

انعقاد عقد البيع العقاري و إثباته في ضوء التشريع الوطني والمقارن

بقلم الدكتور/ بوكعبان عكاشة

/كلية العلوم الإقتصادية و التجارية و علوم التسيير

جامعة الجيلالي اليابس/ سيدي بلعباس

مقدمة

تابنت مواقف التشريعات الحديثة بخصوص موضوع انعقاد عقد بيع العقار وإثباته، وذلك رغم أخذها برضائية عقد البيع كأصل عام فمنها من تركت قدرا من الحرية لإرادات الأطراف وتطلبت الكتابة عموما رسمية كانت أم عرفية لانعقاد العقد المتضمن نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية، وهذا هو اتجاه المشرعين الفرنسي والمصري¹، ومنها من اقتصر على مجرد الكتابة ثابتة التاريخ كما فعل المشرع المغربي، ومنها من تعدى ذلك وألغى كل دور لإرادة الأفراد بشأن عقد بيع العقار وإثباته و اشترط الكتابة الرسمية تحت طائلة بطلان العقد بطلانا مطلقا وهذا موقف المشرع الوطني.

وقبل الخوض في تفصيل موضوع انعقاد عقد بيع العقار وإثباته في التشريع الوطني ارتأينا أن نمهد له بدراسة و جيزة لطبيعة هذا العقد في التشريع المغربي لنكشف عن أهم أوجه القصور التي شابت النصوص القانونية حيث تمت صياغة معظمها في ظل دستوري 1963 و 1976 دوي التوجه الاشتراكي المنهار القائم على تمجيد حق الملكية العامة وتشديد رقابة الدولة على كافة أوجه النشاط الاقتصادي.

المبحث الأول: انعقاد عقد بيع العقار و إثباته في ظل التشريع المغربي.

نظم المشرع المغربي موضوع الكتابة في عقد بيع العقار بموجب المادة 489 من قانون الالتزامات و العقود، فضلا عن بعض النصوص الخاصة و منها المادتين 66 و 67 من ظهير 12 أوت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري، حيث نص في المادة 489 أعلاه على انه: "إذا كان المبيع عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا وجب أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، و لا يكون له اثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون".

وهو نص اختلف بشأنه اجتهادات الفقه و القضاء في استكشاف نية المشرع من خلال عباراته بين متمسك برضائية عقد بيع العقار إعمالا للقواعد العامة في قانون الالتزامات و العقود و لمبدأ سلطان الإرادة و بين قائل بشكلية عقد بيع العقار تطبيقا لفكرة النظام العام و الآداب².

المطلب الأول: عقد بيع العقار هو عقد رضائي³.

نادى أنصار هذا الاتجاه كما تقدم برضائية عقد بيع العقار تأسيسا على أنه لا يمكن تأويل نص المادة 489 من قانون الالتزامات و العقود بمعزل عن سابقه وهو نص المادة 488 من ذات القانون الذي ينص على أنه: "يكون البيع تاما بمجرد تراضي عاقيه، أحدهما بالبيع والأخر بالشراء وبإتفاقهما على المبيع والتمن وشروط العقد الأخرى"، ووضح من عبارات النص هذا أنه جاء ليكرس أهم ميزة من ميزات عقد البيع و هي ميزة الرضائية التي تعتبر إحدى أهم نتائج مبدأ سلطان الإرادة السائد في التشريعات الحديثة، ثم أن نص المادة 489 الذي زعم البعض أنه جاء ليجعل من عقد بيع العقار عقدا شكليا، وإن كان قد أوجب الكتابة في هذا العقد فهو لم يرتب لا صراحة ولا ضمنا أي جزاء على تخلفها و بالخصوص جزاء البطلان الذي يترتب بداهة عن تخلف الكتابة المعتبرة كركن من أركان العقد.

وبخصوص موضوع إثبات عقد بيع العقار، فإنه يمكن إثباته أثناء سريان الدعوى من إقرار الخصم الذي يعترف بحصول البيع ولكنه ينازع في عدم الاتفاق على شروط البيع الأخرى والتي يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات، ذلك أنه إذا كان مقتضى المادة 443 من قانون الالتزامات و العقود⁴ أن الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهى الالتزامات أو الحقوق التي تتجاوز قيمتها 250درهما لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود ومعلوم أن الاجتهاد القضائي ثابت في أن مقتضيات هذا النص ليست من النظام العام، وهو نفسه موقف القضاء الفرنسي الذي يقضي بصحة الاتفاقات الخاصة بطرق الإثبات و ذلك لعدم اتصال قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام برغم أنها تتعلق بمصلحة عامة⁵.

