

جامعة عمار ثلجي بالأغواط

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

أثر الشكلية في حماية التصرفات القانونية

مذكرة تخرج مكملة لنيل شهادة الماستر في الحقوق التخصص : قانون العقود ومسؤولية

إعداد الطالبين :

تحت إشراف:

- عجلات تومي

د. بطيمي حسين

- الولهي الولهي

لجنة المناقشة

- بوفاتح أحمد رئيسا

- بطيمي حسين مشرفا ومقررا

- زغودي عمر ممتحنا

السنة الجامعية : 2014 / 2015

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

شكر وتقدير

"من اجتهد وأصاب فله أجران. ومن اجتهد وأخطأ فله أجر واحد"
الحمد لله الذي وهبنا نعمة العقل سبحانه والشكر له على كل نعمه وفضله
وكرمه.

تبارك الله ذو الجلال والإكرام.

نشكر كل من قدم لنا يد العون والمساعدة في إنجاز هذه المذكرة.
ونخص بالذكر الأستاذ المحترم "بطيمي حسين" الذي لم يبخل علينا بنصائحه
وإرشاداته، من خلال إشرافه على عملنا خطوة بخطوة، وبكل جدية وتفاني.
كما نتقدم بالشكر الخالص إلى كل من:

عمال و أساتذة قسم الحقوق خاصة اللذين أشرفوا علينا في المسار الدراسي
ونشكر في الأخير أعضاء لجنة المناقشة على تحملهم عبء القراءة
والمناقشة ، وإلى كل من قدم لنا يد المساعدة، سواء من قريب أو
من بعيد. راجين من المولى عز وجل أن يثيب الجميع.

فالحمد لله الذي تتم بنعمته الصالحات

الطالبان : - عجلات تومي

- الولهي الولهي



الإهداء

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين
أهدي ثمرة هذا الجهد والعمل إلى :

الهي.. لا يطيب الليل إلا بشكرك ..ولا يطيب النهار إلا بطاعتك ولا تطيب اللحظات إلا بذكرك ولا
تطيب الآخرة إلا بعفوك ...ولا تطيب الجنة إلا برويتك اللهم باركلي فيمن كللته بالهيبة والوقار فحملت
اسمه بكل افتخار فعلمي العطاء بدون انتظار..والذي العزيز .

وباركلي في ملاكي بالحياة من تجسد معنى الحب والتفاني والحنان لي بسمة الحياة وسر الوجود..
دعائها سر نجاحي وحنانها بلسم لجراحي .. الهي لا تحرمني حنانها ياارب..إلى أغلى ما في الوجود..
أمي الحبيبة.

بكل الحب.. إلى رفيقة دربي إلى من سارت معي نحو الحلم.. خطوة بخطوة.. بذرناه معاً..
وحصدناه معاً .. وسنبقى معاً.. بإذن الله ..إلى زوجتي .. جزاك الله خيراً.

وإلى قرة عيني وزينة حياتي وسعادتي الأبدية إلى ولداي ..عبد الباسط عبد الصمد .. ويوسف..
حفظهما الله من كل بلاء ومكروه وجعلهما الله من الذرية الصالحة للبلاد والعباد راجيا من المولى عز
وجل أن تكلل حياتهما بالتوفيق والنجاح.

وإلى كل أصدقاء الدرب وزملاء الدراسة ..من تقاسمت معهم عناء المثابرة وعشت معهم ذكريات
جميلة لن تنسى ..وإلى كل أساتذاتي الكرام.

الطالب : عجالات تومي

الإهداء

بسم الله الرحمن الرحيم
(قل إعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون)

صدق الله العظيم

إلى من بلغ الرسالة وأدى الأمانة .. ونصح الأمة .. إلى نبي الرحمة ونور العالمين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم.

إلى من كلله الله بالهيبة والوقار، إلى من علمني العطاء بدون انتظار، إلى من أحمل أسمه بكل افتخار..
والذي العزيز.

إلى روح أمي الغالية .. يا زهرة نبتت وتسامت بين أوراق الشجر.. وأريج عطرك أمني ملا الصحاري
والحضر.. يا من تركت لنا الحياة لترحلي للفردوس ما أجمل القدر.. يا من أنت بالليالي الظلماء لنا كضوء
القمر.. كلماتك وابتسامتك أمه هي اغلي من الدرر.. نبع الحنان أمني سيرتك عالية بين البشر.. حبك يا أمه
يسكن في أعماق الصدر.. نامي أمني في سلام على الأرائك والسرر.. واهنئي بصحبة محمد فهو خير
البشر.

إلى أميرتي.. رفيقه دربي التي ما كان لهذا العمل أن يكتمل دون مساندتها لي.. زوجتي الغالية وإلى ابني
الغالي "معاذ".

ولكل من ساهم بانجاز عملنا هذا ، الذين لم يدخروا جهداً في تقديم المساعدة لنا من توفير المصادر
والمراجع اللازمة، و كل التقدير للذين منحونا كل التشجيع

الطالب : الولهي الولهي

مقدمة

لم تكن الإرادة ذات شأن في تكوين التصرفات القانونية أيام القانون الروماني بحيث كان التصرف القانوني لا يقوم إلا باستيفائه للشكليات المقررة قانوناً، وكانت الأشكال في ظلها ثلاث أنواع الأولى منها تتم بصورة مادية ملموسة، وأخرى كتابية لا تقوم إلا بعد كتابتها على نحو معين، إضافة إلى أخرى لفظية لا تتعقد إلا بالألفاظ مخصوصة، ولم تكن التصرفات الشكلية معروفة بالمعنى الموجود حالياً بل كانت مجرد قوالب لا بد من مراعاتها لقيام التصرف، فالبيع مثلاً والقرض والإيجار والشركات وغيرها من التصرفات لا تعتبر قائمة إلا إذا وضعت في أحد الأشكال السالفة الذكر.

ولمسايرة التطور الذي لحق الشكلية في كنف القانون، يجب أن نقف على مراحلها المختلفة. ففكرة الشكل تجد جذورها في القانون الروماني ذلك أن المقرر في القوانين الرومانية القديمة أن الإرادة لم تكن قادرة بحد ذاتها على إنشاء وتكوين التصرفات القانونية، بل كان يشترط لتمكين هذه الإرادة من إنتاج آثارها القانونية ضرورة إفراغها في شكل رسمي يحدده القانون، وهو شكل كان يتحقق بحضور أفواج من الشهود وتبادل العبارات الرسمية والقيام بطقوس معينة دقيقة والاحتفال بقيام العقد احتفالاً رسمياً لكي يعتبر العقد قائماً وصحيحاً، وعليه فإن الشكل هو الذي كان يجعل أي تصرف تصرفاً صحيحاً، ومن ثم كان أي خطأ في أي إجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف بصرف النظر عما اتجهت إليه الإرادة، وعلى العكس من ذلك فإن استيفاء الإجراءات الشكلية يؤدي إلى ترتيب الأثر القانوني بدون الاهتمام بالإرادة ذاتها، فلا يهم أن تكون سليمة أو معيبة.

واستناداً لهذه الاعتبارات نشأت في كنف القانون الروماني القاعدة الشهيرة : " الاتفاق المجرد من الشكل لا تنشأ عنه دعوى "، أي أن الاتفاق المجرد لم يكن كافياً لإنشاء الالتزام، وبمعنى آخر لكي يصبح الاتفاق عقداً يجب أن يصاغ في أحد الأشكال التي قررها القانون وبذلك يصبح له أثر.

لكن الأمر لم يبق على هذا النحو، بحيث عرف المجتمع الروماني تطوراً كبيراً شمل معظم النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية مما أدى إلى رواج التجارة وازدياد المعاملات فانعكس هذا على التفكير القانوني وأدى إلى اعتراف القانون الروماني بقدرة الإرادة على إنشاء العقد دونما أية حاجة لإفراغها في الشكل الرسمي الذي يحدده القانون، وعليه برزت العقود الرائية.

وعلى الرغم من تطور القانون الروماني إلا أنه لم يقرر في أي مرحلة من مراحل تطبيق مبدأ سلطان الإرادة في العقود، بل أعتبر الشكلية هي الأصل والرضائية استثناء يرد عليه، واستمرت الشكلية

هي المبدأ العام في التصرفات القانونية حتى نهاية القرن الثاني عشر ثم أخذت في التدهور وبدأ دورها يتقلص شيئا فشيئا.

ومع تقلص دور الشكلية أستقر مبدأ الرضائية وضعف مبدأ الشكلية في القرن السابع عشر بسبب سيادة المذاهب الفردية في النواحي الاقتصادية والفلسفية والسياسية، وهي تشيد بوجود قانون طبيعي مبني على حرية الفرد ووجوب استقلال إرادته وتسيير هذه الإرادة لكل ما في الحياة من نظم اقتصادية واجتماعية.

فتلقت الثورة الفرنسية هذه النظريات وقامت عليها وسلمتها إلى المشرعين في أوائل القرن التاسع عشر، فوضع قانون نابليون سنة 1804م على أساس تقدير حرية الفرد والإمعان في إحترام إرادته.

بعد أن أستقر مبدأ الرضائية في التصرفات القانونية أصبح التراضي هو الركن الأساسي في التصرف القانوني، ومن ثم أصبحت الإرادة وحدها مجردة من أي شكلية كافية لإنشاء التصرف، ليصبح مبدأ الرضائية مبدأ عاما في إبرام التصرفات القانونية واعتبرت الشكلية مجرد استثناء، وبالتالي أخذت التصرفات القانونية تبتعد شيئا فشيئا عن الشكليات التي كانت شرطا أساسيا في تكوينها، لتصل إلى الإرادة الحرة التي ينبع منها الالتزام ثم إلى مبدأ سلطان الإرادة .

وإذا كان هذا هو موقف القانون الفرنسي، فإن الكثير من التشريعات الحديثة اعتمدت نفس الموقف كالتشريعات العربية، ومن بينها التشريع الجزائري الذي أعتنق هذا المبدأ وحدد في نطاقه وسائل التعبير عن الإرادة في المادة 60 من القانون المدني وجعلها إما لفظا أو كتابة أو إشارة أو اتخاذ موقف معين بصفة صريحة أو ضمنية، حيث أخذ المشرع بمبدأ الرضائية، إذ أكدت المادة 59 من القانون المدني على مبدأ الرضائية بنصها : (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية) .

وبالرغم من ضعف مبدأ الشكلية إلا أن ذلك لم يؤدي إلى اختفائها تماما بل بالعكس من ذلك فقد عادت الشكلية للظهور والنمو من جديد، وهذا بسبب المزايا الكثيرة التي يقدمها الشكل باعتباره وسيلة فنية قانونية يستعملها المشرع لتحقيق أغراض شتى.

وأصبح الشكل بمعناه الحديث لا ينشئ بمفرده التصرفات القانونية وإنما يضاف إلى الإرادة في تكوينها.

وتغيرت النظرة الفقهية اتجاه الشكلية الحديثة في التصرفات القانونية التي تهدف إلى بعث الثقة بين الأفراد وتقوي الانتماء، ومن ثم توفر الاستقرار في المعاملات وتحقيق الحماية والأمن القانوني، وهي مهام تعجز الرضائية عن تحقيقها بصورة كافية، مما يستدعي اللجوء إلى الشكلية كوسيلة ممتازة لتحقيقها، ولهذا نجد معظم التصرفات الهامة أو الخطيرة أو المعقدة أو طويلة الأمد تصرفات فرض المشرع إفراغها في شكل محدد لانعقادها، ومثالها التصرفات الواردة على العقار وعقود الشركات والعقود الواردة على المحلات التجارية والسفن والعقود الواردة على الملكية الصناعية والتجارية وبعض عقود العمل.

وبالرجوع إلى نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري يكون المشرع قد فتح باب للنصوص القانونية لأن تقيد مبدأ الرضائية بأشكال وإجراءات تختلف باختلاف نوع التصرف، فقد تشترطها النصوص القانونية في مرحلة إنشاء التصرف القانوني وتكون مصاحبة للتراضي سواء بغرض التعبير عن الإرادة أو لانعقاد التصرف أو لإثباته، كما قد تشترط قبل إنشاء التصرف بحيث يتوقف إبرامه عليها، وتكون أحيانا أخرى لاحقة للتصرف، وتعتبر الشكلية عموما وفي أية مرحلة كانت ذات أهمية معتبرة بالنسبة للتصرف في حد ذاته كونها قد تكون ركنا فيه أو وسيلة لإثباته، أو قرينة على صحته، وذات أهمية أيضا بالنسبة لأطراف التصرف إذ توفر لهم الحماية لاسيما بالنسبة للطرف الضعيف منهم، وبذلك يكون الشكل بإعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة وقيدا عليها متعدد الوظائف حسب مختلف صورته فيكون للإثبات لما يوفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، أو قد تكون وسيلة لانعقاد وصحة التصرف القانوني أو إجراء مفروض قانونا لا بد من إستقائه.

ومما جعلنا نختار هذا الموضوع محل دراستنا تلبية لعدة أسباب منها :

- 1- عدم التمييز بين الشكلية لانعقاد في بعض التصرفات القانونية والشكلية كوسيلة للإثبات.
- 2- الخلط الواقع في الحياة العملية بين التصرف القانوني وأداة إثباته إذ لا ينبغي الخلط بين المحرر والتصرف القانوني الذي يتضمنه.

3- الأهمية الكبيرة للكتابة في إثبات التصرفات القانونية من الناحية العلمية فهي تعد الوسيلة الأكيدة التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم إذ لا قيمة للحق ما لم تتوفر الوسيلة لإثباته عند المنازعة فيه.

4- الدور الهام الذي تلعبه الشكالية في إنشاء التصرفات القانونية وكيفية حماية هذه الأخيرة.

انطلاقاً من هذه الأسباب وفي ظل هذا التزامم لمجموع هذه الأفكار تثار إشكالية الموضوع حول الآثار المترتبة عن توافر الشكالية في التصرفات القانونية .

فالإلى أي مدى تمتد آثار الشكالية، وكيف يمكنها حماية التصرفات القانونية؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا إتباع المنهج الوصفي التحليلي الذي يهدف إلى وصف وتحليل الموضوع في مختلف جوانبه ومراحل أثناء وبعد إنشاء التصرفات القانونية وذلك من خلال العمل على حصر الدراسة في القواعد العامة والتصرفات القانونية التي تتطلب شكالية معينة، سواء للشكل الذي محل تكوين للتصرف القانوني، أو ذلك الشكل الذي يتطلب توافره في إثبات التصرف القانوني، معتمدين في بعض الحالات على دراسة مقارنة بين الشكالية محل تكوين التصرف القانوني وتلك التي تكون محل إثبات للتصرف القانوني، وفي ذات الوقت إمكانية الاستدلال ببعض الإجهادات الفقهية والقضائية في الموضوع .

وقد قسمنا موضوعنا هذا وفقاً للخطة المتبعة إلى فصلين، متطرقين إلى الدور الذي تلعبه الشكالية في إنشاء التصرفات القانونية (الفصل الأول)، وهذا بدوره قسمناه إلى ثلاث مباحث، تعرضنا فيهم إلى الشكالية المباشرة في تكوين التصرف القانوني (المبحث الأول)، ثم إلى شروط الشكالية غير المباشرة في تكوين التصرف القانوني (المبحث الثاني)، ومن ثم إلى آثار الشكالية في تكوين التصرف القانوني.

ثم إنتقلنا بعد ذلك إلى دور الشكالية في إثبات التصرفات القانونية (الفصل الثاني)، وقسمناه بدوره إلى مبحثين أساسيين، إلى مدلول التصرفات القانونية محل الإثبات بالشكالية (المبحث الأول)، ثم إلى حجية الشكالية في الإثبات (المبحث الثاني).

وكخلاصة وحوصلة لموضوعنا هذا محل الدراسة إستعرضنا في الأخير (الخاتمة)، أبرزنا فيها أهم النتائج والملاحظات والإقتراحات التي من شأنها أن تثري البحث وتعرّج عن النقائص المستخلصة قصد إيجاد الحلول لها في النهاية .

الفصل الأول

دور الشكلية في إنشاء
التصرفات القانونية

بعدما أخذ المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة في التصرفات القانونية وتوسيعه لرقعة الرضائية فيها، فإنه لم يبلغ دور الشكل نهائيا وإنما فتح المجال لوجوده في بعض التصرفات الهامة، واشترطه في بعض الحالات كركن فيها و شرط لانعقادها ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري والتي رتبته على تخلفه البطلان، فلا تتعقد التصرفات الناقلة للملكية العقارية والمحلات التجارية وغيرها مما ذكرت المادة إلا بعد إستيفاء الشكل الرسمي، ونصت المادة 467 مكرر من القانون المدني الجزائري على أن الإيجار لا ينعقد إلا كتابة و أن يكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا وفي هذه الحالات يكون الشكل الكتابي ركنا في العقد، إضافة إلى الرضا والمحل والسبب يترتب على تخلفه البطلان.

ونصت المادة 615 من القانون المدني الجزائري كذلك على أن المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحا إلا إذا كان في عقد مكتوب، و هنا تكون شكلية مشترطة لصحة التصرف القانوني، ونصت المادة 334 من القانون المدني الجزائري على: (لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100000 دج فيما يخالف ما اشتمل عليه مضمون عقد رسمي....أو هو جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة)، وبالتالي تكون قد فرقت بين العقد الرسمي وبين الكتابة كوسيلة إثبات .

ومن كل ما سبق يمكن القول بأن وظائف الشكل تختلف باختلاف نوعه والذي يكون إما رسميا أو عرفيا في صيغة كتابة ورقية أو إلكترونية، ويختلف الشكل أيضا باختلاف طبيعة التصرف، فيأخذ التصرف الرضائي الشكل الذي يرتضيه الأطراف مهما كان نوعه، بينما يأخذ التصرف الشكلي الشكل المعروض قانونا . وعليه سوف نتناول هذه الشكليات الكتابية التي يمكن للأطراف إفراغ تصرفهم القانوني فيها في مرحلة إنشائه سواء باتفاقهم أو بنص من القانون.

ولهذا سنتناول في المبحث الأول شروط الشكلية المباشرة في تكوين التصرف القانوني، وفي المبحث الثاني شروط الشكلية الغير المباشرة في تكوين التصرف القانوني وفي المبحث الثالث آثار الشكلية في تكوين التصرف القانوني .

المبحث الأول : شروط الشكلية المباشرة في تكوين التصرف القانوني

وهو الشرط المحدد قانونا وفق أحكام وأشكال معينة، وقد أحاط المشرع مجموعة من الضوابط الشكلية والقانونية الدقيقة تثبت بواسطتها صحته والتي بفضلها يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، إذ إن عدم مراعاة أحد من الضوابط يجعل المحرر باطلا بطلان مطلقا وعليه سوف نقسم مبحثنا هذا إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول : الشكل الرسمي، المطلب الثاني : الشكل العرفي والمطلب الثالث : الكتابة الإلكترونية.

المطلب الأول : الشكل الرسمي

وهو الشكل المحدد قانونا وفق شروط وأشكال معينة ويحرر من أشخاص مؤهلين قانونا وتفرغ فيه التصرفات التي اشترط فيها القانون الرسمية والتصرفات التي يرى الأطراف إفراغها فيها وهو ما سوف نتناوله كما يلي :

الفرع الأول : مفهوم الشكل الرسمي

عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج على أنه (...عقد يثبت فيه الموظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه). وقد عالجت هذه المادة في الحقيقة مسألة الإثبات¹.

ومن خلال هذا النص يكون للعقد الرسمي مفهومان الأول منهما واسع أما الثاني فمفهوم ضيق نفصلهما كما يلي :

أولا : المفهوم الواسع : ويقصد به كل سند محرر من قبل موظف عام مختص بغض النظر عن نوعية المهام التي يمارسها، سواء كانت تقتصر على تحرير العقود بصفة خاصة فقط، أو تتعداه إلى أعمال أخرى، بحيث تشمل السندات الرسمية بهذا المعنى إلى جانب العقود التوثيقية وثائق الحالة المدنية والأحكام القضائية والقرارات الإدارية، و كل التصرفات الرسمية الصادرة عن مديري أملاك الدولة وكذا

¹-علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، دون طبعة ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرغبة ، 2008 ، ص 297.

دواوين الترقية والتسيير العقاري و كذا العقود المحررة في القنصليات الجزائرية وغيرها من الوثائق الرسمية¹.

ثانيا : المفهوم الضيق : ويتعلق الأمر هنا بتلك السندات المحررة من قبل ضابط عمومي مختص بتحرير العقود والتصرفات بصفة خاصة وهو الموثق، وتسمى التصرفات الرسمية التي يحررها عقودا توثيقية كما هي منظمة في قانون التوثيق².

الفرع الثاني : شروط الشكلية الرسمية

إن المادة 324 و بالرغم من قصرها لكنها تعج بالمفاهيم القانونية والشروط المختلفة للشكل الرسمي التي فصلها حسب العناصر الأساسية التالية :

-صفة محرر العقد (موظف، ضابط عمومي، مكلف بخدمة عامة، حدود سلطته وإختصاصه).

-عقد محرر وفق الشكل القانوني .

-عقد إشهاري أو تصريح .

وتضيف المادة 324 مكرر 3 : (يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور الشهود). وبذلك يكون هناك عنصر رابع هو :

-العقود الإحتفائية والعقود الرسمية الأخرى.

أولا : صفة محرر العقد : وقد قصرتها المادة السابقة على :

01/الموظف العمومي : عرفته المادة 04 من القانون الأساسي العام للوظيفة العامة الصادر

بالأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15 يوليو 2006 بأنه : (يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري)³.

¹-زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير ، بن عكنون ، ص 62 .

²-قانون التوثيق رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المادة 26.

³-الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 03/07/2006 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46 بتاريخ 2006/07/16 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

وإستنتت المادة 02 منه في فقرتها الأخيرة القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان.

02/الضابط العمومي : و هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق و إعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق، كالموثق حيث نصت المادة 03 من القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق على : (الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة)¹.

03/الشخص المكلف بخدمة عامة : ويقصد بهم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية ومثالهم الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون².

ثانيا " سلطة المحرر واختصاصاته : ويعني أن يكون لمحرر العقد الولاية أو التفويض القانوني في تحريره إضافة إلى إختصاصه الموضوعي أي استنادا إلى نوع العقد الذي يحوز له القيام بتوثيقه كأن يكون إداريا أو توثيقيا ثم إختصاصه المحلي ومثال ذلك نص المادة 02 من قانون تنظيم مهنة التوثيق على أن الإختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني³.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن العقود المحررة من قبل القضاة تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وهو ما كرسه إجتهد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في 03/06/1989 : (من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الملكية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من إتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ماهو مغاير أو معاكس لفحواها. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس.

¹- القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 بتاريخ 08/03/2006 المتضمن قانون مهنة التوثيق.

²حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، دار هومه ، طبعة 2004 ، ص 107.

³-الدكتور علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، 1997 ، ص 236.

ولما كان من الثابت- في قضية الحال - أن القسمة المحررة من طرف القاضي الشرعي صحيحة ومعتترف بها، ومن ثم فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً¹.

وكذلك الأمر في العقود الإدارية العقود المتعلقة بالمستثمرات الفلاحية بحيث جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2003/03/19 : (إن العقد الإداري المشهر الذي يمنح للمستثمرة الفلاحية هو عقد رسمي يثبت حق الانتفاع الدائم عن الأرض وحق عيني على العقار متفرغ عن الملكية العقارية يمنح للمستفيد الصفة في ممارسة كل الدعاوى القضائية لحماية حقه في ذلك².

ثالثاً : تحرير العقد وفقاً للشكل القانوني : وقد نصت كل من مواد القانون المدني وقانون تنظيم مهنة التوثيق وكذا الأمر 74/75 على نوعين من البيانات، بيانات عامة وأخرى خاصة :

01/البيانات العامة : وهي بيانات لا بد أن يتضمنها كل تصرف رسمي منها ما نصت عليه المادة 324 مكرر 2 ق.م.ج كتوقيع العقود الأطراف والتأثير على ذلك من قبل الضابط العمومي وأضافت المادة 324 مكرر 4 ق.م.ج على أن يبين في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية .

كما نص الفصل الخامس من القانون المتضمن مهنة التوثيق في مواد من 26 إلى 32 أشكال العقود التوثيقية ومضمونها فتحرر باللغة العربية وتتضمن المبالغ المالية والتواريخ بالأحرف والأرقام، تكون خالية من كل تشطيب أو تحشير ولا تخلو من التنويه على هوية الأطراف...إلخ.

02/البيانات الخاصة : وهي البيانات المتعلقة بكل تصرف إذ ينصرف بها عن باقي التصرفات وأهمها الشهود في العقود الإحتفائية طبقاً للمادة 324 مكرر 3 ق.م.ج، وكذلك البيانات المتعلقة بتحديد الملكية وأصلها، كما هو محدد ومبين في المواد 21 و 66 و 67 و 114 من المرسوم رقم 63/76

¹-القرار رقم 40097 المجلة القضائية عدد01، سنة 1992 ، ص 119.

²-القرار رقم 261995 المنشور بالمجلة القضائية عدد01، سنة 2003 ، ص 338.

المؤرخ في 1976/03/25 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 30 بتاريخ 1976/04/13 المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم، و كلها تتعلق بالحالة المادية والطبيعة القانونية للعقارات ¹.

المطلب الثاني : الشكل العرفي

نظم المشرع الجزائري الشكل العرفي في المواد 326 مكرر 2 و 327 و 328 من القانون المدني الجزائري تحت تسمية العقد العرفي وتطرق إلى حجيته وشروطه دون أن يعطيه تعريفا محددا، وبعد أن تعرفنا على مفهوم الشكل الرسمي بقي لنا أن نتعرف على الشكل العرفي ذلك أن هناك عدد من التصرفات القانونية يستلزم للمشرع الكتابة لإنعقادها ولكن دون أن يفرض أن تكون هذه الكتابة رسمية، بحيث يترك مهمة القيام بذلك للأطراف ولا يفرض عليهم اللجوء إلى ضابط عمومي لتحرير تصرفاتهم، فيتولى الأطراف إعداد السند الذي يتضمن التصرف في الشكل المطلوب ويسمى التصرف الشكلي هنا تصرفا شكليا عرفيا. والمقصود بالكتابة العرفية الكتابة التي تصدر من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصا عاديين فهو عكس الكتابة الرسمية وهو ما سنتناوله كما يلي :

الفرع الأول : مفهوم الكتابة العرفية

01/ تعريفها: يعرفها البعض على أنها الشكل الذي تعارف عليه الناس واتخذوه وسيلة لإثبات تصرفاتهم القانونية، ثم قننه المشرع وأعطاه تسمية العقد العرفي، ونظمه في نصوص القانون المدني في المادتين 327 و 328 منه.

كما يعرفها آخرون " بأنها الشكل الذي إستلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات القانونية وترك مهمة إعداده لأطراف التصرف دون ضرورة تدخل موظف عام لتحريره " ² أو أنه كل عقد غير رسمي لم يتدخل في تحريره موظف ما بحكم وظيفته ³.

02/ صورها : يأخذ العقد العرفي عدة صور أهمها العقد الرسمي مختل أحد الشروط، والعقد المعد من قبل الأطراف، إضافة إلى العقد وفق نموذج مهيا سلفا كما يلي :

¹-عويطي فريد و عشوري عبد العزيز ، الشكلية في التصرفات القانونية من مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، السنة 2008/2005 ، ص 10.

²-زاوي محمود ، الشكلية للصحة ، مرجع سابق ، ص 91.

³-عبد الحكم فوده ، المحررات الرسمية و المحررات العرفية ، دار الفكر القانوني ، ص 53.

أ- العقد الرسمي مختل أحد الشروط : وهو ما نصت عليه المادة 326 مكرر 2 ق.م.ج : (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي، أو إنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف)، وعليه فكل عقد رسمي حرره موظف عام عديم الكفاءة، أو غير مؤهل، أو لم يحرر وفق الشكل المحدد قانونا، يعد محررا عرفيا متى كان موقعا من قبل الأطراف.

والملاحظ هنا أن لفظ الأطراف جاء بصيغة الجمع، بعكس بعض التشريعات التي تفرق بين توقيع أحد الأطراف أو جميعهم حسب نوعية العقد العرفي المعني فيما إذا كان تبادليا يجب توقيعه من الأطراف كلهم كالإيجار، أو فرديا كالإقرار بالدين¹.

