وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار -ايليزي-
معهد الحقوق

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق تخصص :قانون خاص معمق
بعنوان :

الشكلية في العقد

اعداد الطالبة :
جعفري سعاد
داخمي الزهرة

تحت اشراف
الاستاذ : بوخاري مصطفى أمين

وتتكون لجنة المناقشة من الاساتذة :

الاستاذ: حمادي رضا	أستاذ محاضر ب	رئيسا
الاستاذ: بوخاري مصطفى أمين	أستاذ مساعد قسم ب	مشرفا ومقررا
الأستاذ: بن قردي أمين	أستاذ محاضر أ	مناقشا

السنة الجامعية 2022 /2023

إهداء

الهي لا يطيب الليل الا بشكرك ولا يطيب النهار الا بطاعتك ولا تطيب اللحظات الا بذكرك ..

ولا تطيب الآخرة الا بعفوك ولا تطيب الجنة الا برؤيتك ...

الى من بلغ الرسالة وأدى الامانة ... ونصح الامة ... الى نبي الرحمة "صل الله عليه وسلم ".

الى من علمني العطاء دون انتظار الى من احمل اسمه بكل فتخار اطال الله في عمره

وامده الله بالصحة والعافية "أبي الغالي " .

الى بسمة الحياة وسر الوجود الى الى نبع الحنان ومعنى الحب الى من كان

دعاؤها سر نجاحي الى أغلى الحبايب "أمي الغالية "

الى من أعتز و أفتخر بهم ..وأحملهم في قلبي نقشا أزليا "أخواني وأخواتي"

كل واحد باسمه رعاهم الله

الى أمي الثانية خالتي العزيزة وخالي الغالي "مُحَمَّد "

الى كل من علمني حرفا وكل من ساهم معي من قريب أو بعيد في انجاز هذا العمل المتواضع

سعاد

إهداء

الحمد لله الذي انعم وسهل و أرشد فله الحمد كله وله الشكر كله الذي منحنا الصبر

ومكننا من انجاز هذا العمل ...الذي أهديه .

الى اعز ما املك في الوجود الى جنتي الى من منحني الحب والحنان والقوة الى من ظلت مؤمنة بي،

فظلت تشجعني وتساندني وتحميني بدعواتها "أمي الغالية العزيزة " حفظها الله ورعاها.

الى الذي نوره يضيء حياتي ،الى الذي احمل اسمه بكل افتخاري الى سندي وعضيدي الى مصدر

قوتي و الهامي الى" أبي الغالي " ادامك الله تاج فوق راسي وأمدك الله بالصحة والعافية.

الى كل من كان شعارهم السعي الى الأعلى الى الأكثر الى الأمام وحبهم يسري في عروقي

"اخواني و اخواتي " و كل عائلتي واحد باسمه حفظهم الله ورعاهم .

الى من علموني حروفا من ذهب وكلمات من درر وأجلى العبارات في العلم الى

" أساتذتي الكرام الذين رافقوني في مشواري الدراسي "

الزهرة

قائمة المختصرات

الاختصار	العبارة
ق م	القانون المدني
ص	الصفحة
د س ن	دون سنة النشر
ط	الطبعة
د ط	بدون طبعة
ع	العدد
م	مجلد
ج ر	الجريدة الرسمية
ج	الجزاء

التعبير عن الارادة يعتبر المنشأ الاساسي للتصرفات القانونية ، و هذا ما يعرف بمبدأ الرضائية حيث أنه يسيطر و بصف كبيرة على معظم التصرفات القانونية الحالية ، الا ان الرضا غير كافي لتمام هذه المعاملات ، فهو عبارة عن حالة معنوية تكمن داخل الانسان يجب لإخراجه اتباع نمط معين فرضته الحياة المادية . و سارعت التشريعات منذ القدم إلى وضع اطار قانوني يحوي طريقة للتعبير عن الارادة، و هذا ما نصت عليه المادة 06 من القانون المدني الجزائري حيث تضمنت طرق التعبير عن الارادة و التي تتمثل في اللفظ و الكتابة أو الاشارة أو اتخاذ موقف لإيداع الشك في دلالته على مقصود صاحبه ، فقد اعتمد المشرع الجزائري كغيره من التشريعات الشكلية ركنا في بعض التصرفات التي يرى أن لها قيمة كبيرة و القانون هو الذي حدد التصرفات التي توجب فيها الشكلية باعتبارها ركنا او اعتبارها وسيلة اثبات .

و هذا ما عبر عنه المشرع من خلال العقد الرسمي في نصوص القانون المدني و حدد شروطه و اعطاءه حجية في مواجهة المتعاقدين والغير ، و العقد العرفي بصيغته التقليدية الورقية و صيغته الالكترونية حيث رتب عنه المشرع حجية اقل من تلك التي خصها بالعقد الرسمي .فتعتبر الشكل العرفي أحد انواع الشكلية القائمة قانونا و عمليا و هو السند الذي لا يحرر من طرف الموثق أو الضابط العمومي المختص و لا يشترط المشرع لصحته الا الكتابة و التوقيع.

و لقد اختلف الفقهاء في تعريف الشكلية بقول "بونكار " بان الشكلية ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلية و تلك التي تخضع لشكليات خاصة و التصرفات التي تتطلب تعبيرا عن الإرادة[1].

ويميز محمود زواوي بين التصرف الشكلي الذي يمثل الشكل فيه ركنا جوهريا و التصرف الذي يتطلب شكليات او بمعنى اخر التصرف الرضائي الذي يتطلب شكليات معينة.

[1]– أنظر، نسيمة حشود ،الشكلية في البيع العقاري دراسة تحليلية ،رسالة لنيل شهادة الماجستير ،فرع عقود ومسؤولية ،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر ،2003/2002م،ص09

فضال عن أن تخلف أحد هذه الأركان أو الشروط يعرض العقد إلى البطلان أو الإبطال، وتشمل هذه الأركان ما هو متعلق بالجانب الموضوعي، ومنها ما هو متعلق بالجانب الشكلي و هذا الأخير هو ما يمثل استثناء على مبدأ سلطان الإرادة .

فقد اعتمده المشرع الجزائري كغيره من التشريعات ركنا في بعض التصرفات التي يرى أن لها قيمة كبيرة من الناحية الاقتصادية و الاجتماعية و التجارية. وتعتبر الشكلية من أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، وبمقتضاها لا تكفي الإرادة وحدها لإبرام العقد، بل تلزم صياغتها في شكل معين، وهي مجموعة الإجراءات القانونية الواجبة الاتخاذ عند إبرام العقود، حتى نعتبر العقد صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، وهذه الإجراءات عادة ما يكون القانون هو الذي تفرضها أو يشترطها، مثل الشكلية في إبرام عقود بيع العقارات، وكذلك تلك التي اشترطها القانون في إبرام عقود الشركات...الخ

أهمية البحث :

تكون أهمية الموضوع كونه من المواضيع القانونية المهمة و المتشعبة التي وجب دراستها

دوافع

أما عن أسباب و دوافع اختيارنا لهذا الموضوع قد يكون ذاتي و قد يكون موضوعي .فالأسباب الذاتية فهي اهتمامنا الشخصي بالإلمام بموضوع الشكلية في العقود في التشريع الجزائري بالإضافة الى ان الموضوع في مجال التخصص.

أما الاسباب الموضوعية لأنه ينظم استقرار المعاملات من خلال شكلها و خصائصها و شروطها و اجراءاتها القانونية لتكسب حجيتها و تحقق الامان القانوني بين المتعاقدين.

أهداف البحث :

نهدف من هذه الدراسة التعرف على الشكلية و أنواعها و مدى تأثيرها في صحة العقد .هدف البحث إلى تحديد مفهوم الشكلية بصورة عامة من جانب. كما سعى بصورة أساسية إلى وضع دارسة في شان الشكلية في عقود في القانون المدني و قانون الإثبات المدني .

صعوبات الدراسة :

حيث لا يخلو أي بحث من المصاعب التي تواجه كل باحث ، و نشير في هذا الصدد الى أن الصعوبات التي واجهتنا في هذه الدراسة هي ان الموضوع من المواضيع الصعبة و المعقدة و التي تثير الكثير من الاشكالات و ندرة التأليف في الموضوع اذا وجدنا نجده كعنوان في نظرية الالتزام قد لا تتجاوز بعض الصفحات .

اشكالية البحث :

استنادا إلى ما تقدم ارتأينا طرح الاشكالية المتمثلة في التساؤل الجوهري و الاساسي في موضوعنا الا و هو:

كيف نظم المشرع الجزائري الشكلية في العقود؟

من خلال هذه الاشكالية اخذنا عدة تساؤلات الفرعية منها:

ما مدى تأثير الشكلية في صحة العقد ؟

و ما هي الاثار المترتبة على الشكلية ؟

و ماهي اثار تخلف الشكلية في العقد ؟

المنهج المتبع :

و للإجابة عن الاشكالية و التساؤلات الفرعية اعتمدنا على المنهج الوصفي التحليلي لاعتباره المنهج المناسب لمعالجة العناصر الاساسية، من خلال تحليل النصوص القانونية بطريقة موضوعية علمية ،و المنهج الوصفي الذي استخدمناه عند عرضنا لبعض التعاريف و كذا الآراء الفقهية إضافتاً الى المنهج المقارن في بعض العناصر .

الدراسات السابقة :

و لطبيعة الموضوع تم الاعتماد على مجموعة من الادوات و المراجع المكتبية المتوفرة التي افادتنا نذكر منها:

دراسة " **رشيد بوعمامة و صدام بوعمامة** " بعنوان "**الشكلية في العقود**" و هي عبارة عن رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر اكاديمي ، فرع قانون خاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق ، جامعة غرداية 2022/2021م ، حيث هدفت الدراسة الى التعرف على مدى حجية الشكلية في العقود .

و دراسة الثانية ل **"مُحَّداتني راوية و هباش رانية"** بعنوان " **نظرية البطلان في القانون المدني** " و هي عبارة عن مذكرة مكملة لمتطلبات نيل شهادة الماستر في القانون ، فرع قانون الاعمال ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم العلوم القانونية و الادارية ، جامعة 8 ماي 1945 قالمة ، 2020/2019، حيث هدفت الدراسة الى معرفة الخصوصية التي يتميز بها البطلان ضمن نصوص القانون المدني الجزائري.

خطة البحث:

و لعرض هذه الدراسة في قالب منظم تم تقسيمها الى فصلين :

الفصل الاول تطرقنا فيه إلى الشكلية بصفة عامة يحتوي على مبحثين المبحث الاول ماهية الشكلية في المطلب الاول تطرقنا الى مفهوم الشكلية و المطلب الثاني الشكلية في بعض العقود ، أما المبحث الثاني فتطرنا فيه إلى انواع الشكلية المطلب الاول الشكلية المباشرة و المطلب الثاني الشكلية غير المباشرة.

أما الفصل الثاني فتطرقنا فيه الى أثار الشكلية في العقد يحتوي هو كذلك على مبحثين المبحث الاول عبارة عن حجية الشكلية في المطلب الاول تكلمنا عن حجية الشكل الرسمي ووسائل اثباتها و المطلب الثاني حجية الشكل العرفي و الالكتروني أما المبحث الثاني فتكلمنا عن النتائج المترتبة على تخلف الشكلية في العقد المطلب الاول تطرقنا الى نظرية البطلان و المطلب الثاني اثار نظرية البطلان .

و توجت بحثي بخاتمة تتضمن الاجابة عن الاشكالية ،و حوصلة عن موضوع الشكلية في العقد ثم التطرق الى أهم النتائج وبعض التوصيات .

تتنوع التصرفات والاعمال التي يقوم بها الاشخاص في المجتمع وذلك لتلبية حاجاتهم اليومية وفي مقدمة هذه التصرفات نجد العقد الذي يترأس قائمة هذه الاعمال لأهميته واستحالة الاستنعاء عنه ،ولذا فالعقد محور التعاملات في مختلف المجالات على اختلاف تخصصاتها الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية ، خاصة بعد التطور الذي عرفته جميع نواحي حياة الإنسان واصبحت تدفعه الى إبرام العديد من العقود.

و القواعد العامة في للعقد ثلاثة اركان وهي الرضى كركن اساسي في العقد والمحل القواعد والسبب وقد يضيف القانون الشكلية في عقود معينة وتنقسم العقود الى عقود مسماة وعقود غير مسماة فالعقد المسمى هو العقد الذي تولى القانون المدني تنظيم احكامه تحت اسم خاص عقد البيع وعقد الايجار ، أما العقد الغير المسمى فهو مالم يتناول القانون المدني تنظيمه ولم يضع له اسما خاص به وانما اتت لتطور العلاقات و كثرتها بين الناس.

ومن حيث التكوين لقد قسمها المشرع الجزائري إلى عقود رضائية وعقود شكلية ، فالعقود الرضائية هو ذلك الذي يتم بمجرد التراضي أي يتطابق الايجاد والقبول بينما العقد الشكلية يجب إتمامه بشكل معين ، وهو ما تهدف لمعرفته في هذا الفصل من خلال المبحثين التالين

المبحث الاول :تطرقنا فيه إلى مفهوم الشكلية باستظهار تعاريفها وذكر شروطها والتعرف على مصادرها

أما المبحث الثاني : فنتناول فيه أنواع الشكلية

البحث الأول :ماهية الشكلية .

يحتاج العقد إلى قيامه ثلاثة أركان وهي: التراضي، والمحل ،و السبب، إضافة إلى ركن رابع أشترطه المشرع وهو ركن الشكلية في بعض العقود

وهو في إشتراطه لهذه الشكلية يهدف إلى تحقيق غايات معينة ولعرض التعرف على ركن الشكلية في العقد سوف في هذا المبحث مفهوم الشكلية من خلال إستعراض تعريفها وشروطها ومصادرها (المطلب الأول) ثم تعرف على الشكلية في بعض العقود (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم الشكلية.

نتطرق من خلال هذا المطلب لإستعراض المفاهيم المتعلقة بالشكلية (الفرع الأول)،ثم نتعرف على شروطها (الفرع الثاني)،وأخيرا نتطرق إلى مصادرها (الفرع الثالث).

الفرع الأول :تعريف الشكلية .

نتطرق في هذا الفرع لتعريف الشكلية، إبتداء بالتعريف اللغوي(أولا)، ثم اصطلاحاً(ثانيا)، ثم نستعرض تعاريف بعض الفقهاء(ثالثا)، وأخيراً نتطرق لتعريفها حسب المشرع الجزائري(رابعا)

أولا: التعريف اللغوي :

يعرف الشكل في اللغة على أنه صورة لشيء محسوس، وجمعها في اللغة أشكال، أي هو الهيئة والصور، ويقال أيضاً مسائل شكلية ويفهم منها بالاعتناء بالمظهر دون الجوهر، أو ما يراد به غالباً ما كان من الهيئات [1].

ثانياً: التعريف الاصطلاحي :

الشكل في الاصطلاح يعني تحديد الأسلوب في التعبير عن الإرادة يفرضه المشرع بصورة إلزامية، ويكون أساسيا في العقد ، أو هو التصرف الذي ينبغي أن تظهر به الإرادة بصورة معينة أو الذي ينتج عن غيابه إنعدام الأثار القانونية للتصرف[2] .

[1]- أنظر، ابن منصور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، ص12

[2]- أنظر، خالد أو طه، أحمد حسنيه، الشكلية في العقود التجارية- دراسة تحليلية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد13 ، العدد1 ، أفريل 2020 ص106 .

ثالثاً: تعريف الشكلية فقهاً .

لقد إختلف الفقهاء في تعريف الشكلية فقال **"جيني"** أن التصرف الشكلي هو الذي فرض فيه الشكل تحت طائلة عدم الفعالية القانونية بدرجة ما ..."، ويرى **"روبي"** : "أن الشكلية تعني كل عمل يهدف إلى إيضاح النظام القانوني وتحديد الوضعية القانونية للأفراد بوسائل خارجية كالشكليات والمواعيد والإجراءات" ويقول **"بونكار"** : "بأن الشكلية ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تعرف عادة بالتصرفات الشكلة وتلك تخضع للشكليات خاصة والتصرفات التي تتطلب تعبيرا عن الإرادة"، ويميز **"محمود زاوي"** بين التصرف الشكلي الذي يمثل الشكل ركن جوهريا والتصرف الذي يتطلب شكليات أو بمعنى آخر التصرف الرضائي الذي يتطلب شكليات[1] .

ومن الفقهاء من يخلط بين الشكل الذي تظهر به الإرادة وهو الكلمة أو اللفظ والإشارة...إلخ، والشكلية الحقيقية والحقيقة أننا نكون بصدد تصرف شكلي عندما يمنع المتعاقد من إختيار الطريقة التي يعبر عن إرادته ، وهو ما يعبر عنه مبدأ الرضائية وهذا الأخير الذي يترجم حرية المتعاقدين فيما يتعلق بكيفية إبرامهما لقد تراجع خلال هذا القرن لأسباب تمس بمصالح فردية و مصالح عامة .

المصلحة الفردية : الرضائية لوحدها قد تكون خطر على المتعاقدين فهي تزيد من تسرعه في إبرام العقد قبل أن تقدر الأمور حق تقدير، وقد تؤدي إلى إغفال بعض المسائل المهمة ، كما قد تساعد في تضليل المتعاقد وهذا قد يؤدي إلى نشوب نزاع حول محتوى العقد، وفي بعض الأحيان حتى بالنسبة لوجوده، وفي هذا يقول **" هرينج"** الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة[2]، إذن فالشكلية كفيلة بحماية رضا المتعاقد خصوصا الرسمية منها وتوفر الإمتان والثقة بين المتعاقدين.

المصلحة العامة : الشكلية تمكن الدولة من مراقبة أنواع معينة من التصرفات، كما أن الشكلية تحقق إيرادات للخزينة العامة عن طريق الضرائب التي تلحق بنقل الثروات وعمليات التسجيل.

ويترتب على كون الشكل ركن جوهري لابد منه لقيام التصرف نتائج هامة، حيث يؤدي عدم مراعاة الشكل المقرر إلى عدم قيام التصرف ذاته ، لأن الشكل هنا ركن من أركان التصرف لا يمكن الإستغناء عنه[3].

---

[1]– أنظر ، نسيمة حشود ، الشكلية في البيع العقاري دراسة تحليلية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002/ 2003،ص09.

[2]– أنظر ،رشيد، صدام بوعمامة، الشكلية في العقود، مذكرة ماستر حقوق قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2022،ص9

[3]– أنظر نسيمة حشود المرجع السابق ص10

رابعاً: تعريف المشرع الجزائري.

لقد عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 من القانون المدني على انه عقد يثبت فيه موظف أو ضابط أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاء من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه[1]، ومن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الجزائري قد أخلط بين التصرف القانوني والورقة الرسمية المثبتة له من جهة ومن جهة أخرى فإن المحررات الرسمية مختلفة حسب الجهة التي تصدرها فقد تكون صادرة من موظف عمومي وتحمل توقيعه ومثالها العقود المحررة من طرف مدير أملاك الدولة أما العقود الرسمية الصادرة من شخص مكلف بخدمة عامة فمثلها المحررات التي يحررها الخبير أما العقود الرسمية التي تصدر من طرف الموثق مثلا، فالموثق ضابط عمومي مكلف بإبرام العقود بين الاشخاص سواء كانت طبيعية أو معنوية خاصة وإضفاء الصبغة الرسمية عليها.

الفرع الثاني : شروط الشكلية في العقد.

اشترط المشرع الاكتساب العقود الشكلية الصفة الرسمية يجب توفر مجموعة من الشرط [1] هي: صدور الورقة من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة(أولا)، وسلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار السند الرسمي(ثانياً)، بالإضافة الى مراعاة الشروط المقررة في القانون(ثالثاً).

أولاً: الاشخاص المكلفين بتحرير العقد .

نصت المادة 324من القانون 88 .14 المعدل والمتمم للإمر رقم 58.75 والمتضمن القانون المدني، على أن العقد الرسمي يجب ان يحرر من طرف الأشخاص التالية، حيث يحدد القانون عمل كل شخص ومهامه وطريقة تعينه.

1– الموظف العام : هو من يعين من قبل للقيام بعمل من أعمالها في شكل خدمة ويخضع للوظيف العمومي

2– الضابط العمومي : هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة اصدار واعطاء الصبغة الرسمية أو الوثائق كرئيس البلدية والموثق وكاتب الضبط لدى المحاكم ...إلخ.

1– أنظر، للأمر رقم 75–58 ،المؤرخ20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني ، ج، ر، ج ،ج ،العدد18 ا المؤرخ في 5 مايو 1988،ص 749

3- المكلف بالخدمة :

هو كل من كلف بأداء عمل معين في شكل خدمة عمومية، سواء خضع لوظيفة عمومية أم لا، وسواء تقاضى عليها أجرا أو قام بهذا العمل مجانا[1].

ثانياً : السلطات المخولة للأشخاص المكلفين بتحرير العقد .

عملاً بما جاء في المادة 324ق م أن يكون الموظف العام أو الضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة قد عمل في حدود سلطته واختصاصه

. يقصد بالسلطة أن يكون هذا الشخص ذا ولاية في تحرير الورقة ، أي أن يكون قائماً بعمله قانوناً وقت تحرير الورقة، فإن كان قد عزل أو نقل زالت ولايته

أما عن الاختصاص فهو نوعان مكاني و اختصاص نوعي وهو كالتالي:

1- الاختصاص النوعي هو أن تكون الورقة من اختصاص الاشخاص الذين قد ذكرو في نص المادة 324ق م في حدود سلطاتهم التي حددها القانون، حيث لا يجوز مثلاً لكاتب الجلسة في المحكمة أن يقوم بتحرير عقد الرهن الرسمي

2- الاختصاص المكاني يقصد به أن القانون قد حدد لكل موظف دائرة إقليمية معينة لا يجوز له أن يباشر عمله خارجها[2] .

ثالثا: الشروط الواجب احترامها عند تحرير العقد .

لقد وضع المشرع لكل نوع من المحررات الرسمية أوضاعاً واجراءات معينة، على كل موظف مختص أن يراعيها عند تحريره للورقة الرسمية، وسنقتصر على السندات الرسمية المحررة من طرف الموثقين على اعتبار أن معظم الاحوال في الاثبات بالكتابة يكون محلها الاوراق المحررة من الموثقين

وقد منع القانون 06 - 02. المتضمن قانون التوثيق من ليس له صفة الموثق من تحرير أو تلقي العقود التي تخضع لشكل رسمي حسب ما نصت عليه المادة 324 مكرر1 من القانون رقم 14.88 المعدل والمتمم للقانون رقم 58.75 المتضمن القانون المدني الجزائري والتي نصت على": زيادة على عن العقود التي يأمر فيها القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي .

---

[1]- أنظر، مأمون عبد الكريم، محاضرات في طرق الإثبات طبقا لأخر النصوص، كنوز للنشر والتوزيع، سنة 2011 ، ص ص22،23

[2] -أنظر، صبري سعدي الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2009 م، ص52

يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ،ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد"[1] .

كما أن المحرر لا يكتسب صفة الرسمية إلا اذا راعيت هذه الاشكال ومنها ما جاء بها قانون التوثيق في المادة 29 من القانون 06. 02 [3]السالف الذكر، ومنها ما ورد في المواد من 324 مكرر2 الى 324 و مكرر2 من القانون المدني الجزائري [2].

ايضاً يتوجب على الموثق التأكد من طبيعة الخدمات التي طلبها منه المتعاقدين ما إذا كانت لا تخالف القانون وهذا طبقا لما جاء في المادة 12 من قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم 02.06 المؤرخ في 20 فيفري 2006 وإن تبين له ذلك يستوجب عليه الامر رفض توثيق ذلك التصرف القانوني طبقا للمادة 15 منه وبعدها يتأكد من شخصية المتعاقدين بذكر اسمائهم و مقر سكناهم والاهلية والحالة المدنية و إذا استعصى على الموثق معرفة ذلك أوجب أن يتم ذلك عن طريق شاهدي تعريف بالعين يتحملان مسؤولية تحديد هوية الاطراف طبقاً للمادة 324 مكرر02 من القانون المدني، وفي الاخير يقوم بتوجيه نصائح للأطراف بأخبارهم بما عليهم من الالتزامات وما لهم من حقوق.

الفرع الثالث: مصادر الشكلية.

قد تكون الشكلية في العقود ركن من الاركان العقد واجبة باتفاق الطرفين، وقد تكون الشكلية واجبة بنص القانون

أولاً: الشكلية بإرادة الطرفين.

تكون الشكلية ركنا في العقد بموجب اتفاق المتعاقدين على ذلك، فيكون العقد شكلياً كدليل للإثبات أي أن الشكل مطلوب لمجرد الاثبات فقط، حتى وان لم يقم المتعاقدان بتوضيح ما إذا كانت الشكلية ركن للانعقاد العقد بينهما ام كانت لمجرد الاثبات فالأصل في العقود الرضائية.

