الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الرقم التسلسلي: .....

رقم التسجيل: ط1: 171735096391

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمال

بعنوان:

الرسمية في التعاقدات المدنية

إعداد الطالبة:

✍ حرحوز حسينة

مقدمة أمام لجنة المناقشة المكونة من السادة الأساتذة

اسم ولقب الأستاذ	الرتبة	الجامعة	الصفة
أ.د. والي عبد اللطيف	**أستاذ**	جامعة المسيلة	رئيسا
د.بودور مبروك	**أستاذ محاضر "أ"**	جامعة المسيلة	مشرفا ومقررا
د. برابح السعيد	**أستاذ محاضر "أ"**	جامعة المسيلة	مناقشا

السنة الجامعية: 2021-2022

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم :.....

المرجع: القرار الوزاري رقم 933 المؤرخ في 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لانجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة)..... **حرحوز حسينة** .....

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم.....

الحامل لبطاقة التعريف الوطنية رقم: .....

الصادرة بتاريخ .....عن دائرة/ بلدية .....

المسجل(ة) بكلية ..... **الحقوق والعلوم السياسية** .....قسم : ..... **الحقوق** .....

والمكلف بانجاز أعمال بحث (مذكرة ماستر، مذكرة ماجيستير، أطروحة دكتوراه) الموسومة بـ :

.....

..... **الرسمية في التعاقدات المدنية** .....

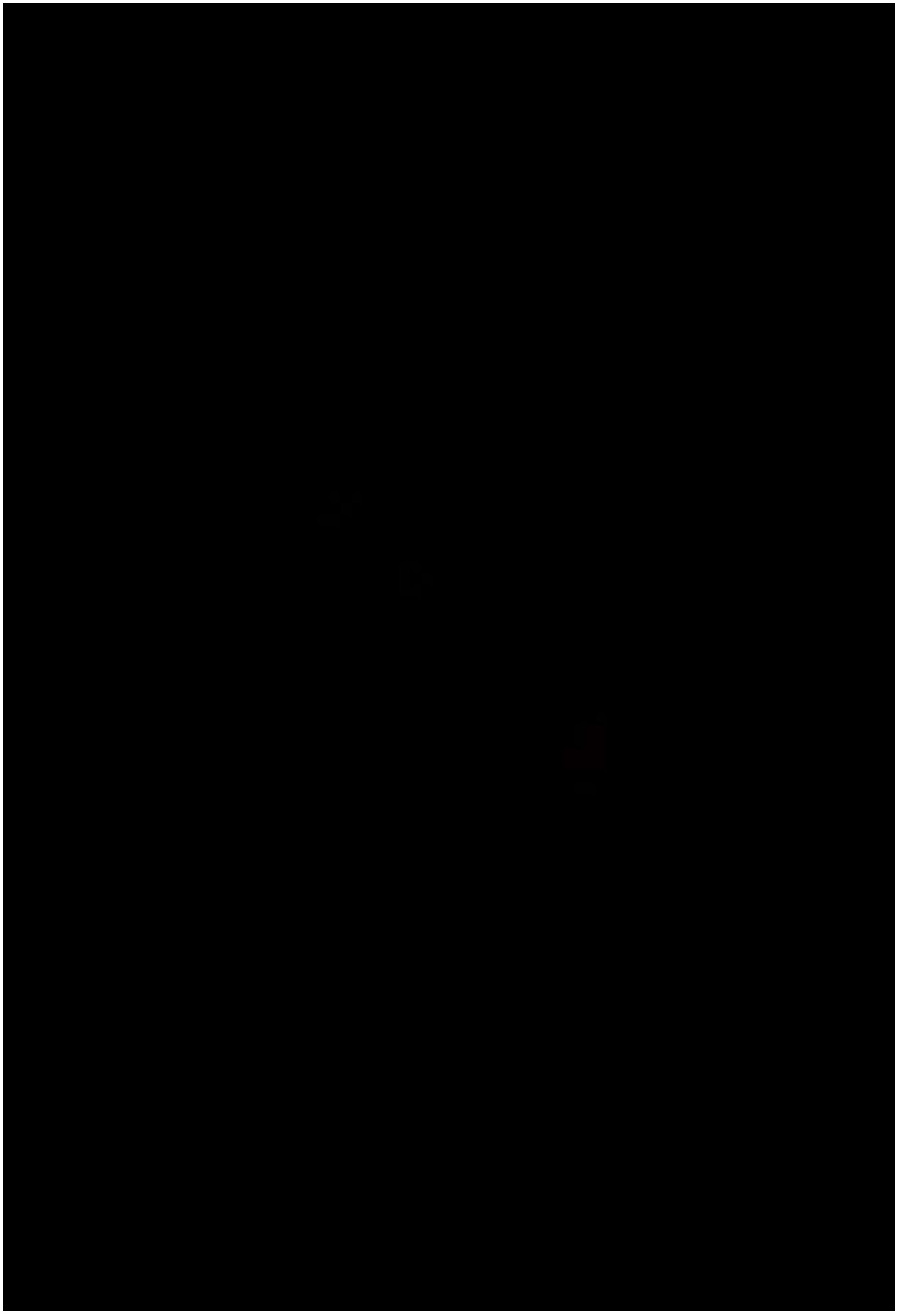
.....

.....

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ .....

إمضاء المعني



شكر

الحمد لله الذي علمني ما لم أعلم، أشكره وأثني عليه، إذ أعانني ويسر لي السبيل حتى وصلت لليوم الذي فرغت بحمده من إنهاء مسار هذه السنوات، التي لولا ثقتي به ما أتممتها وفي نهايتها ثابرت بجهد لأنهي هذا العمل المتواضع.

وأشكر أستاذي الفاضل بودور مبروك الذي قبل الاشراف على هذه المذكرة وعلى ما قدمه لي من توجيه ونصح.

كما أشكر كل الأساتذة الذين ساهموا في تكويننا واعطائنا خلاصة جهدهم وعلمهم.

وأشكر كل من دعمني وتمنى لي التوفيق من بعيد أو قريب.

الإهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى الغائبين بأجسادهم الحاضرين بدعواتهم، أمي وأبي رحمهما الله تعالى ورزقهما الفردوس الأعلى.

إلى اللتين شدتا أزري في كل مكان وزمان أختي حورية وزهرة حفظهما الله لي، إلى الذي أسند جسدي وروحي عليه زوجي يحيى حفظه الله ورعاه.

إلى القمر الذي ينير حياتي، وجودها سبب حياتي وسبب كفاحي وسبب تحمل آلامي ومشقاتي.

إليك هبة الرحمان وحيدتي وأنيستي.

اجمعي أحجار سنواتي وابني عليها سلما للارتقاء في سماء العلم والمعرفة، وضمدي جراحك بصورتي وأنا أحاول، واجعليها شمعة في طريقك...ماما.

مقدمة

مقدمة:

إن الأصل في كل التصرفات والعقود هو الرضائية، وحرية الفرد في إنشاء روابط اجتماعية أو تصرفات قانونية وفقا لمبدأ سلطات الإرادة، ولقد اهتم الفقه الإسلامي بضبط تلك المعاملات وترك له حرية انشاء العقود والعهود، ويكفي لإنشاء العقد مجرد التراضي بين المتعاقدين وتوافق ارادتهما، إلا ما استثنى من ذلك بسبب ركن الاشهاد كعقود الزواج وغيرها[1]، ويظهر الاستعمال الاصطلاحي للعقد في مجال العلوم القانونية ويعرف أنه توافق ارادتين أو أكثر من أجل انشاء تعديل، أو انهاء التزام، ولقد عرف المشرع الجزائري العقد من خلال المادة 54 من القانون المدني على أن العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[2]، ويُعد هذا نتاج للفلسفة الفردية التي ظهرت في القرن الثامن عشر، وتنامي الحرية في المجتمع، وهو ما عجل من النظم التشريعية في ضبط بعض العقود والتصرفات القانونية لشكلية خاصة لإنشائها أو اثباتها، فكانت الشكلية استثناءً على المبدأ الرضائي العام والتي تكون بحضور موظف عمومي مختص وفق إجراءات خاصة بنص المادة 324 ق م، غير أن مفهوم الشكلية قديما أوسع مما هو عليه في العصر الحديث، فقبل ظهور الكتابة لم تكن المحررات قد عرفت بعد، فالعقود كانت حينها تقوم على طقوس روحية وأقوال احتفائية وكان الخطأ في أي اجراء شكلي يؤدي إلى بطلان التصرف مهما كانت إرادة أطرافه لتنتقل عبر الزمن لصورة الشكلية الرسمية، والتي تعتبر نطاقا خاصا من الرسمية والكتابة أحد أركانها، لذلك تظهر بعض الضبابية في التفريق بين الرسمية كركن للانعقاد في التصرفات

[1]– مرزوقي قدار، اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، قانون خاص، جامعة بلقايد، وهران، 2012–2013، وهران، ص 08.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية الجامعية، ط5، 2007، ص 41.

القانونية وكونها ركنا للإثبات، لازال يحافظ على رضائية أطرافه في اجراءه من عدمه، هذا ما جعلنا نطرح الإشكالية التالية:

- كيف تتجسد الرسمية في التصرفات والعقود المدنية؟
- ومع ثبوت حجيتها المطلقة ما مدى الأخذ بالأوضاع الاستثنائية عليها كالعقود العرفية والالكترونية في اثبات التصرفات القانونية المدنية؟

إن أهمية الإحاطة بمفهوم الرسمية وما يرد عليها من التزامات وآثار قانونية كبيرة خاصة في مجال نقل الملكية، ونقص الثقافة القانونية لدى أغلب المتعاقدين، وهو ما حال دون الفهم الجيد لتلك النصوص والقيود الواردة عليها، والتي نراها كأول حزام أمان للمتعاقدين لحفظ حقوقهم وإتمامهم لالتزاماتهم.

إن هذا الموضوع له أهمية قانونية وأخرى عملية كبيرة، بحسب ملاحظتنا لواقعنا القانوني الذي لا يزال يعاني فراغا قانونيا وتقصيرا تشريعيا في شرح وتوضيح بعض المصطلحات القانونية في مجال العقود والمحررات الرسمية أدى إلى عدم التمييز بين المحررات والتصرفات التي تتضمنها من جهة، ومن جهة أخرى استسهال العمل بالعقود العرفية، والعمل بسلطان الإرادة والاتفاق الشكلي البسيط، وهو ما نراه في الحياة العملية الواقعية إلى غاية اليوم في بعض المناطق النائية من بيع للشقق العمومية الإيجارية بمحررات بسيطة أو بمقررات للتنازل فقط، ونفس الملاحظ على أراضي العروش من بيع وكراء، والتي لم يفصل في كيفية تمليكها رغم صدور عدة قوانين منظمة لها، وما ينتج عنها من نزاعات قد تؤدي إلى جرائم كبيرة.

لقد استعملنا لبحث هذه الأفكار المنهج التحليلي والوصفي ذلك لوصف بعض الظواهر القانونية والنصوص التشريعية وتحديد المفاهيم المتعلقة بتلك العقود ومايرد عليها من سندات ومحررات، بالاضافة لوصف تطورها التاريخي ولصورها العملية داخل تلك المنظومات التشريعية

واستعمالنا للمنهج التحليلي لتحليل ماجاءفي تلك النصوص من اجل التحليل والاستنتاج في بعض نقاط للموضوع.

ومن أهم الصعوبات التي واجهتنا ورغم كثرة الباحثين فيه، هوتشعب مواضيعه وتداخل مصطلحاته ومفاهيمه هوعدم وجودروح التجديد في تلك البحوث التي ظهرت كنسخ متفاوتتة الصفحات، وزاد من تلك الصعوبة عدم تحكم المشرع وبصفة تامة وواضحة في تنظيم مجال العقود العرفية والالكترونية وعدم تمكنه من مطابقتها بالواقع العملي والذي يختلف تماما عن الواقع الذي استنسخه من القوانين الاجنبية والفرنسية على وجه الخصوص.

لقد سبقنا زملاء كثر في دراسة هذا الموضوع وتطرقو لمختلف اجزاءه واجراءاته وبكثير من التفصيل، ومثالها: أطروحة دكتوراه بعنوان الشكلية في اطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، للباحثة شيخ سناء، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، والتي تناولت مايرد على العقود العقارية من شكلية ورسمية كراسة متخصصة تمتد من مرحلة الاستقلال الى يومنا، ورسالة ماجستير بعنوان الشكلية غير المباشرة واثرها على فعالية العقود للباحث يحياوي يوسف، من كلية بن يوسف بن خدة الجزائر، والتي تناولت الشكلية كركن للاثبات في العقود المدنية، بالاضافة لمذكرة ماستر بعنوان الشكلية في العقود الالكترونية للباحثة بريزة شفية، والتي تناولت العقود الالكترونية كجزء من العقود الحديثة ومايرد عليها من شروط وقيود.

ومن أجل التوسع في موضوعنا هذا قسمنا بحثنا الى فصلين، الاول بعنوان: ماهية الرسمية كشكل تعاقدي والذي قسمناه هو الاخر الى مبحثين، الاول بعنوان: مفهوم الرسمية في التعاقدات المدنية: المطلب الاول: تعريف الشكلية، المطلب الثاني: تطور الشكلية عبر التاريخ.

المبحث الثاني بعنوان: خصائص الرسمية واهميتها في ابرام العقود، المطلب الاول: خصائص الرسمية في ابرام العقود، المطلب الثاني: اهميةالشكلية والرسمية في تنوع العقود وصورها.

الفصل الثاني بعنوان: الزامية الشكل في التعاقدات المدنية، المبحث الاول: وجوب الرسمية للانعقاد في العقد المدني، المطلب الاول: الرسمية كركن للانعقاد، المطلب الثاني: اثر تخلف الرسمية في العقد المدني.

المبحث الثاني: وجوب الرسمية كركن للاثبات في العقد المدني، المطلب الاول:حجية المحرر الرسمي كاصل للاثبات في العقد المدني، المطلب الثاني: مايقوم مقام المحررات الرسمية في الاثبات كاستثناء.

الخاتمة: كحوصلة لما توصلنا اليه في هذا البحث.

الفصل الأول:
ماهية الرسمية كشكل تعاقدي

إن الإرادة هي التعبير الحر لرضا الانسان في ابرامه لتصرفاته القانونية، وبهذا الرضا يصبح ذلك التصرف تعبيرا عن العدالة، إن مبدأ الرضائية هو الأصل العام في إبرام العقود ما لم ينص القانون عكس ذلك، وبمجرد توفر بقية أركان العقد وتطابق تراضي الطرفين ينعقد العقد ويرتب آثاره، لكن قد يفرض المشرع أحيانا شكلا معينا للتعبير عن تلك الإرادة التي أنشأت التصرف القانوني.

إن هذا الاستثناء الذي فرضه المشرع يُعين تلك الإرادة بشكل محدد بالقانون ومفروض به بهدف حماية إرادة الأطراف وصيانة حقوقهم من جهة، ومن جهة أخرى صيانة للصالح العام الذي قد تتعارض معه تلك التصرفات القانونية وتلك العقود، بما أن الوسيلة هي الشكلية في اطارها العام كقيد في مواجهة الرضائية في العقود، نفصل قليلا في مفهومها في المبحث الأول الذي هو بعنوان مفهوم الشكلية في التعاقدات المدنية والذي نتطرق فيه لمختلف التعاريف للشكلية في المطلب الأول المعنون بتعريف الشكلية القانونية.

المبحث الأول: مفهوم الرسمية في التعاقدات المدنية

كما سبق وأشرنا إلى أن مبدأ الرضائية والذي أساسه توافق إرادة المتعاقدين والذي يهدف للتبسيط وللسرعة والاقتصاد في الوقت والجهد، إن الشكلية هي ما تتطلبه بعض العقود لانعقادها وانفاذها وبغياب هذا الشكل أو تخلفه يكون البطلان هو ما يشوب كل مراحل العقد منذ ابرامه إلى غاية انفاذه، لذلك وجب علينا توضيح مفهوم الشكلية عموما وفي العقود على وجه التخصيص كما سيأتي.

المطلب الأول: تعريف الشكلية القانونية

لقد تنوعت تعاريف الشكلية عبر مختلف الأزمنة باختلاف العقود وتطورها وبتطور الفكر الإنساني، لذلك نتعرف عليها في:

أولا: تعريف الشكْلية لغة:

شكلية (اسم)– مصدر صناعي من شكل: يشكل: تمسك شديد بالأشكال الخارجية في الدين والحياة الاجتماعية ومجالات أخرى.

شَكَلَ: الشَكل بالفتح: الشبه والمِثل: الجمع أشكل ومشكول، شكْلُ الشي: صورته المحسوسة والمتوهمة، وتشكل الشيء: تصور، وشكله: صوره[1].

شكْلٌ: مبدأ قوامه أن صحة الأعمال القانونية مرتبط ارتباطا دقيقا بمراعاة الأشكال.

شكل: تشكيل المنظر: الباسه صورة، تشكيل الكلمة: ضبط حروفها بالحركات[1].

[1]– ابن منظور، معجم لسان العرب، المجلد السادس، دار صادر، بيروت.

الجمع شُكُلٌ: الشِكال: العقال والقيد والوثاق، الحبل الذي يشد قوائم الدواب وهو كذلك[2] شكليات–أوضاع قانونية–Formalités legales.

شكلية (اسم): تمسك شديد بالأشكال الخارجية: formalism respect scrupuleux des formes.

ثانيا: تعريف الشكلية لدى بعض أبرز الفقهاء ومن بينهم:الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله العقد الشكلي هو ما لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب اتمامه فوق ذلك اتباع شكل مخصوص يعينه القانون، وفي نفس فكرته أضاف انه لا يمنع العقد من أن يكون رضائيا أن يشترط في اثباته شكل مخصوص..، فالعقد رضائي حتى لو اشترط القانون لإثباته كتابة أو نحوها:...ولم يبقى في القانون الحديث إلا عدد قليل من العقود الشكلية والغرض من استيفاء شكليتها هي تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد: وقد يكون العقد رضائيا في أصله فيتفق المتعاقدان على أن يكون شكليا[3].

لقد تباينت التعريفات التي أوردها الفقه بصدد الشكلية، فالشكل هو عنصر خارجي مضاف إلى العناصر الداخلية المكونة للتصرف القانوني[4].

فإذا اشترط القانون لانعقاد العقد بأن يضاف إلى التعبير عن الارادة عنصر خارجي كالكتابة او الشهادة او التوثيق امام موظف رسمي وغيرها، فإن هذا العنصر الخارجي يعتبر من

---

[1]– معجم المعاني الجامع، معجم (عربي–غربي) الالكتروني، الجزائر، في 2022/04/15م الساعة 20:40 مساء.

[2]– قاموس المعاني الجامع، قاموس (عربي–فرنسي) الالكتروني، الجزائر في 2022/04/15م الساعة 20:40 مساء.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط2007، ص 127 والهامش 1 من ص 127.

4-علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، ص 226، ب د ن.

قبيل الشكل ، فهو عنصر مضاف إلى عناصر التصرف الداخلية، وهذا يغير في نطاق العقود من نطاق الرضائية إلى نطاق الشكلية[1].

قد يكون المقصود بالشكل في القانون هو الشكل الكتابي، سواء أكانت الكتابة رسمية أم عادية، فتصنف العقود من حيث الشكلية إلى عقود رسمية أو عقود شكلية يكون فيها الشكل ركناً من أركان التصرف القانوني، وعقود عادية لا يشترط فيها توافر الشكلية كركن لقيام التصرف القانوني، وانما تتم بمجرد تراضي طرفيها.

ويقصد بالشكلية في التشريعات الموضوعية بأنها عنصر خارجي يطلب القانون من الاشخاص اتباعه في عقودهم ، لإمكان ترتيب آثار قانونية معينة، واذا لم يتبعه الاشخاص، فلا ينتج العقد آثاره[2]، وفي التشريعات الإجرائية فهي الوسيلة التي يجب أن تحمي بها الإجراءات القضائية حتى يترتب عليها آثارها القانونية[3].

أما الشكلية في القانون القضائي هي التمسك بالجانب الشكلي للقانون، وتتمثل في تقديس القانون النافذ والفصل بينه وبين الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، وتتقيد بحرفية النص القانوني بصرف النظر عن حسنه او قبحه ، ومن أجل ذلك فإنها تقصر دور القاضي على مجرد تطبيق القانون بطريقة آلية[4].

---

[1]– علي حميد كاظم الشكري، استقرار المعاملات المالية، ص 226، ب د ن.

[2]– ياسر أحمد كامل الصيرفي ، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1992، ص 3.

[3]– محمد جمال عطيه عيسى ، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ،1994، ص 08 و223.

[4]– محمد نور فرحات، مبادئ القانون(نظرية القانون)، بدون دار نشر، القاهرة، 1982، ص 50.

فالعقود الشكلية هي التي يلزم لانعقادها إلى جانب التراضي في شكل خاص ينبغي أن يفرغ فيه هذا التراضي وليس هناك شكل واحد يتطلبه القانون، فقد يكون ورقة رسمية تصدر من موظف مختص، وقد تكون ورقة عرفية، ويذهب الاتجاه في الغالب من الفقه إلى أن الشكل ركن من أركان العقد ولا ينعقد دون توافره، أما الاتجاه الآخر فهو الذي يوسع من مفهوم الشكلية حيث يرى أن التعبير عن الإرادة بحد ذاته هو شكل بالمعنى القانوني...، إن من القيود التي وردت على مبدأ سلطان الإرادة في شقه الشكلي توثيق العقد أي افراغه في وثيقة وهي العقود الرسمية والقيد والسجل والكتابة، فلا يكتفي بالتراضي بأي صورة إلا التي حددها المشرع دون سواه، والكتابة هي أثر التصرفات الشكلية التي يفرضها القانون الحديث، إلا أن جانبا من الفقه قد أدخل الشكل الاتفاقي والعينية لاشتراط التعبير الصحيح ضمن الصور الخاصة بالشكلية[1].

