

جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانون الخاص

مذكرة ماجستير

التخصص: القانون العقاري و الزراعي

الشكلية في عقد البيع العقاري

من طرف

شعشوع صامت يمينة

أمام اللجنة المشكلة من:

د/ أحمد بلقاسم	أستاذ محاضر, جامعة البليدة	رئيساً
د/ حداد العيد	أستاذ محاضر, جامعة البليدة	مشرفاً و مقرراً
د/ محمودي مسعود	أستاذ محاضر بالمدرسة الوطنية للضرائب	عضواً مناقشا
د/ بن ناصر أحمد	أستاذ محاضر جامعة الجزائر	عضواً مناقشا

البليدة 2002-2003

ملخص

لقد جعل المشرع الجزائري من التصرفات التي رأى أن لها وزنها و تأثيرها في الإقتصاد الوطني تصرفات شكلية, و مثالها المعاملات الواردة على الأموال العقارية و المحلات التجارية و الشركات. فالشكلية تلعب دورا بارزا في تمكين الدولة من إحكام مراقبتها على السوق العقارية و التقليل من المضاربة غير الشرعية و تمكين الخزينة العمومية من مداخيل مالية كبيرة.

و تعتبر الرسمية من أقوى التصرفات الشكلية و لقد ظهرت في التشريع الجزائري مع صدور الأمر 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق حيث أوجب المشرع في المادة 12 منه أن تحرر العقود الناقلة لملكية عقارية أو حقوق عقارية في شكل رسمي و قد عزز المشرع هذا الأمر بقانون جديد رقم 88 / 14 المؤرخ في 3 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري و الذي نقل حرفيا نص المادة 12 من الأمر المذكور أعلاه إلى القانون المدني في المادة 324 مكرر 1 منه و أكد على أن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية يجب أن تفرغ في قالب رسمي تحت طائلة البطلان المطلق. فالكتابة الرسمية تعتبر ركنا للإنعقاد إلى جانب ركن الرضا و المحل و السبب و تخلفها يترتب عليه بطلان العقد و إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرام العقد و لا يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفة الشكلية الرسمية لأنها تتعلق بالنظام العام و لا يمكن إستيفائها في حالة تخلفها و لا يجوز للقضاء أن يأمر بإستيفائها فإذا إنعقد العقد بغير إستيفاء الشكل الرسمي إعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا.

فمن اللحظة التي يتم فيها التوقيع على عقد بيع العقار من ذوي الشأن أمام الموثق ينعقد العقد, أما قبل ذلك حتى و لو تم التراضي و تسلم كل من المشتري للعقار المبيع و البائع للثمن و تحرير عقد بيع العقار في شكل عرفي فلا ينعقد العقد إطلاقا و يعتبر كأنه لم يكن و لا يجوز صرف الطرفين إلى تحرير العقد أمام الموثق لأنه لا وجود لهذا العقد و لا يترتب أي إلتزام أياً كان نوعه على عاتق الأطراف المتعاقدة.

شكر

" "

" "

" "

الفهرس

1	ملخص
2	شكر
3	الفهرس
4	مقدمة
7	1. التصرف الشكلي
7	1.1. مفهوم التصرف الشكلي
8	1.1.1. تعريف التصرف الشكلي
9	2.1.1. العلاقة بين الشكل و الرضا
10	3.1.1. التوكيل والوعد بالتعاقد في التصرف الشكلي
10	1.3.1.1. التوكيل في التصرف الشكلي
12	1.1.2.1. الشكالية وسيلة توجيه ورقابة
13	2.1.2.1. الشكالية لحماية الأمن والائتمان
16	2.2.1. الشكالية لحماية المصلحة الخاصة
16	1.2.2.1. الشكالية لحماية أطراف التصرف
17	2.2.2.1. الشكالية لحماية الغير
19	2. الشكالية الرسمية في عقد البيع العقاري
20	1.2. الشكالية الرسمية كركن لانعقاد
21	1.1.2. تعريف العقد الرسمي وط صحته
21	1.1.1.2. تعريف العقد الرسمي
25	2.1.1.2. شروط صحة العقد الرسمي
31	2.1.2. لتوكيل و الوعد و التعديل في عقد البيع العقاري
31	1.2.1.2. التوكيل في عقد البيع العقاري
32	2.2.1.2. الوعد بالبيع العقاري
32	3.2.1.2. التعديل في عقد البيع العقاري
33	3.1.2. جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد البيع العقاري
35	2.2. آثار الشكالية الرسمية في عقد البيع العقاري
36	1.2.2. القوة التنفيذية لعقد البيع العقاري

38	2.2.2. حجية عقد البيع العقاري.....
38	1.2.2.2. حجية أصل التصرف.....
38	2.2.2.2. تاريخ عقد البيع العقاري.....
38	3.2.2.2. مضمون عقد البيع العقاري.....
42	3. الشكلية العرفية في عقد البيع العقاري.....
43	1.3. الشكلية العرفية.....
43	1.1.3. تعريف العقد العرفي.....
44	2.1.3. شروط صحة العقد العرفي.....
45	1.2.1.3. شكل العقد العرفي.....
48	2.2.1.3. التوقيع على العقد العرفي.....
51	3.2.1.3. جزاء الإخلال بمبدأ التوقيع.....
51	3.1.3. تمييز العقد العرفي عن الرسمي.....
54	2.3 موقف القانون والقضاء الجزائري من البيع العقاري العرفي.....
54	1.2.3. موقف القانون من البيع العقاري العرفي.....
54	1.1.2.3. موقف القانون من البيع العقاري العرفي المبرم قبل سنة 1971.....
57	2.1.2.3. 1971.....
62	2.2.3. موقف القضاء الجزائري من البيع العقاري العرفي.....
63	1.2.2.3. الإتجاه القديم للمحكمة العليا من البيع العقاري العرفي.....
69	2.2.2.3. الإتجاه الجديد للمحكمة العليا من البيع العقاري العرفي.....
74	الخاتمة.....
78	الملاحق.....
82	قائمة المراجع.....

مقدمة

يندرج موضوع دراستي في إطار المعاملات الخاصة, ورغم الصيغة التعاقدية التي تتمتع بها هذه المعاملات إلا أن هذا لم يمنع من تدخل الدولة في إطار تنظيمي لفرض مجموعة من الإجراءات أو الشكليات يتعين على المتعاقدين إتباعها في تعاقداتهم لا سيما في مجال المعاملات العقارية ومن أهم هذه النصوص نذكر م/ 12 من الأمر 91.70 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 و المتضمن قانون التوثيق, و التي تخضع كافة المعاملات العقارية إلى الشكل الرسمي. مع العلم أن هذا الأمر تم إلغاؤه بموجب قانون 27.88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن قانون التوثيق الجديد.

و نذكر أيضا المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني المعدل والمتمم بمقتضى قانون رقم 14.88 المؤرخ في 03 ماي 1988, و التي يعتبر محتواها نقلا حرفيا لنص م/ 12 الملغاة و التي أكد فيها المشرع الجزائري على أن العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية يجب أن تفرغ في قالب رسمي تحت طائلة البطلان.

و الجدير بالإشارة هو انه هناك عدة شكليات تخضع لها المعاملات العقارية يتعين علينا التمييز بينها, فهناك شكلية أقرها المشرع لقيام التصرف القانوني إذ تعتبر ركنا جوهريا فيه إلى جانب ركن الرهن و المحل و السبب مما يؤدي تخلفها إلى بطلان التصرف.

وهناك شكلية ليست ركنا في التصرف القانوني و لا يترتب عن تخلفها بطلانه, بل يؤدي تخلفها إلى عدم إنتاج التصرف لكافة آثاره أو إلى صعوبة إثباته حسب الهدف المقصود بالشكل وهنا يمكن أن نميز بين نوعين من الشكليات, نوع يشمل شكلية الإثبات التي تؤثر في التصرف كونه نشأ مستقلاً عنها أي بمجرد تطابق الارادتين إلا أن إثباته لا يجوز إلا بالشكل المقرر قانونا, ونوع آخر يشمل شكلية الشهر يتطلبه القانون بغية إعلام الغير بحصول التصرف, و الشهر ليس ركنا في التصرف, لان التصرف يعتبر قائما وصحيا ومنتجا لآثاره فيما بين المتعاقدين ما عدا الأثر العيني حتى ولو لم يتم نشره.

وهناك نوعان نستبعدهما من دراستنا, وعليه فإن محور دراستي ينصب حول الشكلية التي أقرها المشرع لقيام التصرف القانوني لا سيما في عقد البيع العقاري باعتباره من أهم التصرفات الناقلة للملكية العقارية و أهم التصرفات التي يبرمها الأفراد في إطار مختلف المعاملات المالية يوميا.

وعليه نتسأل عن طبيعة الشكلية المقررة في عقد البيع العقاري ؟

وقد حاولت معالجة هنا الإشكالية في خطة تتضمن التقسيم الآتي حيث قسمت الموضوع الى فصلين معززة الفصلين بفصل تمهيدي اقتضته ضرورة التعرض الى التصرف الشكلي و أهداف الشكلية, فالشكلية تلعب دوراً بارزاً في تحقيق الأمن و الإئتمان وتحقيق المساواة و العدالة في المعاملات وفي هذا الإطار يقول الفقيه الألماني الشهير اهرينج " الشكلية هي الأخت التوأمة للعدالة" ومن شأنها أيضاً تمكين الخزينة العمومية من مداخيل مالية كبيرة.

ثم حاولت الإجابة عن الإشكالية ضمن فصلين.

في الفصل الأول الشكلية الرسمية في عقد البيع العقاري, وتوصلت في دراستي للفصل الأول إلى أن الشكلية الرسمية و التي يقصد بها الكتابة الرسمية تعتبر ركنا للانعقاد الى جانب ركن الرضا و المحل و السبب و تخلفها يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلقا طبقا لنص م/324مكرر 01 من القانون المدني و لا تنشأ عنه أية التزامات.

لكن ورغم أن المشرع الجزائري أمر بضرورة إفراغ العقود الناقلة للملكية العقارية أو الحقوق العقارية في الشكل الرسمي, إلا أن هذا لم يمنع الأفراد من اللجوء إلى التعاقدات العرفية في مجال المعاملات العقارية, فأغلبية المواطنين عبر أنحاء الوطن لا يحوزون على عقود رسمية مسجلة ومشهرة.

وعلى هذا الأساس حاولت في الفصل الثاني دراسة نوع آخر من الشكلية وهي الشكلية العرفية بهدف معرفة الآثار المترتبة عن كلا النوعين من الشكليات لإبراز في النهاية أهمية الشكلية الرسمية كركن للانعقاد في البيوع العقارية.

الفصل 1

التصرف الشكلي

الفصل 1

التصرف الشكلي

لقد جعل المشرع الجزائري من التصرفات التي رأى أن لها وزنها، وتأثيرها في الحياة الإقتصادية و الإجتماعية تصرفات شكلية، فرض فيها الشكل لإجرائها مثل التصرفات الواردة على العقارات وعقود الشركات والعقود الواردة على المحلات التجارية والسفن والعقود المتعلقة بالإيجارات الزراعية .
فأخذ المشرع من الشكل وسيلة قانونية لتحقيق أغراض شتى وأهداف متنوعة .
وعليه سنخصص المبحث الأول من هذا الفصل لدراسة مفهوم التصرف الشكلي والمبحث الثاني نستعرض فيه أهداف الشكلية .

1.1. مفهوم التصرف الشكلي

سنخصص المطلب الأول من هذا المبحث لتعريف التصرف الشكلي، ثم سنتناول في المطلب الثاني علاقة الشكل بالرضا، وفي مطلب ثالث سنتناول بالدراسة كل من التوكيل والوعد بالتعاقد في التصرف الشكلي .

1.1.1 تعريف التصرف الشكلي

إن تعريف التصرف الشكلي يحتاج إلى تدقيق وتحديد، فتعدد الأشكال وتنوعها وإختلاف الأغراض التي تهدف إلى تحقيقها وتنوع الجزاء المترتب على عدم مراعاتها، كلها مسائل تجعل من تعريف التصرف الشكلي بصورة واضحة ودقيقة أمرا محل إختلاف وجدل .

و من التعاريف التي قيلت في التصرف الشكلي، تعريف جيني (Jeny) [1] ص 39. فهو يرى أن التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفاعلية بدرجة ما، فإن كانت هناك حرية في إختيار الشكل فلا نكون بصدد تصرف شكلي .

أما روبيي (Roubier) [1] ص 39. فهو يرى أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات. كما يعرف بونكاز (Bounecase) [1] ص 39. الشكلية بأنها ذات مفهوم متغير تشتمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية وتلك التي تخضع لشكليات خاصة والتصرفات التي تتطلب تعبيراً صريحاً عن الإرادة .

يتضح أن هذه التعاريف جاءت عامة وواسعة، فهي تشمل التصرف الشكلي بالمعنى الحقيقي الذي يعتبر الشكل فيه ركناً جوهرياً لقيام التصرف والشكليات الأخرى التي تؤدي أغراضاً مختلفة كشكليات الإثبات والشهر إلخ ...

والشكل في التشريعات الحديثة ليس كما كان في الشرائع القديمة عبارة عن طقوس ورموز، بل أصبح شكلاً خطياً في صورة سند مكتوب وفقاً لقواعد وإجراءات مضبوطة ومحددة تختلف من تصرف لآخر فقد يشترط المشرع تدخل موظف عام مختص في تحرير مضمون التصرف مثل التصرفات الواردة على بيع عقار أو محل تجاري أو إنشاء عقد شركة إلخ... وهو يعد أقوى التصرفات الشكلية سواء من حيث التنفيذ به إذ يعتبر سنداً تنفيذياً يغني المتعاقد عن رفع دعوى صحة التعاقد [3] ص 122.

أو من حيث حجيته في الإثبات، حيث يعتبر ما ورد فيه حجة على الكافة ولا يجوز إثبات خلافه إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

وقد يكون الشكل عرفيا حيث يترك للأفراد مهمة القيام بتحرير التصرف، ويضاف إلى هذا الشكل الذي يتفق عليه الطرفان لإبرام التصرف كأن يتفق في عقد ابتدائي على وجوب إبرام التصرف النهائي في شكل كتابي رسمي أو عرفي فيكون هنا التصرف الشكلي على أساس ما إتفق عليه في العقد الابتدائي أي شكلا إنفاقيا[1]ص40.

ويسمى البعض الشكلية المقررة لقيام التصرف بالشكلية المباشرة [4] ص166. (formalisme direct) على إعتبار أنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف، حيث أن عدم مراعاتها يؤدي مباشرة إلى بطلان التصرف بخلاف الأشكال الأخرى التي تعتبر شكلية غير مباشرة لكونها تمس جانبا من جوانب التصرف كإثباته أو نفاذه إتجاه الغير، وهناك أيضا من يطلق عليها إسم شكلية بين الأطراف[1]ص41. لأن أثرها ينصب أولا وقبل كل شيء على العلاقة القانونية لطرفي التصرف .

إذن فالتصرف الشكلي الحقيقي هو التصرف الذي يعتبر الشكل فيه ركنا جوهريا لا بد منه لقيامه، فهو يقابل التصرف الرضائي، فهذا الأخير يحتاج لقيامه توافر الرضا والمحل والسبب وفي التصرف الشكلي يضاف إلى ذلك عنصر رابع وهو الشكل. لكن لا يعني هذا وجود إستقلال تام بين الشكل والرضا بل على العكس هناك علاقة وثيقة بين الشكل والرضا وتأثير متبادل بينها.

2.1.1. العلاقة بين الشكل والرضا

التصرف الشكلي هو الذي إشتراط المشرع شكلا إلزاميا معيننا لصحته، إلا أن هذا لا يعني أن الشكل وحده كافي لإنشاء مثل هذه التصرفات، بل لابد أن يتوافر الرضا الركن الأصلي في التصرف القانوني. وأكثر من ذلك يجب أن يكون هذا الرضا غير مشوب بعيوب الإرادة، إذ الشكل تقرر لإبراز إرادة الطرفين في صورة معينة وهو يهدف إلى حماية الرضا .

إذن هناك تلازم بين الرضا والشكل وتأثير متبادل بينهما، فدور الإرادة هو تحديد الآثار الموضوعية للتصرف بينما يتولى الشكل إبراز هذه الوقائع بصورة معينة [1] ص42.

كما يعتبر الشكل من ناحية أخرى قرينة على وجود الرضا لا سيما إذا كان الشكل رسميا حيث يصعب الإدعاء بعدم وجود الرضا، ولا يجوز ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

إذن فالتصرف الشكلي لا يكفي فيه الشكل وحده للقول بصحته، بل لابد من وجود الإرادة الحقيقية والسليمة لأطراف التصرف، فالشكل قرينة على وجود الرضا وسلامته لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس.

3.1.1.

1.3.1.1.

التوكيل هو في أصله رضائي سواء كان توكيلا عاما أم خاصا، إلا انه إذا ورد التوكيل على تصرف شكلي فيجب أن يتخذ نفس الشكل المقرر للتصرف الأصلي، وهذا ما تؤكدته المادة 572 من القانون المدني الجزائري حيث اشترطت للتوكيل في التصرف الشكلي نفس الشكل المقرر للتصرف الأصلي، إلا إذا وجد نص يقضي بخلاف ذلك. وعليه فإن التوكيل الوارد على بيع عقار أو محل تجاري أو إعداد عقد شركة لابد أن يكون في نفس الشكل المنصوص عليه قانونا.

