



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت

معهد العلوم القانونية والإدارية

قسم القانون الخاص



العقد العقاري بين الرضائية والشكلية

مذكرة مقدمة كجزء من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون عقاري

تحت إشراف:

د/ علاق عبد القادر

إعداد الطالبين:

1- باقل محمد

2- بوعمره محمد

أعضاء لجنة المناقشة:

1 - د/ حبيلي سامي رئيساً

2 - د/ علاق عبد القادر مشرفاً

3 - د/ ربحي أمحمد عضواً

السنة الجامعية 2018/2017

بِسْمِ اللَّهِ الْعَزِيزِ الْحَكِيمِ



II

[يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا
بِالْعُقُودِ]

سورة المائدة ، الآية 1



شكر وتقدير

لله الحمد والشكر أن منّ علينا من فضله العظيم ومنحنا الصبر سبيلاً لنصل لهذه الدراسة التي لم نصل إليها إلا بفضل الله تعالى أولاً، ثم بفضل أصحاب الفضل الذين بذلوا الجهد وذلّلوا الصعاب ولم ييخلوا علينا بعلمهم ونصحهم لنا، حتى أثمر جهدنا هذا، ومن باب الاعتراف بالفضل لهم نجد أنه لزاماً علينا أن نعترف لهم بالجميل ونتقدم بخالص الشكر والتقدير والامتنان إلى أستاذنا المشرف : " الدكتور / علاق عبد القادر " ، الذي قبل الإشراف على مذكرتنا وعلى ما أبداه من سعة صبر وتحملٍ ، ومن نصح وإرشاد، سائلين الله العليّ القدير أن يجعل ذلك في ميزان حسناته.

كما يسرنا أن نتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة، دون أن ننسى أيضاً جميع أساتذتنا الكرام لمعهد الحقوق بالمركز الجامعي تيسمسيلت، احتراماً وتقديراً لهم لما قدموه وبذلوه من جهود مضيئة في سبيل تنويرنا بعلمهم خلال الموسمين الدراسيين.

إهداء

بأسمى عبارات الشكر والتقدير والامتنان،

أتقدم بهذا العمل إلى الذين حملوا أقدم رسالة في الحياة،

إلى الوالدين الكريمن أطال الله عمرهما،

إلى زوجتي الفاضلة، والعائلة الكريمة، وإخوتي وأخواتي جميعاً،

إلى جميع الأساتذة الأفاضل، كل الأصدقاء، الذين بادلناهم شعور المحبة بين أحضان

الجامعة،

إلى زميلي وأخي ورفيقي المثابر طيلة هذا المشوار الدراسي " بوعمره محمد "،

دون أن أنسى كذلك جميع زملائي موظفي إدارة أملاك الدولة،....

إلى كل هؤلاء أهدي لهم هذا العمل المتواضع.

- باقل محمد

إهداء

إلى أعز الناس إلى قلبي،
إلى روح والدي الطاهرة رحمه الله،
إلى روح والدتي الطاهرة رحمها الله،
إلى زوجتي الفاضلة، وأبنائي، وبناتي،
إلى إخوتي، وأخواتي الأعزاء على قلبي أدام الله محبتنا ومودتنا،
إلى كل من له علي من فضلٍ من الأساتذة الكرام،
وإلى الزملاء والأصدقاء الأوفياء، وإلى الزميل والأخ بوشربة بوهني،
والذي كان له الفضل في تشجيعي وتحفيزي على الدراسة،
وإلى زميلي وأخي باقل محمد الذي كان نعم الصديق والرفيق " ربّ أخٍ لم تلده أمه "
حيث زادتني رفقته أكثر نشاطاً وحيوية،
وإلى كل هؤلاء أرف هذا الإنجاز المتواضع،.....

- بوعمرّة محمد

قائمة أهم المختصرات

- ج. الجزء.
- ج.ر.ج.ج. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- ع. العدد.
- ص. صفحة.
- ط. طبعة.
- ق.أ.ج. قانون الأسرة الجزائري.
- ق.م.ج. القانون المدني الجزائري.
- ق.إ.م.إ. قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

مقدمة

مقدمة

إن المبدأ العام هو الرضائية في إبرام التصرفات القانونية والاستثناء هو الشكلية، والشريعة الإسلامية كانت هي السبّاقة في تنظيم العقود من خلال الآية الكريمة 282 من سورة البقرة بقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه... " ، ولمسايرة التطور الذي شهده العقد يجب أن نقف على مراحلها المختلفة، فكرة الشكل تجد جذورها في القانون الروماني ذلك أن المقرر في القوانين الرومانية القديمة أن الإرادة لم تكن قادرة بحد ذاتها على إنشاء التصرفات القانونية، بل كان يشترط لتمكين هذه الإرادة من إنتاج آثارها القانونية ضرورة إفراغها في شكل رسمي يحدده القانون، وهو شكل كان يتحقق بحضور أفواج من الشهود وتبادل العبارات الرسمية والقيام بطقوس معينة والاحتفال بقيام العقد احتفالاً رسمياً لكي يعتبر العقد قائماً وصحيحاً، وعليه فإن الشكل هو الذي كان يجعل أي تصرف تصرفاً صحيحاً¹. لكن الأمر لم يبق على هذا النحو، بحيث عرف المجتمع الروماني تطوراً كبيراً شمل معظم المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية مما أدى إلى ازدياد المعاملات بين مختلف الشعوب، وكانت الشكلية الجامدة تعرقل سير هذه المعاملات فانعكس هذا على التفكير القانوني وأدى إلى اعتراف القانون الروماني بقدرة الإرادة على إنشاء العقد دونما أية حاجة لإفراغها في الشكل الرسمي الذي يحدده القانون، وعليه برزت العقود الرضائية.

وبالرغم من تطور القانون الروماني إلا أنه لم يقرر في أية مرحلة من مراحلها مبدأ سلطان الإرادة في العقود بل اعتبر أن الشكلية هي الأصل والرضائية استثناء يرد عليها، واستمرت الشكلية هي المبدأ العام حتى نهاية القرن الثاني عشر ثم أخذت في التدهور وبدأ دورها يتقلص شيئاً فشيئاً².

ومع تقلص دور الشكلية استقر مبدأ الرضائية وضعف مبدأ الشكلية، حيث عرفت القرون الوسطى وبتوافر عدة عوامل التخلص التدريجي من شكلية العقود، وعمل القانون الكنسي على تخليص الإرادة من قاعدة الشكلية التي فرضها القانون الروماني، فأخذ أثر الإرادة يقوى شيئاً فشيئاً في تكوين العقود، وهكذا

¹ - شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أوبوكر بلقايد، تلمسان، سنة سنة. 2012، ص. 02.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الالتزام، ج. 01، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط. 03 الجديدة، سنة. 2000، ص. 143.

توصل القانون الكنسي إلى اعتبار مجرد توافق الإرادتين ينشئ التزاماً قانونياً ولا يحتاج إلى شكلية، وينبغي ترك الحرية للإرادة لتحديد مضمون العقد.

وبحلول القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررًا، وقد تعزز هذا المبدأ في ظل ازدهار المذهب الفردي الذي يبني فلسفته الاجتماعية من اقتصادية وسياسية وثقافية على تحقيق سعادة الفرد، وخلص فقهاء القرن الثامن عشر على أن إرادة الإنسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه، وأن القانون لا يتدخل في حرية الإرادة¹.

وهكذا أصبحت الرضائية مبدأً عاماً في إبرام التصرفات القانونية واعتبرت الشكلية مجرد استثناء، وإذا كان هذا موقف القانون الفرنسي فإن الكثير من التشريعات الحديثة اعتمدت نفس الموقف كالتشريعات العربية ومن بينها التشريع الجزائري.

هذا وإن الشكلية الحديثة في التصرفات القانونية تهدف إلى تحقيق مزايا عديدة فهي تبعث الثقة لدى الأفراد وتقوي الائتمان، ومن ثم توفر الاستقرار في المعاملات وتحقق الأمن القانوني وهي مهام تعجز الرضائية عن تحقيقها، ولهذا نجد معظم التصرفات الهامة أو الخطيرة أو المعقدة، تصرفات فرض المشرع إفراغها في شكل محدد لانعقادها، ومثلها التصرفات الواردة على عقار.

إذن فالشكل في التشريعات الحديثة ليس كما كان في الشرائع القديمة طقوساً ورموز، بل أصبح شكلاً خطياً في صورة سند مكتوب وفقاً لقواعد وإجراءات مضبوطة ومحددة تختلف من تصرف لآخر، فقد يشترط المشرع تدخل الضابط العمومي أو موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في تحرير مضمون التصرف كالتصرفات الواردة على العقارات، ويعد أقوى التصرفات الشكلية سواءً من حيث قوته في التنفيذ أو من حيث حججه في الإثبات، وقد يكون الشكل عرفياً حيث يترك للأفراد مهمة القيام بتحرير التصرف، ويضاف إلى هذا الشكل الذي يتفق عليه الطرفان لإبرام التصرف كأن يتفقا في عقد ابتدائي على وجوب إبرام التصرف النهائي في شكل كتابي رسمي أو عرفي، وبالتالي يكون هذا التصرف شكلياً بالاتفاق.

¹ - فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، 2006، ص. 39.

عن أهمية الدراسة لهذا الموضوع، فإن العقد العقاري يكتسي أهمية بالغة لما يلعب من أهمية اقتصادية واجتماعية وسياسية، وله دور فعال في تنمية الاقتصاد الوطني لما تجنيه الدولة من فوائد وأثره على الاستقرار المحلي، يدخل فيها عاملاً مؤثراً ومتأثراً حتى في المجال الاستراتيجي وترقية سبل الاستثمار.

ولا شك أن مسألة العقار وكيفية ضبط الملكية العقارية، تعتبر أحد المشاكل المطروحة بمجدة أمام القضاء في بلادنا وعليه، فالعقد العقاري يسهل عملية الإثبات.

وعن أسباب اختيار الموضوع، كما نعلم فإن اختيار أي الموضوع يرجع أساساً إلى ميول ورغبة الباحث من جهة، وإلى الامكانيات المتوفرة وطبيعة الموضوع من جهة أخرى وعليه، فإن دوافع اختيارنا لهذا الموضوع يعود إلى دوافع شخصية ذاتية وأخرى موضوعية، **فالدوافع الشخصية** فهي الرغبة في القيام بدراسة جيدة والاستفادة منها، وكانت سلوكياتنا ورغبتنا تدفعنا لاختيار هذا الموضوع المتميز، كما أنّ هناك دوافع مكتسبة نتجت عن علاقتنا ببعض الهيئات الإدارية، التي لها علاقة بالعقود العقارية خلال ممارستنا للعمل المهني. أما **الدوافع الموضوعية** لاختيار هذا الموضوع فهي المعطيات الجديدة والتطورات التي باتت تشهدها نظرية العقد عموماً، فالحرية التعاقدية اليوم تعتبر من أهم الموضوعات التي يحاول المشرع أن يواكب ويؤمن مصداقيتها في إطار نظرية العقد، وقلة البحوث والدراسات في مجال إبرام العقود المنصبة على العقارات، وكثرة المنازعات العقارية المطروحة أمام القضاء، وتزايد المعاملات العقارية وكذا أهميتها في تحقيق الوثبة الاقتصادية، وأيضاً مساهمة منا في خدمة البحث القانوني في الجزائر، والتزامنا بالتخصص كوننا نعمل في المجال العقاري والاستفادة من الجانب التطبيقي وتطبيقه في الجانب العملي.

أما فيما يتعلق **بالصعوبات** التي اعترضت بحثنا هي قلة المراجع من مؤلفات ورسائل التخرج وخاصة الجزائرية منها، والإقرار من البداية بعدم الإلمام بكل الجوانب المعمقة للدراسة بكل العقود العقارية.

إذن فالعقد العقاري يمر بمراحل عدة تتميز كل مرحلة منها بطابع خاص وأحكام معينة، وهو ما يستدعي دراسته منذ تكوينه إلى غاية انقضائه مستعينين في ذلك بالنصوص القانونية.

فالأمر يستدعي إبراز أهم الأحكام المختلفة للعقد العقاري وتأرجحه بين الرضائية قديماً وحديثاً، وذلك من خلال طرح الإشكالية التالية:

ما ماهية العقد العقاري؟ وهل يخضع لمبدأ الرضائية أم لمبدأ الشكالية؟ ، بمعنى آخر: هل تكفي الرضائية في تكوين العقد العقاري وبالتالي توليد آثار عنه؟ أم يجب أن تُفرغ هذه الرضائية في شكالية معينة حتى يُنتج هذا العقد المتميز آثاره القانونية وهي نقل الملكية؟ وما جزاء تخلفهما؟.

إجابة على هذه الإشكالية، سنعمد المنهج التاريخي الذي يتلائم وطبيعة الدراسة، وذلك بتتبع المراحل التي مر بها العقد العقاري من خلال مبدأي الرضائية والشكالية، مع توظيف المنهج الوصفي والتحليلي، لأجل وصف وتحليل الجزئيات المتعلقة بالدراسة، مما يتطلب استقراء بعض النصوص القانونية وعرض الآراء الفقهية، في محاولة لتطبيق ذلك على العقد وأطواره المختلفة، وكذا الاستعانة بالمنهج المقارن من خلال عرض ما وصلت إليه بعض التشريعات الأخرى كالشريعة الفرنسية والمصري ومقارنتهما بالتشريع الجزائري، من دون إهمال وتجاهل نظرة وموقف الشريعة الإسلامية وما تناوله فقهاؤها في هذا الشأن.

وقد انتهجنا في ذلك خطة تتكون من (فصل تمهيدي) تطرقنا فيه لماهية العقد العقاري، ثم توغلنا في صلب الموضوع بدراسة شقه الأول المتمثل في الرضائية في العقد العقاري (كفصل أول)، وبعدها (فصل ثاني) خصصناه للشكالية في العقد العقاري.

الفصل التمهيدي

ماهية العقد العقاري

الفصل التمهيدي

ماهية العقد العقاري

العقد هو اتفاق يهدف إلى إحداث آثار قانونية¹. ولعل أدق تعريف للعقد هو التعريف الذي انتهى إليه المشروع الفرنسي الإيطالي في المادة 1 منه، الذي كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد اقتبسه وهو: "العقد هو اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها"². والمهم في العقد أن تتجه إرادتا المتعاقدين إلى إنشاء أثر قانوني لاتفاقهما، ويعتبر العقد من أهم المصادر المنشئة للالتزام، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 ق.م.ج بقولها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

ويقوم العقد على مبدأ سلطان الإرادة، ويقضي هذا المبدأ بأن للإرادة وحدها القدرة على إنشاء الالتزام دون اشتراط إجراء أو شكل خاص³. "والركيزة الأساسية في تكوين العقد هي الإرادة"⁴. ولقد عرّف فقه القانون المدني مبدأ سلطان الإرادة - تعريفاً واسعاً معتمداً في ذلك على الفلسفة القانونية - بأنه: "للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد، وفي الآثار التي ترتبها، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية"⁵. وقد وضع الفقهاء موسوعات تناولت تفسير وشرح هذا النظام المحكم الذي يعرف باسم "العقد" (Le contrat) لما له من أهمية في إنشاء التزامات متبادلة بين أطرافه، باعتباره أساس المعاملات التي تجري في مختلف الميادين، حيث اقترح الفقه الحديث تصنيفاً ثنائياً للالتزامات من حيث مصدرها وهي ((المصادر الإرادية والمصادر غير الإرادية))، وما يهمننا في هذه الدراسة هو المصادر الإرادية

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغبة، سنة: 2001، ص. 34.

² - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، سنة: 1998، ص. 11.

³ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 45.

⁴ - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج. 01، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون، الجزائر، ط. 03، سنة: 2004، ص. 55.

⁵ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 85.

وهي تلك التي تكون فيها الإرادة السبب المنشئ للالتزام، سواءً كان ذلك بإرادة منفردة أو باتفاق إرادتين، فالعبرة في هذا التصنيف هي بإرادة الشخص أو الأشخاص التي ترمي إلى إنشاء الالتزام، ويطلق كذلك على هذه المصادر الإرادية تسمية الأعمال القانونية¹.

وعليه، سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين سنتناول في (المبحث الأول) مفهوم العقد العقاري، وفي (المبحث الثاني) تكوين العقد العقاري وتنفيذه.

¹ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 30.

المبحث الأول

مفهوم العقد العقاري

يعتبر العقد من أهم المصادر في النظرية الالتزام التقليدية، فقد خصص له القانون المدني الجزائري الفصل الثاني ونص عليه في 70 مادة من 54 إلى 123، وإن كان دوره قد تقلص حديثاً بعد تدخل الدولة وتقلص مبدأ سلطان الإرادة¹.

وفي هذا المبحث ارتأينا أن نخصص في (المطلب الأول) التعريف بالعقد وفي (المطلب الثاني) تقسيمات العقد العقاري وأنواعه.

المطلب الأول

التعريف بالعقد

العقد لفظ لغوي ومصطلح فقهي وقانوني يجب تعريفه واستعراض خصائصه وكذا أهدافه، سنعالج في هذا المطلب التعريف بالعقد عامة (الفرع الأول) و التعريف بالعقد العقاري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بالعقد عامة

سنتناول في هذا الفرع التعريف اللغوي للعقد عامة (أولاً)، ثم التعريف الفقهي (ثانياً)، ثم التعريف التشريعي (ثالثاً).

أولاً: التعريف اللغوي للعقد عامة

العقد لغة كلمة تفيد "الربط بين أطراف الشيء وجمعها وأما بين الكلامين يراد به العهد"². كما يطلق العقد في اللغة على عدة معان، من بينها الربط والشد والتوثيق والإحكام والجمع بين شيئين. ومنه عقد

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 08.

² - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 33.

العزم وعقد طرفي الحبل في الربط الحسي المادي، وهو بهذا يعم الأمرين معاً. يقول الشوكاني: العقود العهود وأصل العقود الربط وأحدها عقد. جاء في تفسير المنار (العقد الجمع بين أطراف الشيء، أي ربط بعضها ببعض، ويستعمل في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما)¹.

ثانياً: التعريف الفقهي للعقد

لا يعد معنى العقد في اصطلاح الفقهاء عن معناه اللغوي، وإن استعملوه مع ذلك في أحد المعنيين التاليين:

المعنى الأول: فالمعنى العام للعقد الذي يقترب من المعنى اللغوي، ويكاد يفيد الالتزام سواء نشأ هذا الالتزام من اتفاق بين طرفين أو بإرادة منفردة.

أما الثاني: هو المعنى الخاص للعقد الذي يقتصر على الالتزام الناشئ عن اتفاق بين طرفين، وهذا هو المعنى المتداول وهو الذي ينصرف إليه معنى العقد عند إطلاقه لدى الفقهاء وهو المقصود في الاستعمال الحديث، وبهذا المعنى الخاص جاء تعريف العقد في العناية بأنه: "ما يتم به الارتباط من كلام وغيره كالإشارة والكتابة ويترتب عليه التزام بين طرفين" والعقد طبقاً لما أورده الدسوقي: "ما يتوقف على إيجاب وقبول"².

ثالثاً: التعريف التشريعي للعقد

العقد اصطلاحاً: العقد كمصطلح قانوني عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 ق.م على أنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل

¹ - محمد أحمد سراج، نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998، ص. 12.

² - محمد أحمد سراج، المرجع نفسه، ص. 13.

أو عدم فعل شيء ما"، ونستطيع أن نعرف العقد بأنه (توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني) مثل عقد البيع والإيجار والهبة والصلح والوكالة والشركة¹.

أولاً: العقد اتفاق

حسب نص المادة 54 ق.م.ج فإن العقد هو أصلاً اتفاق، ولكن هل كل اتفاق يعتبر عقداً؟

ولتوضيح هذا الأمر وجب تحديد مفهوم وخصائص الاتفاق الذي يعتبر عقداً.

1 - مفهوم الاتفاق:

المقصود بالاتفاق هو اتحاد وجهة نظر أشخاص اتجاه أمر معين، وهذا يستلزم أمرين:

أ - لا بد من وجود شخصين مستقلين عن بعضهما البعض، لأن الاتفاق لا يحصل إلا بين شخصين فأكثر، سواء أكانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين.

ب - أن تكون لأطراف الاتفاق مصالح متباينة، ويفيد الاتفاق أنّ طرفيه وصلاً إلى وجهة نظر محددة، أي أنّ إرادة كل منهما مطابقة ومتفقة تماماً مع إرادة الطرف الثاني.

2 - خصائص الاتفاق المكون للعقد:

هناك من يميز بين العقد والاتفاق لاعتبارات مختلفة، فيعتبر بعض الفقهاء أنّ الاتفاق جنس، بينما العقد نوع منه، ويطلق فقهاء وآخرون تسمية العقد على الاتفاقات الهامة التي خصصها المشرع باسم، وتنصرف تسمية الاتفاق إلى الاتفاقات الأخرى، وللإشارة بأنّ الاتفاق يكون عقداً متى استوفى الخاصيتين التاليتين:

أ - أن يكون خاضعاً لأحكام القانون المدني بصفته الشريعة العامة.

¹ - محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، ج. 01، دار للهدى عين مليلة، الجزائر، ط. 02، سنة: 2004، ص. 38.

ب - أن يتعلق بمصالح مالية¹.

ثانياً: العقد يهدف إلى إحداث آثار قانونية

من الخصائص والمميزات الأساسية للعقد أنه يهدف إلى إحداث آثار قانونية، أي غايته هي إيجاد وضع جديد يرتب حقوقاً وواجبات لم يكتسبها ولم يتحملها المتعاقدان من قبل، أو ينهي حقوقاً أو واجبات سابقة، وما لم يهدف الاتفاق إلى إحداث مثل هذه الآثار فلا يعد عقداً.

ويجب أن يحدث الاتفاق - الذي يرقى إلى درجة العقد - تغييراً في الوضعية القانونية للمتعاقدين، وذلك باكتساب حقوق وتحمل التزامات جديدة، كالبائع الذي يصبح دائناً بضمن المبيع والمشتري مديناً بدفع الثمن أو انقضاء حق، كالدائن الذي يرى مدينه، وقد يعطي العقد للمتعاقدين صفات قانونية جديدة ترتب حقوقاً والتزامات جديدة، فبمقتضى عقد البيع باعتباره "عقد عقاري" وبالطبع إذا ما كان محله عقاراً، حيث يصبح مالك الشيء المبيع بائعاً ويكون بهذه الصفة ملزماً بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه من العيوب الخفية ويصبح المتعاقد معه مشترياً وبهذه الصفة يلزم بدفع الثمن، وبالتالي يغير العقد من الذمة المالية للمتعاقدين، حيث تنقل ملكية المبيع من ذمة البائع إلى ذمة المشتري وينتقل ثمن المبيع من ذمة المشتري إلى ذمة البائع.

