الموثق، عدد 08، لسنة 1999، ص 20.

(2) حسب ما تنص عليه المادة الثانية من قانون رقم 88-27 بتنظيم مهنة التوثيق التي سبق الإشارة إليها.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 49.

(4) المرجع نفسه، ص 51.

أ. براهيم لحبيب، المرجع السابق، ص 11.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في ملف رقم 47072 مؤرخ في 14/03/1988 الذي أقرت فيه بما يلي: " من المقرر شرعا أن التدخل في إرادة الواهب أو المحبس فيها وهبته أو حبسه أو على من وهب أو حبس أو على من حرسه أو على من حرمه من الإرث هو تدخل يتجاوز حدود وصلاحيات القاضي، ومن تم فإن القضاء لما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقواعد الشرعية، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن الواهب وهب أملاكه للطاعنين في سنة 1930 ورفع حيازتهم لها، فإن قضاة المجلس بالغائهم الحكم المستأنف لديهم و من جديد القضاء بإبطال الهبة خالفوا القواعد الشرعية و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".⁽¹⁾

"و في كل حالة فإنه يجب أن يشمل العقد الموثق على كل عناصر الهبة وهي المال الموهوب وأسماء ولقب كل من الواهب و الموهوب له واسم و لقب وعنوان مكتب الموثق محرر العقد، و الشروط التي قد يحتويها العقد كالعوض والالتزامات المفروضة على الموهوب له من قبل الواهب و يجب أن لا تتعارض مع أحكام عقد الهبة"⁽²⁾، و كل ذلك من أجل احترام الإجراءات الشكلية و أحكامها العامة التي جاءت في المواد 324 مكرر 2 وما يليها والتي تختص بالشروط اللازمة لصحة المحرر الرسمي.

إضافة إلى ذلك اتباع إجراءات التسجيل و احترام إجراءات الشهر العقاري حتى ينتج عقد الهبة أثره العيني و هو نقل الملكية بين المتعاقدين و يصبح قابل للاحتجاج به قبل الغير، و هذا ما أشارت إليه المادة 792 ق.م.ج التي تنص على ما يلي: " تنتقل الملكية و غيرها من الحقوق العينية في العقار بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف طبقا للمادة 164 و ذلك مع مراعاة النصوص التالية"، وكذلك ما تنص عليه المادة 793 من ق.م.ج بقولها: " لا تنتقل الملكية والحقوق 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 الشهر العقاري".

"فكلمة عقد تعني كل اتفاق يتضمن بيع أو هبة كذلك وفقا لأحكام المنصوص عليها من المادة 202 ق.أ.ح إلى المادة 212 من قانون الأسرة، فعقد الهبة مثله مثل عقد بيع العقار يخضع إلى الشكلية الرسمية و ذلك بتحريره من طرف ضابط مختص يكون غالبا الموثق، لذا فإن عقد الهبة يبرم وفق طرق

(1) مصطفى لعروم، المرجع السابق، ص 18.

(2) أ. براشد لحبيب، المرجع السابق، ص 11.

وإجراءات المحرر التوثيقي من حيث الشكل مع إخضاعه للتسجيل ككل محرر رسمي كما أنه يخضع للإجراءات و الواجبة لنقل ملكية العقار من الشهر العقاري لدى المحافظة العقارية⁽¹⁾.

وتجدر الإشارة كذلك إلى "مسألة مهمة متعلقة بالقبول في عقد الهبة واتصاله بالإيجاب الواهب فغالبا يكون قبول الموهب له للهبة متصلا بإيجاب الواهب، فيحرر عقد الهبة الرسمي متضمنا كلا من الإيجاب والقبول في وقت واحد، ولكن قد ينفصل القبول عن الإيجاب فيصدر الواهب إيجابه و يرسله إلى الموهوب له فيقبل الموهوب له الهبة في وقت آخر، وفي هذه الحالة يجب أن يكون الإيجاب حتى ينعقد عقد الهبة مكتوبا ومحرر في شكله الرسمي الموثق، فقد تناول المشرع الفرنسي هذه الحالة و اشترط أن يكون القبول هو كذلك محررا في ورقة رسمية و ذلك في المادة 2/932 ق.م.ف، و نفس الموقف تبناه المشرع المصري في التقنين المدني السابق وذلك في نص المادة 7048 التي تنص على مايلي: " إنما إذا كان العقد المشتمل على الهبة ليس موصوفا بصفة عقد آخر، فلا تصح الهبة ولا القبول إلا إذا كان حاصلين بعقد رسمي، و إلا كانت الهبة لاغية"⁽²⁾.

أما المشرع الجزائري لم يتناول هذه الحالة التي يكون فيها القبول منفصلا عن الإيجاب مكتوبا في ورقة رسمية أو موثقة، بل أكد على أن الهبة تتعقد بالإيجاب و القبول، إذ يتضح من ذلك أن عقد الهبة الموثق لا ينعقد إلا إذا كان الإيجاب و القبول متوفرين في وقت واحد، "إذ اعتبر عقد الهبة تتم بإيجاب و قبول متطابقين فلا تتعقد بإرادة الواهب المنفردة و بذلك تتميز الهبة عن الوصية التي تتعقد بإرادة الوصي المنفردة ذلك أن عقد الهبة يقوم كذلك على مقوم أساسي آخر هو عقد يتم بين الأحياء. « Contrat entre vifs » أما عن شكلية عقد الهبة في المنقول فبالرجوع إلى أحكام المادة 206 ق.أ.ج نجدها تنص: ".... والإجراءات الخاصة في المنقولات..." دون أن يحدد تلك الإجراءات الخاصة هل تتمثل في الشكل الرسمي أو القبض أو إجراءات أخرى، إلا أن أغلب الفقه يقرر بأن يتم عقد الهبة في المنقول في شكل رسمي وذلك يعود إلى طبيعة الأشياء المنقولة التي تستوجب ملكيتها و حيازتها بعقد رسمي مع أن القانون كما أشرنا إلى ذلك لم ينص صراحة على أن هبة المنقولات تقتضي أن تحرر بموجب عقد رسمي"⁽³⁾.

(1) و كذلك المادتين 15 و 16 من أمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري للتين سبقت الإشارة إليهما.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 50 و 51.

(3) أ. مصطفى لعروم، المرجع السابق، ص 20.

كما أن المنقولات تحتاج إلى الرسمية لأنها تخضع إلى إجراءات إدارية كهبة السيارة، أو جرار،... لأن نقل ملكيتها مجانا ليس من اختصاص المصالح الإدارية بل العكس فهي غالبا ما تشترط عقود رسمية أي موثقة⁽¹⁾، فالمادة 931 من القانون المدني الفرنسي القديم تستوجب تحرير عقد الهبة في الشكل الرسمي و ذلك تحت طائلة البطلان نظر لما لعقد الهبة من أهمية فهذه المادة لم تفرق بين الهبة في العقار أو المنقول ففي كلاهما يستوجب انعقاد الهبة في شكل رسمي⁽²⁾، كما هو عليه الشأن في التقنين المدني في المادة 488 منه التي جاءت عامة شاملة للعقار والمنقول بنصها: "تكون الهبة بورقة رسمية..."، إذ يجوز أن تتعد الهبة في المنقول بورقة رسمية وتتم بنفس الأحكام و الإجراءات التي يسري انعقاد هبة العقار، وإذا أفرغت هبة المنقول في ورقة رسمية انعقدت الهبة دون حاجة إلى أي إجراء آخر، كما هو الشأن في هبة العقار، إذ لا ضرورة لانعقاد هبة المنقول الموثقة بورقة رسمية إلى القبض⁽³⁾.

وما يبرر الشكلية الرسمية في هبة المنقول يرجع إلى عدة اعتبارات منها:

فقد نصت المادة 207 من ق.أ.ج على حالة التسليم الحكمي فقضت بأنه إذا كان الشيء الموهوب بين يدي الموهوب له من قبل التبرع فتعتبر الحيازة قد تمت و إذا كان بيد الغير وجب إخباره ليعتبر حائزا، كما نصت المادة 208 على ثلاث حالات وهي أن يكون الواهب و لي الموهوب له أو زوجه أو أن يكون الموهوب شائعا و يضع الموهوب له يده على الشيء الموهوب إما بنفسه أو بواسطة وكيل عنه و إذا كان الموهوب له قاصرا أو محجوزا عليه فإن الحيازة تنفذ بواسطة ممثله القانوني.

أما المنقولات التي يصح أن تكون محلا للهبة اليدوية، فلقد نصت المادة 205 من ق.أ.ج على أنه: "يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير، ويتبين لنا من خلال هذا أنه يصح أن يكون محلا للهبة اليدوية المنقولات المادية والمعنوية كالكتب أو المجوهرات، أو محل تجاري أو أحد عناصره المادية أو المعنوية..."⁽⁴⁾.

"ويجوز أن يقع على حق الانتفاع بهذه الأشياء، و تتم في هاتين الحالتين بالقبض، ويجوز أن ترد الهبة على ديون لدى الغير أو أن ترد على سندات اسمية

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 53.

(2) المرجع نفسه، ص 20.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص 53-54.

(4) أ. برشد لحبيب، المرجع السابق، ص 12.

أو لحاملها أو لأمره فهذه كلها منقولات و إن كانت منقولات معنوية، كما يصح أن ترد الهبة على الديون كما تنص على ذلك المادة 205 من ق.أ.ج فيجوز أن يحول الدائن حقه لشخص ثالث وفقا للإجراءات المقررة في حوالة الحق و تكون الحوالة على سبيل التبرع تتم بتسليم الموهوب له سند الدين و هو القبض⁽¹⁾.

أما إذا اختل ركن الشكل الرسمي في عقد الهبة الواقعة على العقار ويتحقق ذلك عندما لم يوثق عقد الهبة وفقا لأحكام التوثيق المنصوص عليها في القواعد العامة في التقنين المدني المتمثلة في المادة 324 مكرر 1 وما يليها من ق.م.ج والأحكام الخاصة المنصوص عليها في قانون التوثيق، والتي يجب احترامها "ويختل شكل الهبة في المنقول إذا لم توثق في الشكل الرسمي في صورة صحيحة، ولم يقيم الموهوب له في الوقت ذاته بقبض أو حيازة المنقول حتى تصبح الهبة يدوية، وهذا ما تنص عليه المادة 206 ق.أ.ج"⁽²⁾، فينتج عن كل ذلك بطلان الهبة بطلانا مطلقا و لا يتيح لها أي أثر، و معنى هذا أن المال الموهوب يبقى ملكا للواهب. يستطيع أن يتصرف فيه كيفما يشاء، و لا تنتقل العين الموهوبة إلى الموهوب له، و لا يمكن أن يطالب الواهب بتسليمه الشيء الموهوب و لا يستطيع أن يتصرف فيه، وهذا ما يعرف بالبطلان المطلق طبقا للنظرية العامة للبطلان في العقود و لا تلحقه الإجازة و كل ما يستطيع المتعاقدان القيام به هو أن يعيدا إبرام العقد من جديد، فيستوفيا الشكل المطلوب، و عند ذلك تتم الهبة، ولكنها هبة جديدة منفصلة تماما عن الهبة الأولى الباطلة، و يكون تاريخها من وقت استيفاء الشكل لا من وقت الهبة القديمة.

"كما أنه ترد عدة استثناءات عن لزوم الشكلية الرسمية في عقد الهبة كما هو الحال في الهبة الغير مباشرة التي يتحدد تعريفها من تحديد تعريف الهبة المباشرة فالهبة غير المباشرة يكتسب فيها الموهوب حقا عينيا أو حقا شخصيا دون مقابل على سبيل التبرع، و لكن دون أن ينتقل إليه هذا الحق مباشرة من الواهب و مثالها أن يتنازل صاحب حق الانتفاع أو حق السكن أو حق الاستعمال عن حقه فيؤول لمالك الرقبة، ففي هذا المثال كسب الموهوب له و هو المالك حقا عينيا عن طريق الواهب و لكنه كسب هذا الحق لا عن طريق انتقاله إليه من الواهب كما هو في الهبة المباشرة، و لكن عن طريق تنازل الواهب عنه و تركه إياه، و النزول عن حق شخص كالإبراء، يعتبر هبة غير مباشرة، فإذا أبرأ الدائن ذمة مدينه من الدين، كان هذا هبة غير مباشرة لأن الموهوب له (المدين) كسب الدين، لا عن

(1) المرجع نفسه، ص 13.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 68-69.

أ. براشد لحبيب، المرجع السابق، ص 13.

طريق انتقاله إليه من الواهب بل عن طريق تنازل الواهب عنه، كما هو الحال في التنازل عن حق عيني، كما أن الاشتراط لمصلحة الغير على سبيل التبرع يعتبر هبة غير مباشرة، كما أن قبول المحال عليه لحوالة الدين دون مقابل للغير وهي هبة غير مباشرة من المحال عليه للمحيل، فهذا النوع من الهبة غير المباشرة تستثني من وجوب الشكلية و العينية إذ أن القانون لم يشترط الشكلية أو العينية إلا في الهبات المباشرة المكشوفة، فهي تتم دون الحاجة إلى شكل رسمي، أو دون حاجة إلى القبض في المنقول، فجل التصرفات التي يرد عليها عقد الهبة المباشرة تنظمها قوانين خاصة بها لم تصرح بضرورة الشكلية فيها لذا يجب إخراجها من إطار الهبة المباشرة" (1).

إلا أن الهبة غير مباشرة تبقى خاضعة للأحكام الموضوعية كأهلية التبرع والتصرف في مرض الموت والطعن بالدعوى البوليصة، وكجواز الرجوع في الهبة،... وكذلك الأمر بالنسبة للهبة المستترة، فلقد سميت هبة مستترة لأن ظاهرها يخفي حقيقتها، فهي في حقيقتها هبة ولكنها تظهر تحت اسم عقد آخر، وهي هبة مباشرة إذ أن الواهب فيها ينقل للموهوب له حقا عينيا أو يلتزم له بحق شخصي ومن أمثلتها الهبة المستترة في صورة عقد بيع، وهذا هو المثل الغالب في التعامل و من ذلك كذلك الهبة المستترة في حوالة الحق فيحيل صاحب الحق حقه إلى المحال له على سبيل التبرع، ولكنه يكتب في الحوالة مقابلا يستر به الهبة.

"و قد تناول المشرع المصري إعفاء الهبة المستترة بصريح نص المادة 488 ق.م.م: " تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة ما لم تتم تحت ستار عقد آخر"، وهنا يقصد بالهبة المستترة واستثنائها من الشكلية سواء كانت هبة عقار أو هبة منقول، وتخضع الهبة المستترة للأحكام الموضوعية في الهبة غير أنها تعفى من الشكلية والعينية فيكفي أن يكون العقد السائر قد استوفى ظاهرا شرائط انعقاده، فإن كان بيعا فيجب أن يستوفي ظاهريا شرائط انعقاد البيع وتكون الهبة المستترة به صحيحة فيما بين العاقدين وبالنسبة للغير، ومن يدعي أن العقد الظاهر ليس إلا هبة مخفاة عليه عبء إقامة الدليل على ذلك وعندئذ تجرى عليه أحكام الهبة الموضوعية و قاضي الموضوع هو الذي يبت بغير معقب فيما إذا كان التصرف المطعون فيه هو هبة مخفاة مدخلا في اعتباره ظروف التصرف و ملاساته" (2).

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 78، 79.

أ. برأشد لحبيب، المرجع السابق، ص 14.

(2) المرجع نفسه، ص 86، و ما يليها.

و ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذين النوعين من عقود الهبة كما فعل المشرع المصري، و اقتصر عن الحديث عن أحكام الهبة المباشرة و لكن ذلك لا يمنعه من أخذ هذه المبادئ و الأحكام لأنه توجد داخل إطار القواعد العامة للعقود.

الفرع السادس: الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية:

رغم اختلاف الفقه حول الطبيعة القانونية للشركة من عمل إرادي أي قيام الشركة على الفكرة التعاقدية إلى فكرة أخرى تتمثل في اعتبار الشركة بمثابة نظام أو تنظيم قانوني « Institution » وهي نظرية من نظريات القانون العام تتعارض تماما مع فكرة العقد إلى أن كيفت الشركة من طرف بعض الفقه وبالخصوص نجد " ربير Ripert " و" روبلو Roublot " بنظرية أخرى تعرف بنظرية الجهاز القانوني أو الآلة القانونية « Mécanisme juridique » على أساس أن فكرة النظام تقف عند الغرض المقصود من تأسيس الشركة وفي هذا خلط بين الشركة والمشروع، والصحيح أن الشركة هي وسيلة لجمع رؤوس الأموال اللازمة لمشروع معين، فهي إذن لا تخرج على أن تكون جهازا قانونيا يضعه المشرع تحت تصرف المتعاملين.

"في البداية كان يعتبر الجهاز الذي يمكن من جمع الأموال للمشروعات على أنه عقد، غير أن العقد لم يعد يكفي في الوقت الحاضر لأنه يمس إلا عددا محدودا من الأشخاص، لذلك فقد خلق القانون أجهزة أخرى أكثر تعقيدا تسمح بجمع هذه الأموال اللازمة و يكون فيها مقدمي هذه الأموال في مركز قانوني غير تعاقدية فحسب هؤلاء الفقهاء أن النظام القانوني للشركة ينشئه المشرع (القانون) وليس إيرادات الأفراد.

إلا أنه مهما اختلفت الآراء حول تحديد الطبيعة القانونية للشركة، فإن الفكرة التعاقدية تبقى لها مكانتها الكاملة في إنشاء عقد الشركة و يظهر ذلك بوضوح في شركة الأشخاص التي تقوم على الاعتبار الشخصي كشركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة والشركة المدنية⁽¹⁾، "أما في شركات الأموال التي تقوم على الاعتبار المالي فإن الفكرة التعاقدية تتراجع لتفسح المجال لفكرة النظام في مثل هذه الشركات كشركة المساهمة وشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا أن ظهور هذه الشركات في المجال القانوني يقوم على عمل إداري ذي صبغة تعاقدية و مثال على ذلك شركة المساهمة التي تظهر في عقد ابتدائي يمهد ظهورها

(1) د. نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص)، بدون طبعة الجزائر، دار هومة، للطباعة و النشر و التوزيع، 1997، ص 22 إلى 26.

وهو يتم بين مؤسسيها وهو عقد تبادلي ملزم لأطرافه⁽¹⁾، تم تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة الاكتتاب وفيها يقبل الجمهور الانضمام إلى الشركة وذلك عن طريق الاكتتاب في أسهمها وهنا تظهر الفكرة التعاقدية بجلاء في هذه المرحلة رغم أن هذا النوع من الشركات تقوم على الاعتبار المالي و ينعدم فيها الاعتبار الشخصي للشريك.

" وعليه فقد عرف المشرع الجزائري الشركة في المادة 416 ق.م.ج بأنها: " عقد الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل أو مال أو نقد، بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة...".

" فعقد الشركة يقوم على الأركان العامة للعقود بصفة عامة وهي الرضا وصحته، المحل والسبب إلا أن المشرع لم يكتف بهذه الأركان الموضوعية العامة وتدخل كثيرا في تنظيم الشركة و لم يترك عقدها لحرية المتعاقدين المطلقة، وإنما تدخل فيه بنصوص أمره يهدف بها تحقيق أغراض تتعلق بالنظام العام وإن كان مقدار تدخله يختلف من شركة إلى أخرى حسب نوعها وأهميتها في النهج الاقتصادي الذي رسمت قواعده الدولة و تحقيق رقابتها عليها حتى لا تصبح هذه الشركات وسيلة للاستغلال الاجتماعي و الاقتصادي.⁽²⁾

وتمثل تدخل المشرع في الشركة بفرض أركان موضوعية خاصة تستلزم طبيعة عقد الشركة وحتى يتسنى له ترتيب الآثار القانونية التي نص عليها القانون وليس هذا فقط بل تعدها إلى وجوب توفر واتباع شروط شكلية لانعقاد عقد الشركة وترتيب الجزاء على مخالفتها.

فما هي الأركان الشكلية التي يقوم عليها عقد الشركة المدنية، وما هو الجزاء المترتب على مخالفة هذه الأركان؟

نص المشرع الجزائري في المادة 418 ق.م.ج 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..."، فالنص المذكور أكد ضرورة إنجاز شكلية معينة لإنشاء عقد الشركة و إلا كان باطلا و تتمثل هذه الشكلية في الكتابة، فنص هذه المادة جاء في صيغة الوجوب، ومنه تعد الكتابة ركنا من أركان العقد، إلا أن ما يمكن ملاحظته هو أن المشرع الجزائري

(1) د. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 26.

و يعرف الاكتتاب بأنه: " رابطة قانونية بين المکتتب من ناحية و المؤسسين من ناحية أخرى".

(2) د. نادية فضيل، المرجع نفسه، ص 5.

لدى فالمادة 9 المذكورة تحتاج إلى إعادة صياغتها لتشمل جميع الشركات التجارية الأخرى التي أضافها المرسوم التشريعي لسنة 1993 الذي أضاف نوعا آخر من الشركات التجارية كشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم وشركة الشخص الوحيد⁽¹⁾، و على نفس الاتجاه سارت عليه اجتهادات القضاء و مثال ذلك ما أقره في مبادئه التي استقرت عليها "قرارات المحكمة العليا في قرار رقم 142806 مؤرخ في 1996/03/26 التي قضت فيه ما يلي: "... من المستقر عليه قانونا أن إنشاء و إثبات عقد الشركة يكون بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ولما كان ثابتا - في قضية الحال- أن قضاة الموضوع أسسوا قرارهم لإثبات وجود الشركة على عقد عرفي و شهادات شهود يكونون قد خرقوا أحكام المادة 418 من القانون المدني التي تشترط أن يكون عقد إنشاء الشركة عقدا رسميا وإلا كان باطلا، و كذلك المادة 545 من القانون التجاري التي تنص بأنه: " لا يمكن إثبات الشركة إلا بموجب عقد رسمي"، فهذا القرار الذي قضت به المحكمة العليا أكد على الشكلية الرسمية في إنشاء عقد الشركة المدنية و التجارية على حد سواء فلا يجوز إثباته بالأدلة التي تعادل الكتابة أو تزيد عنها قوة كالإقرار واليمين كقاعدة عامة، وعليه، فالكتابة المقصودة في المادة 418 ق.م.ج هي الكتابة الرسمية للشركة المدنية عملا بالقرار المذكور⁽²⁾، و كذلك بالنص الفرنسي لهذه المادة لأنه هو الأصل.

(1) حمدي باشا، المرجع السابق، ص 151.

(2) د. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 43 و 44.

أما عن الحكمة التي أراد المشرع أن يحققها من ضرورة إفراغ عقد الشركة في شكل رسمي، فهناك من يرى بأن عقد الشركة له خصوصيات ينفرد بها عن باقي العقود وذلك بأنه ينتج عنه شخص معنوي مستقل عن الأشخاص الذين قاموا بتأسيسه و ساهموا في تكوينه وعليه وجب أن يكون لهذا الشخص المعنوي عقدا مكتوبا ليتمكن الغير أن يطلع عليه قبل أن يتدخل معه في معاملات قانونية وهناك من يرى أن الحكمة في ذلك هي رغبة المشرع إلى لفت نظر الشركاء إلى أهمية هذا العمل القانوني الذي يقدمون عليه و هو إنشاء شركة تقوم بمعاملات مع الغير، وهناك أسباب أخرى يبني عليها رأي آخر وجوب اشتراط الكتابة من طرف المشرع وهو ذلك الوقع والتأثير التي تفرضه هذه الشركات سواء المدنية منها أو التجارية على الواقع والسياسة الاقتصادية في أي بلد من البلدان حيث يرى الأستاذ محمد حسن الجبر: " أن الحكمة من اشتراط الكتابة تعود من جهة إلى تراجع الفكرة التعاقدية للشركة و تغليب الفكرة التنظيمية لها في العصر الحديث ومن جهة أخرى هي أنها الوسيلة التي لا غنى عنها لتحقيق الركن الشكلي وهو إشهار الشركة"⁽¹⁾، زيادة على ذلك فإن الكتابة وإن كانت واجبة في عقد الشركة فهي ضرورية بنفس الدرجة في جميع التعديلات التي تطرأ على عقد الشركة كأن يحصل زيادة أو تخفيض لرأس مال الشركة أو تمديد أو تقصير حياتها أو إحالة حصص في الشركة إلا بعقد رسمي، كما تنص على ذلك المادة 418 ق.م.ج وتنص على ذلك أيضا صراحة المادة 572 ق.ب.ج: "لا يمكن إثبات إحالة حصص إلا بموجب عقد رسمي..."، وما أكده كذلك قرار للمحكمة العليا رقم 25642 مؤرخ في 1982/05/08 الذي قضت فيه بما يلي: "...ومتى كانت المادة 12 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 تشترط أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها إلا بالشكل الرسمي تحت طائلة البطلان. وكانت المادة 572 ق.ب.ج هي الأخرى تنص على إمكانية إثبات إحالة حصص إلا بموجب عقد رسمي.