ذلك أن الإثبات إنما يتناول حقوقاً خاصة و إذا كان للخصم أن يتنازل عن حقه فله من باب أولى أن يتفق مع خصمه على طريقة إثبات هذا الحق، كما أن التمسك برضائية عقد البيع يساعد بلا شك على تلافي التناقض الذي يحصل من تطبيق نص المادة 489 من قانون الالتزامات والعقود والمادة 551 من القانون الجنائي التي تقضي بأنه: "من تسلم مقدماً مبالغ من أجل تنفيذ عقد ثم رفض تنفيذ هذا العقد أو رد تلك المبالغ دون عذر مشروع يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وغرامة من مائة وعشرون درهم إلى مائتين وخمسين درهماً" وهو ما حكمت به محكمة استئناف مراكش في قرار لها مؤرخ في 1988/07/28 في الملف الجنحي عدد 366/88⁶

ويبدو واضحاً أن هذا الاتجاه هو الأقرب إلى الصواب تطابقاً مع عبارات نص المادة 489 من قانون الالتزامات والعقود والذي لم يتضمن على الإطلاق ما يجعل عقد بيع العقار عقداً شكلياً، وهو ما أشار إليه المجلس الأعلى صراحة وفي قراره الصادر بتاريخ 1986/04/02 في الملف المدني رقم 4172⁷، بقوله: "حيث يعيب الطاعن على القرار خرق مقتضيات الفصول 418 و488 و489 من ظهير العقود والالتزامات ذلك أن القرار المذكور ذهب إلى أن وثيقة البيع التي بنيت عليها الدعوى تنسجم مع أحكام الفصل 418 من الظهير المذكور، في حين أن البيع يتم بين البائع والمشتري بمجرد إقتران الإيجاب والقبول أي مجرد توافق إرادتهما على هذا التصرف بجميع شروطه وأركانه. والقانون لا يلزم بإبرامه وفقاً لشكل معين إلا إذا يراد به مواجهة الغير، والحكمة عندما اشترطت أن يكون البيع محرراً في وثيقة رسمية تكون قد خرقت صراحة مقتضيات الفصل 488 من ظهير العقود والالتزامات التي تنص على أن البيع يتم بمجرد توافق إرادة طرفيه أحدهما بالبيع والأخرى بالشراء وعلى المبيع والتمن وشروط العقد الآخر، كما أنه لا يترتب عن مخالفة الفصل 489 من الظهير المذكور إبطال البيع بين البائع والمشتري، وإنما يترتب عنه فقط عدم مواجهة الغير الأجنبي عن العقد بالبيع والذي يمكنه وحده التمسك بمقتضيات الفصل المذكور وبعدم الاحتجاج عليه بالبيع المبرم بين المتعاقدين، إذا لم يرد في محرراً ثابت التاريخ وبذلك يكون القرار المطعون فيه قد أساء فهم النصوص الأنفة الذكر و طبقها تطبيقاً غير صائب".

المطلب الثاني: عقد بيع العقار هو عقد شكلي .

يرى أنصار هذا الاتجاه بزعماء أ/ محمد الكشور⁸، بأن نص الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود قد جاء ليجعل من عقد بيع العقار عقدا شكليا لا يكفي لانعقاده مجرد اتفاق طرفيه على المسائل الأساسية فيه، وإنما يلزم فضلا عن ذلك إعداد محرر ثابت التاريخ يمكن من خلاله إشهار العقد حتى يكون حجة على الغير، وهو ما عبر عنه بقوله: "إن مقتضيات هذا الفصل صريحة في أن البيوع المنصبة على حق عيني عقاري يجب أن تصب في محرر، وأن هذا المحرر يجب

أن يكون ثابت التاريخ، وأخيرا يجب أن يسجل هذا البيع بالشكل الذي حدده القانون و إلا انعدم له كل اثر في مواجهة الغير"⁹

وتأكيدا لهذا الاتجاه استدلت أنصارها¹⁰ بقرار للمجلس الأعلى المغربي مؤرخ في 14 ديسمبر 1978 ورد فيه: "أن نص الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود على أن بيع العقار يجب أن يكون كتابة في محرر ثابت التاريخ وحيث أن المحكمة حين لم تطبق مقتضيات الفصل المذكور فإن حكمها يكون ناقص التعليل وبالتالي معرضا للنقض" فالشكالية وفقا لما يذهب إليه د. أبو جعفر المنصوري مطلوبة عند إجراء البيع العقاري لتثبيت الحقوق العقارية أو كل ما يمكن رهنه رهنا رسميا، وأن تجري ذلك كتابة في وثيقة مكتوبة ثابتة التاريخ وهذا الإجراء يعد في الحقيقة قيدا شكليا على مبدأ الرضائية، و بالتالي على حرية التعاقد، وهذا العقد الشكلي أي الواجب الكتابة، أضاف إليه الفصلان 66 و 67 من ظهير التحفيظ العقاري قيدا آخر، هو تقييد المبيع في السجل العقاري، إذا تعلق الأمر بعقار محفظ، وبذلك فإن عدم مراعاة هذه الشكليات يجعل الاتفاق باطلا، لأنها تعتبر شكلية انعقاد لا شكلية إثبات وأن أي تصرف من هذا القبيل دون أن يتم تسجيله، لا يترتب عليه أي أثر اتجاه العاقدين أو الغير، و يبدو إن هذه القواعد تتناقض مع قواعد الآداب العامة، لأن العقد يكون سليما مستجمعا لأركانه و شروط صحته، ومع ذلك لا يترتب عليه أي أثر، بسبب عدم مراعاة الشكالية المطلوبة فيه قانونا، وهو ما ذهب إليه المجلس الأعلى دائما في قرار له مؤرخ في 12 جوان 1968 بقوله: "إن امتناع البائع عن إتخاذ