ب) العقد العرفي المعد من قبل الأطراف: وهو كل عقد محرر من قبل أحد الأطراف أو شخص آخر في الشكل الذي يرضونه وبالطريقة التي يحدّدونها، شرط أن يحمل العقد إحدى العلاقات الشخصية الواردة في المادة 327 ق.م.ج من كتابة أو إمضاء أو بصمة، مما يمكن من نسبة أو نفي المحرر عنه في حالة النزاع.

ج) العقود العرفية المعدة وفق نماذج مهياة سلفا : وهو ما يكون وفق إستمارات أو مطبوعات معدة مسبقا ولا يبق على الأطراف سوى ملئها، كعقود التأمين والشيكات، وأوسع مجال لتطبيق هذه العقود العرفية هو الأوراق التجارية كالسفتجة والسند لأمر².

الفرع الثاني : شروط الكتابة العرفية

نص المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني الجزائري - قبل تعديلها - على ما يلي :

" يعتبر العقد صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط و إمضاء ...".

يستنتج من هذه المادة أن المشرع إشتراط لصحة المحرر العرفي كشكل للتصرف القانوني توافر شرطين أولهما الكتابة و ثانيهما التوقيع.

¹-نفس المرجع السابق ، ص 54.

²-الأستاذ بكوش يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية عن المؤسسة الوطنية للكتاب ، ص 129.

ونص في ذات المادة بعد تعديلها بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 ماي 2005 على مايلي : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ...". و يستفاد من ظاهر هذا النص أن المشرع الجزائري أضفى الحجية على الورقة العرفية حتى ولو لم تكن موقعة أي أنه يكفي لصحة الورقة العرفية أن تكون مكتوبة بالرغم من عدم توقيعها .

ويؤخذ على المشرع الجزائري أنه أخطأ في الصياغة العربية للمادة حين استعمل عبارة " أو " بدل " و"¹.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن الصياغة الفرنسية للمادة 327 جاءت موقفة، إذ نص فيها المشرع على أنه : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه و وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ...".

وعليه يبدو لنا أنه كان على المشرع الجزائري صياغة المادة 327 باللغة العربية كالآتي : " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه و وقعه "، ذلك أن التوقيع يعتبر شرطا جوهريا إلى جانب الكتابة لصحة المحرر العرفي .

أولا : الكتابة :

بالنسبة للورقة العرفية لم يشترط المشرع أي شرط خاص في الكتابة لا من حيث لغة التعبير ولا من حيث طريقة التحرير، إذ يمكن كتابتها باللغة العربية أو بأية لغة أجنبية² عكس الأوراق الرسمية التي يستلزم القانون أن تكتب باللغة العربية، و تصح الكتابة باليد سواء كانت بخط المدين أو غيره ولو كان ناقص الأهلية، كما يمكن أن تكون الكتابة بالمداد أو بقلم الرصاص أو بغيرها أو بأية وسيلة من وسائل الطباعة .

¹-شيخ سناء ، الشكلية في إطار التصرفات القانونية بين التشريع و القضاء ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-2011-2012.

²-عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، ط2 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 1999 ، ص

لا يشترط كذلك أن تتضمن الورقة العرفية كتابة بيانات إلزامية ولا يتعين لتحريها مراعاة أوضاع معينة كما هو الشأن بالنسبة للكتابة الرسمية، فلا يلزم ذكر إسم من قام بتحريها أو ذكر مكان تحرير الورقة، كما لا يشترط القانون كتابة التاريخ إلا في حالات معينة كما هو الشأن على سبيل المثال في السفتجة والسند لأمر والشيك، وإن كان ذكر التاريخ له أهميته سواء بالنسبة للمتعاقدين لما قد يحدث من تغيير في حالتهم كفقدان الأهلية أو نقصانها أو في مواجهة الغير.

وليس لزما أن تتم كتابة الورقة العرفية في حضور شهود ولو أن حضورهم مفيد كونه يعزز الخط أو التوقيع عند إنكار الورقة العرفية من جهة، ويكسب هذه الأخيرة تاريخا ثابتا حال وفاة الشاهد الذي وقع على الورقة ¹.

كما لا يؤثر في صحة الورقة العرفية وجود تحضير أو إضافات بين السطور أو في الهامش أو أن يوجد بها كشط، ولا يلزم التوقيع على الإضافات أو التحشيرات ²، وإذا كان يجوز إضافة عبارة أو شطب كلمة أو تصحيحها إلا أنه يجب أن يكون مضمونها منسجما مع محتوى الورقة العرفية ولا يثير أي شك حول صحتها، مع الإشارة إلى أن تقدير مدى صحة الورقة أو بطلانها يرجع لقاضي الموضوع ³ فإذا كانت الورقة مثلا لا تستكمل مضمونها إلا بالعبارة المضافة أو المشطوبة فإن هذه العبارة تكون صالحة بغض النظر عن الصيغة التي كتبت بها. غير أنه إذا كان هذا هو شأن الكتابة العرفية سواء كانت معدة لإثبات التصرف أو كانت مطلوبة كشكل لإنعقاد التصرف، فإنه يجب التنويه بأن الحكمة من الشكل في هذه الحالة الأخيرة تقتضي أن تكون الكتابة العرفية محررة بقصد إبرام التصرف القانوني لأن الكتابة العرفية المكتوبة كشكل للتصرف القانوني وإن كان المشرع لم يحدد لها شكلا محددا حيث أوجب الكتابة فقط، هذه الكتابة لا بد أن تكون مقصودة لأن المشرع حين يقرر شكلا للتصرف فإنه يهدف إلى حماية إرادة المتصرف، وهذا الهدف يقتضي أن تكون الكتابة معدة خصيصا لهذا الغرض أي بقصد إستيفاء الشكل القانوني اللازم للتعبير عن الإرادة، فالواجب أن تكون الكتابة مقصودة من جانب المتصرف بإعتبارها شكلا للتعبير عن إرادته.

¹ -طبقا لنص المادة 328 من ق.م.ج.

² -محمد حسن قاسم ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، سنة 2003 ، ص 149.

³ -محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية و التجارية : ج 4 ، ط 1 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008 - 2009 ، ص 63.

ثانيا: التوقيع

يعتبر التوقيع شرطا مهما وجوهريا في الورقة العرفية حسب نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري لأنه هو الذي ينسب للكتابة إلى صاحبه، ويضمن إقرار لما هو مدون في الورقة كما يعتبر دليلا ماديا مباشرا على حصول الرضا في إنشائها، وينطوي على معنى الجزم أن الورقة العرفية صادرة من الشخص الموقع وأن إرادته قد إتجهت إلى إعتقاد الكتابة والإلتزام بها ¹.

والمقصود بالتوقيع : هو توقيع صاحب الشأن على المحرر المدون فيه الواقعة القانونية، المنسوبة إليه، ففي العقود الملزمة لجانبين يجب أن يكون التوقيع صادرا من الطرفين معا، وفي العقود الملزمة لجانب واحد، يكفي توقيع الملتزم فقط، كالمدين بمبلغ من النقود والدائن في توقيعه على سند مخالصة ²، ولقد حددت المادة 327 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، أساليب التوقيع على الأوراق العرفية نصت على أنه: " يعتبر العقد العرفي صادر ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ... " .

يستخلص من هذه المادة أن التوقيع يكون إما بالإمضاء باليد أو ببصمة الأصبع .

فأما التوقيع بالإمضاء فيكون بخط يد من ينسب إليه المحرر، غير أن المشرع لم يشترط فيه شكلا معينا، وعليه فقد يكون التوقيع بأية علامة أو إشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل ما وعلى تصرف قانوني بعينه ³ وقد يكون بكتابة اسم ولقب الموقع كاملين أو باسم الذي اشتهر به ولو كان مخالفا لاسمه الحقيقي المسجل في شهادة الميلاد، أو باسم مستعار إذا كان قد اعتاد استخدامه في إبرام التصرفات القانونية .

هذا وإذا كان القانون لم يوجب شكلا خاصا في التوقيع إلا أنه إشتراط أن يكون بخط يد من تنسب إليه الورقة، فيتعين على هذا الأخير أن يوقع بنفسه لأن التوقيع عمل شخصي لايقوم به إلا صاحبه فلا يجوز إذا التوكيل في التوقيع، ولكن يصح للوكيل أن يوقع بإمضائه هو بصفته نائباً عن الأصل .

1 عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، المرجع السابق ، ص : 127.

² - زهدور محمد : الموجز في الطرق لإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، ط1991.

³ - محمد حسن قاسم ، أصول الإثبات المواد المدنية والتجارية ، المرجع السابق ، ص 159.

أما التوقيع بوضع بصمة الأصبع على الورقة العرفية فقد أضافه المشرع الجزائري عند تعديل المادة 327 من القانون المدني الجزائري منوها عنه أعلاه، على إعتبار أنه أكثر ضمانا من التوقيع بالإمضاء لأن بصمات الأصبع لا تتشابه، إضافة إلى أن عدد كبير من المواطنين لا يحسنون القراءة والكتابة، ويوقعون ببصمة أصابعهم.

والتوقيع قد يتم بالإمضاء أو ببصمة الإصبع كما أسلفنا، وقد يكون بالختم علما بأن المشرع الجزائري لم ينص في المادة 327 من القانون المدني عليه، وقد برر البعض¹ بأن إستبعاد التوقيع بالختم له ما يبرزه من الناحية العلمية ذلك أنه قد يفقد الشخص ختمه كأن يسرق منه أو يضيع أو يسلمه إلى شخص آخر للاحتفاظ به فيخون أمانته ويوقع به من غير علم صاحبه، ومن ثم فإن المحررات العرفية الموقعة بهذا الختم لا تلزم صاحبها إلا إذا إعترف بها أو أثبت المحتج بها أنها صادرة عن خصمه .

ويكون التوقيع غالبا في أسفل الورقة لكي يدل بصفه قاطعة على قبول الموقع لما ورد في الورقة بكاملها مع ذلك لا يكون التوقيع باطلا إذا وضع في مكان آخر من الورقة كأن يوضع في الهامش أو في أعلى الورقة، ويبقى للقاضي سلطة تقدير مدى صحة التوقيع²، في حالة كتابة المحرر في عدة أوراق فالأصل أن يتم التوقيع على كل صفحة ما لم توجد رابطة مادية أو معنوية بين هذه الصفحات تدل على وحدة المحرر فهنا يكفي توقيع الورقة الأخيرة ويخضع تقدير هذا الاتصال لقاضي الموضوع .

وقد يكون التوقيع على ورقة بيضاء تملأ فيما بعد وهذا ما يسمى بالتوقيع على بياض، إلا أنه لا نزاع في أن حجية البيانات المكتوبة بعد التوقيع لا هي نفس الحجية التي تعطي لتلك البيانات لو أنها كتبت قبله³ .

¹ زهدور محمد : الموجز في الطرق لإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، المرجع السابق ، ص 34.

² زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ، المرجع السابق ، ص 96.

³ - بكوش يحي ،، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 132. 133.

يلاحظ أن هذه الطريقة محفوفة بالمخاطر، لذا فإن كل من إلتصاف على ورقة موقعه على بياض يجب عليه أن يراعي الأمانة فلا يضع في الورقة بيانات غير ما اتفق عليه مع الموقع وإلا عدّ مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة¹.

أما من الناحية المدنية فيجب إثبات تسليم الورقة على بياض وخيانة من تسلمها يقع على من وقع توقيعها على بياض، ويراعي في ذلك القواعد المقررة للإثبات ذلك أنه إذا ما كتبت الورقة البيضاء بعد التوقيع عليها أصبحت قيمتها في الإثبات قيمة الورقة العرفية التي لم توقع إلا بعد أن تمت كتابتها ويبقى للمدين الحق في أن يثبت أنه سلم توقيعها على بياض للدائن وأن ما كتبه هذا فوق التوقيع لم يكن هو المتفق عليه بينهما ويكون إثبات ذلك وفقاً للقواعد العامة أي أنه يجوز إثبات ذلك طبقاً للقواعد العامة، أي أنه يجوز إثبات عكس المكتوب إلا بالكتابة².

إضافة إلى وجوب توفر شرطي الكتابة والتوقيع في الورقة العرفية فإن المشرع إشتراط أحياناً ذكر بيانات إلزامية لصحتها كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية³. إن هذه البيانات وإن كانت تتعلق بمضمون التصرف فإنها في ذات الوقت تعدّ شرطاً شكلياً إستلزمه المشرع من أجل جعل الورقة تتوافر على الكفاية الذاتية.

والملاحظ أن بعض الفقه⁴ لا يعتبر التصرفات العرفية تصرفات شكلية على أساس أن وجوب الكتابة لا يعدّ التزاماً للشكل ويقتصر على إضفاء وصف الشكل على الكتابة الرسمية فقط، ويرجع هذا الوصف إلى الخلط القائم في الفقه بين فكرة الشكل والشكل الرسمي نظراً لأن الشكل الرسمي كان هو الغالب.

¹ يراجع نص المادة : 381 من ق.ع.ج.

² عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الإثبات وآثار الإلتزام ، ج2 دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، رقم 127 ، ص180.

³ يراجع المواد 18 ، 390 ، 465 ، 472 ، من ق ج.

⁴ ياسر كمال أحمد الصرفي ، التصرف في القانون الشكلي ، في القانون المدني المعاصر ، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة 1992 ، ص 351.

أما الرأي الراجح في الفقه¹ فيذهب إلى ان الكتابة العرفية تعتبر شكلا للتصرف طالما أنها مطلوبة للإنعقاد، فالشكلية ليست مرادفة للرسمية .

غير أنه يجدر التنويه إلى أن الشكل العرفي ليس كالشكل الرسمي من حيث ضمانه لسلامة الإرادة، إذ يبقى هذا الضمان أقل درجة من ذلك الذي يتحقق في ظل الشكل الرسمي إلا أنه يبقى شكلا عمليا بسبب بساطته وعدم تكلفته ويتمشى مع ما يفرضه التعامل التجاري من سرعة .

المطلب الثالث : الشكل الإلكتروني :

بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر من القانون المدني نجد أن المشرع قد سوى بين الكتابة والورقية الإلكترونية كشكلين للتصرفات القانونية، إلا أن الملاحظ هو أن الكتابة الورقية قد تكون رسمية أو عرفية فكيف يكون ذلك في الكتابة الإلكترونية ؟

لقد عرّفت المادة 324 ق م ج العقد الرسمي على أنه " عقد يثبت فيه موظف أو ظابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، ومن ثم لم يتوافر أي شرط من الشروط ولا يكون لها قيمة المحرر العرفي، وهذا ما يكون مبررا كافيا لاستبعاد الرسمية في العقود الإلكترونية² لصعوبة تطبيقها، واعتبارها كتابة عرفية وهنا يثور التساؤل حول مدى جدية هذا الشكل كوسيلة و طرف للإثبات في العقود الإلكترونية³، وذلك من منطلق أنها تتوفر على شرطي الكتابة والتوقيع مع إمكانية التصديق عليها بإنشاء موقع على شبكة المعلوماتية الإنترنت ، وهو الأمر الذي أصبحت تأخذ به حديثا شركات متخصصة تقوم بالتصديق وحفظ المعلومات المدونة على الدعامات الإلكترونية لضمان سلامتها لمدة طويلة ويقوم هذا الموقع بوظيفته بعد إمداده بوسائل تمكنه من معرفه هوية المتعاقد، ثم القيام بشهر هذه التصرفات.

عرف المشرع الجزائري الكتابة في 323 مكرر ق م ج كما سبق وأن ذكرنا، وهي تشمل الكتابة الإلكترونية التي لم يعط لها تعريفا مستقلا، في حين يعرف المحرر الإلكتروني فقها على أنه : " كل

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، ج 1 ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952 ، ط 1 ، ص 251 ، 252.

² أحمد المهدي ، الإثبات في التجارة الإلكترونية ، دار الكتب القانونية ، مصر المجلة الكبرى ط 2006 ، ص 43 .

³ العقود ، سعيد السيد قنديل ، التوقيع الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط 2006 ، ص 105.

إنتقال أو إرسال أو إستقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها من خلال وسط إلكتروني" إذن تتمثل الكتابة الإلكترونية في النص المكتوب إلكترونيا أو الصورة أو الرسومات المصاحبة له على شاشة الحاسب الآلي وكذلك المعطيات المرتبطة بهذا النص المخزن في ذاكرة هذا الأخير، وأخيرا جهاز الطباعة المتصل بالجهاز الآلي والذي يمكن من خلاله نقل النص المكتوب إلكترونيا إلى الكتابة الورقية¹.

الفرع الثاني : شروط الكتابة الإلكترونية :

لا يعدّ بالشكل في الكتابة الإلكترونية طبقا للمادة 323 مكرر 1 ق م ج إلا بتوفر شرطين أساسيين هما: التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ثم حفظها في ظروف تضمن من سلامتها .

أولا: التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها : لا يتأتى التأكد من هوية مصدري التصرفات القانونية إلا بالتوقيع الذي يعدّ إقرارهم منهم بمضمون ما ورد بالعقد، وبالتالي فإن آثار التوقيع في الدعامات الورقية هو الأصل ومفصول فيه وفي مدى حجيته منذ أمد، إلا أن الإشكال لا يزال قائما في العقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وبذلك لابد من تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني ثم حجيته .

مفهوم التوقيع الإلكتروني : نصت الفقرة الثانية من المادة 327 ق م.

على أنه : (يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1)، إلا أنه لم يعرف لا من المشرع ولا من الفقه ولا القضاء الجزائري لحدثة عهده في حين عرفته التوجيهات الأوربية المتعلقة بالتجارة الصادرة بتاريخ 08 يونيو 2000، والمنشور بالجريدة الرسمية للإتحاد الأوربي بتاريخ 17 يوليو 2000 في المادة 02 مناه على أنه : " بيان يأخذ الشكل الإلكتروني ويرتبط أو يتصل بشكل منطقي بمعطيات إلكترونية أخرى، والذي يمكن أن يخرج بشكل موثق"²، إذن هو عبارة عن توقيع رقمي يقوم على رموز سرية وبمفتاح غير متناسق، أي خالص ومختلف يقوم بحل التشفير لقراءة بقية الرسائل المرمزة، وهو يأخذ أشكال متعددة ومختلفة فيمكن أن يكون عن طريق الماسح الضوئي، أو بطاقات الإئتمان الممغنطية أو بتوقيع رقمي، يقوم على فكرة اللوغرتمية الحسابية .

¹ نفس المرجع ، ص 27.

² الدكتور السعيد سيد قنديل ، التوقيع الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 60.

02-حجية التوقيع الإلكتروني : بالرجوع إلى نصوص القانون المدني لاسيما المادتين 323مكرر و327 منه نجد أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر فيما يخص ذلك واعتبره كالتوقيع على الورق وجعله معتدا به شرط أن يتوفر على الشروط التي يجب أن تتوفر في الشكل الإلكتروني فيما يخص قبول المحررات الموقعة إلكترونيا في المعاملات التجارية كشكلية للإثبات فلا مانع قانوني لها¹.

ثانيا: وسائل الحفظ التي تضمن السلامة : بالرجوع إلى القانون الجزائري لا نجد نصوصا تنظم ذلك بعكس بعض التشريعات الأخرى الحديثة وإنما الوسيلة المتعارف عليها هي اللجوء إلى مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني والتي لها دور فعال في تحقيق الأمان القانوني للتصرفات ذات الشكل الإلكتروني فمقدمي هذه الخدمات هم من يضمنون أن المفتاح العام المستخدم هو فعلا لمرسل الرسالة ومن صلاحيته، أما مقدمي الخدمات فيعرفون بأنهم "جهة أو منظمة عامة أو خاصة تستخرج شهادات إلكترونية تؤمن صلاحية الموقع وحجية توقيعه" وهذه الشهادة تعتبر بطاقة هوية إلكترونية تم وضعها بواسطة شخص مستقل عن العقد ومحيد . إذن فلا مجال للتأكد من هوية القائم بالتصرف القانوني في الشكل الإلكتروني إلا عن طريق مقدمي خدمات التصديق الذين يرمز إليهم بـ: "psc"² وهم كل كيان أو شخص سواء طبيعي أو معنوي يتولى تسليم الشهادات أو يقدم أية خدمات أخرى متصلة بالتوقيعات الإلكترونية³.

¹ علاء محمد عيد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، دراسة مقارنة " رسالة ماجستير " دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005، ص 82.

² Prestataires , de services de certification

³ الدكتور سعيد سيد قنديل ، التوقيع الإلكتروني ، ص 62.

المبحث الثاني : شروط الشكلية غير المباشرة في تكوين التصرف القانوني

وهي الشكليات التي تكون ملتصقة بالعلنية وحق الغير في العلم بالصرف الجاري على الأموال وخاصة ذات الأهمية كالعقارات والمحلات والشركات التجارية، وتتمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت هذه الإجراءات بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني، فهي لا تؤثر مبدئياً على صحته ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه، وتتعلق هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها التحصيل الضريبي¹، والسهم العقاري مطلب²، والإشهار التجاري مطلب³.

المطلب الأول : التسجيل الضريبي.

تخضع إلى إجراءات التسجيل الواردة في قانون التسجيل رقم 105/76 المؤرخ في 19/06/1976 والتي تنص على تسجيل جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية العقارية والحقوق المتعلقة بها، وكذلك التصرفات الواردة على المحلات والشركات التجارية بل كل العقود الرسمية مهما كان موضوعها ويترتب في بعض الأحيان على إغفال إجراء التسجيل بطلان التصرف القانوني، ولذلك سوف نتعرض إلى مفهوم التسجيل وأهميته، كما يلي :

الفرع الأول : مفهوم التسجيل الضريبي :

التسجيل الضريبي هي تلك العملية الجبائية المنظمة من طرف إدارة الضرائب وفق قواعد وضوابط محددة قانوناً، ويتم من خلالها تأدية أو دفع الرسوم المستحقة لحساب الخزينة العمومية، كما أنه يمثل شكلية مفروضة قانوناً على معاملات محدّدة¹.

وبما أن التسجيل عملية تكون لأجل تحصيل الرسوم، فإن هذه الرسوم تختلف عن غيرها من الرسوم الأخرى كرسوم الشهر التي تستوفيها المحافظة العقارية، أما هذه الأخيرة فترجع إلى مصلحة التسجيل والطابع².

¹ بلقاضي كريمة ، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية ، مذكرة ماجستير بكلية الحقوق ، أين

عكنون، 2004 ن 2005 ، ص 82

² نفس المرجع ، ص 82.

والمعيار المعتمد أساس في استيفاء حقوق التسجيل باعتبارها ضريبة هو القيمة التجارية الحقيقية أو المصرح بها في العقد محل التصرف إضافة إلى الأعباء¹.

الفرع الثاني : أهمية التسجيل الضريبي :

تعود أهمية التسجيل باعتباره تحصيل الرسوم إلى كونه مصدر من مصادر تمويل الخزينة العمومية، ويتعلق بحقوق تستوفيها الإدارة بغض النظر عن مدى صحة العقد سواء كان رسميا صحيحا أو باطلا ولذلك نصت المادة 190 من قانون التسجيل على أنه: " لا يمكن استرداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق التي تم إبطالها أو فسخها فيما بعد"².

المطلب الثاني : الشهر العقاري.

الشهر العقاري هو موضوع واسع يستحق بحثنا مستقلا فلا يسعنا الإحاطة بجميع جوانبه ولذلك نحاول في هذا المجال تحديد مفهومه، وأهميته، كما يلي :

الفرع الأول : مفهوم الشهر العقاري .

في إطار القانون الجزائري الحالي لا نستطيع إعطاء تعريف محدد للشهر العقاري، وذلك نظرا للنظام المزدوج الموجود حاليا والذي يزوج بين كل من النظام العقاري العيني في الأراضي التي تم استكمال إجراءات المسح فيها والشهر الشخصي في الأراضي التي لم يتم المسح فيها وذلك لصعوبة تقديم عمليات المسح، فضلا على أن المشرع الجزائري لم يحسم بعض المسائل التي تشكك في تبني نظام الشهر العيني، وهو ما تسبب في بروز عدة تناقضات بين ما ورد في الأمر 74/75 وبعض أحكام القانون المدني المنقولة من القانون المصري التبني لنظام الشهر الشخصي³، وأهمها قابلية قرارات المحافظ العقاري للطعن القضائي.

¹ عمر قليمي ، الدليل العملي في التسجيل والطابع ، 1990 ، الجزائر ، ص 43.

² حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص 116.

³ عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية ، طبعة 02 ، 2006 ، دار الهومة ص 41.

أما شهر التصرف فهو إجراء يتطلبه القانون أساسا بغية إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم في نقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية¹ التي تكون محل عقود رسمية سبق شهرها، ويعتبر ذلك شرطا ضروريا لإجراء عملية الشهر تحت طائلة عدم قبوله .

كما يعرف الشهر العقاري كذلك بأنه عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام كافة المواطنين بها إظهارا لوجودها، يكون الجميع على بينة من أمرها، ويعتبر من الأهداف التي ترمي إليها معظم تشريعات العالم من أجل تنظيم الملكية العقارية ومنع المضاربة².

وهذا من خلال دراستنا سنحاول أن نعطيه تعريفا أكثر ارتباطا بموضوع الدراسة وذلك على أنه يمثل مجموعة الإجراءات التي نظمها المشرع واشترط أن تتبع العقد الرسمي الناقل للملكية العقارية أو الحقوق العينية عليها لإتمام ترتيب آثاره، وأوكلها للمحافظة العقارية³.

وفي هذا الإطار لابد من التذكير أن هناك اختلاف بين إجراءات الشهر العقاري المتمثل في التسجيل والقيّد والتأشير، بحيث يتعلق التسجيل بنقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية الأصلية، وهو ما تؤكد المواد 165، 733، 916، من ق م ج ويختلف بدوره التسجيل في المحافظة العقارية من التسجيل في مصلحة الطابع والتسجيل، أما القيد فهو الإجراء الذي يتعلق بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية كالرهون مثلما نصت عليه المواد : 2/897 و 904 و 809 و 1000 من ق م ج ويتم كل من القيد والتسجيل في سجل الإيداع الممول لدى مصلحة المحافظ العقاري بعكس التأشير والذي هو مجرد ملاحظات ملخصة عن الحقوق العينية التبعية وحقوق الإمتياز والأوامر القضائية المتعلقة بها كالتى نصت عليها المواد 922 و 344، و 967 من ق م ج، ويقوم بها المحافظ العقاري في البطاقات العقارية فقط، دون تسجيلها في سجل الإيداع وذلك نظرا لطابعها المؤقت لأنها قد تخضع للتجديد أو الشطب فيما بعد.

¹ عمرحمدي باشا نقل الملكية العقارية ، نفس المرجع السابق ص 122.

²، مجيد خلفوني ،نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط01 ، د،و،أ 2003 ، ص 13 .

³ قد نظم المشرع الجزائري الشهر العقاري في القانون المدني المادة 793 ، زوالامر 74/75 نوالمراسيم التنفيذية 62/76 و 63/76 و 201/80 و 123/93.

الفرع الثاني : أهمية الشهر العقاري :

يقوم الشهر العقاري بدور وأهمية بالغتين فهو الضمان الأساسي للعلنية في إنتقال الحقوق العقارية، بحيث يستطيع أن يعلم كل شخص يريد التعامل فيها بمن هو مالكها الذي يصح التعامل معه، كما أنه يوفر الثقة بين المتعاقدين ويضمن سلامة التصرفات العقارية، ويسهل تداول العقارات ويدعم الإئتمان بشأنها نظرا لأهميتها البالغ قيمتها، كما انه ينشط سوق المال وينمي الإقتصاد الوطني ويتيح فرص الإستثمار بشكل واسع¹، وذلك بتبيان العقارات والحقوق العينية وأصحابها وتدعيم الرهون والقروض إضافة إلى أنه وسيلة من وسائل رقابة الدولة على السوق العقارية وتحصيل الرسوم وفرض الضرائب على الملاك لفائدة الخزينة العامة²، كما أنه يعتبر النظام الأمثل الذي يؤمن المالك مما قد يعترضه من مضايقات عند مزاوله حقوقه على عقاره من إنتفاع وإستغلال وتصرف³.

المطلب الثالث : الإشهار التجاري :

قد نص القانون التجاري في عدة مواد على وجوب قيد التصرفات وإنحلالها والتنازل عن حصص فيها في السجل التجاري، ومن بين هذه المواد 83 و 97 و 550 منه وهنا نلاحظ إختلاف المصطلحات المستعملة بين الإشهار والقيد والتسجيل والنشر ويتبين أن الإشهار يقصد به كلا من إجراءات التسجيل والقيد بنفس المعنى إضافة الي النشر بمعنى الإعلان وسوف نتطرق إلى مفهوم الإشهار التجاري "ف1" والأهمية "ف2" كما يلي :

الفرع الأول : مفهوم الإشهار التجاري :

ويقصد به إجراءات القيد في السجل التجاري ثم عمليات النشر ونتناولها كما يلي :

أولا : القيد في السجل التجاري :

ويعني قيام مأمور المركز الوطني للسجل التجاري في إطار مسكه لهذا السجل وتسييره بتسجيل كل العقود الرسمية التي تعالج الوضع القانوني للمحلات التجارية والشركات التجارية في الدفتر العمومي

¹ الدكتور سليمان مقوس ، شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع ، الطبعة الرابعة 1980 ، ص 275 و 276.

