جامعة عمار ثليجي الأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

دور مبدأ سلطان الإرادة في التصرفات القانونية الشكلية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانـون

التخصص : عقود ومسؤوليـة

إعداد الطالبان

غالـم مـراد

عبد الحفيظي ثامر

إشراف الأستـاذ

الدكتور بطيمي حسين

لجنة المناقشـة

الأستاذ :	الدكتور لحاق عيسى	رئيســا
الأستاذ :	الدكتور بطيمي حسين	مشرفــا
الأستاذ :	الدكتور سالمي موسى	عضوا مناقشا

السنة الجامعية : 2018/2017

شكر و تقدير و عرفان

"كن عالما .. فإن لم تستطع فكن متعلما ، فإن لم تستطع فأحب العلماء ،

فإن لم تستطع فلا تبغضهم " .

بعد رحلة دراسية تكللت بإنجاز هذه المذكرة المتواضعة ،

نحمد الله عز وجل و نشكره على نعمة الدراسة و التوفيق

للوصول إلى هذه اللحظة التي منَ الله بها علينا،

كما لا يسعنا إلا أن نخص بأسمى عبارات الشكر و التقدير و الإمتنان

للدكتور بطيمي حسين

لما قدمه لنا من جهد و نصح طيلة انجاز هذا البحث وخلال أيام الدراسة .

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى لجنة المناقشة المكونة من

الأستاذين لحاق عيسى و سالمي موسى

الذين تكرما بمناقشتهما لهذه المذكرة المتواضعة .

كما نتقدم بأرقى و أثمن العبارات الشكر و العرفان

لكل أساتذة قسم الحقوق بجامعة عمار ثليجي بالأغواط ....

غالم مراد

عبد الحفيظي ثامر

إهداء

إلى روح والدي رحمه الله

إلى والدتي شفاها الله

إلى زوجتي رعاها الله

إلى بناتي حفظهن الله

صابرين ، نور الإيمان ، خديجة

مراد

إهداء

إلى الوالدين الكريمين

حفظهما الله

إلى زوجتي و سندي

إلى ولداي هديل و محمد جواد

إلى أخي و أختاي

و إلى كل من علمني حرفا

ثامر

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

مقدمــة:

لقد عرّف فقه القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة بأنه :"للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي ترتبها، بل في جميع الروابط القانونية،أي أن كل التصرفات القانونية ترجع نشأتها إلى الإرادة الحرة.

إنّ السّمة الأساسية التي تميزت بها التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع الجزائري في الأصل في انشاء العقود هو الرضائية فيكفي فيه الإيجاب والقبول لينعقد العقد،أي أن الإرادة جوهر التصرف فهي التي تنشئه وهي التي تحدد أثاره، إلا أنّه في بعض الأحيان قد يشترط المشرع أن يتم التعبير عن الإرادة بطريقة محددة ،أي إفراغ مضمون التصرف في قالب شكلي أو ان تتصرف إرادة الأفراد إلى اشتراط شكل معين لإبرام تصرفاتهم القانونية.وهذه هي التصرفات الشكلية.

لقد شهدت القوانين بداية من القانون الروماني و إلى غاية عصرنا تطورا في مبدأ سلطان الإرادة ، فبداية كانت الشكلية هي الأصل في التصرفات وتتم وفق طقوس مقدسة خاصة بها و الرضائية هي الاستثناء، ولم تكن الإرادة وحدها قادرة على إنشاء التصرفات القانونية.

و لقد ظلت هذه الشكلية المقدسة فترة زمنية طويلة ثم أخذت بالتراجع شيئا فشيئا،إلى أن جاء الفقيه ديمولان في أوائل القرن السادس عشر والذي يعد واضع حجرة الأساس لمبدأ سلطان الإرادة ، وهذا الأخير ازدهر في ظل الثورة الفرنسية وانتشار المذهب الليبرالي أين تقلص دور الشكلية واستقر مبدأ الرضائية وأصبح التراضي وحده الركن الأساسي لإنشاء التصرف، وأصبحت الإرادة وحدها القادرة على انشاء العقد دونما حاجة لإفراغها في قالب شكلي.وعليه أصبح مبدأ الرضائية هي القاعدة العامة ومبدأ الشكلية هي الاستثناء.

غير أن مبدأ الرضائية اصطدم بظهور المذهب الإشتراكي وانتشاره ، ومع تدخل الدولة في تنظيم بعض التصرفات القانونية ، مما ادى إلى تقلص امتداد مبدأ الرضائية فاسحا المجال إلى عودة مبدأ الشكلية والظهور من جديد وبثوب جديد .والسبب يعود إلى المزايا التي تحققها الشكلية بإعتبارها وسيلة فنية وقانونية فرضها المشرع من أجل تحقيق أغراض وغايات شتى،تعجز الرضائية عن تحقيقها بصورة كافية خصوصا تلك التصرفات الهامة والخطيرة وطويلة المدة.

وتتجلى أهمية دراسة موضوع الشكلية في التصرفات القانونية باعتبارها لها صلة وثيقة بالإرادة المتعلقة بالنظرية العامة للإلتزامات ،و التي هي جوهر إنشاء التصرفات وترتيب آثارها القانونية ، وإن كان الأصل في إبرام التصرفات القانونية هو الرضائية و الشكلية كإستثناء عن هذا الأصل ، والذي جاء نتيجة تطور طويل الأمد في القانون حتى أصبح مبدأ مسلما به في التشريعات الحديثة.

وعلى الرغم من تراجع مبدأ الشكلية المفرطة ذات طقوس ورموز في التصرفات القانونية والتي كانت بدايتها القانون الروماني إلا أنها عادت للظهور بشكلية حديثة في التشريعات الحديثة نظرا لما لها وفرته من مزايا حمائية أوجبتها الحاجة حماية للتصرفات ذات الأهمية البالغة والخطيرة وموارد مالية للدولة من خلال رسوم على تلك التصرفات .

وتجدر الإشارة أنه سنتناول في بحثنا هذا إلى دراسة تاريخية حول التطور التاريخي للشكلية في التصرفات القانونية عبر النظم القانونية المختلفة ، بداية من القانون الروماني وإلى غاية عصرنا هذا، كما تكون دراستنا نظرية للشكلية بصفة عامة من خلال تعاريفها وأنواعها والغاية منها ، والنظم المشابهة لها ، كما تكون دراستنا دراسة تحليلية للشكلية وفق التشريع الجزائري الذي أصدر مجموعة من التشريعات القانونية والنصوص الخاصة ،وكذلك موقف الاجتهاد القضائي الذي عرف مواقف مختلفة و متناقضة تختلف باختلاف المحاكم والمجالس القضائية خلال فترات زمنية متعاقبة إلى حين صدور القرار التاريخي للمحكمة العليا لهيئة غرفها المجتمعة الصادر بتاريخ 1997/02/18 والذي يعرف بالقرار المبدأ[1].

وبناءا على ما سبق ذكره ، فإشكالية هذا البحث تدور حول **مدى تطبيق مبدأ سلطان الإرادة على التصرف القانوني الشكلي ؟**

إن من الأسباب التي دفعتنا في اختيار موضوع دور مبدأ سلطان الإرادة في التصرفات الشكلية أننا صادفنا حالات لمجالس عقدية ذو أهمية بالغة تبرم تصرفات دون توثيق ما تم التعاقد عليه خلال مجلس العقد، سرعان ما يترتب عنه نزاع بعد تفرق مجلس العقد أثناء تنفيذ العقد ، أو بعد فترة زمنية خصوصا في حالات وفاة من كان شاهدا وحضر مجلس العقد.و سبب آخر يتمثل في أن موضوع الشكلية في التصرفات القانونية شهد اختلاف وتضارب أراء رجال الفقه والقانون حول طبيعة الشكلية هل تعد من شروط صحة التصرف يقع تحت طائلة البطلان أم هي شكلية للإثبات لا تؤثر على صحة التصرف.كما ارتأينا البحث في التشريعات والنصوص الخاصة المتعاقبة التي جاء بها المشرع الجزائري أو تلك التشريعات الفرنسية التي تبناها خلال فترة زمنية والتي ألقت بظلالها على توجيه مواقف الاجتهاد القضائي والتي شهدت اختلاف وتضارب كما سنراه لاحقا.

---

[1] القرار المبدأ :هو قرار للمحكمة العليا بهيئة الغرفة المجتمعة (ملف رقم 156136 المؤرخ في 1997/02/18)، الذي يؤكد أن الشكلية الرسمية التي اوجبها المشرع لا تعتبر ركنا من أركان العقد التي نصت عليها المادة 12 من الأمر 70-91 والتي استخلفت بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 88-14.

إن كان موضوع الشكلية في التصرفات القانونية قد تصدى له رجال الفقه والقانون بالبحث ومازال الجدل قائم حول مكانة الشكلية في النظرية العامة للعقد بين كونها ركن انعقاد أو هي شكلية إثبات، كما عرفت الشكلية ظهور نوع حديث النشأة أوجدته تكنولوجيا وسائل الاتصال الحديثة هي الشكلية العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني. مما يستلزم منا كدارسين للقانون البحث في مكانتها كشكلية للإنعقاد أو للإثبات مستقبلا.

سنتطرق إلى بحثنا هذا ، من خلال تقسيمه إلى فصلين نتناول فيهما ما يلي :

الفصل الأول : ماهية مبدأ سلطان الإرادة والشكلية كأهم قيد وارد عليه

الفصل الثاني: أحكام الشكلية في التصرفات القانونية تشريعا و قضاءا

الفصل الأول: ماهية مبدأ سلطان الإرادة والشكلية كقيد وارد عليه

تعد الارادة احد اهم الموضوعات الرئيسية في القانون فهي اساس التصرف القانوني ، كما تعتبر جوهر التصرف فهي التي تنشؤه و هي التي تحدد آثاره، او انهاؤه .و هو ما يطلق عليه مبدا سلطان الارادة الذي نشأ بعد تطور عبر التاريخ (المبحث الأول) وهذا بعد ما كانت فكرة الشكلية السائدة في ابرام التصرفات على حساب الارادة التي لم تكن قادرة على إنشاء التصرفات القانونية(المبحث الثاني).

المبحث الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة

سوف نتطرق في هذا المبحث الى التصدي الى عدة تعاريف لمجموعة من الفقهاء و المراحل التاريخية لتطوره (المطلب الأول) وإلى معرفة الضوابط التي تحكم هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة ومراحل تطوره

لم تتطرق التشريعات الى تعريف مبدأ سلطان الارادة، لتفسح المجال لأراء الفقه بمختلف توجهات مذاهبه (الفرع الأول) كما كان مبدأ سلطان الإرادة موضوع جدل واسع بين رأي مؤيد و متوسع في مبدأ سلطان الإرادة بدون قيد أو حدود و بين رأي المعارض لهذا المبدأ الى حد إعتباره غير موجود اصلا ، وبين رأي ثالث وازن بين مصلحة الفرد من جهة و مصلحة الجماعة من جهة أخرى من خلال تحديد مجال العمل بمبدأ سلطان الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الارادة

يقوم مبدأ سلطان الارادة على اساس النظرية القائمة على الحرية والمساواة، أي الناس لهم الحرية في انشاء ما يشاؤون من العقود دون اكراه ، ومتساوون في الحقوق والالتزامات دون تمييز بينهم.وعرف مبدأ سلطان الإرادة بعدة تعريفات من بينها :

عرّفها الدكتور السنهوري بأن:« للارادة السلطان الأكبر في تكوين العقد ، وفي الأثار التي يرتبها، بل في جميع الروابط القانونية،ولو كانت غير تعاقدية[1] » .

كما عُرِّفت أنها :" قدرة الإرادة و حدها على إنشاء ما تشاء من العقود و التصرفات ما دامت تلتزم في ذلك حدود النظام العام و الآداب العامة، و أنها كذلك جزء في رسم نطاق العقد و تحديد أثاره و هي وحدها قادرة على إنهائه [2]".

---

[1] أحمد عبدالرزاق السنهوري ،المرجع السابق،ص85.

[2] عبدالرؤوف دبابش و دغيش حملاوي ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون ،مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر ،بسكرة،العدد 44،جوان 2016.ص258.

كما عُرّف أيضا على أنه:" قدرة المتعاقدين على إنشاء ما يتراضيان عليه من العقود و على تحديد أثار العقود حسب ما يريدان، عن طريق الشروط التي تغير في الأثار الموضوعية للعقد "

ومن خلال ما سبق نستخلص أنه يترتب على مبدأ سلطان الإرادة النتائج التالية:

1- الإرادة وحدها كافية لإنعقاد العقد أي أن المتعاقد له الحرية في إبرام العقد مع غيره او ترك إبرامه.

2- الرضا هو العنصر الجوهري اللازم لإنشاء العقد، و تحديد الإلتزامات المترتبة عليه، فلا تتقيد إرادة المتعاقدين بأي قيد يحد من حريتهما أو يعدمها.

3- للمتعاقدين الحق في تحديد آثار العقود و تعديل نتائجها، و إشتراط ما يشاءان من شروط دون قيد أو إنهاء العقد كليا[1].

كما يقوم هذا المبدأ على فلسفة الحرية و المساواة بعيدا عن الإكراهات التي يمكن أن تتناول لأفراد بشكل ملموس في الواقع ، وهذه الفلسفة تمخض عنها كل المبادئ و الأحكام التي كونت النظرية التقليدية للعقد و ذلك في فترة ازدهار المذهب الفردي و التي أعقبت القوانين القديمة. و مجموع هذه الأحكام و المبادئ أسست لقيام المجتمع الليبرالي.

الفرع الثاني: نشأة مبدأ سلطان الإرادة ومراحل تطوره

نحاول في هذا الفرع من بحثنا أن نتناول التطور التاريخي لمبدأ سلطان الإرادة عبر مختلف القوانين بداية في ظل القوانين القديمة التي غلبت فيه الشكلية في العقود على حساب الإرادة ثم في ظل الشريعة الإسلامية و أخيرا في ظل القوانين الحديثة.

أولا: في ظل القوانين القديمة :

لقد عرفت القوانين القديمة فكرة العقد كأداة للتعامل بين الأفراد، لاسيما القانون الروماني الذي يعتد بسيادة الشكلية على حساب الإرادة، و عليه فإن لإتمام أي معاملة أو تصرف كان لازما إتمامه وفق طقوس معينة حيث أن العقود في ظل القانون الروماني كانت عقود مجردة (ABSTRAIT) تستمد صحتها من شكلها لا من موضوعها[2]. إضافة إلى ذلك فلا يجوز الطعن في العقد الشكلي بأي من الدفوع الموضوعية (كالغلط أو التدليس أو الإكراه) حيث تميزت هذه الحقبة بالشدة والصرامة[3] في مراعاة تلك الطقوس الإلزامية فمثلا

---

[1] دغيش حملاوي و عبدالرؤوف دبابش، المرجع السابق،ص299.

[2] أحمد عبدالرزاق السنهوري،المرجع السابق،ص90.

[3] دحماني لطيفة، الشكلية في العقود المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،الجزائر، السنة الجامعة،سنة 2002ص 03.

لإتمام عقد الزواج وجب إتيان طقوس و رموز مختلفة تعبر عن قيام الرابطة الزوجية فهذه الطقوس كانت تعد إجراءات رسمية تتم أمام الشهود و كذا عامة الناس.

تبعت هذه الحقبة حقبة أخرى في ظل القانون الروماني نتج عنها توزيع العمل و السرعة في المعاملات مما استوجب إعادة النظر و اعتبار الشكلية جامدة تعرقل سير هذه المعاملات.

صاحب هذه الحقبة ظهور فكر قانوني جديد كان من نتائجه الرئيسية التمييز بين الشكل و الإرادة في العقد حيث منح الإرادة قسطا من الأثر القانوني مما دعا إلى الاتفاق موجودا بمجرد توافق الإرادتين.

و الشكل ليس إلا سببا قانونيا للالتزام و منه ظهرت العقود الرضائية شيئا فشيئا إلى الوجود محصورة في بعض التصرفات كالبيع و الإيجار و عقد الشركة و عقد الوكالة حيث كانت الشكلية هي الأصل و الرضائية ما هي إلا استثناء لكن و نظرا للتطور الحاصل في الجانب الإقتصادي و الإجتماعي أنذاك دفع ذلك بـ (البريتور) و هو الحاكم القضائي الى ترسيم الإتفاقات و سميت بعد ذلك بالإتفاقات البريتورية أو الإتفاقات الخالية من التدليس ثم التحقت بعد ذلك طائفة العقود العينية و طائفة العقود الغير مسماة بالعقود الرضائية مما أدى إلى انتشار العقود الرضائية على حساب العقود الشكلية، و بدأ الاهتمام بالرضا و أجيز إبطال التصرف لعيب الرضا و انتهى الأمر إلى الاعتراف بعنصر الرضا وحده كسبب كاف لإنشاء رابطة الإلتزام .

ثانيا: في القرون الوسطى :

ساد في هذه الحقبة تراجع للشكلية عما كانت عليه في القوانين الرومانية وظهور نظام إقطاعي تبعه بعد ذلك بروز القانون الكنسي وتكريسه لمبدأ الرضائية.

1-في النظام الإقطاعي:

ميز هذا الحقبة إنحطاط الإمبراطورية الرومانية وسقوطها متأثرة بهجمات القبائل الجرمانية ، و تكون نظام الإقطاع ذو الإقتصاد المغلق، فسادت الفوضى و انقطاع الإتصالات بين الشعوب، مما أدى هذا إلى وقف عملية التقدم الحضاري و العودة بالمجتمعات إلى الحياة البدائية، حيث إنعكست على المعاملات بين الأفراد و عودة الشكلية في صورتها البدائية متمثلة في رموز و طقوس و أعمال سحرية[1] .

[1] زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات القانونية في القانون الجزائر دراسة مقارنة،رسالة ماجستير في العقود المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية،جامعة الجزائر،سنة 1987،ص10.

2-في القانون الكنسي :

جاء النظام الكنسي برأي مخالف لما كان عليه في النظام الإقطاعي من خلال إعتماده مبدأ إحترام العهد لإرساء بعض قواعد الرضائية و إقرار بعض التصرفات التي تنشأ بمجرد تبادل الرضا دون إجراءات شكلية من طقوس و أعمال سحرية و إحلال مكانها حلف اليمين. ومن أنصار الرضائية نجد كل من هوجيسيو (HOGUCCIO) و القديس توماس الإكويني (SAINT TOMAS DAQUIN) .