وتختلف الآثار القانونية باختلاف العقود، وقد تتعدى هذه الآثار بمجرد اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات، فعقد الشركة يترتب عليه إنشاء شخصية معنوية جديدة وفقاً للمادة 416 ق.م.ج.

ونشير في الأخير أنّ آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين دون غيرهما، وهذا ما يعرف بـ: "مبدأ الأثر النسبي للعقد"².

¹ - علي فيلاي، المرجع نفسه، ص. 34، 35.

² - علي فيلاي، المرجع نفسه، ص. 36، 37.

الفرع الثاني

التعريف بالعقد العقاري

نظراً لأنه لا يوجد تعريفاً لغوياً فقهياً ولا تشريعياً للعقد العقاري فإنه يمكن استنتاج التعريف التالي:
يكون العقد عقارياً إذا كان محله عقاراً بنقل ملكيته أو إثباته أو التصرف فيه¹.

الفرع الثالث

مفهوم العقار

للعقار أهمية كبرى، وينظر إليه من جانبه المبنى وغير المبنى، ولا يختلف حكمهما من حيث نشأة التصرف الواقع عليه ونقله أو نقضه أو تعديله².

سنتناول في هذا الفرع التعريف العقار (أولاً)، ثم أنواع العقارات (ثانياً).

أولاً: تعريف العقار

سنعرف العقار لغة (الفقرة الأولى)، ثم فقهاً في (الفقرة الثانية)، ثم تشريعاً في (الفقرة الثالثة).

1 - التعريف اللغوي للعقار

العقار في اللغة يعرف بأنه هو كل ملك ثابت له أصل كالأرض، والدور، والجمع عقارات، والعقار الحر ما كان خالص الملكية يأتي بدخل دائم يسمى ريعاً.

1 - علاق عبد القادر، محاضرات في السندات والعقود العقارية، ملقاة على طلبة السنة الأولى ماستر، تخصص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، السنة الجامعية: 2013/2014، ص. 06.

² - مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، ط. 2012، ص. 09.

2 - التعريف الفقهي للعقار

وينقسم الفقهاء في الشريعة الإسلامية من حيث تناولهم للعقار بالتعريف إلى اتجاهين:

الاتجاه الأول: ويمثله الحنفية والحنابلة، حيث يعني العقار عندهم بأنه الأرض سواء أكانت مبنية أو غير مبنية، حيث يقصرونه على الأرض فقط، فهم لا يجعلون البناء والشجر من العقار وإنما يجعلونه من المنقول لأنه يمكن تحويله من مكان إلى آخر.

الاتجاه الثاني: ويمثله المالكية والشافعية، حيث يعني العقار، كل مال ثابت لا يمكن نقله كالأرض كما أنه يشمل البناء والشجر، ويعد هذا الاتجاه هو الرأي الراجح حيث أنه أعم منه عند غيرهم لتناوله الأرض والبناء والغراس أما عند غيرهم فلا يشم سوى الأرض¹.

3 - التعريف التشريعي للعقار

يمكن القول بأن جميع المدارس التشريعية على أن الأرض تعد الأساس الرئيسي في تكييف الشيء على أنه عقار، سواء كانت الأرض ذاتها أو ما إذا اتصل بها شيء آخر، وما جذر فيها، بحيث إذا ما وقع منها فإنه يتلف أو تتغير هيئته، وهنا نجد النبات والمباني، خير مثالين لذلك². والعقار هو الشيء الثابت المستقر في مكانه غير قابل للنقل منه إلى مكان آخر بدون تلف، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 683 ق.م.ج بأنه: " كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ذلك ماعدا من شيء فهو منقول"³.

¹ - ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري، دراسة مقارنة، دائرة القضاء، أبو ظبي، ط. 01، سنة. 2014، ص. 17.

² - ولاء الدين محمد إبراهيم، المرجع نفسه، ص. 18.

³ - الأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.، ع. 78، الصادرة في: 1975/09/30.

ثانياً: أنواع العقارات

والعقارات أنواع، فهناك عقارات بطبيعتها (Immeuble par nature)، كالأرض والمباني المشيدة على سطحها وحتى تلك المنشآت المشيدة تحتها، إلى جانب النباتات المتأصلة في الأرض وعقارات بحسب موضوعها (Immeuble par objet)، وهي الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقارات كحق الملكية وحق الانتفاع والحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي وهناك عقارات بالتخصيص (Immeuble par destination)، وهي منقولات منحت لها على سبيل المجاز صفة العقار لأنها معدة لخدمة عقار أو استغلاله أو مخصصة له¹، وجاء تعريفها في الفقرة الثانية من المادة 683 ق.م.ج " غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقار بالتخصيص"².

المطلب الثاني

تقسيمات العقد العقاري وأنواعه

إن تقسيمات العقود تعتبر عملاً فقهياً أكثر منه عملاً تشريعياً ومع ذلك فإن بعض التشريعات قد تضمنت قوانينها المدنية تقسيمات للعقود، كالمشرع الجزائري في المواد من 55 إلى 58 ق.م.ج واقتصر على ما رآه مناسباً من العقود سنستعرض هذه التقسيمات في (الفرع الأول)، ثم أنواع العقود العقارية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تقسيمات العقد العقاري

لبيان أقسام العقود أهمية كبرى، إذ أن العقود لا يمكن حصرها لأن الإرادة تنشأ ما تريد من العقود تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة³. ولعل أهمها: العقود المسماة والعقود غير المسماة، والعقود البسيطة والعقود

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومو للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ط. سنة: 2013، ص. 15، 17.

² - الأمر رقم 58-75، مرجع سابق.

³ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 49.

المركبة، والعقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية، والعقود الملزمة لجانبين والعقود الملزمة لجانب واحد، وعقود المعاوضة وعقود التبرع، والعقد الفوري والعقد المستمر أو الممتد، والعقود المحددة القيمة والعقود الاحتمالية¹.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو **العقود الرضائية، والعقود الشكلية، والعقود العينية**، والتي وستناولها بالشرح فيما يلي:

أولاً: العقد الرضائي (Contrat consensuel):

هو العقد الذي يكفي لانعقاده إرادتي أطرافه دون اشتراط أي إجراء أو شكل معين، وهذا هو الأصل في العقود أي أنها تنشأ بمجرد التراضي ما لم يقضي القانون بغير ذلك².

ثانياً: العقد الشكلي (Contrat solennel):

هو العقد الذي لا يكفي التراضي بين الطرفين لانعقاده، بل يلزم التعبير عن الإرادة في شكل معين أو أن يقترن التراضي بإجراء أو عمل معين، فقد يكون الشكل ركناً لانعقاد العقد أو لإثباته، فعقد الرهن الرسمي لا ينعقد إلا بعقد رسمي أمام الموثق وفقاً للمادة 383 ق.م.ج.

أما إذا كانت الشكلية المطلوبة خاصة لإثبات العقد، مثل ما نصت عليه المادة 645 ق.م.ج في عقد الكفالة بقولها " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة "

ثالثاً: العقد العيني (Contrat réel):

هو العقد الذي لا يتم انعقاده إلا بتسليم محل العقد عيناً (La tradition)، حيث يعتبر التسليم ركناً فيه فلا ينعقد بمجرد التراضي بل يجب علاوة على ذلك تسليم الشيء محل العقد³، وبعبارة أخرى هو عقد

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 149.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 55.

³ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 47.

لا يتم انعقاده إلاّ بالقبض ومثاله عقد الهبة وفقاً للمادة 206 ق.أ.ج بقولها: " تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة " ¹.

الفرع الثاني

أنواع العقود العقارية

وبالرجوع إل شتى القوانين التي تحكم العقار في بلادنا يمكننا استخلاص 04 أربعة أنواع من السندات التي تثبت الملكية العقارية، وفي هذا الفرع ارتأينا أن نخصص السندات العرفية (أولاً)، ثم السندات التوثيقية (ثانياً)، ثم السندات الإدارية (ثالثاً)، ثم السندات القضائية (رابعاً).

أولاً: السندات العرفية

هي تلك المحررات التي يقوم بإعدادها الأطراف سواءً بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل إثبات تصرف قانوني، ويتم توقيعها من قبل المتعاقدين وحدهم ²، والشهود إن وجدوا، من دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص ³.

وما يهمنا في هذه الدراسة هو حجية العقود العرفية التي يحررها الأفراد المنصبة على العقارات، وهو ما يقتضي التمييز بين مرحلتين رئيسيتين أساسيتين:

1 - مرحلة ما قبل 1971/01/01.

إن عملية نقل الملكية العقارية وإثباتها في تلك الفترة لم يكن يشترط في صحتها الشكل الرسمي ويكفي فيها الشكل العرفي تكريساً لمبدأ الرضاية الذي يكون يسود المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية.

¹ - القانون رقم 84-11 المؤرخ في: 1984/11/09، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج. ر.ج.ج.، ع. 24، الصادرة في: 1984/06/12.

² - المادة 327 من القانون المدني: " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن وقعه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء...."

³ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، ط. 10، 2014، ص 15، 22.

2 - مرحلة ما بعد 1971/01/01.

بعد صدور الأمر 70- 91 المتضمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريان تطبيقه في 1971/01/01 جاءت المادة 12 منه والتي أوجبت صراحة الكتابة الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان¹، وعليه فإن العقود العرفية المتعلقة بالعقارات المبرمة بعد 1971/01/01 تعتبر في حكم القانون باطلة بطلاناً مطلقاً حتى ولو تم تسجيلها² بمصلحة التسجيل والطابع بمفتشية الضرائب.

ثانياً: السندات التوثيقية

هي تلك المحررات العقارية التي يقوم الموثق بتحريرها بصفته ضابط عمومي طبقاً للأشكال والترتيبات المنصوص عليها قانوناً، ويتم توقيعها من طرفه والمتعاقدين والشهود إذا حضروا.

وفيما يتعلق بإثبات الملكية العقارية، فيمكن تصنيفها إلى:

- العقود الرسمية: كعقد البيع وعقد المبادلة.
- العقود الاحتفالية: كعقد الهبة والوصية والوقف.
- العقود التصريحية: كعقد الشهرة والشهادة التوثيقية³.

ثالثاً: السندات الإدارية

هي تلك الوثائق المتعلقة بالعقارات التي تحررها الإدارة العمومية التصرف في ملكيتها العقارية لفائدة الغير، ويمكن تصنيفها كالتالي:

العقود الإدارية، شهادات الملكية، الدفتر العقاري، شهادة التقييم المؤقت، شهادة الحيازة، سند الملكية الذي يسلم في إطار التحقيق العقاري.

¹ - الأمر رقم 70-91، المؤرخ في: 15/12/1970، المتضمن قانون التوثيق- الملغى، ج.ر.ج.ج.، ع. 107، الصادرة بتاريخ: 25/12/1970.

² - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص. 25.

³ - حمدي باشا عمر، المرجع نفسه، ص. 29 وما يليها.

رابعاً: السندات القضائية

تعد الأحكام الصادرة عن الجهات القضائية في عدد من الحالات سندات رسمية تحل محل عقود الملكية المنصبة على الملكية العقارية، مثل أحكام رسو المزاد، حكم تثبيت حق الشفعة¹.

المبحث الثاني

تكوين العقد العقاري وتنفيذه

لكي يقوم العقد صحيحاً ينبغي أن تتوفر الأركان الأساسية واللازمة لذلك وهي التراضي والمحل والسبب والشكل بالنسبة للعقود الشكلية التي محلها عقار، ومتى توافرت هذه الأركان فيجب على المتعاقدين تنفيذ محتوى العقد.

وعليه، سنتكلم في هذا المبحث تكوين العقد العقاري في (المطلب الأول)، ثم تنفيذه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تكوين العقد العقاري

إن أساس تكوين العقد العقاري (La formation du contrat) هو الإرادة، أي بمعنى يجب أن يتحقق تراضي المتعاقدين وتحليل فكرة التراضي يوضح عن ضرورة توافر عنصرين أساسيين فيه وهما المحل (L'objet) والسبب (La cause) فللرضا موضوع أو محل يرد عليه، كما أن له سبباً يدفع إليه أو غاية يراد تحقيقها بإبرام العقد وإنشاء الالتزامات لذلك جرى التقليد في الفقه المدني بأن أركان العقد هي ثلاثة وهي التراضي (الفرع الأول) و المحل (الفرع الثاني) والسبب (الفرع الثالث)، وأضاف القانون ركناً رابعاً في مجال إبرام العقود العقارية وهو الشكلية (الفرع الرابع).

¹ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص. 45 ، 69.

الفرع الأول

التراضي

سبق القول أن العقد هو توافق إرادتين فأكثر على إحداث أثر قانوني وتوافق الإرادتين وهوما يعبر عنه بالتراضي (Le consentement) ووجود الرضا لا يكفي لإنشاء العقد صحيحاً لذا لا بد أن يكون الرضا سليماً من العيوب، لذا سنتناول في هذا الفرع في وجود الإرادة والتعبير عنها أولاً، وصحة الرضا ثانياً.

أولاً: وجود الإرادة والتعبير عنها

1 - وجود الإرادة (La volonté):

لكي يتوافر الرضا بالعقد عامة والعقد العقاري خاصة لا بد أن توجد الإرادة في كل من طرفيه، والإرادة يقصد بها أن يكون الشخص مدركاً لما هو مقدم عليه، ولذا ربط القانون بين الإدراك والتمييز، فالشخص عديم الإرادة أي فاقد الإدراك وفاقد التمييز كالصغير غير المميز.

2 - التعبير عن الإرادة (Déclaration de la volonté):

التعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي، ولذلك نجد أن المادة 59 ق.م.ج تقضي بأنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " ¹.

فالنص كان حريصاً على أن العقد عامة، بما في ذلك العقد العقاري يتم عند تبادل التعبير عن إرادتي طرفي العقد المتطابقتين ولم يكتفي بالقول أن العقد يتم بمجرد إرادتين متطابقتين ².

أ - **التعبير الصريح:** ويقصد به الإفصاح عن الإرادة وبصورة مباشرة، فيكون هذا التعبير بالكلام وبالألفاظ وهي الطريقة العادية للتعبير عن الإرادة في التعاقد بين حاضرين، وقد يكون بالكتابة رسمية كانت أو غير رسمية، كما قد يكون التعبير عنها بالإشارة المتداولة عرفاً.

¹ - الأمر رقم 58-75، مرجع سابق.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 82.

ب - التعبير الضمني: ويقصد به التعبير الغير مباشر، وفقاً للمادة 60 ق.م.ج ويكون عن طريق الاستنباط التي تقوم بها الشخص كمؤشر لتلك الإرادة وما ينطوي عليه ومثاله استمرار المؤجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار فيعتبر قرينة على رغبته في تجديد عقد الإيجار العقاري.

ج - السكوت كتعبير عن الإرادة: الأصل أن السكوت لا يعتبر تعبيراً عن الإرادة، ومع ذلك في بعض الحالات قد ينسب فيها لساكت قول وبالتالي فيعد السكوت في مثل هذه الأحوال تعبيراً عن الإرادة وهو يصلح في موضوع القبول فقط، أما في موضوع الإيجاب فمن المستحيل أن يكون السكوت إيجابياً¹، ويكون السكوت دليلاً على القبول في ثلاثة حالات معينة نصت عليها المادة 68 ق.م.ج بقولها: " إن كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه " .

د - 1 - الإرادة الباطنة: ويقصد بها الإرادة الحقيقية التي تجد مظهرها الخارجي المعلن عنها، فإذا كانت ثمة مطابقة بين الإرادة الباطنة أو الحقيقية والتعبير عنها في العالم الخارجي فلا صعوبة تذكر، غير أنه كان اختلاف بينهما في مثل هذه الأحوال هل يعتد بالإرادة الظاهرة أي المعلنة، أم يعتد بالإرادة الباطنة ولا يكون للتعبير عنها قيمة في ذاته ؟

- وجدت في هذا الشأن نظريتان:

- النظرية اللاتينية: هذه النظرية تعتد بالإرادة الباطنة ويأتي على رأسها القانون الفرنسي، وهي التي وحدها يمكن أن تلزم الشخص، أما التعبير الظاهري ما هو إلا وسيلة للإفصاح عما تنطوي عليه، فالإرادة الباطنة هي التي يعول عنها سواءً عند إبرام العقد أو عند تفسيره.

- النظرية المادية: ويأخذ بها في الفقه الجرمني وهي تنظر إلى الظاهر.

¹ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 53 ، 54 ، 55.

د - 2 - الإرادة الظاهرة: سادت هذه النظرية في الفقه الجرمانى، حيث ينعقد العقد بمجرد التعبير الخارجى عنها بصرف النظر عن نية من صدر منه، فالعبرة فى هذه النظرية هى بإعلان الإرادة، حتى يكون هناك استقرار فى التعامل بين الناس¹.

والراجع أن القانون الجزائرى مثله مثل القانون المصرى والفرنسى قد يأخذ بالنظرية اللاتينية التى تأخذ بالإرادة الباطنة كأصل وبالنظرية المادية التى تأخذ بالإرادة الظاهرة كاستثناء، كما نصت المادة 1/111 ق.م.ج بقولها: " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين ... "

ثانياً: توافق الإرادتين (الإيجاب والقبول)

فلكى ينعقد العقد يجب أن يبدأ أحد الطرفين بإيجاب ثم لابد أن يقترن بالطرف الآخر بالقبول.

1 - الإيجاب: وهو تعبير بات عن الإرادة موجه إلى شخص أو أشخاص آخرين يعرض عليهم الدخول فى رابطة عقدية وفقاً للشروط التى يحددها هذا الإيجاب، وقد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإعلان والنشر، ... إلخ.

2 - القبول: وهو تعبير بات عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب وينطوي على إحداث أثر قانونى، كتنقل الملكية العقارية، وقد يكون هذا التعبير صريحاً باللفظ أو بالكتابة، كما يتم بالإشارة أو بالحركات المفهومة التى تكشف عن نية القابل فى إتمام العقد، وإذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً.

3 - اقتران الإيجاب بالقبول: لكى ينعقد العقد العقارى يجب أن يتطابق الإيجاب والقبول، أى أن يعلم كل من العاقدين بالإيجاب والقبول فينعقد العقد بين الحاضرين متى كان يضمهما مجلس واحد، وقد ينعقد العقد بين غائبين².

¹ - فاضلى إدريس، مرجع سابق، ص. 56 ، 57.

² - فاضلى إدريس، المرجع نفسه ، ص. 58 ، 63 ، 65.

ثالثاً: صحة التراضي

وجود الرضا ركن أساسي في العقد العقاري إذا تخلف بطل العقد، ويشترط لصحة الرضا أن يكون من صدر منه متمتعاً بالأهلية، وأن يكون رضاً خالياً من عيوب الإرادة التي هي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، إذن فشرط صحة التراضي هي الأهلية وخلو الإرادة من العيوب.

1 - الأهلية: الأصل في الشخص أن يكون كامل الأهلية وفقاً للمادة 78 ق.م.ج وأن أحكام الأهلية من النظام العام، بحيث أنه لا يجوز لأحد التنازل عنها أو تغيير أحكامها إلا بمقتضى نص في القانون وفقاً للمادة 45 ق.م.ج، والمقصود في نطاق دراسة صحة التراضي هو أهلية الأداء، وهي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية، هذه الأهلية إذا كانت معدومة كما في حالة الصبي غير المميز، والمجنون، والمعتوه، إذا انعدمت الإرادة تماماً ووقع العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً¹، أما إذا كانت الأهلية ناقصة، كما في حالة الصبي غير المميز والسفيه، وذو الغفلة، كانت الإرادة معيبة وكان التراضي غير صحيح هذا وتعتبر تصرفات المجنون، والمعتوه، والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه وهذا وفقاً للمادة 43 و 44 ق.م.ج والمادة 85 ق.أ.ج وعليه فمن بلغ سن الرشد أي 19 سنة كاملة ولم يحجر عليه يعتبر كامل الأهلية وفقاً لأحكام المادة 40 ق.م.ج.

2 - خلو الإرادة من العيوب: أورد القانون المدني أربعة عيوب يمكن أن تشوب الإرادة، وتجعل رضا المتعاقد معيباً بأحدهما وبالتالي ناقصاً وهذه العيوب هي الغلط، والتدليس، والإكراه، والاستغلال.

أ - الغلط (L'erreur): نصت المادة 81 ق.م.ج على أنه: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله"، إذن فيشترط في الغلط الذي يعيب الإرادة ويجعل العقد قابلاً للإبطال أن يكون جوهرياً، وقد تولت المادة 82 ق.م.ج تعريف الغلط الجوهري بقولها: "يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص إذا وقع في صفة للشئ يراها المتعاقدان جوهرياً، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشرط العقد

¹ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 97، 98، 99.

ولحسن النية، وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد ".¹

ب - التدليس (Le dol): تنص المادة 86 ق.م.ج على العيب الثاني في الإرادة وهو التدليس بقولها: " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد، ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ".¹

إذن فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه وتدفعه إلى التعاقد، ويفترض قيام عنصرين، عنصر مادي، وهو استعمال الحيل، وعنصر شخصي، وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد¹.

ج - الإكراه (La violence): تنص المادة 88 ق.م.ج على أنه: " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق ...".¹

فالإكراه هو عيب ثالث في الإرادة يجعل المتعاقد تحت سلطان خوف حال، ومثاله أن يمسك شخص بيد شخص ويجعله يوقع بالعنف على عقد، فتكون إرادته منعدمة تماماً، والإكراه الذي يعيب الإرادة يقوم على عنصرين: عنصر مادي وهو استعمال وسائل ضاغطة على حرية الإرادة سواءً كانت وسائل مادية كالضرب والعنف ووسائل نفسية كالتهديد بالأذى، وعنصر شخصي وهو أن يكون من شأن التهديد أن يبعث رهبة وخوفاً في نفس المتعاقد.

