

الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري.

د/ريم مراحي،

أستاذة محاضرة قسم -ب-،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة العربي التبسي تبسة،

sonymerahi@yahoo.com

الملخص:

العقد الشكلي يلزم لانعقاده إلى جانب ركن التراضي شكل خاص ينبغي أن يفرغ فيه هذا التراضي، والشكلية تهدف إلى تنبيه المتعاقد إلى خطورة التصرف، يتميز عقد بيع العقار بأنه عقد شكلي، يكون البطلان هو الجزء القانوني على تخلف ركن من أركان العقد، ويترتب عليه انعدام أثر العقد سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير.

الكلمات الدالة: العقد الشكلي، ركن التراضي، عقد بيع، المتعاقد، أركان العقد.

Formality in the Sale of Real Estate in Algerian Legislation.

Abstract :

It is necessary for the formal contract to hold the conciliatory part in addition to a special form in which this conciliation should be completed. Formality aims to alert the contractor to the action step. The contract of sale of the property is a formal contract and the invalidity is the legal penalty for the failure of one of the pillars of the contract and the consequent lack of impact of the contract, both for the contractors or for others.

Keywords: formal contract, the conciliatory part, contract of sale, the contractor, impact of the contract.

مقدمة:

ينشأ التصرف القانوني بواسطة التعبير عن الإرادة، إلا أن الرغبة في إجراء تصرف قانوني معين لا تكفي وحدها لإنشاء هذا التصرف، ويتخذ التعبير عن الإرادة عدة صور كالكتابة واللفظ والإشارة ويكون للفرد اختيار الصورة التي يعبر بها عن إرادته، وهو ما يطلق عليه بالرضائية، أي أن الرضا وحده كاف لإنشاء التصرف القانوني.

إلا أن حرية الأفراد في التعبير عن إرادتهم هذه قد قيدها القانون بوجوب اتخاذها شكلا معيناً كالكتابة، حيث لا يمكنها أن تنتج أثراً قانوناً بدون مراعاة هذا الشكل، وهو ما يسمى بشكلية التصرف، أي أن التصرف في هذه الحالة يجب أن يفرغ في الشكل المحدد في القانون وإلا كان باطلاً غير منتج لآثاره.

فعقد بيع العقار في القانون الجزائري عقد شكلي لا يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين، البائع والمشتري، بل يجب أن يصدر التراضي في الشكل الذي يعينه القانون.

إن هذا الموضوع يدعو إلى التساؤل حول: ما يترتب على تخلف الشكلية في بيع العقار؟ وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا معالجة الموضوع من خلال المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: الأركان العامة في البيع العقاري،

المبحث الثاني: الرسمية في البيع العقاري.

المبحث الأول: الأركان العامة في البيع العقاري

يعد البيع في الأصل من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد حصول التراضي بين البائع والمشتري، وطبقاً للقواعد العامة فإن أركان العقد ثلاثة هي التراضي والمحل والسبب. وسنتطرق لذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: التراضي

يتوقف وجود التراضي على مطابقة القبول للإيجاب في المسائل الجوهرية التي تفاوض عليها الطرفان وتشمل المسائل الجوهرية في عقد البيع: طبيعة العقد، المبيع والثمن.¹ فالتراضي لا يكون صحيحاً إلا إذا كان صادراً من شخص ذي أهلية ولم تتعرض إرادة أحد المتعاقدين لأي عيب من عيوب الإرادة. وسنتطرق لذلك كما يلي:

الفرع الأول: وجود التراضي

لا ينعقد عقد البيع العقاري لا ينعقد عقد البيع العقاري لا بتطابق إرادتي البائع والمشتري تطابقاً تاماً، ويستوي في ذلك أن يصدر الإيجاب من البائع أو المشتري، وهذا طبقاً لنص المادة 59 من القانون المدني بقولها: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ويكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو الإشارة أو الكتابة، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه، ويمكن أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً ما لم

يوجد نص قانوني أو اتفاق بين الطرفين يقضي أن يكون صريحا. كما ينبغي الاتفاق على العناصر الجوهرية للبيع، وهي طبيعة العقد المبيع والتمن.