ولقد ساهم القانون الكنسي بقسط كبير في إستبعاد الشكلية و فتح المجال أمام الرضائية من خلال وضع القاعدة المشهورة **(الرضا وحده ملزم).**

كما كان لرجال الكنسية دور في حث الأفراد على احترام العهود و لو كانت خالية من أي شكل،ومهدوا لبروز مبدأ الرضائية إلى حين حدوث الإنقلاب التجاري و الصناعي في العصور الحديثة حيث أصبحت الرضائية هي الأصل و الشكلية كإستثناء يرد عليها.

ثالثا:في الشريعة الإسلامية

لقد أكدت الشريعة الإسلامية على مبدأ سلطان الإرادة من خلال إعتبار كل التصرفات الشرعية قائمة على الرضائية[1] و لا تشترط شكلا معينا للتعبير عن الإرادة ،فيجوز التعبير عنها بالكتابة أو اللفظ أو الإشارة .واستثناءا توجد بعض التصرفات الشكلية مثل عقد الزواج الذي لا يصح إلا بإتباع إجراءات معينة كحضور الشهود و إستعمال ألفاظ معينة في التعاقد[2].

و كذلك تأكيد الشريعة الإسلامية على تدوين الديون لقوله تعالى : **" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمّىً فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى وَلا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيراً أَوْ كَبِيراً إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلاَّ تَرْتَابُوا إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلاَّ تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفْعَلُوا فَإِنَّهُ فُسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ "** الأية 282 من سورة البقرة ، و التي تعد هي الأولى في تاريخ الإنسانية التي شرعت مبدأ الكتابة للإثبات لا للإنعقاد.

---

[1] بطيمي حسين، محاضرات الشكلية في العقود ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر تخصص عقود و مسؤولية، جامعة عمار ثليجي،الأغواط، السنة الدراسية 2016/2015،ص05.

[2] زواوي محمود، المرجع السابق،ص13.

و يرجع سبب تبني الشريعة الإسلامية لمبدأ الرضائية إلى الفقه الإسلامي الذي تتسم به، كون الدين الإسلامي يحث على الوفاء بالعهد لقوله تعالى : (**وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا وأوفوا الكيل إذا كلتم وزنوا بالقسطاس المستقيم ذلك خير وأحسن تأويلا**) الآية 34 سورة الإسراء.

و منه يمكننا القول أن الشريعة الإسلامية تبنت الرضائية كأصل و الشكلية كاستثناء و هي بذلك تسبق الشرائع الوضعية الحديثة التي أخذت بهذا المبدأ إلا في العصور الحديثة.

رابعا: في العصر الحديث:

لقد شهدت أوربا في القرن السابع عشر حركة تجارية واسعة و سريعة و ما صاحبها من تطور في الجانب الصناعي و الثقافي و كذا توسيع الإتصالات بين مختلف الشعوب، فكان بمثابة ميلاد مجتمع جديد يحتاج إلى قواعد ووسائل تعامل ملائمة.

و في مجال المعاملات تقلص مبدأ الشكلية و بالأخص الشكلية ذات الأصول البدائية القائمة على الطقوس و الرموز لتفسح المجال أمام مبدأ الرضائية، هذا الأخير وجد له سندا ألا وهو المذهب الإقتصادي الحر و المذهب الفلسفي الطبيعي اللذان يقومان على تحرير الفرد من القيود و وجوب استقلال إرادته[1]، و دون التقييد من حريات الأفراد في التملك و التعاقد و ترتيب الأثار عن عقودهم استنادا لمبدأ سلطان الإرادة[2] .

كما لعب الفقه و القضاء دورا كبيرا في الإعتراف بمبدأ الرضائية و المناداة بتطبيقه مع إستبعاده الشكلية نظرا لتعقدها و بطئها، و أصبح بذلك للإرادة دور هام في مجال المعاملات، و أصبح الشخص ملزم بإحترام كلمته و في هذا يقول الفقيه الفرنسي لوزيل (LOSYEL): " **تربط الثيران من قرونها و الرجال بأقوالها** " و كذلك الفقيه بوتييه (POTHIER) الذي صاغ القاعدة ذات الأصل الكنسي " **الرضا وحده ملزم** "[3].

كما تلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات و قامت عليها، وتبناها المشرع الفرنسي في أوائل القرن التاسع عشر و صاغ منها قانون نابليون 1804 القائم على أساس تقديس حرية الفرد و إحترام إرادته.

و عليه أصبحت الرضائية مبدأ عام في إبرام التصرفات القانونية ،أما الشكلية اعتبرت مجرد إستثناء

---

[1] شيخ سناء ،الشكلية في اطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء،رسالة الدكتوراة في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة بوبكر بلقايد ،تلمسان، الجزائر،سنة 2012،ص03.

[2] بطيمي حسين، المرجع السابق، ص06.

[3] زواوي محمود، المرجع السابق،ص16.

على هذا المبدأ، كما أخذت بهذه النظريات الكثير من التشريعات الحديثة كالتشريعات العربية و من بينها التشريع الجزائري، و هذا ما سنراه لاحقا.

و بالرغم من ضعف مبدأ الشكلية إلا ان ذلك لم يؤد لإختفائها تماما بل بالعكس من ذلك فقط عادت الشكلية للظهور بثوب جديد نظرا للمزايا الكثيرة التي تقدمها بإعتبارها وسيلة قانونية يستعملها المشرع لتحقيق أغراض ومقاصد شتى، فهي تبعث الثقة لدى الأفراد و تقوي الإئتمان و توفر الإستقرار في المعاملات، و هي مهام تعجز الرضائية عن تحقيقها، كما نجد معظم التصرفات الهامة و الخطيرة فرض المشرع إفراغها في شكل محدد لإنعقادها و مثالها التصرفات الواردة على العقارات و عقود الشركات و العقود الواردة على المحلات التجارية و كذا الواردة على السفن و العقود الواردة على العقود الصناعية والتجارية و بعض عقود العمل[1].

المطلب الثاني: ضوابط مبدأ سلطان الإرادة

لقد كان مبدأ سلطان الإرادة موضوع جدل واسع بين مؤيد و معارض حيث ذهب انصار المذهب الفردي إلى التوسيع المطلق في مبدأ سلطان الإرادة بدون قيد أو حدود ،و بين رأي معارض متمثل في المذهب الإشتراكي ، وكرد فعل منهم نقدوا مذهب سلطان الإرادة و ذهبوا في نقدهم إلى حد إعتباره غير موجود أصلا، و في خضم هذا النزاع ظهر رأي ثالث وسطي معتدل وازن بين مصلحة الفرد من جهة و مصلحة الجماعة من جهة أخرى من خلال تحديد مجال العمل بمبدأ سلطان الإرادة و حدوده.

الفرع الأول: ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية:

نستعرض ضوابط الإرادة في الشريعة الإسلامية من خلال التطرق إلى حرية التعاقد و مدى كفاية الرضا في إنشاء العقود بدون التقيد بأشكال معينة و كذا حرية ترتيب أثار العقود و تعديل نتائجها الأصلية و حرية اشتراط الشروط في العقود .

أولا:من ناحية حرية التعاقد ومدى كفاية التراضي في إنشاء العقود بدون التقيد بأشكال معينة :

لقد كانت الشريعة الإسلامية السباقة في منح الحرية التعاقدية المطلقة للمتعاقدين دون التقيد بشكلية معينة على خلاف ما كانت عليه التشريعات القديمة كالتشريع الروماني أو غيره، حيث استدل فقهاء الشريعة الإسلامية بمجموعة من النصوص من القرآن الكريم و السنة النبوية الشريفة في مجال حرية التعاقد في المعاملات كقوله تعالى: **" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا "** الأية 29–سورة النساء .

[1] شيخ سناء، المرجع السابق،ص05.

و كذلك قول الرسول صلى الله عليه و سلم : **" لا يحل مال إمرئ مسلم إلا بطيب نفس منه "** أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (387/4 ، رقم 5492) . وأخرجه أيضًا: في السنن الكبرى (100/6) ، رقم 11325) وصححه الألباني (الإرواء ، 1459). [1]

و لقوله صلى الله عليه و سلم : **" إنما البيع عن تراض ""** رواه ابن حبان (ص 307) صحيح .
أخرجه ابن ماجه (2185) وأبو محمد بن أبى شريح الأنصارى في " الأحاديث المائة " (ق 2/119) والمخلص في " الفوائد المنتقاة " .

و يستخلص مما سبق أن الرضا هو أساس صحة التصرفات ما لم تحرم حلال أو تحل حرام أو تخالف نصا شرعيا، كما استثنت الشريعة الإسلامية مجموعة من العقود كعقد الزواج حماية للرابطة الأسرية التي تتسم بصفة الدوام حيث أخضعها الشارع لشكلية معينة تتمثل في شكلية الاعلان بالإشهاد عليه لقوله صلى الله عليه و سلم : **" لا نكاح إلا بولي و شاهدي عدل "** رواه البيهقي من حديث عمران وعائشة ، وصححه الألباني في صحيح الجامع برقم (7557) ، و يتم بألفاظ معينة (الصيغة).

و منه نستخلص أن للإرادة الحرية الكاملة في إبرام ما تشاء من العقود دون قيد او إكراه إلا ما كان لإستيفاء دين أو ما اقتضته المصلحة العامة مع وجوب التعويض العادل في هذه الحالة.

ثانيا: من ناحية الحرية في ترتيب أثار العقود و تعديل نتائجها الأصلية المنصوص عليها:

تعتبر الشريعة الإسلامية أن الإرادة هي التي تنشئ العقد و الآثار تكون من الشارع لان للعقود أسباب شرعية، بمعنى أن العلاقة بين العقد و آثاره ليست بسبب ما اشتملت عليه من عبارة تدل على إرادة حرة فقط بل لأن الشارع الحكيم جعل الأحكام مترتبة على العقود، حيث جعل من العقل طريقا لثبوت هذه الآثار فجعل الرضا طريق لإنشاء الحقوق و الواجبات لقوله تعالى : **" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا "** الأية 29 من سورة النساء.

كما أوجب أيضا الوفاء بتلك العقود و تنفيذ أحكامها لقوله تعالى:**"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ** "الآية 01 من سورة المائدة.

كما جعل الشارع الحكيم لكل عقد أثر اذا توافرت أركانه و تحققت شروطه .

---

1 عبد الرؤوف دبابش و حملاوي دغيش، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون ،مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر ،بسكرة،العدد 44،جوان 2016، ص263.

ثالثا: من ناحية إشتراط الشروط في العقود :

لقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في حرية المتعاقدين في اشتراط الشروط في العقود بين معارض و مؤيد و لكل حجته فالفريق الاول و يمثله الظاهرية يرون أن الأصل في الشروط المنع إلا ما ورد فيه نص شرعي او إجماع بإثبات جوازه و قام الدليل على وجوب الوفاء به.

أما الفريق الثاني و على رأسهم الشيخ ابن تيمية و رأي الحنابلة و كثير من المالكية وجمهور الفقهاء المعاصرين أن الأصل في الشروط الجواز و الصحة، ولا يحرم منها و يبطل إلا ما قام الدليل على إبطاله و إلغائه و يستدلون في ذلك بقوله تعالى : **" يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ "** الأية 01 من سورة المائدة و قوله أيضا : **" وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤولا "** الآية34 سورة الإسراء،و قوله صلى الله عليه و سلم : **"والمسلمون عند شروطهم ما لم يعص الله ".**

نستخلص مما سبق أن الشريعة الإسلامية لم تقيد الحرية الفردية في التعاقد إلا بقيد الشرع فما حرم بنص شرعي أو قياس صحيح ليس للفرد الخيار في فعله و يستثنى من هذا عقد الزواج نظرا لخصوصيته أن يشترط فيه الشهادة و ألفاظ محددة.

الفرع الثاني: ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في القانون:

إتفقت جُل القوانين على الإعتراف بمبدأ سلطان الإرادة، لكنها اختلفت في تحديد مجاله و مداه، بين مؤيد له لأوسع الحدود بالمقابل هناك رأي معارض لهذا المبدأ أصلا ،كما ظهر فريق معتدل أعاد لهذا المبدأ اعتباره و بأسس جديدة:

أولا: في دائرة القانون العام: يرى في هذا الفقيه السنهوري أن القانون هو المرجع الوحيد في مجال القانون العام حيث قال **(الروابط الإجتماعية التي تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد)** إذن الإرادة لا سلطان لها في مجال القانون العام[1].

ثانيا: في دائرة القانون الخاص: يعد القانون الخاص المجال الخصب لمبدأ سلطان الإرادة حيث يقول الشيخ مصطفى أحمد الزرقا **(إن السلطان الأصلي في إنشاء العقود و في تحديد التزاماته إنما هو إرادة المتعاقدين، و لكن في حدود معينة يحددها التشريع وفقا للنصائح الفردية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية)**[2].

---

[1] عبدالرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ص 160 و 161.

[2] الشيخ مصطفى أحمد الزرقا،المدخل في لنظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي،الطبعة 01، دار القلم ،دمشق،سوريا،سنة 1999،ص587 و 588.

أ- **في مجال الأسرة:** تنحصر إرادة المتعاقدين لإبرام عقد الزواج في أصل العقد و ذلك في قبول الإقدام عليه أو رفضه، أما القانون فيرتب أثاره والالتزامات الناشئة عنه كما يحدد له شكلية معينة و هذا كله لمصلحة الأسرة و المجتمع[1].

ب- **في مجال الحقوق العينية العقارية:** تظهر حرية الإرادة من خلال تحديد أثار العقد أما تكوينه فيخضع لمراسيم شكلية يحددها القانون[2].

ج- **في مجال الحقوق الشخصية و الالتزامات التعاقدية:** تعد الإرادة مصدر الكثير من الحقوق، فللمتعاقدين الحرية لإبرام ما يشاء من العقود و تحديد أثارها شريطة عدم تنافيها مع النظام العام و الآداب العامة من جهة و من جهة آخرى مع النصوص القانونية الخاصة عندما تكون آمرة، و في حدود هذه الشروط يطبق المبدأ القانوني العام أن العقد شريعة المتعاقدين[3].

نستخلص أن القانون نظم بعض العقود تنظيما آمرا كعقد العمل و عقد التأمين و تدخل في عقود آخرى عن طريق تعديل الشروط التعسفية مثل عقود الإذعان، و هناك حدود رسمها القانون لتعمل الإرادة في إطارها.

المبحث الثاني: ماهية التصرفات القانونية الشكلية

إن الإرادة تعد جوهر العقد ،و وحدها كافية لإنشاء التصرفات القانونية ، لكن لكل قاعدة استثناء ، فقد يتدخل المشرع بنصوص آمرة من خلال إخضاع بعض التصرفات القانونية إلى شكلية محددة تقيد من سلطان الإرادة وذلك بغية تحقيق أغراض وغايات حماية لمصالح للأفراد أو المصلحة العامة **(المطلب الأول)** هذه الشكلية التي تعد ركن لإنعقاد التصرف تختلف عن بعض النظم المشابهة لها **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: تعريف التصرف القانوني الشكلي

إختلف الفقهاء في وضع تعريف للتصرف القانوني الشكلي، فهناك من رأى بإنتهاء عهد الشكلية و سرعان ما تراجع عن رأيه بالقول بعودة ميلادها وهذا هو رأي الفقيه الفرنسي جوسران (JOSSERAND)، في حين يرى الفقيه جني (GENY) **الشكلية بأنها ذلك التصرف الشكلي الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية**، و الفقيه روبي (ROBIER) الذي يعتبر **الشكلية بأنها كل عمل يهدف إلى**

---

[1] الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق،ص587.

[2] الشيخ مصطفى أحمد الزرقا،المرجع السابق،ج1،ص587 و 588.

[3] عبدالرزاق السنهوري ،المرجع السابق ،ص 113.

إيضاح النظام القانوني و تحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات و المواعيد و الإجراءات.

أما في الجزائر فنجد هناك من يميز بين التصرف الشكلي الذي يعد الشكل فيه ركنا لإنعقاده و بعض التصرفات الرضائية التي تحتاج إلى شكليات معينة، وهناك رأي حديث يرى بأن الإرادة هي جوهر التصرف و الشكل هو إخراج هذه الإرادة إلى الخارج بشكل مادي ملموس.

حيث يرى الدكتور بلحاج العربي أن **العقد الشكلي هو مالا يكفي التراضي لإنعقاده بل لابد إلى جانب التراضي من مراعاة شكل معين يوجبه القانون، بحيث لا يتم العقد إلا بإستكمال هذا الشرط وهذا لاعتبارات المصلحة العامة وكذا لتنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف و لحماية الغير حسن النية**[1].

أما الدكتور علي فيلالي فيرى أن **ركن الشكلية في العقود هو حالة استثنائية حيث أخذ المشرع بمبدأ الرضائية**[2]. ويعد التخلي عن الشكلية في العقود أحد المظاهر البارزة التي تميز القوانين الحديثة وذلك لإعتبارات حضرية و إقتصادية و إجتماعية.

و يرى الدكتور علي علي سليمان في تعريفه للتصرف القانوني الشكلي **(إن التصرف القانوني تعبير عن الإرادة يرمي إلى إحداث اثر قانوني)**[3].

من خلال هذا التعريف يرى علي علي سليمان أن التصرف القانوني يرتكز على عنصرين هما الإرادة و التعبير عنها، فالإرادة ظاهرة نفسية كامنة بداخل الإنسان و التعبير عنها هو إخراجها إلى العامل الخارجي بشكل معين، وليضفي لها الصفة القانونية يجب أن يعبر عنها صاحبها بصورة معينة كاللفظ أو الكتابة أو الإشارة.

و كقاعة عامة فإن الشخص حر في اختيار الطريقة التي يراها مناسبة في التعبير عن ارادته تطبيقا لمبدأ الرضائية، غير أن المشرع الجزائري أورد إستثناءا على هذا المبدأ وهو أن يتم التعبير عن الإرادة في بعض التصرفات بطريقة محددة على سبيل الالزام وهذا ما يسمى بالتصرفات الشكلية.