ولم يختلف أساتذة القانون في الجزائر بالأخذ بنفس التعاريف والمفاهيم السابقة كالأستاذ علي فيلالي حيث عرف العقد الشكلي أنه هو العقد الذي يشترط لانعقاده بالإضافة إلى ركن التراضي احترام شكلية معينة، وتعد هذه الشكلية ركنا من أركان العقد بحيث يمنع اغفالها قيام العقد[2].

فالرسمية المطلوبة لإبرام بعض العقود مثل هبة العقار وعقد الرهن الرسمي هما ركن في العقد لا تقوم له قائمة بدونها وكذلك الحال في عقود الزواج، فقد اشترط المشرع في وثيقة الزواج الرسمية اختصاص المأذون دون غيره بها والشهادات للطلاق والرجعة... عند إذن يكون التراضي غير كافي لانعقاد العقد وترتيب آثاره[3].

---

[1]– خالد أبو طه وأحمد حسينة، الشكلية في العقود التجارية (دراسة تحليلية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، أفريل 2020،ر ص 109-110.

[2]– علي فيلالي، مصدر الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1997، ص 54.

[3]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 150.

والشكل الذي تشترطه القوانين المعاصرة غالبا ما يكون الكتابة في الورقة الرسمية التي يقوم بتحريرها شخص مكلف قانونا وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود ومثال العقود الرسمية الشكلية (هبة العقار)، ومثاله في القانون الجزائري (الرهن الرسمي) الذي نصت عليه م 883 ق م ج، وعقد الشركة في م 418 ق م ج[1].

ثالثا: الشكلية في القوانين المعاصرة

إن تطور وتنوع العلاقات العقدية بين الأفراد أجبر المشرع إلى تقيد بعض العقود كما سبق وذكره والزامها بشكل خاص ومميز لانعقادها وسريان أثارها وأبرز تلك الأشكال في القانون الجزائري هو البيع العقاري، فعقد بيع العقار في القانون الجزائري عقد شكلي[2]، لا يكفي لانعقاده تراضي المتعاقدين: البائع والمشتري، بل يجب أن يصدر التراضي في الشكل الذي يعنيه القانون[3].

تعتبر الرسمية من أقوى التصرفات الشكلية وتظهر قوة السند الرسمي في صحته أو حجيته في الاثبات...وعقد البيع العقاري يجب أن يرد في شكل رسمي[4]...ولقد تناول المشرع الجزائري تحديد مفهوم العقد الرسمي وذلك بتعريفه في المادة 324 من القانون المدني في نصه "العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما

[1]– محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات) مصادر الالتزام العقد والإرادة المتفردة، ط4، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006–2007، ص 51.

[2]– القرار رقم 115677 الصادر بتاريخ 2018/11/15م.

[3]– ريم مراحي، الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الخامس عشر، 2020، ص 81.

[4]– القرار رقم 085132 الصادر بتاريخ 2014/07/10م والقرار رقم 1155677 الصادر بتاريخ 2018/11/15م.

تـم لديـه أو مـا تلقـاه مـن ذوي الشـأن وذلـك طبقـا للأشـكال القانونيـة وفـي حـدود سـلطته واختصاصه"[1].

وهذا ما نجده في م 12 من قانون التوثيق الجزائري أنه على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه للأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها...[2]

وهو ما أقرته المحكمة العليا بقولها أنه من المقرر قانونا أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية للعقار لا تنتقل إلا بالعقد متى كان الشيء مملوكا للمتصرف[3].

وقد أقرته مجددا بقولها أنه من المقرر قانونا أن لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات القانونية ولا سيما التي تدير مصلحة الشهر العقاري[4]، وكذلك الرهون الرسمية م 883 ق م.

بل من الملاحظ أن المشرع بإقراره للشكلية في البيوع العقارية المختلفة للحفاظ على الملكية قد أقر بأن تلك الملكية لا تكتمل بدون اشهار العقد في المحافظة العقارية ليكون حجة في مواجهة الكل وذلك ما أقرته أيضا المحكمة العليا بقولها شهر العقد بالمحافظة العقارية شرط لنقل الملكية[5]، بالإضافة لحماية كل من الدفتر العقاري المشهر بإقرارها أن الدفتر العقاري

[1]– ريم مراحي، المرجع نفسه، ص 87.

[2]– القانون رقم 02/06 يتضمن تنظيم مهنة الموثق، مؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق ل 20 فبراير 2006م، المادة 12 منه.

[3]– القرار رقم 95606 الصادر بتاريخ 1993/02/28م.

[4]– القرار رقم 113840 الصادر بتاريخ 1994/02/07م.

[5]– القرار رقم 1033280 الصادر بتاريخ 2018/01/11م.

المشهر الوسيلة الممتازة لتأكيد المركز القانوني للمالك[1]، وعدم الطعن فيه بشهادة الشهود[2]، ولذلك فقد أحيط عقد البيع العقاري وألزم أطرافه بتوثيقه[3].

وقد أخذت المحكمة العليا لحماية البيوع على التصاميم أيضا كنوع من البيوع العقارية وذلك بقولها: يفرغ عقد البيع على التصاميم وجوبا وفق النموذج المنصوص عليه قانونا[4] وبواسطة المرقي العقاري وبمعرفته واختصاصه[5]، ولا يسلمه البائع إلا بعقد رسمي[6]، وكذلك في تلك العقود التي ترد على المحل التجاري شدد المشرع على تنظيمه وفق شكليات خاصة بذلك وهذا ما نصت عليه م 79 و83 و96 ق ت[7]، بقولها كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري...يجب اثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا، كذلك قد أقرته المحكمة العليا بقولها: يثبت بيع المحل التجاري أو ايجاره بعقد رسمي[8] وتحت طائلة البطلان، وهو نفس الحكم الذي رأته في تملك القاعدة التجارية بموجب عقد رسمي، وكذا بيعها مع وجوب إيداع ثمن المبيع بين يدي الموثق وتحت طائلة البطلان[9]. وكذلك بالنسبة للإيجار من الباطن[10]، والتنازل عن المحل التجاري[11].

[1]– القرار رقم 1124912 الصادر بتاريخ 2018/07/12م.

[2]– القرار رقم 1023923 الصادر بتاريخ 2016/12/15م.

[3]– القرار رقم 0967151 الصادر بتاريخ 2016/02/11م.

[4]– القرار رقم 1181262 الصادر بتاريخ 2018/04/19م.

[5]– القرار 1150986 رقم الصادر بتاريخ 2018/10/11م .

[6]– القرار 0845202 رقم الصادر بتاريخ 2014/07/10م.

[7]– القرار 191706 رقم الصادر بتاريخ 2000/04/11م.

[8]– القرار رقم 136156 الصادر بتاريخ 1997/02/18م .

[9]– القرار 0983135 رقم الصادر بتاريخ 2015/02/23م.

[10]– القرار 41961 رقم الصادر بتاريخ 1987/02/02م.

[11]– القرار رقم 125118 الصادر بتاريخ 1994/09/27م.

إن المشرع الجزائري قد حدد أنواع من العقود وألزم أطرافها حصرا وتميزا لها عن غيرها وترك الرضائية فيها كمبدأ عام ومن بينها عقد الشركة، فلقد حدد القانون التجاري[1] على سبيل الحصر التي يمكن أن تتخذها الشركات التجارية، فلا يجوز انشاء شركة في شكل لم يرد بشأنه نص قانوني ومثاله شركة المساهمة في نص م 592 ق ت بقولها: شركة المساهمة هي الشركة التي ينقسم رأس مالها إلى حصص وحدد في م 594 ق ت كيفية الاكتتاب في أسهمها وغيرها[2]، وهذا ما نجده في م 545 ق ت في الكتاب الخامس كأصل عام تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانت باطلة.

بالإضافة لوجود تلك الإشارة للشكلية في القانون المدني[3] المادة 418 ق م ج في القسم الأول منه: بأنه يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا وكل ما يدخل على العقد.

وفي حالة اندماج الشركات يثبت بشكلية خاصة وفق عقد رسمي توثيقي يخضع لإجراءات محددة يتبعها الموثق[4]، وألزمت المساهمين فيها ومسيريها بقيود قانونية واضحة وحددت مختلف مراحل انشائها وحياتها بحسب كل نوع منها، هذا بالإضافة للشكلية المطلوبة في بعض العقود كمثاله في عقود الوقف والتي جاءت في م 217 ق الأسرة الجزائري[5]، بقولها يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون ومعناه بعقد رسمي وهو ما رأته

[1]– الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون التجاري نسخة 2007.

[2]–عبد العزيز بوخرص، محاضرات الشركات التجارية (شركات الأموال)، طلبة السنة الأولى ماستر قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2021–2022.

[3]– الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم 2007م.

[4]– القرار رقم 1145866 الصادر بتاريخ 2016/11/10م.

[5]– الأمر 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يوليو 1985م، المتضمن قانون الأسرة المعدل 2007.

كذلك المحكمة العليا في قولها يقيد الوقف بعقد لدى الموثق ويسجل لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري... ولا يثبت الوقف إلا بموجب عقد رسمي[1].

ونرى ذلك كمبدأ في عقد الهبة 793 ق م و م 206 ق الأسرة، فعقد الهبة الذي لا ينعقد إلا إذا تم تحريره في الشكل الرسمي[2]، وأن الرجوع في هذه الهبة لا يكون إلا بطريقة رسمية باللجوء للموثق أو القضاء[3]، ولقد أقر المشرع أن عقد الهبة ناقل للملكية في حالة تحرير عقد هبة آخر غير مشهر على نفس العقار رغم صحته القانونية ومرتب لجميع آثاره[4]، ويصبح الموهوب له مالكا للحقوق العقارية الموهوبة بتمام الحيازة الفعلية والحقيقية من يوم تحرير العقد[5].

إن هذه القيود القانونية والشكلية الخاصة تنصب كذلك على العقود الوصائية، فلا بد لصاحب الوصية من وجوب تحريرها بعقد رسمي ما لم يحل دون تحريرها له في الشكل المطلوب قانونا مانع وقاهر كدنو الأجل[6]، وهذا ما أكدته م 191 ق الأسرة وتثبت الوصية بتصريح الموصى أمام موثق وتحرير العقد بذلك.

بالإضافة لعقود الشهرة التي يتطلب اعدادها إجراءات شكلية هامة بحضور الموثق واقراره لها واشرافه عليها[7]، وهو أيضا ما ينطبق على عقد الشفعة الغير المشهر والمحرر من طرف

[1]– القرار رقم 1127124الصادر بتاريخ 2018/07/12م.

[2]– القرار رقم 1002784 الصادر بتاريخ 2016/09/21م.

[3]– القرار رقم 097132 الصادر بتاريخ 2016/03/17م.

[4]– القرار رقم 0854885 الصادر بتاريخ 2014/05/15م.

[5]– القرار رقم 1043985 الصادر بتاريخ 2016/05/19م.

[6]– القرار رقم 1003697 الصادر بتاريخ2016/09/07م.

[7]– القرار رقم 0921284 الصادر بتاريخ2015/06/11م.

موثق فهو مخالف للقانون ويلحقه الابطال بسبب مخالفة هذه الشكلية[1]، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في عقود الوكالة التي لا بد لأطرافها من توثيقها في قالبها الشكلي من أجل تحمل تبعات الاخلال بشروطها[2]، وهو ما قد جاءت به المادة 572 ق م بقولها يجب أن تتوفر في الوكالة الشكل الواجب توفره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك و م 574 ق م.

وقد شهدت التطورات الاجتماعية في عصرنا الحاضر وخاصة في الجانب التكنولوجي بظهور عصر رقمي بامتياز أثر بشكل مباشر في حياة الأفراد وارتبط بشدة بوسائل اتصال حديثة وشبكة معلوماتية غزيرة ومتغيرة أدت لظهور نوع جديد من العقود الحديثة كعقود المعرفة الحديثة والعقود التجارية الالكترونية والذي جعل بعض التشريعات تسارع بتنظيمها والباسها صفة الرسمية وتقديمها بشكليات خاصة لحماية الأفراد والمجتمعات من آثارها، إزاء ذلك فإن القواعد الخاصة بالشكلية في التعاقد التقليدي هي نفسها الخاصة بالشكلية في عقود الانترنيت، وذلك من خلال استيفاء متطلبات الشكلية في العقود الالكترونية باستخدام كتابة الكترونية بدل الكتابة الورقية والتوقيع الالكتروني بدل التوقيع الكتابي[3] من ناحية التعاقد أو من حيث الاثبات، وهذا ما زاد ثقة الأفراد في محتواها والاقبال على التعامل بها وهذا ما صدر عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة الأول بشأن التجارة الالكترونية سنة 1996م والثاني بشأن توحيد القواعد الخاصة الالكتروني لسنة 2001م[4]، وهذا ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي في

[1]– القرار رقم 0859091 الصادر بتاريخ 2014/07/10م والقرار رقم 186433 بتاريخ 1999/06/16م.

[2]– القرار رقم 1273815 الصادر بتاريخ 2019/09/19م.

[3]– بريزة شفية، الشكلية في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013–2014، ص 06.

[4]– بريزة شفية، المرجع نفسه، ص 08.

المادة 1316 من ق م ف[1]، والذي فسر الكتابة المذكورة فيه تفسيرا موسعا وهو ما كان يقصد بمضمون هذه المادة هو مسألة الرسمية، أي إمكانية توثيق هذه الإرادة[2]، ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد عدل قوانينه الداخلية لمواكبة العصر الرقمي وذلك بتعديل لأحكام الاثبات في القانون المدني لسنة 2005م، وأعطى للمحررات الالكترونية قوة ثبوتية ضمن وسائل الاثبات، ولو أن المشرع الوطني لا يزال متأخرا عن بقية التشريعات العربية في ذلك، على غرار المشرع الفلسطيني الذي نظم عقود المعرفة الحديثة في قانون التجارة الفلسطيني[3].

م 79 ف1 والتي جاء فيها: يجب أن يكون عقد نقل المعرفة الحديثة مكتوبا وإلا كان باطلا، وألزم أطرافه بأن يشتمل العقد على كافة البيانات الخاصة إلا أصبح باطلا م 279 ف2، من قانون التجارة الفلسطيني دائما.

ونظمها المشرع الوطني الجزائري تحت اسم عقود الامتياز التجارية رغم تركيزه أكثر على ما يعرف بعقود الفرانشيز وقلة التقنيات فيها.

إن أغلب التشريعات العربية أخذت بمبدأ الشكلية كاستثناء على الأصل العام ومع ما يتناسب وطبيعة نظمها السياسية والقانونية، ومن بينهم المشرع المصري في المادة 204 من قانونه المدني بقوله الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر دونما الاخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل، وكذلك في عقد الشركة الذي أوجبه كتابة وإلا كان باطلا في م 504 ق م المصري.

[1]– م 1316 ق م ف: إن معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف او العلامات والأرقام أو أي إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيا كانت الدعامة التي تستخدم في انشائها أو الوسيط الذي تنقل عبره.

[2]– بريزة شفية، المرجع نفسه، ص 07.

[3]– قانون التجارة الفلسطيني رقم 02، لسنة 2014، المادة 78 ف1.

أما في القانون العراقي فنجد مثلا م 602 ق م إن كان الموهوب عقارا وجب لانعقاد الهبة أن تسجل في الدائرة المختصة بذلك.

ورغم تمسك المشرع الأردني في أغلب مواده المدنية بالشريعة الإسلامية إلا أنه في نسخته عام 1976م الفصل الثالث الفرع الأول م 584 ق م، أن عقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا وكذلك كمثال عن الوصية بأنها تسري عليها أحكام الشريعة الإسلامية والنصوص المستمدة منها في م 1126 منه الفرع الثاني باب كسب الملكية بالخلفية.

وفي التشريع الموريتاني[1] المعروف بقانون الالتزامات والعقود في م 500 منه بقوله: إذا كان البيع عقارا أو حقوقا عقارية أخرى أو أشياء أخرى يمكن رهنها رهنا رسميا لزم أن يجري البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون، وهذا ما أكدت عليه م 415 من نفس القانون: من أن الدليل الكتابي ينتج من ورقة رسمية أو عرفية، أو من مراسلات وبرقيات الموقع عليها الأطراف على الوجه المطلوب و م416 منه كذلك أن الورقة الرسمية هي التي يصدرها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوثيق في مكان تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحدده القانون.

ولم نلاحظ تخلف المشرع المغربي على الأخذ بهذا المبدأ ومنه ما جاء في م 04 من مدونة الحقوق العينية[2] بقوله: يجب أن تحرر –تحت طائلة البطلان– جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو انشاء الحقوق العينية الأخرى أو نقها أو تعديلها وكذا الوكالات الخاصة بها بموجب محرر رسمي، أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف محام مقبول للترافع

[1]– المواد 415–416–500 من قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، الصدار بالأمر القانوني رقم 89–126، الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 1989، والمعدل القانون رقم 01–31 الصادر بتاريخ 07 فبراير 2001م.

[2]– القانون 08–39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، المحرر في الرباط بتاريخ 25 ذي الحجة 1432هـ (22 نوفمبر 2011م)، المواد 04 وال147.

أمام محكمة النقض، وكذلك ما نجده في م 147 من نفس المدونة بقولها: يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي...

أما المشرع الفرنسي[1] فأخذ بالشكلية العقدية في نصوص قليلة ومحددة نظرا للطابع الرضائي والاتفاق بين الأطراف ومثالها: م 1109 ق م: يكون العقد بالتراضي عندما يكون من مجرد تبادل الموافقات...العقد هو رسمي عندما تكون صلاحيته خاضعة لأشكال يحددها القانون، وم 1172 منه: العقود من حيث المبدأ بالتراضي وكاستثناء تخضع صلاحية العقود الرسمية لمراعاة الاستمارات التي يحددها القانون.

ونجد أغلب القيود الشكلية في القانون الفرنسي ما بين الزوجين نظرا لطبيعة عقد الزواج عند المشرع الفرنسي ومثاله: م 1394 ق م ف، بقولها يتم صياغة جميع الاتفاقيات الزوجية عن طريق صك أمام كاتب العدل في وجود وبموافقة في نفس الوقت من جميع الأشخاص الذين هم أطراف في ذلك...ويقوم كاتب العدل بإصدار شهادة على الورق المجاني وبدون مقابل.

وكذلك في تصرف أحد الزوجين في الممتلكات المشتركة فلا بد أن يكون بتفويض ضمني يغطى أعمال الإدارة وذلك بنص م 1540 ق م ف.

أما في البيوع نأخذ كمثال م 1601 ق م ف أن البيع الآجل هو الذي يتم نقل الملكية أوتوماتيكيا من خلال الإعلان عن طريق سند حقيقي لاستكمال المبنى...

وفي م 1832 ق م ف أنه يتم إنشاء الشركة من قبل شخصين أو أكثر يوقعان بموجب عقد على التنازل للمشروع المشترك عن السلع أو وضعها بهدف تقاسم الأرباح...

[1]– القرار رقم 2016–131 بتاريخ 10 فبراير 2016م، بخصوص تعديل قانون العقود ج ر ف في 16/01/11، Code civil: Derriere modification 02/03/2022 edition 2020/03/02

وفي م 2012 ق م ف عقد الثقة[1] بموجب القانون أو بموجب عقد...فهو يحدده التوثيق وعلى أساس البطلان من ذلك.

و م 2394 ف م ف: يمكن منح الرهن التقليدي فقط عن طريق عمل التوثيق.

و م 2404 ق م ف: نقل الممتلكات بين الأزواج لا يتم إلا بتسجيل القيد القانوني.

المطلب الثاني: تطور الشكلية عبر التاريخ

بعد تعريفنا للشكلية القانونية في اللغة والقانون كان لابد لنا من تتبع ظهورها وتطورها زمانيا وتاريخيا وهو ما سنحاول توضيحه في ظهور الشكلية وتطورها في: أولا العصر القديم والروماني، ثم ثانيا في ظل الديانة المسيحية ثم ظل الشريعة الإسلامية ثالثا.

أولا: الشكلية القانونية في العصر القديم والعهد الروماني

إن من خلال هذا العنوان سنحاول حصر تطورها في أهم الحضارات القديمة والحضارة الرومانية التي أسست لمبدأ الشكلية وعدم اعتدادها بالاتفاقية والرضائية.

لقد ارتبط وجود الانسان أصلا بتعاليم دينية سواء كانت هذه التعاليم السماوية أو معتقدات أخرى، وكان القانون في بدء تطوره يسير على نسبة مناقضة له، فلم تكن الإرادة مصدرا للعلاقات القانونية ولم يكن العقل البشري بإرادته يستطيع أن يرى أن مجرد توافق ارادتين يولد التزاما[2].

[1]– عقد الثقة في القانون المدني الفرنسي هو العقد الخاص بنقل الأموال والممتلكات لشخص ثالث خارج عن العائلة ويعمل لصالحها بعد وفاة الموروث.

[2]– بن ورزق هشام، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، 2014، ص 06–08.

ففي دائرة القانون الخاص فيما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للإرادة فيه، إلا بقدر محدود[1] فالملاحظ أن أغلب صور الشكلية في العقود القديمة ظهرت جليا في عقود الزواج فكانت تلك العلاقات مقننة ولها موانع مما يدل على وجود قواعد تنظيمية لابد من احترامها في إبرام عقد الزواج واحقاقا للحق وتحريا للموضوعية فإن المتفحص للنظم القديمة لدى تلك الشعوب يجد الكثير من الشرائع والقواعد البعيدة كل البعد عن منهج الأنبياء وعن الفطرة السليمة ومثالها حضارة ما بين النهرين التي عرفت عدة تشريعات منها الدولة السومرية قبل 3200 قبل الميلاد ثم الدولة الأكادية، ولدينا أقدم النصوص المعروفة لحد الآن والحضارة البابلية قبل حوالي 20 قبل الميلاد ومثالها مدونة أوري جينيا التي نظمت الحياة الاقتصادية والاجتماعية وعقود الزواج ضمن مدونة الأورنامو[2]، فلقد ارتكزت الأسرة الميزوبوتامية عموما والبابلية خاصة على نظام الزواج الذي يتم بين الخطيب ووالد المخطوبة بحضور شهود ويضعن ختمهم على العقد المكتوب والذي يتضمن العقوبات المقررة في حالة خيانة أحد الزوجين المعروف بقانون (النزهانو)[3].