² أ مجيدخلفوني ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، مرجع سابق ، ص 20.

³ أحمد باشا نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص 120.

الممسوك لديه، ويعتبر القيد في السجل التجاري من الشكليات للتصرف في المجالات التجارية طبقا للمادة 97 من القانون التجاري الجزائري¹.

ثانيا: النشر :

وبعني إعلان التصرف في شكل ملخص في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري المتصرف فيه أو تم تأسيس الشركة ضمن نطاقها ويكن هذا الإعلان محليا، كما أن هناك إعلان وطني يتم في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوما من أول نشر².

الفرع الثاني : أهمية الإشهار التجاري .

لقد فرض المشرع الجزائري الإشهار في بعض التصرفات التجارية لا سيما المتعلقة بالمجالات والشركات التجارية كونها من عناصر الإنتاج المهمة التي يجب أن يعلم بها المعنيون وخاصة منهم دائنو البائع او المتنازل الذين قد يعرضون إلى الخطر في حالة التصرف سرا وخفية، وبهذا السبب ولحماية حقوقهم فرض المشرع إعلان هذه العمليات وشهرها لحماية الغير الذي يمكن أن تضر به³ كما ان إعلان هذه التصرفات يعتبر إحدى ضمانات الائتمان في القانون التجاري وتدعيما لاستقرار المعاملات التجارية داخل المجتمع، وجعل كل المتعاملين على بينة من التصرفات الهامة الجارية داخل السوق.

¹ الدكتوراة فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ،المحل التجاري طبعة 2001 نشر وتوزيع ابن خلدون ، ص 264.

² الأستاذ سمير جميل حسين الفتلاوي ، العقود التجارية الجزائرية ، ط 2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 30 ص 129 ، 130.

الدكتوراة فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ، المحل التجاري ،المرجع السابق ، ص 242.³

المبحث الثالث: آثار الشكلية في تكوين التصرف القانوني

تتوفر عن توافر شروط الرسمية في التصرف القانوني أو تخلفها آثار ذات أهمية بالغة وذلك كونها هي التي تمنحه الوجود القانوني أو القوة التنفيذية، أو تؤدي به إلى العدم أو صعوبة إثباته عند تخلفها وهو ما سنتناوله كآلاتي :

المطلب الأول: آثار الشكلية المباشرة

تترتب عن توافر شروط الرسمية في التصرف القانوني، ذات أهمية بالغة وذلك كونها هي التي تمنحه الوجود القانوني أو القوة التنفيذية ، أو تؤدي به إلى العدم أو صعوبة إثباته عند تخلفها ، وهو ما سنتناوله في فرعين إثنين كآلاتي :

الفرع الأول :آثار توافر الشكلية المباشرة

بعد إبرام التصرف القانوني وإصباح الشكلية الرسمية عليه من قبل الموظف المختص يكتسب قوة تنفيذية وحجية فيما بين طرفيه وفي مواجهة الغير، هذا إضافة إلى قابليته لإجراءات الشهر العقاري عندما يتعلق الأمر بعقار أو حقوق عينية عقارية ، كما أن إشتراط المشرع الشكل الرسمي في تصرف قانوني ما فإن ذلك ينصرف إلى كل وعد بهذا التصرف أو التوكيل فيه.

أولاً : القوة التنفيذية : العقد الرسمي المتكامل الشروط يمكن بعد تذييله من التنفيذ على مدينة، إن احتوى على إلزام ما، وقد نصت المادة 31 من قانون تنظيم مهنة الموثق، على أن تسلم النسخة الممهوره بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقا للتشريع المعمول به ، ويسري عليها ما يجري على الأحكام القضائية ويؤثر على الأصل بتسليم النسخة التنفيذية وهذا ما يجعل الأشخاص يفضلون اللجوء إلى الموثق في تحرير العقود التي لها قيمة كبيرة حتى ولو لم يشترط القانون فيها الرسمية¹.

إلا أن هذه القوة التنفيذية تستثنى منها العقود الرسمية المحررة خارج الوطن فلا يمكن تنفيذها بالجزائر إلا بعد أمر قضائي وهو ما تضمنته الإتفاقية الجزائرية الفرنسية في مادتها 08 وقانون الإجراءات المدنية في المادة 325، وهو ما أقرته المحكمة العليا في القرار² المؤرخ في 1994/03/07

¹ زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية ، مرجع سابق ، ص 66.

" من المقرر قانونا أن العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين أجنب، لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر إلا وفقا لما تقتض بتنفيذه إحدى الجهات القضائية الجزائرية ..."

ثانيا : حجية الشكل الرسمي : كل تصرف قانوني يفرغ في قالب رسمي يكتسب قرينة الرسمية، وذلك بأن يصبح له مظهر خاص يوحي بذلك، فبمجرد الإطلاع عليه تقوم القرينة على رسميته، ومن العلامات التي تدل على الرسمية ختم الموثق، وهو صعب التقليد والتزوير¹، وقد أعطيت هذه القرينة حدا للصور المأخوذة عن الورقة الرسمية، وذلك بأن يصبح له مظهر خاص يوحي بذلك، فبمجرد الإطلاع عليه تصبح القرينة على رسميته ومن العلامات التي تدل على الرسمية ختم الموثق وهو صعب التقليد والتزوير² وقد أعطيت هذه القرينة حدا للصور المأخوذة على الورقة الرسمية طبقا للمادتين 325 و 326 ق م ج، وللعقد الرسمي حجية ما بين الأطراف وفي مواجهة الغير وقد أكدت المحكمة العليا على هذه الحجة في قرارها المؤرخ في 1998/11/18: "من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كل التراب الوطني"³.

ثالثا : إمكانية شهر التصرف الوارد في شكل رسمي : ويخص هذا الأثر القانوني التصرفات الواردة على العقارات أو التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو إنقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، وذلك إستنادا لنص المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذلك نص المادة 61 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل والمتمم :

(كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية، يجب أن يقدم على الشكل الرسمي) .

رابعا: التأثير على الوصف الجزائي عند التزوير: فقد نصت كل من المادتين 214 و 215 من قانون العقوبات على جرم التزوير في المحررات العمومية أو الرسمية المرتكبة من قبل قاض أو موظف أو قائم بوظيفة عمومية، وأضافت المادة 216 منه باقي الأشخاص مع إعطاء الوصف الجنائي للفعل، وهذا على خلاف التزوير المرتكب في باقي الأوراق والذي عادة ما يشكل جنحة.

¹ القرار رقم 16876 المنشور بالمجلة القضائية عدد 03 سنة 1994 ص 146.

² رواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية ، مرجع سابق ، ص 65.

³ قرار رقم 176264 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1999 عدد 01 ص 102 الغرفة الثانية.

خامسا : إنصراف شكل التصرف إلى شكل الوعد به والتوكيل فيه : نصت المادة 72 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه إذا إشتط القانون لتمام العقد إستفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد .

ونصت المادة 527 ق م ج، كذلك على انه : (يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة مالم يوجد نص قانوني بخلاف ذلك).

الفرع الثاني : آثار تخلف الشكلية المباشرة .

وتتمثل هذه الآثار في بطلان التصرف الرسمي أو تحوله إلى ورقة عرفية كما يلي :

أولا : بطلان التصرف الرسمي: في كل التصرفات التي جعل المشرع الشكل الرسمي ركنا لإنعقاد تبطل بطلانا مطلقا، مثل العقود الواردة في المادة 324 مكرر 1 ق م ج كنقل ملكية عقار أو محل تجاري، ولا يصح القول بصحة مثل هذه التصرفات عند إنعدام الشكل الرسمي أو عند تخلف البيانات الجوهرية فيه، وهو الأمر الذي خاضت فيه المحكمة العليا كثيرا إذ كانت تقضي بصحة العقود الشكلية رغم تخلف الشكل الرسمي فيها، إلا أنها تخلت عن ذلك منذ إصدارها وبغرفها المجتمعة القرار رقم 136156 بتاريخ 1997/02/20 الذي جاء فيه : (حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع- محل تجاري - محل تجاري - شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد)¹، ونفس الشيء جاء في القرار المؤرخ في 2000/06/28 (الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات، اعتمادا على المادة 12 من الأمر 91/70 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر من ق م ج وكذلك على المادة 16 16 من الأمر 74/75)².

وفي نفس السياق كذلك صدر قرار مجلس الدولة رقم : 210419 المؤرخ في 2000 /02/26 عن الغرفة الثالثة " حيث أن عند بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق " .

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص 129.

² القرار رقم 197347 المنشور بالمجلة القضائية ، الإجتهااد القضائي للغرفة العقارية 2004 الجزء الثاني ، ص 258.

إلا أن التصرف الذي لا يشترط فيه القانون شكلا معيناً ويكتفي فيه الرضا لا يبطل عند تخلف الشكل فيه، إذا كان الأطراف قد إتفقوا على إفراغه فيه كون الأمر يتعلق بمصلحة الأطراف فقط، ويمكنهم التنازل عن ذلك ويكون قابلاً للفسخ فقط على أساس الإخلال بالتزام عقدي وبعد طلب من له المصلحة في ذلك¹.

ثانياً : تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي : نصت المادة 326 مكرر 02 من ق م ج على أنه (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل، ويعتبر كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف) يلاحظ أن هذه المادة سوء صياغتها إذ سقطت منها يعتبر بعكس صيغتها الفرنسية) واستناداً إليها يكون العقد الرسمي محرراً عرفياً عند وجود عيب في كفاءة أو أهلية محررة أو في شكل شرط أو يكون موقعا من الأطراف، فوجود التوقيع في العقد الرسمي الذي تخلف أحد شروطه طبقاً لهذه المادة ينحى صفة العقد العرفي، وهو أمر سليم ومنطقي يتماشى والقواعد العامة لاسيما المادة 105 من ق م ج التي تنص (إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت فيه أركانه إذ تبين أن نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد)، لكن إذا كان هذا العقد يتضمن تصرفاً شكلياً فإنه لا يقبل التصحيح ولا يثبت إلا الالتزامات شخصية كبيع العقار مثلاً فهو لا ينعقد في هذه الحالة وإنما يمكن أن يستعمل باعتباره عقداً عرفياً لإثبات قبض البائع مبلغاً من النقود، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار 136139 المؤرخ في 18/02/1997 الذي جاء فيه (حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد).

حيث أنه كان من الصحيح أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطلاً بطلاناً مطلقاً لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع).

¹ عويطي فريد وعشوري عبد العزيز، الشكلية في التصرفات القانونية، مرجع سابق، ص 17 .

المطلب الثاني : آثار الشكلية غير المباشرة

وتتمثل هذه الآثار في التسجيل الذي يغطيه في التسجيل التراث تاريخ العقد الذي يمنحه الصيغة الرسمية وأيضا تكون كل التصرفات الواردة موقوف على استكمال إجراءات الشهر لعقاري وأخيرا عملية النشر والإشهار وهو العنصر الأهم إلا أن عند تخلف هذه الإجراءات يكون مصير هذه التصرفات البطلان كما يلي :

الفرع الأول : آثار لتسجيل الضريبي :

إن التسجيل ما هو إلا إجراء جبائي يستهدف تحصيل الرسوم وهو لا يعطي أية صبغة رسمية إضافية للمحركات الرسمية الخاضعة له، وما هو إلا إلزام قانوني يقع على عاتق الأطراف أحيانا والموثق أحيانا أخرى، وذلك تحت طائلة العقوبات المالية والجزائية في حالة عدم قيامه بذلك أو تأخره عن تسجيل المحرر في مواعيده¹، كما أنه ورغم نص المشرع على تاريخ ثبوت العقد العرفي من يوم تسجيله في المادة 328 من ق م ج إلا أن التسجيل لا يمنحه الصبغة الرسمية وهو ما أكدته المحكمة العليا.

في قرارها المؤرخ في 1990/09/24 تحت رقم 62624 (بما انا تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط أما مضمون العقد يبقى دوما بعيدا عن الرسمية².

بل أن حتى تسجيل العقود العرفية أصبح غير جائز منذ صدور قانون المالية لسنة 1992 الذي منعت المادة 63 منه مسؤولي إدارة التسجيل القيام بتسجيل العقود العرفية الناقلة لملكية المحلات التجارية والعقارية³ وغيرها وبالتالي تكون وظيفة التسجيل باعتباره وسيلة لإعطاء العقد العرفي تاريخيا ثابتا قد ألغيت .

¹ بلقاضي كريمة لكتابة الرسمية والتسجيل والشهر ، مرجع سابق ص 105

² حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص 117

³ المجلة القضائية لسنة 1999، ص 42 و 43.

الفرع الثاني : آثار الشهر العقاري :

نصت المادة 733 من ق م ج على أنه (لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار) .

ونصت المادة 15 من الأمر 75/75¹ على أن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية) والمادة 16 منه على أن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمز إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية). ونصت المادة 17 منه على شهر عقود الإيجار التي تزيد مدتها عن 12 سنة.

ومن خلال هذه النصوص المذكورة تكون كل التصرفات الواردة فيها موقوفة على إجراء استكملات الشهر العقاري سواء كان ذلك من الأطراف أو بالنسبة للغير وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 68467 بقولها : (وأن عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 793 من ق م ج² وعليه في حالة تزامن المشتري فإن الملكية تنتقل إلى من إتخذ إجراءات الشهر وسجلها برقم محدد قبل الأخذ ولو بساعات محدودة³، ولا ينتج عن التصرفات التي لم تشهر إلا إلزامات شخصية بين أطراف العقد .

في حالة ما إذا استوفى العقد الشكليات المطلوبة لإنعقاده، وهنا يجب التفرقة بين العقود المبرمة قبل 1971/01/01 والتي تعتبر صحيحة حتى ولو لم تكن صحيحة ومبرمة ويمكن شهرها إستثناء تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للشهر المسبق طبقاً للمادة 89 من المرسوم 63/76.

¹ المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

² القرار المؤرخ في 21/10/1990 مجلة قضائية 1992 ، عدد 01 ، ص 86.

³ حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، مرجع سابق ، ص 121.

لكن لا يكون لها أثر في مواجهة الغير إلا بعد إفراغها في الشكل الرسمي وشهرها، أما العقود المبرمة بعد التاريخ المذكور أعلاه فلا يجوز شهرها إلا إذا كانت رسمية¹ وتشمل عملية شهر التصرفات الناقلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية كذلك الوعد بالتصرف فيها² ..

ويعتبر الدفتر العقاري النتيجة المباشرة والنهائية لإجراءات الشهر العقاري والذي تكون له القيمة القانونية والنهائية لإجراءات الشهر العقاري والذي تكون له القيمة القانونية المطلقة لإثبات الملكية العقارية وهو ما جاء في القرار المؤرخ في 2004/04/21 (يؤسس الدفتر العقاري على أساس سند الملكية طبقاً للمرسومين 74/75 و76 بعد استكمالهما للإجراءات والشكليات والآجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية فالنعي بإعتماد القضاة على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى³ .

كما أن الدفتر العقاري بعد منحه لا يمكن الطعن فيه، إلا أمام القضاء وهو ما جاء في القرار المؤرخ في 2005/02/23 (لا يجوز إعادة النظر والمنازعة في الحقوق الناتجة عن الترتيم النهائي المسجل في الدفتر العقاري إلا قضائياً)⁴.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن الدفتر العقاري قد يرفض شهر العقد الرسمي المقدم له استناداً للمادة 100 من المرسوم 63/76 وبذلك لا يكون لصاحبه سوى طريق الطعن في قرار الرفض أمام القضاء الإداري بالغرفة الجهوية المختصة طبقاً لنص المادة التي تختص بنظرها القضاء العادي.

الفرع الثالث : آثار الإشهار التجاري.

إن إتمام عمليات الإشهار التجاري تمنح صفة التاجر لمتلقي المحل التجاري أو تمنح الشخصية المعنوية للشركة التجارية، إلا أن العنصر الأهم هو عند تخلف هذه الإجراءات وهو البطلان وذلك ما نصت عليه المادة 97 من القانون التجاري (يجب قيد البيع في ظرف ثلاثين يوماً من تاريخ عقده والآن

¹ عمر حمدي وباشا ليلي زروقي ، المنازعات العقارية ، مرجع سابق ، ص 67.

² قرار مجلس الدولة رقم 004983 ، المنشور بمجلة مجلس الدولة عدد 03 ، لسنة 2003.

³ قرار منشور بالمجلة القضائية عدد 03 سنة 2003 عن الغرفة العقارية

⁴ قرار رقم 282811 المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد 01 سنة 2005 ويكون الأمر من إختصاص القضاء الإداري بعكس الطعن بإلغاء العقود التوثيقية الذي هو من إختصاص القضاء العادي قرار مجلس الدولة رقم 013673 المؤرخ في 2005/02/01 إلغاء العقد التوثيقي المحرر من الموثق يخضع لرقابة القاضي العادي حتى في حالة وجود إدارة عامة طرفاً في النواع.

كان باطلا، وتبقى المهلة سارية ولو في حالة صدور الحكم بإعلان الإفلاس.) كما نصت المادة 548 منه على وجوب إيداع العقود التأسيسية للشركات والعقود المعدلة لها لدى المركز الوطني للسجل التجاري CNRC ونشرها إذا كانت باطلة، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1994/09/27 : (من المقرر قانونا أن كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلقا على شرط يجب إثباته بعقد رسمي وإعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في الآجال المحددة وإلا كان باطلا وبدون أثر..¹).

كما تجب الإشارة إلا أن هناك فرق بين الإشهار العقاري الذي يخص التصرفات الواردة على العقارات والحقوق المتعلقة بها، والإشهار التجاري الذي يخص التصرفات المرتبطة بالمحلات والشركات التجارية، وهو ما بينته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2001/11/06 (إن عقد التوثيق يخضع لإجراءات إشهار محددة في القانون المتضمن إبرام عقد إيجار محل تجاري يخضع لإجراءات إشهار محددة في القانون التجاري وليس لإجراءات الإشهار العقاري المنصوص عليها في المادة 85 من قانون السجل العقاري).

لأنه لا يؤدي إلى أي تعديل في الوضعية القانونية للعقار الموجود في المحل المستأجر، وأن القرار المطعون فيه لما أعتبر عقد الإيجار لمحل تجاري يخضع لعملية الإشهار العقاري فإنه خرق للقانون يعرضه للنقيض².

كما وأنه بناء على القرار المذكور تكون التفرقة كذلك واجبة بين آثار الشهر التجاري والشهر العقاري فيترتب عن تخلف الأول البطلان المطلق للتصرف بينما يترتب عن تخلف الثاني توقف ترتيب العقد لآثاره سيما في نقل الملكية .

¹ قرار رقم 125118 مأخوذ من كتاب القضاء التجاري ، حمدي باشا عمر ص 57.

² القرار رقم 256008 المنشور بالمجلة القضائية ، عدد 02 سنة 2001 ، ص 214 ومايليها.

المطلب الثالث: جزاء تخلف الشكل في التصرفات القانونية

إذا اشترط القانون إ فراغ التصرف في شكل معين فإن هذا الشكل يعتبر ركنا جوهريا في التصرف ومن ثم فإن تخلف الشكل الذي سيطلبه المشرع يؤدي حتما إلى بطلان التصرف، فيجب هنا التطرق إلى طبيعة البطلان (الفرع الأول) ثم بعد ذلك إلى أحكام العقد الباطل لتخلف الشكل (الفرع الثاني) كما يلي:

الفرع الأول: جزاء تخلف الشكل في التصرفات القانونية بين الفقه والتشريع الجزائري

أن مسألة تحديد البطلان الناجم عن تخلف الشكل كانت محل جدل فقهي واسع فقد ذهب البعض إلى أن البطلان نسبي بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن هذا البطلان يجب أن يكون مطلقا ولكل أساليبه ومبرراته .

لذا سنتعرض لموقف الفقهاء من تخلف الشكل (أولا) ثم نبين موقف التشريع الجزائري من هذه المسألة (ثانيا).

أولا : جزاء تخلف الشكل في الفقه

سبق أن رأينا انه متى كان الشكل مقرا لانعقاد التصرف القانوني فان عدم استقاء هذا الشكل يؤدي إلى عدم وجود هذا التصرف ومن تم عدم ترتيب الآثار المقصود منه .

وإذا كان المتفق عليه أن تخلف الشكل يؤدي على عدم صحة التصرف او بطلانه فما طبيعة هذا البطلان المطلق أم النسبي.

قبل الإجابة على هذا التساؤل يجدر بنا التنكير بأن المشرع الجزائري اخذ بتقسيم البطلان إلى بطلان مطلق وبطلان نسبي فاعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا إذا تخلف احد أركان الرضا أو كلها ، بينما يكون باطلا بطلانا نسبيا إذا تخلف احد شروط الرضا¹ وهو بذلك اعتمد المعيار العددي للتفرقة بين نوعي البطلان ، فإذا تخلف شروط صحة الرضا كان الجزاء هو البطلان المطلق أما شروط الصحة التي تتمثل

¹ محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام، التصرف القانوني، العقد والغرامة المنفردة، ج01، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، ص 250.

في كما الأهلية وخلو الإرادة من عيب يلحقها والتي تتمثل في الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال فإن تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد نسبياً¹.

إلا أن المشرع لا يمكنه أن يحصر حالات البطلان بكاملها فقد تظهر حالات لم يواجهها المشرع بنصوص صريحة تقرر طبيعة البطلان المعتمد من حيث كونه بطلاناً مطلقاً أو بطلاناً نسبياً فتبدو الحاجة ملحة بالنسبة إلى القضاة للبحث عن معيار بكامل المعيار العددي الذي اعتمده المشرع في القانون المدني ، وإن هذا المعيار يتمثل في طبيعة المصلحة المراد حمايتها فإذا كانت عامة أي أريد بها حماية الجماعة بكاملها كان البطلان الذي تقرر لمخالفتها بطلان مطلق ، أما إذا كانت المصلحة المبتغى حمايتها مصلحة خاصة أي تتحدد بشخص معين أو بمجموعة معينة من الأشخاص فإن البطلان يكون نسبياً².

هذا وإن تحديد مسألة طبيعة البطلان الناجم عن تخلف الشكل المتطلب قانوناً كانت مثار جدل فقهي فقد ذهب غالبية الفقه إلى القول بأن هذا البطلان مطلقاً لأن الغاية من الشكل هي حماية المصلحة العامة، بينما ذهب الآخر إلى القول بأن البطلان المترتب على الشكل يعد بطلاناً نسبياً وذلك على أساس أن الشكل مفروض لحماية المتصرف ومن ثم فإنه يحمي مصلحة خاصة وليس مصلحة عامة .

والحقيقة أن الرأي الثاني غير صائب لأنه على الرغم من التسليم بأن الشكل يحمي المتصرف فإنه ينبغي ملاحظة أن الشكل لا ينقرر لحماية مصلحة خاصة بفرد من الأفراد، وإنما لمصلحة كل من يبرمون التصرف وبذلك نخرج من نطاق المصلحة الشخصية إلى نطاق المصلحة العامة والتي تتكون من مجموعة الأشخاص المراد حمايتهم وهم فئة هامة مما يجعل جانب المصلحة العامة يطغى على جانب المصلحة الخاصة ، إضافة إلى إستلزام الشكل يكون عادة مبرراً لحماية المتصرف إلا أنه يسعى لحماية مصالح أخرى كالعائلة والورثة .

وهو الشأن بالنسبة لاشتراط الشكل الرسمي في الهيئة أو الحماية الإئتمانية لإستقرار التعامل، كالرهن الرسمي وبيع العقار .

¹ حبار محمد ، نظرية التصرف القانوني ، في القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه بن عكنون الجزائر 1987 ص 177.

² بن الحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ج 1 ، التصرف القانوني الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ص 171.

وذهب الأستاذ قيريرو¹ إلى أن تحديد طبيعة الجزاء المترتب على احترام الشكل المحدد قانونا يستوجب التفرقة بين حالتين :

-حالة ما إذا كان الشكل مفروضا بطريقة تحكمية كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي إذ انه يمكن تصور قيام عقد رهن عقاري مبرم بطريقة عرفية غير أن تدخل المشرع ومنعه لهذا الأسلوب كان نتيجة اعتبارات أهمها حماية المدين الراهن وضمان الوفاء .

-حالة ما إذا كان الشكل المفروض بصفة ملازمة للتصرف نفسه كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية، إذ أن الجزاء المترتب على تخلف الشكلية فيها يتمثل في تغيير تكييفها أي عدم إضفاء الوصف القانوني المقرر أصلا.

وأوضح هذا الرأي أهمية التفرقة ما بين البطلان وتغيير التكييف فقرر أن البطلان يؤدي إلى عدم إنتاج التصرف لأي اثر بينما تغيير التكييف لا يمنع هذا التصرف من أن يتخذ شكل تصرف آخر إذا استوفى الشروط التي يتطلبها هذا التصرف الآخر .

غير أن الدكتور جبار محمد في رسالته تحت عنوان نظرية بطلان التصرف القانوني

وأنتقد هذا الرأي على أنه لم يأت بجديد لأن المستقر عليه فقها أن البطلان المطلق وان كان يؤدي إلى عدم السماح للتصرف بإنتاجه أثره القانونية الأصلية، فانه ينتج آثارا عرضية ومن بينها ما يسمى تحول التصرف الذي مؤداه أن التصرف قد يكتسي صفة تصرف آخر صحيح إذا استوفى شروطه ، وبذلك فان الجزء يكون واحد في الحالتين وهو البطلان ، إلا انه في الحالة الثانية نكون بصدد اثر عرضي للبطلان يتمثل في تحول التصرف ، ومن ثم نجد فقهاء القانون التجاري يعتبرون الورقة التجارية عندما يشوبها البطلان تتحول إلى مجرد سند عادي إذا كانت عرفية ، والى سند رسمي إذا كان مصادقا عليها من طرف موظف عام .

ونرى تماشيا مع الاتجاه الفقهي الغالب أن تخلف الشكل المتطلب لانعقاد التصرف القانوني يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا لان الحكمة من فرض المشرع الشكل تقتضي ترتيب البطلان المطلق جزاء

¹ marie-antoinette guerriero/l acte juridique solennel : l'acte juridique solennel, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1975, p 361 ;362;363.

تخلفه، ولأن القول بالبطلان النسبي كجزاء لتخلف الشكل وما يترتب عليه من إمكانية إجازة هذا البطلان يؤدي إلى هدم فكرة الشكل ويجعلها دون فائدة .

ثانيا : جزاء تخلف الشكل في التشريع الجزائري

نص المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني إلى أنه: زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم 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.

ولقد كانت المادة 12 من قانون التوثيق سابقا وهي نفسها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني حاليا مثار جدل فقهي وقضائي بالجزائر .

فقد ظهر اتجاه يحاول أن يتجاهل الشكل الرسمي المتطلب في العقود الواردة على العقار بالرغم من وضوح عبارات نص المادة 12 من قانون التوثيق والتي أصبحت المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني، فقد اعتبر أنصار هذا الرأي أن كل عقد بيع عقاري يحتوي على عقدين متتاليين : فهناك التصرف القانوني المتمثل في البيع في حد ذاته وهو تصرف رضائي ، وهناك التصرف المتعلق بنقل ملكية العقار وهو تصرف شكلي ، فإذا ابرم عقد بيع العقار في شكل عرفي فإن هذا العقد صحيح ولكنه لا يؤدي إلى انتقال الملكية بل ينشأ التزاما بنقل الملكية ، واستنتجوا بذلك بان البطلان المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لا يجب أن يمس هذا العقد ، بل يلحق فقط انتقال الملكية كآثر مترتب على هذا العقد¹.

غير أن هذا الرأي تعرض للنقد على اعتبار انه ينطلق من فكرة خاطئة مؤداها أن التصرف المبرم بين الطرفين يشمل تصرفين : تصرفا متعلق بالبيع وتصرفا لاحقا به متعلق بنقل الملكية ، والحقيقة انه لا وجود لهذين التصرفين المتتابعين في تصرف واحد من الناحية القانونية طبقا للمادة 324 مكرر 1 ، ذلك أن نقل الملكية ما هو إلا مجرد اثر مترتب على عقد البيع وان هذا الأثر لا يمكن أن يتحقق إلا إذا كان

¹ bendeddouche jacpoueline :déclaration de voloté et formation contrat en Algérie; la revue algérienne de sciences juridiques et politiques Alger n:1 mars 1981.