---

[1]– أنظر، المادة 324 مكرر 1 من القانون 88 . 14 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 . 58

[2]– أنظر، غنية باطلب ، محاضرات في طرق الاثبات والتنفيذي ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2020 /2021ص42

[3] – أنظر، الفانون رقم 06-02، المتضمن تنظيم مهنة التوثيق ، ج،ر،ج،ج ،ع14، المؤرخ في 20 فيفري 2006.

ثانياً: الشكلية بنص قانوني.

قد يكون العقد شكلياً بنص القانون وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المواد 324،324 مكرر324،01مكرر02 من القانون المدني الجزائري وعليه فان تخلف الشكل المطلوب لانعقاد العقد يترتب عليه بطلان العقد بطلانا مطلق.

المطلب الثاني: الشكلية في بعض العقود.

مثل ما سبق لنا الذكر أن المشرع الجزائري قد استوجب في بعض العقود وهذا ما سنطرق له من خلال هذا المطلب سنستعرض بعض من هذه العقود والمتمثل في عقد بيع عقار (الفرع الاول) وعقد إيجار (الفرع الثاني).

الفرع الاول: الشكلية في عقد بيع عقار

يقصد بالشكلية تحرير عقد بيع عقار في شكل معين ، حيث جاء نص المادة 351 من ق م بتعريفه على أنه : (عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية الشيء او حقا ماليا اخر في مقابل ثمن نقدي). من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن المشرع اعتبر البيع عقد حيث اشترط فيه كل الشروط التي تجب لصحة العقود من رضا ومحل وسبب، غير أنه استثناء على ذلك إذا كان البيع عقارا فإن العقد يكون شكليا طبقا لنص المادة 324 مكرر1، من القانون المدني التي أو جبت إخضاع العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو الحقوق العينية العقارية في شكل رسمي تحت طائلة البطلان.

حيث نصت ايضا المادة 61 من المرسوم رقم 76- 63 على أنه :(كل عقد يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يقدم في شكل رسمي)[1] .إلا أن المشرع الجزائري لم يكتفي باشتراط الشكلية في العقود الواردة على العقارات، بل ذهب إلى أبعد من ذلك حيث تدخل في تنظيم شكل العقد بذاته ،إذ نص على ضرورة احتواء العقد على عناصر ومعلومات لابد من ذكرها في محتوى العقد ، ومثال ذلك ما نصت عليه 62 من المرسوم 76-63حيث انه اوجب على كل العقود الرسمية التي تكون موضوع شهر لدى المحافظة العقارية يجب أن يحتوي على ألقاب وأسماء وموطن وتاريخ ومكان الولادة ومهنة الأطراف، وكذا اسم زوجاتهم عند الاقتضاء، ويصادق عليها الموثق.

وعليه فان المشرع الجزائري اعتبر عقد البيع عقد رسمي يجب أن يبرم امام الموثق، حيث أن هذه الشكلية تحقق حماية البائع والمشتري معا.

---

[1] _ أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 27.

الفرع الثاني : الشكلية في عقد الايجار .

اشترط المشرع في المادة 467 مكرر من القانون 07 . 05 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم اذ ينص على أنه ينعقد عقد الايجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت والا كان باطلاً[2] ولم يكن يشترط القانون المدني قبل التعديل شكلاً خاصا بعقد الايجار فينعقد بمجرد تراضي طرفاه عليه ، غير أن المرسوم التشريعي رقم 93. 03 المتضمن النشاط العقاري قد نصت المادة 21 الفقرة الاولى على ما يلي " تتجسد العلاقات بين المؤجرين والمتأجرين وجوباُ في عقد ايجار طبقاً للنموذج الذي يحدد عن طريق التنظيم ويحرر كتاباً بتاريخ مسمى [1] .

يتضح من هذا النص أن المشرع أوجب إبرام عقد الايجار طبقاً لنموذج معين كما أوجب أن يتم ذلك كتابة وتمت المصادقة على النموذج بموجب المرسوم التنفيذي رقم 94 . 69 [2].

المشرع لم يشترط الكتابة الرسمية بل يمكن أن يكون عرفية ولكن يجب أن يتم وفقاً للنموذج ولم يرتب على تخلف ركن الشكلية البطلان ، وانما رتب عليها معا فيه المؤجر ففي حالة عدم كتابة عقد الايجار يعاقب المؤجر ولكن يبقى العقد قائما بينه وبين المستأجر لمدة سنة من تاريخ معاينة المخالفة شريطة أن يكون للمستأجر وصل يمكنه أن يثبت به العلاقة الإيجارية و أصبح نص المادة 467 ينص الان بصراحة على بطلان عقد الايجار اذا لم يكن مكتوباً فالشكلية صارت ركننا في الايجار.

---

[1]- أنظر ، المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتضمن النشاط العقاري، المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق ل01 مارس 1993 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07- 05المؤرخ في 13-05-2007

[2]- أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 94- 69المؤرخ في 19-03- 1994جريدة رسمية رقم 17 المؤرخة في 30-03-1994 المحدد لنموذج عقد الايجار

المبحث الثاني : انواع الشكلية.

اذا كان الاصل في العقود "الرضائية "من خلال ما صرحت به المادة 59من القانون المدني أن يكفي لانعقادها بمجرد تراضي الطرفين ، الا أنه أوجب القانون و المتعاقدين شكلا معينا فهذا الشكل يكون ركنا في العقد ، و يستوجب مراعاته عند التعاقد لأنه يعبر بصورة واضحة و محددة عن محتوى العقد، و كما ان الشكل يلعب دورا وقائيا هاما بالنسبة للأطراف لأنه يخول للمتعاقدين اثر كتابي للعقد يمكنهم في حالة ما اذا كان نزاع بينهم اعتماد للإثبات .

و من خلال ما سبق يتضح ان هناك نوعين من الشكلية : أولها شكلية لانعقاد العقد ،و يعتبر ركنا اساسيا في العقد حيث أن هذا الشكل قد يكون عن طريق الكتابة الرسمية بواسطة موظف مختص أو عن طريق الكتابة العرفية[1]. و هو ما يتعلق بالشكلية المباشر (المطلب الاول) أما النوع الثاني شكلية للإثبات حيث يشترط الشكل فيها للإثبات فقط دون أن يؤثر على صحة العقد و تكوينه وهو ما يتعلق بالشكلية غير المباشرة (المطلب الثاني).

المطلب الاول :الشكلية المباشرة.

يقصد بها الشكلية التي يستلزمها القانون حتى ينعقد العقد و يقوم صحيحا ،و هذه الشكلية تمثل ركنا من أركان العقد و التي غالبا ما يشترطها القانون ويترتب على تخلفها البطلان لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني[2] و هذا ما تضمنته المواد323و 324 مكرر1 ، 333 من القانون المدني وللشكلية المباشرة صورتان تتمثل الصورة الاولى في الكتابة (الفرع الاول) وتتمثل الصورة الثانية في العقود العينية (الفرع الثاني).

الفرع الاول : الكتابة .

يكون معنى الكتابة ما يخطه الانسان ليثبت بها امر له او عليه ، تعرف الكتابة التقليدية : بانها عبارة عن نقوش أو رموز تعرب عن الفكرة و القول دون اشتراط ان يكون فوق ورق أو خشب [3] ولقد ادى ظهور الكتابة انتشار استعمالها اثر كبير في نظام الاثبات نظرا لحاجة الناس الى وسيلة تحفظ تعاملاتهم القانونية المشروعة

لهذا مع ظهور الاسلام اصبحت الكتابة في المرتبة الاولى، و ذلك بأمر من الشارع الالاهي اذا جاء في سورة البقرة "يأيها الذين امنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فكتبوه ....." 282 _ 283

[1]– أنظر ، الامر رقم 75. 58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم بالقانون رقم05 . 10 المؤرخ في 20يونيو 2005

[2] – أنظر، على فيلالي الالتزامات النظرية العامة للعقد الطبعة 1997، ص303

[3] – أنظر سعدي الربيع ، موقف الشريعة الاسلامية من الاثبات بالكتابة الالكترونية ، مجلة دراسات وابحاث ،المجلة العربية في العلوم الانسانية والاجتماعية العدد 25 ديسمبر 2016 السنة الثامنة ، جامعة محمد بوضياف ،المسيلة ، الجزائر ص4

[4]– القران الكريم، سورة البقرة ،الأية من 282الى 283

أولا: تعريف الكتابة.

في الاصطلاح: لم تعرف الكتابة لدى الفقهاء باعتبارها دليلا في الاثبات الحقوق ،و انما اطلقوا عليها الفاظا مختلفة و استعمل بعضهم جميعها و استعمل البعض الاخر انواعا منها[1] و يستعمل لفظ العقد للدلالة على امرين: فيقصد به التصرف القانوني كما يقصد به أيضا دليل اثبات او محرر الذي يثبت التصرف.

ثم جاءت القوانين الوضعية اللاحقة للشريعة الاسلامية واعتر فت بالكتابة كأول دليل وهو يوفر ضمانات بالغة لأنه يعكس الصورة الحقيقية للحق القائم بين أطراف النزاع . لذلك فقد جعل المشرع من الكتابة وسيلة اثبات الاساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية معترفا لها بذات الوقت بقوة اثبات مطلقة ،حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية .

لقد عرف المشرع الجزائري الكتابة من خلال نص المادة 324 مكرر من القانون المدني ، وجعل لها تعريف واضح يفهم بمجرد قراءتها و يتضح من هذا التعريف أن الكتابة تتمثل في مجموعة متسلسلة من الحروف او الاوصاف او الارقام أو رموز و اللغات ،و يراد بالأوصاف و الرسوم الاشكال المختلفة ذات الدلالة ، اما العلامات فهي كل الأشكال او الرسوم أو صورة للتعبير عن معنى من المعاني ،و الغرض من كل هذه العناصر هو التعبير عن شيء معين وتكون كتابة وسيلة للتعبير عن الارادة غير ان اطلاع الغير أو تعرفه على دلالة هذه الحروف او الرموز او العلامات أو غيرها يقتضي حتما امرين هما :

وضع أو حمل هذه الحروف أو الارقام او العلامات على دعامة كالورقة أو وسيلة الكترونية من جهة و ارسال هذه الدعامة الى الغير عن طريق البريد أو وسيلة الكترونية من جهة ثانية .فضرورة الدعامة التي تحمل الكتابة و كذا ارسالها تسمح لنا بتميز الكتابة عن غيرها من وسائل التعبير الاخر لاسيما وأن صياغة المادة 324 مكرر لا تفيد الحصر و انما ذكر المشرع الجزائري الحروف و الاوصاف على سبيل المثال[2] .

---

[1]- أنظر، ارياح كريمة ومقران عماد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجاية،2020 – 2021 ،ص10

[2]- على فيلالي ، المرجع السابق، ص 305 .

ثانيا: انواع الكتابة

يتنوع الشكل حسب ما يفرضه المشرع الجزائري لانعقاد بعض التصرفات القانونية التي يتم التعبير عن الارادة فيها بشكل معين ، حيث أن هذا الشكل قد يكون عن طريق الكتابة الرسمية بواسطة موظف مختص ،أو عن طريق الكتابة العرفية[1]

1. الكتابة الرسمية :

أ- تعريف الكتابة الرسمية:

عرف المشرع الكتابة الرسمية من خلال المادة 324من القانون المدني ، و ذلك بتعريف العقد الرسمي و تضمنت" **العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه او ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه**"[2]، حيث يتضح لنا ان هذه المادة تحوي الشروط الواجب توفرها في هذا العقد.

و يقصد بالعقد الرسمي هو كل سند محرر من طرف موظف عام مختص بغض النظر عن نوعية المهام التي يمارسها هذا الموظف، سواء كانت مهمته تقتصر على تحرير العقود الخاصة فقط أو كانت تتعلق بأعمال اخرى، حيث يشمل هذا السند الى جانب العقود التي يحررها الموثق وثائق الحالة المدنية و الاحكام القضائية و القرارات الادارية وغيرها .

و تعرف الرسمية كذلك بانها تحرير السند من طرف موظف عام معين مختص بتحرير العقود و التصرفات بصفة عامة يسمى موثق و تسمى التصرفات التي يقوم بها بالعقود التوثيقية.

---

[1]- أنظر ،علي فيلالي، المرجع السابق، ص305.

[2]- أنظر، الامر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادي الاولى 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، عدد 44 الصادرة ب26 يونيو 2005.

ب– شروط الكتابة الرسمية :

لاكتساب الصفة الرسمية اوجب المشرع الجزائري مجموعة من الشروط يتحقق باجتماعها مصداقية و ثقة في المحرر و ما يتضمنه من بيانات و تتمثل هذه الشروط في ما يلي :

ب1–محرر العقد: يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرر من قبل موظف او ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة عامة ،حيث نصت المادة 324على ان العقد الرسمي يجب

أن يحرر من طرف الاشخاص التالية ،حيث يحدد القانون عمل كل شخص و مهامه و طرق تعيينه :

ا–الموظف العام :تنص المادة 4من الامر 06–03 المتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية "يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة و رسم في السلم الاداري **الترسيم** : هو الاجراء الذي يتم من خلاله تثبيت الموظف في رتبته "[1]، و هو من يعين من قبل السلطة للقيام بعمل من اعمالها في شكل خدمة و يخضع لقانون الوظيف العمومي . فالموظف هو العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية و تكون وضعيته نحو المؤسسة أو الهيئة أو الادارة وضعية تنظيمية و ليست عقدية ،و يشمل تعريف الموظف كل الاعوان المرسمين في وظيفة عمومية بغض النظر عن الاسلاك التي ينتمون اليها[2]، فيدخل هذا في نطاق القاضي بالنسبة للأحكام ،كتاب الجلسات بالنسبة للمحا صر الخاصة بالجلسات ،كما يدخل في هذا النطاق ايضا الشخص المكلف بخدمة عامة و لو لم يكن موظفا عامة كالخبير فيما يتم انتدابه من اعمال لصالح المحكمة أو ضابط الحالة المدنية بالنسبة لعقود الزواج أو اوراق الحالة المدنية ،و كذلك بالنسبة لرئيس المجلس الشعبي البلدي يعتبر موظف عام بالنسبة للمداولات التي ينظر فيها[3].

---

[1] –أنظر ،الامر رقم 06– 03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق ل 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية.

[2]– أنظر ،علي فيلالي، المرجع السابق، ص307.

[3]– أنظر ،علي فيلالي المرجع السابف،ص308.

كما يعتبر في حكم الموظف العام رئيس المركز القنصلي فيما يتعلق بإعداد عقود الحالة المدنية الخاصة بالجالية الجزائرية و تحريرها اضافة إلى ممارسة مهام توثيقية وفقا لما نصت عليه المادة28 من المرسوم 02 . 405 المؤرخ في 26 . 11 . 2002 المتعلق بالوظيفة القنصلية.

ب–الضابط العمومي :صفة يمكن اسنادها لكل من له مؤهلات قانونية ،و هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق و اعطاء الصيغة الرسمية للعقود أو الوثائق كالموثق الذي يسند اليه تسيير مكتب عمومي للتوثيق لحسابه الخاص و تحت مسؤوليته و يتقاضى اجره ممن يقصده لخدمة عامة تتمثل في تحرير العقود بمخلف انواعها.

ج–المكلف بخدمة عامة : هم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية، كالمحضر القضائي تتولى السلطة العمومية تعين هؤلاء غير أنهم يتقاضون اتعابهم من ذوي الشأن أي من المستفيدين من خدماتهم[1].

ب2–أن يكون محرر العقد مختص بتحرير الورقة الرسمية: تتطلب المادة 324 قانون المدني أن يكون الموظف العام أو ضابط العمومي أو المكلف بالخدمة العامة قد عمل في حدود سلطته و اختصاصه و في حالة عزله أو نقله زالت ولايته.

ب3–الاختصاص: يجب على الموظف أن يتقيد بحدود سلطته و اختصاصه، فاذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير عقود رسمية فلا يمكنه القيام بذلك .وعند مخالفته لقواعد الاختصاص لا يعتبر العقد رسميا ،و تحدد القواعد المنظمة للمرفق العام اختصاص الموظف أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة ،حيث تضمنت المادة 3 من القانون رقم 06 . 02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق "الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية و كذا العقود التي يرغب الاطراف اعطائها هذه الصبغة"[2].

---

[1]– أنظر ،علي فيلالي، المرجع السابق، ص 309 .

[2]– أنظر ، القانون رقم 06– 02 المؤرخ في فبراير 2006 يتضممن تنظيم مهنة التوثيق.

–من حيث الموضوع: يختص كل موظف عام بكتابة نوع معيين من الاوراق الرسمية ،فالأحكام من اختصاص القضاة و محا ضر الجلسات من اختصاص كتاب الضبط، و محا ضر المعاينات من اختصاص المحضرين القضائيين ...

_ أي يجب ان يكون الموظف مختصا نوعيا بتحرير الورقة التي يعتد بها كدليل رسمي ، بحيث يجب أن يكون المحرر من النوع الذي يختص الموظف العام بتحريره. بحيث اذا حررت الورقة من غير مختص نوعيا بتحريرها انتفت عنها صفة الرسمية.

–من حيث الزمان: تنقضي ولاية الموظف العام بعزله او ايقافه عن العمل أو تحويله أو نقله ،كما أنه لا ولاية للموثق بعد تعيينه و قبل ادائه اليمين القانونية طبقا للمادة 8 من القانون 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 يتضمن تنظيم مهنة الموثق و قبل ايداعه نموذج من امضائه لدى كتاب ضبط المجلس التي يؤدي فيه اليمين القانونية [1] .

–من حيث المكان: حدد القانون لكل موظف عام اختصاصا اقليميا ،لا يجوز أن يباشر عمله خارجه فلا يجوز لهم القيام بالنشاط خارج دائرة اختصاصهم [2]،أما الاشخاص فيمكنهم أن يطلبوا توثيق اوراقهم في اي مكان يختارونه.

–مراعاة الشروط المقررة قانونا:تشترط المادة 324 من القانون المدني أن تحرير العقود الرسمية وفق الاشكال التي يفرضها القانون .و يقدم لنا في هذا الشأن القانون رقم 06-02 نماذج حيث تنص المادة 26 **"تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته و بدون اختصار او بياض او نقص ... وتكتب المبالغ و السنة و الشهر و يوم التوقيع على العقد بالحروف و تكتب التواريخ الاخرى بالأرقام .... و يصادق على الاحالات في الهامش أو في اسفل الصفحات و على عدد الكلمات المشطوبة في العقد بالتوقيع بالأحرف الاولى من قبل الموثق و الاطراف و عند الاقتضاء الشهود و المترجم"** و تنص المادة29 دون **الاخلال بالبيانات التي يستلزمها بعض النصوص الخاصة يجب ان يتضمن العقد الذي يحرره الموثق البيانات الاتية اسم ولقب الموثق و مقر مكتبه اسم ولقب و صفة و موطن و تاريخ و مكان ولادة الاطراف و جنسيتهم .**

---

[1] – أنظر، عيشات سليمة ،الاثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر، ص8.

[2] – أنظر، محمد شتا ابو اسعد، اثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الاول، د ط، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1997 ،ص8 .

-اسم و لقب و موطن و تاريخ و مكان ولادة **الشهود عند الاقتضاء اسم ولقب و موطن المترجم عند الاقتضاء تحديد موضوعه المكان و السنة و الشهر و اليوم الذي ابرم فيه وكالات الاطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل التنويه على تلاوة الموثق على الاطراف النصوص الجبائية و التشريع الخاص المعمول به توقيع الاطراف و الشهود و الموثق و المترجم عند الاقتضاء"**

من التصرفات القانونية الواجب افراغها في الشكلية الرسمية تحت طائلة البطلان تذكر المادة

324 مكرر1 ق م :"...**العقود التي تتضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية او صناعية او كل عنصر من عناصرها او تنازل عن اسهم في شركة أو حصص فيها أو عقود ايجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية ... و يجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد..."**

كما تنص المادة 883 مدني " **لا ينعقد الرهن الرسمي الا بعقد رسمي** ..."

المادة 12من قانون التوثيق الصادر في سنة 1970 تنص على" **أن عقد بيع العقار لا يكون قائما و لا صحيحا الا اذا افرغ المتعاقدان ارادتهما في وثيقة رسمية حررها موظف عمومي** "

عقد الايجار اشترط فيه المرسوم التشريعي رقم 93-08 [1]الرسمية ،و كذا المادة 467 مكرر من القانون رقم 07 –05الموافق ل 13 ماي2007

2– الكتابة العرفية :

السندات العرفية هي التي يحررها الاطراف بمعرفتهم، و قد شاعت هذه الكتابة بين الافراد في مختلف المجتمعات ،مما استوجب تنظيمها و تحديد احكام و قواعد لتسويتها حماية لما تحمله من حقوق الافراد في المجتمع .

و لقد مر العقد العرفي بعدة مراحل في التشريع الجزائري من عقد له حجية العقد الرسمي الى عقد باطل، ومن هنا سنتطرق إلى تعريف العقد العرفي و أهم الشروط الواجب توافرها فيه.

[1]–أنظر المرسوم تشريعي رقم 93-08 مؤرخ في 25 أبريل سنة 1993 يعدل ويتمم الامر 75_59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري ،ج،ر،رقم 27 المؤرخة في 27 أفريل 1993.

أ–تعريف الكتابة العرفية :

لم يتطرق المشرع الجزائري الى تعريف المحرر العر في على خلاف العقد الرسمي الذي اشار اليه في نص المادة324 من القانون المدني ،فبمفهوم المخالفة فان المحرر العرفي هو الذي يحرر من غير الاشخاص المذكورين ،و قد عرف الفقه المحرر العرفي اعتمادا على القائم بتحريره على أنه سند معد للإثبات يتولى تحريره و توقيعه اشخاص عاديون بدون تدخل الموظف [1] .

كما عرف ايضا كل محرر غير رسمي لم يتدخل في تحريره موظف عام ما بحكم وظيفته، و قد يكون العقد العرفي محرر من قبل الاشخاص المحددين او من طرفهم لكن خارج اداء مهامهم و هذا ما اكدته المادة 326مكرر 2.

ولقد كانت المادة 327 من القانون المدني تقتضي قبل تعديلها "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه من خط و امضاء ..." وخلاصة هذا الحل أن العقد العرفي يتطلب توفر شرطين هما: الكتابة بخط يد المتقاعد الذي ينسب اليه من جهة ،و توقيعه على المحرر من جهة ثانية. و يظهر بعد تعديل المادة 327 بموجب القانون 05-10 ان المشرع تراجع و اصبح يكتفي بأحد الشرطين فقط اذ جاء ب "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة اصبعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب اليه " وتكون العبرة في العقد العرفي بالكتابة أو التوقيع أو بالبصمة.

و من خلال ما سبق يتضح أن العقد العرفي هو ذلك العقد المكتوب بخط المتقاعد المنسوب اليه الخط على أن تكون موقع من قبله بواسطة إمضاء أو بصمة أو إمضاء الكتروني .

[1]– أنظر، يحي بكوش ، ادلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، الطبعة الثانية، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ،الجزائر ،ص126.

ب _ شروط الكتابة العرفية:

– أن يكون بالمحرر كتابة مدونة مثبتة لواقعة معينة :و الكتابة هي التي تعتبر عن الواقعة المثبتة في المحرر العرفي و لا يشترط فيها أن تكون بخط يد موقع الورقة .و قد تكون بالة كاتبة و لا يشترط فيها لغة معينة ،كما يمكن أن تكون برموز متفق عليها ،كما لا يشترط فيها أن تتم بصيغة معينة أو بعبارات معينة ، ويستوي أن تعد الورقة العرفية بخط موقعها المدين أو الدائن أو حتى بخط الغير و ان كان ناقص الاهلية. كما يمكن ان يكون المحرر العرفي في شكل استمارة معدة مسبقا يقوم المتعاقدين بملء فراغها و لا تهم مادة الكتابة غير أنه جرت العادة أن تكون بالحبر لأنه ابلغ حيطة[1].

ولا يشترط كتابة قيمة الالتزام بالأرقام و الاحرف كما هو الحال في الورقة الرسمية ،ففي المحرر العرفي يجوز ذكر المبلغ بالأرقام او بالأحرف و لكن بتجنب الوقوع في نزاع يستحسن تدوينها بالأحرف و الارقام، لان كتابة المبلغ بالأرقام فقط يسهل احداث تغيير في قيمة الالتزام .

و لا يشترط في المحرر العرفي ذكر مكان التحرير الا بالنسبة للأوراق التجارية كالسفتجة و السند لأم ر و الشيك كما لا يؤثر في صحة المحرر العرفي وجود خربشة أو اضافات بين السطور أ و في الهوامش .