ويلاحظ أن الشكل المقصود هنا هو الشكل المقرر لصحة التصرف أما إذا كان الشكل المقرر قصد به الإثبات أو أي غرض آخر فلا يشترط للتوكيل شكلا معينا، لأن الشكل المقرر لا ينصب على صحة التصرف فيظل التصرف رضائيا، وبالتالي يجوز التوكيل فيه بكافة الطرق .

2.3.1.1. الوعد بالتعاقد في التصرف الشكلي

تنص المادة 71 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري: (إذا إشتراط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد).

فالوعد الذي يرد على تصرف شكلي يجب أن يفرغ في نفس الشكل المقرر للتصرف الأصلي فإذا كان العقد الموعود به يتطلب الشكلية كبيع العقار أو المحل التجاري أو حصص في الشركة فإن الشكل هنا يعتبر ركنا أساسيا في العقد، ومن ثم فإن الشكلية تعتبر عنصرا لازما لإبرام عقد الوعد بالتعاقد، وهذا ما أشارت إليه الفقرة الثانية من المادة 71 المذكورة آنفا. فإذا لم يستوف الوعد بالتعاقد الشكل المطلوب كان باطلا [5] ص 30.29. وإذا تم الوعد بالتعاقد في الشكل الرسمي أمام الموثق نشأ في ذمة الواعد إلتزام بإتمام العقد النهائي، فإذا لم يفعل إستحصل الموعود له على حكما ويقوم هذا الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد إذ تنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري على أنه: (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد).

وإذا لم يراع في الوعد بالتعاقد الشكل المقرر للتصرف النهائي، كان باطلا كما رأينا، ولا يجوز إجبار الواعد على تنفيذ وعده وإبرام العقد النهائي. لأن الوعد باطل من أساسه ولا يجوز أيضا إستصدار حكم على الواعد يقوم مقام التصرف المراد إبرامه، لأنه لو جاز ذلك لأمكن التحايل على نصوص القانون والتوصل إلى إبرام تصرف شكلي دون مراعاة الشكل المقرر [4] ص 270.271.

2.1. أهداف الشكالية

لقد إتخذ المشرع من الشكل وسيلة قانونية لتحقيق أغراض شتى وأهداف متنوعة، ويختلف الهدف من الشكالية إختلافا جذريا في الشرائع القديمة عنه في القوانين الحديثة، فمن شكالية غريزية ناتجة عن ميل العقل البشري إلى كل ما هو مادي وملمس ومثير للحواس إلى شكالية هادفة وضعت عن إدراك تام وعن قصد من أجل تحقيق أهداف مختلفة وذلك إما لحماية المصلحة العامة أو لتحقيق المصلحة الخاصة من أجل حماية طرفي العقد أو الأشخاص الآخرين الذين يسهم التصرف .

وعليه سنخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة الشكالية كوسيلة لحماية المصلحة العامة والمطلب الثاني نستعرض فيه دور الشكالية في حماية المصلحة الخاصة.

1.2.1. الشكالية لحماية المصلحة العامة

سنتناول بالدراسة في هذا المطلب الشكل كوسيلة توجيه ورقابة وذلك في الفرع الأول، ثم نستعرض في الفرع الثاني دور الشكالية في حماية الأمن و الائتمان، ثم سنتناول في الفرع الثالث دور الشكالية في تحقيق العدالة، وفي مطلب رابع سنتناول دراسة دور الشكالية في تحقيق إيرادات للخزينة العامة .

1.1.2.1. الشكالية وسيلة توجيه ورقابة

يقوم الشكل بدور هام في توجيه السياسة الإقتصادية للدولة فهو يساهم في إدراج الإرادة الفردية ضمن الإطار الإجتماعي من أجل مسايرة النهج الذي إختارته الدولة، كما يساهم في تمكين الدولة من إحكام الرقابة على التصرفات المدنية والتجارية الهامة التي يقوم بها الأفراد والتي نظرا لوزنها وتأثيرها في الإقتصاد الوطني يجب أن لا تترك للمبادرة الفردية وحدها وهذا ما يعرف بالرقابة الإجتماعية، هذه الرقابة تهدف إلى تنظيم الطاقة والمجهود القانوني للأفراد في قناة تصب في بحر المصلحة العامة [2] ص 21.

وعليه فإن حرية الأفراد في التعاقد تمثل حاجزا أمام الدولة في مباشرة تلك الرقابة في الأحوال التي تتبع فيها السرية في المعاملات، إذ يحبذ الأفراد دائما الأسلوب الأقل ظهورا عند الإقدام على التعاقد، وعليه من الضروري إجبار المتعاقدين على إفراغ عقودهم في الشكلية المقررة قانونا مع فرض الجزاء على مخالفة القانون بإبطال التصرف .

فالشكل الكتابي يمكن القاضي عند فصله في النزاعات من مراقبة مدى مطابقة التصرف القانوني للشروط الموضوعية والشكلية المحددة في القانون، فيتسنى بذلك للقاضي تطبيق الجزاء المقرر على مخالفة قواعد القانون الأمرة . وهنا يظهر دور الشكلية في تسيير هذه العملية حيث يصعب في التصرف الرضائي التأكد من مدى مخالفة القاعدة القانونية، بينما يكون الوضع واضحا في حالة ما إذا كان التصرف شكليا فيتمكن القاضي من تفصي الحقيقة وفرض الجزاء على مخالفة القانون بإبطال التصرف أو فرض عقوبات.

فالشكل الكتابي يجسم إرادة المتعاقدين بصورة بارزة وواضحة مما يسهل إجراء الرقابة على مدى مطابقتها للنصوص والتشريعات القانونية .

2.1.2.1. الشكلية لحماية الأمن والائتمان

إن العلاقات الإجتماعية في حاجة ماسة إلى الإستقرار والوضوح، فيجب أن يكون إنتقال الأملاك وبالأخص تلك التي لها أهمية كبيرة في حياة المجتمع مثل العقارات والمحلات التجارية إلخ... بشكل واضح وجلي لكي يكون الأفراد على بينة من وضعيتها، وتلعب الشكلية في هذا المجال دورا بارزا، فهي أداة إعلام ممتازة تكشف عن وقوع التصرف من حيث تاريخه ومكان إجرائه ومضمونه .
فالتصرف الذي يحرر في سند مكتوب يسمح للغير بالإطلاع عليه وتقصي كل ما يتضمنه، فالمعاملات الواردة عن العقارات يستطيع كل من له مصلحة الإطلاع عليها في مكتب الشهر العقاري ولا تنتقل الملكية إلا إذا تم الشهر .

فمن طريق تحرير التصرف في سند مكتوب لا يخشى عليه من تغير الظروف، كما يسهل إثبات وجوده وتحديد التزامات أطرافه وحقوقه، فالطرف الذي يحوز على سند مكتوب يكون في مركز أكثر قوة خاصة إذا كان بيده سند رسمي حيث يستطيع التنفيذ به دون حاجة لإستصدار حكم قضائي كما سيأتي بيانه في دراستنا .
وبذلك تعتبر الشكلية وسيلة أمن و إئتمان يلجأ إليها الأفراد في معاملاتهم التعاقدية من أجل حماية أنفسهم وضمان حقوقهم .

3.1.2.1. الشكلية لتحقيق العدالة

تقوم الشكلية بدور فعال في تحقيق المساواة والعدالة في المعاملات وفي هذا الإطار يقول الفقيه الألماني الشهير إهرينج : "الشكلية هي الأخت التوأمة للعدالة" [1] ص31.
« la forme est la sœur jumelle de l ' équité »

فالتصرفات الشكلية التي تجرى أمام موظف عام تحول عادة دون تأثير الطرف القوي على الطرف الضعيف، فوجود شخص ثالث يمثل السلطة مع أطراف التصرف يعد ضمانا لتحقيق المساواة والعدالة في التعاقد، ويعمل على تفادي استعمال الشروط التعسفية التي يميلها الطرف القوي على الطرف الضعيف، أضف إلى هذا أن الموظف العام غالبا ما يكون موثقا وهو ملزم بتقديم نصائحه للأطراف، حسب نص المادة 8 من قانون 27/ 88 المؤرخ في 12 جويلية المتضمن تنظيم مهنة التوثيق. فبواسطة نصائح الموثق يتمكن الأطراف من معرفة الإلتزامات التي تترتب على تصرفهم والجزاء الذي ينجم عن الإخلال بهذه الإلتزامات ويجنبهم الوقوع في الأخطاء، كما أن الشكل الكتابي يساعد القاضي على الكشف عن الشروط التعسفية أو غير المشروعة، كما يساعد القاضي على الكشف والوصول إلى نية المتعاقدين المشتركة وتحديد إلتزامات وحقوق كل منهما ويكون الوضع أكثر سهولة فيما إذا كان الشكل رسميا حيث يعتبر ما جاء في السند الرسمي حجة لا يقبل الإدعاء بعكسها إلا عن طريق الطعن بالتزوير. وبالتالي تكون مهمة القاضي في تقصي الحقيقة سهلة وبسيطة.

خلاصة القول أن أهمية الشكلية في مجال أعمال القضاء تعتبر واضحة الأهمية، فهي تساهم بذلك في الفصل في المعاملات بسرعة وتجنب القضاء أعباء ومتاعب كثيرة في مجال الإثبات .

4.1.2.1. الشكالية لتحقيق إيرادات للخرينة العامة

كثيرا ما تعود الشكالية على الخزينة العامة بحصولها على ضرائب ورسوم عند تسجيل العقود أو توثيقها أو شهرها [2] ص 21.

فالعمليات الواردة على العقارات والمحلات التجارية والشركات تخضع وجوبا للتسجيل، إذ أن قانون التسجيل الصادر بتاريخ 9 ديسمبر 1976 بموجب الأمر 76-105 يشترط على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليميا إذ جاء بالمادة 75 فقرة 01 من قانون التسجيل(لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الإقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم).

ويلزم نفس القانون الموثقين تسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم في أجل لا يتجاوز شهرا، وفي حالة التأخير في التسجيل يتعرض الموثق لعقوبات جبائية طبقا لنص المادة 58 من قانون التسجيل المذكور أعلاه والتي جاء فيها: (يجب أن تسجل عقود الموثقين في أجل شهر ابتداء من تاريخها) .

وطبقا لنص المادة 93 من نفس القانون المذكور أعلاه فإن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الأجال المحددة تطبق عليهم عقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطة المختصة التي يتبعونها، دون المساس بإحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها [6] ص 29.

وهذا يترتب عليه دفع حقوق للخرينة العامة، هذه الحقوق التي كثيرا ما يتعذر إستيفاؤها إذا لم تكن المعاملات التي فرضت عليها محررة في سند مكتوب. فلو لم يفرض المشرع أن تفرغ هذه التصرفات في شكل معين لأمكن التهرب بسهولة من دفع الضرائب والرسوم، ولقد جاءت المادة 28 من قانون 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتعلق بتنظيم مهنة التوثيق: (يحصل الموثق الحقوق والرسوم بمختلف أنواعها لحساب الدولة من الأطراف الملزمين بتسديدها ويدفع مباشرة بقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف بصدد الضريبة. فضلا عن ذلك يتعين عليه فتح حساب خاص لدى الخزينة ليودع فيه المبالغ التي يحوزها).

بهذا يمكن ضمان إستيفاء حقوق الخزينة ومنع التهرب من الضرائب والرسوم المقررة على التصرفات التي رأى المشرع إخضاعها لها.

2.2.1 الشكلية لحماية المصلحة الخاصة

لا يقتصر الشكل على حماية وتحقيق المصلحة العامة فقط بل يقوم أيضا بدور إيجابي وحمائي في مجال المعاملات الخاصة ذات الأهمية الكبيرة في حياة الأفراد، كالتصرفات الواردة على العقارات والمحلات التجارية والسفن إلخ... حيث يستلزم المشرع صحتها في الشكل الرسمي لحماية أطرافها فالشكل يقوم بحماية أطراف التصرف كما يقوم أيضا بحماية حقوق الغير الذين يمسه التصرف.

1.2.2.1 الشكلية لحماية أطراف التصرف

تعود الشكلية على المتعاقدين بالفائدة، إذ بالرغم من أنها تعد مصدر بيروقراطية وتباطؤ، فإنها في الوقت ذاته وبسبب تلك البيروقراطية وذلك التباطؤ خاصة تقتضي من المتعاقدين الروية والتفكير والحيلة والتبصر عند إقدامهم على التعاقد [2] ص 22.

وقد إشتراط المشرع الجزائي الشكل الرسمي في العقود ذات الأهمية الكبيرة في حياة الأفراد كالتصرفات الواردة على العقارات والمحلات التجارية وعقد الشركة إلخ... ، إذ أن تدخل الموثق في تحرير هذه العقود يعد ضمانا لتحقيق مصلحة أطراف التصرف، فيقدم لهم نصائحهم وينبههم إلى مدى الإلتزامات التي تترتب على تصرفهم ويرشدهم ويوجههم الشيء الذي يكون له إنعكاس على مدى حسن نيتهم في التعاقد من جهة، وعلى إثبات ذلك التعاقد من جهة أخرى، ولا شك أن هذا العمل بدوره يساهم في إستقرار المعاملات وتعزيز الثقة في العقود وبالتالي يساعد على إستتباب أمن المجتمع وتطوره نحو الرقي و الإزدهار .

وبالنسبة للرضا فإن الشكل يعد دعامة في حمايته، فعيوب الرضا تقل في التصرف الشكلي عنه في التصرف الرضائي، فالشكل يقي المتصرف من التسرع والوقوع في الغلط، كما أنه من السهل إجبار شخص على التعاقد شفاهة لكن يصعب هذا في تصرف شكلي رسمي فالإكراه نادر الوقوع في التصرفات الرسمية [1] ص 35.

كما يسمح التصرف الشكلي بتحديد تاريخ ومكان إبرامه، فالتاريخ يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق على التصرف خاصة إذا ما صدر قانون جديد يلغي القانون القديم، كما يسمح تاريخ التصرف بمعرفة أهلية الأطراف وقت التعاقد. أما بالنسبة لتحديد مكان إبرام التصرف فهو يسمح بمعرفة المحكمة المختصة إقليمياً في الفصل في النزاع الذي قد ينشأ عنه.

2.2.2.1 الشكالية لحماية الغير

يتجاوز الدور الحمائي للشكل طرفي التصرف إلى حماية مصلحة الغير بحيث كثيراً ما يهتم الغير العلم ببعض التصرفات التي لها أهمية كبيرة، فقد جعل المشرع أموال المدين ضامنة لديونه ومن مصلحة الدائن أن يعلم بالتغيرات التي تطرأ على هذا الضمان العام لكي يتخذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على حقوقه، كرفع دعوى عدم النفاذ طبقاً لنص المادة 191 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها: (لكل دائن حل دينه، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته...)

وأن عدم وجوب الشهر يجعل المدين يتصرف في الأموال التي تكون ذمته المالية خفية وعلى غير علم من دائنيه، مما قد يضر بهؤلاء نتيجة نقصان الضمان العام، لذلك قد أخضع المشرع الجزائري التصرفات الهامة إلى نظام الشهر، ولكي يتم شهر التصرفات لابد أن يتم تحريرها في الشكل الرسمي.

الفصل 2

الشكائية الرسمية في عقد البيع العقاري

الفصل 2 الشكلية الرسمية في عقد البيع العقاري

تعتبر الرسمية من أقوى التصرفات الشكلية، ولم تكن الرسمية في ظل القانون المدني المطبق في الجزائر تشترط في بيع العقار، فكان الأطراف أحرارا في تحرير عقودهم في أي شكل، بل وكان البيع سواء ورد على منقول أو عقار يعتبر تاما وصحيا حتى ولو لم يتم في شكلية معينة، ويستتبع ذلك أن بيع العقار كان عقدا رضائيا في أصله. فإن إختار الأطراف تحديد عقد البيع في شكل معين كان العقد شكليا بحكم الإتفاق لا بحكم القانون [7] ص 861.

لكن هذا الأمر لم يدم طويلا حيث ظهرت الشكلية الرسمية في التشريع الجزائري مع صدور الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق الذي أوجب في المادة 12 منه أن تحرر العقود الناقلة لملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي، وأن يدفع الثمن لدى الموثق الذي حرر العقد. فكان هذا القانون هو اللبنة الأولى لبروز نظام التوثيق في الجزائر المستقلة، وقد عزز المشرع هذا الأمر بقانون جديد رقم 88-14 مؤرخ في 03 ماي 1988 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري والذي نقل حرفيا نص المادة 12 من الأمر المذكور أعلاه إلى القانون المدني في المادة 324 مكرر 01 منه، وأكد على أن العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية يجب أن تفرغ في قالب رسمي تحت طائلة البطلان المطلق، وعليه فإن الشكلية تعتبر ركنا في العقد مثلها مثل التراضي والمحل والسبب بالنسبة للبيع الذي يكون محله عقارا أو حقوقا عقارية [3] ص 88.

لذلك سنتناول في المبحث الأول من هذا الفصل الشكلية الرسمية كركن للإنعقاد، ثم سنتناول في المبحث الثاني دراسة آثار الشكلية الرسمية في عقد البيع العقاري.