العقد الذي تولد عنه عقدا صحيحا، فضلا على انه يخلط بين القانون الجزائري والقانون المصري ، ففي القانون المدني الجزائري الشكل الرسمي سابقا على الشهر وان كل عقد غير موثق لا يمكن شهره طبقا للمادة 61 من المرسوم رقم 63/76 الصادر بتاريخ 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل التجاري العقاري والتي جاء فيه ما يلي : " كعقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي " .

وذهب اتجاه آخر إلى أن الشكل الرسمي المنصوص عليه في المادة 324 مكرر 1 ليس شكلا متطلبا لوجود العقد بل انه شرط متطلب للإثبات¹ وحججهم في ذلك أن المادة 324 مكرر من القانون المدني وردت في الفصل الأول من الباب السادس الخاص بإثبات الالتزام مما يفيد أن الشكل الرسمي شرط لإثبات العقد وليس ركنا لوجوده ، فضلا عن أن الفقرة الثانية من ذات المادة نصت حرفيا على عبارة : إثبات العقود كما وان الشكلية المتطلبة بصدد التصرف في العقارات لا مبرر لتواجدها إذ أن القانون يوفر للبائع حماية واسعة وليس في حاجة إلى شكلية ما للزيادة في هذه الحماية غير أن الاتجاه تعرض بدوره لعدة انتقادات يمكن حصرها فيما يلي :

- إن هذا الرأي ضعيف من حيث التأسيس القانوني ودليل ذلك أن عبارة : تحت طائلة البطلان التي أوردها المشرع في المادة 324 مكرر 1 تفيد صراحة أن شرط الشكل الرسمي شرط جوهري في التصرف ، وليس مجرد وسيلة إثبات إذ أن الأمر لو كان متعلقا بمجرد توفير دليل كتابي للإثبات لكان بالإمكان العدول عنه في الحالات التي أجاز فيها المشرع الإثبات بالبينة في حالة عدم تقديم دليل كتابي للإثبات ، وصورة ذلك أن يتوافر مانع مادي أو أدبي .

حال دون الحصول على دليل كتابي لإثبات العقد أو ضياع السند لسبب أجنبي لا يد له فيه رغم أن قيمة المعاملة قد تتجاوز 100 ألف دينار طبقا لمقتضيات المادة 336 من القانون المدني الجزائري .

- إن ورود لفظ الإثبات في المادة 324 مكرر 1 إنما قصد به المشرع تحرير العقد بدليل أن النص الفرنسي لذا المادة جاء موقفا بنصه على كلمة (constater).

¹ على فيلالي (الشكلية في العقود) مقال منشور بالمجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية السياسية ، ج 35 رقم 03 ، جامعة الجزائر ، 1997 ، ص 725 .

-lahlou née khiar ghnia : jurisprudence revue algérienne de sciences juridiques économiques n3 université alger 1998 p 750-751 .

- وان المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني لا تهدف إلى حماية المتصرف إليه فقط وإنما تحمي المتصرف أيضا وكذلك مصالح الغير وحقوق الخزينة العامة للدولة ، بحيث تقوم مصلحة الضرائب باقتطاع رسوم ضريبية على العقود الواردة على العقارات .

خلاصة القول انه بالرغم من محاولات بعض الفقهاء إضفاء الصفة الرضائية على التصرفات القانونية الواردة على عقار تأثر بالقانون المصري ، إلا أن شكل الرسمية يبقى في القانون الجزائري ضرورة لإنشاء التصرفات القانونية أو تلك التي ترتب حقا عينيا عليها ، فلا يمكن شهر عقد بيع عقار مثلا إذا لم يستوفي هذا العقد الشكل الرسمي المتطلب قانونا ، وعليه فان كل عقد بيع عقاري ابرم في شكل عرفي بعد : 01 جانفي 1971 تاريخ سريان قانون التوثيق يعتبر باطلا بطلانا مطلقا على أساس أن الشكل الرسمي ركن في عقد البيع الوارد على عقار وليس مجرد دليل لإثباته¹ .

الفرع الثاني: أحكام العقد الباطل لتخلف الشكل

بعد تحديد الجزاء المترتب على تخلف الشكل في التصرفات القانونية الشكلية و المتمثل في البطلان المطلق، تتولى في هذا المطلب دراسة قواعد تقرير البطلان لتخلف الشكل (أولا) و الآثار المترتبة على هذا العقد الباطل (ثانيا).

أولا : تقرير البطلان لتخلف الشكل

إن تخلف الشكل الذي يفوضه القانون لإنشاء التصرف القانوني يؤدي إلى بطلان هذا التصرف وعدم ترتيبه أي أثر قانوني لأن الشكل ركن جوهري لتكوين العقد، و من ثم فهو يخضع للقواعد العامة المقررة للبطلان المطلق، يجوز أن يتمسك به كل من له مصلحة في ذلك ويجب لتقريره صدور حكم قضائي بذلك، كما أنه لا يتقادم و لا يمكن إجازته.

أ_ الأشخاص الذين يحق لهم التمسك بالبطلان :

نص المشرع الجزائري في المادة 102 من القانون المدني على هما يلي: " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان و للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها"

¹ يراجع قرار، م ع غ م، ملف رقم 136156، الصادر بتاريخ 1997/02/18، منشور بالمجلة القضائية ، لسنة 1997، عدد 1، ص10.

مؤدي هذه المادة أن التمسك بالبطلان المطلق جائز لكل ذي مصلحة ويقصد بذي المصلحة كل صاحب حق يؤثر فيه صحة العقد أو بطلانه¹ و من ثم يعتبر ذا مصلحة كل من المتعاقدين و خلفهما العام و خلفهما الخاص و الدائن².

فبالنسبة إلى الخلف العام و مثاله الوارث إذ من مصلحته أن يتمسك ببطلان التصرف الباطل الذي قد يجريه مورثه حتى يتمكن من إعادة العين موضوع التصرف إلى تركة مورثه فتؤول إليه.

وبالنسبة إلى الخلف الخاص و مثاله المشتري لشيء من بائع سبق له أن تصرف فيه لشخص آخر قبله بعقد باطل فإن من حق المشتري الثاني أن يتمسك ببطلان التصرف السابق حتى يبقى له العين.

وأما بالنسبة إلى الدائن فإن من مصلحته أن يتمسك ببطلان تصرف صادر من مدينه للغير إذا رتب عليه إعسار مدينه أو زيادة في إعساره لأن ذلك من شأنه أن ننقص من الجانب الإيجابي لدمته المالية.

هذا وإن التمسك بالبطلان لا يقتصر على المتعاقدين و الأشخاص المذكورين أعلاه و إنما يتسع ليشمل أيضا القاضي الذي يحق له ببطلان التصرف الباطل من تلقاء نفسه و في أية حالة كانت عليها الدعوى.

ب_ كيفية تقرير البطلان :

لما كان العقد الباطل خلف الشكل ليس له وجود قانوني فلا حاجة إذن لصدور حكم ببطلانه و لا حاجة للحكم بعدم على معدوم و هذه نتيجة منطقية تستقيم في كل الأحوال، فلا حاجة لمن له مصلحة في التمسك بالبطلان أن يرفع دعوى بذلك و ما عليه إلا أن يعتبر العقد الباطل معدوما، فلو كان العقد الباطل خلف الشكل بيعا واردا على عقار مثلا كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع فهو لا يزال في ملكه و يكون بيعه صحيحا، و إذا رفع المشتري دعوى يطالب فيها بالمبيع أمكن للبائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع العقاري.

¹ عبد الحميد الشواربي / البطلان المدني الإجرائي والموضوعي ، منشآت المعارف الإسكندرية ، ص 449.

² بلحاج العربي ، النظرية العامة في الإلتزام القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 186 .

فالذي يتمسك بالبطلان في العقد الباطل يفعل ذلك عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى، وهذا غالبا ما يحدث عندما يكون التصرف الباطل لم يدخل بعد مرحلة التنفيذ، و لكن إذا كان التصرف قد نفذ بأن قام البائع مثلا بتسليم المبيع إلى المشتري ففي هذه الحالة يجب على البائع أن يرفع دعوى البطلان ليسترد الشيء المبيع¹، و يكون الحكم الصادر بالبطلان في هذه الحالة حكما موقرا².

ج- الإجازة والتقادم :

أورد المشرع الجزائري حالتين يمكن فيهما رفع البطلان و منها الإجازة والتقادم، وهذا ما سنعرضه فيما يلي:

01- الإجازة

الإجازة هي التزول عن حق طلب الإبطال فيزول الخطر اللي كان يهدد العقد بالزوال³، و نحل عليها المشرع الجزائري في آخر المادة 102 من القانون المدني بقوله: "... لا يزول البطلان بالإجراءات" ومفاد هذا النص أن العقد الباطل لا يمكن أن يكون محلا للإجازة ذلك أن التصرف في هذه الحالة يكون قد ولد ميتا، والميت لا يمكن بعث الحياة فيه من جديد .

فإذا كان التصرف القانوني باطلا لتخلف الشكل الذي يعتبر ركنا فيه كعقد بيع واردة على عقار مثلا مبرم في شكل عرفي بعد: 01 جانفي 1971 فانه لا يمكن تصحيحه عن طريق إجازة البائع له لأن هذا البيع لا وجود له من الناحية القانونية وهو بمرتبة العدم، والمستقر عليه انه لا يمكن لشخص و بإرادته المنفردة أن يخلق من العدم تصرفا قانونيا⁴ و من باب أولى فإن الإجازة الضمنية الناتجة عن تنفيذ البيع الباطل تكون عديمة الأثر.

¹ محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزام ، ج 1 ، المرجع السابق ، ص 255.

² نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للإلتزام ، ومصادر الإلتزام ، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية ، سنة 2004 ، ص 239.

³ خليل أحمد حسن ققادة ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء 01 مصادر الإلتزام ، المرجع السابق ، ص 85.

⁴ بلحاج العربي، النظرية العامة في القانون المدني الجزائري المرجع السابق ص 180.

ونفس الموقف عندما يكون التصرف الشكلي باطلا ليس لتخلف الشكل وإنما لكون الشكل معيبا فقط، كما هو الشأن عندما يتخذ أحد البيانات الجوهرية اللازمة لصحة الورقة الرسمية، فهنا أيضا لا يمكن إصلاح هذا العيب عن طريق إضافة البيان الناقص.

هكذا فإن التصرف الباطل خلف الشكل أو عيبه يبقى كقاعدة عامة باطلا و لا يمكن أن يصحح عن طريق الإجازة لأنه لا وجود له من الناحية القانونية بل انه في مرتبة العدم، فإن أراد الطرفان إضفاء صبغة قانونية على العقد الباطل فانه يتعين عليهما اللجوء إلى إبرام التصرف من جديد مستوفيا لشرط الشكل مع العلم أن هذا يؤدي إلى نتائج مختلفة عن إجازة التصرف الباطل، فالإجازة تتميز بفكرة الرجعية أي أنها تؤدي إلى إزالة العيب الذي شاب التصرف بأثر رجعي منذ لحظة إنشائه بينما عمل التصرف من جديد يسمح للتصرف بإنشاء آثاره منذ تاريخ إبرامه فقط.

2- التقادم :

إن علاقة التقادم بالعقد الباطل تتضح من خلال بحث مسألتين أولهما التقادم و دعوى البطلان و ثانيهما التقادم و الدفع بالبطلان.

2-1 _ التقادم ودعوى البطلان :

نص المشرع الجزائري في المادة 102 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري على ما يلي:

" تسقط دعوى البطلان بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد "

يتبين من خلال قراءة هذه المادة أن الأوضاع التي استقرت يجب احترامها و ذلك بإسقاط دعوى البطلان التي كان حق استعمالها مقررًا للكافة، و لكن هذا لا يعني أن التصرف ينقلب صحيحا بعد مضي المدة بل يبقى باطلا و بصفة دائمة، غاية ما في الأمر أن دعوى البطلان إذا ما عرضت على القضاء فإنها لن تسمع بسبب سقوطها بالتقادم¹.

¹ عبد الحميد الشواربي ، البطلان المدني الإجرائي والموضوعي ، المرجع السابق ، ص 449 ، 450 .

2-2_ التقادم والدفع بالبطلان :

إذا كانت دعوى البطلان تتقادم بمرور فترة زمنية معينة فإن القانون المدني جاء خاليا من نص بروز سقوط الحق في تقادم الدفع بالبطلان.

وعليه فلو قام شخص بالتصرف في منزله لآخر بالبيع بموجب عقد باطل لعدم استيفائه ركن الشكل الرسمي المتطلب للانعقاد، و فوات على هذا العقد خمس عشرة سنة دون أن يسلم البائع العين فإن البائع لا يستطيع رفع دعوى ببطلان البيع لأن دعوى البطلان قد سقطت بالتقادم، غير أنه إذا طالبه المشتري بتسليم العين المبيعة كان من حقه أن يدفع ببطلان البيع على الرغم من انقضاء خمس عشرة سنة لأن الدفع بالبطلان دون دعواه لا يستقط بالتقادم.

ثانيا: آثار العقد الباطل لتخلف الشكل

رأينا أن التصرف الباطل هو في الحقيقة تصرف لا وجود له لتخلف ركن الشكل، وإذا كان المقرر أن التصرف الباطل لا يترتب أية آثار لأنه والعدم سواء، فانه قد ترتب على التصرف الباطل آثار ليس بصفته تصرفا قانونيا قائما وإنما باعتباره مجرد واقعة مادية، و ذلك سعيا إلى الحيلولة دون تطبيق آثار البطلان بصفة صارمة وإنقاذ بعض التصرفات من فكرة الرجعية التي تثور عادة للبطلان.

أ_ الآثار الأصلية للتصرف الباطل :

إن بطلان التصرف القانوني إذا ترتب بحكم يترتب عنه أن هذا التصرف يصبح غير قادر على أن يترتب أي أثر قانوني مستقبلا بل إن أثر البطلان لايمتد إلى المستقبل فحسب وإنما ينصرف إلى الماضي أيضا بحيث يعود الطرفان إلى الوضع الذي كانا عليه قبل إجراء التصرف أو قبل تنفيذه إن حصل تنفيذ ما¹.

هذا وإذا كان البطلان يؤدي إلى زوال الآثار التي تترتب على التصرف بأثر رجعي فانه يتعين القول بأن هذا البطلان لا يقتصر أثره على طرفي التصرف فقط، بل يجب أن يتعداهما إلى الغير أيضا² أي إلى الأشخاص الذين تعاملوا مع أحد طرفي التصرف الباطل واكتسبوا بذلك حقوقا على الشيء

¹ حبار محمد ، نظرية بطلان التصرف القانوني ، المرجع السابق ، ص 339.
² بلحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزامات قانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 198.

موضوع التصرف، وترتبط على ذلك فإن الحكم بإبطال التصرف يؤدي حتما إلى القول بأن التصرف الصادر للغير يعتبر باطلا أيضا.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا تقرر بطلان تصرف ما قبل تنفيذه أو البدء في تنفيذه فإنه لا تثار مسألة الإسترداد، إذ المفروض أنّ أيا من الطرفين لم يقدم شيئا للطرف الآخر، أما إذا تم تنفيذ التصرف أو البدء في تنفيذه فإن البطلان يستدعي إزالة ما تم تنفيذه، وذلك بإعادة كل من الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إجراء التصرف.

هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 103 الفقرة الأولى من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

يتبين من قراءة هذا النص أنه في حالة بطلان العقد يكون كل من طرفي التصرف ملزما بأن يعيد إلى الطرف الآخر ما أخذه منه، أما إذا استحال الاسترداد حكم القاضي على من استحال عليه الرد بأن يدفع إلى الطرف الآخر تعويضا معادلا.

ب_ الآثار العرضية للتصرف الباطل :

إذا كان العقد الباطل لا ينتج أي أثر لأنه معدوم الوجود قانونا فإنه قد ينتج آثارا عرضية بصفته واقعة مادية¹، وذلك سعيا لإنقاذ بعض التصرفات من فكرة الرجعية إذ أن تخلف الشكل قد يؤدي إلى تحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر، كما أنه قد يتولد عنه التزام طبيعي.

ب-1_ حالة التصرف الباطل :

يتلخص مضمون نظرية تحول التصرف في أن التصرف الباطل الذي أجراه الطرفان قد يتضمن عناصر تصرف آخر صحيح دون أن يضاف إليه عنصر جديد، فحينئذ يتحول التصرف الباطل إلى التصرف الذي توافرت فيه عناصره إذا ثبت أن النية المفترضة لطرفيه كانت تتصرف إلى التصرف الآخر لو علما ببطلان التصرف الأول وقت إجراءاته²، وقد أخذ المشرع الجزائري بهذه النظرية في المادة 105

¹ عبد الحميد الشواربي/ البطلان المدني الإجرائي و الموضوعي، الموجع السابق، ص 460

² حبار محمد ، نظرية البطلان التصرف القانوني ، المرجع السابق ص 373.

من القانون المدني التي جاء فيها ما يلي: "إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد".

من خلال هذه المادة يتضح لنا أنه يشترط لتحول التصرف الباطل إلى تصرف آخر صحيح لابد من توافر شروط ثلاثة هي :

1- يجب أن يكون هناك تصرف أصلي باطل:

يشترط لتحول التصرف أن يكون التصرف الأصلي باطلاً فإذا كان صحيحاً فلا يتحول إلى تصرف آخر يؤثره المتعاقدان على التصرف الأول حتى لو تضمن التصرف الصحيح عناصر هذا التصرف الآخر¹، مما يجب أن يكون التصرف الأصلي باطلاً بأكمله أما إذا كان جزء منه باطلاً وكان التصرف قابلاً للانقسام فلا يكون هناك محل لتحول التصرف بل لإنتقاصه .

2- أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الصحيح المحول إليه:

يشترط لإعمال نظرية التحول أيضاً ضرورة أن يتضمن التصرف الباطل جميع عناصر التصرف الصحيح الذي نتحول إليه دون إضافة عنصر جديد، وترتب على ذلك أن اختلال هذا الشرط يحول دون إعمال التحول.

3- انصراف إرادة المتعاقدين المحتملة وليس الحقيقية إلى التصرف الآخر:

تتحقق هذه الحالة بأن يتم التحول على أساس إرادة محتملة تقوم على أنقاض إرادة ظاهرة، والقاضي هو الذي يكشف عن الإرادة المحتملة للمتعاقدين عن طريق استخدامه القرائن القضائية كأن يستخلص من سكوت الطرفين عن التمسك بالبطلان بعد علمهما بأمره أو من مشوار تنفيذهما للعقد الأصلي أن نيتهم المحتملة قد انصرفت إلى التحول.

وإذا كان تخلف الشكل الذي يعتبر ركناً في التصرف يؤدي إلى بطلانه فإنه يمكن أن يتحول إلى تصرف آخر صحيح ومثال ذلك السفتجة الباطلة لإنعدام بياناتها الجوهرية، ذلك أن للسفتجة شروطاً شكلية إلزامية تتعلق ببياناتها ورد النص عليها في المادة 390 من القانون التجاري فإن فقدها أو فقدت

¹ محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للإلتزام ، ج1 ، المرجع السابق ، ص 272.

بعضها فقدت ماهيتها فيكون السند باطلا باعتباره سفتجة لأنه أخل بركن الشكلية ولكن ذلك لا يمنع من تحولها إلى سند تجاري إذا استوفت شروطه و إذا لم تستوف هذه الشروط تتحول إلى سند دين مدني صحيح¹، و إن هذا التحول يخدم مقتضيات العدالة لأن أي دليل خير من انعدام كل دليل.

ب-2_ حالة ترتيب إلزام طبيعي :

إذا كان تخلف الشكل المتطلب لانعقاد التصرف القانوني يؤدي إلى بطلانه بطلانا مطلقا فلا يترتب عليه أي إلزام قانوني، فهل ينجم عنه إلزام طبيعي يصلح لأن يكون سببا لتعهد مدني صحيح؟ قبل الإجابة على هذا التساؤل من الضروري بداية تحديد المقصود بفكرة الإلزام الطبيعي.

إن فكرة الإلزام الطبيعي قديمة ظهرت في القانون الروماني الذي عرف عددا من الإلزامات الطبيعية التي تعدا نتيجة لما يحتويه هذا القانون من أوضاع ورسوم وأشكال ونظم خاصة كنظام الرق ونظام السلطة الأبوية²، فاعتبر الإلزام الطبيعي إلزاما مدنيا لم تكتمل عناصر وجوده وخفف بذلك من الشكلية المفروضة التي كانت تحيط به.

وفي القانون الفرنسي القديم توسع القانون الكنسي توسعا كبيرا في الإلزامات الطبيعية فجميعها تمتد إلى كل إلزام يوجبه الضمير، وهكذا أصبح الإلزام الطبيعي يقترب كثيرا من الواجب الأدبي و يبتعد أكثر عن الإلزام المدني على عكس ما كان عليه الحال في القانون الروماني.

أما في القانون الحديث فظهرت نظريتان: نظرية تقليدية تقوم على الفكرة الرومانية الضيقة التي ترى الإلزام الطبيعي إلزاما مدنيا عاقه مانع قانوني من أن يترتب آثاره، وهذا المانع قد يوجد عند نشأة الإلزام كأن يكون العقد قابلا للإبطال لنقص الأهلية وقد يكون المانع جدا بعد نشأة الإلزام وبعد أن تولدت آثاره كالتقادم أو الصلح فينقضي الإلزام المدني ويتخلف عنه إلزام طبيعي، ونظرية حديثة تقوم على فكرة القانون الكنسي وتستلزم توافر ثلاثة عناصر لقيام الإلزام الطبيعي وهي:

- أنه واجب أدبي محدد بحيث يكون قابلا للتنفيذ سواء كان واجبا أدبيا منذ البداية أو كان الإلزام مدنيا ثم انقلب إلزاما طبيعيا لسبب قانوني متع من أن يترتب عليه كل آثاره.

¹ علي فلالي ، الإلزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر 2001 ، ص 281.

² عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الإلزام بوجه عام ، جزء 01 ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1966 ، رقم 780 ، ص 753.

- أن يحس المدين أن في نمقه التزاما طبيعيا وهذا هو العنصر المعنوي.

- ألا يتعارض مع النظام العام وهذا العنصر هو عنصر المشروعية.

وحالات الالتزام الطبيعي التي تتوافر فيها هذه العناصر الثلاثة يمكن تقسيمها إلى طائفتين؛ التزامات بدأت مدنية ثم انقلبت طبيعية وهي وحدها الالتزامات الطبيعية التي تقرها النظرية التقليدية، والالتزامات بدأت أدبية ثم أصبحت طبيعية وهذه الطائفة تضيفها النظرية الحديثة إلى الطائفة الأولى.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة ونظم أحكام الالتزام الطبيعي وآثاره في أربعة مواد من القانون المدني، إذ نص في المادة 160 منه على ما يلي؛ "المدين ملزم بتنفيذ ما تعهد به. غير أنه لا يجبر على التنفيذ إذا كان الالتزام طبيعيا...، و نص في المادة 161 مدني على أنه؛ "يقدر القاضي عند عدم النص ما إذا كان هناك التزام طبيعي. وعلى أي حال فإنه لا يجوز أن يخالف الالتزام الطبيعي النظام العام"، كما تحرر في المادة 162 من نفس القانون على ما يلي؛ "لا يسترد المدين ما أداه باختياره بقصد تنفيذ التزام طبيعيا"، وفي المادة 163 على أنه؛ "يمكن أن يكون الالتزام الطبيعي سببا لالتزام مدني".

إذا كان هذا هو مفهوم الالتزام الطبيعي فهل يصلح أن يكون سببا لتعهد مدني صحيح؟

لقد ذهب أنصار النظرية التقليدية الذين يعتبرون الالتزام الطبيعي التزاما مدنيا لم تكتمل عناصر وجوده إلى القول بأن التصوف القانوني الباطل لسبب تخلف الشكل يترتب عنه التزام طبيعي لأنه التزام مدني ناقص، بينما ذهب أنصار النظرية الحديثة الذين يعتبرون بأن الالتزام الطبيعي هو واجب أخلاقي إلى القول بأن التصرف الباطل لعب الشكل يوقع على عاتق المدين به واجبا أخلاقيا باحترام تعهده¹، وهكذا فإن تبني تصور أي من النظرتين لا يحول دون إمكانية القول بوجود التزام طبيعي في حالة بطلان التصرف لعب الشكل.

إلا أن كلا من الرأيين غير صائب لأن القول بترتيب التزام طبيعي على تصرف باطل بسبب تخلف ركن الشكل من شأنه أن يهدم فكرة الشكل من أساسها فيقوم الأطراف بإبرام التصرف دون مراعاة الشكل

¹ planiol et ripert, traité pratique de droit civil français, tome 6, par ESMEIN.P,n p 990.

المتطلب قانونا ثم ينفذون هذا التصرف باعتباره التزاما طبيعيا¹، كما أن القول بذلك لا يتماشى وموقف المشرع الجزائري الذي قرر بطلان التصرف لتخلف الشكل بطلانا مطلقا غير قابل للإجازة.

يمكن القول في الأخير أننا حاولنا في القسم الأول من هذه الرسالة أن نقوم بدراسة شاملة لماهية الشكلية في التصرفات القانونية، وذلك من خلال تحديد مفهوم الشكلية عن طريق إبراز الخصائص المميزة للشكل والتي يمكن من خلالها التمييز بين التصرف الشكلي وغيره من التصرفات الرضائية من جهة، ومن جهة أخرى تحديد النظام القانوني للتصرف الشكلي إذ أنه لا توجد فائدة من التمييز بين التصرفات الرضائية والشكلية إذا لم تكن للتصرف الشكلي أحكام وقواعد خاصة به.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية ، الهبة ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، دار الإحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، رقم - 46 ، ص 76.

الفصل الثاني

دور الشكلية في إثبات

التصرفات القانونية

أخضع المشرع الجزائري إثبات التصرفات القانونية لإجراءات محددة، ومنها ضرورة تحرير ورقة مثبتة للتصرف القانوني الذي تبلغ قيمته قدرا معيناً، هذا الإجراء يختلف عن استلزام المشرع تحرير ورقة مكتوبة كشكل لانعقاد التصرف، فالشكل الذي يعتبر ركناً في التصرف يتميز عن الشكل المتطلب للإثبات.

والإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانوناً على واقعة قانونية ينازع في صحتها أحد أطراف الخصومة، ويعتبر الإثبات الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأطراف في صيانة حقوقهم المترتبة على الوقائع، والأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقيق من هذه الوقائع .

ولقد أحاط المشرع العقود الرسمية ذات الأهمية البالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية وغيرها باهتمام كبير فحدد مدلول العقد الرسمي وشروطه والآثار المترتبة على تخلفها وحجيته بين الأطراف واتجاه الغير .

وعليه سوف نتناول هذا الفصل في مبحثين، المبحث الأول مدلول التصرفات القانونية محل إثبات الشكلية وفي المبحث الثاني حجية الشكلية في الإثبات .

المبحث الأول : مدلول التصرفات القانونية محل الإثبات بالشكلية

يخضع مدلول التصرفات القانونية محل الإثبات بالشكلية لإجراءات محددة، ومنها ضرورة تحرير ورقة مثبتة للتصرف القانوني الذي تبلغ قيمته قدرا معيناً، هذا الإجراء يختلف عن استلزام المشرع تحرير ورقة مكتوبة كشكل لإنعقاد التصرف، فالشكل الذي يعتبر ركناً في التصرف يتميز عن الشكل المطلوب للإثبات لهذا سوف نتطرق في المطلب الأول لأهمية الكتابة الرسمية وخصائصها وفي المطلب الثاني الغاية من الشكل لإثبات التصرفات القانونية وفي المطلب الثالث التمييز بين الشكل والإثبات.

المطلب الأول : أهمية الكتابة الرسمية في الإثبات وخصائصها

تعد الكتابة الرسمية من الوسائل الهامة في إثبات التصرفات القانونية، فكان لابد من معرفة هذه الأهمية (الفرع الأول)، ومن ثم معرفة خصائص هذه الكتابة التي أعتد بها لإثبات التصرف القانوني (الفرع الثاني).