–أن تكون الكتابة موقعة من الشخص المنسوبة اليه: يعتبر التوقيع الشرط الجوهري و الاهم في المحرر العرفي ، لأنه هو الذي ينسب ما دون في المحرر الى صاحب التوقيع. فالتوقيع هو الامضاء و هو علامة مميزة لصاحبها يعرف بها عادة و تتمثل في كتابته بخط اليد اسمه و لقبه في اخر الورقة، أو هو علامة أو اشارة أو بيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على أي تصرف قانوني يعنيه، و قد يشمل التوقيع الاسم واللقب كاملين، و قد يقتصر على كتابة الحرف الاول و كتابة اللقب كاملا اما القانون فلم يحدد كيفية التوقيع.

---

[1]–أنظر، يحي بكوش، المرجع السابق، ص126

-انواع التوقيع:

نستنتج من نص المادة 327 أن التوقيع يأخذ اشكال مختلفة و تتمثل في:

الامضاء الكتابي : هو الامضاء الذي يكون بخط اليد من ينسب اليه المحرر ،و يكون بكتابة الاسم و اللقب او كلاهما او اسم الشهرة أو أي علامة أو إشارة اختارها لنفسه بمحض ارادته للتعبير عن هويته و موافقته على عمل أو تصرف قانوني معين

التوقيع بالبصمة: يكون التوقيع بالبصمة عندما يتعذر على الشخص التوقيع كتابة، و ذلك لجهله للكتابة و القراءة حيث اقره المشرع الجزائري واعترف بهذا النوع من التوقيع بعد التعديل الاخير للقانون المدني سنة 2005 ذلك نتيجة انتشار الامية في المجتمع الجزائري.

التوقيع بالختم: يعد كالتوقيع بالإمضاء و البصمة، و يعتد به اكثر في المواد التجارية بشرط امكانية قراءة بصمة الختم ،كما يجب ان يتم التوقيع عن طريق صاحبه أو على الاقل في حضوره و برضاه.

التوقيع الالكتروني : تنص المادة 327 مدني في فقرتها الثانية "و يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323مكرر1 اعلاه ".لم يعط المشرع تعريف للتوقيع الالكتروني لكن لم يمنع بعض التشريعات من تعريف التوقيع الالكتروني على أنه "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو ارقام او رموز أو اشارات أو غيرها ، و تكون مدرجة بشكل الالكتروني أو رقمي أو أية وسيلة اخرى في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعه[1] و تتميز عن غيره من اجل توقيعه و بغرض الموافقة على مضمونه "

3-الكتابة الالكترونية :

نظرا للتطور العلمي و التقني لوسائل الاتصال ،و ما استوجب بالتشريعات الحديثة و من بينها المشرع الجزائري مواكبة هذا التطور ،باستيعابها للمحررات الالكترونية إلى جانب المحررات التقليدية ،حيث اصبحت نوع من انواع الادلة الكتابية .و لغياب تعريف تشريعي للمحرر الالكتروني اعتبر مماثلا للمحرر الرسمي ، لذلك يخضع لنفس قواعد وشروط المحرر الرسمي العادي .

---

[1]-أنظر ،سهيلة طمين ، الشكلية في العقود التجارية الالكترونية ،رسالة لنيل الماجستير ،فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ،تيزي وزو، 2011/2010،ص ص 47.46.

ا–تعريف العقد الالكتروني: لم يهتم القانون المدني الجزائري بتعريف المحرر الالكتروني و لذلك اقتصر الامر على محاولات فقهية لتعريف هذا المصطلح.

عرف قانون الانسترال المحرر الالكتروني في المادة الثانية منه برسالة بيانات و المراد بهذا المصطلح "المعلومات التي يتم انشاؤها أو استلامها او تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو التلكس او النسخ البرقي"

ولقد اقدم بعض الفقهاء الى تعريف المحرر الالكتروني على أنه : تلك الكتابة الالكترونية التي يتولى موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة إثباتها على محرر الالكتروني بناء على ما تم على يديه او تلقاه من ذوي الشأن طبقا للأوضاع القانونية و في حدود اختصاصه [1]

أو هو معلومات الالكترونية ترسل و تسلم بوسائل الكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها .

و من خلال ما سبق فيمكن تعريف المحرر الالكترونية بانه :البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل الكترونية سواء من خلال شبكة الانترنيت او من خلال الاقراص أو شاشة الحاسب الالي او اية وسيلة الكترونية متاحة في المستقبل[2] .

نجد ان المشرع الجزائري عدل القانون المدني و اضاف المادة 323مكرر و نلاحظ من نص المادة أنه قد نقل عن المشرع الفرنسي هذا النص كما هو حيث عرف مدلول الكتابة و جعله واسعا جدا ليجمع الكتابة الموجودة على الدعامة الورقية و الكتابة الموجودة على الدعامة غير الورقية وحتى تعتد بالكتابة الالكترونية في الاثبات و تؤدي وظيفتها القانونية يشترط فيها مجموعة من الشروط

لكن المشرع الجزائري عندما اصدر قانون التوقيع و التصديق الالكترونين و قانون عصرنة العدالة نص على امكانية استعمال المحررات الموقعة الكترونيا و هذا ما جاء في المادة الرابعة من قانون 15–04 [3]"يمكن أن تمهر الوثائق و المحررات القضائية التي تسلمها مصالح وزارة العدل و المؤسسات التابعة لها و الجهات القضائية بتوقيع الكتروني تكون صلته بالمحرر الاصلي مضمونة بواسطة وسيلة تحقق موثوقة .

---

[1] – أنظر، أحمد عزومي الحروب، السندات الرسمية الالكترونية دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة بيرزنت ، فلسطين، ص 48

[2]– أنظر، طياب طاوس وصغير حادة، الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني في ظل القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013،ص13

[3]–أنظر ،القانون رقم 15–04 المؤرخ في 1فيفري 2005 ،المؤرخ في 11ربيع الثاني عام 1436 الموافق 1 نوفمبر 2015 المتضمن القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع الالكتروني والتصديق الالكتروني ،ج،ر،ج،ج،ع06،المؤرخ في 10 فيفري 2015.

ب_ شروط الكتابة الالكترونية :تقضي المادة 323 مكرر1 "يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورقة بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي اصدرها و ان تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها " ومن هنا يمكن حصر الشروط التي يجب أن تستجمعها الكتابة الإلكترونية لكي تؤدي وظيفتها وهي :

–أن تكون الكتابة مقروءة : أي تكون الكتابة الالكترونية ذات دلالة تعبيرية واضحة و مفهومة بالرغم من أن شرط القراءة منطقي و بديهي الا أن الكتابة الالكترونية تحملها دعامات غير مادية مما يستلزم الاستعانة بوسائط الكترونية لتدوينها و برامج معلوماتية قادرة على تحويل الرموز الرياضية التي تشكل لغة الالة الى لغة مفهومة و مقروءة للأشخاص.

–تحديد هوية الشخص مصدرها : أن تدل المعلومات التي يتضمنها المحرر الالكتروني على هوية الشخص الذي انشأ هذه المعلومات و البيانات و هذا ما جاءت به المادة 323 مكرر1 و بالتوقيع تتحدد هوية الشخص الذي ينسب اليه المحرر ذلك مثل الذي يقدم محرر الكتروني محملا على قرص مرن يقرا في نظام الوارد دون ان يستخدم أي طريقة ليدل على هويته كالتوقيع الالكتروني .

شروط الاستمرارية و الدوام :فاستمرارية الكتابة تعني أن يتم التدوين على دعامة تحفظها لمدة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع اليها كلما استدعى الامر و عملية الحفظ و التخزين تتم بوسائل علمية معدة خصيصا لهذا الامر .

عدم قابلية الكتابة للتعديل : ان تكون خالية من كل عيب يؤثر في صحتها بحيث تكون خالية من كل محو او تحشير أو شطب و غيرها من العيوب التي تسقط قيمة و حجية الكتابة الالكترونية رغم أنه يمكن بسهولة تعديل محتوى الكتابة الالكترونية و دون ترك اي اثر الا ان التقنيات الحديثة تسمح بالكشف عن كل تعديل يلحق الكتابة الالكترونية بحيث تظهر بدقة البيانات المعدلة و تاريخ تعديلها ذلك باستخدام برامج الحاسوب التي تقوم بحفظ الكتابة الالكترونية .

---

[1]–أنظر،نعيمة مكيد ،مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل الوسائل التقنية الحديثة ، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة البليدة 2، مج4، ع2 سنة 2015،ص164.

الفرع الثاني: العقود العينية.

هي العقود التي لا تنشأ الا بواقعة التسليم العيني فلا يكفي لانعقاده قيام التراضي فقط بل يجب فوق ذلك تسليم العين محل التعاقد فيعتبر فعل التسليم شكلية لابد منها لقيام العقد فيرجع أصل هذا العقد الى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية و القرض الاستهلاكية و الوديعة و الرهن الحيازي أما في القانون الجزائري اصبح هذا النوع من العقود نادرا بل منعدما .

أولا: العقود العينية في التشريع الفرنسي والتشريع الروماني.

لقد ظهرت هذه العقود في بادي الامر في نطاق القانون الروماني باعتبارها احدى مراحل تطور العقد نحو الرضائية ثم انتقلت الى القانون الفرنسي و منه الى القوانين العربية **و قد ذهب جانب من الفقه الى اعتبار العينية صورة من صور الشكلية وان العقد** العيني هو عقد شكلي وقد وصفه بعضهم هذه الشكلية بانها شكلية مخففة (والعقود العينية هي نوع مخفف من العقود الشكلية أدى إلى تطور القانون الروماني في سبيل التحلل من الاوضاع و الاشكال البالية التي كانت تسوده و للتخلص من الشكل الذي يلزم اجراؤه بالنسبة إلى العقود بوجه عام سمح الرومان بالنسبة لبعض العقود بالاكتفاء بتسليم الشيء التي ترد عليه) و انتقل نظام العقود العينية من القانون الروماني القانون الفرنسي و من هذا الاخير انتقل إلى القانون المصري القديم .

ثانيا: العقود العينية في التشريع الجزائري .

العقود العينية بالنسبة للقانون الجزائري هناك فريق يقر ان هذا النوع من العقود أصبح نادرا و منعدما و السبب في ذلك يرجع الى الانتقادات التي وجهت لهذه العقود اذ يعتقد معظم الفقهاء المعارضين أن هذه العقود هي عقود رضائية لا غير و فريق اخر اقر ان العقد الوحيد الذي يعتبر عقدا عينيا هو عقد الهبة الوارد على المنقول طبقا للمادة 206 من قانون الاسرة الجزائري[1] .

1- نموذج عن العقد العيني (عقد الهبة الوارد على المنقول):

عقد الهبة مثله مثل العقود الاخرى لا يجب أن يتوفر فيه التراضي فقط بل يجب ان ينصب في قالب معين و هذا ما نصت عليه المادة 206 قانون الاسرة وذلك بتحرير الهبة في عقد رسمي على يد موظف مختص هو الموثق

[1]-أنظر ،قانون رقم84-11مؤرخ في 09رمضان عام 1404 الموافق ل 09يونيو 1984 والمتضمن قانونا الاسرة المعدل والمتمم بالأمر05-02المؤرخ في 18 محرم عام 1426 الموافق 27 فبراير سنة 2005 ،ج،ر، ع15،المؤرخة في 27 فبراير سنة 2005 .

و زيادة على دلك يجب تسليم العين الموهوبة الى الموهوب له أي انتقالها الى حيازته و الشكلية أي الرسمية هي ركن اساسي في عقد الهبة المنصب على العقار اما في عقد الهبة المنصب على المنقول فهو يخضع لإجراءات خاصة الى جانب الحيازة و الرضا و لا يشترط فيه الشكلية اذ أن الحيازة هي الركن الاساسي في الهبة المنقولة لابد من توفرها و نظرا إلى تصرف الواهب الخطير يتجرد به من ماله دون مقابل و ضار في نفس الوقت به و ورثته من بعده فقد فرض المشرع هذه الشكلية فيه حتى يتسع الوقت للواهب فيتدبر امر هدا التصرف .

فقد الزم المشرع الجزائري تحرير الهبة في عقد رسمي أذا نصبت على عقار و أما أذا نصبت على منقول فيجب اتباع الاجراءات الخاصة طبقا لنص المادة 206ق م أو بتخلف الشكلية تكون الهبة باطلة وكانت تقتصر هذه الشكلية في الهبة على القبض أي انتقال العين الموهوبة الى حيازة الموهوبة له.

المطلب الثاني : الشكلية غير المباشرة

تتمثل في مختلف الاجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة و قد سمية بهذا الاسم لعدم اتصالها المباشر بالتصرف القانوني بحيث لا تؤثر على صحته و إنما قد تعمل على الحد من فعاليته و نفاذه من خلال عدم انتاج التصرف القانوني لكافة اثاره أو إلى صعوبة اثباته حسب الهدف المقصود من أشكل و تتعلق هده الاجراءات بقواعد الاثبات و الاشهار و الاجراءات الإدارية و الجبائية .

الفرع الاول : قواعد الاثبات :

تعتبر مسألة الاثبات من اهم المواضيع التي نظمها المشرع الجزائري و ذلك لارتباطها بتطبيق النصوص القانونية فالقاضي حتى يتمكن من تطبيق النص الموضوعي على النزاع المطروح امامه يجب ان يثبت لديه اولا صحة الوقائع المدعى بها فالحق المطالب به امام القضاء لا يحظى بالحماية مالم يتمكن صاحبها من اثبات الواقعة التي انشاته بالطرق التي حددها القانون سلفا .

أن طرق ووسائل الاثبات متعددة و متنوعة لكل دليل قيمته و مجاله و قد بينها المشرع في القانون المدني من المواد 323 إلى 350 تحت عنوان اثبات الالتزام كما اجراءاتها الشكلية في المواد 75 الى 193 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تحت عنوان وسائل الإثبات .

---

[1]–أنظر ،رشيد، صدام بوعمامة، الشكلية في العقود، مذكرة ماستر حقوق قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2021/2022،ص26

فان إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي و هذا ما اشارت اليه المادة 333/ 1 ق م والتي نصت على : " في غير المواد التجارية اذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 1000000 دينار جزائري او كان غير محدد القيمة فلا يجوز الاثبات بالشهود في وجوده او انقضائه مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك " .

أولا : مفهوم الاثبات .

هو محاربة الوصول الى الحقيقة المجردة كالإثبات العلمي او التاريخي حيث ينشد الانسان التحقق من واقعة غير معروفة او متنازع عليها باي وسيلة كانت [1].

غير أن الاثبات في المجال القانوني معنى خاص يتميز وهو اقامة الدليل امام القضاء بالطرق المحددة في القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها بين الخصوم بحيث يترتب على ثبوتها أثار قانونية.

و يقتصر دور القاضي هنا على الموازنة بين الادلة المتعارضة التي يقدمها الخصوم ليصل الى ما يراه مجسد للحقيقة في خصوصية النزاع المعروض عليه .

ثانيا : أهمية الاثبات .

-القاضي يعتمد في فصله في الخصومة على الادلة التي يقدمها الخصوم فاذا ادعى خصم في الدعوى حقا و انكره عليه خصمه فان الحكم في الحق او نفيه يعتمد على اقتناع القاضي على الادلة التي قدمها له الخصم .

- الاثبات ليس ركنا من اركان الحق و مع ذلك فهو عنصرا هاما لدعم الحق و تأكيده .

الى جانب المصلحة الفردية التي يحققها الاثبات فان هذا النظام يحقق مصلحة عامة اجتماعية فمن يدعي حقا لا يستطيع حماية هذا الحق بنفسه بل يجب عليه الاحتماء بالقضاة ليمكنه من ذلك فاذا عجز عن اقامة الدليل القانوني عن حقه او عن المساس به فقد حقه و خشر دعواه .

---

[1] _ أنظر محمد حسنين منصور، مبادئ الاثبات وطرقة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون سنة طبع، ص 7

ثالثا: الطبيعة القانونية لقواعد الاثبات .

قواعد الاثبات الموضوعية: تتسم القواعد الموضوعية عادة بانها قواعد مكملة غير متعلقة بالنظام العام فهي تتصل مباشرة بالحقوق المالية المتنازع ليها وهي حقوق يجوز التصرف فيها و التنازع عنها و التصالح بشأنها .

–قواعد الاثبات الاجرائية : هي القواعد التي تنظم الاجراءات الواجبة الاتباع في تقديم ادلة الاثبات الموضوعية في نزاع معروض على القضاء فهذه القواعد تبين طريقة الطعن في الدليل الكتابي المقدم من طرف الخصوم و إجراءات الفصل فيه كما تبين إجراءات سماع الشهود و التجريح فيهم [1]، و اجراءات الاستجواب و الانتقال الى الاماكن المتنازع عليها و الخبرة و اجراءات اللجوء اليها [2]، و تعتبر من النظام العام لأنها تتعلق بنظام التقاضي فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها و كل مخالفة لها تعد باطلة .

رابعا: محل الاثبات .

يرد الاثبات على الوقائع القانونية محل الاثبات .

– الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الاثبات:

– أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:تكون الواقعة المراد اثباتها أمام القضاء متصل بالحق المطالب به أما اذا كانت بعيدة الصلة عن موضوع الدعوى فلا توجد فائدة من وراء اثباتها و لا تثور صعوبة بالنسبة للواقعة مصدر الحق المطالب به [1].

–أن تكون الواقعة جائزة القبول : تكون الواقعة غير جائزة اذا كانت مستحيلة الاثبات او لان القانون يمنع اثباتها و قد تكون الواقعة مستحيلة الوقوع بالنظر الى طبيعتها كالمطالبة بإثبات نسب شخص اخر يصغره سنا [3].

---

[1] – أنظر، أحمد شريف الدين، أصول الاثبات في المواد المدية والتجارية، طبعة نادي القضاة، سنة 2004

[2] –أنظر، عمر بن سعيد، ماهية الاثبات ومحله في القانون والقصاء المدني الجزائري، مجلة افاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، المركز الجامعي بريكة الجلفة، 2018 ،تاريخ الارسال 11- 08- 2018 ، تاريخ النشر جوان 2018 ، العدد 13 ،المجلد 4 ، ص66.

[3]– أنظر، مُحَّد حسين ، المرجع السابق ،ص 34

وقد يمنع القانون اثبات الوقائع لأسباب معينة منها :

. المنع لاعتبارات تتعلق بالنظام العام

. المنع بسبب وجود قرينة قانونية قاطعة .

. قابلية الواقعة للإثبات ومنع القانون اثباتها ببعض الطرق

– أن تكون الواقعة محددة: يجب ان تكون الواقعة محددة تحديدا كافيا حتى يتمكن التحقق من ان الدليل الذي سيقدم يتعلق بهذه الواقعة بغيرها .

و قد تكون الواقعة ايجابية هي التي تنصب على اثبات وجود امر ما اما الواقعة السلبية هي التي تنصب على نفي امر موجود وهذا ما جاءت به نص المادة 138 من القانون المدني .

–أن تكون الواقعة محلا للنزاع : هذا الشرط يفترضه منطق الاثبات ذاته فاذا لم تكن الواقعة المدعاة محلا للنزاع و كانت معترف بها فلا تثور الحاجة الى اثباتها فاذا اقر الخصم بالواقعة المدعى بها فإن اقرارها هذا يعد حجة عليه و يعفي المدعي من اقامة الدليل و يعفي القاضي من البحث في ثبوتها أو عدم ثبوتها .

خامسا : التقسيمات الفقهية لأدلة الاثبات.

طرق مباشرة وطرق غير مباشرة : يقصد بالطرق المباشرة تلك الطرق التي تنصب مباشرة على الواقعة المراد اثباتها و تنحصر هذه الطرق في الكتابة و شهادة الشهود[2]، فالكتابة تسجل الواقعة المراد اثباتها بالذات سواء كانت هذه الواقعة تصرفا قانونيا او واقعة قانونية أما شهادة الشهود فاذا انصبت على الواقعة المراد اثباتها سواء كانت هذه الواقعة تصرف قانوني أو واقعة قانونية فهي تعد طرقا مباشرا لإثبات هذه الواقعة متى اجاز القانون ذلك .

[2] – أنظر، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– نظرية الالتزام بوجه عام– الاثبات واثار الالتزام، المجلد الاول ، الجزاء الثاني ، دار النشر العربية، القاهرة ،1968.

أما الطرق غير المباشرة تنصب دلالتها على الواقعة المراد اثباتها وانما تستخلص بطريق الاستنباط و تتمثل هذه الطرق في القرائن و الاقرار و اليمين فهذه الطرق لا تعد دليلا مباشر على صحة الواقعة [1] .

و القرينة هي استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة فالقرينة لا تنصب الاثبات فيها على واقعة المراد إثباتها بالذات بل على واقعة اخرى متصلة بها اتصالا وثيقا بحيث يعتبر اثبات القرينة المجهولة اثبات القرينة المعلومة بطريق الاستنباط .

–طرق مهيأة و طرق غير مهيأة : و يقصد **بالطرق المهيأة** تلك الطرق التي اعدها صاحب الشأن لإثبات حقه في حالة المنازعة فيه و تتمثل هذه الطرق عادة في الكتابة و تسمى الكتابة في هذه الحالة تعد سندا لان الخصم يعدها لكي يستند اليها عند القيام النزاع بينه وبين خصمه كعقد البيع [2] .

أما الطرق غير المهيأة التي لا تعد مقدما بل يتم اعدادها عند قيام النزاع في الحق المراد اثباته و كل طرق الاثبات عدا الكتابة.

–طرق ذات حجية ملزمة و طرق ذات حجية غير ملزمة : طرق ذات حجية ملزمة هي الطرق التي حددها القانون قوة الالزام و لم يترك القاضي سلطة تقديرها و تتمثل هذه الطرق في الكتابة و الاقرار و اليمين و القرائن القانونية .

– أما الطرق ذات الحجية غير الملزمة فهي التي يكون فيها القاضي الموضوع سلطة تقديرية في تقدير حجيتها دون رقابة عليها من المحكمة العليا و تتمثل هذه الطرق في البينة و القرائن القضائية .

---

[1] – أنظر، اشرف جابر سيد ، المرجع السابق ص 47 .

[2] –أنظر ، محمد حسن منصور ،المرجع السابق ص 41.

–طرق اصلية وطرق تكميلية و طرق احتياطية : يقصد بالطرق الأصلية تلك الطرق التي تقوم بذاتها دون ان تكون مكملة لأدلة اخرى موجودة و هذه الطرق كافية وحدها كالكتابة بالنسبة للتصرفات التي تزيد قيمتها عن 1000،000 دج و اليمين الحاسمة و القرائن القانونية [1].

أما الطرق الاحتياطية فهي تلك الطرق التي يلجا اليها الخصم اذا لم يكن له دليل اخر وهي الاقرار واليمين الحاسمة فالخصم يضطر اللجوء الى هذين الدليلين لإثبات حق سابق.

–طرق ذات قوة مطلقة و طرق ذات قوة محددة و طرق معفية : يقصد بالطرق ذات القوة المطلقة تلك الطرق التي تصلح لإثبات جميع الوقائع و التصرفات القانونية و أيا كانت قيمة الحق المراد اثباته و تعتبر الكتابة هي الدليل ذو القيمة المطلقة خاصة اذا كانت هذه الكتابة مثل العقود الرسمية و الاحكام القضائية بمفهومها العام .

أما طرق الاثبات ذات القيمة المحددة فهي تلك التي تصلح لإثبات بعض الوقائع دون البعض الاخر وهذه الطرق هي البينة و شهادة الشهود و القرائن القضائية و اليمين المتممة .

أما طرق الاثبات المعفية فهي تلك الطرق التي تصلح للإعفاء من الاثبات انه واقعة مادية أو أي تصرف قانوني مهما كانت قيمته و هذه الطرق هي الاقرار و اليمين الحاسمة و القرائن القانونية [2] .

الفرع الثاني : قواعد الشهر .

1–تعريف الشهر :

أ–لغة : شهرا هكذا يعني بذكره و عرفه به و الحرب اعلنها و السيف اسله و البندقية صوبها .

تعني كلمة الشهر إعلام الجمهور وفي القاموس الفرنسي Le petit rober يعني إيضاً إعلام الجمهور سواء شفاهه او كتابة و يقصد بالشهر التصرف القانوني لغة جعله عاما و اعلامه للجميع .

---

[1]– أنظر، أحمد اشرف الدين ، المرجع السابق ،ص42.

[2]– أنظر، عمر بن سعد ،المرجع السابق،ص74

ب–اصطلاحا : هو نظام يشتمل على مجموعة من القواعد و الاجراءات التي تؤدي الى تثبيت ملكية شخص لحقوق عينية عقارية اتجاه الغير و يتم ذلك بتسجيل الملكية و الحقوق العينية و التبعية و كل ما يمكن شهره في سجلات معدة لاطلاع كافة الناس فيكتسب الحق المسجل قوة ثبوتية مطلقة او نسبية .