1.2 الشكالية الرسمية كركن للإنعقاد

للعقد طبقا للقواعد العامة ثلاثة أركان هي الرضا، المحل، والسبب وإذا إنعدم أحدهما لا ينعقد العقد ويكون باطلا بطلانا مطلقا [8] ص 28. إلى جانب هذه الأركان الجوهرية الثلاثة فإن العقود التي يكون محلها عقارا أو حقوقا عقارية لا تنعقد إلا إذا توفر ركن رابع أساسي وهو الشكل الرسمي [9] ص 40.

ويعتبر عقد البيع من أهم العقود الناقلة للملكية العقارية، وعقد البيع كما عرفته المادة 351 من القانون المدني الجزائري هو: (عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي) .

وعليه يمكن تعريف عقد البيع العقاري على أنه عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية عقار أو حقوق عقارية إلى المشتري مقابل ثمن نقدي.

وقد إشتراط المشرع الجزائري في المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني صبه في قالب رسمي تحت طائلة بطلان العقد. فالمشرع الجزائري جعل من العقود الواردة على إنتقال العقارات والحقوق العينية العقارية عقودا رسمية لابد لصحتها من تحريرها في شكل رسمي، ويكون بذلك قد خالف كل من المشرع الفرنسي والمصري حيث أن بيع العقار هو عقد رضائي في القانونين المصري والفرنسي يكفي في إنعقاده توافق الإيجاب والقبول، وأنه يترتب عليه بمجرد ذلك جميع آثار البيع بوجه عام [10] ص 394. ما عدا إنتقال الملكية حيث لا تنتقل في القانون المصري إلا إذا روعيت إجراءات التسجيل [11] ص 228.

بينما في فرنسا تنتقل الملكية فيما بين المتعاقدين بمجرد التعاقد ولكن لا يكون إنتقال الملكية معتبرا بالنسبة إلى الغير إلا من وقت شهر العقد في مكتب الشهر الذي يقع في دائرته العقار المبيع [10] ص 374.

و مما نود الوقوف عنده في هذا المبحث هو تعريف العقد الرسمي وشروط صحته في مطلب أول وفي مطلب ثاني سنتطرق إلى التوكيل والوعد والتعديل في عقد البيع العقاري، ثم نبين في مطلب ثالث جزاء تخلف الشكل الرسمي لعقد البيع العقاري.

1.1.2 تعريف العقد الرسمي وشروط صحته

يتطلب القانون إخضاع العقد الرسمي إلى قواعد محددة وصارمة لضمان استجماعه لشروطه ونشوءه في صورة صحيحة، لذلك فقد أسندت مهمة إعداده إلى جهة مختصة قانونيا تراعي في إعداده القواعد القانونية الخاصة به، وهذا ما سنتطرق إليه في هذا المطلب، لكن قبل هذا يتعين علينا تعريف العقد الرسمي أولا، ثم التطرق إلى شروط صحته .

1.1.1.2 تعريف العقد الرسمي (Acte authentique)

عرفت المادة 324 من القانون المدني الجزائري العقد الرسمي كما يلي :

(العقد الرسمي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية في حدود سلطة اختصاصه).

لقد كان النص القديم للمادة 324 من القانون المدني الجزائري ينص عن "الورقة الرسمية" وأبدلت هذه العبارة في النص الجديد بعبارة "العقد الرسمي"، ولا شك أن المشرع قد رأى فيها ترجمة أصح لكلمة "Acte" الواردة في النص الفرنسي ويرى الأستاذ يحي بكوش في كتابه أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري في الفقه الإسلامي أنه يوجد التباس في لغة القانون الفرنسي في مدلول كلمة "Acte" من شأنه أن يخلط ما بين التصرف القانوني والأداة الخاصة بإثباته فكلمة "Acte" تدل على التصرف كما تدل أيضا على العقد المكتوب، وقد تسرب هذا الخلط إلى لغة القانون العربي، فأطلق لفظ (عقد) على التصرف القانوني ثم استعمل اللفظ نفسه (عقد) على أداة إثباته، فقبل عقد رسمي وعقد عرفي وقصد به الورقة المعدة لإثبات العمل .

أما أداة الإثبات فلها في اللغة العربية ثلاثة ألفاظ :

1)المحرر .

2)السند .

3)الورقة .

ويرى أن كلمة (المحرر) تدل على الدليل الكتابي عموماً، أيما كان نوعه سواء كان معداً للإثبات أم لا بما في ذلك الأوراق العادية. أما كلمة (السند) فتدل على الوثيقتين المعدتين خصيصاً للإثبات وهما الورقة الرسمية والورقة العرفية فنقول:
السند الرسمي أو السند العرفي.

أما كلمة (الورقة) فسنرسلها على ما عدا ههما من الأدلة: مثل الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية التي لم تكن معدة أساساً لتكون أداة للإثبات.

لا نوافق رأي الأستاذ يحيى بكوش، لا سيما إذا كنا بصدد عقد شكلي كما هو الحال في عقد البيع العقاري أو عقد آخر مما يشترط القانون فيه الشكل الرسمي، لأنه في هذه الحالة تسمية العقد الرسمي تنصرف إلى التصرف القانوني في حد ذاته، لأن الشكلية الرسمية هنا تعتبر ركناً في العقد فهي تدخل في تكوينه، وأنه بدون الكتابة الرسمية لا وجود لهذا التصرف.

وبالعودة لتحليل المادة 324 يتبين لنا أن الرسمية تعني قيام موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة بتحرير التصرف، بحيث أن صفة الموظف العام هي التي تضي على التصرف الصيغة الرسمية، إلا أنه يمكن تمييز معنيين للرسمية معنى واسعاً ومعنى ضيقاً [12] ص 199.

أولاً المعنى الواسع

ويقصد به كل سند محرر من طرف موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة بغض النظر عن نوعية المهام التي يمارسها سواء كانت مهمة كل واحد منهم تقتصر على تحرير العقود الخاصة فقط أو كانت تتعلق بأعمال أخرى.

فالعقود التي يصدرها موظف عام وتحمل توقيعها النسخ التنفيذية هي التي يحررها كتاب أقسام الضبط باعتبارهم موظفين عموميين، والموظف العام حسب نص المادة 05 من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الإدارات والمؤسسات العمومية والتي جاء فيها: (هو لفظ يطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد إنتهاء المدة التجريبية ويكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية إتجاه المؤسسة أو الإدارة) .

وأما العقود الرسمية التي يصدرها ضابط عمومي فهي تلك التي يصدرها من يخول له القانون هذه الصفة بسبب المهنة التي ينتمي إليها، ومثالها المحاضر التي يحررها المحضر، فالمادة 05 من القانون رقم 91-09 المؤرخ في 08 جانفي 1991 المتضمن تنظيم مهنة المحضر تعطيه صفة الضابط العمومي .

ومثالها أيضا العقود التي يصدرها الموثق فهو حسب ما تقضي به المادة 05 من القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 جويلية 1988 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق والتي جاء فيها : (يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطاءها هذه الصيغة).

وأما العقود الرسمية التي يصدرها شخص مكلف بخدمة عامة فمثالها تلك التي يصدرها الخبير وهو شخص يعينه القاضي طبقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية ويلجأ إليه القاضي عندما يلتبس عليه أمر معين وتكون المعلومات التي بحوزته غير كافية للوصول إلى الحقيقة، ليحصل منه على الإيضاحات والمعلومات الضرورية ويتم عادة ذلك في تقرير كتابي [7] ص 854.

ثانيا: المعنى الضيق

ويقصد بالرسمية في معناه الضيق تحرير العقد من طرف ضابط عمومي يختص بتحرير العقود والتصرفات بصفة عامة يسمى موثقا (notaire) إذ جاء في نص المادة 05 من قانون التوثيق المذكور أعلاه: (يعد الموثق ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة).

كما يتولى إستلام أصول جميع العقود والوثائق للإيداع التي حدد لها القانون هذه الصيغة أو التي يود حائزها ضمان حفظها).

وتسمى التصرفات التي يتولى تحريرها بتصرفات موثقة (Actes Notariés).

ولقد نظم الأمر رقم 70-91 السابق ذكره مهنة التوثيق، ثم جاء قانون رقم 88-27 السابق الإشارة إليه ليعطي نفسا جديدا للتوثيق، للعلم أن هذا الأخير قد ألغى الأمر رقم 70-91 وذلك بمقتضى المادة 41 منه والتي جاء فيها : (يلغى الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المذكور أعلاه، وكذا الأحكام المخالفة لهذا القانون).

وبموجب قانون التوثيق الجديد أصبحت مهنة التوثيق مهنة حرة بعد أن كانت تتم على مستوى المحاكم، فأعطى بذلك للتوثيق والموثق دوره البارز في الحياة الإقتصادية و الإجتماعية من خلال الخدمات التي يقدمها للعامة.

لذلك فقد أنشأ قانون التوثيق الجديد مكاتب عمومية يمتد إختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني وأسند كل مكتب عمومي للتوثيق إلى موثق يتولى تسييره لحسابه الخاص ويكون مسؤولا عنه ويجوز أن يشترك في تسيير مكتب واحد أكثر من موثق حسب ما هو منصوص عليه في المادة 3 من قانون التوثيق الجديد.

ويتم الإلتحاق بمهنة التوثيق عن طريق مسابقة تنظم وتسير بقرار من وزير العدل ويشترط في المترشح للمسابقة:

-أن يكون جزائري الجنسية.

-بالغا من العمر 25 سنة على الأقل.

-حاملا لشهادة الليسانس في الحقوق أو شهادة معادلة معترف بها.

-التمتع بالحقوق المدنية .

ويشترط فيه علاوة على ذلك أن يكون قد مارس مهنة قاضي أو محامي أو موظف مدة عشر سنوات على الأقل في مصلحة ذات طابع قانوني. وتخفيض مدة عشر سنوات إلى سبع سنوات إذا مارس الموظف عمله في مصلحة المحافظة العقارية أو في مصلحة التسجيل والطابع.

وتخفيض إلى خمس سنوات إذا كان أستاذا حاملا لشهادة الدكتوراه في الحقوق أو من أعوان الموثقين.

ويؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسة المهنة اليمين أمام المجلس القضائي لمحل إقامته طبقا لنص المادة 10 من قانون التوثيق الجديد والتي جاء فيها : (يؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسته مهنته أمام المجلس القضائي لمحل إقامته المهنية اليمين الآتية :

" أقسم بالله الذي لا إله إلا هو أن أقوم بعملتي أحسن قيام ،وأتعهد أن أخلص في تأدية وظيفتي وأكتم سر المهنة،وأسلك في كل الأمور سلوك الموثق " .

2.1.1.2 شروط صحة العقد الرسمي

يهتمنا من بين العقود الرسمية، عقد بيع العقار لأنه محل دراستنا، فلن يكون هذا العقد صحيحا منتجا لأثاره يشترط أن يحرره الموثق في شكل خاص يورد فيه البيانات التي حددها القانون، هذا إذا كانت العقارات تابعة للأفراد، أما إذا كانت العقارات تابعة لمديرية أملاك الدولة، فالعقود الناقلة لملكية هذه العقارات تحرر من قبل مدير أملاك الدولة [3] ص 107.

أولا: وجوب تحريره من طرف الموثق

حسب ما تقضي به المادة 324 من القانون المدني فإن الموثق يثبت في العقد الرسمي ولاسيما في عقد بيع العقار ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه، فالموثق كما سبق القول يعد ضابطا عموميا يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية، ويجب أن تكون ولاية الموثق قائمة عند تحرير العقد الرسمي والمقصود بالولاية هو أن يكون في حالة الممارسة القانونية لعمله، أي ألا يكون قد عزل أو أوقف عن عمله أو في عطلة قانونية، ففي هذه الأحوال لا يجوز له مباشرة عمله بالتالي لا يصح العقد الرسمي الذي يقوم بتحريره إلا إذا كان الموثق والأطراف المتعاقدة يجهلون الأسباب وهنا يصح العقد رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن نية [1] ص 63 .

ويجب أن يكون الموثق أهلا لتحرير العقد الرسمي لأن أهليته قد تزول في حالات معينة حددها القانون، كأن تكون للموثق مصلحة شخصية مباشرة كما لو كان طرفا معيناً في العقد أو كان هذا يتضمن تدابير لفائدته، أو كانت تربطه بأطراف العقد قرابة مباشرة أو مصاهرة حتى الدرجة الرابعة، أو تربطه بهم قرابة حواشي ولا يجوز لأقارب وأصهار الموثق وكذلك المستخدمين الذين هم تحت سلطتهم أن يكونوا شهوداً في العقود التي يقوم بتحريرها.

وبالنسبة لعقود بيع العقارات التي كانت تحرر سابقاً من قبل القاضي الشرعي فهي تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي يضى على العقود التي تحرر من قبل الموظف العام أو الضابط العمومي. وهو ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم 40097 المؤرخ في 03 جوان 1989. [13] ص 119. والذي جاء فيه: (من المستقر عليه فقها وقضاء أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية التي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميين وتعد عنوان على صحة ما يفرغ فيها من إتفاقات 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 قضاء الموضوع طبقوا القانون تطبيقاً صحيحاً).

ثانياً: البيانات التي يتعين مراعاتها في تحرير العقد الرسمي.

طبقاً لنص المادة 18 من قانون التوثيق الجديد يجب أن تحرر العقود الرسمية ولا سيما عقد بيع العقار باللغة العربية في نص واضح تسهل قراءته ويمنع فيه كل بياض أو نقص أو إختصار أو كتابة بين الأسطر، وتكتب فيه المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع بالأحرف وتكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، فإن شطبت كلمات وجب أن يصادق على عددها كل من الموثق والأطراف والشهود بالتوقيع بالأحرف.

والبيانات التي يجب أن يتضمنها العقد هي على نوعين:
بيانات تتعلق بأشخاص العقد وبيانات تتعلق بموضوع العقد.

أ/البيانات التي تتعلق بالأشخاص

وهي البيانات التي تتعلق بهويتهم، فيذكر بالنسبة للموثق إسمه ولقبه ومكان ومقر إقامته ويذكر بالنسبة للأطراف المتعاقدة إسم ولقب وصفة ومسكن وتاريخ ومحل ولادة كل منهم ويذكر أيضا إسم ولقب وصفة ومسكن الشهود، وإذا كان الأطراف أو بعضهم يجهلون اللغة العربية وإقتضى الأمر اللجوء إلى مترجم فيتعين ذكر إسمه ولقبه ومسكنه طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة 18 من قانون التوثيق الجديد.

ب/البيانات التي تتعلق بموضوع العقد

أما البيانات الخاصة بموضوع العقد فهي التي تتعلق بالتصرف القانوني الثابت في العقد ومادنا بصدد بيع عقاري، فيجب أن يذكر في العقد تاريخ إبرامه ويحدد هذا التاريخ باليوم والشهر والسنة ومكان إبرامه، كما يتعين ذكر طبيعة وحالة ومضمون العقار. بالإضافة إلى معالمه الحدودية وأسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية وهذا من أجل تجنب الوقوع في التصرف في ملك الغير، ويذكر إلى جانب ذلك الثمن الذي يتلقاه الموثق من المشتري طبقاً لما تقضي به المادة 324 من القانون المدني المذكورة سابقاً والتي تقضي بدفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حضر العقد.

وهذا ما تؤكدُه أيضا المادة 256 فقرة 01 من قانون التسجيل والتي جاء فيها : (إن

ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل الملكية لقاء عوض لكامل الملكية أو لملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو لحقوق عقارية وكذلك لمحلات تجارية أو لزبائن، يجب أن يدفع لزوماً بمرأى وبين يدي الموثق محرر العقد) . و قد عدلت هذه المادة بمقتضى المادة 23 من قانون المالية لسنة 1998 وأصبح خمس ثمن البيع فقط هو الذي يجب دفعه بين يدي الموثق بعد أن كان في السابق كل ثمن البيع هو الذي يجب دفعه.

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم يدخل نفس التعديل على أحكام المادة 324 مكرر 01 السابق ذكرها والتي تنص على وجوب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد* ، فإذا تم ذكر جميع هذه البيانات وجب على الموثق قبل أن يوقع ذوا الشأن على العقد أن يتلو عليهم الأحكام التشريعية الخاصة بالضرائب ليبين لهم الأثر القانوني المترتب على التصرف الذي يقدمون عليه [7]ص851.

فإذا تمت التلاوة وقع الموثق على العقد ووقع الأطراف والشهود وفقا لما تقضي به المادة 324 مكرر 02 من القانون المدني الجزائري ووقع معه المترجم إن وجد. بالنسبة للأطراف والشهود يمكن الإكتفاء ببصماتهم إن كان أحدهم لا يستطيع التوقيع، بل ويمكن الإستغناء عن البصمات إن كان هناك مانع قاهر.

ج/جزاء تخلف هذه البيانات

لا تبين المادة 18 السابق ذكرها من قانون التوثيق الجديد ولا المواد الأخرى الجزاء الذي يترتب على تخلف البيانات أو الشروط المبينة سابقا، بإستثناء حكم واحد تنص عليه المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري وهو خاص بشهادة الشهود حيث جاء في نص المادة:

(يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الرسمية بحضور شاهدين). ويترتب على ذلك أن العقد يكون باطلا إذا لم يذكر فيه هويتهم (7)ص850.