الفرع الأول : أهمية الكتابة الرسمية في الإثبات

أحاط المشرع العقود الرسمية ذات الأهمية البالغة في الإثبات في جميع المواد المدنية و التجارية و الأحوال الشخصية وغيرها باهتمام كبير فحدد مدلول للعقد الرسمي شروط و الآثار المترتبة على تخلفها و حجته بين الأطراف واتجاه الغير. وامتنالا لقوله سبحانه وتعالى في سورة البقرة الآية 282 ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ.....)). صدق الله العظيم.

فعمدت الشريعة الإسلامية إلى التأكيد على تدوين المعاملات وعليه تعتبر قاعدة الإثبات من القواعد الثابتة ودليل إثبات ممتاز، وعندما أكدت الشريعة الإسلامية على أهمية الكتابة فإن العصر الحديث تبوأ تلك الأهمية وبالتالي تصدرت كافة أدلة الإثبات واعتبر القانون الوضعي في بعض التصرفات القانونية ركناً من أركان العقد بحيث يدور وجود هذا التصرف بتوفر عنصر الكتابة وينعدم بانعدامه فأصبح المشرع يفضل الكتابة في الإثبات عن غيرها حتى أن هناك عدد كبير من النصوص التشريعية استلزمت الكتابة فأحياناً تكون لها وظيفة إثباتية وأحياناً تكون من الشروط الشكلية¹.

¹ مجلة التوثيق، العدد 03، شهر سبتمبر أكتوبر 2001 ، ص 35.

وتعتبر الكتابة من أهم وسائل و طرق الإثبات جميعا، لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، فبينما تنطوي الشهادة مثلا على خطر أن ينسى الشاهد تفاصيل الواقعة التي يشهد عليها، أو حتى أن يخالف الشاهد ضميره فيما يباعد بين الشهادة والحقيقة فإن الكتابة كدليل لإثبات تصرف قانوني إنما تحرر وفق قيام هذا التصرف، وفي وقت لا تكون فيه للخصوم مصلحة في تحرير الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية، ومقارنة بالقرائن القضائية فإن الأخيرة تفقر إلى التأكيد الذي تتميز به الكتابة¹.

لذلك فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة للإثبات أساسية فيما يتعلق بالتصرفات، معترفا لها في ذات بقوة إثبات مطلقة، حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية، بينما لا تكون للشهادة أو القرائن القضائية إلا قوة محددة في الإثبات .

فالأحرف الكتابية تصدق طالما كانت مكتوبة و موقع عليها و الكتابة لها حجية في الإثبات محددة قانونا وهي تتفاوت قوة أو ضعفا حسب انقسامها إلى كتابة رسمية أو عرفية .

الفرع الثاني : خصائصها

تختص الكتابة الرسمية باعتبارها وسيلة للإثبات بالخصائص التالية:

- 1* أنها طريق مباشر للإثبات : بمعنى أنه ينصب مباشرة على إثبات الواقعة المراد إثباتها.
- 2* أنها طريق مهياً سلفاً للإثبات : أي أنه يتم إعداده مسبقاً من قبل الأطراف لإثبات الحقوق والالتزامات بين المتعاقدين.
- 3* أنها طريق له حجية ملزمة : أي أن القانون هو الذي يحدد حجيته وليس القاضي.
- 4* أنها طريق حجية غير قاطعة : أي أن حجيته قابلة لإثبات العكس وذلك بالطعن بالتزوير أو بإثبات العكس بالوسائل المقررة قانوناً.
- 5* أنها طريق أصلي للإثبات : ويقصد به أنه ليس طريقاً تكميلياً أو احتياطياً أي أنها تكفي وحدها لإثبات الواقعة المراد إثباتها متى كان العقد صحيحاً ومقبولاً .

¹ محمد حسن القاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة المكتبة القانونية، بيروت، ص 109.

6* أنها طريق ذو قوة مطلقة : أي أنه تصلح لإثبات جميع الوقائع سواء كانت مادية أو تصرفات قانونية ومهما كانت قيمة التصرف المراد إثباته¹.

المطلب الثاني :الغاية من الشكل لإثبات التصرفات القانونية

كما نعلم بأن الشكل يعتبر خروجاً على مبدأ الرضائية، فما هي الغاية التي أراد المشرع تحقيقها من خلال فرض الشكل بالنسبة لبعض التصرفات القانونية؟

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

الفرع الأول : الشكل لحماية المصلحة الخاصة

لقد اشترط المشرع شكلاً معيناً لبعض التصرفات ذات خطورة معينة وأهمية خاصة وذلك بغية حماية المصلحة الخاصة لطرفي القانوني من جهة وحماية الغير الذين يمسهم التصرف من جهة أخرى.

أولاً : حماية أطراف التصرف

عندما نتحدث عن شكل التصرف القانوني فإننا نقصد شكل التعبير عن الإرادة وليس شكل الإرادة لأن هذه الأخيرة ظاهرة معنوية بحتة تتكون داخل الإنسان بحيث لا يعلمها إلا صاحبها ولا يعلمها غيره إلا إذا تم التعبير عنها، ومن هنا كانت حتمية التعبير عن الإرادة كي يرتب عليها القانون أثراً .

والتعبير عن الإرادة ضروري لحماية الإرادة من أن ينسب إليها ما لا تقصده، وحتى يحقق التعبير هذا الدور يجب على المتصرف أن يختار طريقة التعبير عن إرادته بشكل مناسب ، ولاشك ان التعبير باللفظ أو الكتابة أفضل من التعبير بطرق التعبير الأخرى.

إعمالاً لمبدأ الرضائية قد يختار المتصرف بمحض إرادته الحرة شكل تصرفه دون أي تدخل من المشرع، فله أن يعبر عن إرادته بلفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً، أو بأي سلوك يسمح بالكشف

¹ مجلة التوثيق ، العدد 3 ، المرجع السابق، ص 35.

عن الإرادة سواء كان صريحا أو ضمنيا، ورغم أن هذه الوسائل تختلف فيما بينها إلا أن للمتصرف الحرية الكاملة في التعبير عن إرادته بأية منها .

هذا وكثيرا ما ينحرف التعبير عن الإرادة ولا يأتي مطابقا لها فالمتصرف نتيجة التعاقد المتسرع قد لا يعبر بدقة عن حقيقة إرادته، فيفاجئ بما لا يرضيه ولا يتماشى وإرادته الحقيقة ، ومن هنا يحدث عدم تطابق بين عنصرَي التصرف القانوني الإرادة والتعبير، هذه الوضعية أدت إلى ظهور نظريتين نوجزهما فيما يلي:

أ_ نظرية الإرادة:

وهي النظرية التقليدية التي تعتد بالإرادة الحقيقة لا بالإرادة الظاهرة، فإذا اختلف التعبير عن إرادة الحقيقة يجب استبعاد هذا التعبير لأن التصرف يستمد قوته من الإرادة الحقيقة لأطرافه باعتبارها العنصر الأهم في تكوين التصرف القانوني ، وقد أخذت بهذه النظرية القوانين اللاتينية وعلى الأخص القانون الفرنسي وذلك نتيجة لسيطرة النزعة الذاتية والشخصية على تلك الشرائع¹.

طبقا لهذه النظرية تعتبر الإرادة أساس الالتزام الإرادي، والعبرة بالنية الخفية لا بما تأخذ من ظهر خارجي بحيث يكون التعبير عن الإرادة الباطنية مجرد قرينة عليها، ويتعين على القاضي أن يتحرى عن النية الحقيقية لمن صدر عنه التعبير، إذ قد يكون هذا التعبير صادقا وقد لا يكون².

ب_ نظرية التعبير:

وهي النظرية الحديثة، ويرجع الفضل في ظهورها إلى الفقهاء الألمان³ الذين بحثوا في النصف الثاني من القرن التاسع عشر نظرية الإرادة بحثا مدققا وانتهوا إلى أنّ الإرادة الباطنية لا يجوز أن يكون لها اثر في القانون فهي شيء كامن في النفس، ولابد لإنتاج أثرها أن تتخذا مظهرا اجتماعيا، وهذا المظهر يكون بالإفصاح عنها هو الذي يعتد به القانون فيرتب أحكامه عليه⁴ ذلك أن القوة الملزمة

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 93.

² علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة ، الديوان الوطني للمطبوعات الجزائرية، 2007، ص32.

³ خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، 2005، ص34.

⁴ عبد الرزاق السمهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام بوجه عام مصادر الالتزام، الجزء الأول ، المرجع السابق، ص 180.

للتصرف القانوني تستمد من التعبير عن الإرادة، هذا التعبير الذي اطمأن إليه الموجه إليه في تعامله ورتب أموره على أساسه، فإذا اختلف التعبير عن الإرادة وجب الأخذ بالتعبير لأن هذا الحل استقرار للتعامل من خلال توفير الثقة في العلاقات القانونية .

يستفاد مما تقدم، أن نظرية الإرادة قللت من شأن التعبير واعتبرته كأن لم يكن، بينما منحت نظرية التعبير على النقيض من ذلك قيمة للتعبير ومستقلة عن الإرادة.

هذا ويلاحظ أن القوانين المعاصرة لم تأخذ النظريتين بصفة مطلقة لأنه لا يمكن الفصل بين عنصري التصرف القانوني والتعبير وترجيح احدهما على الأخرى، وإن التصرف القانوني لا ينعقد إلا بتوفر العنصرين معاً، وتقاديا لترجيح احدهما على الأخرى عمد المشرع على فرض الشكل ضمانا لتطابق التعبير مع الإرادة نظرا لخطورة بعض التصرفات القانونية أوجب المشرع قبل إبرامها التأكد من سلامتها حتى يقل احتمال بطلانها أو انعدامها تماما، وبما أن آثار هذه التصرفات هامة يصعب إزالتها في حالة إبطالها لجأ المشرع إلى الشكلية لأن الشكل وسيلة فنية يندر مع احترامها إنشاء تصرفات قانونية معيبة¹.

ففي التصرفات الشكلية لا يترك المشرع للشخص حرية اختيار شكل التعبير عن إرادته وإنما يفرض عليه شكلا يجب الالتزام به كي تنتج آثارها القانونية ولأن وسائل التعبير تتميز فيما بينهما فإن المشرع يفرض الوسيلة الأكثر وضوحا في الكشف عن الإرادة، علما بأن التعبير بالكتابة أوضح من اللفظ و من التعبير بالإشارة، والتعبير بالكتابة الرسمية أوضح من الكتابة العرفية .

إن الشكل يحمي المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره ويدعوه إلى التمعن والرؤية والتفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه ومدى خطورته، ولا يقوم بإبرام التصرف إلا بعد أن يكون قد أدرك مدى الآثار التي تترتب عليه، فضلا عن أن الشكل يكفل بتحديد مضمون التصرف القانوني بصورة أدق وأفضل من التصرف الرضائي.

كما تظهر أهمية الشكل في تحديد تاريخ ومكان إبرام التصرف القانوني، فبالنسبة لأهمية التاريخ فإن معرفة لحظة إبرام التصرف تفيد في تحديد القانون الواجب التطبيق على التصرف القانوني وإعمال قاعدة تنازع القوانين من حيث الزمن، ففي الجزائر مثلا كان التصرف في العقارات يعد تصرفا رضائيا

¹ ياسر أحمد، كمال الصيرفي، التصرف القانوني في الشكلي في القانون المدني المعاصر ، المرجع السابق، ص 108-109.

يكفي لانعقاده تطابق إرادة طرفيه، غير أنه بعد صدور قانون التوثيق بتاريخ 15 ديسمبر 1970 أصبح تصرفا شكليا، حيث اوجب المشرع وفقا لمقتضيات المادة 12 من القانون السالف ذكره تحرير التصرفات العقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان¹ فضلا عن تاريخ العقد يسمح بمعرفة مدى توافر أهلية المتعاقدين من عدمها .

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

خلاصة لما تقدم يمكن القول أن للشكل وظيفة وقائية تتمثل في حماية إرادة الأطراف من خلال مطابقة التعبير لها، بحيث يعبر عنها بصدق، وبذلك يحمي كل شخص يبرم التصرف الشكلي.

ثانيا : حماية الغير

إن دور الشكل لا يقتصر على الحماية الأطراف فحسب بل يهدف أيضا إلى حماية حقوق الغير الذين يمسه التصرف، فمثلا الهبة تعد من التصرفات الخطيرة نظرا لأنها تؤدي إلى خروج المال من ذمة صاحبه دون مقابل، ولذلك يجب ألا تتم إلا بعد أن يتروى الواهب ويقلب الأمر على كافة أوجهه قبل أن يقدم على هذا التصرف مراعاة لمصلحة عائلته، الأمر الذي جعل المشرع يشترط إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي لحماية للواهب وأفراد أسرته .

وإذا كان صحيحا بأن الشكل يهدف إلى حماية أطراف التصرف القانوني كما يهدف إلى حماية حقوق الغير الذي يمسه التصرف أيضا، فهل يتصور أن يفرض المشرع شكلا لحماية الغير فقط ؟

إذا كان لا يوجد من الناحية النظرية ما يحول دون إمكان تصور وجود شكل لحماية الغير فقط، فإن هذا الحكم لا يمكن تأييده من الناحية العملية، نظرا لوجود وسائل أخرى لحماية الغير تتمثل في نظام الشهر¹ سيما أن المشرع أخضع العديد من التصرفات الشكلية إلى إجراءات الشهر وهي مستقلة تماما عن الشكل كما هو الحال بالنسبة للتصرفات الواردة على العقارات والمحلات التجارية والمعاملات الواردة على السفن والطائرات.

¹ Marie-Antoinette GUERRIERO,op. tic. p 42.

مهما كان الأمر لا يمكن القول بأن المشرع يفرض الشكل لحماية الغير فقط لأن في ذلك تجاوز للهدف المقصود من الشكل ويعد من قبيل التزيد غير المرغوب فيه، ذلك أن المشرع حين أوجب إفراغ تصرفات معينة في شكل محدد كان يهدف من وراء ذلك حماية الأطراف والغير الذين يمسهم التصرف.

الفرع الثاني : الشكل لحماية المصلحة العامة

لا يقتصر الشكل على حماية المصلحة الخاصة للأطراف فحسب بل يهدف أيضا إلى حماية وتحقيق المصلحة العامة، وأحيانا تختلط المصلحة الخاصة بالمصلحة العامة بحيث لا يتصور تحقيق المصلحة العامة إلا عبر المرور بالمصلحة الخاصة، فالقانون عندما يشترط شكلا في التصرف القانوني يهدف الى حماية المتصرف وهو بذلك لا يحمي شخصا بعينه وإنما يحمي جميع الأشخاص الذين يبرمون التصرف الشكلي¹، وهكذا يمكن القول بأن الشكل يحقق المصلحة الخاصة بطريقة مباشرة والمصلحة العامة بطريقة غير مباشرة .

غير أنه قد يفرض المشرع شكلا محددًا في التصرف القانوني يهدف من خلاله إلى حماية المصلحة العامة بطريقة مباشرة، وذلك بقصد تحقيق أغراض محددة كتحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء (أولا) وحماية الأمن والإئتمان (ثانيا) وحماية الملكية العقارية (ثالثا)

أولا : تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء

قد تكون الغاية من الشكل تحقيق العدالة (1) أو تسهيل مهمة القضاء (2).

لقد ساد مبدأ سلطان الإرادة في القرن السابع عشر، ويرجع ازدهاره في هذه الحقبة من الزمن إلى نقشي المذهب الفردي الذي يقوم على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون و أساسه².

وقد كان للمذهب الفردي تأثيره على الفلسفة الاجتماعية والاقتصادية والقانونية، ففي مجال الفلسفة الاجتماعية ظهرت فكرة العقد الاجتماعي، وفي مجال الفلسفة الاقتصادية انتصرت فكرة الحرية الاقتصادية، وفي مجال القانون سادت فكرة القانون الطبيعي¹.

¹ Marie-Antoinette GUERRIERO, op. cit., p 47.

² محمد صبري سعيد ، شراح قانون المدني الجزائري النظري العامة للالتزام مصادر الالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص44.

ويقصد بالقانون الطبيعي أن الإنسان يصاحبه منذ ولادته حقه الطبيعي في الحرية، وبمقتضاه يستطيع أن ينشئ ما يشاء من التصرفات ويقوم بتنفيذها بإرادته الحرة، ودور القانون هو منع التعارض بين هذه الحقوق وحماية هذه الحريات²، وهكذا فسح المجال أمام إرادة الشخص وحدها لإنشاء الالتزامات وما يترتب عليها من آثار.

وننتج عن هذا المذهب الفردي الحر تمجيد الحرية الفردية وتقديسها، فأصبح الغرض من تنظيم المجتمع هو حماية الفرد والحرص على حقوقه، وحتى تحقق الدولة هذا الهدف وضعت بين يدي الفرد كافة الوسائل التي تسهل له القيام بنشاطه، ومن ثم كان ضروريا عدم تقييد إرادته الخاصة في مجال التصرفات القانونية سواء من حيث الشكل أو الموضوع، فكانت الإرادة مصدر الالتزامات والمرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار³ دون أي تدخل من الدولة، إذ أن الفرد هو الهدف الذي حجب أن يسعى إليه المجتمع ولتحقيق ذلك يجب أن تمنح له الحرية المطلقة في مجال النشاط وتعتبر الإرادة غير المقيدة للفرد أحد مظاهر هذه الحرية.

ولقد بالغ أنصار المذهب الفردي في فسحهم المجال للإرادة الفردية، لتقوم بما تشاء من تصرفات ظنا منهم أنه كلما فسح المجال للحرية الفردية كلما كانت هناك مساواة بين الأفراد، إلا أن نتيجة هذه النظرية التي تعمل على المساواة بين الأفراد في التعاقد غير صحيحة في الواقع العملي حيث أن الأفراد يختلفون من حيث الذكاء والخبرة ومن حيث القوة الاقتصادية مما يجعل الطرف القوي يملئ شروطه على الطرف الضعيف، وهذا ما نتج عنه اختلال التوازن في المعاملات ونتائج وخيمة على المجتمع، وقد مهد ذلك لظهور المذاهب الاشتراكية التي تهدف إلى إنشاء مجتمع قائم على العدالة الاجتماعية والمساواة بواسطة تدخل الدولة وسيطرتها على ملكية وسائل الإنتاج، وقيامها بتوجيه المشروعات لسن الحاجات، وتدخلها لحفظ التوازن بما تضعه من أساليب التخطيط⁴ ولأن منطقهم تمثل في أن غاية القانون يجب أن تكون المجتمع وليس الفرد، تسلل التدخل التشريعي رويدا رويدا على حساب مبدأ سلطان الإرادة.

¹ حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص 23.

² خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، 1987، ص 16.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزام، الجزء 1، المرجع السابق، ص 144.

⁴ خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، المرجع السابق، ص 22.

لقد لعب القانون دورا حاسما بفرضه الشكلية لتحقيق المساواة والعدالة في المعاملات، وهذا ما عبر عنه الفقيه الألماني إهرنج بقوله: "الشكل هو توأم العدالة"، فالتصرفات الشكلية التي تبرم أمام موظف عام أو موثق تحول من جهة دون تأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف، فوجود شخص ثالث يمثل السلطة مع أطراف التصرف يعد ضمانا لتحقيق المساواة والعدالة في التعاقد، كما تهدف التصرفات الشكلية من جهة أخرى إلى تفادي استعمال الشروط التعسفية التي يملئها الطرف القوي على الطرف الضعيف، إضافة إلى أن هذا الضابط العمومي الذي غالبا ما يكون الموثق ملزم بتقديم نصائحه للأطراف¹، فيبين لهم آثار الالتزامات التي تترتب على تصرفهم والجزاء الناجم عن الإخلال بهذه الالتزامات حتى يكونوا على بينة من أمرهم ويسيرون بذلك الوقوع مستقبلا في مفاجآت لم تخطر ببالهم عند إجراء التصرف خاصة إذا كان أحد طرفي التصرف أقل خبرة وذكاء من الآخر، إذ يمكنه بواسطة نصائح الموثق معرفة حقيقة التصرف ومدى أهميته، كما أن الموثق لا يقوم بإبرام هذه التصرفات في الشكل المتطلب قانونا إلا بعد التأكد قدر المستطاع من أنها سليمة من العيوب بحيث يقل احتمال بطلانها، فدور الشكل بهذا المعنى يضمن تحقيق العدالة والاستقرار معا.

ثانيا: تسهيل مهمة القضاء

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

غير أنه إذا كان التصرف شكليا فإن مهمة القاضي تصبح أسهل في اكتشاف النية المشتركة لأطراف التصرف، وتحديد التزامات وحقوق كل واحد منهم، ويكون الوضع أكثر سهولة إذا كان الشكل رسميا لأن كتابة التصرف من طرف الموثق يجعل تعبير المتصرف عن إرادته واضحا وترجمة حقيقية

¹ زاوي محمود ، الشكلية في اللصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 31.

لإرادته، كون الموثق بخبرته القانونية يحسن اختيار الألفاظ والكلمات التي تكشف بصدق عن حقيقة قصد المتصرف وتنبهه إلى آثار التصرف الذي يقدم عليه.

ولقد عارض الفقيه الألماني إهرنج مسألة الشكلية على أساس أن تسهيل مهمة القاضي هنا إنما يتم بالتضحية بأشياء أخرى، إذ أن تسهيل مهمة القاضي في التصرف الشكلي يلقي بالعبء على الأطراف في تحديد مقاصدهم والتزاماتهم عند إنشاء هذا التصرف، وهنا تظهر خطورة الشكل حيث أن أي إهمال أو تسرع يؤدي إلى نتائج خطيرة لم يكن يصدها المتعاقدان، فالشكل يجب أن يعرف دوره بدقة وإلا كان خطرا على الأطراف في تحديد مقاصدهم والتزاماتهم عند إنشاء هذا التصرف الشكلي لأن أي إهمال أو تسرع يؤدي إلى نتائج خطيرة على الأطراف.

ويبدو أن هذا النقد غير وجيه لأن الشكل خلافا لما يراه الفقيه إهرنج إذا كان رسميا، فإنه يتم بحضور ضابط عمومي يسهر على إعدادة طبقا للقوانين المعمول بها، إذ يقدم للأطراف نصائح ويبصرهم بأهمية التصرف الذي يقدمون عليه والآثار المترتبة عنه، وهو بذلك يجنبهم الوقوع في الأخطاء ويحول دون وقوعهم في عيوب الإرادة من غلط وتدليس وإكراه، أما إذا كان التصرف عفويا فهو ليس حجة غير قابلة لإثبات العكس بل يمكن لطرفي النزاع أن يثبتا عكسها بوسائل الإثبات المقررة قانونا حتى وإن كان ذلك أمرا صعبا. وأما ما يراه من تسهيل لمهمة القاضي مقابل إلقاء عبء الإثبات على الأطراف، ففي غير محله لأن المقرر قانونا أنه يقع على الأطراف عبء إثبات ما بدعوته، ولا يأتي دور القاضي إلا بشكل ثانوي في تكوين اعتقاده من خلال ما توصل إليه الأطراف إلى تقديمه من أدلة إثبات.

نستنتج من كل ما تقدم أن الشكل يلعب دورا مهما في تسهيل مهمة القاضي فهو يساهم في حل النزاعات بسرعة ويجنب القضاء أعباء ومتاعب شتى في مجال الإثبات.

ثالثا: حماية الأمن والائتمان

إن الحياة الاقتصادية تقوم منذ القدم على الأمن والائتمان اللذين يعدان عصب الحياة الاقتصادية والاجتماعية على حد سواء، فتحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات هو الركيزة التي يتوقف عليها نشاط المجتمع، ومجرد الخوف من اندلاع حرب دولية أو أهلية يعتبر تهديدا لأمن واستقرار المعاملات وينعكس سلبا على النشاط العادي للأفراد فيؤثر فيه مما يؤدي إلى اختلال المعاملات. هذا وإن العلاقات الاجتماعية بحاجة ماسة إلى الاستقرار والوضوح لذا يجب أن يكون انتقال الأموال، خاصة تلك التي لها

أهمية كبرى في حياة المجتمع كالعقارات والسفن والمحلات التجارية في شكل واضح حتى يكون الأفراد على بينة من وضعيتهم¹.

وتلعب الشكلية في هذا المجال دورا بارزا فهي أداة ممتازة للإعلام عن وقوع التصرف من حيث تاريخه ومكان إجرائه ومن حيث مضمونه وتحديد مدى الآثار المترتبة عنه، فالتصرف المحرر في سند مكتوب يسمح للغير بالاطلاع عليه ومعرفة ما يتضمنه².

وجدير بالذكر أن الشكل المكتوب له أهمية بالغة في تشجيع الإئتمان وتحقيق الإستقرار فمثلا في المعاملات المدنية يطمئن الدائن أكثر لإستيفاء حقه متى كان لديه سند مكتوب بهذا الدين فلا يخشى من المنازعة في وجوده أو نسيانه أو إمتناع المدين عن الوفاء به، ويكون في مركز أقوى متى كان السند المكتوب رسميا لأنه في هذه الحالة يستطيع التنفيذ به من غير أن يستصدر حكما قضائيا.

إن دور الشكل في تحقيق الإئتمان لا يقتصر على المعاملات المدنية وإنما يمتد إلى المعاملات التجارية أيضا، إذ تعد الأوراق التجارية أداة ممتازة لتحقيق الإئتمان، فالشكلية المبسطة التي تتميز بها هذه الأوراق جعلتها سهلة الإنشاء وسريعة التداول ملبية بذلك حاجات التجارة و رغبات التجار في تنمية تجارتهم بسرعة³، كما أن صفة التجريد من الدفع التي تتصف بها الأوراق التجارية تجعلها دعامة بالغة الأهمية للإئتمان وإحدى الميزات الأساسية التي بلغتها الأوراق التجارية في تطورها وتحسين فعاليتها مقدمة بذلك أقوى ضمان للدائن في استيفاء حقه.

رابعا: حماية الملكية العقارية

لما كانت الملكية العقارية ذات وظيفة إجتماعية وكانت من عناصر الثروة القومية فكان لزاما أن تتوافر لها الحماية القانونية من كل اعتداء يتعرض له المالك، وعدم المساس بحق ملكيته كي تحقق وظيفتها الإجتماعية والإقتصادية. ومن ثم وجب إحاطة حق الملكية بضمانات لإستقرار الملكية وتدعيم الإئتمان العقاري، وقد وجدت الدول أن من أهم الوسائل لحماية الملكية العقارية وضمان إستقرار المعاملات الواردة عليها هو الشكل.

¹ زاوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 28 .
² زاوي محمود ، الشكلية في الصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ، المرجع السابق، ص 28
³ نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، طبعة 11، دار هومة، الجزائر، 2006، ص 10

إن حماية الملكية العقارية يعد الشغل الشاغل للدولة الجزائرية التي تهدف من وراء ذلك إلى إيجاد آليات وأدوات قانونية تثبت ملكية العقار بسند رسمي مكتوب حتى يتسنى لها مراقبة الملكية العقارية وطريقة استغلالها ومعرفة التصرفات القانونية الواردة عليها ولتتمكن الدولة من الحصول على موارد الربح سواء تعلق الأمر بالعقار الصناعي أو الحضري أو الفلاحي.

وتزداد أهمية حماية الملكية العقارية بدخول الجزائر اقتصاد السوق وما يتطلب ذلك من استثمارات تقتضي لزوما وجود عقارات لها سندات، وبدونها لا وجود لاستثمارات ولا مستثمرين وطنيين أو أجانب، لذا فإن صندوق النقد الدولي (FMI) في تقريره الخاص بالجزائر¹ أوصى بضرورة التعجيل في حسم هذه المسألة عن طريق الإسراع في عملية المسح العقاري ووضع سجل الأراضي لتعزيز الأساس القانوني لشهر الممتلكات وذلك بتحديد عيني لكل ملكية عقارية على حدى وتسليم سند يكون بمثابة بطاقة تعريف وتحديد هوية العين المملوكة، تسجل فيه كافة التغييرات التي تطرأ على العقار سواء كانت قانونية كتغيير المالك أو طبيعة العقار أو مادية مثل البناء والتقسيم، فالمعاملات الواردة على العقارات يستطيع كل من له مصلحة الاطلاع عليها في مكتب الشهر العقاري.

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

¹ لقد صدر تقرير سنة 1998، أشار إليه حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 13.

المطلب الثالث: التمييز بين الشكل والإثبات

خلصنا في ما سبق أن الشكل هو أسلوب يفرضه المشرع عن الإرادة بحيث أن التعبير لا ينتج آثاره القانونية إذا لم يفرغ في الشكل المتطلب قانونا، وبذلك يعد الشكل ركنا في التصرف القانوني الشكلي.

إن تحديد مفهوم الشكل يتطلب منا كذلك التمييز بينه وبين ما يشبهه به من تصرفات قانونية قد يظن أنها تصرفات شكلية وهي في الحقيقة ليست كذلك، ومن ثم يتميز الشكل الذي يعتبر ركنا في التصرف بنص القانون عن الشكل المتطلب للإثبات .