هو شهر حقوق الملكية و الحقوق العينية الاخرى اللصيقة بالعقارات و بالتحديد شهر بعض التصرفات المتعلقة بهذه الحقوق اي التصرفات القانونية المتسببة في نشؤها نقلها و في تخصيصها كالبيع ..... الهبة .... الخ [1] .

أما الفقه الفرنسي عرفه بأنه مجموعة القواعد المتعلقة بإعلان الحقوق العينية الواردة على عقار و بأنه مجموعة القواعد التي تهدف لإعلام الغير بكل تصرف منشئ ناقل و منهي للحقوق العينية العقارية و كذا التأمينات الممنوحة لبعض الدائنين بموجب نص قانون او اتفاق الاطراف ..

كما يعرف بانه نظام قانوني له مجموعة من القواعد و الاجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية و كذا الحقوق العينية العقارية الاخرى و جميع العمليات القانونية الواردة على العقارات [2] .

---

[1] – أنظر، العتروس بشير، الشهر العقاري في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ،العدد الاول ترجمة امقران عبد العزيز ، قسم الوثائق ،المحكمة العليا ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2004،ص 15.

[2]–أنظر ، عمر حمدي باشا ، نقل الملكية العقارية في ضوء اخر التعديلات واحدث الاحكام ، الطبعة 2، دار هومة ، الجزائر 2000، ص 118.

2 - خصائص الشهر العقاري :

أ-الشهر العقاري نظام قانوني : أي مصدره القانون فهو الذي يحدد له أهدافه و ينظم نشاطه فيقرر انشاء سجلات العقارية و يحدد وظيفتها و ينظم ادرتها و قيودها [1].

ب-الشهر العقاري نظام اعلامي: نظام الشهر العقاري يلعب دورا اعلاميا بحيث يمكن هذا النظام الغير من الحصول عن طريق المحافظة العقارية على المعلومات التي يرغب فيها بشان عقاري معين فنجد المشرع الجزائري قد اسند مهمة تقديم المعلومات عن العقارات و الحقوق المشهرة للمحافظ العقاري طبقا للمادة03 من المرسوم 76/ 63 [2]المتعلق بتأسيس السجل العقاري ونظم كيفيات ذلك بموجب المواد من 55 الى 60 من نفس المرسوم .

ج-الشهر العقاري نظام ائتماني : يمكن من خلال هذا النظام ضبط الوعاء العقاري و تحقيق نوع من الائتمان في المعاملات العقارية حيث أن هذا النظام يؤدي الى منع الغش واستقرار المعاملات وصون الحقوق وتثبيت الملكية والقضاء على المنازعات وفي هذا تشجيع للتعامل في العقارات وللائتمان العقاري

3 – صور نظام الشهر العقاري:

يوجد نظامين للشهر العقاري و هما :

أ /نظام الشهر الشخصي : هو ذلك النظام الذي يقوم على شهر التصرفات العقارية وفق الاسماء الشخصية للقائمين بها في نوعين من السجلات يمسك حسب الترتيب الابجدي لأسماء المتصرف و اخر حسب الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد شهرها [3].

-خصائص نظام الشهر الشخصي:

-أساس التسجيل في هذا النظام هو أسماء الاشخاص الذي تصدر عنهم التصرفات

-عملية التسجيل غير الزامي

-نظام الشهر الشخصي لا يجعل من التسجيل شرطا للإنشاء الحق او ايجاده او نقله أو انهائه فالهدف منه فقط هو إعلام الغير بوجوده عملية التسجيل يقوم بها موظف إداري عادي ليس لديه أي سلطة قانونية على الاعمال المطلوب تسجيلها .

---

[1]- أنظر، حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 20.

[2]-أنظر-المرسوم 63-76 المتعلق بتاسيس السجل العقاري ، المؤرخ في 25 مارس 1976،ج،ر ،ع30 ،المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 123-93 المؤرخ في 19ماي 1993

[3]- أنظر ، جمال بوشناقة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية، الجزائري، 2006 ص15.

– تقييم نظام الشهر الشخصي :

مزايا نظام الشهر العقاري : تعتبر أداة لإعلام الغير بما ورد على العقار من تصرفات من جهة و بانتقال الملكية من جهة اخرى كما أنه مجرد الشهر يعد قرينة على ملكية العقار يثبت العكس من صاحب المصلحة [1] .

–يساعد الدولة من أجل فرض ضريبة على مجمل التصرفات الواردة على العقار

–يمتاز بسهولة اجراءاته دون الحاجة لعملية مسح الاراضي

– عيوب نظام الشهر الشخصي : يعاب على نظام الشهر الشخصي أنه لا يعطي المتصرف اليه ضمانا بثبوت الحق المتصرف فيه بصفة نهائية .

صعوبة التعرف على هوية المالك الحقيقي للعقار

خطر ضياع الملكية بالتقادم المكسب و تعارض سندات الملكية لنفس العقار

ب– نظام الشهر العيني :يقوم نظام الشهر العيني على اساس العقار محل التصرف اذ أن السجل يمسك بحسب العقارات و بياناتها [2] ، حيث تخصص لكل عقار تقريبا صفحة كاملة تدون فيها كل التصرفات الواجبة الشهر الواردة على العقار كما يحتوي على الوصف المادي لهذا العقار فتحدد مساحته و موقعه .

–**مبادئ الشهر العيني**:يقوم على ست مبادى وهي:

مبدأ عدم اكتساب الحقوق مبدأ التخصيص و مبدأ القيد المطلق بالإضافة الى مبدأ المشروعية ومبدأ القوة الثبوت المطلق و المشهرة بالتقادم و الاثر المنشئ والناقل .

---

[1]– أنظر، ليلي زروقي وحمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، الطبعة الأولى ، دار هومة ص 43.

[2]–عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية ، الطبعة الاولى، ص 10 .

– تقييم نظام الشهر العيني :

مزايا نظام الشهر العيني

تحقيق الحماية القانونية للمتعاملين

سهولة التعرف على المركز القانوني للعقار و مالكه الحقيقي

منع تعارض سندات الملكية[1].

تجنب خطر التقادم و يسهل و يساعد على تحديد وعاء الضريبة و الرسوم العقارية بطريقة سليمة و عادلة في المستقبل .

–عيوب نظام الشهر العيني :

نظام مكلف يتطلب تطبيقات ونفقات باهظة وجهود كبيرة يمكن أن يكون وسيلة للاغتصاب الملكية يمكن أن يؤدي تفتيت الملكية

–أحكام الشهر العقاري :

–قواعد الشهر العقاري وشروطه:

قاعدة الرسمية : القاعدة العامة هي الرضائية غير ان المشرع الجزائري اقر مبدأ شكلية العقود في بعض التصرفات حيث تفرغ هذه المعاملات في شكل رسمي من طرف ضابط عمومي أو موظف مختص اثبت له القانون هذه الصفة[2] .

المادة 61 من المرسوم 63/76 المتعلق بتأسيس السجل التجاري من خلال هذا النص أن المشرع قد إشترط صفة الرسمية في جميع العقود و الوثائق الخاضعة للشهر ولم ينص على أي استثناء لهذا المبدأ.

و كذلك المادة 29 من القانون 25/90 المؤرخ في 11/18 /1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم .

[1]– أنظر، ابراهيم ابو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، طبعة 1978، دار الفكر العربي ، مصر ،ص54

[2]–أنظر ،خالد رامول ، المحافظة العقارية كالية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب الجزائر ، 2001 ص 15

قاعدة الشهر المسبق : تعتبر قاعدة الشهر المسبق للتصرفات و المعاملات القانوني الواردة على العقارات من الضمانات الاساسية لتسلسل انتقال الحقوق العقارية[1].

اذ تنص المادة 88 من المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 25 /03/ 1976 المتضمن تأسيس السجل التجاري "لا يمكن القيام باي اجراء مسبق او مقارن للعقد او القرار القضائي او لشهادة الانتقال عن طريق الوفاء يثبت التصرف او صاحب الحق الاخير ".

من خلال هذه المادة نجد ان قاعدة الشهر المسبق تعني بانه لا يمكن للمحافظ العقاري ان يقوم بشهر اي وثيقة ناقلة للملكية العقارية ما لم لها اصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية تثبت حق التصرف الاجير في العقار بحيث تنتقل الملكية العقارية بطريقة واضحة لا لبس فيها يمكن من خلالها معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على الملكية[2].

–الشروط القانونية الواجب توافرها في الوثائق الخاضعة للشهر العقاري :

التحقيق في هوية الاطراف : الشخص ركن اساسي في الحق فهو صاحب الحق و الشخص قانونا هو من يكون صالحا لان يصير صاحب حق و ان يتحمل الالتزام و يلجا الى الحياة القانونية تلك هي الشخصية القانونية فهناك نوعين من الاشخاص

–بالنسبة للأشخاص الطبيعيين : المادة 62 من المرسوم 63/76 وفق الصيغة المعدلة بموجب المرسوم التنفيذي 123/93 كل عقد او قرار قضائي يكون موضوع اشهار في محافظة عقارية يجب ان يشتمل على القاب و أسماء و تاريخ و مكان ولادة وجنسية الاطراف ، موثق او ضابط عمومي او سلطة ادارية في اسفل كل جدول او مستخرج أو صورة اصلية او نسخة مودعة من اجل تنفيذ اجراء"

[1]– أنظر ، جمال بوشناقة ، المرجع السابق ص 149 .

[2]– أنظر، ليلى زروقي ، المرجع السابق ، ص 249

–بالنسبة للأشخاص المعنوية : أن كل العقود و المحررات التي تكون موضوع اشهار يجب ان تتضمن بيانات متعلقة بهوية الاشخاص الاعتبارية من شكل قانوني مقر اجتماعي و رقم التسجيل في السجل التجاري بالنسبة للشركات التجارية مقر و مكان و تاريخ إيداع القوانين الاساسية للنقابات ، تاريخ و مكان التصريح للجمعيات ، أما اذا كان الشخص الاعتباري متمثل في الجماعات المحلية لابد من ضرورة ذكر إسم الولاية او البلدية اما بالنسبة لمديرية أملاك الدولة فإنها تثبت باسم الدولة

–بالنسبة للعقارات الممسوحة : تحديد طبيعة العقار ان كان ارض فلاحية او مسكن او مصنع و تحديد البلدية التي يقع عليها العقار و تحديد قسم مخطط المسح ورقمه .

–بالنسبة للعقارات غير الممسوحة : العقار الحضري : ذكر اسم الشارع رقم العقار بالإضافة الى البلدية المتواجد فيها العقار الريفي : لابد من تحديد نوع العقار ، موقعه ، مشتملاته و نوع المخطط المحتفظ به .

–اجراءات الشهر :

–ايداع الوثائق المطلوبة لدى المحافظة العقارية و يتم ايداعها بقسم الايداع و عمليات المحاسبة حسب المادة62 من المرسوم 76 /63.

–تنفيذ الشهر :

بعد التأكد من توفر جميع الشروط و تقديم الوثائق القانونية من اجل اجراء الاشهار التحقق من هوية الاطراف و موضوع العقد المطلوب اشهارها ان كان مخالف للنظام العام او لا يتولى عملية الاشهار خلال 15 يوم التالية من تاريخ الايداع ومن ثم يكون له اثر فوري ينتج عنه انشاء البطاقة العقارية وتسليم الدفتر العقاري [1].

الفرع الثالث : الاجراءات الادارية و الجبائية :

يمكن ان تتخذ بعض التصرفات القانونية نظرا لأهميته ا الاقتصادية و الاجتماعية مجموعة من الاجراءات التي تعتبر احدى شكليات غير المباشرة التي يتوجب على الاطراف مراعاتها لكي تكون تصرفاتهم قانونية و منتجة لكافة اثارها و تتمثل في :

[1] – أنظر، عمارة صليحة ، نظام الشهر العقاري الجزائري ، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد4، مستغانم، جوان 2016 ص 506

–اجراءات الرخيص المسبق : و هو الترخيص الاداري حيث تتخذ منه سلطة الادارية وسيلة قانونية للتنظيم و الرقابة لاسيما على الاشخاص في بعض الانشطة . و يتم تعريف الرخيص الاداري على انه وسيلة تدخل الدولة في ممارسة النشاط الفردي للوقاية مما قد ينشا عنه من ضرر او رفض الاذن بممارسة النشاط اذا كان لا يكفي للوقاية منه او كان غير مسوف للشروط التي قررها القانون[1].

فالترخيص قرار سابق اذ يتوقف عليه ممارسة النشاط فلا يجوز ممارسة هذا النشاط قبل الحصول عليه فهو قرار اداري يصدر قبل البدء في تنفيذ النشاط فهو قرار لازم قانونا قبل كل بداية لممارسة النشاط [2].

ان نظام الترخيص لم يعد يقتصر على الجانب الاداري و انما توسع ليشمل العديد من جوانب الحياة و ذلك ان المشرع الجزائري اعتمد نظام تعدد الزوجات مادام حقا شرعيا ثابتا للرجل لكنه قد قيد ذلك بشرط في المادة 8 من قانون الاسرة حيث اشترط شكلية الترخيص كإجراء يهدف الى حماية الزوجة السابقة و المرأة التي يقبل على الزواج بها

–اجراء الترخيص الاجباري : نصت المادة33/ 3من الامر 31/75 المؤرخ في 29 ابريل1975 المتعلق بالشروط العامة لعلاقة العمل في القطاع الخاص " تلزم صاحب العمل ان يتقدم بتصريح عند استعماله لليد العاملة الاجنبية طبقا لكيفيات المحددة قانونيا .

اشترط المشرع لإجراء التصريح الاجباري في بعض العقود يكون قد فرض نوعا من التقييد على حرية التصرف لكنه و في المقابل يمكن القول ان المشرع يعترف بمبد أ سلطان الارادة و سمح للإفراد القيام بالتصرفات التي تخالف النظام العام[3].

–شكلية التأهيل : هو الاجراء الذي يستلزم القانون اثباته من بعض الاطراف اذا ما ارادوا ان يقبلوا على تصرفات ما أو انكون لهم النية في ابرام بعض العقود و يتعلق الامر بمن كانت اهليته القانونية مشوبة بأحد العيوب التي لا تجعله قادرا على التصرف و ابرام العقود فالقاصر و المعتوه و المحجور عليه هؤ لاء لا يجوز لهم ان يكونوا اطرافا في العقد الا اذا توافرت لهم عدة شروط و من بينها شرط التأهيل و هو الحصول على الاذن القانوني من الجهة المختصة الا كان العقد قبال للإبطال .

---

[1] – أنظر، عبد الرحمان غراوي، الرخص الادارية في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون ،سنة 2006،ص 147

[2] – أنظر ، غراوي عبد الرحمن ، المرجع نفسه ص 149.

[3]– أنظر، زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،سنة 1986 ص 76

–شكلية التسجيل : يعرف التسجيل بانه شكلية منجزة من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كيفيات متعددة يحددها القانون و تطبق هذه الشكلية اما على العقود التي تبرمها الاشخاص او على التحويلات إلتي لا تنتج عن العقد مما يسمح بالحصول على ضريبة تسمى برسم التسجيل و تختلف هذه الرسوم باختلاف نوع المعاملات الواقع عليها التسجيل حيث تخضع العديد من العقود (البيوع و الايجارات العقارية) لهذه الشكليات التي تسيير لاستيفاء الضريبة [1] .

و من أهم ما يهدف اليه التسجيل المساهمة المباشرة في زيادة الخزينة العمومية و رتب المشرع عليه اثر بالغ الاهمية حيث منحه اعطاء العقد تاريخا ثابتا منذ تسجيله حسب علامة المادة 322 من القانون المدني الجزائري . ويتم التسجيل بوضع علامة على العقد أو التصريح فتقوم مصلحة التسجيل بتقديم وثائق أو استمارات يتم ملؤها من طرف المستفيد ثم يقوم بتحديد الضريبة المراد دفعها[2].

[1] – أنظر ، بومعزة رشيد ، الشكلية الرسمية في العقود المدنية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة 2005 ،ص 108 .

[2] – أنظر، تغرارة مُحَّد، اكتساب السند التاريخ ثابت بين المادة 328 ق م والمادة 89 من المرسوم 76/ 63 مجلة الموثق ، العدد8، ص11 .

الخلاصة :

ركن الشكل في العقود قد ينص عليه القانون و قد يتفق عليه اطرافه ، بان يتشرطوا شكلا معينا لانعقاده و هذه هي الشكلية بمعناها الضيق حيث يوصف فيها العقد بانه عقد شكلي ، و قد لا تتضح ماهي الشكل المتطلب أو وظيفته القانونية من صياغة النص أو العبارة و لإدراك الامر لابد من البحث في الحكمة التشريعية ارادة اطراف العقد . من اشتراط الشكل و المصلحة المراد حمايتها، و في الغالب يهدف المشرع من وراء فرضه للشكلية في العقود اثبات وجود العقد و فحواه في حالة النزاع . و هذا ما يتجلى من الكتابة الرسمية او العرفية والتي من خلالها يضمن المتصرف اثبات حقوقه المترتبة على التصرف و بعد اتمام اجراءات الكتابة يصبح واضح للعيان اي ان العقد قد حددت التزاماته على اطرافه ووجب الوفاء بها.

أخذ المشرع الجزائري بمبدأ الرضائية كأصل عام في العقود. فالعقد لا يقوم صحيحا إلا بتوافر رضا المتعاقدين وسالمة هذا من ق م .أما عن الشكلية فقد اعتبرها المشرع استثناء على الرضائية 59الرضا من العيوب، وهذا ما جاء في نص المادة من 324ويظهر ذلك جليا من خلال اعتبار الرسمية ركنا في بعض التصرفات القانونية التي جاء ذكرها في نص المادة القانون المدني الجزائري .

إلا أنه أورد استثناء على هذا المبدأ ألا وهو الشكلية حيث جعل لها هي الأخرى أهمية في بعض التصرفات بل واعتبرها ركنا ورتب عن تخلفها البطلان في بعض العقود ،وتتنوع الشكلية حسب زمن تواجدها في العقد فإما أن تكون في مرحلة إنشاء التصرف القانوني أو قد تكون سابقة أو لاحقة له . كما يتنوع الشكل حسب ما يفرضه المشرع الجزائري لانعقاد بعض التصرفات القانونية و التي يتم التعبير عن الإرادة فيها بشكل معين. حيث ان هذا الشكل قد يكون عن طريق الكتابة الرسمية بواسطة موظف مختص أو عن طريق الكتابة العرفية.

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى تعريف المحرر الرسمي من خلال نص المادة324 من ق م حيث يتضح لنا أن هذه المادة تحوي الشروط الواجب توفرها في هذا المحرر. و من شروطه ان يكون محرر من طرف ضابط عمومي او شخص مكلف بخدمة او موظف عام مختص و ان يكون هذا الاخير مختص في تحرير هذه الورقة و مراعات الاوضاع القانونية في تحرير الورقة الرسمية. تعد المحررات العرفية هي الشكل الثاني للكتابة كما تعد أيضا الشكل التقليدي لها وتعتبر هي الأخرى ذات أهمية كونها وسيلة للكتابة و الإثبات.

و مع ظهور التكنولوجيا الحديثة، ظهرت صورة حديثة للكتابة الا وهي الكتابة الإلكترونية و التي اصبحت احدى الطرق المساعدة على ابرام العقود، و قد ساهمت التشريعات لضبط احكام هذه الكتابة و العمل على تنظيمها و تقريبها من الكتابة العرفية، فإذا كانت هذه الأخيرة هي الوجه التقليدي للكتابة فان الكتابة الإلكترونية هي وجهها الحديث .

بعد تعرضنا في الفصل الاول الى ماهية الشكلية في التشريع الجزائري حيث خلصنا الى ان الشكلية القانونية له صفة الالزام ، لأنه من وضع المشرع ما يجعله اساسيا فاذا تخلف وقع البطلان ، فمتى توافر المحرر على الشروط المطلوبة وكان مظهره الخارجي ناطقا برسميته قامت قرينة ، قانونية على سلامته من الناحية المادية ، ويكتسب الشكل في حالة تحصيل الرسمية على الورقة .

القوة التنفيذية وحجية في مواجهة الاشخاص ، وفي حالة تخلف الرسمية واختل شرط من شروط الصحة يترتب عليها بطلان تصرف الرسمي ويتحول الى عقد عرفي .

ومن خلال هذا الفصل سنتطرق الى اثار الشكلية في العقد وذلك من خلال المبحثين التالين

المبحث الاول : حجية الشكلية في العقد .

المبحث الثاني : النتائج المترتبة على تخلف الشكلية .

المبحث الاول : حجة الشكلية في العقد .

حدد المشروع حجية المحرر الرسمي في المواد 324 مكرر 5 الى 324 مكرر 7 فإنه متى توافرت الشروط المطلوبة وكان مظهره الخارجي ناطقا برسميته قامت القرنية القانونية على سلامته ، اذ يعتبر الشكل الرسمي حجة ودليل قاطع على حصول التعاقد فيما بين المتعاقدين ، ولا يستطيع اطراف العقد أن ينكروا مضمونة ، كما أن للشكل الرسمي حجية من حيث البيانات التي لا يجوز اثبات عكسها الا بالتزوير وهذا في المطلب الاول ، أما في المطلب الثاني سنتطرق الى حجية الشكل العرفي والكتابة الالكترونية ، حيث أن المحررات العرفية هي ادلة يحررها الاطراف بأنفسهم ، كما نص المشرع في التشريع الجديد على المحررات الالكترونية واعطى لها حجية المحررات العادية ، حيث تعتبر المحررات العرفية الشكل الثاني للكتابة وهي ذات أهمية كونها وسيلة كتابة و الاثبات .

المطلب الاول : حجية الشكل الرسمي ووسائل دحضه:

أولا : حجية الشكل الرسمي من حيث الاشخاص و من حيث المضمون :

أن الحجية المفترضة في الورقة الرسمية متى كان ظاهرها الخارجي سليم و لا ينبئ أنها غير ذلك ولا يلزم من يتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها ، وهذا وفق لما جاءت به المواد423 مكرر5 و 423 مكرر6 . و لقد تناول المشرع حجية الشكل الرسمي بالنسبة للأطراف و من حيث البيانات الوارد فيها وكذلك بالنسبة للصور .

1-من حيث الاشخاص : يندرج مصطلح الاشخاص في كل الاطراف المعنيين في الورقة الرسمية في الدرجة الاولى و كذلك الغير الذي يعتبر طرفا في الورقة وهذا ما جاءت به المادة 423 مكرر6 و زيادة على ذلكما جاء في نص

المادة423مكرر[1]7.من خلال هاتين المادتين فان المحرر الرسمي حجة على كافة الناس فيما بين المتعاقدين و ايضا في مواجهة الغير ، ولا يجوز لذوي الشأن او الغير نقض الحجية الرسمية الا بإثبات التزوير بالطرق المقررة قانونا[2]. أما اذا كان ما يراد نقضه من البيانات لا تثبت له صفة الرسمية اما لأنه صادر من ذوي الشأن أو لأنه صادر من موظف عام و لكن خارج حدود اختصاصه ، فان هذه البيانات يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية.

الغير الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي هو نفسه الغير الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني و الخلف العام ، أما الغير الذي لا يسري عليه التصرف فلا يحتج عليه بالمحرر الرسمي المثبت له[3].

2-من حيث المضمون أو بياناته: حجة المحرر الرسمي ما دون فيه من أمور قام بها محرره في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا.

2-أنظر ،محمد حسين منصور ،المرجع السابق، ص64 .

3- أنظر، فتحي عبد الرحيم عبدالله، احمد شوقي محمد عبد الرحمان، شرح النظرية العامة للالتزام ،الكتاب الثاني، دون طبعة، منشاة المعارف مصر،2002،ص466 .

فيجب التفرقة بين نوعين من البيانات التي يتضمنها المحرر الرسمي:

أولها البيانات الصادرة من الموظف العام او المكلف بخدمة عامة لها حجية مطلقة على الناس كافة لا يمكن دحض حجيتها الا بالتزوير ، و هذه البيانات تشمل نوعين من الوقائع النوع الاول تتمثل فيما يقوم به الموظف بتدوينه في حدود مهمته ، أما النوع الثاني يتمثل في البيانات التي تصدر من الاطراف دون حضور الموظف أو الموثق بناءان على وقائع أو تصرفات تمت خارج مجلس العقد ، فهذه البيانات لا تكون لها حجية المحرر الرسمي لأنها لا تدخل في صميم عمله . و بالتالي يمكن دحضها بإثبات عكسها بالطرق المقررة قانونا ،أما واقعة الادلاء بهذه الاقرارات فلا يستطيع أي منهم أن ينكر اقراره الا اذا طعن بالتزوير[1].