الإجراءات الضرورية لتقييد حق غير محفظ في الرسم العقاري يكون إخلالا بالالتزام بضمان نقل الحق المبيع، ويوجب على المحاكم

أن تجبر البائع على القيام بما التزم به سواء على اثر دعوى أصلية أقامها المشتري على البائع أو على إثر طلب المشتري إدخال البائع في الدعوى بصفته ضامنا¹¹

و يضيف إلى ما تقدم قوله : "وبذلك يمكننا القول بأن المشرع عندما تدخل بواسطة هذه القواعد الشكلية، إنما كان ذلك لإعطاء العقد المزيد من الفعالية و لتسهيل تنفيذه ، وذلك من خلال تسجيله وفق إجراءات نص عليها المشرع وإلا اصطدم بالنظام العام، وكل هذا يوفر الحماية و يضمن الاستقرار في التعامل بين الأفراد ."

و يبدو واضحا من عرض هذا الاتجاه ، مدى نسبية و محدودية البراهين التي ارتكز عليها للقول بشكلية عقد بيع العقار، حيث عمد في سياق ذلك إلى تحميل نصوص التشريع أكثر مما تحتمل إذ نجده تارة يرتب جزاء البطلان لتخلف الكتابة وذلك بالمخالفة تماما لمضمون نص المادة 489 من قانون الالتزامات والعقود والذي لم يشر إلى البطلان من أساسه، وبالمخالفة أيضا لقرارات القضاء التي قضت بإجبار البائع على إتمام ما التزم به بموجب عقد البيع في مواجهة المشتري وإلا كان مخلا بالتزامه بنقل الحق المبيع، ونجده تارة أخرى يرتب جزاء عدم الإحتجاج بالقييد في مواجهة الغير، رغم أن الظاهر من عبارات نص المادة 489 أعلاه، هو انه اشترط الكتابة ثابتة التاريخ في عقد بيع العقار كإجراء فقط يهدف لإشهار العقد في الحافظة العقارية وليس لان تكون ركنا من أركانه يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد كما زعم أنصار هذا الاتجاه.

المبحث الثاني: انعقاد عقد بيع العقار و إثباته في ظل التشريع الوطني.

يتميز التشريع الوطني عن باقي التشريعات الحديثة بأحكام قانونية خاصة تتجه إلى التوسع في دائرة النظام العام و ذلك على حساب مبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم في شق منه على مبدأ أساسي تجمع عليه كافة الشرائع القانونية الحديثة ألا وهو مبدأ الرضائية. والذي يقر للأفراد حرية إختيار الشكل الذي يرونه ملائماً لهم في التعبير عن إرادتهم .

المطلب الأول : إنعقاد عقد البيع و إثباته في ظل النظرية العامة للعقد.

تنص المادة 351 من القانون المدني على أن "البيع عقد يلتزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي".

يستخلص من استقراء المادة هذه ، أن البيع عقد رضائي لا يحتاج في انعقاده إلى أي إجراء شكلي يلابسه، بمعنى أنه يتم بمجرد تبادل طرفيه التعبير عن إرادتهما المتطابقتين بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع كطبيعة العقد المراد إبرامه وعلى المبيع والثمن أي كانت طريقة هذا التبادل كتابة كانت أو مشافهة أو إشارة ، شأن البيع في ذلك شأن كل عقد من عقود التراضي¹².

ورضائية عقد البيع على هذا النحو ترجع إلى عهد القانون الروماني، حيث كان عقد البيع على رأس العقود الرضائية، فلم يكن يتطلب في انعقاده شكلا معينا، على أنه قد ينص القانون في حالات استثنائية على شكل معين في بعض البيوع كبيع السفينة¹³، بيع براءات الاختراع والعلامات التجارية، إلا أن ذلك يجب أن يحمل محمل الاستثناء من الأصل وهو رضائية عقد البيع و سواء تناول منقولا أم عقارا .

وإذا كانت هذه هي القواعد العامة في شكل عقد البيع وطبيعته الرضائية فإلى أي حد استقرت نصوص التشريع ومن ورائها أحكام القضاء في التقيد بما فيما يتعلق بعقد البيع العقاري؟

المطلب الثاني : تحليل فكرة الشكل الرسمي لعقد البيع العقاري في ظل المبادئ

الدستورية الجديدة.