ثم كان قانوني حمورابي[4] 20 قبل الميلاد وجاء في م 128 منه بند تحرير عقد الزواج وفيه أنه لصحة الزواج وجب تحريره في سند خطي يتضمن اسم الزوجين الكامل ويتم ذلك بين الزوج ووالد الزوجة واسم الشهود ويضعون أختامهم عليه ويتضمن شروط الزواج ومقدار المال

[1]– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص 08.

[2]– بن ورزق هشام، المرجع السابق ذكره، ص 11.

[3]– دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1، النظم القديمة من القرن 32 قبل الميلاد إلى القرن 06 ميلادي، دار الأطلس للنشر، الجزائر، 1993م، ص 64.

[4]– يعتبر قانون حمورابي أهم قوانين العهد القديم وواضعه سادس ملوك بابل وأشهرهم وأكتشف عن طريق بعثة آثار فرنسية عام 1902 بمدينة سوس في ايران نقشت على حجر باللغة البابلية وبالخط المسماري وهو محفوظ في متحف اللوفر بباريس وبلغت 282 مادة قانونية وصيغت عام 1754 قبل الميلاد، وهو مقسم إلى 12 قسم شملت كل نواحي الحياة.

ومجموعة العقوبات في حالة الخيانة الزوجية وشروط الطلاق المحتمل، ثم اليمين حيث يحلف طرفا العقد أمام الملك او الآلهة على ذلك التعهد[1].

هذا وقد عرفت كذلك تلك الحضارات في قوانين حمورابي بعض التقنيات الخاصة بنظام الإرث والتبني فكان لابد من وجود عقد تبني الذي يجب أن يتضمن رضا أسرة الطفل وأسرة المتبني وعدم كتابته أو الخطأ في تدوين تلك المعلومات يضبح لاغيا من لحظتها، أما بعد كتابته ومصادقة الملك أو الحاكم عليه مع الشهود الحاضرين فيتم تسليم الطفل فعليا من لحظتها كذلك[2]، وفي القانون الروماني كانت العقود شكلية بمعنى أنه معيب إن لم يصاحبه إجراءات وألفاظ أو اشارات[3].

يعد القانون الروماني الأصل التاريخي للقوانين اللاتينية الحديثة والتي غالبا ما تأثرت بها التشريعات العربية، ولهذا انقسم النظام الملكي حينها إلى العصر الروماني القديم والذي امتد من 754 إلى 27 قبل الميلاد، وضعوا آلهة حينها وقاموا بعبادتها وهي العبادة العامة بالإضافة للعبادة الخاصة لكل أسرة وهي عبادة المنزل وأرواح الأسلاف وسيطر خلالها رجال الدين على القانون والدين ككل من خلال صيغ الإجراءات الشكلية والرسمية فيجب احترام تلك الشعائر المحدد والشكلية المعينة في أداء التصرفات القانونية والطقوس الدينية المتعلقة بالعبادة وإلا اعتبرت باطلة[4].

ثم حل العصر الامبراطوري من 27 ق م إلى 565م وتأثر الرومان حينها بتقسيم اليونان وبتوسيعهم المعتمد على المقاصد والمعاني ومنه أخذ مبدأ سلطان الإرادة بالظهور رغم بقاء

[1]– بن ورزق هشام، المرجع نفسه، ص18.

[2]– بن ورزق هشام، المرجع نفسه، ص 18.

[3]– مرزوقي قدار، المرجع السابق ذكره، ص 11.

[4]– بن ورزق هشام، المرجع السابق، ص 27، 32 الهامش رقم 01، ص 33.

الشكلية ذات حيز كبيرة في حياة الرومانيين والتي كانت عبارة عن اتفاق شخصين على أمر ما والتي يكون هذا الاتفاق نافذا لابد من صب هذا الاتفاق في قالب شكلي كتقدير موقف الآلهة من صاحب الحق وحقه في ذلك الاتفاق أو النزاع بتمكنه من نطق الكلمات الدينية نطقا صحيحا زعما أن الآلهة تدعمه، أو القيام بحركات خاصة في وقت محدد أمام قطعة أرض أو عبد مملوك من أجل ختم ذلك الاتفاق وعدم القيام بتلك الحركات يبطل هذا العقد، وضعوا آلة الميزان أمام المتعاقدين وعدم القيام بذلك يخلق عدم ثقة الأطراف مما يؤدي إلى الغاء ذلك العقد، وإن تم يقوم الحاكم بما يعرف بالإشهاد على الخصومة.

ثانيا: الشكلية القانونية في ظل الديانة اليهودية والمسيحية

نجد أن النصرانية قد دخلت إلى الامبراطورية الرومانية في عصر شديد الوثنية والانحلال فالمسيحية في القرن السادس الميلادي هي عبارة عن خرافات يونانية وثنية وقد عرف اليهود قبلهم الشكلية في نصوصهم الدينية وحبهم لجمع الأموال وتسلق المناصب الحكومية مما مكنهم من خلق اجراءات شكلية أهمها الخاصة بحماية أموالهم بإصدار الصكوك والأختام الخاصة بهم على أوراق ونماذج لكل تاجر منهم وأخذ أعرافهم بالتجارة الربوية واصدار مختلف العقود الناتجة منها في صفوف وخلطها بالصبغة الدينية التي مكنتهم من السيطرة على التجارة الرومانية عموما.

أما بالرجوع للمسيحية فأغلب المظاهر للشكلية فنجدها في عقود الزواج وبعض عقود الإرث والقرابين التي قيدتها الكنيسة بصيغ وإجراءات خاصة في حال تقديمها كصدقات أو هبات للكنائس والرهبان، ومثالها الآية 16 بقولها: ثم أخذوا صحيفة وكتبوا فيها عقد الزواج[1]،

[1]- الآية 16 من سفر طوبيا، الإصحاح السابع 07.

وكذلك م 06 بقولها ومنه صيغة الاحتفال بالزواج أمام الكاهن الرسولي نيابة عن الكنيسة الرسولية[1].

ومنه: الزواج في الشريعة المسيحية[2] ليس من العقود اللفظية...فالذهاب طواعية إلى الكنيسة لعقد الزواج أو الايماء بالرأس عند سؤال الكاهن لأحد العروسين...وكذلك بالإشارة للأخرس ولذلك في الفصل الثاني في الشرط الثاني من الشروط الإيجابية لصحة انعقاد العقد للزواج هو ركن الشكل فلا يكفي لإنشاء الزواج في شريعة الأقباط الأرثوذكس توفر شروط موضوعية بل يجب مراعاة شروط شكلية بدونها لا ينعقد الزواج أيضا وهو عبارة عن مراسيم دينية يقوم بها رجل الدين...ومن ثم فإن عدم القيام بهذه المراسم تبطل الزواج حتما عند جميع المسيحيين، وقد أجمعت جميع الشرائح المسيحية على بطلان الزواج المدني أي الذي يعقد دون تدخل رجال الدين لأن الشكل ركن جوهري من أركانه اذ لا زواج بدون مراسيم دينية.

وهذا ما أكدته المادة 26 بقولها يثبت الزواج في عقد يحرره رجل الدين المسيحي المرخص له من رئاسته الدينية بإجرائه، ويشتمل عقد الزواج على الأخص على البيانات التالية اسم الزوجين ولقبه واسمه...[3] وأضافت المادة 27 من نفس القانون أن رجل الدين المرخص له بإجراء الزواج من رئاسته الدينية يكون له دفتر لقيد عقود الزواج وأوراقه متسلسلة الأرقام

[1]– الآية 06 من الفصل السابع، في الزواج، باب العبادة الإلهية والأسرار المقدسة من مجموعة قوانين الكنائس الشرقية، منشورات المركز الفرنسيسكاني للدراسات الشرقية المسيحية، 1995.

[2]– البابا كيرليس، مقال بعنوان الشروط اللازمة لصحة انعقاد الزواج الكنسي، الباب الثاني، نشر في 23 أغسطس 2013م، موقع البابا كيرليس، الجزائر 15 أفريل 2022م، الساعة 22:00 مساء.

[3]– المواد 26، 27، 28 من مشروع قانون الأحوال الشخصية للمصريين المسيحين، من مراسلة وزارة العدالة الانتقالية إلى الكنائس المصرية، 2014م.

ومختومة بخاتم الرئاسة الدينية...ثم أردفت م 28 من نفس القانون بعد إتمام المراسيم الدينية للزواج يجب توثيقه لدى الموثق المنتدب المختص من كنيسته والمعين من وزارة العدل.

ثم تطورت الأوضاع والقوانين وانتقلت أحكام القانون الروماني كما سبق وذكره للمجموعة المدنية الفرنسية عن طريق ما كتبه الفقيه بوتيه ومنذ أن صدرت تلك المجموعة سنة 1804م أخذت الكثير من الدول عنها فكان القانون الفرنسي وسيطا بين القوانين الرومانية والقوانين الحديثة وأصبحت الشكلية استثناء عن الأصل العام والإرادة الحرة التي تسود الآن.

ثالثا: الشكلية القانونية في ظل الدين الإسلامي

أما في الشريعة الإسلامية الغراء فإن الحاجة إلى الشكلية مطلوبة ولكن يلاحظ أن الشكلية لم تعرف في نطاقها بالصورة الصارمة التي عرفها القانون الروماني، لذلك فإن أظهر سمة للقضاء الإسلامي هو تجرده من الأمور غير المقبولة ومن الشكليات غير المنطقية، لذلك اتسمت إجراءات التقاضي في ظل الشريعة الإسلامية باليسر وقلة التكاليف[1].

إن في ذخائر الفقه الإسلامي من المبادئ والنظريات ما لا يقل في رقي الصناعة وفي أختام الصنعة عن أحدث المبادئ والنظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الحديث[2].

[1]– محمد اقبال ياسين المشهداني، الشكلية في القانون والشريعة الإسلامية، كلية القانون بجامعة الأنبار، مدونة القوانين الوضعية الالكترونية، الجزائر في 12 ماي 2022م تاريخ الدخول: 12:22 صباحا.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الثانية، 1936م.

فلقد اهتم الفقه الإسلامي بضبط المعاملات بين الأفراد وترك للفرد حرية التعاقد فإرادة الفرد حرة في انشاء العقود والعهود، فلا يلزم لانعقاد العقد في الشريعة الإسلامية أي شكلية خاصة، ويستثنى من ذلك بعض العقود كعقود الزواج إذ يشترط الاشهاد عليه[1].

وفي هذا الاطار يقول ابن تيمية في كتاب السياسة الشرعية...ولأن الله تعالى أوجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وإقامة الحج والجمع والأعياد، ونصرة المظلوم وإقامة الحدود ولا يتم ذلك إلا بالقوة والإمارة، لذلك قام نظام الحكم في الاسلام على مبدأين هو الايمان بالله تعالى والخضوع لأوامره ونواهيه، ومبدأ النظام والأسس والتي من أهمها الشورى والعدل[2]، ومن أهم المبادئ كالأسرة فالزواج ميثاق غليظ يربط طرفيه بالمودة والرحمة لذلك أوجب الإسلام شروط كثيرة لصحة الزواج فشرع المهر واشتراط الولي كركن لإتمام الزواج والشهود العدول وغيرهما[3]، وحرص على وضع شروط وضوابط للطلاق لكيلا يستسهل الناس الإسراع إليه بالإضافة إلى الشكليات التي وردت في القرآن الكريم والسنة المطهرة عن عقود التداين في قوله تعالى:" يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كاتِبٌ بِالْعَدْلِ" إلى آخر الآية في قوله: " وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ"–سورة البقرة–الآية 282، وغيرها من الآيات المشابهة لها وفي السنة المطهرة من الشواهد الشكلية المتمثلة بالتسجيل والمكاتبة ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم في نسخة كتاب البيع للعداء بن خالد بن هوذة: "باسم الله الرحمان الرحيم: هذا ما اشترى

[1]– مرزوقي قدار، المرجع السابق ذكره، ص 08.

[2]– بن ورزق هشام، المرجع السابق ذكره، ص 89.

[3]– مرزوقي قدار، المرجع السابق ذكره، ص 102.

العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله اشترى عبدا أو أمة لا داء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم"[1].

ولنا في الآيات والأحاديث أثر ودليل أيضا على تلك الشكلية بعد أن وردت تباعا بعد حكم القذف، وكذلك الشكلية في القسامة (الحلف بالأيمان) وذلك بالإشهاد بخمسين من أولياء المقتول الذين يستحيل اتفاقهم كلهم على رمي البرئ بدم ليس منه واشترط الفقهاء لوجوب القسامة وجود لوث كما شرحها ابن القيم رحمه الله تعالى[2]، ولنا كذلك في أحكام القصاص من الشكلية ما يمنعنا من حصرها في هذا البحث المتواضع ففي الدروس الثلاثة الماضية في هذا الجزء تدور في جملتها حول انشاء بعض قواعد التصور الإيماني وإيضاح هذا التصور ومنذ الآن إلى قرب نهاية السورة (سورة البقرة) يتعرض السياق لإقامة قواعد النظام الاقتصادي الاجتماعي الذي يريد الإسلام أن تقوم عليها حياة المسلم، إنه نظام التكافل والتعاون المتمثل في الزكاة المفروضة والصدقات المتروكة للتطوع، وليس النظام الربوي الذي كان سائدا في الجاهلية..، وفي هذا الدرس نجد الحديث تكليف البذل والانفاق ودستور الصدقة والتكافل في تفصيل واسهاب هذا الدستور مظللا بظلال حبيبة أليفة وبين آدابها النفسية والاجتماعية...، ومع التوجيهات التي وردت تعد دستورا غير مقيد بزمن ولا ملابسات معينة، وأنه جاء تلبية لحالات واقعة كانت النصوص تواجهها الجماعة المسلمة يومذاك كما يمكن أن تواجهها في أي مجتمع مسلم في ما بعد[3].

ومنه اتفقت الاجتهادات الإسلامية على أن الرضا هو أساس العقود دون الحاجة لممارسة شكلية معينة، إلا عقد الزواج الذي يخضع لخطورته لشكلية الإعلان بالإشهاد عليه، والإرادة حرة

[1]– محمد إقبال ياسين المشهداني، المرجع السابق ذكره، بدون صفحة.

[2]– محمد إقبال ياسين المشهداني، المرجع السابق ذكره، بدون صفحة.

[3]– السيد قطب، في ظلال القرآن، الموقع fythla.elkraousFourbook.com، ص 358.

في أبرام العقد سواء في المعاملات المالية، أم في عقود الزواج إلا ما توجبه قواعد العدالة ومصلحة الجماعة، وهو أنه هناك رأيان فيما سبق قوله: الرأي ألأول لأتباع داود بن علي ابن حزم الأندلسي وهم المضيقون الذين يقولون الأصل في العقود المنع حتى يقوم دليل على الإباحة، وهم يراعون لجواز ثبوته بنص شرعي أو بإجماع ولهم أدلتهم في ذلك، الرأي الثاني هو للحنابلة وبقية الفقهاء وهم الموسعون، ويقول بأن أصل العقود الاباحة وبكل ما يتصل بها ما لم يمنعها الشرع أو خالف نصوصه وهو الأخذ بمبدأ الشكلية كاستثناء عن الأصل العام وهو الحرية إلا في العبادات بعكس المعاملات[1]، ومنه نستنتج أن الحنابلة قد وضعوا شرائط للانعقاد وهي نوعان عامة التي يجب توفرها في كل عقد، وخاصة يتطلب وجودها في بعض العقود دون سواها كاشتراط الشهود في عقد الزواج وإلا كان باطلا رغم اعتماده مبدأ تحرير العقد من القيود والشكلية، ولقد فرق بين نوعي الشكلية (الشرعية والاتفاقية) من حيث الثبوت والأثر مستندا في ذلك إلى النصوص الشرعية التي تثبت الانعقاد وما يتبعه[2].

لقد كانت العقود عند كثير من الأمم السابقة مقيدة بالشكليات فلا تنعقد إلا بمراسم وأشكال محددة تكون شرطا للانعقاد كحركات وأفعال وإشارات وألفاظ يؤديها العاقدان وهي أشبه بطقوس دينية وعرفية فلا يكفي التراضي وابرام الصيغة العقدية[3].

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (نظرية العقد)، ص 3084–1049، بالتصرف.

[2]– هيثم هازان، معالم نظرية العقد عند الإمام أبي حنيفة، مقال بمجلة الديانات (Diyanat)، مجلة جامعة ماردين، أفغانستان، بتاريخ 2020/12/17م، ص 07 ،08.

[3]– ذهبت بعض التشريعات القديمة قبل الإسلام لضرورة احضار بعض الأدوات واجراء حركات كالضرب على القطع النحاسية أو تلاوة بعض العبارات المقدسة لإتمام العقد.

وقد وجدت بعض صور الشكلية عند العرب في الجاهلية كبيوع الملامسة والمنابذة والقاء الحجر[1] وقد نهى الرسول صلى الله عليه وسلم عن هذا النوع من البيوع[2].

لكن الإمام أبي حنيفة أقر اثبات الشكلية في عقد النكاح حيث جعل الشهادة شرطا فيه، وهو نوع من الشكلية لأن النصوص قد وردت به فاقتضى اثبات الإمام لها وجعلها شرط صحة لا شرط انعقاد.

إن القيود الشكلية التي فرضتها الشريعة الاسلامية في مختلف مراحل الدولة الاسلامية إلى يومنا هذا من الرقي الانساني والتقدم الحضاري الذي ينفي ربط انشاء العقود بمراسم شكلية ناتجة عن أعراف وثقافات خاصة، والتي انتهت إلى ضرورة وجود بعض صور الشكلية في بعض العقود وهي ليست من الشكليات البدائية كما في الأمم السابقة، بل شكليات اقتضتها الضرورة والمصلحة العامة كتوثيق العقارات والمركبات والشركات والنكاح، في هيئات خاصة كالسجل العقاري (طابو) فلا تعتد القوانين بأي عقد يجريه العاقدان خارج اطار تلك الهيئات[3].

[1]– لمزيد من التفاصيل اقرا هيثم هازان، المرجع السابق ذكره، الهامش رقم 01 ص 08.

[2]– صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المنابذة، الحديث رقم 2146، صحيح مسلم البيوع، باب ابطال بيع الملامسة والمنابذة، الحديث رقم 1511.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ذكره (نظرية العقد)، ص 113.

المبحث الثاني: خصائص الرسمية وأهميتها في ابرام العقود

تعرفنا سابقا على مفهوم الشكلية في العقود والتي هي النطاق الواسع للرسمية فلابد لنا التعمق أكثر في معرفة خصائصها وأهمية الشكل في مختلف العقود ومدى تأثيره على تنوع العقود وهو ما نفصل فيه المطلب الأول المعنون بخصائص الرسمية في ابرام العقود ثم ننتقل لمعرفة أهمية الشكل والرسمية في تنويع العقود ونأخذ أمثلة عن بعض العقود في المطلب الثاني المعنون بأهمية التعاقد في شكل رسمي وبعض صوره.

المطلب الأول: خصائص الرسمية في ابرام العقود.

إن المشرع الجزائري في الباب السادس المعنون بإثبات الالتزام، الفصل الأول منه المعنون بالإثبات بالكتابة، نجد المادة 324 من القانون المدني بقولها: العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وحدود سلطته واختصاصه.

وباستقراء المادة 03 من قانون التوثيق رقم 02/06 في قولها: الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصيغة، لذلك خصائص الرسمية في القانون الجزائري هي الكتابة والموظف المختص لها ومنه: إن مسألة تحرير العقود فن يتطلب لصياغتها اتباع أصول وقواعد حددتها المادتين السابقتين لصياغتها الصياغة السليمة وحتى تعكس رغبة الأطراف المتعاقدة ويعود تحرير العقود الرسمية في الجزائر للموظف المختص وهو الموثق أو لأشخاص مكلفين مؤهلين ضمن ولا يتهم، لذلك نتعرف على الموثق واختصاصه في أولا ثم في ثانيا على الموظفين والأشخاص المكلفين بخدمة عامة، والكتابة في ثالثا.

أولا: شرط الموثق واختصاصه

لقد اشترطت المادة 324 ق م كما سبق رؤيته كركن لإضفاء صيغة الرسمية في عقود حددها القانون مقيدا لها بهذه الشكلية وهو الموثق الذي عرفته م 03 من القانون 02/06 أعلاه، والتي يعتبر التوثيق ركن رابع في البيوع العقارية وفقا للقانون الجزائري إلى جانب التراضي والمحل والسبب[1].

وقد حدد المشرع شروطا معينة لممارسة مهنة التوثيق في م 06 من القانون 02/06 السالف ذكره، ومنها تمتع الشخص بجميع الحقوق المدنية والسياسية ونجاحه في مسابقة وطنية تختص بذلك، وتمنح له صفة الضبطية العمومية ولكن خولت له الدولة جزء من صلاحياتها في مجال معين، بحيث تعتبر المحررات الصادرة عنه والممهورة بالخاتم الرسمي كأنها صدرت من الدولة مباشرة، ويستوي أن يعمل هذا الضابط العمومي لحسابه الخاص أو لحساب الدولة، فالموثق يقوم بدراسة وتمحيص ما يتلقاه من ذوي الشأن من عقود واتفاقيات ويبحث مدى انسجامها والقوانين المعمول بها[2]، م 12 من القانون 02/06.

وللموثق وفق القانون 02/06 واجبات عامة أهمها تأمين السلامة القانونية للعقود وضمان حقوق الأشخاص والشركات من عقود واتفاقيات ككل وقد حددت واجباته وحقوقه وموانع المهنة كذلك[3].