ولما كان ثابتا- في قضية الحال- أن المجلس القضائي صرح بصحة الاتفاق الشفوي المتضمن تنازلا عن حصص في شركة، فإنه لم يلتزم صحيح القانون"⁽²⁾.

(1) موجود بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية و البحرية، عدد خاص، ص 145 وما يليها.

(2) حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 153.

م.ق، عدد 1، سنة 1989، ص 125.

وقرار آخر رقم 25016 مؤرخ في 1982/11/18 قضت فيه المحكمة العليا بما يلي: " التنازل عن حصص في الشركة بوثيقة رسمية، اتفاق الطرفين مؤسس على وثيقة عرفية بينهم غير مقبول".

موجود بمجلة الاجتهاد القضائي، قرارات المجلس الأعلى - نشر بمساعدة المصالح التقنية لوزارة العدل الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1987، ص 47 إلى 49.

كما نصت على ذلك المادة 324 مكرر 1 في الفقرة 2 من ق.م.ج صراحة بقولها: ".... كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

يتضح من هذه الفقرة للمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج التي وضعت مبدأ عام في كل الشركات التجارية والمدنية مفاده فرض الشكلية الرسمية في إنشاء العقد المؤسس الشركة والتعديلات التي تطرأ عليه.

ولم يقتصر المشرع على فرض الكتابة الرسمية عند قيام عقد الشركة بل أوجب شكلية أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها و هي خضوع عقد الشركة لإجراء الشهر لأن الكتابة هي خطوة أولى في سبيل الشهر أو إعلام الغير بإنشاء الشركة وميلادها، وحتى يضطلع على كل ما يحيط الشركة قبل الإقدام على التعامل معها فالقيام بإجراءات الشهر يجعل الشركة التجارية تتمتع بالشخصية المعنوية التي تنشأ فقط بعد اتباع هذه الإجراءات و هذا ما تنص عليه المادة 549 ق.ت.ج، إذ تخضع جميع الشركات التجارية لإجراءات الشهر باستثناء شركة المحاصة لأنها شركة خفية و لا تتمتع بالشخصية المعنوية.

أما الشركات المدنية فهي تتمتع بالشخصية المعنوية مباشرة بعد تكوينها كما تنص على ذلك المادة 417 ق.م.ج: " تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصاً معنوياً غير أن هذه الشخصية لا تكون حجة على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التي ينص عليها القانون".

و يتم شهر عقد الشركة بإتباع إجراءات معينة منها:

بإيداع ملخص العقد التأسيسي للشركة في السجل التجاري قصد قيده حسب ما تنص عليه المادة 548 ق.ت.ج: " يجب أن تودع العقود التأسيسية والعقود المعدلة للشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، و تنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات و إلا كانت باطلة"⁽¹⁾

ثم يتم نشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية المنشأة بالمرسوم التنفيذي رقم 92-70 المؤرخ في 18 فبراير 1992، ثم القيام بنشر ملخص العقد التأسيسي للشركة في جريدة يومية يتم اختيارها من طرف ممثل الشركة، و نفس هذه الإجراءات التي تشترط عند تأسيس الشركة

(1) د. نادية فضيل، الموجع السابق، ص 45.

يتوجب القيام بها عند القيام بأي تعديل مهما كانت قيمته أيضا. (1)

إذا اختلفت الأركان الشكلية في عقد الشركة ترتب على ذلك البطلان وهذا ما نصت عليه المادة 418 ق.م.ج كما 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 يكسبه ذلك العقد.

غير أنه 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".

يستفاد من هذا النص أن عقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا و إلا كانت الشركة باطلة، وكذلك كل تعديل يطرأ على عقد الشركة، إلا أنه يلاحظ على بطلان الشركة لعدم كتابة العقد في الشكل الرسمي أو القيام بشهرة ما يلي:

لا يجوز للشركاء أن يتمسكوا بالبطلان اتجاه الغير، لأن عدم كتابة العقد إهمال منهم لا يجوز أن يستفيدوا منه، فإذا طالب دائن الشركة بدين عليها لم يكن للشركاء حق التمسك ببطلانها لعدم الكتابة تخلصا من وفاء الالتزام إذ نصت المادة 545 ق.ت.ج في فقرتها الأخيرة على جواز قبول إثبات الغير وجود الشركة بجميع الوسائل عند الاقتضاء و على العكس من ذلك فإنه يجوز لدائن الشركة التمسك ببطلان الشركة- إذ رأى في ذلك تحقيق مصلحة شخصية له- لكي ينفذ على مال لمدين يدعي أنه قدم حصته في الشركة، ويجوز أيضا للشركاء أن يتمسكوا بالبطلان فيما بينهم لأنهم ساهموا جميعا في إهمال كتابة العقد بالشكل الرسمي (2).

ويختلف مصير العقد باختلاف الشخص الذي يطالب بالبطلان، إذا قضي بالبطلان بناء على طلب أحد الشركاء فلا يترتب عليه أثره إلا من وقت الحكم به وتصفى الشركة طبقا لشروط العقد الذي أبطل، لأن البطلان ليس راجعا إلى سبب بل إلى سبب خارج عنه و هو عدم الكتابة، أما بالنسبة للماضي فلا أثر للبطلان.

أما إذا أبطل العقد بناء على طلب من الغير، انسحب أثره إلى الماضي والمستقبل، هذا بالنسبة لموضوع البطلان لعدم كتابة العقد، أما بطلان الشركة لعدم الشهر، فالمشرع أرجع بطلان الشركة إلى سبب خارج عن ذات العقد.

وقدر أن الشركة غير المشهورة قد تظل قائمة مدة طويلة تباشر فيها نشاطها وتدخل في معاملات فكان من المصلحة ألا تتهار دفعة واحدة إذ قضي ببطلان

(1) د. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 45.

(2) أ. تليلى مبروك، بطلان عقد الشركة، نشرة الموثق، عدد 5، سبتمبر 1998، ص 19.

الشركة لعدم الشهر، فسمح للشركاء أن يصححوا الوضع و يمنعوا إبطال الشركة بأن يقوموا بإجراء الشهر في أي وقت، قبل طلب الحكم بالبطلان، فإذا تم ذلك امتنع القضاء ببطلانها سواء كان ذلك بطلب من الشركاء أو بطلب من الغير.

"و على ما سبق فإن البطلان المترتب يعد بطلانا خاصا، إذ أنه لا يعد بطلانا مطلقا رغم أنه لا يجوز التمسك به من كل ذي مصلحة أو الدفع به ولو مرة واحدة، و تختلف عنه كونه لا يجوز للمحكمة (القضاء) أن تقضي به من تلقاء نفسها، و هو ليس بالبطلان النسبي رغم أنه يجوز تصحيحه، مما أدى ببعض الفقه إلى اعتبار هذا البطلان بمثابة حل للشركة قبل انتهاء أجلها المحدد في عقد تأسيسها".⁽¹⁾

إن المبدأ العام يقضي أنه متى قضى ببطلان عقد الشركة سواء كان البطلان مطلقا أو نسبيا، فإن القواعد العامة تقضي بأن يعاد الشركاء إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد وهذا تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان، إن هذه القاعدة يمكن تطبيقها إذا انكشف سبب البطلان في البداية و قبل أن ينفذ العقد و ينتج عنه شخص معنوي، و رتب آثاره القانونية، و أن تطبيق هذه القاعدة أيضا و القول برد الحالة إلى ما كانت عليه قبل العقد⁽²⁾، و إن كان يستقيم نظريا فإنه لا يستقيم عمليا، إذ هو لا يقيم وزنا للعقود التي ارتبطت بها الشركة مع الغير و أصبحت بمقتضاها دائنة أو مدينة، كما يزرع الثقة بين الشركات و ينفر من التعامل معها خشية أن يفاجأ بعد ذلك ببطلانها و زوال شخصيتها و انهيار حقوقه في مواجهتها لسبب في عقدها كثيرا ما يخفى عليه، لذلك رأى القضاء أن هذه النتائج غير عادلة، و لا سيما أنه لا يمكن إنكار أن الشركة- على الرغم من بطلانها- قد وجدت بالفعل و تقدمت إلى الغير بوصفها شخصا معنويا له كيان قائم بذاته و تعاملت معه على هذا الأساس فإنكار هذا كله إنكار للواقع و حقيقة الأمر، لذلك استقر القضاء على أن بطلان الشركة - في حالات معينة- يسري على المستقبل أما بالنسبة للماضي فلا ينسحب إليه، و تعتبر الشركة كأنها قائمة فعلا و هذا ما يسمى بنظرية الشكلية الفعلية أو الشركة الواقعية Société de fait.

إن " إقامة هذه النظرية استند إلى فكرة حماية الأوضاع الظاهرة تحقيقا لاستقرار المراكز القانونية، على اعتبار أن الغير لها تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها، تعامل معها على أساس أنها شركة صحيحة، فلا يسوغ أن يفاجأ هذا

(1) د. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 50 .

(2) المرجع نفسه، ص 51 .

أ. تليلي مبروك، المقال السابق، ص 19.

الغير الذي اطمئن إلى الوضع الظاهر ببطلان الشركة لسبب يكون خفيا عليه⁽¹⁾ كما استند القضاء في إقامة هذه النظرية إلى أساس قانوني، معتبرا أن عقد الشركة من العقود المستمرة التي تنفذ يوم بعد يوم، فلما كان القانون يقضي بأن للبطلان أثر رجعي، فإن وجود الشركة في الماضي وجودا ليس قانونيا وإنما هو وجود فعلي أو واقعي.

و يشترط تطبيق نظرية الشركة الفعلية أن تكون الشركة قد بدأت نشاطها إذ أنه إذا لم تبدأ في تنفيذه قبل أن يحكم ببطلانها لعدم استيفائها الشكل القانوني و لم تكن قد زاولت أي عمل من أعمالها، فإنها لا يكون لها كيان في الواقع في الفترة السابقة لطلب البطلان، ولا يمكن اعتبارها شركة فعلية و واقعية⁽²⁾.

لذا هناك حالات محددة يجوز فيها الاعتراف بالوجود الفعلي للشركة⁽³⁾ نذكر ما يهمنا في بحثنا وهي حالة ما إذا كان البطلان مؤسسا على عدم كتابة عقد الشركة أو شهره، وهذا بصريح نص قانوني أفصح فيه المشرع على الاعتراف بتطبيق نظرية الشركة الفعلية، عندما نص على عدم جواز احتجاج الشركاء بالبطلان قبل الغير إلا من يوم طلب البطلان أي أن البطلان لا يكون له أثر على ماضي الشركة ويسري فقط على المستقبل و هذا طبقا للمادة 418 فقرة 2 ق.م.ج.

"وإن كان الأستاذ حسين الجبريري استبعد تطبيق هذه النظرية في حالة عدم مراعاة الأركان الشكلية التي تقوم عليها الشركة كعدم الكتابة أو عدم الشهر وسبب ذلك بأن الجزاء في نظره يقتصر على عدم جواز الاحتجاج بالشركة قبل الغير وكذلك من أجل تفريقها عن الأوراق النقدية الأخرى كسندات الشحن وأوراق النقد، وأسهم شركات المساهمة وغيرها"⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: تطبيقات الشكليات العرفية في العقود:

الفرض الأول: وجوب الكتابة لانعقاد عقد مرتبة مدى الحياة:

من العقود التي أخضعها المشرع الجزائري لشكليات الانعقاد وجعلها ركن من أركانها نجد عقد مرتبة مدى الحياة، إذ يعرف بأنه: "إيراد يدفعه شخص يسمى

(1) د. نادية فضيل، المرجع السابق، ص 51، 52.

(2) أ. تليلي مبروك، المرجع السابق، ص 19.

(3) أي أن لنظرية الشركة الفعلية نطاق محدود لتطبيقها منه حالة عدم إفراغ عقد الشركة في الشكل الرسمي، كما يتطلبه القانون.

(4) د. نادية فضيل، المرجع السابق، "و هي ترى أن هذه الحالة عدم كتابة عقد الشركة الفعلية و تخلف ركن الشكلية فيه، فيكون تطبيق نظرية الشركة استنادا إلى نص قانوني و هو المادة 418 فقرة 2 ق.م."

المدين بالإيراد إلى شخص آخر يسمى الدائن بالإيراد أو المستفيد ، وقد يقرر مدى حياة الملتزم له (المستفيد) وقد يكون لمدين الدائن به أو شخص آخر" ، وهذا ما تنص عليه المادة 614 ق.م، ومرتب مدى الحياة هو مال منقول، وقد يكون أصل مرتب مدى الحياة تصرف قانوني (العقد) وبوصية حسب ما تنص عليه المادة 615 ق.م " ... و يكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية" ، ونصت المادة 615 ق.م على أن : " العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا و هذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع".

إن نص المادة 615 من القانون المدني واضحة وصريحة بأن جعلت عقد مرتب مدى الحياة ينعقد بالكتابة من أجل أن يكون صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية دون أن يحدد الكتابة التي تتم بها فقد ينعقد بالكتابة الرسمية أو بالكتابة العرفية فالشرط الأساسي هو أن يفرغ العقد في محرر مكتوب، ويفهم من ذلك أن هذا العقد لا يجوز أن يتم بمجرد التراضي بين الطرفين.

وعليه، "الحكمة من اشتراط شكلية الكتابة في عقد مرتب مدى الحياة تستدعيه طبيعته إذ أنه تصرف احتمالي من حيث انتهائه، فهو ينتهي بوفاة المستفيد من المرتب، لدى فإن هذه الواقعة وإن كانت مؤكدة الوقوع فإن ميعاد وقوعها يبقى غير معلوم، و نظرا لما يتضمنه هذا العقد من حقوق و التزامات على عاتق الطرفين وارتباطه بالأساس بهذه الواقعة المستقبلية (الوفاة)، لدى قد يطول ميعاد حدوثها و قد يتغير حتى أطراف العقد كوفاة أحدهم، كل هذا يجعل من إفراغ عقد مرتب مدى الحياة في محرر مكتوب الوسيلة المثلى لحفظ الحقوق والالتزامات بدل ترك حفظها للذاكرة التي تعد فعاليتها ضعيفة في تحقيق ذلك.

فهناك من التشريعات العربية التي جعلت عقد مرتب مدى الحياة عقدا شكليا كما في القانون المدني المصري في المادة 743 منه المادة 743 كذلك من القانون المدني الليبي، أما القانون اللبناني و الفرنسي فقد اعتبراه عقدا رضائيا لا تشترط الكتابة لصحته أي كركن لانعقاده"⁽¹⁾.

- الفرع الثاني: كيفية انعقاد عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري:

فرض المشرع الجزائري في بعض العقود شكلية الكتابة العرفية، إذ لا تقوم إلا بواسطتها، بل و أفرد لبعض العقود أحكام و قوانين خاصة كما هو الشأن بالنسبة لعقد الإيجار الذي تناول فيه أحكام الشكلية في هذا العقد، و أصبح معه عدم

(1) زواوي محمود، المرجع السابق، ص 102.

القدرة على التمييز بين ما تنص عليه القواعد العامة في التقنين المدني لهذه العقود و المتعلقة بكيفية إبرامها و بين ما جاءت به القواعد الخاصة خصوصا في مجال الشكلية، فالسؤال الذي يطرح نفسه هو: ما هي أحكام الشكلية في عقد الإيجار خصوصا بعد صدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري؟ و عليه نتساءل هل تحول هذا العقد بعد صدور المرسوم المذكور إلى عقد شكلي؟.

و عليه يجب التمييز بين عقد الإيجار الذي يخضع لأحكام القواعد العامة في القانون المدني، و هل يخضع لشكلية معينة يتطلبها القانون لانعقاده؟، ثم نتطرق إلى أحكام الشكلية في عقد الإيجار الخاضع للنصوص القانونية في المرسوم التشريعي 93-03 المذكور⁽¹⁾، وهل أحكامها هذه تشبه أحكام الشكلية في العقود الأخرى؟.

إن المشرع الجزائري لم يعرف صراحة عقد الإيجار، و إن كان القانون المدني الفرنسي قد عرفه بأنه: "عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين، ترك الطرف الآخر ينتفع بالشيء المؤجر، لمدة معينة و مقابل ثمن يلتزم بهذا الأخير بدفعه" و يمكنه تعريفه بالاعتماد على العناصر الجوهرية لعقد الإيجار بأنه: "عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم".

كما نظم المشرع مباشرة أحكام عقد الإيجار و ذلك في الباب الثامن المتعلق بالعقود المتعلقة بالانتفاع بالشيء، و تناول مباشرة أحكامه و كيفية إبرامه، فنص في المادة 467 على ما يلي: "ينعقد الإيجار بمقتضى عقد بين المؤجر والمستأجر".

"يتضح من المادة المذكورة من القانون المدني الجزائري أن عقد الإيجار لا يخضع إلى شكل معين بل ينعقد بمجرد رضا الطرفين، و هذا هو المبدأ العام المعمول به في القانون المدني، إذ لم ينص على كيفية معينة يبرم بها عقد الإيجار"⁽²⁾.

وعليه فقد اعتبر المشرع أن عقد الإيجار الذي يربط كل من المؤجر والمستأجر يبرم وينعقد بموجب "عقد" و هي كلمة ذات معنى واسع، فقد ينعقد عقد الإيجار إذن بالكتابة الرسمية أو الكتابة العرفية أو بعقد شفوي، فالشكلية فيه

(1) قدوج بشير، المرجع السابق، ص 406 إلى 416.

(2) ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه و اجتهاد المحكمة العليا، الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001، ص 57.

هي شكلية اتفاقية بين طرفي العقد، مما يجعل معه صعوبة في عملية إثبات التصرف أثناء قيام نزاع بصدد عقد الإيجار، أمام عدم وجود نص يتعلق بكيفية انعقاد عقد الإيجار الكثير الانتشار في الحياة العملية بين الأفراد و تسهل بالتالي تطبيق القانون المنظم لعقد الإيجار و المحدد للشروط و الالتزامات التي تتضمنها هذه العلاقة و تكون بالتالي مرجعا أساسيا للقاضي لتسهيل مهمته في تحقيقه للعدل والإنصاف للأطراف المتعاقدة و بالتالي كفالة حقوق كل منهما.

وعليه، و إضافة إلى ذلك فعقد الإيجار لا يخضع إلى أية شكلية كالشهر أو التسجيل، إلا أن هناك استثناء على ذلك فيما يتعلق بعقود الإيجارات التي تزيد مدتها على اثني عشر سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف و لا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها، و هذا ما نصت عليه المادة 17 من الأمر رقم 74-75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري⁽¹⁾، " و قد أكدت هذا المادة 73 من المرسوم رقم 63-76 مؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري التي ألزمت الموثقين تحت طائلة البطلان رفض الإيداع لها، بل يجب على المتعاقدين أن يقدموا إلى المحافظ العقاري مستخرجا موجزا من العقود الناقلة للملكية والمنشئة والمسقطة لها وكذلك لحق الانتفاع من العقارات ولحق الإيجار الطويلة الأمد، و يتضح من هذا أن الإيجارات التي تزيد مدتها على 12 سنة يستوجب شهرها في المحافظة العقارية لكونها ترتب آثارا قانونية بين الأطراف و في حق الغير، فلا يكفي لنفاذها في حق الغير أن تكون محررة في شكل رسمي ثابت التاريخ بل يجب أن تكون مشهورة، أما إذا كانت مدة الإيجار لا تزيد على 12 سنة فيكفي أن يكون العقد عاديا"⁽²⁾

" و المقصود بالغير هو الشخص الذي يجوز له أن يحتج بعدم شهر عقد الإيجار الذي تجاوزت مدته 12 سنة أي هو الشخص الذي اكتسب حقا على العقار المؤجر واجب الشهر، وقام بشهره وفقا للقانون قبل شهر عقد الإيجار، كالمشتري و الموهوب له و الموصى له فهؤلاء جميعا يكسبه حق الملكية

(1) نصت المادة 17: " أن الإيجارات لمدة 12 سنة لا تكون لها أي أثر بين الأطراف و لا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها و ذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر 71-73 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية".

- الأمر رقم 71-73 المؤرخ في 08/11/1971 المتضمن الثورة الزراعية ألغى بالقانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990.

(2) أ. لعروم مصطفى، عقد إيجار، خصائصه - شروطه، آثاره، تنفيذه، مجلة الموثق، العدد 2 جويلية- أوت، 2001، ص 17 و 18.

وكذلك يتلقى حق الانتفاع فهو يكسبه هذا الحق ويعتبر كل هؤلاء من الغير من وقت شهر البيع أو الهبة أو الوصية أو السند أو العقد الناقل لحق الانتفاع كما يجوز أن يكون من الغير من يكسب حقا عينيا تبعا كالدائن المرتهن وصاحب حق الاختصاص أو حق الامتياز ويعدون هؤلاء كلهم من الغير من وقت القيد في الشهر العقاري ويعتبر من الغير كذلك من اكتسب حقا شخصيا واجب الشهر كالمستأجر الذي أجر عقارا لمدة تزيد على 12 سنة، ويعتبر هذا الأخير من الغير من تاريخ إشهار عقد الإيجار الذي تزيد مدته على 12 سنة وهو عدم نفاذه في حق الغير فالشهر العقاري إذن أهميته من الناحية القانونية، كما أنه يرتب آثارا خطيرة على الملكية و كمثل على ذلك من اشترى عقارا واستفاد من نقل ملكيته لصالحه عن طريق الشهر، وواجهه شخص آخر بعقد إيجار تزيد مدته على اثني عشر سنة فإن عقد الإيجار لا ينفذ في حقه و لا يقيد به إلى في حدود المدة القصوى وهي 12 سنة لأن القانون يجبر المستأجر على شهره حتى يرتب آثارا في حق الغير، ومثل ذلك ينطبق على من استفاد من عقد هبة محل سكني وقام بإجراءات الشهر العقاري، وقدم له شخص عقد إيجار لذلك المسكن لمدة عشرين سنة مثلا فإن هذا لا ينفذ في حقه إلا في حدود المدة القصوى ألا وهي 12 سنة لأن المستأجر لم يقم باتباع الإجراءات التي رسمها له القانون وهي شهر عقد الإيجار⁽¹⁾، ونشير هنا أن المدة تنفذ في حق الغير ابتداء من تاريخ عقد الإيجار، أما إذا تم شهر عقد الإيجار فإن المشتري أو الموهوب له يلتزم بالمدة الواردة في صلب العقد، لأنه كان بإمكانه أن يطلع على وضعية العقار المبيع أو الموهوب قبل أن يقدم على شرائه أو قبول هبته و هنا تكمن أهمية الشهر العقاري و نتائجها الوخيمة عن عدم اتباعه.

الفرع الثالث: انعقاد عقد الإيجار طبق نموذج مكتوب في المرسوم التشريعي

03/93.

أما انعقاد عقد الإيجار بعد صدور المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري فقد قرر ضمن الأحكام المنظمة لعلاقة المؤجر بالمستأجر استثناء عن المبدأ العام الذي أقره أكده من قبل القانون المدني في المادة 467 ق.م المذكورة و هو مبدأ الرضائية في انعقاد عقد الإيجار.

(1) المقال السابق، ص 18.