في حين أن النص الفرنسي في نفس نص المادة ينص على ما يلي:

(les actes solennels sont a peine de nullité reçus par l'officier public en présence de deux témoins instrumentaires).

فالمشرع قصد في المادة المذكورة أعلاه العقود الإحتفالية وليس العقود الرسمية لأنه لو قصد العقود الرسمية لاستعمل عبارة "les actes authentiques" بدل من عبارة "les actes solennels".

والعقود الإحتفالية لم يرد حصرها في القانون المدني ولا في أي قانون آخر [9] ص 44، أما في القانون الفرنسي فقد وردت على سبيل الحصر إذ جاء في المادة 09 المعدلة بالمرسوم المؤرخ في 12 أوت 1902 من قانون فاتنوز أن العقود الإحتفالية هي كالتالي: [14] ص 16

(1) الهبة بين الأحياء والرجوع فيها .

(2) الوصية والرجوع فيها .

(3) الزواج .

(4) الوكالات المرتبطة بتلك العقود .

(5) الهبة بين الأزواج .

(6) الإقرار ببنة الولد الطبيعي .

(6) الترخيصات المتصلة بهذه العقود والوكالات الواردة عليها .

فبمقتضى هذا التعديل حذف المشرع الفرنسي شهادة الشهود من العقود وإستثنى العقود الإحتفالية .

ويرى الأستاذ بوحلاسة عمر في مقاله شهادة الشهود في العقود التوثيقية "أن محرر النص الفرنسي إعتد على أحكام القانون المدني الفرنسي، ذلك أن هذا الأخير كما سبق القول يشترط شهادة الشهود في العقود الإحتفالية تحت طائلة البطلان دون غيرها من العقود .

أما محرر النص العربي فقد إعتد على أحكام الشريعة الإسلامية التي لا تفرق بين العقود على الإطلاق في حضور الشاهدين تحت طائلة البطلان .

والعبرة بالنص العربي وليس النص الفرنسي، رغم أنه يتم في الواقع تحرير النصوص القانونية باللغة الفرنسية ثم تترجم إلى العربية، وهذا ما أكدت عليه المحكمة العليا .

وعليه فإن تحرير عقد البيع العقاري بغير حضور شاهدي العدل (les témoins instrumentaires)

يعد عقدا باطلا طبقا لنص المادة 324 مكرر 02 المذكورة سابقا .

ويطبق نفس الحكم قياسا على ذلك ومن باب أولى إذا لم تذكر هوية الموثق وهوية الأطراف.
وكذلك الأمر بالنسبة لتوقيعاته إلا إذا وجد مانع قاهر كما سبق بيانه بالنسبة للشهود
والأطراف وفيما يخص البيانات والشروط الأخرى يطبق عليها نفس الحكم في حالة تخلفها
فكلها ضرورية لصحة العقد.

ولا بد من التمييز بين العقد الرسمي بإعتباره ورقة تبطل بذاتها إذا تخلفت شروط
صحتها والعقد كتصرف قانوني ثابت في هذه الورقة، فالأصل أن بطلان الورقة الرسمية لا يؤثر
في صحة التعاقد ولا ينتج عنه بطلان التصرف المحرر فيها، إلا أن ذلك ينطبق في حالة ما إذا
كان التصرف الثابت في العقد لا يتطلب في تكوينه شكلا معيناً مثل البيع الوارد على منقول أما
إذا كان هذا التصرف لا ينعقد إلا بتوافر شكل خاص فإن بطلان العقد الرسمي يؤدي حتماً إلى
بطلان التصرف ذاته، وبالتالي فإن بيع العقار يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا بطل العقد الرسمي
الذي حرر فيه، لأن هذا الأخير يعتبر ركناً فيه لا ينعقد إلا به [7] ص 850.

2.1.2 التوكيل والوعد والتعديل في عقد البيع العقاري

1.2.1.2 التوكيل في عقد البيع العقاري

التوكيل في بيع العقار يجب هو أيضا أن يحرر في شكل رسمي فقد نصت المادة 572 من القانون المدني على أنه : (يجب أن يتوافر في الوكالة الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك).

طبقا لنص هاته المادة تكون الوكالة المتعلقة بإبرام عقد بيع عقاري في شكل رسمي، لأن التصرف الأصلي يتطلب الشكل الرسمي وبناءً على ذلك فالوكالة الشفهية أو الوكالة التي تكون بسند عرفي لا تصلح لإبرام عقد بيع عقاري بصورة صحيحة. [1] ص 73

كما ورد في نص المادة 572 من القانون المدني ما يلي :

(لا بد من وكالة خاصة في كل عمل ليس من أعمال الإدارة لا سيما في البيع).

وعليه يشترط القانون في أعمال التصرف وكالة خاصة، كما هو الشأن في عقد البيع العقاري، لأن هذا الأخير يعد من أعمال التصرف، وعليه فالوكالة العامة لا تكفي لإبرام عقد البيع العقاري بصورة صحيحة .

2.2.1.2 الوعد بالبيع العقاري

تنص المادة 6/71 من القانون المدني على أنه : (وإذا إشتراط القانون لتمام العقد إستيفاء شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الإتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد).

وعلى هذا الأساس فالوعد المتعلق ببيع عقار يجب أن يحرر في شكل رسمي فهو كالبيع نفسه فإن إشتمل على جميع الشروط والجوانب الجوهرية التي يتطلبها القانون وأفرغ في شكل رسمي ثم أخل الواعد بتنفيذ وعده أي إبرام العقد النهائي جاز للموعد له أن يستصدر حكما من المحكمة يقوم مقام العقد النهائي[5] ص30 وهذا ما تقضي به المادة 72 من القانون المدني فيكتسب العقد النهائي بذلك صفته الرسمية ويكون باتا ومنتجا لجميع آثاره[7]ص858.

خلاصة القول أن عقد الوعد بالبيع العقاري يجب أن يفرغ في الشكل الرسمي شأنه في ذلك شأن عقد البيع العقاري، وإذا تم الوعد في الشكل الرسمي أمام الموثق نشأ في ذمة الواعد إلتزام بإتمام عقد البيع الرسمي، فإذا لم يفعل إستحصل الموعد له على حكم ويقوم هذا الحكم، متى حاز قوة الشيء المقضي مقام العقد[8]ص36

3.2.1.2 التعديل في عقد البيع العقاري

يتعين هنا التمييز بين التعديل الأساسي الذي يؤثر في مضمون عقد البيع العقاري والتعديل الوارد على مسائل تفصيلية، ففي الحالة الأولى يجب أن يراعي الشكل الرسمي المقرر لصحة عقد البيع العقاري عند تعديل العقد، أما بالنسبة للمسائل التفصيلية أو التكميلية فلا يشترط الشكل الرسمي، فمثلا الإتفاق الوارد على تعديل الثمن بالإنقاص أو الزيادة في عقد البيع العقاري مثلا تمت كتابته، يعد تعديلا أساسيا لأنه يمس محل العقد وهو الثمن .

أما الإتفاق المتعلق بتغيير تسليم باقي الثمن فلا يعد تعديلا أساسيا، وبالتالي لا يشترط فيه الشكل الرسمي المطلوب لصحة عقد البيع العقاري .

لم يتعرض الفقهاء إلى معيار التمييز بين ما هو تعديل أساسي وما هو تعديل تفصيلي أو تكميلي، ويمكن القول بأن التعديل الذي يمس محل التصرف ويعدل فيه كالزيادة أو النقصان يعد تعديلا أساسيا، بينما إذا ورد التعديل على كيفية تنفيذ الإلتزام فيعتبر تعديلا تكميليا وبالتالي لا يتطلب الشكل الرسمي المقرر للتصرف الأصلي [1] ص 45-46.

3.1.2 جزاء تخلف الشكل الرسمي في عقد البيع العقاري

إن نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني صريح في أنه يترتب على تخلف الشكل الرسمي في بيع العقار بطلان العقد. مما يدل دلالة قاطعة على أن الشكلية هنا لم تشترط للإثبات بل للإنعقاد فالشكل الرسمي ركن في العقد والنص لا يوضح طبيعة هذا البطلان ومما لا شك فيه أن المراد بالبطلان هنا هو البطلان المطلق لأنه لو كان الأمر يتعلق ببطلان نسبي لبين المشرع لمصلحة من تقرر كما فعل مثلا في بيع ملك الغير حيث قرر بطلانه لمصلحة المشتري الذي يملك وحده الحق في التمسك به. فبطلان البيع لتخلف الشكل تقرر لكل ذي مصلحة أي لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزواله [7] ص 857.

ويترتب على ذلك أنه لكل من البائع والمشتري أن يتمسك بهذا البطلان ويثبت هذا الحق لخالفهما العام ولخالفهما الخاص، ويجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، إذ جاء في نص المادة 102 من القانون المدني : (إذا كان العقد باطلا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة). دون أن يطلبه الخصوم [15] ص 87.

والعقد الباطل هو عقد معدوم ولا يحتاج إلى حكم قضائي لتقرير بطلانه، فإن اقتضى الأمر استصدار حكم بالبطلان، فإن هذا الحكم يكشف عن البطلان ولا يقرره. وإذا أبطل العقد زال كل أثر له ووجب إرجاع المتبايعين إلى ما كان عليه الحال قبل التعاقد، وهذا ما جاءت به المادة 103 من القانون المدني: (يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله).

وتتقدم دعوى البطلان بمضي خمسة عشرة سنة تسري ابتداءً من يوم إبرام العقد، فإذا انقضت هذه المدة لم ينقلب العقد صحيحاً لأن العقد الباطل معدوم والعدم لا ينقلب وجوداً مهما طال الأمد [4]ص530.

وما يقال في بيع العقار من أحكام خاصة بالبطلان يقال أيضاً في الوعد ببيعه وفي الوكالة فيه، فجزء تخلف الشكل الرسمي في كل منهما هو البطلان المطلق .

2.2 آثار الشكلية الرسمية في عقد البيع العقاري

لقد نظم المشرع الجزائري القواعد التي تتبع في تحرير العقد الرسمي، لا سيما في عقد البيع العقاري بدقة، وهذا من أجل التفادي والانتقاص من الأثر الفعال المقرر للعقد الرسمي، عن طريق التغيير أو الإضافة والحشر والشطب إلخ ... إلى جانب أن القائم بتحرير عقد البيع العقاري هو شخص مختص قانونا له دراية ومعرفة بقواعد وطرق تحرير العقود الرسمية وبالأخص عقد البيع العقاري، وهذا ما يكسب العقد الرسمي مناعة وحصانة ضد العيوب التي تلحق عادة العقود العرفية، كعيوب الإرادة ونقص الأهلية ويجعله في قمة التصرفات القانونية من حيث القوة التنفيذية والحجية في الإثبات، وهذا ما تؤكدته المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني الجزائري إذ تنص على أنه : (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني).

ومما نود الوقوف عنده في هذا المبحث هو القوة التنفيذية لعقد البيع العقاري في مطلب أول ثم سنتعرض إلى حجية عقد البيع العقاري في مطلب ثاني.

1.2.2 القوة التنفيذية لعقد البيع العقاري

وجود سند رسمي بيد الدائن يسهل له إجراء التنفيذ على المدين بواسطة النسخة التنفيذية فهو لا يحتاج اللجوء إلى القضاء وإصدار حكم التنفيذ، وإسناد القوة التنفيذية إلى العقود الرسمية إنما يرجع إلى أسباب تاريخية فقد كان الموثقون مزودين في القانون الفرنسي القديم بسلطة قضائية فكانت العقود التي يصدرونها تعتبر بمثابة أحكام صادرة من القضاة أو المحاكم، وكان حضور المتعاقدين أمام الموثق معادلا لمتولهم أمام هيئة قضائية، وصدر أمر ملكي في سنة 1708 يعطي الموثقين سلطة وضع الختم على الأعمال التي تتم أمامهم، وبهذا أصبح للعمل الموثق قوة تنفيذية ثم نقل عنه المشرع المصري في سنة 1875 هذا المبدأ وكذلك فعل المشرع الجزائري، وهكذا جعل مشرعنا العقد الرسمي سندا تنفيذا يعادل الحكم القضائي [16] ص 70.

وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى اشتراط العقود التي لها أهمية كبيرة في شكل رسمي .

فعقد البيع العقاري يقدم امتياز قوة التنفيذ باعتباره عقدا رسميا، دون اللجوء إلى القضاء ويكون قابلا للتنفيذ بقوة القانون، ويكون أكثر فعالية من أحكام القضاء لأنه لا يكون قابلا للإستئناف وقابلا للتنفيذ دون أجل بخلاف العقود العرفية [17] ص 34.

تنص المادة 21 من قانون التوثيق الجديد : (تسلم الصورة التنفيذية بصيغة التنفيذ، فتحرر وتنتهي بنفس عبارات الأحكام الصادرة عن الحكم .
يؤشر على الأصل بتسليم الصورة التنفيذية) .

ولا يكون عقد البيع العقاري قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها في المادة 320 من قانون الإجراءات المدنية والتي جاء فيها : (كل حكم أو سند لا يكون قابلا للتنفيذ إلا إذا كان ممهورا بالصيغة التنفيذية التالية :
(الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية - باسم الشعب الجزائري) .
وينتهي بالصيغة التالية بعد عبارة -وبناء على ما تقدم : (على جميع أعوان التنفيذ تنفيذ هذا
(الحكم - إلى آخره).

(وعلى النواب العموميين ووكلاء الدولة لدى المحاكم مد يد المساعدة اللازمة لتنفيذه .
(وعلى جميع قواد وضباط القوات العمومية تقديم المساعدة اللازمة لتنفيذه بالقوة عند الإقتضاء
إذا طلب إليهم ذلك بصفة قانونية. وبناءا عليه وقع هذا الحكم).

إذن تذييل النسخة التنفيذية من العقود الرسمية بالصيغة التنفيذية كما تذييل الأحكام
الصادرة من المحاكم. وتنفذ العقود الرسمية ذات الصيغة التنفيذية في كامل التراب الوطني، ولا
يسلم الموثق إلا صورة تنفيذية واحدة لعقد البيع العقاري إلا أنه يمكن تسليم صورة تنفيذية
إضافية وذلك بمقتضى أمر صادر عن رئيس محكمة محل إقامة المكتب طبقا لنص المادة 22
من قانون التوثيق الجديد السابق الإشارة إليه والتي جاء فيها : (لا تسلم إلا صورة تنفيذية واحدة
تحت طائلة خلع الموثق غير أنه يمكن تسليم صورة تنفيذية إضافية بأمر صادر عن رئيس
محكمة محل إقامة المكتب , يبقى هذا الأمر مرفوقا بالأصل).

ويؤشر على الأصل بتسليم الصورة التنفيذية.

خلاصة القول أن عقد البيع العقاري يمكن المتعاقد من سند تنفيذي يغنيه عن رفع
دعوى صحة التعاقد باعتبار أن العقد الرسمي يكون قابلا للتنفيذ بقوة القانون دون اللجوء إلى
القضاء ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.

2.2.2 حجية عقد البيع العقاري

إن حجية العقد الرسمي هي القوة الإثباتية التي منحت له من طرف القانون كوسيلة للإثبات [18] ص 20.

وتنص المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني الجزائري على أنه : (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني).

كما تنص المادة 324 مكرر 06 من القانون المدني الجزائري على أنه : (يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الإتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن).

يتبين من أحكام المادتين السابقتين أن حجة عقد البيع العقاري بإعتباره عقدا رسميا، قاطعة لا تقبل العكس على الإطلاق ولا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير، وهو طريق صعب ومعقد.

وتكون حجية العقد على الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن في جميع التراب الوطني، وتشمل الحجية أصل التصرف وتاريخه وجزء من محتواه .

1.2.2.2 حجية أصل التصرف

بالنسبة لأصل التصرف، فالعقد الرسمي ولا سيما عقد البيع العقاري يثبت مصدره بذاته فختم وتوقيع الموثق قرينة قاطعة على صدور عقد البيع العقاري من الموثق المعني، ولا يجوز الطعن فيه بالقول أنه صدر عن شخص آخر غير ذلك الموثق، عكس ما هو الحال في العقد العرفي حيث يجوز للخصم أن ينكر صدوره منه، وفي هذه الحالة يجب على المدعى إثبات أصل العقد العرفي .

2.2.2.2 تاريخ عقد البيع العقاري

تاريخ العقد يعتبر ثابتا، فالتاريخ الذي ورد في العقد صحيح وغير قابل للطعن فيه بعدم الصحة أو التقديم أو التأخير، إلا عن طريق الطعن بالتزوير فحجة التاريخ في عقد البيع العقاري تبقى قائمة إلى غاية الطعن فيها بالتزوير [19] ص 116.

3.2.2.2 مضمون عقد البيع العقاري

إن البيانات التي يتضمنها عقد البيع العقاري بإعتباره عقدا رسميا ليست على حد سواء من حيث حجيتها، وقابليتها لأن يطعن فيها بالتزوير، فإن الحقيقة هي خلاف ذلك .
فإذا كانت تلك البيانات عبارة عن وقائع مادية أشار إليها الموثق على أنها من عمله هو، أو أنها وقعت بحضوره، وتحت مشاهدته وأثناء تأديته لعمله، فإن تلك البيانات تعتبر صحيحة وتعطى لها الحجية المطلقة إلى أن يطعن فيها بالتزوير [19]ص114.