ويجب الاتفاق أيضا على الشيء المبيع أي محل عقد البيع ويكون ذلك إذا اتجهت إرادة البائع والمشتري إلى العقار المراد بيعه دون غيره كما يجب الاتفاق على ثمن المبيع، إذ يتعين على الأطراف التفاهم حول ثمن العقار موضوع العقد.²

الفرع الثاني: صحة التراضي

حتى يكون التراضي صحيحا يجب أن يتمتع طرفاه بالأهلية وأن تكون إرادة كل واحد منها سليمة من كل العيوب التي قد تشوبها كالغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال.

01. الأهلية

الأهلية نوعان أهلية وجوب وأهلية أداء، ويقصد بأهلية الوجوب صلاحية الفرد لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات.

أما أهلية الأداء فيقصد بها قدرة الفرد في التصرف بأمواله وهذه الأخيرة هي المطلوبة في عقد بيع العقار. ولا تثبت أهلية الأداء لكل شخص مهما بلغ من العمر كما هو الحال بالنسبة إلى أهلية الوجوب، وإنما ترتبط بقدرة الشخص على التمييز، وهذه القدرة تختلف من شخص لآخر، ويرجع ذلك لصغر السن أو التأثر بعوارض الأهلية، كالجنون، العته، السفه والغفلة. أما الجنون والعته فمن شأنهما أن يعدما الأهلية تماما، أما السفه أو الغفلة فمن شأنهما الإنقاص من الأهلية. كما أن المشرع الجزائري ربط أهلية الأفراد بسنهم، فالفرد الذي لم يبلغ سن الثالثة عشرة سنة من عمره يعد عديما للتمييز، وفي حالة قيامه بأي تصرف كان تصرفه باطلا.

ومع ذلك فقد أجاز المشرع للصبي المميز الذي بلغ سن الثالثة عشرة سنة ولم يكمل التاسعة عشرة سنة حق التصرف في أمواله لكن في حدود شروط معينة.

وقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء."

وبما أن عقد البيع من قبيل التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنه يجوز للصبي المميز إبرامه، لكنه يبقى قابل للإبطال إلا إذا أجازه القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو من الوصي أو الولي أو من المحكمة.

02. خلو الإرادة من العيوب

إذا تعرضت إرادة أحد الطرفين لعيب من هذه العيوب جاز للطرف المتضرر طلب إبطال عقد البيع. فإذا وقع أحد أطراف عقد البيع في احتيال أدى إلى أن يتوهم الشيء على غير حقيقته.

وإذا أبرم أحد المتعاقدين عقد البيع في ظروف لم يملك فيها كل إرادته، نتيجة خوف أو رهبة بعثها فيه المتعاقد الآخر أجازله المشرع أيضا طلب إبطال العقد.³ ويمكن كذلك للمتعاقد طلب إبطال عقد البيع في حالة وقوعه في غلط خاص إذا اتصل هذا الأخير بأمور جوهرية في العقد.⁴

إن الاستغلال والغبن يعدان العيب الأخير الذي يمكن أن يشوب الإرادة، وللاستغلال عنصران عنصر مادي وآخر معنوي، فالعنصر المادي هو عدم التعادل أو التكافؤ بين التزام المغبون من جهة والتزام الطرف الآخر الذي استغله من جهة أخرى. ويجب أن يكون فادحا أو فاحشا وتقرير ذلك يرجع لقاضي الموضوع أما العنصر المعنوي أو النفسي هو استغلال ما لدى المتعاقد الآخر من طيش أو هوى للحصول على التعاقد معه.⁵

المطلب الثاني: المحل والسبب

إن المحل في الالتزام لا في العقد، ومحل الالتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين، فهو يلزم البائع بعدة التزامات منها التزامه بنقل الملكية المبيع والتزامه بالتسليم ومحل هذه الالتزامات جميعا أعمال تتعلق بالمبيع، وهو يلزم المشتري بعدة التزامات، إلا أن التزامه الرئيس هو دفع الثمن، ومحل هذا الإلزام عمل يتعلق بالثمن وعليه فإن محل عقد البيع هما المبيع والثمن.⁶

وحق تكتمل الأركان الموضوعية لعقد بيع العقار لا بد من توافر ركن السبب إلى جانب ركني الرضائية والمحل. ويمكن تفصيل ذلك في:

الفرع الأول/ المحل

إن البيع عقد ملزم للجانبين، فهو عقد يرتب التزاما على عاتق كل من البائع والمشتري، وأهم التزام يقع على البائع هو نقل ملكية المبيع، ولذلك يعتبر المبيع محلا في عقد البيع، أما أهم التزام يقع على المشتري فهو دفع الثمن ولهذا يعتبر الثمن محلا ثانيا في عقد البيع، فالمحل في عقد البيع العقاري إذن مزدوج يتكون من العقار والثمن.⁷

وبالرجوع لنص المادة 397 من القانون المدني نجدها تنص على: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن ببيعه وفي كل حالة لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازه المشتري."

وباستقراء المادة المذكورة أعلاه نجد أن المشرع الجزائري اشترط وجوب امتلاك البائع للمبيع، وإلا وقع العقد تحت طائلة البطلان بسبب بيع ملك الغير. كما يجب أن يكون المبيع موجودا ومعينا ومشروعا.

01 المحل الأول/ العقار

أ. أن يكون العقار موجودا أو قابلا للوجود:

يجب أن يكون المبيع موجودا أو قابل للوجود وقت إبرام العقد وإلا اعتبر العقد باطلا بطلان مطلقا لتخلف ركن من أركانه.⁸

ونصت المادة 92 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا."

وقد أجازت المادة 92 بيع الأشياء المستقبلية المحققة الوجود ومثال ذلك بيع شخص لمنزل قبل بنائه وهذا البيع يطلق عليه في القانون الجزائري البيع على التصاميم.

ب. أن يكون المبيع معينا أو قابل للتعين:

تنص المادة 94 من القانون: "إذا لم يكن محل الالتزام معين بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلا." وهذا التعيين يختلف فيما لو تعلق الأمر بالأشياء المعينة بذاتها أو الأشياء المثلية.⁹

ويعتبر العقار من الأشياء القيمية أي المعينة بذاتها والتي يجب أن يوصف المبيع بصفة كافية في العقد حتى يستطاع تمييزه عن غيره الذي لا يقوم مقامه في الوفاء، وتبعاً لذلك

نص المادة 352 من القانون المدني على أنه: "يجب أن يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا ويعتبر العم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه.

وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع، سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع."

وتعيين العقار يكون بذكر مواصفاته من حدود، مساحة، رقمه -إذا شمله مسح الأراضي- وبالتالي يجب أن يكون التعيين واضحا نافيا للجهالة.

ج. أن يكون المبيع مشروعا:

توجد عقارات تخرج عن التعامل بحكم القانون كالعقارات الموقوفة، والعقار الموقوف هو المال المحبوس عن تملكه والتصرف فيه، وجعله على وجه من وجوه البر والإحسان.

كما لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية وذلك وفق لما نصت عليه المادة 92 من القانون المدني الجزائري بقولها: "...غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون." ولا يجوز التعامل كذلك في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم.¹⁰

والبطلان هنا من النظام العام وهو بطلان مطلق.

02 المحل الثاني: الثمن

يعتبر وجود الثمن عنصرا ضروريا للبيع، ويقول افييه الروماني "إيلبيانوس" "لا وجود لبيع دون ثمن" ويتخلفه لا يمكن إضفاء وصف البيع على العقد، ولا يعني هذا أن يكون دائما باطلا، إذ يمكن أن تنطبق عليه أوصاف أخرى.¹¹

وحسب نص المادة 351 من القانون المدني الجزائري يجب أن يكون المقابل في عقد البيع مبلغا من النقود يلتزم بمقتضاه المشتري أن يدفعه للبائع مقابل التزام البائع بنقل ملكية العقار المبيع له.

وتحديد مقدار الثمن يقتضي تعيينه أو بيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره.¹²

كما يجب أن يكون الثمن حقيقيا أي جدا، وهو الذي يكون مقابلا حقيقيا للمبيع. ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صوريا أو تافها، فالثمن الصوري هو الثمن الذي لا يطابق

حقيقة ما اتفق عليه الطرفان، كأن يكون هبة مستترة في صورة بيع. أما الثمن التافه فهو الذي يكون قليلا إلى درجة انعدام التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية. الثمن البخس هو ثمن حقيقي ينعقد به عقد البيع، وإن خول لبائع العقار حق طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.¹³

الفرع الثاني: السبب

يشكل السبب ركنا من أركان العقد وهو الغرض المباشر الذي يسعى إليه المرء عندما يقدم على عمل من أعمال التصرف، ملزما نفسه بموجبات قانونية.