والمقصود من شكل التصرف القانوني هو شكل التعبير عن الإرادة و ليس شكل الإرادة نفسها لذا وجب التمييز بينهما.

---

[1] العربي بلحاج ،النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،ج01،المصادر الإرادية، "العقد والإرادة المنفردة" ،الطبعة 02 ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،سنة 2015 ،ص 582.

[2] فيلالي علي ،الإلتزامات،النظرية العامة للعقد،موفم للنشر،الجزائر،سنة 2013، ص301.

[3] علي علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري،الطبعة07،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، سنة 2007،ص21.

الفرع الأول: الشكل و التعبير عن الإرادة

تعد الإرادة ظاهرة نفسية كامنة داخل الإنسان وحتى تنتج آثارها لابد لها من مظهر مادي خارجي يكشف عنها، كون القانون لا يحكم إلا بالظواهر المادية و كمبدأ عام تعد الرضائية كافية لإبرام التصرفات القانونية و للمتعاقدين الحرية التامة في اختيار طريقة التعبير عن إرادتهم غير أن هناك استثناءا لهذا المبدأ حيث فرض المشرع أن يتم التعبير عن الإرادة وفق شكل محدد في بعض التصرفات القانونية خروجا بذلك عن مبدأ حرية التعبير عن الإرادة.

أولا: الشكل الحر و الشكل الإجباري:

يكون الشكل حرا في التعبير عن الإرادة عندما يختار المتعاقدش طريقة للتعبير عن إرادته سواء باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على مقصود صاحبه وهذا حسب نص المادة 60 / 1- من القانون المدني الجزائري [1].

و أي مظهر من مظاهر التعبير الصريحة أو الضمنية هو كاف بوجه عام للتعبير عن الإرادة.

أما الشكل الإجباري فهو إستثناء عن مبدأ الحرية في التعبير عن الإرادة، فقط فرض المشرع بالنسبة لبعض التصرفات القانونية أسلوبا معينا للتعبير عنها، وعليه لا يجوز للمتعاقدين استبدال هذا الشكل المفروض بآخر.

وقد يمنح القانون الحرية في اختيار بين أكثر من شكل مفروض لتصرف قانوني واحد فيعد هذا التصرف شكليا، ولا يعني ذلك أن الشخص حرا في التعبير عن إرادته ومثال ذلك الوصية في القانون الفرنسي التي تعد تصرفا شكليا يمكن إبرامها في شكل رسمي أو في شكل خطي و لكن لا يمكن أن تبرم الوصية شفويا.

يمكننا القول أنه متى فرض القانون شكلا معينا يعد هذا التصرف شكليا لا يمكن إستبداله بشكل آخر.

ثانيا: الشكل المحدد و الشكل الإتفاقي:

أ- الشكل المحدد:

إشترط المشرع في بعض التصرفات القانونية أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا كما أنه إشترط في تصرفات قانونية آخرى بيانات إلزامية.

---

[1] المادة 60 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري تنص على مايلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ او الكتابة او بالإشارة المتداولة عرفا،كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه..."

أ-1- إشتراط التعبير الصريح عن الإرادة:

نصت المادة 2/60 من القانون المدني الجزائري على أنه **(ويجوز أن يتم التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على أن يكون صريحا).**

نستخلص من نص المادة أن الأفراد يستطيعون التعبير عن إرادتهم صراحة أو ضمنا، غير أنه و استثناءا قد يفرض المشرع في بعض التصرفات القانونية أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، و يكون التعبير صريحا بالكلام أو بالكتابة في أي شكل من أشكالها رسمية أو عرفية أو بالإشارة المتداولة عرفا أو إتخاذ أي موقف آخر لا تدعو ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، مثال ذلك ما نصت عليه المادة 331 من القانون المدني الجزائري من أن حجية الدفاتر و الأوراق المنزلية لا تقوم إلا في إحدى الحالتين: - إذا ذكر المدين صراحة أنه إستوفى دينا، أو ذكر فيها صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الدفاتر و الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبت حقا لمصلحته.

ننوه انه ظهر جدال فقهي حول إعتبار اشتراط التعبير الصريح عن الإرادة يجعل من هذا التصرف القانوني شكليا، فهناك اتجاه يرى أن إشتراط المشرع التعبير الصريح عن الإرادة هو اشتراط للشكل و من ثم تعد تلك التصرفات التي اوجب فيها المشرع التعبير الصريح عن الإرادة تصرفات شكلية أما الاتجاه الآخر فيرى أن اشتراط التعبير الصريح عن الإرادة الغرض منه التعبير عن الإرادة بصورة واضحة و مؤكدة و من ثم لا يعد هذا التصرف شكليا [1].

أ-2- اشتراط بيانات إلزامية:

قد يفرض المشرع توافر بيانات إلزامية في التصرف القانوني، و نميز هنا بين حالتين :

الحالة الأولى:

اشتراط المشرع إفراغ التصرف القانوني في شكل مكتوب يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية حيث نصت المادة 12 من قانون التوثيق[2] على ما يلي: **(زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية ... يجب تحت طائل البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي).**

كما تنص المادة 34 /1 من القانون رقم 04/11[3] المؤرخ في 17 فيفري 2011 على اشتراط المشرع

---

1 شيخ سناء، المرجع السابق،ص18.

2 الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/1512 يتضمن تنظيم التوثيق.

3 القانون 04/11 المؤرخ في 2011/02/17 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

افراغ عقد البيع بناءا على التصاميم في شكل رسمي و أن يتضمن هذا العقد مجموعة من البيانات الإلزامية تحت طائلة البطلان حددها القانون السالف الذكر.

و عليه يعد كل تصرف قانوني أوجب فيه المشرع ان يتم افراغه في شكل مكتوب ويتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية تصرفا شكليا.

الحالة الثانية:

إشتراط المشرع مجموعة من البيانات الإلزامية دون إشتراط شكل مكتوب بهذا التصرف حيث أوجب المشرع في بعض التصرفات أن تتوافر فيها مجموعة من البيانات الإلزامية دون أن يشترط صراحة كتابتها ومثال ذلك الأوراق التجارية كالسفتجة والسند لآمر والشيك وهذا مانصت عليه المواد 390 و 465 و472 من القانون التجاري الجزائري[1]، إلا أنها تعد تصرفات شكلية لانه يمكن تصور وجود هذه البيانات الإلزامية إذا لم تفرغ في محررات مكتوبة.

ب- الشكل الإتفاقي :

يستطيع المتعاقدين في العقد الرضائي التعبير عن إرادتهم بأي شكل من أشكال التعبير، وقد يتفقان على إفراغ هذا التصرف في محرر مكتوب أي أن تكون الشكلية واجبة بالإتفاق لا بحكم القانون، وهذا ما يعرف بالشكل الإتفاقي، فهل يعد هذا التصرف شكليا أم رضائيا ؟

نميز بين حالتين هما:

الحالة الأولى:

اتفاق الأطراف على إفراغ تصرفهم في شكل معين، القصد منه إعداد دليل لإثبات تصرفهم ولا يؤثر في كون التصرف رضائيا، وأن هذا الشكل الإتفاقي لا علاقة بالشكل القانوني الذي يعد ركنا لإنعقاد التصرف القانوني الشكلي .

الحالة الثانية:

اتفاق الاطراف على جعل الشكل ركنا لانعقاد التصرف.

يرى فريق من الفقه أنه عند اتفاق الطرفين على اشتراط الشكل لانعقاد التصرف فيعتبر هذا التصرف شكليا ويؤدي بذلك الى تحويل هذا التصرف الرضائي الى تصرف شكلي.

بينما فريق آخر يرى بأن الشكل الإتفاقي يختلف عن الشكل المفروض قانونا ولا يؤدي إلى تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي.

---

[1] الأمر 75/59 المؤرخ 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

تقول في هذا الدكتورة شيخ سناء **(اذا كان العقد رضائيا في اصله فإنه لا يتحول إلى عقد شكلي بمجرد اتفاق الاطراف على افراغه بشكل خاص، لأن لجوء الأطراف الى هذا الشكل يعد اختياريا حرا من جانبه لطريقة التعبير عن ارادتهم دون ان يفرض عليهم القانون ذلك، تطبيقا لمبدأ الرضائية)**[1].

و طالما أن الأطراف لا يستطيعون تحويل التصرف الشكلي إلى تصرف رضائي فإنهم لا يستطيعون تحويل التصرف الرضائي إلى تصرف شكلي و تبقى التصرفات التي تخضع للشكل الاتفاقي تصرفات رضائية.

الفرع الثاني: الغاية من الشكلية

تطرقنا فيما سبق أن المشرع قيد حرية المتعاقدين في اختيار طريقة التعبير عن الإرادة في بعض التصرفات القانونية ،حيث فرض شكلية محددة إستوجب الإلتزام بها حتى يرتب العقد آثاره القانونية وذلك من أجل تحقيق أغراض و أهداف متنوعة تختلف عما كانت عليه في القوانين القديمة حماية للمصلحة العامة كحسن سير المرافق العامة و توجيه إقتصاد الدولة و تنظيم الملكية العقارية ... الخ أو حماية للمصالح الخاصة كحماية طرفي التصرف أو حماية الغير الذين يمسهم هذا التصرف.

أولا: الشكلية لحماية المصلحة الخاصة:

نظرا لأهمية بعض التصرفات القانونية و خطورتها كالتصرفات الواردة على العقارات و المحلات التجارية و من أجل حماية المصالح الخاصة للأفراد المتعاقدين أو الغير اوجب المشرع افراغ هذه التصرفات في شكل رسمي.

1-حماية المتعاقدين (أطراف العقد):

من أهداف الشكلية حماية أطراف العقد من التسرع و عدم التريث في إبرام العقد حيث تدعوه إلى التريث و الإمعان و التفكير في ماهية هذا التصرف و مدى خطورته والآثار المترتبة عليه فالرضائية قد تؤدي إلى إغفال هذه المسائل ذات الأهمية البالغة كأن يغفل المتعاقد ولا يحتاط من سوء نية المتعاقد الآخر و هذا ما قد يهدد وجود و صحة العقد.

المشرع الجزائري اشترط الشكل الرسمي في بعض التصرفات القانونية ذات الأهمية الكبيرة كالتصرفات الواردة على الأملاك العقارية و المحلات التجارية وعقود الشركات حيث إشترط تحرير مثل تلك العقود من طرف الموثق ضمانة لتحقيق مصالح طرفي العقد وخاصة الطرف الضعيف وذلك بتنبيههم إلى خطورة هذه التصرفات و الإلتزامات المترتبة عنها و تجنيبهم المفاجأت المستقبلية.

---

[1] شيخ سناء، المرجع السابق،ص21.

و في هذا يقول الدكتور علي فيلالي (الشكلية كفيلة لحماية إرادة المتعاقدين على سلامة التراضي، طالما أن الكتابة الرسمية لها من الخصائص ما تجعل الشكلية جديرة بأن يطمئن إليها المتعاقدين طالما ان الموثق ملزم بأرشاد اطراف التعاقد و تقديم لهم النصائح، ضف إلى ذلك أن الكتابة الرسمية تجنب الأطراف المتعاقدة من إحتمالات الإنكار أو النسيان لأحد أطراف التعاقد[1] .

كما أن عيوب الرضا تقل أو تكاد تنعدم في التصرفات الشكلية عنها في التصرفات الرضائية و يتجلى ذلك في وقاية المتعاقد من التسرع والوقوع في الغلط، كما أن الإكراه نادر في التصرفات الرسمية.

التصرف الشكلي يسمح أيضا بتحديد دقيق لتاريخ و مكان إبرام التصرفات القانونية حيث تتجلى أهمية تحديدها من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق عليه إذا صدر قانون جديد يلغي أو يعدل القانون السابق مثال ذلك بيع العقار كان يعتبر تصرفا رضائيا قبل صدور قانون توثيق لسنة 1970 [2]وبعد صدور هذا القانون أصبح بيع العقار تصرفا شكليا يجب تحريره لدى الموثق لكي يصح[3].

كذلك تحديد تاريخ التصرف يسمح بمعرفة أهلية الأطراف وكذا تحديد ما إذا كان الإيجاب مازال قائما عند صدور القبول كأن يكون قد سقط أو عدل عنه أو أن الموجب قد توفي قبل وصول القبول، إلى جانب ذلك فإن تاريخ التصرف يسمح بمعرفة تاريخ تنفيذ التصرف ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، كما يسمح بمعرفة آجال سريان التقادم الذي يبدأ في الأصل من تاريخ تنفيذ العقد.

أما بالنسبة لمكان إبرام التصرف فيسمح بمعرفة المحكمة المختصة إقليميا بالفصل في النزاع الذي قد ينشأ عنه.

2-حماية الغير

تهدف الشكلية إلى حماية الغير من خلال إطلاعه على التصرفات المبرمة بين المتعاقدين ،حيث أصبح لهذه الشكلية دورا وقائيا يتجاوز أطراف العقد إلى كل من يمس هذا التصرف مصالحه.

لقد جعل المشرع أموال المدين كلها ضامنة للوفاء بديونه فمن مصلحة الدائن أن يعلم بكل ما يطرأ على هذا الضمان العام للحفاظ على حقوقه كرفع دعوى عدم النفاذ وهذا ما نصت عليه المادة 191 من القانون المدني الجزائري **(لكل دائن حل دينه و صدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه إذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين أو زاد من التزاماته وترتب عسر المدين أو الزيادة في عسره).**

---

1 فيلالي علي ،المرجع السابق،ص302.

[2] الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1971/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق.

[3] زواوي محمود، المرجع السابق،ص 36.

وعليه أخضع المشرع التصرفات الهامة إلى نظام الشهر مثل التصرفات الواردة على العقارات وكذا عقود إنشاء الشركات و المعاملات الواردة على السفن لذلك استلزم القانون شهرها، ولكي يتم إشهار هذه التصرفات يتعين تحريرها في سند رسمي مكتوب.

ثانيا: الشكلية لحماية المصلحة العامة:

لا تقتصر الشكلية على حماية المصلحة الخاصة فحسب بل تمتد الى حماية و تحقيق المصلحة العامة وذلك بحماية جميع الأشخاص الذين يبرمون التصرفات الشكلية، حيث تعتبر من مقتضيات النظام العام إذ إنها لا يقتصر مجالها على المسائل المتعلقة بتنظيم الدولة و المصالح العمومية و إنما تمتد إلى المجال الإقتصادي وذلك بتنظيم الملكية العقارية و المعاملات التجارية بهدف ترقية الحياة الاقتصادية و إنتعاشها، إذ أصبح من الضروري ان تقوم الدولة بمراقبة كافة أنواع العلاقات الاجتماعية و كل التصرفات الهامة التي يقوم بها الأشخاص.

اتفق المتخصصون في مجال القانون على أن للشكلية عدة مقاصد لحماية المصلحة العامة نلخصها في النقاط التالية:

1-الشكلية وسيلة رقابة:

من بين مهام الدولة في العصر الحديث قيامها بالإشراف و المراقبة على كافة العلاقات الاجتماعية و كل التصرفات الهامة التي يقوم بها الأشخاص العامة والخاصة، بالإضافة إلى دورها في التوجيه الاقتصادي الشامل الذي اصطبحت تضطلع به الدولة الحديثة وذلك بتدخلها في مختلف جوانب الحياة الاقتصادية والاجتماعية، ويتجلى هذا الدور فيما يلي :

أ- على المستوى القضائي:

أو ما يعرف بالرقابة القضائية، حيث يتولى القضاء بالإضافة إلى النظر في المنازعات بالقيام بمدى قانونية التصرفات و مطابقتها للشروط الشكلية و الموضوعية المحددة قانونا.

في التصرفات الرضائية يصعب التأكد من مدى مخالفتها للقواعد القانونية عكسها في التصرفات الشكلية التي تمكن القاضي من تقصي الحقيقة و فرض الجزاء على مخالفة القانون بإبطال هذه التصرفات أو حتى فرض عقوبات.

اذن الشكلية تجسد ارادة المتعاقدين بصورة واضحة مما يسهل إجراء الرقابة على مدى مراقبتها للقانون.

ب- على المستوى الإداري:

تمارس الدولة الرقابة الإدارية بواسطة مختلف مؤسساتها الإدارية، حيث لها أثر حاسم و فعال في الحياة العملية، فالنسبة للتصرفات ذات الدور الهام في السياسة الاقتصادية للدولة يشترط لصحة إجراءها الحصول على ترخيص اداري مسبق.

اهمية هذه التصرفات في الحياة الاقتصادية و الإجتماعية جعلت المشرع يخضعها لهذه الإجراءات الإدارية المتمثلة في التراخيص و التصريحات، وقد رتب المشرع جزاءات في حال مخالفة هذه الشكلية الإدارية.

الرقابة الإدارية تتم بواسطة سجلات معينة كالسجل العقاري الذي يسمح بالرقابة على تداول العقارات وكذا السجل التجاري الذي يسمح بالرقابة على الشركات التجارية التي لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد القيد في هذا السجل، ومنها أيضا سجل السفن الذي يسمح بالرقابة على العمليات الواردة على السفن مثل البيع و الرهن.

هذه الشكليات الإدارية تفرض عادة التصرفات الهامة التي يشترك فيها المشرع الشكلية كركن لصحتها[1].

الشكلية أداة للأمن و الائتمان:

يعد عمل الأمن و الائتمان و الاستقرار في المعاملات هو الركيزة التي تتوقف عليها الحياة الاقتصادية و الاجتماعية في المجتمع، فمجرد الخوف من إندلاع حرب أهلية أو دولية ينعكس سلبا على تلك المعاملات و حتى مجرد الشك في وضعية قانونية معينة يؤدي بالفرد الى الإحجام عنها. فمثل هذه المعاملات بحاجة إلى الاستقرار لذا يجب أن يتسم إنتقال الأموال فيها بالوضوح و الشفافية خاصة تلك المتعلقة بالعقارات والمحلات التجارية[2].