وعلة ذلك أن الثقة التي إفترضها المشرع الجزائري في الموثق تكفلها الشروط التي يشترطها القانون للإلتحاق بمهنة التوثيق.

فالموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، الذي يتولى تحرير العقد الرسمي هو في نظر المشرع يعتبر بمثابة شاهد ممتاز .

وعليه فالموثق بإعتباره ضابطا عموميا فهو في نظر المشرع يعتبر بمثابة شاهد ممتاز تتميز شهادته بقيمة إستثنائية، فإذا ما ادعى تزوير عمله، فإن المشرع لا يسمح بإثبات ذلك بالطرق السهلة، وقد قرر لذلك إجراءات بالغة التعقيد هي طريقة الطعن بالتزوير المنصوص عنها في القسم الخامس من الكتاب الثالث من قانون الإجراءات المدنية الجزائري في المواد 155 إلى 165 وتسمى هذه الطريقة بالدعوى الفرعية بالطعن بالتزوير لأنها تكون تابعة للدعوى الأصلية المدنية، والتي يتعين أن تتوقف إلى إنتهاء إجراءات التحقيق في الدعوى الفرعية، كما أن المشرع قرر طريقة ثانية، هي دعوى التزوير الأصلية، وهي جزائية تتولى النيابة العامة المتابعة فيها ومن حق المتضرر تقديم شكوى إلى النيابة العامة .

ويجب أن تكون البيانات التي يؤكدها الموثق، والتي تعتبر حجيتها قائمة إلى أن يطعن فيها بالتزوير داخلة في مجال إختصاص الموثق، فقول الموثق بأن الشخص الحاضر أمامه يتمتع بكامل قواه العقلية فإن ذلك لا قيمة له إلا كشهادة عادية، لأن الموثق ليس من إختصاصه النظر في الأمراض العقلية [19]ص115.

كما يجب أن تكون تلك البيانات متعلقة بصلب العقد ومرتبطة به، بحيث لا يمكن أن يقوم عقد البيع العقاري بدونها، فإذا كانت تلك البيانات مجرد لبيانات هامشية، لا علاقة لها بموضوع العقد فإنها لا تتعلق بها الحجية، ويمكن إثبات ما يخالفها إلا أن تقدير ما إذا كانت البيانات من صلب العقد أو غير ذلك هي من الوقائع التي يستقل القضاة بتقديرها ولا رقابة عليهم فيها [19]ص116.

أما تصريحات الأطراف دون معاينة الموثق في العقد فإنها لا تكون إلا بداية إثبات لا غير، أي بإمكان الخصوم دائماً وإمكان الغير أن يثبتوا بالوسائل العادية عدم صحة ما صرح به الأطراف أمام الموثق بما لم يشاهده هو بنفسه ولم يتم على يديه، فإذا ادعى الغير أن البيع العقاري المدون في العقد الرسمي ليس بيعاً كما يدل عليه العقد وإنما هو هبة مستترة، فإنه بإمكانه أن يثبت ذلك بالوسائل المختلفة. لأنه في مثل هذه الحالات لا يطعن في تصرف الموثق نفسه، ومن ثم فإن إجراءات الطعن بالتزوير تكون عديمة الجدوى، أما إذا أنكر حصول عقد البيع العقاري أمام الموثق فليس أمامه إلا طريق الطعن بالتزوير .

خلاصة القول أن عقد البيع العقاري بإعتباره عقداً رسمياً يمكن المتعاقد من سند تنفيذي يغنيه عن رفع دعوى صحة التعاقد، فهو قابل للتنفيذ بقوة القانون دون اللجوء إلى القضاء، وتنفيذه غير مقيد بأجل ويعتبر نافذاً في كامل التراب الوطني، كما يعتبر ما ورد فيه حجة على الكافة فهو يتمتع بقوة إثبات مطلقة لا يجوز الطعن فيه إلا بالتزوير أو بدعوى البطلان .

الفصل 3

الشكيلة العرفية في عقد البيع العقاري

الفصل 3 الشكلية العرفية في عقد البيع العقاري

كثيرا ما يلجأ الأفراد إلى تحرير البيوع العقارية في شكل عرفي رغم أن المشرع الجزائري أمر بإفراغها في شكل رسمي، فالقاعدة العامة السائدة في المجتمع الجزائري ما زالت تتمثل في التعاقدات العرفية بموجب عقود عرفية، والإحصائيات التي يمكن الإطلاع عليها تخبرنا بنتائج رهيبة في مجال المعاملات العقارية التي تم إفراغها في أشكال عرفية .

إذ أن أغلبية المواطنين في أكثر أنحاء الوطن لا يحوزون على عقود رسمية مسجلة ومشهرة، وأياً كانت الأسباب التي ترجع إليها هذه الظاهرة التي كانت ولا تزال منتشرة في بلادنا فإن الأمر يدفعنا إلى التساؤل عما هو الشكل العرفي؟ وعن حكم البيوع العرفية العقارية في القانون، وعن موقف القضاء الجزائري منها؟.

وعليه سنخصص المبحث الأول من هذا الفصل لدراسة الشكلية العرفية وسنتناول في المبحث الثاني دراسة كل من موقف القانون والقضاء الجزائري من البيوع العرفية العقارية.

1.3 الشكلية العرفية

الشكل العرفي هو الذي إستلزم المشرع أن تصاغ فيه بعض التصرفات، وترك مهمة إعداده لأطراف التصرف دون تدخل من جانب الموظف العام أو الضابط العمومي لتحريره كما هو الشأن في العقود الرسمية .

ويكون الغرض منه إثبات التصرفات القانونية، وإذا كان المشرع قد ترك الحرية للأطراف في تحريره، فإن هذا لا يعني عدم خضوع الشكل العرفي لبعض القواعد الجوهرية، كوجوب توقيع الأطراف عليه أو ضرورة إحتوائه على بعض البيانات الأساسية.

قبل أن نتعرض إلى شروط صحة العقد العرفي، يجدر بنا أولاً أن نتعرض إلى تعريف العقد العرفي في مطلب أول، ثم نتعرض إلى شروط صحة العقد العرفي في مطلب ثاني، ثم نتناول تمييز العقد العرفي عن العقد الرسمي في مطلب ثالث.

1.1.3 تعريف العقد العرفي (Acte sous seing privé)

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً خاصاً للعقد العرفي، لكن هناك من يعرفه بأنه "كل سند معد للإثبات يتولى تحريره وتوقيعه أشخاص عاديون بدون تدخل الموظف العام" [19] ص 126.

أما الدكتور أحمد عبد الرزاق السنهوري فيعرف العقود العرفية: "بأنها عقود يقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم." [20] ص 106.

كما صدر عن الغرفة الجهوية للغرب للموثقين مقال بعنوان "علاقة القضاء بالتوثيق" جاء فيه تعريف العقود العرفية بأنها: "تلك التي يوقع عليها من قبل الأطراف فقط ولا تخضع لأي شكلية في تحريرها" [17] ص 33.

يستنتج من هذه التعاريف أن العقد العرفي يتولى صياغته وإعداده المعنيون بالتصرف الثابت في العقد العرفي ولا دخل لأي موظف رسمي في ذلك ويسمى التصرف الشكلي هنا تصرفاً شكلياً عرفياً .

ورغم إنعدام أي ضمانات في هذا النوع من العقود، ومع ذلك فإن الناس كثيراً ما يلجأون إلى هذه الوسيلة في الإثبات للمحافظة على حقوقهم، وهذا يرجع إلى طبيعة الشكل العرفي كونه بسيطاً وسهلاً في إعداده، فلا يستغرق وقتاً طويلاً ولا يتطلب تكاليف كبيرة، كما لا يخضع لقواعد صارمة ومحددة في تحريره .
والعقود العرفية نوعان :

- عقود عرفية معدة للإثبات كتلك التي تعد لإثبات تصرفات قانونية مثل البيع والإيجار الخ ...

- وعقود عرفية غير معدة للإثبات مثل الرسائل والبرقيات ودفاتر التجار .
وما يهمنا في دراستنا هو النوع الأول من العقود والمهيأ مسبقاً لإثبات التصرف الوارد فيه .

2.1.3 شروط صحة العقد العرفي

لم يشترط المشرع الجزائري كقاعدة عامة شروطاً خاصة لصحة العقد العرفي، إلا أن الإجماع يكاد ينعقد حول شرط التوقيع لإعطاء قيمة لهذا العقد .
وقبل التطرق إلى دراسة المسائل التي يثيرها التوقيع يتوجب علينا أولاً دراسة شكل العقد العرفي في فرع أول ثم التوقيع على العقد العرفي في فرع ثاني، ثم نتطرق إلى جزاء الإخلال بشرط التوقيع في فرع ثالث .

1.2.1.3 شكل العقد العرفي

لا يشترط القانون أن يتولى الأطراف المتعاقدون تحرير العقد العرفي بأنفسهم، بل يمكن أن يقوم بذلك أي شخص كان، سواء كان يتمتع بصفة كاتب لهم أو لا، أو قد يكون مستخدماً متخصصاً في ذلك وقد يكون موظفاً عاماً في غير هيئته الرسمية .

ولا يشترط استعمال طريقة معينة لتحرير العقد العرفي فيجوز أن يكتب بخط اليد أو الآلة الراقنة أو آلة الطباعة، كما يمكن أن يكون في شكل إستمارة معدة مسبقاً يكتفي الأطراف المتعاقدون فقط بملء الفراغات الموجودة فيها، وبالنسبة للمادة التي يكتب بها العقد العرفي يجوز أن تكون بقلم حبر أو قلم الرصاص أو غيره مما تقع به الكتابة، كما أن لونها لا يهم، وهذه المسائل كلها تظل خاضعة لسلطة القاضي الذي يقدر مدى وضوحها وجديتها وقابليتها لكي تصلح كسند لتصرف عرفي [1]ص93.

وبالنسبة للغة التي يكتب بها العقد العرفي لا يشترط أن تكون اللغة العربية ضرورة، فيمكن تحريره باللغة العربية أو أي لغة أجنبية أخرى، كما يمكن أن يكون في شكل رموز يملك الأطراف وحدهم حلها [19]ص127.

وإذا كتب العقد العرفي بلغة غير العربية وقدم للقضاء فإن الوضع يتطلب تقديم ترجمته الرسمية بالعربية [1]ص94. ونفس الأمر إذا ما قدم العقد العرفي إلى مصلحة التسجيل والطابع، لأنه يشترط لتسجيله تقديم ترجمته الرسمية بالعربية إذ تنص المادة 130 من قانون التسجيل على أنه :

(إذا كان العقد العرفي الواجب تسجيله محرراً بلغة أخرى غير اللغة الوطنية، فيجب أن يكون مصحوباً بترجمة كاملة تتم على نفقة الطرف الملتزم ومصادقة من طرف مترجم معتمد (...).

كما أن القواعد الخاصة بتحشير العقود الرسمية وتهميشها وتذييلها لا يمكن أن تنطبق على العقد العرفي، ونتيجة لذلك فإن الكلمات المشطوبة تعتبر ملغاة إلا إذا تبين من ظروف القضية أن التشطيب وقع بصفة تدليسية أو أنه وقع لحادث عارض لا دخل للإرادة فيه ويتمتع القضاة بسلطة واسعة فيما يتعلق بتقدير قيمة التهميشات أو التحشيرات التي يتضمنها العقد العرفي المكتوب بألة راقنة [19] ص 128.

وأما الكلمات المحشورة أو المكتوبة بين السطور فتعتبر صحيحة ولو بدون تصديق عليها، غير أن للمحكمة سلطة واسعة لتقدير التشطيب أو الإحالات التي لم يصادق عليها، وتقرير ما إذا كانت مدلسة أم لا .

وتعتبر الإحالة التي لم يصادق عليها صحيحة إذا صدرت من الشخص الذي يحتج بها عليه أو إذا كانت موجودة في جميع نسخ العقد العرفي إذا كانت هناك نسخ متعددة، ولكن إذا كانت الإحالة صادرة من الشخص الذي يحتج بها أو كان العقد العرفي في حوزته، هنا يمكن للقضاة أن يعتبروا الإحالة باطلة إذا ثبت لهم من ملابسات القضية أن الخصم الآخر لم يرضا بها أو لم يوافق عليها.

ولا تمنع الكتابة بين سطور العقد العرفي، وأن عدم التصديق على تلك الكتابة لا يؤدي إلى بطلان العقد العرفي إذا ثبت أنها كتبت بخط الشخص الذي ينكره .

ولا يشترط القانون كتابة التاريخ على العقد العرفي [21] ص 46، لكن هذا العقد لا يكون حجة على الغير إلا إذا كان له تاريخ ثابت إذ تقضي المادة 327 من القانون المدني الجزائري على أنه: (لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابت ابتداء :

-من يوم تسجيله

-من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام

-من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص

-من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء

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

كما تجدر بنا الإشارة إلى أن قاعدة ثبوت التاريخ العرفي لا تتعلق بالنظام العام، فإذا لم يتمسك الغير بعدم ثبوت التاريخ المحرر، فإن تاريخه العرفي يكون حجة عليه، على الرغم من عدم وجود التاريخ الثابت، وذلك أخذاً بأنه قد تنازل عن حقه فيه [3]ص117.

كما أن عدم ذكر التاريخ في العقد العرفي قد يثير بعض المشاكل حتى بالنسبة للمتعاقدين أنفسهم الموقعين عليه، فقد يحدث أن تتغير حالة أحدهم بفقدان أهليته، أو نقصانها بعد أن كان متمتعاً بها وقت التعاقد، فإذا كان التاريخ مكتوباً على العقد العرفي اعتبر ذلك قرينة على أن التوقيع على العقد العرفي قد وقع قبل حدوث التغيير في الأهلية، وبالتالي يبقى العقد صحيحاً .

وإذا تعددت التواريخ في العقد العرفي، فإن التاريخ الأخير هو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار إلا إذا ثبت تزويره، وهذه القاعدة لا تنطبق إلا على العقود الملزمة لجانبين، لأنه يفترض أنها وقعت على مراحل وأن آخر موقع قد وقع على التاريخ الأخير [19]ص130، وقد يساهم الشهود في إنشاء العقد العرفي ولكن هذه المساهمة لا تزيد شيئاً من الحجية .

ومع ذلك فقد يكون توقيع الشهود على العقد العرفي مفيداً، وذلك في حالة وفاة أحدهم ممن وقعوا على العقد العرفي فيعطي لهذا الأخير تاريخاً ثابتاً.

ولا يشترط القانون ذكر المكان الذي حرر فيه العقد العرفي، لكن يستحسن ذكره في العقد لأن له أهمية خاصة ذلك أن ذكر المكان يعتبر قرينة على أنه هو المكان الحقيقي الذي أبرم فيه العقد ولذا قد يترتب عليه نتائج هامة وخاصة ما يتعلق بالإختصاص المحلي وتنازع القوانين من حيث المكان [19]ص130.

2.2.1.3 التوقيع على العقد العرفي

لم يشترط المشرع صراحة توقيع العقد العرفي، إلا أن هذا يستنتج ضمناً، فالتوقيع هو العنصر المادي الملموس الذي يدل قطعاً على وجود التصرف فهو دليل على وجود الرضا ويعرف التوقيع بأنه علامة مميزة لصاحبه يعرف به عادة .
ويتمثل التوقيع في أن يضع الشخص بخط يده على العقد العرفي لقبه أو إسمه أو هما معاً أو أية كتابة أخرى جرت عادته أن يدل بها على هويته، ومن ثم فلا بد أن يكون التوقيع باليد. ويبقى التوقيع مسألة واقع يفصل فيها القاضي بصحة التوقيع أو عدم صحته.
ولا يعد التصديق على توقيعات الأفراد من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبه لهذا الغرض من قبيل إضفاء طابع الرسمية على العقد العرفي المصادق عليه*، ذلك لأن التصديق على التوقيعات لا يستهدف شرعية أو صحة العقد، إنما يثبت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتوى ومضمون العقد، وهو ما تنص عليه صراحة أحكام المادتين 1 و2 من المرسوم رقم 41-77 المؤرخ في 19 فبراير 1977 المتعلق بالتصديق على التوقيعات. [22]ص17.

أولاً التوقيع بالبصمات وورق الكربون

إن التوقيع عن طريق وضع بصمة الإصبع أو بورق الكربون يثير بعض الصعوبات، فالتوقيع ببصمة الإصبع ولو أنه يعتبر علامة مميزة لصاحبه لكنه لا يدل على اتجاه الإرادة بصفة قطعية لذلك فالقضاء الفرنسي يرفض إعتبار بصمة الإصبع توقيعاً [1]ص55.
بينما يراه القضاء الجزائري صحيحاً، لأن بصمات الأصابع تعادل التوقيع [21]ص45.

كما أن القضاء المصري إعتبر بصمة الإصبع توقيعاً صحيحاً خاصة وأنه منتشر بكثرة في وسط الأميين .

*

وبالنسبة للتوقيع بواسطة إستعمال الكاربون ، فإن بعض المحاكم تقر به وتعتبره صحيحا بينما يرفضه الفقه [19]ص131.