[1]– خالي خديجة، مفهوم الموثق وتحديد نطاق مسؤوليته في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر، تخصص حقوق وحريات، جامعة أحمد دراية، أدرار 2017–2018، ص 09.

[2]– خالي خديجة، المرجع نفسه، ص 30.

[3]– القرار رقم 0967151 الصادر بتاريخ 2016/02/11م.

ولإضفاء الرسمية للمحرر لا بد له اختصاص من حيث الموضوع وحيث الزمان والمكان[1]، أما من حيث الإقليم ففي القانون 02/06 وسع من اختصاصه الإقليمي ليشمل كل الامتداد الترابي للوطن عكس القانون السابق 91/70.

1) **اختصاص الموثق من حيث الموضوع:** فله صفة ضابط عمومي وله اختصاص موضوعي لإصدار أو تلقي الورقة الرسمية المبينة للتصرف الوارد على العقار، وبذلك يكون الموثق قد منح سلطات واسعة لتحرير الأوراق الرسمية التي تدخل في اختصاصه باعتباره ثقة وحافظ أسرار المتعاقدين وخادم للمصلحة العامة[2].

2) **اختصاص الموثق من حيث الزمان:** أي أنه في حدود سلطته، وتكون له الولاية في تحريرها، وهي ولاية قائمة أثناء تحرير الورقة وألا تتحقق فيه حالة من حالات التنافي الممنوعة قانونا، وأن يكون مسموحا له بتحريرها قانونا وقد أدى اليمين القانونية أما هيئة قضائية مشكلة تشكيلا صحيحا ويشترط أن يودع توقيعه بكتابة الضبط للمحكمة التابع لها مكتبه، وذا أهلية لإبرام التصرفات القانونية المنوط بها، وهوا ما يحصنها من أي طعن بالتزوير ويزيد من حجيتها القانونية[3].

3) **اختصاص الموثق من حيث المكان:** وهو أن يلتزم الشخص المؤهل لتحرير الورقة الرسمية المثبتة للتصرف الوارد على العقار، بتحريرها ضمن المنطقة الإقليمية التي يحق له الكتابة أو تحريرها ولا يجوز له أن يتعداها رغم أن اختصاصه العام وطني.

[1]– خالي خديجة، المرجع السابق ذكره، ص49، 50.

[2]– القرار 100924، الصادر بتاريخ 2016/10/13م.

[3]– القرار رقم 698894 الصادر بتاريخ 2012/02/09م.

ثانيا: الموظفون والأشخاص المكلفين بخدمة عامة

لقد وسعت المادة 324 ق م السالفة الذكر من صلاحية التحرير للعقود الرسمية بأشخاص آخرين وهم الموظفون، والمكلف بخدمة عامة.

1) **الموظفون**[1]: ورد في م 64 ق الشهر العقاري الفقرة 05 على أن يؤهل للتصديق على هوية الأطراف فضلا عن الموثقين أو الأشخاص المبينة في م 62-ف2 التي نصت على الوزراء والولاة ورؤساء المجالس الشعبية البلدية بالنسبة للعقود التي يتسلمونها من أجل التسجيلات التي يطلبونها فلهم صلاحية تحرير محررات رسمية، فالموظف العام هو كل عون عين في وظيفة عمومية دائمة وعمل بحسب اختصاصه، فمثلا مدير أملاك الدولة يبرز دوره في نقل الملكية التابعة باعتباره موظف وموثق دولة.

2) **الضابط العمومي**: هو كل شخص يخوله القانون سلطة تصديق على المحررات واعطائها صيغة الرسمية بسبب المهنة، والمحضر القضائي وكذا المترجم، والشخص المكلف بخدمة عامة الذي يخوله القانون هذه الصفة التي انتدب لها الخبير مثلا[2].

ثالثا: الكتابة

قد يرد العقد في محرر رسمي أو محرر عرفي[3] ، فباشتراط الكتابة في حالات معينة تجعله وسيلة ودليل على العقد، والبيع العقاري يجب أن يحرر في شكل رسمي وهو ما تضمنته

[1]- الموظف شخص عريته م 04 من قانون الأسامي للوظيفة العامة الصادر بالأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/06/15: بكل عون عين في وظيفة عمومية دائمة ورسم في السلم الإداري، والمادة 05 من المرسوم 85-59 المؤرخ في 1985/03/23م المتضمن القانون الأسامي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية.

[2]- ريم مراحي، المرجع السابق ذكره، ص 88.

[3]- القرار رقم 85535 الصادر بتاريخ 1992/05/27م.

المادة 61 من المرسوم التنفيذي نستنتج أن الأشكال التي يجب مراعاتها لاكتساب صفة الرسمية هي: أن يحرر العقد باللغة العربية في نص واحد بدون اختصار أو بياض أو نص أو كتابة بين الأسطر، أن تكتب المبالغ والسنة والأشهر ويوم التحرير وتوقيع العقد من ذوي الشأن بالحروف، و أن يصادق على الإحالات في الهامش أو أسفل الصفحات ونفس الشيء بالنسبة للكلمات المشطوبة، وأن يحدد العقار تحديدا كافيا نافيا للجهالة من حيث موقعه ورقمه،و أن يتضمن المحرر تحديد أصل الملكية ومعلومات الموثق والشهود وتواقيعهم، ولنا تفسير أكثر عن الكتابة وشروطها في الفصل الثاني بحول الله.

والملاحظ أنه هناك خلط بين مفهوم الكتابة في المحررات الرسمية وفي العقود التوثيقية، وهذه الأخيرة هي تلك العقود التي تصدر عن الموثق بصفته ضابط عمومي له صيغة خاصة في تعينه وكذا في اختصاصه الوطني، نظرا للدور الخطير الذي يضطلع به، والعقد التوثيقي الذي أورده المشرع في نص المادة 11/600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، يقصد به العقد بمعناه المادي أي المحرر أو الورقة المثبتة للتصرف وليس بمعناها الموضوعي، الاتفاق أو توافق ارادتين...وهي تشمل العقود الرسمية والعقود الاحتفائية والعقود التصريحية[1].

أما العقود الرسمية وهي ما يعرف بالعقود الشكلية وهي ما نصت عليه م 324 مكرر-1 ق م فهي كل تلك العقود التي تصدر عن موثق بصفته ضابط عمومي، وهي كثيرة ومتنوعة وأهمها ما كانت مثبتة للتصرفات الواقعة على الملكية العقارية سواء كانت حقوق عينية أصلية أو حقوق عينية بالتبعية الواقعة على العقار منها: عقد البيع، عقد المبادلة، عقد رهن الرسمي[2]...الخ[1].

[1]- خالي خديجة، المرجع السابق ذكره، ص 52.

[2]- القرار رقم 0993777 الصادر بتاريخ 2016/05/12م.

لذلك فكل من العقود الرسمية والتي تعتبر منطوية تحت لواء العقود التوثيقية هي ذات حجة مطلقة لا يطعن فيها إلا بالتزوير، والعقد الرسمي الغير المشهر يطاله الابطال وكذا آثاره بسبب أي خلل في الإجراءات الشكلية[2].

المطلب الثاني: أهمية الشكلية والرسمية في تنوع العقود وصورها

إن تخصيص المشرعين والفقهاء القانونيين لاستثناء الشكلية العامة والرسمية بوجه الخصوص على المبدأ العام الرضائي، لم يكن عبثا وبلا هدف، فلهذا الاستثناء أهمية كحفظ الحقوق والالتزام بحفظ النظام العام ككل وبسط مبدأ الثقة في المعاملات والعقود سواء للعقود المدنية أو غيرها وهو ما سنوضحه كما يلي:

أولا: الرسمية في العقود الادارية وصورها

قد تلجأ الدولة إلى ابرام عقود مع المقاولين الذين تستخدمهم في تنفيذ المشروعات والموظفين الذين تستعين بهم في تسيير المرافق العامة، وهذه العقود تخضع لأحكام القانون الإداري وتسمى بالعقود الإدارية.

إن العقد الإداري يخضع لنفس أركان وشروط العقد المدني وهي الرضا والمحل والسبب، غير أن العقود الإدارية تكون بين شخص معنوي أو من أشخاص القانون العام مثل الوزارات والمحافظات والهيئات العامة وبين شخص أو شركاء عاديين وتهدف تلك العقود إلى تغليب المصلحة العامة للدولة، ويتضح أن هنالك معايير تميز العقد الإداري عن غيره، ويقوم على

[1]– خالي خديجة، المرجع السابق ذكره، ص 53.

[2]– القرار رقم 0890693، الصادر بتاريخ 01/15/ 2015م.

ثلاثة ضوابط: أن تكون الإدارة طرفا في العقد، واتصال العقد بنشاط مرفق عام، واتباع أسلوب ووسائل القانون العام[1].

وقد عرفه الأستاذ طعيمه الحرف بقوله: أنه اتفاق بين الإدارة وأحد الأشخاص الطبيعة أو المعنوية تنشأ عنه حقوق والتزامات لكلا الطرفين[2]، وهو ما رأته محكمة التنازع في أول قراراتها الصادر بتاريخ 2000/05/03، أن الاختصاص المانع للقضاء الإداري يتحدد على أساس أطراف القضية وموضوع النزاع، حيث جاء في قرارتها من الثابت أن النزاع العام بين الطرفين يرجع الفصل فيه لاختصاص المانع لجهة القضاء الإداري على أساس أن أحد الأطراف القضية هو البلدية تطبيقا لمقتضيات م 07 من قانون الإجراءات المدنية وأنه موضوع النزاع بالإضافة إلى ما ذكر أعلاه يخص تنفيذ عقد صفقة عمومية[3].

إن العقود الإدارية عموما تطبق القواعد لحماية المال العام وحياد الادارة وضمان عدم تعسف الادارة في مواجهة المتعاقدين معها، وهما مبدأ ضمان حرية المنافسة وضمان المساواة بين المتنافسين، وذلك باتباع شروط عامة تتمثل في **الرضا** والذي قد يستفاد من سكوت الادارة عن قيام أحد الموردين لسلعة ما وقد يضيف سلع أخرى غير المتفق عليها ولم تعترض الادارة على ذلك.

المحل: وتحكمه قواعد القانون المدني عموما من م92-96 منه.

[1]- ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري، رسالة ماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق لجامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 10-12-13 بالتصرف فيها.

[2]- عمارة حكيمة، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر، تخصص إدارة عامة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص 07.

[3]- عمارة حكيمة، المرجع السابق ذكره، ص 17.

السبب: في هذا النوع من العقود يكون السبب راجعا لنوع المعاملات من جهة ومن جهة أخرى ما تقتضيه العقود الادارية من تحقيق للمصلحة العامة.

وعلى الرغم أن الأصل في العقود الادارية الرضائية، وتكون للإدارة حرية التحرير وقد يكون العقد شفاهة، لكن يحبذ على الإدارة أن تلجأ للكتابة وغالبا ما تكون مكتوبة سواء من بدايتها أو أغلب مراحل انعقاده، ومثالها مايلي[1]:

- **الصفقات العمومية:** من بين العقود الإدارية التي نصت على تقيدها بالكتابة في المادة 03 من المرسوم الرئاسي 250/02 الخاص بالصفقات العمومية[2].
- **عقود الامتياز:** وقيد بأحكام وبنود وتنظيمات أو ما يصطلح على تسميتها بدفاتر الشروط الادارية وهنا وهذا ما أخذت به المحكمة العليا في عقد التسيير وفق اجراءات شكلية[3].
- **عقود الاشغال العمومية:** ونجد م 117 من قانون البلدية على أن يتم ابرام العقود الخاصة بالأشغال العمومية وهو نفس المعنى الذي قصدته المادة 113 من قانون الولاية فيما يتعلق بالعقود الادارية التي تبرمها.

لذلك أقر مجلس الدولة الفرنسي ما سماها بالشروط الغير المألوفة وفي تعريفه لتلك الشروط في حكم صادر في 20 أكتوبر 1950 أنه: هي تلك الشروط التي تمنح أحد الطرفين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نظام القانون المدني أو التجاري.

---

[1]- القرار رقم 89198 بتاريخ 1992/12/06.

[2]- عمارة حكيمة، المرجع السابق ذكره، ص 35-42 بالتصرف.

[3]- القرار رقم 252246 الصادر بتاريخ 2001/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لعام 2001: بقولها إن المشرع فرض اجراءات شكلية لابرام عقد التسيير الحر يجب مراعاتها تحت طائلة البطلان...الخ.

وقد رفض القضاء اعتبار بعض الشروط فادحة واستثنائية، منها النص فسي دفتر الشروط علـى ابـرام العقـد عـن طريـق المناقصـة، وتحديـد مـدة تنفيـذ العقـد، واشـتراط فسـخ العقـد بقـوة القانون[1].

فالمسلم به أن عقود الادارة تخضع لقاعدة التحرر من الشكليات...، وهذا ما أقره المشرع في كل من مصر وسوريا مثلا تشترط الصيغة المكتوبة في عقود الأشكال والتوريدات والخدمات والدراسات[2].

والإحالة إلى دفتر شروط معينة، إن الادارة كثيرا ما تعد شروط موحدة لطوائف مختلفة من العقود الادارية وتضمنها دفاتر تطبع وتعد مسبقا قبل العقد، وتعتبر جزءا من العقد الاداري بعد ابرامه بجوار الشروط الخاصة التي يتفق عليها بين الادارة والمتعاقد الآخر وهو ما كان حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 21 أبريل 1950 في قضية Nunice.[3]

وهو ما نصت عليه محكمة القضاء المصرية في تعريفها لعقد الأشغال العامة أو عقد المقاولة في حكمها الصادر في 23 كانون الأول عام 1956م بقولها: إن عقد الأشغال العامة هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام فرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار حسب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد[4].

[1]– محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018، ص 13–14.

[2]– سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1975، ص 372.

[3]– محمد العموري، المرجع السابق ذكره، ص 16.

[4]– سليمان الطماوي، المرجع السابق ذكره، ص 125.

وقد تتعرض الشكلية عند خضوع الإدارة لقواعد الروتين، فذلك سيؤدي في معظم الحالات إلى أن تتضمن خطوات التعاقد وثائق كتابية، حتى ولو يفرغ العقد في النهاية في وثيقة مكتوبة[1]، وهذا ما رأته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها لسنة 1957م وقالت فيه: إن من بين العقود الإدارية ما يجب أن يكون مكتوبا حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن العقود المدنية، إلا أن الفقه والقضاء الفرنسي وإن استقر على أن اشتراط أن يكون العقد مكتوبا، هو شرط متعلق بصحة العقد وليس خاصا بطبيعته وأن العقد الإداري يمكن أن يكون مكتوبا في القانون السوري، وهو ما يلاحظ من نصوص القانون التي توحي بذلك بشكل واضح ومنها م 07 من القانون 51 لعام 2004م التي نصت على وجوب استثناء العقد على وثائق مكتوبة كدفتر الشروط الخاصة ودفتر الشروط العامة[2].

ثانيا: الرسمية وأهميتها في العقود التجارية وصورها

إن اصطلاح العقود التجارية، وإن كان ذائع الاستعمال إلا أنه يفتقر إلى الدقة والتحديد، ذلك أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المفهوم من هذا الاصطلاح، بل أن العقود التي ينظمها القانون المدني لأنه يتضمن نفس أركان العقود المدنية قد تكون عقودا تجارية إذ اندرجت في عداد الأعمال التجارية وفق المادة الثانية والثالثة من القانون التجاري الجزائري، فقد تكون أعمالا تجارية بطبيعتها ولو وقعت منفردة، كما هو الحال في شراء المنقولات والعقارات بقصد بيعها، والوكالة بالعمولة والسمسرة (م 2 ف 13 ق التجاري ج)...وغيرها.

[1]– سليمان الطماوي، المرجع نفسه، ص 377.

[2]– محمد العموري، المرجع السابق ذكره، ص 39، 40.

وتتميز العقود التجارية عموما بأنها رضائية، ومع ذلك توجد بعض العقود التجارية التي يلزم لانعقادها أن تكون بكتابة رسمية أو عرفية وقد تبدو هذه القسوة في الأشكال متعارضة مع الرغبة في التبسيط والسرعة اللتين يتصف بهما القانون التجاري[1].

إن الحرص على الكتابة سواء الرسمية أو العرفية في العقود التجارية هو لأن هذه الشكلية تدرأ على كل نزاع لاحق حول تكوين العقد وتفسيره وشروطه، وهي تسمح بمعرفة طبيعة العقد ومضمونه بمجرد الاطلاع على الشكل الذي يفرغ فيه...[2]، والعقود التجارية ترد على المنقولات دون العقارات.

1- **الشركة:** فلا يعد عقد الشركة من العقود الرضائية بل لا بد من افراغه في قالب شكلي ولقد نصت م 418 ق م على وجوب كتابة عقد الشركة وأقرته المحكمة العليا لعام 1996[3].

وهذا ما كان كذلك في م 545 ف1 من القانون التجاري بقولها تثبت الشركة بعقد رسمي و إلا كانت باطلة، وفضلا عن وجوب افراغ الشركة في شكل مكتوب، فقد أخضع المشرع الجزائري الشركات لإجراءات الشهر قصد اخطار الغير بميلاد الشركة وحتى تكون على دراية بما يحيط بالشركة قبل التعامل معها، فالشركات التجارية لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا بعد اتباع إجراءات الشهر طبقا لنص 549 ق ت[4]، والتي جاء فيها: لا تتمتع الشركة بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل العقاري.

---

[1]- حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مقال بمجلة العلوم الإنسانية، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر 2007م، ص 02 بالتصرف.

[2]- حورية لشهب، المرجع نفسه، ص 03 بالتصرف.

[3]- القرار رقم 142806 الصادر بتاريخ 1996/03/26.

[4]- شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012، ص 83.

وقد نصت م 04 من القانون رقم 11 لسنة 2015م[1] القطري على أشكال محددة للشركات التجارية داخلها وأكدت الإبطال لكل ما خلف ذلك في م 05، وأكدت م 06 منه على الكتابة الرسمية لها باللغة العربية ولغة أخرى مترجمة للغة العربية.

2- **المحل التجاري:** لقد سبق الإشارة إلى المحل التجاري في المطلب الأول في فقرته الثالثة كشكل نظمه المشرع نظرا لكثرة المعاملات عليه وهو صورة عملية للعقود التجارية عموما نظمه المشرع الجزائري في القانون التجاري، وقد عرفه في م 78 منه فهو يضم مجموع الأموال المنقولة المخصصة للممارسة نشاط تجاري، ويشمل المحل التجاري الزاميا عملائه وشهرته.

وككل العقود فله شروط موضوعية عامة، وأخرى شكلية وأهمها على الاطلاق ما جاءت به م 79 ق ت بقولها: كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري...يجب اثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا...ومنه فالشكلية قد ألزم بها المشرع المتعاملين فيه بإصباغ الرسمية لكل تصرف قانوني يرد على المحل التجاري وهذا ما رأته المحكمة العليا في قرارها بقولها يثبت بيع المحل التجاري بعقد رسمي وتحت طائلة البطلان[2]، وهو كذلك ما أقرته في قرارها لعام 2015م[3].

بالإضافة لذلك وجب اشهار هذه العقود 15 يوم من تاريخه بحسب م 83 ق ت وهذا ما أقرته كذلك المحكمة العليا في قرارتها لعام 1994م بقولها: من المقرر قانونا أن كل تنازل عن

[1]- القانون رقم 11 صادر في 1436/08/29هـ الموافق ل 2015/06/16م، الجريدة الرسمية رقم 13 صادرة في 1436/09/20هـ الموافق ب 2015/07/07م.

[2]- القرار رقم 136156 الصادر بتاريخ 1997/02/18م.

[3]- القرار رقم 0983135 الصادر بتاريخ 2015/04/23م.

محل تجاري، ولو كان معلقا على شرط، يجب اثباته بعقد رسمي واعلانه في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية...وإلا كان باطلا[1].

وألزمت أطرافه بتسجيل بيانات الزامية مذكورة كذلك في م 79 ق ت السابقة الذكر.

وقد يعرف الرهن على المحل التجاري كما ورد في م 120 ق ت، بالإضافة إلى عقد التسيير الحر أو ما يعرف بالتأجير، وقد نظمها المشرع بنصوص آمرة ويلحقها البطلان المطلق في حالة تخلفها وجاءت به م 203 ق ت، وأقرته المحكمة العليا بقولها: من المقرر قانونا أنه يحرر كل عقد تسير في شكله الرسمي وينشر خلال خمسة عشر يوما من تاريخه[2].

ونظرا لأهمية المحل التجاري وما يرد عليه وجب تقيده بشكلية خاصة حماية لأطرافه وعملائه ككل.

3- عقود التجارة الالكترونية: لقد بدأ استعمال الأنترنت في نهاية الستينات من القرن الماضي، وانتشرت عالميا بسبب قلة تكاليفها وصورها العملية، بالإضافة لدمجها خصائص الوسائط المتعددة من تلفاز وحاسوب وهاتف معا(صوت وصورة ونص)، وتوفيرها لإمكانيات مذهلة في التواصل بين البشر أينما كانوا متجاوزين بذلك حدود الزمان والمكان، وقد بدأ استخدام الانترنت في الأغراض التجارية عام 1992م عندما ظهرت :world wide web) www) كمروج للسلع والخدمات[3]، وقد أقرته منظمة التجارة الالكترونية في قانونها النموذجي لعام 1996م في المادة 11 منه بقولها: في سياق انشاء العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير

[1]- القرار رقم 125118 الصادر بتاريخ 1994/09/27م.

[2]- القرار رقم 119122 الصادر بتاريخ 1994/03/21م.

[3]- الصالحين محمد العيش، الشكلية في العقود الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية لوقفية الأمير غازي للفكر القرآني، العدد 16، 2005، ص 6، 7 بالتصرف فيه.

ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في انشاء العقد، ولا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض، وذلك ما جاءت به كذلك قوانين إمارة دبي لعام 2002م في م 14 و م7ف1 منه[1]، والمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بنفس الاتجاه.