هذا ما سنتناوله بالبحث معتمدان على أسلوب المقارنة لاستظهار مدى الاختلاف بين الشكل الذي يتطلبه القانون ركنا في التصرف وبين الأنظمة المقاربة له .

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

الفرع الأول : التمييز بين الشكل والإثبات من الناحية النظرية

إن الشكل كركن لانعقاد التصرف القانوني يختلف عن الشكل لمجرد الإثبات، فقبل إبراز أوجه الاختلاف بينهما يبدو لنا من المفيد تحديد مفهوم الإثبات.

1/ مفهوم الإثبات:

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على واقعة قانونية ينزع في صحتها أحد أطراف الخصومة¹. ويعتبر الإثبات الوسيلة العملية التي يعتمد عليها الأطراف في صيانة حقوقهم المترتبة على الوقائع، والأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من هذه الوقائع .

فبعد تنظيم القانون للعلاقات الاجتماعية أصبح من حق كل فرد في المجتمع إذا ما نزع في حقه أن يلجا إلى القضاء في نزاعه واسترجاع حقه بعدما كان يقتضيه بنفسه، وفي سبيل ذلك كان لا بد على

¹ زهدور محمد، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 09.

من يدعي حقا أن يثبتته ومن هنا تظهر أهمية الإثبات في الحياة العملية إذ أن الدليل القانوني يعد جوهريا بالنسبة للحق، ذلك أن الحق بدون دليل عدم .

أدت أهمية الإثبات إلى إختلاف الأنظمة القانونية في تنظيمه والتي انقسمت إلى نظريات ثلاثة :
نظرية الإثبات المطلق أو الحر ونظرية الإثبات المقيد أو القانوني ونظرية الإثبات المختلط .

أولا : نظرية الإثبات المطلق

مفادها أنه لا يقيد القاضي أو الخصوم بطرق محددة للإثبات وإنما أطلقت يدهما في إثبات الواقعة المتنازع فيها إذ يقبل أي دليل لإثبات أي حق، فيبقى للخصوم مطلق الحرية في اختبار الأدلة التي يرون أنها تقنع القاضي، وفي مقابل ذلك يكون للقاضي الحرية في تقييم وتقدير الأدلة المعروضة عليه، كما يمكنه الحصول على الأدلة التي تساعد في تكوين اقتناعه ويسوغ له أيضا القضاء بعمله الشخصي¹.

ويعاب على هذه النظرية أنها لا تحقق الثقة والإستقرار في التعامل لأن منح القاضي حرية واسعة قد تؤدي به إلى إساءة إستعمالها في تقدير الأدلة فيحكم وفق أهوائه الشخصية دون رقابة عليه من القانون.

ثانيا: نظرية الإثبات المقيد

خلافا للنظرية المطلقة فإن هذه النظرية تحدد طرق الإثبات تحديدا دقيقا وتحدد قيمة كل طريق من الطرق بحيث يتقيد به الخصوم والقاضي²، فلا يجوز للخصوم إثبات الواقعة محل النزاع بأية وسيلة يرونها مناسبة بل يتقيدون بما حدده القانون، كما لا يمكن للقاضي أن يقبل طرقا غير تلك التي حددها القانون ولا يستطيع أن يعطيها غير القيمة التي منحها إياها القانون، فموقف القاضي إذن من هذه النظرية سلبي إذ لا يمكنه إكمال أدلة الخصوم حالة ما إذا كانت ناقصة ولا يمكنه إعطاء رأيه الشخصي وإنما يقدر قيمة كل وسيلة تعرض عليه وفق ما قرره القانون.

رغم ما تتميز به هذه النظرية من تحقيق إستقرار المعاملات وبعث الثقة والإطمئنان في نفوس المتقاضين إلا أنها في المقابل تقيد القاضي وتحصر سلطته التقديرية أو تعدها مما يؤدي إلى تباين بين

¹ وقد أخذ بهذا المذهب القانون الألماني والقانون السويسري والقانون الانجليزي والأمريكي.
- يرجع بهذا الصدد محمد صبري سعيد ، الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 10.
² عادل حسن علي، الاثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، 1996، ص 12.

الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية أين تكون الحقيقة واضحة جلية للقاضي غير أنه لا يحكم لصاحب الحق بسبب قصور وسائل الإثبات أو انعدامها.

ثالثا: نظرية الإثبات المختلط

نظرا للانتقادات التي وجهت لكل من النظامين المطلق والمقيد من أن النظام الأول يحقق العدالة ويتجاهل إستقرار المعاملات بينما يعمل النظام الثاني على إستقرار التعامل دون تحقيق العدالة، ظهرت نظرية مختلطة تجمع بين مزايا النظامين بحيث تحقق العدالة وتضمن إستقرار المعاملات معا، ومؤدى هذه النظرية أنها تجمع بين الحرية و التقيد في الإثبات حين أخذت بحرية الإثبات على إطلاقها في المسائل الجنائية والتجارية وقيدته في المسائل المدنية تقييدا شديدا بسبب طبيعتها.

ولقد اعتمدت معظم التشريعات¹ النظرية الأخيرة ومنها التشريع الجزائري الذي أخذ بحرية الإثبات في المسائل التجارية² وقيدته في المسائل المدنية، علما أنه وزع قواعد الإثبات بين القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية لأنها مزيج من القواعد الموضوعية والإجرائية معا.

ويلاحظ أن المشرع حصر وسائل الإثبات في المواد المدنية في الكتابة و اليمين بنوعيهما المتممة والحاسمة والإقرار وشهادة الشهود والقرائن³، وحدد لكل طريقة منها الحالات التي يتوجب فيها الإثبات بها، وتعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات ومن مزاياها أنه يمكن إعدادها مقدما للإثبات عند نشوء الحق دون الإنتظار إلى وقت المنازعة فيه.

وقد أوجب المشرع الكتابة بوجه عام كوسيلة للإثبات في الأحوال التي يكون فيها مصدر الحق تصرفا قانونيا مدنيا، ونص في المادة 333 الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي :

"في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك"

¹ من التشريعات التي أخذت بهذا النظام هي التشريع الإيطالي والفرنسي والبلجيكي والمصري واللبناني. - يراجع عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 29-30.

² في إطار المعاملات يجوز الإثبات بكافة الوسائل طبقا لمقتضيات المادتين 333 من ق.م. و 30 من ق.ت .

³ وذلك في المواد 323 وما بعدها من ق.م.ج.

والى جانب هذا النص العام، توجد نصوص أخرى خاصة تستلزم صراحة الكتابة لإثبات بعض التصرفات القانونية، كعقد الكفالة وعقد الصلح وإتفاق التحكيم.

بعد توضيح مفهوم الإثبات، نتعرض لنقاط الاختلاف بينه وبين الشكل.

تحديد أوجه الاختلاف بين الشكل والإثبات :

إن التمييز بين وجود التصرف القانوني وبين إثباته أمر مسلم به في القانون لأن تحقق الوجود القانوني للتصرف يستقل ويتميز عن إثباته، إلا أنه رغم ذلك يمكن أن يلتبس الشكل بالإثبات، وحتى يزول هذا اللبس يجب ذكر أوجه الاختلاف بينهما و هي كالتالي:

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

2 أن الشكل أسلوب يفرضه المشرع للتعبير عن الإرادة بالنسبة لتصرفات معينة فإذا عبر المتصرف عن إرادته خلاف الشكل المفروض لم ينتج تعبيره هذا أي أثر لأن الشكل شرط لتكوين العقد، و لذلك لا يمكن للأطراف الإتفاق على إستبعاد الشكل أو إستبداله بآخر، أما دليل الإثبات وإن استلزم المشرع الكتابة كقاعدة عامة لإثبات التصرفات المدنية إلا أنه يجوز للأفراد الإتفاق على إستبعادها أو إستبدالها بطرق الإثبات الأخرى لأن قواعد الإثبات ليست من النظام العام ذلك أنه إذا كان الشخص يستطيع أن يتنازل عن حقه فمن باب أولى أن يتنازل عن طرق إثباته¹.

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

¹ رمضان أبو سعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة في الإثبات، دار الجامعية، بيروت، 1993، ص46.

*4 أن تخلف الشكل الذي يفرضه القانون لإنشاء التصوف القانوني يؤدي إلى عدم صحة التصرف وبطلانه¹، أما تخلف دليل الإثبات فإنه لا تأثير له على صحة التصرف إذ يعتبر التصرف من الناحية القانونية قائما من وقت إبرامه ويترتب عنه كافة آثاره، وإن أدى ذلك إلى صعوبة إثباته من الناحية العملية.

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

الفرع الثاني: النتائج العملية المترتبة على التمييز بين الشكل والإثبات.

بعدها تأكدنا من وجود فرق جوهري بين الشكل والإثبات من الناحية النظرية يجدر بنا أن نعوض النتائج العملية المترتبة على هذا التمييز.

يرى جانب من الفقه أنه بالرغم من وجود فرق بين الشكل و الإثبات من الناحية النظرية، إلا أنه لا يوجد فرق بينهما من الناحية العملية، فالنتيجة العملية الناجمة عن تخلف الشكل المطلوب لقيام التصرف مشابهة لتلك المترتبة عن تخلف الشكل المطلوب لإثباته لأن التصرف القانوني المجرد من دليل إثباته عمليا يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء².

بينما يرى جانب آخر من الفقه أن التمييز بين الشكل و دليل الإثبات ليس نظريا فحسب، وإنما ترتب عليه نتائج عملية أيضا لأن تخلف الشكل المتطلب لإنعقاد التصرف يؤدي إلى عدم وجوده وعدم فعالية آثاره، بينما يختلف الشكل المطلوب للإثبات الذي لا يؤدي حتما إلى استحالة إثبات التصرف لأن القدرة على إثبات وجود التصرف وإن كانت بالفعل تجعل المدعي في وضع عسير لإثباته بسبب عدم تهيئة السند الذي اشترطه المشرع، إلا أن هذا لا يعني استحالة إثبات وجود التصرف بحيث يمكن إثباته عن طريق الإقرار أو اليمين كما يمكن إثباته أيضا عن طريق البيئة و القرائن في بعض الحالات الإستثنائية³.

¹ في تفصيلا أحكام القانون الجزائري بصدد جزاء تخلف الشكل ، يراجع المبحث الثالث من الفصل الثاني .

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

³ VILLARD Antoine/ la formation du contrat , O.P.U , p20.

وتجدر الملاحظة أنه لا يوجد أي فرق من الناحية العملية بين تصرف لم يوجد أصلا لتخلف الشكل وتصرف موجود قانونا و لكن إستحال إثباته، ففي الحالتين النتيجة واحدة و هي عدم ترتيب أي آثار على التصرف القانوني، إلا أننا نؤيد ما ذهب إليه الرأي الثاني من أن الكتابة المطلوبة لإنعقاد التصرف مختلفة من الناحية العملية عن الكتابة المطلوبة لإنعقاد التصرف من الناحية العملية عن الكتابة المطلوبة لمجرد الإثبات، لأن عدم وجود التصرف لا يساوي صعوبة إثباته مهما كانت هذه الصعوبات، ففي غياب الدليل الكتابي يمكن الإحتكام إلى ضمير الخصم عن طريق اللجوء إلى الإقرار أو اليمين الحاسمة كما يمكن إثبات التصرف عن طريق البنية والقرائن وذلك متى توافرت إحدى الحالات الإستثنائية التي أوردها المشرع على قاعدة الإثبات بالكتابة .

1_ الإثبات بالإقرار أو اليمين :

أوجب المشرع الجزائري الكتابة لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن حد معين. فنص في المادة 333¹ الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي: " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غر محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك . لتطبيق هذه المادة، يجب أن يكون التصرف محل الإثبات تصرفا قانونيا سواء كان صادرا من جانبيين كالبيع مثلا أو بإرادة منفردة كالوصية، فقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة لا تسري على الوقائع المادية لأن طبيعتها لا تسمح بإمكانية إعداد دليل كتابي مقدما لإثباتها، كما يجب أن يكون التصرف القانوني تصرفا مدنيا لأن التصرفات التجارية تخرج من إطار تطبيق هذه القاعدة حيث يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات أيا كانت قيمة التصرف، و أن تزيد قيمة التصرف على 100000 دينار جزائري أو يكون غير محدد القيمة، و منه لا يتعين على الأطراف كتابة التصرفات القانونية التي تقل قيمتها عن الحد المذكور كون هذه التصرفات ليست على درجة من الخطورة حتى يتوجب إثباتها بالكتابة. هذا، وإذا كان المشرع أوجب الكتابة لإثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100000 دينار جزائري فهذا لا يعني أن الكتابة هي الدليل الوحيد المقبول للإثبات فإذا تخلفت يصبح التصرف من المستحيل إثباته وإنما يجوز إثباته بما يعادل الكتابة كالإقرار واليمين ذلك أن المشرع يمنع الإثبات بشهادة الشهود، وهو ما يستنتج منه أن الإثبات بالقرائن غير جائز أيضا.

¹ المادة 333 قبل تعديلها بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ 20/06/2005 ، كانت تنص على قيمة 1000 دج .

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

2_ الإثبات بالبنية والقرائن :

رأينا أن تخلف الكتابة المطلوبة للإثبات لا يعني استحالة إثبات وجود التصرف القانوني بل يمكن إثباته بطريق الإقرار واليمين، كما يمكن إثباته عن طريق البنية والقرائن متى توافرت إحدى الحالات الإستثنائية التي نص عليها القانون و المتمثلة في وجود مبدأ ثبوت بالكتابة (أولاً)، وجود مانع مادي أو معنوي حال دون الحصول على دليل كتابي (ثانياً)، وفقد الدائن سند الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته (ثالثاً)، والإحتيال على القانون (رابعاً).

أولاً: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة

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

يستفاد من هذه المادة أنه لا بد، من توافر شروط ثلاث كي نكون بصدد مبدأ ثبوت بالكتابة¹ وهي

كالتالي:

الشرط الأول : وجود الكتابة

لم يشترط المشرع نوعاً خاصاً من الكتابة فأى ورقة مكتوبة مهما كان شكلها يمكن اعتبارها بداية ثبوت بالكتابة إذا ما توافرت الشروط الأخرى، كما أنه لم يشترط أن تتضمن الورقة المكتوبة بيانات معينة أو أن تكون موقعة، و عليه فكل الكتابات تصلح كبداية ثبوت الكتابة و منها الأوراق الرسمية الباطلة لإنعدام الأهلية، أو أي عيب شكلي آخر، أو المعيبة غير الموقعة، والرسائل العادية والدفاتر التجارية

¹ زهدور محمد ، الموجز في الطرق المدنية للإثبات للتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 73.

والأوراق المنزلية والمخالصات والمذكرات الشخصية وكذا الأقوال المدونة في محضر تحقيق أو في مذكرة مقدمة في الدعوى أو في دعاوى سابقة أو في محاضر الجلسات¹.

الشرط الثاني: صدور الكتابة من الخصم

يجب لإعتبار هذه الورقة المكتوبة بداية ثبوت بالكتابة أن تكون صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه شخصيا أو ممن يمثله قانونا².

وتعتبر الورقة صادرة من الخصم إذا كانت بخطه أو موقعة منه أو كانت بخط من يمثله أو موقعة منه، أو كانت رسمية ورد فيها قول له، فإن لم تكن كذلك فلا تعتبر صادرة منه حتى ولو وجدت بين أوراقه³.

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

الشرط الثالث: جعل التصرف المدعى به قريب الإحتمال

يشترط كذلك لإعتبار الورقة المكتوبة بداية ثبوت بالكتابة أن يكون المكتوب فيها قريب الإحتمال في نسبه إلى الخصم، بأن كانت أقواله غير قاطعة في نفي ما جاء فيها⁴، فمثلا إذا كتب مدين إلى دائنه رسالة يشير فيها إلى دين في ذمته ولم ينكر مقداره أو تاريخ الوفاء به تعتبر هذه الرسالة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين، ويجوز بالتالي للدائن أن يثبت مقداره بشهادة الشهود ولو كان مقداره يجاوز نصيب البيئة المقدر بـ 100000 دينار جزائري.

أما إذا كانت الورقة المكتوبة تتضمن نفيا قاطعا للورقة المدعى بها فلا يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة لأن جواز الإثبات بالبيئة يفترض وجود دليل ناقص.

¹ بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 223-224.

² MOSTEFA Kara Farida / la preuve écrite en droit civil algérien, mémoire pour le diplôme de magistère en droit privé , Alger , 1982,p 113.

³ محمد صبري سعيد، الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق، ص 133.

⁴ زهدور محمد، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 74.

وإن تقدير ما إذا كانت الورقة المكتوبة لنجعل الأمر المدعى به قريب الإحتمال يرجع للسلطة المطلقة لقضاة الموضوع، ولا يخضعون في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

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

بناء على هذا، إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة فإن الشهادة تجوز إستثناء في إثبات التصرف القانوني الذي يزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كانت غير محددة القيمة، غير أنه في التصرفات الشكلية حيث تشترط الكتابة للإنعقاد فلا يجوز الإثبات بالبينة ولو وجد مبدأ ثبوت بالكتابة لأن الكتابة في هذه التصرفات لا تكون دليلا فقط بل تعتبر ركنا من أركان التصرف فإن تخلفت انعدم التصرف.

ثانيا: وجود مانع من الحصول على دليل كتابي

نصت على هذه الحالة المادة 336 الفقرة الأولى من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها ما يلي: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا مما كان يجب إثباته بالكتابة: إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي".¹

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

ويقصد بالمانع الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي الإستحالة النسبية التي إعتضت الدائن وقت نشوء التصرف القانوني ومنعته من الحصول على هذا الدليل¹، وهذا المانع قد يكون ماديا وقد يكون أدبيا.

ويقصد بالمانع المادي انعدام الوسائل المادية والظرفية للمتعاقد بتهيئة الدليل الكتابي للتصرف القانوني الذي قام به.

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

وتعتبر الوديعة الإضطرارية أبرز تطبيق له¹ وهي التي يقوم بها المودع أثناء الحوادث المفاجئة أو الكوارث العامة كالحرائق والفيضانات وحوادث الغرق والحروب، حتى يجعل الشيء المودع في مأمن من الخطر الذي يحيط به، ويلحق بالوديعة الإضطرارية ما يودعه نزلاء الفندق من أمتعة لدى صاحب الفندق لأن ظروف السفر لا تسمح له بجد كل أمتعتهم، فيمكن النزول في حالة النزاع أن يثبت ما أودعه بشهادة الشهود ولو كانت قيمة أمتعته تجاوز 100000 دينار جزائري.

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

أما المانع الأدبي فيقصد به الهاجس النفسي الذي لم يسمح للمتعاقد من الناحية الأدبية طلب الدليل الكتابي من المتعاقد معه لسبب ما²، ومن أمثلة ذلك صلة القرابة كعلاقة الأب بابنه أو أخيه، أو علاقة الزوجية أي علاقة الزوج بزوجته، وصلة المصاهرة أي بين الزوج وأصهاره، وعرف بعض المهن كالعلاقة القائمة بين الطبيب والمريض أو المحامي وموكله.

ويرجع تقدير قيام المانع الأدبي من الحصول على دليل كتابي لسلطة القاضي ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

ثالثا: سبق وجود سند كتابي وفقدانه بسبب أجنبي

نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 336 الفقرة الثانية من القانون المدني والتي جاء فيها ما يلي: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة... إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته"، يستفاد من هذه المادة أن الدليل الكتابي يكون موجودا وقت إنشاء التصرف القانوني ولكنه يفقد من الدائن لسبب أجنبي لا يد له فيه ولم يرتكب أي خطأ في ضياعه، ولذلك أجاز القانون أن يثبت بالبينة ما كان يجب إثباته بالكتابة حتى ولو كانت الكتابة شرطا للإنعقاد إذ المفروض أن السند الكتابي الضائع كان قد إستوفى الكتابة المشروطة لتمامه.

هذا ويشترط لكي يستفيد المدعي من هذا الإستثناء أن يقيم الدليل على سبق وجود السند ثم على فقدانه بسبب أجنبي.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام ، المرجع السابق، ص 455.

² زدهور محمد ، نفس المرجع السابق، 76.

بالتالي يتعين على المدعي أن يثبت قبل كل شيء أنه كان لديه دليل كتابي مستوفي للشروط القانونية على ما يدعيه¹، وله في سبيل ذلك أن يثبت هذا الإدعاء بكافة طرق الإثبات لأنه يثبت واقعة مادية هي واقعة سبق حصوله على الدليل الكتابي الكامل، أما إذا أثبت أن السند المفقود كان فقط عبارة عن بداية ثبوت بالكتابة فلا يجوز للمدعي إثبات هذا التصرف بشهادة الشهود.

وتجدر الملاحظة أن المشرع ذكر الدائن دون المدين رغم أن هذا الإستثناء يطبق بالنسبة للمدعي والمدعى عليه أيضاً، فإذا إدعى هذا الأخير بأن الدين إنقضى بالوفاء وأنه كان له سند كتابي كامل وفقد منه بسبب أجنبي لا يد له فيه جاز له مثله مثل المدعي أن يثبت هذا الادعاء بالبينة.

من جهة ثانية يجب على المدعي إثبات أن فقدان السند يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فيكون عليه حينئذ أن يقيم الدليل على واقعتين هما حدوث السبب الأجنبي، وفقدان السند نتيجة وقوع هذا الحادث².

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

ويلاحظ هنا أمران، أولهما أن السبب الأجنبي لا يتشدد فيه، فيكفي أن يثبت صاحب السند أنه لم يقصر في المحافظة عليه حتى يعتبر أنه فقد السند بسبب أجنبي، والثاني أن إثبات السبب الأجنبي قد يتضمن في الوقت ذاته إثبات فقدان السند، فإذا أثبت شخص مثلاً أن حريقاً لا يد له فيه إلتهم منزله، ولم يستطع أخذ أوراقه أو مستنداته فإحتقرت جميعها، كان في هذا إثبات للسبب الأجنبي وإثبات لفقد السند المكتوب ما دام أنه قد أثبت أن أوراقه قد احترقت جميعها³.

¹ محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 143.

² MOSTAFA-KARA FARIDA/op.cit , p 128.

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الإلتزام بوجه عام، المرجع السابق، ص 467-468.

مهما كان من أمر إذا نجح المدعي في إقامة الدليل على سبق وجود السند وفقدانه بسبب أجنبي جاز له أن يثبت ما يدعيه عن طريق البينة.

رابعاً: الاحتيال على القانون

يقصد بالاحتيال على القانون تواطؤ المتعاقدين وتوافق إرادتهما على مخالفة قاعدة قانونية من النظام العام ثم إخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع فيكون هناك تصرف غير مشروع هو التصرف الحقيقي الذي وقع الاتفاق عليه، يستتره تصرف مشروع هو التصرف الذي يقع الطعن فيه¹. ومثال ذلك أن يذكر المتعاقدان في سند الدين أنه قرض في حين أن السبب الحقيقي للدين هو المقامرة أو قيام الدائن بارتكاب عمل غير مشروع.

ويلاحظ أن الإحتيال على القانون يختلف عن الصورية التي تتمثل في منح عمل قانوني وصفاً أو شكلاً ظاهرياً مختلفاً عن الوصف أو الشكل الحقيقي، فالصورية ليست سبباً لإبطال التصرفات القانونية و هي ليست في جميع الأحوال غير مشروعة، فالفرق الأساسي بين الإحتيال على القانون والصورية هو أنها ليست وسيلة للتهرب من القانون بل وسيلة لإخفاء الحقيقة².

وإذا كان الأصل الإثبات بالكتابة فيما يجاوز 100000 دينار جزائري أو فيما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة فإن الإتفاق على مخالفة القانون يجوز إثباته بالبينة والقرائن تسهلاً للكشف عن مخالفة القانون و تحقيقاً لرغبة المشرع في إبطال كل تصرف غير مشروع.

هذا وإن القاعدة العامة التي تقضي بأن كل ما يخالف النظام العام يعتبر باطلاً وأن الإحتيال على القانون ينطوي على ما يخالف النظام العام، فيجوز لكل من يتمسك به أن يثبت بجميع طرق الإثبات لا فرق في ذلك بين المتعاقدين والغير. ومن قبيل ذلك ما قرره المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 30 أبريل 1994 والذي قضت فيه بما يلي: لما كان الثابت - في قضية الحال - أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من المدعين، فهذا يشكل غشاً من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع المبرم في شكل رسمي.

¹ عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، المرجع السابق، ص 236.

² بيار أميل طوبيا، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009، ص 43 وما يليها.

المبحث الثاني: حجية الشككية في الإثبات

متى توافرت في الورقة الشروط المتطلبة قانوناً فإنها تصبح لها قوة وحجية في الإثبات والتنفيذ إلا أن التصرف القانوني يبقى صحيحاً وقابلاً لإثباته بجميع الطرق الأخرى المقررة للإثبات وهذا ما سوف نراه في مايلي:

المطلب الأول: الحجية المترتبة على الورقة الرسمية

متى توافرت في الورقة الشروط المتطلبة قانوناً فإنها تصبح ورقة رسمية ويترتب على ذلك أنها تكتسب حجية في الإثبات (الفرع الأول) ولها قوة تنفيذية (الفرع الثاني).

الفرع الأول : حجية الورقة الرسمية في الإثبات

إذا توافرت في الورقة الشروط الشككية والقانونية السابق ذكرها في الفصل الأول من هذه الدراسة اكتسبت هذه الورقة صفة الرسمية وأصبحت لها ذاتية في الإثبات بحيث لا يطلب ممن يحتج بها أن يثبت صحتها ولكن على من ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها.

وبذلك تكون للورقة الرسمية قرينتان: قرينة بسلامتها المادية وأخرى بصورها عن الأشخاص الذين وقّعوا عليها وهم: الأشخاص الذين لهم سلطة إصدارها وأصحاب الشأن¹، فإذا نازع الخصم في صحة الورقة الرسمية فلا يكون على من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها وإنما يقع عبء نقضها على الخصم الذي ينكرها ولا يتيسر له ذلك إلا بطريق الإدعاء بالتزوير² خلافاً للورقة العرفية التي لا تتمتع بقوة ذاتية في الإثبات إذ أن حجيتها في الإثبات متوقفة على عدم إنكارها من الخصم الذي يحتج بها عليه، فإن أنكرها كان على من يحتج بها أن يثبت صدورها من خصمه.

ويشترط في الورقة الرسمية التي تتمتع بقوة ذاتية في الإثبات أن يكون مظهرها الخارجي سليماً غير مشوب بعيوب بحيث لا يحوطها شك أو إبهام، فإن اشتملت على عيوب مادية ظاهرة كالكتشط والحشر

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

² محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني،، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 51.

والمحو من غير تصديق و متى صدرت منه جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تسقط قيمتها الإثباتية أو تنقصها ولها أن تقوم بتحقيق بشأنها وفقا للمادة 75 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

بما أن أصحاب الشأن المحتجين بالورقة الرسمية يجوز لهم أن يتنازلوا عن هذا الإحتجاج بهذه الورقة رغم رسميتها لأنها ليست إلا وسيلة أعطاها القانون لصاحب الحق لإظهار حقه فإن أراد التنازل عن هذه الوسيلة فله ذلك، و هذا ما يؤخذ من المادة 181 الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من أن المحتج بالورقة المدعي بتزويرها يجوز له أن يتخلى عن الإحتجاج بها صراحة أو ضمنا وتستبعد من أوراق الملف¹.

وبناء على هذا، متى ثبت للورقة صفتها الرسمية كان لها في أصلها وفي صورها حجية في الإثبات إلى مدى بعيد بين الطرفين وبالنسبة إلى الغير.

أولا: حجية الورقة الرسمية بالنسبة للأطراف

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

ونص في المادة 324 مكرر 6 من نفس القانون على ما يلي: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف وورثتهم وذوي الشأن.

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير في الأصل يوقف تنفيذ العقد محل الإحتجاج بتوجيه الإتهام، وعند رفع دعوى فرعية بالتزوير يمكن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا.

يستفاد من هاتين المادتين أن الورقة الرسمية حجة على صحة ما دُون فيها ولا يمكن دحض هذه الحجية إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وإنّ هذه الحجية تثبت لما قام به الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة بنفسه في حدود سلطته ومهامه، أما ما صدر من ذوي الشأن في غيبة

¹ زهدور محمدا الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص29

الموثق واقتصر نظر هذا الأخير على تسجيله بناء على تصريحهم فإن هذه الوقائع لا تلحقها صفة الرسمية، ومن ثم يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية للإثبات دون التقييد بطريقة الطعن بالتزوير¹.