* نموذج عقد الإيجار المنعقد وفق المرسوم التشريعي 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

إذ تنص المادة 21 منه على أنه: " تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى"، إن الشيء الجديد الذي جاء به المرسوم التشريعي المذكور أنه حدد مقاصد كلمة " عقد" التي " تجسد علاقة المؤجر بالمستأجر إذ يجب أن يكون موافقا لنموذج مكتوب، فالمشرع يجبر طرفي العقد على الكتابة وحسب نموذج موحد و لو أنه لم يبين إذا كانت هذه الكتابة تقع وجوبا أمام الموثق أم يكفي العقد العرفي بشأنها، وأمام غياب الإشارة إلى عقد توثيقي أو رسمي، فإنه يمكن القول أن الكتابة العرفية كافية، وذلك من خلال الإطلاع على نموذج عقد الإيجار التي تنص عليه المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 و الذي جاء واردا و مفصلا في المرسوم التنفيذي رقم 94-69 المؤرخ في 19 مارس 1994 خاصة في ذيل هذا النموذج الذي يتم بتوقيع المؤجر و توقيع المستأجر فقط وليس هناك إشارة إلى توقيع موظف مختص كالموثق مثلا مما يجعلنا نجزم بأن الكتابة العرفية كافية لانعقاد عقد الإيجار طبقا للمادة 21 من المرسوم التشريعي المذكور مع أنه يستحسن تحريره رسميا لإعطائه تاريخ ثابت⁽¹⁾، كما يخضع هذا العقد للتسجيل لدى المصالح المؤهلة أو المختصة و هذا ما تؤكدته المادة 11 من النموذج المذكور⁽²⁾.

إن أحكام الشكلية هذه تطبق على عقود الإيجار التي تبرم في إطار النشاط العقاري المحدد بمجموع الأعمال التي تساهم في إنجاز أو تحديد الأملاك العقارية المخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة التي تسهر على إنجازها ومراقبتها الدولة مع إدخال مساعدين لها لتنشيط هذا القطاع الهام، أما عقود الإيجار المبرمة بين الأفراد فهي تتعدد وفقا لنص المادة 467 ق.م المذكورة لأن المرسوم التشريعي 93-03 لم يلغ أحكام المادة 467 ق.م بل تبقى تطبق على عقود الإيجارات، و لم يصرح بعدم تطبيقها على عقود الإيجار المبرمة بعد تاريخ صدور هذا المرسوم التشريعي كما فعل بخصوص حذفه لنصوص قانونية معينة المتعلقة بحق البقاء في الأمكنة على عقود الإيجار ذات الاستعمال السكني المبرمة بعد صدور المرسوم التشريعي المذكور.

و عليه فالمادة 467 من القانون المدني تبقى لها إطارها فتطبق على عقود الإيجار التي يبرمها الأفراد، أما المادة 21 من المرسوم التشريعي المذكور تبقى لها كذلك إطارها و بالتالي تطبق على عقود الإيجار المبرمة في إطار الأعمال المتعلقة بالنشاط العقاري.

(1) ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 58.

(2) تنص المادة 11: " عملا بأحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 و المتعلق بالنشاط العقاري، يخضع هذا العقد للتسجيل لدى المصالح المؤهلة.

أما عن جزاء تخلف الكتابة في عقود الإيجار المبرمة وفق قانون النشاط العقاري فإن مخالفة المؤجر لواجب تجسيد عقد الإيجار في نموذج مكتوب بتاريخ يترتب عليه نوعين من الجزاءات: "جزاء عقابي تنص عليه المادة 21 فقرة 2 من المرسوم التشريعي المذكور كما يلي: "... يعاقب المؤجر إذا خالف هذا الواجب طبقاً للأحكام التشريعية المعمول بها"، إلا أنه لم يبين ضمن هذه الأحكام التشريعية المقصود بتطبيقها في مثل هذه الحالة، وهناك جزاء آخر يمكن وصفه بأنه جزاء مدني تنص عليه المادة 21 فقرة 3 بقولها: "... و من جهة أخرى، و دون المساس بالعقوبات التي يتعرض لها المؤجر بسبب انعدام العقد، فإن أي وصل يجوزه شاغل الأمكنة يخوله الحق في عقد الإيجار لمدة سنة ابتداء من تاريخ معاينة المخالفة".⁽¹⁾

يتضح مما سبق أن المشرع لم يطبق قواعد نظرية البطلان كما أكدها في العقود الشكلية الرسمية وجزاء تخلفها أو عدم احترامها في عقود الإيجار، إضافة إلى أن هذه العقوبات تتسجم أكثر مع مهمة مراقبة التصرفات التي تطبق تدابير ردعية وجزرية عن مخالفة أحكام القواعد القانونية، فهذا النص جاء لجعل حد للفوضى التي انتشرت في ميدان المعاملات حول السكنات، ففي أغلب الأحيان يفتقر المستأجرون إلى ما يثبت إيجارهم للسكن، وهو يحمي المستأجرين من تعسف المؤجرين الذين يرفضون الكتابة، أو تسليم ما يثبت دفع بدلات الإيجار ويهدف كذلك إلى حماية المؤجرين بعقد مكتوب، يحدد واجبات الطرفين وبالأخص مدة العقد، إلا أنه يبقى هذا النص القانوني به غموض لعمومية العقوبات المطبقة ضد المؤجر فقط، مما ينقص من فعاليته.

كما أن هناك عقود إيجار أخرى تختلف عن عقد الإيجار العادي التي تخضع للقانون المدني، وهي تخضع لأحكام شكلية خاصة تبين كيفية انعقادها، إن هذا النوع من عقود الإيجار تحكمها نصوص خاصة وتخضع لإجراءات معينة بسبب إيرامها من طرف السلطة العمومية، وتتمثل هذه الإجراءات التي تتم بواسطتها إبرام الإيجارات المبرمة في إطار قانون الترقية العقارية والتسيير العقاري والإيجارات الواردة على أملاك الجماعات المحلية وأملاك الدولة وهي كلها عقود إيجار يكون المستأجر في أغلب الأحيان شخصاً عادياً.

إن عقد الإيجار الذي يقع لشغل الأملاك المتمثلة في عقارات معدة أساساً للاستعمال السكني و التابعة لمكاتب الترقية و التسيير العقاري الذي ينظم تسييرها بالمرسوم رقم 76-147 المؤرخ في 23/10/1976 يتضمن تنظيم العلاقات بين

(1) ذيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 58.

المؤجر والمستاجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري وقد أورد في مادته الثانية أن إيجار السكنات التابعة لهذه الدواوين يبرم بموجب عقد وبحسب نموذج معين، ويستثني هذا المرسوم من نطاق تطبيقه المحلات المهنية.

كما أن القضاء سار على نفس هذا النهج و يستخلص ذلك من خلال القرار الصادر في الملف رقم 117880 مؤرخ في 14/03/1995 الذي قضى فيه بأن: "... عقد الإيجار المبرم بين المستاجر و ديوان الترقية و التسيير العقاري لا يثبت إلا بموجب عقد مكتوب محرر حسب نموذج معين عملا بما جاء في المادة 2 من المرسوم رقم 76-147 المؤرخ في 23/10/1976 وأن الاحتجاج بوصولات الإيجار في هذا المجال غير ممكن في غياب عقد الإيجار"⁽¹⁾.

و عليه فمن خلال تصفح المادة 2 من المرسوم المذكور وقرار المحكمة العليا يتبين أن وجوب كتابة عقد الإيجار في نموذج معين هي ركن من أركان انعقاد عقد الإيجار و ليس شرطا للإثبات و منه عدم قبول أية وسيلة أخرى لإثبات هذا النوع من عقود الإيجار يكون قد اتفق عليها الطرفان، و هي شكلية تقوم لتبيان العلاقات بين المؤجر و المستاجر وفق إطار معين و محدد بالقانون.

أما عقد الإيجار الواقع على أملاك الجماعات المحلية⁽²⁾ فإنه لا يوجد في القانون نص يبين الكيفية التي يبرم أو ينعقد بها عقد الإيجار المبرم من طرف الجماعات المحلية، إلا أنه يخضع حسب قانون البلدية إلى إجراء المداولة المسبقة، أما شكله فهو يختلف من هيئة إلى أخرى، فقد يكون بموجب قرار أو مقرر أو شهادة أو بدون تسليم أية وثيقة و الاكتفاء فقط بوصل الإيجار وهذا ما يطرح مشاكل أمام الجهات القضائية تتمثل في مشكلة الأحقية في الإيجار في حالة تعدد المدعين به.

أما عن عقد الإيجار الواقع على الأملاك التي تسييرها مصلحة أملاك الدولة لوزارة المالية⁽³⁾، فيكون إيجارها بموجب قرار تخصيص صادر من هذه الإدارة.

(1) نيب عبد السلام، المرجع السابق، ص 58، 59.

مرسوم رقم 76-147 مؤرخ في 23/10/76 يتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر و المستاجر لمحل معد للسكن و تابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري، قدوج بشير، المرجع السابق، ص 455 و ما يليها وتتص المادة 2 من هذا المرسوم على ما يلي: " تبرم إجارة المنازل المشار إليها في المادة السابقة بموجب عقد طبقا للأحكام المنصوص عنها فيما بعد و حسب النموذج المرفق بالملحق".

(2) نيب عبد السلام، المرجع نفسه، ص 59.

(3) نيب عبد السلام، المرجع نفسه، ص 59-60.

الفصل الرابع : الشكلية في عقد الوكالة:

الوكالة عقد من العقود المسماة وتعد من أقدم العقود و هي في الأصل من العقود المجانية، و كان القانون الروماني لا يجيز إعطاء الوكيل أجرا إلا إذا أراد الموكل أن يتبرع بمحض إرادته، وكانت الوكالة تقوم على أعمال مادية أو تصرفات قانونية، ولكن مع تطور الظروف الاقتصادية والاجتماعية جعل أصحاب المهن الحرة يعيشون من ممارسة أعمالهم اليومية فأصبحوا يتقاضون أتعابا وليست أجرا وهذه الأتعاب تأخذ شكل عقد التبرع من الموكل اعترافا بالجميل الذي قدمه الوكيل من عناية وخدمة.

وتطور هذا العرف إلى ان أصبح من حق الوكيل أن يشترط أجره بمقتضى عقد الوكالة ذاتها وأن يسترد ما أنفقه من مصروفات ونفقات بمناسبة الوكالة لصالح الموكل.

أما عن تعريف الوكالة فقد أورده المشرع الجزائري في المادة 571 من ق.م. كما يلي: " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه".

و يتضح من هذا التعريف بأن المشرع قد سوى بين الوكالة و الإنابة و جعل الاتفاق مصدرا لكل منهما في حين أن الإنابة في التشريعات المقارنة مصدرها القواعد العامة فقد يكون مصدرها الاتفاق أو القانون أو القضاء. فما هي الشكلية السائدة في عقد الوكالة؟ و هل عقد الوكالة عقد شكلي أم عقد رضائي؟ و ما هي الشروط الشكلية الواجب على الأطراف احترامها في عقد الوكالة إذا كانت مبرمة خارج الجزائر؟.

لم يرد نص قانوني يلزم الموكل و الوكيل على تحرير الوكالة بصفة رسمية و لكن شكلية الوكالة تستخلص من القواعد العامة التي تحكم التصرف القانوني كما تنص على ذلك المادة 572 ق.م.ج على ما يلي: " يجب أن تتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك"⁽¹⁾.

فإذا كان التصرف يخضع للشكلية الرسمية (الكتابة الرسمية) فإن جميع الوكالات الواردة عليه تكون رسمية و إلا كانت باطلة، خاصة في العقود المنصوص عليها في المادة 324 و 324 مكرر 1 و 2 و 3 ق.م.ج أي في عقد البيع

(1) أ.بوحلاسة عمر، الوكالة في القانون الجزائري، نشرة الموثق، عدد 4، سبتمبر 1998، ص 43.

الوارد على العقار والشركة، و الإيجارات التي تفوق مدتها 12 سنة، وعقد الهبة وعقد الرهن الرسمي الذي يكون فيه التوكيل بإنشائه يجب أن يكون بعقد رسمي لأنه يشترط في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، وعليه فإن الرسمية تشترط بالنسبة لكل الأطراف أي أن التوكيل بالرهن الرسمي يجب أن يكون رسميا سواء كان الموكل هو الراهن أو المرتهن.

كما أن الرهن ليس من أعمال الإدارة بل هو من التصرفات و بالتالي فلا تكفي فيه الوكالة العامة بل تجب الوكالة الخاصة ويحرر الموثق عقد الوكالة من نسخة أصلية ويحتفظ بصورته أو لا يحتفظ بها، أما القضاء الفرنسي يقضي بأن إيداع الراهن عقدا عرفيا لدى الموثق مع إمامه بالكتابة والقراءة يعادل تحرير عقد موثق ويعتبر أن الرهن قد أنشأ في هذه الحالة من تاريخ هذا الإيداع ذلك أن معرفة الراهن للكتابة و القراءة تتضمن تأكيد رضائه.

" أما عن تحرير الوكالة و إبرامها بالخارج على الشكل الرسمي بالنسبة للعقود التي يود أطرافها استعمالها في الجزائر، فهي تطرح إشكالا في البلدان التي يختلف مفهوم الرسمية فيها عما هو معمول به في الدول التي تطبق النظام المسمى بالتوثيق اللاتيني « Notariat latin » و اختلاف الرسمية السائدة فيه عن الرسمية السائدة في الدول الأنجلوساكسونية، و تتم عملية تحرير عقد وكالة خارج الوطن بطريقتين، إما بتحريرها أمام القنصلية الجزائرية المؤهلة قانونا بإبرام عقود الوكالة و إما بالالتجاء إلى خدمات التوثيق محليا أو ما يسمى بالرسمية المحلية لأن عقد الوكالة سيحرر وفقا للرسمية المتبعة في ذلك البلد « Locale Authenticit »."

ففي الطريقة الأولى فيكون بالاتصال بالقنصلية⁽¹⁾، قصد تحرير عقد الوكالة وفقا لخدمات القنصليات التي حولها القانون هذه الصلاحيات مع الذكر أن موظفيها يحررون العقود الرسمية الخاصة بالجزائريين، "وذهب التشريع الدولي إلا أنه

(1) إذ أنه هناك مهام توثيقية للقنصل، و في هذا المجال قد وقعت الجزائر سنة 1964 على اتفاقية "فيينا" حول العلاقات القنصلية المبرمة سنة 1963، و التي تلاها بعد ذلك تنظيم الوظيفة القنصلية بتشريع وطني، فقد نصت المادة 34 من الأمر 12-77 المتعلق بتنظيم الوظيفة القنصلية على أن: "القنصل مؤهل لممارسة المهام ذات الطابع التوثيقي، و ذلك طبقا للتشريع الجزائري، و بطريقة ملائمة لقوانين و أنظمة بلد الإقامة..." إذ يجب على القنصل عند تحرير العقود أن يحترم شرطين أساسيين في أداء مهامه التوثيقية و هما: التشريع الجزائري و احترام قوانين أنظمة بلد الإقامة.

ويعرف القنصل بأنه: " موظف رسمي تعيينه دولته في مدينة دولة أجنبية لرعاية مصالحها التجارية و حماية رعاياها المقيمين أو المسافرين، و القيام ببعض المهام الإدارية و القضائية و غيرها من المهام الأخرى.

راجع، أ. حمان بكاي، المهام التوثيقية للقنصل، مجلة الموثق، عدد 1، ماي- جوان 2000، ص 23 إلى 25.

يسمح للقنصليات بتحرير هذه العقود بالنسبة للأجانب إذا تعلق الأمر بعقود يود أطرافها استعمالها داخل البلد التي تنتمي إليه القنصلية المعنية، كما أن التشريع الفرنسي قد أضاف شرطا آخر بالنسبة للأجانب وهو أن يكون موضوع الوكالة أموالا عقارية كما جاء في الرسالة رقم 90/109 المؤرخة في 09 فبراير 1990 الموجهة من طرف وزارة الشؤون الخارجية إلى القنصليات التي تشير فيها إلى: لا يسمح لهذه الأخيرة بتحرير وكالات لصالح الأجانب إلا إذا كان الأمر يتعلق باستعمالها داخل التراب الوطني وكان موضوعها يتعلق بأموال عقارية .

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أن المهام التوثيقية لا تتم من طرف القنصليات في الخارج إلا إذا كانت قوانين بلد الإقامة تسمح بهذا وهذا ما جاءت به معاهدة "فيينا" حول العلاقات القنصلية المؤرخة في 24 أبريل 1963 في المادة 5 منها.

أما في الطريقة الثانية التي تتم بتوجه المتعاملين المقيمين في الخارج إلى تحرير عقد الوكالة توثيقيا أو ما يسمى بمفهوم القانون الدولي الخاص بتحرير عقود حسب الرسمية المحلية، وهذه الطريقة لا تطرح أي مشكل فيما يخص العقود التي تستعمل في الجزائر إذا كان النظام المحلي المعمول به من النوع المسمى بالتوثيق اللاتيني كما هو الشأن بالنسبة لبلدان متعددة نذكر منها فرنسا، إسبانيا إيطاليا،... إذ أن القواعد المتعلقة بالرسمية في هذه البلدان تتطابق مع ما هو معمول به في الجزائر ولكن الأمر يختلف تماما بالنسبة لدول أخرى⁽¹⁾، و مثال على ذلك ما نجده بين الجزائر و بريطانيا إذ لا يختلف الأمر بينهما بالنسبة للعلاقات في مجال إبرام العقود الرسمية حيث أن الموثق (Notary) في هذا البلد يعتبر موظفا عموميا و بالتالي فإن عقد الوكالة التي يحررها هذا الأخير تتسم بالرسمية حسب مفهوم القانون الجزائري و لكن الأمر يختلف بالنسبة للعقود المحررة من طرف الموثقين (Notary public) في الولايات المتحدة لأنهم يتمتعون بمهمة من طرف الدولة تسمح لهم بالمصادقة على صحة وصدق الإمضاءات الموجودة على العقود التي تقدم لهم و لا يشترط أن يكون هؤلاء حتما رجال قانون بل يمكن أن يكونوا تجارا على سبيل المثال، و لهذا السبب فإن صيغة الرسمية المحلية بالولايات المتحدة تتطلب تدخل رجل قانون (Lawyer) يكون مؤهل و مكونا خصيصا في هذا الميدان لتحرير الوكالة التي يجب أن يصادق على الإمضاءات التي أقامها الموثق العام و بعد هاتين العمليتين و التدخل المزدوج لكل من الموثق العام ورجل القانون يصبح العقد رسميا في الولايات المتحدة.⁽²⁾

(1) وناس علي، المقال السابق، ص 29.

(2) المقال نفسه، ص 29.

رغم كل الإجراءات التي تتطلبها هذه الطريقة والتي تختلف بلا شك من بلد لآخر وتستلزم إجباريا الترجمة من طرف ضابط عمومي مؤهل فإن الوكالة المحررة بالصيغة الرسمية المحلية يجب أن يصادق عليها من طرف السلطات القنصلية أو المحاكم في بعض البلدان بالإمضاءات وبالصاق حاشيات إلا إذا كانت الدولتان المعنيتان قد صادقتا على معاهدة لاهاي المؤرخة في 15 أكتوبر 1961 التي تبطل إلزامية المصادقة على العقود الرسمية أو معاهدة أخرى تلغي المصادقة على الوكالات والصاق حاشيات فيما يخص العقود الرسمية المحررة في بلد قصد استعمالها في بلد آخر.

أخيرا يمكن الإشارة إلى أنه: " إذا كان الالتجاء إلى التوثيق المحلي أو الرسمية المحلية يتسم ببعض الخصوصيات من بلد لآخر والصعوبات على الخصوص في الدول التي لا تعمل بمبدأ التوثيق اللاتيني فإن الطريقة الأولى (الالتجاء إلى القنصليات) " تنفرد بمزايا متعددة نذكر منها على سبيل المثال إن العقد المحرر من طرف القنصلية يعتبر كأنه أبرم بالجزائر لا يتطلب ترجمة إذ أنه محرر إجباريا، و حسب ما هو معمول به دوليا باللغة الوطنية و له قوة تنفيذية في البلد الذي حرر فيه دون أمر بالتنفيذ. " (1)

المبحث الثاني: موقفه القضاء من الشكليات في العقود :

يشكل تكييف الشكليات التي يفرضها القانون في العقود مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا وعليه فإن المتفحص لكيفية تعامل القضاء الجزائي مع مسألة اشتراط الشكل الرسمي في العقود، يجد مواقف عديدة و مختلفة والأكثر من ذلك متناقضة ومتضاربة على المستوى العملي (التطبيقية) للجهات القضائية و مواجهتها للمنازعات المتعلقة بهذا النوع من العقود الشكليات،" مما أدى إلى بروز اشكالات معقدة أعجزت القضاء على إيجاد الحلول العادلة لها أحيانا، وذلك على الرغم من اهتمام المشرع الجزائري بالشكليات الرسمية في العقود وإصداره لنصوص قانونية واضحة و صريحة، و إعطائها مكانة ضمن النصوص القانونية في القانون المدني، و النصوص القانونية الخاصة كقانون التوثيق، والقوانين والمراسيم التي تبنّى فيها نظام الشهر العيني بموجب الأمر 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والمراسيم التطبيقية له." (1)

إن ما وصل إليه القضاء الحديث من مواقف جديدة و حاسمة بإصداره للقرار المؤرخ في 18/02/1997 و ترسيخه لمبدأ صريح مفاده أن الشكل الرسمي الذي فرضه المشرع هو ركن في العقد لا يقوم إلا به، كان نتيجة تطور لاتجاهات الفقه، عبر مراحل عديدة ابتداء من الاستقلال مروراً بصور قانون التوثيق لسنة 1970 تم صدوره بعده المرسوم المتضمن التقنين المدني سنة 1975، والفترة الممتدة بعده إذ ساد في هذه المرحلة إلا تجاه القضائي القديم الذي سيطرت عليه إشكالية قانونية تتمثل في الطعن في العقود العرفية الواقعة على الأموال العقارية ثم نفس هذه الإشكالية نتج عنها مسألة قانونية رئيسية تتمثل في تكييف الشكل الرسمي الذي افترضه المشرع في العقود، هل هو ركن في العقد، بحيث يترتب على تخلفه انعدام العقد؟ أم هو مجرد وسيلة للإثبات وبالتالي لا تؤثر على صحة العقد؟ أو هو إجراء تنتقل بمقتضاه الملكية بحيث يترتب على تخلف الشكل الرسمي عدم نقل الملكية فقط و يكون العقد صحيحا؟

و هي المشكلة التي ظلت سائدة ومؤثرة على مواقف النظام القضائي الحديث إلى صدور قانون 88-14 التي جاء بأحكام بخصوص إثبات الالتزام إلى إصدار المحكمة العليا لقرارها المؤرخ في 18/02/1997 الذي سيأتي تبيان القاعدة الأساسية التي جاءت بها لحل هذه الإشكالية.

(1) أ. حمدي باشا عمر، منازعات حول إثبات و نقل الملكية العقارية، مجلة الموثق، ما عدد 1، ماي جوان 2001، ص 19.

- فما هو موقف القضاء القديم من الشكلية الرسمية في العقود؟ و هذا سنحاول تناوله بالدراسة من خلال إبراز لأحكام القضائية الصادر في تلك الفترة (المطلب 1).

وما هو موقف الحديث من الشكلية الرسمية في العقود مع تقديم قرارات وتفسيرات للمادة 324 مكررا من القانون المدني، وللقرار المؤرخ في 1997/02/18. (المطلب 2)

المطلب الأول: الشكلية في ظل الاجتهاد القضائي القديم:

الفرع الأول: الاعتراف بالعقد العرفي في مادة البيوع العقارية:

عرفت هذه الفترة تطبيق القانون المدني الفرنسي و كذلك نصوص الأمر رقم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 المتعلق بإجراء الشهر العقاري خاصة الحقوق الملتصقة بالعقارات من رهون و امتيازات، و نفس هذه النصوص القانونية استمر تطبيقها إلا ما يخالف السيادة الوطنية بالقانون المؤرخ في 1962/12/31.

وعليه، نجد بأن القانون المدني الفرنسي ينص في المادة 1582 على ما يلي: " البيع هو اتفاق التي يكون فيه أحد الأطراف يجيز تسليم الشيء للمتعاقد الآخر الذي يقدم الثمن. يمكن أن ينشأ بعقد رسمي أو بعقد عرفي".

أما المادة 1583 ق.م.ف و التي جاءت لتستكمل النص السابق الذكر بنصها على أن: " الملكية تنتقل إلى المشتري منذ اللحظة التي يتم فيها الاتفاق على الشيء والثمن و لو لم يسلم الشيء أو يدفع الثمن".