فالشخص الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي يستطيع ان يطعن في البيانات الصادرة من ذوي الشأن بالغلط أو التدليس أو الاكراه أو الصورية و له اثبات ذلك وفقا لقواعد العامة في الاثبات [2].

ثانيا : حجية المحرر الرسمي بالنسبة للصور و من حيث التنفيذ:

1-بالنسبة للصور: قبل ذلك يجب تحديد مفهوم كل من الاصل و الصور ، فالأصل هو الذي يحمل توقيعات أصحاب الشأن و الشهود و يحتفظ بها في مكتب التوثيق ، أما الصورة فهي لا تحمل هذه التوقيعات بل هي منقولة عن الاصل

بواسطة موظف عام مختص و هذا ما يعطيها الصفة الرسمية . فتناول المشرع الجزائري حجية صور المحررات الرسمية في المادتين 425 و 426 ق م مميزا بين حالتين:

أ-حالة وجود اصل الورقة الرسمية: يفهم من نص المادة 425 ق م أن الصورة الرسمية للأصل تكون لها حجية الاصل سواء كانت خطية أو فوتوغرافية فيشترط أن تكون مطابقة للأصل و ذلك أن تكون منقولة عن صور الاصل[3] الا أن المتمسك بالصورة لا يقع عليه عبء اثبات هذه المطابقة اذ أن المشرع اقام قرينة قانونية مفادها ان الصورة مطابقة للأصل.

---

[1]- أنظر ،فتحي عبد الرحيم عبد الله ، احمد شوقي محمد عبد الرحمان ، المرجع السابق ، ص465 .

[2]-أنظر ،محمد حسن قاسم و المرجع السابق، ص234 .

[3]- أنظر ،صفيان خالي ، المرجع السابق ،ص44

ب–حالة عدم و جود اصل الورقة الرسمية : ميز المشرع في نص المادة 426 ق م بين ثلاث حالات:

–الصورة الرسمية الاصلية : هي الصور التي تأخذ من الاصل مباشرة فقد تكون تنفيذية و غير تنفيذية ،في هذه الحالات تعد الصورة منقولة من الاصل الضائع ذات حجية هذا الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يدع اي شك في مطابقاتها له ، أي أن هذه الصورة لا تستمد حجيتها من الاصل بل من ذاتها كون الاصل غير موجود أصلا .

–الصورة المأخوذة من الصورة الرسمية الاصلية : هذه الصورة لم تؤخذ من الاصل الضائع بل نقلت عن الصورة الرسمية الاصلية ، الا ان لها نفس حجية الصورة المأخوذة منها بشرط ان تكون الصورة الرسمية موجودة حتى يمكن المراجعة عليها اذا نازع أحد الاطراف فيها ، أن حجية الصورة في هذه الحالة ليست مستمدة من الصورة الاصلية المأخوذة عنها فاذا كانت مطابقة لها كانت لها حجية الصورة الاصلية ، أما اذا كانت غير مطابقة لها استبعدت .

–الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من الصورة الاصلية : في هذه الحالة لا يعتد بها الا بمجرد الاستئناس تبعا للظروف حسب ما اقرته الفقرة الاخيرة من المادة 426 ق م [1].

2–من حيث التنفيذ : تتميز العقود التنفيذية دون الاوراق الرسمية بإمكانية التنفيذ الجبري دون الحاجة الى استصدار امر ، بحيث يكون لها القوة التنفيذية للحكم الواجب النفاذ ، فالمادة 600 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية ذكرت بعض المحررات الرسمية التي تحتوي على النفاذ الجبري لها .

الفرع الثاني : وسائل دحض الشكل الرسمي :

تطرقنا لحجية الشكل الرسمي في الفرع الاول فسنتناول وسائل دحض هذه الحجية في الفرع الثاني

أولا : الطعن عن طريق البطلان:

البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل اركانه أو لم يستوفي شروطه و يعد منعدم الوجود قانونا [2].

2**–الاثار المترتبة عن بطلان المحرر الرسمي** : اذا كان المحرر باطلا فلا يقتضي الامر بالضرورة بطلان التصرف القانوني بل يبقى قائما و أن كان اثباته عن طريق المحرر الرسمي قد انعدم فيصح له اثبات التصرف عن طريق اخر غير الكتابة ، بل قد يصح له اثباته بالمحرر الرسمي الباطل اذا صح كمحرر عرفي طبقا للمادة 426مكرر2ق م .

[1] –أنظر ،عيشات سليمة ، المرجع السابق ، ص 53

[2] –أنظر، علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2020 ، ص427 .

من خلال ذلك فان المشرع الجزائري اخذ طبقا للمادة 423مكرر2 ق م بقاعدة تحول المحرر الرسمي الى محرر عرفي و معناه كل ما هو محرر رسمي لم يستوفي شروط الصحة لقيامه كما هو محدد في نص المادة 426مكرر2 ق م، فهو محرر مكتوب وقعه من صدر عنه و التوقيع هو شرط جوهري في المحرر العرفي .

2-تقرير البطلان :

أ-دعوى البطلان : هي دعوى قضائية يرفعها المدعي أمام المحكمة يطعن في صحة العقد و المحرر الرسمي تهدف إلى تقرير البطلان و ذلك بموجب عريضة افتتاحية، و هذا طبقا للشروط التي يتطلبها قانون الاجراءات المدنية و الادارية [1].

ب-الدفع بالبطلان أو الابطال : يقع في حالة الدعوى القضائية التي تنصب على تنفيذ المحرر الرسمي و ما به من التزامات مدعيا من صحته ، فيقوم الخصوم بالدفع بالبطلان أو الابطال لغياب احد الشروط الجوهرية ، و من هنا يقوم القاضي بفحص المحرر من حيث البيانات الواجب توافرها فاذا غابت اقر البطلان و اذا توفرت استبعد هذا الدفع.

ثانيا : الطعن عن طريق التزوير :

التزوير هو تغيير حقيقة في محرر بشكل سند بإحدى الطرق التي تنص عليها القانون ، تعبيرا من شانه أن يحدث ضررا[2]،فعرفته المادة 271 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية بانه ادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية ، أما المادة 423 من القانون المدني على أنه الدعوى التي تهدف لإثبات تزييف أو تغيير عقد سبق تحريره أو اضافة معلومات مزورة اليه، و قد تهدف ايضا إلى اثبات الطابع المصطنع لهذا العقد [3]، و يكون التزوير أما ماديا يمكن أن يقوم به أي شخص في عقد عرفي أو رسمي و يكون التزوير معنوي اذا لم يغير محتوى العقد بل ادخلت عليه بعض التصريحات غير صحيحة بعد تحريره [4].

---

[1] -أنظر، علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 427-425 .

[2]- أنظر، احسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، جزء2 ، الطبعة22 ، دار هومة ، الجزائر ، 2022 ، ص 455 .

[3]- أنظر ،عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية قانون05-01 المؤرخ في 2005/02/24، الطبعة 2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2022 ، ص ص254-253 .

[4]- أنظر عبد السلام ديب ، قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد ، ترجمة للمحاكم العادلة ، الطبعة 2 ، موفم للنشر ، الجزائر، 2022 ص263 .

1-دعوى التزوير الفرعية: نصت المادة 250 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية بانها تثار بموجب مذكرة يودعها من يدعي التزوير أمام القاضي المكلف بالدعوى الاصلية ، و يكون الادعاء أمام قضاة المجلس مقبولا لأنه يتعلق بوسيلة دفاع و ليس بطلب جديد [1]، و تبلغ نسخة منها من طرف الخصم المدعي في الدعوى الفرعية للخصم الاخر.

يجب أن تتضمن المذكرة الاوجه المسندة عليها لإثبات التزوير تحت طائلة عدم القبول ، و يحدد القاضي الاجل الذي يمنحه للمدعي عليه للرد عن المذكرة . يتعين تبليغ الدعوى للنيابة العامة لتقديم طلباتها ، على القاضي مراعاة اثار العقد المدعى بالتزوير ما اذا كان من الممكن الفصل في الدعوى دون الاعتماد عليه ، كما يمكن الفصل في الدعوى دون تأسيس على العقد المدعى بتزويره ، أما اذا كان التزوير جليا كالتشطيب أو الحشو أو الاضافة فعلى القاضي التصريح بالتزوير و استبعاد العقد .

يتبع القاضي في معالجة دعوى التزوير الاجراءات المنصوص عليها، أو يأمر بإيداع الاصل أمام كتابة الضبط اجراء مضاهاة الخطوط أو سماع شهادة الشهود او عند الحاجة. و في نهايتها اذا صرح بالتزوير المدعى به يأمر بإزالة أو اتلاف يندب خبير المحرر أو شطبه كليا أو جزئيا أو بتعديله، و يسجل منطوق الحكم على هامش المحرر أو العقد الذي تثبت تزويره و يكون الحكم الصادر قابل للطعن .

[1]- أنظر عبد السلام ديب ، المرجع السابق ، ص 265 .

2-دعوى التزوير الاصلية: تنص المادة 256 من ق م على أنه يرفع الادعاء الاصلي بالتزوير طبقا للقواعد المقررة لرفع الدعوى و هي دعوى وقائية[1]، مقررة لمن يخشى ان يستعمل ضده عقدا رسميا مزورا وأن يبادر بدعوى أصلية لإثبات التزوير و تتبع جميع الاجراءات المتعلقة بالتبليغ الرسمي للخصم ، يطلب القاضي من الخصم ايداع العقد المطعون فيه بالتزوير خلال أجل لا يقل عن 5 ايام [2]،كما يطلب منه اذا كان ينوي استعماله في حالة تمسكه بالعقد و يتبع القاضي الاجراءات المتعلقة بمضاهاة الخطوط و تطبيق حكم تزوير العقد القواعد التي تم عرضها فيما يتعلق بالتزوير الفرعي للعقود الرسمية[3].

[1]- أنظر ،عبد الرحمان بربارة ، المرجع السابق ، ص257

[2]- أنظر عبد السلام ديب ، المرجع السابق ، ص 265

[3]- أنظر ، عبد السلام ديب المرجع السابق ص265

المطلب الثاني: حجية الشكل العرفي و الإلكتروني.

بعد تعرفنا على حجية الشكل العرفي في المبحث السابق نستعرض في هذا المبحث حجية الشكل العرفي (الفرع الاول)، ثم حجية الكتابة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الاول: حجية الشكل العرفي.

سنتطرق لدراسة المحررات العرفية المعدة للإثبات فقط كوننا تطرقنا الى حجية المحررات العرفية غير المعدة للإثبات عند ترقنا لشروط المحررات العرفية في المبحث الثاني من الفصل الاول ، حيث تطرقنا الى حجية المحرر العرفي بالنسبة لمضمونه (اولا) ، ثم حجية المحرر العرفي من حيث التاريخ (ثانيا)

أولاً: حجية المحرر العرفي بالنسبة لمضمونه.

فيما يلي نتطرق لحجية المحرر العرفي فيما بين الاطراف ، ثم حجيته بالنسبة للخلف العام

1: حجية المحرر العرفي فيما بين الاطراف

أفصح المشرع الجزائري عن هذه الحجية في نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري ، والتي نصت في فقرتها الأولى <يعتبر العقد العرفي الصادر ممن كتبه أو وقعه أو وقع عليه ببصمة اصبعه ،ما لم ينكر صراحةً ما هو منصوب اليه > ويتضح من نص هذه المادة أن المحرر العرفي المكتوب أو الموقع أو من وضعت عليه بصمة الاصبع ممن هو منسوب اليه يحوز للحجية اذا اعترف صاحب التوقيع على المحرر العرفي بصدوره منه أو سكت ، ما لم ينكر صدوره عنه صراحةً كله أو بعضه ، ينفذ عن اذن التصرف الثابت في المحرر في حقه هو والخلف العام والخاص [1]

وهذا الامر الذي اكدته المحكمة العليا في قرار لها حول اثبات عقد عرفي نتيجة تطابق الارادتين وغير منكر ممن وقعه ، وهذا في قولها : < من المقرر قانوناً ان العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما ، ومن المقرر ايضاً أن العقد العرفي يعتبر صادراً ممن وقعه مالم ينكر صراحةً ما هو منسوب اليه ، ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون، والخطأ في تطبيقه في غير محله ويستوجب رفضه ،

[1] – أنظر ، أحمد ابو وفاء، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية لطباعة والنشر، سنة 1983 ص93 .

ولما كان في قضية الحال أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معاً ، والزوجية قائمة بينهما طبقاً للعقد العرفي الممضي من قبله ، فان قضاة المجلس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها قرار صحيح بطبق القانون ،ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن >.[1]

وبالتالي عدم انكار التوقيع ممن وقعه هو اقرار ضمني بصدق جميع البيانات الواردة فيه ، بينما في ذلك تاريخه باعتباره أحد البيانات الجوهرية ،و التوقيع المطلوب هو توقيع من تعتبر الورقة دليلاً ضده ، فاذا كان المحرر مثبتاً لعقد ملزم الجانبين كعقد ايجار أو بيع وجب توقيعه من الطرفين ،ويتمثل التوقيع على المحرر العرفي في وضع الشخص بخط يده عليها لقبه أو اسمه أو هما معاً ،أو أية كتابات أخرى جرت عادتها على أن يدل بها على هويته .

2: **حجية المحرر العرفي بالنسبة للخلف العام.**

يقصد بالخلف العام كل شخص ليس طرف في العقد أو الورقة العرفية ، لكن قد يستفيد أو يتضرر من مضمون المحرر العرفي ، كما جاء بصرح العبارة في المادة 327 من القانون المدني : ...أما وراثه أو خلفه فلا يطلب منهم الانكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بانهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منهم هذا الحق .[2]

من خلال نص المادة نجد أن المحرر العرفي حجة على من صدر منه ، وعلى خلفه الخاص والعام واذا توفى صاحب التوقيع ،فهنا لورثته أو الخلف أن يتمسك بعدم صدور المحرر ممن وقعه لا عن طريق انكار التوقيع بل يكفي أن يحلف يميناً بانه لا يعلم أن الخط او البصمة أو الختم هي لمن تلقى عنه الحق ، وهذا ما جاء في قرار المحكمة الذي توصل الى أنه " من المقرر قانوناً عن العقد العرفي أنه يعتبر ممن وقع مالم ينكر صراحةً ما هو منسوب اليه من خطأ او امضاء ، أما ورثته أو خلفه يكفي أن يحلف يميناً بانهم لا يعلمون بان الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا منه هذا الحق من ثم فان القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالف للقانون ، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن الطاعن قدم عقداً عرفياً اشترى بواسطته عقار محل نزاع من ابيه الهالك فان قضاة الموضوع بتقريرهم قسمة تركت الهالك دون مراعاة للعقد العرفي

[1] – أنظر، القرار رقم :45658. المؤرخ في :07. 12. 1978 . المجلة القانونية لسنة 1990 . العدد 4 ص 61 .

[2] – أنظر ، الامر رقم 75. 58 المتضمن القانون المدني

دون توجيه اليمين لبعض الورثة الذين انكروا بانهم لا يعلمون نسبة الخطأ أو الامضاء لمورثهم يكونوا قد خالفوا القانون ومتى كان ذلك استوجب نقض و ابطال القرار المطعون فيه"[1]

يفهم من نص المادة وقرار المحكمة العليا، أنه قد يحدث ان يحتج بالمحرر العرفي لا في مواجهة موقعه، وإنما في مواجهة ورثته وخلفه، لذلك كان من غير المنطقي أن يستوجب المشرع من الورثة أو الخلف إنكار التوقيع وهو إجراء لم يحدث منهم' ومع ذلك فإنه يجوز لأي من هؤلاء أن يتمسك بعدم صدور المحرر ممن وقعه، لا عن طريق إنكار التوقيع، بل عن طريق ما يسمى الدفع بالجهالة.

وذلك يكون في صورة يمين يحلفها بأنه لا يعلم أن الخط أو الختم هو لمن تلقى منه الحق وهذا يؤدي إلى سقوط حجية المحرر العرفي، إلى أن يقوم من يحتج به بإثبات حجيته عن طريق إجراء تحقيق الخطوط، ويلاحظ أنه لا يكفي لسقوط حجية المحرر في هذا الحالة حلف الوارث أو الحلف على عدم العام بحصول التوقيع، بل يجب الخلف على عدم التعرف على توقيع من تلقى عنه الحق[2]

ثانياً: حجية المحرر العرفي من حيث التاريخ.

نتطرق فيما يلي للحجية المحرر العرفي من حيث التاريخ، وذلك باستعراض حجية المحرر العرفي فيما بين الاطراف وبالنسبة للغير ، وحالات ثبوت التاريخ .

1: حجية المحرر العرفي فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير.

فيما يلي نستعرض حجية المحرر العرفي فيما بين الاطراف وحجيته بالنسبة للغير

أ–حجية المحرر العرفي فيما بين الاطراف:

يعتبر التاريخ بالنسبة للأطراف المتعاقدة أحد البيانات التي تشتمل عليها الورقة ،فهو ليس إلا عنصرا من المحرر العرفي اتفق عليه الاطراف مثل ما اتفقوا على العناصر الأخرى الموجودة فيها، وكل طرف يدعي عدم صحة تاريخ المحرر، يقع عليه عبئ إثبات ذلك، ولكن بما أن المسالة

[1]– أنظر، المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار رقم 33054 ، المؤرخ في 06 – 02– 1985 ، المجلة القانونية ، العدد 4 ، الجزائر ، 1962

هنا تتعلق بإثبات ما يخالف سندا مكتوبا، فإن الإثبات بالبينة يجب أن يستبعد إلا إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة، ولكن قد يحدث أن يتبين عدم صحة التاريخ، ذلك من التناقض الموجود في أصلى المحرر نفسه، كأن تكون الصورة المائية للمحرر العرفي تحمل تاريخا لاحقا على التاريخ الموضوع على الكتابة، فالتزوير في هذه الحالة واضح[1] .

ب– حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير:

تحمل الورقة العرفية تاريخا معينا يفترض صحته، بين طرفي العقد، أما بالنسبة للغير وبما ان المحرر ليس من طرفهم ولم يعلموا بهذا التصرف، فلا يمكن لهم التسليم بالتاريخ الظاهر في المحرر، لأنه غالبا ما يكون هنالك تواطؤ بين المتعاقدين في تقديم التاريخ او تأخيره، لتحقيق غرض معين كتفادي الطعن بالدعوى البوليصية من دائن تاريخ سنده متقدم على البيع الذي تشهد به الورقة العرفية، فيقدمان التاريخ حتى يكون أسبق من سند الدائن[2]، فكل غرض يهدف الى تحقيقه الطرفان بتقديم التاريخ أو تأخيره بالتواطؤ، يكون إضرارا بمصالح الغير، لذلك وضع المشرع قاعدة عدم الاحتجاج بتاريخ المحرر العرفي إلا إذا كان له تاريخ ثابت.

وبالرجوع الى المادة328من القانون المدني التي تنص على ان العقد العرفي لا يكون حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت ،ويكون ثابت منذ تسجيله ، من يوم ثبوت مضمونه في عقد أخر حرره موظف عام، من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص، من يوم وفاة أحد اللذين لهم على العقد خط وإمضاء، غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الاحكام فيما يتعلق بالمخالصة[3].

2: حالات ثبوت التاريخ

الورقة العرفية تكون حجة على الغير حسب نص المادة 328 ق م ج، إلا منذ أن يكون للمحرر تاريخ ثابت، وقد عددت المادة الطرق التي بمقتضاها يكون للمحرر تاريخ ثابت حيث نصت على ما يلي:

---

[1]– أنظر ، يحي بكوش، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 1988م، ص141.

[2]–أنظر، محمد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، الجزائر 1991 ،ص56

[3]– أنظر، الأمر رقم75–58 المتضمن القانون المدني، المرجع السابق.

أ– من يوم تسجيل المحرر العرفي:

هذا الاجراء يعطي للمحرر العرفي تاريخا أكيدا وذلك لأنه قد أبرم قبل ذلك التاريخ، ولا يمكن في هذه الحالة أن يطعن في تاريخ المحرر المسجل إلا عن طريق التزوير، وهو الامر نفسه إذا ما أشر موظف أو ضابط عمومي مختص على الورقة العرفية.

لكن قانون المالية لسنة 1992 أنهى هذه الحالة ومنع تسجيل المحررات العرفية، وأوجب أن تفرغ جميع العقود الخاضعة للتسجيل في محرر رسمي صادر عن الموثق، الان تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية بل أقصى ما يقيده التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون هذا العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية[1].

ب ـ من يوم ثبوت مضمونه في محرر رسمي:

يصبح السند أو المحرر ثابت التاريخ من يوم تدوين مضمونه في محرر رسمي بشرط أن يذكر محتوى المحرر العرفي بصورة واضحة لا تؤدي إلى أي لبس وفي هذه الحالة يكون التاريخ الثابت للمحررين واحد وهو التاريخ الثابت للمحرر الذي يتضمن المحرر الاخر، ومثال ذلك الإشارة إلى مضمون سند أو المحرر العرفي في محاضر الضبطية القضائية أو في أي محرر يكون مصدره موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ومثاله كذلك إشارة القاضي في حيثيات حكمه إلى أن المدعي قدم في ملف دعواه سند أو محرر عرفيا يتضمن عقد إيجار التزم فيه المدعى عليه بدفع مبلغ ألفين دينار شهريا للمدعي عند بداية كل شهر، فتاريخ صدور مثل هذا الحكم هو التاريخ الثابت للمحرر العرفي الذي يحتج به في مواجهة مشتري العقار من المدعي باعتباره خلفا خاص له، وتسري في حقه الايجارات السابقة على عقد البيع.

ومن الامثلة كذلك أن تقدم الورقة العرفية في قضية ما فيؤشر عليها القاضي أو كاتب الجلسة[2].

---

[1]– أنظر ، القرار رقم 62624 مؤرخ في 24-09-1990 المجلة القضائية سنة 1992، عدد02، ص24.

[2]– أنظر، صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الاثبات في المواد المدنية و التجارية، دار هومة للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، الجزائر 2008، ص79-80.

ج– من يوم التأشير على العقد العرفي من طرف ضابط عمومي مختص:

فقد يعرض المحرر العرفي على موظف عام أو من يقوم مقامه أثناء قيامه بعمله المكلف به قانونا أيا كان سبب ذلك، فيقوم بالتأشير عليه تفيد أنه اطلع على مضمون المحرر وأنه قد عرض عليه، مع توقيعه عليه وذكر التاريخ وعليه يصبح المحرر ثابت التاريخ بموجب هذا التأشير[1] من قبل الضابط العام.

ومثال ذلك أن تقدم ورقة أثناء النظر في قضية أو جلسة، فيؤشر عليها كذلك عندما تقدم ورقة لتحصيل رسوم يؤشر عليها بما يفيد تحصيل الرسم المستحق.

د– وفاة أحد الذين لهم على الورقة خط أو إمضاء:

في حالة وفاة أحد الأشخاص الذين سبق لهم أن وضعوا توقعهم أو خطهم على الورقة العرفية، فإن ذلك يدل على أنها كانت موجودة يوم حصول الوفاة على الاقل، ولهذا فإن لم يقع تسجيل الورقة العرفية أو لم يؤشر عليها من طرف موظف عام، فإن الوفاة تعتبر واقعة تعطي للمحرر العرفي التاريخ الثابت، معنى ذلك أن السند أو المحرر العرفي يعتبر ثابت التاريخ من يوم وفاة أحد ممن لهم أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة إصبع، سواء كان المتوفي طوفا في التصرف المدون بالسند أو كان مجرد شاهد، ونفس الحكم ينطبق إذا أصبح من المستحل على الشخص الذي له خط أو بصمة على السند العرفي أن يكتب أو يبصم لعة في جسمه كبتر يديه أو شللها كليا، ويعتبر التاريخ الثابت للسند عندئذ من وقت الاصابة، إذ أنه لا بد أن يكون قد وقعه قبل حصول الحادث، وإثبات الوفاة أو الاصابة تكون بكل وسائل الاثبات باعتبارها واقعة مادية، ومن بين وسائل الاثبات في هذه الحالة شهاد الشهود[2].

---

[1]– أنظر ، مُحَمَّد صبري السعدي، المرجع السابق، ص88.

[2]– أنظر ، صبري السعدي، نفس المرجع، ص85

الفرع الثاني: حجية المحرر الالكتروني

ظل المحرر الورقي فترة طويلة من الزمن يعلو على المحررات الكتابية في إثبات الالتزام ولكن ينافس المحرر الورقي الان نوع أخر هو المحرر الالكتروني ، ما أدى إلى ظهوره هو التعاقدات التي تتم من خلال وسائل الاتصال الحديثة، ومن خلال هذا الفرع نحاول التعرف على حجية المحرر الالكتروني، حيث سنتطرق الى مبدأ التعامل الوظيفي ما بين المحررات في شكلها التقليدي والحديث (اولاً)، وحجية أصل المحرر الالكتروني وصوره (ثانياً).