بمقتضى القانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 أدخل المشرع الجزائري في القانون المدني و تحت رقم 324 مكرر 01، المادة 12 من الأمر رقم 70-91 الملغى بمقتضى القانون رقم 88-27 والمعدل والمتمم بالقانون رقم 06/02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق والتي نصت على أنه:"زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو

مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد، كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، و تودع الأموال الناجمة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي الخحر للعقد".

مفاد ما تقدم، أن ترسانة العقود التي ورد تعدادها في المادة 324 مكرر 1 أعلاه، قد أصبحت منذ ذلك التاريخ عقود شكلية لا تقوم لها قائمة ولا تثبت إلا إذا توافر فيها ركن الشكل و المتمثل في الكتابة الرسمية على يد الموثق.

ومما نود الوقوف عنده في هذا المقام، هو الشكلية لانعقاد عقد البيع العقاري لأهميته في الحياة الاقتصادية لدى المجتمع الجزائري، ولما ورد في شأنه من تطبيقات قضائية متضاربة، فبين مفهوم ركن الشكل جزاء تخلفه وفقا لنص المادة أعلاه ثم بيان مدى مطابقة هذا النص للمبادئ الدستورية الحديثة، وما يجب أن يكون عليه عقد البيع العقاري في ظل التحولات الاقتصادية والاجتماعية.

فكما هو معلوم، فإن القاعدة العامة في معاملات الأفراد هي حرية إرادتهم في إبرام عقودهم واتفاقهم حسب الشكل الذي يرونه ملائما لهم، احتراماً و تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة¹⁴ وهذا إلى درجة أصبحت فيها العقود الرضائية هي القاعدة العامة لدى جل التشريعات الحديثة، و غيرها هو الاستثناء، حيث يضطر المشرع إلى تقييد تلك الإرادات بوسائل فنية معينة فلا تكون حرة في اختيار الأسلوب و الوسيلة لإبرام بعض العقود.

و عليه تكون هناك شكلية عندما يطلب القانون من الأفراد المتعاقدين إتباع إجراءات مرسومة سلفاً، و التي يرتب إغفالها أثراً جزئياً أو كلياً على العقد، ولم تكن الشكلية في ظل القانون المدني الفرنسي الموروث عن العهد الاستعماري، تشترط في بيع العقار وكافة العقود الأخرى الناقلة للملكية العقارات، فكان الأطراف أحراراً في تحرير عقودهم في أي شكل، فكان البيع سواء ورد على منقول أو على عقار يعتبر تاماً و صحيحاً حتى ولو لم يحرر في ورقة رسمية أو عرفية¹⁵ وقد يكون العقد شكلياً بحكم الاتفاق لا القانون، هذا إذا تبين أن قصد العاقلين قد انصرف إلى اشتراط الكتابة لانعقاد، أما إذا ثار شك حول ذلك، وجب أن تؤخذ الكتابة كشرط للإثبات لا لانعقاد تأسيساً على أن الأصل في العقود أن تكون رضائية¹⁶

غير أنه بعد صدور القانون المدني لسنة 1975 ، نحي المشرع الجزائري المتأثر بالفكر الاشتراكي آنذاك منحى مغاير تماما لما هو وارد أعلاه، إذ بخصوص جزاء تخلف الشكل الرسمي في التصرفات العقارية، فإن نص المادة 12 من الأمر رقم 70-91 و بعدها المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني جاء صريح في أنه يترتب على تخلف الشكل الرسمي بطلان العقد، مما يدل دلالة قاطعة على أن الشكالية ليست للإثبات وإنما للانعقاد ، وحتى وإن لم توضح المادة محل الدراسة طبيعة هذا البطلان فإن المستشف من صياغتها أن المراد بالبطلان إنما هو البطلان المطلق ذلك أنه لو تعلق الأمر بالبطلان النسبي لبيّن المشرع لمصلحة من تقرر؟ كما فعل مثلا بالنسبة لبيع ملك الغير، حيث قرر بطلانه لمصلحة المشتري الذي يملك وحده الحق في التمسك به¹⁷.

وعليه فإن بطلان عقد بيع العقار بمفهوم المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني هو بطلان مطلق يتقرر لكل ذي مصلحة، أي لكل من له حق يتأثر بوجود العقد أو بزماله ، وينبغي على ذلك انه يحق لكل من البائع والمشتري ان يتمسك بهذا النوع من البطلان ، و يثبت ذات الحق لخلفهما العام والخاص على السواء، وهو لا يقبل الإجازة و يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، وإن اقتضى الأمر استصدار حكم فإن ذلك يكشف عن البطلان ولا يقرره، وفي هذا الصدد نصت المادة 102 من القانون المدني على انه : " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة".