وسعت الشرائع القانونية في مختلف دول العالم لتنظيم هذه المعاملات بما يخدم مصالحها ومنحت للشكلية حيزا وافرا لذلك خاصة من ناحية الاثبات والكتابة المطلوبة تعتبر ركنا في العقد الالكتروني، مثلما أقره المشرع المصري بسنه لقانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لعام 2004 ومنه المادة 15 بقوله: الكتابة الالكترونية والمحررات الرسمية والعرفية في نطاق المعاملات المدنية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الالكترونية في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها قانونيا، ومنه يتضح من النص أنه أقر إمكانية استيفاء الشكل التي يقررها القانون لإبرام العقود ولترتيب أثاره عن طريق المحررات والمستندات الالكترونية متى روعيت الشروط التي حددها المشرع[2].

المشرع الجزائري اعترف بالكتابة مهما كانت وسيلتها وطريقة ارسالها وهنا يأخذ الشكل الالكتروني نصيبه من مفهوم المادة 323 مكرر ق م الموسع للكتابة وللإثبات بها[3].

لإبراز صور وأشكال الصبغة القانونية الرسمية والشكلية على هذا النوع من العقود يتطلب بحثا مطولا، لكن نأخذ بأنه نوع من العقود الشكلية بامتياز بسبب تدخل المشرع في كل مرحلة منه بالتنظيم الدقيق بداية بتعرفيه وتبيان كيفية ابرامه وكيفية تطابق ارادة أطرافه وتشكل رسالة

[1]– م 7ف1 من القانون رقم 2 لسنة 2002م الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية بقولها: لا تفقد الرسالة الالكترونية أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل الكتروني.

[2]– الصالحين محمد العيش، المرجع السابق ذكره، ص 20.

[3]– بريزة شفية، المرجع السابق ذكره، ص 19.

البيانات، وكيفية الربط بين أطرافه رغم طول المسافة بينهما وكيفية المصادقة وكيفية صدور التوقيع الالكتروني إلى غاية سن قوانين رادعة لحماية هذه الإرادة، ومنحها نفس حجية المحررات الرسمية، بإضفاء عنصر الأمان على التوقيع الالكتروني من خلال اتخاذ الوسائل التي تضمن ذلك ومن بينها فرض شروط صارمة واجب توفرها في التوقيع الالكتروني منها ما جاء في إرشاد الاتحاد الأوروبي في 13 كانون الأول 1999م بارتباط التوقيع الالكتروني لموقعه فقط وأن ينشأ هذا التوقيع بوسائل تقع تحت سيطرة الموقع ورقابته...الخ[1].

إن المشرع الجزائري جاء ببعض النصوص المتعلقة بالمعاملات الالكترونية، وكان آخرها القانون 18-05 المنظم للتجارة الالكترونية، وهذا على غرار باقي التشريعات التي نظمت عملية التوقيع الالكتروني، وأقرت بحجية هذا الأخير في الاثبات كما سبق الإشارة إليه وفرض عليه شروط بأن ينشأ بواسطة وسائل خاصة بالشخص الموقع وخاضعة لسيطرته رغم صدوره على دعائم الكترونية، واستثناء على المبدأ العام الوارد في م 59 ق م بأن للأطراف حرية التعاقد في اختيار شكل التعبير عن ارادتهما، فالاستثناء في ابرام العقود الالكترونية هو أن القانون سيلتزم أحيانا كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير متبع لأثره القانوني المتوخي إلا اذا توفرت هذه الشكلية وهي ما يعرف عنها بالشكلية المباشرة وأهم صورها هي: اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما، وهما القيام بإبرام هذه العقود بواسطة الوسائل الالكترونية، واشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد، وبالنسبة للمشرع

[1]- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2007م، ص 93.

الجزائري والقانون السابق ذكره فلم يتطور النقاش بعد نظرا لحداثتها، فلا يمكن ابرام هذه العقود في ظل القانون المدني الكترونيا بشرطها الابرام أمام الموثق[1].

ثالثا: الرسمية في العقود المدنية وصورها

1- **عقد الهبة في العقار**: لقد أطلقت الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية حرية الفرد في التصرف في أمواله سواء كان تصرفا ماديا أو قانونيا بالمتاجرة أو بالتبرع كما هو الحال في عقد الهبة في العقار فهي في الفقه الإسلامي كما عرفها الشافعي هي تمليك بلا عوض، وعرفها الامام ابن حنبل أنها تملك جائز التصرف لمال معلوم أو مجهول تعذر علمه[2].

1) في القانون الفرنسي في م 894 ق م عرفها أنها تصرف يتخلى به الواهب حالا وبصورة لا تقبل الرجوع عن الموهوب لصالح الموهوب له الذي قبلها، وفي م 931 ق م ف السابق تشرط الرسمية في الهبة بين الأزواج.

2) وفي القانون المصري في م 486 ق م: أنها عقد يتصرف بمقتضاها الواهب في المال دون عوض، ويجوز للواهب التجرد عن نية التبرع...، ولكنه في م 488 من نفس القانون اشترط كتابتها بقوله: تكون الهبة بورقة رسمية وإلا وقعت باطلة.

3) والمشرع التونسي في مجلة الأحوال الشخصية الفصل 200 وما يليه لم يخرج عن إطار ابرام الهبة في الشكلية الرسمية كذلك ونفس التعاريف السابقة.

4) المشرع الفلسطيني كذلك فرض الشكلية في الهبة في م 1010 ق م الفلسطيني السابق ذكره.

---

[1]- سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، عقود التجارة الالكترونية وحجية التوقيع الالكتروني، مقالة بمجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد السابع، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة1، ديسمبر 2019، ص 04، 06 بالتصرف فيه.

[2]- محمد أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003، ص 14.

5) والمشرع الجزائري قد عرف الهبة في م 202 من قانون الأسرة بقوله: أن الهبة تمليك بلا عوض، وأضاف في المادة 206 من نفس القانون أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، ومنه يجب اخضاع الهبة إلى شكل رسمي وتحت طائلة البطلان وهو ما أقرته المحكمة العليا بتحريره في شكل رسمي وأن الرجوع في عقد الهبة كذلك بطريقة رسمية أمام الموثق أو القضاء[1].

6) الصيغة الشكلية كذلك للهبة في صحة الانعقاد في م 274 من مدونة الحقوق العينية المغربي[2].

إن لانعقاد الهبة في شكلية خاصة نصت عليها مختلف النظم والشرائع القانونية أن هذا العقد هو تصرف استثنائي غير مألوف لا تظهر أهميته الرضائية ولا تتم فائدته بنقل الملكية العقارية إلا بتمام الشكلية وهي الرسمية في العقد فهو إذن عقد شكلي في أصله، وهذا النوع من العقود العقارية خاصة لا يقع إلا نادرا ولدوافع قوية عكس عقود المعاوضة، وهو شكل لحماية الواهب لتنبيهه هو وأسرته لخطورة هذا التصرف من جهة، وحماية للموهوب من جهة أخرى في حالة الطعن في هذا العقد وبسبب الطعن في إرادة الواهب نفسه لإقدامه لهذا التصرف وخاصة في مرض الموت[3].

[1]– القرار رقم 1002784 الصادر بتاريخ 2016/09/21م، والقرار رقم 0971732 الصادر بتاريخ 2016/03/17م، والقرار رقم 1016104 الصادر بتاريخ 2016/11/10م

[2]– م 274 من المدونة بقولها: تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول ويجب تحت طائلة البطلان أن يبرم عقد الهبة في محرر رسمي.

[3]– القرار رقم 229397 الصادر بتاريخ 2002/04/24م من المحكمة العليا بقولها: أن القضاء بإبطال عقد الهبة في مرض الموت دون مراعاة المبدأ القانوني...يعد مخالفا للقانون.

إذن لذلك نعتبر الهبة من العقود الشكلية بامتياز حماية لإرادة الأطراف عموما وللواهب خصوصا، وحفظا للنظام العام وللحقوق والامتيازات التي قد ترد على العقارات نظرا لأهميتها في نقل حقوق الملكية.

2- **عقد الرهن الرسمي:** من بين أهم العقود الرسمية التي ترد على العقارات هي ما يختص بالرهن الرسمي الذي عرفه المشرع الوطني في الكتاب الرابع بعنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية في الباب الأول منه بعنوان الرهن الرسمي وعرفته م 882 منه بقولها أن الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه...، وقد تم اختياره كصورة عن الرسمية في العقود المدنية بسبب ارتباطه العملي بأغلب التصرفات القانونية على العقار بعد عقود البيع، وهو عقد شكلي بامتياز لأن م 883 ق م قد رتبت البطلان على عدم استيفاءه للصيغة الرسمية بقولها لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم بمقتضى القانون، بالإضافة للمادة 886 ق م أنه لا يجوز أن ينعقد الرهن إلا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، ولا يكون نافذا في حق الغير إلا بقيده بحسب م 904 ق م بقولها لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن[1]، وتسري على إجراءات القيد وتجديده وشطبه وإلغاء الشطب والآثار المترتبة عن ذلك كله، والأحكام الواردة في قانون تنظيم الاشهار العقاري، وفق ما جاء في نص المادة 905 ق م و م 90 من المرسوم 63/76.

ويمكن لمالك الرهن العقاري التنفيذ على العقار من لحظة مهره بالصيغة التنفيذية وتحصينه لتحول السند التنفيذي في مواجهة الغير، وله قوة الحكم النهائي بحسب إقرار المحكمة العليا.

[1]- نفس الشرط في م 1031 من القانون المدني المصري لا ينعقد الرهن الرسمي إلا بورقة رسمية القرار 0947037 بتاريخ 2014، مجلة المحكمة العليا، العدد رقم 02 لسنة 2014.

خلاصة الفصل الأول:

في ختام هذا الفصل توصلنا أن الرضائية هو المبدأ السائد في كل التصرفات القانونية، ومما لا شك فيه أن الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية أثرت بشكل كبير على الفكر القانوني، مما دفع المشرع بأن يتجه لإنشاء استثناء على هذا المبدأ العام وفرض نوع من الشكلية في الكثير من العقود رغبة منه في تحقيق الاستقرار والثبات الاجتماعي والمحافظة على الحقوق والصالح العام في ظل زمن العولمة.

ولأن العقود الرضائية تحمل في طياتها الكثير من المخاطر، وإن العقود الشكلية ليست حديثة العهد أو وليدة هذه التغيرات العالمية، بل عرفها المفكر القانوني منذ الأزمنة الغابرة واصبغها الصيغة الدينية في أغلب الأوقات نظرا لمحدودية هذا الفكر، وكانت أشدها في العهد الروماني إلى غاية عهد التنوير الأوروبي مع دخول الحرية الفردية وحرية التملك والثورات الفكرية والصناعية، والفقه الإسلامي خفف من وطأة الرضائية في عقود نزل الوحي فيها بل وألزمها البطلان لكل ما خالف القرآن الكريم والسنة المطهرة.

ألزمت أغلب التشريعات الحديثة المتعاقدين بنصوص أمره في تقنيناتها بشروط شكلية ومحررات رسمية سواء كركن للانعقاد أو لإثبات العقود والالتزامات، وعرفت التشريعات العربية عموما والجزائرية خصوصا في القانون المدني م 324 منه بأنه عقد رسمي وأمام موظف أو ضابط عمومي، وأورد عدة صور للشكلية، خاصة فيما تعلق بالعقود العقارية أو بعض العقود التجارية كعقد الشركة وما يرد عليها، أو المحل التجاري وما يرد عليه كذلك في القانون التجاري، وبعض التخصيصات في العقود الإدارية كما سبق الإشارة إليه، كحال العقود الواردة على الصفقات العمومية.

إن الشكلية التي فرضها المشرع هي لحماية الأطراف المتعاقدة من جهة، وإعلام الغير على تصرف قانوني كامل الأركان من جهة أخرى، وحماية للمصالح العام وحفظا للنظام العام من جهة ثالثة.

الفصل الثاني:

إلزامية الشكل في التعاقدات المدنية

تعد الإرادة أساس التصرف وهي التي تنشأ وتحدد آثاره، وأن مبدأ سلطان الإرادة من أهم المبادئ والأسس لكل نظام قانوني وتشريعي والذي أساسه هو الإقرار لتلك الإرادة بالحرية والسلطة في إجراء التصرفات القانونية، والمشرع الجزائري لم يخرج عن هذا الإطار عموما إلا أنه أورد استثناءً على هذا المبدأ هو الشكلية حيث جعل لها هي الأخرى أهمية في بعض التصرفات، واعتبرها ركنا ورتب عن تخلفها في العقود البطلان[1]، إن الشكل بوصفه عنصرا خارجيا فهو ملزم إذا اشترطه القانون لا يجوز اغفاله، وصفة الإلزام هي التي تعطيه الصفة القانونية.

وتتعدد صور الشكلية في التشريعات، فقد تكون شكلية مباشرة ويشترطها القانون لانعقاد العقد على سبيل الاستثناء من كفاية مبدأ الرضائية، لذا تعد ركنا في العقد ويطلق عليها العقود الشكلية، وتتمثل هذه الشكلية في الرسمية والكتابة؛ وقد تكون مشترطة للإثبات أو للنفاذ وسريانها وتسمى بالشكلية الغير مباشرة، إذ تكون مشترطة لصحة العقد[2].

فقد يكون الشكل عن طريق الكتابة الرسمية بواسطة موظف مختص أو عن طريق الكتابة العرفية [3]، وهذه الأخيرة تخرج عن نطاق دراستنا هذه، لذلك نحاول أن نميز بين التعرف الشكلي الذي يمثل ركنا جوهريا في التعاقد أو التي يكون فيها للإثبات فقط.

لذلك نوسع في مفهوم هذه الأفكار في المبحث الأول بعنوان وجوب الرسمية للانعقاد.

[1]– شلالي مشرية، الشكلية في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2017–2018م، ص 8 بالتصرف.

[2]– سمير عبد الغني تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984، ص 378–382، بالتصرف.

[3]– شلالي مشرية، المرجع السابق ذكره، ص 09 بالتصرف.

والمطلب الأول بعنوان: الرسمية كركن للانعقاد.

والمطلب الثاني بعنوان: أثر تخلف الرسمية في العقد المدني.

أما المبحث الثاني نوسع من معرفة الرسمية كحجة للإثبات بعنوان وجوب الرسمية كركن للإثبات، وتناول في المطلب الأول: حجية المحرر الرسمي كأصل للاثبات في العقود المدنية.

المطلب الثاني: ما يقوم مقام المحررات الرسمية في الإثبات المدني.

المبحث الأول: وجوب الرسمية للانعقاد في العقد المدني.

إن المشرع قد أخضع بعض العقود إلى الشكل الرسمي بمعنى إفراغ إرادة المتعاقدين في قالب معين (الشكل) [1]، لذلك صدق الفقيه إهرينج عندما قال: أن الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة[2]، فالشكل هو الذي يضفي على العقد قوته الإلزامية وهو مطلوب لإنعقاد العقد، وركن لقيامه، إذ انتفى انعدم العقد وأصبح كأن لم يكن[3]، ومثاله عقد البيع الذي يتطلب شكلية بجانب الأركان العامة كالتراضي والمبيع والثمن، يطلب القانون تحريره أمام ضابط عمومي مختص وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون فهي ركن وفق م 324 ق م، لذلك أخضع إنشاء بعض العقود إلى الشكل الرسمي وهي تلك العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية أو محلات تجارية أو صناعية أو التنازل عن أسهم شركة أو حصص فيها...الخ وهذا حسب ما جاءت به 324 مكرر–1 من القانون المدني الجزائري[4].

ولذلك نتوسع فيما سبق ذكره في المطلب الأول بعنوان: الرسمية كركن للانعقاد في العقد المدني، ونرى هذا الركن في العقود المدنية في أولا، ثم في العقود الالكترونية في ثانيا، والمطلب الثاني بعنوان: أثر تخلف الرسمية في العقد المدني كما يلي:

[1]– مجيدي فتحي، محاضرات في طرق الاثبات والتنفيذ، موجهة لطلبة السنة ثانية ليسانس، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2010–2011، ص 192.

[2]– بن شريف ابتسام أمينة وبن عيسى ليلى، حجية السندات الرسمية والعرفية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017–2018، ص ب.

[3]– مجيدي فتحي، المرجع السابق ذكره، ص 195 بتصرف.

[4]– طماش نورالدين، الكتابة الرسمية كدليل للإثبات في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2015–2016، ص 3 بتصرف.

المطلب الأول: الرسمية كركن للانعقاد

أولا: في العقود المدنية

إن المشرع الجزائري وانطلاقا من المادة (324 ق م) قد أحاط العقود بنوع خاص من الشكلية وهي العقود الرسمية، أو ما اصطلح على تسميتها بالمحررات الرسمية والتي هي أوراق رسمية يقوم بتحريرها موظف عام مختص وفقا للأوضاع المقررة وهي كثيرة ومتنوعة منها الأوراق الرسمية المدنية، كتلك التي تثبت العقود والتصرفات المدنية، ومنها الأوراق الرسمية كعرائض الدعوى وأوراق المحضرين ومحاضر الجلسات والأحكام[1].

وقد عالجت المادة (324 ق م) في الحقيقة مسألة الاثبات وهي حالة مميزة عن التصرف الشكلي، فالمادة في صياغتها الأولى، أي قبل التعديل سنة 1988 م، كانت تشير للعقد الرسمي وهناك فرق بين التصرف القانوني الذي يسمى بالعقد من جهة وأداة كإثباته التي هي الورقة الرسمية من جهة أخرى[2]، وهذا جنبا إلى جنب مع الشروط الموضوعية العامة.

فقد يكون التصرف القانوني صحيحا والورقة الرسمية غير صحيحة، وقد يحصل العكس، وبعض النظر عن الألفاظ ودقة المعاني، فإن التعريف المذكور في تلك المادة أعلاه يشمل زيادة على ذلك الشكلية الرسمية كونها ركنا في العقد[3].

ومنه فإن المشرع الجزائري نص على الصيغة الرسمية لعدة أنواع من التصرفات القانونية التي لها أثر مباشر على النظام العام ككل من جهة، وحقوق الأطراف وخلفهم من جهة اخرى

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000، ص 106.

[2]– بن شريف ابتسام أمينة وبن عيسى ليلى، المرجع السابق ذكره، ص 05.

[3]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، ط3، الجزائر، 2013، ص 306 بالتصرف.

ونرى ذلك جليا في الأمر (70–91)[1] ، المؤرخ في 1970/12/15 المتضمن قانون التوثيق في مادته رقم (12) والتي لا تسمح بالتصرفات الناقلة الملكية في العقار إلا بتوفر الرسمية وإلا تعد العقد باطلا، ثم أدرجها المشرع بكاملها في م 324 مكرر–1 من القانون 88–14 المؤرخ في ال1988/05/03، المعدل والمتمم للقانون المدني، أن أكد صراحة على الرسمية كركن في الانعقاد[2] بعدما عدل القانون المدني رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 م، المتضمن القانون المدني، الذي أكد نفس المبدأ، وهنا برزت فكرة تناول الشكلية لبعض العقود، وكركن في التصرفات الواردة على العقار والحقوق العينية الأخرى، لما يمثله من قيمة اقتصادية فائقة في الوقت الحالي، ورغم أنه موضوع تقليدي لأن الشكلية الرسمية وجدت بهدف منع التصرف في العقارات والحقوق العينية العقارية بعقود عرفية، لما أثاره العقد الرضائي من مشكلات عملية في ذلك، وما نتج عنه من منازعات على مستوى الإدارات والمحاكم [3].

إنه ومن الملاحظ أن الشكلية الرسمية كركن ففي انعقاد العقد قد تتخذ إحدى الصورتين فإما تكون:

1) الشكلية بنص القانون:

كما سبق القول أن المشرع الجزائري نص صراحة واشترط في بعض التصرفات القانونية وجوب افراغها في قالب رسمي –شكلية رسمية– وبقوله تحت طائلة البطلان، كما سبق الاشارة

[1]– قانون التوثيق الصادر في 1970/12/15 بمقتضى الأمر 91/70، والذي بدا العمل به في 01/01/ 1971 م، طبقا للمادة 53 من هذا الأمر، وقد ألغي بموجب القانون رقم 27/88 المؤرخ في 1988/07/12 وقد تم تعديله بموجب القانون 02/06 المؤرخ في 20 فبراير 2006 لمهنة الموثق.

[2]– بوعزة حورية، الشكلية في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2020، ص 09 بالتصرف.

[3]– بوعزة حورية، المرجع نفسه، ص 13 بالتصرف.

إلى العقود التي تتضمن نقل ملكية عقارية (م324 مكرر–1)، وكمثل م 883 ق م (ينعقد الرهن بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك)، وكعقود الشركات في م 418 ق م، (يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا إلا أن كان باطلا...كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد).

وهي ما اصطلح المشرع الوطني على تسميتها بالأشكال القانونية، والتي تصبغ العقد بصفة الرسمية وتصفه بالعقد البات الغير قابل للبطلان، وهي ترد في نصوص تشريعية وتنظيمية خاصة، فتحدد كيفية تحرير العقد وذلك بتحديد عناصره وبياناته الجوهرية وشكلية كل عقد وهوية أطرافه الكامل وهوية الشهود، وتاريخ العقد واسم الضابط العمومي المحرر للسند وتوقيعه أو ختمه عليه.

ومن بين هذه التنظيمات إلى ما سبق ذكره من القوانين والتشريعات قانون التوثيق الذي نص على كيفية نص على تحرير العقود وحفظها كما في م 10 و 18 منه وكذلك مثاله المرسوم رقم (76–63) المتعلق بتأسيس السجل التجاري.