أولاً: مبدأ التعامل الوظيفي ما بين المحررات في شكلها التقليدي والحديث.

نستعرض في هذا الجزاء تعريف مبدأ التعامل الوظيفي ونتائجه ، ثم نستعرض موقف المشرع الجزائري من طبيعة المحررات الإلكترونية.

1: مفهوم مبدأ التعامل الوظيفي ونتائجه

فيما يلي نستعرض تعريف المبدأ، ونتائجه.

أ- تعريف مبدأ التعامل الوظيفي ما بين المحررات في شكلها التقليدي والحديث:

يقصد بمبدأ التعامل الوظيفي المساواة بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية في الحجية والقوة الثبوتية، وعدم التفرقة بينهما بسبب طبيعة الدعامات المثبتة عليها، فسواء أكانت مثبتة على دعامات ورقية مادية ، أو دعامات إلكترونية غير مادية وغير ملموسة، ومتى استوفت شروطها المتطلبة قانونا، عدت على قدم المساواة أدلة كتابية كاملة الحجية في الاثبات، وأمكن للقاضي الاستناد إليها في الفصل في المنازعات المعروضة عليه[1].

وهذا ما أكدتها المادة 323 مكرر من القانون المدني، أعطى مفهوماً عاماً واسعاً للكتابة يغطي تحت سقفه كل انواع الكتابة الموجودة حالياً سواء منها التقليدية أو الالكترونية، ومهما كانت دعامتها المثبتة عليها، مجسداً بذلك مبدأ الفصل بين الكتابة و الدعامة المفرغة فيها، ومهما كانت طرق إرسالها وانتقالها إعمالا لمبدأ الحياد التقني.

[1]- أنظر ، منية نشناش ،مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات ، دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والفرنسي، علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، عدد4، 2018

ب- نتائج المبدأ:

رغم سهولة المبدأ القاضي بعدم التفرقة بين المحررات الالكترونية والمحررات التقليدية من حيث المفهوم النظري، إلا أنه قد تطرح مسائل عدة في الموضوع وخاصة في ظل تشريعنا الحالي، ولعل من أهم المسائل التي يثيرها تطبيق مبدأ التعامل الوظيفي المسألتين التاليتين:

-أي نوع من الكتابة التقليدية قصد المشرع الجزائري مساواتها بالكتابة الالكترونية أهي الكتابة الرسمة أم العرفية أم كلاهما؟

- في حال عرض دعوى أمام القضاء، وتقدم أحد الطرفين بمحرر مكتوب مفرغ على دعامة ورقية، في حين تقدم الطرف الاخر بمحرر إلكتروني فعلى أي من المحررين يستند القاضي لإرساء حكمه في الدعوى؟

خاصة إذا ما علمنا أن المقصود بالقوة الثبوتية لدليل الإثبات هو قوة الدليل في مواجهة أدلة أخرى بالإضافة إلى أهمية بالنسبة للقاضي خاصة إذا لم يعطه المشرع أهمية محددة أو مرتبة معينة بين مختلف أدلة الإثبات، بمعنى أن قوة الدليل تقاس بالمقارنة مع دليل اخر مختلف عنه إذ لا يمكن مقارنة عقد رسمي مع عقد رسمي اخر لتساويهما في الدرجة، وفي مجال الدليل الالكتروني لا يمكن مقارنة الدليل الالكتروني بنسخة منه، أو بمجرد بداية ثبوت بالكتابة.

إلا أنه في التشريعات المقارنة وخاصة المشرع الفرنسي قد أورد نصا يتعلق بهذه الحالة في المادة 1316-2:" إذا لم يكن هنالك نص أو اتفاق بين الاطراف يحدد أسس أخرى فإنه على القاضي مستخدما كل الوسائل أن يفصل في النزاع القاسم بين الادلة الكتابية عن طريق ترجيح السند القريب إلى الاحتمال أيا كانت الدعامة المستخدمة في تدوينه" [1].

2: موقف المشرع الجزائري من طبيعة المحررات الإلكترونية

يثار التساؤل في التشريع الجزائري عن طبيعة الكتابة الإلكترونية خاصة أمام غموض النصوص القانونية، إذ لم يشر المشرع بوضوح إلى هذه المسألة وإنما اكتفى بتقرير المبدأ العام الذي يقضي بالمساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الكتابة التقليدية من دون بيان أن نوع من الكتابة التقليدية هو المقصود بهذه المساواة، أهي الكتابة الرسمية أم هي الكتابة العرفية؟[2]

[1]- أنظر ،عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص172.

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، فريق يرى أن أحكام المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي تتسع لتشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي نظر لعمومية تعرف الكتابة الواردة في النصوص السابقة، كما أن موقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة من جهة أخرى وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات.

بينما ذهب الفريق الثاني للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية وبالتالي الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن أن تكون عرفية لكون المرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود الرسمة التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعها، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها والذي لا يمكن حضوره إذا تعلق الأمر بالكتابة في الشكل الإلكتروني[1].

ثانياً: حجية أصل المحرر الإلكتروني و صوره.

نستعرض حجية أصل المحرر الإلكتروني ، وحجية الصور المستخرجة إلكترونيا .

1: حجية المحرر الالكتروني الرسمي.

اعترف بها اغلب التشريعات في تعديلاتها التي أخلتها على قوانين إثباتها لمسايرة التطورات الحادثة في مجال الاتصالات، فالمشرع الفرنسي لم يضع في البداية نصا يمنح الحجية للمحرر الالكتروني الرسمي وبعد اقتراح من مجلس الموثقين اضاف النص الخاص به على أساس أن قانون الاثبات بعد تعديله سوف يسمح بقبول المحررات التي ستنشأ على دعامات الكترونية، وقد اقر ايضاً المشرع المصري بحجية المحرر الالكترونية الرسمي مماثلة لحجية المحرر الورقي الرسمي وهذا ما نلتمسه من خلال نص المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني وهذا ذاته ما سار عليه المشرع الجزائري رغم عدم نصه صراحة على ذلك لكن هذا ما يستنتج من نص المادة 323 مكرر 1 التي اعتبرت الإثبات بالكتابة في الشكل الالكترونية كالإثبات بالكتابة على الورق وبالتالي تطبق عليهم نفس[2]

[1]– أنظر، صبرينة الواعر، رصا بوقندورة، أدلة الإثبات ذات الحجة المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي سنة ، 2020 ،2021 ،ص50

[2]– أنظر، ا لموشي خولة ، الإثبات في العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر، قانون إداري، الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة2020،2021 ص 24

وحتى لا يحدث لبس أو خلاف قامت اغلب التشريعات بتحديد الحالات التي تكون فيها المحررات الإلكترونية أصلا ولقد كان قانون الاوستيرال النموذجي بشان التجارة الإلكترونية أول من أخذ زمام المبادرة في تحديد مفهوم الاصل، ولقد نصت المادة 8 منه على: "عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الاصلي، فإن رسالة البيانات تستوفي هذا الشرط إذا:

- وجد ما يعول عليه لتأكد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشأت فيه للمرة الاولى في شكلها انهائي التأكد من أن تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه، وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات، ويكون معيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير"[1] .

وطبقا لما جاء في المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم15 لسنة 2004 فإن أصل المحررات الالكترونية الرسمية المستوفية لكافة الشروط تكون حجة على الناس كافة والاطراف بما دون فيها وبما أثبته الموظف العام فيها وبصدورها ممن وقعوها وفيما يتعلق بالأشخاص، وبالتالي فإن المحررات الرسمية تعتبر حجة من حيث صدورها ممن وقعها ولا يطالب من يتمسك بها إقامة الدليل على صحتها، وانما الطرف المدعي عدم صحتها هو من عليه أن يلجأ إلى الطعن بالتزوير[2]،

ويتضح مما سبق أن المحررات الالكترونية الرسمية لها ذات حجية المحررات التقليدية الرسمية، فهي حجة بما ورد فيها من بيانات دونها الموظف المختص بحدود وظيفته، وهي حجة على كافة الناس ويفترض فيها سلامة مضمون المحررات الإلكترونية الرسمية[3]

---

[1]- أنظر، رشيد، صدام بوعمامة، الشكلية في العقود ،مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، سنة 2022/2021 ص 63 .

[2]- أنظر، يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية،ط1، دار الثقافية للنشر والتوزيع، الاردان، 2012، ص245.

[3]- انظر، سمير عبد السميع الاودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر،2005،ص163.

وتتمتع المحررات الإلكترونية الرسمية أيضاً بحجية بالنسبة للبيانات الواردة فيها، وهي البيانات التي لا يجوز الطعن فيها إلا بالتزوير، ولكن إذا وردت البيانات على لسان ذوي الشأن كأسماء الشهود وعناوينهم، فإن مثل هذه البيانات يمكن إنكارها واثبات عكسها دون حاجة إلى الطعن بالتزوير، لأن الموظف المختص لم يقم بتدوينها بنفسه .

وفي حالة تخلف أحد الشروط المطلوبة في المحررات الإلكترونية الرسمية فأنها تفقد صفة الرسمية، فإذا كان الشخص الذي نظمها ليس موظفا عاما، أو نظمها موظف عام خارج حدود اختصاصه أو كان التوقيع الإلكتروني غير موثوق فإن هذه المحررات لا تعدو عن كونها محررات عرفية، بشرط أن يكون الاطراف قد وقعوا عليها بأنفسهم، وأن لا تكون الرسمية متطلبة كركن شكلي لإبرام التصرف[1].

2: حجية الصور والمستخرجات الإلكترونية

يقصد بها تلك الاوراق والمستندات المستخرجة من الحاسوب الآلي والتي تتضمن بيانات ومعلومات معينة يتم إدخالها وبرمجتها فيه واستخراجها في اللزام، وأمام عدم وجود نص ينظم حجية المستخرجات الالكترونية، فان لها من حجية ما للدليل الكامل وذلك وفق لقواعد الإثبات طالما كانت مطابقة للأصل الذي يعين حفظه وسلامته وذلك عن طريق تخزينه في سجل الإلكتروني أو توثيقه لدى جهة مختصة[2] وهذا من منع وصول أحد الأطراف اليه دون علم أو موافقة الطرف الأخر، وذلك ما اكدته المادة 323 مكرر1 من قانون المدني الجزائري [3]، حيث نصت على أنه يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن حفضها وسلامتها

---

[1]- أنظر ،يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق ،ص248، 249 .

[2]- أنظر، محمد صبري سعدي ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة، الجزائر،2008،ص91

[3]- أنظر ، المادة 323 مكرر 1، من القانون المدني المعدل بالأمر 15-10 التي تنص على أنه" يعتبر الإثبات في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها

المبحث الثاني: جزاء تخلف الشكلية في العقود .

اثار تخلف الشكل في التصرفات القانونية ، أي الجزاء المترتب على أغفال الشكل عند أنشاء التصرف

هو البطلان ، و هو ما يشوب العقد في أركانه وطريقة ابرامه من عوار من حيث أثار تواجد الخلل الذي أصاب العقد. مما لاشك فيه و استقر عليه العمل فقها انه لا خلاف حول ضرورة توافر شروط الانعقاد و التي اوجب القانون وجوب توافرها ، والتي أن تخلف أحدها ترتب البطلان المطلق و الذي يعتبر جزاء تخلف أحد أركان العقد . و تماشيا مع فكرة النظام العام جعل المشرع من حق كل دي مصلحة التمسك بتوقيع هذا الجزاء على العقد المعيب بتخلف أحد أركان انعقاده . وخفف المشرع من شدة جزاءه في حالة تخلف أحد شروط الصحة و التي تؤثر على العقد نسبيا و حصر من له الحق بالتمسك بالبطلان على طرف العقد و الذي قرر لمصلحته البطلان النسبي حق نزول عن حقه و اجازة العقد الذي هو نشأ صحيح منتج ،فقد يضع المشرع أحيانا بعض القواعد القانونية التي تتعلق بالنظام العام الحمائي . و يرمي هذا النظام الى توفير الحماية لبعض الفئات الضعيفة التي يقتضي مركزها الاقتصادي غبر المتوازن مع الطرف الآخر وضع شروط و ضمانات معينة تكفل حمايتها، فاذا تم ابرام العقد بالمخالفة لتلك الضمانات و الشروط تعرض للبطلان و تحل النصوص الآمرة محل الشروط الباطلة و من ثم تصحيح العقد و استبقائه . و ذلك من خلال :

المطلب الأول : بطلان العقد

المطلب الثاني : تصحيح البطلان

المطلب الاول: بطلان العقد

سنتطرق في هذا المطلب الى مفهوم البطلان و أنواعه في الفرع الأول ،والى اجراءات رفع وتقرير البطلان في الفرع الثاني

الفرع الأول: نستعرض فيه مفهوم البطلان أولاً، و أنواعه ثانياً

أولاً: مفهوم البطلان:

في ما يلي نتطرق الى التعريف اللغوي والاصطلاحي والفقهي للبطلان

1: **التعريف اللغوي للبطلان:**

فالبطلان لغة مأخوذ من كلمة بطل، يقال: بطل الشيء يبطل بطلا وبطلانا (بضم الأوائل)، فسد وسقط حكمه، فهو باطل.[1]

البطلان من الباطل، وهو عدم صلاحية الشيء لترتيب اثاره عليه، وجاء بمعنى عدم مشروعية الشيء من أصله.[2]

2: **التعريف الاصطلاحي للبطلان:**

يرى الفقهاء أن لفظ البطلان والفساد، بمعنى واحد، وجاءت عديد من التعاريف عنهم منها: تعريف :الباطل بأنه الذي لا يفيد والذي لايثمر[1].

كذلك للبطلان معان عدة، فهو ما أبطل وأيضا ما لا يكون مشروعا بأصله ووصفه، والباطل هو ما لا فائدة منه ولا أثر ولا غاية[2].

---

[1] _ **أنظر،** عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، نظرية البطلان، بطلان التحقيق، بطلان المحاكمة، بطلان الحكم، (د،ط)، منشاة المعارف، مصر (د،س،ن)،ص75

[2] _ **أنظر،** الفيروز أبادي، مجد الدين بن يعقوب، ط7، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ، لبنان (د،س،ن)،ص966

3: **التعريف الفقهي للبطلان:**

عرف البعض البطلان على أن هو الجزاء الذي يترتب على مخالفة كل قاعدة إجرائية قصد بها حماية الشرعية الجنائية سواء كان ذلك لمصلحة المتهم، أو غيره من الخصوم أو للمصلحة العامة التي تتمثل في ضمان الاشراف القضائي للإجراءات الجنائية[3].

ويعرف أيضا على أنه : عدم ترتب الأثر القانوني الذي نصت عليه القاعدة الاجرائية، لأن العمل الإجرائي المتخذ بناءا عليها لم يستكمل شروط صحته أو شكليه أو صيغه أو الكيفية المنصوص عليه في القانون، فيصبح الإجراء وما يترتب عليه من الإجراءات لا قيمة له قانونا.

من خلال كل هذه التعاريف يمكن تحديد عناصر البطلان المتمثلة في:

البطلان هو جراء إجرائي ولكنه ليس الجزاء الإجرائي الوحيد وإن كان أهمها، فهناك السقوط، الانعدام وعدم القبول وهنا تكمن أهمية تمييز البطلان عن غيره من صور الجزاء الأخرى4.

---

[1]_ أنظر، ابن العربي أبوبكر ،أحكام القران، ج الاول ، مطبوعات عيسى البابي ، مصر (د،س،ن)، ص322.

[2]_ **أنظر،** أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري،(د،ط)، دار بيروت للطباعة والنشر،لبنان،1959،ص321

[3]_ **أنظر،** هلالي عبد الله احمد، النظرية العامة اللاثبات في المواد الجنائية، دراسة مقارنة ،(د،ط)،دار النهضة العربية ،لبنان، 1987،ص260

[4]_ **أنظر، فوده عبد الحكم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، ط الاولى، دار المطبوعات الجامعية، مصر،1996،ص2**

ثانياً: أنواع البطلان:

سنتعرض الى مفهوم البطلان المطلق وحالاته ، ثم الى مفهوم البطلان النسبي وحالاته .

1: مفهوم البطلان المطلق :

أ – تعريف البطلان المطلق:

تعددت للآراء الفقهية حول تحديد مفهوم البطلان المطلق، فهناك جانب من الفقه إتجه الى القول بأن البطلان المطلق هو البطلان الذي يلحق العقود التي استوفت كافة أركانها فسبب البطلان وفق هذا الرأي هو مخالفة العقد[1].

وعرفه أخرون على أنه بطلان يلحق العقد بقوة القانون إذا خالف نصا متعلق بالنظام العام والآداب العامة [2]. لكن هناك البعض من يعرف البطلان على أنه الجزاء الذي يرتبه المشرع نتيجة تخلف ركن من أركان العقد وهي: الرضا والمحل والسبب والشكل في العقود الشكلية. فيعتبر العقد عندئذ غير موجود من الناحية القانونية، فيجوز لكل من له مصلحة التمسك به، ولا ينتج أي أثر (المواد 93و94 و102 و 324مكرر و418)من القانون المدني، ولا تصححه الاجازة ولا التقادم[3].

[1]_ أنظر محمد كامل موسى ، شرح القانون المدني المصري، الجزاء الاول، 1954، مصر، ص499.

[2]_ **أنظر** زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الاسلامية، الجزاء الرابع ،ط1، 1962، ص18

[3]_ **أنظر** صبري سعدي، المرجع السابق ،ص

ب:حالات البطلان المطلق :

يتضح من خلال التعريف السابق و الأحكام الواردة في نص المواد من 92 الى 98،والمادة 418 من القانون المدني الجزائري أن البطلان المطلق يلحق العقد الذي يتخلف ركن من أركانه، وبالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا في الحالات الاتية:

- تخلف ركن الشكلية اذا أوجبه القانون .

- تخلف ما استلزمه القانون في شأن محل وسبب الالتزام.

- انعدام الإرادة المدركة المميزة سواء للسن أو لعارض معدم الأهلية.

- انعدام التراضي لعدم تطابق الارادتين، أو لعدم استفاء الارادة للعناصر الجوهرية.

- انعدام اهلية وجوب اكتساب الحقوق والالتزامات التي يرتبها العقد.[1]

فاذا أمعنا النظر في هذه الحالات، نجد أن بعض أسباب البطلان المطلق ترجع الى اعتبارات فنية يقتضها ابرام العقد، والبعض الآخر يرجع الى هدف حماية المجتمع من مخالفة النظام العام والآداب العامة مثل عدم مشروعية محل العقد.[2]

---

[1]_ أنظر، العربي بالحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر ،2005،ص173، 174.

[2]_ **أنظر،** أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، الجزاء 1،ط4، دار العدالة القاهرة،2010،ص401 .

2:مفهوم البطلان النسبي:

سنتطرق الى المقصود بالبطلان النسبي وحالاته.

ا:تعريف البطلان النسبي:

يقصد بالبطلان النسبي أو القابل للإبطال كما جاء في القانون المدني أن العقد صحيح ،ومرتب لجميع أثاره إلا أنه مهدد بالزوال، وذلك إذا قام أحد طرفي العقد الذي قرر له القانون حق الإبطال ،نتيجة تخلف شرط من شروط الصحة، ويقال هنا أن العقد قابل الإبطال ،وبالتالي تلحقه الإجازة وتكون من صاحب الحق الذي يقرر لمصلحته الإبطال دون الطرف الآخر في العقد[1].

ب: حالات البطلان النسبي:

يكون القعد باطلا بطلانا نسبيا أو قابل للإبطال في الحالات التالي:

-اذا كان أحد العاقدين ناقص الأهلية للسن، أو عارض منقص للتميز (السفه والغفلة)

-اذا عيبت إرادة أحد المتعاقدين بعيب من عيوب الرضا المذكورة في المواد 81 الى 91 (التدليس ، الغلط، الإكراه، الاستغلال)

-اذا قرر نص خاص في القانون قابلية العقد للإبطال شأن البطلان النسبي مثل بيع ملك الغير لمصلحة المشتري(المواد397، 398و 399 مدني) .[2]

---

[1] _ **أنظر،** وليد طالبي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2018 ص12.

[2] _ **أنظر،** محمد محمود زهران همام، الاصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، (د،ط)، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة،2004 ،ص 184

الفرع الثاني : تقرير البطلان

أن اختلاف أساس كل نوع من نوعي البطلان أدى إلى وجود فوارق بينهما، ويتضح ذلك من خلال تمتع كل واحد منهما بنظام خاص به سواء من حيث الأطراف التي لها الحق في التمسك بالبطلان (أولا) أو من حيث إمكانية سقوط الحق في التمسك بالبطلان(ثانيا).

أولا: الأطراف التي لها حق التمسك بالبطلان:

يختلف صاحب الحق في التمسك بالبطلان باختلاف أنواع البطلان وهذا ما سنراه تبعا.

1: بالنسبة للبطلان المطلق:

من خلال ما جاء في نص المادة 102 ق، م يتضح لنا أن حق التمسك بالبطلان بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلق يكون لكل ذي مصلحة، ولا يقتصر على المتعاقدين أو من يحل محلهما بل يحق أيضا للخلف الخاص والخلف العام وللدائنين، لكن بشرط أن تستند هذه المصلحة إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه[2].

كما نصت نفس المادة أنه يمكن للمحكمة أن تقضي ببطلان العقد حتى وأن لم يطلب ذلك أحد وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

2: بالنسبة للبطلان النسبي

وفقا للمادة 99 ق،م يتضح لنا أن حق التمسك بإبطال العقد يكون لمصلحة المتعاقد الذي تقرر له الابطال دون المتعاقد معه، ويمكن لمن ينوب عنه نيابة قانونية أو لورثته أو للخلف الخاص أو لدائنيه أن يتمسك بهذا الحق ولكن بشرط أن يكون هذا التمسك باسم مدينهم وذلك عن طريق رفع الدعوى غير المباشرة[3].

---

[1] _ **أنظر،** زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة مع الاشارة إلى موقف الفقه الاسلامي من بعض المسائل، ط2، دار هومة، الجزائر،2014،ص204.

[2] _ أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص248

ولا يجوز للمحكمة أن تقضي ببطلان العقد من تلقاء نفسها، بل لابد أن يتمسك بها صاحب المصلحة، كما أنه يجوز التمسك بالبطلان النسبي لأول مرة أمام المجلس القضائي ما لم يكن المتعاقد صاحب المصلحة قد تنازل عنه.

ثانيا: سقوط الحق في التمسك بالبطلان :

يختلف البطلان النسبي عن البطلان المطلق من حيث القابلية للإجازة، والزوال بالتقادم وهذا ما سنحاول دراسته

1– الاجازة

أ– تعريف الإجازة : هي تصحيح العقد القابل للإبطال برفع العيب الذي يلحقه[1]، أو هي عمل قانوني بإرادة منفردة مفادها تنازل المتعاقد الذي تقرر الإبطال لمصلحته عن حقه في الإبطال وقد نص المشرع الجزائري عليها من خلال المادة 100 ق، م.

ب– شروط الاجازة

لا تكون الاجازة صحيحة إلا إذا توفرت فيها الشروط التالية:

– يجب أن ترد على العقد القابل للإبطال، لأنه عقد موجود قانونا ومنتج لكل أثاره، عكس البطلان المطلق الذي ينعدم من الناحية القانونية[2].

– أن يكون المجيز على علم بالعيب الذي يعتري العقد، وأنه قصد تثبيته والتنازل عن حقه في الابطال[3].

زوال العيب المبطل للعقد وهذا لا يتحقق إلا إذا كانت الإجازة صحيحة، كأن يكون الإكراه مستمرا وقت الإجازة ففي هذه الحالة الإجازة ليست صحيحة.

---

[1] _ أنظر، العربي بالحاج، المرجع السابق، ص179

[2] _ أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص250

[3] _ **أنظر** ، عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، 2012- 2013،ض 87 .

ج- شكل الاجازة: تتخذ الإجازة شكلين هما:

صريحة: إذا انصرفت إرادة المجيز إلى إجازة العقد، فيقوم بالتصرف القانوني بقصد التنازل صراحة عن حقه في إبطال العقد.

ضمنية: عندما تتصرف إرادة المتعاقد إلى أمر اخر يفهم من خلاله أن المتعاقد تنازل عن حقه في إبطال العقد، كأن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد القابل للإبطال.

د- أثر الاجازة:

يترتب على إجازة العقد القابل للإبطال زوال الخطر الذي كان يهدده، فيصبح باتا في مواجهة طرفيه، وحسب المادة 100 ق، م فان الإجازة تسري بأثر رجعي[1].