وما قيل في عقد بيع العقار من أحكام خاصة بالبطلان، يقال أيضا في الوعد ببيعه¹⁸ وفي الوكالة فيه¹⁹، بحيث أن جزاء تخلف الشكل الرسمي في كل منهما هو البطلان المطلق، هذا وإذا كنا قد سلمنا ، بأن العقود الرضائية أصبحت اليوم هي الغالبة في جل التشريعات الحديثة، فإن الملاحظ على المشرع الجزائري هنا ،مدى تخلفه عن مثل هذا الركب، وهو ما يظهر من خلال افراطه في تعداد قائمة العقود الشكالية، حيث عمد و بعد إهداره لكل حجة لعقد البيع كعقد رضائي و ناقل للملكية بذاته — إلى أن يجعل من كافة التصرفات التي ارتأى أنها تلعب دورا حاسما في الحياة الاقتصادية تصرفات شكالية، كالتصرفات المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية أو محلات تجارية أو زراعية، وكذا العقود المنشئة

و المعدلة للشركة التجارية، وذلك بهدف تمكين المجتمع الاشتراكي، من مباشرة سلطته الرقابية القبلية و البعدية، على تصرفات الأفراد تلك ومن ثم تطبيق الطاقة والجهود القانوني للأفراد في قناة تصب في بحر المصلحة العامة على حد زعم أنصار الشكلية²⁰ و لتمكين الخزينة العامة من تحقيق إيرادات مالية معتبرة ، سواء عند توثيق العقد أو تسجيله بمصلحة التسجيل و الطابع أو شهره بالمحافظة العقارية .

وعموما فإذا كان هناك من مبرر، لمثل نص المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني في ظل تبني المشرع الجزائري للنهج الاشتراكي ، فان قاعدة الشكلية بمفهوم المادة ذاتها ، لم تؤدي إلا إلى إنتاج عكسية بعد فتح المشرع الباب على مصراعيه أمام نظام اقتصاد السوق ، القائم على تشجيع الاستثمار و فتح المجال أكثر أمام الرأسمال الخاص على أساس المنافسة الحرة، حيث اضطر المتعاملون و أمام صرامة نصوص المواد 324 مكرر 01 من القانون المدني، 256 من قانون التسجيل و 15 و 16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري إلى اللجوء و بشكل مكثف إلى إبرام العقود العرفية بشأن المعاملات العقارية وبالتالي تجنب كل تصرف رسمي يتطلب دفع كل تلك الضرائب والرسوم الباهضة .

السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام ، هو لماذا تدخل المشرع و بعد نحو ثلاثين سنة من سن المادة 12 من الأمر 70-91 الملغى ، و بعدها المادة 256 من الأمر رقم 76-105 لإعادة النظر في نسبة ثمن البيع الواجب إيداعها بيد الموثق وخفضها إلى الخمس بدل كامل الثمن ثم رفعها مرة أخرى الى النصف بموجب المادة 11 من قانون المالية لسنة 2010.

الظاهر أن الإجابة التي ليس لدارس أو ممارس في حقل القانون إنكارها ، أن دواعي مثل هذا التعديل إنما هي متسلسلة من صرامة وعدم واقعية النصوص النازمة لموضوع إثبات ونقل الملكية العقارية من جهة ، وتلك المتعلقة بالحماية العقارية من جهة أخرى ، حيث عمد المشرع إلى الإفراط في تعداد نسب الضرائب والرسوم المكلفة في الغالب ، والمفروضة على التصرفات المتضمنة حقوق عينية عقارية وغيرها من التصرفات التي ورد تعدادها في المادة 324 مكرر 01 أنفة الذكر، من توثيق وتسجيل وإشهار ورسوم طوابع جبائية، ضريبة فائض القيمة المضافة وغيرها²¹ ، و هو الأمر الذي فرض على المتعاملين، اما تجنب كل

تصرف رسمي يتطلب دفع تلك الأثمان من الضرائب و الرسوم، ومن ثم اللجوء وبشكل مكثف إلى العقود العرفية باعتبارها الوسيلة المفضلة، لما تتميز به من سهولة وسرعة في الإعداد، والنقص في التكاليف والأعباء و إما إلى تعمد التصريح بمبالغ بخسة أو غير حقيقة أمام الموثق فيما يرمونه من عقود تتضمن حقوقا عينية عقارية، هذا الى درجة جعلت الكل يجمع على أن ما لا يقل عن نسبة 90% من المعاملات العقارية لا يصرح بحقيقة حجمها أي الثمن الحقيقي أو الرأسمال الحقيقي لها ²² .

على أن تدخل المشرع الجزائري لتخفيض نسبة ثمن البيع الواجب أدائها بيد الموثق إلى الخمس ، و بموجب المادة 23 من قانون المالية لسنة 1998 ثم إلى النصف بموجب المادة 11 من قانون المالية لسنة 2010، ما هو إلا سياسة ترقية محدودة و نسبية تقع عاجزة عن معالجة الظاهرة المذكورة أعلاه.