هذا ما يدفعنا إلى التفرقة بين هاذين النوعين من البيانات وإيضاح مدى حجية الورقة الرسمية في كلتا الحالتين.

01- البيانات التي لا يمكن إثبات عكسها إلا بالطعن بالتزوير

إن هذه البيانات تتمثل في الوقائع التي يقوم بها الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة بنفسه أو قام بها ذوو الشأن أمامه، فالبيانات المدونة في الورقة الرسمية والتي صدرت بمعرفة الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة تعتبر بيانات رسمية لا يمكن نقضها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير²، ومنها تاريخ الورقة ومكان تحريرها واسم الموثق وحضور المترجم عند الاقتضاء وتوقيع الموثق والأطراف والشهود.

يشمل هذا النوع من البيانات أيضا ما يصدر من ذوي الشأن في حضور الموظف المختص بتحرير الورقة الرسمية تحت سمعه وبصره كإقرار المشتري بأنه تسلم الشيء المبيع وإقرار المؤجر بأنه تسلم بدل الإيجار، فكل هذه البيانات المدونة في الورقة الرسمية يفترض أنها صحيحة ولها حجية مطلقة في الإثبات لا يمكن لمن يدعي. عدم صحتها إلا الطعن فيها بالتزوير ولا مجال لأي طريق آخر لدحضها.

لعل السبب في منح هذه البيانات الواردة في الورقة الرسمية حجية مطلقة في الإثبات يرجع إلى مكانة وأمانة الضابط العمومي في نظر المشرع فجعل لها طريقا معقدا لدحضها وهو طريق الطعن بالتزوير.

يتم الطعن بالتزوير في الورقة الرسمية بطريقتين: إما عن طريق الإدعاء الفرعي

بالتزوير أو عن طريق الإدعاء الأصلي بالتزوير. وهذا ما سنعرضه تباعا.

¹ وهذا ما أكد عليه القضاء الجزائري، وللتدليل على ذلك يراجع قرار م ع غ م، ملف رقم: 148561، الصادر بتاريخ 30/04/1997، منشور ب م ق لسنة 1997، ع 2، ص 47. و الذي جاء فيه ما يلي: "إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية إقامة الدليل العكسي."

² ما يدي أحمد/ الكتابة الرسمية كدليل إثبات قانون المدني الجزائري، ط 1، دار الهومة الجزائر سنة 2005، ص 56.

أ. الادعاء الفرعي بالتزوير

على المدعي بتزوير الورقة الرسمية أن يودع مذكرة بذلك أمام القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، ويجب أن تتضمن هذه المذكرة بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير تحت طائلة. عدم قبول الإدعاء وبيلغها إلى خصمه.

ويجوز للقاضي أن يصرف النظر عن الإدعاء الفرعي بالتزوير إذا رأى أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على العقد الرسمي المطعون فيه، وفي الحالة العكسية يتعين على الخصم الذي قدم الوثيقة المدعى بتزويرها بيان موقفه بشأن التمسك بالورقة من عدمه، فإذا قرر عدم التمسك بها أو لم يبد أي تصريح إستبعد القاضي المحرر، أما إذا قرر المدعي التمسك بالورقة فإنه يجب على القاضي إرجاء الفصل في الدعوى الأصلية إلى حين الفصل في دعوى التزوير الفرعية.

ب. الإدعاء الأصلي بالتزوير

لقد استحدثت المشرع الجزائري بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد إمكانية الطعن بالتزوير عن طريق دعوى أصلية أمام القاضي المدني وفقا للأشكال المقررة لرفع الدعوى، حيث يأمر بإيداع المستند المطعون فيه بالتزوير لدى أمانة الضبط وتتبع إجراءات التحقيق المنصوص عليها في المواد 165، 167 إلى 170 و 174 من هذا القانون وإذا قضى الحكم بثبوت التزوير تطبق نفس الأحكام المشار إليها في الإدعاء الفرعي بالتزوير.

و يعد هذا حكما جديدا لم يعرفه التشريع والقضاء الجزائريان فيما سبق، إذ أن المستقر عليه قانونا وقضاء أن الطعن بالتزوير يتم بموجب طلب أصلي أمام القضاء الجزائي ويقوم القاضي المدني آنذاك بإصدار حكم بوقف الفصل مؤقتا في الدعوى المطروحة أمامه إلى حين الفصل في الدعوى الجزائية وصدور حكم من القاضي الجزائي تطبيقا لمبدأ: "الجزائي يوقف المدني"، أو يتم بطلب فرعي أمام القاضي المدني، ويعد هذا الحكم إعمالا للدور الإيجابي للقاضي المدني.

02- البيانات التي يمكن إثبات عكسها بكل طرق الإثبات

يتعلق الأمر هنا بالبيانات أو الإقرارات التي يدلي بها ذوو الشأن أمام الموظف المختص عن أمور لم تقع أمامه ولم تجر بحضوره فيقوم بتدوينها على مسؤوليتهم بناء على تصريحاتهم و مثال ذلك إقرار

المشتري بأنه تسلم المبيع أو إقرار المؤجر بأنه قبض بدل الإيجار، فإثبات هذين الإقرارين في العقد من قبل الموظف المختص دليل على صحة صدورهما لا على صحة الوقائع بذاتها¹، ومنه فإن واقعة الإقرار بتسليم المبيع أو قبض بدل الإيجار بحد ذاتها والتي وقعت بحضور الموثق لا يمكن الطعن بها إلا بالتزوير، أما ادعاء البائع بأنه لم يتسلم المبيع والمؤجر بأنه لم يتسلم بدل الإيجار أو أن الدفع كان صوريا يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات لأن الطعن في هذه البيانات لا يمس بأمانة الموثق و صدقه على اعتبار أن الموثق عندما أثبت حصول تلك الوقائع لم تكن لديه الوسيلة للتحقق من صحتها.

ثانيا: حجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير.

رأينا أن المحرر الرسمي له حجية بالنسبة للأطراف لا يمكن دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير أو بأية طريقة من طرق الإثبات المقررة قانونا حسب نوع البيانات الواردة في الورقة، فما الحكم بالنسبة لحجية الورقة الرسمية بالنسبة إلى الغير؟.

نصت المادة 324 مكرر 6 من القانون المدني على ما يلي: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم و ذوي الشأن".

قد يفهم من صياغة هذه المادة أن حجية المحرر الرسمي تنحصر في الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن، مع أن المحرر الرسمي حجة على كافة مثلما أكد ذلك الفقه² و أخذ به القضاء، بحيث يسري في حقهم التصرف القانوني الذي أثبتته الموظف أو الموثق في الورقة الرسمية ويحتج به نحوهم، ولا يجوز دحضه إلا عن طريق الطعن بالتزوير بالنسبة للبيانات التي تدخل في إختصاصه وعابئها بنفسه أو عن طريق الطعن فيها بأي طريق أخرى بالنسبة للبيانات التي حررها الموظف أو الموثق نقلا عن الأطراف المتعاقدة دون أن يتحقق منها.

بالتالي كان يتعين.على المشرع الجزائري أن يحذو حذو المشرع المصري الذي نص في المادة 11 من قانون الإثبات.على أن المحررات الرسمية حجة.على الناس كافة.

¹ عدل حسن علي ، الإثبات في المواد المدنية ، المرجع السابق ص 71.

² محمد صبري السعدي/ الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص55.

ثالثا: حجية صورة الورقة الرسمية.

ينص قانون التوثيق على أن الموثق يحتفظ بأصول المحررات الموثقة التي تحمل توقيع وتوقيع ذوي الشأن وتوقيع الشهود وأن يسلم نسخا أو صورا منها لذوي الشأن¹. فما هي القيمة الإثباتية لهذه الصور؟.

قبل الإجابة على هذا التساؤل، يجب التفرقة بين أصل الورقة الرسمية وصورتها، فالأصل هو ذلك المحرر الذي يجمل توقيعات أطراف العقد والموثق والشهود والمترجم عند الإقتضاء، فجميع من وقعوا على الورقة الرسمية إنما وقعوا على الأصل²، أما صور الورقة الرسمية فلا تتحمل التوقيعات مما أنها لم تصدر عن الموثق بل هي منقولة عن الأصل، وهي ورقة رسمية ولكن رسميتها محدودة في كونها صورة لا أصلا ويفترض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة بما ورد فيها من بيانات وتوقيعات وأنه لا فرق بين الصورة الخطية أو الفوتوغرافية.

الجدير بالذكر أن الحجية التي تحدثنا عنها فيما سبق تترتب عن المحررات الرسمية الأصلية ولكن الذي يحدث في الغالب هو أن تكون الورقة التي تعرض أمام القضاء صورة أو نسخة من الأصل الذي دونت فيه الحقوق أصلا، فما هي قيمة هذه الصورة أو النسخة؟ و إلى أي حد يمكن للقاضي أن يطمئن إلى حقيقة الوقائع المسجلة بها؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تتطلب التفرقة بين حالتين: حالة ما إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، وحالة ما إذا كان الأصل غير موجود.

1- حجية صور الأوراق الرسمية إذا كان الأصل موجودا.

تنص المادة 325 من القانون المدني على ما يلي: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل. وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينادى في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام ، الجزء الثاني ، المرجع السابق ، ص 162.

² ميدي أحمد ، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 61.

يستفاد من هذه المادة أنه لكي تكون للصورة حجية الورقة الرسمية ذاتها فإنه لا بد من توافر شرطين هما: أن يكون أصل الورقة الرسمية موجودا حتى يمكن الرجوع إليه عند الحاجة لأنه لا قيمة للصورة في حد ذاتها وإنما تستمد قوتها من مدى مطالبتها للأصل، وأن تكون هذه الصورة رسمية لأنه إذا كانت الصورة عادية فإنه لا يعتد بها.

ويستوي في الصورة أن تكون مأخوذة مباشرة من الأصل أو من صورة مأخوذة من الأصل أيا كان عدد الصور الرسمية التي توسطت بينها وبين الأصل، فما دام الأصل موجودا فيمكن مضاهاتها على الأصل¹.

إذا توافر هذان الشرطان قامت قرينة قانونية على أن الصورة الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية مطابقة للأصل وتكون لها نفس القوة الإثباتية للأصل الذي نقلت منه، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فهي قائمة ما لم ينكرها الخصم فإذا تبين مطابقة الصورة للأصل كانت لها قوتها في الإثبات أما إذا تبين عدم مطابقتها للأصل وجب استبعادها من ملف الدعوى.

2- حجية صور الأوراق الرسمية إذا كان الأصل غير موجود

نصت على هذه الحالة المادة 326 مدني بقولها: "إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

يكون للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

ويكون للصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها. أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف".

يستفاد من هذه المادة أن المشرع فرق بين ثلاثة حالات وهي: حالة الصورة الرسمية الأصلية، والصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية، والصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية.

¹ عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام ، مرجع سابق ص ، 163 ، 164.

2. أ_ حجية الصورة الرسمية الأصلية

إن الصورة الرسمية الأصلية هي الصورة المسلمة من موظف مختص أو ضابط عمومي منقولة مباشرة من الأصل الضائع¹ سواء كانت صورة تنفيذية أي موهورة بالصيغة التنفيذية أو صورة غير تنفيذية وهي التي تنقل من الأصل مباشرة و تسلم إلى ذوي الشأن دون أن تمهر بالصيغة التنفيذية.

ففي هذه الحالة تكون للصورة الرسمية الأصلية حجية الأصل المفقود وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل، أما إذا كان مظهرها الخارجي يبعث على الشك كأن يكون قد عبث بها كما إذا وجد بها كشط أو محو أو تحشير فإن الصورة تفقد حجيتها في هذه الحالة.

وتستمد الصورة الرسمية الأصلية حجيتها من ذاتها لا من الأصل لأنه غير موجود، والذي جعل الصورة تأخذ هذا الحكم هو ختم الموظف العام رغم أنها لا تتحمل توقيع الأطراف.

2. ب_ حجية الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية

في هذه الحالة الصورة ليست مأخوذة من الأصل مباشرة ولكنها مأخوذة من الصورة الأصلية، وقد جعل المشرع لهذه الصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية نفس حجية الصورة الأصلية بشرط أن تكون الصورة الأصلية موجودة حتى إذا طلب أحد الطرفين مضاهاتها على أصلها أمكن ذلك، ومن ثم فحجية هذه الصورة غير مستمدة من ذاتها بل هي مأخوذة من الصورة الأصلية التي أخذت منها²، فإذا لم تكن مطابقة للصورة الأصلية استبعدت وبقيت الصورة الأصلية هي صاحبة الحجية لكن ما هو الحكم في حالة ما إذا كانت الصورة الرسمية الأصلية مفقودة؟

اختلفت آراء الفقهاء بهذا الصدد، فذهب البعض إلى أن الصورة غير الأصلية تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن هذه الصورة غير الأصلية يمكن اعتبارها بمثابة صورة أصلية من الصورة الأصلية المفقودة متى كان مظهرها الخارجي لا يدع مجالاً للشك في مطابقتها لها.

ويذهب رأي آخر إلى أنه أمام سكوت النص فلا تكون لهذه الصورة الثانية إلا حجية محدودة ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس شأنها في ذلك شأن الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية.

¹ بكوش يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي ، مرجع سابق ص ، 123

² محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، المرجع السابق ص 58.

ونرى تماشيا مع الرأي الأخير أنه لا يعتد بالصورة المستمدة من الصورة الرسمية المفقودة إلا على سبيل الإستثناس ذلك أن المشرع إشتراط لمنح حجية الصورة الأصلية نفسها للصورة الرسمية المأخوذة منها أن يكون أصل الصورة الأصلية موجودا للرجوع إليه في حالة المنازعة من أحد الأطراف، فإذا كان الأصل غير موجود فإنه لا يعتد بها و للمحكمة أن تأخذ بها على سبيل الإستثناس فقط شأنها شأن الصورة المأخوذة من الصورة الأولى.

2. ج حجية الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الأصلية

نص المشرع الجزائري في الفقرة الأخيرة من المادة 326 من القانون المدني على ما يلي:

"أما ما يؤخذ من صور رسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأولى فلا يعتد به إلا لمجرد الإستثناس تبعا للظروف".

وتتحقق هذه الحالة عندما تكون الصورة مأخوذة من صورة أصلية أي صورة ثالثة بالنسبة للصورة الرسمية الأصلية، وهذه الصورة لا يعتد بها إلا على سبيل الإستدلال والإستثناس حسب ظروف كل قضية، فيكون للقاضي أن يعتد بها في دعوى معينة بإعتبارها مجرد قرينة يستخلص منها إحتمال وجود الحق المدعى به و يكمله باليمين المتممة، و قد يعتبرها في دعوى أخرى بداية ثبوت بالكتابة فيكملها بالشهادة أو اليمين المتممة، وقد لا يأخذ بها على الإطلاق في قضية أخرى.

الفرع الثاني: القوة التنفيذية للورقة الرسمية

رأينا في الفرع السابق أن للورقة الرسمية حجية في الإثبات بالنسبة للأطراف المتعاقدة والغير، وأن لصورها حجية تختلف باختلاف حالاتها، و نتعرض في هذا الفرع للقوة التنفيذية للورقة الرسمية. والورقة الرسمية قد تصدر من جهات وطنية أو من جهات أجنبية، وسنتولى دراسة القوة التنفيذية لكل منهما فيما يلي:

أولا: تنفيذ الأوراق الرسمية الصادرة من جهات وطنية

من مراجعة الباب الرابع من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي جاء بعنوان: "أحكام عامة في التبيين الجبري للسندات التنفيذية" يتضح أن المشرع الجزائري اعتبر العقود (المحركات) الرسمية سندات تنفيذية، إذ يستفاد من المادة 11/600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أن الورقة الرسمية تعتبر في عداد السندات الرسمية التي تعطي الحق لحاملها في طلب تنفيذها بواسطة المنفذ من غير أن يستصدر حكما بشأنها كما هو الحال في الورقة العرفية. والصيغة التنفيذية التي توضع على العقد التوثيقي أو المحرر الرسمي هي أمر موجه إلى المحضرين القضائيين بإجراء التنفيذ وإلى النيابة العامة والقوة العمومية بالمساعدة على إجرائه¹.

وقد خول المشرع الجزائري مكاتب التوثيق حق وضع الصيغة التنفيذية على المحررات الرسمية واجبة التنفيذ وتسليمها إلى أصحاب الشأن أولوكل عنهم بوكالة خاصة.

والملاحظ أنه لا تسلم إلا نسخة تنفيذية واحدة تحت طائلة العقوبات التأديبية التي يتعرض لها الموثق، غير أنه إذا فقدت هذه النسخة من تسلمها قبل التنفيذ فيمكنه الحصول على نسخة تنفيذية أخرى بأمر صادر من رئيس محكمة تواجد مكتب التوثيق ويرفق الأمر الصادر بالأصل.

قد انتقد بعض الفقهاء² تخويل المشرع الموثقين سلطة منح القوة التنفيذية للعقود الرسمية لمخالفته المبدأ العام و هو أنه لا يجوز لشخص أن يقضي لنفسه حقه بيده، ولجعل العقود في مرتبة الأحكام القضائية التي تتصف بالإلزام وهذا ما تفتقر له العقود الرسمية التي عادة ما تتضمن تعهد شخص بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، و يرى هؤلاء أنه كان على المشرع قياس هذه العقود على أحكام المحكمين التي لا يجوز تنفيذها إلا بأمر يصدره رئيس المحكمة.

غير أننا نرى خلاف ذلك لأن منح المشرع الموثق حق وضع الصيغة التنفيذية على المحررات الرسمية دليل على ثقته بنزاهة وكفاءة الموثق من جهة، وحث للمواطنين على التوجه إلى مكاتب التوثيق لتحرير العقود الرسمية التي تعطي الحق لحاملها في طلب تنفيذها من غير أن يستصدر حكما بصدها من جهة أخرى، فضلا عن أن منح الصيغة التنفيذية لهذه العقود لا يعني أنها تصبح مستقلة عن القضاء

¹ لقد نص المشرع الجزائري على الصيغة التنفيذية في المادة 601 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية .

² عبد الباسط جميعي ، أشار إليه مايدي أحمد في مؤلفه ، الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 71.

بل إنّ جزءا مهما منها لا ينفذ إلا بتدخل القضاء تماما مثل ما هو الشأن بالنسبة للأحكام القضائية النهائية التي تعوض لإشكالات التنفيذ.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري- قبل تعديل قانون الإجراءات المدنية- لم يحدد العقود الرسمية التي يجب أن تمهر بالصيغة التنفيذية وإنما ترك ذلك للسلطة التقديرية للموثق أو مصدر المحرر الرسمي حسب طبيعة كل عقد وما جرى العمل به في المجال التوثيقي، أما بعد صدور قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 فإن المشرع اعتبر العقود (المحررات) التوثيقية سندات تنفيذية سيما تلك المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية محددة المدة وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة.

إن الورقة الرسمية التي تحمل الصيغة التنفيذية قابلة للتنفيذ في الإقليم الجزائري، ويتم التنفيذ من طرف المحضر القضائي الذي يقع في دائرة اختصاص المحكمة التي يتبع لها، كما تكون المحكمة المختصة للفصل في منازعات التنفيذ هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها التنفيذ ما لم يعط حق الأمر بتفسير السند، ففي هذه الحالة يجب الرجوع أمام المحكمة التي أصدرته.

ولتمكين المستفيد من السند الرسمي من حقه أوجب القانون على ممثل النيابة تسخير القوة العمومية عند طلبها في أجل أقصاه عشرة أيام، فتمثل النيابة العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد أصبح يهدف إلى مساندة عملية التنفيذ وتسهيلها.

ثانيا: تنفيذ الأوراق الرسمية الصادرة من جهات أجنبية

إن الأوراق الرسمية الصادرة من موظفين عموميين أو موظفين قضائيين أجانب أو من قنصلية أجنبية بأرض الوطن لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر إلا إذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها قانونا.

وبالرجوع إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية نجد أن المشرع الجزائري استحدث في المواد من 605 إلى 608 إجراءات أكثر مرونة في تنفيذ العقود والسندات الرسمية الأجنبية في الجزائر وذلك بوضع شروط شكلية وموضوعية تسمح للقاضي بإجراء الرقابة على قابلية هذه السندات للتنفيذ في الجزائر ماشيا

مع أغلب التشريعات المقارنة مراعيًا في ذلك عدم الإخلال بالمعاهدات الدولية التي أبرمتها الجزائر مع غيرها من الدول¹.

يستفاد من هذه المواد أن المشرع الجزائري اشترط لتنفيذ السندات الرسمية الصادرة من جهة أجنبية في الإقليم الجزائري استصدار حكم قضائي مهمور بالصيغة التنفيذية من الجهة القضائية الجزائرية المختصة وهي محكمة مقر المجلس القضائي الذي يوجد في دائرة اختصاصها موطن المنفذ عليه أو محل التنفيذ.

ولا تصدر الجهة القضائية الجزائرية المختصة الحكم القضائي المهمور بالصيغة التنفيذية والقاضي بتنفيذ السندات الرسمية الأجنبية إلا إذا استوفت الشروط الآتية:

1. أن تتوفر الشروط المطلوبة لرسمية السند وفقا للبلد الذي حرر فيه.
2. أن تتوفر فيه صفة السند التنفيذي وقابليته للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي حرر فيه.
3. ألا يكون مخالفا للقوانين الجزائرية والنظام العام والآداب العامة في الجزائر، فالسند الرسمي الأجنبي الذي يرمي إلى إلزام المدين بدفع ما بذمته لدى الغير والفوائد يعد سندا مخالفا للقانون الجزائري الذي يمنع التعامل بالفوائد بين الأفراد وفقا لمقتضيات المادة 454 من القانون المدني.

إلا أنه قد تقتضي المعاهدات الدولية أو الإتفاقات القضائية التي تبرمها الجزائر مع غيرها من الدول أحكاما مخالفة لهذا الحكم فتتخذ حينئذ بنود هذه المعاهدة أو الإتفاقية طبقا للمادة 608 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء نصها كالآتي: "إن العمل بالقواعد المنصوص عليها في المادتين 605 و 606 أعلاه لا يخل بأحكام المعاهدات الدولية و الاتفاقات القضائية التي تبرم بين الجزائر وغيرها من الدول".

المطلب الثاني: حجية الورقة العرفية في الإثبات.

رأينا أن الورقة الرسمية لها حجيتها في الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير وأن لصورها حجية أيضا مع التفاوت في درجاتها فما هي قيمة الورقة العرفية من حيث حجيتها في مواجهة الأطراف و الغير؟

¹ ذيب عبد السلام، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ب الجزائر، 2009، ص 331 .

الفرع الأول: حجية الورقة العرفية بالنسبة للأطراف

نصت المادة 327 الفقرة الأولى من القانون المدني على ما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

إن تحليل هذه المادة يقتضي التمييز بين حجية الورقة العرفية في مواجهة الطرفين و حجيتها في مواجهة الخلف العام.

فأما عن حجيتها بالنسبة للطرفين فإنها تعتبر حجة ما لم ينكر المنسوب إليه الورقة العرفية الخط أو التوقيع أو بصمة أصبعه إنكارا صريحا، فإذا سكت المنسوب إليه الورقة العرفية ولم ينكرها صراحة عد ذلك إقرارا منه بصحتها، أما إذا أنكر الشخص ما ينسب إليه من كتابة أو توقيع زالت عن الورقة العرفية حجيتها مؤقتا ويتعين على المتمسك بها أن يثبت صدورهما ممن يحتج بها عليه¹، وذلك بأن يطلب من المحكمة إجراء تحقيق لمضاهاة الخطوط وتوقيع الورقة طبقا لمقتضيات المادة 164 وما بعدها من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

فإذا رأى قاضي الموضوع أن الفصل في القضية لا يتوقف على الورقة المطعون فيها كونها غير منتجة في الدعوى فإنه يصرف النظر عنها، أما إذا ارتأى العكس فيتعين عليه أن يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء تحقيق لمضاهاة الخطوط اعتمادا على مستندات الدعوى أو عملا بشهادة الشهود، كما له أن يستعين بخبير متى اقتضى الأمر ذلك.

فإذا ثبت من التحقيق المدني أن الورقة العرفية صادرة من الشخص الذي أنكرها فإنه يترتب عن ذلك ثبوت الحجية للورقة المطعون فيها.

إضافة إلى جواز إجراء التحقيق عن طريق مضاهاة الخطوط فإنه يمكن لمن يحتج في مواجهته بالورقة العرفية أن يطعن فيها عن طريق الإدعاء بالتزوير وفقا لمقتضيات المادة 175 وما يليها من

¹ يراجع القرار، م ع غ م، ملف رقم 45685، الصادر بتاريخ 1987/12/27، المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1990، عدد 4، صفحة 61.

قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتبع في ذلك ذات الإجراءات المنصوص عليها في مضاهاة الخطوط.

وأما عن حجية الورقة العرفية بالنسبة للورثة أو الخلف العام فيستفاد من المادة 327 من القانون المدني أن ورثة المتعاقد أو خلفه لا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا اليمين بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه الحق، فإذا أدى الخلف اليمين زالت عن الورقة العرفية حجيتها مؤقتاً وحينئذ يتعين على المتمسك بها أن يلتجئ إلى طرق أخرى لإثبات صدور الورقة ممن تنسب إليه بإجراءات مضاهاة الخطوط المذكورة سابقاً في المادتين 164، 165 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

تأسيساً على ما سبق، فإنه إذا اعترف الخصم بصدور المحرر العرفي منه أو أثبتته خصمه ضده بعد إنكاره فإن المحرر العرفي يصبح كالمحرر الرسمي فيما يتعلق بسلامته المادية، فإذا ادعى من يتمسك به بحصول تعبير مادي في مضمونه عليه أن يسلك في هذا الادعاء طريق الطعن بالتزوير لإثبات ما يدعيه¹.

أما إذا لم يكن هناك إدعاء بوجود تزوير مادي في المحرر العرفي وإنما تعلق الأمر بمدى صحة البيانات الواردة فيه فإنه يجوز لمن يتمسك بعدم صحة مضمون الورقة العرفية أن يثبت خلاف ما هو مكتوب بالطرق العادية وفقاً للقواعد العامة.

وإذا كانت حجية الورقة العرفية تكمن في توقيعها متى تنسب إليه وإعترافه بذلك فإن صورتها الخالية من التوقيع لا حجة لها في الإثبات إلا إذا كانت هذه الصورة مكتوبة بخط يد المدين فإنها تعتبر مبدأً ثبوت بالكتابة.

الفرع الثاني: حجية الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير: نص المشرع الجزائري في المادة

328 من القانون المدني على ما يلي: "لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا من أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً:

- من يوم تسجيله.

¹ بكوش يحي أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي المرجع السابق، ص 138.

- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حوره موظف عام.

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء".

يتبين من هذه المادة أن المشرع الجزائري اشترط لحجية الورقة العرفية في مواجهة الغير أن يكون لها تاريخ ثابت. فما المقصود بالغير؟ و ما المقصود بالتاريخ الثابت؟

الغير هو كل شخص لم يكن طرفا في الورقة العرفية ولا ممثلا فيها ويصاب بضرر في حقه الذي تلقاه من طرفي الورقة أو بمقتضى القانون، ويستثنى من ذلك المتعاقدان والنائب عنهما والخلف العام كالوارث والموصى له بجزء من التركة الذين يحتج في مواجهتهم بتاريخ المحرر العرفي ولو كان غير ثابت¹. وعليه يمكن تحديد الغير فيها يلي:

أولا_ الخلف الخاص:

هو الذي يخلف سلفه في جزء من ذمته المالية عكس الخلف العام الذي يخلف سلفه في ذمته المالية كلها، أي كل من تلقى عن المتعاقد حقا على شيء معين بالذات، ومن ثم فإن تصرفات سلفه تكون نافذة على الحق الذي انتقل إليه قبل تاريخ معين، فلا يكون هذا التاريخ حجة على الخلف الخاص إلا إذا كان ثابتا وسابقا على انتقال الحق إلى الخلف الخاص، فإذا باع شخص إلى آخر منقولاً فلا يحتج على المشتري بتصرفات سلفه (البائع) في هذا المنقول إلا إذا كان هذا التصرف ثابت التاريخ وذلك لتجنب إبرام السلف (البائع) عدة تصرفات على المنقول وتقديم تاريخها إضرارا بخلفه (المشتري).