2-مفهوم التقادم:

أ-تعريف التقادم:

هو جزاء تهاون الشخص الذي أمتنع مدة من الزمن عن التمسك بحقه ،والمشرع الجزائري لم يضع تعريف دقيق وواضحا بل اكتفى بذكره في المواد من 308 إلى 322ق م ومن خلال هذه المواد يمكن وضع تعريف للتقادم على أنه ذلك الأسلوب الذي ابتدعه المشرع لانقضاء الالتزام إذا لم يقم الدائن خلاله بأي عمل قانوني للحصول على حقه[2].

ب- مدة التقادم :

تختلف مدة التقادم بالنسبة الى نوعي البطلان، فإذا كان البطلان مطلق لا يتقادم ولا يزول فيه سوى دعوى البطلان ، على عكس البطلان النسبي الذي يزول بمدة قصيرة.

---

[1] _ **أنظر** ، تنص المادة 100 ق، م على ما يلي : يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية وتستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير

[2] _ **أنظر**، علجية بويحد، بورنان رزيقة ، التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2016 ص11

– التقادم في البطلان المطلق :

القاعدة العامة في القانون الجزائري أن البطلان المطلق لا يزول ولا يتقادم ،فالعقد الباطل بطلان مطلقا معدوم لا يخلق منه شيء ، الا ان التقادم يرد على دعوى البطلان وذلك خلال 15 سنة من يوم ابرام العقد، هذا ما جاءت به المادة 102 ق م.

أما في حالة كان العقد الباطل لم ينفذ كليا أو جزئيا، ثم طالب أحد الطرفين تنفيذه فالمدعي عليه أن يدفع هذا الطلب بان العقد باطل وهذا مهما كانت المدة التي مضت عليه، حتى ولو تجاوزت 15 سنة من وقت إبرام العقد [1].

– التقادم في البطلان النسبي :

من خلال المادة 101 ق م [2]يتضح لنا أن مدة تقادم حق إبطال العقد هي 5 سنوات من يوم:

اكتشاف الغلط أو التدليس بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط أو تدليس.

زوال نقص الاهلية بالنسبة لناقص الاهلية.

انقطاع الإكراه بالنسبة للمكره.

ولقد قيد المشرع هذا الاجل بالنسبة لكل من الإكراه والتدليس والغلط بشرط أخر وهو عدم تجاوز مدة 10 سنوات من يوم إبرام العقد، أما بالنسبة للاستغلال فقد نصت المادة 99 ق م على أنه يجب أن ترفع دعوى إبطاله خلال سنة من وقت إبرام العقد.

ج– أثر التقادم :

يتمثل أثر التقادم بالنسبة للعقد القابل للإبطال في سقوط حق الإبطال، بعد مرور المدة القانونية فلا يجوز بعد ذلك إبطاله لا عن طريق الدعوى ولا عن طريق الدفع، أما أثره بالنسبة للعقد الباطل يتمثل في سقوط دعوى البطلان بمرور 15 سنة ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط [3].

[1]_ أنظر، نصت الفقرة الثانية من المادة 102 ق،م على أنه: وتسقط دعوى البطلان بمضي خمسة عشر سنة من وقت إبرام العقد.

[2]_ أنظر ، محمد حسن منصور ،المرجع السابق، ص 240 ،244 .

[3]_ أنظر، محمد صبري السعدي، المرجع لسابق ،ص 254، 255

المطلب الثاني : اثار نظرية بطلان العقد :

بما أن العقد الباطل عقد منعدم يعتبر كان لم يكن يقتصر الحكم الصادر بالبطلان بالعقد الباطل على الكشف عن انعدامه ، و أن العقد القابل للإبطال يلحق في الحكم متى تقرر بطلانه وانه لا يترتب عليه اي اثر . غير انه استثناء من هذه القاعدة قد يترتب على العقد الباطل في بعض الحالات اثار اصلية ، و كذلك قد يترتب عليه أثار عرضية ترجع على العقد وعليه سنتطرق في هذا المطلب الى فرعين الفرع الاول الاثار الاصلية)العادية(، وأما الفرع الثاني الاثار العرضية) الاستثنائية(للعقد الباطل).

الفرع الاول : الاثار الاصلية للبطلان (العادية):

يرتب القانون في بعض الحالات في العقد الباطل أثار عادية ة تتمثل في اعادة الحالة الى ما كانت عليها و على من تقوم المسؤولية في حالة تقرير البطلان.

أولا: بالنسبة للمتعاقدين:

1-اعادة الحالة الى ما كانت عليها:

القاعدة العامة هي اعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانت عليها قبل التقاعد و ما يرد عليه ، و بالتالي زوال كاثر قانوني للعقد . و يتعين على كل عاقد ان يرد ما تسلمه أو ما حصل عليه[1] ، وهذا ما ورد في نص المادة 301 من ق م " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد او ابطاله "... [2]. و معناها في حالة ما اذا كان العقد قد نفذا كليا او جزئيا وجب على كل عاقد أن يرد ما حصل عليه وتسلمه بمقتضاه في عقد البيع مثلا يلتزم البائع برد الثمن و المشتري برد المبيع طبقا لنص المادة 454 ق م .

و كذلك ما قضى به قرار المجلس الاعلى بتاريخ 00-00-3090 كان قضاة الموضوع قد نطقوا ببطلان عقد الشركة تطبيقا للمادة 545 ق تجاري من أجل عدم افراغه في الشكل الرسمي ، فانه كان عليهم استخلاص جميع النتائج المترتبة

[1] -أنظر، بالحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005، ط4 ، د.س ، ص302 .

[2] -أنظر ،الامر رقم 05-59 المؤرخ في 22 سبتمبر 3005 المعدل و المتمم.

على هذا البطلان بقصد اعادة الطرفين الى الحالة التي كانا عليها قبل ة استند الى نص المادة 301 ق م . يعني ذلك اعادة المتقاعدين الى ما قبل إبرام العقد ، خاصة اذا كان المتقاعد ناقص الاهلية او الملوث الغاش.

كما لا يترتب عن العقد الباطل أو الذي تقرر ابطاله اية اثار اذا الطرفين لم يبدا بتنفيذه ، فلا يجوز لأي منهما أن يطالب الاخر بذلك .

وفي حالة اذا استحالة استرداد المنفعة التي حصل احد المتعاقدين عليها يحكم القاضي بتعويض ما عاد حسب المادة 301 ف 2 ق م و هذا التعويض هو قيمة العمل أو هذه المنفعة دون التقيد بالمبلغ المتفق عليه أو الاجرة المتفق عليها مقابل المنفعة.

أ–كيفية الاسترداد:

اذا شرع المتعاقدان في تنفيذ العقد الذي تقرر بطلانه أو ابطاله فلا بد أن يسترد كل منهما ما اداه عينا أو بمقابل حتى نزول اثار هذا العقد:

–الاسترداد العيني : أفضل طريقة لإعادة المتقاعدان إلى الحالة التي كانت عليها حيث يسترد كل منهما ما اداه عينا فكل بائع عليه ان يسترد المبيع و للمشتري ان يسترد الثمن ، و في حالة ما يقوم المشتري عن حسن نية ببعض الترميمات أو التحسينات فله الحق في التعويض عن تلك المصاريف .
و هذا ما اخذ به المجلس الاعلى في القرار مؤرخ في 39يونيو2003 [1].

–الاسترداد بمقابل : اذا استحال الاسترداد بسبب هلاك الشيء أو لطبيعة المعاملة يكون الاسترداد عن طريق التعويض و القاضي هو من يحدد مبلغ التعويض و يكون الاسترداد بمقابل ايضا في حالة هلاك الشيء بعد تنفيذ العقد فعندئذ له الحق في تعويض نقدي.

[1] –أنظر ،قرار مؤرخ في 39 يونيو 2003 ، نشرة القضاة، 3002 ، العدد الاول ، ص45

2 –القيود الواردة على اعادة الحالة الى ما كانت عليه:

أ– نقص الاهلية: نصت المادة 301 ف2 بقولها "غير أنه يلزم ناقص الاهلية اذا بطل العقد لنقص اهليته الا برد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد ". و معناه أنه يرد ما يكون قد تبقى في يده مما اعطاه المتعاقد الاخر ، ويرد ما انفقه و ما عاد عليه من منفعة او فائدة . أما من انفق و لم يعد عليه بفائدة أي اذا باع ناقص الاهلية شيئا و تسلم الثمن و لكنه لم يستفد من هذا الثمن لأنه انفقه في لعب القمار مثلا فلا يلتزم برد الثمن الذي قبضه بعد تقرير ابطال العقد.

و عليه نصت هذه المادة على أن ناقص الاهلية أو القاصر لا يكون ملزما بالرد أو التعويض الا في حدود ما عاد عليه من نفع من هذا التنفيذ أو كان الشيء مازال موجودا تحت حيازته.

ب–عدم المشروعية: القاعدة الرومانية تقول "لا يجوز للغاش ان يستفيد من غشه" لذلك و حسب هذه القاعدة اذا كان احد المتعاقدين قد قام بأداء التزام مخالف للنظام العام و الآداب العامة أو غير مشروع و تقرر بطلان العقد فلا يمكنه أن يسترد ما دفعه لأنه ملوث وغاش فكرس المشرع الجزائري هذه القاعدة من خلال المادة 301 ف1 بقوله " يحرم استرداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته او كان عالما به ".

ثانيا : بالنسبة للغير:

الغير هو الاشخاص الذين تتأثر حقوقهم ببطلان العقد اي هو كل شخص اكتسب حقا عينيا على العين محل العقد الذي تقرر بطلانه [1].فان اثار البطلان لا تقتصر على المتعاقدين فقط بل تمتد الى الغير وهو الخلف الخاص للمتعاقدين.

1–القاعدة العامة في اثر البطلان بالنسبة للغير:

القاعدة العامة فيما يخص اثر البطلان بالنسبة للغير هو ان يعتبر العقد كانه لم يكن و يزول اثره ،فقد قرر المشرع حماية الغير اذا كان حسن النية ، وهو ما نصت عليه المادة 915 ق م " من حاز بسند صحيح منقولا او حقا عينيا على منقول أو سندا لحامله فانه يصبح مالكا اذا كان حسن النية وقت حيازته..." ، و كذلك المادة 995 ق م و نصت على " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن ، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته ... اذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن"[2]

[1] –أنظر ،لعصامي الوردي ،نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري)دراسة مقارنة(،مذكرة ماجستير ،جامعة بن عكنون الجزائر ،كلية الحقوق و العلوم الادارية، 2000-2003،ص340 .

[2] – أنظر ،لامر رقم 05-59 المتضمن القانون المدني ، المرجع السابق.

فلا يقتصر اثر البطلان على العاقدين بل يمتد الى الغير فللبطلان اثر مطلق و يحتج به في مواجهة الكافة ،كما لو كان العقد الباطل عقد بيع وتصرف المشتري في العين التي اشتراها الاخر بالبيع فالصل اذا بطل العقد الاول يجب ان يبطل العقد الثاني تطبيقا للأثر الرجعي للبطلان ، حيث تمس نتيجة الاثر الرجعي للبطلان باستقرار المعاملات و كذلك الثقة و الائتمان مما يجعل المشرع يحمي الغير حسن النية [1]

2-القيود الواردة على القاعدة العامة:

ورد في القانون المدني الاستثناءات التي تظل فيها الحقوق يتحصل عليها لا غير على الشيء المتصل بالعقد الباطل في حالات معينة كالتالي:

أ-بالنسبة لعقود الادارة :عقد الايجار من العقود الادارية حيث نصت المادة 420 ق م "الايجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من انتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل ايجار معلوم ، و يجوز أن يحدد بدل الايجار نقدا أو بتقديم أي عمل اخر" ، يستفاد من نص المادة ان عقد الايجار عقد رضائي ملزم لجانبين يتم بمجرد التراضي و مدة الايجار و أن يحرر بشكل رسمي لدى الموثق ، الا أن المشرع و بموجب تعديل القانون المدني اضاف المادة 420 مكرر التي تنص على أنه "ينعقد الايجار كتابة و يكون له تاريخ ثابت و الا كان باطلا " . و كذلك يرد على الاشياء المادية و المعنوية كما يرد على المنقول والعقار

ب-الاعتداد بالأوضاع الواقعية: حرص المشرع على حماية الغير حسن النية الذي يرتكز إلى وضع ظاهر واقعي فبطلان العقد لا يمنع من وجوده كواقعة مادية قد توهم بوجوده القانوني ،أي يوهم بان العقد صحيح و يكون الشخص العادي معذورا في اعتقاده بصحة العقد [2].

[1]- أنظر ،علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موقع النشر و التوزيع ، الجزائر، 2005 ،ص221

[2]- أنظر ،محمد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام – ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2002 ،ص 204

من أمثلة التي احترم المشرع فيها هذه الثقة هي:

–العقد الصوري: هو عقد غير حقيقي بين المتعاقدين يخفي عقدا اخر ، فقد حمى القانون الدائنين و الخلف الخاص من صورية العقد . فأجاز لهم التمسك به طبقا لنص المادة 309 ق م [1].من خلال المادة يتبين أن لدائني المتعاقدين والخلف الخاص أن يتمسكوا بالعقد الصوري متى كانوا حسني النية ،فانه يجوز للغير اذا كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الظاهر الصوري ، متى كانت له مصلحة في ذلك وعليه اثبات الصورية بجميع طرق الاثبات .

–الشركات التجارية الباطلة: اذا قضي ببطلان الشركة التجارية بعد أن باشرت نشاطها و تعاملت مع الغير فإنها تعتبر شركة واقعية و تظل التصرفات القانونية التي ابرمتها قائمة و منتجة لإثارها [2].حيث نصت عليها المادة 439 ف 2 بقولها " غير أنه لا يجوز ان يحتج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير و لا يكون له اثر فيما بينهم الا من يوم الذي يقوم فيه احدهم بطلب البطلان . "

الفرع الثاني : الاثار العرضية (الاستثنائية):

في بعض الحالات يستحيل ازالة بعض الاثار التي يرتبه العقد الباطل و يستحيل تجاهلها، في نفس الوقت لا يمكن الحاقها بالعقد لأنه منعدم الوجود بعد تقرير بطلانه أو ابطاله . فتعتبر هذه الاثار عرضية لان مصيرها القانون و ليس ارادة المتعاقدين[3] .و من اهم هذه الاثار تحويل العقد و انقاص العقد.

أولا :نظرية تحويل العقد:

نتطرق فيما يلي المقصود بتحول العقد و شروط تحوله و اثاره.

1**–المقصود بتحول العقد:** نصت المادة 305 ق م " اذا كان العقد باطلا او قابل للإبطال و توفرت فيه الاركان عقد اخر فان العقد يكون صحيحا باعتبار العقد الذي توفرت فيه اركانه اذا تبين ان النية المتعاقدين كانت تنصرف الى إبرام هذا العقد" . يقصد بالتحول انقاذ ما يمكن انقاذه من العمل القانوني و الاستفادة منه في شكل اخر .

فذا كان العمل القانوني الباطل يصلح لأنه يشكل عملا قانونيا اخر لا مانع من الاخذ بهذا العمل [1]

فالتحول لغة هو الانتقال ، واصطلاحا فيقصد به انه اذا كان العقد باطلا او قابل للإبطال ، وكان يتضمن اركانا أو

---

[1]–أنظر ،محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام)العقد و الارادة المنفردة(–دراسة مقارنة في القوانين العربية– ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2000 ، ص 201 .

[2]–أنظر، العربي بلحاج ، المرجع السابق ، ص 300–200

[3]–أنظر ،وليد طالبي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق ، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، 2039 ،ص49.

عناصر عقد اخر ،رغم بطلانه فان العقد الذي قصد اليه المتعاقدان هو العقد الباطل يتحول الى العقد الذي توافرت عناصره وهو العقد الصحيح . وعليه تترتب اثار العقد الصحيح الشرعية.

2-شروط تحول العقد:

حسب المادة 305 ق م قد يكون العقد باطلا او قابل للإبطال و لكنه يتحول الى عقد صحيح بشروط:

ـ **أن يكون التصرف الاصلي باطلا:** فلا مجال لتحول العقد ما لم يكن باطلا بطلانا مكلفا او قابل للإبطال ، و تم تقرير ابطاله لان نظرية تحول العقد لا تعني العقد الصحيح ، و يجب ان يكون البطلان كليا لا جزئيا [2].

ـ **توافر عناصر العقد الجديد** : لا يمكن تحويل العقد الباطل ما لم يتضمن عناصر العقد الجديد ،بحيث يكون العقد الجديد عقدا كاملا دون اضافة عناصر اخرى .مثال ذلك عقد البيع الوارد في ورقة رسمية و الذي تخلف فيه الثمن فانه يتحول الى عقد هبة صحيح [3].

ـ **دور الارادة في تحول العقد** : حيث يجب ان تكون الارادة المحتملة للمتعاقدين متجهة الى التصرف الاخر الصحيح ولو تبين بطلان العقد الاصلي و على هذا لا يتم التحول بناءا على ارادة المتعاقدين الحقيقية ، انما بناءا على ارادتهما المحتملة التي يفترض انها كانت تتجه الى العقد الجديد الصحيح.

---

[1]-أنظر ،فرج علواني هليل ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، مصر، 2009 ،ص 50.

[2]-أنظر ،بكوش خولة ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة ، 2022-2023 ، ص41 .

[3]-أنظر ،خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري-مصادر الالتزام-،الجزء الاول ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ،2003، ص02.

3 –اثر تحول العقد:

اذا تم تحويل العقد الباطل الى هو العقد الاصلي يصبح هذا الاخير منعدم و يعتبر كانه لم يكن ، بينما يرتب العقد الجديد وهو العقد الصحيح جميع اثاره [1].

من خلال الشروط الثلاثة يتم تحول العقد بحكم القانون لا بعمل القاضي و لا تزيد مهمة القاضي على أن يقرر شروط التحول .

وتلعب اثار تحول العقد دورا هاما في الحفاظ على استقرار العقود و التي تتأثر بشكل كبير بالتطورات الاجتماعية و الاقتصادية.

ثانيا : نظرية انتقاص العقد:

سنتناول المقصود من نظرية انتقاص العقد و شروطها و اثارها

1. المقصود بنظرية انتقاص العقد:

يمكن تعريف انقاص العقد بانه "الية قانونية الهدف منها تصحيح العقد المشوب بعيب البطلان او الابطال في شق منه و انقاذه من مصير البطلان الكلي و ذلك بانقاص شقه الباطل و ابقاء العقد صحيحا بشقه الاخر ، باعتباره عقدا مستقلا محتفظا على نفس التكييف القانوني الذي اراده المتعاقدان[2]

1–شروط انتقاص العقد:

يشترط لإعمال الية انقاص العقد توافر الشروط التالية:

– أن يكون العقد في شق منه باطلا : يشترط لتطبيق احكام المادة 304 ق م ان يكون العقد في شق منه صحيح و في شق اخر باطل فاذا كان العقد باطلا بأكمله فلا يجوز انقاصه لكن يمكن ان يتحول الى عقد اخر اذا توفرت الشروط فيه [3].

[1]– أنظر ،علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 293 .

[2]–أنظر ،مونية بوشعرة ، انقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير)العقود و المسؤولية (، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 3 ، ص 20 .

[3]– أنظر ،بلال عثماني ، محاضرات في القانون المدني للسنة الثانية ليسانس" نظرية العقد،" الجزء الاول ،تكوين العقد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم التعليم الاساسي للحقوق ،بجاية ،ص93 .

ـ قابلية العقد للانقسام : حسب المادة 212 ق م يكون عموما العقد قابل للانقسام اذا كان سقوط الجزء الباطل منه لا ينال من تكييف العقد، فلا يغير من طبيعته القانونية كإبطال الشرط الذي يسقط حق المؤمن له في التعويض الذي اشارت اليه المادة 222 ق م ،و نصت كذلك المادة 422 ق م "اذا وقع الاتفاق على احد الشركاء لا يسهم في ارباح الشركة و لا في خسائرها كان عقد الشركة باطلا.. " مثل هذا الشرط ينال من طبيعة عقد الشركة الذي يقوم اساسا على اقتسام الربح و الخسارة [1].

ـ أن يكون الشق الباطل من العقد غير مؤثر : اشارت المادة 304 ق م الى ان لا يكون الشق الباطل من العقد مؤثر غير ان العبارة المستعملة من طرف المشرع قد تحدث بعض الصعوبات في تحديد المعيار الذي يجب الاعتداد به من اجل اعتبار الشق الباطل ضروريا لوجود العقد[2].

3–اثر انقاص العقد:

بعد انقاص العقد يكون الشق الباطل منعدما كانه لم يكن و لا يرتب أي اثر ،فعند ابطال شرط سقوط ضمان المهندس المعماري أو المقاول حسب المادة 552 ق م فانهما يلتزمان بالضمان متى توافرت الشروط المقررة ، أما بالنسبة للشق الصحيح فانه يرتب كل اثاره القانونية الاصلية [3]. فان انقاص هو تفسير لإرادة المتعاقدين اذا تبين أن ارادتهما قد قصدت أما أن يصح العقد كله أو يبطل كله ، فيمتنع الانقاص الا اذا تبين ان المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد لو علما بالبطلان .

[1]– أنظر ،علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 129 .

[2]–أنظر ،بلال عثماني ، المرجع السابق ، ص 92 .

[3]– أنظر ،علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 294

خلاصة الفصل :

من خلال ما تم تناوله في هذا الفصل حول اثار الشكلية في العقود، حيث تطرقنا في المبحث الاول الى حجية الشكلية (الرسمية ،العرفي والالكترونية) وخلصنا الى أن المشرع قد حدد حجية المحرر الرسمي في المواد 324 مكرر5 الى 324 مكرر7 ، على أنه متى توافر المحرر الرسمي على الشروط المذكورة في المواد السالفة الذكر وكان مظهره الخارجي سليما من أي عيب قامت قرينة قانونية على سلامته، حيث ان الشكل الرسمي يعتبر حجة ودليل قاطع على حصول التعاقد ولا يستطيع أطراف العقد أن ينكروا مضمونه ،كما أن الشكل الرسمي حجية من حيث البيانات والتي لا يجوز إثبات عكسها الا بالتزوير وهي البيانات التي قام الموثق بتدوينها بنفسه ووقعت من ذوي الشأن في حضوره ، حيث يتم تحرير المحرر الرسمي من أصل وصورة يظل الاصل محفوظا في مكتب الموثق بينما تسلم صورة رسمية منه لذوي الشأن ،كما أنه في حالة تخلف الشكلية علي الشكل الرسمي ، يترتب عليه بطلان التصرف الرسمي وتحول العقد الى عقد عرفي حيث تطرقنا حجية الشكل العرفي والكتابة الالكترونية ، وتوصلا الى أن المحررات العرفية هي أدلة يحررها الافراد بأنفسهم وفقا لمبدأ سلطان الارادة ،كما نصت المواد 324مكرر و323مكرر 1 و327 من القانون المدني على المحررات الالكترونية ومنح لها حجية المحررات العادية، حيث تعتبر المحررات العرفية الشكل الثاني للكتابة ، وهي ذات أهمية كبيرة كونها وسيلة للكتابة و لإثبات ، ولا وجود لشروط أو شكليات معينة لكتابته أو صيغة معينة ، وتنقسم الى محررات عرفية معدة للإثبات والتي تعتبر أدلة كاملة ومحررات عرفية غير معدة للإثبات والتي تعتبر أدلة غير كاملة لكن أعطاها المشرع قدرا من الحجية في الاثبات و الفرق بن المحررات العرفية المعدة للإثبات والمحررات الغير معدة للإثبات يكمن في وجود التوقيع في الاولى دون الثانية ، بل يعتبر التوقيع شرطا اساسيا والسبب الوحيد الذي يمنح المحررات العرفية المعدة للإثبات الحجية.

كما أن للعقد الالكتروني قيمة قانونية ، ودرجة عالية من الالزام خاصة اذا ما تم التوقيع عليه ، والتوقيع بصفة عامة وسيلة يعبر شخص من خلالها عن ارادته في الالتزام بالتصرف القانوني ، ويعد التوقيع الالكتروني المصادق عليه من طرف الهيئات المختصة من أهم البيانات التي تؤكد على حجية المحرر الالكتروني ، لما يمنح لها من دلالة في إثبات هوية الموقع وصلته بما تم تحريره في المستند الالكتروني ويعطي للخصم حجة ما يدعيه لصاحب التوقيع الالكتروني.

وفي حالة تخلف الشكلية في العقد يترتب عليه نتائج تتمثل في بطلان التصرف وهو ما تطرقنا في المبحث الثاني تحت عنون اثار تخلف الشكلية عن العقود حيث يعتبر البطلان هو الجزاء الذي يترتب قانونا عند تخلف ركن من

أركان العقد المتمثلة في التراضي والشكلية والمحل والسبب أو تخلف شرط من شروط الصحة والمتمثلة في الغلط ، الاكراه، التدليس، الاستغلال والغبن.