" كما أن الفقه في تلك المرحلة سار على نفس هذا النهج و اعتبر أن نقل الملكية يتم فوراً منذ إبرام العقد و ليس من الضروري نقل الملكية نقلاً مادياً، كما أنه أقام التفرقة بين الفقرة الأولى و الفقرة الثانية للمادة 1582 المذكورة، معتبراً بأن العقد يتكون حتى بدون إقامة محرر."⁽¹⁾

إن غرفة العرائض و في قرار لها مؤرخ في 1889/01/21، و كذلك الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية و في قرار لها مؤرخ في 1930/07/17 قضت فيه بأن: " إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف، فإنه يكون قد أنشأ بيعاً صحيحاً حتى ولو

(1) يونسي حداد، العقد العرفي و العمليات العقارية، (المقال باللغة الفرنسية)، مجلة إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، المجلد 8، العدد 1، الجزائر، طبع مركز الوثائق و البحوث الإدارية، 1998، ص76.

لم يحرر بالكتابة⁽¹⁾، فكان الفقه يقيم دائما التفرقة بين العقد (الاتفاق) والشيء المادي المتمثل في وثيقة أو محرر عرفي أو رسمي كما أن الغرفة المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في قرار لها مؤرخ في 1930 المذكور قضت فيه بالإضافة إلى ذلك: " أن البيع المتفق عليه بعقد عرفي يكون كافيا ما دام قد اتفق الأطراف على الشيء وعلى الثمن وإن كان هؤلاء قد اتفقا على تحرير عقد موثق ثم صدر الأمر رقم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 المذكور الذي نصت عليه المادة 4 منه: " كل عقد يكون محل الشهر أمام أحد المكاتب العقارية يجب أن يحرر في شكل رسمي."

إن هذا الأمر المذكور جعل من العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية بأن تحرر في الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان، إن هذه المادة لم تحسم الأمر لسبب بسيط هو أن وجوب عقد في شكل رسمي لم يوضع آنذاك من أجل ضمان أحسن للشهر، بل مجرد إجراء مفروض لحماية الغير فقط⁽²⁾.

إضافة إلى ذلك، فإن المادة 4 المشار إليها سابقا لم تنص على أن العقد المتفق عليه يجب أن يكون بعقد رسمي، ولكن ما دام أن العقد يكون محل إجراء الشهر يجب أن يكون محرراً في شكل رسمي، وبالتالي فإن قاعدة العقد الرسمي لا تكون لها دور إلا إذا أشهر التصرف، ففي غياب الشهر لا يكون له أي أثر على العقد المبرم، فمن آثاره إلا عدم قابليته للاحتجاج به اتجاه الغير و نفس هذه القاعدة أكدت بالقرار المعدل المؤرخ في 1955/10/14 الذي ينص على: " أن العقود العرفية التي تكتسب تاريخ ثابت بعد 1955/12/31، لا يمكن أن تشهر إلا إذا أثبتت من جديد بعقد رسمي"⁽³⁾.

إن هذا الرأي أو الموقف الذي رسخه الاجتهاد القضائي آنذاك استمر تطبيقه في الجزائر إلى سنة 1970 وهي السنة التي صدر فيها الأمر المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، كما أن الغرفة المدنية للمحكمة العليا أكدت على نفس هذا المبدأ في قرارها المؤرخ في 1982/02/03 الذي صرحت فيه بأن: " العقد العرفي تحت سلطة التشريع القديم له قيمته القانونية في مادة البيوع العقارية، و يعود لقضاة الموضوع التحقق من شروط صحته"⁽⁴⁾.

وكذلك قرار المحكمة العليا للغرفة المدنية كانت فر قرار مؤرخ في 1983/02/06 قضت فيه بأن: " إذا كان للمجلس اتخاذ بعين الاعتبار عقد عرفي

(1) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, p76.

(2) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, p77.

(3) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, p77

(4) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, p77- Arrêt .C. supreme, Non publié.

حرر في 12/06/1970 يتعلق ببيع عقار، كإثبات للمعاملة يعود له الأمر بأداء اليمين إذا كان هذا العقد لا يناع فيه، و كان مطابقا لترتيبات المادة 327 من القانون المدني.⁽¹⁾

واستمر القضاء على نفس هذا الموقف بتطبيقه للمبادئ التي استقر عليها التقنين المدني الفرنسي معتبرا أن العقد العرفي صحيح في مادة البيع العقاري.⁽²⁾

- الفرع الثاني: رفض العقد العرفي الواقع على البيوع العقارية.

" في هذه الفترة التي عرفت صدور الأمر 91-70 المؤرخ في 15/12/1970 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق الذي تغير بموجبه الاتجاه القضائي الذي ساد في الفترة السابقة منذ استقلال البلاد، إذ أنه و لأول مرة عرف طبيعة العقود التي يجب أن تكون محررة و جوبا في شكل رسمي و إعطائها إطارا محددا ضمن النظام التشريعي في الجزائر، وذلك بالمادة 12 و 13 منه ووضعت بذلك نهاية للقضاء القديم، معتبرة أن العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية المثبتة بعقود عرفية تكون في المستقبل تحت طائلة البطلان المطلق".⁽³⁾

وبالنتيجة لذلك، فإن الأحكام القضائية الدنيا لم تقم التفرقة الموجودة بين الاتفاق والعقد الذي يحولها إلى شكل مادي كما كانت تفعل سابقا، بل اعتبرت أن " مصطلح عقد الممثل في الشكل المادي هو نفسه الاتفاق، وقامت بتطبيق ترتيبات المادة 12 المذكورة، فقررت البطلان للاتفاقيات و رفضت طلبات صحة البيوع الواقعة على الحقوق العقارية التي تمت بالعقود العرفية.

فمن خلال الاطلاع على القرارات القضائية الدنيا و قرارات المحكمة العليا كذلك، نجد أنها و في عدة مناسبات أكدت مرارا على هذا التفسير و قررت أن العقد العرفي المحرر بعد 15/12/1970 لا يكون صحيحا لإثبات بيع العقار.

كما أكدت على ذلك المحكمة العليا، في غرفتها المدنية بموجب قرار لها مؤرخ في 21/10/1981 قضت فيه بأن: " العقد المتضمن نقل أو تحويل الملكية العقارية يجب أن يكون مثبتا في شكل رسمي وأن يدفع الثمن بين يدي الموثق

(1) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, p77

- Revue Magistrats N° 4, 1992, P16.

(2) و هو الموقف القضائي السائد آنذاك، و التي أثر سلبا على موقف القضاء بعد إحداه القوانين الوطنية بعد ذلك.

(3) و هذه الترتيبات المنصوص عليها بالمادتين 12 و 13 من الأمر لم يعاد الأخذ بها بالقانون 12/07/1988 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق و لكن أدرجت ضمن أحكام المادة 324 مكرر I مدني.

والعقد العرفي لا يثبت إلا وعد، و أنه يمكن للمالك طلب تجسيد البيع بعقد موثق ولكن في حالة عدم التنفيذ، لا يستطيع إلا طلب التعويض⁽¹⁾.

و كذلك بالقرار المؤرخ في 1982/07/04 ملف رقم 25699 حيث يرى فيه بأن: "المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار تحت طائلة البطلان... حيث أن البطلان التي تنص عليه المادة 12 من قانون 1970/12/15 بطلان مطلق لا يقبل الإجازة طبقا للقانون المدني الحديث"⁽²⁾، فهذا القرار الذي نقض حكم أدنى الذي قضى بصحة البيع لأموال عقارية مثبتة بعقد عرفي بالتصريح بأن ترتيبات المادة 12 من الأمر المذكور توجب في مادة بيع العقار الشكل الرسمي ووضع الثمن بين يدي الموثق تحت طائلة البطلان، وعليه، فمن المقرر بأن العقد العرفي لا ينقل الملكية ولكن ينشأ التزامات شخصية والتي لا يمكن أن ينتج عنها إلا تعويضات في حالة عدم التنفيذ.

وتجدر الإشارة كذلك إلى قرار المحكمة العليا الغرفة التجارية في قرارها المؤرخ في 1983/05/07 التي صرحت فيه بما يلي: "بناء على المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 تقرر أن الإيجار الواقع على المحلات التجارية يجب أن يثبت في شكل رسمي و هذا تحت طائلة البطلان و كذلك بالتبعية بطلان الإيجار والمجلس القضائي... لا يمكنه أن يقرر الحق في الأفضلية بين الأطراف بشأن حيازة المحل التجاري التي نشأت مخالفة لهذه القواعد، قضاة المجلس قد خالفوا القوانين خاصة المادة 485 فقرة 1 من ق.م و المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 1970/12/15."⁽³⁾

فالترتيبات التي جاء بها المشرع في الأمر المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق وكذلك ما صدر من أحكام قضائية بعده لم تستطع إيقاف الطعون في العقود العرفية، أما الأحكام القضائية الأدنى درجة أي أحكام المحاكم و قرارات المجالس القضائية شجعت موقف المحكمة العليا كهيئة قضائية عليا و اصلوا في التطبيق الصارم لهذه الأحكام التي جاء بها الأمر المذكور، و لكن هل يبقى الوضع على ما هو عليه أي حتى بعد صدور القانون المدني الجزائري؟

(1) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, p79. Arrêt. C. suprême, non publié.

(2) قرار منشور في نشرة القضاة، عدد خاص، 1982، ص 171.

(3) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, p79.

الفرع الثالث: العقد العرفي مصدر للالتزامات بين طرفي العقد :

صدر القانون المدني الجزائري بموجب الأمر رقم 58-75 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و بصدوره أعطى تفسيرا جديدا لترتيبات المادة 12 من الأمر المؤرخ في 15/12/1970 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، فما هي تفسيرات القانون المدني لترتيبات المادة 12 من الأمر المذكور وما جاءت به من أحكام الشكلية الرسمية في العقود؟

فهذا الأمر المتضمن القانون المدني، كرس من خلال موادته 54 و ما يليها الشروط المتعلقة بالعقد بصفة عامة، و في المادة 351 و ما يليها خصصها لشروط عقد البيع عامة، وفي المادتين 792 و 793 منه، أشار مجدداً لشروط البيع في المادة العقارية، وبواسطة تعديل قام به الأمر 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 الذي أدرج فيه مضمون المادة 12 من الأمر الملغى في القانون المدني و ذلك بإضافة مادة جديدة تحمل رقم 324 مكررا 1 التي أخذت نفس ترتيبات المادة 12 ضمن الأمر الملغى وهذه الترتيبات و الشروط استكملت بالأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتعلق بالمسح و تأسيس السجل التجاري.⁽¹⁾

أمام إلزامية لمحرر رسمي في العقود التي حددتها وأكدها المادة 12 من الأمر المذكور والصعوبات التي يتلقاها الأفراد، فإن القضاء سوف يتجه إلى إعطاء تفسير خاص لترتيبات القانون المدني و كذلك المادة 12 من الأمر التي كانت سارية المفعول آنذاك⁽²⁾، من جهة أخرى فإن الأحكام القضائية الدنيا استمرت في رفض العقود العرفية كعقد مثبت للبيع في المادة العقارية، في حين أن المحكمة العليا كرسب صحة هذه البيوع و ذلك من خلال القرار المؤرخ في 03/04/1985 الذي قررت فيه: " بأن بيع العقار المثبت بعقد عرفي محرر بتاريخ 03/01/1974 يحتوي على شرط متعلق بالحصول على ترخيص إداري، فالقرار الأدنى قضى بأن رفض الترخيص الإداري كان غير مسبب، أما المحكمة العليا صرحت بأن البيع كان صحيح و بأن قرارها يقوم مقام العقد للشهر."⁽³⁾

"إلا أن المحكمة العليا أعادت النظر في أحكام المادة 12 من الأمر المذكور وذلك من خلال التحايل على هذا النص، و خاصة في حالة عدم وود محرر رسمي

(1) كل هذه النصوص القانونية قد أشرنا إليها سابقا في المبحث المتعلق بالشكلية في النظام القانوني للملكية العقارية.

(2) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P81.

(3) قرار المحكمة العليا، مؤرخ في 03/04/1985، ملف رقم 33575، نشرة القضاء، عدد 4، 1989 ص48.

مثبت لعقد وارد على عقار مصرح به، فكان تفسيرها بأن العقد هو قانون الأطراف و بأنه لا يعود لقاضي الموضوع تفسير إرادة الأطراف عندما تكون هذه الأخيرة واضحة التعبير." (1)

يتبين مما سبق أن المحكمة العليا لم تحتفظ بموقفها السابق الذي جاء مباشرة بعد صدور الأمر 91-70 المذكور، ما دام أن النصوص القانونية لم تغير أو تعدل وتنص صراحة على وجوب محرر رسمي لتمثل هذه العقود، بل بالعكس كرست موقفا مغايرا تماما واعتبرت أن العقد موجود بين الأطراف حتى وإن كان هذا العقد وارد على بيع أموال عقارية، وإن كان هذا البيع مثبت بمحرر عرفي بعد صدور الأمر لسنة 1970 المذكور، " بل ذهبت إلى أبعد من ذلك وأكدت بأن المحرر العرفي هو وسيلة للإثبات شرعية والتي تنشأ بين الأطراف التزامات حتى في مادة المعاملات العقارية." (2)

و عليه، صدر القرار من الغرفة المدنية للمحكمة العليا رقم 61796 المؤرخ في 19/11/1990 الذي قضت فيه بأن: "... حيث أن القرار المطعون فيه، أين قاضي الموضوع ناقش العقد العرفي المحرر في 09/04/1981 واعتبره صحيح بالنظر إلى الشروط التي تسيره... و أنه من ناحية أخرى، العقد العرفي هو عقد صحيح منشئ للالتزامات بين الأطراف بناء على المواد 72 و 351 و 361 من ق.م. وبأن الملكية مكرسة، و بأن المشرع احتفظ بأن يمنح للعقد العرفي مكانة ضمن العلاقات القانونية، و بأن من الآن يؤسس بالنظر إلى القانون كمصدر للالتزامات بين الأطراف و بآته وضمن هذه الظروف أعطى لقضاة الموضوع التصريح بصحة البيع و توجيه الأطراف إلى إتمام إجراءات البيع."

كما أن المحكمة العليا أكدت في نفس هذا القرار و صرحت بآته: " كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 ق.م.ج و ليس المادة 12 من الأمر 91-70 الغير قابلة للتطبيق في قضية الحال." (3)

"إن المشرع قصد فعلا تخصص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية و يعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين." (4)

و قد كان موقف المحكمة العليا هذا، مبررا بعدة حجج و تفسيرات للترتيبات التي جاءت بها المادة 12 من الأمر المذكور بالقول بأن في هذه القضية أين قضى

(1) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P81.

(2) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P82.

(3) حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، ص(9)، وهو قرار غير منشور.

(4) أ. حمدي باشا عمر، المقال السابق، مجلة الموثق، عدد 1، ماي، جوان، 2001، ص 19.

فيها الحكم أول درجة بصحة البيع بناء على برتوكول بين الأطراف وذلك بتوجيههم أمام الموثق بقوله: " بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً، و أنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر المذكور التي جاءت في صالح الخزينة العامة والشهر العقاري." (1)

إن هذا القرار يبدو من الوهلة الأولى مناقض لهذه النصوص و ترتيباتها، بل جاء على الخصوص مطابق لحقيقة اجتماعية ضغطت على النصوص القانونية للقانون المدني لاسيما تلك المتعلقة بعقد البيع بصفة عامة وتلك المتعلقة بالبيع في المادة العقارية التي تنص عليها المادة 12 من الأمر المذكور المستخلقة بالمادة 324 مكرر 1 ق.م بصفة خاصة.

و من جهة آخر فإن فرض شكلية الشهر العقاري لنقل الملكية العقارية بين الطرفين و اتجاه الغير فالقانون المدني و الأمر المتعلق بمسح الأراضي العام كان بعيداً على تسوية هذه الوضعية المضطربة و بالعكس فتح فجوة و فراغاً في القضاء القديم. (2)

و قد سمح هذا الوضع للمحكمة العليا بإعطاء تحليل خاص في مادة البيع بصفة عامة و المقصود هنا المادة 351⁽³⁾ من ق.م التي تنص على أن: " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي."

" إن القانون المدني - كما هو واضح - لم يُعد أخذ ترتيبات الفقرة 2 من المادة 1582 من ق.م ب المتعلقة بالإثبات المتوقع إما في عقد عرفي أو عقد رسمي، كما لم يأخذ كذلك بالمادة 1583 من ق.م ب وما جاءت به من أحكام"⁽⁴⁾ فاعتبر القضاء من خلال موافقه أنه إذا كان نقل الملكية ليس حقا في القانون المدني الجزائري فإن هذا النقل يعتبر إذن كأثر للعقد.

(1) موجود في المرجع: حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 10 و هذا ما جاء في القرار الصادر عن نفس الغرفة بتاريخ 1995/05/05 تحت رقم 101 - 88 جاء فيه: "... و إته بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً سليماً و أن لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر المؤرخ في سنة 1970 المتعلق بمهنة التوثيق أين جاءت في صالح الخزينة العمومية و الشهر العقاري فقط."

(2) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P83.

(3) جاء تفسير المحكمة العليا للمادة 351 ق.م كما يلي: إن البيع ينتج آثاره بمجرد تبادل الإيجاب والقبول و تحديد ثمن العين المبيعة، أما الإجراءات التي فرضتها المادة 324 مكرر 1 مدني ما هي إلا إجراءات لتتمام العقد."

(4) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P83.

"إن هذه المناقشة بُررت بالمادة 361 من ق.م.ج التي تنص: " يلتزم البائع بالقيام بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يتمتع على كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً".

فيتعلق الأمر إذن بالالتزام بعمل يجب أن ينفذ من طرف البائع، و عند عدم تنفيذه لهذا الالتزام فإن ذلك لا يؤثر أبداً على صحة العقد لأنها مجرد آثار ناتجة عنه." (1)

و لكن السؤال الذي يجب أن يطرح في هذه الحالة هل هذه التفسيرات صحيحة و مقبولة في مادة العقود الواقعة على العقار أو الحقوق العينية الأخرى؟

إن المادة 792 من ق.م.تؤكد أنه في مادة نقل الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى تنتقل كآثر للعقد وأن نقل الملكية لا يشكل حقاً ولكن يعتبر كنتيجة للعقد، يجب على البائع تنفيذها، وهذا التفسير مؤيد بالمادة 793 وبالمواد 15 و 16 من الأمر 1975/11/12 المتعلق بمسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري وهذين المادتين أخذت بترتيبات القانون المدني الجزائري، و كذلك المادة 61 من المرسوم المؤرخ في 76/03/25 المتعلق بالشهر العقاري التي تنص على أن: " كل عقد محل الشهر في محافظة عقارية يجب أن يكون محرر في شكل رسمي."

ومنه اعتبر القضاء بأن العقود وحدها المشهورة يجب أن تثبت في شكل رسمي وفي غياب الشهر لا يكون هناك أي جزاء إلا عدم قابليتها للاحتجاج بها من قبل الغير. (2)

فهل هذا التفسير أو التبرير يعاكس ترتيبات المادة 12 من الأمر المؤرخ في 1970 المتعلق بمهنة التوثيق السارية المفعول آنذاك؟

إن معنى هذه المادة أي المادة 12 من الأمر المذكور تخص حسب التفسير الذي أعطاه القضاء تبرير موقفه، فهي تخص الوثيقة التي تثبت الوجود المادي للاتفاق و ليس الاتفاق ذاته فعدم إنجاز الاتفاق و تجسيده في محرر رسمي يكون من نتيجته المعاقبة على إهمالها و بالتالي لا يمكن القيام بإجراءات الشهر العقاري وفي غياب هذا الأخير يجعل الاتفاق غير قابل للاحتجاج به قبل الغير وبالتالي عدم تحقيق نقل الملكية لا قانوناً و لا مادياً للمالك الذي يطالب في هذه الحالة بحيازة هادئة وعادية مع جميع الحقوق المرتبطة للملكية. (3)

(1) YOUNSI Haddad, OP, Cit, P83,84.

(2) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P84.

(3) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P84.

أما تفسير المادة 12 التي استخلفت بالمادة 324 مكرر 1 من ق.م فإنها تقررت لمصلحة الخزينة العمومية و قواعد الشهر العقاري، فإن القضاء بذلك قد أقام ثغرة في تطبيق النص المذكور. (1)

فمجموع الترتيبات القانونية اعتبرت بالنتيجة أن شكلية الشهر العقاري هو إجراء خارج الاتفاق المبرم بين الطرفين، إذ أنه كيف يمكن أن يكون بخلاف ذلك عندما تثار هذه الشكلية إلا بعد تحرير العقد الرسمي الذي يجعل بذاته الاتفاق في شكل مادي، فلا يكون إذن إنشاءه كشرط للعقد لأن هذه الأخيرة أي الرسمية توجد قبله.

وبالنتيجة لذلك فإن ليس الاتفاق المبرم بين الطرفين هو الذي لا يشهر، بل أن العقد (الدليل المادي) هو الذي يكون محل إجراء الشهر العقاري هذا الأخير الذي إذا رفض شهره يكون ذلك لأسباب غير مرتبطة بالاتفاق بل بعيوب في الشكل أو خطأ في المعلومات الواردة فيه. (2)

وعليه، فإن نقل الملكية هو التزام على عاتق البائع يمكن أن يجبر على تنفيذه بناء على ترتيبات المادة 160 من ق.م و في المادة العقارية يجبر على ذلك إلا بإتمام شكلية الشهر العقاري الذي لا يمكن أن يقوم إلا بعقد رسمي أو بحكم مع أنه لا توجد أحكام تنص على إمكانية تصحيح الاتفاقات المبرمة وبالأخص التي تثبت بعقود عرفية و ذلك بتوجيه الأطراف بإتمام عقد رسمي مثلما أقرته أحكام القضاء في الفترة الأخيرة. (3)

ومما تجدر الإشارة إليه في الأخير هو أن النتائج التي حققتها مواقف الاجتهاد القضائي التي جعلت من الشكلية في العقود موضوع تفسيرات متضاربة على المستوى القانوني والقضائي أين أضيفت معها مشكلة سياسية متعلقة ببيع الأراضي و تدخل السلطات العامة بمنشور معلن من رئاسة الجمهورية مؤرخ في 1976/06/30 طلبت فيه من المحاكم بتسوية كل المعاملات المثبتة بعقود عرفية التي أبرمت قبل تاريخ 1970/12/15 إذا كانت الأطراف تربطهم علاقة مثبتة في محرر عرفي وإذا تم تسليم العقار محل البيع و سدد الثمن، فالقضاة يوجهون الأطراف لإنجاز الرسمية أمام الموثق و جعل بذلك العقد الرسمي الذي حكم بصحته

(1) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P84.

(2) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P85.

(3) و هذا هو الموقف الذي كان سائدا إلى صدور قرار المبدأ الذي غير تماما موقف الاجتهاد القضائي القديم.

هذا الأخير يبلغ إلى كاتب ضبط البلدية المعنية لكي يشهر ويقوم مقام العقد الرسمي.⁽¹⁾

فانطلاقاً من المشكلة القانونية المطروحة المتمثلة في احترام الضوابط وترتيبات النصوص القانونية وتطبيقها من قبل المحاكم بالرغم من النص الصريح للمادة 12 من الأمر المؤرخ في 1970/12/15 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، فإن صدور المنشور المذكور قد علل سبب صدوره من جانب الاهتمام بالعدالة الاجتماعية⁽²⁾، إذ أنه كانت لهذه الأحكام التي أقرها القضاء آنذاك الفضل الكبير في تسوية العديد من الأوضاع التي يمكن أن تصبح أصعب مما هي عليه، ولكنها وفي نفس الوقت خلفت مشاكل أخرى والتي منها أن هذه الأحكام التي صححت البيوع المثبتة بعقد عرفي وتوجيه الأطراف أمام الموثق من أجل القيام بإثباتها بعقد رسمي وهو عقد ملزم بترتيبات المادة 61 من الأمر المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري.

"إلا أنه وفي أغلب الأحيان تكون الأوصاف أو الشروط القانونية المتوفرة لصحة المحرر العرفي أو كذلك قرار العدالة الصادر عن الجهات القضائية في أغلب الأحيان مخالفة لما تنص عليه المواد التي تدير الشهر العقاري، و منه فمن الطبيعي أن يؤدي ذلك إلى رفض شهر عقد موثق للحكم، و بالتالي فإن رفض إجراء شكلية الشهر من أثرها عدم نقل الملكية بين الأطراف"⁽³⁾.