ومن ثم يكون من السديد أن يعيد المشرع من جديد دراسة الأسباب و العوامل أنفة الذكر دراسة علمية موضوعية مستمدة من جملة الحقائق السياسية ، الاقتصادية الاجتماعية وحتى الثقافية للمجتمع الجزائري، الذي نفى عن نفسه غبار النظام الاشتراكي المنهار ، ليتبنى نظام معايير تماما هو اقتصاد السوق، وبالتالي يكون من السديد أن يعطي المشرع الجزائري لعقد البيع طابعه الرضائي في جميع حالاته ، دونما تمييز بين ما هو منقول أو عقار ، كون ذلك هو الذي يتفق مع تطور مبدأ الشكالية إلى الرضائية و ليس العكس كما يتوهمه مشرعنا²³. ولا يتأتى ذلك إلا إذا راعى المشرع الأمور الآتية :

- ظروف الأطراف ومركز الخصوم ، ذلك أن المشتري هو المتضرر عادة في هذا النوع من التصرفات فهو الذي يطالب بالزام البائع بتصحيح العقد المبرم بينهما عرفيا ، في حين يطالب البائع في الغالب بإبطال العقد رغم أنه هو المتسبب في بطلانه ، كونه يرفض القيام بإجراءات التوثيق ، و إذا كان من حقه إن يتمسك بالبطلان هنا إعمالا لنص المادة 324 مكرر⁰¹ من القانون المدني، فإن تمسكه هذا إنما ينطوي على غش، ونحن نعلم أنه ليس من حق أحد الاحتجاج بغش صدر منه.

- مراعاة الظروف الاجتماعية والاقتصادية التي تعيشها البلاد ذلك أن الحاجة الملحة والماسة للسكن من جهة وكثرة الضرائب والرسوم المفروضة من جهة ثانية كثيرا ما تدفع

المتعاملين في المادة العقارية و أمام صرامة نصي المادتين 324 مكرر 01 من القانون المدني و256 من قانون التسجيل إلى الإقبال على إبرام العقود العرفية ، بشأن المعاملات العقارية - لما تتميز به من نقص في التكاليف، وكما أن هؤلاء و اذا لجأوا لمثل هذه العقود لا لشيء فقط لأنه يتعذر عليهم في الغالب الحصول على المستندات التي تثبت الملكية و التي هي ضرورية لاستيفاء إجراءات التوثيق ، و من ثم نقل الملكية و عليه فهل من محل في ظل هذه المعطيات لنص الفقرة الأولى من المادة 52 من دستور 23 فيفري لسنة 1989 المعدل سنة 2008 التي تنص على أن : " الملكية الخاصة مضمونه؟"

- مراعاة طبيعة النتائج السلبية التي جرت إليها قاعدة الشكلية بمفهوم المادة 324 مكرر 01 من القانون المدني ثم كامل البناء القانوني الذي تلاها ، لاسيما نصوص المواد 793 من ذات القانون و المادتين 15 و 16 من الأمر 75-74 و المادة 61 من مرسوم 76-63، فهذه نصوص صدرت في ظل تبني المشرع الجزائري للنهج الاشتراكي القائم على احكام رقابة الدولة على مثل تلك التصرفات، حيث أصبحت عملية نقل الملكية العقارية بمقتضى النصوص آنفة الذكر تخضع إلى صفتين من الرقابة، رقابة سابقة أو قبلية يباشرها الموثق بمناسبة تحرير السندات الرسمية، المتضمنة حقوقا عينية عقارية تنفيذا لنص المادة 18 من قانون التوثيق ، ثم رقابة لاحقة يباشرها المحافظ العقاري لدى شهره لتلك السندات ، إعمالا لنص الفقرة الثالثة من المادة 61 من مرسوم 76-63 ، هذا و أن المعطيات نفسها، جعلت من قضاة المحكمة العليا و طوال الفترة السابقة على تاريخ 18/02/1997 ، لا يقتنعون بتلك القيود الشديدة التي عمد المشرع الجزائري إلى فرضها على المعاملات العقارية ، حيث استقرت تلك الجهة في معظم قراراتها، على أن البيع العقاري يظل عقدا رضائيا يكفي لتمامه تطابق إرادتي البائع و المشتري على طبيعة العقد و المبيع و الثمن، أما الشكل الرسمي الذي أوجبه المادة 12 من الأمر الرقم 7-91 فلم يكن سوى شرط لإثبات العقد ونفاذه في حق الغير في حال المنازعة فيه أمام القضاء، وبالتالي فهو ليس إلا التزاما من الالتزامات التمهيدية لنقل الملكية بالمفهوم الذي جاءت به المادة 361 من القانون المدني .

وفي هذا الصدد، قضت المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 61796 مؤرخ في 19/11/1990 غير منشور²⁴ بقولها: "حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و

361 من القانون المدني ، وليس المادة 12 من الأمر رقم 70-91 المتضمن مهنة التوثيق غير القابلة للتطبيق في قضية الحال " و يوافق المحكمة العليا في هذا الرأي أستاذ زروق قدور في رسالته " الطبيعة القانونية للبيع العقاري"²⁵ حيث ذهب إلى أن الحكم الوارد في المادة 12 من الأمر 70-91 ، لا يجعل من البيع العقاري عقدا شكليا ، إذ هو يتعقد بمجرد تراضي الطرفين ولا يخضع هذا التراضي لأي إشكال خاص، و الشكل الرسمي المشترط فيه ليس إلا شرطا للإثبات على عكس الهبة التي اشترط الشكل الرسمي فيها للاعتقاد ، ذلك أن الهبة تصرف قانوني خطير بالنسبة للواهب باعتبارها تمليك بلا عوض فيه افتقار لزمة الواهب.