وقد أخذ المشرع الجزائري بتقسيم الثنائي للبطلان أي بطلان مطلق وبطلان نسبي يقع الاول في حالة تخلف ركن من أركان العقد (الرضا ،المحل ،السبب ،الشكلية غي بعض العقود) اما الثاني فيقع على العقد عند تخلف شرط من شروط العقد(عيب في الرضا ،نقص الاهلية لاحد المتعاقدين).

أما بالنسبة الى الاطراف التي لها الحق في التمسك بالبطلان فيحق لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان المطلق وذللك وفقا المادة 102 ق م أما بالنسبة للبطلان النسبي فيحق الا للمتعاقد الذي حدد القانون له مصلحة في الابطال ،أما بالنسبة الى سقوط الحق في التمسك بالبطلان فبأنسبة للبطلان المطلق فهو لا يصححه التقادم ولا الاجازة على عكس البطلان النسبي الذي يسقط بمجرد الاجازة والتقادم.

وفي الاخير نحد ان البطلان النسبي والبطلان المطلق يختلفان في كثير من الامور ومع ذلك يتحدان من حيث الاثار التي تترتب على كل منهما والمتمثلة في الاثار الاصلية والاثار العرضية.

الخاتمة :

الحمد لله الذي أعاننا على إتمام هذا البحث، وأرجو من الله أن أكون ممن اجتهد فأصاب ، وفي ختامه أوجز أبرز المسائل التي توصلنا إليها في النقاط التالية:

= منح المشرع الجزائري الشكل الرسمي صفة الالزام مما يجعله عنصر اساسيا في العقد ، فإذا تخلف بطل العقد، كما يعتبر الشكل أيضا أداة يستخدمها المشرع لتحقيق هدف معين، والتصرف القانوني يجب أن يتوفر على عنصرين أساسيين وهما ركن مادي واخر معنوي، فاركن المادي يتمثل في التعبير عن الارادة أما الركن المعنوي فيتمثل في التصرف في الارادة، ويتمثل الشكل في صورة التعبير عن الارادة أي الركن المادي للإرادة، ويترتب ذلك على كون الشكل عنصر اساسي وركن جوهري لابد منه لقيام التصرف نتائج هامة، حيث يؤذي عدم مراعاة الشكل المقرر قانونا الى عدم قيام التصرف ذاته ،لان الشكل هنا يعتبر ركن من اركان التصرف لا يمكن الاستغناء عنه.

= اشترط المشرع لاكتساب العقود الشكلية الصفة الرسمية توفر عدة شروط تحقق باجتماعها مصداقية وثقة في المحرر وما يحتويه من بيانات، وهو ما نصا عليه المشرع في المادة 324 من القانون المدني إذ نص على أن "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أضابط أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

= يكتسب الشكل الرسمي في حالة الرسمية على الورقة القوة التنفذية في مواجهة كافة الاشخاص ، وهو ما اوضحه المشرع من خلال نص المادة 324 مكرر5 على أن" ما ورد في المحررات الرسمية حجية حتى يثبت تزويرها ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني"كما نصت المادة 324 مكرر 6 على أن "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الاطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن"= في حالة تخلف الرسمية على الشكل الرسمي ،وذلك من خلال اختلال شرط من شروط صحة الورقة الرسمية يترتب عليه بطلان التصرف الرسمي ، وتحول العقد من عقد رسمي إلى عقد عرفي.

= أوجب المشرع الجزائر في عدة انواع من التصرفات القانونية أن تشتمل على الرسمية ،ولقد قام المشرع بتنظيمها في شتى فروع القانون كما جاء في المادة 324 مكرر1 من القانون المدني والتي تضمنت التصرفات التي الزم المشرع فيها الرسمية لصحة العقد ، والتي جاء فيها "زيادة عن العقود التي يأمر فيها القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب ، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسير محلات تجارية أو

مؤسسات صناعية في شكل رسمي ، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد ،كما يجب تحت طائلة البطلان، اثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الاموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد"، حيث تتميز وتتنوع هذه العقود فيما بينها فمها ما يكون اثناء إبرام العقد، ومنها ما يكون لاحقا له.

=تعتبر المحررات العرفية الشكل الثاني للكتابة، كما تعتبر أيضا الشكل التقليدي لها، وهي ذات أهمية كبيرة كونها وسيلة للكتابة والاثبات في انن واحد ، ولا وجود لشروط معينة أو شكليات خاصة لكتابتها أو صيغة معينة، ولا تتوفر على الضمانات التي تتوفر عليها المحررات الرسمية، وتنقسم المحررات العرفية الى محررات عرفية معدة للإثبات والتي تعتبر أدلة كاملة ،واخرى غير معدة للإثبات والتي تعتبر أدلة غير كاملة ولكن منحها المشرع قدرا من الحجية في الاثبات ،و الفرق بين المحررات المعدة للإثبات والمحررات الغير معدة للإثبات هو وجود التوقيع في الاولى دون الثانية، بل يعتبر التوقيع شرط أساسي وجوهري والسبب الوحيد الذي يعطي المحررات العرفية المعدة للإثبات الحجية.

= كما أن للعقد الالكتروني قيمة قانونية، ودرجة عالية من الالزام خاصة اذا ما تم التوقيع عليه ، والتوقيع بصفة عامة وسيلة يعبر شخص بها عن إرادته في الالتزام بالتصرف القانوني، ويعد التوقيع الالكتروني المصادق عليه من طرف الهيئات المختصة من أهم البيانات التي تؤكد على حجية المحرر الالكتروني ، لما يمنح لها من دلالة في إثبات هوية الموقع وصلته بما تم تحريره في المستند الالكترونية، ويعطي للخصم حجة ما يدعيه لصاحب التوقيع الالكتروني.

-في تخلف الشكلية في العقد يترتب عليه نتائج تتمثل في بطلان التصرف وهو ما تطرقنا اليه في المبحث الثاني تحت عنون اثار الشكلية في العقد ، حيث يعتبر البطلان هو الجزاء الذي يترتب قانونا عند تخلف ركن من أركان العقد المتمثلة في التراضي والشكلية والمحل والسبب أو تخلف شرط من شروط الصحة المتمثلة في الغلط، التدليس الاكراه و الاستغلال والغبن.

وقد أخذ المشرع الجزائري بتقسيم الثنائي للبطلان أي بطلان مطلق وبطلان نسبي يقع الاول في حالة تخلف ركن من أركان العقد ،اما الثاني فيقع على العقد عند تخلف شرط من شروط العقد
أما بالنسبة الى الاطراف التي لها الحق في التمسك بالبطلان فيحق لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان المطلق للعقد وذلك وفق المادة 102 ق م أما بالنسبة للبطلان النسبي فيحق الا للمتعاقد الذي حدد القانون له مصلحة في الابطال،

أما بالنسبة الى سقوط الحق في التمسك بالبطلان فبنسبتي للبطلان المطلق فهو لا يصححه تقادم ولا الاجازة على عكس البطلان النسبي الذي يسقط بمجرد الاجازة والتقادم.

وفي الاخير نجد أن البطلان النسبي والمطلق يختلفان في كثير من الامور ومع ذلك يتحدان من حيث الاثار التي تترتب على كل منهما والمتمثلة في اثار اصلية واخرى استثنائية .

التوصيات :

-ضرورة تعديل بعض النصوص القانونية والتخفيف من اجراءات الشكلية في العقود

- على المشرع استحداث نظام قانون ينظم المحررات الالكترونية كونها من أهم متطلبات العصر.

- تنظيم ندوات وملتقيات لتعريف بأهمية الشكلية في العقود

قائمة المصادر والمراجع :

القران الكريم

أولا المراجع العامة:

1. ابن العربي أبوبكر ،أحكام القران، ج الاول ، مطبوعات عيسى البابي ، مصر (د،س،ن).
2. أبو الفضل جمال الدين مُحَمَّد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري،(د،ط)، دار بيروت للطباعة والنشر،لبنان،1959
3. حسن بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجزائي الخاص ، جزء2 ، الطبعة22 ، دار هومة ، الجزائر ، 2022 .
4. أحمد ابو وفاء، الاثبات في المواد المدنية والتجارية ، الدار الجامعية لطباعة والنشر، سنة 1983
5. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة، الجزاء 1،ط4، دار العدالة القاهرة،2010 .
6. بالحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005، ط4
7. خليل احمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري-مصادر الالتزام-،الجزء الاول ، ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، 2004.
8. زكريا سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة مع الاشارة إلى موقف الفقه الاسلامي من بعض المسائل، ط2، دار هومة، الجزائر،2014.
9. زهدي يكن ، شرح قانون الموجبات والعقود مع مقارنة بالقوانين الحديثة والشريعة الاسلامية، الجزاء الرابع ،ط1، 1962
10. صبري سعدي الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2009م
11. عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية (قانون05-01 المؤرخ في 2005/02/24)، الطبعة 2 ، منشورات بغدادي ، الجزائر 2022.
12. عبد الرحمان بربارة ، شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية)قانون05-01 المؤرخ في 2005/02/24(، الطبعة 2 منشورات بغدادي ، الجزائر 2022 .

13. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام- الاثبات واثار الالتزام، المجلد الاول ، الجزاء الثاني ، دار النشر العربية، القاهرة ،1968.

14. أحمد شريف الدين، أصول الاثبات في المواد المدية والتجارية، طبعة نادي القضاة، سنة 2004

15. مُحَمَّد حسنين منصور، مبادئ الاثبات وطرقة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، جمهورية مصر العربية، دون سنة طبع

16. عبد السلام ديب ، قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجديد ، ترجمة للمحاكم العادلة ، الطبعة 2 موفم للنشر ، الجزائر، 2022

17. العربي بالحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون، الجزائر،2005.

18. علي فيلالي ، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر ، 2020

19. فتحي عبد الرحيم عبدالله، احمد شوقي مُحَمَّد عبد الرحمان، شرح النظرية العامة للالتزام ،الكتاب الثاني، دون طبعة، منشاة المعارف مصر،2002.

20. مُحَمَّد حسين منصور ، النظرية العامة للالتزام –مصادر الالتزام – ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2002

21. مُحَمَّد زهدور، الموجز في الطرق المدنية للإثبات في التشريع الجزائري، الجزائر 1999

22. مُحَمَّد شتا ابو اسعد، اثبات في المواد المدنية والتجارية والشرعية، المجلد الاول، د ط، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1997

23. مُحَمَّد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام)العقد و الارادة المنفردة(-دراسة مقارنة في القوانين العربية- ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2000 .

24. مُحَمَّد صبري سعدي ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار هومة، الجزائر،2008

25. مُحَمَّد صبري سعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، الاثبات في المواد المدنية و التجارية، دار هومة للطباعة و النشر، الطبعة الأولى، الجزائر 2008

26. يحي بكوش، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، المؤسسة الوطنية للنشر والتوزيع، ط3، الجزائر، 1988م

27. محمد كامل موسى ، شرح القانون المدني المصري، الجزاء الاول، 1954، مصر.

28. محمد محمود زهران همام، الاصول العامة للالتزام (نظرية العقد)، (د،ط)، دار الجامعة الجديدة، الازاريطة،2004

29. هلالي عبد الله احمد، النظرية العامة اللاثبات في المواد الجنائية، دراسة مقارنة ،(د،ط)،دار النهضة العربية ،لبنان،1987

30. الفيروز أبادي، مجد الدين بن يعقوب، ط7، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة ، لبنان (د،س،ن)

ثانياً: المراجع المتخصصة.

أ– المؤلفات المتخصصة:

1. إبراهيم ابو النجا، السجل العيني في التشريع المصري، طبعة 1978، دار الفكر العربي ، مصر

2. خالد رامول ، المحافظة العقارية كألية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري ، قصر الكتاب الجزائر2002

3. جمال بوشناقة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية، الجزائري، 2006.

4. حسين عبد اللطيف حمدان ، نظام السجل العقاري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

5. سمير عبد السميع الاودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر،2005.

6. عباس عبد الحليم حجر، شهر التصرفات العقارية ، الطبعة الاولى .

7. عبد الحميد الشواربي، البطلان الجنائي، نظرية البطلان، بطلان التحقيق، بطلان المحاكمة، بطلان الحكم، (د،ط)، منشاة المعارف، مصر (د،س،ن)

8. عبد الحميد ثروت، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.

9. عمر حمدي باشا ، نقل الملكية العقارية في ضوء اخر التعديلات واحدث الاحكام ، الطبعة 2، دار هومة ، الجزائر 2000

10. فرج علواني هليل ، البطلان في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، دار المطبوعات الجامعية ،الاسكندرية ، مصر، 2009

11. فوده عبد الحكم، البطلان في قانون الإجراءات الجنائية، ط الاولى، دار المطبوعات الجامعية،مصر،1996

12. ليلي زروقي وحمدي باشا عمر ، المنازعات العقارية ، الطبعة الأولى ، دار هومة .

13. يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية،ط1، دار الثقافية للنشر والتوزيع الاردان، 2012.

ب- الاطروحات و المذكرات:

1. عبد الرحمان غراوي، الترخص الادارية في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون ،سنة 2006.

2. الموشي خولة ، الإثبات في العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر، قانون إداري، الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مُحَمَّد خيضر بسكرة2020،2021

3. أحمد عزومي الحروب، السندات الرسمية الالكترونية دراسة مقارنة مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون كليةالدراسات العليا، جامعة بيرزنت ، فلسطين.

4. ارياح كريمة ومقران عماد، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، جامعة عبد الرحمان ميرة، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجاية ،2020 – 2021

5. بكوش خولة ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، لعصامي الوردي ،نظرية بطلان العقد في التقنين المدني الجزائري (دراسة مقارنة)،مذكرة ماجستير ،جامعة بن عكنون الجزائر كلية الحقوق و العلوم الادارية، 2000-2003.

6. بومعزة رشيد ، الشكلية الرسمية في العقود المدنية ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الحاج لخضر باتنة 2005

7. رشيد صدام بوعمامة، الشكلية في العقود، مذكرة ماستر حقوق قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2022/2021

8. رشيد، صدام بوعمامة، الشكلية في العقود ،مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي حقوق قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة غرداية، سنة 2022/2021 .

9. زواوي محمود ، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،سنة 1986

10. صبرينة الواعر، رصا بوقندورة، أدلة الإثبات ذات الحجة المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي سنة 2020 ،2021

11. طياب طاوس وصغير حادة، الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني في ظل القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013

12. علجية بويحد، بورنان رزيقة ، التقادم المسقط في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية

13. عمارة صليحة ، نظام الشهر العقاري الجزائري ، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد4، مستغانم، جوان 2016

14. عيشات سليمة ،الاثبات عن طريق المحررات الرسمية والعرفية في التشريع المدني الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر

15. مونية بوشعرة ، انقاص العقد على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير)العقود و المسؤولية (، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 3 ، 2031-2034 .

16. نسيمة حشود ، الشكلية في البيع العقاري دراسة تحليلية ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002ر 2003.

17. وليد طالبي، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر، كلية الحقوق، جامعة مُحَّد بوضياف، المسيلة، 2018

ج_ المقالات والمحاضرات

1. بلال عثماني ، محاضرات في القانون المدني للسنة الثانية ليسانس" نظرية العقد،" الجزء الاول ،تكوين العقد ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم التعليم الاساسي للحقوق ،بجاية ، 2039-2030 .

2. تغرارة مُحَّد، اكتساب السند التاريخ ثابت بين المادة 328 ق م والمادة 89 من المرسوم 76ر 63 مجلة الموثق ، العدد8 .

3. خالد أو طه، أحمد حسنيه، الشكلية في العقود التجارية- دراسة تحليلية، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد13 ، العدد1 ، أفريل 2020
4. صبرينة الواعر، رصا بوقندورة، أدلة الإثبات ذات الحجة المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، تخصص قانون اعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أم البواقي سنة 2020، 2021
5. عبد الحفيظ بقة، محاضرات في أحكام الالتزام، موجهة لطلبة السنة الثانية حقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بوضياف ، المسيلة، 2012- 2013.
6. العتروس بشير، الشهر العقاري في القانون الجزائري، مقال منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ،العدد الاول ترجمة امقران عبد العزيز ، قسم الوثائق ،المحكمة العليا ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ، 2004.
7. عمر بن سعيد، ماهية الاثبات ومحله في القانون والقصاء المدني الجزائري، مجلة افاق للعلوم، جامعة زيان عاشور، المركز الجامعي بريكة الجلفة، 2018 ،تاريخ الارسال 11- 08- 2018 ، تاريخ النشر جوان 2018 ، العدد 13 ،المجلد 4 .
8. غنية باطلب ، محاضرات في طرق الاثبات والتنفيذي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2020 /2021
9. مأمون عبد الكريم، محاضرات في طرق الإثبات طبقا لأخر النصوص، كنوز للنشر والتوزيع، سنة 2011 ،
10. منية نشناش ،مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية في الإثبات ، دراسة مقارنة في القانونين الجزائري والفرنسي، علوم الشريعة والقانون، المجلد 45، عدد4، 2018.
11. الموشي خولة ، الإثبات في العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر، قانون إداري، الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة2020،2021

ثالثاً: النصوص القانونية

1- القوانين والاوامر:

1. القانون رقم 06- 02 المؤرخ في فبراير 2006 يتضممن تنظيم مهنة التوثيق.

2. للأمر رقم 75-58 ،المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون ، ج، ر، ج ،ج ،العدد18،المؤرخ في 5 مايو 1988 .
3. الامر رقم 06- 03 المؤرخ في 19 جمادى الثانية 1427 الموافق ل 15 يوليو 2006، يتضمن القانون الاساسي العام للوظيفة العمومية.
4. الامر رقم 75- 58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادي الاولى 1426 الموافق ل 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية، عدد 44 الصادرة ب26 يونيو 2005.

2- المراسيم:

1 المرسوم التشريعي رقم 93/03 المتضمن النشط العقاري، المؤرخ في 07 رمضان 1413 الموافق ل01 مارس 1993 المعدل والمتمم بالقانون رقم 07- 05المؤرخ في 13-05-2007.

2 المرسوم التنفيذي رقم 94- 69المؤرخ في 19-03- 1994جريدة رسمية رقم 17 المؤرخة في 30-03-1994 المحدد لنموذج عقد الايجار.

3- القرارات:

1. قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، قرار رقم 33054 ، المؤرخ في 06 - 02- 1985 ، المجلة القانونية ، العدد 4، الجزائر ، 1962.
2. القرار رقم :45658. المؤرخ في :07. 12. 1978 . المجلة القانونية لسنة 1990 . العدد4.
3. القرار رقم 62624 مؤرخ في 24-09-1990 المجلة القضائية سنة 1992، عدد02 .

قائمة المحتويات

إهداء.....أ

إهداء.....ب

قائمة المختصرات .....ج

المقدمة 1

الفصل الاول : ماهية الشكلية في العقد.....6

المبحث الاول: مفهوم الشكلية في العقد.....7

المطلب الاول: مفهوم الشكلية في العقد.....8

الفرع الاول :تعريف الشكلية في العقد.....8

أولا: التعريف اللغوي.....8

ثانياً: التعريف الاصطلاحي.....8

ثالثاً: تعريف الشكلية فقها.....9

رابعاً: تعريف المشرع الجزائري.....10

الفرع الثاني: شروط الشكلية في العقد.....10

أولاً: الاشخاص المكلفين بتحرير العقد.....10

ثانياً: السلطات المخولة للأشخاص المكلفين بتحرير العقد.....11

ثالثاً: مراعاة الشروط المقرر قانونا.....11

الفرع الثالث : مصادر الشكلية في العقد.....12

أولاً: الشكلية بإرادة الطرفين.....12

ثانياً: الشكلية بنص قانوني.....12
المطلب الثاني : الشكلية في بعض العقود.....13
الفرع الاول: عقد بيع عقار.....13
الفرع الثاني : عقد ايجار.....14
المبحث الثاني: أنواع الشكلية في العقد.....15
المطلب الاول :الشكلية المباشرة في العقد.....15
الفرع الاول: الكتابة.....15
أولاً: تعريف الكتابة.....16
ثانياً: انواع الكتابة.....17
الفرع الثاني : العقود العينية.....27
أولا: العقود العينية في التشريع الفرنسي والتشريع الروماني.....27
ثانياً: العقود العينية في التشريع الجزائري.....27
المطلب الثاني : الشكلية غير مباشرة.....28
الفرع الاول: قواعد الاثبات.....28
أولاً: مفهوم الاثبات.....29
ثانياً: اهمية الاثبات.....29
ثالثاً: الطبيعة القانونية لقواع الاثبات.....30
رابعاً: محل الاثبات.....30
خامساً: التقسيمات الفقهية لأدلة الاثبات.....31

الفرع الثاني : قواعد الشهر.....33
أولاً: تعريف الشهر.....33
ثانياً: خصائص الشهر العقاري.....35
ثالثاً: صور نظام الشهر العقاري.....35
رابعاً: احكام الشهر العقاري.....37
خامساً : اجراءات الشهر.....39
الفرع الثالث: الاجراءات الادارية والجبائية.....39
أولاً: اجراءات الترخص المسبق.....40
ثانياً: اجراء الترخيص الاجباري.....41
خلاصة الفصل الاول.....42
الفصل الثاني : اثار الشكلية غي العقد.....45
المبحث الاول : حجية الشكلية (الرسمية ، العرفية، الالكترونية).....46
المطلب الاول : حجية الشكل الرسمي ووسائل اثباته 47
الفرع الاول : حجية الشكل الرسمي.....47
أولا :حجية المحرر الرسمي من حيث الاشخاص ومن حيث المضمون.....47
ثانياً: بالنسبة للصورة من حيث التنفيذ.....48
الفرع الثاني: وسائل دحض الشكل الرسمي.....49
أولا: الطعن عن طريق البطلان.....49
ثالثاً: الطعن عن طريق التزوير.....50

المطلب الثاني : حجية الشكل العرفي والالكتروني.....51
الفرع الاول : حجية الشكل العرفي.....51
أولا: حجية المحرر العرفي من حيث المضمون.....51
ثانياً: حجية المحرر العرفي من حيث التاريخ.....53
الفرع الثاني : حجية المحرر الالكتروني.....57
أولا: مبدأ التعامل الوظيفي ما بين المحررات في شكلها التقليدي والحديث.....57
ثانياً: حجية أصل المحرر الالكتروني وصوره 59
المبحث الثاني : جزاء تخلف الشكلية في العقد.....62
المطلب الاول: بطلان العقد.....63
الفرع الاول : مفهوم البطلان وانواعه.....63
أولاً: تعريف البطلان.....63
ثانياً: أنواع البطلان.....65
الفرع الثاني : تقرير البطلان.....68
أولا: الاطراف التي لها حق التمسك بالبطلان.....68
ثانياً: سقوط الحق في التمسك بالبطلان.....69
المطلب الثاني : اثار بطلان العقد.....72
الفرع الاول : الاثار الاصلية للبطلان العقد.....72
أولا: بالنسبة للمتعاقدين 72
ثانياً: بالنسبة للغير.....73

الفرع الثاني : الاثار العرضية للبطلان العقد.....75

أولا: تحويل العقد.....75

ثانياً: انتقاص العقد.....78

خلاصة الفصل الثاني.....79

الخاتمة.....81

قائمة المصادر والمراجع.....83

قائمة المحتويات.....91

ملخص

ملخص :

يعد الشكل من الموضوعات التي تحظى بأهمية كبيرة في الدراسات القانونية التي تضع نصب اهتمامها الدراسة في نظرية الالتزام بشكل عام و العقد بشكل خاص ،كون الشكل في العقد هو الركن الرابع فيه الى جانب اركانه الاخرى المتمثلة في التراضي و المحل و السبب بعدما فرض المشرع الشكل على بعض العقود . فالشكل هو اسلوب محدد للتعبير عن الارادة و بمثابة القالب التي تنصب فيه لتكون بهيئتها الخاصة التي فرضها القانون، و هدفت هذه الدراسة الى معرفة مدى تأثير الشكلية على صحة العقد في التشريع الجزائري التي وضعها المشرع للحماية و ضمان استقرار المعاملات فقد نظمها و احاطها بجملة من القيود و الاجراءات القانونية و ذلك في افراغها في شكل رسمي تحت طائلة البطلان و تتمثل اهمية الموضوع في بيان حجية الشكلية في العقود .

الكلمات المفتاحية: الشكلية، العقد ،الكتابة العرفية ،الكتابة الالكترونية ،البطلان.

SOMMARY:

Role after the form is one of the topics of great importance in legal studies that focus their attention on the study in theory commitment in general and the contract in particular , since the form in the contract is the fourth pillar in it along with its other pillars .of consent the place and the reason after the legislator imposed figure on some contracts , the form is a specific method form expressing the will and serves as the template in which it is set up to be its own death imposed by the law and legal procedures in emptying it in an official form under penalty of nullity the inportanoe of the topic is to indicate the authoritative formality in the contracts.