و عليه فإن وزارة العدل سارت في نفس هذا الاتجاه إذ أنه هناك 3000 قرار التي لم يمكن شهرها، الأمر الذي دفع المحكمة العليا إلى إعادة النظر في قراراتها خاصة وكذلك القانون المدني قد عدل أحكامه من خلال الأمر 14-88 المؤرخ في 1988/03/05 الذي جاء بأحكام جديدة تتعلق بالشكلية في العقود.⁽⁴⁾

وأمام هذا الوضع الذي اتسم بالغموض والتناقض في الأحكام و القرارات من أعلى هيئة قضائية في البلاد كان لا بد من إيجاد مواقف صريحة و حاسمة تسيّر عليها كل الجهات المكونة للمنظومة القضائية في مسألة الشكلية الرسمية في العقود و عليه فما هو موقف القضاء الحديث من الشكلية في العقود؟

(1) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P 86.

(2) Mme LAHLOU Née KHIAR Chania, Revue Algérienne des Science Economique et politique, N° 3, L'Alger, les édition El Hikma, 1998, jurisprudence, P 751.

(3) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P86.

(4) N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P87.

المطلب الثاني: الشكلية في ظل الاجتهاد القضائي الحديث.

ما تجدر الإشارة إليه أنه حتى بعد صدور الأمر الأخير 14-88 المذكور إلى تاريخ صدور قرار المحكمة العليا المؤرخ في 18/02/1997، ظل القضاء يصدر قرارات تؤكد نفس الموقف الذي ساد في الفترة السابقة والذي مفاده أن الشكلية الرسمية التي أوجبها المشرع لا تعتبر ركن من أركان العقود التي نصت عليها المادة 12 من الأمر المؤرخ في 15/12/1970 و التي استخلفت بالمادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج بموجب الأمر 14-88 المؤرخ في 05/03/1988 المذكور بل إن الفقه و الاجتهاد القضائي قدم فرضيات مختلفة⁽¹⁾ للشكلية الرسمية في العقود المنصوص عليها بالمادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج و يمكن ترتيب هذه الفرضيات في ثلاثة آراء و هي التي شكلت بدورها المشكل القانوني الرئيسي المطروح في تطبيق الشكلية في العقود المعبر عنه بالتكييف القانوني للشكل الرسمي المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 من ق.م.ج- فما هي هذه الفرضيات وما هي مبرراتها؟ و كيف تم حل هذا الإشكال القانوني من خلال دراسة تحليلية للقرار المؤرخ في 18/02/1997؟

الفرع الأول: تكييف الشكلية المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري:

لقد كُتِبَ الشكل الرسمي بأنه ليس ركن من أركان العقد و بالتالي فهو لا يؤثر على صحة عقد البيع الواقع على عقار فهو قد فرضه القانون من أجل الإثبات و من بين مؤيدي هذه الفرضية نجد الأستاذ " زروق " : " الذي كُتِبَ الشكل الرسمي بأنه مفروض في الغالب الأكثر كطريقة للإثبات، و يضع تفرقة بين التصرفات التي يكون فيها نقل الملكية بدون عوض، و يكيف الشكل الرسمي فيها بأنها عقود شكلية و يعتبر الشكل ركنا فيها،"⁽²⁾ و هذا ما أيدته جل الأحكام القضائية التي سبق أن أشرنا إليها و التي اعتبرت أن العقد العرفي هو صحيح حتى في البيوع الواقعة على العقارات و كذلك القرار المؤرخ في 06/01/1993 ملف 95744 الذي قضت فيه المحكمة العليا بما يلي: " حيث أن الطاعن ليس له أي حق في طلب إلغاء العقد العرفي الذي اشترت به المطعون ضدها لأنه ليس طرف في العقد و من جهة أخرى فإن المادة 12 ألغيت و أصبحت المعاملات الآن حرة كالبيع و الشراء، و لذا فالوجه غير سديد"⁽³⁾، و يظهر من خلال هذا القرار أن

(1) بل أن كل التحليلات و التفسيرات السابقة للاجتهاد القضائي القديم بلورت إلى فرضيات.

(2) Mme LAHLOU née KHIAR chanian OP, Cit, 750.

(3) أ. علي فيلالي، الشكلية في العقود، (باللغة العربية)، المجلة الجزائرية، للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية، الجزء 35 رقم 3، جامعة الجزائر، سنة 1997، ص 723.

قضاة المحكمة العليا قد تجاهلوا تماما نص المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج.

و في قرار آخر للمحكمة العليا مؤرخ في 1989/04/30 ملف رقم 53630 قضت فيه: "... وحيث أن الوعد بالبيع تنكره المطعون ضدها، و لم تقدم الطاعنة ما يبرر ما اتفق عليه الطرفين بشرط، وفق ما تقتضيه المادتين 59 و 72 من ق.م. المحتج بها و عليه فإن مطالبة المطعون ضدها بتنفيذ الوعد بالبيع و علما أن موضوع بيع القاعدة التجارية أو الوعد ببيعها يخضع لأحكام المادة 79 من ق.م. التي تشترط إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان." (1)، يتضح من هذا القرار أن المحكمة العليا كيفت الشكل الرسمي لإثبات التصرف فقط.

إن أنصار هذا الرأي يقدمون عدة حجج يدعمون بها فرضيتهم هذه، فيذكرون أن موقع نص المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج وردت في الفصل الأول المعنون " الإثبات بالكتابة" من الباب السادس " إثبات الالتزام" مما يفيد أن شرط الشكلية الرسمية يتعلق بإثبات العقد لا بانعقاده.

أما الحجة الثانية المتمثلة في التعبير الذي استعمله المشرع في المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج و المادة 79 ق.م.ج فلقد نصت الفقرة الثانية من المادة 324 مكرر 1 مدني: "... كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي..."، وكذلك ما جاء في المادة 79 ق.م.ج: " كل بيع اختياري... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا"، إذ يتضح من القراءة الحرفية لهذين النصين أن المسألة هي مسألة إثبات التصرف القانوني بواسطة عقد رسمي. (2)

إلا أنه كانت هناك معارضة لهذه الفرضية و بالخصوص لحجج أنصارها فالحجة الأولى كان الرد عليها بأن المادة 324 مكرر 1 لا تضع تفرقة بين العقود المتضمنة نقل الملكية بمقابل و بدون مقابل و هي الحجة التي جاء بها الأستاذ "رزوق" (3).

أما عن الحجة الثانية فعند التدقيق في الأحكام الواردة في هذين النصين تبطل هذه الحجة فبخصوص المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج، التي جاء فيها مصطلح العقد الرسمي حيث تنصرف هذه التسمية إلى التصرف القانوني في حد ذاته

(1) المرجع السابق، ص 723 و هو أيضا منشور بالمجلة القضائية عدد 4، سنة 1991، ص 145.

(2) أ. علي فيلالي، المقال السابق، ص 725.

Mme LAHLOU née KHIAR Chania, OP, Cit, P. P 750-751.

(3) Mme LAHLOU née KHIAR Chania, OP, Cit, P. P 750

Negotium، و تكون الشكلية الرسمية هنا ركن في العقد، أما المادة 12 من الأمر 70-91 فقد جاء فيها مصطلح الورقة الرسمية التي تعتبر وسيلة للإثبات فقط Instrumentium لا يمنع تخلفها قيام العقد، وعليه فما دام أن المشرع قد استخلف المادة 12 من الأمر بالمادة 324 مكرر 1 ق.م يتضح من ذلك أن نيته كانت تتصرف منذ البداية أي وحتى أثناء سريان المادة 12 من الأمر المذكور إلى أن الشكل الرسمي ركن في العقد و غيابه يمنع قيامه.⁽¹⁾

أما فيما يتعلق بالحجة الثالثة والمتمثلة في التعبير الذي استعمله المشرع في المادتين السالفتي الذكر، فلا شك في أن التعبير المستعمل قد أخل بالمعنى الذي قصده المشرع، في لفظ "إثبات"، لأن إرادة المشرع لم تنصرف إلى هذه النية وإنما قصد من ذلك تحرير العقد ويتأكد هذا بالرجوع إلى النص الفرنسي لهاتين المادتين، والذي هو أكثر دقة في التعبير حيث استعمل المشرع لفظ « Constat ».⁽²⁾

أما الفرضية الثانية فهي تتمثل في أن الشكلية الرسمية التي تنص عليها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني هي شكلية من أجل نقل الملكية، وهذا ما سبق أن رأيناه من خلال الأحكام القضائية في الآونة الأخيرة التي سبقت صدور القرار المؤرخ في 18/02/1997 وهناك قرارات أخرى نذكر منها القرار المؤرخ في 21/10/1990 الذي قضت فيه: " أن عملية الشهر العقاري هي وحدها تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 12 من الأمر المتعلق بتنظيم التوثيق و المادة 793 من ق.م.....".⁽³⁾

و عليه، فإن عقد بيع عقار أو محل تجاري أو أي عقد يدخل ضمن أحكام المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج أو النصوص الخاصة بالعقود الشكلية المبرمة في شكل عرفي يكون صحيح، إذا توفرت شروط محل البيع و وقع الاتفاق على المحل و الثمن، فلا يهتم بشكل العقد قد يتم بمحرر عرفي أو رسمي، فالالتزام بنقل الملكية يقع على عاتق البائع.

فحسب هذا الرأي جزأت عملية البيع إلى قسمين، إلى عقد بيع صحيح في شكل عرفي وقسم آخر وهو المحرر الناقل للملكية الذي يخضع إلى الشكل الرسمي، وهذا التحليل لا ينطبق مع المنطق القانوني⁽⁴⁾ و ليس له أية فائدة، ومن

(1) أ. علي فيلاي، المقال السابق، ص 725

(2) المقال نفسه، ص 726.

(3) المجلة القضائية، عدد 1، سنة 1992، ص 84.

(4) وهناك من يصف هذا التحليل بالخرافة القانونية، كما فعلت السيدة لحو المزدادة خيار غنية في مقالها المذكور، طالع ص 749

نتائجه هو حدوث التباس وغموض في الحلول القانونية المقررة، فهي من جهة تصحح العقود المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج السابقة التي أبرمت في شكل عرفي، ولكن من جهة أخرى، تلزم الطرفين بالتوجه أمام الموثق من أجل إضفاء عليه الصيغة الرسمية و هنا يطرح السؤال التالي: لماذا صرح بصحة العقد العرفي لتوفر شروط المحل، وفي نفس الوقت القضاء بتوجيه الطرفين أمام الموثق وتفسير ذلك بأنه يدخل من باب الالتزام التعاقدية الذي يترتب على عاتق البائع وفي هذا تناقض واضح.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الفرضية انضمت تحت لوائها مجلس قضاء معسكر الذي صدر بشأنه قرار نقضه بموجب قرار المبدأ الصادر عن المحكمة العليا و المؤرخ في 18/02/1997، و عليه يمكن أن نفسر تكييفه للشكل الرسمي في العقود أنه تكييف وسط، فهو لم يعتبر الشكل الرسمي كشرط للإثبات كما أكدته الفرضية الأولى، ولم يعتبره كركن من أركانه، كما استدعمه المحكمة العليا بجميع غرفها المجتمعة وهي تمثل الفرضية الثالثة.

الفرع الثاني: الشكل الرسمي ركن من أركان العقد بموجب قرار المبدأ الصادر في 18/02/97:

جاء القرار الصادر عن المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة المؤرخ في 18/02/1997 لوضع حد للتردد والمراوغات التي أحدثت اضطراباً على مستوى مواقف الاجتهاد القضائي في قرارات غرفها المدنية والتجارية والبحرية و كانت بهذا الفعل أسست ما يسمى قرار مبدأ « Décision de principe »⁽¹⁾ الذي صدر بخصوص قضية بيع محل تجاري مبرم بعقد عرفي مؤرخ في 22/08/1988 من طرف... للمشتري... الذي دفع جزءاً من ثمن البيع وإثر النزاع الذي قام بين الطرفين بشأن صحة عقد البيع الذي لم يفرع في الشكل الرسمي كما تقتضي بذلك المادتين 79 ق.ب.ت. والمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج إذ قضت محكمة المحمدية في حكمها الصادر في 10/05/1992 ببطلان عقد البيع بسبب تخلف الشكل الرسمي.

وعلى إثر إقامة الاستئناف لهذا الحكم من طرف المشتري قضى مجلس قضاء معسكر في قراره المؤرخ في 03/05/1994 قضى بإلغاء الحكم المستأنف فيه وبالإشهاد بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين الطرفين بموجب العقد العرفي

(1) سمي قرار مبدأ لأنه اعتبر موحد للاجتهاد القضائي للمحكمة العليا بجميع غرفها مجتمعاً و هو بمثابة قاعدة عامة يجب العمل بها، وهذا هو الجانب القانوني لقرار المبدأ حيث اجتمعت جميع الغرف لوضع قطيعة مع الأحكام القضائية السابقة كما يعبر عن ذلك الأستاذ سنوسي حداد.

وأمر بصرف الطرفين أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية مع إلزام المشتري بدفع ما بقي بدمته من قبل ثمن البيع أي مبلغ 250.000 دج و كذا مبلغ 9.000 دج من قبل مؤخر بدل الإيجار، و طعن البائع بالنقض في هذا القرار أمام المحكمة العليا مدعما بمخالفة القانون المطعون فيه لأحكام المادتين 79 تجاري و 324 مكرر 1 ق.م.ج.⁽¹⁾

وعليه، وخلافا للإجراءات العادية، فإن المحكمة العليا تنصبت بهيئة الغرف مجتمعة و يظهر من خلال هذا الإجراء أنه غير عادي، لذا يطرح السؤال حول الهدف من وراء هذه الإجراءات؟

"إنه باستقراء المهام الكبرى و الأولى للمحكمة العليا نجدتها تتجلى أولا في توحيد القضاء ولقد استحدث في هذا الشأن قانون رقم 89-22 المؤرخ في 1989/12/12 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها و تسيرها هيئة جديدة للمحكمة العليا وهي الغرف الموسعة التي تبث: "... في القضايا التي تطرح اشكالات قانونية والتي من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي" أو تفصل: "... في الحالات التي يحتمل أن تؤدي قراراتها إلى تغيير الاجتهاد القضائي"، وتتمثل الغرف الموسعة في الغرفة المختلطة التي تنظر في القضايا التي تنتمي إلى الحالة الأولى، و في الغرف المجتمعة التي تنظر في الحالة الثانية وهي التي تنطبق على قضية موضوع هذا القرار، إذ أن المادة 24 من نفس القانون المذكور تنص على تشكيل هيئة الغرف المجتمعة التي تتألف من الرئيس ونائبه و رؤساء الغرف و رؤساء الأقسام وعميد المستشارين في كل غرفة"⁽²⁾، و منه فإن هذه التشكيلة تترجم أهمية المسألة المطروحة على المحكمة العليا والمتمثلة في احتمال تغيير الاجتهاد القضائي، والذي يقصد منه اعتماد حل مغاير للحل الذي استقر عليه القضاء بخصوص مسألة قانونية معينة، وهذا يوحي حتما أنه لا يوجد خلاف بين الهيئات القضائية المختلفة، بل إن هناك موقف موحد استقرت عليه محل نقد، ومن تم وجب إعادة النظر فيه وقد تنتهي المحكمة العليا إلى رأي جديد وهذا ما يعبر عنه بتغيير الاجتهاد القضائي⁽³⁾ *Reviement de jurisprudence* وهذا الوضع معروف في القانون المقارن إذ يحافظ على مصالح أفراد المجتمع

(1) Mme LAHLOU née KHIAR Chania, OP, Cit, P.P 752,754.

- N. YOUNSI Haddad, OP, Cit, P 61,62.

علي فيلالي، المقال السابق، ص 718، 719.

(2) علي فيلالي، المقال نفسه، كما تنص المادة 10 من نفس هذا القانون: " و تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها و جميع التعليقات و البحوث القانونية و العلمية، لتدعيم و توحيد الاجتهاد القضائي" ص 720.

(3) أ. علي فيلالي، المقال نفسه، ص 721.

من خلال انسجام القاعدة القانونية مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والتي لا تتوقف عن التطور والتغير.

إن قرار المبدأ الصادر عن هيئة الغرف المجتمعة بتاريخ 18/02/1997 قد عالج مسألة قانونية كانت مصدر خلاف بين كل الجهات القضائية و التي تتمثل في طبيعة الشكلية المفترضة في العقود المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 1 مدني و مسألة أخرى مرتبطة بها كذلك هو الجزاء على تخلف الشكلية الرسمية في هذا النوع من العقود.

وعليه فإن القرار المبدأ المذكور أكد أن الشكلية الرسمية التي تنص عليها المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج والمتعلقة ببيع محل تجاري المنصوص عليه بالمادة 79 تجاري هو ركن من أركان العقد وأن تخلفه يؤدي إلى عدم قيام العقد، وتستند في هذا على العبارات الواردة في النصوص القانونية ولا سيما المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج التي تفرض الشكل الرسمي لبيع المحل التجاري أو أي عقد آخر تنص عليه هذه المادة و تخضعه للشكل الرسمي.

ونتيجة لذلك، فإن الحل الذي جاء به قرار المحكمة العليا بجميع الغرف مجتمعة هو مغاير تماما لتلك القرارات التي كانت قد أصدرتها المحكمة العليا لاعتبارها أعلى هيئة قضائية في البلاد بخصوص هذه المسألة في الفترات السابقة و التي يعود سببها إلى الظروف السياسية التي كانت سائدة من 1970 إلى 1988 فقد فضلت أثناءها المصلحة العامة على المصلحة الخاصة⁽¹⁾، إضافة إلى أن المحرر الرسمي الذي يفرضه القانون لم يكن من أجل هدف حماية أحد المتعاقدين لذلك فإن البطلان الذي يعاقب على غيابه هو البطلان المطلق.

أراد هذا القرار أن يرسخ ويجسد موقفاً موحداً و واضحاً بإقراره أنه منذ صدوره يكون غير مقبولاً أبداً أن تقوم الغرفة المدنية أو الغرفة التجارية أو البحرية للمحكمة العليا بنقض قرار لقضاة الموضوع الذي طبقوا القانون تطبيقاً سليماً بإبطالهم لمحرر عرفي يتعلق ببيع عقار أو لمحل تجاري، إذ أنه توجد هناك قرارات عديدة أجل تطبيقها و هناك العديد من القرارات الصادرة كذلك عن الغرفة المدنية والتجارية و البحرية صرحت ببطلان العقود المنصوص عليها في المادتين 12 و 324 مكرر 1 ق.م.ج بعد ذلك بسبب عدم إفراغها في الشكل الرسمي و صرحت من خلال قرارها المذكور أنه إذا كان حقيقة مبدأ الرضائية⁽²⁾ قد جسده

(1) Mme LAHLOU Née KHIAR Chania, P 747.

(2) لأن الاتجاه السابق كان يعتمد على المبدأ العام الذي تخضع له العقود و هو مبدأ الرضائية لتبرير العديد من قراراته و قد أهمل تطبيق نص المادة 12 التي تعبر استثناء على هذا المبدأ". حسب رأي المستشار عمر زودة معلقاً على نفس هذا القرار.

المشروع الجزائري في المادة 59 ق.م، فإن المحرر العرفي لا يكون له أي معنى وأية مكانة في المادة 324 مكرر 1 مدني و بالتالي فإن الشكل الرسمي ملزم على أطراف العقد إنجازه واحترامه.

" فقد أقر قرار المبدأ إذن أن الشكل الرسمي مفروض تحت طائلة البطلان ومنه فإن كل الغموض والالتباس قد رفع، وبالتالي فالشكل الرسمي لا يعني تلك الشكلية البسيطة كما أرادها مجلس معسكر، إذ أن المشروع كان موقفه واضحا، فلم يجعل المحرر وحده مفرغا في شكل رسمي ولكنه شدد كذلك على الثمن الذي يجب أن يدفع بين يدي الموثق التي يقوم بتحريره، فيتضح من هذا جليا أن هناك إرادة من أجل القيام بالشكلية الرسمية و هي بدون شك ركن من أركان العقد"⁽¹⁾ وهذا ما أقرته المحكمة العليا في هيئة الغرف مجتمعة على أن الشكل الرسمي في عقد بيع المحل التجاري هو ركن من أركانه، و عليه قد وضع حدا للتفسيرات و التكييفات المختلفة التي كانت سارية، " فالشكل الرسمي لا يجب أن يعتبر كطريقة للإثبات ولو كان الغرض من الشكلية الرسمية هو إثبات العقد لكان عقدا صحيحا ولو لم يحترم المتعاقدان الشكلية المقررة، كما أنه لا حاجة للإثبات إلا في حالة إنكار أحد المتعاقدين للتصرف"⁽²⁾ و لا يمكن كذلك اعتبار الشكل الرسمي مجرد إجراء لنفاذ العقد بنقل الملكية العقارية بين الأطراف وفي مواجهة الغير لأن تخلف هذه الإجراءات لا ينال من صحة العقد فانعدام الشهر العقاري مثلا لا ينال من صحة العقد بل يحد من فعاليته فقط في مواجهة الغير وفي بعض الأحيان حتى بين المتعاقدين⁽³⁾. لقد كيفت المحكمة العليا الشكلية الرسمية على أنها شرط من شروط صحة العقد والحقيقة أنها ركن من أركانه⁽⁴⁾ و يتبين ذلك من خلال الجزاء الذي أقره المشروع.

الفرع الثالث: جزاء تخلف الشكلية الرسمية و طبيعته.

إن الجزاء الذي أقرته المحكمة العليا في قرارها المبدئي المؤرخ في 1997/02/18 عند تخلف الشكلية في العقد هو البطلان المطلق، والذي نجد من آثاره ضمن أحكام النظرية العامة لبطلان العقود هو انعدام العقد قانونا بالنسبة

(1) Mme LAHLOU Née KHIAR Chania, OP, Cit, P745.

(2) أ. علي فيلالي، المقال السابق، ص726.

(3) المقال نفسه، ص727.

(4) هناك العديد من الفقه يعيب على قرار المبدأ عدم دقته في انتقاء للمصطلحات القانونية الصحيحة، لأن الرسمية على خلاف ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا لا تعد شرطا لصحة العقد، بل ركنا ركينيا فيه و هي شرطا لانعقاده مثل التراضي، المحل و السبب و قد يضيف القانون أو المتعاقدين ركنا رابعا إلى جانب هذه الأركان هو الشكل الرسمي.

للمتعاقدين أنفسهما وبالنسبة للغير كذلك، فالقرار المذكور قد استرجع هذه الآثار بقضائه : "... و ضمن هذه الظروف أنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية و يأمر بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني."

فبطلان العقد له نتيجة واحدة و هي العودة إلى الوضعية الأولى قبل التعاقد وبالتالي فالمحكمة العليا بهذا قد حرصت على رفع كل لبس حول آثار بطلان العقد عند تخلف الشكلية الرسمية التي يتطلبها القانون فاستعملت موقفا لا يدعو للشك بقولها أيضا ضمن هذا القرار أن : "... حيث إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع، و عليه نعتقد أن هذا القول غير صحيح بل يتناقض مع الحل الذي انتهت إليه المحكمة العليا⁽¹⁾، إذ كيف نفسر أن يكون العقد العرفي صحيح يتضمن التزامات شخصية على عاتق الطرفين وهو في نفس الوقت باطل بطلانا مطلقا؟ فالعقد العرفي المتعلق ببيع محل تجاري لا يعتد به لأنه أصلا منعدم وغير موجود قانونا، إذ أن تخلف ركن الشكلية يحول دون انعقاد أو قيام العقد ويستحيل إذن إنشاء أي التزام أيا كان نوعه على عاتق الأطراف و البطلان الذي يلحق العقد العرفي هنا هو بطلان قوامه المصلحة العامة و ليس المصلحة الخاصة التي تقرر البطلان النسبي⁽²⁾.

كما أن تسوية الأوضاع لا يكون ممكنا في حالة البطلان المطلق للعقد فلا يجوز لقضاة الموضوع من تلقاء أنفسهم تصحيح هذه الأوضاع.

إضافة إلى ذلك فإن المحكمة العليا برهنت على تطبيق البطلان المطلق ومع إضفاء عليه طابع النظام العام للأشكال القانونية المفروضة من طرف القانون، فنتج عن هذا أن القاعدة المنصوص عليها بالمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج هي قاعدة أمر و ليس مكملة⁽³⁾، و عليه فإن أطراف العقد لا يمكنهم بسلطانهم نقضها أو مخالفتها بتقريرهم التغاضي عنها و الاتفاق بينهم على الاكتفاء فقط بإفراغ عقدهم في شكل عرفي.

(1) و هذا يعود دائما إلى عدم دقة المصطلحات المستعملة.