فوجود السبب لا يهدف فقط لإكمال أركان العقد بل يهدف أيضا لحماية الالتزام في انعدام السبب وتوفير ضمان مشروعيته وصحته وتوافقه مع النظام العام والآداب العامة.¹⁴ وقد اختلف الفقهاء في تعريف السبب، وتوجد في هذا الصدد نظريتان.

النظرية الأولى: تعرف بالنظرية التقليدية التي يتزعمها الفقيه دوما، ويرى أنصارها أن سبب الالتزام كل متعاقد في العقود التبادلية كعقد البيع هو التزام المشتري بدفع الثمن.

النظرية الثانية: تعرف بالنظرية الحديثة ويرى أنصارها أن سبب العقد أمر ذاتي خارج عن العقد، وتختل باختلاف شخص المتعاقد وهو الدافع إلى التعاقد كأن يكون الدافع لإبرام عقد البيع رغبة البائع في سداد ما عليه من ديون.¹⁵

وبالرجوع لنص المادة 97 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا". وبناء على ذلك فإن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية الحديثة في السبب. وحتى يكون السبب صحيحا يجب أن تتوفر فيه شروط وهي:

1- وجود السبب وفي عقد البيع العقاري يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو الحصول على الثمن من المشتري، والتزام المشتري بدفع الثمن هو الحصول على ملكية المبيع من البائع، لذلك فالتزام كل من البائع والمشتري مرتبط بالآخر بحيث إذا تخلف التزام أحدهما فلا ينشئ التزام الآخر وبالتالي لا ينعقد عقد بيع العقار،

2- صحة السبب فإذا كان موهوما أو صوريا فيكون السبب غير صحيح، ويكون السبب موهوما لأن المتعاقد وقع في غلط بشأن وجود السبب، وببطل العقار. ويكون السبب

صوريا إذا كان يخفي سببا آخر غير مشروع، كما إذا تعهد الشخص بدفع دين على أنه قرض وحقيقته أنه دين قمار،

3- مشروعية السبب أي أن يكون الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب الالتزام في ذمته، ويكون السبب غير مشروع إذا خالف النظام العام والآداب العامة. وبالتالي فعقد البيع الذي يكون سببه غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب يكون باطلا بطلانا مطلقا، كسواء منزل لاستعمالها كمكان للقمار أو الدعارة.

المبحث الثاني: الرسمية في البيع العقاري.

تعتبر الرسمية من أقوى التصرفات الشكلية وتظهر قوة السند الرسمي في صحته أو حجيته في الإثبات، فمن حيث صحة ما ورد في السند الرسمي، فهو يعتبر صحيحا تجاه الكافة ولا يجوز إنكاره إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وهو طريق استثنائي وصعب، ومن حيث قوتها في الإثبات فهي حجة على ما ورد فيها وكافية بذاتها لإثبات الالتزام دون حاجة إلى تدعيمها بمستند آخر.

ولكي يكتسب السند الرسمي هذه المميزات يتطلب الوضع إخضاعه إلى قواعد محددة وصارمة لضمان اجتماع لشروطه ونشؤنه في صورة صحيحة، لذلك أسندت مهمة إعدادة لموظف عام مختص يراعي في إعدادة القواعد القانونية الخاصة به.¹⁶ سنتطرق لتفصيل ذلك كما يلي:

المطلب الأول: مفهوم المحرر الرسمي

إن الالتزام ينشأ من مصادر متعددة من بينها العقد، وعقد البيع مصدر من مصادر الالتزام، وقد يرد ضمن محرر رسمي أو محرر عرفي، فاشتراط الكتابة في حالات معينة تجعله وسيلة ودليل على العقد، فالبيع العقاري يجب أن يرد في شكل رسمي، وسنتطرق لجزئيات المحرر الرسمي كما يلي: تعريف المحرر الرسمي وشروط صحته وحجيته.