د - الاستغلال (L'exploitation): تنص المادة 90 ق.م.ج على أنه: " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلاً لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوىً جامحاً، جاز للقاضي بناءً على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى

¹ - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 61 ، 61.

الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن"، إذن فالعيب الرابع في الرضا هو الاستغلال ويقوم هذا الأخير حسب النص القانوني على عنصرين، عنصر مادي، وهو عدم تعادل التزامات الطرفين مطلقاً، ولا يكفي أن يكون عدم التعادل ضئيلاً، بل يجب أن يكون فادحاً وهذا ما يحدث غالباً في عقود المعاوضة كعقد البيع الخاص بعقار، وعنصر شخصي وهو استغلال طيش بين أو هوى جامع أي متسلط على الإرادة، ومثاله إدمان الخمر، أو لعب القمار، ويشترط أن يكون هذا الطيش هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد، وهي أيضاً مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء، ويقع عبء إثبات الطيش أو الهوى على عاتق الطرف المغبون¹.

الفرع الثاني

المحل

على العموم فمحل العقد (L'objet) هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد، أما محل الالتزام فهو ما استوجبه المشرع من شروط وأحكام نص عليها في المواد من: 92 إلى 95 من القانون المدني ويشترط في محل الالتزام ثلاثة شروط وهي:

أولاً: أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود

يجب أن يكون محل الالتزام موجوداً فإذا تخلف لا ينشأ العقد العقاري، فإذا كان محل الالتزام موجوداً ثم هلك قبل إبرام العقد، انتفي ركن المحل وكان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً، أما إذا لم يكن موجوداً أثناء التعاقد، ولكن يمكن أن يوجد في المستقبل ويكون العقد صحيحاً، وهذا وفقاً لنص المادة 92 ق.م.ج تنص على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً..."، وإجمالاً يشترط أن يكون محل الالتزام موجوداً عند إبرام العقد، أو يكون ممكن الوجود في المستقبل، وامكانية الوجود تعني أن لا يكون المحل غير مستحيل في ذاته، إذ تنص المادة 93 ق.م.ج على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

1 - علي علي سليمان، مرجع سابق، ص. 67، 68.

ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعين

تنص المادة 1/94 ق.م.ج تنص على أنه: " إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه، ومقداره وإلا كان العقد باطلاً"، ويكون المحل معيناً إذا حدد تحديداً كافياً لبيان عناصره ومضمونه، ويختلف الحكم بحسب ما إذا تعلق الأمر بشيء معين بالذات أو ما إذا تعلق بشيء معين بالنوع، ومثاله إذا تعلق الأمر بعقد بيع عقاري ويتعلق الأمر بشيء معين بالذات كمنزل وجب أن يحدد الطرفان الشيء محل الالتزام تحديداً كافياً نافياً للجهالة كذكر الموقع، الحدود، المساحة، عدد الطوابق،... إلخ، وقد يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود كما لو اقترض المدين مبلغاً من النقود بمقتضى عقد قرض على أن يسدد في تاريخ معين¹، وقد نصت المادة 95 ق.م.ج على أنه: " إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي تأثير".

ثالثاً: أن يكون المحل مشروعاً

يشترط في الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل أن يكون محله مشروعاً، ومما يجوز التعامل فيه أو غير مخالف للنظام العام أو للآداب العامة وفقاً لنص المادة 93 ق.م.ج بقولها: " إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلائناً مطلقاً"، وهناك الحالات حتى ولو كانت حقوقاً غير مالية فلا يصح التعامل فيها كبيع الحقوق السياسية وحق تولي الوظائف العامة.

الفرع الثالث

السبب

تناول المشرع الجزائري السبب (La cause) في المادتين 97 و98 ق.م.ج، والسبب يعرف عادة بأنه الغرض المباشر المجرد الذي يقصد إليه المتعاقد من التزامه، أما الطرف غير المباشر فهو الدافع إلى التعاقد، والسبب بهذا المفهوم لا يكون عنصراً في كل التزام بل هو يقتصر على الالتزام العقدي دون الالتزام غير العقدي

¹ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 101 إلى 103.

الذي لا يقوم على إرادة الملتزم ومن هنا يتصل السبب كعنصر في الالتزام العقدي بالإرادة، ذلك أن الإرادة المعتبرة قانوناً لا بد لها من سبب مشروع¹، والسبب يفيد في نظرية الالتزام معينين أساسيين:

الأول: المصدر الذي يستمد منه الالتزام وجوده ويطلق عليه (السبب المنشئ).

الثاني: يقصد به الغرض أو الغاية التي يرمي إليها الملتزم من وراء قبوله أن يتحمل الالتزام، ويسمى في هذا المجال (السبب القصدي)².

الفرع الرابع

الشكلية

رأينا فيما سبق أن أركان العقد ثلاثة وهي التراضي والمحل والسبب، وقد يضيف القانون أو المتعاقدان إلى الأركان الثلاثة للعقد ركناً رابعاً وهو الشكل، وهذا بما يسمى بالعقد الشكلي، فإذا توافرت هذه العناصر الأساسية للعقد، أنتج أثره، أما إذا لم تتوافر أو تخلف أحدهما، كان العقد باطلاً بطلاً مطلقاً.

وهناك بعض العقود اشترط المشرع إخضاعها لركن الشكلية، ومن بينها العقود العقارية، أي التي تكون فيها التصرفات واردة على العقارات، تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1 ق.م.ج والتي تنص على أنه: "زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن ملكية عقار أو حقوق عقارية...".

وعليه، يجب أن تفرغ هذه العقود في طابع رسمي من قبل موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، في حدود سلطته واختصاصه وهذا تطبيقاً لنص المادة 324 ق.م.ج³.

¹ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 155.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 223.

³ - دوة آسيا ورمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، ط. 03، سنة: 2011، ص. 33.

ونظراً لأهمية ركن الشكلية أو بما تسمى قاعدة الرسمية، سنتناول مفهوم هذه القاعدة وأهميتها والأشخاص المؤهلين قانوناً للقيام بها في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

المطلب الثاني

تنفيذ العقد العقاري

يجب على المتعاقدين تنفيذ العقد لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع يوجبه حسن النية، ومتى نشأ العقد العقاري صحيحاً ينتج آثار متمثلة في الحقوق والالتزامات ترتبط بالمتعاقدين وبغير المتعاقدين سواءً كانوا خلف لهما أو غير ذلك، وسنتناول في هذا المطلب آثار العقد بالنظر إلى المتعاقدين (الفرع الأول)، ثم آثار العقد بالنظر إلى غير المتعاقدين (الفرع الثاني).

الفرع الأول

آثار العقد العقاري بالنسبة إلى المتعاقدين

يترتب على إبرام العقد وفقاً للأركان والشروط، نشوء الحقوق والالتزامات التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين، والأصل في هذه الحقوق والالتزامات التي تترتب على العقد تنصرف إلى ذمة المتعاقدين دون سواهما، فالعقد لا يفيد ولا يضر طرفيه، ينصرف أثر العقد بمجرد إبرامه إلى العاقد نفسه.

قد يخول القانون لأحد المتعاقدين الحق في أن يستقلّ بإلغاء العقد العقاري كما في الرجوع عن الهبة، حسب نص (المادة 211 ق.أ.ج)، كما يمنح المشرع أحياناً للقاضي حق تعديل العقود وهذا ما يبدو جلياً فيما يعرف بنظرية الظروف الطارئة التي نصت عليها (المادة 2/107 ق.م.ج)¹.

¹ - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، الجزائر، (دون ذكر رقم الطبعة)، ط. سنة: 2004، ص.55.

الفرع الثاني

آثار العقد العقاري بالنسبة إلى غير المتعاقدين

إن هذه الآثار لا تقف عند طرفي العقد فقط، بل تمتد إلى خلفائهما، فالمتعاقد لا يمثل نفسه فحسب، وإنما يمثل أيضاً خلفائه وكذا بالنسبة للغير¹.

أولاً: الخلف العام

الخلف العام هو من يخلف السلف سواء كان ذلك سلباً أو إيجاباً أو في جزء منها فيحل الخلف محل السلف بالنسبة للحقوق والواجبات المكونة للذمة المالية، والقاعدة بالنسبة للخلف العام أن أثر العقد العقاري ينصرف إليه سواءً من حيث ما يقرره من حقوق أو ما يوجبه من التزامات وذلك على أساس أن الوارث يعتبر امتداداً لشخصية مورثه، وقد نصت المادة 108 ق.م.ج على أنه: " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث"، يتبين من نص المادة أن ما يبرمه المورث من عقود ينصرف إلى ورثته، إذن فالذمة المالية تنتقل بإيجابياتها وسلبياتها إلى الخلف العام.

وهناك حالات لا تنصرف فيها آثار العقد العقاري إلى الخلف العام وهي:

- إذا كانت ديون التركة تزيد على حقوقها.
- إذا اتفق العاقدان على قصر الحق أو الالتزام على شخص العاقد.
- إذا كانت طبيعة العقد أو التعامل ذاتها تقتضي عدم انصراف الآثار إلى الورثة كما لو كان حق انتفاع وفقاً لنص المادة 852 ق.م.ج.
- ما نص عليه القانون لبعض عقود الشركة، التي تنقضي بموت أحد الشركاء وفقاً لنص المادة 439 ق.م.ج.
- الوصية فيما زاد على ثلث التركة لا تسري في حق الورثة إلا إذا أقرها¹.

¹ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 134.

ثانياً: الخلف الخاص

الخلف الخاص هو من يتلقى من السلف حقاً معيناً كان قائماً في ذمته، سواءً أكان هذا الحق عينياً أم شخصياً أم يرد على شيء غير مادي، فالمشتري يخلف البائع في المبيع والمنتفع يخلف المالك في حق الانتفاع، وتقضي المادة 109 ق.م.ج على أنه: " إذا أنشأ العقد التزامات، وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"، إذن فالخلف الخاص يتأثر بالعقود التي أبرمها السلف، أي أن وصف الطرف ينتقل إليه إذا توافرت الشروط التي نص عليها المشرع في المادة 109 ق.م.ج السابقة الذكر².

وتقضي أحكام هذه المادة، لا تنصرف آثار العقد العقاري إلى الخلف الخاص إلا بتحقق شرطين:

– أن تكون الحقوق والواجبات التي رتبها العقد من مستلزمات الشيء الذي تلقاه الخلف الخاص.

– أن يكون الخلف الخاص على علم بهذه الحقوق والواجبات³.

ثالثاً: أثر العقد العقاري بالنسبة إلى الغير

الأصل أن آثار العقد العقاري لا تنصرف إلى غير العاقد أو من يمثله، فالعقود لا تضر ولا تنفع غير عاقيها وهذا طبقاً لمبدأ نسبية أثر العقد وفقاً لنص المادة 1/113 ق.م.ج بقولها: " لا يرتب العقد التزاماً في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً".

¹ – فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 135، 136.

² – بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 209.

³ – علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 327، 328.

الفصل الأول

الرّضائية في العقد العقاري

العقاري

الفصل الأول

الرضائية في العقد العقاري

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي، وأيضاً في القانون الحديث هي رضائية العقود¹، فبعد أن استقر مبدأ الرضائية (Principe de consensualisme) في التصرفات القانونية، أصبح التراضي هو الركن الأساسي في التصرف القانوني، ومن ثم أصبحت الإرادة وحدها مجردة من أي شكلية كافية وحدها لإنشاء التصرف، وهكذا أصبحت الرضائية مبدأً عاماً في إبرام التصرفات القانونية، ومع ذلك يرد على هذا المبدأ وتلك القاعدة استثناءات قليلة، يستلزم فيها إفراغ التراضي في شكل خاص يعتبر ركناً في العقد لا يقوم بدونه، ولأهمية الرضائية في مجال إبرام العقود، لاسيما التي يكون محلها عقاراً، سنقوم بدراستها.

وعليه، سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين سنتناول في (المبحث الأول) مفهوم الرضائية وتطورها التاريخي، وفي (المبحث الثاني) دور الرضائية في تكوين العقد العقاري.

¹ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 45.

العقاري

المبحث الأول

مفهوم الرضائية وتطورها التاريخي

إن مبدأ سلطان الإرادة يتجلى في مبدأ الرضائية، ولا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة بتحديد مضمونه، والمقصود منه أن التراضي وحده كاف لإبرام العقد، سواءً كان ذلك قبل فترة التعاقد أو أثناء إبرام العقد، ويلتزم المتعاقدان بما ورد في عقودهما التي أبرماها برضاها، ويقومان بتنفيذ التزاماتهما المترتبة عنها وفقاً لما جرى عليه الاتفاق في العقد.

لذا سنستعرض في هذا المبحث إلى مفهوم الرضائية في (المطلب الأول)، ثم إلى التطور التاريخي للرضائية في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

مفهوم الرضائية

إن مبدأ سلطان الإرادة ينبغي عدم اختلاطه بمبدأ آخر، سائد كذلك في نظرية العقد وهو مبدأ الرضائية ذلك أن هذا المبدأ الأخير لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد ولا علاقة له بتحديد مضمونه، والمقصود منه أن التراضي وحده كاف لإبرام العقد. فينشأ العقد بمجرد تطابق إرادتي العاقدين، أيا كانت طريقة التعبير عنهما، والقاعدة في القانون الحديث هي رضائية العقود، ومع ذلك، يرد على هذه القاعدة استثناءات قليلة، يستلزم فيها إفراغ التراضي في شكل خاص يعتبر ركناً في العقد العقاري لا يقوم بدونه ومع كل هذا، فإنه لا يخل بمبدأ الرضائية أن يحدد طريق خاص لإثبات الالتزام، فالعقد يظل رضائياً رغم هذا التحديد¹.

كما أن مبدأ سلطان الإرادة نظرية تدخل في نطاق فلسفة القانون ولكن نظراً لما لها من نتائج عملية هامة فإننا نشير إليها بإيجاز.

¹ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 45.

العقاري

وهذا المبدأ تلقيناه من فلسفة القرن الثامن عشر التي اتسمت بفرديّة والآراء الحرة والتي نبع عنها إعلان حقوق الإنسان وتتلخص هذه الفلسفة، في أن الناس ولدوا أحراراً ومتساوين في الحقوق وهذه الحرية والمساواة تقضي بأن يسمح بأن يأتوا ما شاءوا من التصرفات بما فيها إبرام العقود العقارية بشرط عدم الإضرار بالغير، أما القهر الاجتماعي الذي يتمثل في القانون، فيجب ألا يكون إلا في أضيق الحدود لحماية النظام العام والآداب العامة، فإرادة الفرد يجب أن تكون حرة لأن الفرد وجد قبل المجتمع، والمجتمع وجد لإسعاد الفرد وعلى ذلك فيجب ألا يجد القانون من الحرية إلا استثناءً والنتيجة المنطقية لهذه الفلسفة الفرديّة الحرة هي مصدر القوة الملزمة للعقد¹، أما دور القانون فهو تحقيق تنفيذ الالتزام الذي ارتضاه الطرفان وهذا ما يعبر عنه " العقد شريعة المتعاقدين " المادة 601 الفقرة 01 من ق.م.ج.

ومعنى مبدأ سلطان الإرادة (Principe de l'autonomie de la volonté) أنه يكفي توافق إرادتين لإنشاء العقد، كاتفاق شخصين على إبرام عقد عقاري متعلق ببيع بناية، وأن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد العقاري. وهذا مفاده أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة، وأن هذه الإرادة هي التي تحدد ما يترتب على الالتزام من آثار قانونية، كنقل الملكية العقارية من المالك الأصلي إلى المالك الجديد.

ومن هنا، ضرورة وجوب احترام حرية التعاقد، والقوة الملزمة للعقد المستمدة من مشيئة المتعاقدين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاقهما، وليس للمشرع أو القاضي أن يتدخل في العقد العقاري.

المطلب الثاني

التطور التاريخي للرضائية

ستنطرق إلى تطور القانون نحو الرضائية (الفرع الأول)، ثم إلى موقف المشرع الجزائري من هذا المبدأ في (الفرع الثاني).

¹ - Site : <http://www.uobabylon.iq.com> ; Principe de l'autonomie de la volonté; sans auteur ; page vue le : 21/04/2018.

العقاري

الفرع الأول

تطور القانون نحو الرضائية

لقد عرف القانون الروماني على أنه قانون شكلي، فالإرادة وحدها لا تستطيع إنشاء التزامات إلا بالخضوع إلى شكل معين، فمن أجل جعل الأطراف ملتزمين فيما بينهم لابد من القيام بطقوس معينة، أي أن العقد لم يكن مقبولاً أبداً أن ينشأ بمجرد توافق الإرادتين (Nudum Puctum)، فالمدين يلتزم لا لسبب إلا لأنه استوفى أشكالاً معينة، ويعتبر التزامه صحيحاً حتى لو كان السبب الحقيقي الذي التزم من أجله غير موجود أو غير مشروع، فالعقد كان يستمد من شكله لا من موضوعه، ولكن الحضارة الرومانية ما لبثت أن تطورت وتعددت سبل الحياة، فكان من ذلك توزيع العمل، والحاجة إلى كثرة التبادل ووجوب السرعة في المعاملات، واقرن هذا كله بتقدم في التفكير القانوني أدى إلى التمييز بين الشكل والإرادة في العقد، وإعطاء الإرادة قسطاً من الأثر القانوني¹. وأثناء تطور القانون الروماني اكتفى بتسليم العين محل العقد بدلاً من إجراءات الشكلية وبذلك ظهرت طائفة العقود العينية كرهن الحيازة، واقتضت حاجات التجارة وتسهيل المعاملات أن يعترف القانون الروماني فيما بعد بأن التراضي وحده يكفي للانعقاد أربعة عقود وهي، البيع والإيجار، والوكالة، والشركة، ثم ظهرت عقود يكفي فيها أحد الطرفين بتنفيذ التزامه دون الشكل كعقد الهبة بعوض وعقد المقايضة².

أما القانون الجرمني فكان هو أيضاً قانوناً شكلياً، رغم وجود بعض الأمثال التي توهم أن مجرد الرضا كاف لإنشاء العقد، كقول المثل: "تقيد الثيران بقرونها والرجال بكلامهم"، وقولهم أيضاً: "أن الاتفاق يغلب القانون" - (Conveance Vaiquent Loy)، إلا أن هذه الأقوال وضعت كقواعد خلقية

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 142.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 56.

العقاري

لا كمبادئ قانونية، وإن كانت تدل على بداية التطور نحو مبدأ الرضائية في العقود، أما في العصور الوسطى فقد بدأت الإرادة تستعيد دورها في تكوين العقود تدريجياً، وذلك بفضل عدة عوامل نذكر منها:

- العامل الديني، وذلك بتأثير المبادئ الدينية مما ساهم في سهولة الانتقال من فكرة العقوبة إلى فكرة الالتزام فأصبح للاتفاق دعوى تحميه تسمى: (Action exnudopcto) ، ويمكن طلب تنفيذه أمام المحاكم الكنسية.

- عوامل اقتصادية، بفضل ازدهار التجارة وتطور العلاقات ما بين الناس وتنوع مواضيع العقود.

- العوامل السياسية، وتمثلت في تدخل الدولة في الروابط القانونية وتوليها حماية حقوق الفرد التعاقد بمجرد الاتفاق.

- العامل القانوني والمتمثل، في إحياء القانون الروماني والبدء في دراسته والتأثر به، خصوصاً فيما وصل إليه في أواخر مراحل من ظهور لبعض العقود الرضائية¹.

كما ساهم القانون الكنسي في الحد من الشكلية وظهور مبدأ الرضائية، وفي الفقه الإسلامي نجد أن مبدأ الرضائية يسود جميع العقود، فالعقود بما فيها العقارية تنشأ بمجرد ارتباط إرادتين بغض النظر عن وسيلة التعبير عن الإرادة، فلا حاجة إلى إفراغ إرادة المتعاقدين في شكل معين، فإذا تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما انعقد العقد².

أما القانون الحديث فقد عرف تطور نحو مبدأ الرضائية، والذي شهد توسعاً خصوصاً في القرن التاسع عشر، أدى ببعض الفقه إلى القول بأن النظم القانونية ليست إلا تاريخاً لتحرر الإرادة من الشكلية

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 143.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 57.

العقاري

شيئاً فشيئاً، حتى أصبحت مجردة من أي وضع أو شرط، وأصبحت تبسط سيادتها وسلطانها على جميع نواحي القانون وليس على العقود فقط، بل حتى على النظم الاجتماعية والاقتصادية¹.

وفرضت الشكلية الحديثة من أجل حماية الرضا، فالشكل وحده فيها غير كاف لإنشاء العقد دون رضا المتعاقدين، بل ينظر إليه كركن أصلي في العقد، على عكس الشكلية القديمة التي كانت وحدها تكفي لإنشاء العقد دون الاهتمام بالرضا، وبالتالي اعتبر كل من مبدأ الرضائية ومبدأ الشكلية من الخيارات الأساسية وذلك لأهميتها في تنظيم العقود، ولكن بالرغم من اتساع مجال الشكلية خاصة بمفهومها الواسع يبقى التمسك بالرضائية هو المبدأ.

الفرع الثاني

مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري

يجمع فقهاء القانون الحديث على أن الرضائية أصبحت هي القاعدة العامة التي تحكم إنشاء العقد وقيامه، وفي القانون الجزائري نجد أن القاعدة العامة هي الرضائية، وتبنى المشرع هذا المبدأ، فالرضا فيه كاف لإنشاء العقد، ما لم يقضي بغير هذا نص خاص، فنص المادة 59 ق.م.ج تنص على أنه: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "

ومن هذا يتضح أن مبدأ الرضائية هو الأصل، أما الشكلية فهي الاستثناء لورود عبارة (دون الإخلال بالنصوص القانونية)، ومعنى هذه العبارة هي (مع مراعاة ما يقرره القانون من إجراءات معينة لإبرام العقد)²، ويتعلق بالأمر بالعقود التي يكون محلها عقاراً، والمادة 60 ق.م.ج أشارت لتطبيق مبدأ الرضائية إذ نصت على أنه: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما

¹ - بوفلحة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية عل ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2007، ص. 27 ، 28.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 57.

العقاري

يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك من دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً¹.

