

## الشكلية في التصرفات القانونية

د. الصالح بوغرارة - جامعة تيارت

مقدمة

كان الشكل ضروريا لانعقاد التصرف وركن كاف لقيامه وانعقاده، ولا يوجد التصرف بدونه بغض النظر عن إرادة أطرافه وسلامتها في القانون الروماني، فلا يهم وجودها إلى جانب الشكل فهو وحده الذي يوجد التصرف، لكن وبتأثر القوانين الحديثة بالمدارس الفلسفية التي ركزت على حرية الإنسان في التعاقد أخذت التصرفات القانونية تنتعد شيئا فشيئا عن الشكليات التي كانت شرطا أساسيا في تكوينها لتصل إلى الإرادة الحرة التي ينبع منها الإلتزام ثم إلى مبدأ سلطان الإرادة.

هذا المبدأ الذي تأثر به المشرع الجزائري، وحدد وسائل التعبير عن الإرادة في المادة 60 من القانون المدني جعلها إما لفظا أو كتابة أو إشارة أو إتخاذ موقف معين بصفة صريحة أو ضمنية، ثم قسم التصرفات إلى رضائية وشكلية 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 ".

وبذلك تكون هذه المادة قد فتحت الباب للنصوص القانونية لأن تقييد هذا الرضا 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، وتكون حينذاك كتابة رسمية أو عرفية ورقية كانت أو إلكترونية، كما قد تشترط قبل إنشاء التصرف بحيث يتوقف إبرامه عليها، أي تكون سابقة له ومن ضمنها شكل الوكالة والوعد بالتصرف والواوامر القضائية المؤهلة للقيام به، وتكون أحيانا أخرى لاحقة للتصرف كالتسجيل الضريبي والشهر العقاري والتقييد والنشر التجاري.

ورغم تنوع هذه الشكليات و اختلافها حسب المراحل الزمنية لنشأة التصرف القانوني فإنها لا تؤدي إلى الاستغناء عن مبدأ الرضائية إطلاقا ولكنها في كل الأحوال مدعمة له خاصة إذا كانت الشكلية تنطابق نابعة من إرادة الأطراف، 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، خاصة إذا اختاروها باتفاقهم، وبذلك يكون الشكل باعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة وقيدا عليها متعدد الوظائف حسب مختلف صورته فيكون للإثبات أو الانعقاد أو إجراء مفروض قانونا لابد من استيفائه.

وفي ظل هذا التزام مجموع هذه الأفكار تتساءل حول هذه الشكليات المطلوبة قانونا. فما هي إذن الشكلية التي يمكن أن تصاحب التصرف القانوني أثناء إنشائه؟ والشكليات التي قد تسبقه أو تلحقه؟ هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال ما سيأتي:

### المبحث الأول: الشكلية المصاحبة لإنشاء التصرف القانوني

بعد إنتهاج المشرع الجزائري لمبدأ سلطان الإرادة في التصرفات القانونية، فإنه لم يبلغ دور الشكل نهائيا وإنما فتح المجال لوجوده في بعض التصرفات الهامة، واشترطه في بعض الحالات كركن فيها لإنعقادها ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والتي رتبت على تخلفه البطلان، فلا تنعقد التصرفات الناقلة للملكية العقارية والمحلات التجارية وغيرها مما ذكرت المادة إلا بعد استيفاء الشكل الرسمي، ونصت المادة 467 مكرر من القانون المدني على أن الإيجار لا ينعقد إلا كتابة وأن 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 كذلك على أن المرتب مدى الحياة لا يكون صحيحا إلا إذا كان في عقد مكتوب، وهنا تكون شكلية الكتابة مشترطة لصحة التصرف القانوني، ونصت المادة 334 من القانون المدني 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.

وعليه يمكن القول بأن وظائف الشكل تختلف باختلاف نوعها 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 المفروض قانونا.وعليه سوف نتناول هذه الشكليات الكتابية التي يمكن للأطراف إفراغ تصرفهم القانوني فيها في مرحلة إنشائه سواء باتفاقهم أو بنص القانون، مقسمين إياها إلى مطلبين نتناول في أولهما الشكل الرسمي، و في الثاني الشكل العرفي بنوع من الفصل بين الشكل والتصرف في حد ذاته ومبينين أهمية الشكل وآثاره مع التطرق إلى بعض تطبيقاته .

## المطلب الأول : الشكل الرسمي

و هو الشكل المحدد قانونا وفق شروط وأشكال معينة ويجرر من أشخاص مؤهلين قانونا وتفرغ فيه التصرفات التي اشترط فيها القانون الرسمية والتصرفات التي يرى الأطراف إفراغها فيه وهو ما نتناوله وفقا للنقاط التالية:

### الفرع الأول : مفهوم الشكل الرسمي وشروطه

ونحاول من خلاله تحديد مفهوم الشكل الرسمي بمعنييه الواسع والضيق لنعرج بعد ذلك على شروطه القانونية ثم أنواعه على النحو التالي :

### الفقرة الأولى: مفهوم الشكل الرسمي

عرفت المادة 324 العقد الرسمي على أنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". ومن خلال هذا النص يكون للعقد الرسمي مفهومان الأول منها واسع أما الثاني فمفهوم ضيق فصلهما كما يلي:

**أولاً:** المفهوم الواسع و يقصد 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 وكل التصرفات الرسمية الصادرة عن مديري أملاك الدولة وكذا دواوين الترقية والتسيير العقاري وكذا العقود المحررة في القنصليات الجزائرية وغيرها من الوثائق الرسمية<sup>1</sup>.

**ثانياً:** المفهوم الضيق و يتعلق الأمر هنا بتلك السندات المحررة من قبل ضابط عمومي مختص بتحرير العقود والتصرفات بصفة خاصة وهو الموثق، وتسمى التصرفات الرسمية التي يجررها عقودا توثيقية كما هي منظمة في قانون التوثيق<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير بن عكنون، ص 62 .

<sup>2</sup> قانون رقم 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق المادة 26.

### الفقرة الثانية : شروط الشكلية الرسمية

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

- صفة محرر العقد "موظف، ضابط عمومي، مكلف بخدمة عام، في حدود سلطته واختصاصه"

- عقد محرر وفق الشكل القانوني.

- عقد إشهادي أو تصريح.

وتضيف المادة 324 مكرر 3 "يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين". وبذلك يكون هناك عنصر رابع هو:العقود الإحتفائية والعقود الرسمية الأخرى.

### أولا : صفة محرر العقد

و قد قصرتها المادة السابقة على :

1/موظف عمومي : 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 و رسم في السلم الإداري". واستثنت المادة:02 منه في فقرتها الأخيرة القضاة والمستخدمون العسكريون والمدنيون للدفاع الوطني ومستخدمو البرلمان .

2/ ضابط عمومي وهو الشخص الذي يخول له القانون سلطة التصديق وإعطاء 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"<sup>1</sup>.

3/الشخص المكلف بخدمة عامة : ويقصد بهم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية ومثالهم الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة، ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> وهو ما يعزز القول بأن هناك شكلية قانونية وأخرى اتفافية، يرى الأطراف إفراغ تصرفهم فيها ويختلف الفقه حول إعتبارها ركنا في العقد ألم والراجح هو أن الجواب عن ذلك يرجع إلى القاضي بعد بحثه في نية الأطراف حول ما إن كانوا يعتبرونها ركنا أم لا.

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومه، طبعة سنة 2004، ص 107 .

## ثانيا: سلطة المحرر و اختصاصه

ويعني أن يكون محرر العقد الولاية أو التفويض القانوني في تحريره إضافة إلى اختصاصه الموضوعي أي استنادا إلى نوع العقد الذي يجوز له القيام بتوثيقه كأن يكون إداريا أو توثيقيا ثم اختصاصه المحلي ومثال ذلك نص المادة 2 من قانون تنظيم مهنة التوثيق على أن الاختصاص الإقليمي لمكاتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني<sup>1</sup>. وتجدر الإشارة هنا إلى أن العقود المحررة من القضاة تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وهو ما كرسه اجتهاد المحكمة العليا في القرار المؤرخ في: 1989/06/03 "من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية الذي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها. ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس. ولما كان من الثابت - في قضية الحال - أن القسمة المحررة من طرف القاضي الشرعي صحيحة ومعترف بها، ومن ثم فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا صحيحا"<sup>2</sup>.

وكذلك لأمر في العقود الإدارية 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 على الأرض وهو حق عيني على العقار متفرع عن الملكية العقارية يمنح للمستفيد الصفة في ممارسة كل الدعاوى القضائية لحماية حقه في ذلك"<sup>3</sup>.

**ثالثا: تحرير العقد وفقا للشكل القانوني** و قد نصت كل من مواد القانون المدني وقانون تنظيم مهنة التوثيق وكذا الأمر 75/74 على نوعين من البيانات، بيانات عامة وأخرى خاصة:

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

<sup>1</sup> علي فيلالي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997 ص 236 .