الفرع الأول: تعريف المحرر الرسمي

لقد تناول المشرع الجزائري تحديد مفهوم العقد الرسمي وذلك بتعريفه بالمادة 324 من القانون المدني: "من القانون المدني بنصه: "العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه."

الفرع الثاني: شروط صحة المحرر الرسمي

إن تحليل نص المادة المذكور أعلاه نجده يشترط بعض الشروط حتى يكتسب العقد صفة الرسمية وتتمثل في:

01. الشروط المتعلقة بصفة محرر العقد:

لا يكتسب العقد صفة الرسمية إلا إذا كان محررا من طرف شخص مؤهل قانونا وهو إما الموظف، الضابط العمومي، الشخص المكلف بخدمة عامة.

فالموظف العام هو كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة، فموظفو الولايات والبلديات والوزارات والإدارات العمومية ومدراء أملاك الدولة، لهم صلاحية تحرير المحررات الرسمية التي تتنوع حسب اختصاص كل واحد منهم. فمثلا مدير أملاك الدولة يبرز دوره في نقل الملكية العقارية التابعة للدولة باعتباره موظف وموثق الدولة.

أما الضابط العمومي وهو كل شخص يخوله القانون سلطة التصديق على المحررات وإعطائها الصبغة الرسمية بسبب المهنة، والمحضر القضائي وكذا المترجم، ولعل الدور الكبير في مجال نقل الملكية العقارية يعود للموثق، إذ هو المكلف بإعطاء الطابع الرسمي للعقود ويكون مسؤولا شخصيا عنها ويمارس هذه المهام بصفة مستقلة وفي إطار مهنة حرة. والشخص مكلف بخدمة عامة هو الشخص الذي يخول له القانون هذه الصفة

بسبب المهمة التي انتدب لها الخبير مثلا.¹⁷

02. الشروط المتعلقة باختصاص محرر العقد:

يشترط ليكتسب المحرر الصبغة الرسمية أن يتقيد محرره بحدود الاختصاص النوعي والإقليمي، فإذا كانت صلاحيات محرر الوثيقة لا تسمح له بتحرير نوع معين من العقود، فإن الوثيقة لا تسمح له بتحرير نوع معين من العقود، فالوثيقة المحررة على هذا النحو لا تعتبر رسمية حتى ولو صدرت من موظف عام.

لذلك يجب على محرر العقد أن يتقيد باختصاصه المحلي.

03. الشروط المتعلقة ببيانات العقد:

لا يكفي صدور المحرر من شخص مؤهل لذلك وأن يتقيد هذا الشخص باختصاصه النوعي والمحلي، بل يجب فضلا عن ذلك أن يتقيد هذا الشخص بجميع الأشكال التي يحددها القانون وباستقراء النصوص الواردة في القانون 02-06 المتعلق بالتوثيق والمادة 61

وما بعدها من المرسوم التنفيذي 63-76 نستنتج أن الأشكال التي يجب مراعاتها لاكتساب المحرر الصفة الرسمية هي:

- أن يحضر العقد باللغة العربية في نص واحد بدون اختصار أو بياض أو نص أو كتابة بين الأسطر،
- أن تكتب المبالغ والسنة والأشهر ويوم تحرير وتوقيع العقد من ذوي الشأن بالحروف،
- أن يصادق على الإحالات في الهامش أو أسفل الصفحات ونفس الشيء بالنسبة للكلمات المشطوبة،
- أن يحدد العقار محل التعامل تحديدا كافيا نافيا للجهالة من حيث موقعه ورقمه ومساحته ومعامله الحدودية،
- أن يتضمن تحديد أصل الملكية،
- أن يتم إيداع خمس المبلغ بين يدي الموثق،
- أن يتضمن ذكر اسم الموثق وتوقيعه على العقد بمعية الأطراف والشهود.¹⁸

الفرع الثالث: حجية المحرر الرسمي.

إذا توفرت في المحرر الرسمي الشروط السالفة الذكر، اكتسب صفة الرسمية وأصبحت له ذاتية في الإثبات، بحيث يطلب ممن ينكرها أن يقيم الدليل على بطلانها وليس له من طريقة لهذا الادعاء إلا الطعن بالتزوير.

