

رابعا : ركن الشكل - (الرسمية)

تعد الرضائية بمثابة القاعدة العامة في التعاقد وهو الأمر الذي كرسته المادة 59 من القانون المدني الجزائري ولكن هناك استثناء يرد على هذه القاعدة ألا وهو تطلب الشكلية بعض العقود حيث يعد الشكل فيها ركنا رابعا لا يكتمل انعقاد العقد إلا بتوفره ، وقد اقتصر الشكل كركن في العقد في التشريع الجزائري على الكتابة الرسمية دون غيرها من الشكليات التي قد ترافق تكوين العقد .

(أ) تعريف الرسمية :

إن ما يهمننا في تكوين العقد هو الشكلية المباشرة وهي التي تكون ركنا في تكوين العقد و الشكل بالمعنى الواسع فهو عبارة عن كل إجراء يرفق بإرادة المتعاقد من أجل انعقاد العقد فقد يكون فعل مادي كالتسليم أو الكتابة أو شهر التصرف أو التصريح به أو الحصول على رخصة مسبقة... الخ . وهو كذلك ميعاد أو مدة مرتبطة بقيام التصرف . أما الشكل الذي نقصده هنا والذي سنحاول دراسته هو الشكل بالمعنى الضيق والمقتصر على الرسمية أي الكتابة الرسمية فقط هذه الكتابة المعدة لانعقاد أما الكتابة المعدة للإثبات فلا تعد ركنا في العقد¹ لأنه بدون هذه الأخيرة العقد يتم ويرتب آثاره كما هو الحال بالنسبة لعقد القرض الذي تزيد قيمته عن مائة ألف دينار ينشأ صحيحا ويرتب آثاره لكن الإشكال يطرح في حالة حدوث نزاع ففي هذه الحالة لا يمكن إثبات وجوده إلا عن طريق الكتابة . وهناك نوع آخر من الشكلية لكنها ليست لانعقاد كما هو الحال في عقد الإيجار الذي يجب صبه في نموذج معين وفق ما جاء في المرسوم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري .

والمقصود بالشكلية في العقد إذا هي ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركن من أركانه إذ لا بد منه لقيام التصرف وبالتالي فهو ركن في العقد الشكلي إضافة إلى الأركان سالف الذكر ، وبالتالي فهي تتصل مباشرة بتكوين العقد و يترتب عن انعدامها انعدام التصرف أي انعدام العقد ووقوعه تحت طائلة البطلان .

(ب) تعريف العقد الرسمي :

عرفت المادة 324 العقد الرسمي تعريفا عضويا وشكليا أي بالنظر إلى صفة الشخص الذي يصدر عنه والشكل الذي يصدر فيه وذلك كما يلي ((العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته واختصاصه))

¹ - راجع الأستاذ نبيل محمد عبد اللطيف ، مبادئ ونماذج العقود الرسمية والعرفية ، دار الفكر العربي ، طبعة 1990 ، ص 16 .

المحاضرة الثالثة عشر

ومن خلال هذا التعريف يمكن أن نستخلص مجموع العناصر أو الشروط الواجب توافرها في العقد الرسمي حتى يكون صحيحا (توفر ركن الشكل للانعقاد) وتكون له الحجية المقررة قانونا (معد بشكل جيد للإثبات وهذا غير مطلوب في دراستنا) وهذه العناصر ثلاث وهي :

ب-1- صدور العقد الرسمي من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة :

1- الموظف العمومي: وهو كل من عين من طرف الدولة بوصفها السلطة العامة . للقيام بوظيفة ما داخل الجهاز الإداري للدولة أو إحدى جماعاتها المحلية.

2- الضابط العمومي : إن أول استعمال لهذا المصطلح في التشريع الجزائري جاء في القانون (27/88) المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن قانون التوثيق ، وقد تزامن مع صدور تعديل القانون المدني وقانون العقوبات والذين احتويا بدوريهما على نفس المصطلح وذلك لتحقيق الانسجام .

ويعرف الضابط العمومي تعريفا وظيفيا بأنه (شخص يضطلع بممارسة جزء من السلطة العامة التنظيمية على سبيل التفويض بمقتضى القانون من أجل ضمان إدارة وتسيير مرفق عام) مثل الموثق والمحضر .

3- الشخص المكلف بخدمة عامة : هذا المصطلح موجود فقط في ميدان تحرير السندات الرسمية وليس له أي مدلول في القانون الجزائري ، ولكن جرت العادة لدى كثيرا من الشراح والكتاب على استعماله على رؤساء البلديات والخبراء¹.

ب-2- أن يتصرف الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصاته (إقليميا وموضوعيا).

ب-3- مراعاة الأوضاع الشكلية التي يفرضها القانون² .

ج- أنواع العقود الرسمية :

وقد اعتاد رجال القانون على الخلط بين العقد كتصرف قانوني وبين السند المثبت له وترتب على هذا الخلط تقسيم العقود الرسمية إلى نوعين وهي :

ج-1 عقود رسمية تصريحية : ويقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويجرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون مثل طلب إعداد فريضة أو تصريح شرقي أو إقرار بالزواج من طرف واحد³.