(2) Mme LAHLOU née KHIAR Chania, OP, Cit, P 744.

(3) Mme LAHLOU Née KHIAR Chania, OP, Cit, P744.

فيتعلق الأمر إذن بقاعدة من النظام العام، كما أكد نفس القرار على أن هناك عدة مصالح معنية تحتاج لفرض الشكلية في العقود المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج بقضائها أن: "... حيث أن قضائهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 ق.ت و 324 مكرر 1 ق.م لكونها تشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف و كذا حقوق الغير و إلا كان باطلا.

" فالمصلحة المحمية إذن بالشكلية في العقود ليس النظام الخاص فقط أي ضمان لحقوق الغير و إنما حماية المصلحة العامة التي تتصدر اهتمام العدالة، إن أن الشكلية تسمح بممارسة الرقابة على التصرفات بواسطة المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج".

ختاما يمكن القول أن المادة 12 من الأمر المذكور التي استخلفت بالمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج "قد فهمت فهما مختلفا، وكانت جل الأحكام التي أصدرتها الجهات القضائية و منها بالأساس المحكمة العليا تعمل خارج دائرة القانون وتتناقض مع إرادة المشرع بشكل واضح"⁽¹⁾، وذلك " قرابة ثلاثين سنة أي بعد صدور الأمر المؤرخ في 15/12/1970، كما أن المحكمة العليا بقرار المبدأ هذا أرادت أن تضع حدا لكل هذا بتأكيدا في هذا القرار أن الشكل الرسمي المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج هو ركن من أركان العقد إلى جانب التراضي المحل والسبب وأن فرض هذه الشكلية في العقود هو من النظام العام وجزءا تخلفها وعدم احترامها من طرف المتعاقدين يترتب عنه بطلان العقد بطلانا مطلقا والذي من نتائجه إرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد بدون أية تسوية."⁽²⁾ إلا أن هناك رأي آخر تجدر الإشارة إليه يعتبر أن الاتجاه الذي جاءت به المحكمة العليا في قرارها المبدئي لا يمكن إدراجه ضمن الاجتهاد القضائي لأن هذا الأخير له حدوده ونطاقه الذي لا يجوز تجاوزه و إلا زالت الحدود الفاصلة بين السلطة التشريعية والسلطة القضائية حيث يمكن لهذه الأخيرة أن تخرج على القانون تحت ذريعة الاجتهاد، فيرون أن هذا القرار قد أتى فعلا بجديد و لكنه لم يأتي باجتهاد لأن القضاء عندما يقوم بتطبيق القانون تطبيقا أليا فهو لا يجتهد⁽³⁾ فعندما يقرر القاضي بطلان عقد بيع المحل التجاري الذي حرر في شكل عرفي فهو ملزم بتطبيق نص المادة 79 ق.ت والمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج لأن دلالة

(1) نشرة الموثق، عدد 7، جويلية 1999، المستشار عمر زودة، تعليق على قرار المحكمة العليا رقم 136156، المؤرخ في 18/02/1997 ص 13.

(2) Mme LAHLOU Née KHIAR Chania, OP, Cit, P743.

(3) المستشار عمر زودة، المقال السابق، ص 13.

النصين واضحتين وهما تشيران بأن كل العقود التي تنص عليها المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج هي عقود شكلية تستلزم إقرارها في شكل رسمي.

فالجديد الذي أتى في هذا القرار هو أنه استطاع أن يعيد المحكمة العليا إلى الاتجاه الصحيح حيث كانت تسير خارجه، فبفضله قد عادت إلى جادة القانون كما أنه أنهى الفوضى التي كانت سائدة بين المحاكم و المجالس القضائية التي ساءرت المحكمة العليا في اتجاهها السابق، في حين أن البعض الآخر لم يسايرها، وكان يعلن عن بطلان عقود بيع العقار المحرر في شكل عرفي و بفضل هذا القرار توحد تطبيق القانون على مستوى جميع الجهات القضائية على اختلاف درجاتها.⁽¹⁾

" إن قرار المبدأ المؤرخ في 18 فيفري 1997 جاء في الوقت المناسب لكي يوحد الاجتهاد القضائي في نقطة قانونية هامة و حساسة نظرا لكثرة القضايا من هذا النوع المطروحة على مختلف الجهات القضائية و يذكر جميع القضاة بضرورة تطبيق القانون تطبيقا سليما، كما أنه يعتبر خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون لكونه يطلب من الأفراد احترام الشكل الرسمي في معاملاتهم التجارية والعقارية حفاظا على حقوقهم وحقوق الدولة لأنه لا يمكن اكتساب حقوقهم وحفظها بموجب عقود عرفية فوضوية، كما يطلب من الجهات القضائية السهر على التطبيق السليم للقانون." ⁽²⁾

(1) المقال نفسه، ص 13.

(2) السيد حسان بوعروج، تعليق على قرار 18/02/1997، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1999، ص 42 وما بعدها.

الكتابة

إن التطور الهائل للحياة المدنية على جميع الأصعدة الاجتماعية منها والاقتصادية والثقافية، من شأنه إحداث تغيير حتمي في النظام الكلي للعقد باعتباره أفضل وسيلة تتم بها المبادلات والمعاملات بين الأفراد وعلى القانون الذي يحكمه بمبادئ وشروط معينة كذلك، إذ أصبح الأفراد يقيمون علاقاتهم التعاقدية وهم يتطلعون إلى إيجاد حماية جدية وحقيقية لرضائهم، انطلاقاً من معطيات اجتماعية تعزز بدورها المعطيات الأخرى الأخلاقية والاقتصادية التي سبق أن ذكرناها في مقدمة بحثنا هذا، وهي كلها تكمل بعضها البعض إذ أن هذه المعطيات خلصت إلى بروز اتجاه توفيقى يرى بأنه مهما ترك العنان للإرادة في تكوين العقد فلا بد أن يصدم بجدار من القيم السياسية والاجتماعية والثقافية إلى جانب ما تفرضه الحياة الاجتماعية من مبادئ الثقة و الائتمان المستمدين من المبدأ الأخلاقي في العقود من جهة، و ما تتطلبه العدالة و قواعد الإنصاف من ضرورة حماية المراكز القانونية و إبراز الالتزامات التعاقدية من جهة أخرى، إن هذه العوامل كلها أدت في نهاية المطاف إلى تعزيز دور الشكلية وعودتها بقوة في مجال العقود، و بالنتيجة لذلك احتفاظها بمكانتها في إطار النظرية العامة للعقد، هذه الأخيرة التي يستوجب عليها التكيف مع المعطيات الجديدة و لما تعرفه الحياة المدنية من تغيرات جذرية حتى على مستوى مبدأ تكوين و إبرام العقود.

و بناءاً على ما سبق يجدر بنا أن ننوه إلى ظهور نظام عام قائم في حد ذاته خصوصاً في الحقبة الأخيرة و الذي سمي بالنظام العام الاجتماعي الذي يهدف أساساً إلى حماية الطرف الضعيف في العقد، وذلك من خلال تدخل المشرع بفرضه لعدة آليات قانونية و من بين هذه الآليات نجد الشكلية وعودتها في عقود الاستهلاك مثلاً، إذ أظهرت حماية المستهلك في كل الأحوال وبشكل واضح عدم ملائمة مذهب استقلالية الإرادة الذي أصبح ليس في مقدوره أن يفسر القانون العام للعقود تفسيراً كافياً لذلك أدت ضرورة حماية المستهلكين بصورة أفضل إلى نمو نظام عام خاص، يتكوّن أولاً من قوانين خاصة في عقود مختلفة، ويحتوي ثانياً على أحكام مطبقة على غالبية العقود ويتجه بذلك إلى خلق قانون حقيقي للاستهلاك، وهذا ما يجمع عليه رأي الفقه الحديث الذي يؤكد كذلك على أن الشكلية غدت أحدث أدوات النظام العام لحماية الرضا وبالتالي لحماية المستهلك ولما لا في عقود أخرى سيشهدها التطور الاقتصادي لدى يمكن أن نترقب ظهوراً هائلاً للشكلية في العقود، وتدخل المشرع لجعلها ركناً فيها وهو وضع قابل

للتحقيق، إذ أنه كلما زاد تطور و توسع مجالات المعاملات زاد معه تنوع وتكاثر العقود مما يؤدي حتما إلى تأكيد مبررات الشكلية فيها إذ بواسطتها يتحقق هدف المشرع المتمثل خاصة في إقامة التوازن بين الحرية في إبرام العقود دون شكل معين تصب فيها إرادة المتعاقدين وبين تأكيد و صيانة هذه الإرادة بفرض شكلية معينة يجب احترامها بمناسبة إبرام بعض العقود.

و هنا نطرح التساؤل التالي: أليس للشكلية كمبدأ مهم في العقود مميزات تجعله يصبح القاعدة العامة في العقود، أو على الأقل يكون له نفس المكانة التي بوأها المشرع للأركان الأخرى و هي الرضا، المحل السبب أمام اتساع دائرة العقود التي يرفض القانون إفرادها في شكل معين؟

كما أنه من خلال رحلتنا القانونية هذه التي خصصناها لدراسة الشكلية في العقود جعلتنا نبدي مجموعة من الملاحظات و النتائج و التي نجملها في النقاط التالية:

- تكرر في أذهاننا تساؤل يخص مكانة الشكلية في النظرية العامة للعقد و ضمن أي فصل أو باب من التقنين المدني توجد أحكامها، و لماذا لم يخصص المشرع الجزائري وغيره من التشريعات الأخرى التي استقى منها أحكام العقد، فصلا خاصا لركن الشكل كما هو الشأن بالنسبة للأركان الأخرى؟

إن هذا التساؤل يجرنا إلى البحث في النصوص القانونية التي تتناول أقسام العقود في التقنين المدني الجزائري خاصة في المواد من 55 إلى 58 ق.م.ج و ما بعدها إذ لم نجد ذكرا للعقد الشكلي ضمن هذه المواد، إضافة إلى ذلك فإن المادة 59 ق.م.ج و ما بعدها و التي تقابلها المادة 1108 ق.م.ف و ما يليها، يتضح منها أنه لا يوجد أي شك في أن المشرع لم يأخذ إلا بشروط الصحة المشتركة بين كل العقود و التي تتمثل في التراضي، المحل و السبب حيث أن عدم توفرها في أي عقد مهما كان يجعله باطلا بطلانا مطلقا و اعتبارها شروطا هامة لا تقتصر على عقود معينة دون الأخرى و هذا ما لا ينطبق على شرط الشكل الذي يقتصر تطبيقه و فرضه في بعض العقود التي تكون خاضعة لإتمام شرط الشكل فيها، أما العقود الأخرى فهي متأثرة بفلسفة نصيرة للإرادة و بناء على هذه الفلسفة يمكن حصر أكثر ما يمكن من قيود حرية التعبير عن الإرادة عند إبرام العقود، و عليه فإن التقنين المدني الجزائري و معه جل التشريعات المدنية الخاصة بتحديد أحكام و شروط النظرية العامة للعقد لم ترد إعطاء لشرط أو ركن الشكل نفس المكانة التي أعطتها أو بواتها لشروط التكوين الأخرى، إلا أنه من جهة ثانية فإنه بالرغم من ذلك فقد ظلت أحكام الشكلية بارز دورها في مادة تقسيمات العقود من عقود شكلية أين يكون فيها العقد مقبولا و منتجا لكافة آثاره القانونية إلا باحترام المتعاقدين لشكل معين يفرغ فيه رضاؤهما، و هي فئة من العقود تقابل فئة العقود الرضائية

حرية الأفراد في التعاقد ستبقى حجرة عثرة أمام الدولة في مباشرة تلك الرقابة نيابة عن المجتمع، خاصة و أن الأفراد غالبا ما يحبذون دائما الأسلوب الأقل ظهورا عند الإقدام على التعاقد، فالشكلية في العقود لها مبرراتها إذا ما بوأها المشرع مكانة و جعلها ركنا من أركان العقد حتى تؤدي أدوارها كاملة.

- كما أن تطبيقات الشكلية في العقود تجاوز إطار التقنين المدني و إن كانت دراستنا قد اقتصرت على تطبيقات الشكلية في العقود التي تناول أحكامها القانون المدني فقط إلا أنها تطبق في عقود مختلفة و نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر، وجوب تحرير عقد العمل الجماعي كتابة كما تنص كذلك صراحة المادة 86 من الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 1975/04/29 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص على ما يلي: "... تكون الاتفاقية الجماعية للعمل مكتوبة..." و نفس هذه الأحكام قررها المشرع بالنسبة لإبرام عقد التمهين الذي فرض لانعقاده وجوب إفراغه في شكل كتابي و هذا ما تنص عليه المادة 11 من القانون رقم 81-7 المؤرخ في 1981/06/27 بقولها: " يكون عقد التمهين مكتوبا وموقعا من قبل المستخدم و المهتمين و وليه الشرعي..."، كما توجد مكانة بارزة للشكلية في العقود الواردة على الملكية الأدبية و الصناعية و التجارية ولها دور هام في حماية هذه الحقوق وأصحابها الحقيقيين بعدما دخلت هذه الحقوق في دائرة المعاملات و أصبحت تبرم بشأنها عقود هامة من الناحية الثقافية و الاقتصادية حيث نص المشرع على وجود إفراغ هذه العقود في محرر كتابي، وهذا ما نصت عليه 36 من الأمر 73-14 المؤرخ في 1973/04/03 المنظم لحق المؤلف بما يلي: "... يتم تحويل الحق عن طريق عقد محرر" و تنص المادة 44 الفقرة الثانية على ما يلي: "... و لا بد أن يكون هذا العقد مكتوبا و إلا وقع تحت طائلة البطلان" ومنه يتبين من المادتين 36 و 44 فقرة 2 من الأمر المذكور بأن المشرع الجزائري اشترط شكلية الكتابة في تحويل حق المؤلف لكون هذا الحق له طبيعة خاصة فهو منقول معنوي ينتمي إلى نوع الحقوق الذهنية.

- أما فيما يتعلق بالصعوبات العملية التي تثيرها الشكلية في العقود على الصعيد القانوني أي المنظومة القانونية في الجزائر، فنقترح أن تكون هناك نصوص قانونية التي نتناول الشكلية في العقود دقيقة و واضحة في صياغتها و منسجمة فيما بينها حتى ترفع كل غموض أو لبس، خاصة و أن الجزائر تمر بمرحلة انتقالية من نظام اقتصادي موجه إلى اقتصاد السوق فهي بالتأكيد تحتاج إلى منظومة متكاملة وهذا ما زالت تفتقده الجزائر إلى اليوم و في الكثير من المجالات نظرا لكون التطور الاقتصادي والاجتماعي لم يواكبه تطور قانوني، و لهذا نلاحظ أن المنظومة القانونية الجزائرية اليوم تعيش قوانين اشتراكية إلى جانب قوانين ليبرالية و عدم تجانس هذا الوضع ولد الكثير من المظاهر البيروقراطية و تناقض النصوص القانونية و أصبح القضاء و المشتغلين بالقانون يبذلون جهدا كبيرا

ومضنيا في سبيل تطبيق هذه النصوص عمليا مثلما نجده في المنازعات المتعلقة بالسكن فيجب على القاضي أن يميز في عقد الإيجار بين إبرامه قبل 1993 فيطبق القانون المدني الصادر سنة 1975 أو أبرم بعد سنة 1993 و في الشكل الرسمي ومحدد المدة فيطبق عليه المرسوم التشريعي لعام 1993. كما أن ترجمة النصوص القانونية غالبا ما شوهت الصيغة الفنية للنص و جعلته غير قادر على تحقيق الهدف الذي أراده المشرع منها كما هو الشأن بالنسبة للمادة 324 مكرر 3 ق.م.ج التي تشترط الشهود في العقد إذ أن النص الفرنسي قصد بصياغته العقود الاحتفالية والنص العربي جاء مطلقا، وكذلك المادة 418 ق.م.ج التي نجدها في النص الفرنسي تتحدث عن الرسمية ، أما في النص العربي فينص عن الكتابة ، وما يترتب عن هذه الحالات من نتائج قانونية مختلفة تماما.

كما لا يسعنا في ختام بحثنا أن نقدم اقتراحا يتمثل في ضرورة إدراج مقياس التوثيق و تحرير العقود ضمن برامج دراسات التدرج في كليات الحقوق، حتى يتسنى للطالب الإمام الدقيق بالأحكام و القواعد الأساسية للشكلية المفروضة في تحرير العقود، ومن ثم إدراك أهميتها و أدوارها الكبيرة في العقود.

تم بحمد الله.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة العدل

مكتب الأستاذ، /.....

عقد رقم، 99/498

تقديم أصل سند الدين لأجل التنفيذ

أمامنا نحن الأستاذ، ب الموثق بمكتب التوثيق

الموقع أدناه.....

..... حضر.....

السيد،..... المولود ببئر العرش، ولاية سطيف يوم، السادس عشر

مارس سنة خمس وستين وتسعمائة وألف (1965/03/16) الساكن بتاجنانت، ولاية ميله، مهنته،

تاجر، من جنسية جزائرية حسب رخصة السياقة رقم، 20170 المستخرجة من ولاية ميله يوم،

1990/01/24.

وقدم الموثق الموقع أدناه نسخة من عقد اعتراف بدين محرر أمام نفس الأستاذ يوم، التاسع عشر

سبتمبر سنة ثمان وتسعين وتسعمائة وألف (1998/09/19) تحت، 98/1029 والمسجل قانونا

المتضمن التزام السيد/..... المولود ببوحاتم، ولاية ميله

يوم، الحادي عشر أفريل سنة ثمان وخمسين وتسعمائة وألف (1958/04/11) الساكن بنفس

المكان لا مهنة له من جنسية جزائرية حسب بطاقة تعريفه الوطنية رقم، 4625553 المستخرجة من

دائرة بوحاتم يوم، 1992/12/28.

المدين بدفع مجموع الديون البالغ قدرها خمسون ألف دينار جزائري (50000.00 دج).

عند انتهاء أجل الدين وحيث أن أجل الدين قد انتهى فإنه يسوغ للدائن أخذ نسخة تنفيذية ضد

المدني والتأشير عليها على أصل العقد المحفوظ ضمن أصول الأستاذ وأن جميع المصاريف يتحملها

المدين طبقا لقانون.....

..... إبرام العقد.....

وإثباتا لذلك حرر هذا العقد تنفيذا للسند يوم، ينة تسع وتسعين وتسعمائة

وألف

وبعد التلاوة أمضاه الطرف الطالب مع الموثق،.....

..... ملحقات.....

ألحقت بهذا السند نسخة تنفيذية هذا نصها،.....

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

« باسم الشعب الجزائري؛

وعليه فإن الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية تكلف وتأمّر جميع مأموري التنفيذ

بمقتضى هذا العقد بوضع هذا العقد موضع التنفيذ. وجميع النواب العامين ووكلاء الدولة لدى

المحاكم أن يبذلوا عنايتهم في ذلك. وجميع رؤساء وضباط القوات العمومية أن يقدموا مساعدتهم متى

طلب منهم ذلك قانونا..»

ثانيا : المراسيم التنفيذية لقانون النشاط العقاري

1 - مرسوم تنفيذي رقم 94-58 مؤرخ في 8 رمضان عام 1414 الموافق 7 مارس سنة 1994، يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، الذي يطبق في مجال الترقية العقارية (1)

- إن رئيس الحكومة،
- بناء على تقرير وزير السكن،
- وبناء على الدستور، لا سيما المادتان 81-4 و 116 (الفقرة 2) منه،
- وبناء على الأرضية المتضمنة الوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية،
- وبمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،
- وبمقتضى الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم،
- وبمقتضى القانون رقم 80-07 المؤرخ في 28 رمضان عام 1400 الموافق 9 غشت سنة 1980 والمتعلق بالتأمينات،
- وبمقتضى القانون رقم 88-27 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يوليو سنة 1988 والمتضمن تنظيم التوثيق،
- وبمقتضى القانون رقم 90-29 المؤرخ في 14 جمادى الأولى عام 1411 الموافق أول ديسمبر سنة 1990 والمتعلق بالتهيئة والتعمير،
- وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-01 المؤرخ في 11 رجب عام 1414 الموافق 19 يناير سنة 1993 والمتضمن قانون المالية لسنة 1993 ولا سيما المادة 131 منه،
- وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان عام 1414 الموافق أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري،
- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 94-44 المؤرخ في 19 شعبان عام 1414 الموافق 31 يناير سنة 1994 والمتضمن تجديد مهام رئيس الحكومة،
- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 94-45 المؤرخ في 19 شعبان عام 1414 الموافق 31 يناير سنة 1994 والمتضمن تجديد مهام أعضاء الحكومة،

يرسم ما يلي :

المادة الأولى : عملا بأحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993، المذكور أعلاه، تتم عمليات البيع بناء على التصاميم بعقد رسمي وفق النموذج الملحق بهذا المرسوم.

المادة 2 : يمكن أن يستكمل نموذج العقد المذكور في المادة الأولى أعلاه بنود أخرى تعتبرها الأطراف المتعاقدة مفيدة، شريطة ألا تخالف تلك البنود الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، السارية على المعاملات التجارية العقارية.

المادة 3 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 25 رمضان عام 1414 الموافق 7 مارس سنة 1994.

رضا ملك

¹ مستخرج من الجريدة الرسمية عدد 13-1994.

تصريح المشتري : (حالة " البناية الجماعية ")
يصرح المشتري أنه اطلع على ملف إنجاز التجمع العقاري السالف الذكر والذي تكون العمارة المقصودة في هذا العقد جزءاً منه، وكذلك التصاميم والمقاطع والكشوف التقديرية الوصفية للبناية وتجهيزاتها المقصودة في هذا العقد. يعلن المشتري صراحة قبوله هذا البيع وينضم حينئذ دون أي تحفظ الى جميع القواعد والشروط السارية على الملكية المشتركة.

وبعد عرض ذلك، باشر الموثق الموقع أسفله، تحرير العقد المتضمن الاتفاقيات التي أقرتها الأطراف. يصرح البائع الحاضر باعتباره الجهة الأولى، أنه يبيع العمارة للمشتري مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال، وكذلك الخاصة الواردة في هذا العقد والوثائق المرجعية السالفة الذكر. وهذا المشتري الحاضر باعتباره الجهة الثانية، يقبل البناية المعينة، حسب ما يأتي :

تصريح المشتري : (حالة " البناية الفردية ")
يصرح المشتري أنه اطلع على ملف إنجاز التجمع العقاري السالف الذكر والذي تكون العمارة المقصودة في هذا العقد جزءاً منه وكذلك التصاميم والمقاطع والكشوف التقديرية للبناية الوصفية وتجهيزاتها المقصودة في هذا العقد.

يعلن المشتري صراحة قبوله البيع وينضم حينئذ، دون أي تحفظ الى جميع القواعد الواردة في دفتر شروط تجزئة الأرض لأجل البناء.

وبعد عرض ذلك باشر الموثق الموقع أسفله تحرير العقد المتضمن الاتفاقيات التي أقرتها الأطراف. يصرح البائع الحاضر باعتباره الجهة الأولى، أنه يبيع البناية للمشتري مع التزامه بكل الضمانات العادية والقانونية في هذا المجال وكذلك الخاصة الواردة في هذا العقد والوثائق المرجعية السالفة الذكر. وهذا المشتري الحاضر باعتباره الجهة الثانية، يقبل البناية المعينة حسب ما يأتي :

المادة الأولى : التعيين (حالة " البناية الجماعية ")

1) بصفة خصوصية : (وصف البناية بدقة أو جزء البناية المبيعة)

ويشتمل هذا (الملك) ثانويًا على التجهيزات الخاصة الآتية :

2) ملكية مشتركة :

جميع الأجزاء المشتركة المرتبطة قانونًا بالبناية المبيعة، التي تمثل من حصص الملكية المشتركة. وهكذا تشكل البناية المبيعة، الجزء رقم ... من الكشف الوصفي للتقسيم الذي نشر لدى المحافظة العقارية في بالمجلد رقم مؤرخ في

المادة الأولى : التعيين (حالة البناية الفردية)

1) (وصف دقيق للدار الفردية المبيعة)

ويشتمل هذا الملك قانونًا على التجهيزات الخاصة الآتية :

2) مجموع القطعة الأرضية التي بنيت عليها الدار الفردية، مساحتها وتشكل الجزء رقم من تجزئة الأرض لأجل البناء التي ألحقت بتصميمها بعقد إيداع القرار المتضمن رخصة تجزئة الأرض لأجل البناء الذي اتخذته بتاريخ ذلك الإيداع الذي تسلمه الموثق الموقع أسفله في تاريخ وسجله يوم ونشر لدى المحافظة العقارية في المجلد رقم المؤرخ في

المادة 2 : الملكية - التمتع

1 - 2 - نقل الملكية :

عملاً بالمادتين 9 و 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993، يكون المشتري مالكا للبناية المبيعة الآن، بناء على التصاميم، ابتداء من تاريخ التوقيع. ويخول التمتع بمجرد انتهائها والتوقيع على محضر التسليم الذي يحرر أمام الموثق.