وحتى إذا سلمنا جدلا، بأن المشرع الجزائري قد جعل من الكتابة الرسمية في العقود المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حقوق عقارية، أحد الأركان الجوهرية التي لا تقوم للعقد في غيابها أية قائمة، لتكون بذلك إحدى مسائل النظام العام، فجدير بالذكر في هذا الصدد، أن دائرة النظام العام ذاتها تكون محل نظر في ظل مستجدات الساحة السياسية، الاقتصادية، الاجتماعية، وحتى الثقافية للمجتمع الجزائري ، فهي تضيق كلما تغلبت نزعة المذهب الفردي القائم على فتح باب المنافسة على أساس مبدأ العرض والطلب وعلى تحرير المبادرة الفردية، وحيث تضيق دائرة النظام العام يتسع معها طرديا مبدأ سلطان الإرادة و هذا هو الوضع الذي استقر عليه المشرع الجزائري و الذي كان مسلما به قبل تبني دستور 23 فيفري 1989 المعدل و المتمم لذلك يكون قد أن الأوان، كي يخفف المشرع الجزائري وأكثر من أي وقت مضى من صرامة النصوص القانونية النازمة لموضوع إثبات ونقل الملكية العقارية²⁶ خاصة ونحن نشهد في العشرية الأخيرة انتصارا كاسحا للمذهب الفردي تحت تأثير فكرة العولمة، وما تأثر القانون المضطرب بالعوامل المستجدة إلا اثرا واضحا لهذه النزعة الغالبة كالنص على الشركة ذات الشخص الوحيد في نصوص القانون التجاري و إلغاء حق البقاء في الأماكن المؤجرة حماية لحق الملكية الذي كرسه دستور 1989 المعدل و المتمم حتى صرح أن يسمى هذا العصر بعصر تغلغل الروح الليبرالية .

خاتمة:

صفوة القول فيما تقدم، أنه إذا كان من الممكن التسليم بنص المادة 324 مكرر 01 محل الدراسة هنا، ما تبعه من بناء قانوني، حيث عمد المشرع الجزائري المتبني للنظام الاقتصادي المسير إداريا والمميز بالسيطرة المطلقة للملكية العمومية على وسائل الإنتاج ، باعتبار الدولة هي المنتج والمستثمر والممول الرئيسي إن لم نقل الوحيد على مستوى جميع قطاعات النشاط الاقتصادي إلى أن يجعل من كافة التصرفات التي تلعب دورا حاسما في الحياة الاقتصادية تصرفات شكلية كذلك المتضمنة نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية عقارية أو محلات تجارية أو صناعية وغيرها، فإنه يتوجب على المشرع اليوم لاسيما بعد تبنيه لنظام اقتصاد السوق أن يعيد لتلك النصوص مرونتها التي تستحق بما يجعلها منسجمة مع النصوص الدستورية الجديدة و مع الفلسفة الاقتصادية القائمة على تحرير المبادرة الفردية و تشجيع الاستثمار في القطاع العقاري وطني كان أم أجنبي.

الموامش

1. يذهب الرأي الغالب في الفقه المصري إلى أن عقد البيع عموما هو من العقود الرضائية ، حيث يكفي لإبرامه مجرد التراضي بين طرفيه دون حاجة لإفراغ هذا التراضي في شكل معين، سواء كان محله منقولا أو عقارا و لا يخل بمده الميزة وجوب كتابة عقد البيع العقاري لإشهاره و الذي يتوقف عليه نقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري ، ذلك أن التسجيل إجراء لاحق لانعقاد العقد صحيحا و لا أثر له إن وقع على عقد باطل و إذا أنكر البائع البيع الصحيح و امتنع عن كتابة الخمر المثبت له حق للمشتري أن يستصدر حكم قضائي بصحة البيع و إشهاره بدلا من الخمر المكتوب .
و قد خرج المشرع المصري على قاعدة الرضائية في عقد البيع و أوجب أن يكون مكتوبا في حالة ما إذا كان الثمن هو إيراد مرتب مدى حياة البائع أو أي شخص آخر ، و هو ما نصت عليه المادة 743 مدني مصري بقولها : "العقد الذي يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا باطلا" لتفصيل أكثر انظر د. محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في عقد البيع ، دار النهضة العربية. بدون سنة طبع، ص. 07 و 08.
2. أنظر د. أبو جعفر عمر المنصوري، فكرة النظام العام و الأداب العامة في القانون و الفقه مع التطبيقات القضائية ، رسالة دكتوراه جامعة الحسن الثاني الدار البيضاء . 2003. ص. 358.
3. انظر ، د. عبد الرحمن بلعيد، وثيقة البيع بين النظر و العمل ، تعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 افريل 1989 و المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 38، ص. 52

4. و يقابل نص المادة 443 في التشريع المغربي ، المادة 333 م ج ، المادة 60 قانون إثبات مصري و المادة 1341 مديني فرنسي

5. أنظر د. إدريس العلوي العبدلاوي، وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء، طبعة 1990 ، ص 51.