هذا بالإضافة لإصدار نماذج كاملة للسندات الرسمية يتم ملؤها من الأطراف والمتعاملين بها، مثل المرسوم التشريعي رقم (93–03) المؤرخ في 1993/01/03 م المتعلق بالنشاط العقاري، وما تلاه من نماذج عقد البيع على التصاميم، أو نماذج عقود الايجار، وكلها وفق بيانات اجبارية، بالإضافة لتقيد دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد، وقد اعتبرها المشرع ركنا في قيام العقد.

بالإضافة للنصوص المؤكدة لاشتراط الشهر في تلك العقود والذي هو كذلك ركن في الانعقاد كما في البيوع العقارية م 324 مكرر–1، وهو ما أقرته المحكمة العليا بقولها: تعد

البيوع العقارية عقودا شكلية، لا يعتد بها إلا أذا أفرغت في قالب رسمي مع مراعاة أحكام الشهر العقاري[1]، وفي قرارها لعام 1994 م بقولها: أن الملكية والحقوق العينية الأخرى سواء كان بين المتعاقدين أم في حق الغير لا تنتقل إلا إذا رُعيت الإجراءات القانونية ولا سيما التي تديرها مصلحة الشهر العقاري[2].

كما لابد الإشارة إلى تلك النصوص المنظمة التي تحدد كيفية تحرير العقود الرسمية والحاقها بالبطلان في حالة مخالفتها، بالإضافة إلى النصوص المنظمة لبعض المهن ولمهام موظفيها ولصحة تلك المحررات الرسمية فلابد إصداره من: موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة وهم فئة من الخواص تقدم خدمات لتسيير وتحرير بعض العقود العمومية، وفق تنظيمات قانونية خاصة بنوع مهنهم، وكل هؤلاء لابد من توفر اختصاص وولاية كما هو الحال في م 03 من القانون 02/06.

2) الشكلية الرسمية باتفاق المتعاقدين:

فإن هذا النوع يكون بتطابق الإرادتين واتفاقهما على شكل العقد الرسمي، فمثاله إذا اتفق المتعاقدين على بيع سيارة واشترط أن يتم البيع في شكل رسمي. فإن العقد لا يتم ولا ينعقد إلا في الشكل المتفق عليه، ليسهل تحديد حقوق والتزامات كل منهما[3].

وقد يتفق المتعاقدين على أن يكون العقد الشكلي كدليل للإثبات[4].

[1]- القرار رقم 1155677، الصادر بتاريخ : 2018/11/15م.

[2]- القرار رقم 113840، الصادر بتاريخ: 02/07، 1994م.

[3]- بوعزة حورية، المرجع السابق ذكره، ص 13-14 بالتصرف.

[4]- بوعزة حورية، المرجع نفسه، ص 17 بالتصرف.

ولقد انتشر في وقت سابق هذا النوع من العقود بالبيع بعقد عرفي على العقار، مما سبب خلـلا وفوضـى فـي سوق العقارات الوطنيـة لسـهولتها وقلـة تكاليفهـا إلـى غايـة صـدور المنشـور الرئاسي المؤرخ في 1976/06/30 م، الدي جاء لتصحيح العقود العرفية العقارية الثابتة التاريخ والمبرمة قبل 1976/03/05م بتاريخ العمل بقانون الاحتياطات العقارية، وتوالت عدة تشريعات محاولة تنظيم ذلك القانون رقم 25/90 المؤرخ في 1990/11/18، المتضمن التوجيه العقاري والذي أكدته المادة 29 منـه، على أن يثبت الملكية الخاصـة للأمـلاك العقاريـة والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الاشهار العقاري[1].

كما لابد لنا أن نشير أن المادة 324 ق م تحمل نفس المضمون لعدة مواد قانونية في مختلف التشريعات من بينها المادة 416 من القانون الموريتاني السابق ذكره، والمادة 4 من قانون الالتزامات والعقود العينية المغربي (مدونة الحقوق العينية المغربية) بقولها: يجب أن تحرر –تحت طائلة البطلان– جميع التصرفات المتعلقة بنقل الملكية أو إنشاء الحقوق العينية الأخرى... بموجب محرر رسمي أو بمحرر ثابت التاريخ يتم تحريره من موظف عام) ومثاله في م 147 من نفس المدونة: يشترط لصحة الرهن الحيازي أن يبرم في محرر رسمي.

وفي القانون الفرنسي المادة 1109 من القانون المدني:...العقد هو رسمي عندما تكون صـلاحياته خاضـعة لأشـكال يحـدد القـانون، وأضـافت المـادة 1359 ق م: يـتم صـياغة كـل الاتفاقيات الزوجية عن طريق صك أمام كاتب العدل، وكعقد البيع في نص م 1601 بقولها: البيـع بالآجال...الـذي يـتم نقـل الملكيـة أوتوماتيكيـا مـن خـلال الإعـلان عـن كريـق سـند حقيقي...وهذا كـان استثناء عن م 1172 منـه بقولها: أن العقود من حيث المبدأ بالتراضـي،

[1]– يحياوي يوسف، الشكلية الغير مباشرة وأثرها على فعالية العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، فرع عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر–1–،2013–2014، ص 13.

وكاستثناء تخضع صلاحية العقود الرسمية لمراعات الاستمارات التي يحددها القانون، ويعتبر الفقه والقضاء الفرنسيين مستقرا على أن الكتابة ليست ركنا لانعقاد البيع الذي يبقى عقد رضائيا ولو ورد على عقار وإنما وسيلة لإثباته[1].

أما في القانون الإداري مسبق وأشرنا أن العقود الإدارية نظرا لخصوصية أطرافها فقد تتطلب الكتابة والشهر في بعضها وملأ نماذج خاصة، لذلك اعتبر بعض الفقهاء أن الكتابة ركن للانعقاد وطرف آخر ومنهم من يرى أنها شرط للإثبات، لأن الحقوق والواجبات في القانون الإداري تنظم بقرارات ووثائق مكتوبة وحيث أن إجراءات التقاضي والاستيفاء أمام القاضي الإداري[2].

كما لا يفوتنا أن العقود الالكترونية تعتبر عقودا شكلية بامتياز وهذا ما نستخلصه من المادة 323 مكرر بأنه الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ، وكذا طرق إرسالها، ومنه فالشكل الرسمي يعتبر ركنا من في انعقاد هذا النوع من العقود، رغم اعتباره كذلك أداة للإثبات فيها، وهذا ما أورده المشرع الفرنسي في المادة 1316 فـ1 من القانون رقم 320 سنة 2000م بشأن تطوير قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الالكتروني: أن الكتابة على دعامات الكترونية مقبولة بنفس الحجة المعطاة للكتابة على دعامات ورقية شرط إمكانية تحديد صاحبها المصدر لها وحفظها في ظروف تضمن الرجوع إليها بشكل مستمر، وهنا اتجه بعض الفقهاء على أن

[1]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص 50.

[2]– إلياس جوادي، مجلة آفاق العلمية، المجلد 13، العدد 03، لسنة 2021 م.

الكتابة الالكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات وذلك بالنظر لعموميتها إذ تشمل على الكتابة كشرط لصحة التصرف، فيجب إعطاء النص معنى كاملا دون تخصيص[1].

المطلب الثاني: أثر تخلف الرسمية في العقد المدني

تكتسي العقود الرسمية أهمية بالغة، خاصة في مجال الإثبات في جميع المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، لذلك أحاطها المشرع بعناية خاصة فحدد مدلول العقد الرسمي وشروطه والآثار التي المترتبة على تخلف شروطه وحجيته بين الأطراف واتجاه الغير[2].

إن هذه المحررات الرسمية التي تعطى للعقد صفة الرسمية بمدلول المادة 324 ق م السالفة الذكر تكون صادرة من أشخاص معينين وبشروط معينة، وأهم صورها هي الكتابة والتي كانت قبل التعديل بقانون 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988 تعبر على المحرر بالورقة الرسمية، وبعده أصبح يعرف بالعقد الرسمي وأصبح يحرر من طرف ضابط عمومي بدل الموظف العام والشخص المكلف بالخدمة[3].

ومنه فإن اختلال شرط من شروط صحة المحررات الرسمية أو مخالفة ما أقره القانون [4] يؤدي إلى بطلان العقد الرسمي ويفند قرينة الرسمية،وبذلك يفقد حجيته كسند رسمي ولو كان موضوع السند محينا بنص م 324 مكرر-3 السالفة الذكر وهي الحالة الوحيدة تقريبا التي نص المشرع عليها بطلان المحرر الرسمي بحكم القانون وهي حالة عدم دفع الثمن بين الضابط

[1]- الصالحين محمد العيش، المرجع السابق ذكره، ص 21، بالتصرف.

[2]- مسكين آمال زهرة، الاثبات بالكتابة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2017-2018، ص 22 بالتصرف.

[3]- مسكين آمال زهرة، المرجع نفسه، ص 23 بالتصرف.

[4]- تنص المادة 324 مكرر-5 ق م على أن يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره وتعتبر نافذا في كامل التراب الوطني.

العمومي وتلقى العقد الاحتفائي بدون شهود –م 324 مكرر–3 ق م– لذلك سنميز بين الشكلية الجوهرية والتي تعتبر مخالفة للنظام العام في أولا ثم الشكلية التي لا تعد جوهرية ولا تشكل مخالفة للنظام العام في ثانيا، ثم نرى حالة الطعن بالتزوير في المحررات الرسمية في ثالثا، كما يلي:

أولا: بطلان العقود الرسمية بسبب أشكال جوهرية ومخالفة للنظام العام

وهي تلك التي تتعلق بالضابط العمومي وهو مقرر قانونا بسبب غياب قواعد الاختصاص في الضابط العمومي وانتفاء الصفة أو الأهلية عنه [1] التي تعتبر من النظام العام وهذا ما جاءت به (م 326 مكرر–2) بقولها: يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من الأطراف وهو ما أقرته المحكمة العليا في قولها: من المقرر قانونا أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا أمام الموثق، محتوى على أصل الملكية ومكرس لاتفاق الأطراف ومحدد المحل، ومعاين لتسديد المبلغ أمام الموثق، مسجل ومنشور لدى مصالح الشهر العقاري، ومن المقرر أيضا أن اللفيف عقد عرفي محرر أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف والشهود[2].

وهو ما يحيلنا على أن المشرع لم يلغى التصرفات التي جاء بها العقد الرسمي المختل الأركان والموقع من أطرافه بل قبله كمحرر عرفي فقط كما جاءت به المحكمة العليا بقولها: من المقرر قانونا أن يعتبر العقد العرفي صحيحا وصادرا ممن وقعه مالم ينكر هذا الأخير ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء[3].

---

[1]– المواد (15–16–17–19–20) من قانون 02/06 المنظم لمهنة الموثق.

[2]– القرار رقم 68467 الصادر بتاريخ 1990/10/21م.

[3]– القرار رقم 85535 الصادر بتاريخ 1992/05/27م.

وقد يبطل العقد الرسمي بإحدى الصور التالية على سبيل المثال:

- صدور السند بدون تاريخ، وتلقى العقود الاحتفائية بدون شهود، وعدم تحرير السند باللغة العربية والتي هي اللغة الرسمية للدولة، و عدم ذكر هوية الأطراف وغيرها.

ثانيا: بطلان العقود الرسمية بسبب أشكال غير جوهرية في العقد وغير مخالفة للنظام العام

ومثالها الكتابة بين الأسطر أو التشطيب أو إضافة كلمات وحشرها ما لم تمس بجوهر العقد طبعا، وكذلك عدم كتابة التاريخ أو الأرقام بالحروف.

فيبقى في هذه الحالة المحرر رسميا من تاريخ ثبوت تاريخه ومتى تحول السند الرسمي الباطل والذي يعتبر حينها محررا عرفيا فيقبل كدليل لإثبات العقد نفسه[1] ما لم يرد على تصرف مقيد بالشكل والرسمية كالعقود العقارية والحقوق العينية وغيرها مما يشابهها[2].

ثالثا: الطعن بالتزوير في المحررات والعقود الرسمية

إن المحررات والعقود الرسمية عموما قد تتعرض لعوامل بقصد أو بدونه إلى تغيير المعلومات أو للوقائع سواء كان كتابيا أو الكترونيا، فيضطر من له مصلحة أو تضرر من ذلك التزوير بالطعن في التزوير.

[1]- المذكرة رقم 01251 المؤرخة في 1994/03/29م، الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية التي جاء في الفقرة رقم 05 منها: أن العقود التوثيقية المتضمنة إيداع عقود عرفية واكتسبت تاريخا ثابتا قبل جانفي 1971م ، لا تستوجب أن يذكر فيها أصل الملكية على اعتبار أن هذه الحالة استثناء من قاعدة الأثر النسبي طبقا للمادة 89 من المرسوم 103/93 مع التعيين الدقيق للعقار ولأطرافه وشهوده، وتقابلها م 1323 من ق م الفرنسي بقولها: من يحتج بورقة عرفية يجب أن يعترف بها.

[2]- براهيمي سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، ص 11-13 بالتصرف.

فمجال الطعن في المحررات الرسمية يتحدد من نوع البيانات التي يتضمنا المحرر والوقائع المنصب عليه الطعن، لذلك عرفته المادة 179 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1] بقولها: الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزيف أو تغير عقد سبق تحريره، أو إضافة معلومات مزورة إليه، وقد تهدف أيضا إلى اثبات الطابع المصطنع لهذا العقد، أو يقام الادعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية، وهذا ما نصت عليه المحكمة العليا في قرارها لعام 2000م[2].

يجب التفرقة بين الوقائع التي وقعت تحت سمع وبصر الضابط العمومي وأثبتها في المحرر الرسمي، والتي تكتسي طابع الحجية المطلقة، ولا يكون لصاحب المصلحة الذي يدعى ذلك غير الطعن بالتزوير[3].

وبين الوقائع التي ينقلها الأطراف التي يمكن إثبات عكسها دون الطعن في المحرر ذاته.

إن الادعاء بالتزوير في المحرر الرسمي يكون موضوع للادعاء بالتزوير جزائيا أمام النيابة العامة، أو السيد قاضي التحقيق وفقا للقواعد المقررة في القانون ووفقا للقواعد الإجرائية، وكذا الموضوعية المنصوص عليها في قانون العقوبات في القسم الثالث، الفصل السابع من قانون العقوبات للمحررات الرسمية بالمواد 214 إلى 218 كما قد فتح القضاء طريقا آخر للجوء إلى القضاء المدني كاستثناء باللجوء إلى الطعن في المحررات أي كانت طبيعتها عرفية كانت أو رسمية، وذلك في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[1]– المادة 179 من القانون 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نسخة 2007 م.

[2]– القرار رقم 34700 الصادر في 1985/06/26، المجلة القضائية سنة 1989، عدد 01، ص 57.

[3]– القرار رقم 190514 الصادر في 2000/03/29، المجلة القضائية سنة 2000، عدد 1، ص 154.

والغرض من تلك الآليات والإجراءات في القانون السابق ذكره هو عدم حجية المحررات الرسمية، ومنها اللجوء للقضاء عن طريق دعوى قضائية أمام أحد أقسام القضاء المدني بحسب طبيعة العقد المراد الطعن ضده بدعوى التزوير الأصلية وهي تكون دعوى استثنائية وذلك للخشية من الاحتجاج من الشخص بالمحرر ضده مستقبلا، وكما يمكن أن يكون بدعوى تزوير فرعية إذ يقوم الشخص المضار من المستند المقدم من الدعوى الأصلية ضده بالطعن فيه بدعوى تزوير فرعية[1].

1) الدعوى الأصلية للطعن بالتزوير[2]:

وهي تلك الدعوى التي تقام وفق الإجراءات المعمول بها لرفع الدعوى و تتبع جميع الإجراءات المتعلقة بالتبليغ الرسمي و يطلب القاضي من الخصم إيداع العقد كما يطلب منه إن كان ينوي استعماله والعريضة تكون كذلك مسببة مبينا فيه التزوير وأوجه وسائل التزوير وفق م 179 ق إ م إ ، وإلا كانت تحت طائلة الرفض.

وشروطها باختصار:

أن يقع التزوير على الورقة الرسمية وهي تلك المعرفة بالمادة 324 و 323 مكرر-2 من القانون المدني، وفق الشروط العامة للمحررات الرسمية أو الالكترونية وهي ما يجعل تلك المحررات عامة قرينة قاطعة على صحتها، ولا يطعن فيها إلا بالتزوير.

[1]- حبيب محمد وبوراس محمد، مقالة لمجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 03، لعام 2021م، ص 01-07 بالتصرف.

[2]- حبيب محمد وبوراس محمد، المرجع نفسه، ص 08 بالتصرف.

2) الدعوى الفرعية للطعن بالتزوير:

وذلك وفق م 180 ق إ م إ بقولها: يثار الادعاء الفرعي بمذكرة تودع أمام القاضي الذي ينظر في الدعوى الأصلية، وتتضمن هذه المذكرة بدقة الأوجه التي يستند عليها الخصم لإثبات التزوير، تحت طائلة عدم قبول الادعاء...

وكما هو مستخلص من هذه المادة ترفع الدعوى بموجب مذكرة أمام القاضي الذي نظر في الدعوى الأصلية، ويجب أن تحدد بدقة أسانيد الخصم في التزوير وتحت طائلة عدم القبول لهذا الادعاء ويبلغها بنفسه لخصمه والقاضي يحدد أجل الرد من المدعى عليه.

وشروطها باختصار:

وجود دعوى أصلية ولم يتم الفصل فيها بحكم نهائي، بالإضافة إلى وجود أسانيد منتجة ومؤثرة لمحل التزوير، ووجود مستند رسمي مزور أو مشكوك في صحته على الأقل.

3) وسائل إثبات التزوير ضمن المواد 165 إلى 179 من ق إ م إ ومنها: مضاهاة الخطوط، شهادة الشهود...الخ.

وقد يتجاوز الطعن المستند الأصلي وذلك بالطعن بصوريتها، أو الطعن فيها بسبب تخلف أحد البيانات الجوهرية في العقد الرسمي ومنه مخالفة المادة 324 ق م وفي هذه الحالة يعتبر المحرر عرفيا حينها إذ احتوى توقيع أطرافه وهذا وفق م 326 مكرر–2 ق م الجديدة في قولها: يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف، والملاحظ أنها تطابق المادة 1318 ق م الفرنسي[1].

[1]– المادة 1318 ق م ف بقولها: الورقة العرفية هي الورقة التي لم تكتسب صفة الرسمية بسبب عدم اختصاص الموظف العام أو عدم أهليته أو لعيب في الشكل، تكون قيمة الورقة العرفية إذا كانت موقعة من الأطراف.

ومنه فالحكم الصادر سواء في الدعوى الأصلية أو الفرعية بالطعن بالتزوير نلاحظ:

أ- إذا ثبت للمحكمة وجود تزوير، فتقضي هذه الأخيرة بثبوت التزوير في المحرر الرسمي وتأمر بإزالته كليا أو جزئيا، أو شطبه، أو تعديله بتسجيل منطوق الحكم على هامش العقد المزور، ويقرر القاضي إما إعادة إدراج أصل العقد الرسمي ضمن المحفوظات التي استخرج منها، أو حفظه بأمانة الضبط للمحكمة.

ب- أما حالة عدم ثبوت التزوير في الدعوى الأصلية فتقضي المحكمة حينها برفض دعوى التزوير [1].

[1]- حبيب محمد ومحمد بوراس، المرجع السابق ذكره، ص 09 بالتصرف.

المبحث الثاني: وجوب الرسمية كركن للإثبات في العقود المدنية

إن أهم ما ينتج عن تنوع العلاقات القانونية ومدى التزام أطرافها هو اثباتها، وذلك صونا للحقوق ولإتمام تنفيذ التزامها، ويعرف الاثبات على أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود الواقعة، التي يرتب عليها القانون أثرا[1].

فالسند هو الورقة المعدة للإثبات أما الورقة في الأدلة فتستعمل الأدلة الكتابية سواء كانت معدة، أو لم تكن معدة للإثبات[2].

ولقد أفرد القانون الجزائري للإثبات مكانة هامة في قواعده الموضوعية والإجرائية، وقد اختلف الفقهاء في تقسيم قواعد الاثبات بحسب أهميتها، فهي أصلية أم احتياطية أو كونها مهيأة أو غير مهيأة، ومباشرة وغير مباشرة[3].

ويكتب المحرر الرسمي الذي يحتوي على إمضاء الموظف المختص وختمه الرسمي، وتواقيع أصحاب الشأن، مع توفر باقي مظاهر الرسمية الخارجية عليه بالذات، وهو ما قد جاء في نص م 1317 ق م الفرنسي وبنفس الصيغة[4].

لذلك نتوسع في المطلب الأول بعنوان: حجية المحرر الرسمي كأصل في الإثبات للعقود المدنية.

---

[1]– بن شريف ابتسام أمينة وبن عيسى ليلى، المرجع السابق ذكره، ص ب.

[2]– عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار إحياء التراث ، بيروت، لبنان، 1976، ص 105.

[3]– ذبيح ميلود، محاضرات في مقياس طرق الإثبات والتنفيذ في القانون الجزائري، لطلبة الثالثة قانون خاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019، ص04.

[4]– المادة: 1317 ق م ف في قولها: الورقة الرسمية هي التي تلقاها، وفقا للأوضاع الشكلية المطلوبة، موظف عام له حق التوثيق في الجهة التي كتبت فيها الورقة.

ونلاحظ أولا: حجيته لأشخاص العقد وللغير، ثانيا: حجيته كقوة تنفيذية (سند تنفيذي)، وثالثا: حجية صور المحررات الرسمية.

وفي **المطلب الثاني:** ما يقوم مقام المحرر الرسمي في الإثبات كاستثناء.