<sup>2</sup> القرار رقم 40097 المجلة القضائية عدد 01 سنة 1992 ص 119، حمدي باشا، المرجع السابق، ص 109 .

<sup>3</sup> القرار رقم 261995 المنشور بالمجلة القضائية عدد 01 سنة 2003 ص 338.

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

2/البيانات الخاصة: وهي البيانات المتعلقة بكل تصرف اذ ينفرد بها عن باقي التصرفات وأهمها الشهود في العقود الإحتفائية طبقاً للمادة 324 مكرر 3 ق م، وكذلك البيانات المتعلقة بتحديد الملكية وأصلها، كما هو محدد ومبين في المواد 21 و 66 و 67 و 114 من المرسوم رقم 63/76، وكلها تتعلق بالحالة المادية والطبيعة القانونية للعقارات.

### الفقرة الثالثة : أنواع العقود الرسمية

يمكن تقسيم العقود الرسمية وخاصة التوثيقية منها على ضوء النصوص القانونية إلى ما يلي :

#### أولاً: العقد الإشهادي والعقد التصريحي

1/العقد الإشهادي: وهو العقد الذي يثبت فيه محرره ما تم لديه، أي يثبت فيه ما جرى تحت سمعه وبصره بأمانة تامة، فيثبت حضور ذوي الشأن وما قام به كل منهم، وتسليم الثمن وحضور الشهود وذكرهم بأسمائهم وتلاوة الصيغة الكاملة للعقد مع بيان الأثر القانوني المترتب عليها، وقيام ذوي الشأن والشهود بتوقيعها<sup>1</sup> أي أنه يكون شاهداً على كل ما جرى، وحجة هذا العقد مطلقة لا يجوز إنكارها إلا عن طريق الطعن فيها بالتزوير وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1997/04/30 "من الثابت قانوناً وقضاء أنه إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتية فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي"<sup>2</sup>

2/العقد التصريحي: وهو العقد الذي يقتصر فيه دور الموثق على استقبال التصريح من ذوي الشأن ويصبه في قالب رسمي، أي يثبت فيه الوقائع التي ينقلها طالبوه إليه وهذا العقد يجوز الطعن فيه عن طريق إثبات عكسه وجاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 1997/04/30: "ولما كان ثابتاً في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من

<sup>1</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الإلتزام - المجلد 2، منشورات الحلبي . بيروت . لبنان 1998، ص 115 .

<sup>2</sup> القرار رقم 148561 المنشور بالمجلة القضائية عدد 02 سنة 1997 ص 47.

المدعين، فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع...<sup>1</sup>، ومن بين هذه العقود التصريحية عقد الشهرة وعقد الفريضة والشهادة التوثيقية وعقد الليف.

### ثانيا: العقود الإحتفالية والعقود الرسمية الأخرى

1/العقود الإحتفالية : هي عقود شكلية ورسمية اشترط المشرع تحريرها بحضور شاهدين تحت طائلة البطلان طبقا للمادة 324 مكرر3 ق م، ولم يقم المشرع الجزائري بتحديد لها لا بتسميتها ولا حتى بوضع معيار تشريعي معين يسمح بتحديد لها، لكن العمل القضائي والتوثيقي خاصة ذهب إلى اعتبار كل من عقود الهبة، الوقف والوصية كعقود إحتفالية<sup>2</sup>.

ولقد أورد المشرع الجزائري هذا النوع من العقود في القانون المدني نقلا عن المشرع الفرنسي رغم أنها غريبة عن المجتمع الجزائري وهو الشيء الذي جعلها غير معروفة وأدى إلى عدم القدرة على تحديدها بدقة، وما هي إذن إلا موروث عن القانون الفرنسي الذي كان يفرق بين العقود الرسمية العادية والعقود الإحتفالية والتي من ضمنها عقد الزواج والوصية .

2/العقود الرسمية الأخرى: وهي كل العقود التي فرض المشرع تحريرها من قبل موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة تحت طائلة البطلان إلا أنه لم يشترط فيها حضور الشهود وأبقاه أمرا اختياريا، واكتفى فيها فقط بشهادة محررها والتي هي قرينة كافية على رسميتها، لكن الملاحظ في الواقع أن العمل التوثيقي درج على اشتراط الشهود في كل العقود التوثيقية دون استثناء.

ومن خلال هذه النظرة الوجيزة حول شروط وأنواع العقود الرسمية يتضح جليا أن العقد الرسمي لا يعني العقد التوثيقي فقط، بل هذا الأخير ليس إلا صورة من صور إضافة إلى العقود الإدارية كتلك العقود الصادرة عن مدير أملاك الدولة، أو الصادرة عن دواوين الترقية والتسيير العقاري، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن العقد الرسمي قد يكون شكلا قانونيا وذلك عندما يشترطه المشرع لقيام التصرف أو إثباته أو يكون إتفاقيا وذلك في غير العقود التي يشترط فيها المشرع الرسمية، وإنما رأى أطرافه وحدهم إفراغه فيها.

<sup>1</sup> نفس القرار السابق .

<sup>2</sup> حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومه ، طبعة 2004. ص30.

## الفرع الثاني: آثار توافر أو تخلف الرسمية في التصرف القانوني

تترتب 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 في فقرتين اثنتين كالاتي:

### الفقرة الأولى: آثار توافر الرسمية

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 اشتراط المشرع الشكل الرسمي في تصرف قانونيما فإن ذلك ينصرف إلى كل وعد بهذا التصرف أو التوكيل فيه:

### أولاً: القوة التنفيذية

العقد الرسمي المتكامل الشروط سند يمكن الدائن الذي يجمله من التنفيذ على مدينه، إن احتوى على إلزام ما، بعد تذييله بالصيغة التنفيذية دون حاجة إلى اللجوء للقضاء، وقد نصت المادة: 31 من قانون تنظيم مهنة الموثق على أن تسلم النسخة الممهورة بالصيغة التنفيذية للعقد التوثيقي وفقاً للتشريع المعمول به، ويسري عليها ما يسري على الأحكام القضائية ويؤشر 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 الرسمية. إلا أن هذه القوة التنفيذية تستثنى منها العقود الرسمية المحررة خارج الوطن فلا يمكن تنفيذها بالجزائر إلا بعد أمر قضائي وهو ما تضمنته الاتفاقية الجزائرية الفرنسية في مادتها 08، وهو ما أقرته المحكمة العليا في القرار<sup>1</sup> المؤرخ في 1994/09/27: "من المقرر قانوناً أن العقود الرسمية المحررة بمعرفة موظفين أجنب، لا تكون قابلة للتنفيذ في الجزائر، إلا وفقاً لما تقضي بتنفيذه إحدى الجهات القضائية الجزائرية ...".

### ثانياً: 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 والتزوير، وقد أعطيت هذه القرينة حتى للصور المأخوذة عن الورقة

<sup>1</sup> القرار رقم 16876 المنشور بالمجلة القضائية عدد 03 سنة 1994، ص 146.



الرسمية طبقا للمادتين 325 و326 ق م، وللعقد الرسمي حجية ما بين الأطراف وفي مواجهة الغير وقد أكدت المحكمة العليا على هذه الحجية في قرارها المؤرخ في 18/11/1998: "من المقرر قانونا أنه يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كل التراب الوطني"<sup>1</sup>.

### 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 تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية، وذلك استنادا إلى نص المادة 16 من الأمر 74/75 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، وكذلك نص المادة 61 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 25/03/1976 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 و215 من قانون العقوبات على جرم التزوير في المحررات العمومية أو الرسمية المرتكب 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.

### خامسا: إنصراف شكل التصرف إلى شكل الوعد به والتوكيل فيه

نصت المادة 72 من القانون المدني في فقرتها الثانية على أنه: "إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد". ونصت المادة 572 ق م كذلك على أنه: "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك". وتجدر الإشارة هنا بأنه كذلك لا يمكن تعديل عقد رسمي إلا بعقد مماثل، كما لا نفوت الفرصة للتساؤل حول ما إذا كانت المادتين 72 و572 ق م تشملان كلا من الشهر والتسجيل؟؟؟

<sup>1</sup> قرار رقم 176264 المنشور بالمجلة القضائية لسنة 1999 عدد 01 ص 102، الغرفة المدنية.

## الفقرة الثانية: آثار تخلف الرسمية أو أحد شروطها

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

### أولاً: بطلان التصرف الرسمي

في كل التصرفات التي جعل المشرع الشكل الرسمي ركناً لانعقادها تبطل بطلاناً مطلقاً، مثل العقود الواردة في المادة 324 مكرر 1 ق م كتنقل ملكية عقار أو محل تجاري، ولا يصح القول بصحة مثل هذه التصرفات عند لعدم الشكل الرسمي أو عند تخلف البيانات الجوهرية فيه، وهو الأمر الذي خاضت فيه المحكمة العليا كثيراً 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 - شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد"<sup>1</sup>. ونفس الشيء جاء في القرار المؤرخ في 2000/06/28 "الرسمية لازمة تحت طائلة البطلان في جميع العقود المتضمنة نقل ملكية العقارات، اعتماداً على المادة 12 من الأمر 91/70 المدرج مضمونها في المادة 324 مكرر من القانون المدني وكذلك على المادة 16 من الأمر 74/75"<sup>2</sup>. وفي نفس السياق كذلك صدر قرار مجلس الدولة رقم 210419 المؤرخ في 2000/02/26 عن الغرفة الثالثة: "حيث أن عقد بيع العقار لا ينعقد ولا وجود قانوني له إلا إذا حرر أمام موثق".