تنص المادة 324 مكرر 6 فقرة 1 من القانون المدني على: "يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة، وورثتهم وذوي الشأن."

والمادة 324 مكرر 5: "يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني" ويتضح من هاتين المادتين أن المحرر الرسمي يعتبر حجة على صحة ما دون فيه ولا تنتفي هذه الحجية إلا بإثبات تزويره، واعتبر المشرع الجزائري المحرر الرسمي حجة حتى يثبت تزويره. ويحتج به في مواجهة الأطراف والغير.¹⁹

المطلب الثاني: جزاء تخلف الرسمية في البيع العقاري

للشكل أثره البالغ على العقد، ويظهر ذلك من خلال الجزاء على عدم مراعاة الشكليات المطلوبة قانونا. حيث أصبح الجزاء يحدد انطلاقا من أهمية الشكل في العقود، ولم يعد البطلان هو الجزاء الوحيد على عدم مراعاة العقود لشكلياتها.

وللعقد أهمية كبرى بين الأشخاص، من حيث أنه أهم وسيلة لتبادل السلع والخدمات، وهو عرضة للخلل الذي يلحق به عند إنشائه، ولما كانت العقود تتكون في الأساس بمجرد رضی المتعاقدين ولا يتحتم إبرازها في أية صيغة شكلية إلا بمقتضى نص قانوني.

فلا بد للمشرع من أن يحدد الجزاء على عدم مراعاة الشكل في العقود، ولكن إذا أغفل ذلك فيحدد الجزاء انطلاقا من أهميته في العقود.

فإذا ظهر الشكل كركن لازم لقيام العقد فإن تخلفه يجعل العقد منعدم الوجود. وإذا كان الشكل كشرط لصحة العقد ولكنه متعلق بمصالح تجاوز إرادة المتعاقدين الذين لا يمكنهم الاتفاق على مخالفة هذه الشكليات، فإن الجزاء عندها يتمثل بالبطلان المطلق. أما إذا اتخذ الدور الحمائي للمتعاقدين، فإن الجزاء عندها يتمثل في البطلان النسبي لأن الغاية منه هو تنبيه المتعاقدين إلى خطورة التصرف الحاصل.

أما إذا كان هدف الشكل المطلوب هو العقود إعلانيا، أي استيفاءه يكون بهدف السريان على الغير، ففي هذه الحالة يجعله غير ذي مفعول تجاه الغير بالرغم من قيامه بصورة قانونية فيما بين فرقائه.²⁰

لقد تباينت اجتهادات القضاء الجزائري حول جزاء تخلف الرسمية في عقد البيع العقاري على مر مختلف التعديلات التي طرأت على القانون المدني منذ صدوره. وستنطرق لذلك في:

الفرع الأول: الرسمية ليست ركنا لانعقاد البيع العقاري

لقد لجأ القضاء الجزائري إلى ترتيب آثار عقد البيع ومنها نقل الملكية للمشتري بناء على عقود عرفية، وألزم بالتبعية البائع بالمثول أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي وذلك بتحريره في شكل رسمي.

وتجسيدا لهذا الاتجاه قررت المحكمة العليا تأييد قضاء المحاكم والمجالس القضائية في هذا الإطار، فقد قضت: "...بإحالة الأطراف الى الموثق لإتمام إجراءات البيع فإن القضاة طبقوا القانون تطبيقا سليما ولا يمكن الاحتجاج بنص المادة 12 من الأمر 70-91...".

كما قضت المحكمة العليا للقول بنقض قضاء المحاكم الابتدائية التي فصلت على خلاف هذا الاتجاه، فذهبت المحكمة العليا للقول: "أنه كان يتعين على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351-361 وليس المادة 12 من الأمر 70-91 الغير قابلة للتطبيق في قضية الحال ... وأن المشرع قد قصد تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد مصدرا للالتزامات المتعاقدين ..." ²¹

ويرى حمدي باشا عمر أن هذا الموقف من المحكمة العليا في الحقيقة يهدف إلى إيجاد حل قانوني لوضعيات فرضها الواقع. ²²

ولعل مبررات اجتهادات المحكمة العليا السابقة الذكر:

- أن عقد البيع يرتب آثاره بمجرد التراضي على شروطه، أما الشككية فلا تعد أن تكون مجرد إجراء لتمام العقد،
- أن المادتين 351-361 من القانون المدني الجزائري تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه والامتناع عن أي فعل قد يجد يجعل نقل الملكية عسيرا أو مستحيلا، ولا يوجد ضمن القانون المدني في أحكام عقد البيع ما يستوجب الشككية المذكورة كشرط لنقل الملكية، ولا في القوانين الصادرة بعده. مما يستخلص أن الشككية لا يمكن أن تعتبر بمثابة ركن للبيع،
- أن الغاية من الشرط المذكور بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني هي السماح للخزينة بتحصيل الرسوم والضرائب المتعلقة بنقل الملكية العقارية. وبذلك فالشرط المذكور لا يتعلق بالعقد في حد ذاته.

الفرع الثاني: الرسمية ركن لانعقاد البيع العقاري

إن نص المادة 15 من الأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري نصت على: "كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية".

وأضافت المادة 16 من ذات الأمر: "إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية."

وتكون المادة 14 من نفس الأمر قد ألزمت المحافظ العقاري حين مسك الدفتر العقاري الإشارة إلى جميع العقود الرسمية المتعلقة بحق الملكية العقارية بنصها: "تلتزم الإشارة من أجل مسك مجموعة البطاقات العقارية إلى ...: جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية..."

وتطبقا لهذا الأمر صدر المرسوم 63-76 المعدل والمتمم المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي نصت مادته 61 على "كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي."

فجل النصوص المذكورة مفادها أن الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية لا تنتقل الملكية بين المتعاقدين إلا بعد تمام إجراءات الشهر العقاري، وهذه العملية لا تتم إلا بموجب وثائق رسمية وهو ما يجعل المحافظ العقاري ملزما من الناحية القانونية برفض إشهار أي عقد يتضمن نقل ملكية عقارية لم يقدم في الشكل الرسمي.

ورغم توالي صدور العديد من القرارات التي قضت بضرورة استيفاء الرسمية كشرط لنقل الملكية العقارية، إلا أن المسألة لم تحسم بصفة نهائية.

فقد أثار الملف رقم 136153 مسألة قانونية من شأنها أن تؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي، ولذلك انعقدت الغرفة المختلطة وبعد نقاش لم تتوصل لحل نهائي على اعتبار أن الغرفة المدنية تمسكت بموقفها الرامي للقول بصحة العقود العرفية بينما تمسكت الغرفة التجارية بموقفها الرامي للقول ببطلان هذه العقود لمخالفتها شرط الرسمية.

ونظرا للتباين الملحوظ في المواقف تقرر إحالة الملف على الغرفة المجتمعة لأن القرار الذي سيتخذ من شأنه أن يؤدي إلى التراجع عن الاجتهاد القضائي لإحدى الغرفتين.

وانتهت الغرف المجتمعة إلى إصدار قرار بتاريخ 18-02-1997 قضت فيه: "من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري لمحل تجاري ... يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا، ومن المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب

تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية... يجب أن تحرر على الشكل الرسمي. ومن المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله."

ورغم أن هذا القرار صدر فصلا في نزاع قضائي يتعلق ببيع محل تجاري غير أنه يمكن تعميمه على جميع الحالات المذكورة في المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني ومنها عقد البيع الوارد على عقار أو حق عيني عقاري.²³

الخاتمة

إن المواد المتعلقة بعقد البيع لم تورد في الحقيقة حكما خاصا بعقد البيع يستوجب ضرورة إفراغه في شكل رسمي كركن من أركان انعقاده، إلا أن هذا الحكم ورد صراحة في القانون المتعلق بالتوثيق حيث اشترط الرسمية في كل العقود الرامية لنقل الملكية العقارية بما فيها عقد البيع. وبالتالي فإن جزاء تخلف هذا الشرط هو البطلان، فالشرط المذكور يصبح حتما بمثابة ركن من أركان انعقاد العقد. ومتى تخلفت أركان العقد كان جزاؤه البطلان المطلق ويصبح في حكم العدم، والعدم لا يترتب أي أثر قانوني بما فيه نقل الملكية، ولا يمكن للقضاء أن يلزم البائع بالتمثل أمام الموثق لتنفيذ عقد معدوم.