وفي الأخير، يتضح أن المشرع الجزائري من خلال صياغته للمادتين 59 و 60 من ق.م.ج قد رسخ مبدأ الرضائية كقاعدة عامة، لما له من دور في تبسيط المعاملات وسرعة العلاقات التعاقدية، ولكن وضع له حدود معينة، وذلك بالتخفيف منه بفرض بعض الإجراءات قبل إبرام العقد، وهو ما يعرف بالشكلية غير المباشرة، هذا من جهة ومن جهة أخرى وضع له حدوداً تمثل استثناءات حقيقية تعرف بالشكلية المباشرة، لاتصالها بتكوين العقد وهو ما سنعالجه لاحقاً¹.

¹ - بوفلجة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص. 29، 30.

العقاري

المبحث الثاني

دور الرضائية في تكوين العقد العقاري

إن مبدأ سلطان الإرادة يتجلى في مبدأ الرضائية، ولا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد، ولا علاقة بتحديد مضمونه، والمقصود منه أن التراضي وحده كاف لإبرام العقد، سواءً كان ذلك قبل فترة التعاقد أو أثناء إبرام العقد، ويلتزم المتعاقدان بما ورد في عقودهم التي أبرمها برضاهم، ويقومان بتنفيذ التزاماتهم المترتبة عنها وفقاً لما جرى عليه الاتفاق في العقد.

لذا سنستعرض في هذا المبحث إلى دور الإرادة في تكوين العقد العقاري في (المطلب الأول)، ثم إلى نتائج مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه في (المطلب الثاني).

المطلب الأول

دور الإرادة في تكوين العقد العقاري

إن للإرادة دور كبير في تكوين العقد العقاري، سواءً كان ذلك خلال مرحلة المفاوضات أو أثناء مرحلة إبرام العقد.

لذا سنتناول في هذا المطلب دور الإرادة في مرحلة المفاوضات (الفرع الأول)، ثم دورها في إبرام العقد العقاري (الفرع الثاني).

العقاري

الفرع الأول

دور الإرادة في مرحلة المفاوضات

إن العقد العقاري ينشأ بتطابق إرادتين متمثلتين في إيجاب يصدر من المتعاقد الأول، يعرض فيه على الطرف الثاني نيته الحسنة في الدخول في العلاقة العقدية، وبقبول يرضى به المتعاقد الثاني بالعرض الموجه إليه فيتم بذلك العقد، فإذا ما دخل الطرفان في دائرة التفاوض ترتب على ذلك كل منهما بمراعاة حسن النية في هذه المرحلة¹. ويقصد بالمفاوضات أولى فترات ما قبل التعاقد، وتكتسي لهذه الأخيرة أهمية بالغة في تحديد الإطار العام للعقد². وهي بذل محاولات للوصول إلى تفاهم متبادل بين المتعاقدين ليوقف كل منهما على مدى استعداد كل طرف لقبول شروط الطرف المقابل، حتى يتسنى لهما الوصول إلى اتفاق يتم صبه في قالب إيجاب يوجهه أحد الطرفين للآخر³، فالمفاوضات إذن هي مناقشة ما يعرضه أطراف العقد العقاري من وجهات نظر حول موضوع العقد النهائي⁴. إن المفاوضات وإن كان أساسها هو التوافق بين الإرادتين إلا أنها في الواقع اتفاقات تنحصر في تمهيد الطريق أمام المتعاقدين للتعاقد⁵.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، (بدون ذكر رقم الطبعة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص. 151.

² - مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقدية، (بدون ذكر رقم الطبعة)، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة: 2005، ص. 56.

³ - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، 1995، ص. 170.

⁴ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 238.

⁵ - بهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995، ص. 151.

العقاري

وتكتسي المفاوضات أهمية بالغة في مسيرة العقد العقاري، ولذلك يستوجب تهيئة الظروف والعوامل المناسبة لقيام مفاوضات حقيقية¹. فنجاحها يكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور منازعات بصدده تنفيذه²، فهي إذن تساهم في معرفة مدى استعداد كل طرف لقبول شروط وبنود الطرف الآخر، ومثاله عقد بيع عقار، يتعرف كل من المتعاقدين على الشيء المبيع ومشمولاته، وقيمته، وكيفية أداء الثمن، واستطاع أن يتبين رأي من يتفاوض معه³. كما تعمل المفاوضات على توضيح التزامات أطراف العلاقة التعاقدية، وتزيل أي غموض محتمل قد يقع فيه أطراف العقد العقاري في مرحلة التنفيذ⁴.

إن للمتعاقدين الحرية في الدخول في العلاقة التعاقدية طبقاً لمبدأ حرية التعاقد، كما له حرية اختيار الطرف الآخر، ومن ثم له حرية الاستمرار في العلاقة التعاقدية أو التخلي عنها⁵، ومن خلال نص المادة 352 ق.م.ج يتضح أن المشرع الجزائري قد أنشأ التزاماً بالإعلام على عاتق البائع اتجاه المشتري، ويمكن للقاضي باسم قواعد النظام الاقتصادي أن يفرض الالتزام بالإعلام بالنسبة لكل العقود⁶.

¹ - حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، سنة: 2016، ص. 79.

² - جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، (بدون ذكر رقم الطبعة)، الدار الجامعية للنشر، مصر، الإسكندرية، سنة: 2001، ص 31.

³ - أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، (بدون ذكر رقم الطبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، سنة: 1998، ص. 212.

⁴ - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، (بدون ذكر رقم الطبعة)، الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، لبنان، سنة: 2000، ص. 53.

⁵ - François Terré; Philippe Simples; Yres Lequette; Droit civil; Les obligation ; 7ème édition ;Dalloz ;1999 ;P 29.

⁶ - ملاح الحاج، حق المستهلك في الاعلام، مجلة مخبر القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، أبريل 2001، ص. 05.

العقاري

زيادة على المسؤولية المدنية وكذا التقصيرية، فذهب المشرع إلى أبعد من ذلك، تطبيقاً لقواعد المسؤولية الموضوعية (Responsabilité Objectif)، حيث تبني المشرع الجزائري من خلال نص المادة الأولى والثانية والثالثة من القانون 89 - 02 المتعلق بحماية المستهلك، مبدأ الالتزام العام بضمان السلامة،

والذي يعرف بأنه: "التزام قانوني يلتزم بمقتضاه كل منتج أو وسيط أو موزع، وبصفة عامة كل متدخل طوال عملية الوضع حيز الاستهلاك"¹، مثال على هذا الالتزام بالسلامة على أن الشخص المستفيد من شراءه لعقار، فيعتبر في نظر قانون حماية المستهلك بأنه مستهلك، ومن واجب البائع والقانون حمايته صحياً ومادياً، وفي هذا السبيل تتجلى قواعد وأهداف المسؤولية الموضوعية.

إن القانون لا يرتب في الأصل على المفاوضات أي أثر، فكل مفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، فترتيب المسؤولية هنا ليس بمجرد ترك التفاوض، وإنما نتيجة للخطأ الذي ارتكبه المفاوض في هذه المرحلة²، والمتمثل في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن المسلك المألوف والمعتاد، الذي يتفق مع مقتضيات حسن النية والقاضي بأن تكون المفاوضات مرحلة للتعامل بأمانة وثقة ونزاهة، لهذا فالخطأ في هذه المرحلة يتمثل في الإخلال بمبدأ حسن النية، لما تستوجبه هذا الأخير من ثقة مشروعة بين الطرفين³، ومن ثم يلتزم من كان سبباً في حدوثه بالتعويض طبقاً نص المادة 124 ق.م.ج، وعليه فالدخول

¹ - القانون رقم 89-02، المؤرخ في: 1989/02/07، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج. ر.ج.ج.، ع. 06، المؤرخة في: 08 فبراير 1989، ص. 154 وما بعدها، الملغى بموجب المادة 94 من القانون رقم: 03/09 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج.، ع. 15 المؤرخة في 08 مارس 2009، ص. 12 وما بعدها.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 206.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، مرجع سابق، ص. 28.

العقاري

في المفاوضات ثم قطعها فلا يربط أية مسؤولية، إلا إذا ثبت خطأ بموجب المسؤولية التقصيرية أو كان هناك في استعمال الحق¹.

وفي الأخير، يتضح من خلال ما سبق أن القانون ضمن للأطراف حرية إجراء المفاوضات وحرية العدول عنها ما دامت في شكل جدي، إلا أنه رتب عليها مسؤولية تقصيرية إذا وجد خطأ أو كان هناك تعسف في استعمال الحق، وهذا حماية لإرادة الطرف المتضرر في الفترة السابقة على التعاقد، لما لها من دور في إبرام العقد العقاري وتحديد آثاره.

الفرع الثاني

دور الإرادة في إبرام العقد العقاري

مما لا شك فيه أن نظرية سلطان الإرادة أثرت في تكوين العقد، وبالتالي حررت من الشكليات التي كان خاضعاً لها وجعلت من الرضا كافياً لإبرامه، فأصبح العقد كأصل عام يتم بتطابق الإيجاب والقبول الصادران من طرفي العقد كما يحق لهما أثناء إنشاء العقد أن يتفقا على ما يريانه يحقق مصالحهما.

لذا سنتكلم في هذا الفرع ونتعرض فيه إلى مبدأ الرضائية في إبرام العقد العقاري (أولاً)، ثم إلى دور الإرادة في تحديد مضمون العقد العقاري (ثانياً).

أولاً: مبدأ الرضائية في إبرام العقد العقاري

إن مبدأ الرضائية هو أحد النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة، وهو لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد²، ويقصد به مجرد توافق وتطابق إرادتي العاقدين تكفي وحدها لإبرام العقد عامة، بما في ذلك العقود المنصبة على العقارات أيّاً كانت طريقة التعبير عنها، سواء حصل التراضي باللفظ أو الكتابة أو الإشارة

¹ - جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، سنة: 1994، ص. 85.

² - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 45.

العقاري

أو باتخاذ أي موقف آخر يدل عليه، والقاعدة العامة حالياً هي رضائية العقود، ولكن لم تصل إل القوانين الحديثة إلا بعد تطور تدريجي¹.

ثانياً: دور الإرادة في تحديد مضمون العقد العقاري

سبق القول أن العقد العقاري هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، ومن هذا التعريف يتبين أن أساس العقد هو الإرادة المشتركة لطرفيه، فهذه الإرادة هي التي تنشئه في ذاته وهي التي تحدد آثاره كقاعدة عامة، ثم يأتي القانون بعد ذلك، فيعمل على تحقيق الغاية التي قصدتها تلك الإرادة المشتركة، ومنه يتضح أن الإرادة لها سلطان ذاتي، فهي وحدها كافية لإنشاء العقد أو التصرف القانوني بوجه عام، ومن ثم فالقاعدة العامة أن للأطراف حرية تحديد مضمون العقد العقاري بإرادتهما، وفي حدود القواعد التي تضبط هذه الإرادة وتنظمها، لذا سنتطرق إلى بعض النماذج التشريعية لحرية بنود العقد في (الفقرة الأولى)، ثم إلى الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية العقد في (الفقرة الثانية).

1 - بعض النماذج التشريعية لحرية بنود العقد العقاري:

إرادة الفرد وحدها كافية لإبرام العقود العقارية، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان الكاملة ولا يحد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام وحسن الآداب، وإرادة الفرد لا تحتاج في إبرام العقود إلى شكل خاص، وهذا هو مبدأ رضائية العقود، وإذا دخل شخصان في رابطة عقدية، فإن لهما الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به، فكل ما أراده يترتب على العقد الذي بينهما، فالفرد حر في أن يتعاقد وفقاً لما يريد وبالشروط التي يرتضيها، كما أن تدخل المشرع في أغلب الأحيان يكون عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة الطرفين، لا تطبق إلا إذا اتفقا على مخالفتها².

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 55.

² - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 45، 46.

العقاري

ومن أبرز الاتفاقات التي أجازها المشرع للطرفين، الاتفاق على فسخ العقد وفقاً للمادة 120 ق.م.ج، إذ يمكن لهما وضع شرط فاسخ صريح عند إبرام العقد، ويلاحظ أن اتفاق الطرفين على هذا الشرط يجب أن يكون قاطع الدلالة واضحاً كل الوضوح في أن المقصود منه استبعاد تدخل القضاء وتنحية سلطته في هذا الشأن.

كما أورد المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري عدة حالات أخرى، فيما يخص الاتفاقات التي يجوز للأطراف القيام بها عند إنشاء عقودهم، فيمكن لهم طبقاً لنص المادة 183 ق.م.ج، الاتفاق عند إبرام العقد على مبلغ التعويض الذي يستحقه الدائن في حالة عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخير في تنفيذه، ويسمى هذا الاتفاق بالشرط الجزائي مع الأصل في تقدير هذا التعويض يكون من طرف القاضي وبعد إبرام العقد.

كما سمح المشرع الجزائري في عقد البيع للبائع، إذا ما كان البيع مؤجلاً أن يشترط دفع الثمن كله من طرف المشتري، حتى تنتقل الملكية إليه ولم تم تسليم الشيء المبيع وفقاً لنص المادة 383 ق.م.ج.

2 - الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية:

إن الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية، فقد يتفق الأطراف على تشديد هذه المسؤولية اتفاقاً يجعل المدين مسؤولاً حتى عن السبب الأجنبي، وقد يتفقا على التخفيف فيها مما يجعل المدين غير مسؤول عن خطئه أو تقصيره، وهناك الاتفاقات التي تجري بين طرفي العقد العقاري قبل وقوع الضرر وهي غالباً ما ترد في العقد العقاري عند إنشائه بهدف التشديد أو التخفيف أو الإعفاء من المسؤولية.

وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من نص المادة 178 ق.م.ج نجد أنها تنص على أنه: " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة... "، وعليه يجوز الاتفاق بين الدائن والمدين، على أن يكون المدين مسؤولاً في مواجهة الدائن حتى ولو كان سبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي يرجع سببه إلى قوة القاهرة أو حادث فجائي، ولا شك أن مثل هذا التشديد صحيح وجائز، ويمكن اعتباره نوعاً من التأمين ضد

العقاري

خطر القوة القاهرة والحادث الفجائي، ويكون عادة بالزيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين من العقد¹. كما أن الأصل هو أن يكون القدر الواجب من العناية هو ما يبذله الشخص العادي إذا ما وجد في الظروف التي وجد فيها المدين، ولكن يجوز الاتفاق على التزام المدين ببذل قدر من العناية يجاوز ما فرضه القانون أو تحويل الالتزام ببذل عناية إلى التزام بتحقيق نتيجة².

كما أنه من الملاحظ في المسؤولية العقدية، لا يكون في الأصل إلا عن الضرر المباشر والمتوقع، أي الضرر الذي يدخل في قصد المتعاقدين، باستثناء حالي الغش والخطأ الجسيم وفقاً للفقرة الثانية من 182 ق.م.ج. كما يجوز أيضاً للمتعاقدين أن يتفقا على التخفيف من المسؤولية العقدية، ومثاله الاتفاق بألا يكون المدين مسؤولاً حتى عن تقصيرة.

كما يميز القانون كذلك على الإعفاء من المسؤولية العقدية، ويكون ذلك بالقدر الذي يتسع له الشرط المتفق عليه ويبقى المدين مسؤولاً في ما وراء ذلك، ويتعين على من يتمسك بشرط الإعفاء أن يثبت وجود هذا الشرط³.

المطلب الثاني

نتائج مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه

الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد العقاري وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية ولو كانت غير تعاقدية¹. والواقع أن الإرادة هي جوهر العقد العقاري، إلا أن وظيفتها تقتصر على مجرد الخضوع لأحكام القانون، مما يترتب عليها مجموعة من النتائج.

¹ - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، (بدون ذكر رقم الطبعة)، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة: 1983، ص. 178.

² - بوفلحة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص. 33.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 761، 762.

العقاري

كما أنه ورد على مبدأ سلطان الإرادة قيوداً لأجل حماية مصلحة المتعاقدين وأيضاً حماية المصلحة العامة، وسبق القول بأن للإرادة سلطان في مجال إبرام العقود، فما هي إذن نتائجها وما القيود المترتبة عنها؟ ولدراسة هذا الموضوع، سنستعرض في هذا الفرع نتائج مبدأ سلطان الإرادة (الفرع الأول)، والقيود الواردة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

وتترتب على نظرية سلطان الإرادة عدة نتائج²، سنتناولها وفق مايلي:

– الالتزامات الإرادية هي الأصل (أولاً).

– حرية التعاقد (ثانياً).

– الحرية في تحديد آثار العقد العقاري (ثالثاً).

– العقد شريعة المتعاقدين (رابعاً).

أولاً: الالتزامات الإرادية هي الأصل

لا يلزم الشخص بحسب الأصل إلا بإرادته، وإذا اقتضت حاجات المجتمع في بعض الأحوال إنشاء التزامات تفرض عليه بالرغم من إرادته، فيجب حصر هذه الحالات في أضيق الحدود، فتقرير الالتزامات غير الإرادية لا يكون إلا استثناء إذ أن الفرد أعلم بما يحقق مصالحه، ولذا فالتزاماته الإرادية تكون عادلة بالضرورة إذ أنه تحمل هذه الالتزامات بإرادته.

ثانياً: حرية التعاقد

¹ – عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 141.

² – محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 45، 46.

العقاري

إرادة الفرد هي وحدها تكفي لإبرام العقود، وبالتالي تستطيع هذه الإرادة إنشاء الالتزامات العقدية، دون قيد على حرية الإنسان كاملة ولا يجد من هذه الحرية سوى اعتبارات النظام العام وحسن الآداب. وإرادة الفرد لا تحتاج في إبرام العقود إلى شكل خاص، وهذا هو مبدأ رضائية العقود. كما أن حرية الفرد في التعاقد تشمل حرته أيضاً في عدم التعاقد فلا إجبار عليه أن يدخل في رابطة عقدية لا يرغبها، كرفض شخص ما قبول هبة أو وصية منصبة على عقار.

ثالثاً: الحرية في تحديد آثار العقد العقاري

إذا دخل شخصان في رابطة عقدية، فإن لهما كامل الحرية في تحديد آثار هذه الرابطة، فلا التزام على كل منهما إلا بما أراد الالتزام به. فكل ما أراده يترتب على العقد الذي تم بينهما، كإبرام عقد عقاري يتعلق ببيع قطعة أرض صالحة للبناء، فالفرد حر في أن يتعاقد وفقاً لما يريد وبالشروط التي يرضيها. وإذا كانت الإرادة التشريعية قد نظمت طائفة من العقود بما فيها العقود العقارية، فإن تدخلها في هذا التنظيم يكون عادة عن طريق القواعد المفسرة أو المكملة لإرادة لطرفين فلأفراد الحرية الكاملة في الأخذ بهذا التنظيم النموذجي الذي وضعته تلك الإرادة، ولهم أن يضعوا تنظيمات أخرى ولذا كانت الأحكام المنظمة للعقود المسماة أحكاماً مكملية، لا تطبق إلا إذا لم يتفق طرفا العقد على خلافهما إن كانت هناك قواعد آمرة في هذه العقود فهي قليلة.

رابعاً: العقد شريعة المتعاقدين

والمقصود بذلك أن العقد بوجه عام والعقد العقاري بوجه خاص يلزم المتعاقدين كما يلزمهما القانون، ولذا فلا يمكن لأي منهما الانفراد بتعديل العقد أو بإلغائه وكذلك لا يجوز للقاضي أن يقوم بذلك¹. استقر هذا المبدأ وصار دعامة تبنى عليه النظريات القانونية، فلا يلتزم الفرد بعقد لم يكن طرفاً فيه كما لا يكتسب حقاً من عقد لم يشترك فيه².

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 46.

² - حليس لخضر، مرجع سابق، ص. 57.

العقاري

الفرع الثاني

القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

إن هذا المبدأ الذي ازدهر خلال القرن التاسع عشر، قد بدأ في أواخر ذلك القرن وبداية القرن العشرين يعاني من القيود، وفيما يلي بيان لهذه القيود¹:

أولاً: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة يقضي بحرية الفرد في التعاقد أو في عدم التعاقد، غير أنه وردت قيود على هذا المبدأ تتمثل فيما يلي:

1 - حرية التعاقد تجدد قيداً خطراً في النظام العام والآداب، فإذا تم إبرام عقد عقاري مخالف للنظام العام والآداب، فتكون نتيجته البطلان المطلق أي لا أثر له، ونص على هذا المادة 06 من المجموعة المدنية الفرنسية.

2 - وحرية عدم التعاقد قد قيدت، فظهرت صور للعقود الجبرية كعقود إيجار الأماكن السكنية.

ومن العقود الجبرية (Contrat forcés)، أيضاً إلزام الإرادة التشريعية في بعض الأحوال الأشخاص أو الهيئات التي تقدم خدمات للجمهور أن تبيع السلع الضرورية مع كل من يطلب هذه الخدمة أو تلك السلع في كل الحالات السابقة، فيكون العقد مفروضاً لا يستطيع المتعاقد رفضه.

ثانياً: القيود على حرية تحديد آثار العقد العقاري

تمثل هذه القيود فيما يلي:

1 - كان من تأثير الأفكار الاشتراكية، أن قامت القوانين بتحديد تلك الآثار في بعض العقود بقواعد أمرية، فقد حددت التزامات وحقوق، ومثلها عقد الإيجار فقد نظمت القوانين العلاقة بين المؤجر والمستأجر، كتأجير محل تجاري.

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 46 ، 47 ، 48.

العقاري

2 - و فيما يتعلق بقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، فقد أجازت القوانين الحديثة تدخل المحاكم في كثير من الحالات لتعديل بنود العقود بما فيها العقود العقارية التي يكون محلها عقاراً، أو لإعفاء أحد طرفيها من بعض الشروط، أو لإنهائها بناءً على طلب الطرف المتعاقد، كما حول القانون المدني الجزائري للقاضي سلطة إعادة النظر في التزامات المتعاقدين إذا وقعت أثناء تنفيذ العقد ظروف طارئة من شأنها جعل التزامات أحدهما مرهقة، وهي نظرية الظروف الطارئة وفقاً للمادة 3/107 ق.م.ج.

ثالثاً: اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية

علاوة على القيود التي واجهها مبدأ سلطان الإرادة والتي ذكرناها سابقاً، فقد واجه هذا المبدأ ما جعله يهتز من أساسه، وذلك باتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية، وقد تطورت أحكام المسؤولية التقصيرية، وزادت حالات الالتزام بالتعويض الذي تقرر دون حاجة إلى ثبوت خطأ، وتطبيق قواعد المسؤولية الموضوعية، باعتبار هذه الأخيرة أوسع من المسؤوليتين العقدية والتقصيرية¹.