إلا أن التصرف الذي لا يشترط فيه القانون شكلاً معيناً ويكتفي فيه بالرضا لا يبطل عند تخلف الشكل فيه إن كان الأطراف قد تفقوا 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 ذلك.

### ثانياً: تحول العقد الرسمي إلى عقد عرفي

نصت المادة 326 مكرر 2 ق م على أنه: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل، ويعتبر كحرف عرفي إذا كان موقفاً من قبل الأطراف". ويلاحظ على هذه المادة، سوء صياغتها إذ سقطت منها كلمة يعتبر المسطرة بعكس صيغتها الفرنسية، واستناداً

<sup>1</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق ص 129.

<sup>2</sup> القرار رقم 197347 المنشور بالمجلة القضائية، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية 2004، الجزء الثاني ص 258.

إليها يكون العقد الرسمي محررا عرفيا عند وجود عيب في كفاءة أو أهلية محرره أو في شكله شرط أن يكون موقعا من الأطراف، فوجود التوقيع في العقد الرسمي الذي تخلف أحد شروطه طبقا لهذه المادة يمنحه صفة العقد العرفي.

وهو أمر سليم ومنطقي يتماشى والقواعد العامة لا سيما المادة 105 من القانون المدني التي تنص: "إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توفرت أركانه إذا تبين أن نية المتعاقدين تنصرف إلى إبرام هذا العقد"، لكن إذا كان هذا العقد يتضمن تصرفا شكليا فإنه لا يقبل التصحيح ولا يثبت إلا التزامات شخصية كبيع العقار مثلا فهو لا ينعقد في هذه الحالة وإنما يمكن أن يستعمل باعتباره عقدا عرفيا لإثبات قبض البائع مبلغا من النقود، وهو ما أكدته المحكمة العليا في القرار رقم 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 إذا كان من الصحيح أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية لمي عاتق البائع والمشتري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لإجراءات قانونية تخص النظام العام، لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بإجراءات البيع".

### الفرع الثالث : بعض تطبيقات الرسمية

لما كان من الصعوبة بمكان حصر تطبيقات الرسمية، فقد اخترنا البعض منها لتقريب الصورة أكثر، و يتعلق الأمر بالمعاملات الواردة على العقارات و المحلات التجارية و الشركات في الفرع الأول والمعاملات الواردة على السفن في الفرع الثاني.

### الفقرة الأولى: المعاملات الواردة على العقارات والمحلات التجارية والشركات

لقد نصت المادة 324 مكرر 1 ق م على بعض العقود التي يجب أن تخضع إلى الشكل الرسمي تحت طائلة البطلان وهي العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية وحتى الصلح فيها<sup>1</sup> أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها،

<sup>1</sup> وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرارها رقم 274325 المؤرخ في 21/07/2004 المنشور بمجلة المحكمة العليا، عدد 02 سنة 2004 (المبدأ: الصلح المنصب على عقار يخضع للرسمية)

أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد .

ومنه فإن كل العقود المذكورة في هذه الفقرة هي عقود شكلية يكون الشكل الرسمي ركنا أساسيا فيها، وهذا النص واضح لا لبس فيه ولا يحتاج إلى أي توضيح إلا أن المحكمة العليا أكدت ما جاء فيه ليس بقرار عادي فقط بل وبقرار مبدئي مشهور صادر عن غرفها المجتمعة بتاريخ 1997/02/20 تحت رقم 136156 المذكور آنفا، والسؤال المطروح هنا هل أن هذا النص كان بحاجة إلى اجتهاد؟ ونحن نعلم أن الاجتهاد لا يكون إلا عندما لا يوجد النص أو عند عدم وضوحه؟

إلا أن اللبس الذي كان حول هذا النص يعود لعدة عوامل أهمها الخطأ في تفسير النص من بعض الجهات، ثم وروده في باب إثبات الالتزام وليس ضمن أركان العقد، وقد كان من المفروض أن يكون ضمنها لاسيما وأن القانون المدني عرف عدة تعديلات في عامي 2005 و 2007 لكن لم يتم تدارك الأمر، إضافة إلى أن ما جاءت به الفقرة الثانية من نفس المادة: "كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي...". فقراءتها توحى بأن الشكل الرسمي وسيلة إثبات فقط والبطلان المقرر عند تخلفها يلحق الإثبات قط دون أن يتعداه إلى بطلان التصرف.

وأصبح الآن من المسلم به قضاء أنه لا يجوز أن يأمر القاضي المتخصصين بإتمام توثيق التصرفات التي اشترط فيها المشرع الرسمية وهو ما جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 2000/02/28 "المبدأ: استجابة قضاة الموضوع لطلب الطاعن الزلي إلى إتمام عملية البيع أمام الموثق وإفراغه في الشكل الرسمي رغم مخالفة عقد البيع مقتضيات المادة 12 من الأمر 91/70 يعد تطبيقا خاطئا للقانون"<sup>1</sup>.

### الفقرة الثانية : المعاملات الواردة على السفن

من خلال المادتين 49 من القانون البحري و324 من القانون المدني نلاحظ أن كافة التصرفات المتعلقة بنقل ملكية السفينة بالبيع أو التنازل يجب أن تحرر في عقد رسمي موثق، والرسمية هنا

<sup>1</sup> القرار رقم 196507 المنشور بالمجلة القضائية، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء 02 سنة 2004 ص 266.

لتحقيق الغرض الذي تطلبه المشرع والمتمثل في مراقبة التصرفات الواردة على السفن وتوجيهها لتحقيق المصلحة العامة، كما أن أهمية السفينة بالنسبة للأفراد تقتضي أن تكون المعاملات الواردة عليها واضحة وبعيدة عن كل غموض قد يجر إلى نزاعات لاحقة، ويساهم الشكل الرسمي بدرجة كبيرة في تحقيق هذه الغاية إذ يسهل به إثبات لتقال الملكية والاثار المترتبة على ذلك، وبصفة عامة كل رهن أو تنازل عن السفينة سواء اتخذ شكل البيع والهبة، وسواء ورد على السفينة في طور البناء أو بعد إكمالها يجب أن يحرفي شكل رسمي وإلا كان باطلا، والملاحظ هنا أن الرسمية مشترطة لصحة العقد وليس لإثباته لأن تخلفها يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا مثلها مثل العقارات والمحلات التجارية وذلك لتقارب كل منها في الأهمية.

### المطلب الثاني : الشكل العرفي

نظم المشرع الجزائري الشكل العرفي في المواد 326 مكرر 2 و 327 و 328 من القانون المدني تحت تسمية العقد العرفي وتطرق إلى حجته وشروطه دون أن يعطيه تعريفا محمدا، وزيادة على ذلك أضاف في 20 يوليو 2005 شكلا جديدا بموجب القانون رقم 10/05 المعدل للقانون المدني حيث تنص المادة 324 مكرر 1 منه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالأثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، أو أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" وبالنظر إلى هذا النص نجد أن المشرع أورد الشكل الإلكتروني باعتباره وسيلة للتعبير والإثبات، وسوى بينه وبين الكتابة على الورق، بعد توفر شرطي التأكد من هوية المصدر والحفظ في ظروف تضمن سلامتها، وبذلك تكون الكتابة العرفية إما ورقية أو إلكترونية وهو ما تناوله كما يلي :

### الفرع الأول : الكتابة العرفية الورقية

ويعتبر هذا النوع من الكتابة الصورة التقليدية للشكلية العرفية وسنتناوله في هذا المطلب بالتطرق إلى مفهومه، آثاره ثم بعض تطبيقاته في فروع ثلاث على التوالي :

#### الفقرة الأولى: مفهوم الكتابة الورقية وشروطها

#### أولا: مفهوم الكتابة العرفية الورقية

1/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<sup>1</sup>، أو أنه "كل عقد غير رسمي، لم يتدخل في تحريره موظف ما بحكم وظيفته"<sup>2</sup>.

**2/ صورها:** يأخذ العقد العرفي عدة صور أهمها العقد الرسمي مختل أحد الشروط، والعقد المعد من قبل الأطراف، إضافة إلى العقد وفق نموذج مهيأ سلفاً كما يلي:

**أ/ العقد الرسمي مختل أحد الشروط:** وهو ما نصت عليه المادة 326 مكرر 2 ق م: "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي، أو انعدام الشكل، كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف"، وعليه فكل عقد رسمي حرره موظف عام عديم الكفاءة، أو غير مؤهل، أو لم يجرر وفق الشكل المحدد قانوناً، يعد محرراً عرفياً 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 تبادلياً يجب توقيعهم من الأطراف كلهم كالإيجار، أو فردياً كالإقرار بالدين<sup>3</sup>.