ولقد اختلف القضاء الفرنسي بشأن صحة التوقيع بالكاربون، فقد حكمت محكمة رين (Rennes) بفرنسا بصحة التوقيع بالكاربون ومما جاء في حكمها : (أن التوقيع بورق الكاربون لنسخة ثانية يساوي حركة يدوية، كما لو أن التوقيع جرى بقلمين في نفس الوقت). بينما حكمت محكمة تولوز (Toulouse) ببطلان هذا النوع من التوقيع ، وقالت بهذا الشأن ما يلي :

(إن وجود توقيع منسوخ بورق الكاربون سهل للتزوير، ولا يدل على قبول الموقع للسند) [1]ص96.

وما يمكن قوله هو أن التوقيع ببصمة الأصبع أو بورق الكاربون إذا كان يثير الشك في مدى صحته، أو أنه سهل لتزويره أو عدم دلالته على إتجاه الإرادة، إلا أنه رغم ذلك فهو يظل توقيعاً صحيحاً متى كانت الظروف تدل على صحته، وتبقى المسألة لقاضي الموضوع في تقدير ذلك . ولا يمكن إعطاء قيمة للتوقيع إلا إذا كان صادراً من الطرف الذي ينسب إليه وعليه فإن الوكيل لا يوقع بإسم موكله، ولو تلقى تعليمات في ذلك وإنما يجب أن يوقع بإسمه الشخصي وبصفته نائبا عن موكله .

ثانياً مكان التوقيع في العقد العرفي

إن الهدف من التوقيع هو الدلالة على قبول الموقع لما ورد في العقد بكامله، لذلك يتعين أن يكون التوقيع في أسفل العقد ليكون شاملاً لما تقدم به من الكتابة، ولكي يدل بصفة قاطعة على قبول الموقع بما ورد أعلاه، ولا يكفي التوقيع الهامشي.

أما القانون الفرنسي يرى أن العقود العرفية الموقع عليها في الهامش ليست لها أي قيمة قانونية إلا إذا تبين أن التوقيعات وضعت في الهامش، لأنه لا يوجد مكان في أسفل العقد

للتوقيع [23]ص164 , وفي هذه الحال يعتبر التوقيع في هامش العقد صحيحا.

ولا يكون التوقيع باطلا إذا وضع في أعلى العقد العرفي، فيبقى للقاضي سلطة تقدير مدى صحة التوقيع. وفي حالة تعدد صفحات العقد فالأصل هو أن يتم التوقيع على كل صفحة، لكن إذا وجدت رابطة بين هذه الصفحات تدل على وحدة العقد فهنا يكفي توقيع صفحة واحدة منها، وقد يقع التوقيع على العقد العرفي من طرف جميع ذوي الشأن في وقت واحد، كما أنه قد يتم متفرقا على مراحل أو في أماكن مختلفة.

وقد يكون التوقيع قبل كتابة النص وعلى ورقة بيضاء قبل تحرير محتوى التصرف، ليقع ملؤها فيما بعد وهذا ما يسمى بالتوقيع على بياض. ونظرا لما يثيره التوقيع على بياض من مشاكل ومخاطر، نظرا لسهولة تزوير مضمون العقد أو تغيير محتواه فإن المشرع الجزائري قد خص عقوبة خيانة الأمانة على كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض فخان أمانتها بأن حرر عليها زورا التزاما أو إبراء أو أي تصرف آخر، يمكن أن يعرض شخص الموقع أو ذمته المالية للضرر إذ تنص المادة 371 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: (كل من أؤتمن على ورقة موقعة على بياض وخان أمانتها بأن حرر عليها زورا التزاما أو إبراء منه أو أي تصرف آخر يمكن أن يعرض شخص الموقع أو ذمته المالية للضرر يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 5000 دينار. ويجوز علاوة على ذلك أن يحكم على الجاني بالحرمان من حق أو أكثر من الحقوق الواردة في المادة 14 وبالمنع من الإقامة من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر).

كما يمكن للشخص الذي وقع على بياض أن يتنصل من الالتزام المضاف في العقد، ويتم ذلك بإثبات أن البيانات الموجودة في العقد الموقع عليه ليست مطابقة لنواياه الحقيقية وقد إستقر القضاء على أنه بإمكان الشخص الموقع أن يثبت ذلك بجميع وسائل الإثبات الممكنة [19]ص133.

3.2.1.3 جزاء الإخلال بمبدأ التوقيع

إن التوقيع هو الشكلية الأساسية اللازمة لصحة العقد العرفي كما سبق ذكره، لأنها وحدها التي تدل على وجود الرضا الضروري لإنشاء أي تصرف قانوني، فبدون توقيع يعد العقد العرفي باطلا .

ويعتبر القانون الفرنسي العقد العرفي باطلا ومعدوما إذا كان غير موقع عليه من جميع الأطراف حتى في مواجهة الأطراف الموقعة على العقد العرفي [23]ص164, وعليه ينبغي أن يتضمن العقد العرفي جميع توقيعات الأطراف المتعاقدة.

ومع ذلك ليس من السهل القول أن العقد العرفي يفقد كل قيمة إذا لم يكن موقعا عليه وهذا لأن التوقيع ليس إلا مجرد قرينة على وجود التصرف القانوني، وعليه يمكن إثبات هذا التصرف بوسائل أخرى غير التوقيع. فيجوز للقاضي أن يستخلص من عقد عرفي غير موقع عليه وجود ثبوت بالكتابة إذا تأكد من أن مضمون العقد العرفي هو من صنع الطرف الثاني الذي يحتج به عليه أو من إنشائه أو صياغته، أو حتى من خطه الشخصي [19]ص134.

3.1.3 تمييز العقد العرفي عن العقد الرسمي

يتميز العقد العرفي عن العقد الرسمي من حيث الحجية في الإثبات، فهذه الأخيرة لا تسقط في العقد الرسمي إلا عن طريق الطعن بالتزوير، فقد نصت المادة 324 مكرر 05 من القانون المدني الجزائري على أنه : (يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني) .

أما في العقد العرفي فيكفي لتسقط حجيته إنكار التوقيع والخط مما نسب إليه، حيث جاء في المادة 327 من القانون المدني الجزائري: (يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار، ويكفي أن يخلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط والإمضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق).

ويترتب على ذلك أنه يمكن للمنسوب إليه التوقيع في العقد العرفي أن ينكره ويكفي في رفع الحجة أن يكون هذا الإنكار صريحا، وفي هذه الحالة يتعين على الخصم الذي يريد إعمال العقد العرفي لمصلحته بعد إنكاره ممن نسب إليه أن يثبت صحته، ومعنى ذلك أن عبء الإثبات يقع عليه. وهذا بخلاف العقد الرسمي الذي يستفيد من قرينة الرسمية كما سبق وأن ذكرناه في دراستنا، التي تعفي من يستفيد منها من إثبات صحتها ولا يمكن للمنسوب إليه التوقيع في العقد الرسمي أن ينكره إلا عن طريق الطعن بالتزوير .

وإذا اعترف صاحب التوقيع في العقد العرفي بصدوره منه أو لم ينكره صراحة، فإن العقد العرفي يكتسب قوة العقد الرسمي ولا ترفع عنه الحجة حينئذ إلا عن طريق الطعن بالتزوير [7]ص847، لكن هذا لا يفيد شيئا في عقد البيع العقاري العرفي .

أما بالنسبة للبيانات الواردة في العقد العرفي فإن حكمها غير حكم التوقيع، فهي تعتبر صحيحة إلى أن يثبت العكس ولا يكفي لمن كانت هذه البيانات حجة عليه أن يدعي عدم صحتها بل لا بد أن يثبت ذلك.

أما بالنسبة للبيانات الواردة في العقد الرسمي فتفترض صحتها إلى أن يطعن فيها بالتزوير.

كما أن التاريخ الموجود في العقد العرفي لا يحتج به إلا إذا كان ثابتا، ويكون العقد العرفي ثابتا طبقا لنص المادة 328 من القانون المدني، كما سبق ذكره في دراستنا إذا كان مسجلا في مصلحة الطابع والتسجيل أو إذا كان مضمونه ثابتا في عقد آخر حرره موظف عام أو في حالة ما إذا كان مؤشر عليه من قبل ضابط عام مختص وأخيرا في حالة وفاة أحد الذين لهم على العقد خط، وإمضاء في هذه الحالات يعتبر تاريخ العقد العرفي تاريخا ثابتا. أما العقد الرسمي فبخلاف ذلك فهو ثابت التاريخ.

أيضا العقد العرفي لا يمكن أن تلحقه الصيغة التنفيذية بأي حال من الأحوال، ولو اعترف الخصم بمضمونه فإذا أريد تنفيذه فلا بد من اللجوء إلى المحاكم لإستصدار حكم يمكن تنفيذه جبرا. أما العقد الرسمي فيمكن المتعاقد من سند تنفيذي يغنيه عن رفع دعوى صحة التعاقد باعتبار أن العقد الرسمي عنوان للحقيقة فيما ورد أمام الموثق [3]ص112 .

كذلك العقد الرسمي من شأنه تمكين الدولة من إحكام مراقبتها على السوق العقارية والتقليل من المضاربة غير الشرعية، وتمكين الخزينة العمومية من مداخيل مالية كبيرة أما العقد العرفي فمن شأنه تعميم الفوضى في المعاملات وحرمان الخزينة العمومية لمصدر هام لمداخيلها وقد أدى إلى ظهور آلاف الحالات غير الشرعية كالبناءات الفوضوية وانتقال ملكية الأراضي الفلاحية من يد إلى أخرى دون علم المؤسسات العمومية المختصة بمتابعتها، كما أنه خلق نزاعات عديدة في هذا الميدان الحساس [18]ص21 .

2.3 موقف القانون والقضاء الجزائري من البيع العقاري العرفي

بعد أن تعرضنا في المبحث الأول من هذا الفصل لتعريف العقد العرفي وشروطه وتمييزه عن العقد الرسمي، سنحاول في هذا المبحث دراسة حكم البيع العقاري العرفي في القانون وذلك في مطلب أول، ثم سنتناول دراسة موقف القضاء الجزائري من البيع العقاري العرفي في مطلب ثاني .

1.2.3 موقف القانون من البيع العقاري العرفي

رأينا فيما سبق أن الشكلية الرسمية في القانون الجزائري ظهرت مع صدور الأمر رقم 91-70 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الذي أوجب في المادة 12 منه أن تحرر العقود الناقلة لملكية العقار في شكل رسمي وأن يدفع الثمن لدى الموثق الذي حرر العقد .

وعليه فالإشكال القانوني الذي طرح في الحياة العملية كان حول القيمة القانونية للعقد العرفي المتضمن نقل ملكية عقارية والمبرم بعد 01 جانفي 1971 وهو تاريخ سريان قانون التوثيق .

لهذا سنتناول دراسة موقف القانون من البيع العقاري العرفي المبرم قبل سنة 1971 وذلك في فرع أول، ثم سنتناول في فرع ثاني دراسة موقف القانون من البيع العقاري العرفي المبرم بعد سنة 1971 .

1.1.2.3 موقف القانون من البيع العقاري العرفي المبرم قبل سنة 1971.

إن العقود العرفية المتضمنة نقل ملكية عقارية والتي تم إبرامها قبل سنة 1971، أي قبل سريان قانون التوثيق إعتبرها المشرع الجزائري عقودا صحيحة شريطة أن تكون ثابتة التاريخ طبقا لنص المادة 327 من القانون المدني.

فالمشرع راعى الطرف الذي أبرمت فيه هذه العقود، ذلك أنها تمت في ظل القانون الفرنسي الذي كان مطبقا في الجزائر بعد الإستقلال، ذلك أن القانون الفرنسي كما سبق وأن ذكرنا في دراستنا يعتبر البيع العقاري تصرفا رضائيا لا يشترط صبه في شكل إلزامي معين .

لكن إنتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الإستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث بموجب الامر 75-74 المؤرخ في 12 ديسمبر

1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أساسه وركيزته شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية التدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ * :

الأولى : بمقتضى المرسوم رقم 70-210 المؤرخ في 13 سبتمبر 1970 الذي عدل المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، فحسب هذا المرسوم إكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 01 مارس 1961 صيغتها الشرعية، وعلى ضوء ذلك أعفيت من مبدأ الأثر الإضافي للشهر أو ما يعرف بالإشهار المسبق [22]ص 20 المفروض بحكم نص المادة من نفس المرسوم الذي جاء فيه: (لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارنة للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير).

الثانية : بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 93-123 المؤرخ في 19 ماي 1993 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1997 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي تم بموجبه تمديد فترة 01 مارس 1961 إلى الأول من شهر يناير 1971. وعليه إكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل أول جانفي 1971 صيغتها الرسمية، دون حاجة للجوء إلى الجهات القضائية، إذ يكفي اللجوء إلى الموثق لتحرير عقد إيداع بشأنها يتم شهره بالمحافظة العقارية المختصة .

328

1971/1/1

6124

1995/12/17

-2

-4

-1

-3

الثالثة : المنشور الرئاسي المؤرخ في 30 جوان 1976 ،وقد جاء هذا المنشور لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 05 مارس 1974 تاريخ العمل بقانون الإحتياطات العقارية فكلف هذا المنشور المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضيين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه..

لكن الملاحظ على هذا المنشور الرئاسي أنه لم يلق صدق أمام المحاكم بإعتباره لا يقيد القاضي كونه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويل الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتعلق بالإحتياطات العقارية، فضلا على أنه تجاهل تماما أحكام الأمر رقم 70-91 السابق ذكره و المتعلق بالتوثيق الذي يوجب لصحة المعاملة العقارية إفراجها في قالب رسمي و دفع الثمن بيد الموثق تحت طائلة البطلان.

زد على ذلك أن هذا المنشور لم يحدد مدة لتصحيح البيوع العرفية ومن ثم فتح الباب للأشخاص للتهرب من الإجراءات التي يفرضها قانون التوثيق وأنه لا يستلزم تسجيل العقود العرفية لدى مصلحة التسجيل والطابع لمفتشية الضرائب لكي يكون لها تاريخ ثابت وبالتالي يسهل التأكد من صحتها [22] ص 24.

والمشروع الجزائري إعتبر تلك العقود صحيحة بغية تصحيح المعاملات العقارية التي تمت آنذاك لكن بشرط توثيقها بعد ذلك، لكن هذا الأمر لم يدم طويلا لأنه صدر القانون رقم 91-25 المؤرخ في 16 ديسمبر 1991 المتضمن قانون المالية لسنة 1992، ومنع مفتشي التسجيل لدى مصلحة الطابع والتسجيل تسجيل العقود العرفية المتضمنة نقل الأملاك والحقوق العقارية،حيث جاء في المادة 63 من نفس القانون :

(يمنع مفتشوا التسجيل من القيام بإجراء تسجيل العقود العرفية المتضمنة الأموال العقارية أو الحقوق العقارية،المحلات التجارية أو الصناعية أو كل عنصر يكونها،النتازل عن المؤسسات،العقود التأسيسية أو تعديل الشركات) .
فهذه المادة جاءت لتقضي على العقود العرفية بما فيها العقود المتضمنة نقل الأملاك العقارية .

بل وحتى في حالة تسجيل العقد العرفي المتضمن نقل الملكية العقارية لدى مفتشية الطابع والتسجيل فإن الأمر لا يتغير، لأن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية [24] ص 24 .

2.1.2.3 موقف القانون من البيع العقاري العرفي المبرم بعد سنة 1971.

تعتبر العقود العرفية المتضمنة نقل ملكية عقارية والتي تم إبرامها بعد سنة 1971، تاريخ سريان قانون التوثيق من الناحية القانونية باطلة بطلانا مطلقا، وهذا ما أكدته المادة 12 من قانون التوثيق القديم، والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني .

فالعقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية يجب أن تفرغ في قالب رسمي تحت طائلة البطلان المطلق، لأن الشكلية الرسمية تعتبر ركنا في العقد، ويستتبع ذلك أن البيع الوارد على عقار لا يكون صحيحا إذا تم تحريره في عقد عرفي، فبيع العقار بموجب عقد عرفي هو بيع باطل بطلانا مطلقا، حتى ولو ثبت صحة العقد العرفي الذي حرر فيه وحتى ولو اعترف كل من البائع والمشتري بتوقيعهما عليه [7] ص 847.

فيبقى العقار مملوكا للبائع يستطيع أن يتصرف فيه كما يريد ولا ينتقل إلى المشتري، إذ لا يمكن لهذا الأخير المطالبة بتسليم العقار، كما لا يستطيع أن يتصرف فيه ويجوز للبائع أن يرفع دعوى بطلان العقد العرفي إذ هي لم تتقادم لأن دعوى البطلان كما سبق وأن ذكرنا في دراستنا تتقادم بمضي خمسة عشرة سنة من يوم وقت إبرام العقد طبقا لما تقضي به المادة 102 من القانون المدني الجزائري.

وله أن يتمسك بالدفع بالبطلان إذا ما رفع عليه المشتري دعوى يطالب فيها بإتمام إجراءات البيع أمام الموثق، لأن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم عملا بقاعدة الدفع لا تسقط بالتقادم [15] ص 12.