للشكلية أهمية بالغة في تشجيع الائتمان و تحقيق الإستقرار في المعاملات المدنية و التجارية، فالمعاملات المدنية يكون الدائن فيها مطمئنا لإستيفاء حقوقه متى كان هذا الدين محررا بصفة رسمية يكون في مركز أكثر قوة حيث يستطيع التنفيذ به دون الحاجة لإستصدار حكم قضائي[3]، و نفس الأمر بالنسبة للمعاملات التجارية فالأوراق التجارية تعتبر أداة ممتازة تحقق الإئتمان نظرا لأن الشكلية فيها مبسطة سهلة الإنشاء و سريعة التداول تحقق بذلك حاجات التجارية، و من ذلك لجوء التجار للمحرر

---

[1] زواوي محمود، المرجع السابق،ص 27.

[2] شيخ سناء، المرجع السابق،ص44.

[3] بطيمي حسين، المرجع السابق، ص17

الكتابي في معاملاتهم ما هو إلا دليل على الدور الذي تلعبه الشكلية في تحقيق الإئتمان و حماية الدائن في استيفاء حقوقه.

2-تسهيل مهمة القضاء:

في حال لجوء طرفي العقد للقضاء يسعى القاضي لمعرفة النية المشتركة لطرفي النزاع، و إن كان الأصل ان الإثبات يقع على من ادعى، فإن القاضي يلجئ إلى ما قدمه المتقاضين من أدلة لإدعائهم فهو يطمئن مباشرة لما قدم إليه من أدلة مكتوبة، فإذا كان التصرف شكليا تسهل بذلك مهمة القاضي في اكتشاف النية المشتركة للمتعاقدين و تحديد التزامات و حقوق كلا منهما فيما إذا كان الشكل رسميا صادرا عن أحد مساعدي القضاء وهو الموثق بصفته شاهد ممتاز، فالعقد الرسمي له الحجية المطلقة في الإثبات لا يمكن دحضه إلا بالطعن بالتزوير، ومنه تسهل مهمة القاضي في تقصي الحقيقة بأبسط الوسائل.

إما إذا كان التصرف رضائيا تم إجرائه شفاهة ففي هذه الحالة لا يمكن الإعتماد على ادعاءات الأطراف وحده للوصول إلى الحقيقة، و يقع على القاضي عبئ إستنتاج حقيقة ما اتفق طرفا النزاع عليه و إثبات ما يدعونه من خلال ظروف الواقع وخاصة عن طريق القرائن.

وهنا تظهر خطورة تخلف الشكل من حيث حدوث أي إهمال او تسرع يؤدي إلى نتائج خطيرة ضر بمصلحة الأطراف اذا لم تكن مقاصد الأطراف تتجه إليه عند إنشاء هذا التصرف.

3-حماية المعاملات العقارية و التجارية:

نظرا للأهمية البالغة التي تكتسيها المعاملات الواردة على العقارات وكذا التصرفات الواردة في المجال التجاري، فقد فرض المشرع رسمية في تلك التصرفات الهامة حماية لها، نوردها فيما يلي :

أ-بالنسبة للمعاملات العقارية:

دعما لإستقرار الملكية العقارية و المعاملات الواردة عليها اتجهت الدولة لوضع نصوص تشريعية وتنظيمية لتوفير الحماية القانونية لها.

لأن الملكية العقارية من الثروات القومية للبلاد، وحتى يتسنى للدولة مراقبة انتقال هذه الملكية العقارية وطرق إستغلالها كذا لتمكنها من تحصيل إيرادات لفائدة الخزينة العمومية متمثلة في الضرائب و الرسوم وحقوق التسجيل كان لابد من تبني الرسمية، فلو تركت تلك المعاملات بالرضائية لما تسنى للدولة حماية حقوق الخزينة العمومية سواء تعلق الأمر بالقطاع الصناعي أو الحضري أو الفلاحي[1].

[1] شيخ سناء،المرجع السابق،ص45.

و تزداد أهمية حماية الملكية العقارية بدخول الجزائر اقتصاد السوق و ما يتطلب ذلك من استثمارات تقتضي وجود عقارات لها سندات رسمية تكون محلا للإستثمار الوطني أو الأجنبي، حيث طلب صندوق النقد الدولي في تقريره الخاص بالجزائر و المتعلق بالسياسة الإقتصادية و النقدية بضرورة التعجيل من عملية المسح العقاري، لتعزيز الأساس القانوني لشهر الممتلكات خاصة نظام الشهر العيني لكل ملكية عقارية على حدى يكون بمثابة بطاقة تعريف و تحديد هوية للعين المملوكة.

فالمعاملات الواردة على العقارات يستطيع كل من له مصلحة الإطلاع عليها في مكتب الشهر العقاري، و هو ما قامت به الجزائر[1].

ب- بالنسبة للمعاملات التجارية:

اتفق التشريع والقضاء الجزائري في مجال التصرفات القانونية التجارية الهامة ان تتم بموجب محرر رسمي تحت طائلة البطلان المطلق خاصة منها التصرفات الواردة على المحل التجاري وكذا الشركات التجارية.

وتطبيقا للمادة 79 من القانون التجاري الجزائري فإن كل التصرفات الواردة على المحل التجاري الغير مستوفية للرسمية تعد باطلة، وهذا ما تؤكده القواعد العامة للإثبات في المادة 324 من القانون المدني الجزائري وكذا أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر من الغرفة المجتمعة بتاريخ 1997/02/28 المتضمن بطلان عقد بيع محل تجاري بموجب عقد عرفي[2].

و فيما يتعلق بالشركات التجارية قررت الغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1992/06/07 انه لا يمكن إثبات التنازل عن حصص الشركاء إلا بموجب عقد رسمي.

المطلب الثاني: تمييز الشكل عن بعض النظم المشابهة له

لتحديد ماهية الشكل في التصرفات القانونية الشكلية يستوجب علينا أن نميز بين الشكل كركن لإنعقاد التصرف القانوني وبين الشكل المتطلب للإثبات، وبين شكليات آخرى كالتسجيل و الشهر

الفرع الأول: التمييز بين الشكلية كركن للإنعقاد والشكلية المتطلبة للإثبات

الشكلية في التصرفات القانونية تعني أمرين إما أن تشترط لصحة التصرفات القانونية والتي من بينها العقود إتباع إجراءات قانونية معينة حتى يعتبر التصرف صحيحا منتجا لآثاره ، وبالتالي هي ركن لانعقاد العقد .أما الأمر الثاني فيقصد بها اشتراط القانون إضفاء صيغة معينة للعقد من أجل قبوله في الإثبات، ويكون حجة على أطرافه والغير في حالة نشوب نزاع.

---

[1] بطيمي حسين،المرجع السابق،ص 20.

إن الشكل كركن لإنعقاد التصرف القانوني يختلف عن الشكل المتطلب كدليل إثبات أمام القضاء.حيث أوجب المشرع الجزائري الكتابة بوجه عام كوسيلة للإثبات في التصرفات القانونية ذات صفة المعاملات المدنية التي تفوق قيمتها 000 100 دج وذلك حسب نص المادة 333 فقرة1 من القانون المدني الجزائري[1].أما الشكلية كركن لإنعقاد التصرف تحت طائلة البطلان ،نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

كما توجد نصوص أخرى نصت صراحة على وجوب الكتابة كوسيلة إثبات في بعض التصرفات كعقد الكفالة و عقد الصلح ... الخ.

و تتجلى أوجه الإختلاف بين الشكل كركن لإنعقاد التصرف القانوني و بين الشكل كوسيلة للإثبات فيما يلي :

- نظم المشرع الجزائري الشكل كركن لإنعقاد التصرف القانوني في القسم الثاني من الفصل الثاني من الباب الأول من القانون المدني المعنون (شروط العقد)، بينما نظم القواعد التي تحكم إثبات التصرفات القانونية في الباب السادس من الكتاب الثاني من القانون المدني المعنون (إثبات الإلتزام).
- أوجب المشرع في بعض التصرفات القانونية أسلوبا محددا للتعبير عن الارادة وجعلها كشرط لإنعقاد التصرف ولا يجوز للمتعاقدين الإتفاق على خلاف ذلك، أما الكتابة كوسيلة إثبات في التصرفات القانونية يجوز للمتعاقدين إستبعادها أو إستبدالها بطرق الإثبات الأخرى كون قواعد الإثبات ليست من النظام العام.
- الشكلية كركن لإنعقاد التصرف تظهر وقت إبرامه بينما الكتابة كدليل اثبات لا تظهر وظيفتها الا في حال وقوع نزاع بين طرفي العقد.
- الشكل المفروض قانونا لإبرام التصرف يؤدي تخلفه إلى عدم صحة هذا التصرف و بطلانه أما الكتابة للإثبات فتخلفها لا يؤثر على صحة التصرف و انما يؤدي الى صعوبة اثباتها.

الفرع الثاني: التمييز بين الشكلية و التسجيل

إن الشكل المتطلب لوجوب التصرف القانوني يختلف عن إجراء التسجيل في عدة أوجه نوجزها فيما يلي:

- إن الشكل إجراء قانونا كونه ركن من أركان تكوين العقد في بعض التصرفات القانونية بينما التسجيل هو إجراء جبائي إداري يتمثل في تسجيل بعض التصرفات القانونية مقابل دفع حقوق التسجيل.

---

[1] المادة 1/333 من القانون المدني الجزائري تنص على مايلي :"في غير المواد التجارية إذا كان التصرف تزيد قيمته على 000 100دج أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

- إن وظيفة الشكل كركن لانعقاد التصرف القانوني هي حماية إرادة المتعاقدين من خلال حثهم من طرف الموثق في مرحلة سابقة أو معاصرة لوقت ابرام العقد، في حين وظيفة التسجيل هي تحصيل حقوق التسجيل لصالح الخزينة العمومية وهي مرحلة لاحقة لإبرام التصرف.

- إن تخلف الشكل المتطلب قانونا لإنعقاد التصرف يؤدي إلى بطلان هذا التصرف و انعدام آثاره القانونية، في حين أن التخلف إجراء التسجيل لا يؤثر على صحة التصرف الذي يبقى قائما ومنتجا لآثاره القانونية و انما يترتب على تخلفه جزاءات جبائية و عقوبات تأديبية بالنسبة للموثق المتخلف عن مواعيد تسجيل العقود في الآجال المحددة قانونا وهذا ما نصت عليه المادة 1/93 من الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل [1].

- رغم أوجه الإختلاف المذكورة أعلاه بين الشكل والتسجيل إلا انهما إجراءان متلازمان، ذلك أنه لا يمكن اخضاع تصرفات تستوجب تسجيلها إلا إذا تم تحريرها في سند رسمي.

الفرع الثالث: التمييز بين الشكلية و الشهر

إن التصرف القانوني لا تقتصر أثاره على المتعاقدين فحسب بل تمتد إلى الغير، لذا اشترط المشرع إجراء الشهر في بعض التصرفات القانونية كوسيلة لإعلام الغير خاصة منها ذات الأهمية كالتصرفات الواردة على العقارات والتصرفات الواردة على السفن والطائرات والتصرفات الواردة على المحل التجاري.

و يتم الشهر بطرق مختلفة كالتسجيل أو القيد في سجلات معينة او النشر في الجرائد أو عن طريق الإيداع [2].

وتظهر أوجه الإختلاف بين الشكلية و إجراء الشهر فيما يلي:

- الشكل هو ركن من أركان التصرف القانوني الشكلي فرضه المشرع للتعبير عن الإرادة أما إجراء الشهر فهو إجراء خارج عن تكوين التصرف القانوني يقتضي وجود تصرف منتج لآثاره يرغب أصحابه في إعلام الغير به.
- إن الوظيفة الأساسية للشكل هي حماية الإرادة والتي تظهر وقت ابرام العقد من أجل حثهم على التفكير و التروي أما إجراء الشهر فوظيفته إعلام الغير بوجود تصرف قانوني وهذه الوظيفة تظهر في مرحلة لاحقة على ابرام التصرف القانوني، ولا يعد إجراء الشهر ركنا من اركان تكوين العقد.

---

[1] الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 يتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم المنشور في الجريدة الرسمية رقم 81 الصادرة بتاريخ 1977/12/18..

[2] زواوي محمود ، المرجع السابق،ص 51.

- إن تخلف الشكل الواجب توافره في تكوين التصرف القانوني يؤدي الى عدم صحة هذ التصرف وبطلانه بطلانا مطلقا ولا يرتب أي اثر قانوني، في حين ان تخلف اجراء الشهر لا يؤدي الى عدم صحة التصرف القانوني أو بطلانه و إنما يعطل بعض أثاره في مواجهة الغير حيث يمكن القيام بإجراء الشهر في اي وقت دون الحاجة إلى إعادة إبرام التصرف القانوني[1].

[1] شيخ سناء ، المرجع السابق،ص 75.

الفصل الثاني: أحكام الشكلية في التصرفات القانونية تشريعا و قضاءا

لقد تصدى المشرع الجزائري إلى موضوع الشكلية في التصرفات القانونية من خلال مجموعة من القوانين والنصوص الخاصة التي تطرقت إلى الشكل تارة كون عنصر جوهري في العقد إلى جانب التراضي وتارة كدليل إثبات (المبحث الأول) كما عرف موقف الاجتهاد القضائي اختلاف وتضارب في الأحكام و القرارات القضائية (المبحث الثاني) .

المبحث الأول: الشكلية في التصرفات القانونية وفق التشريع الجزائري

نستعرض في هذا المبحث الشكلية في التصرفات القانونية من خلال عرض أنواع الشكلية رسمية أو عرفية وفق التشريع الجزائري، نتطرق من خلال هذا التنوع الى رغبة المشرع إشتراط أشكال معينة يفرغ فيها التعبير عن الإرادة حسب الغاية التي يهدف إلى تحقيقها.

المطلب الأول: الشكل الرسمي

من خلال استقراء المواد القانونية التي تضمنها القانون المدني الجزائري ، نجد أن الشكلية في بعض التصرفات القانونية تتخذ شكلا محددا ويجب إخضاعها إلى قواعد محددة و صارمة تحت طائلة البطلان تسمى بالشكل الرسمي (الفرع الأول) وهناك بعض التصرفات القانونية ترك المشرع للأفراد مهمة إعدادها في شكل عرفي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الشكل الرسمي

فرض المشرع الجزائري في بعض التصرفات القانونية إخضاعها إلى شكل رسمي طبقا لنص المادة 324 مكرر من الأمر رقم 88-14 المؤرخ في 3 ماي1988[1] التي تنص على مايلي:**(زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عنصرها، عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد كما يجب، تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي. وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد).**

[1] الامر 14/88 المؤرخ في 3 ماي1988 المعدل والمتمم للقانون رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني.

بالإضافة على ذلك يتعين على المتعاقدين اللجوء لموظف مختص يقوم بإعداد السند الرسمي الذي يتضمن التصرف من خلال مراعاة الشكل الذي يوجبه القانون، أي لابد من توافر شكل معين لا يتم العقد إلا باستكمال هذا الشرط، وهذا من أجل توفير الحماية القانونية سواء للمتعاقدين أو للغير أو لاعتبارات المصلحة العامة.

التصرف القانوني الشكلي يخضع لشروط شكلية وقانونية جوهرية يؤدي تخلفها إلى عدم صحته[1] ،و مثال هذه التصرفات القانونية التي يجب إفراغها في الشكل القانوني الرسمي Contrats solennels ou notariés تحت طائلة البطلان في القانون المدني الجزائري، نذكر منها التصرفات المتضمنة لنقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية وهذا طبقا لنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري.

ولكي يكتسب المحرر الذي يتضمن التصرف الشكلي صف السند الرسمي يتطلب إخضاعه إلى قواعد محددة و صارمة لضمان استجماعه لشروطه ونشؤه في صفة صحيحة [2]، حيث يقوم بكتابة هذا المحرر موظف مختص أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه وهذا طبقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثاني: شروط صحة التصرف الرسمي

يستفاد من نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري أن المشرع إشترط لصحة المحرر الرسمي توافر شروط شكلية تتمثل في صدور الورقة من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، أو أن يكون صدور المحرر في حدود سلطته وإختصاصه.

أولا: محرر العقد:

إشترط المشرع في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري أن يكون العقد الرسمي محررا من طرف موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

1- **الموظف:** تنص المادة 04 من الأمر 03/06 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية[3](**يعتبر موظفاً كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة في السلم الإداري).**

---

[1] شيخ سناء ، المرجع السابق، ص89.

[2] زواوي محمود ، المرجع السابق،ص 61 .

[3] الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة.

2- الضابط العمومي: الضابط العمومي هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود والوثائق، وتمنح له هذه الصفة بموجب نص قانوني ومثاله الموثق والمحضر القضائي[1].

وعرّفه الأستاذ فاتح جلول :"الضابط العمومي هو كل من منحه المشرع هذه الصفة وخولت له الدولة جزءا من صلاحياتها في مجال معين بحيث تعتبر المحررات الصادرة عنه والممهورة بالخاتم الرسمي كأنما صدرت من الدولة مباشرة"[2].

ومن بين الأشخاص الذين يتمتعون بصفة الضبطية العمومية الموثق والمحضر القضائي.

أ-الموثق: عرّفت المادة 3 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20[3] و المتضمن تنظيم مهنة التوثيق كما يلي **(الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة، كما يتولى استلام أصول جميع العقود والوثائق للإيداع التي حدد لها القانون هذه الصيغة او التي يود حائزها ضمان حفظها)** .

وتتمثل مهام الموثق حسب ما جاء في القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق في ما يلي:

- حفظ العقود التي يحررها أو يتسلمها للإيداع، ويسهر على تنفيذ الإجراءات المنصوص عليها قانونا لاسيما تسجيل ونشر وشهر العقود في الآجال المحددة قانونا.
- حفظ الأرشيف التوثيقي وتسييره وفقا للشروط و الكيفيات التي يتم تحديدها عن طريق التنظيم.
- تسليم نسخ تنفيذية التي حررها أو نسخا عادية منها أو المستخرجات والعقود التي لا يحتفظ بأصلها.
- التأكد من صحة العقود الموثقة وتقديم النصائح للأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها و ضمان تنفيذها.
- إعلام الأطراف عن التزاماتهم وحقوقهم و الأثار الناجمة عنها.
- التزام الموثق بالسر المهني دون إفشاء أي معلومات تخص الأطراف المتعاقدين إلا بإذن منهم.

---

[1] شيخ سناء،المرجع السابق،ص93.