**ب/ العقد العرفي المعد من قبل الأطراف:** وهو كل عقد محرر من قبل أحد الأطراف أو شخص آخر في الشكل الذي يرضوه وبالطريقة التي يحددها، بشرط أن يحمل العقد إحدى العلامات الشخصية الواردة في المادة 327 ق م من كتابة أو إمضاء أو بصمة، مما يمكن من نسبة أو نفي المحرر عنه في حال النزاع.

**ج/ العقود العرفية المعدة وفق نماذج مهيأة سلفاً:** وهو ما يكون وفق استمارات أو مطبوعات معدة مسبقاً ولا يبق على الأطراف سوى ملئها، كعقود التأمين والشيكات، وأوسع مجال لتطبيق هذه العقود العرفية هو الأوراق التجارية كالسفتجة والسند لأمر<sup>4</sup>.

**ثانياً: شروط الكتابة الورقية العرفية:** كل عقد عرفي لا بد أن يكون مكتوباً أو محرراً من الأطراف، أو على الأقل موقعا من قبلهم كي يحتج به، ولذلك تكون شروط الكتابة الورقية العرفية كما يلي:

<sup>1</sup> زواوي محمود، الشكلية للصحة، مرجع سابق، ص 91.

<sup>2</sup> عبد الحكم فوده، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، دار الفكر القانوني، ص 53.

<sup>3</sup> نفس المرجع، ص 54.

<sup>4</sup> بكوش يحيى، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلاميين، الطبعة الثانية عن المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 129.

**1/الكتابة:** ويقصد بها ما هو وارد في المادة 323 مكرر ق م من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها، وبذلك فكل كتابة تدل على الغرض المقصود من تحرير المحرر، أو بعبارة أخرى تكون الكتابة تعبيراً أو إفصاحاً عن واقعة قانونية ما مهما كانت اللغة أو الخط الذي كتبت به، بالآلة النسخة أو الكمبيوتر أو غير ذلك<sup>1</sup>، ولا يشترط في الشكل المكتوب التاريخ فهو يصح بدونه رغم أهميته وتأثيره على صحة التصرف، ولكن المشرع قد يشترط ثبوته أو كتابته، وأحياناً ذكره مثلما هو الحال في الأوراق التجارية كالسفتجة 390 ق ت، والشيك في المادة 472 ق ت، والسند لأمر في المادة 465 من القانون التجاري<sup>2</sup>.

**2/العلامة المميزة الرابطة بين المحرر وصاحبه:** وفي هذا الصدد يتكلم الكثير من الشراح عن التوقيع كشرط من شروط العقد العرفي، إلا أن هذا وانطلاقاً من نصي المادتين 326 مكرر 2 و327 ق م فإنه لا يصدق على ما هو في القانون الجزائي، لأن المادة الأولى تكلمت عن وجوب وجود التوقيع في العقد الرسمي المعيب، في حين ذكرت المادة الثانية الكتابة بخط يد المتصرف ثم توقيعه أو بصمة إصبعه، ثم أضافت التوقيع الإلكتروني ومن ذلك فالمهم أن تكون في العقد العرفي علامة مميزة من العلامات المذكورة في المادة سالفة الذكر تربط بين صاحب التصرف والعقد العرفي، وهي ليست بالضرورة دوماً توقيعاً فقد تكون بصمة أو ختماً مثلاً.

### الفقرة الثانية: آثار الكتابة الورقية العرفية

كل عقد اتخذ الشكل العرفي المكتمل الشروط تكون له حجية على مصدره ما لم ينكره صراحة، وعلى ورثته ما لم يؤدوا اليمين على عدم علمهم بأنه صادر من مورثهم، أما بالنسبة للغير - وهو كل شخص لم يذكر اسمه في العقد كطرف، ويدعي بحق خاص له يتضرر لو ثبت أن للعقد تاريخ سابق - فلا يكون حجة في مواجهته إلا من يوم ثبوت تاريخه<sup>3</sup> بأحدى الطرق المذكورة في المادة 328 من القانون المدني.

### أولاً: عدم إنكار العقد العرفي

ويعني عدم تجاهل من أحتج بالعقد العرفي في مواجهته صدوره عنه، وإذ أنكره فلا بد أن يكون الإنكار صريحاً وقبل مناقشة الموضوع، لأن مناقشة الموضوع تعتبر سكوتاً وإقراراً ضمناً بنسبة

<sup>1</sup> رمضان أبو السعود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية - الدليل الكتابي - الدار الجامعية طبعة 1994، ص 201.

<sup>2</sup> عبد الحكيم فوده، المحررات الرسمية والمحررات العرفية، مرجع سابق، ص 55.

<sup>3</sup> عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - مصادر الإلتزام - المجلد 2، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان

1998، ص 190.

العقد اليه، وفي حالة الإنكار يتم اللجوء إلى مضاهاة الخطوط طبقا للمواد 76 إلى 80 ق إ م. أما بالنسبة لورثة مصدر السند فلهم أن يخلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أنه صادر من مورثهم ليستبعد كوسيلة إحتجاج في مواجهتهم.

### ثانياً: ثبوت التاريخ

و هو ما يمنح العقد العرفي الحجية في مواجهة الغير طبقا للمادة 328 ق م، ويثبت العقد بموجبها من يوم تسجيله أو ثبوت مضمونه في عقد آخر محرر من موظف عام، أو مؤشر عليه من قبل ضابط عام مختص، أو من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

### الفقرة الثالثة : بعض تطبيقات الكتابة العرفية الورقية

وتتطرق إلى البعض منها في التصرفات المدنية ثم إلى البعض الآخر في التصرفات التجارية كالآتي:

### أولاً: في التصرفات المدنية

وتكون في كل العقود التي يرى الأطراف إبرامها في هذا الشكل إلا ما استثناه المشرع صراحة، كالعقود التي فرض فيها الرسمية، وقد نص المشرع على وجوب الكتابة في العديد من العقود دون أن ينص على وجوب الرسمية، فأكتفى فيها بالشكل العرفي فقط، ومنها على سبيل المثال عقد الإيجار المدني حيث تنص المادة 467 مكرر ق م على نيئعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً، والملاحظ في هذا الشأن أن المشرع في التعديل الأخير للقانون المدني الصادر في 13 ماي 2007 قد زاد الأمور إبهاماً بحيث اشترط لانعقاد الإيجار الكتابة وثبوت التاريخ، ولم يشترط الرسمية رغم أن ثبوت التاريخ عن طريق التسجيل قد تم إغاؤه بقانون المالية لسنة 1990، ولم يبق من وسائل ثبوت التاريخ طبقا للمادة 328 ق م إلا ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام، أو التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، أو وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء، وما يعزز القول بأن المشرع لا يتجه إلى الرسمية في عقود الإيجار المدني هو كذلك النص الفرنسي إذ تنص المادة على أنه: " le bail est conclu, sous peine de nullité, par écrit ayant date certaine " فهي إذن تؤكد على الكتابة وليس على الرسمية لأن العقد الرسمي هو: " acte authentique " وليس ما هو معبر عنه في المادة 467 مكرر بـ: " écrit "، وزيادة على هذا فإن العقد الرسمي ثابت التاريخ بذاته ومن يوم تحريره، كونه مؤشر عليه من قبل ضابط مختص ولا حاجة لنكر ثبوت تاريخه لأنه ربط هذه الوسيلة بالعقد العرفي دون غيره .



وإلى جانب عقد الإيجار كذلك يوجد عقد المرتب مدى الحياة إذ نص المادة 615 ق م: "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحاً إلا إذا كان مكتوباً وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص بعقود التبرع".

### ثانياً : في التصرفات التجارية

ونركز فيها بصفة أساسية على الأوراق التجارية والتي تعرف بأنها "سندات مكتوبة في شكل قانوني محدد وتتضمن التزاماً بدفع مبلغ من النقود في وقت معين أو قابل للتعيين"، ويمكن نقل الحق الثابت فيها عن طريق التظهير أو التسليم، والأوراق التجارية معدة أصلاً للاستجابة لحاجيات التجارة خاصة ما يتعلق منها بالسرعة والإتقان، وهو ما جعل الطابع العرفي يغلب عليها، وبذلك فهي عبارة عن أوراق عرفية نظمها المشرع في القانون التجاري في الكتاب الرابع منه بالمواد من 389 إلى 543 مكرر 24 منه واشترط فيها بعض البيانات الإلزامية تحت طائلة عدم قبولها و الإحتجاج بها، ومن بين هذه البيانات تسمية السند وتاريخ إستحقاقه و اسم المستفيد و المسحوب عليه و مكان الوفاء بها وتوقيعها .