المطلب الأول: حجية المحرر الرسمي كأصل للإثبات

إن المحرر إذا خلص له الصفة الرسمية كما سبق ذكره، تحصن وأعتبر حجة بما فيه على الأطراف وورثهما، وخلفهما والغير، وهذا بنص م 324 مكرر–5 ق م بقولها: يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن، والملاحظ أنها نقل حرفي للمادة 1319 ق م الفرنسي، لذلك فهي حجة لما دُون فيها لذلك نميز نوعين من الحجة كما يلي:

أولا: حجية المحرر الرسمي لأشخاص العقد والغير

وتنشأ هذه الحجية أساسا من الثقة المفترضة في الموظف العمومي المؤهل والمختص، ونميز:

1) حجية المحررات الرسمية بين أطراف العقد وما يقدمونه من بيانات ومعلومات يحررها الضابط العمومي فتصبح رسمية.

أ– لذلك هناك معلومات بمعرفة وحضور هذا الضابط العمومي وتحريرها في حدود سلطته وصفته، وذلك كإثبات هوية وصفة أطراف العقد، وهوية الشهود وتواقيعهم على تلك البيانات واقرارهم بها، وهذا ما جاء في المادة 324 مكرر–2 ق م بقولها: توقيع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء، ويؤشر الضابط العمومي على ذلك آخر العقد، وإذا كان بين الأطراف والشهود من لا يعرف أو يستطيع التوقيع بين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر، وهو نفس مضمون

المادة 11 من قانون الإثبات المصري بقولها: أن المحررات الرسمية تعتبر حجة، ليست على الأطراف فقط، بل وخلفهم العام والخاص، وإنما تمتد لتشمل الناس كافة بما دون فيها من أمور وفق الأوضاع المنصوص عليها قانونا، ومنه فهذه الحجية قاصرة على ما دون فيها من أمور باشرها الموظف بنفسه في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وتبقى لهذه الورقة حجيتها ومن أراد أن يدحض ما جاء فيها، فليس أمامه سبيل إلا الطعن بالتزوير[1].

وهذه المحررات السابقة الذكر يفترض صحتها نظرا لمكانة وأمانة الموظف العام، وجعل لها طريقا معقدا لدحضها وهو طريق الطعن بالتزوير[2]، وهذا ما أقرته المحكمة العليا بقولها: من الثابت قانونا وقضاء أنه إذا كان العقد الرسمي قوة اثباتية حتى يطعن فيه بالتزوير، فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه، فإن المعلومات الأخرى التي أعطاها الأطراف تكون لها قوة اثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي[3].

ب- وهناك بيانات ومعلومات يتلقاها الضابط العمومي وهو ما يصدر عن ذوي الشأن ويقرون به أمامه وبحضوره، وعمله هو تدوين ما أقر له دون المماس بصحة مضمونها ومنه فهو يثبتها، ويمكن اثبات عكسها إن لم يثبت الموظف التسليم في لحظتها وذلك بالطرق العادية للإثبات وهو ما جاءت به المادة 324 مكرر-7 ق م بقولها: يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى ولو لم يعبر فيه إلا على البيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الاجراء.

[1]- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والقضاء، إصدارات كلية الحقوق، جامعة الفيوم، مصر، ص 68.

[2]- نورالدين طماش، المرجع السابق ذكره، ص 34.

[3]- القرار رقم 148561 الصادر بتاريخ 1997/04/30م.

لذلك يمكن الطعن في تلك البيانات بالغلط والتدليس أو الاكراه والصورية وفق القواعد العامة للإثبات وهي تلك البيانات الصادرة من ذوي الشأن والتي دونها الموثق بإقرارهم فقط دون التأكد من صحتها، فليس من مهمته البحث في ذلك واثباته وفق م 324 مكرر–5 ق م في قولها السابق الذكر.

2) حجية المحررات الرسمية اتجاه الغير:

لقد رأينا أن الحجية ثابتة بين الأطراف أو الغير في نص م 324 مكرر–6 ق م السابقة الذكر ونستخلص منها، أنه لكل شخص أن يرى في حقه التصرف القانوني التي تثبته الورقة، ويحتج بها عليهم ولا يكون أمام هذا الغير الذي له مصلحة في اثبات عكس ما ورد فيها إلا الطعن فيها بالتزوير، وذلك بالبينة على البيان المحررات الرسمية تعتبر حجة، ليست على الأطراف فقط، وبل وخلفهم العام والخاص، وإنما تمتد لتشمل الناس كافة بما دون فيها دون فيها من أمور وفق الأوضاع المنصوص عليها قانونا، ومنه فهذه الحجية قاصرة على ما دون فيها من أمور باشرها الموظف بنفسه في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، وتبقى لهذه الورقة حجيتها ومن أراد أن يدحض ما جاء فيها، فليس أمامه سبيل إلا الطعن بالتزوير التي قام بها الموظف بتزويرها على أساس أنه عاينها أو تحقق من صحتها بنفسه كما سبق ذكره[1] وأما ما أورده ذوي الشأن ولم يقم الموثق بالتحقق منها ومن صحتها فيمكن للغير اثبات عكسها بطرق الاثبات العامة، ومثاله أن المشتري للعين المؤجرة يمكن الطعن في المخالصة الصادرة من المؤجر إلى المستأجر بالصورية على النحو الذي قدمناه، كما يستطيع البائع أن

[1]– نورالدين طماش، المرجع السابق ذكره، ص 38 بالتصرف.

يطعن فيها بالغلط أو التدليس أو بالإكراه أو بنقض الأهلية[1]، أو يعتبر ذلك من العيوب التي تشوب التصرف القانوني، وهذا ما أقرته المحكمة العليا لعام 2000م[2].

ثانيا: حجية المحرر الرسمية كقوة تنفيذية (كسند تنفيذي)

وهو ما نجده في م 600 ف 11 من ق إ م إ: أي إن العقود التوثيقية التي حررها الموثق المؤهل والمختص[3] تحوز على حجيته لا تقبل مواجهتها إلا عن طريق الدفع بالتزوير، ولذلك فهي تتمتع بنفس القوة التنفيذية الممنوحة للأحكام القضائية، كما تخول حائزها سلطة تنفيذية دون حاجته للجوء للقضاء، بما يسمح بتفسير القرينة الرسمية التي تتمتع بها الورقة، ويضفي عليها ظاهرا يدل على صحتها ويوحي بالثقة فيها والاطمئنان[4].

وهذا ما أقرته المحكمة العليا بقولها: عقد الرهن العقاري التوثيقي الممهور بالصيغة التنفيذية، سند تنفيذي له قوة الحكم النهائي[5].

إضافة إلى تأكيدها لذلك في قولها: لا يمكن اخضاع الوثائق الرسمية المحررة لدى الموثق (ضابط عمومي) للتحقيق (شهادة الشهود) لتمتعها بالحجية حتى يثبت تزويرها[6].

---

[1]– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ذكره، ص 157.

[2]– القرار رقم 190514 الصادر بتاريخ 2000/03/29م بقولها: "إذا كانت حجية الورقة الرسمية الاثبات، هي حجية على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير معا"، المجلة القضائية لسنة 2000م، العدد رقم 01، ص 154.

[3]– وفق المادة 03 من القانون 02/06 التي عرفت الموثق.

[4]– ذبيح ميلود، المرجع السابق ذكره، ص 11.

[5]– القرار رقم 0947037، الصادر بتاريخ 2014م، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لعام 2014م.

[6]– القرار رقم 698894، الصادر بتاريخ 2012/02/09م.

ومنه فصاحب العقد التوثيقي (السند التنفيذي) المتضمن القرض البنكي يعفى من اللجوء إلى القضاء لإثبات حقوقه، يسمح العقد التوثيقي الممهور بالصيغة التنفيذية بالقيام بالتنفيذ الجبري[1]؛

وللتذكير فالمادة 600 ف 11 ق إ م إ تقابلها المادة 280 ف2 من قانون المرافعات المصري[2].

ثالثا: حجية صور المحرر الرسمي

إن المحرر الرسمي كما سبق ذكره حجة مطلقة فيما بين أطرافه أو الغير ولا يطعن فيه إلا بالتزوير، وفي بعض الحالات الطعن بالبطلان بالنسبة للبيانات الغير جوهرية أو التي تخص الموظف المختص ومنه فالأوراق والمحررات التي يحتفظ بها الموثق أو الموظف العام نوعان كما يلي:

1) **محررات الموثقين:** إن الموثق يحتفظ بنوعين من المحررات الرسمية أو أصولها[3].

أ- الأصول التي يحتفظ بها الموثق في مكتبه وتحت مسؤوليته وهذا طبقا للمادة 6 ف 4 من قانون 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988، المتضمن التوثيق[4].

---

[1]- القرار رقم 752352 الصادر بتاريخ 2013م، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني لعام 2013م.

[2]- م: 600 ف 11 ق إ م إ تنص على أن: لا يجوز التنفيذ الجبري إلا بسند تنفيذين والسندات التنفيذية هي:...11، العقود التوثيقية، لاسيما المتعلقة بالإيجارات التجارية والسكنية المحددة المدة، وعقود القرض والعارية والهبة والوقف والبيع والرهن والوديعة، وتقابلها المادة 280 ف2 من قانون المرافعات المصري بعنوان القوة التنفيذية للأوراق الرسمي، للمزيد طالع: نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ذكره، ص 68.

[3]- مسكين أمال زهرة، المرجع السابق ذكره، ص 36 بالتصرف.

[4]- القانون 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988م يتضمن مهنة التوثيق، ح ر العدد 18 صادرة في 1988/07/13 (ملغى).

ب- أصول أخرى يحررها ويصادق عليها، ولكنه لا يحتفظ بها، وإنما يسلمها لذوي الشأن مباشرة (كالوكالات البسيطة، وعقود الوصية، أو الهبة أو غيرهما)[1].

لكن عمليا الموثق يحتفظ بأصلها على سبيل الاحتياط والاحتراز من التلاعب بها أو التزوير من أحد أطرافها أو من له مصلحة في ذلك وفق نص م 11 من قانون 02/06.

2) محررات الموظف أو الضابط العمومي:

وهي تلك البينات المقيدة في الفهارس والسجلات العمومية سواء يكون ممسكا لها أو محتفظا بها، وهي تخضع وجوبا للقيد في سجلات يومية وفهارس لعقود مرقمة ومؤشرة من طرف رئيس المحكمة المختصة بنص م 326 مكرر-1 ق م، واعتبرت البيانات الواردة فيها كبداية ثبوت الكتابة، وقيدتها بشرطين اثنين:

- أن يثبت فقدان جميع الأصول للوثائق لتلك السنة التي يبدو أن السند المحتج به قد حرر خلالها، أو يثبت فقدان أصل هذا السند كان نتيجة حادث خاص من نص م 326 مكرر-1.
- أن يكون للموثق فهرس قانوني منظم يتضمن البيان أن العقد المراج الاحتجاج به قد حرر فعلا في نفس التاريخ المدعى بتحريره[2].

فلقد جاءت م 325 ق م بقولها: إذا كان أصل الورقة الرسمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

[1]- القرار رقم 0944389 الصادر بتاريخ 2015/09/10م، بقولها: لا يعتد بالصلح الذي يقع أمام الخبير، إلا إذا قام هذا الأخير بتدوينه في محضر يوقع عليه أطراف النزاع مع الخبير، يرفق بتقرير الخبرة ولا يمكن للخضم.

[2]- مسكين أمال زهرة، المرجع السابق ذكره، ص 41.

وهذا ما أقرته كذلك المحكمة العليا في قولها: يفترض في الصورة للعقد الرسمي أنها مطابقة للأصل، ولا يمكن لقضاة الموضوع استبعادها بدون مبرر، ما دام لم ينازع في مدى مطابقتها للأصل أحد أطراف النزاع[1].

وتنص في نفس الاتجاه المادة 326 ق م بقولها: إذا لم يوجد أصل الورقة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي :

- يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.
- ويكون للصور المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.
- أما ما يؤخذ من الصورة الرسمية للصورة المأخوذة من النسخ الأول فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف.

من المادتين السابقتين نلاحظ أنه:

1) في حالة وجود الأصل التوثيقي للصورة الرسمية تكون هذه الأخيرة ذات حجية بشرطين أولهما: أن يكون أصل لسند موجودا، وثانيهما أن تكون صور السند مطابقة للأصل تماما.

فبتوفر هذين الشرطين تصبح هذه الصور للسند الرسمي نفس قيمة الأصل وقوته الثبوتية تماما.

[1]- القرار رقم 1230139 الصادر في 2020/1/16م، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول لسنة 2020م.

ويستوي في ذلك أن تكون الصورة فوتوغرافية أو خطية(1)، وكذلك تلك الصور المنقولة عن الأصل مباشرة أو صور أخذت من الأصل بواسطة موظف مختص ما دام أنها رسمية ومطابقة للأصل.

2) **في حالة عدم وجود الأصل التوثيقي:** وهناك ثلاثة صور هي:

- **حالة الصورة الرسمية الأصلية المأخوذة من الأصل:** وهي ما تنقل عن الأصل مباشرة بواسطة موثق سواء كانت صورة تنفيذية أو غير تنفيذية ولها نفس حجية المحرر الرسمي متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.
- **حالة الصورة الرسمية مأخوذة عن الصورة الرسمية للأصل:** وهي تلك الصور الرسمية ولم تنقل مباشرة عن الأصل، بل نقلت عن صورة رسمية لهذا الأصل، وتكون لها نفس حجية الصورة الأصلية ومطابقة لها ما لم يحدث نزاع من أحد أطرافها، وحالة المنازعة أوجب المشرع مراجعتها على الصورة الأصلية.

إذ ذهب الأستاذ أحمد نشأت والأستاذ السنهوري إلى اعتبار أن ما يؤخذ من صور للصور المأخوذة من الصورة الأصلية لا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس، عكس الأستاذ سليمان مرقس الذي يرى بأنها بمثابة الصورة الأصلية الرسمية المفقودة واجراء حكم الفقرة الأولى عليها[2].

- **حالة صور الصورة الرسمية المأخوذة عن الصورة الرسمية:** وهي ما تنقل عن صور رسمية غير أصلية كمثال صور ثالثة عن الأصل، فإن هذه الصور لا تتمتع بالحجية بل يؤخذ بها على سبيل الاستئناس فقط.

---

[1]– مردود نعيمة، السندات المحررة من قبل الموثق، مذكرة نيل شهادة الماستر، عقود ومسؤولية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014–2015، ص 40.

[2]– مردود نعيمة، المرجع نفسه، ص 43 بالتصرف.

فالفرق بين الصورة والأصل لابد لنا من معرفته باختصار:

أن الأصل يحمل التوقيعات وهي التي تعتبر من صنع الموثق، أما الصورة فلا تحمل تلك التوقيعات، بل هي صادرة من موثق في حدود ما هي منقولة عن الأصل بواسطته، أو بواسطة موظف تابع له ومنه فهي ورقة رسمية محدودة كونها صورة وليس أصل وتختلف حجيتها كما رأيناها سابقا(1).

علما أن النسخ العادية هي المستخرج من الأصل ولا تحتوي إمضاء أو ختم الضابط العمومي، وتحتوي على النص الكامل للمحرر الأصلي، وتسلم عادة للأطراف عند الطلب للاستدلال أو الاستظهار للأحكام الصادرة عن المحاكم بنص م 320 ق إ م إ وتسلم لمرة واحدة بناء على طلب الأطراف أو بأمر من رئيس المحكمة من أجل التنفيذ بكل الوسائل بما ذلك الحجز واستعمال القوة العمومية(2).

المطلب الثاني: ما يقوم مقام المحررات الرسمية في الاثبات كاستثناء

كما سبق الإشارة أن المحررات الرسمية هي من أقوى الأدلة الكتابية والتي يحررها الموثق أو الموظف العمومي عامة، وأن هناك محررات وعقود يحررها الأطراف بأنفسهم وفق مبدأ سلطان الإرادة، أو ما حرره موظف خارج مهامه أو صفته وهذا ما يعرف بالمحررات العرفية.

بالإضافة لما أضافه المشرع الوطني في أدلة الاثبات الكتابية في المواد 323 مكرر3 ومكرر1 و327 ق م المحررات الالكترونية والتي قد تقوم مقام المحرر أو العقد الرسمي في

[1]– مسكين أمال زهرة، المرجع السابق الذكر، ص 36.

[2]– مسكين أمال زهرة، المرجع نفسه، ص 40.

الاثبات وهذا وما سنتوسع فيه، أولا المحررات والعقود العرفية كأدوات اثبات في القانون المدني الجزائري وثانيا: المحررات الالكترونية ومدى حجيتها في القانون المدني الجزائري.

تنطلق من (م 323 مكرر: ينتج الاثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أيه علامات...) ومنه:

أولا: المحررات والعقود العرفية كأدوات اثبات في القانون الجزائري

1) المحرر العرفي: هو من أدلة الاثبات الكتابية التي تقوم مقام السندات الرسمية في بعض العقود وبشروط خاصة، نصت المادة 324 ق م على شكل وتعريف العقد الرسمي، ومنه وبصورة المخالفة فالعقد العرفي هو الذي يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلفة بخدمة عامة، ولذلك يعتبر العقد العرفي صادر ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة اصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه وهذا ما جاءت به المادة 327 ق م، وأن العقد الرسمي الذي يعقد بلا كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل ووقع من أطرافه يفقد قرينة الرسمية ويبقى كمحرر عرفي بنص المادة 326 مكرر–2 ق م.

قد تكون تلك المحررات العرفية معدة للإثبات مسبقا فتوقع وجوبا من قبل أطرافها وهنا يطلق عليها السندات العرفية، لكنها لا تكون معدة للإثبات مسبقا ولكنها تستمد حجيتها من القانون كما رأيناها سابقا وارتقى بها لمرتبة الأدلة الكتابية المعدة للإثبات.

وقد تكون تلك المحررات على شكل برقيات أو رسائل أو دفاتر تجارية موقعة من أطرافها، أو أوراق منزلية أو كسند لبراءة الذمة من المدين وهو ما أشارت له المواد 329 و330 ق م، وتختلف حجيتها وقوتها الإثباتية وارتباطها بتوقيع وختم أصحابها لها.

2) شروط المحررات العرفية هي:

أ) الكتابة: كما سبق الإشارة أنه لا شكل لها باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالحاسوب، وسواء كانت باللغة العربية أو لغة أخرى، وهذا بنص م 323 مكرر ق م السابقة الذكر، وتكون الكتابة تدل على الغرض التي أعدت من أجله هذا المحرر.

ب) التوقيع: وهو شرط أساسي وجوهري في السندات العرفية بنص م 327 ق م السالفة الذكر ويكون التوقيع باليد أو بالختم أو ببصمة الأصابع أو بأية وسيلة تدل على ذلك، وأضاف المشرع كذلك في نفس المادة السابقة الذكر الفقرة الأخيرة منها أنه يعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في نص م 323 مكرر–1، وهو صيغة صريحة وجديدة في القانون المدني الجزائري وهي أنه يعتد بالتوقيع الالكتروني الذي يمكن أن يحدد الشخص المنسوب إليه بصورة قاطعة ويجب أن يتم حفظه بطريقة تضمن سلامته، ومنه نستنتج أن التوقيع ذو طابع شخصي لا يكن نسبه لأخر مطلقا، فالتوقيع هو ما يعطي للمحررات العرفية قوة اثباتية كبيرة.

ت) التاريخ: ليس من الشروط الجوهرية فيه كأصل عام، وكاستثناء يعتد بالتاريخ الثابت للاحتجاج بالسند العرفي اتجاه الغير، رغم أنه يتوجب في بعض السندات العرفية كالسفتجة والسند لأمر، والشيكات وهذا ما أقرته المحكمة العليا: أنه لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا بتاريخ[1].

3) أنواع المحررات العرفية: قد تختلف هذه المحررات بسبب الشخص المحرر لها إلى:

– **محررات عرفية عادية** وهي التي يحررها الأطراف فقط بوجودهم وإمضائهم وهي لا يعتد بها إلا بعدم انكارها من أطرافها وبتوقيعهم عليها.

[1]– القرار رقم 45658 الصادر في تاريخ 1987/12/07م، المجلة القضائية سنة 1990 العدد الرابع، ص 61.

- **محررات عرفية توثيقية** وهي ما يحررها الضابط العمومي المؤهل والمختص لكنه لم يشهره أو يقيده بشكل نص عليه القانون ومثاله عقد اللفيف فهو عقد محرر من طرف الموثق ويثبت فيه تصريحات الأطراف والشهود فقط، وهذا ما أقرته المحكمة العليا [1].

- وقد تختلف إن كانت معدة للإثبات أو غير معدة لذلك وسبق الاشارة إليها سابقا بسبب وجود أو عدم وجود توقيع عليها، وكذلك بالاعتراف المنسوب لأصحاب التوقيع أو رفضهم له هذا بالإضافة لوجود تاريخ ثابت عليها أو عدم وجوده، هذا بالإضافة لتحرير بعض العقود العرفية على شكل نماذج واستمارات أو مطبوعات خاصة تلك التي تحررها المؤسسات كمثال لنموذج شركات التأمينات وغيرها، أو الأوراق التجارية النموذجية كالسفتجة والشيك بنص المواد 329-332 ق م.

4) حجية المحررات العرفية كسند للإثبات:

كما سبق الإشارة في م 327 ق م أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع بصمة اصبعه عليه وما لم ينكره صراحة أما الورثة أو الخلف فلا يطلب منهم الانكار بل اليمن أنهم لا يعلمون أن الخط أو الامضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه الحق وهذا ما أقرته المحكمة العليا بقولها: من المقرر قانونا أن يعتبر العقد العرفي صحيحا وصادرا ممن وقعه ما

[1]- القرار رقم 68467 المؤرخ في 1990/10/21، المجلة القضائية، العدد 01، لعام 1990، ص 84، وبقولها:"...ومن المقرر أيضا أن اللفيف هو عقد عرفي يحرر أمام الموثق يثبت فيه تصريحات الأطراف والشهود فقط، ولما كان من الثابت في قضية الحال أن كلا من العقدين المقدمين للمحكمة عرفيين وأن قضاة الموضوع بأخذهم باللفيف واعتباره عقد رسمي دون توفره على الشروط القانونية فقد خرقوا القانون".