رابعاً: نزع الملكية لأجل المنفعة العامة

استثناءً لمبدأ الرضائية، عمد المشرع الجزائري إلى اللجوء إلى اتخاذ قرار نزع الملكية لأجل المنفعة العامة، وحرمان الشخص من عقاره جبراً ورضماً من إرادته ودون رضاه، مقابل تعويض مسبق عادل ومنصف، وهذا تطبيقاً لما جاء في نص المادة 1/02 من القانون 11/91، والتي تنص على أنه: "يعد نزع الملكية

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 47.

العقاري

من أجل المنفعة العمومية طريقة استثنائية لاكتساب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدى انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية¹، ونستخلص من نص المادة مايلي:

- أنها طريقة استثنائية،
- طريقة جبرية، القصد منها تحقيق المنفعة العامة، وتتم مقابل تعويض عادل ومنصف.

خامساً: الشكالية كقيد على الإرادة

لم تكن التصرفات القانونية في القلم تستمد قوتها من الإرادة بل من الشكل، أما في العصر الحديث فأصبحت الرضائية هي القاعدة العامة والشكالية هي الاستثناء في العقود المنصبة على العقارات، فإذا اشترط المشرع اتباع شكالية معينة لتصرف ما وجب اتباعها، وإذا تخلفت كان الجزاء باختلاف ما إذا كانت تلك الشكالية مطلوبة للانعقاد أو لم تكن كذلك، فقد يشترط المشرع أحياناً شكالية معينة يراها لازمة لقيام العقد ويرتب البطلان على عدم توفرها، وعلى المتعاقدين مراعاتها حتي يقوم العقد صحيحاً، وتسمى هذه الشكالية بالشكالية المباشرة، ومن ثم يلتزم الطرفان بكتابة العقد وقد تكون هذه الكتابة رسمية كانت أو عرفية.

كما قد تكون الشكالية غير مطلوبة للانعقاد كقيد على الإرادة حيث أنه قد يفرض في بعض الحالات شكالية أخرى غير مباشرة ليست لازمة لانعقاد العقد ولكنها تشكل قيداً على إرادة الطرفين ومن هذه الشكالية اشتراط الكتابة للإثبات وكذا اشتراط الشهر في بعض العقود العقارية.

كما تعتبر الملكية العقارية مجالاً خصباً لتطبيق الشكالية الرسمية في العقود التي تنشأ في دائرتها، وأهمها عقد البيع الواقع على العقار، فبعدما كان أطراف العقد أحراراً في تحرير عقودهم في شكل رسمي أو عرفي قبل صدور الأمر 70 - 91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، اشترط المشرع الجزائري في العقود الناقلة في الملكية

¹ - القانون رقم: 91-11، المؤرخ في: 27/04/1991، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج. ر. ج. د. ج. ع. ع. 21، المؤرخة في: 08/05/1991، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 21/04 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن لقانون المالية لسنة 2005، وكذا القانون رقم 12/07 المؤرخ في 29 ديسمبر 2007 المتضمن لقانون المالية لسنة 2008 أيضاً.

العقاري

العقارية أن تتم في شكل رسمي، وهذا ما أكدته المادة 12 منه والتي استخلفت بالمادة 324 مكرر من ق.م.ج¹، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

الفرع الثالث

مدى كفاية الرضائية في نقل الملكية العقارية

إذا كان القانون الكنسي قد عمل على تليخيص الإرادة من قاعدة الشكلية التي فرضها القانون الروماني وتوصل إلى اعتبار مجرد توافق الإرادتين ينشئ التزاماً قانونياً، أي أن الرضائية كانت كافية لنقل الملكية العقارية في تلك الفترة. حيث ينبغي ترك الحرية للإرادة لتحديد مضمون العقد العقاري وحدود الالتزام، وما أن حل القرن السابع عشر حتى أصبح مبدأ سلطان الإرادة ثابتاً مقررًا، وقد تعزز مبدأ سلطان الإرادة في ظل ازدهار المذهب الفردي الذي يبني فلسفته الاجتماعية من اقتصادية، وسياسية، وثقافية على تحقيق سعادة الفرد فهو الغاية التي يسخر المجتمع كل امكانياته.

وخاصة فقهاء القرن الثامن عشر إلى أن إرادة الانسان هي التي تلزمه وهي التي تحدد مدى التزامه، وأن القانون لا يتدخل في حرية الإرادة، فعند انعقاد العقد العقاري تتمتع الإرادة بالحرية التعاقدية أي حرية الشخص في أن يتعاقد أو أن يمتنع عن التعاقد، وإذا ما تم العقد فإنه يعتبر شريعة المتعاقدين، إذ لا يجوز تعديل مضمونه إلا باتفاق الأطراف².

غير أنه في الوقت الراهن فإن الرضائية أصبحت غير كافية لنقل الملكية العقارية. فلأجل ذلك أوجب القانون إفراغ التراضي حوله في ورقة رسمية لدى الموثق المختص، وعدم احترام هذا الإجراء يجعل من هذا العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً.

¹ - بوفلجة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص. 48 ومايليها.

² - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 39.

العقاري

ولقد أوجبت معظم التشريعات العقارية الجزائرية اتباع الإجراء الشكلي في إبرام العقود التي يكون موضوعها نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، ويؤدي مخالفة هذا الإجراء لبطلان تلك التصرفات¹.

ومن النصوص القانونية التي تطرقت لهذا الإجراء نجد الأمر رقم 75 - 74 المتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ومرسومه التنفيذي رقم 76 - 63 المتضمن تأسيس السجل العقاري، فقد نصت المادة 15 من هذا الأمر: " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من وفاة أصحاب الحقوق العينية"، ونصت المادة 17 من نفس الأمر على أنه: " إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها وذلك مع مراعاة أحكام المادة 165 من الأمر رقم 71 - 32، المؤرخ في: 1971/11/08 والمتضمن الثورة الزراعية، ونصت المادة 61 من المرسوم 63-76 المؤرخ في: 1976/03/25 على أنه: " كل عقد يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يقدم على الشكل الرسمي ".

أما الأمر رقم 75 - 58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، فقد نص على وجوب مراعاة إجراءات الشهر العقاري عند إبرام العقود العقارية حتى تولد حقوقاً عقارية وترتب آثاراً قانونية، حيث نصت المادة 165 منه على أنه: " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري ".

والقانون رقم 08 - 09 المؤرخ في: 2008/02/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 17 منه الفقرة الثالثة: " يجب إشهار عريضة رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية،

¹ - جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، سنة: 2014، ص.65، 66.

العقاري

إذا تعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر طبقاً للقانون، وتقديمها في أول جلسة ينادى فيها على القضية، تحت طائلة عدم قبولها شكلاً، ما لم يثبت إيداعها للإشهار".

وأشار المرسوم التشريعي 93 - 03 المؤرخ في: 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري إلى أحكام تتعلق بالترقية العقارية وحددت كيفية المعاملة بالعقارات في إطارها، حيث نصت المادة 12 منه : " يحرر عقد البيع بناء على التصاميم على الشكل الأصلي، ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار. كما يشتمل في آن واحد على البناية وعلى القطعة الأرضية التي شيدت المنشأة فوقها "

وأشار أيضاً القانون رقم 11 - 04 المؤرخ في: 2011/02/17 الذي ينظم نشاط الترقية العقارية، من خلال نص المادة 25 منه : " يجب أن يكون البيع من طرف المرقى العقاري لعقار مبني أو بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء، موضوع عقد يعد قانوناً في الشكل الرسمي طبقاً للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها وطبقاً لأحكام هذا القانون ".

ونص القانون رقم 10 - 03 المؤرخ في: 2010/08/15 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة في المادة 18 بقولها: " يثبت كل تغيير لصاحب حق الامتياز، بناءً على دفتر الشروط المنصوص عليه في المادة 04 أعلاه، لدى الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بعقد امتياز جديد تعده إدارة الأملاك الوطنية ويشهر بالمحافظة العقارية "، ونصت المادة 34 من نفس القانون على أنه: " كل صفقة يترتب عليها تغيير مشتملات الحقوق العينية العقارية في المستثمرة الفلاحية الجماعية أو اتساعها، باطلة إذا لم يثبتها عقد رسمي يخضع لإجراءات التسجيل والإشهار ".

أما القانون 90 - 25 المؤرخ في: 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري فقد نصت مادته 29 على أنه: " يثبت الملكية الخاصة للأمولاك العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري"، وبدورها نصت المادة 39 من نفس القانون على أنه: " يمكن كل شخص حسب مفهوم المادة 823 من الأمر رقم رقم 75 - 58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، يمارس في أراضي الملكية الخاصة التي لم تحرر عقودها، حيازة مستمرة وغير منقطعة وهادئة وعلنية لا تشوبها شبهة أن يحصل على سند حيازي يسمى شهادة الحيازة وهي تخضع لشكليات التسجيل والإشهار العقاري، وذلك في المناطق

العقاري

التي لم يتم فيها إعداد سجل مسح الأراضي، ويبقى تسليم شهادة الحيازة في المناطق الرعوية خاضعاً للقانون الخاص المعلن عنه في المادة 64 من هذا القانون".

الفصل الثاني

الشكّلية في العقد العقاري

العقاري

الفصل الثاني

الشكلية في العقد العقاري

يبدو أن اشتراط ركن الشكلية في العقود هو حالة استثنائية، حيث أخذ المشرع بمبدأ الرضائية، كما يتجلى ذلك من المادة 59 ق.م.ج¹، والشكلية هي إفراغ العقد في شكل معين يستلزمه القانون وهي ركن في التصرف القانوني، أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون، ومن دون الشكل التصرف باطل في العقود الشكلية، وهي خروج مباشر لمبدأ الرضائية وتتطلب شكل معين كشرط أساسي لقيام العقود الشكلية، ويجب أن يكون المتعاقد عالماً كل العلم بماهية الشكلية حتى يحسن استعمالها، كما أن انتشار مبدأ الرضائية الذي يترجم حرية المتعاقدين بخصوص كيفية إبرامهما العقد لم يدم طويلاً، وقد بدأ يتراجع مع مطلع القرن الحديث لأسباب عدّة، منها ما يخص المصالح الفردية ومنها ما يتعلق بالمصلحة العامة.

فبالنسبة للمصلحة الخاصة، فإن للرضائية وحدها من دون الشكلية لها مساوئ قد يتضرر بها المتعاقد والغير، فهي تزيد من تسرع المتعاقد من إبرام العقد قبل أن يقدر الأمور حق قدرها، وقد يغفل عن مسائل هامة، وقد لا يحتاط لنفسه من سوء نية المتعاقد معه. كما تسهل الرضائية تضليل المتعاقد وتساعد على نشوء الخلافات والنزاعات حول مضمون العقد، وحتى بالنسبة لوجوده أحياناً، ويقول الفقيه الألماني (اهرينج) في هذا الشأن: " الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة "، ونفهم من هذا التعريف الفقهي بأن الشكلية تسهل عملية الإثبات لدى القضاء.

كما تستدعي المصلحة العامة بدورها الشكلية في العقود وخاصة العقارية منها، وأن وظيفة الدولة قد تطورت وأصبحت تتكفل بالميدانين الاجتماعي والاقتصادي، مما يجعلها تهتم بالتصرفات القانونية التي يقوم بها الأفراد².

¹ - المادة 59 تنص على أنه : " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية ".

² - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 230، 231.

العقاري

وعليه، فالشكلية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضائه، خاصة إذا تمثلت في كتابة رسمية، حيث يلزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد، فيكون على بينة من أمره. ولدراسة هذا الموضوع سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين سنتناول في (المبحث الأول) ماهية الشكلية ودورها في تكوين العقد العقاري، وفي (المبحث الثاني) جزاء تخلف ركن الشكلية في العقد العقاري.

المبحث الأول

ماهية الشكلية ودورها في تكوين العقد العقاري

المبدأ العام في إبرام العقود هو الرضائية، ولكن قد يفترض القانون شكلاً معيناً في بعض العقود والتي تمثل الاستثناء من هذا المبدأ، حيث يؤدي عدم احترام ذلك الشكل إلى ترتيب جزاءات معينة، فلأجل تكوين العقد ذاته أوجب القانون إفراغ التراضي حوله في ورقة رسمية وفي شكل يستلزمه القانون¹، ولقد أوجبت معظم التشريعات العقارية الجزائرية اتباع الإجراء الشكلي في إبرام العقود التي يكون موضوعها نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية ويؤدي مخالفة هذا الإجراء إلى بطلان تلك التصرفات².

ومن النصوص القانونية التي تطرقت لهذا الإجراء الشكلي، نجد المادة 59 والمادة 324 مكرر¹ والمادة 793 ق.م.ج، والمادة 12 من قانون الأمر رقم 70-91 المتعلق بالتوثيق³، والمادتين 15 و 16

¹ - جمال بدري، مرجع سابق، لسنة: 2014، ص. 65.

² - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014، ص. 58.

³ - الأمر رقم 70-91، المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن تنظيم التوثيق، مرجع سابق.

العقاري

من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري¹، والمواد 55 و 56 من القانون 25-90 المتضمن التوجيه العقاري².

وتوضيحاً لماهية الشكلية، ارتأينا إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ففي (المطلب الأول) سنتطرق إلى مفهوم الشكلية وتطورها التاريخي، و في (المطلب الثاني) نتكلم عن مصادر الشكلية.

المطلب الأول

مفهوم الشكلية و تطورهما التاريخي

لم يتفق الفقهاء على فكرة محددة للشكلية، فاعتبرها الاتجاه الأول عند تعريفه للشكلية على أنها ركن أساسي لقيام التصرف القانوني، في حين ذهب الاتجاه الثاني أنها تشمل الشكل باعتباره ركناً أساسياً لانعقاد تلك التصرف القانوني، بالإضافة إلى أشكال أخرى ترمي إلى أغراض أخرى، كشكل الإثبات والتسجيل والشهر.

وعلى هذا الأساس، سنتكلم في هذا المطلب التعريف بالشكلية وتطورها التاريخي (الفرع الأول)، وأهميتها والغاية منها (الفرع الثاني)، ثم أنواع الشكلية (الفرع الثالث).

¹ - الأمر رقم 74-75، المؤرخ في: 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج.، ع. 52، المؤرخة في: 18/11/1975، المعدل والمتمم.

² - القانون رقم 25-90، المؤرخ في: 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج.ر.ج.ج.، ع. 49، المؤرخة في: 18/11/1990، المعدل والمتمم.

العقاري

الفرع الأول

التعريف بالشكلية وتطورها التاريخي

الشكلية حالة استثنائية عن مبدأ الرضائية، التي أخذ بها المشرع في نص المادة 59 ق.م.ج بقولها: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية ".
وفي الحقيقة فإن التحلي عن الشكلية في العقد هو أحد المظاهر البارزة التي تميز القوانين الحديثة، ولدراسة هذا الموضوع، سنستعرض تعريف الشكلية (أولاً)، ثم الحديث عن تطورها التاريخي (ثانياً).

أولاً: التعريف بالشكلية

لقد اختلف 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 "، كما يعرف بونكاز الشكلية بقوله: " أنها ذات مفهوم متغير يشمل التصرفات التي تتطلب تعبيراً صريحاً عن الإرادة " ¹. ومن جانبه يعرفه السنهوري: " هو ما لا يتم بمجرد تراضي متعاقدين، بل يجب لإتمامه فوق ذلك اتباع شكل خاص يعينه القانون وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد " ². كما يعرف الشكلية آخرون بأن يكون العقد شكلياً، عند إظهار طرفي العقد إرادتهما باتجاه شكل معين تحت بطلان العقد، فبالإضافة إلى الشروط الموضوعية يضاف إذن شرط الشكل، أو أن يخير القانون الطرفين بين نوعين من الشكل فيفقد الأطراف حريتهم في استعمال شكل آخر، ويترتب على كون الشكل ركناً جوهرياً لا بد منه لقيام التصرف، حيث يؤدي عدم مراعاة الشكل المقرر إلى عدم قيام التصرف ذاته لأن الشكل هنا

¹ - زاوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة: 1987، ص.15.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 150.

العقاري

ركن من أركان التصرف لا يمكن الاستغناء عنه، وسمي البعض هذا النوع من الشكل بالشكلية المباشرة (Formalisme direct)¹.

والشكل (La forme)، هو ركن في التصرفات التي يستلزم القانون إلباس الإرادة فيها ثوب الشكلية، وكما ذكرنا سابقاً فإذا تخلف هذا الركن كان هذا التصرف باطلاً بطلائناً مطلقاً، فالشكل عنصر من العناصر المكونة للتصرف القانوني في بعض التصرفات².

ثانياً: التطور التاريخي للشكلية

يعود تاريخ الشكلية في العقود عامة والعقود العقارية خاصة إلى القانون الروماني القديم الذي لم يكن الاتفاق مجرد كافيلاً لإنشاء الالتزام أي لكي يصبح الاتفاق عقداً، ينبغي أن يصاغ في أحد الأشكال وبذلك يصبح له أثر.

وكان القانون الروماني غارقاً في الشكلية إلى الحد الذي لا يستطيع معه المدين، الذي أبرم عقداً الشكل المقرر له قانوناً، أن يتحلل من هذا العقد بدعوى أن إرادته معيبة، وأن السبب في إبرام العقد لم يتحقق، فالشكل وحده يجعل العقد صحيحاً وملزماً، وتجعل العقد تاماً، ولم تكن إرادة المتعاقدين كافية لإتمام العقد فكان لا بد أن يتم العقد في الشكل الذي كانوا يسمونه Mancipatio "المانصيباصيو" أي حضور شهود وميزان وتلاوة عبارات معينة، أو بشكل التسليم المادي الذي كانوا يسمونه Traditio "الطراديسيو"³، ثم تطور واكتفى بتسليم العين محل العقد بدلاً من الإجراءات الشكلية ومنها ظهرت طائفة العقود العينية، ثم ظهرت عقود يكفي فيها قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه دون الشكل كعقد المقايضة وعقد الهبة.

¹ - بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، سنة: 2005، ص. 21.

² - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 175.

³ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 46.

العقاري

ثم في القرنين السابع والثامن عشر ساد القانون الطبيعي وفلسفته كما ساد المذهب الفردي، فناد فقهاء القانون بأن إرادة الإنسان وحدها كافية لإنشاء العقد وترتيب ما تشاء من آثار عليه، ولذا يجب أن تتحرر إرادة الفرد من الشكلية التي يفرضها القانون، كما انتقل مبدأ سلطان الإرادة إلى القانون الفرنسي.

أما في الفقه الإسلامي فإن العقد العقاري ينشأ بمجرد ارتباط إرادتين فلا حاجة إلى إفراغ إرادة المتعاقدين في شكل معين¹.

وفي العصر الحديث، أوجبت معظم التشريعات العقارية إلى جانب التشريع الجزائري اتباع الإجراء الشكلي في إبرام العقود التي يكون موضوعها نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، ويؤدي مخالفة هذا الإجراء إلى بطلان تلك التصرفات². ومن النصوص القانونية التي تطرقت لهذا الإجراء، قد يكون الشكل ركناً لانعقاد العقد أو لإثباته، فعقد الرهن الرسمي لا ينعقد إلاّ بعقد رسمي أمام الموثق المادة 383 مدني. وكذلك عقد نقل ملكية عقار أو حق عيني على العقار طبقاً لنص المادة 12 من قانون التوثيق 91-70 والتي أصبح نصها في القانون المدني 324 مكرر 2 فالشكلية المطلوبة في الرهن الرسمي أو في نقل ملكية العقار أو حق عيني على العقار إذا تخلفت في العقد ترتب عليها بطلان العقد بطلاناً مطلقاً³.

الفرع الثاني

أهمية الشكلية والغاية منها

انتهينا فيما سبق إلى أن الشكل يعتبر خروجاً على مبدأ الرضائية، فماهية الأهمية والغاية التي أراد المشرع تحقيقها من خلال فرض الشكل لبعض التصرفات القانونية؟.

تقتضي الإجابة على هذا التساؤل التطرق إلى نقطتين، الشكلية بغرض حماية المصلحة الخاصة (أولاً)، والشكلية بغرض حماية المصلحة العامة (ثانياً).

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 55، 56.

² - جمال بدري، مرجع سابق، ص. 65، 66.

³ - فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص. 44، 45.

العقاري

أولاً: الشكلية لحماية المصلحة الخاصة

تتجلى أهمية الشكلية لحماية المصلحة الخاصة فيما يلي:

1 - حماية أطراف التصرف: التعبير عن الإرادة أمر ضروري لحمايتها، من أن ينسب إليها ما لا تقصده، وحتى يحقق التعبير هذا الدور يجب على التصرف أن يختار طريقة للتعبير عن إرادته بشكل مناسب ولا شك في أن التعبير باللفظ أو الكتابة أفضل من التعبير بطرق التعبير الأخرى، وعملاً بمبدأ الرضائية قد يختار المتصرف بمحض إرادته الحرة، شكل تصرفه دون أي تدخل من المشرع، فله أن يعبر عن إرادته باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو بأي سلوك يسمح بالكشف عن الإرادة سواءً كان صريحاً أو ضمناً¹.

وخلاصة لما سبق، يمكن القول أن للشكلية وظيفة وقائية تتمثل في حماية الأطراف من خلال مطابقة التعبير لها، بحيث يعبر عنها بصدق وهو بذلك يحمي كل شخص يبرم التصرف الشكلي.

2 - حماية الغير: إن دور الشكلية لا يقتصر على حماية الأطراف فحسب، بل يهدف أيضاً إلى حماية حقوق الغير الذين يمسهم التصرف، ومثاله عقد الهبة يعدّ من التصرفات الخطيرة لأنها تؤدي إلى خروج المال من ذمة صاحبه دون مقابل، ولذلك يجب ألاّ تتم إلاّ بعد أن يتروى الواهب ويقلب الأمر على كافة أوجهه قبل أن يقدم على هذا التصرف مراعاة مصلحة عائلته². الأمر الذي جعل المشرع يشترط إفراغ عقد الهبة في شكل رسمي باعتباره عقد عقاري³، حماية للواهب وأفراد أسرته، ومهما كان الأمر لا يمكن القول بأن المشرع يفرض الشكل لحماية الغير فقط لأن ذلك تجاوزاً للهدف المقصود من الشكلية، ذلك أن المشرع حين أوجب إفراغ تصرفات معينة في شكل محدد كان يهدف من وراء ذلك إلى حماية الأطراف والغير الذين يمسهم التصرف.