وإضافة إلى الأوراق التجارية هناك عقود نقل الحقوق المادية المتعلقة بالملكية الفكرية والحقوق المجاورة إذ تنص المادة 62 من الأمر<sup>1</sup> 05/03 (يتم التنازل عن حقوق المؤلف المادية بعقد مكتوب، ويمكن إبرام العقد عند الحاجة بواسطة رسائل أو برقيات تحدد الحقوق المادية المتنازل عنها وفقاً لأحكام المادة 65) وكذلك عقود نقل العلامات، حيث نصت المادة 15 من الأمر<sup>2</sup> 06/03 المتعلقة بالعلامات على: (تشرط تحت طائلة البطلان الكتابة وإمضاء الأطراف في عقود نقل أو رهن العلامة المودعة أو المسجلة في المادة 14، وفقاً للقانون الذي ينظم هذه العقود). وتشرط الكتابة كذلك في كل من عقدي نقل وتحويل الحقوق المتعلقة ببراءة الإختراع طبقاً للمادة 2/36 من الأمر<sup>3</sup> 07/03. وكذلك الأمر فيما يخص التصاميم الشكلية.

### الفرع الثاني: الكتابة الإلكترونية

بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني نجد أن المشرع قد سوى بين الكتابة الورقية والإلكترونية كشكلين للتصرفات القانونية، إلا أن الملاحظ هو أن الكتابة الورقية في قد تكون رسمية أو عرفية فكيف يكون ذلك في الكتابة الإلكترونية ؟.

<sup>1</sup> المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة و المؤرخ في 19/07/2003 جريدة رسمية رقم 44 المؤرخة في 23/07/2003 ص 03 .

<sup>2</sup> المتعلق بالعلامات المؤرخ في 19/07/2003 . ج ر 44 .

<sup>3</sup> المتعلق ببراءة الإختراع المؤرخ في 19/07/2003 . ج ر 44 .

لقد عرفت المادة 324 ق م العقد الرسمي على أنه: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه"، ومن ثم فإذا لم يتوافر أي شرط من الشروط التي تطلبها القانون لإعتبار العقد رسمياً فإنه يفقد صفته الرسمية ولا يكون له إلا قيمة المحرر العرفي، وهذا ما يكون مبرراً كافياً لإستبعاد الرسمية في العقود الإلكترونية لصعوبة تطبيقها، واعتبارها كتابة عرفية، وهنا يثور التساؤل عن مدى جدية هذا الشكل كطريقة من طرق الإثبات في العقود الإلكترونية<sup>1</sup>، وذلك من منطلق أنها تتوفر على شرطي الكتابة والتوقيع مع إمكانية التصديق عليها بإنشاء موقع على الأترنت، وهو الأمر الذي أصبحت تضطلع به حديثاً شركات متخصصة تقوم بالتصديق وحفظ المعلومات المدونة على الدعامات الإلكترونية لضمان سلامتها لمدة طويلة، ويقوم هذا الموقع بوظيفته بعد إمداده بوسائل تمكنه من معرفة هوية المتعاقد، ثم القيام بشهر هذه التصرفات<sup>2</sup>.

#### الفقرة الأولى : مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني

عرف المشرع الجزائي الكتابة في المادة 323 مكرر ق م كما سبق وأن ذكرنا، وهي تشمل الكتابة الإلكترونية التي لم يعط لها تعريفاً مستقلاً، في حين يعرف المحرر الإلكتروني فقهاً على أنه: "كل لثقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها من خلال وسيط إلكتروني"<sup>3</sup>، كما يعرف العقد الإلكتروني بأنه: "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني". إذن تتمثل الكتابة الإلكترونية في النص المكتوب إلكترونياً، أو الصور أو الرسومات المصاحبة له على شاشة الحاسب الآلي، وكذلك المعطيات المرتبطة بهذا النص المخزن في ذاكرة هذا الأخير، وأخيراً جهاز الطباعة المتصل بالجهاز الآلي والذي يمكن من خلاله نقل النص المكتوب إلكترونياً إلى الكتابة الورقية<sup>4</sup>.

#### الفقرة الثانية : شروط الكتابة الإلكترونية

لا يعنى بالشكل في الكتابة الإلكترونية طبقاً للمادة 323 مكرر 1 ق م إلا بتوفر شرطين أساسيين هما: التأكيد من هوية الشخص الذي أصدرها، ثم حفظها في ظروف تضمن سلامتها.

<sup>1</sup> أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، طبعة 2006، ص 43 .

<sup>2</sup> سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 105 .

<sup>3</sup> أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، طبعة 2006، ص 25 .

<sup>4</sup> نفس المرجع . 27.

## أولا التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها

لا يتأتى التأكد من هوية مصدري التصرفات القانونية إلا بالتوقيع الذي يعد إقرارا 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 لا بد من تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني ثم حجيته.

### 1/ مفهوم التوقيع الإلكتروني:

نصت الفقرة الثانية من المادة: 327 ق م على: "يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، إلا أنه لم يعرف لا من المشرع ولا الفقه ولا القضاء الجزائري لحدثة عهده، في حين عرفته التوجهات الأوروبية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 08 يونيو 2000، والمنشورة بالجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي j.o.c.e بتاريخ 17 يوليو 2000 في المادة 02 منها على أنه: "بيان يأخذ الشكل الإلكتروني ويرتبط أو يتصل بشكل منطقي بمعطيات إلكترونية أخرى، والذي يمكن أن يخرج بشكل موثق"<sup>1</sup>. إذن هو عبارة عن توقيع رقمي يقوم على رموز سرية وبمفتاح غير متناسق، أي خلص ومختلف يقوم بحل التشفير لقراءة بقية الرسائل المرموزة، وهو يأخذ أشكال متعددة ومختلفة فيمكن أن يكون عن طريق الماسح الضوئي، أو بطاقات الإئتمان الممغنطة، أو بتوقيع رقمي يقوم على فكرة اللوغرتمية الحاسوبية.

### 2/ حجية التوقيع الإلكتروني:

بالرجوع إلى نصوص القانون المدني لا سيما المادتين 323 مكرر و327 منه نجد أن المشرع الجزائري قد حسم الأمر فيما يخص ذلك وإعتبره كالتوقيع على الورق، وجعله معتدا به شرط أن يتوفر على الشروط التي يجب أن تتوفر في الشكل الإلكتروني فيما يخص التأكد من الهوية والحفظ بما يضمن السلامة، أما فيما يخص قبول المحررات الموقعة إلكترونيا في المعاملات التجارية كشكلية للإثبات فلا مانع قانوني لها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، مرجع سابق ص 60.

<sup>2</sup> علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير) دار الثقافة للنشر والتوزيع 2005،

### ثانياً: وسائل الحفظ التي تضمن السلامة

بالرجوع إلى القانون الجزائري لا نجد نصوصاً 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 فعلاً لمُرسل الرسالة ومن صلاحياته، أما مقدمي الخدمات فيعرفون بأنهم "جهة أو منظمة لعممة 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"<sup>1</sup>، وهم كل كيان أو شخص سواء طبيعي أو معنوي يتولى تسليم الشهادات أو يقدم أية خدمات أخرى متصلة بالتوقيعات الإلكترونية<sup>2</sup>.

### الفقرة الثالثة: تطبيقات الكتابة الإلكترونية

ينتشر استعمال العقود الإلكترونية أساساً في عقود التجارة الخارجية بحيث تعد مجال خصبا له، إذ تتميز بأنها عبارة عن نوع من أنواع العقود بين الغائبين إذ تقع بين شخصين طبيعيين أو معنويين لا يعرفان بعضهما، ولا يريان البضاعة، وإنما يطلعان فقط على المواصفات عبر شاشة جهاز الكمبيوتر ولا تتوفر فيها الضمانات الكافية، لاسيما في حالات الجزاءات المترتبة عن الإخلال بالإلتزامات وفسخ العقد بإرجاع الأطراف المتعاقدة إلى ما كانوا عليه، فهو أمر جد صعب في هذا النوع من العقود خاصة في الجزائر وذلك للنقص الملحوظ في هذا المجال فيما يخص النصوص المنظمة لها، ولا يفوتنا في هذا المقام أن نذكر بأن المشرع الجزائري قد أحاط هذا النوع من العقود والبيانات الإلكترونية بحماية جزائية في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7 من قانون العقوبات.

<sup>1</sup> PRESTATAIRS DE SERVICES DE CERTIFICATION

<sup>2</sup> السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، ص 62.