وإذا كان البائع قد سلم العقار المبيع إلى المشتري وإنقضت دعوى البطلان بالتقادم بمرور خمسة عشرة سنة من يوم وقت إبرام العقد جاز للبائع أن يرفع دعوى إستحقاق يسترد بها العقار، لأن دعوى الإستحقاق لا تتقادم .

ولا يستطيع المشتري أن يملك العقار في العقد العرفي الباطل بالتقادم العشري المنصوص عليه في المادة 722 من القانون المدني الجزائري ولو كان حسن النية، لأن عقد البيع الباطل لا يصلح سببا صحيحا .[3]ص1.

بمفهوم المادة السابقة الذكر والتي جاء فيها : (إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح، فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات .

ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق .

والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب الحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند) .

وجدير بالملاحظة أنه يمكن للقاضي إثارة مسألة بطلان العقد العرفي من تلقاء نفسه عملا بأحكام المادة 102 من القانون المدني والتي جاء فيها : (إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة) .

وعلى القاضي أن يعيد المتعاقدين في عقد البيع العقاري العرفي إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ولا يكون ذلك إلا بإلزام المشتري بترك العين المبيعة على أن يرد البائع ثمنها .

وإسترداد كل متعاقد لما أعطاه، إنما يكون على أساس إسترداد ما دفع دون وجه حق بعد أن تقرر بطلان العقد . لأن عقد بيع العقار بموجب عقد عرفي بإعتباره عقدا باطلا لا تنشأ عنه أية إلتزامات، لأن العقد الباطل هو والعدم سواء والعدم لا ينتج أي أثر .

أما المشرع المصري بخلاف المشرع الجزائري، فهو إعتبر البيع العقاري العرفي صحيحا لأنه كما سبق ذكره أن عقد بيع العقار يعتبر في القانون المصري عقدا رضائيا يكفي في إنعقاده توافق الإيجاب والقبول.

وعليه فعقد بيع العقار العرفي هو عقد صحيح يرتب على عاتق البائع إتخاذ الإجراءات اللازمة لنقل الملكية[11]ص253.

فيتعين على البائع تقديم العقد العرفي المتضمن نقل ملكية عقارية للتسجيل بعد أن يصادق على التوقيعات التي يحملها العقد العرفي من قبل موظف مختص بمكتب الشهر العقاري والتوثيق، وذلك بعد أن يتحقق هذا الموظف من شخصية الموقعين، وذلك تفاديا لتزوير التوقيعات أو لإنتحال شخصية العاقدين [10]ص388.

وقد ذهب المشرع المصري أبعد من هذا، حيث إعتبر البيع العقاري صحيحا حتى ولو تم مشافهة شريطة أن يثبت المشتري حصول التعاقد على بيع العقار.

ولكن قد ينكر البائع صدور البيع منه، وقد يمتنع عن الذهاب إلى جهة الشهر للتصديق على توقيعه أو يمتنع عن إتخاذ إجراءات مطلوبة منه لإجراء تسجيل العقد، وقد تصدى القانون المصري لهذه الحالة وأجاز للمشتري طلب تنفيذ إلتزام البائع بنقل الملكية تنفيذا عينيا وذلك عن طريق دعوى صحة التعاقد .

وإذا صدر الحكم لصحة ونفاذ عقد البيع فإن للمشتري أن يسجل هذا الحكم، ولو لم تأمر المحكمة بتسجيله فيقوم هذا التسجيل مقام تسجيل العقد العرفي المتضمن نقل الملكية العقارية وذلك دون حاجة إلى تسجيل ذلك العقد، إلا إذا كان الحكم قد أحال العقد العرفي فيجب تسجيل العقد مع الحكم بإعتباره مكمل له [25]ص122-123, وإذا كانت صحيفة الدعوى قد سجلت فيكتفي بالتأشير على هامش تسجيله بالحكم وتنتقل الملكية إلى المشتري من تاريخ تسجيل الحكم أو التأشير به وليس من تاريخ تسجيل دعوى صحة التعاقد .

وكما يجوز رفع دعوى صحة التعاقد على البائع فإنه يجوز رفعها على ورثته، فوفاة البائع قبل نقل الحق المبيع لا يحول إلتزامه بنقل الملكية إلى إلتزام بالتعويض، بل يكون للمشتري أن يطالب ورثته بتنفيذ ما كان يلتزم به مورثهم، كذلك إذا توفي المشتري جاز لأي من ورثته أن يرفع دعوى صحة ونفاذ عقد البيع في مواجهة البائع. [25]ص123.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن قانون التسجيل الصادر في 26 جوان 1923 لم يغير من طبيعة عقد البيع من حيث هو عقد من عقود التراضي التي تتم وتنتج آثارها بمجرد توافق الطرفين وإنما هو فقط قد عدل آثاره بالنسبة للعاقدين وغيرهم، فجعل نقل الملكية غير مترتب على مجرد العقد بل أرجأه إلى حين حصول التسجيل وترك لعقد البيع معناه وباقي آثاره [10]ص391.

وعليه فبيع العقار في القانون المصري سواء تم بموجب عقد رسمي أو بموجب عقد عرفي، أو حتى إذا لم تتبع فيه أية شكلية معينة فهو يعتبر بيعا صحيحا ومنتجا لكافة آثاره .

أما موقف القانون الفرنسي من العقود العرفية المتضمنة نقل ملكية عقارية فيعتبرها عقود بيع صحيحة، ذلك أن البيع العقاري في القانون الفرنسي لا يشترط صبه في شكل إلزامي معين، بل يكفي فيه توافق إرادة الطرفين على الشيء المبيع والثمن، فهو إعتبر عقد بيع العقار من عقود التراضي. [26]ص1012.

وقد حذا المشرع المصري حذو المشرع الفرنسي في إعتبر البيع العقاري من عقود التراضي إلا أن إنتقال الملكية في عقد البيع العقاري في القانون المصري لا يتم إلا بعد إتخاذ إجراءات التسجيل بينما في القانون الفرنسي تنتقل الملكية بمجرد التعاقد .

وقد جاء في نص المادة 1586 من القانون المدني الفرنسي :

(la Vente est une convention par la quelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à payer le prix .
elle peut être faite par acte authentique ou par acte sous seing privé).

وقد جاء أيضا في نص المادة 1583 من القانون المدني الفرنسي :

(Elle est parfaite entre les parties est la propriété est à acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur .des qu'on est convenu de la chose et du prix .quoique la chose n'ait pas été livrée ,ni le prix payé).

يفهم من نص المادة الأولى أن البيع هو إتفاق يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بتسليم الشيء المبيع ويلتزم الطرف الثاني بدفع الثمن، ويتم البيع إما بموجب عقد رسمي أو بموجب عقد عرفي .

ويفهم أيضا من نص المادة الثانية أن البيع يكون تاما وصحيحا بمجرد توافق الإرادتين حول الشيء المبوع والثلث .

وهذا ما أكدته الإجتهد القضائي الفرنسي عند تحليله وبحثه في المادة 1582 من القانون المدني الفرنسي وخاصة الفقرة الثانية، والتي جاء فيها أن عقد البيع يتم إما بموجب عقد عرفي أو عقد رسمي، يفهم من هذه الفقرة أن المشرع الفرنسي قد إشتراط الكتابة في البيع، لكن الاجتهاد القضائي الفرنسي أكد على أن عقد البيع حتى ولو لم يتم في شكل كتابي، فهو عقد صحيح، وهذا ما أكدته المادة 1583 السالفة الذكر .

وهذا ما أكدته أيضا القضاء الفرنسي بموجب القرار الصادر عن الغرفة المدنية بمحكمة الإستئناف بتاريخ 17 جويلية 1930 حيث إعتبر البيع غير المفرغ في شكل كتابي صحيحا شريطة أن يكون هناك توافق في إرادة الأطراف [27] ص76.

وجدير بالإشارة أن القانون الفرنسي يشترط لشهر عقد البيع العقاري أن يفرغ هذا الأخير في الشكل الرسمي، وهذا ما أكدته المادة 04 من المرسوم رقم 25-22 المؤرخ في 04 جانفي 1955 المتضمن الشهر العقاري، والتي جاء فيها .

(Tout acte Sujet à publicité dans des bureaux des hypothèques doit être dressé en la forme authentique) .

لكن الملاحظ أن المادة 04 لم تشترط الرسمية في عقد البيع العقاري كركن للإنعقاد وإنما تشترطها في العقد موضوع الشهر، وهذا حتى يكون انتقال الملكية معتبرا بالنسبة إلى الغير . [27] ص77.

كما سبق وأن ذكرنا أن إنتقال الملكية في القانون الفرنسي يكون بمجرد التعاقد لكن هذا ما بين أطراف العقد، لكن إنتقال الملكية لا يكون معتبرا في مواجهة الغير إلا من وقت شهر العقد في مكتب الشهر الذي يقع في دائرته العقار المبوع .

لكن هذا لا يعني أن عقد البيع العقاري في القانون الفرنسي هو عقد شكلي بل على العكس، هو عقد رضائي يكفي فيه كما سبق وأن ذكرنا توافق فيه إرادة أطراف العقد دون حاجة إلى صبه في شكل معين، وسواء تم البيع في شكل رسمي أو في شكل عرفي أو حتى مشافهة، فهو بيع صحيح ما دام أن إرادة الأطراف إتجهت إلى إبرام عقد البيع العقاري.

خلاصة القول أن المشرع الجزائري خالف كل من المشرع المصري و المشرع الفرنسي، وإعتبر البيوع العرفية العقارية باطلة مطلقا،حتى ولو ثبتت صحة العقود العرفية المتضمنة نقل ملكية عقارية،حتى ولو إترف كل من البائع و المشتري بتوقيعها عليه،وذلك لتخلف ركن الشكل الرسمي في عقد البيع العقاري لأنه يعتبر ركنا للإنعقاد كما سبق وأن تطرقنا في دراستنا يترتب على تخلفه البطلان المطلق وهذا ما تؤكدته المادة 12 من قانون التوثيق القديم،والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري .

2.2.3 موقف القضاء الجزائري من البيع العقاري العرفي

رأينا فيما تقدم أنه من الناحية القانونية يعتبر بيع العقار باطلا بطلانا مطلقا إذا حرر في شكل عرفي،ورغم وضوح دلالة النصوص القانونية ظلت المحكمة العليا في عدد من قراراتها متضاربة في تأويل الشكلية الرسمية المنصوص عليها في المادة 12 من قانون التوثيق القديم والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني .وذلك لمدة زمنية معتبرة،لأنه بعد ذلك تراجعت المحكمة العليا عن موقفها في قرار الغرف المجتمعة الشهر الصادر في 18 فيفري 1997.

ونعلم أن القضاء لا يلجأ إلى عملية الإجتهد إلا إذا وجد فراغا في القانون،فهو يتدخل لسد هذا الفراغ،وفي هذه الحالة يقوم بخلق القاعدة القانونية،أو إذا وجد نصا غامضا قد يحتمل أكثر من معنى فهو يتدخل لإزالة هذا الغموض [28]ص11, أما إذا وجد نصا واضحا قاطع الدلالة، فإنه ملزم بتطبيقه حيث لا إجتهد أمام وضوح النص وعليه نتساءل هل نص المادة 12 من قانون التوثيق القديم أو نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني يعتبر نصا غامضا يحتمل أكثر من معنى مما دفع المحكمة العليا أن تلجأ إلى عملية الإجتهد؟.

سنحاول دراسة هذا المطلب في فرعين، نتناول بالدراسة في الفرع الأول الإتجاه القديم للمحكمة العليا من البيع العقاري العرفي، وفي الفرع الثاني سنتناول الإتجاه الجديد للمحكمة العليا من البيع العقاري العرفي .

1.2.2.3 الإتجاه القديم للمحكمة العليا من البيع العقاري العرفي

لقد كانت قرارات المحكمة العليا متضاربة في تأويل الشكلية الرسمية كما سبق قوله، فهناك إتجاه يكيف الشكلية الرسمية على أنها شكلية غير مباشرة كونها واجبة من قبل الإثبات أو لنقل الملكية فقط و من ثم فلا يؤثر تخلفها على صحة العقد، كما إعتبرت أيضا أن البيع العقاري العرفي بيعا صحيحا يرتب إلتزامات شخصية بموجبها يستطيع أحد المتعاقدين مطالبة الآخر بتنفيذ إلتزامه بتحرير عقد البيع في شكل رسمي مؤيدة في ذلك إتجاه المحاكم التي تقضي بصحة العقود العرفية وإلزام البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري وفي حالة إمتناع البائع عن القيام بذلك قام الحكم مقام العقد [3] ص123 .

وهناك إتجاه قضائي آخر بالمحكمة العليا يرى العكس، فيعتبر الشكلية الرسمية التي أشار إليها نص المادة 12 من قانون التوثيق القديم والمادة 324 مكرر 01، ركنا في العقد يرتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد .

و من بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي أخذت بالرأي الأول نذكر على سبيل المثال :

القرار المؤرخ في 30 مارس 1973 (ملف رقم 30950 بين ل.م و ز.م) حيث تعلق الأمر بعقد إيجار تسيير حر لمحل تجاري معد للدعارة لم يحرر في الشكل الرسمي . ولقد كانت الطاعنة (وهي المستأجرة) تطالب المطعون ضده (وهو المؤجر) بتوثيق العقد، فلم يقبل طلبها لأن العقد غير موجود لتخلف ركن الشكلية، بل لعدم مشروعية السبب [29]ص723, ويمكن أن يستنتج من هذا الحال أو المثال أن القضاة إعتبروا العقد صحيحا رغم تخلف الشكل الرسمي .

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر لها أصدرته في 21 أكتوبر 1990 الذي جاء فيه : (إن عملية الشهر العقاري هي وحدها تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 12 من الأمر المتعلق بتنظيم التوثيق والمادة 793 من القانون المدني.....). وهذا يعني أن الغرض من الشكلية هو نقل الملكية.

وفي القرار المؤرخ في 06 جانفي 1993 (ملف 95744) يقول قضاة المحكمة العليا:

(حيث أن الطاعن ليس له أي حق في طلب إلغاء العقد العرفي الذي إشترت به المطعون ضدها لأنه ليس طرفا في العقد ومن جهة أخرى فإن المادة 12 ألغيت وأصبحت المعاملات الآن حرة البيع والشراء، ولذا فالوجه غير سديد) [29]ص724, ويظهر أن قضاة المحكمة العليا من خلال هذه الحيثية قد تجاهلوا تماما المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

وفي قضية بيع قطعة أرض بموجب عقد عرفي تم إبرامه في 03 جوان 1974، قضت المحكمة العليا في قرارها الصادر في 07 ديسمبر 1983 نقضت قرارا أصدره مجلس قضاء الجزائر في 10 نوفمبر 1981 يقضي فيه ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع قطعة أرض وقررت أنه "حيث يثبت من الوقائع أن الشروط الموضوعية على الوثائق اللازمة لإتمام المعاملة بالشكل القانوني، وأن الكتابة الرسمية لم تتم إلا بسبب تعنت أحد المتعاقدين جاز للقضاة أن يلزموا الطرف المماطل بالتمثل أمام الموثق لإنجاز البيع إستنادا إلى إلتزامه الشخصي الناتج عن عقد البيع نفسه"[7]ص845.

كما قضت المحكمة العليا في قرار آخر أصدرته في 30 ماي 1985، نقضا لقرار صادر عن المجلس القضائي لمستغانم في 14 مارس 1984 يقضي ببطلان عقد عرفي يتضمن بيع مسكن ومبرم في 1976 بما يلي : "حيث أنه وبدون التوقف عند الوجه المثار من طرف المدعي في الطعن والمأخوذ من الخطأ في تطبيق الأمر.

المؤرخ في 15 ديسمبر...1970.. يتعين التسجيل هنا بأن البيع المذكور معترف به بصورة قطعية من الطرفين المتعاقدين وبأن الشيء المبيع ثابت وبأن السعر متفق عليه ومحدد ومسدّد من طرف المشتري للمدعي الذي يعترف بذلك . وأن هناك تسليم وإستلام لحيازة العقار المبيع مع الأشغال المنجزة وشغله منذ حوالي عشر سنوات . وأنه لا يحق للمدعي عليه في الطعن التمسك بخطأ إرتكبه للتوصل عن إلتزاماته إعتقادا على مقتضيات الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 خاصة وأن المشتري حاز الشيء المبيع وشغله وسدّد ثمنه بإعتراف البائع وأنه يتعين بالتالي تطبيق مقتضيات المادة 106 وما يليها من القانون المدني في هذه القضية والتصريح بأن العقد الأنف الذكر المبرم بين الطرفين والمنفذ من الجانبين ينتج آثاره كاملة"[7]ص845-846.

سبق وأن ذكرنا في دراستنا سابقا أن العقد العرفي المتضمن نقل ملكية عقارية يعتبر باطلا بطلانا مطلقا حتى ولو ثبتت صحته وحتى ولو إعترف كل من البائع والمشتري بتوقيعهما عليه . والقول بتطبيق المادة 106 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها : (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون) .

فعلا العقد شريعة المتعاقدين، لكن لا يعني هذا مخالفة النصوص القانونية، فليس للمتعاقدين أن يتفقوا على مخالفة القانون وأن يكتفوا بصب إتفاقهم في شكل عرفي ، رغم أن القانون يتطلب تحريره أمام موظف عمومي، وإتفاق الأطراف على إبرام العقد الرسمي مجرد من الشكل المنصوص عنه في القانون، لا ينشئ العقد ولا ينتج آثاره ولو أقر الأطراف بحصول العقد [2]ص22.