[2] فاتح جلول، الحماية القانونية لخاتم الدولة في التشريع الجزائري وآفاق ترقيتها لدى الأعوان القضائيين، دار الهدى، طبعة 2012، ص84.

[3] القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، منشور في الجريدة الرسمية ، الصادرة في 2006/07/16،العدد 46 ،ص43 .

ب-المحضر القضائي:عرّفت المادة 4 من القانون 03/06[1] المؤرخ في 2006/02/20 و المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي كما يلي **(المحضر القضائي ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، على أن يكون المكتب خاضعا لشروط ومقاييس خاصة تحدد عن طريق التنظيم).**

وتتمثل مهامه حسب نصوص القانون 03/06 وذلك في نص المادة 10 منه كما يلي:

- تبليغ العقود و السندات و الإعلانات التي تنص عليها القوانين والتنظيمات ما لم يحدد القانون طريقة آخرى للتبليغ.
- تنفيذ الأوامر و الأحكام و القرارات القضائية الصادرة في جميع المجالات ماعدا المجال الجزائي، وكذا المحررات أو السندات التنفيذية.
- القيام بتحصيل الديون المستحقة وديا أو قضائيا أو قبول عرضها و إيداعها.
- القيام بمعاينات أو استجوابات أو إنذارات بناءا على أمر قضائي دون إبداء رأيه.
- يمكن إنتدابه قضائيا أو إلتماس من الخصوم بالقيام بمعاينات مادية بحتة أو إنذارات دون إستجواب أو تلقي تصريحات بناءا على طلب الأطراف.

3- شخص مكلف بخدمة عامة: هو كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أو لم يخضع له و سواء تلقى أجرا على خدمته او قام به مجانا، ومن بين هؤلاء: ضابط الحالة المدنية وجاء تعريفه في المادة 1 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 16 فبراير 1970 و المتضمن قانون الحالة المدنية[2] كما يلي: **(إن ضباط الحالة المدنية هم رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية).**

ومن بين المهام المنوطة بضباط الحالة المدنية تحرير شهادات الميلاد والوفاة، مسك السجلات لتسجيل العقود، تسجيل منطوق بعض الأحكام القضائية، ومن ذلك ما نصت عليه المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 و المتعلق بالوظيفة القنصلية[3] التي نصت على مايلي **(يمارس رئيس المركز القنصلي المهام التوثيقية)**[4] .أما الدكتور علي فيلالي فيرى أن المقصود

---

1 القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي،منشور في الجريدة الرسمية ،العدد 14، الصادرة في 2006/03/08 ،ص43 .

2 المادة 1 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 16 فبراير 1970 و المتضمن قانون الحالة المدنية.

3 المادة 38 من المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 و المتعلق بالوظيفة القنصلية.

4 المرسوم الرئاسي رقم 02/405 المؤرخ في 2002/11/26 المتعلق بالوظيفة الدبلوماسية، منشور في الجريدة الرسمية عدد 79 ص39، الصادرة في 2002/12/01.

بالأشخاص المكلفين بخدمة عامة هم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالمحضرين والموثقين والمحامين ... الخ[1] .

أما الأستاذ يحياوي يوسف فأضاف إليهم الخبراء المعتمدين من قبل المحاكم[2] .

ثانيا:سلطة إختصاص محرر العقد:

بالإضافة إلى توافر شرط صفة محرر العقد يجب ان يتقيد هذا الأخير بحدود سلطته و إختصاصه، ويقصد بالسلطة أن تكون لمحرر العقد الولاية و الأهلية لتحرير الأوراق الرسمية[3] .

و المقصود بالولاية أن تكون ولاية محرر العقد قائمة وقت تحرير الورقة الرسمية وهذا بعد تعيينه و أدائه اليمين القانونية، اما بخصوص الأهلية فهو عدم وجود مانع من تحرير العقد ومثال ذلك تحرير الموثق عقود رسمية لفائدة أقاربه أو أصهاره.

أما المقصود بالاختصاص فهو أن يكون محرر العقد مختص بإصداره اختصاصا نوعيا و اختصاصا مكانيا.

-**الإختصاص النوعي:** يشترط القانون أن يكون محرر الورقة الرسمية مختص من الناحية الموضوعية بنوع الورقة التي يقوم بتحريرها مثال ذلك إختصاص القاضي بإصدار الأحكام القضائية، والموثق بكتابة التصرفات القانونية في شكل محرر رسمي، و ضابط الحالة المدنية بتحرير عقود الزواج وشهادة الميلاد والوفاة[4] ، حددت مهام ضابط الحالة المدنية المادة 03 من الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 و المتعلق بالحالة المدنية ، أما المادة 03 من القانون رقم 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق حددت مهام الموثق.

-**الإختصاص المكاني :** يتحدد إختصاص محرر الورقة الرسمية بمكان تواجد عمله فضابط الحالة المدنية لا يجوز له تحرير شهادة الإقامة لشخص غير تابع لبلديته (المادة 04 من الأمر 20/70 المؤرخ في 1970/02/19 المتعلق بالحالة المدنية) ،ويتحدد إختصاص المحضر القضائي وفق المجلس القضائي التابع له (المادة 02/02 من الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي).أما الموثق فيمتد اختصاصه الإقليمي إلى كامل تراب الوطني (المادة 02 فقرة01 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق) و للتذكير فقد

---

[1] فيلالي علي، المرجع السابق،ص299.

[2] يحياوي يوسف،الشكلية غير المباشرة و أثرها على فاعلية العقود، مذكرة ماجستير في القانون الخاص في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2014/2013 ،ص18.

[3] بطيمي حسين، المرجع السايق ،ص 38.

4 بطيمي حسين، المرجع السابق،ص 39.

كان الإختصاص الإقليمي للموثق في ظل الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 منحصرا في دائرة اختصاص المحكمة التي عين فيها.

ثالثا:الشروط القانونية الواجب توفرها في المحرر الرسمي:

يجب أن تكون الأوراق الرسمية محررة طبقا للأشكال التي نص عليها القانون وفقا لمقتضيات المادة 324 من القانون المدني الجزائري جاءت بموجب التعديل للقانون المدني لسنة 1988 بالقانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 مايو 1988 (**العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه).**

هذه الشكليات التي تسمح بتفسير قرينة الرسمية التي تتمتع بها هذه الأوراق[1] .

وقد بين القانون لكل نوع من الأوراق الرسمية أوضاعا وأشكالا وهي تختلف من محرر لآخر حسب نوعية التصرف (بيع أو هبة إيجار ... الخ)، وتتمثل غالبا في بيانات ملزمة يجب أن يحتوي عليها المحرر الرسمي وهي تشمل نوعين من البيانات:

أ- البيانات العامة :

يجب أن يتضمن كل تصرف رسمي مجموعة من البيانات وهي:

إسم ولقب الموثق الذي قام بتحرير التصرف وموطنه و أسماء وألقاب أطراف التصرف وصفة الأطراف كأطراف أصلية في التصرف أو بالنيابة ومهنهم وعناوينهم، أسماء وألقاب الشهود، وذكر تاريخ السند بالسنة و الشهر واليوم بالأحرف، وذكر قيام الموثق بتلاوة مضمون التصرف على الأطراف، وتوقيع الموثق والأطراف والشهود.

إن عدم مراعاة هذه البيانات يؤدي إلى بطلان التصرف القانوني الشكلي.

ب- البيانات الخاصة:

وهي بيانات تتعلق بكل تصرف على حدى كذكر نوع التصرف (بيع أو هبة ... الخ)، فإذا كان التصرف واردا على بيع عقار وجب ذكر حدود العقار ومساحته ... الخ، وإذا كان التصرف عقد شركة وجب ذكر البيانات المتعلقة بهذا العقد كعدد الشركاء و إسم وعنوان الشركة ونوعها ومبلغ رأسمالها ... الخ.

إن عدم ذكر هذه البيانات يؤدي إلى بطلان المحرر إذا نص المشرع على ذلك، كما هو الشأن بالنسبة للبيانات الواجبة الذكر بالنسبة للرهن الرسمي أو البيانات الجوهرية التي يجب ان يتضمنها عقد الشركة.

---

[1] يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية، طبعة1، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1981 ، ص100.

الفرع الثالث: آثار الرسمية

عندما تكتمل الورقة الرسمية بإتباع الشروط القانونية المنصوص عليها فإنه يترتب عليها إكتسابها حجية في الإثبات و أيضا قوة تنفيذية.

أولا: حجية الورقة الرسمية في الإثبات:

عندما تحرر الورقة الرسمية بصفة قانونية صادرة من أشخاص مختصين فتكون لهذه الورقة الرسمية حجية خاصة بها، بحيث لا يطلب ممن يحتج بها بأن يثبت صحتها ولكن على من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها.

وبذلك تكون للورقة قرينتان :

قرينة بسلامتها المادية و أخرى بصدورها عن الأشخاص الذين وقعوا عليها وهم الأشخاص الذين لهم سلطة إصدارها وأصحاب الشأن.

ويشترط في الورقة الرسمية أن يكون مظهرها الخارجي سليما غير مشوب بعيوب كالحشر والنحو من غير تصديق وإلا جاز للمحكمة أن تسقط قيمتها الإثباتية أو تنقصها من تلقاء نفسها، ومتى ثبت للمحرر صفة الرسمية كان له حجية في الإثبات فيما بين الطرفين أو بالنسبة للغير.

1- حجية المحرر الرسمي بالنسبة للطرفين:

نصت المادة 324 مكرر5 من القانون المدني الجزائري على ما يلي **(يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني).**

يستفاد من نص المادة أن حجية المحرر الرسمي قاطعة لا تقبل إثبات عكسها إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

2- حجية المحرر الرسمي بالنسبة للغير:

نصت المادة 324 مكرر6 من القانون المدني الجزائري على ما يلي **(يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن).**

يستفاد من نص المادة أن حجية المحرر الرسمي تنحصر على أطراف العقد أو ورثتهم أو ذوي الشأن، في حين ان المحرر الرسمي حجة على الغير وهذا ما يستفاد من نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري حيث نجد انها قررت الحجية على وجه الإطلاق والعموم[1] ، بحيث يسري هذا التصرف القانوني ويحتج به نحو الغير ولا يجوز دحضه إلا عن طريق التزوير، وهذا ما أكده القضاء في الجزائر

[1] دحماني لطيفة، المرجع السابق ،ص48.

في عدة قضايا منها قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1996/07/17 **(من المقرر قانونا انه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني)**[1] .

ثانيا: القوة التنفيذية للمحرر الرسمي:

نصت المادة 31 من قانون التوثيق رقم02/06 المتضمن مهنة الموثق على مايلي: **(تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقا للتشريع المعمول به، ويسري عليها ما يسري على تنفيذ الأحكام القضائية ويؤثر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية).**

يستفاد من نص المادة أن المشرع الجزائري خوّل للموثق وضع الصيغة التنفيذية على المحررات الرسمية واجبة التنفيذ، والصيغة التنفيذية التي توضع على المحرر الرسمي هي أمر موجه إلى المحضرين القضائيين بإجراء التنفيذ ،وإلى النيابة العامة والقوة العمومية للمساعدة على إجرائه طبقا لنص المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09/08[2].

إن تخويل المشرع للموثقين سلطة منح القوة التنفيذية للعقود الرسمية جاء من باب الثقة التي وضعها فيهم وكذا النزاهة والكفاءة التي يمتاز بها الموثق، مما دفع بالمشرع بحث الأفراد بالتوجه إلى مكاتب الموثقين لتحرير العقود التي تمنح لهم حقوق طلب تنفيذها دون اللجوء إلى القضاء[3].

كما أن المشرع خاصة بعض العقود التي يمكن أن تكون محل للتنفيذ و ممهورة بالصيغة التنفيذية من أهمها: عقد الإيجار، القروض، الودائع، الاعتراف بالدين، الهبات، العارية، الرهون، الوقف، البيع[4].

أما فيما يتعلق بتنفيذ العقود والسندات الرسمية في الجزائر فقد إستحدث المشرع في المواد من 605 إلى 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري إجراءات أكثر مرونة ووضع شروط شكلية وموضوعية تسمح للقاضي بإصدار حكم قضائي ممهور بالصيغة التنفيذية صادر عن محكمة مقر المجلس، ويعد هذا الإجراء القضائي بمثابة رقابة على السندات وقابليتها للتنفيذ في الجزائر تماشيا مع المعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول.

---

1 قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 176564، الصادر بتاريخ:1998/11/18،المجلة القضائية،سنة1999،العدد1 ،ص102.

2 القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،منشور في الجريدة الرسمية ،عدد21، السادرة بتاريخ 2008/04/23.

3 بطيمي حسين، المرجع السابق، ص 54.

4 بطيمي حسين ، المرجع السابق،46.

ثالثا: جزاء تخلف الشكل الرسمي في التشريع الجزائري:

إن نص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري واضح و صريح في أنه يترتب على تخلف الشكل الرسمي في التصرفات التي تتضمن نقل ملكية عقارية او حقوق عقارية، وكذا العقود التي تتضمن نقل ملكية محلات تجارية أ ومؤسسات صناعية او عنصر من عناصرها، وكذلك العقود التي تتضمن التنازل عن اسهم وحصص في شركة مدنية او تجارية بطلان ذلك التصرف، مما يدل دلالة قاطعة على ان الشكلية هنا لم تشترط للإثبات بل للإنعقاد، فالشكل الرسمي ركن في العقد ،والمراد بالبطلان هنا هو البطلان المطلق لأنه لو كان الأمر يتعلق بالبطلان النسبي لبين المشرع لمصلحة من تقرر هذا البطلان كما قد بينه في بيع ملك الغير، حيث قرر بطلانه لمصلحة المشتري الذي يملك وحده الحق في التمسك به طبقا لنص المادة 397 من القانون المدني الجزائر، اما البطلان الذي اوردته المادة 324 مكرر1 لتخلف الشكل فتقرر لكل ذي مصلحة أو من له حق يتأثر بوجود العقد بزواله.

ويجوز للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة وذلك طبقا لنص المادة 102 من القانون المدني الجزائري[1].

المطلب الثاني: الشكل العرفي

الشكل العرفي هو الشكل الذي إستلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات القانونية وترك مهمة إعداده للأفراد دون تدخل من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة[2] ، ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من التصرفات القانونية في الكتابة العرفية لا غير[3].

نصت المادة 327 من القانون المدني الجزائري قبل تعديلها حررت في ظل الأمر رقم 75-458 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 على ما يلي **(يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء. أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار. ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق).**

ويستفاد من هذه المادة أن العقد العرفي يتطلب توافر شرطين هما:

الكتابة بخط يد المتعاقد الذي ينسب إليه الخط من جهة، وتوقيعه على المحرر من جهة ثانية.

---

[1] دحماني لطيفة ، المرجع السابق ، ص 174.

[2] شيخ سناء ، المرجع السابق،ص 131.

[3] فيلالي علي ، المرجع السابق،ص312.

[4] الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

لكن بعد تعديل المادة 327 بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 تراجع المشرع و اكتفى بأحد الشرطين فقط فكانت الصياغة الجديدة للمادة السالفة الذكر كما يلي **(يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة بإصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه. أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة لمن تلقوا منه هذا الحق. ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 01 أعلاه).**

إلا أن الدكتور علي فيلالي في كتابه (الالتزامات النظرية العامة للعقد) أثار عدة تساؤلات ناتجة عن صياغة نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري باللغة العربية، حول إشتراط الكتابة أو التوقيع أو البصمة مع العلم أن الكتابة بدون توقيع ليست لها أي قيمة، وبين الصياغة باللغة الفرنسية للنص التي لا تثير هذا الإشكال طالما أنها تشترط الكتابة والتوقيع أو البصمة[1].

كما يرى أيضا أن مراجعة المشرع لنص المادة 327 جاء من اجل إضافة التوقيع بالبصمة التي أغفلتها الصياغة القديمة وكذا إضافة فقرة جديدة والتي تقر بالإمضاء الإلكتروني[2] .

ومن أمثلة هذه التصرفات الشكلية العرفية نجد عقد الإيجار الذي أصبح بعد تعديل أحكام القانون المدني عقد شكلي عرفي وذلك حسب نص المادة 467 مكرر من القانون المدني الجزائري **(ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا)**[3] .

نذكر أيضا العقد مرتب مدى الحياة طبقا لنص المادة 615 من القانون المدني الجزائري **(العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا و هذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع).**

إن الشكل العرفي يشمل الورقة العرفية المكتوبة على الورق والورقة العرفية المكتوبة على الشكل الإلكتروني.

الفرع الأول: الورقة العرفية المكتوبة على الورق

اشترط المشرع في صياغة بعض التصرفات القانونية العرفية في ورقة مكتوبة، وترك مهمة إعدادها إلى الأفراد دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولابد من توافر شروط في هذه الورقة العرفية لكي تكون لها حجية في الإثبات بالنسبة للمتعاقدين أو الغير.

---

[1] فيلالي علي ،المرجع السابق،ص23.

[2] فيلالي علي، المرجع السابق، ص312.

[3] أضيفت المادة بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري.

أولا: الشروط المطلوبة قانونا في الورقة العرفية المكتوبة على الورق:

إشترطت المادة 327 من القانون المدني الجزائري (المعدلة) شرطين أساسيين لصحة المحرر العرفي كشكل للتصرف القانوني هما: الكتابة والتوقيع.

1- الكتابة:

لم يشترط المشرع أي شرط في الكتابة لا من حيث اللغة ولا من حيث طريقة التحرير، وتصح الكتابة بخط اليد أو بأي وسيلة من وسائل الطباعة بشرط أن تكون الكتابة واضحة ومفهومة.

لم يشترط المشرع أن تتضمن الورقة العرفية ذكر بيانات إلزامية أو مراعاة أشكال معينة، فلا يلزم ذكر إسم من حرر الورقة أو مكان تحرير هذه الورقة أو اشتراط كتابة التاريخ إلا في حالات معينة، وإن للتاريخ أهمية لما قد يحدث من تغيير في حالة فقدان الأهلية أو نقصانها في مواجهة الغير.

ليس لزاما حضور الشهود عند تحرير الورقة العرفية وإن كان حضورهم مفيد من أجل الشهادة في حالة إنكار الورقة العرفية عند الإثبات.