### المبحث الثاني : الشكليات السابقة للتصرف القانوني واللاحقة له

كما سبق وأن أشرنا فإن الغالب في القوانين الحديثة ومن بينها القانون الجزائري طغيان مبدأ سلطان الإرادة والرضائية في التصرفات القانونية، رغم ما قد يرد عليهما من الاستثناءات، باسئراط بعض الشكليات التي قد تستلزم في مرحلة إنشاء التصرف - وهي التي تناولناها بالدراسة في الفصل الأول - فقد تشترط هذه الشكليات قبل إبرام التصرف أيضا كما هو الحال في كل من شكل الوعد بالتعاقد طبقا للماتين 71، 72 من القانون المدني، و التوكيل فيه طبقا للمادة 572 من التقنين المدني، و أوامر التصرف في أموال القصر الصادرة عن القضاء طبقا لأحكام قانون الأسرة، وبالإضافة إلى ذلك كله فقد تشترط هذه الشكليات في مرحلة ما بعد إنشاء التصرف، مثلما هو الحال بالنسبة لتسجيل بعض العقود لدى مصلحة الطابع والتسجيل، أو شهرها بالمحافظة العقارية، أو قيد ونشر بعض التصرفات الأخرى لدى مصالح السجل التجاري والنشرات المختصة بذلك، وهو ما يسمى بالإشهار التجاري، ولتحليل كل هذه الشكليات السابقة كانت للتصرف أو لاحقة له في هذا الفصل الثاني إرتأينا تقسيمه إلى مبحثين حسب مرحلة إشرط الشكل كالاتي:

#### المطلب الأول : الشكليات السابقة للتصرف

ونقصد بهذه الشكليات كل من الوعد بالتعاقد والتوكيل فيه، ثم التصرفات المتوقعة على إذن من القاضي أو ما يسمى بشكليات التأهيل وتناولها على التوالي :

#### الفرع الأول : شكل الوعد بالتصرف

و نفرق في هذا المطلب بين الوعد بالتصرف وشكله، ثم نبين الإرتباط بين شكل الوعد بالتصرف وشكل التصرف في حد ذاته .

#### الفقرة الأولى : المقصود بالوعد بالتصرف

نصت عليه المادتين 71 و72 من القانون المدني ، و هو لفاق يعد فيه أحد المتعاقدان الآخر بالتصرف إليه إذا رغب هذا الأخير في ذلك خلال مدة معينة في المستقبل<sup>1</sup> ، وقد ساوى المشرع الجزائري في المادتين المذكورتين أعلاه بين الوعد المتبادل الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين بإبرام عقد معين في المستقبل وبين الوعد الملزم لجانب واحد سواء من حيث الشروط الواجب توافرها فيه أو

<sup>1</sup>- رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، طبعة 2006، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 166 .

الآثار المترتبة عنه ، ويشترط في انعقاد الوعد حصول الإنفاق على طبيعة الوعد ، وتعيين المسائل الجوهرية للتصرف الموعد به ، وتحديد المدة المقررة لذلك<sup>1</sup>

### الفقرة الثانية : تأثير شكل التصرف على شكل الوعد به

من خلال الفقرة الثانية من المادة 71 ق م التي تنص على : "إذا اشترط القانون لتام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإنفاق المتضمن الوعد بالتعاقد" ، والمادة 72 من نفس القانون على : "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد" ، ونستخلص منها أن الوعد بالتصرف لا بد أن يكون شكليا كلما اشترط المشرع الشكلية في التصرف الموعد به، وقد أكدت المحكمة العليا على شكلية الوعد بالتعاقد في عدة قرارات كالقرار<sup>2</sup> المؤرخ في 1995/07/25، وكذلك مجلس الدولة في القرار المؤرخ في 2002/07/15 الذي جاء فيه : "لا يمكن الإحتجاج بالوعد بالبيع في مواجهة الغير إلا إذا أتبعته إجراءات الشهر العقاري"<sup>3</sup>، ولا يمكن إجراء الشهر إلا في العقد الرسمي، كما أن استيفاء الشكل في الوعد بالتصرف يلزم القاضي بالأمر بإتمام التصرف عند رفع النزاع إليه، مثلما كان يفعل القضاء الجزائري خطأ قبل عام 1997 حينما كان يأمر باستكمال الإجراءات في العقود العرفية التي موضوعها نقل ملكية عقارية أو محلات تجارية .

### الفرع الثاني : شكل التوكيل في التصرف

لقد تناول المشرع الجزائري تنظيم الوكالة في الفصل الثاني من الباب التاسع من الكتاب الأول من القانون المدني في المواد من 571 إلى 589 منه باعتبارها عقدا مؤهلا للقيام بتصرف قانوني ما، فنصت المادة 571 على أن الوكالة أو الإنبابة هي عقد تفويض للقيام بعمل ما<sup>4</sup>، ثم نصت المادة 572 على أنه "يجب أن يتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك". وبذلك نكون أمام قاعدة عامة هي أن كل عقد شكلي، لا بد أن

<sup>1</sup> سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المساءة، عقد البيع، الطبعة الرابعة 1980 عالم الكتب، ص 98 و 99 .

<sup>2</sup> ملف رقم 133143 منشور بالجملة القضائية عدد 01 سنة 1996، ص 157 .

<sup>3</sup> ملف رقم 004983 منشور بجملة مجلس الدولة، عدد 03 سنة 2003 .

<sup>4</sup> تنص المادة 571 من القانون المدني، الوكالة أو الإنبابة عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه " .

يتخذ التوكيل فيه شكله إذا لم يقرر القانون خلاف ذلك، ويمكن في هذه الحالة أن يحدد القانون شكلا خاصا<sup>1</sup>، وعليه نتناول التصرف القانوني محل الوكالة، ثم شكل الوكالة كما يلي :

### الفقرة الأولى : التصرف القانوني محل الوكالة

يكون التزام الوكيل في عقد الوكالة منصبا أساسا على القيام بعمل أو تصرف قانوني لحساب الموكل، ولذلك فمحل الوكالة الأصلي هو دوما تصرف قانوني<sup>2</sup> ويجب أن تتوفر في التصرف القانوني محل الوكالة عدة شروط مثله مثل سائر العقود طبقا للقواعد العامة، فلا بد أن يكون التصرف ممكنا غير مستحيل، معيناً أو قابلاً للتعيين، ومشروعاً<sup>3</sup>.

### الفقرة الثانية: تأثير شكل التصرف على شكل التوكيل فيه

ويعني ذلك أنه توجد علاقة تبعية بين عقد الوكالة والتصرف القانوني موضوع أو محل التوكيل لتحديد الشكل القانوني الذي يجب أن يتخذه عقد الوكالة، فمثلا إذا كان عقد الوكالة يتمثل في قيام الوكيل ببيع عقار الموكل، فيجب أن يتخذ عقد الوكالة الشكل القانوني الذي يجب توفره في عقد بيع العقار، وطالما أن المشرع يشترط في التصرفات العقارية شكلية الكتابة أو الرسمية، فيجب عندئذ بالتبعية أن تكون الوكالة مكتوبة ورسمية، ونتيجة لذلك يمكن القول على سبيل الذكر لا الحصر<sup>4</sup>، أنه كلما كان محل الوكالة تصرفا من التصرفات القانونية التي أوردتها المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني والتي يشترط فيها الكتابة والرسمية، فإن شكل الوكالة تكون كذلك، ويجب أن يجرى عقد الوكالة في قالب رسمي طبقا لمقتضيات المادة 324 ق م وبذلك تكون له نفس حجية العقود الرسمية ويرتب الآثار نفسها التي ترتبها تلك التصرفات<sup>5</sup>.

### الفرع الثالث : شكل التأهيل للقيام بالتصرف القانوني

ويقصد بالأشكال المؤهلة للقيام بالتصرفات القانونية الأعمال القانونية المعدة لإكمال التعبير عن الرضا من أجل جعل التصرف صحيحا وناظرا، وتتعلق أساسا بأهلية الأداء، فيمكن في بعض الحالات أن تكون إرادة أحد الأشخاص غير كافية لتكوين وإبرام التصرف بصورة سليمة، وعندئذ يجب إتمامها

<sup>1</sup> مثل شكل الوكالة في قانون الانتخابات رقم 13/89 المؤرخ في 1989/08/07 المعدل والمتمم المواد من 50 إلى 60 .

<sup>2</sup> وذلك بعكس عقود العمل والمقاولاة رغم أنها ردا في نفس الباب التاسع المتعلق بعقود العمل من القانون المدني.

<sup>3</sup> طبقا للمواد 93 . 94 . 95 . 96 . من القانون المدني .

<sup>4</sup> وذلك لأن هناك عقود أخرى يشترط فيها المشرع الرسمية في غير المادة 324 مكرر 01 ق م .

<sup>5</sup> بو عبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2007، من ص 55 إلى 63 .