¹ - المادة 60 ق.م.ج.

² - شيخ سناء، مرجع سابق، ص. 38.

³ - المادة 206 ق.أ.ج.

العقاري

ثانياً: الشكلية لحماية المصلحة العامة

القانون عندما يشترط شكلاً في التصرف القانوني يهدف إلى حماية المتصرف، فإنه بذلك لا يحمي شخصاً بعينه وإنما يحمي جميع الأشخاص الذين يرمون التصرف الشكلي، وكذا يمكننا القول بأن الشكل يحقق المصلحة الخاصة بطريقة مباشرة والمصلحة العامة بطريقة غير مباشرة، غير أنه قد يفرض المشرع شكلاً محدداً في التصرف القانوني، يهدف من خلاله إلى حماية المصلحة العامة بطريقة مباشرة وذلك بقصد تحقيق أغراض محددة تتمثل فيما يلي:

1 - تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء: إذا كان التصرف شكلياً، فإن مهمة القاضي تصبح أسهل في اكتشاف النية المشتركة لأطراف التصرف وتحديد التزامات وحقوق كل واحد منهما، ويكون الوضع أكثر سهولة، إذا كان الشكل رسمياً لأن كتابة التصرف من طرف الموثق يجعل تعبير المتصرف عن إرادته واضحاً وترجمة حقيقية لإرادته¹.

وإنه من المقرر قانوناً أن عبء الإثبات يقع على الأطراف فيما يدعونه²، ثم يأتي دور القاضي في تكوين اعتقاده من خلال ما توصل إليه الأطراف إلى تقديمه من أدلة إثبات.

نستنتج من كل ما تقدم أن الشكل يلعب دوراً مهماً في تسهيل مهمة القاضي، فهو يساهم في حل النزاعات بسرعة ويجنب القضاء أعباء ومتاعب شتى في مجال الإثبات.

2 - تحقيق الثقة والائتمان: تلعب الشكلية في هذا المجال دوراً بارزاً، فهي أداة ممتازة للإعلام عن وقوع التصرف من حيث تاريخه ومكان إجرائه ومن حيث مضمونه³، لاسيما في إجراء الشهر العقاري الذي يفيد بالإعلام للجمهور والإدارات بأنواعها بكل التصرفات القانونية الواردة على العقارات. كما أن للشكل

¹ - شيخ سناء، مرجع سابق، ص. 43.

² - تنص المادة 323 ق.م.ج على مايلي: "على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه".

³ - زواوي محمود، مرجع سابق، ص. 28.

العقاري

المكتوب أهمية بالغة في تشجيع الائتمان وتحقيق الاستقرار، ومثاله في المعاملات المدنية يطمئن الدائن أكثر لاستفاء حقه متى كان لديه سند مكتوب بهذا الدين، فلا يخشى في المنازعة في وجوده أو نسيانه أو امتناع المدين عن الوفاء به ويكون في مركز أقوى متى كان السند المكتوب رسمياً، لأنه في هذه الحالة يستطيع التنفيذ به من غير أن يستصدر حكماً قضائياً¹. ومن الثابت قانوناً وقضائياً أنه: "إذا كان للعقد الرسمي قوة إثباتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعايينات التي قام بها الموثق نفسه، فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي"².

3 - حماية الملكية العقارية: إن حماية الملكية العقارية يعد الشغل الشاغل للدولة الجزائرية التي ترمي من وراء ذلك إلى إيجاد آليات وأدوات قانونية تثبت ملكية العقار بسند رسمي مكتوب حتى يتسنى لها مراقبة الملكية العقارية وطريقة استغلالها وحركة التصرفات والتغييرات القانونية الواردة عليها³.

وتزداد أهمية هذه العملية بدخول الجزائر اقتصاد السوق وما يتطلب ذلك من استثمارات تقتضي لزوماً وجود عقارات لها سندات ملكية، وبدونها فلا وجود لاستثمارات ولا للمستثمرين، كما قرر صندوق النقد الدولي FMI في تقريره الخاص بالجزائر سنة 1998 بضرورة التعجيل في عملية المسح العقاري.

الفرع الثالث

أنواع الشكلية

نحو تراجع مبدأ الرضائية، وبظهور صور جديدة ومختلفة للشكلية، وقد يقتضي الغرض المراد تحقيقه إفراغ العقد في شكل معين، وهي ما يسمى بالشكلية المباشرة (أولاً)، وقد يكتفي المشرع بفرض بعض الإجراءات السابقة أو اللاحقة للتصرفات القانونية، وهذه هي الشكلية غير المباشرة (ثانياً).

¹ - اعتبر القانون العقود التوثيقية، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدّة وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة، وفقاً لنص المادة 11/600 ق.إ.م.إ.

² - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، دار هومة، الجزائر، ط. 12، سنة: 2012 ص. 95.

³ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، مرجع سابق، ص. 11.

العقاري

أولاً: الشكلية المباشرة

الشكلية المباشرة هي ذلك التصرف القانوني الذي يكون فيه الشكل ركناً من أركان العقد، إذ لا بد منه من قيام التصرف، وبالتالي يشترط في العقد الشكلي، إضافة إلى التراضي والمحل والسبب، ركن رابع وهو الشكلية وتدعى هذه الشكلية بالمباشرة لأنها تتصل مباشرة بالتصرف القانوني، حيث يترتب على انعدامها انعدام التصرف، وللشكلية المباشرة صورتان تتمثل الأولى في الكتابة، أما الثانية في فعل ما، والمقصود بهذه الأخيرة العقود العينية أو تسليم شيء ما¹.

1 - الكتابة:

قد تكون الكتابة التي تترجم ركن الشكل، كتابة رسمية (الفقرة الأولى)، وقد تكون كتابة عرفية (الفقرة الثانية).

أ - الكتابة الرسمية وشروطها:

عرف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م.ج التي تنص على أنه: " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه ".
ويتضح من هذا التعريف، أن للعقد الرسمي ثلاثة شروط: يتعلق الشرط الأول بمحرر العقد، والشرط الثاني بالاختصاص، والشرط الثالث بالأشكال القانونية الواجب اتباعها.

أ - 1 - محرر العقد:

يتبين من هذا النص أنه يشترط في العقد الرسمي، أن يقوم بتحريره موظف عام، أو ضابط عمومي، أو شخص مكلف بخدمة عامة.

أ - 1 - 1 - الموظف العام:

¹ - علي فيلاي، مرجع سابق ص. 232 ، 233.

العقاري

هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين، وبتعبير المادة 05 من المرسوم 59-85: " تطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية تسمية موظف " ¹، حيث بمجرد التثبيت في المنصب يبدأ فعلاً المسار الوظيفي للموظف، وتثبت الصفة الرسمية للعقود التي يجريها مدراء أملاك الدولة، والتي تكون الدولة طرفاً فيها، ومثالها العقود المتضمنة بيع الأملاك العقارية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، وتأجيرها، أو التنازل عنها وفقاً للشروط والأشكال القانونية المحددة بموجب التشريع ².

وكذلك الوالي بالنسبة لإذنه ببيع الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة التي تم إلغاء تخصيصها ³.

أ -1- 2 - الضابط العمومي:

هو كل شخص حامل لأختام الدولة وله صلاحيات إعداد المحررات الرسمية، ومثاله الموثق الذي يمتلك هذه الصفة وفقاً لنص المادة 03 من القانون 06-02 التي تنص على أنه: " الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة " ⁴. ويلحق بصفة الضابط العمومي كذلك المحضر القضائي وفقاً

¹ - المرسوم رقم 59-85، المؤرخ في: 1985/03/23، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الإدارة والمؤسسة العمومية، ج.ر.ج.ج.، ع. رقم: 49، المؤرخة في: 1985/03/24.

² - المواد 89-90-91 من القانون 90-30، المؤرخ في: 1990/12/01، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج. ع رقم: 52، المؤرخة في: 1990/12/02، ص. 1416.

³ - المرسوم التنفيذي رقم 91-454، المؤرخ في: 23 نوفمبر 1991، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، (الملغى) ج.ر.ج.ج.، ع. رقم: 60، المؤرخة في 14 نوفمبر 1991، ص. 2312 وما بعدها.

⁴ - القانون رقم 06-02، المؤرخ في: 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر. العدد رقم: 14، المؤرخة في: 08/03/2006، ص 15.

العقاري

لنص المادة 04 من القانون 06 - 03، التي تنص على أنه: " المحضر القضائي ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته... "1.

أ - 1- 3 - الشخص المكلف بخدمة عامة:

وهم الأشخاص الذين تكلفهم الدولة بالقيام بخدمة عامة، مثل رؤساء المجالس الشعبية البلدية، حسب نص المادة 47 و48 من قانون البلدية رقم 11 - 10²، ومن بين الأشخاص المكلفين بالخدمة العامة، هم الخواص الذين يساهمون في تسيير بعض المرافق العمومية كالحبيرة المعين من طرف القاضي لإعداده لبعض التقارير الخاصة³، وتعتبر محررات رسمية كذلك الأحكام والقرارات القضائية النهائية، والحائزة لقوة الشيء المقضي فيه، والتي يستدعي القانون شهرها في المحافظة العقارية المختصة إقليمياً، وذلك إذا كانت متعلقة بنزاعات عقارية، وللمحررات الصادرة من السلطات الأجنبية والقنصلية صفة الرسمية، بعد ترجمتها إلى اللغة العربية والمصادقة عليها من طرف السلطة المختصة⁴.

أ - 2 - الاختصاص:

يجب على الموظف أن يتقيد بمحدود سلطته واختصاصه، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك، وإذا قام بما فلا يعتبر العقد رسمياً، كما يتقيد الضابط العمومي كذلك بمحدود اختصاصه من حيث الموضوع والإقليم⁵، ومثاله رئيس المجلس الشعبي البلدي هو الشخص

¹ - القانون رقم 06-03، المؤرخ في: 20/02/2006، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج.ر.ج.ج، ع. 37 رقم: 14، المؤرخة في: 08/03/2006، ص 22.

² - القانون رقم 11-10، المؤرخ في: 11/06/2011، المتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج، ع. 37، المؤرخة في: 03 يوليو 2011، ص. 11.

³ - المواد 125 إلى 145 من القانون 08-09، المؤرخ في: 25/02/2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

⁴ - رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2001، ص. 36.

⁵ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 236.

العقاري

الوحيد الذي خول له القانون تحرير شهادة الحيازة فهو مختص من حيث الموضوع، ويجب أن يكون العقار الذي هو محل شهادة الحيازة واقعاً في دائرة اختصاصه الإقليمي على مستوى البلدية، عكس الموثق الذي يمتد اختصاصه على مستوى التراب الوطني، فمثلاً إذا كان مكان العقار بالبلدية ومكتب الموثق بوهران وأراد شخصان إبرام عقد بيع، فإنه يجوز للموثق بأن يقوم بتحرير العقد رغم أنه موجود بالبلدية ذلك العقار وهذا على أساس أن الموثق ليس له اختصاص إقليمي تطبيقاً لنص المادة 02 من قانون التوثيق رقم 06-02 على أنه: " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق، تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعمول به، ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني ".

أ - 3 - الأشكال القانونية:

إن الأشكال التي يفرضها القانون، مثل ما ينص عليه الفصل الخامس الذي يحدد أشكال العقود التوثيقية ومضمونها بمقتضى المواد من 26 إلى 32 من قانون التوثيق 06-02 ، فوفقاً لنص المادة 26 بقولها: " تحرر العقود التوثيقية، تحت طائلة البطلان، باللغة العربية في نص واحد وواضح، تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص " .

كما أنه يجب أن يتضمن كل عقد البيانات التي أوجبها القانون لاسيما اسم ومكان محرر العقد، أسماء وألقاب وصفات وعناوين سكنى ومهن أطراف العقد والشهود إذا كانت شهاداتهم ضرورية، تعيين العقار موضوع العقد أو الحق العيني العقاري، ومضمون العقد، وتاريخه، والهوية الكاملة للأطراف أو ما يسمى بتأشيرة موقعة من قبل محرر العقد الذي يجب عليه أن يشير إلى قراءة العقد على الأطراف، وأن يمضي في آخر العقد من الأطراف والشهود ومحرر العقد، وذلك قبل تحرير الجدول الوصفي الذي يودع بالمحافظة العقارية مع السندات من أجل إتمام الشهر.

فإذا لم يحجر العقد وفقاً للشروط والإجراءات المشار إليها أعلاه، أو لم تراعى القيود والموانع التي أوجبها القانون أو لم يراع بعضها، أو لم يذكر محرر العقد البيانات الواجب تدوينها في العقد، وكانت هذه البيانات

العقاري

أساسية، فإن هذا العقد الذي يكون ظاهره رسمي ويعتقد محرره أو المستفيد منه بأنه رسمي، فهو في حقيقة الأمر حال من قيمة السند الرسمي، وفاقد لحجية الإثبات القطعية باعتباره باطلاً¹.

ب - الكتابة العرفية وشروط صحتها:

نتناول في هذا الموضوع تعريف الكتابة العرفية ثم شروط صحتها.

ب-1 - تعريف الكتابة العرفية:

إن العقود أو الأوراق العرفية هي التي لا تحرر من طرف ضابط عمومي أو موظف عام، وأن المشرع لا يتطلب توافر أي شرط شكلي في تحريرها، والشرط الوحيد لصحتها أن تكون موقعة من طرف أطراف العقد، وأن يكون لها تاريخ ثابت حتى يمكن الاحتجاج بها بالنسبة للغير، ومن ثمة نميز بين حجية العقد العرفي بين أطرافه، وحجيته بالنسبة للغير².

فالعقد العرفي هو الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه بأنفسهم، ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود في الكتابة العرفية فقط لا غير، ولقد نصت المادة 327 ق.م.ج " يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يخلفوا.....".

ب-2 - شروط صحة العقد العرفي:

لكي يكون العقد العرفي دليلاً للإثبات، يشترط المشرع الجزائري أن يكون مكتوباً، وأن يكون موقِعاً من أطرافه وهذا ما سنقوم بتوضيحه على النحو التالي:

ب-2-1 - الكتابة:

¹ - عبد الحفيظ بن عبيدة، مرجع سابق، ص. 60 ، 61.

² - عبد الحفيظ بن عبيدة، المرجع نفسه، ص. 77.

العقاري

تعتبر الكتابة الشرط الوحيد الأول لصحة العقد العرفي العقد لبيان الواقعة محل الإثبات، والتي أعد من أجلها هذا العقد، بحيث لا تخضع لأي شكل في أعدادها فيما يتعلق باللغة المستعملة، ولا الشخص القائم بتحريرها، ولا يهم شكل الورقة العرفية التي حرر فيها محتوى العقد بقدر مما تم تحريره وإثباته بالكتابة مع الإشارة إلى أن الكتابة العرفية قد تكون على الورق كما قد تكون إلكترونية¹.

والمشروع بغية منه في تعايش القوانين مع أحدث التكنولوجيات قام باستحداث المادة 323 مكرر 1 ق.م.ج التي تنص على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالأثبات بالكتابة على الورق، بشرط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ب -2- 2 - التوقيع:

إن التوقيع أمر جوهري وأساسي في العقد العرفي، فلا يمكن الاستغناء عنه لأن انعدامه يفيد انعدام شكل الكتابة العرفية، وبالتالي انعدام العقد². أما عن شكل التوقيع فقد يكون في صورة إمضاء أو في شكل بصمة، وهذه الطريقة لها قوة ثبوتية لتمييز كل شخص ببصمة خاصة به، كما أثبتته علم البصمات، وقد يكون التوقيع عن طريق الختم³. والملاحظ أن المشروع الجزائري قد حصر التوقيع في الإمضاء والبصمة فقط دون طريقة الختم⁴. كما يمكن أن يكون التوقيع في شكل إلكتروني، شريطة أن يكون محمياً بشفرة أو رقم سري يصعب على الغير تزويره⁵.

¹ - رحابية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود امعمري، تيزي وزو، الجزائر، سنة: 2014، ص. 17، 18.

² - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 241.

³ - جميل الشراوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، (دون ذكر رقم الطبعة)، ط. سنة: 1996، ص. 127.

⁴ - عجة الجليلي، مدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، بيرتي للنشر، الجزائر، ط. سنة: 2009، ص. 565.

⁵ - المادة 327 من الأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 1975/09/26، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

العقاري

2 - العقود العينية (التسليم) :

إضافة إلى ركن التراضي والمحل والسبب، وحتى ينعقد العقد يجب " تسليم الشيء " محل العقد، فيعتبر " فعل التسليم " هذا شكلية لا بد منها لقيام العقد، ويرجع أصل هذا العقد إلى القانون الروماني الذي كان يشترط تسليم الشيء، ومثاله عقد العارية، الوديعة، الرهن الحيازي، وفي الحقيقة فإن هذا النوع من العقود أصبح نادراً أو منعهداً بالنسبة للقانون الجزائري¹.

ثانياً: الشكلية غير المباشرة

تمثل هذه الشكلية في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد لأجل تحقيق أهداف العقد، وقد سميت هذه الإجراءات بالشكلية غير المباشرة لكونها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني، ولكنها قد تحد من فعاليته ونفاذه.

وسنستعرض هذه الإجراءات بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات (الفقرة الأولى)، وإجراءات إدارية وجبائية أو التسجيل (الفقرة الثانية)، ثم وسائل الشهر (الفقرة الثالثة).

1 - قواعد الإثبات:

الأصل أن عبء الإثبات يقع على المدعي، لأنه من المفترض براءة الذمة، فمن يدعي حقاً في ذمة الآخر عليه إثبات الواقعة التي كانت مصدراً لذلك، وقد أشار له المشرع الجزائري في نص المادة 323 ق.م.ج: " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ".

¹ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 242.

العقاري

كما تنص المادة 77 من القانون المدني الأردني على أنه: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وهذا المبدأ كرسه الشريعة الإسلامية كذلك¹. وقد نظم المشرع الجزائري طرق الإثبات بوضعه قواعد تلزم المتخاصمين، وعلى عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكل الوسائل، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج، حيث أنه في هذه الحالة لا يجوز الإثبات بالشهود بل بالكتابة وفقاً لنص (المادة 323 ق.م.ج). وتعد الكتابة هي الأصل في الإثبات، وطريقة للتعبير عن الإرادة، وقد وضع لها ديننا الحنيف أهمية بالغة في الإثبات، حيث جاء ذكرها في أطول آية في القرآن الكريم في قوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه.... " ². ويجوز أيضاً الإثبات بوسائل أخرى منها الإثبات بالشهود (المواد 333 إلى 336 ق.م.ج)، والإثبات بالقرائن (المواد 337 إلى 340 ق.م.ج)، ثم الإثبات بالإقرار (المادة 341 و 342 ق.م.ج)، كما يجوز أيضاً الإثبات باليمين في حالة ما إذا تعذر على الشخص الإثبات بالوسائل السابقة الذكر (المواد 343 إلى 350 ق.م.ج).

2 - التسجيل:

التسجيل هو إجراء شكلي، يتم بموجبه دفع ضريبة لحساب الدولة متعلقة بالحقوق والرسوم بمختلف أنواعها التي يحصل عليها الموثق من الأطراف الملزمين بتسديدها في إطار العقود التي يوثقونها لديه³، كما ألزم القانون الموثق بأن يقوم بتسجيل العقود الخاضعة للشهر العقاري في مصلحة التسجيل والطابع المختصة إقليمياً⁴، وهو ما نصت عليه المادة 1/75 من قانون التسجيل⁵، كما تنص المادة 58 من نفس القانون

¹ - زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، الجزائر، سنة: 2013، ص. 21.

² - الآية 282، سورة البقرة.

³ - جمال بدري، مرجع سابق، ص. 73.

⁴ - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، القبة، الجزائر، 2006، ص. 179.

⁵ - الأمر رقم 76-105، المؤرخ في: 1976/12/09، المتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ع. رقم: 81، ص. 1235.

العقاري

على ضرورة أن يقوم الموثق بتسجيل العقود التي يحررها في أجل لا يتجاوز شهراً وذلك تحت طائلة العقوبات التأديبية، والمتمثلة في تطبيق غرامة التأخير، وهذا وفقاً لنص المادة 93 من القانون السابق الذكر.

وتعتبر عملية التسجيل إجراء قانوني، يمكن الدولة من خلاله تحصيل موارد مالية محددة لصالح الخزينة العمومية¹، كما يعطي هذا الإجراء تاريخاً ثابتاً للعقود العرفية التي يتم تسجيلها لدى هذه المصلحة²، وتصدر الإشارة إلى أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط، أما مضمون العقد فيبقى بعيداً كل البعد عن الرسمية³.

3 - وسائل الشهر:

تتم عملية الشهر بطرق مختلفة تبعاً لأهمية التصرف القانوني، منها الشهر العقاري (الفقرة الأولى)، والقيود في السجل التجاري (الفقرة الثانية)، والنشر عن طريق الصحف (الفقرة الثالثة).

أ - الشهر العقاري:

يعرف الأستاذ حمدي باشا بأنه " نظام قانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات"⁴. والشهر العقاري هو إجراء شكلي مضمونه عمل في وقانوني، الغاية منه تسجيل جميع التصرفات الواردة على العقارات بمصلحة الشهر العقاري ليكون الجميع على علم بوجودها وذلك عبر السندات التي تم شهرها، ويوفر هذا الإجراء المعلومات الكافية حول العقارات وحالتها⁵. ويعتبر الشهر العقاري من الأهداف التي ترمي إليه

¹ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 118.

² - المادة 1/328 ق.م.ج: " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه، إلا منذ أن يكون له تاريخاً ثابتاً، ويكون تاريخ العقد ثابتاً ابتداءً من يوم تسجيله".

³ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، مرجع سابق، ص. 453.

⁴ - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، مرجع سابق، ص. 118.

⁵ - جمال بدري، مرجع سابق، ص. 80.