¹ - راجع مجلة الموثق العدد الثالث أكتوبر 2001 ص 38 .

² - راجع مجلة الموثق العدد الثالث ، سبتمبر أكتوبر 2001 ص 37.

³ - راجع مجلة الموثق العدد الخامس ، ديسمبر 2001 ص 21 .

المحاضرة الثالثة عشر

والعقد هنا بمعنى السند . أي الورقة التي حرر عليها التصرف وبالتالي لا مجال للحديث عن ركن الشكل هنا لأنه لا يوجد أصلا عقدا بالمعنى المتعارف عليه سابقا والذي تناولته المادة 59 من القانون المدني .

ج-2 عقود رسمية تعاقدية : يجب فيها توافر إرادتين متبادلتين أي إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر كالبيع والهبة والإيجار والشركة¹ .

ومن أجل تحديد طبيعة الرسمية إن كانت ركن في العقد أم هي مجرد وسيلة للإثبات ؟
ظهرت هناك عدة آراء :

الرأي الأول : الرسمية للإثبات فقط وليست لصحة العقد :

ومن أنصار هذا الرأي الأستاذ صالح باي أستاذ القانون بجامعة الجزائر والذي يعتبر أن الشكلية هي شرط للإثبات وليست ركن لانعقاد العقد ويرجع ذلك إلى عدة حجج منها :

1/ موقع النص في القانون المدني وهو الإثبات بالكتابة ومادمت المادة جاءت تحت باب الإثبات بالكتابة ، فهنا الشكلية للإثبات .

2/ المصطلحات المستعملة تحتوي على كلمة " يثبت " معنى ذلك أن الكتابة الرسمية وسيلة للإثبات وليس لانعقاد .

الرأي الثاني : الكتابة الرسمية هي شرط لنقل الملكية :

فحسب هذا الرأي فالعقد يمر بمرحلتين فالمرحلة الأولى هي انعقاد العقد بين الطرفين . وهنا ننظر إلى توفر الشروط الموضوعية . ولكن في المرحلة الثانية يجب توثيق العقد وكتابته كتابة رسمية حتى يتم نقل الملكية . ومن بين أنصار هذا الرأي اميزور مليكة في رسالة ماجستير مقدمة في جامعة وهران سنة 1983

بعنوان **le formalisme contractuel**

ولكن هذا الرأي تعرض للنقد التالي : إذا كان الغرض من عقد البيع هو نقل الملكية إذا كيف نميز بين مرحلتين في عقد البيع . ثم أن هناك تناقض حيث يقولون أن العقد صحيح كلما توافرت شروطه الموضوعية ثم يقولون أنها لا تنتقل إلا بالتوثيق فبمفهوم المخالفة . مادام لم تنتقل الملكية فالعقد غير صحيح . وقد جاءت العديد من القرارات متماشية مع هذا الطرح من بينها

القرار الصادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية في 17/04/1996 تحت رقم 154760 والمتعلق بقضية وعد ببيع عقار حيث نجد أن قضاة الموضوع حكموا بإتمام عملية البيع وذلك من خلا توجيه الأطراف إلى الموثق لإتمام الإجراءات الشكلية وصب العقد في شكل رسمي وهو ما يعني أن قضاة الموضوع لم يعترفوا بالشكل كركن في العقد واكتفوا باعتباره إجراء من إجراءات نقل الملكية . وكذلك القرار

¹ - راجع مجلة الموثق العدد الخامس . ديسمبر 2001 ص 21 .

المحاضرة الثالثة عشر

الصادر في 1990/01/07 عن المحكمة العليا والذي جاء فيه مايلي حيث أن غياب الشكلية الرسمية يرجع إلى إهمال البائع الذي لم ينفذ التزاماته التعاقدية فهذا العقد ليس عقد باطل ولكنه عقد صحيح .

الرأي الثالث : الرسمية ركن في انعقاد العقد :

ومن أنصار هذا الرأي الأستاذ علي فيلا لي وهذا الرأي أكثر منطقية لأنه مستمد من نص المادة 324 مكرر 1 وقد تدعم بقرار مبدئي صادر عن هيئة الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا بتاريخ 1997/02/18.

وهذا القرار ييداغوجي إن صح التعبير من جهة كيف الشكلية ومن جهة أخرى

تحدث عن البطلان وأثاره وتفسير هذه الآثار . كيف يعود بأثر رجعي -

وعليه فالبطلان في هذه الحالة هو بطلان مطلق وليس نسبي لأنه بطبيعة الحال لما نقول نسبي لا بد علينا أن نوضح لصالح من تقرر أي من يحق له التمسك به .

وقد أكد ذلك قانون التوجيه العقاري في المواد 56.55 منه . وجعل التصرفات المخالفة باطلة وعديمة الأثر. (عن حلقات العقار الفلاحي تحت إشراف الأستاذة خيار لولو غنيمة).

وخلاصة القول يجب أن نفرق بين الكتابة المعدة للانعقاد والتي يؤدي انعدامها إلى وقوع العقد تحت

طائلة البطلان وبين الكتابة المعدة للإثبات والتي يؤدي انعدامها إلى فقدان وسيلة الإثبات المنصوص

عليها قانونا .