بالحصول على إذن من أشخاص آخرين، فالقاصر مثلا أو الموضوع تحت الوصاية أو القوامة ليس بإمكانه القيام ببعض التصرفات، إلا بعد الحصول على إذن قضائي<sup>1</sup>، ومنه ما ورد في المادة 84 من قانون الأسرة، كما أن ولي القاصر هو كذلك يحتاج لهذا الإذن في بعض الحالات كما ورد في المواد 88 و95 و100 من نفس القانون، فالإذن القضائي المطلوب في هذه الحالات سواء تعلق الأمر بإكمال إرادة عديم الأهلية أو سلطات أحد الأشخاص<sup>2</sup>، هو عمل قانوني متميز، وهو منفصل ومستقل عن التعبير عن لرضا ويختلف عن باقي الأشكال القانونية والإتفاقيه المذكورة سلفا<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: الشكليات اللاحقة للتصرف

وهذه الشكليات قد تكون متعلقة بالعلنية وحق الغير في العلم بالتصرف الجاري على الأموال وخاصة ذات الأهمية كالعقارات والمحلات والشركات التجارية، كما قد تتعلق باستيفاء حقوق الخزينة العامة على هذه المعاملات، وسوف تناول كل هذه الشكليات بداية بالتسجيل الضريبي ثم الشهر العقاري ثم القيد والنشر في السجل التجاري وهو ما نسميه بالإشهار التجاري كما يلي :

### الفرع الأول : التسجيل الضريبي

قد نص قانون التسجيل رقم 105/76 المؤرخ في 19/06/1976 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، ولذلك سوف نتعرض إلى مفهوم التسجيل باعتباره أحد الأشكال اللاحقة للتصرف، ثم إلى أهميته وآثاره كما يلي:

### الفقرة الأولى : مفهوم التسجيل الضريبي

التسجيل الضريبي هو تلك العملية الجبائية المنظمة من طرف إدارة الضرائب وفق قواعد وضوابط محددة قانونا، يتم من خلالها تأدية الرسم المستحق لحساب الخزينة العمومية، كما أنه يمثل شكلية مفروضة قانونا على معاملات محددة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المطول في القانون المدني، مرجع سابق، ص 471 .

<sup>2</sup> ( الولي . الوصي . المقدم ) .

<sup>3</sup> المطول في القانون المدني، مرجع سابق ص 472 .

<sup>4</sup> بلقاضي كريمة الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر في نقل الملكية العقارية، مذكرة ماجستير، بكلية الحقوق بن عكنون، 2005/2004



وبما أن التسجيل عملية تكون لأجل تحصيل الرسوم، فإن هذه الرسوم تختلف عن غيرها من الرسوم الأخرى كرسوم الشهر مثلا التي تستوفىها المحافظة العقارية، أما هذه الأخيرة فترجع إلى مصلحة التسجيل والطابع<sup>1</sup>. والمعيار المعتمد أساسا في استيفاء حقوق التسجيل باعتبارها ضريبة هو القيمة التجارية الحقيقية عند تاريخ نقل الملكية، أو الثمن الحقيقي أو المصرح به في العقد محل التصرف إضافة إلى الأعباء<sup>2</sup>.

### الفقرة الثانية: أهمية التسجيل الضريبي

تعود أهمية التسجيل بالدرجة الأولى باعتباره إجراء لتحصيل الرسوم إلى كونه مصدر من مصادر تمويل الخزينة العمومية، ويتعلق بحقوق تستوفىها الإدارة بغض النظر عن مدى صحة العقد، سواء كان رسميا صحيحا أو باطلا، ولذلك نصت المادة 190 من قانون التسجيل على أنه (لا يمكن إسترداد الرسوم المحصلة بصفة قانونية على الوثائق التي يتم ابطالها أو فسخها فيما بعد)<sup>3</sup>.

### الفقرة الثالثة: آثار التسجيل 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 لزام 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 مواعيده<sup>4</sup>، كما أنه ورغم نص المشرع على ثبوت تاريخ العقد العرفي من يوم تسجيله في المادة 28 من القانون المدني إلا أن التسجيل لا يمنحه الصبغة الرسمية وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 24/09/1990 تحت رقم 62624 "بما أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد فيبقى دوما بعيدا عن الرسمية"<sup>5</sup>.

بل أن حتى تسجيل العقود العرفية أصبح غير جائز منذ صدور قانون المالية لسنة 1992 والذي منعت المادة 63 منه مسؤولي إدارة التسجيل من القيام بتسجيل العقود العرفية الناقلة للملكية

<sup>1</sup> الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر، مرجع سابق . ص 82 .

<sup>2</sup> عمر قايبي ، الدليل العملي في التسجيل والطابع 1990 ص 43 .

<sup>3</sup> حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية . مرجع سابق . ص 116 .

<sup>4</sup> بلقاضي كريمة ، الكتابة الرسمية والتسجيل والشهر . مرجع سابق . ص 105 .

<sup>5</sup> حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية . مرجع سابق ص 117 .

المحلات التجارية والعقارات<sup>1</sup> وغيرها وبالتالي تكون وظيفة التسجيل باعتباره وسيلة لإعطاء العقد العرفي تاريخاً ثابتاً قد أُلغيت.

### الفرع الثاني: الشهر العقاري

باعتبار أننا لسنا في دراسة متخصصة في موضوع الشهر العقاري الذي هو موضوع واسع يستحق بحثاً مستقلاً فإنه لا يسعنا الإحاطة بجميع جوانبه ولذلك نحاول في هذا المقام تحديد مفهومه وأهميته، ثم الآثار المترتبة على إتمامه أو تخلفه في التصرفات الواجبة الشهر، وتتناول هذه المسائل في فقرات ثلاث كما يلي :

#### الفقرة الأولى: مفهوم الشهر العقاري

في ظل التشريع الجزائري الحالي لا نستطيع إعطاء تعريف محدد للشهر العقاري، وذلك نظراً للنظام المزدوج الموجود حالياً والذي يزوج بين كل من نظام الشهر العقاري العيني في الأراضي التي تم استكمال إجراءات المسح فيها والشهر الشخصي في الأراضي التي لم يتم المسح فيها وذلك لصعوبة تقديم عمليات المسح، فضلاً على أن المشرع الجزائري لم يحسم بعض المسائل التي تشكل في تبني نظام الشهر العيني، وهو ما نتسبب في بروز عدة تناقضات بين ما ورد في الأمر 74/75 وبعض أحكام القانون المدني المنقولة من القانون المصري المتبني لنظام الشهر الشخصي<sup>2</sup>، وأهمها قابلية قرارات المحافظ العقاري للطعن القضائي. أما شهر التصرف فهو إجراء يتطلبه القانون أساساً بغية إعلام الغير بحصول هذا التصرف حتى يكون حجة عليهم في نقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية العقارية<sup>3</sup> التي تكون محل عقود رسمية سبق شهرها، ويعتبر ذلك شرطاً ضرورياً 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 الكافة بها إظهاراً لوجودها، ليكون الجميع على بينة من أمرها، وهو من الأهداف التي ترمي إليها معظم التشريعات من أجل تنظيم الملكية العقارية ومنع المضاربة فيها<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> المقال المنشور في المجلة القضائية لرئيسها . ص 42 و 43 الإجتهد القضائي للغرفة التجارية والبحرية، عدد خاص، 1999، ص 42 و 43 .

<sup>2</sup> عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية، ص 41 طبعة 02 سنة 2006 دا هومه .

<sup>3</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، ص 122 طبعة 2004 دار هومه .

<sup>4</sup> مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، طبعة 01 . د. و . أ . ت 2003 . ص 13

إلا أنه وفي دراستنا هذه سنحاول أن نعطيه تعريفاً أكثر ارتباطاً 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 العقارية<sup>1</sup>. وفي هذا الصدد أيضاً لا بد من التذكير بأن هناك إختلاف بين إجراءات الشهر العقاري والمتمثلة في التسجيل والقيود والتأشير، بحيث يتعلق التسجيل "transcription" بنقل الملكية العقارية أو الحقوق العينية الأصلية، وهو ما تؤكد المواد 165 و793 و803 و916 من القانون المدني ويختلف بدوره التسجيل في المحافظة العقارية عن التسجيل في مصلحة الطابع والتسجيل، أما القيد فهو الإجراء الذي يتعلق بالحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية كالرهون، مثلما نصت عليه المواد 2/897 و904 و909 و1000 من القانون المدني، ويتم كل من القيد والتسجيل في سجل الإيداع المسوك لدى المحافظ العقاري، بعكس التأشير والذي هو مجرد ملاحظات ملخصة عن الحقوق العينية التبعية وحقوق الإمتياز والأوامر القضائية المتعلقة بها كالتي نصت عليها المواد 922 و944 و967 ق م، يقوم بها المحافظ العقاري في البطاقات العقارية فقط دون تسجيلها في سجل الإيداع وذلك نظراً لطابعها المؤقت لأنها قد تخضع للتجديد أو الشطب فيما بعد.

### الفقرة الثانية: أهمية الشهر العقاري

يضطلع الشهر العقاري بدور وأهمية بالغين فهو الضمان الأساسي للعينية في انتقال الحقوق العقارية، بحيث يستطيع أن يعلم كل شخص يريد التعامل فيها بمن هو مالكاها الذي يصح التعامل معه، كما أنه يوفر الثقة بين المتعاقدين ويضمن سلامة التصرفات العقارية، ويسهل تداول العقارات وبعدها الإئتمان بشأنها نظراً لأهميتها البالغة وقيمتها، كما أنه ينشط سوق المال وينمي الإقتصاد الوطني و يتيح فرص الإستثمار بشكل واسع<sup>2</sup>، 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 العامة<sup>3</sup>، كما أنه يعتبر النظام الأمثل الذي يؤمن المالك مما قد يعترضه من مضايقات عند مزاوله حقوقه على عقاره من انتفاع واستغلال وتصرف<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> قد نظم المشرع الجزائري الشهر العقاري في القانون المدني المادة 793 والأمر 74/75 والمراسيم التنفيذية 62/76 و63/76 و210/80 و123/93.