العقاري

بعض تشريعات العالم من أجل تنظيم الملكية العقارية وتأمين استقرار المعاملات العقارية، ومنع المضاربة وتحقيق الثقة اللازمة فيها¹. فبعد تحرير العقد اشترط المشرع الجزائري تسجيله ثم شهره بالمحافظة العقارية المختصة إقليمياً، أي مكان تواجد العقار، وتكلم المشرع الجزائري عن عملية الشهر في القانون المدني الجزائري من خلال نص المادة 793 والتي جاء فيها: " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار، سواءً كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون، وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار"، كما أن قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الصادر بموجب الأمر 74-75، المعدل والمتمم، تلزم المادة 14 منه إشهار: "... جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية...". وفي المادة 15 نصت على أنه: " كل حق للملكية، وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير، إلا من تاريخ يوم إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية...". أيضاً المادة 16 من نفس الأمر تنص على أنه: " إن العقود الإدارية والاتفاقات التي ترمي إلى إنشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر حتى بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة البطاقات العقارية"، أي الشهر، وأيضاً المادة 17 من نفس الأمر كذلك جاء فيها بأن: " الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يجتج بها اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها...". كما أن القانون 90-25، المتضمن قانون التوجيه العقاري من خلال نص المادة 29 التي تنص على أنه: " يثبت الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية عقد رسمي يخضع إلى قواعد الإشهار العقاري".

وتعتبر هذه الإجراءات الواجب احترامها حتى يكون العقد نافذاً في حق الغير، شكلية غير مباشرة².

ب - القيد في السجل التجاري:

هو قيد يخص بعض التصرفات أو الأشخاص والذي يخضع له التاجر سواءً كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً (المواد 19، 20، 21 من القانون التجاري)، وذلك من أجل اكتساب صفة التاجر، ويترتب على عدم القيد في هذا السجل عدم اكتساب صفة التاجر وعدم اكتساب الشخصية المعنوية بالنسبة

¹ - مجيد خلفوني، مرجع سابق، ص. 13.

² - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 244.

العقاري

للأشخاص المعنوية، كما يترتب على عدم تقييد كل التصرفات القانونية المتعلقة بالمحلات التجارية عدم نفاذها في حق الغير¹.

ج - النشر:

يتم أحياناً شهر المعاملات بواسطة النشر في الصحف الخاصة، كصحيفة الإعلانات القانونية، والجرائد اليومية العامة، فالمادة 83 من القانون التجاري تقضي بنشر ملخص عقد بيع المحل التجاري في صحيفة الإعلانات القانونية في مدة 15 يوماً من تاريخ البيع، كما تقضي الفقرة الثانية من نفس المادة بنشر العقد المتضمن التأجير وتسيير المحل التجاري، وتلزم كذلك المادة 548 من القانون التجاري، نشر العقود التأسيسية والمعدلة للشركات، ويترتب عن مخالفة هذه الإجراءات عدم نفاذ العقد في حق الغير².

المطلب الثاني

مصادر الشكلية

قد تتخذ الشكلية في العقود ركناً من أركان العقد، تكون فيه بموجب الاتفاق، أي الشكلية بإرادة الطرفين (الفرع الأول)، وقد تكون بنص قانون (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الشكلية بإرادة الطرفين

قد تكون الشكلية ركناً في العقد بموجب الاتفاق، أي باتفاق المتعاقدين، واشترطاً أن يتم العقد في الشكل المتفق عليه، وإذا اتفقا المتعاقدين على أن يكون العقد شكلياً كدليل للإثبات أي لأن الشكل المطلوب مجرد لإثبات.

¹ - بومعزة رشيد، مرجع سابق، ص. 107.

² - علي فياللي، مرجع سابق، ص. 245.

العقاري

وإذا لم يوضحا المتعاقدين ما إذا كان الشكل المشترك هو لانعقاد العقد أو لمجرد الإثبات، لأن الأصل في العقود هو رضائية العقد وهذا ما جرى عليه القضاء في فرنسا ومصر، أما في القانون الجزائري فيجب الرجوع إلى القواعد العامة والقول بأن الصلة في العقود هي الرضائية، فإذا اتفق المتعاقدان على أن يكون عقد رضائي عقداً شكلياً ولم يبين هذا الشكل المتفق عليه للانعقاد أو للإثبات، فيحمل اتفاقهما على الشكل المطلوب للإثبات، ومن ثم لا يوجد ثمة مانع يمنع المتعاقدين على مخالفتها بشأن العقد الذي يزمعان إبرامه، بأن يرتضيا عدم قيامه إلا إذا جاء في الشكل الذي يحددانه¹.

الفرع الثاني

الشكلية بنص قانون

إن التصرفات القانونية التي يتطلب فيها القانون الشكلية واردة على سبيل الاستثناء وبالتالي فهي لا تفرض إلا بوجود نص خاص، ومثاله تلك التصرفات المنصوص عليها في المادة 12 من قانون التوثيق 70-91 والمادة 324 مكرر 1 ق.م.ج والتي تنص على أنه: "زيادة عن 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، فهي شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد"، ومن ثم فإن الإرادة في هذه العقود لا تستطيع لوحدها أن ترتب آثارها القانوني إلا بإضافة إليها عنصر خارجي وهو الكتابة الرسمية بإفراغ التصرف القانوني في الشكل الرسمي².

وإلى جانب هذه العقود توجد عقود أخرى يخضعها المشرع إلى الشكلية الرسمية وهي منصوص عليها في القانون المدني، كعقد الإيجار وفقاً لنص المادة 467 مكرر ق.م.ج بقولها: "ينعقد الإيجار كتابة ويكون له

¹ -Site : <http://www.startimes.com> ; La forme du contrat ; sans auteur ; page vue le :

25/05/2018.

² - بومعزة رشيد، مرجع سابق، ص. 92.

العقاري

تاريخ ثابت وإلا كان باطلاً"، كما نصت المادة 645 ق.م.ج في عقد الكفالة بقولها: " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة... "، والغرض من الشكل هو حماية المتعاقد من نتيجة تسرعه ولذلك فالتوكيل الرسمي في العقد الشكلي والوعد به يجب أن يفرغ في نفس الشكل وإلا كان باطلاً.

المبحث الثاني

جزاء تخلف ركن الشكلية في العقد العقاري

العقاري

إذا اشترط القانون إفراغ التصرف في شكل معين، وذلك بإتباع الإجراء الشكلي في إبرام العقود، لاسيما التي يكون موضوعها نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، ويؤدي مخالفة هذا الركن الجوهرية إبطال تلك التصرفات.

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى الجزء المترتب على تخلف ركن الشكلية في الفقه والتشريع الجزائري (المطلب الأول)، ثم إلى أحكام العقد العقاري الباطل لتخلف ركن الشكلية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الجزء المترتب على تخلف ركن الشكلية في الفقه والتشريع الجزائري

إن مسألة تحديد الجزء الناجم عن تخلف الشكل كانت محل جدل فقهي واسع، حيث ذهب البعض إلى اعتباره بطلان نسبي، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأن هذا البطلان يجب أن يكون مطلقاً، ولكل أسانيده ومبرراته.

لذا سنتكلم عن جزء تخلف الشكلية في الفقه (الفرع الأول)، ثم نبين جزء تخلف الشكلية في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول

جزء تخلف الشكلية في الفقه

إن جزء تخلف الشكل المتطلب قانوناً كان مثار جدل فقهي واسع، فقد ذهب غالبية الفقهاء إلى القول بأنه باطل بطلاناً مطلقاً، لأن الغاية من الشكل هي حماية المصلحة العامة، بينما ذهب البعض الآخر إلى القول بأنه باطل بطلاناً نسبياً، وذلك على أساس أن الشكل مفروض لحماية المتصرف، ومن ثم فإنه يحمي مصلحة خاصة وليس مصلحة عامة.

العقاري

والحقيقة أن الرأي الثاني غير صائب، لأنه على الرغم من أنه يحمي المتصرف فإنه ينبغي ملاحظة أن الشكل لا يتقرر لحماية مصلحة خاصة وإنما لمصلحة كل من يرمون نفس التصرف وبذلك نخرج من نطاق المصلحة الشخصية إلى نطاق المصلحة العامة¹.

لكن فريقاً من الفقهاء يقسم البطلان إلى ثلاثة 03 أنواع وهي: الانعدام، والبطلان المطلق، والبطلان النسبي، فيكون **العقد العقاري منعدماً** إذا لم يوجد ركن من أركانه، وكما ذكرنا سابقاً فإن ركن الشكل يعتبر ركناً رابعاً في التصرفات العقارية وفي العقود التي يكون محلها عقار، ويكون العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا استوفى هذه الأركان ولكن كان المحل أو السبب أو الشكل غير مستوف لشروطه فيما عدا شروط الوجود، ويكون العقد باطلاً نسبياً إذا كان التراضي معيباً بان كان صادراً من شخص ناقص الأهلية، أو شابه عيب من عيوب الإرادة. غير أنه ليس هناك فرق بين الانعدام والبطلان، لأنه في كلا الحالتين لا يرتب العقد العقاري أي أثر بوصفه عملاً قانونياً ثم أن التمييز من الناحية المنطقية لا وجه له، ولأن كلا العقدين معدوم في نظر القانون².

الفرع الثاني

جزاء تخلف الشكلية في التشريع الجزائري

يتضح من الأحكام الواردة في المواد 99 إلى 105 ق.م.ج أن المشرع اعتمد التقسيم الثنائي للبطلان، حيث يميز بين البطلان النسبي، والبطلان المطلق، وقد تناول المشرع أحكام البطلان النسبي في المواد من 99 إلى 101 ق.م.ج ذاكراً في هذا السياق أن الإبطال يزول بالإجازة، ويسقط بالتقادم³.

أولاً: البطلان المطلق للعقد العقاري

هو جزء انعدام أحد أركان العقد العقاري أو اختلاله، كانهتمام الأهلية، أو الرضا، أو المحل، أو السبب، أو الشكل في العقود الشكلية (المادة 102 ق.م.ج).

¹ - شيخ سناء، مرجع سابق، ص. 172.

² - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 173.

³ - علي فيلاي، مرجع سابق، ص. 255.

العقاري

ثانياً: البطلان النسبي

هو جزء تخلف أحد شروط صحته كنعق الأهلية أو عدم سلامة الرضا¹.

وخلاصة القول أنه بالرغم من محاولات بعض الفقهاء إضفاء الصفة الرضائية على التصرفات القانونية الواردة على عقار تأثراً بالقانون المصري إلا أن الشكل الرسمي في القانون الجزائري ضروري لإنشاء التصرفات الواردة على العقارات، أو تلك التي ترتب حقاً عينياً عليها، فلا يمكن شهر عقد بيع عقار مثلاً إذا لم يستوف هذا العقد الشكل الرسمي المتطلب قانوناً، وعليه فإن كل عقد بيع عقاري أبرم في شكل عربي بعد: 1971/01/01، تاريخ سريان قانون التوثيق رقم 70 - 91 ، يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً على أساس أن الشكل الرسمي ركن في عقد البيع الوارد على عقار وليس مجرد دليل لإثباته².

المطلب الثاني

أحكام العقد العقاري الباطل لتخلف الشكلية

بعد تحديد الجزء المترتب على تخلف ركن الشكل في التصرفات القانونية الشكلية، ويتمثل هذا الجزء في البطلان المطلق، تنولى في هذا الفرع بدراسة قواعد تقرير البطلان لتخلف الشكل (الفرع الأول)، ثم نبين الآثار المترتبة على هذا العقد الباطل لتخلف ركن الشكل (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تقرير البطلان لتخلف الشكلية في العقد العقاري

¹ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 176.

² - شيخ سناء، مرجع سابق، ص. 177.

العقاري

إنّ تخلف الشكل الذي يفرضه القانون لإنشاء التصرف القانوني يؤدي إلى بطلان هذا التصرف وعدم ترتيبه، وفي هذا الموضوع سنتكلم عن من الذي يتمسك بالبطلان (أولاً)، ثم كيف يتقرر البطلان (ثانياً).

أولاً: التمسك بالبطلان

في العقد العقاري الباطل يجوز أن يتمسك بالبطلان كل من له مصلحة في ذلك، بل وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، أما في العقد العقاري القابل للإبطال، فلا يتمسك بالبطلان إلا المتعاقد الذي تقرر البطلان لمصلحته دون المتعاقد الآخر¹. هذا ويجب التمسك بالبطلان المطلق خلال 15 سنة من تاريخ إبرام العقد وإلا سقطت الدعوى بالتقادم، أما بالنسبة للبطلان النسبي يجب التمسك به خلال سنة واحدة من تاريخ إبرام العقد العقاري، متى تعلق الأمر بعيب الاستغلال، وخلال 10 سنوات من تاريخ اكتشاف الغلط أو التدليس أو من تاريخ انكشاف الإكراه². وتنص المادة 1/02 ق.م.ج على أنه: " إذا كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة "، وعلى هذا الأساس يستطيع أن يتمسك بالبطلان كل من المتعاقدين والخلف العام والخلف الخاص والدائنين، كما أنه للمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها في أية حالة تكون فيها الدعوى، أما فيما يتعلق بالعقد القابل للإبطال، فإنه يكون للعقد وحده الذي شرع بالإبطال لمصلحته وهو وحده الذي يستطيع إبطال العقد العقاري في حالتي النقص في أهليته أو عيب في رضاه، حيث تنص المادة 99 ق.م.ج على أنه: " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً في إبطال العقد، فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق "، وعليه فلا يجوز للمحكمة أن تقضي بالإبطال من تلقاء نفسها، بل لابد من أن يتمسك بذلك صاحب المصلحة أو خلفه العام (ورثته)³.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 526.

² - دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 50، 51.

³ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 186، 187.

العقاري

ثانياً: كيفية تقرير البطلان في العقد العقاري

لدراسة هذه المسألة، سنتطرق إلى نقطتين أساسيتين حول كيفية تقرير البطلان بالنسبة للعقد العقاري الباطل (1)، ثم كيفية تقرير البطلان بالنسبة للعقد العقاري القابل للإبطال (2).

1 - العقد العقاري الباطل:

لما كان العقد العقاري الباطل ليس له وجود قانوني، فلا حاجة إذن لصدور حكم بإبطاله، فلا يحتاج له من له مصلحة في تقرير البطلان أن يرفع دعوى بذلك، وما عليه إلا أن يعتبر العقد العقاري الباطل معدوماً، ومثاله فلو كان العقد العقاري الباطل بيعاً كان للبائع دون أن يحصل على حكم ببطلان البيع أن يتصرف في المبيع ويكون بيعه صحيحاً، وإذا رفع المشتري في هذا المثل دعوى يطالب فيها بالمبيع، أمكن البائع أن يدفع هذه الدعوى ببطلان البيع، فالذي يتمسك بالبطلان في العقد العقاري الباطل يفعل ذلك في أكثر الأحوال عن طريق الدفع لا عن طريق الدعوى. ولكن قد تقضي الضرورة العملية بالحصول على حكم ويتحقق ذلك إذا قضت الضرورة على المتمسك ببطلان عقد باطل أن يبادر إلى رفع دعوى البطلان، ومثاله أن يكون البائع في بيع باطل قد سلم المبيع إلى المشتري وأراد أن يسترده، فهو بين أن يرفع دعوى البطلان في مدة 15 سنة أو أن يرفع دعوى الاستحقاق في أي وقت، فإذا رفع دعوى البطلان حصل على حكم ببطلان العقد، والحكم الذي يصدر في دعوى البطلان لا يبطل العقد العقاري الباطل، بل يقتصر على الكشف عن بطلانه¹.

2 - العقد العقاري القابل للإبطال (البطلان النسبي):

هو عقد صحيح ويظل كذلك حتى يتقرر إبطاله بناءً على طلب من تقرر لمصلحته، ولا بد من صدور حكم قضائي، فناقص الأهلية ومن شاب إرادته عيب من عيوب الرضا لا يستطيع تقرير إبطال

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 530.

العقاري

العقد بإرادته المنفردة طالما أن الطرف الآخر يرفض إبطال العقد، فيظل العقد العقاري صحيحاً منتجاً لآثاره حتى يصدر الحكم بإبطاله¹. وحكم القاضي هو الذي يبطل العقد العقاري، أي ينشئ البطلان ولا يقتصر على الكشف عنه كما في العقد العقاري الباطل، ولكن إذا رفعت دعوى الإبطال ووجد سببه قائماً، فالقاضي لا يملك إلى أن يبطل العقد².

ويمكن تصحيح العقد العقاري القابل للإبطال بإدخال عنصر جديد عليه يؤدي قانوناً إلى تأكيد صحته، بينما لا يتصور التصحيح بالنسبة لعقد عقاري باطل بل يعاد إنشاؤه من بعقد عقاري جديد، ومن أمثلة التصحيح في القانون المدني الجزائري المادة 3/90 (والمتعلقة في رفع الغبن)، و المادة 1/358 (الخاصة بطلب تكملة الثمن في بيع عقار بغبن يزيد عن 1/5)، والمادة 1/732 (والمتعلقة بطلب أحد المتقاسمين نقض القسمة بحجة أنه قد لحقه غبن يزيد عن 1/5)³.

الفرع الثاني

آثار العقد العقاري الباطل لتخلف الشكلية

في هذا الفرع سنتكلم عن آثار العقد العقاري الباطل لتخلف الشكلية للبطلان بنوعيه " المطلق والنسبي " آثار تتعلق بالمتعاقدين (أولاً) والغير (ثانياً).

أولاً: بالنظر إلى المتعاقدين

يترتب على البطلان عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، بحيث يسترد كل طرف ما تسلمه من الثاني، فإن استحال الرد لأي سبب كان وجب حينها التعويض⁴. وقد نصت المادة 103

¹ - محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص. 256.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 531.

³ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص. 177، 178.

⁴ - دريال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 51.

العقاري

ق.م.ج على أنه : " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بالتعويض معدل " ¹.

ثانياً: بالنظر إلى الغير

ويقصد بالغير الأشخاص الذين تتأثر حقوقهم ببطلان العقد العقاري وإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد، ويترتب على بطلان التصرف زوال كل الآثار التي تترتب عليه ولو كان من تصرف أحد العاقدين حسن النية، بحيث لا يعلم بسبب البطلان، ففي عقد البيع مثلاً لو أعاد المشتري بيع العين أو رهنها أو رتب عليها حقاً عينياً آخر كانتفاع أو ارتفاق، فإن كل هذه الآثار تزول ببطلان العقد العقاري الأصلي.

أما البطلان النسبي أو الجزئي (المادة 104 ق.م.ج) ، فيقصد به أن يجد القاضي عقداً صحيحاً في جزء منه، وباطلاً في الجزء الآخر، فبدلاً أن يبطل كل العقد يقتصر الإبطال على الجزء غير الصحيح ويحتفظ بالجزء الصحيح، على أنه يشترط لتطبيق البطلان النسبي، ألا يكون الجزء الباطل هو الدافع على التعاقد أي يكون جوهرياً عند المتعاقدين، وإلا أبطل كل العقد، ويمكن أن تصادف هذه الحالات في تصرفات عدّة كالوصية المقترنة بشروط غير صحيحة (المادة 199 ق.أ.ج)، وفي عقد القسمة (المادة 722 ق.م.ج) ².

وخروجاً عن القاعدة العامة، فالمشرع يخرج أحياناً عن تطبيق هذا المبدأ، أي هناك استثناءات لتلك القاعدة وهذا ما نجد مثلاً:

1 - عقود الإدارة:

¹ - ويطابق النص المادة 142 من القانون المدني المصري، والمادة 143 من القانون المدني السوري، والمادة 142 من القانون المدني الليبي، والمادة 138 من القانون المدني العراقي.

² - دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص. 52، 53.

العقاري

وفقاً لنص المادة 468 ق.م.ج، تبقى عقود الإدارة قائمة (كالإيجار) بالرغم من ثبوت بطلان سند الملكية للمتصرف (المؤجر) إذا كان التصرف إليه (المستأجر) حسن النية وكانت مدة الإيجار لا تتجاوز 03 سنوات، ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك، وإذا انعقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، تخفض المدة إلى 03 سنوات.

2 - عقود التصرف:

إذا كان الشيء عقاراً، فإن القانون الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني بالنسبة للتصرفات والحقوق التي ترد على العقار (كالتصرفات المنشئة أو المقررة)، ومن ثم يجب تسجيل دعوى البطلان في السجل العيني ليكون الحكم بالبطلان حجة على من يكتسب بحسن نية حقاً عينياً بعد رفع تلك الدعوى، ولا يمكن للغير سيء النية أن يحتج لمصلحته بالقيود المسجل إذا كان هذا القيد معيباً، هذا ولا يزول الرهن الرسمي، الذي يترتب للدائن المرتهن حسن النية على العقار ببطلان التصرف الذي تملكه الراهن بمقتضاه، بل يعود العقار إلى ملكية المتصرف مثقلاً به.

3 - الشركات التجارية الباطلة:

إذا قضي ببطلان الشركة التجارية لعدم توافر الشكل التجارية لعدم توافر الشكل الذي يحدده القانون أو لعدم شهرها وفقاً لقواعده، أو لأن أحد الشركاء ناقص الأهلية أو شاب رضاه عيب، بعد أن باشرت نشاطها وتعاملت مع الغير، فإنها تعتبر شركة واقعية (Société de fait)، وتظل التصرفات القانونية قائمة ومنتجة لآثارها، ويقتصر أثر البطلان بعد تقريره على المستقبل، حماية للغير الذي اطمأن لقيام الشركة¹.

وعليه، أوجب المشرع الجزائري بأن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً، ويطلب كل تعديل للعقد لا يستوفي الشكل الذي أفرغ فيه العقد (المادة 418 ق.م.ج)، وفضلاً عن الكتابة التي استلزمها المشرع في سائر عقود الشركات، استلزم اتخاذ إجراءات الشهر بالنسبة للشركات التجارية كإيداع العقود

¹ - بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 198، 199، 200.

العقاري

التأسيسية والعقود المعدلة الشركات التجارية لدى المركز الوطني للسجل التجاري، وتنشر حسب الأوضاع الخاصة بكل شكل من أشكال الشركات وإلا كانت باطلة.