كما جاء في قرار الغرفة المدنية رقم 61.796 المؤرخ في 19 نوفمبر 1990 (غير منشور) .

(حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 من القانون المدني وليس المادة 12 من الأمر 70-91 غير قابلة للتطبيق لقضية الحال .
وأن المشرع قد قصد فعلا تخصيص مكانا للعقد العرفي في العلاقات ويعد في نظر القانون مصدر إلتزامات بين الطرفين) .

كما أكد هذا الإتجاه قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 5 ماي 1995 تحت رقم 181. 108 حيث جاء فيه: (وأنه بإحالة الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي ، فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا سليما، وأنه لا يمكن للمدعي الإحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط) .

يتبين لنا من هذه القرارات أن بيع العقار ليس عقدا شكليا بل هو عقد رضائي يكفي لتمامه تطابق إرادتي البائع والمشتري على البيع و المبيع والتمن، أما الشكل الرسمي الذي يجب تحت طائلة البطلان أن يحرر فيه البيع ،فهو ليس شرطا لإنعقاد البيع وما هو إلا شرط لإثبات العقد ونفاذه في حق الغير . ولا يعدو أن يكون إلا إلزاما من الإلتزامات التمهيدية لنقل الملكية التي نصت عليها المادة 361 من القانون المدني.

وقد كان موقف المحكمة العليا هذا مبررا بالحجج التالية: [3]ص128.

- 1/- أن البيع ينتج آثاره بمجرد تبادل الإيجاب والقبول وتحديد ثمن العين المبيعة . أما الإجراءات التي فرضتها المادة 364 مكرر 01 من القانون المدني ما هي سوى إجراءات لتمام العقد .
- 2/- أن المادتين 351 ، 361 من القانون المدني الجزائري تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والإمتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل نقل الملكية عسيرا أو مستحيلا .
- 3/- أن المادة 364 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري جاءت في صالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط .

ويرى الأستاذ حمدي باشا عمر في كتابه "نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام" . أن الإحتكار الذي كان ممنوحا لصالح البلديات فيما يخص المعاملات العقارية في المجال الحضري المنشأ بموجب الأمر 74-26 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتعلق بالإحتياطيات العقارية للبلدية السابق الإشارة إليه. الذي كان يستثني الأراضي المعدة للبناء التي تقع داخل المنطقة العمرانية من التداول بين الأشخاص إلا لصالح البلدية مقابل ثمن تقويمه من قبل مصالح أملاك الدولة هو الذي جعل المواطنين يلتجئون بشكل مكثف إلى المعاملات العرفية، وهو ما جعل المحكمة العليا تتماشى مع هذا الواقع الإجتماعي، وتتعاطف مع المتقاضين الذين تعاملوا في أملاكهم العقارية بموجب عقود عرفية .

وتجدر بنا الإشارة إلى أن الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20 فيفري 1974 المتعلق بالإحتياطات العقارية للبلدية قد ألغي بموجب المادة 88 من القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري .

ويوافق المحكمة العليا في إتجاهها الأستاذ زروق قدور في رسالته "الطبيعة القانونية للبيع العقاري". فهو يرى أن الحكم الوارد في المادة 12 من الأمر المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 لا يجعل من البيع العقاري عقدا شكليا فهو ينعقد بمجرد تراضي الطرفين، ولا يخضع هذا التراضي لأي شكل خاص . والشكل الرسمي المشترط فيه ليس إلا شرطا للإثبات على عكس الهبة التي إشتراط الشكل الرسمي فيها للإنعقاد، ذلك أن الهبة تصرف قانوني خطير بالنسبة للواهب وعائلته لأنه يفقره دون مقابل [7]ص843, كما هو الشأن في القانون المصري .

وردنا على ذلك أن المشرع الجزائري إشتراط الشكل الرسمي في جميع العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية، وذلك بصورة واحدة سواء تم نقل الملكية العقارية عن طريق الهبة أو المبادلة أو البيع إذن فلا يجوز أن نطبق الجزاء الذي نص عليه وهو البطلان إذا تخلف الشكل الرسمي بصورة مختلفة ونقول أنه يمس صحة العقد إذا كان تصرفه هبة ولا يمسه إذا كان التصرف بيعا ، بإعتبار أن عقد الهبة أخطر من عقد البيع فالمشرع إعتبر هذه العقود كلها خطيرة بالنسبة للأطراف وتستوجب التروي والتفكير والتبصر .

إضافة إلى هذا فإن الحكم الذي تضمنته المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لا يدع أي شك في أن الشكل الرسمي هو ركن من أركان العقد وأن الجزاء الذي أقره المشرع عند تخلف الشكلية الرسمية هو البطلان المطلق للعقد وهذا يفيد قطعا وبصفة واضحة أن الأمر يتعلق بركن من أركان العقد وليس بمجرد وسيلة إثبات . ولو كان الغرض من الشكلية الرسمية هو إثبات التصرف القانوني لكان التصرف صحيحا ولو لم يحترم المتعاقدان الشكلية المقررة [29]ص726.

كما أنه لا حاجة للإثبات إلا في حالة إنكار أحد المتعاقدين للتصرف، ويمكن تجاوز هذه العقبة في بعض الحالات عن طريق القرائن وفي كل الحالات فإن إنعدام وسيلة الإثبات لا يترتب البطلان، وأي منطلق يقول ببطلان العقد لإنعدام إثباته [29] ص 726.

ولا يمكن كذلك إعتبار هذه الشكلية مجرد إجراء لنفاذ العقد، كأن ينقل الملكية العقارية بين الأطراف في مواجهة الغير لأن تخلف هذه الإجراءات لا ينال من صحة العقد فإنعدام الشهر العقاري لا ينال من صحة العقد بل يحد من فعاليته فقط في مواجهة الغير وفي بعض الأحيان حتى بين المتعاقدين .

إن عدم نفاذ العقد يعني أنه لا يمكن للمتعاقد أن يحتج بالعقد في مواجهة الغير، ولكن تجاهل الغير للعقد لا يعني عدم وجوده بين المتعاقدين بل العقد موجود وصحيح وسيصبح نافذا في حق الغير بعد القيام بالإجراءات المقررة لذلك [30] ص 108.

فالبطلان هو جزء مرحلة إنعقاد العقد بينما نفاذ أو إثبات العقد هما مسألتان تعنيان مرحلة ما بعد إنعقاد العقد. وإذا كان العقد غير النافذ أو العقد الذي يتعذر إثباته يساويان من الناحية العملية العقد الباطل، فيبقى أن هناك فرقا كبيرا بين هذه الأوصاف القانونية .

و من بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تعتبر الشكلية الرسمية ركنا من أركان العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد نذكر:

القرار المؤرخ في 07 جويلية 1982 (ملف رقم 25699) حيث يرى القضاة:
(..... أن المادة 12 من الأمر التشريعي رقم 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار تحت طائلة البطلان حيث أن البطلان التي تنص عليه المادة 12 من قانون 12 ديسمبر 1970 بطلان مطلق لا يقبل الإجازة طبقا للقانون المدني الجديد) . فمن المعروف فقها وقضاء أن البطلان المطلق يترتب على تخلف الركن ومن ثم يمكننا القول أن المحكمة العليا جعلت من الشكلية الرسمية ركنا من أركان العقد.

وجاء كذلك في القرار المؤرخ في 18 ديسمبر 1982: (.....أنه إذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد إتفاق بين إرادتين فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون وبصورة إستثنائية توفر شكل من الأشكال الرسمية ، حيث يصبح تدخل الموثق وتحت طائلة البطلان واجبا).

يتضح من كل هذه القرارات ومن تواريخ صدورها أن هناك تناقضا وتضاربا في تأويل الشكلية الرسمية يجب وضع حد له، وهذا ما قامت به المحكمة العليا لهيئة الغرف المجتمعة من خلال القرار الشهير الصادر في 18 فيفري 1997.

2.2.2.3 الإتجاه الجديد للمحكمة العليا من البيع العقاري العرفي

ظلت المحكمة العليا ردحا من الزمن في عدد من قراراتها متضاربة في تأويل الشكلية الرسمية كما سبق قوله إلى غاية 18 فيفري 1997، حيث إجتمعت المحكمة العليا بجميع غرفها بأمر من الرئيس الأول وقررت بالتاريخ المذكور في القرار الحامل لرقم 136,156: (حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الإستئناف إعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1988 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن إلى المطعون ضده عقدا صحيحا مكتملا الشروط الخاصة بوصف المبيع وتحديد الثمن وترتب عليه إلتزامات شخصية ونتيجة لذلك قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع.

حيث أن قضاءهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 01 من القانون المدني لكونهما تشترطان في بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف وكذا حقوق الغير وإلا كان باطلا.

حيث أن الشكل الرسمي في بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته و أن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن إلتزامات شخصية على عاتق البائع و الشاري 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 .

وضمن هذه الظروف أنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمرؤا بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني .
وبما أن القرار المنتقد لم يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض .

وما نعييه على قرار الغرف المجتمعة للمحكمة العليا، عدم دقته في إنتقاء المصطلحات القانونية الصحيحة، لأن الرسمية وعلى خلاف ما ذهب إليه قرار المحكمة العليا لا تعد شرطا لصحة العقد، بل ركنا ركينا فيه لأن الركن يتعلق بوجود العقد بينما الشرط هو مسألة أقل أهمية تخص على العموم صحة التراضي*.

وجاء أيضا في قرار المحكمة العليا السابق الإشارة إليه ما يلي :

(حيث إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن إلتزامات شخصية على عاتق البائع و الشاري 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) .

وإعتقادنا أن هذا القول غير صحيح، لأن العقد العرفي المتعلق ببيع محل تجاري لا يعتد به لأنه أصلا منعدم وغير موجود قانونا إذ أنا تخلف ركن الشكلية يحول دون إنعقاد أو قيام العقد ويستحيل إذن إنشاء أي إلتزام أيا كان نوعه على عاتق الأطراف[29]ص727.

لكن رغم هذا فإن قرار المحكمة العليا قد فصل في نقطة قانونية هامة تتمثل في مدى صحة العقود العرفية، حيث قضى ببطلانها وأمر بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد. وهذا القرار قد حدد موقف المحكمة العليا من العقود العرفية التي تبرم بشأن بعض التصرفات التي يشترط القانون صياغتها في الشكل الرسمي، وبذلك تكون المحكمة العليا قد وضعت حدا للتباين والاختلاف الموجود ضمن الأحكام والقرارات التي تصدر عن الجهات القضائية والتي تقضي أغليبتها بصحة العقد العرفي وتلزم الأطراف بصياغته في الشكل الرسمي .

وهذا العمل لم يكن سهل التكريس، إذ أن عرض الملف رقم 136.156 السابق الإشارة إليه على الغرفة المختلطة للمحكمة العليا للنظر فيه وفقا لأحكام المادة 20 وما يليها من القانون رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها لكون مسألة العقد العرفي طرحت إشكالات جدية خاصة بالتأويل القانوني .

فاجتمعت الغرفة المختلطة المكونة من قضاة الغرفة المدنية وقضاة الغرفة التجارية والبحرية بتاريخ 21 ماي 1996 وتمت مناقشة الإشكال القانوني المتعلق بمدى حجية العقود العرفية لكن بدون الخروج برأي موحد، لأن الغرفة المدنية تمسكت بموقفها القائل بصحة العقود العرفية وكذلك الأمر بالنسبة للغرفة التجارية و البحرية التي تمسكت بموقفها القائل ببطلان العقود العرفية المنصبة على بيع المحل التجاري أو العقار [3] ص 103.

وعليه قررت الغرفة المختلطة إحالة الملف على الغرف المجتمعة للفصل فيه، ولقد إنتهت هذه الإجراءات بالقرار الصادر في 18 فيفري 1997.

وتجدر بنا الملاحظة أن الحل القانوني الذي أعطته الغرف المجتمعة يتعلق بمدى صحة العقود العرفية التي تتضمن بيع المحلات التجارية، لكن يمكن توسيع نطاق هذا القرار ليشمل أيضا جميع المعاملات الواردة في صلب نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني وخاصة تلك التي تتعلق ببيع العقارات، وهو الشيء الذي أكدته المذكرة الصادرة عن المفتشية العامة لوزارة العدل بتاريخ 1997 تحت رقم 97/02، وأيضا القرار الصادر عن الغرفة العقارية وأيضا القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا في 23 ماي 1997 تحت رقم 148.541.

(من المقرر قانوناً أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر على الشكل الرسمي).

ومن ثم فإن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون ولم يخالف الإجتهد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار الصادر في 18 فيفري 1997 تحت رقم 136.156.

وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين، فإنهم طبقوا صحيح القانون).

ونؤيد رأي الأستاذ عمر زودة في تعليقه على قرار المحكمة العليا رقم 136.156 المؤرخ في 18 فيفري 1997، قوله أن صياغة نص المادة 12 من قانون التوثيق القديم ومن بعده صياغة نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني لا تدعو إلى أي إجتهد، ولا يطرح النص أي إشكال قانوني حيث تعتبر صياغة النص صياغة جامدة لم تترك أي مجال للتأويل أو التفسير فهو قطعي الدلالة جاءت عباراته واضحة، فقد إستعمل المشرع الجزائري عبارة تحت طائلة البطلان إذا لم يحرر العقد في شكل رسمي، وإستعمل المشرع لهذه العبارة هو للتأكيد على صرامة الحكم الذي أتى به وهكذا تبدو إرادة المشرع واضحة .

فالقرار الصادر عن المحكمة العليا رقم 136.156 السابق الإشارة إليه، قد أتى بجديد ولكنه لم يأت بإجتهد، لأن القضاء عندما يقوم بتطبيق القانون تطبيقاً آلياً فهو لا يجتهد.

فعندما يقرر القاضي بطلان عقد بيع العقار الذي حرر في شكل عرفي فهو يلتزم بتطبيق نص المادة 324 مكرر 01 تطبيقاً آلياً، حيث أصبحت عقود بيع العقار عقوداً شكلية منذ سريان قانون التوثيق.

خلاصة القول أن الإتجاه السابق للمحكمة العليا كان متضارباً في تكييف الشكلية الرسمية المنصوص عليها في المادة 12 من قانون التوثيق القديم والمادة 324 مكرر 01 من القانون المدني.

لكن المحكمة العليا قد تراجعت عن موقفها السابق في القرار الصادر بتاريخ 18 فيفري 1997 تحت رقم 136.156 السابق الإشارة إليه، فأصبح الإتجاه الجديد للمحكمة العليا يرى أن بيع العقار إذا لم يفرغ في شكل رسمي يعد باطلا بطلانا مطلقا إستنادا إلى نص المادة 324 مكرر 01 المذكورة أعلاه، وهذا النوع من البطلان لا تلحقه إجازة من قبل أحد المتعاقدين ولا يمكن تصحيحه من قبل القضاة، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها.

ويترتب على بطلان العقد كما جاء في قرار المحكمة العليا إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليهما قبل إبرام العقد وهذا تطبيقا للمادة 103 من القانون المدني .

12

01 324

—

—

-

-

.

1997 18

01 324

12

.

103

.

.

.

.

18

136.156

1997

الملاحق

1979 18

/ - . . . :

- . . :

239 233 231

1989 12

.1996 21

1996 30

96/939

1989 12 24 23

1994 29 . . -

- 1994 30

-1993 10

1988 22

- - -

- - -

- - -

: : _____

79

01 324

1988 22

01 324 79 -

-

-

103

.1994 03

97/02 1997

: _____

)

1997

18

"

136,156

"

.....

.(

قائمة المراجع

- 1 .
- -
- .1986
- " -2
- " (1982. 18
- . -3
- .2000 :
- . -4
- .1973
- " -5
- " . (2000) 9
- " - -6
- " . (1999) .7
- " . -7
- "
- " . (1994).04
- " . -8
- " .1994 :
- " -9
- " . (2000).10

-3-	.	-10
.1990	.	
-	.	-11
.	.	-12
	.1980 :	
. (1992) 01		-13
		-14
	.(2000) .10	
-	.	-15
.1988	:	-
	.	-16
	:	
	.1996	
"		-17
.(1999) . 6	"	
). 5	"	-18
	.1998	
	.	-19
3	-	-
	.1988	:
	.	-20
.1973	.	
	.	-21
.2001	.	

.2002

-Dictionnaires des droits d'enregistrement, timbre, greffe .quatrième édition -23tome quatrième paris 27 place dauphine : éditeur librairie de la cour de cassation (1940).

.(1992) 02 - -24

.1975 . -25

-26

-2000 Dalloz Action. Droit de la gestion de l'immeuble. Sous la direction de jean luc-auberd , Dalloz31-35 rue froidevaux 75685 paris cedex 14, édition dalloz (1999).

-Younsi hadad N.l'acte sous seing privé et les transactions immobilières

27.

Revue de l'école nationale d'administration .volume 8 numéro 1 .(1998).

136.156 " -28

" 1997 18

.(1999)07

" " -29

.3

-30