- تحمل ارتفاعات الخصوم والتمتع بإرتفاقات الأصول إذا كانت موجودة ماعدا في حالة امتناعه عن بعضها والتمسك ببعضها الآخر تحت مسؤوليته ودون الرجوع على البائع ومن غير أن يمكنه هذا البند من تحويل أي كان حقا أكثر مما تحوله إياه العقود العادية التي لم يقررها القانون.
- ويصرح البائع في هذا الصدد أنه لا علم له بأي ارتفاق في الأملاك المبيعة الآن، وأنه لم يخول شخصيا في شأنها أي ارتفاق ولم يسمح بالحصول على أي ارتفاق آخر غير ما هو ناجم عن القواعد التي تخضع لها تجزئة الأرض لأجل البناء.
- دفع كل العلاوات والمساهمات الناتجة عن الاشتراكات وكذلك جميع الضرائب والرسوم التي تقع على عاتق المشتري وذلك ابتداء من تاريخ الشروع في التمتع.
- وأخيرا دفع كل المصاريف والحقوق والأجور الناتجة عن هذا العقد وكذلك توابعها القانونية والعادية.

شروط خاصة

يبقى هذا البيع خاضعا للشروط الخاصة المبينة أدناه :

المادة 8 : الضمانات

1- التأمين :

يبرر المتعامل في الترقية العقارية تأمينه وفقا للتنظيم المعمول به، واثباتا لذلك يلحق شهادة التأمين بهذا العقد.

2- التأمين العشري :

يتكفل المتعامل في الترقية العقارية بمراقبة الضمان ومتابعته في طريق التأمين العشري لكل المهندسين المعماريين والمقاولين والعمال القطعيين المدعوين للمشاركة في إنجاز البناء ويصرح أنه يقبل التصرف بالتضامن معهم إزاء المشتري والأطراف الأخرى إلا إذا حصل خطأ لا يمكن أن ينسب إليه.

3 - امتيازات البائع،

4 - الرهن القانوني أو الرهن المتفق عليه،

5 - حلول الهيئة المقرضة محل المشتري (إن اقتضى الأمر)،

6 - ضمان دفع الرصيد الباقي،

يحتفظ البائع، في ضمان دفع مبلغ الرصيد بحق اللجوء الى الفسخ الذي ينتهي في تاريخ الدفع الفعلي خلال الأجال الموالية لتصريح المخالصة التي يجب إعدادها أمام الموثق الموقع أسفله.

المادة 9 : الإشهار العقاري

تنشر نسخة من هذا العقد بعناية الموثق الموقع أسفله في المحافظة العقارية في

المادة 10 : الوثائق

يعترف السيد..... أنه تسلم من نسخة من عقد الإيداع ومجموعة من التصاميم المرتبطة بها المرسومة بمبادرة من البائع مع تحمل المشتري مصاريفها.

المادة 11 : الموطن

اختارت الأطراف موطنها في عناوينها المتتابعة، المذكورة أعلاه، قصد تنفيذ هذا العقد وتوابعه.

المادة 12 : التصريح

يصرح البائع بصفته هذه :

- أن الأملاك المبيعة على التصاميم ليست محل أية مصادرة وأنها ليست مثقلة بأي تقييد من تقييدات الامتياز أو الرهن.
- وأنها ليست محل أي منازعة وأنه يضمن المشتري من أي نزاع لما يكون في سده.

المادة 13 : بنود مبطللة

يكون الطرف المقصر في حالة فسخ هذا البيع بسبب عدم تنفيذ التزاماته مدينا للطرف الآخر بتعويض يساوي من الثمن القاعدي المنصوص عليه أعلاه.

**** عقديع ****

مكتب الأستاذ لهباب موسى
مؤتق بمغنية
58، شارع العقيد عميروش مغنية

رقم الفهرس : 096 تاريخ العقد : 19 و 2001/02/24
لدى الأستاذ موسى لهباب المؤتق الممضي أسفله

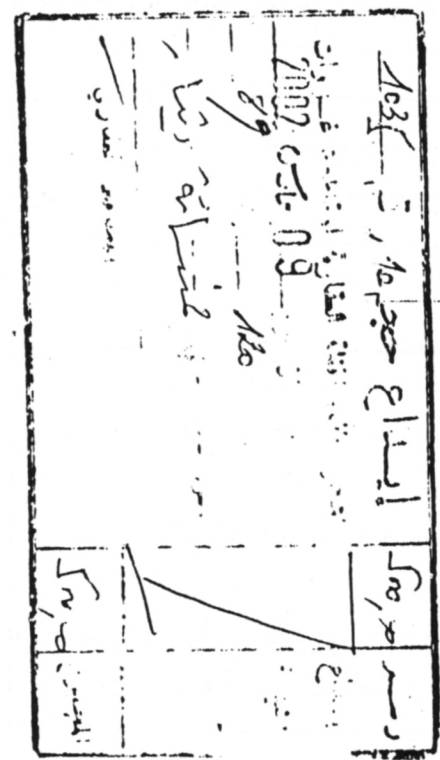
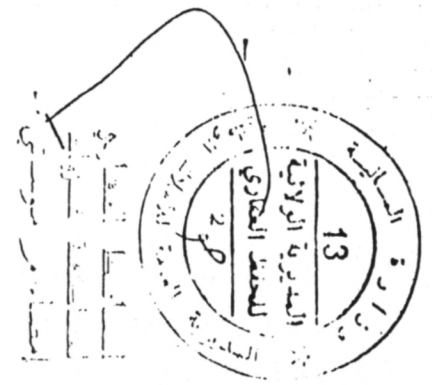
حضرنا :

1- السيد جمال بن يونس ابن أحمد ، موظف ، ساكن بوهران
83 حي سان جورج كاستور ، مولود بوجدة (المغرب) في
الثاني يناير ألف وتسعمائة وثمانية وأربعين (1948/01/02)
حسب نسخة من شهادة الميلاد رقم 00012 من جنسية جزائرية
كما يتبين من بطاقة التعريف الوطنية عدد 1280011 صادرة
عن ولاية وهران في 03 نوفمبر 1998 .

2- السيدة حال كريمة بنت أحمد (زوجة تابتي) ، بدون مهنة ،
ساكنة بعين الترك عمارة ب 03 حي بومليك عبد القادر ،
مولودة بوجدة (المغرب) في الواحد والعشرين مارس سنة ألف
و تسعمائة وأربعة وخمسين (1954/03/21) حسب نسخة من
شهادة الميلاد رقم 360 ، من جنسية جزائرية كما يتبين من
بطاقة التعريف الوطنية عدد 702467 الصادرة عن دائرة عين
الترك في 15 أبريل 1995 .

3- السيد فيش محمد ابن عبد القادر ، متقاعد ، ساكن
بمرسى الكبير شارع محمد خميستي ، مولود بمسيرة
الفواقة في الخامس والعشرين أوت سنة ألف وتسعمائة
وأربعين (1940/08/25) حسب شهادة الميلاد رقم 1446 ،
من جنسية جزائرية كما يتبين من بطاقة التعريف الوطنية
عدد 776539 الصادرة عن دائرة عين الترك في
10 أوت 1997 .

4- السيدة فيش فضيلة بنت محمد ، بدون مهنة ، ساكنة
بمرسى الكبير شارع محمد خميستي عمارة رقم 22 ،
مولودة بمرسى الكبير في الرابع عشر نوفمبر سنة ألف
وتسعمائة وثمانين (1980/11/14) حسب شهادة الميلاد رقم
291 ، من جنسية جزائرية كما يتبين من بطاقة التعريف
الوطنية عدد 799494 الصادرة عن دائرة عين الترك في
21 نوفمبر 1999 .



الصفحة الأولى .

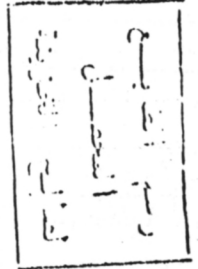


محمد بن حمو : محام
91 شارع العربي تاسي مغنية
ه / ف : 07 30 7 0

الفقرة الرابعة : قطعة أرض ذات طابع فلاحي تسمى " ولجة لطريق الحاسي " مساحتها عشرة أرات (10 آر) يحد القطعة في مجملها :
من الشمال : ورثة المرحوم بوترفاس أو من تولاهم .
من الشرق : السي محمد بن أحمد أو من تولاه .
من الجنوب : بشير بن أحمد أو من تولاه .
من الغرب : واد .

الفقرة الخامسة : قطعة أرض ذات طابع فلاحي تسمى " حدادن " مساحتها عشرة أرات (10 آر) يحد القطعة في مجملها :
من الشمال ومن الشرق : بن علي بومدين أو من تولاه .
من الجنوب : أحمد بن مصطفى أو من تولاه .
من الغرب : ورثة المرحوم بوترفاس أو من تولاهم .

الفقرة السادسة : قطعة أرض ذات طابع فلاحي تسمى " الحمري " مساحتها أربعين إثنين (02 آر) يحد القطعة في مجملها :
من الشمال : واد .
من الشرق : منبر (زعنون) .
من الجنوب ومن الغرب : مولاي بوزيان .



الفقرة السابعة : قطعة أرض ذات طابع فلاحي تسمى " قرب جنان الصغير " مساحتها أربعين إثنين (02 آر) يحد القطعة في مجملها :
من الشمال والشرق : السي محمد بن عبد النبي .
من الجنوب والغرب : ورثة المرحوم حال أحمد .

الفقرة الثامنة : قطعة أرض ذات طابع فلاحي تسمى " غار دربان " مساحتها أربعين إثنين (02 آر) يحد القطعة في مجملها :
من الشمال ومن الغرب : محمد بن عبد النبي أو من تولاه .
من الشرق : أحمد ذرنوح أو من تولاه .
من الجنوب : قطعة أرض حبوس أو من تولاه .

الصفحة الثالثة .



0 103 107
16 3 11
19 11 11
محمد بن عبد النبي

وهذه الأموال والحقوق العقارية المباعة حاليا كما هي موصوفة أعلاه وكما هي موجودة وممتدة ومنواملة وما تحتوي عليه من المنافع والمرافق من غير أي إستثناء ولا تحفظ وهي معروفة أتم المعرفة من المشتري الذي أقر أنه رآها وعابنها لغرض هذا العقد .

أصل الملكية

إن الأموال العقارية المعينة أعلاه كانت ملكا للبائعين المذكورين أعلاه إكتسبوها عن طريق الإرث من موارثهم المرحوم حال أحمد ولد مصطفى بموجب شهادة توثيقية أنجزها الموثق الممضي أسفله بتاريخ 19 فبراير 2001 ، ستنشر --- نسخة منها بالمحافظة العقارية بالجزوات قبل أو مع العقد الحالي . -----

أصل الملكية السابقة

إن الطرفين يعفیان صراحة الموثق الموقع أدناه من ذكر أصل الملكية السابقة ذاكرين أنهما يرجعان إلى البيانات الواردة في العقد المحلل أعلاه . -----

التكاليف والشروط

- تم هذا البيع بالشروط والتكاليف الآتية التي يلتزم المشتري بتنفيذها وهي : --
- 1/ أخذ الأموال العقارية المباعة على حالتها الراهنة من غير الرجوع على البائع لأي سبب كان وخاصة لخطأ في تحديد المساحة . -----
 - 2/ تحمل الإرتفاقات السلبية الظاهرة والباطنة والمستمرة وغير المستمرة المترتبة أو الممكن ترتيبها على الأموال المباعة وفي هذا الصدد أقر البائع أنه ليس في علمه أن هذه الأموال العقارية ترتبت عليها إرتفاقات أخرى وأنه شخصيا لم يمنح أي إرتفاقات ولم يسمح لأي أحد بإكتسابها . -----
 - 3/ التسديد من يوم تملكه للأموال العقارية المباعة لجميع الضرائب والتكاليف الأخرى كيفما كانت . -----
 - 4/ إداء جميع المصاريف والحقوق وأتعاب التوثيق الواجبة على هذا العقد وتوابعه القانونية والعادية . -----

الملكية والاستغلال

يصير المشتري مالكا للأموال العقارية المباعة ابتداء من هذا اليوم بالحيازة الفعلية والحقيقية لصالحه . -----

الصفحة الخامسة .



تلاوة القوانين والتأكيدات

وقبل ختم العقد تلا الموثق الموقع أدناه على مسامع الطرفين نصوص المواد 113 و 118 و 119 و 133 و 134 من قانون التسجيل وكذا المادتين 123 و 124 من قانون العقوبات وبعد إستفسارهم من طرف الموثق الموقع أدناه أكد الطرفان تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في المادة 134 من قانون التسجيل أن هذا العقد يتضمن القيمة الحقيقية للأموال العقارية المباعة وزيادة على ذلك فإن الموثق الموقع أدناه لا يعلم بأن هذا العقد وقع فيه تعديل بسند مصاد يتضمن زيادة في الثمن كما نبه الموثق الطرفان إلى الارتبيات القانونية التي يتضمنها قانون الضرائب المباشرة والتي تضع لصالح خزينة الدولة رسماً خاصاً عن زيادة القيمة المحققة على الأملاك العقارية .

إثباتاً لما ذكر

حرر وانعقد بمكتب التوثيق الكائن بمغنية 58 شارع العقيد عميروش 13300 ولاية تلمسان الجزائر سنة ألفين وواحد وفي التاسع عشر والرابع العشرين فبراير وبعد التلاوة وقع الأطراف مع الموثق .
سجل بمكتب مغنية بتاريخ 13 مارس 2001 .
حجم : 9 أ ، مادة : 156 ، حقوق مقبوضة : 2500,00 دج .

الصفحة السابعة .

نسخة مطابئة لواصل

محمد بن حمو : محام
91 شارع العربي تبسي
هـ / ف : 07 30 73 0

عقد بيع

118

قطعة أرضية

118

18 جوان 1994

بين المصنفين أسفله :

* السيد حسين علي ولد الشيخ الكواوي سنة 1920 بالعمشاش
والمساكن بوجهران ، الحاصل ببطاقة التعريف الوطنية رقم 706635
المحررة يوم 21 أفريل 1986 من طرف ولاية وهران.

من جهة :

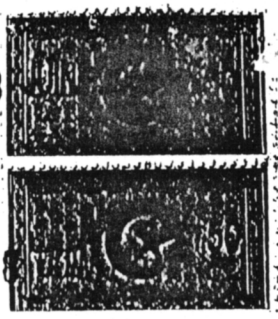
* السيد حسرو العيد ولد عبد الرحمن الكواوي يوم 24/12/1942
بالعمشاش ، الساكن بالعمشاش (بلدية السواحي) ، الحاصل ببطاقة
السياقة رقم 13/48074 المحررة يوم 08 جويلية 1981 من
طرف ولاية تلمسان .

من جهة أخرى :

كفاتها الطرفين ، كذا صلاحي ما يلي :

السيد حسين علي ولد الشيخ ، يشهد في نفسه بمقتضى هذا
العقد بأنه يبيع إلى السيد حسرو العيد ولد عبد الرحمن
قطعة أرضية بمساحة القلاصة كالتالي : المساحة زر بيقعة
بلدية السواحي ، ولاية تلمسان ، مساحتها الإجمالية تقدر
بـ 03 (ثلاثة) هكتارات) يبلغ يقدر بـ 200.000,00 دج (مئتين
ألف دينار جزائري) ، وذلك بحضور الشهود الآتية :

(1) السيد حسين أحمد والشيخ الكواوي يوم 19/06/1950 بالعمشاش
والمساكن بالسواحي ، الحاصل ببطاقة التعريف الوطنية رقم 72672
المحررة يوم 17 أوت 1987 من طرف دائرة القرويات



.../...

18 (ع) السيد: بن علي يحيى، (الوادي يوم سنة 1960) بال...
و السائق السواق، الكابل، قصة الساقفة حج 1979
الكره يوم يوم 31 أكتوبر 1989 من طرف دار...
باب العائسة

الكره وهي كتابي:

الجهة الشرقية: أ. من - ل. الدروة.

الجهة الغربية: من طرف دار... حيد عبد الكو...

الجهة الشمالية: أ. من - ل. السيد زقادي.

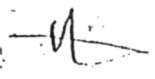
الجهة الجنوبية: من طرف بن علي...

إلى مصانيف:

البائع: السيد: حسين علي و ولد الشيخ



الشارح: السيد: حيدو العبد و ولد عبد الكو...



الشهود:

(ع) السيد: حسين أحمد و ولد الشيخ

(ع) السيد: بن علي يحيى و ولد...

ONANACOPIE

حرباء

10 JUN 1994

يوم

عقد الهبة

الاستاذ: مصطفى لعروم

لولاية:.....
 ممثلاً للديوان الوطني للسكن العائلي بتاريخ:.....
 حسب عقد يحمل رقم:..... من فهرس العقود الإدارية لسنة:.....
 استفاد من شرائه في إطار القانون رقم: 81-01 المؤرخ في 07 فيفري 1981 المتضمن قانون التنازل عن أملاك الدولة لفائدة المواطنين المعدل والمتمم.
 مقابل ثمن رئيسي قدره:.....
 سدد المستفيد كاملاً عن طريق قابض الضرائب المتنوعة بـ:.....
 يوم:..... حسب وصل مخالصة يحمل رقم:.....
 سجل هذا العقد الإداري المشار إليه بمفتشية التسجيل والطابع بـ:.....
 بتاريخ:..... تحت المراجع التالية:.....
 وأشهرت نسخة منه بمكتب المحافظة العقارية بـ:.....
 في:..... تحت رقم:..... حجم:.....

بناء عليه،
 فإن الواهب يعد مالكا ملكية تامة للمسكن الموهوب ومن ثم يخول له التصرف فيه طبقاً للقوانين والأنظمة الجاري العمل بها داخل التراب الوطني.

الملكية والإنتفاع

سيكون الموهوب له بمقتضى هذا العقد مالكا ومنتفعا بالمسكن الموهوب ابتداء من تاريخ اليوم. حيث يخول له التصرف فيه الإنتفاع به بعد أن تخلى الواهب عنه لفائدة ابنه. مع قبوله تحمل الإلتزامات الواردة عليه.

الشروط والإلتزامات

أبرم عقد الهبة الحالي طبقاً للشروط والإلتزامات التالية:

- (1).....
- (2).....
- (3).....

التقويم المصرح به

لقد صرح الواهب والموهوب له في حضور الشاهدين للموثق الموقع أدناه لأجل قبض المصاريف المترتبة عن تحرير هذا العقد أنهما يقومان المسكن الموهوب بمبلغ أساسي قدره:.....

الشهر العقاري

تودع نسخة من هذا العقد من قبل الموثق خلال شهر من تاريخ إمضاءها بمكتب المحافظة العقارية

بـ:..... طبقاً لأحكام المادتين 15 و 16 من الأمر رقم: 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري. وكذا المادتان 792 و 793 من الأمر رقم: 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم حتى تنتج الملكية أثرها بين المتعاقدين وتجاه

نموذج من عقد الهبة

لدى الأستاذ/.....

موثق بـ:.....

حضر/

الموقع أدناه

السيد:.....

.....

الذي صرح للموثق الممضي أسفله بموجب هذا العقد. أنه يهب طواعية واختياراً للمسكن المعين أسفله وهو في كامل الأهلية المدنية للتصرف، وغير محجور عليه، يتمتع بكامل قواه العقلية والجسدية حسب شهادة طبية سلمت له من طرف الدكتور:..... الطبيب بـ:..... يشهد بمقتضاها أن الواهب في كامل قدراته العقلية والبدنية، مع التخلي الفوري عن حق الملكية والإنتفاع. ملتزماً بكافة الآثار القانونية الجاري العمل بها في مثل هذه التصرفات. لفائدة ابنه:
 السيد/.....

.....

الحاضر أمامنا بمجلس العقد رفقة الشاهدين والقابل صراحة هبة المسكن الآتي بيانه.

التعيين التام للمسكن

محل ذو استعمال سكني كائن ببلدية.....الدائرية العقارية بـ:.....

حي:.....عمارة:.....رقم:.....
 يوجد في الطابق:.....

من مبنى ملكيته مشتركة. يتمثل في شقة تشتمل على:.....غرف ومطبخ-حمام-مرحاض وبعض الملحقات.
 تبلغ مساحتها:.....متراً مربعاً.

تشكل نسبة:...../ 1000 من الأجزاء المشتركة للقطعة رقم:.....

حسب البيان الوصفي للتقسيم. أشهر بمكتب المحافظة العقارية المختصة بتاريخ:.....

تحت رقم:.....حجم:.....
 مع ما يشتمل عليه المسكن من منافع ومرافق دون أي استثناء أو تحفظ.

أصل الملكية

تملك الواهب:.....المسكن الموهوب المعين أعلاه بمقتضى عقد رسمي حرر في شكل إداري باسم المدير الولائي لأملاك الدولة

Maitre HAMDAOUI Hebra
NOTAIRE
Cité Erramla Chazaouet
(W. TLEMCEM)



إذنتان
سداوي هبري
مرتق
الذوات
تلمسان

N° _____ رقم

Date 16 مايو 1995 تاريخ

التسوية
EXPEDITION

عقد

Acte

Par Mr بن مرحو نورالدين السيد

à Mr بن مرحو بن السيد

Fait à Chazaouet, le _____

MAITRE HAMDAOUI

مكتب التوثيق بالخرزوات المركز التجاري حي الرملة

امام الاستاذ حمداوى هبرى موثق بالخرزوات والموقع اسفله

حضر:

السيد: بن رحو نورالدين ولد مصطفى، عامل المهنة المولود بندرومة بتاريخ الرابع والعشرون مارس الف وتسعمائة وسبعة وخمسون حسب عقد الازدياد رقم 01 وبطاقة التعريف الوطنية رقم 919617 الصادرة عن دائرة ندرومة بتاريخ 09 جويلية 1991

والساكن بشارع 51 رقم 26 ندرومة

وهو من جنسية جزائرية

و الذي صرح بموجب هذا العقد انه وهب ثبة بين احياء لارجوع فيها ومولتزمها بجميع الضمانات القانونية والعادية اللازمة في مثل هذا الشأن وطبقا لانكام الشريعة الاسلامية التي:

- زوجته السيدة: هري نصيرة بنت عبد العزيز، موظفة المهنة المولودة بندرومة بتاريخ السابع والعشرون جوان الف وتسعمائة وثمانية وخمسون حسب عقد الازدياد رقم 298

وطاقة التعريف الوطنية رقم 110580 الصادرة عن دائرة ندرومة بتاريخ

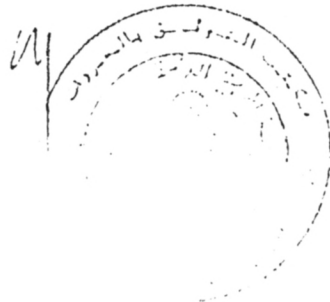
2 يناير 1993

والساكن بشارع 51 رقم 26 ندرومة

وهو من جنسية جزائرية

الحاضر والقابلة بذاتها الاموال العقارية التي تعيينه:

الدور الاول



الامتيازات والشروط

تمت مدة الهيئة تحت الامتيازات والشروط العادية والقانونية لازمة في مثل هذا الامر ويتعين على الموهوب لها المذكور ان اعلاه ان ياخذ العقار الموهوب لها في الحلة التي هو عليها اذ ان من ذون الرجوع على الواهب بسبب اشتراك في حياض او غيوب في البناء او خطأ في التعيين او مساحة على ان الفرق الزائد او الناقص الذي قد يكون بين المساحة الحقيقية والمساحة المذكورة اعلاه حتى ولو جاوز الواحد من المئتين جزءا يكون لفائدة الموهوب لها او خسارة عليهما وان يتحملا حقوق الارتفاق التي عليه من طل نوع المترتبة او الذي سوف تترتب على العقار المذكور مالم يدافع من اجله ويستفيدا بالتقابل من الارتفاقات النافعة وبالجملة اذا وجدت تلك الارتفاقات تحت مسؤولية الموهوب لهما من ذون الرجوع على الواهب ومن ذون ان يمنح هذا الشرط لاي احد الاثر من الحقوق الخاصة به او يثبت استحقاقها بموجب وثائق رسمية غير مستأجرة او بقرار القانون وكذلك من ذون ان يلحق الشرط المذكور ضررا ولاخسارة بالحقوق الناتجة للواهب لهما بموجب القانون الخاص بالشهر العقاري.