وتبعا للدراسة توصلنا الى مجموعة من النتائج يمكن ايجازها فيما يلي:

- الشكل استثناء على مبدأ الرضائية وقيد على مفعول العقد،
- الشكل له دور حمائي ويعتبر أداة سهلة للإثبات وهو تعزيز للرضائية،
- عقد بيع العقار المبرم بعد تاريخ سريان قانون التوثيق عقد شكلي لا يجوز إثباته إلا بورقة رسمية،
- إن تخلف الورقة الرسمية لإثبات بيع العقار أو بطلان هذه الورقة لتخلف أحد شروط صحتها يترتب عليه بطلان البيع بطلانا مطلقا،
- الشكل ركن لازم لصحة قيام عقد بيع العقار وليس لإثباته،
- عدم تحديد الجزاء على عدم مراعاة العقود للشكليات المقررة قانونا ترك الأمر إلى الاجتهاد والقضاء.

وبناءً عليه توصبنا الى تقديم التوصيات الآتية:

- ✓ تحديد الجزاء بصورة واضحة على عدم استيفاء العقود للشكليات المقررة قانوناً،
- ✓ التفريق بين الشكل اللازم كركن لقيام العقد، وبين الشكل المطلوب للإثبات.

قائمة المصادر والمراجع:

01. المصادر:

- الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

02. المراجع:

- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2004.
- خليل حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991.
- سي يوسف زهية، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008.
- علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقاً لآخر التعديلات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع - دراسة فقهية، قانونية وقضائية، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2005.
- محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007.
- هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008.

03. المذكرات:

- براهيم سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير قانون العقاري، جامعة قسنطينة، 2008.

- زواوي محمود، الشككية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير-العقود والمسؤولية-، جامعة الجزائر، 1986.
 - قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير-قانون الأعمال المقارن-، جامعة وهران، 2011.
- إحالات المقال:

-
- ¹ أنظر لحسين بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع-دراسة فقهية، قانونية وقضائية، نصوص للمطالعة، أعمال تطبيقية، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2005، ص232.
- ² أنظر: خليل حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1991، ص 25، 26.
- ³ أنظر: المادة 86 من الامر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- ⁴ أنظر: المواد من 81-85 من الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم.
- ⁵ أنظر: المادة 90 من الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم.
- ⁶ أنظر: الدكتور علي هادي العبيدي، العقود المسماة البيع والإيجار وقانون المالكين والمستأجرين وفقا لآخر التعديلات، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 47.
- ⁷ أنظر: سي يوسف زهية، عقد البيع، دار الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، تيزي وزو، الجزائر، الطبعة الثانية، 2008، ص 65.
- ⁸ أنظر: المادة 93 من الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم.
- ⁹ أنظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص40.
- ¹⁰ أنظر: المادة 689 من الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم.
- ¹¹ أنظر: لحسين بن الشيخ آث ملويا، المرجع السابق، ص75.
- ¹² أنظر: المادة 356 من الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم.
- ¹³ أنظر: المادة 358 من الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم.
- ¹⁴ أنظر: الدكتور هدى عبد الله، دروس في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2008، ص 255.
- ¹⁵ أنظر: سي يوسف زهية، المرجع السابق، ص 70.
- ¹⁶ أنظر: زواوي محمود، الشككية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير-العقود والمسؤولية -، جامعة الجزائر، 1986، ص 61.
- ¹⁷ أنظر: زواوي محمود، نفس المذكرة، ص 63.
- ¹⁸ للتفصيل أكثر أنظر: براهيم سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير-قانون العقاري -، جامعة قسنطينة، 2008، ص 34 وما بعدها.
- ¹⁹ أنظر: المادتين 61- 324 من الامر رقم 58-75 المعدل والمتمم.

²⁰ أنظر: محمد علي عبده، دور الشكل في العقود، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 2007، ص 131.

²¹ أنظر: قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير-قانون الأعمال المقارن-، جامعة وهران، 2011، ص 79.

²² أنظر: حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة للطباعة والنشر، طبعة 2004، ص 107.

²³ أنظر: قان كريم، نفس المذكرة، ص 80.