<sup>2</sup> سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، مرجع سابق ص 275 و276.

<sup>3</sup> مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري، مرجع سابق. ص 20.

<sup>4</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص 120.

### الفقرة الثالثة: آثار الشهر العقاري

نصت المادة 793 من القانون المدني 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 74/75<sup>1</sup> على أن: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية ..."، ونصت المادة 16 منه على أن: "العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو نقضاء 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 آثار التصرفات الواردة فيها موقوفة على إكمال إجراءات الشهر العقاري، سواء كان ذلك بين 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 القانون المدني"<sup>2</sup> وعليه في حالة تراحم المشتريين فإن الملكية تنتقل إلى من اتخذ إجراءات الشهر وسجلها برقم محدد قبل الآخر ولو بساعات محدودة<sup>3</sup>، ولا ينتج عن التصرفات التي لم تشهر إلا التزامات شخصية بين أطراف العقد في حالة ما إذا استوفى العقد الشكليات المطلوبة لإيقاده، وهنا تجب التفرقة بين العقود المبرمة قبل 1971/01/01 والتي تعتبر صحيحة حتى ولو لم تكن رسمية ومشهرة ويمكن شهرها إستثناء تطبيقاً لمبدأ الأثر النسبي للشهر المسبق طبقاً للمادة 89 من المرسوم 63/76 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 رسمية<sup>4</sup>، وتشمل عملية شهر التصرفات الناقلة للملكية العقارية أو الحقوق العينية كذلك الوعد بالتصرف فيها<sup>5</sup>.

ويعتبر دفتر العقاري النتيجة المباشرة والنهائية لإجراءات الشهر العقاري والذي تكون له القيمة القانونية النهائية والمطلقة لإثبات الملكية العقارية وهو ما جاء في القرار المؤرخ 2004/04/21: "يؤسس

<sup>1</sup> المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري .

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

<sup>3</sup> حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية . مرجع سابق، ص 121 .

<sup>4</sup> عمر حمدي باشا وليلى زروقي، المنازعات العقارية . مرجع سابق، ص 67 ، وذلك تأسيساً على بداية سريان قانون التوثيق .

<sup>5</sup> قرار مجلس الدولة رقم 004983 المذكور سابقاً .

الدفتري العقاري على أساس سند الملكية طبقاً للمرسومين 74/75 و 63/76 بعد استكماله للإجراءات والشكليات والاجال مما يجعله يكتسب القوة الثبوتية، فالنعي باعتماد القضاة على التصريحات دون عقد الملكية يكون دون جدوى<sup>1</sup>. كما أن الدفتري 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 التقييم النهائي، المجلس في الدفتري العقاري إلا قضائياً"<sup>2</sup>.

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن المحافظ العقاري قد يرفض شهر العقد الرسمي المقدم له إستناداً إلى المادة 100 من المرسوم 63/76 وبذلك لا يكون لصاحبه سوى طريق الطعن في قرار الرفض أمام القضاء الإداري المختص طبقاً لنص المادة 24 من الأمر 74/75 وذلك بعكس منازعات التقييم المؤقت التي يختص بنظرها القضاء العادي .

### الفرع الثالث : الإشهار التجاري

نص القانون التجاري في عدة مواد على وجوب قيد التصرفات الواقعة على المحل التجاري وكذا عقود تأسيس الشركات وتعديلها وانحلالها والتنازل عن حصص فيها في السجل التجاري، ومن بين هذه المواد 83 و 97 و 548 و 550 منه، وهنا نلاحظ اختلاف المصطلحات المستعملة بين الإشهار والقيد أو للتسجيل والنشر، ويتبين أن الإشهار يقصد به كلا من إجراءات التسجيل والقيد بنفس المعنى إضافة إلى النشر بمعنى الإعلان .

### الفقرة الأولى : مفهوم الإشهار التجاري

ويقصد به إجراءات القيد في السجل التجاري ثم عمليات النشر وتناولها على التوالي :

### أولاً: 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 الدفتري

<sup>1</sup> قرار منشور بالمجلة القضائية عدد 03 سنة 2003 عن الغرفة العقارية ص 334 .

<sup>2</sup> 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 النزاع) .

العمومي المسوك لديه، ويعتبر القيد في السجل التجاري من شكليات التصرف في المحلات التجارية طبقا للمادة 97 من القانون التجاري<sup>1</sup>.

### ثانيا: النشر

ويعني 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 ويكون هذا الإعلان محليا، كما أن هناك إعلان وطني يتم في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية خلال 15 يوما من أول نشر<sup>2</sup>. إضافة إلى أن هناك نوع آخر من تسجيلات التصرفات التي تتعلق بالحقوق المعنوية لأصحاب الإبداعات الفكرية والتي يتوقف عليها نفاذ التصرف، بحيث نصت المادة 3/36 من الأمر 07/03 المتعلق بالعلامات على: "لا تكون العقود المذكورة في الفقرة أعلاه نافذة في مواجهة الغير إلا بعد تسجيلها".

### الفقرة الثانية: أهمية الإشهار التجاري

لقد فرض المشرع الجزائري الإشهار في بعض التصرفات التجارية لا سيما المتعلقة بالمحلات والشركات التجارية كونها من عناصر الإنتاج المهمة التي يجب أن يعلم بها كل المعنويون وخاصة منهم دائنو البائع أو المتنازل الذين قد يتعرضون إلى الخطر في حالة التصرف سرا وخفية، ولهذا السبب والحماية حقوقهم فرض المشرع إعلان هذه العمليات وشهرها لحماية الغير الذي يمكن أن تضر به<sup>3</sup>، كما أن إعلان هذه التصرفات يعتبر إحدى ضمانات الائتمان في القانون التجاري وتدعما لاستقرار المعاملات التجارية داخل المجتمع، وجعل كل المتعاملين على بينة من التصرفات الهامة الجارية داخل السوق.

### الفقرة الثالثة: آثار الإشهار التجاري

إن إتمام عمليات الإشهار التجاري تمنح صفة التاجر لمتلقي المحل التجاري، وتمنح 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 يوما من تاريخ عقده وإلا كان باطلا"، كما نصت المادة 548 منه على وجوب إيداع العقود التأسيسية للشركات والعقود المعدلة

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

<sup>2</sup> الأستاذ سمير جميل حسين الفتلاوي، العقود التجارية الجزائرية، طبعة 2001 ديوان المطبوعات الجامعية، ص 129 و 130.

<sup>3</sup> الكامل في القانون التجاري الجزائري، المحل التجاري مرجع سابق ص 242.

لها لدى المركز الوطني للسجل التجاري ونشرها وإلا كانت باطلة، وهو ما سارت عليه المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 1994/09/27: "من المقرر قانوناً أن كل تنازل عن محل تجاري، ولو كان معلقاً على شرط يجب أن يثبت بعقد رسمي وإعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية في الأجل المحددة وإلا كان باطلاً وبدون أثر..."<sup>1</sup>.

كما تجب الإشارة إلى 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 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 اعتبر عقد الإيجار محل تجاري يخضع لعملية الإشهار العقاري فإنه خرق للقانون يعرضه للنقض"<sup>2</sup>.

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

#### الخاتمة

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 نظراً للجزاءات التي قد تلحق بالتصرف من جراء تخلفها أو وجودها ناقصة، ونجد أيضاً أن المشرع بعد أن اعتنق 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 ركناً، وفي بعض الأحيان الأخرى عدم الصحة مثلما هو الأمر في عقد المرتب مدى الحياة، وعدم انتقال الملكية في التصرفات الواجبة الشهر، إلا أنه أغفل في حالات أخرى ذكر الجزاء وترك الأمر للاجتهاد الذي يحدده لطلاقاً من أهمية الشكل في التصرف، فإذا ظهر الشكل في التصرف

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

<sup>2</sup> القرار رقم 256008 المنشور بالمجلة القضائية، عدد 02، سنة 2001، ص 214 وما يليها .

وكان المشرع قد فرضه لحماية مصالح عليا كان الجزاء المترتب عليه هو البطلان المطلق، أما إن اتخذ الشكل دورا حائثيا 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. وفي الختام وبعد كل هذا لا يسعنا إلا أن نقدم بعض الملاحظات التي تتعلق بالموضوع والنصوص المنظمة له وأهمها مايلي :

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

- وجود التعديلات غير المنسقة للقوانين والمواد خاصة الواردة منها في قانون المالية والتي تمس أحيانا بنصوص القانون المدني مثل المادة 256 من قانون التسجيل والتي عدلت بقانون المالية وأوجدت تعارضا بينها وبين المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني فيما يخص دفع الثمن لدى الضابط العمومي.

- 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 الحال بالنسبة لمصطلح التسجيل الذي يختلف معناه بين كل من قوانين التسجيل، القانون المدني، القوانين المنظمة للشهر العقاري والإشهار التجاري .

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