وفي هذا الصدد ذكر الواهب ان ليس في علمه ان العقار الموهوب تترتب عليه حقوق الارتفاق غير التي هي ناتجة عن الحالة الطبيعية مائة او من القانون وان يؤدى الموهوب لها ابتداء من يوم استغلالها الضرائب والرسوم والنفقات المترتبة او سوف تدبر على الاملاك الموهوبة لهما

واخيرا ان يدفع جميع المصاريف والرسوم واجرة التوثيق الواجبة على هذا العقد والالتزامات والقانونية

اجراءات الشهر العقاري

تطبقا للرسوم رقم 63/76 الصادر في الخامس والعشرين من شهر مارس عام 1976 وتسعمائة وستة وسبعين 976/03/25 سيتم شهر هذا العقد لدى المحافظة العقارية بالغزوات على عهدة الوثائق وعلى حساب الموهوب لها في اوقات محددة



4

قراءة الشوائب الضريبية

قبل اتمام هذا العقد تذا الوثوق توقع استغله على مسامع الادلر ان يسا
113'133'134'136'137 من قانون التسجيل وكذا المادتين 123'124 من قانون الشؤنا
وبعد استفسارهما كل على هذه ذكر الطرفان تحت طائلة العقوبات المنصوص في المادة
134 من قانون التسجيل ان هذا العقد يعبر عن صحة القيمة الحقيقية
وعلاوة على ذلك يثبت الوثوق الموقع اذناه انه لا عزم له بان هذا العقد وقع فيه تعديل
بسند متضاد متضمن زيادة على هذه القيمة

السوطن

من اجل تنفيذ هذا العقد وترايعه اختار كل من الطرفين موطنه القانوني بمسكن الوامب
المذكور اعلاه

اشيأتنا لما ذكر

حرر وتم هذا العقد بمكتب التوثيق بالغزوات المركز التجاري حي الترملة
في سنة الف وتسعمائة وخمسة وتسعين
وفي السادس عشر من شهر ماي
وتم هذا بمحضر :

- 1_ السيد : سبابي عبد الرحمان ولد عبد الله موظف المهنة المولود بندرومة بتاريخ
02 سبتمبر 1954 حسب بطاقة التعريف الوطنية رقم 537669 الصادرة عن دائرة
ندرومة بتاريخ 24 ابريل 1991 . والسكن بشارع ستور رقم 68 ندرومة
- 2_ السيد : مسمودي محمد ولد مختار ، موظف المهنة المولود ببني منير بتاريخ فاتح
فبراير 1951 حسب بطاقة التعريف الوطنية رقم 923500 الصادرة عن دائرة ندرومة
بتاريخ 02 يناير 1989 . والسكن بحي 8 مسكن ندرومة رقم 38
شامدي العدل المكنين والموقرة شيهما الشروط المنصوص عليها قانونا
وبمحضر :



٤١



09 AVR. 1996

1_ السيد مسعودي عمر ولد محمد موظف المهنة المولود بندرومة بتاريخ 23 جوان 1960 حسب بطاقة التعريف الوطنية رقم 157499 الصادرة عن دائرة بندرومة بتاريخ 20 ابريل 1989 . والسكن بشارع 75 رقم 03 بندرومة
4_ السيد : قليل تيامي ولد منور موظف المهنة المولود بندرومة بتاريخ 10 جيران 1950 حسب بطاقة التعريف الوطنية رقم 057494 الصادرة عن دائرة بندرومة بتاريخ 21 جيران 1986 . والسكن بحي 48 مسكن رقم 40 بندرومة
& الشريكين المعرفين الذين اكدوا للموثق المعضى اسفله هوية وشخصية الوادب والموهوب لها واهليتهما المدنية وجنسيتهما الجزائرية مصرحين بمعرفتهم معرفة تامة && وبتبلاوة وقع الاطراف والموثق

وسجل في العقد بمكتب التسجيل بالغزوات وعاء بتاريخ 20 مايو 1995
حجم (B1) المادة 139 بالمجان
امضاء : _____

ان الموثق الموقع اسفله الاستاذ حمداوي هيري موثق بالغزوات
يشهد بان هذا العقد يحتوي على اربعة ادوار
ويثبت كذلك الهوية التامة للطرفين كما هي مبنية في هذا العقد والذي اثبت لهم حسب
القانون
ويثبت كذلك انهم من جنسية جزائرية ويتمتعون بكافة حقوقهم المدنية طبقا للرسوم
76/63 المؤرخ في 25 مارس 1976



Handwritten signature in Arabic script.



09 AVR. 1996
03 34
Djill est eloumi
13
الولاية الجزائرية
المحافظة الجزائرية
العمامة الاولى
Handwritten signature and stamp.

2 - مرسوم تنفيذي رقم 94-69 مؤرخ في 7 شوال عام 1414 الموافق 19 مارس سنة 1994، يتضمن المصادقة على نموذج عقد الإيجار المنصوص عليه في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري⁽¹⁾

ان رئيس الحكومة،

-بناء على تقرير وزير السكن،

- وبناء على الدستور، لاسيما المادتان 81-4 و116 (الفقرة 2) منه،

-وبناء على الأرضية المتضمنة الوفاق الوطني حول المرحلة الانتقالية،

- وبمقتضى الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن

القانوني المدني، المعدل والمتمم،

- وبمقتضى القانون رقم 88-27 المؤرخ في 28 ذي القعدة عام 1408 الموافق 12 يونيو سنة 1988 والمتضمن

تنظيم التوثيق،

- وبمقتضى المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 7 رمضان عام 1413 الموافق أول مارس سنة 1993

والمعلق بالنشاط العقاري،

- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 94-44 المؤرخ في 19 شعبان عام 1414 الموافق 31 يناير سنة 1994

والمتضمن تجديد مهام رئيس الحكومة.

- وبمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 94-45 المؤرخ في 19 شعبان عام 1414 الموافق 31 يناير سنة 1994 والمتضمن

تجديد مهام أعضاء الحكومة.

يرسم مايلي :

المادة الأولى : يصادق على نموذج عقد الإيجار الملحق بهذا المرسوم والمنصوص عليه في أحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمذكور أعلاه.

المادة 2 : ينشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

حرر بالجزائر في 7 شوال عام 1414 الموافق 19 مارس سنة 1994.

رضا مالك

عقد الإيجار (نموذج)

بين(الهوية الصحيحة للمالك) المسمى فيما يأتي المؤجر و (هوية المكري) المسمى فيما يأتي المستأجر.

المادة الأولى : يؤجر المؤجر للمستأجر، حسب الشروط المنصوص عليها في هذا العقد، الملك المسمى :(تعيين الملك المؤجر ووصفه وتركيبه وموقعه وملاحقه إن اقتضى الأمر).
والكل مطابق لحالة الأماكن المعاينة حضوريا والواردة في الملحق المرفق بهذا العقد.

المادة 2 : مدة العقد - اتفق على التأجير المقصود بهذا العقد مدة وتبتدئ هذه المدة من تاريخ
(ويمكن تجديد هذه المدة وفقا للشروط والكيفيات التي تتفق عليها الأطراف)

¹ - مستخرج من الجريدة الرسمية عدد 17-1994.

المادة 10 : الفسخ الذي يبادر به المستأجر - يمكن المستأجر أن يفسخ العقد بسبب ما يأتي :
- تغيير مكان الإقامة،
- أي سبب آخر شخصي وعائلي.
ويلتزم في هذه الحالة أن يحظر المؤجر في اجل شهر واحد قبل موعد الفسخ.
وعلى المستأجر أن يشعر المؤجر بنيته في الفسخ برسالة موصى عليها مع إشعار بالإستلام.

المادة 11 : عملا بأحكام المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في أول مارس سنة 1993 والمتعلق بالنشاط العقاري ، يخضع هذا العقد للتسجيل لدى المصالح المؤهلة.
حرر بـ في

توقيع المستأجر

توقيع المؤجر

نموذج وكالة خاصة بالقنصلية

ليكن في علم جميع الموثقين أنه تقرر بناء على مراسلة إلى السيد وزير الشؤون الخارجية فإن تحرير الوكالة من قبل القنصليات سيكون ابتداء من تاريخ 1/4/1998 على الشكل التالي :

L'an deux mille في سنة الفين
pardevant nous Mr أمامنا نحن السيد
Consul de la république Algérienne Democratique et Populaire à
..... قنصل الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية بـ

A

COMPARU حضر

Mr السيد

Né (e) à: Le بتاريخ المولود بـ

Fils (fille) de et de و ابن

Demeurant à: الساكن بـ

Portant CNI ou Passeport n° الحامل لبطاقة التعريف الوطنية أو جواز السفر رقم

Déjà délivré (e) par: Le بتاريخ الصادر عن

Profession: المهنة

Lequel à par ces présentes constitué comme mandataire الذي وكل وأتاب عنه

Mr السيد

Né à: Le بتاريخ المولود بـ

Demeurant à: الساكن

ليقوم مقامه ويثوب عنه للتصرف باسمه :

Auquel il donne pouvoir de pour lui et en son nom

LE TEXTE النص

رابطة المحامين سنة ٢٠٢٠

- ق.م.ج القانون المدني الجزائري.
- ق.ت.ج القانون التجاري الجزائري.
- ق.أ.ج قانون الأسرة الجزائري.
- ق.إ.ج قانون الإجراءات المدنية.
- ج.ر الجريدة الرسمية.
- م.ق المجلة القضائية.
- د دكتور.
- م مستشارة.
- أ أستاذ.
- ق.م.ف القانون المدني الفرنسي.
- ق.م.م القانون المدني المصري.
- د.م.ج ديوان المطبوعات الجامعية.



القرآن الكريم، رواية ورش.

I- المراجع العامة:

• باللغة العربية:

(1) - المجلدات :

1. د. عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، 1998.
2. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، الهبة والشركة القرض و الدخل الدائم و الصلح، الجزء الخامس، بدون طبعة لبنان، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة.
3. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل المقاوله والوكالة والوديعة و الحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي بدون سنة.
4. القاضي الدكتور، الياس ناصف، موسوعة العقود المدنية و التجارية، البحث الثاني، العقود المسماة العقود التي تقع على الملكية، الجزء الثامن، عقد البيع، دراسة مقارنة، 1995.
5. د. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، بدون طبعة، الدار الجامعية للطباعة و النشر بدون سنة.

(2) - الكتب و المؤلفات:

• باللغة العربية:

1. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، مراجعة د. فيصل كلثوم، المطول في القانون المدني تكوين العقد الطبعة الأولى، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، 2000م 1420هـ.

2. د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام - التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة، الجزء الأول، بدون طبعة، الجزائر دار الهدى، 2000م.
3. د. علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، بدون طبعة، الجزائر المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرعاية 2001.
4. د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة بدون طبعة الجزائر، د.م.ج، 1999.
5. د. علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، الجزائر د.م.ج 1992.
6. د. جلال علي العدوي، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري و اللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، 1994.
7. د. محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية و العينية في القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، الجزائر المؤسسة الوطنية للكتاب، 1986.
8. د. قدوج بشير، النظام القانوني للملكية العقارية، من خلال النصوص الصادرة من سنة 1962 إلى 1999، بدون طبعة، الجزائر، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
9. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، بدون طبعة، الإسكندرية، الفنية للطباعة و النشر بدون سنة.
10. د. نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (شركات الأشخاص) بدون طبعة الجزائر، دار هومة للطباعة و النشر و التوزيع، بدون سنة.
11. د. نادية فضيل، أحكام الشركة طبقا للقانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية التاجر المحل التجاري)، بدون طبعة، الجزائر، د.م.ج، 1996.
12. د. محمد حسنين، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثانية، الجزائر د.م.ج، 1982.
13. د. حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دراسة تطبيقية من زاوية: التشريع، مبادئ الاجتهاد القضائي، التعليق على قرارات المحكمة العليا، بدون طبعة، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2000.
14. د. حمدي باشا عمر، مبادئ القضاء العقاري، بدون طبعة، الجزائر، دار العلوم للنشر و التوزيع، 2000.

15. القاضي حسين عبد اللطيف حمدان، أحكام الشهر العقاري، لبنان، مصر، الدار الجامعية للطباعة و النشر بدون سنة.
16. ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية و تطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا الطبعة الأولى، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
17. بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دراسة نظرية و تطبيقية مقارنة بدون طبعة، الشركة الوطنية للنشر و التوزيع، 1981.
18. د. رمضان محمد أبو السّعود و د. محمد حسن قاسم، المدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات، بدون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف، 1995.

* باللغة الفرنسية:

1. Christian Larroumet, Droit civil, les obligations- le contrat, Tome 3, 3^e édition Liban, Delta, Paris, economica, 1996.
2. Jacques Flour avec le concours de Jean Luc Aubert, les obligations volume 1 l'acte juridique, Paris, Armand colin.
3. Rémy Cabrillac, Droit des Obligation, 3^{ème} édition, Dalloz, 1998.

II- المراجع المتخصصة و الرسائل الجامعية :

* باللغة العربية:

1. زاوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، جامعة الجزائر، معهد الحقوق و العلوم الإدارية، 1987.
2. خليفاتي عبد الرحمن، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد و تنفيذه، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.
3. زليخة لحميم، إنشاء الرهن الرسمي، و انقضاؤه في القانون المدني الجزائري مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1995-1996.
4. الأستاذ براشد لحبيب، الهبة في التشريع الجزائري، المنظمة الجهوية للمحاميين، ناحية تلمسان، سبتمبر 1989.

III- المقالات:

(1) باللغة العربية:

1. عبد العزيز نويري، الشكلية و أثرها على التعاقد في القانون المدني الجزائري و التطبيق القضائي لها، مجلة الشرطة، العدد 18 جويلية 1982، ص 21 إلى 30.

2. بحث في مبدأ سلطان الإرادة، مجلة الشرطة، العدد 16، أوت 1981، ص34.
3. تقييم مبدأ سلطان الإرادة، الحلقة الثانية و الأخيرة، مجلة الشرطة، العدد 17، نوفمبر 1981 ص57.
4. علي فيلاي، الشكلية في العقود، المجلة الجزائرية، للعلوم القانونية و الاقتصادية و السياسية الجزء 35 رقم 3 جامعة الجزائر، 1997.
- * علي فيلاي، تعليق على قرار قضائي، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية الجزء 35 رقم 02، 1997.
5. حسان بوعروج، تعليق على قرار 18/02/1997، مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، المحكمة العليا، عن قسم الوثائق للمحكمة العليا، 1999.
6. أ. حسين بطيمي، الكتابة الرسمية في الشريعة الإسلامية و التقنين المدني، ج1، مجلة الموثق، العدد 1 ماي- جوان 2001.
- * أ. حسين بطيمي، الكتابة الرسمية في الشريعة الإسلامية و التقنين المدني، ج2، مجلة الموثق، العدد 2 ماي- جوان 2001.
7. أ. حمدي باشا عمر، منازعات حول إثبات و نقل الملكية العقارية، ج1، مجلة الموثق، العدد1 ماي- جوان 2001.
- * أ. حمدي باشا عمر، منازعات حول إثبات و نقل الملكية العقارية، ج2، مجلة الموثق، العدد2 جويلية- أوت 2001.
8. أ. لعروم مصطفى، عقد الإيجار خصائصه، شروطه، آثاره، تنفيذه، مجلة الموثق، العدد2 جويلية- أوت 2001.
9. أ. بوحلاسة عمر، الصيغة التنفيذية، مجلة الموثق، عدد4، نوفمبر، ديسمبر، 2001.
10. أ. بورويس زيدان، الطرق و الإجراءات العملية لتحرير عقد توثيقي، ج1، مجلة الموثق، عدد4 نوفمبر ديسمبر، 2001.
11. أ. بورويس زيدان، الطرق و الإجراءات العلمية لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، عدد5 فيفري، مارس 2002.
12. أ. حططاش أحمد، المسؤولية المدنية و الجزائرية للموثق، مجلة الموثق، عدد4، نوفمبر، ديسمبر 2001.
13. أ. زيتوني عمر، النظام القانوني للتوثيق، مجلة الموثق، عدد5، فيفري، مارس 2002.

14. أ. لعروم مصطفى، الضوابط القانونية والشكلية للعقد التوثيقي، مجلة الموثق، عدد 5، فيفري مارس 2002.
15. أ. مالكي رابح، نموذج عقد البيع تعليق المرسوم التنفيذي رقم 58/94، نشرة الموثق، العدد 4، سبتمبر 1998.
16. أ. الطاهر ملاحسو، التوثيق في أوروبا، نشرة الموثق، العدد 4، سبتمبر 1998.
17. د. محمد تقية، الهبة في التشريع الجزائري و في الفقه الإسلامي، نشرة الموثق، العدد 4، سبتمبر 1998.
18. أ. بوحلاسة عمر، الوكالة في القانون الجزائري، ج1، نشرة الموثق، العدد 4، سبتمبر 1998.
19. م. زروقي ليلي، التصرفات القانونية، الواجبة الشهر و الآثار المترتبة عن القيد، نشرة الموثق العدد 5 ديسمبر 1998.
20. أ. صباغ محمد، التوثيق و العقود الرسمية، نشرة الموثق، العدد 5، ديسمبر 1998.
21. أ. وناس علي، الوكالات المبرمة بالخارج و مدى تطابقها مع القانون الجزائري، نشرة الموثق العدد 5، ديسمبر 1998.
22. أ. محمد بوركي، التوثيق والإشهار العقاري، نشرة الموثق، العدد 5، ديسمبر 1998.
23. أ. عبيد الله مسعود، عدل الموثق و حجية العقد التوثيقي، نشرة الموثق، العدد 5، ديسمبر 1998.
24. أ. محمد بوركي، التوثيق و الإشهار العقاري، ج2، نشرة الموثق، العدد 6، أبريل 1999.
25. مقال للغرفة الجهوية للغرب، علاقة القضاء بالتوثيق، نشرة الموثق، العدد 6، أبريل 1999.
26. أ. عمر زودة، تعليق على قرار المحكمة العليا، نشرة الموثق، العدد 7، جويلية 1999.
27. أ. حمان بكاي، العقد التوثيقي الإجراءات و المراحل التي يمر بها، نشرة الموثق، العدد 6، جويلية 1999.
28. أ. عزيز عبد الحق، البصمات، نشرة الموثق، العدد 7، جويلية 1999.
29. أ. عبيد الله مسعود، من يعطي الصبغة الرسمية للعقد التوثيقي، العدد 8، 1999.
30. أ. مصطفى لعروم، عقد الهبة، ج1، نشرة الموثق، العدد 8، 1999.
31. أ. مصطفى لعروم، الوعد بالبيع، صورة من صور الوعد بالتعاقد، نشرة الموثق، العدد 8، 1999.
32. أ. بوحلاسة عمر، شهادة الشهود في العقود التوثيقية، نشرة الموثق، العدد 10، 1999.

33. نور الدين رحيمي، موقف النظم الحديثة من مبدأ انتقال الملكية، نشرة الموثق، العدد 10، 1999.

34. كاتي أحمد، شروط انعقاد بيع العقار و شروط انتقال ملكية العقار، نشرة الموثق، العدد 10، 1999.

(2) - باللغة الفرنسية:

1) – Synthèse du rapport d'analyse du cadre juridique et législatif du droit immobilier, du système de réalisation des sûretés et des garanties du système de publicité des bureaux d'enregistrement et du crédit hypothécaire Algérien, EL Mouwathak, N° 6, Avril – Mai, 2002.

2)- Jean Paul Decorps, Notariat français, EL Mouwathak, N°6, Avril Mai, 2002.

3)- N.Younsi HADDAD, L'acte sous seing prive et les transactions immobilières, commentaire de l'arrêt du 18/02/1997, cours suprême-toutes chambres réunies (arrêt non publié), Revue IDARA, Tome 8 N°1, Alger, 1998.

4)- M^{me} LAHLOU Née Khiair Chania, Jurisprudence, Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economique et politiques, N°3, université Alger, 1998.

VI - المسموعات

• جامع الفقه الإسلامي، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية، 34 جزء، الكويت CD-ROM.

V - النصوص القانونية:

أ - القوانين:

- قانون رقم 88 / 14 المؤرخ في 16 رمضان عام 1408 الموافق لـ: 03 ماي سنة 1988 يعدل

ويتم الأمر رقم 75- 58 المؤرخ في 06/09/75 و المتضمن القانون المدني، ج.ر. 88/18.

- قانون رقم 84- 11 مؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق 9 يونيو سنة 1984 يتضمن قانون الأسرة.

- قانون رقم 88- 27 المؤرخ في 12/07/88 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، ج.ر. رقم 88/28.

- قانون رقم 90- 25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن التوجيه العقاري، ج.ر. رقم 90-49.

الإهداء

إسداء شكر

المقدمة

- 1----- الفصل الأول: تطور الشكلية التعاقدية
- 2----- المبحث الأول: التطور التاريخي للشكلية التعاقدية
- 2----- المطلب الأول: الشكلية في القوانين القديمة
- 2----- الفرع الأول: الشكلية في القانون الروماني
- 4----- الفرع الثاني: الشكلية في القانون الجرمانى و العصور الوسطى
- 7----- المطلب الثاني: الشكلية في الشريعة الإسلامية
- 8----- الفرع الأول: مشروعية المحرر الكتابى
- 9----- أ- الفقه القائل بوجوب كتابة معاملات المداينة
- 10----- ب- الفقه القائل بجواز عدم كتابة معاملات المداينة
- 11----- الفرع الثاني: الحكمة من مشروعية التوثيق في الشريعة الإسلامية
- 13----- المبحث الثاني: الشكلية التعاقدية في القوانين الحديثة
- 13----- المطلب الأول: الشكلية التعاقدية في ظل النظرية العامة للعقد
- 14----- الفرع الأول: الشكلية و علاقتها بالرضا
- 15----- الفرع الثاني: الشكلية و مبدأ سلطان الإرادة
- 18----- المطلب الثاني: ماهية الشكلية في التشريع الجزائري
- 20----- الفرع الأول: المحررات الرسمية

- 71----- الفرع الثاني: الشكلية في عقد بيع على التصاميم
- 76----- الفرع الثالث : الشكلية في عقد البيع الواقع على عقار
- 77----- أ- الشكل الرسمي عند انعقاد عقد البيع الواقع على عقار
- 79----- ب- الشكلية و الالتزام بنقل الملكية العقارية
- 87----- الفرع الرابع: الشكلية لانعقاد الرهن الرسمي
- 93----- الفرع الخامس: الشكلية من مقومات عقد الهبة الواقع على عقار
- 102----- الفرع السادس: الشكلية لانعقاد عقد الشركة المدنية
- 109----- المطب الثاني: تطبيقات الشكلية العرفية في العقود
- 109----- الفرع الأول: وجوب الكتابة لانعقاد عقد مرتب مدى الحياة
- 110----- الفرع الثاني: كيفية انعقاد عقد الإيجار في القانون المدني الجزائري
- الفرع الثالث: انعقاد عقد الإيجار طبق نموذج مكتوب في
- 113----- المرسوم التشريعي 03/93
- 117----- الفرع الرابع: الشكلية في عقد الوكالة
- 121----- المبحث الثاني: موقف القضاء من الشكلية في العقود
- 122----- المطب الأول: الشكلية في ظل الاجتهاد القضائي القديم
- 122----- الفرع الأول: الاعتراف بالعقد العرفي في مادة البيوع العقارية
- 124----- الفرع الثاني: رفض العقد العرفي الواقع على البيوع العقارية
- 126----- الفرع الثالث: العقد العرفي مصدر للالتزامات بين طرفي العقد
- 132----- المطب الثاني: الشكلية في ظل الاجتهاد القضائي الحديث
- الفرع الأول: تكيف الشكلية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري
- 132----- الفرع الثاني: للشكل الرسمي ركن من أركان العقد بموجب قرار المبدأ الصادر
- في 97/02/18 ----- 135

الفرع الثالث: جزاء تخلف الشكلية الرسمية و طبيعته -----138

الخاتمة-----142

الملحق

رموز و مصطلحات

قائمة المراجع

الفهرس