6. قرار مشار إليه عند أ. نور الدين الجزولي. عقد بيع العقار المحفظ بين الشكلية و الرضائية في التشريع المغربي، مقال منشور على شبكة الإنترنت [http://3d police .maktoobblog.com](http://3d.police.maktoobblog.com)

7. أنظر أ. نور الدين الجزولي ، المقال السابق ، ص 04.

8. أنظر د. محمد الكيشور ، بيع العقار بين الرضائية و الشكل دراسة في أحكام الفقه الإسلامي و في القانون الوضعي ، و في مواقف القضاء ، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، الطبعة الأولى 1997، ص 57 و ما يليها أشار إليه د. أبو جعفر المنصوري، الرسالة السابقة، 360.

9. تقضي المادة 66 من ظهير 12 أوت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري بأن : " كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتسجيله و ابتداء من يوم التسجيل في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية " بينما تنص المادة 67 الموالية من ذات القانون على ان " الأفعال الإرادية و الاتفاقات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيني أو نقله إلى الغير أو الاعتراف ب هاو تغيره أو استنباطه لا تنتج إلى اثر و او بين الأطراف إلا من تاريخ التسجيل ".

10. قرار المجلس الأعلى ، الغرفة الاجتماعية ، صادر بتاريخ 14 ديسمبر 1978 ، مجلة اخامة العدد 17، ص 115 و ما يليها ، أشار إليه د. أبو جعفر المنصوري ، الرسالة السابقة ، هامش ص 356.

11. أنظر ، د أبو جعفر عمر المنصوري ، الرسالة السابقة ، ص 358.

12. أنظر د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الرابع ، دار احياء التراث العربي بيروت طبعة 1952، ص 56 51.

13. تنص المادة 149 من الأمر رقم 76-80 المتضمن من القانون البحري الجزائري المؤرخ في 29/10/1976 ، جريدة رسمية ، عدد 29 صادر بتاريخ 10/0/1977. المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05/98 الصادر في 25 /07/ 1998 ، جريدة رسمية عدد 47 على أن : " العقود المنشئة أو الناقلة أو المسقطة لحق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى المترتبة على السفن أو بيعها يجب أنت تثبت تحت طائلة البطلان ، يسند رسمي صادر عن الموثق ".

14. نصت المادة 59 من القانون المدني على أنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية

15. الظاهر أن هذا هو الرأي الراجح و السديد و الأكثر مطابقة لتوجه المشرع الوطني نحو نظام لتقتصاد السوق، و هو ذاته الحكم لدى المشرعين المصري و المغربي فهما لا يشترطان في عقد بيع العقار أي

- شكل خاص و انما يترك الحرية للأطراف في تحرير العقد في شكل رسمي أو عرفي حسب ما يرونه ملائما لهم باستثناء حالتي هبة العقار و الرهن الرسمي.
16. أنظر د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار احياء التراث العربي بيروت، طبعة 1952، ص 151
17. نصت المادة 397 فقرة 01 من القانون المدني على أنه : " إذا باع شخص شيئا معيناً بالذات و هو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك و لو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه".
18. أنظر، المادة 572 من القانون المدني .
19. أنظر، عبد العزيز نوري، الشكالية و أثرها على التعاقد في القانون المدني الجزائري و التطبيق القضائي لها، مجلة الشرطة، عدد 18 جويلية 1982، ص 21
20. انظر، عبد القادر دحمان صبايحية، مهنة التوثيق بين ارث الماضي و التطلع إلى المستقبل، مجلة الموثق، عدد 01، 2001، ص 43.
21. انظر، علاوة بوتغرار، استعمال حق الشفعة لصالح الخزينة العامة، مجلة الموثق — عدد 04، 1998، ص 21.
22. نظر، د. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1994 ص 32.
23. أنظر، حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، دار هومة، طبعة 2002، ص 315.
24. انظر، ب. موالك، المادة 324 مكرر 1 و أثرها على عقد البيع العقاري المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية و السياسية، عدد 04، 1993، ص 843.
25. هذا و قد تطور مبدأ سلطان الإرادة و بلغ أوجهه، بحيث أصبح معناه أن الإرادة تستطيع أن تعقد ما تناء من تصرفات في حدود القيود التي يفرضها الشرع من اجل العدالة و من القيود التي وردت على المبدأ في شقه توثيق العقد و تسجيله و شهره على أن يتم ذلك في الإطار الغني و المعقول و في شقه الموضوعي قيد النظام العام و الآداب لتفصيل أكثر، أنظر، د. أبو جعفر عمر المنصوري، الرسالة السابقة، ص 45.