إن وجود التحشير والكتابة بين الأسطر أو على الهامش أو المحو لا يؤثر على صحة الورقة العرفية، وتقدير مدى صحة هذه الورقة يرجع إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

لم يحدد المشرع فيها شكلا محددا بل إشترط أن تكون الكتابة مقصودة من جانب المتصرف باعتبارها شكلا للتعبير عن الإرادة والهدف منها حماية إرادة المتصرف.

2- التوقيع:

يقصد به توقيع أطراف التصرف القانوني على المحرر المدون فيه الوقائع القانونية المنسوبة إليه، ويعد هذا التوقيع شرطا جوهريا في المحرر العرفي وذلك حسب نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري، لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحبها ويضمن إقرار الموقع لما هو مدون على الورقة العرفية، كما يعد دليلا مباشرا على حصول التراضي في إنشائها[1] ، فالتوقيع يعد العنصر المادي الملموس الذي يدل قطعا على وجود التصرف القانوني[2] .

ولقد حددت المادة 327 من القانون المدني الجزائري أساليب التوقيع على الأوراق العرفية فتكون إما بالإمضاء باليد من خلال وضع أي علامة أو إشارة اعتاد الشخص على استعمالها للتعبير على الموافقة

---

[1] شيخ سناء ، المرجع السابق، ص 135.

[2] زواوي محمود ، المرجع السابق ، ص 95.

على وقائع قانونية أو تصرفات قانونية، او كتابة الإسم واللقب أو اسم الشهرة الذي اعتاد استخدامه في ابرام التصرفات القانونية.

كما أن المشرع لم يشترط شكلا خاصا في التوقيع وإنما أن يكون بخط يد من قام بإبرام هذا التصرف الشكلي، حيث يعد التوقيع عملا شخصيا لا يجوز الإنابة فيه أو التوكيل. أما التوقيع بالبصمة على الورقة العرفية فأضافه المشرع الجزائري عند تعديل المادة 327 من القانون المدني من أجل مساعدة الأشخاص الذين يجهلون الكتابة والقراءة للتعبير عن الإرادة بالتوقيع بالبصمة[1].

ثانيا: حجية الورقة العرفية المكتوبة على الورق:

يجب ان تحدد قيمة هذه بالورقة العرفية للإدلاء بها في مواجهة المتعاقدين او الغير

1. حجية الورقة العرفية بالنسبة للأطراف:

من خلال قراءة المادة 327 من القانون المدني الجزائري (المعدلة) المذكورة سالفا نميز بين حجية الورقة العرفية في مواجهة الطرفين وبين حجيتها في مواجهة الخلف.

فبالنسبة للطرفين فإن حجية الورقة العرفية متوقفة على عدم إنكاره صراحة ما نسب إليه من خط او توقيع أو بصمة، فيصبح لهذه الورقة العرفية حجية كالمحرر الرسمي، ولا يجوز دحض حجية هذه الورقة العرفية بعد عدم إنكارها صراحة إلا بالطعن بالتزوير، أما في حالة إنكار الشخص لما ينسب إليه من كتابة او توقيع فتسقط عن هذه الورقة العرفية حجتها مؤقتا.

2. حجية الورقة العرفية بالنسبة للخلف العام أو الورثة:

يستخلص من نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري أن ورثة المتعاقد أو خلفه، لا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط او الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه الحق، ونزول حجية الورقة العرفية مؤقتا،ويتعين على المتمسك بها إثبات صدور الورقة العرفية ممن تنسب إليه بإجراء مضاهاة الخطوط طبقا لمقتضيات المادة 164 و 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ومنه فإن المحرر العرفي المثبت للعقد الذي لا ينكر فيه الخصم صدور المحرر منه وتوقيعه أو أثبته خصمه ضده بعد إنكاره، ولا يطعن في التصرف الذي يتضمنه فيكون دليل إثبات كامل وصحيح[2] كما أكدت ذلك الغرفة المدنية بالمحكمة العليا في قرار لها صادر بتاريخ 1985/02/06 و هو مانص عليه المشرع الجزائري في المادة 327 على أنه (**إن المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ماهو منسوب إليه من خط، أو إمضاء اما ورثته أو خلفه فيكفي ان يحلفوا يمينا بأنهم**

[1] بطيمي حسين ، المرجع السابق، ص 50.

[2] دحماني لطيفة، المرجع السابق، ص 61.

لا يعلمون بأن الخط أو الإمضاء هو لمن تلقوا منه الحق، ومن ثم فإن القضاء مما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون)[1] .

كما يبقى للخصم الإدعاء بالطعن بالتزوير في المحرر العرفي[2].

3. حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير:

نصت المادة 328 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: **(لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا:**

- من يوم تسجيله.

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

– من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة).

ومنه حددت هذه المادة الحالات التي يكون فيها تاريخ الورقة العرفية ثابتا ويحتج بها في مواجهة الغير وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: تسجيل الورقة العرفية

ويقصد بالتسجيل قيد ملخص الورقة العرفية لدى إدارة التسجيل والطابع لدى المفتشية المختصة بمديرية الضرائب، هذا التسجيل يعطي الورقة العرفية تاريخا ثابتا يدل على أنه أبرم قبل ذلك التاريخ حتما، ولا يمكن للغير الطعن في تاريخ التسجيل إلا بالطعن بالتزوير[3] ، ومع صدور قانون المالية لسنة 1992 منع المشرع الجزائري تسجيل العقود العرفية، و أخضع فقط العقود الرسمية لتلك الإجراءات[4] ، وهذا ما أكده القضاء في الجزائر في القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 315271 الصادر بتاريخ 2005/12/21 الذي جاء فيه **(يكون تاريخ العقد العرفي ثابتا من تاريخ تسجيله بمصلحة التسجيل التابعة لوزارة المالية).**

---

[1] قرار منشور بالمجلة القضائية لسنة 1990، عدد4 ص61.

[2] يحي بكوش، المرجع السابق، ص138.

[3] يحي بكوش ، المرجع السابق،ص42.

[4] بطيمي حسين،المرجع السابق،ص 53.

كما أن التسجيل لا يكسب العقد العرفي صفة رسمية وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 62624 المؤرخ في 1990/09/24 الذي جاء فيه **(إن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد به التسجيل هو إثبات التاريخ فقط).**

الحالة الثانية: إثبات مضمون المحرر العرفي في عقد رسمي

يكون للمحرر العرفي تاريخ ثابت في حالة إذا تم إفراغ مضمونه في محرر رسمي كالأحكام القضائية والعقود التوثيقية، ومثال ذلك الحكم القضائي المثبت بالتصرفات الواردة في الورقة العرفية (إيجار، بيع ...الخ)

الحالة الثالثة: التأشير على المحرر العرفي من طرف موظف عام مختص

وتحقق هذه الحالة كالتصديق على الورقة العرفية من طرف ضابط الحالة المدنية بحيث يصبح تاريخ المصادقة تاريخا ثابتا للورقة العرفية، أو يؤشر عليه من طرف قابض الرسوم من أجل تحصيل الرسم عليه وبالتالي يصبح للورقة العرفية تاريخ ثابت[1].

الحالة الرابعة: وفاة أحد الذين لهم على المحرر خط أو إمضاء

يعد تاريخ وفاة أحد الأشخاص الذين وضعوا خطهم أو توقيعهم على الورقة العرفية هو التاريخ الثابت لها، وذلك دليل على أن الورقة العرفية كانت موجودة قبل حصول واقعة الوفاة، ويستوي أن يكون الشخص المتوفي بصفته طرفا في الورقة العرفية أو شاهدا أو غير ذلك.

الفرع الثاني: الورقة العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني

مع ظهور شبكة الإنترنت اتجه الأفراد لإبرام تصرفاتهم القانونية المدنية والتجارية وغيرها من المعاملات القانونية عبر هذه الشبكة، وذلك لما تتيحه من نقل للمعلومات وإجراء هذه المعاملات أيا كان موقع الأطراف، حيث ظهرت الكتابة الالكترونية وحلت محل الكتابة التقليدية أين يتم وضع المعلومات في صورة رقمية وتخزينها كبيانات الكترونية على ممغنطة و أقراص مدمجة[2] .

ويستوي إفراغ التصرف في ورقة عرفية بالكتابة في الشكل الإلكتروني مع الكتابة على الورق لكن لابد من توافر بعض الشروط في الشكل الإلكتروني لتكون لها حجية في الإثبات.

---

[1] زهدور محمد، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، طبعة 1991،ص 39.

[2] محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة ومدى حجيتها في الاثبات، نشأت المعارف بالاسكندرية ، الطبعة 2008، ص153 و 156.

أولا: الشروط الواجب توفرها في الورقة العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني :

1. الكتابة الإلكترونية:

جاءت المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري ونصت على ما يلي **(ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها)**[1] ثم جاءت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري تنص على **(يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها)**[2].

يستفاد من هاتين المادتين أن المشرع الجزائري أخذ بالكتابة الإلكترونية إلى جانب الكتابة العادية، وأضفى عليها حجية الورقة العرفية شريطة التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

شروط الكتابة الإلكترونية:

يجب توافر شروط معينة في الكتابة الإلكترونية حتى يعتد بها كركن لإنعقاد التصرف القانوني أو كوسيلة لإثباته، نوجزها فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون الكتابة مقروءة

أي ان تكون مدونة بحروف او رموز او إشارات معروفة ومفهومة وهذا ما نصت عليه المادة 323 مكرر المذكورة سالفا.

الشرط الثاني: ان تكون الكتابة مستمرة

اي ان تدون الكتابة على دعامة تحفظها لفترة زمنية طويلة ويمكن الرجوع إليها عند الحاجة، وذلك من خلال حفظها في ذاكرة حاسوب أو أقراص ممغنطة او بريد الكتروني.

الشرط الثالث: عدم قابلية الكتابة للتعديل

إن الورقة المكتوبة على الورق تتوقف صحتها على خلوها من العيوب المادية كالحشو والشطب، وهذه العيوب سهلة الاكتشاف في الكتابة التقليدية ويمكن معرفة وقوع تزوير او تغيير فيها، في حين ان الكتابة الإلكترونية ونظرا لطبيعتها الخاصة يمكن تعديل هذا المحرر بالإلغاء او الإضافة دون ترك أثر مادي، ويصعب اكتشاف هذه العيوب في الكتابة الالكترونية.

---

[1] المادة 323 مكرر أضيفت بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20.

[2] المادة 323 مكرر1 أضيفت بموجب القانون 05-10 المؤرخ في 2005/06/20.

2. التوقيع الالكتروني:

يعد التوقيع الالكتروني شكلا جديدا للتوقيع يتماشى وطبيعة المعاملات الإلكترونية، حيث يعد شرطا جوهريا في الورقة العرفية لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع ويعتبر دليلا ماديا على حصول التراضي في إنشاءه، وأن إرادة المتعاقد قد اتجهت الى اعتماد الكتابة و الإلتزام بها.

ومن خلال استقراء نصوص التشريع الجزائري لم يعرف المشرع التوقيع الإلكتروني وإنما نص في المادة 2/327 من التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمثل بتحديد حجية هذا التوقيع وشروط إكتساب هذه الحجية[1] .

أما القانون المدني الفرنسي فجاءت المادة 4/1316 تنص كما يلي **(عندما يكون التوقيع إلكترونيا فيجب أن يتم بإستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالتصرف الذي وقع عليه)**[2].

أما القانون المصري ففي المادة 1 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات فنص بأنه **(ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام او رموز او إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره).**

من خلال هذه التعاريف السابقة يعرف التوقيع بأنه ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام او رموز او إشارات او غيرها ويكون لها طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره، وهذا ما يميزه عن التوقيع التقليدي الذي يكون بخط اليد أو ببصمة الإبصع ويتم على دعامة تتمثل في ورقة[3] .

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني :

تتعدد هذه الصور بحسب الوسيلة او التقنية التي تستخدم في إنشائها وهي كالآتي:

الصورة الأولى: التوقيع بالماسح الضوئي أو بالقلم الإلكتروني

هذا النوع يقوم على فكرة نقل التوقيع اليدوي من الدعامة الورقية إلى الدعامة الالكترونية بواسطة الماسح الضوئي (scanner) و يخزن هذا التوقيع بدعامة الكترونية (مذكرة الحاسوب أو أقراص ممغنطة او أقراص ضوئية مكتنزة)، ثم يوضع على الورقة الالكترونية.

---

[1] عدلت بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005.

[2] مضافة بموجب القانون رقم 230/2000 المؤرخ في 2000/03/13

[3] شيخ سناء ، المرجع السابق، ص 149 إلى 156.

اما التوقيع بالقلم الإلكتروني فيتم بقيام الموقع بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم الكتروني ضوئي خاص يمكنه من الكتابة على شاشة جهاز الحاسوب عن طريق برنامج خاص[1].

ويعاب على هذا النوع من التوقيع انه لا يتمتع بالأمان ويمكن للمرسل اليه الإحتفاظ بنسخة من التوقيع وإعادة استعماله.

الصورة الثانية : التوقيع البيومتري

يعتمد هذا النوع من التوقيع على القياسات الحيوية أو الخواص الذاتية (بصمة الإصبع او قزحية العين او البصمة الصوتية للشخص او غير ذلك من الصفات الجسدية) [2].

الصورة الثالثة: التوقيع الكودي

يتم باستخدام مجموعة من الأرقام والحروف أو كليهما، يختارها الموقع بشكل سري لتحديد هويته وشخصيته تركب بشكل كودي معين لا يعلمه إلا صاحب التوقيع ومن يبلغه بها، ويعتمد هذا التوقيع على المفتاح واحد للتشفير وفك التشفير[3] .

الصورة الرابعة: التوقيع الرقمي

يعتمد أساسا على التشفير من خلال إعداد معادلات رياضية معقدة، يتحول بموجبها المحرر المكتوب من الكتابة العادية إلى معادلة رياضية، فلا يملك بالتالي إعادة هذه الحالة إلى وضعها الطبيعي الا من يملك المعادلة الخاصة بذلك والتي يطلق عليها المفتاح [4].

يتميز هذا التوقيع بقدر كبير من السرية والأمان طالما انه يقوم على استخدام طريقة حسابية باستعمال مفتاحين مختلفين **(مفتاح للتشفير العام معروف لدى الكافة، ومفتاح خاص يحتفظ به الشخص الذي أنشأه)**[5] .

---

[1] زهدور كوثر، التوقيع لالكتروني وحجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا، مذكرة ماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2008/2007، ص134-135.

[2] اسامة روبي، عبد العزيز روبي، الأحكام الجزائية للإثبات بالدليل الكتابي في المواد المدنية، دراسة تحليلة مقارنة مع قواعد الإثبات ونظام التوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية مصر، سنة 2002، ص46-47 – أشارت اليه د.سناء شيخ، ص151.

[3] مزاري رشيد، كيفية تعامل إدارات التشريع مع مقتضيات إحكام التجارة الالكترونية، مقال منشور بنشرة القضاء، عدد 64 ،الجزء 1 ، سنة 2009، ص170.

[4] أسامة روبي ، عبدالعزيز روبي ، المرجع السابق،ص 48.

[5] زهدور كوثر، المرجع السابق، ص131-132.

وتتمثل وظيفة التوقيع الرقمي في اثبات الشخص الذي وقع الوثيقة الالكترونية وتحديدها بشكل لا يحتمل التغيير، ومن ثم فهو يحقق وظيفة التوقيع العادي التقليدي[1].

ثانيا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

من خلال الرجوع إلى احكام المادة 2/327 من القانون المدني الجزائري **(ويعتد بالتوقيع الإلكتروني، وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه)** وبالرجوع لنص المادة 323 مكرر 1 من نفس القانون نجدها تقضي بما يلي **(يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات في الكتابة على ورق، بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها).**

يستفاد من نص هاتين المادتين أنه لابد من توافر شرطين أساسين حتى ينتج التوقيع الإلكتروني أثاره القانونية:

ثالثا: شروط صحة التوقيع الإلكتروني

الشرط الأول: ضرورة معرفة هوية الموقع من خلال التوقيع

نص المشرع الجزائري على حجية الورقة العرفية والتوقيع الالكتروني متى تم التأكد من هوية الموقع على المحرر الإلكتروني، إلا انه لم يضع نظاما خاصا يحدد ضابط الفنية والتقنية التي تحكم إنشاء التوقيع، فله طابع متفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره باستخدام تقنية آمنة تضمن ذلك، وهو ما عالجه المشرع الفرنسي في المادة 4/1316 من قانون التوقيع الإلكتروني الصادر سنة 2000، ثم اصدر بعد ذلك القرار رقم 272/2001 بتاريخ 2001/03/30 الذي اشترط في التوقيع الإلكتروني حتى يكون صحيحا أن يكون تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره وأن تصدر بشأنه شهادة تصديق معتمدة من جهة مختصة تكون بمثابة هوية الكترونية للموقع.

الشرط الثاني: ضرورة الحفاظ على صحة المحرر الإلكتروني الموقع

إن المشرع الجزائري اوجب أن تحفظ الورقة لالكترونية المتضمنة للتوقيع الالكتروني من لحظة إنشائها إلى لحظة وصولها إلى المرسل إليه وتحققه من صحتها، غير انه لم يحدد كيفية الحفاظ على صحة التوقيع الالكتروني خلافا للنظم القانونية الغربية، حيث نص المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 272/2001 المؤرخ في 2001/03/30 على ضرورة إصدار شهادة تفيد صحة التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية من جهة مختصة، يتم التأكد فيها على حفظ التوقيع الإلكتروني من لحظة التصديق

[1] مزاري رشيد، المرجع السابق، ص170.

الى لحظة الإرسال و الحفاظ على البيانات الالكترونية على دعامات الكترونية ثابتة لا يمكن تغييرها وعلى كيفية حفظها[1] .

رابعا: قوة التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

من خلال الرجوع لنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري المذكورة سالفا نستخلص انه متى توافرت الشروط اللازمة لصحة التوقيع الإلكتروني اكتسبت الورقة الالكترونية نفس الحجية التي منحها المشرع للورقة العرفية التقليدية، ومن ثم يتبين ان المشرع لم يضف ضمنيا على الورقة الإلكترونية صفة الرسمية[2].