خاتمة

خاتمة

لا شك أن هذه الدراسة أظهرت الكثير من الجوانب القانونية التي يتميز بها العقد العقاري، حيث اعتمد المشرع الجزائري مبدأ الرضائية كقاعدة عامة لإبرام التصرفات القانونية، وإن هذا المبدأ يعد من المبادئ الأساسية في القانون الحديث التي جاءت نتيجة تطور طويل في القانون، والتعبير عن الإرادة كقاعدة عامة يتركه المشرع لحرية الأفراد أي أن الرضا وحده كاف لإنشاء التصرف القانوني، إلا أن المشرع قرر استثناءً بالنسبة لبعض التصرفات القانونية العقارية أن يتم التعبير عنها بطريقة محددة وهو ما يعرف بالتصرفات الشكلية.

والشكل (La forme) كما رأينا هو الكيفية أو الطريقة التي يفرضها المشرع للتعبير عن الإرادة، بحيث أن التعبير لا ينتج آثاره القانونية إذا لم يفرغ في الشكل المتطلب قانوناً، ومن ثم يعد الشكل أحد العناصر الجوهرية اللازمة لوجود التصرف القانوني التي يترتب على تخلفها عدم صحته.

وعليه، تنقسم التصرفات الشكلية إلى تصرفات رسمية وتصرفات عرفية، الأمر الذي يقتضي من المشرع أن يحسن اختيار الشكل المناسب لكل تصرف قانوني.

هذا وإذا كان الشكل يعد استثناء من مبدأ الرضائية إلا أنه يؤكد سلطان الإرادة ولا ينفيه، لأن الشكل وظيفة وقائية وحمائية تتمثل في حماية إرادة الأطراف، فالشكل يحمي المتصرف من التسرع في اتخاذ قراره ويدعوه إلى التمعن والتفكير في ماهية التصرف الذي يقدم عليه، فضلاً على أن الشكل يكفل تحديد مضمون التصرف بصورة أدق وأفضل من التصرف الرضائي، ولا يحقق الشكل هذه الوظيفة إلا إذا كان ركناً من أركان التصرف القانوني يترتب على تخلفه بطلان هذا التصرف بطلاناً مطلقاً، والحقيقة أنه بالرغم من زيادة عدد التصرفات الشكلية إلا أن هذا لا يعني أنها أصبحت قاعدة عامة والرضائية استثناء عنها، فكلاهما قاعدتان متكاملتان تحكمان إنشاء التصرفات القانونية.

وإذا كان التطور التشريعي الجزائري يتجه نحو الاعتداد بالشكل وهذا ما نلاحظه من خلال زيادة عدد التصرفات الشكلية، إلا أنه يؤخذ على المشرع الجزائري أنه لم يخصص للشكلية مكانة في النظرية العامة للالتزام، وإنما نص عليها في الباب المتعلق بإثبات الالتزام، رغم أن الشكل كفكرة قانونية مطبقة في القانون الجزائري يقتصر نطاقها على الشكل اللازم لتكوين التصرف القانوني والذي يترتب على تخلفه كل أثر لهذا

التصرف ولا يشمل إجراءات الإثبات والشهر، وعليه فإننا نرى بأنه يجب على المشرع أن ينظم الشكل ضمن شروط العقد المنصوص عليها في المواد 59 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

وعليه يستخلص من هذه الدراسة:

كما ذكرنا سالفاً المبدأ في إبرام العقود هو الرضائية، ولكن قد يفرض القانون شكلاً معيناً في بعض العقود والتي تتمثل الاستثناء عن هذا المبدأ، حيث يؤدي عدم احترام الشكل إلى ترتيب جزاءات معينة، والعقد العقاري ينتمي لتلك العقود التي لا يكفي فيها مجرد التراضي لانعقاد العقد، بل أخضعه المشرع إلى مجموعة من الإجراءات التي ينبغي اتباعها.

غير أن نقطة التماس بين الرضائية والشكلية، هي أنّ المشرع أضاف الشكلية للعقود المنصبة على العقارات، وهذا زيادة على الأركان العامة للعقد المتمثلة في الرضا والمحل والسبب.

ولأجل تكوين العقد العقاري أوجب القانون التراضي وثبوت إرادة الأطراف في ورقة رسمية لدى شخص مؤهل قانوناً (الضابط العمومي، أو موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة)، وعدم احترام هذا الإجراء يجعل من هذا العقد باطلاً بطلائناً مطلقاً.

ولقد أوجبت معظم التشريعات العقارية الجزائرية اتباع الإجراء الشكلي في إبرام العقود التي يكون موضوعها نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية، ويؤدي مخالفة هذا الإجراء إلى بطلان تلك التصرفات.

إن الشكلية في التصرفات القانونية تعتبر وسيلة حامية تهدف إلى تحقيق مزايا عديدة، فهي تبعث الثقة لدى الأفراد وتقوي الائتمان ومن ثم توفر الثقة في المعاملات وتحقق العدالة والاستقرار، وهي مهام تعجز الرضائية عن تحقيقها بصفة كافية، مما يستدعي اللجوء إلى الشكلية كوسيلة ممتازة لتحقيقها، ولما كانت الملكية العقارية ذات وظيفة اجتماعية وكانت من عناصر الثروة القومية ما كان لزاماً أن تتوافر لها الحماية القانونية، وقد وجدت الدول ومن بينها الجزائر أن من أهم الوسائل لحماية الملكية العقارية وضمان استقرار المعاملات هي الشكلية.

وفي سبيل تمهيد الطريق لهذا التحول الذي تشهده الجزائر في جميع المجالات وخاصة في المجال القانوني وذلك بغية التأقلم مع الأوضاع الجديدة التي أفرزها العصر، نقترح بعض النقاط التي نرى أنها من الأهمية بما كان في هذا الوقت وهي كالآتي:

- الإسراع في الجرد العام للأموال الوطنية والمسح الأراضي العام بطريقة موضوعية ومسؤولة ناجعة لتطهير الملكية العقارية، وكذا مساعدة القضاء في حل النزاعات العقارية والتقليص منها.
- إعادة النظر في حجية العقود العقارية العرفية الثابتة التاريخ المحررة بعد 1971/01/01، وتحديد ضوابط قانونية للأخذ بما كمرور مدة زمنية على اكتسابها وتقديم وثائق ثبوتية لتبرير استغلالها.
- إنشاء " لجنة وطنية دائمة " مشكلة من باحثين وخبراء قانونيين تنظر في مجمل القوانين التي تحكم العقار في بلادنا، من باب إعادة النظر في روح القوانين لمواكبة التطورات الجارية، وبالتالي المساهمة في إيجاد القوانين الملائمة التي تساعد في تسريع عملية التطهير العقاري.

المصادر والمراجع

قائمة المصادر المراجع

- القرآن الكريم

I - المراجع باللغة العربية:

أولاً: الكتب

- 1 - أنور سلطان، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1998.
- 2 - برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام في القانونين المصري واللبناني، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1995.
- 3 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون-الجزائر، طبعة 03، 2004.
- 4 - جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بدون طبعة، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2001.
- 5 - جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
- 6 - جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع والقضاء الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 8 - جميل الشرفاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بيروت، طبعة 1996.
- 9 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار الهومة للطباعة والنشر والتوزيع - الجزائر، الطبعة 2013.
- 10 - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع، دار هومة، الجزائر، الطبعة 12، 2012.
- 11 - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، الجزائر، الطبعة العاشرة، 2014.
- 12 - دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، طبعة 2004.
- 13 - دوة آسيا ورمول خالد، "الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري"، دار هومة للطباعة والنشر-الجزائر، الطبعة الثالثة 2011.

- 14 - رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفاظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، البلدة، 2001، ص 36.
- 15 - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 16 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، "مصادر الالتزام"، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة 03 الجديدة، 2000.
- 17 - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، بدون طبعة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.
- 18 - عجة الجيلالي، مدخل إلى العلوم القانونية، نظرية الحق، بارتي للنشر، الجزائر، 2009.
- 19 - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية وحدة الرغاية، طبعة 2001.
- 20 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 1998.
- 21 - فاضلي إدريس، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، قصر الكتاب، الجزائر، ع. د 2006/2007.
- 22 - محمد أحمد سراج، "نظرية العقد والتعسف في استعمال الحق من وجهة الفقه الإسلامي"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 1998.
- 23 - محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، بدون طبعة، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- 24 - محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، بدون طبعة، الدار الجامعية الجديدة للنشر، بيروت، 2000.
- 25 - مجيد خلفوني، العقار في القانون الجزائري، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة 2012.
- 26 - محمد صبري السعدي، "شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول"، دار الهدى عين مليلة - الجزائر، الطبعة الثانية. 2004.
- 27 - مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مؤسسة بحسون، بيروت، لبنان، 1995.

28 - مصطفى المتولي قنديل، دور الأطراف في تسوية المنازعات العقودية، بدون طبعة، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2005.

29 - ولاء الدين محمد إبراهيم، التطوير العقاري، دراسة مقارنة، دائرة القضاء - أبو ظبي، الطبعة الأولى 2014، ص 17.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ - رسائل الدكتوراه:

1 - حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور العقد، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2016.

2 - رحايمية عماد الدين، الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود امعمري - تيزي وزو، 2014.

3 - زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2013، ص 21.

4 - شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2012.

ب - مذكرات الماجستير:

1 - بوفلحة عبد الرحمان، دور الإرادة في المجال التعاقدية على ضوء القانون المدني الجزائري، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة أبي بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، كلية الحقوق، 2007.

2 - بومعزة رشيد، الشكلية الرسمية في العقود المدنية، رسالة ماجستير، جامعة باتنة، 2005.

3 - زاوي محمد، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 1987.

ثالثاً: المحاضرات الجامعية:

1 - علاق عبد القادر، محاضرات في السندات والعقود العقارية، مُلقاة على طلبة السنة الأولى ماستر،

تخصص قانون عقاري، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، السنة الجامعية: 2014/2013.

ثالثاً - المجالات:

1 - ملاح الحاج، حق المستهلك في الإعلام، مجلة مخبر القانون الخاص، جامعة تلمسان، كلية الحقوق، أبريل 2001.

رابعاً: مواقع على شبكة الأنترنت

1 - Site : <http://www.uobabylon.iq.com> ; Principe de l'autonomie de la volonté; sans auteur ; page vue le : 21/04/2018.

2 - Site : <http://www.startimes.com> ; La forme du contrat ; sans auteur ; page vue le : 25/05/2018.

خامساً: التشريعات

1 - الأمر رقم 70-91، المؤرخ في: 15/12/1970، المتضمن قانون التوثيق (الملغى)، ج.ر.ج.ج.، ع. 107، الصادرة بتاريخ: 25/12/1970.

2 - الأمر رقم 75-58، المؤرخ في: 26/09/1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.، ع. 78، الصادرة في: 30/09/1975.

3 - الأمر رقم 75-74، المؤرخ في: 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، ج.ر.ج.ج.، ع. 52، المؤرخة في: 18/11/1975، المعدل والمتمم.

4 - الأمر رقم 76-105، المؤرخ في: 09/12/1976، المتضمن قانون التسجيل، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.، ع. 81.

5 - القانون رقم 84-11 المؤرخ في: 09/11/1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.، ع. 24، الصادرة في: 12/06/1984.

6 - القانون رقم 89-02، المؤرخ في: 07/02/1989، المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ج.ر.ج.ج.، ع. 06، المؤرخة في: 08 فبراير 1989، ص. 154 وما بعدها، الملغى بموجب المادة 94 من القانون رقم: 03/09 المؤرخ في: 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج.، ع. 15 المؤرخة في 08 مارس 2009.

7 - القانون رقم 90-25، المؤرخ في: 18/11/1990، المتضمن التوجيه العقاري، ج.ر.ج.ج.، ع. 49، المؤرخة في: 18/11/1990، المعدل والمتمم.

- 8 - القانون 90-30، المؤرخ في: 1990/12/01، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.، ع. رقم: 52، المؤرخة في: 1990/12/02.
- 9 - القانون رقم: 91-11، المؤرخ في: 1991/04/27، المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، ج.ر.ج.ج.، ع. 21، المؤرخة في: 1991/05/08، المعدل والمتمم بالقانون رقم: 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن لقانون المالية لسنة 2005، وكذا القانون رقم 07-12 المؤرخ في 29 ديسمبر 2007 المتضمن لقانون المالية لسنة 2008 أيضا.
- 10 - القانون رقم 06-02، المؤرخ في: 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، ج.ر.ج.ج.، ع. رقم: 14، المؤرخة في: 2006./03/08
- 11 - القانون رقم 06-03، المؤرخ في: 2006/02/20، المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، ج.ر.ج.ج.، ع. 14، المؤرخة في: 2006/03/08.
- 12 - القانون 08-09، المؤرخ في : 2008/02/25، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.، ع. 21، المؤرخة في: 2008/04/23.
- 13 - القانون رقم 11-10، المؤرخ في: 2011/06/11، المتعلق بالبلدية، ج.ر.ج.ج.، ع. 37، المؤرخة في: 03 يوليو 2011.
- 14 - المرسوم رقم 85-59، المؤرخ في: 1985/03/23، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الإدارة والمؤسسة العمومية، ج.ر.ج.ج.، ع. رقم: 49، المؤرخة في: 1985/03/24.
- 15 - المرسوم التنفيذي رقم 91-454، المؤرخ في: 23 نوفمبر 1991، المحدد لشروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كفاءات ذلك، (الملغى) ج.ر.ج.ج.، ع. 60، المؤرخة في: 14 نوفمبر 1991.

II - المراجع باللغة الفرنسية:

1 - François Terré; Philippe Simples; Yres Lequette; Droit civil; Les obligation ; 7ème édition ;Dalloz ;1999.

الفهرس

الفهرس

01.....	مقدمة
06.....	الفصل التمهيدي: ماهية العقد العقاري
	المبحث الأول: مفهوم العقد العقاري
09.....	
التعريف	المطلب
	الأول:
09.....	بالعقد
09.....	الفرع الأول: التعريف بالعقد عامة
09.....	أولاً: التعريف اللغوي للعقد عامة
10.....	ثانياً: التعريف الفقهي للعقد
10.....	ثالثاً: التعريف التشريعي للعقد
11.....	أولاً: العقد اتفاق
12.....	ثانياً: العقد يهدف إلى إحداث آثار قانونية
13.....	الفرع الثاني: التعريف بالعقد العقاري
13.....	الفرع الثالث: مفهوم العقار
13.....	أولاً: تعريف العقار
13.....	1 - التعريف اللغوي للعقار
13.....	2 - التعريف الفقهي للعقار

14.....	3 - التعريف التشريعي للعقار
15.....	ثانياً: أنواع العقارات
المطلب الثاني: تقسيمات العقد العقاري وأنواعه	
15.....	
15.....	الفرع الأول: تقسيمات العقد العقاري
16.....	أولاً: العقد الرضائي
16.....	ثانياً: العقد الشكلي
16.....	ثالثاً: العقد العيني
17.....	الفرع الثاني: أنواع العقود العقارية
17.....	أولاً: السندات العرفية
17.....	1 - مرحلة ما قبل 1971/01/01
18.....	2 - مرحلة ما بعد 1971/01/01
18.....	ثانياً: السندات التوثيقية
18.....	ثالثاً: السندات الإدارية
19.....	رابعاً: السندات القضائية
المبحث الثاني: تكوين العقد العقاري وتنفيذه	
19.....	

المطلب الأول: تكوين العقد العقاري

19.....	
20.....	الفرع الأول: التراضي
20.....	أولاً: وجود الإرادة والتعبير عنها
20.....	1 - وجود الإرادة
20.....	2 - التعبير عن الإرادة
20.....	أ - التعبير الصريح
21.....	ب - التعبير الضمني
21.....	ج - السكوت كتعبير عن الإرادة
21.....	د - 1 - الإرادة الباطنة
22.....	د - 2 - الإرادة الظاهرة
22.....	ثانياً: توافق الإرادتين
22.....	1 - الإيجاب
22.....	2 - القبول
22.....	3 - اقتران الإيجاب بالقبول
23.....	ثالثاً: صحة التراضي
23.....	1 - الأهلية
23.....	2 - خلو الإرادة من العيوب

23.....	أ - الغلط
24.....	ب - التدليس
24.....	ج - الإكراه
24.....	د - الاستغلال
25.....	الفرع الثاني: المحل
25.....	أولاً: أن يكون موجوداً أو ممكن الوجود
26.....	ثانياً: أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين
26.....	ثالثاً: أن يكون المحل مشروعاً
26.....	الفرع الثالث: السبب
27.....	الفرع الرابع: الشكلية
المطلب الثاني: تنفيذ العقد العقاري	
28.....	
28.....	الفرع الأول: آثار العقد العقاري بالنسبة إلى المتعاقدين
29.....	الفرع الثاني: آثار العقد العقاري بالنسبة إلى غير المتعاقدين
29.....	أولاً: الخلف العام
30.....	ثانياً: الخلف الخاص
30.....	ثالثاً: أثر العقد العقاري بالنسبة إلى الغير

العقاري	العقار	العقد	في	الرضائية	الأول:	الفصل
						31.....
التاريخي	وتطورها	الرضائية	مفهوم	الأول:	المبحث	
						33.....
الرضائية		مفهوم		الأول:	المطلب	
						33.....
للرضائية	التاريخي	التطور		الثاني:	المطلب	
						34.....
						35.....
						37.....
						الفرع الأول: تطور القانون نحو الرضائية
						الفرع الثاني: مبدأ الرضائية في القانون المدني الجزائري
						المبحث الثاني: دور الرضائية في تكوين العقد العقاري
						39.....
						المطلب الأول: دور الإرادة في تكوين العقد العقاري
						39.....
						الفرع الأول: دور الإرادة في مرحلة المفاوضات
						39.....
						الفرع الثاني: دور الإرادة في إبرام العقد العقاري
						43.....
						أولاً: مبدأ الرضائية في إبرام العقد العقاري
						43.....
						ثانياً: دور الإرادة في تحديد مضمون العقد العقاري
						43.....
						1 - بعض النماذج التشريعية لحرية بنود العقد العقاري
						44.....

45..... 2 – الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية

المطلب الثاني: نتائج مبدأ سلطان الإرادة والقيود الواردة عليه

46.....

46..... الفرع الأول: النتائج المترتبة على مبدأ سلطان الإرادة

47..... أولاً: الالتزامات الإرادية هي الأصل

47..... ثانياً: حرية التعاقد

47..... ثالثاً: الحرية في تحديد آثار العقد

48..... رابعاً: العقد شريعة المتعاقدين

48..... الفرع الثاني: القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة

48..... أولاً: القيود على حرية التعاقد وعدم التعاقد

49..... ثانياً: القيود على حرية تحديد آثار العقد

49..... ثالثاً: اتساع نطاق الالتزامات غير الإرادية

50..... رابعاً: نزع الملكية لأجل المنفعة العامة

50..... خامساً: الشكلية كقيود على الإرادة

51..... الفرع الثالث: مدى كفاية الرضائية في نقل الملكية العقارية

الفصل الثاني: الشكلية في العقد العقاري

54.....

المبحث الأول: ماهية الشكلية ودورها في تكوين العقد العقاري	56.....
المطلب الأول: مفهوم الشكلية وتطورها التاريخي	57.....
الفرع الأول: التعريف بالشكلية وتطورها التاريخي	58.....
أولاً: التعريف بالشكلية	58.....
ثانياً: التطور التاريخي للشكلية	59.....
الفرع الثاني: أهمية الشكلية والغاية منها	60.....
أولاً: الشكلية لحماية المصلحة الخاصة	60.....
1 - حماية أطراف التصرف	60.....
2 - حماية الغير	61.....
ثانياً: الشكلية لحماية المصلحة العامة	61.....
1 - تحقيق العدالة وتسهيل مهمة القضاء	62.....
2 - تحقيق الثقة والائتمان	62.....
3 - حماية الملكية العقارية	63.....
الفرع الثالث: أنواع الشكلية	63.....
أولاً: الشكلية المباشرة	63.....
1 - الكتابة	64.....

- أ - الكتابة الرسمية وشروطها 64
- أ-1 - محرر العقد 64
- أ-1-1 - الموظف العام 64
- أ-1-2 - الضابط العمومي 65
- أ-1-3 - الشخص المكلف بخدمة عامة 66
- أ-2 - الاختصاص 66
- أ-3 - الأشكال القانونية 67
- ب - الكتابة العرفية وشروط صحتها 67
- ب-1 - تعريف الكتابة العرفية 68
- ب-2 - شروط صحة العقد العرفي 68
- ب-2-1 - الكتابة 68
- ب-2-2 - التوقيع 69
- 2 - العقود العينية (التسليم) 69
- ثانياً: الشكلية غير المباشرة 70
- 1 - قواعد الإثبات 70
- 2 - التسجيل 71
- 3 - وسائل الشهر 71
- أ - الشهر العقاري 72

73.....	ب - القيد في السجل التجاري
73.....	ج - النشر
	المطلب الثاني: مصادر الشكلية
73.....	
74.....	الفرع الأول: الشكلية بإرادة الطرفين
74.....	الفرع الثاني: الشكلية بنص قانون
	المبحث الثاني: جزاء تخلف ركن الشكلية في العقد العقاري
76.....	
	المطلب الأول: الجزاء المترتب على تخلف ركن الشكلية في الفقه والتشريع الجزائري
76.....	
76.....	الفرع الأول: جزاء تخلف الشكلية في الفقه
77.....	الفرع الثاني: جزاء تخلف الشكلية في التشريع الجزائري
77.....	أولاً: البطلان المطلق للعقد العقاري
78.....	ثانياً: البطلان النسبي
	المطلب الثاني: أحكام العقد العقاري الباطل لتخلف الشكلية
78.....	
78.....	الفرع الأول: تقرير البطلان لتخلف الشكلية في العقد العقاري
79.....	أولاً: التمسك بالبطلان
79.....	ثانياً: كيفية تقرير البطلان في العقد العقاري

80.....	1 – العقد العقاري الباطل	80.....
80.....	2 – العقد العقاري القابل للإبطال (البطلان النسبي)	80.....
81.....	الفرع الثاني: آثار العقد العقاري الباطل لتخلف الشكلية	81.....
81.....	أولاً: بالنظر إلى المتعاقدين	81.....
81.....	ثانياً: بالنظر إلى الغير	81.....
82.....	1 – عقود الإدارة	82.....
82.....	2 – عقود التصرف	82.....
83.....	3 – الشركات التجارية الباطلة	83.....
	خاتمة	
84.....		84.....
المراجع	المصادر	قائمة
	88.....	
94.....	الفهرس	94.....