ثانيا_ الدائن الحاجز:

هو الدائن الذي يوقع حجزا على مال معين من أموال مدينه قصد بيعه وتحصيل حقه من ثمنه، فإذا قام الدائن بحجز منقول معين مملوك لمدينه وتعرض له شخص آخر بدعوى أنه اشترى هذا المنقول من مدينه قبل توقيع الحجز عن هذا الحجز في حالة ثبوت صحة قوله باطلا لوروده على شيء غير مملوك للمدين ويكون ادعاؤه صحيحا متى كان للعقد المثبت للشراء تاريخ ثابت وسابق لتاريخ توقيع

¹ زهدور محمد ، الموجز في الطرق المدنية لإثبات التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 37.

الحجز، أما إذا لم يكن عقد الشراء ثابت التاريخ فإن الحجز يعد صحيحا ولا يحتج به على الدائن الحاجز.

وإذا كان المقرر قانونا أنه لا يحتج بتاريخ الورقة العرفية على الغير إلا إذا كان تاريخها ثابتا، فكيف يكون للورقة العرفية تاريخ ثابت؟

يلاحظ أن المادة 328 من القانون المدني حصرت الحالات التي يكون فيها تاريخ الورقة العرفية ثابتا فيما يلي:

01- تسجيل المحرر العرفي

يقصد بالتسجيل قيد ملخص المحرر العرفي من طرف موظف عمومي مؤهل قانونا في سجل خاص بمفتشية التسجيل والطابع.

وهذا التسجيل يعطي المحرر العرفي تاريخا ثابتا يدل على أنه قد أبرم قبل ذلك التاريخ حتما ولا يكون بإمكان الغير الطعن في تاريخ التسجيل إلا بطريق التزوير¹.

والملاحظ أنه منذ صدور قانون المالية لسنة 1992 منع المشرع تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية، المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها، التنازل عن الأسهم والحصص في الشركات، الإيجارات التجارية، إدارة المحلات التجارية أو الصناعية، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات. وأوجب فقط تسجيل المحررات الرسمية.

02- إثبات مضمون المحرر العرفي في العقد الرسمي .

يكون للمحرر العرفي تاريخ ثابت في حالة ما إذا أفرغ مضمونه في محرر رسمي بأن نذكر البيانات الجوهرية له، ومثال ذلك الحكم القضائي المثبت للتصرفات الواردة في الورقة العرفية كأن تكون إيجارا أو بيعا، والمحرر الرسمي الني يثبت بموجبه موظف أو ضابط عومي أو شخص مكلف بخدمة عامة مضمون محرر عرفي.

¹ بكوش يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي ، المرجع السابق ، ص 142.

03- التأشير على المحرر العرفي من طرف موظف. عام مختص

وتتحقق هذه الحالة إذا قدم محرر عرفي إلى موظف عام مختص فأشّر عليه بعلامة تفيد أنه قدم إليه في تاريخ معين، فإن التأشير على المحور يجعله ثابت التاريخ من هذا اليوم، ومثال ذلك تصديق ضابط الحالة المدنية على توقيعات أطراف المحرر العرفي الذي يجعل تاريخ التصديق تاريخا ثابتا للمحرر العرفي أو تأشير القاضي أو كاتب الجلسة على المحرر العرفي لتسليمه إلى الخصم للإطلاع عليه فإن هذا التأشير يجعل المحرر العرفي ثابت التاريخ، أو كأن يقدم المحور العرفي إلى قابض الرسوم فيؤشّر عليه بما يفيد أنه حصل على الرسم المستحق عندئذ يجعل هذا التأشير على العقد ثابت التاريخ¹.

04- وفاة أحد الذين لهم المحرر العرفي خط وإمضاء

إذا توفي شخص أو أكثر من الأشخاص الذين سبق لهم أن وضعوا خطهم أو توقيعهم على الورقة العرفية فإن تاريخ الوفاة هو التاريخ الثابت لها، فذلك دليل على أنها كانت موجودة قبل حصول الوفاة، ولهذا فإن الوفاة هي الواقعة التي تعطي للورقة تاريخا ثابتا، ويستوي في ذلك أن يكون الشخص المتوفى طرفا في الورقة أو شاهدا أو كفيلا أو غير ذلك.

هذه هي الحالات الأربعة التي يثبت بها تاريخ المحرر العرفي طبقا لنص المادة 328 من القانون المدني الجزائري و يحتج بها في مواجهة الغير.

المطلب الثالث: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

تقتضي منا الضرورة قبل التطرق لحجية التوقيع الالكتروني في الإثبات (الفرع الثاني) دراسة الشروط الواجب توافرها في التوقيع الالكتروني (الفرع الأول).

الفرع الأول: شروط صحة التوقيع الالكتروني

نص المشرع الجزائري في المادة 327 الفقرة الثانية من القانون المدني على ما يلي:

"ويعدّ بالتوقيع الالكتروني، وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه".

وبالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر من القانون المدني نجدها تقضي بما يلي:

¹ زهدور محمد/ الموجز في الطرق المدنية لإثبات التشريع الجزائري ، المرجع السابق ، ص 39.

"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص التي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

يستفاد من هاتين المادتين أن التوقيع الإلكتروني حتى ينتج أثره القانونية لا بد أن يكون صادرا من شخص الموقع وأن يتم الحفاظ على صحة المحرر الإلكتروني المشتمل على التوقيع¹.

01- ضرورة معرفة هوية الموقع من خلال التوقيع

رأينا أن التوقيع التقليدي هو كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة وشخصية وتساعد على تحديد موقعها وتترجم إرادته في قبول هذا التصرف، فما هو الشأن إذن بالنسبة للتوقيع الإلكتروني؟

لقد عرفنا أن التوقيع الإلكتروني هو ما يوضع على المحرر الإلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو إشارات تسمح بتحديد شخص الموقع وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته.

فالتوقيع الإلكتروني يجب أن يدل على الموقع بحيث يحدد شخصه وهويته ويميزه عن غيره من الأشخاص كما يفيد قبوله لمضمون المحرر الإلكتروني، مصداقية المعلومات التي تم نقلها وتحويلها عبر شبكة الانترنت وتحديد شخصية المتعاقدين تكمن في التوقيع الإلكتروني، والتوقيع بهذا المعنى يفيد أنه يعبر عن شخصية الموقع الذي يرد اسمه في شهادة إلكترونية تربط بين أداة التوقيع وشخص معين يكون الغرض منها تأكيد شخصية صاحب التوقيع.

وإذا كان المشرع الجزائري نص على حجية الورقة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني متى تم التأكد من هوية الموقع على المحرر الإلكتروني إلا أنه لم يضع نظاما خاصا يحدد الضوابط الفنية والتقنية التي تحكم إنشاء توقيع له طابع متفرد يسمح بتحديد شخصية الموقع وتمييزه عن غيره بإستخدام تقنية آمنة تضمن ذلك، كما هو الحال في التشريع الفرنسي حيث تنص المادة 4/1316 من قانون التوقيع الإلكتروني الصادر سنة 2000 على أن يتم التوقيع باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع تضمن صلتها بالتصرف الذي وقع عليه، ثم أصدر المشرع الفرنسي القرار رقم 272/2001 بتاريخ 30 مارس 2001 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 إلكترونية للموقع.

¹ شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، المرجع السابق، ص 154.

وبمجرد قيام الموقع بالتوقيع إلكترونيا فإن ذلك يدل على رضائه والتزامه بما تم التوقيع عليه متى كان التوقيع صحيحا وينسب إليه، فضلا على ذلك فإنه يجب أن يكون التوقيع مرتبطا بشخص الموقع ولا يتأتى ذلك إلا إذا كان له طابع متفرد يسمح بتحديد هوية الموقع وتمييزه عن غيره خاصة إن تم التوقيع بإستعمال نظام التشفير بالمفاتيح العام والخاص، فإستعمال الموقع المفتاح الخاص لتشفير المستند المتضمن الإلتزام الذي يتعهد به دليل على رضائه بمضمون السند لأن المفتاح الخاص هو مفتاح سري لا يعلمه ولا يستعمله إلا صاحب التوقيع والذي يظهر اسمه وبياناته في شهادة إعتقاد التوقيع.

02- ضرورة الحفاظ ض صحة المحرر الالكتروني الموقع

إن المشرع الجزائري أوجب أن تحفظ الورقة الإلكترونية المتضمنة التوقيع الإلكتروني من لحظة إنشائها إلى لحظة وصولها إلى المرسل إليه وتحققه من صحتها، غير أنه لم يحدد كيفية الحفاظ على صحة التوقيع الإلكتروني خلافا للنظم القانونية الغربية ومنها النظام القانوني الفرنسي الذي نص في المرسوم رقم 272/2001 المؤرخ في 30 مارس 2001 على ضرورة إصدار شهادة تفيد صحة التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية من جهة متخصصة تسمى جهة الفحص يتم التأكيد فيها على حفظ التوقيع الإلكتروني من لحظة التصديق لحظة الإرسال والحفاظ على البيانات الإلكترونية على دعائم إلكترونية ثابتة لا يمكن تغييرها وعلى كيفية حفظها.

الفرع الثاني: قوة التوقيع الإلكتروني في الإثبات

نص المشرع الجزائري في المادة 327 من القانون المدني على ما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة أصبعه 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 هو لمن تلقوا منه هذا الحق¹.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

¹ زهدور كوثر ، التوقيع الإلكتروني وحججه في قانون الإثبات المدني الجزائري مقارنا ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران 2008/2007 .

يتبين من قراءة هذه المادة أن المشرع الجزائري أخذ بالتوقيع الإلكتروني وقرن حجيته بالشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر 1 والمتمثلة في وجوب التأكد من هوية الشخص الذي أصدر الورقة الإلكترونية ووجوب إعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها.

متى توافرت الشروط اللازمة لصحة التوقيع الإلكتروني إكتسبت الورقة الإلكترونية نفس الحجية التي قررها المشرع للورقة العرفية التقليدية، ومن ثم يبين أن المشرع الجزائري استبعد ضمنا الورقة الإلكترونية الرسمية.

ومفاد ذلك أن للورقة الإلكترونية حجية في مواجهة الأطراف ذلك أنه إذا ما اعترف الخصم بصدور الورقة الإلكترونية منه أو أثبتها خصمه ضده بعد إنكارها فإن الورقة الإلكترونية تصبح كالورقة الرسمية فيما يتعلق بسلامتها المادية، كما لها حجيتها قبل الغير متى كان لها تاريخ ثابت.

استنتجا لكل ما سبق، فإن المشرع الجزائري ما دام أنه جعل المحرر الإلكتروني الموقع عليه إلكترونيا يتمتع بحجية المحررات العرفية فإنه بإمكان المتعاقدين اللجوء إلى أي من الكتابتين سواء على الورق أو في الشكل الإلكتروني وذلك في التصرفات التي أوجب القانون إفراغها في الشكل العرفي.

الختمة

من خلال هذا العرض الموجز لبعض الشكليات الخاصة بالتصرفات القانونية والتي قد توجد قبل إنشائها أو حال الإنشاء أو بعد ذلك، نلاحظ بأن هذه الشكليات تجعل التصرفات القانونية في بعض الحالات محل خلل، وذلك نظرا للجزاءات التي قد تلحق التصرف من جراء تخلفها أو وجودها ناقصة، ونجد أيضا أن المشرع بعد أن أعتق مبدأ الرضائية وجعله قوام التصرفات القانونية عاد وقيده في بعض الحالات وجعله يخضع لصيغ وإجراءات شكلية، ووضع بغرض ضمان احترامها عدة جزاءات تترتب عن تخلفها، والتي تكون في بعض الحالات البطلان مثلما هو الحال في التصرفات التي جعل القانون فيها الرسمية أو الكتابة ركنا، وفي بعض الأحيان الأخرى عدم الصحة، وعدم انتقال الملكية في التصرفات الواجبة الشهر، إلا أنه أغفل في حالات أخرى ذكر الجزاء وترك الأمر للاجتهاد الذي يحدده انطلاقا من أهمية الشكل في التصرف، فإذا ظهر الشكل في التصرف وكان المشرع قد فرضه لحماية مصالح عليا كان الجزاء المترتب عليه هو البطلان المطلق، أما إن اتخذ الشكل دورا حمائيا لمصالح المتعاقدين فقط كان الجزاء عدم الصحة أو تراخي بعض آثار التصرف، وإن تعلق بالغير كان غير نافذ في مواجهته، إلى غير ذلك من الحالات .

وإن تحديد الشكل في التصرفات جعلنا نميز بينه وبين ما يشتبه به من تصرفات قانونية قد يضمن أنها تصرفات شكلية وهي في الحقيقة غير ذلك، لأنها لا تهدف إلى تنظيم طريقة التعبير عن الإرادة، كما هو الشأن بالنسبة لإجراءات الإثبات و التسجيل والشهر، فهذه الإجراءات لا علاقة لها بتكوين التصرف القانوني فهي تأتي بعد تكوينه، ومن ثم ليس صحيحا ما يذهب إليه بعض الفقه من أنها تصرفات شكلية. يدخل في نطاق الشكل كل القواعد المنظمة لطريقة التعبير عن الإرادة سواء كانت بسيطة أو معقدة، ومن ثم فالشكل لا يقتصر مفهومه كما يعتقد البعض على الشكل الرسمي فقط بل يشمل الشكل العرفي أيضا .

إذا كان الشكل يعد استثناء من مبدأ الرضائية إلا أنه يؤكد سلطان الإرادة ولا ينفيه، وهو ما يعزز عبارة إهرنج: (الشكلية هي توأم العدالة) لأن للشكل وظيفة وقائية تتمثل في حماية إرادة الأطراف من خلال مطابقة التعبير لها بحيث عنها بصدق، فالشكل يحمي المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره ويدعو إلى التمعن والتفكير في ماهية التصرف الذي يقوم عليه ومدى خطورته، فضلا عن أن الشكل يكفل تحديد مضمون التصرف بصورة أدق وأفضل من التصرف الرضائي، وهذا من شأنه أن يحقق العدالة والاستقرار

معا ويحمي الملكية العقارية، ومن ثم فإن الشكل يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة والعامة معا، وهذه الوظيفة الهامة تبرز وجوده في القانون الحديث .

ولا يحقق الشكل هذه الوظيفة إلا إذا كان ركنا من أركان التصرف القانوني يترتب عن تخلفه بطلان هذا التصرف بطلانا مطلقا.

وبالرغم من زيادة عدد التصرفات الشكلية إلا أن هذا لا يعني أن الشكلية أصبحت قاعدة عامة والرضائية استثناء عنها، فكلاهما قاعدتان متكاملتان تحكمان إنشاء التصرفات القانونية.

وفي الختام ومن خلال ما تم ذكره نستخلص بعض الملاحظات والنتائج و التي تتعلق بالموضوع و بالنصوص المنظمة له وأهمها ما يلي :

- ضرورة حصر النصوص المتعلقة بشكليات انعقاد التصرفات القانونية ووضعها ضمن الباب المتعلق بأركان العقد في القانون المدني لتمييزها عن باقي الشكليات و ضمان معرفتها وإحترامها.

- تحديد الشكليات اللاحقة للتصرفات القانونية بدقة وضبط المصطلحات بشأنها وتوحيدها بين مختلف القوانين مع توضيح الآثار المترتبة على كل منها لتفادي اللبس الذي قد تثيره مثلما هو الحل بالنسبة لمصطلح التسجيل الذي يختلف معناه بين كل من قوانين التسجيل، و القانون المدني، القوانين المنظمة للشهر العقاري والإشهار التجاري.

- عدم ضبط المصطلحات كذلك فيما يخص تسمية العقود والفرقة بين الكتابة والرسمية لتفادي الغموض بينهما وما يخلقه من آثار على التصرفات القانونية ذاتها وإختلاف التوجيهات في فهمها وتفسيرها.

- كما يتعين على المشرع عندما يفرض شكلا معيناً في التصرف القانوني ما أن يبين الغرض من تقرير هذا الشكل أهو ركنا لإنعقاده أم وسيلة لإثباته حتى لا يكون النص القانوني محلا للتأويل و التفسير بقصد الوصول إلى غرض المشرع من اشتراط الشكل .

- إن المحررات الرسمية تعتبر حجة بين المتعاقدين والغير وهي قابلة للتنفيذ دون استصدار حكم من القضاء ولا يطعن في رسميتها إلا بالتزوير في حين يحوز المحرر العرفي على ذات الحجية بين المتعاقدين والغير ما لم يتم إنكاره أو الدفع فيه بالجهالة، تكون له حجية بالنسبة للغير إذا كان له تاريخ

ثابت إضافة إلى ذلك فإن المحرر العرفي لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا صدر بشأن تنفيذه حكما قضائيا، وهناك بعض المحررات العرفية التي لم تعد أصلا للإثبات ولا تكون عادة موقعا عليها من ذوي الشأن ومع ذلك فإن القانون يعطيها بعض الحجية في الإثبات تتفاوت بحسب الأحوال كشأن الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية .

- في الحالة التي يعرض فيها على القاضي محررين أحدهما رسمي ومشهر له حجية مطلقة والآخر عرفي أبرم قبل 01-01-1971 فإن القاضي هنا يعتد بالمحرر العرفي إعتبارا أن التصرف القانوني قبل 01-01-1971 كان لا يشترط محررا رسميا كدليل لإثباته وذلك لتقريب عناصر إثبات التصرف من عناصر تكوينه وقت إبرام هذا التصرف و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري طبقا للمادة 08 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 20-07-2005 .

- وبالنسبة إلى المحررات الإلكترونية فالرأي الراجح هو الذي أعتبرها محررات عرفية ذلك أن المحررات الرسمية تتطلب الحضور المادي وأطرافا لعقد أمام ضابط العمومي وهو الموثق ليمنحها الرسمية وهذا ما تفتقر إليه المحررات الإلكترونية، وبالنتيجة فلها من الحجية ما للمحررات العرفية بالنسبة للمتعاقدین والغير، لذلك لا يمكن تصور المحررات الإلكترونية في المجال الذي تعد فيه الكتابة شرطا لإنعقاد التصرفات القانونية فإما يتعين الإكتفاء بإتباع النمط التقليدي في الكتابة في مثل هذه التصرفات وبالتالي إستبعاد المحررات الإلكترونية وإما العمل على إعادة هيكلة الجهات الإدارية المختصة مثل إدارة الشهر العقاري ومصالح التسجيل لإستعاب مثل هذه الأساليب الحديثة والعمل بها كي تستقر أيضا الشكلية الإلكترونية في مجال التوثيق.

وخلاصة القول نلاحظ أن الغموض الذي يكتنف النصوص القانونية التي تنظم مسألة الشكلية للتصرفات القانونية وعدم انسجامها مع الواقع العملي وغموضها ونقصها في مسألة تحديد الشكلية سواء كانت تدخل في تكوين التصرفات القانونية أم لإثباتها هذا ما من شأنه يحد من الغرض والدور الذي تلعبه الشكلية في حماية هذا التصرف وحماية حقوق أطرافه بقصد الوصول إلى غرض المشرع من إشتراط الشكل في إبرام التصرفات القانونية.

قائمة المراجع

بالعربية:

الكتب:

1. أحمد المهدي ، الإثبات في التجارة الإلكترونية ، دار الكتب القانونية ، مصر المجلة الكبرى ط 2006.
2. الأستاذ بكوش يحي ، أدلة الإثبات في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية عن المؤسسة الوطنية للكتاب .
3. الأستاذ سمير جميل حسين الفتلاوي ، العقود التجارية الجزائرية ، ط 2001 ، ديوان المطبوعات الجامعية .
4. بلحاج العربي ، النظرية العامة في الإلتزام القانون المدني الجزائري.
5. بن الحاج العربي ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري ، ج 1 ، التصرف القانوني الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية .
6. بيار أميل طوبيا ، التحايل على القانون، دراسة مقارنة في القانون الخاص حول قاعدة الغش يفسد كل شيء، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2009.
7. حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، دار هومه ، طبعة 2004 .
8. حمدي محمد إسماعيل سلطح، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
9. خليل أحمد حسن قدامة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري مصادر الإلتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائري، 2005.
10. الدكتور سليمان مقوس ، شرح القانون المدني، العقود المسماة عقد البيع ، الطبعة الرابعة 1980.
11. الدكتور علي فيلاي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، 1997 .
12. الدكتورة فرحة زراوي صالح ، الكامل في القانون التجاري الجزائري ،المحل التجاري طبعة 2001 نشر وتوزيع ابن خلدون.
13. ذيب عبد السلامن قانون الإجراءات المدنية الجديد، ترجمة للمحاكمة العادلة، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 2009.

14. رمضان أبو سعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، النظرية العامة في الإثبات، دار الجامعية، بيروت، 1993.
15. زهدور محمد : الموجز في الطرق لإثبات في التشريع الجزائري وفق آخر التعديلات ، ط1991.
16. عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية، مكتبة زهراء الشرق، 1996.
17. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون الإثبات المدني ، ط2 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 1999 .
18. عبد الحكم فوده ، المحررات الرسمية و المحررات العرفية ، دار الفكر القانوني .
19. عبد الحميد الشواربي / البطلان المدني الإجرائي والموضوعي ، منشآت المعارف الإسكندرية.
20. عبد الرزاق السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني نظرية الإلتزام بوجه عام ، جزء 01 ، دار النهضة العربية القاهرة ، 1966 ، رقم 780.
21. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، الإثبات وآثار الإلتزام ، ج2 دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، رقم 127 .
22. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود التي تقع على الملكية ، الهبة ، الجزء الخامس المجلد الثاني ، دار الإحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، رقم 46.
23. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الإلتزام ، ج1 ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1952 ، ط1 .
24. العقود ، سعيد السيد قنديل ، التوقيع الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ط 2006.
25. علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة ، الديوان الوطني للمطبوعات الجزائرية، 2007.
26. علي فلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر 2001 .
27. علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، دون طبعة ، الجزائر ، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية ، وحدة الرغبة ، 2008.
28. عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية ، طبعة 02 ، 2006 ، دار الهومة .
29. عمر قليمي ، الدليل العملي في التسجيل والطابع ، 1990 ، الجزائر .
30. حمدي باشا عمر ، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، 2002.

31. مايدي أحمد/ الكتابة الرسمية كدليل إثبات قانون المدني الجزائري ، ط1 ، دار الهومة الجزائر سنة 2005.
32. مجيد خلفوني ،نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري ، ط01 ، د،و ، أ 2003 .
33. محمد حسن القاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعية المكتبة القانونية، بيروت.
34. محمد حسن قاسم ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان، سنة 2003.
35. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية: ج4، ط 1 ، دار هومه ، الجزائر ، 2008 -2009 .
36. محمد صبري السعدي، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، دار الهدى، الجزائر، 2004.
37. نادية فضيل، الأوراق التجارية في القانون الجزائري، طبعة 11، دار هومة، الجزائر، 2006.
38. نبيل إبراهيم سعد النظرية العامة للإلتزام ، ومصادر الإلتزام ، دار الجامعية الجديدة ، الإسكندرية، سنة 2004.

المذكرات:

1. بلقاضي كريمة ، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية ، مذكرة ماجستير بكلية الحقوق ، ابن عكنون، 2004 إلى 2005 .
2. حبار محمد ، نظرية التصرف القانوني ، في القانون المدني الجزائري الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه بن عكنون الجزائر 1987 .
3. خليفاتي عبد الرحمان، مدى اعتداد القانون الجزائري بمبدأ سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنفيذه، رسالة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم الإدارية جامعة الجزائر، 1987.
4. زهدور كوثر ، التوقيع الإلكتروني وحجتيه في قانون الإثبات المدني الجزائري مقارنا ، مذكرة لنيل درجة ماجستير في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة وهران 2007/2008 .
5. زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير، بن عكنون .

6. شيخ سناء ، الشكلية في إطار التصرفات القانونية بين التشريع و القضاء ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص ، جامعة أبو بكر بلقايد -تلمسان-2011-2012.
7. علاء محمد عيد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، دراسة مقارنة " رسالة ماجستير" دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005.
8. عويطي فريد وعشوري عبد العزيز ، الشكلية في التصرفات القانونية من مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة السادسة عشر ، السنة 2008/2005 .
9. ياسر كمال أحمد الصرفي ، التصرف في القانون الشكلي ، في القانون المدني المعاصر، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، سنة 1992.

المجلات:

1. مجلة مجلس الدولة عدد 03 ، لسنة 2003.
2. مجلة التوثيق، العدد 03، شهر سبتمبر أكتوبر 2001.
3. المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية السياسية ، ج35 رقم 03 ، جامعة الجزائر ، 1997 .
4. المجلة القضائية لسنة 1999.
5. المجلة القضائية ، الإجتهد القضائي للغرفة العقارية 2004 الجزء الثاني.
6. المجلة القضائية ، عدد 02 سنة 2001 .
7. المجلة القضائية عدد 01 سنة 1992 .
8. المجلة القضائية عدد 01 سنة 2003 .
9. المجلة القضائية عدد 03 سنة 1994 .
10. المجلة القضائية عدد 01 سنة 1997 .
11. المجلة القضائية عدد 03 سنة 2003 عن الغرفة العقارية.
12. المجلة القضائية لسنة 1999 عدد 01 .
13. مجلة المحكمة العليا عدد 01 سنة 2005 .
14. مجلة قضائية 1992 ، عدد 01 .

القوانين:

1. القانون رقم 10/05 المؤرخ في 13 جمادى الأول عام 1426 الموافق لـ 20 يونيو 2005 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
2. قانون التوثيق رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المادة 26.
3. الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 15/07/2006 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 46 بتاريخ 16/07/2006 المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.
4. القانون رقم 02/06 المؤرخ في 20/02/2006 المنشور في الجريدة الرسمية رقم 14 بتاريخ 08/03/2006 المتضمن قانون مهنة التوثيق.
5. قد نظم المشرع الجزائري الشهر العقاري في القانون المدني المادة 793 ، زوالامر 74/75 نوالمراسيم التنفيذية 62/76 و 63/76 و 201/80 و 123/93.

بالفرنسية:

1. Marie-Antoinette GUERRIERO, l'acte juridique solennel, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 1975.
2. VILLARD Antoine/ la formation du contrat , O.P.U ..
3. MOSTEFA Kara Farida / la preuve écrite en droit civil algérien, mémoire pour le diplôme de magistère en droit privé , Alger , 1982,.
4. bendeddouche jacpoueline :déclaration de voloté et formation contrat en Algérie; la revue algérienne de sciences juridiques et politiques Alger n:1 mars 1981.
5. -lahlou née khiar ghnia : jurisprudence revue algérienne de sciences juridipues économiques n3 université alger 1998 .
6. planiol et ripert, traité pratique de droit civil francais, tome 6, par ESMEIN.P.

الفهرس

	❖ تشكر
	❖ إهداء
01	❖ مقدمة.....
06	❖ الفصل الأول: دور الشكلية في إنشاء التصرفات القانونية.....
08	➤ المبحث الأول: شروط الشكلية المباشرة في تكوين التصرف القانوني...
08	▪ المطلب الأول: الشكل الرسمي.....
12	▪ المطلب الثاني: الشكل العرفي.....
19	▪ المطلب الثالث: الشكل الإلكتروني.....
22	➤ المبحث الثاني: شروط الشكلية غير المباشرة لتكوين التصرف القانوني
22	▪ المطلب الأول: التسجيل الضريبي.....
23	▪ المطلب الثاني: الشهر العقاري.....
25	▪ المطلب الثالث: الإشهار التجاري.....
27	➤ المبحث الثالث: آثار الشكلية في تكوين التصرف القانوني.....
27	▪ المطلب الأول: آثار الشكلية المباشرة.....
31	▪ المطلب الثاني: آثار الشكلية غير المباشرة.....
35	▪ المطلب الثالث: جزاء تخلف الشكل في التصرفات القانونية.....
50	❖ الفصل الثاني: دور الشكلية في إثبات التصرفات القانونية.....
52	➤ المبحث الأول: مدلول التصرفات القانونية محل الإثبات بالشكلية.....
52	▪ المطلب الأول: أهمية الكتابة الرسمية في الإثبات وخصائصها.....
54	▪ المطلب الثاني: الغاية من الشكل لإثبات التصرفات القانونية.....
64	▪ المطلب الثالث: التمييز بين الشكل والإثبات.....

76	➤المبحث الثاني: حجية الشكلية في الإثبات
76	▪ المطلب الأول: الحجية المترتبة على الورقة الرسمية.....
87	▪ المطلب الثاني: حجية الورقة العرفية في الإثبات.....
92	▪ المطلب الثالث: حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.....
96	❖ الخاتمة.....
100	❖ قائمة المراجع.....
106	❖ الفهرس.....