كما أن الورقة الإلكترونية حجية في مواجهة الأطراف متى اعترف الخصم بصدور ورقة الكترونية منه، او أثبتها خصمه ضده بعد إنكاره، وتصبح هذه الأخيرة كالورقة الرسمية فيما يتعلق بسلامتها المادية وكذا في مدى حجيتها في مواجهة الغير متى كان لها تاريخ ثابت.

المبحث الثاني: أهم مجالات تطبيق الشكلية في التصرفات القانونية وموقف القضاء الجزائري منها.

نتطرق في هذا المبحث إلى أهم تطبيقات الشكلية في التصرفات القانونية، سواء تلك المتعلقة بالشكل الرسمي أو بالشكل العرفي، طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري وبعض النصوص الخاصة وذلك في (المطلب الأول) ونستعرض كذلك موقف القضاء الجزائري من الشكلية في التصرفات القانونية، من خلال ابراز أهم المبادئ والمواقف التي رسخها في احكامه وقراراته في (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجالات تطبيق الشكلية في العقود

لقد جاءت نصوص القانون المدني الجزائري بمجموع من التصرفات القانونية امر فيها القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي خاصة تلك التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة (الفرع الأول)

الفرع الأول: تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود

نصت المادتين 12و13 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق، اذ تنص المادة 12 من الأمر السابق على **(زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، فإنّ العقود التي تتضمن نقل عقارات أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو**

---

[1] شيخ سناء ، المرجع السابق، ص155-156.

[2] بطيمي حسين ، المرجع السابق، ص62.

عقود إيجار زراعية أو تجارية ... يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في الشكل الرسمي مع دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد).

أما المادة 13 من نفس الأمر جاءت تكملة لنص المادة السابقة اذ تنص **(يجب إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعد رسمي وذلك تحت طائلة البطلان، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الموثق المحرر للعقد).**

وعليه فبعد صدور الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق،أخضع المشرع تلك التصرفات القانونية التي أشارت إليها المادة 12 من الأمر السالف الذكر إلى إفراغ مضمون التصرف في شكل رسمي تحت طائلة البطلان والذي قد بدأ العمل به ابتداء من 1971/01/01.

وبمقتضى القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 ادخل المشرع الجزائري مضمون المادتين 12و 13 المذكورتين أعلاه في المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، التي تعتبر مجال تطبيق المادة 324 من نفس القانون والتي جاءت بتعريف العقد الرسمي وتحدد شروط صحته[1].

يستفاد من نص المادة 324 مكرر1 ان العقود التي يأمر القانون بإخضاعها الى الشكل الرسمي هي كالاتي :

- العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار او حقوق عقارية وتشمل البيع والمقايضة والهبة والرهن الرسمي.
- العقود التي تتضمن نقل ملكية محلات تجارية أو مؤسسات صناعية أو عنصر من عناصرها، فبيع المحل التجاري يخضع للشكل الرسمي وهذا ما أكدته المادة 79 من القانون التجاري الجزائري.
- العقود التي تتضمن التنازل عن أسهم أو حصص في الشركة، سواء كانت الشركة تجارية او مدنية، وتخضع ايضا لهذا الحكم العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة وهذا ما أكدته المادة 418 من القانون المدني الجزائري.
- عقود الإيجار التجارية والزراعية.
- عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية هذا ما أكدته المادة 3/203 من القانون التجاري الجزائري

هذه العقود الواردة في المادة 324 مكرر1 هي عقود شكلية لا تنعقد ولا تثبت إلا إذا توافر فيها الشكل الرسمي، فإذا تخلف كان جزاء ذلك هو البطلان المطلق.

[1] دحماني لطيفة ،المرجع السابق،ص 67.

وعليه سنتطرق إلى اهم التصرفات القانونية الشكلية التي وردت في المادة 324 مكرر1 نوجزها في مايلي:

أولا:الشكلية في العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية:

اشترط المشرع الجزائري في عقد البيع الواقع على عقار أن يتم في شكل رسمي، وهذا ما أكدته المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، والتي كرستها المادة 324 مكرر1 من القانون المدني المضافة بموجب القانون رقم 14/88 المؤرخ في 1988/05/03 المذكورة أعلاه.

ومنه فإن المشرع الجزائري اوجب إفراغ العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار او حقوق عقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، وبالتالي فإن عقد البيع الذي محله عقارا ليس عقدا رضائيا بل عقدا شكليا يتطلب قانونا إفراغه في شكل رسمي لينعقد صحيحا، فالشكل الرسمي هو ركن من أركان تكوين العقد الذي يتضمن نقل ملكية العقار أو الحقوق العقارية.

وبالإضافة الى الكتابة الرسمية يجب دفع الثمن فور إبرام العقد لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد[1].

كما جاءت بعض النصوص الخاصة مؤكدة على الشكلية الرسمية في العقود الواقعة على العقار نذكر منها المادة 61 من المرسوم رقم 76-63 المؤرخ 1976/03/15 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي تنص **(وكل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب ان يقدم على الشكل الرسمي)**، وهذه المادة ضمن الباب الرابع المتعلق بالتدابير الرامية إلى ضبط مجموعة البطاقات العقارية، فمن بين ضوابط التي شدد على إحترامها المشرع الجزائري أن كل العقود التي هي محل اجراء الشهر العقاري يجب ان يقدم المحافظ في شكل رسمي.

كما نصت المادتين من نفس المرسوم على بعض احكام الشهر العقاري مفادهما ان العقود الواردة على حق الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الآخرى لا وجود لها بالنسبة للغير ولا بين الأطراف الا من تاريخ نشرها في البطاقات العقارية، مما يستوجب تدخل الموثق لإفراغ مثل هذه التصرفات في شكل رسمي.

وجاءت ايضا المادة 29 من القانون رثم 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري على ما يلي **(تثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية الحقوق العينية بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري)**.

---

[1] شيخ سناء ، المرجع السابق،ص 194.

- **جزاء تخلف الشكلية في التصرفات الواردة على العقارات:**

بناءا على نص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري فإن تخلف الشكلية الرسمية في التصرفات الواردة على العقارات والتي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية آخرى (بيع او رهن رسمي او هبة او مقايضة ... الخ) يترتب عنه البطلان المطلق للعقد.

والعقد الباطل هو عقد معدوم ولا يحتاج الى حكم قضائي لتقرير بطلانه، فإن اقتضى الأمر استصدار حكم بالبطلان فإن هذا الحكم يكشف عن البطلان ولا يقرره[1] .

ثانيا:الشكلية في عقد الشركة:

يتضح من نص المادة 324 مكرر1 والتي وضعت مبدأ عام في كل الشركات التجارية والمدنية مفاده فرض الشكلية الرسمية في إنشاء العقد المؤسس للشركة وكذا في التعديلات التي تطرأ عليها.

وإلى جانب ذلك اخضع المشرع عقد الشركة لإجراء الشهر وذلك من اجل إعلام الغير بإنشاء الشركة وميلادها قبل الإقدام على التعامل معها، وهذا ما نصت عليه المادة 549 من القانون التجاري الجزائري والتي تنص على إخضاع الشركات التجارية لإجراء الشهر، وكذا المادة 417 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالشركات المدنية والتي توجب استيفاء إجراء الشهر الذي نص عليه القانون لإكتساب هذه الشركات الشخصية المعنوية.

كما تنص المادة 418 فقرة1 من القانون المدني الجزائري على أنه (**يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن به نفس الشكل الذي يكتسب ذلك العقد).**

يستفاد من نص هذه المادة أن عقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا و إلا كان عقد الشركة باطلا بطلانا مطلقا وكذلك كل تعديل يطرأ على عقدها.

نذكر أيضا المادة 1/545 من القانون التجاري الجزائري والتي تنص **(تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة...)**، والمادة 12 من قانون التوثيق من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون التوثيق المذكورة أعلاه، وكذلك المادة 13 من نفس القانون التي جاءت مكملة لنص المادة السابقة بنصها **(يجب إثبات العقود المؤسسة او المعدلة للشركة بعقد رسمي، وذلك تحت طائلة البطلان، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الموثق المحرر للعقد).**

[1] موالك بختة ، المرجع السابق ، ص 857.

ومنه فإن عقد الشركة يخضع لعدد من الشكليات أهمها: الكتابة الرسمية والشهر و القيد في السجل التجاري، والغاية من اشتراط المشرع للشكلية راجع لأن الشركة تقوم بمشاريع اقتصادية ضخمة ولها تأثير في الحياة الإقتصادية و الإجتماعية العامة، مما يستوجب إحكام الرقابة عليها هذا من جهة، ومن جهة آخرى كون عقد الشركة من العقود المستمرة والتي تستغرق فترة طويلة، وتتضمن هذه العقود حصص و أسهم وأقسام وأرباح وخسائر مما يستدعي حفظ هذه العناصر بأحسن وسيلة وهذا ما دفع بالمشرع إلى إلزامية افراغها في محرر مكتوب[1] .

بالإضافة إلى استلزام المشرع شهر عقد الشركة في صحيفة الإعلانات القانونية وكذا في الجرائد العادية بالإضافة الى قيدها في المركز الوطني للسجل التجاري، وكل هذه العمليات لا تتم إلا إذا كان عقد الشركة مكتوبا.

جزاء تخلف الشكلية في عقد الشركة :

نصت المواد 324 مكرر1 و 418 من القانون المدني الجزائري والمادة 545 من القانون التجاري الجزائري والمادتين 12و 13 من قانون التوثيق 70-91 المذكور سالفا صراحة على بطلان عقد الشركة اذا لم يكن مكتوبا، والكتابة هنا ركن للإنعقاد الى جانب الأركان الأخرى وليست للإثبات، حتى يؤدي عدم مراعاتها الى بطلان العقد بطلانا مطلقا، يتمسك به كل من له مصلحة ويحكم به القاضي من تلقاء نفسه ولا يرد عليه التصحيح، كما ان تعديل عقد الشركة أو التنازل عن الحصص والأسهم فيها يكون بنفس الشكل الرسمي الذي استوجبه المشرع لإنشائها[2] .

الفرع الثاني: تطبيقات الشكلية العرفية في العقود

أولا-الكتابة في عقد الإيجار:

أ. الكتابة في عقد الإيجار طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري:

تنص المادة 467 مكرر من القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 و المتضمن القانون المدني الجزائري على ما يلي **(ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا).**

يستفاد من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري إشترط الكتابة في عقد الإيجار من أجل أن يكون صحيحا ومنتجا لأثاره القانونية، دون أن يحدد المشرع نوع الكتابة التي يتم بها، فقد ينعقد بالكتابة الرسمية أو بالكتابة العرفية، فالشرط الأساسي هو أن يفرغ العقد في محرر مكتوب،و يفهم من ذلك أن عقد الإيجار عقد شكلي وليس عقد رضائي.

---

[1] أحمد محرز ، القانون التجاري الجزائري ،الشركات التجارية،ص 55.

[2] زواوي محمود ، المرجع السابق،ص 85.

عقد الإيجار قبل تعديل القانون المدني لسنة 2007 كان عقدا رضائيا ينعقد بمجرد تراضي الطرفين ولا يخضع إلى شكل معين، حيث أضاف المشرع الجزائري المادة 467 مكرر والتي تنص على أن عقد الإيجار عقد شكلي أي يجب إفراغ مضمون هذا العقد في قالب شكلي.

ب. إنعقاد عقد الإيجار طبق نموذج مكتوب في المرسوم التشريعي 03/93

تصن المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 1993/03/01 والمتعلق بالنشاط التجاري على ما يلي **(تجسد العلاقات بين المؤجرين والمستأجرين وجوبا في عقد إيجار طبقا للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتابيا بتاريخ مسمى)**.

يستفاد من نص هذه المادة ان المشرع إشترط الكتابة حسب نموذج موحد لإنعقاد عقد الإيجار، ولم يحدد المشرع نوع الكتابة التي يتم بها إذ لم يبين إن كان هذا العقد يحرر رسميا أمام الموثق أم يكتفى بالكتابة العرفية.

و للإشارة نميز بين احكام هذه الشكلية المنصوص عليها في المادة 21 من المرسوم التشريعي رقم 03/93 والمتعلق بالنشاط العقاري تطبق على عقود الإيجار الواردة على الأملاك العقارية التابعة للدولة.

أما المادة 467 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي بعد التعديل بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 2007/05/13 والتي تنص على عقد الإيجار المبرم بين الأفراد.

ج- عقد الإيجار المبرم بموجب المرسوم رقم 76-147 :

تنص المادة 02 من المرسوم رقم 76-147 المؤرخ في 1976/10/23 الذي يتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري على ما يلي **(تبرم إجارة المنازل المشار إليها في المادة السابقة لموجب عقد طبقا للأحكام المنصوص عليها فيما بعد وحسب النموذج المرفق بالملحق)**[1].

يستفاد من نص هذه المادة أن عقد الإيجار المبرم بين المستأجر والمؤجر ديوان الترقية والتسيير العقاري والمتضمن ايجار السكنات الإجتماعية هو عقد شكلي يتم بموجب محرر مكتوب حسب نموذج معين، ويستثنى من تطبيق هذا المرسوم رقم 76-147 المحلات المهنية، وهذا ما أكدته المحكمة العليا بقرار لها ملف رقم 117880 المؤرخ في 1995/03/14 والذي قضت فيه بما يلي **(عقد الإيجار المبرم بين المستأجر وديوان الترقية والتسيير العقاري لايثبت إلا بموجب عقد مكتوب محرر حسب نموذج معين**

[1] المرسوم رقم 147/76 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري.

عملا بما جاء في المادة 02 المن المرسوم رقم 76-147 المؤرخ في 1976/10/23، وان الإحتجاج بوصولات الإيجار غير ممكن في غياب عقد الإيجار)[1].

ويستخلص من نص المادة 02 من الرسوم 76-147 وقرار المحكمة العليا أن الشكلية في عقد الإيجار ركن لصحة لإنعقاد عقد الإيجار وليس شرطا للإثبات.

و إلى جانب عقود الإيجار السالفة الذكر، توجد عقود إيجار واقعة على أملاك الدولة، ولم يبين المشرع كيف تكون كيفية إبرامها إلا أن هذا النوع من العقود تخضع حسب قانون البلدية إلى إجراء مداولة وقد تكون الكتابة على شكل قرار أو مقرر أو شهادة أو الإكتفاء بوصل الإيجار.أما عقد الإيجار الواقع على أملاك تسيرها مديرية أملاك الدولة التابعة لوزارة المالية فيكون عقد الإيجار فيها محرر بموجب قرار تخصيص صادر عن هذه الإدارة[2] .

ثانيا-الكتابة في عقد مرتب مدى الحياة

نصت المادة 615 من القانون المدني الجزائري على أنه :**(العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا و هذا دون الإخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود التبرع).**

يستفاد من نص المادة السالفة الذكر أن المشرع اخضع عقد المرتب مدى الحياة إلى إفراغ العقد في محرر مكتوب لكي ينعقد صحيحا ويرتب أثاره القانونية ،هذا دون أن يحدد المشرع الكتابة المتطلبة للإنعقاد رسمية أو عرفية ،كما يفهم من نص المادة السالفة الذكر أن عقد المرتب مدى الحياة شكلي وليس رضائي.والحكمة من ذلك أن عقد المرتب مدى الحياة تصرف احتمالي ، ويتضمن حقوق و إلتزامات تتوقف على وفاة أحد الأطراف مما يستلزم كتابة هذا العقد في محرر مكتوب من أجل حماية حقوق الأطراف و حفظها كونه الوسيلة الأمثل بدل أن يكون العقد رضائيا .

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكلية في التصرفات القانونية

تعتبر الشكلية في التصرفات القانونية التي يفرضها المشرع من المسائل القانونية التي تخضع للرقابة المحكمة العليا،

ولقد ساد تناقض وتضارب في قرارات المجالس والمحاكم في المنازعات المتعلقة بهذا النوع من التصرفات القانونية حول الاعتراف بالعقد العرفي في البيع الوارد على العقار في ظا الاجتهاد القضائي القديم

---

[1] ذيب عبد السلام، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الطبعة 01، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية،2001 ، ص58.

2 ذيب عبدالسلام ، المرجع السابق،ص 60.

سندرسه في (الفرع الأول) وكذلك موقف الاجتهاد القضائي الحديث حول الشكلية كركن من أركان التصرفات الواردة على العقار سندرسه في (االفرع الثاني).

الفرع الأول : الشكلية في ظل الإجتهاد القضائي القديم

عرّفت الشكلية في ظل الإجتهاد القضائي القديم وجود فترتين زمنيتين، نوجزها في مايلي:

الفترة الأولى: الإعتراف بالشكل العرفي في البيع الوارد على العقار

ساد فيها الإعتراف بالشكل العرفي في البيع الوارد على العقار، كما تميزت هذه الفترة بالإستمرار بالعمل بالتشريعات الفرنسية إلا ما يخالف السيادة الوطنية، ومن بينها القانون المدني الفرنسي والأمر رقم 22/55 المؤرخ في 1955/01/04 والمتعلق بإجراء الشهر العقاري خاصة الحقوق المتعلقة بالعقارات من رهون وامتيازات، حيث تنص المادة 1582 من القانون المدني الفرنسي **(البيع هو الإتفاق الذي يكون فيه أحد الأطراف يجيز تسليم الشيء للمتعاقد الأخر الذي يقدم الثمن، يمكن أن ينشأ بعقد رسمي أو بعقد عرفي)**.

كما تنص المادة 1583 على أن **(الملكية تنتقل إلى المشتري منذ اللحظة التي يتم فيها الإتفاق على الشيء والثمن ولو لم يسلم الشيء أو يدفع الثمن)**.

يستفاد من المادتين السالفتين للذكر أن انتقال الملكية فورا منذ لحظة إبرام العقد وليس من لحظة تسليم الشيء المبيع أو دفع الثمن، حيث أخذ المشرع صراحة بالشكلية العرفية والشكلية الرسمية في تكوين العقد[1].

أما في العقود الواردة على الحقوق العينية العقارية فأخضعها المشرع الفرنسي إلى أن تحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان إذا كان هذا العقد محلا للشهر، وهذا ما نصت عليه المادة 04 من الأمر 22/55 السالف الذكر كما يلي **(كل عقد يكون محلا للشهر امام أحد المكاتب العقارية يجب أن يحرر في شكل رسمي)**.

إذن فقد سار الإجتهاد القضائي الجزائري على هذا النهج والعمل بالأمر 22/55 السالف الذكر إلى غاية صدور الأمر رقم 70/91 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق، حيث أكدت الغرفة المدنية للمحكمة العليا في عدة قرارات لها منها القرار المؤرخ في 1982/02/03 على ما يلي **(العقد العرفي تحت سلطة التشريع القديم له قيمته القانونية في مادة البيوع العقارية، ويعود لقضاة الموضوع التحقق من شروط صحته)**، وكذلك نصت في قرار آخر مؤرخ في 1983/02/06 بما يلي **(إذا كان للمجلس الأخذ بعين الإعتبار**

[1] دحماني لطيفة ،المرجع السابق،ص122.

عقد عرفي حرر في 1970/06/12 يتعلق ببيع عقار، كإثبات للمعاملة يعود له الأمر لأداء اليمين اذا كان هذا العقد لا ينازع فيه، وكان مطابقا لترتيبات المادة 327 من القانون المدني).

الفترة الثانية: رفض الشكل العرفي في البيع الوارد على العقار

تميزت هذه الفترة بصدور الأمر 91-70 المؤرخ في 1970/12/15 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق وإلغاء العمل بالقوانين الفرنسية، وهو ما ألقى بظلاله على الإجتهاد القضائي الجزائري.

هذا الأمر السالف الذكر أخضع التصرفات القانونية وخاصة منها الواردة على المعاملات العقارية وجوب إفراغ محررها في شكل رسمي، وهذا ما نصت عليه المادتين 12و13 منه، وهو ما أكدته ايضا الأحكام والقرارات القضائية وقرارات المحكمة العليا بأن العقد العرفي المحرر بعد صدور الأمر 91-70 لا يكون صحيحا لإثبات بيع العقار، حيث نجد قرار الغرفة المدنية للمحكمة العليا المؤرخ في 1981/10/21 جاء فيه **(أن العقد المتضمن نقل او تحويل الملكية العقارية يجب ان يكون مثبتا في شكل رسمي وأن يدفع الثمن بين يدي الموثق، والعقد العرفي لا يثبت إلا وعد، وأنه يمكن للمالك طلب تجسيد البيع بعقد موثق ولكن في حالة عدم التنفيذ لا يستطيع إلا طلب التعويض).**

وكذلك بالقرار المؤرخ في 1982/07/04 ملف رقم 25699 حيث جاء فيه **(المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 1970/12/15 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار تحت طائلة البطلان).**

وقرار الغرفة التجارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1983/05/07 الذي جاء فيه **(بناءا 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 وذلك تحت طائلة البطلان).**

الفرع الثاني: الشكلية في ظل الإجتهاد القضائي الحديث

لقد كانت أحكام وقرارات القضاء الجزائري إلى غاية صدور القرار المبدأ للمحكمة العليا بهيئة الغرفة المجتمعة السالف ذكره، تؤكد أن الشكلية الرسمية التي أوجبها المشرع لا تعتبر ركنا من أركان العقد التي نصت عليها المادة 12 من الأمر 70-91 والتي استخلفت بالمادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري بموجب الأمر 88-14.

ولقد ظهرت عدة أراء فقهية و اجتهادات قضائية حول تكييف الشكلية الرسمية المنصوص عليها في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، لقد ذهب فريق إلى تكييف الشكل الرسمي بأنه ليس ركنا من أركان العقد ولا يؤثر على صحة عقد البيع الوارد على العقار، بل فرضه المشرع من أجل الإثبات، وهذا ما أكدته الغرفة التجارية للمحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1989/04/30، ملف رقم

53630 قضت فيه بـ **(وحيث أن الوعد بالبيع تنكره المطعون ضدها ولم تقدم الطاعنة ما يبرر ما إتفق عليه الطرفين، وفق ما تقتضيه المادتين 59 و 72 من القانون المدني الجزائري المحتج بها، وعلما أن موضوع بيع القاعدة التجارية أو الوعد ببيعها يخضع لأحكام المادة 79 من القانون التجاري الجزائري التي تشترط إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان)**[1]، ويستفاد من هذا القرار أن المحكمة العليا كيفت الشكل الرسمي لإثبات التصرف فقط وليس ركن إنعقاد للتصرف.

أما الفريق الثاني فيرى أن الشكلية الرسمية التي تنص عليها المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري هي شكلية من أجل نقل الملكية، وحسب هذا الرأي فقط جزئت عملية البيع إلى قسمين:

القسم الأول عقد بيع صحيح في شكل عرفي، والقسم الثاني وهو المحرر الناقل للملكية الذي يخضع للشكل الرسمي، وهذا ما أكده مجلس قضاء معسكر في قراره المؤرخ في 1994 حيث قضى فيه بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين الطرفين بموجب العقد العرفي ، وأمر بصرف الطرفين أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية.

أما الفريق الثالث والذي تدعمه المحكمة العليا، بهيئة الغرف المجتمعة، في قرارها المبدأ الصادر في 1997/02/18 الذي قضت فيه: "**من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري لمحل تجاري...يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا. ومن المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... يجب أن تحرر على الشكل الرسمي. ومن المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله** "[2] .

رغم أن هذا القرار صدر بخصوص نزاع قضائي يتعلق ببيع محل تجاري مبرم بعقد عرفي مؤرخ في 1988/08/22غير أنه يمكن تعميمه على جميع الحالات المذكورة في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني .

هذا القرار المبدأ أكد أن الشكلية الرسمية التي تنص عليها المادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري، والمتعلقة ببيع المحل التجاري هي ركن من أركان العقد وأن تخلفها يؤدي إلى عدم قيام العقد تحت طائلة البطلان. وبالتالي فإن هذا القرار المبدأ يكون بذلك قد وضع حدا للتفسيرات و التكييفات المختلفة للمادة 324 مكرر1 من القانون المدني الجزائري.

---

[1] قرار الغرفة التجارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1989/04/30، ملف رقم 53630.

[2] منطوق القرار المبدأ للمحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة السالف ذكره.

خاتمـــة:

خلاصة لما تقدم ،أولت التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع الجزائري أهمية بالغة إلى موضوع قانوني هام هو الإرادة ، كما توصلنا إلى ان للإرادة السلطان الأكبر في إنشاء ما تشاء العقود وان ترتب ما تشاء من أثار قانونية، ومن نتائجها هو مبدأ الرضائية ،هذا الأخير يكفي فيه تطابق الإيجاب والقبول لإبرام التصرف جعلت منه القاعدة العامة وما الشكلية إلا استثناء عن مبدأ الرضائية.

يبدو ان المشرع الجزائري باشتراطه الشكلية في بعض التصرفات القانونية من خلال إفراغها في قالب رسمي يعود إلى الأهمية القصوى لتلك المعاملات وخطورة التصرفات الواردة عليها خصوصا تلك التي تقع على الملكية العقارية والمحلات التجارية والشركات مما جعل المشرع يضع مجموعة من النصوص القانونية تنظم تلك المعاملات، وهذا من أجل المحافظة على حماية حقوق الافراد ،و ضمان الثقة بين الناس ، وكذلك تمكن الدولة من بسط رقابتها على بعض التصرفات القانونية قصد التقليل من المضاربة و تمكين الخزينة العمومية من تحصيل رسوم عليها كموارد مالية.كما جعل المشرع من تخلف الشكلية الرسمية يؤدى إلى البطلان المطلق للتصرف .

وهذا ما يزيد من القيمة القانونية للمحررات و حجيتها و يجعل البيانات التي تتضمنها تلك المحررات الرسمية قوية و قاطعة لا يمكن الطعن فيهاٌ لا بالتزوير.

كما جعل المشرع من المحررات ذات الشكل العرفي التي يحررها الأفراد أنفسهم سواء تلك المحررة على ورقة عادية أو بوسيلة إلكترونية متى توافرت على شرطي الكتابة والتوقيع تكون لها حجية بين المتعاقدين والخلف ما لم يتم إنكارها أو الطعن فيها بعدم العلم، وتكون لها حجية بالنسبة للغير إذا كان لها تاريخ ثابت.

كما أقر المشرع الجزائري الحق في الإثبات بالكتابة الإلكترونية في التصرفات القانونية في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها .

كما كان لاجتهادات القضاء الجزائري الحديث دور كبير في انهاء الفوضى التي كانت سائدة بين المحاكم والمجلس خصوصا من خلال تضارب الأحكام والقرارات القضائية فيما يتعلق أن الشكلية الرسمية التي تنص عليها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، هي ركن لإنعقاد التصرف، وأن تخلفها يؤدي إلى عدم قيام العقد تحت طائلة البطلان.

ملخص المذكرة

يعد موضوع مبدأ سلطان الإرادة في مجال ابرام العقود من أهم الموضوعات التي لاقت اسهاب الكثير من دارسي القانون وبالخصوص المهتمين بالنظرية العامة للإلتزام. كما شهد المجال التعاقدي تطورا عبر مختلف النظم القانونية المتعاقبة .فقد شهدت بدايتها شكلية مفرطة ذات طقوس ورموز ومسيطرة كمبدأ عام و إرادة غير سيدة وشبه منعدمة ، إلى أن انقلب المبدأ و صار استثناءا وأصبحت للإرادة السلطان الأكبر في انشاء العقود أو انهائها، مع تقلص دور الشكلية و أخذت حيز صغير في مجال التعاقد.

إنّ السّمة الأساسية التي تميزت بها جل التشريعات الحديثة ومن بينها التشريع الجزائري أن الأصل في انشاء العقود هو الرضائية فيكفي فيه الإيجاب والقبول لينعقد العقد،كون الإرادة جوهر التصرف فهي التي تنشئه وهي التي تحدد أثاره، إلا أنّه في بعض الأحيان قد يشترط المشرع أن يتم التعبير عن الإرادة بطريقة محددة ،أي إفراغ مضمون التصرف في قالب شكلي أو أن تتصرف إرادة الأفراد إلى اشتراط شكل معين لإبرام تصرفاتهم القانونية.وهذه هي التصرفات الشكلية.

قائمة المراجع:

1- القرآن الكريم والأحاديث النبوية

2-المراجع

1. أحمد عبدالرزاق السنهوري ،شرح القانون المدني ،النظرية العامة للإلتزامات ،نظرية العقد،ج1،طبعة02،منشورات الحلبي الحقوقية.
2. أحمد محرز، القانون التجاري الجزائري، الشركات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ،1980.
3. اسامة روبي، عبد العزيز روبي، الأحكام الجزائية للإثبات بالدليل الكتابي في المواد المدنية، دراسة تحليلة مقارنة مع قواعد الإثبات ونظام التوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية مصر، سنة 2002.
4. الشيخ مصطفى أحمد الزرقا،المدخل في لنظرية الإلتزام العامة في الفقه الإسلامي،الطبعة 01، دار القلم ،دمشق،سوريا،سنة 1999 .
5. العربي بلحاج ،النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري،ج01،التصرف القانوني "العقد والإرادة المنفردة" ،الطبعة 03 ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،سنة 2004.
6. حسين بطيمي ، محاضرات الشكلية في العقود ألقيت على طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص عقود و مسؤولية، جامعة عمار ثليجي،الأغواط، السنة الدراسية 2016/2015.
7. عبد السلام ذيب ، عقد الإيجار المدني، دراسة نظرية وتطبيقية من خلال الفقه واجتهاد المحكمة العليا، الطبعة 01، الجزائر، الديوان الوطني للأشغال التربوية،2001.
8. علي علي سليمان ،النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري،الطبعة07،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، سنة 2007.
9. علي فيلالي ،الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد،موفم للنشر،الجزائر،سنة2013.
10. عمر حمدي باشا ،منازعات حول إثبات ونقل الملكية العقارية ، مجلة الموثق،عدد01،جوان 2001.
11. فاتح جلول، الحماية القانونية لخاتم الدولة في التشريع الجزائري وآفاق ترقيتها لدى الأعوان القضائيين، دار الهدى، طبعة 2012.
12. محمد السعيد رشدي ، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة ومدى حجيتها في الاثبات، نشأت المعارف بالاسكندرية ، الطبعة 2008.

13. محمد زهدور ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، طبعة 1991.
14. يحي بكوش ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري وفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة،الشركة الوطنية للنشر والتوزيع،الجزائر،1981.

3-الرسائل

1. سناء شيخ ،الشكلية في اطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء،رسالة الدكتوراة في القانون الخاص،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة بوبكر بلقايد ،تلمسان، الجزائر،سنة 2012.
2. ماجستير في القانون الخاص،كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية 2008/2007.
3. لطيفة دحماني ، الشكلية في مادة العقود المدنية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ،جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان،الجزائر، السنة الجامعة،سنة 2002.
4. محمود زواوي ، الشكلية للصحة في التصرفات القانونية في القانون الجزائر دراسة مقارنة،رسالة ماجستير في العقود المسؤولية، معهد الحقوق و العلوم الإدارية،جامعة الجزائر،سنة 1987.
5. يوسف يحياوي ،الشكلية غير المباشرة و أثرها على فاعلية العقود، مذكرة ماجستير في القانون الخاص في العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2013.
6. كوثر زهدور ، التوقيع لالكتروني وحجيته في الإثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا، مذكرة **4-**

4- المقالات

1. عبدالرؤوف دبابش و دغيش حملاوي و ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود بين الشريعة و القانون ،مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر ،بسكرة،العدد 44،جوان 2016.
2. رشيد مزاري ، كيفية تعامل إدارات التشريع مع مقتضيات إحكام التجارة الالكترونية، مقال منشور بنشرة القضاء، عدد 64 ،الجزء 1 ، سنة 2009.
3. بختة موالك ،المادة 324مكرر1 وتطبيقها على البيع، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد4، سنة 1993.

5-النصوص القانونية

1. الأمر رقم 20/70 المؤرخ في 16 فبراير 1970 و المتضمن قانون الحالة المدنية.
2. الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 1971/12/15 المتضمن تنظيم التوثيق.
3. الأمر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.
4. الأمر 59/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون التجاري الجزائري.

5. الأمر 03/06 المؤرخ في 2006/07/15 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العامة.
6. الأمر رقم 105/76 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم.
7. القانون رقم 02/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، منشور في الجريدة الرسمية ، الصادرة في 2006/07/16،العدد 46.
8. القانون رقم 03/06 المؤرخ في 2006/02/20 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي،منشور في الجريدة الرسمية ،العدد 14، الصادرة في 2006/03/08.
9. القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية ،منشور في الجريدة الرسمية ،عدد21، السادرة بتاريخ 2008/04/23.
10. المرسوم الرئاسي رقم 405/02 المؤرخ في 26 نوفمبر 2002 و المتعلق بالوظيفة القنصلية.
11. المرسوم رقم 147/76 المؤرخ في 1976/10/23 المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر والمستأجر لمحل معد للسكن وتابع لمكاتب الترقية والتسيير العقاري.

6-المجلات القضائية

1. قرار الغرفة التجارية للمحكمة العليا المؤرخ في 1989/04/30، ملف رقم 53630.
2. قرار للمحكمة العليا بهيئة الغرفة المجتمعة (ملف رقم 156136 المؤرخ في 1997/02/18.المعروف بالقرار المبدأ.
3. قرار المحكمة العليا، الغرفة المدنية، ملف رقم 176564، الصادر بتاريخ:1998/11/18،المجلة القضائية،سنة1999،العدد1.

الفهـــــرس

مقدمة:..... 1
الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة والشكلية كقيد وارد على المبدأ..... 4
المبحث الأول: مفهوم مبدأ سلطان الإرادة 4
المطلب الأول: تعريف مبدأ سلطان الإدارة و ضوابطه..... 4
الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة..... 4
الفرع الثاني: نشأته و تطوره..... 5
المطلب الثاني: ضوابط مبدأ سلطان الإرادة..... 9
الفرع الأول:ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في الشريعة الإسلامية..... 9
الفرع الثاني:ضوابط مبدأ سلطان الإرادة في القانون..... 11
المبحث الثاني: ماهية التصرفات القانونية الشكلية..... 12
المطلب الأول: تعريف التصرف القانوني الشكلي..... 12
الفرع الأول: الشكل و التعبير عن الإرادة..... 14
الفرع الثاني: الغاية من الشكلية..... 17
المطلب الثاني: تمييز الشكل عن بعض النظم المشابهة له..... 22
الفرع الأول: التمييز بين الشكلية كركن للإنعقاد والشكلية المتطلبة للإثبات..... 22
الفرع الثاني: التمييز بين الشكلية و التسجيل..... 23
الفرع الثالث: التمييز بين الشكلية و الشهر..... 24
الفصل الثاني: أحكام الشكلية في التصرفات القانونية تشريعا و قضاءا..... 26
المبحث الأول: الشكلية في التصرفات القانونية وفق التشريع الجزائري..... 26
المطلب الأول: الشكل الرسمي..... 26
الفرع الأول: تعريف الشكل الرسمي..... 26
الفرع الثاني: شروط صحة التصرف الرسمي 27
الفرع الثالث: آثار الرسمية 32
المطلب الثاني: الشكل العرفي 34
الفرع الأول: الورقة العرفية المكتوبة على الورق..... 35
الفرع الثاني: الورقة العرفية المكتوبة في الشكل الإلكتروني..... 39
المبحث الثاني: أهم مجالات تطبيق الشكلية في التصرفات القانونية وموقف القضاء الجزائري منها. 44
المطلب الأول: مجالات تطبيق الشكلية في التصرفات القانونية 44
الفرع الأول: تطبيقات الشكلية الرسمية في العقود 44
الفرع الثاني: تطبيقات الشكلية العرفية في العقود 48

المطلب الثاني: موقف القضاء الجزائري من الشكلية في التصرفات القانونية..... 50
الفرع الأول: الشكلية في ظل الإجتهاد القضائي القديم..... 51
الفرع الثاني: الشكلية في ظل الإجتهاد القضائي الحديث..... 52
الخاتمة..... 54
الملخص..... 55
قائمة المراجع..... 56
الفهرس..... 59