لم ينكر هذا الأخير ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء[1]. وفي قرارها السابق لعام 1985م[2].

يثبت للسندات العرفية ولكتابتها الحجية على من صدرت منه المادة 327 ق م، كما تكمن حجيتها أيضا في صدق البيانات المدونة فيها، ما لم ينكر أحد الطرفين صدورها عنه م 328 ق م وبالتالي فالبيانات المكتوبة صحيحة إلى غاية اثبات العكس بطرق الإثبات العادية[3].

لكن تبقى قوتها الثبوتية أقل قوة وثقة من الكتابة في المحررات الرسمية لكن لها مكانتها الخاصة ولو جاز دحض وصحة ما ورد فيها بإثبات العكس فقط هذا من الناحية الأولى.

أما من الناحية الأخرى فلا يكون لها قوة تنفيذية مطلقا عكس المحررات الرسمية التي جاز للأطراف استخراج نسختها التنفيذية، وتلك المحررات العرفية لا تكون قابلة للتنفيذ إلا إذا صدر حكم قضائي بذلك.

ثانيا: المحررات الالكترونية ومدى حجيتها في القانون المدني الجزائري

إن التطور السريع للفكر البشري عجل بتطور علاقاته وتصرفاته القانونية وأشكال إخراجها للواقع العملي، وزادت التكنولوجيا من تلك العلاقات والمبادلات، ولما كانت الكتابة الالكترونية

[1]– القرار رقم 85535 الصادر بتاريخ 1992/05/27م، المجلة القضائية رقم 03 الصادرة العام 1994م.

[2]– القرار رقم 33054 الصادر في 1985/02/06م بقولها: من المقرر قانونا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء، اما ورثته أو خلفه فيكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون بأن الخط أو الامضاء هو لمن تلقوا من الحق، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون.

[3]– يوسف يحياوي، المرجع السابق ذكره، ص 33.

مسألة جديدة في مجال الاثبات[1]، قطعت معظم دول العالم شوطا كبيرا في تقنين وتنظيم هذه العقود الالكترونية، فالمشرع الجزائري اعتمد لأول مرة وبصفة صريحة على الكتابة الالكترونية في نص م 323 مكرر–1 بقوله: يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، والملاحظ أن هذه المادة الجديدة التي أضيفت بالقانون (10/05) المعدل للقانون المدني، قد أكدت على حجية هذه الكتابة الالكترونية، بعد أن وسعت المادة 323 مكرر من مفهوم الإثبات بالكتابة الالكترونية، والتي تكون بنصها تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز...مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق ارسالها وهذا ما يقابلها في م 01 من قانون التوقيع الالكتروني المصري[2].

1) **شروط المحررات الالكترونية:** نختصر شروطها كما يلي لكي يثبت لها الحجية:

أ– **الكتابة:** وهي تلك الكتابة المقروءة والواضحة والتي تدل على مضمون التصرف القانوني وعلى دعامة الكترونية تضمن الاستمرارية وتخول للأطراف الرجوع إليها عند الضرورة، وعدم قابلية هذه الكتابة للتعديل، وذلك لإضفاء عنصر الثقة على ما هو مدون بالمحرر الكتابي والتي هي صفة أساسية في المحرر الالكتروني والتي تتنوع هذه الدعامات لنوعين أحدهما دائمة والأخرى غير دائمة، فالأولى تتمثل في التسجيل أو القيد المغناطيسي مثل الشرائط الممغنطة

[1]– يوسف يحياوي، المرجع نفسه، ص 35.

[2]– المادة 01 من القانون رقم 15 لسنة 2004م من قانون التوقيع الالكتروني المصري بقولها: يقصد بالكتابة الالكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية، أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطى دلالة قابلة للإدراك.

والأسطوانات الممغنطة وغيرها من مخرجات الحاسب الآلي التي تقبل الاستعمال المكرر حيث يمكن محوه وإعادة كتابة شيء أخر دون ترك أي أثر مادي يمكن ملاحظته[1].

ب-ضوابط فنية: لابد من ضوابط فنية وتقنية مع مراعاة الشروط القانونية لتكتسب هذه الكتابة حجية الاثبات ونختصرها كما يلي:

- وجود نظام الكتروني لحفظ الكتابات والمحررات الالكترونية أو الرسمية أو العرفية، مع إمكانية تحديد تاريخ ووقت هذه الانشاءات وتحت سيطرة الطرف المنشأ لهذه المحررات.

- إمكانية تحديد مصدر انشاء هذه المحررات تقنيا، وتحديد الوسائط المتاحة في ذلك وإمكانية الرجوع الدوري لها عند الحاجة إليها بدون تغير أو دون واسطة لذلك.

- التحقق فنيا وتقنيا من عدم التدخل البشري الكلي أو الجزئي في الانشاء و الإصدار لتلك المحررات وعدم التدخل بالحذف أو بالإضافة على ما هو موجود.

ت-التوقيع الالكتروني:

هو إجراء آمن يسمح بتحديد هوية الموقع، ويضمن وجود علاقة بين التصرف والموقع[2] وبذلك هو: هو ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إرشادات، أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره[3].

[1]- بريزة شفية، المرجع السابق ذكره، ص 21- 22 بالتصرف.

[2]- المادة رقم 1316 ف4 من القانون المدني الفرنسي المضافة للقانون رقم 230 لسنة 2000م.

[3]- المادة رقم 01 من القانون رقم 15 لسنة 2004م، من قانون التوقيع الالكتروني المصري.

وقد يكون أيضا: حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني ملحق أو مرتبط منطقيا برسالة الكترونية، وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة[1].

أما المشرع الوطني الجزائري فعرفه بقوله: هو بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة للتوثيق[2].

وللتوقيع الالكتروني عدة صور حديثة أهمها [3]: التوقيع بالاسم في المحرر الالكتروني، والتوقيع باستخدام صورة الكترونية للتوقيع الكتابي التقليدي، والتوقيع المبني على التكنولوجيا البيومترية، وتكنولوجيا الرقم السري، وأخيرا ذلك القائم على تكنولوجيا التشفير، أو ما يسمى بالتوقيع الرقمي، ولا شك أن لكل تقنية من هذه التقنيات درجة من الدقة والثقة والأمان القانوني تختلف عن الأخرى، وهو ما ينعكس في النهاية عن القيمة القانونية للتوقيع الناجم عنها.

ث-التوثيق الالكتروني: وهي من المقومات المستحدثة للمحررات الالكتروني وهو ذلك الوسيط أو الطرف الثالث في العقد أو المحرر الالكتروني، الذي ينشأ أدلة آمنة للتوقيع الالكتروني تكون تحت سيطرة الموقع وحده، فضلا عن ارتباطها بالكتابة الالكترونية برابطة لا تقبل التجزئة، ويصعب اختراقها أو التلاعب في مضمون الكتابة التي تعلوها منذ نشأتها إلى اللحظة التي يرد فيها للمتعاملين[4] ويطلق عليه عدة تسميات بحسب كل تشريع فهذا الوسط قد

[1]- المادة رقم 02 ف 13 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي بتاريخ 12 فبراير 2002م.

[2]- المادة 1 ف2 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01م المحدد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكتروني، ج ر 06- ص 07.

[3]- مصطفى أبو منذر موسى، مفهوم المحرر الالكتروني المعد للإثبات دراسة مقارنة مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 60 أغسطس 2016م. ص 60.

[4]- مصطفى أبو منذر موسى، المرجع نفسه، ص 65 بالتصرف.

يكون مزودي خدمات المصادقة الالكترونية[1]، أو مراقبي خدمات التوثيق[2]، أو جهات التوثيق الالكتروني[3]،أو جهات إصدار شهادات التوثيق[4]، وهي ما تعرف بجهات التصديق أو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في القانون الجزائري[5].

2) حجية المحررات الالكترونية في الاثبات:

بعد اختيار الموقع للتوقيع الكتروني الخاص به وإنشاء بيانات التوقيع المتربطة به، فإن الامر لا يتوقف عند هذا الحد، بل ولكي تتوافر الثقة بين الأطراف يستلزم وجود طرف ثالث محايد عمل على التحقق من صحة التوقيع الالكتروني ونسبته للموقع واعطائه القوة الثبوتية [6] التي أقرتها مختلف التشريعات العالمية والعربية، لكن لا بد لنا الإشارة إلى اختلاف المحررات الالكترونية إلى محررات عادية، وهي التي بين الأفراد كالمراسلات والبرقيات الالكترونية وغيرها أما المحررات الرسمية الالكترونية والتي تكون عبارة عن المحررات الرسمية أو العقود الرسمية الكتابية والتي تحول إلى صيغ الكترونية بحسب طبيعة كل عقد وبحسب أطرافه مع جهات الدولة العمومية، أو العقود التي أخضعها القانون للرسمية كعقود البيوع العقارية، إن باستيفاء المحررات الرسمية الالكترونية لكل المراحل السابق ذكرها، ذات حجية وقبول في مجال الاثبات وذلك ما جاء به المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر–1 ق م السابقة الذكر، وهذا بالإضافة

[1]– الاسم ورد في القانون التونسي للمبادلات والتجارة الالكترونية القانون رقم 83، لسنة 2000م.

[2]– الاسم ورد في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 02 لسنة 2000م.

[3]– الاسم ورد في قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 109لسنة 2005م.

[4]– الاسم ورد في قانون المعاملات الالكترونية للملكة الأردنية الهاشمية.

[5]– بحسب المادة 02 الفقرات 12 و13 الخاصتين بجهات التصديق للفرع الحكومي والموجهة للجمهور من القانون 15–04 المحدد للقواعد العامة للتوقيع للتصديق الالكتروني.

[6]– فضيلة يسعد، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 52، تاريخ ديسمبر 2019م، ص 07.

كما ذكرنا سابقا المادة 323 مكرر ق م الجديدة التي جعلت من الكتابة حجة، مهما كان نوعها أو وسيلتها، والمادة 327 ق م المعدلة وذلك في فقرتها رقم 02 بقولها: ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه، وما نستخلصه من هذه المواد أن الكتابة في الشكل الالكتروني عموما تكافئ الكتابة العادية الورقية، ولكن بشرط التأكد من هوية مصدرها في حدود علمه، واختصاصه وأهليته، ولا يكون ذلك إلا بختم أو بصم أو الامضاء والتوقيع على ذلك المحرر مهما كانت أساليبه أو شكله المستوفية شروطه القانونية.

علما أننا نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 327 ق م المذكورة أعلاه، قد ساوت وبطريقة غير مباشرة بين المحرر والكتابة الالكترونية والمحرر العرفي.

وهنا يطرح عدة علامات استفهام حول هذا الوصف فهل هو يساويه من حيث الاثبات، أم من حيث حجية الامضاء نظرا للفقرة الأولى من نفس المادة.

بالإضافة لكون المشرع الجزائري كذلك قصر في توضيح أنواع الكتابة وجعل محتوى المادة 323 مكرر ق م فضفاضا ويحتمل التأويل ويتسع لعدة أفكار ليس لنا متسع لمناقشتها هنا.

إن معظم التشريعات العربية والعالمية أخذت بمبدأ حجية المحررات والكتابة الالكترونية في الاثبات ومنها:

المادة 15 من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004م بقولها: إن الكتابة والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفق الضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

بالإضافة للمادة 17 مكرر من قانون الاثبات الاتحادي بالإمارات والمضافة بالقانون رقم 36 لسنة 2006 م: الكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية والسجلات، والمستندات الالكترونية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام هذا القانون، متى استوفت الشروط والأحكام المقررة في أن قانون المعاملات والتجارة الالكترونية.

ونجد دليل الحجية في القانون المدني الفرنسي في المادة 1316 بقولها: أن الكتابة في الشكل الالكتروني تقبل في الاثبات، شأنها في ذلك شأن الكتابة على دعامة ورقية، طالما أنها تعبر تماما عن شخص صدرت عنه من ناحية، وتنشأ وتحفظ في ظروف من شأنها ضمان سلامتها من ناحية ثانية.

خلاصة الفصل الثاني:

نستخلص في نهاية هذا الفصل أن الرسمية القانونية وبكونها شكلا خارجيا يصطبغ به العقد المدني عموما، كان لا بد من التركيز في جانب الكتابة وجانب الموظف الصادرة عنه تلك المحررات، لأنهما طرفا هذه الشكلية وبوجودهما وفق شروط قانونية خاصة نميز بين رسميتين: إحداهما ركن لإنشاء العقد ولصحته ونفاذه بين الأطراف والغير فيبطل العقد بطلانا تاما إذا اختل شرط من شروط وجودهما أو صحتهما، كما رأيناه بحرص المشرع الوطني على تلك الشروط في المادة 324 ق م والتي نقلت حرفيا من المادة 12 من القانون 70-91 ولتصبح المادة 324 مكرر-1 ق م في القانون 88-14 كركن لبعض العقود الخاصة في القانون المدني كعقود العقارات.

والرسمية الأخرى التي تعد ركنا للإثبات فقد ينعقد العقد بشكل غير رسمي، لكنه يكون حجة لأطرافه أو لذوي الشأن في عدة حالات سواء يتحول العقد الرسمي لعقد عرفي بسبب اختلال شرط من شروط انعقاده، أو لسبب أن أطرافه اتفقوا عليه في شكل عقد أو محرر اثبات فقط، وقد أعطى المشرع الوطني نفس القوة الاثباتية للعقود والمحررات الالكترونية التي تحمل توقيع مصدرها ومؤمنة تقنيا وموثقة فنيا، بسبب سهولة التعامل بها وانتشار استعمالها رغم العيوب التي تكتنفها.

ومنه خلصنا أنه لا يمكن الطعن في المحررات الرسمية إلا بالطعن بالتزوير وفق شروط محددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ونظم لها عقوبات في قانون العقوبات وفي حالات قد يطعن فيها بالبطلان لتصرفات غير قانونية من الضابط العمومي الغير المؤهل والغير مختص والعقود العرفية يطعن في بطلانها بطريقة أسهل وذلك بكافة طرق الاثبات.

خاتمة

الخاتمة:

إن مدار بحثنا هذا كان حول الرسمية في العقود عموما، والمدنية على وجه الخصوص، أين حاولنا الإجابة على أهم التساؤلات التي سبق اثارتها.

وقد رأينا في الفصل الأول تعريفات مختلفة للشكلية التي تعتبر السمة الغالبة في العقود الرسمية ورغم كثرة تعاريف الفقهاء إلا أنهم اتفقوا أنها مظهر خارجي يوحي بالثقة والأمان

وبخاصة أنها تعقد بمعرفة وحضور شخص مكلف بها قانونا هو الضابط العمومي، أو الموظف العمومي المؤهل والمختص بتحريرها، وقد عرفنا بهما بطريقة موجزة، وتطرقنا كذلك لتطور الشكلية عبر مختلف الأزمنة والحضارات وكذا الديانات التي كانت الشكلية الدينية سمة غالبة عليها، بهد انتقالها من القانون الروماني والذي يعتبر أصل القوانين الشكلية الحالية، والتي تأثرت فعلا بهذا الاستثناء والذي سعت أغلب التشريعات العالمية والعربية تنظيمه في تلك العقود التي لها أهمية اقتصادية واجتماعية كعقود العقارات والمحلات التجارية وغيرهما.

والمشرع الوطني لم يكن مخالفا لتلك التشريعات حفاظا على الحقوق المكتسبة، وحماية للنظام العام، وحرية التملك، وقد أوردها بحسب طبيعتها في المدونات المدنية أو التجارية أو العقارية، وقام القضاء بتنظيم وتفسير بعضها كمقاربة لتلك التصنيفات.

أما في الفصل الثاني فتطرقنا للزاوية الضيقة من الشكلية الرسمية وذلك ضمن الرسمية كركن في الانعقاد والانشاء، وتتبعنا خصوصيتها كركن قانوني وتنوعها بحسب مصادر انعقادها فقد تكون بقوة القانون، أو تكون بإرادة الأطراف.

واستخلصنا أنه لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، ووفق إجراءات تقاضي محددة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وقد يلحقها البطلان وفق شروط خاصة.

وقد توصلنا أن الإرادة تلعب دورا هاما في جعل الرسمية ركنا للإثبات، وأن المشرع منح المحررات الرسمية قوة ثبوتية متفاوتة على المحررات العرفية والالكترونية التي هي شكل جديد نتج من تطور الحياة التكنولوجية وتنوع التصرفات القانونية، وقد استمدت هذه المحررات الأخيرة مكانة قانونية مهمة بقبولها من المشرعين كأدوات اثبات استثنائية على الأصل الرسمي والتي هي حجة الأطراف والغير وهي قابلة للتنفيذ بدون حكم قضائي.

ولذلك نوصي أخيرا الأفراد المتعاقدين بتدوين معاملاتهم في الوثائق الرسمية حفاظا لحقوقهم وتفاديا لكل نزاع محتمل.

ونوصي كذلك السلطات العمومية، وخاصة في الجزائر من توفير بيئة بشرية، مادية وفنية من أجل الاستفادة المثلى والقصوى في مجال العقود الالكترونية ولا ننسى السلطات التشريعية في استصدار قوانين وتشريعات جديدة في ذلك المجال، لما نسجله من نقص في تلك التنظيمات، وخاصة مع غياب الثقافة الالكترونية بين المتعاملين بها من جهة والمستهلكين من جهة أخرى رغم محاكاتها للتشريعات الغربية، وتضمين قوانين واضحة من ناحية مساواتها الصريحة بالمحررات العرفية من عدمها، هذا السكوت الذي خلق سوء فهم لحقوق والتزامات الأطراف، واستعمال العمل والتجارة الالكترونية بدون قيد رسمي، وهذا ما نسجله في البيوع والمعاملات سواء القانونية أو الغير قانونية على شبكات التواصل الاجتماعي.

وفي الأخير نرجو من أن يكون هذا العمل المتواضع لبنة تساهم في بناء الفكر القانوني في بلادنا رغم ما قد يشوبه من نقص وهو صفة فينا نحن البشر ويكون بداية لمن قد يأتي بعدنا بإذن الله.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

- صحيح البخاري، كتاب البيوع، باب بيع المنابذة، الحديث رقم 2146، صحيح مسلم البيوع، باب ابطال بيع الملامسة والمنابذة، الحديث رقم 1511.

- **القوانين الوضعية:**

- الأمر رقم 02/06 المؤرخ في 21 محرم 1427هـ الموافق ل 20 فبراير 2006م، المتضمن تنظيم مهنة القضاء.

- الأمر رقم 03/06 المؤرخ في 2006/06/15، المتضمن القانون الأساسي للوظيفة العمومية.

- الأمر رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008م، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، نسخة 2007 م.

- الأمر رقم 04/15 المؤرخ في 2015/05/01م، المتضمن القواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكتروني.

- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، نسخة 2007م.

- الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق 26 سبتمبر 1975م، المتضمن القانون التجاري نسخة 2007.

- الأمر رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يوليو 1985م، المتضمن قانون الأسرة المعدل نسخة 2007.

- **المراسيم والأوامر التنفيذية:**

- المرسوم رقم 59/85 المؤرخ في 23 مارس 1985م، المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والادارات العمومية.

- **القرارات القضائية:**

- القرار رقم 0890693 الصادر بتاريخ 2015/01/15.
- القرار رقم 0944389 الصادر بتاريخ 2015/09/10.
- القرار رقم 0971732 الصادر بتاريخ 2016/03/17.
- القرار رقم 0983135 الصادر بتاريخ 1997/02/18.
- القرار رقم 1002784 الصادر بتاريخ 2016/09/21.
- القرار رقم 100924 الصادر بتاريخ 2016/10/13.
- القرار رقم 1033280 الصادر بتاريخ 2018/01/11.
- القرار رقم 1127124 الصادر بتاريخ 2018/07/12.
- القرار رقم 1146866 الصادر بتاريخ 2016/11/10.
- القرار رقم 1150986 الصادر بتاريخ 2018/10/11.
- القرار رقم 1155677 الصادر بتاريخ 2018/11/15.
- القرار رقم 11812262 الصادر بتاريخ 2018/04/19.
- القرار رقم 1181262 الصادر بتاريخ 2018/07/12.
- القرار رقم 1273815 الصادر بتاريخ 2019/09/19.
- القرار رقم 136156 الصادر بتاريخ 1997/02/18 .
- القرار رقم 142806 الصادر بتاريخ 1996/03/26.
- القرار رقم 148561 الصادر بتاريخ 1997/04/30.
- القرار رقم 186433 الصادر بتاريخ 1999/06/16.

- القرار رقم 191706 لصادر بتاريخ 2000/04/11.
- القرار رقم 229397 الصادر بتاريخ 2002/04/24.
- القرار رقم 33054 الصادر في 1985/02/06.
- القرار رقم 41961 الصادر بتاريخ 1987/02/02.
- القرار رقم 698894 الصادر بتاريخ 2012/02/09.

القرار رقم 89198 الصادر بتاريخ 1992/12/06.

- **القوانين الأجنبية:**

- الإنجيل، سفر طوبيا، الاصحاح السابع، نسخة 2004م.
- قانون الاثبات المصري.
- قانون الأحوال الشخصية للمصريين المسيحين، صادر عن وزارة العدالة الانتقالية المصرية، 2014م.
- قانون الالتزامات والعقود الموريتاني، الصادر بالأمر رقم 89-126، المؤرخ في 14 سبتمبر 1989، والمعدل القانون رقم 01-31 الصادر بتاريخ 07 فبراير 2001م.
- قانون التجارة الفلسطيني رقم 02 لسنة 2014م.
- القانون التونسي للمبادلات والتجارة الالكترونية رقم 83، لسنة 2000م.
- القانون القطري رقم 11 صادر في 1436/08/29هـ الموافق لـ 2015/06/16م، ج.ر رقم 13 في 2015/07/07م.
- القانون المدني للجمهورية الفرنسية، نسخة 2022م،

Code civil: Derrière modification 02/03/2022 édition : 02/03/2022.

- قانون المعاملات الالكترونية للملكة الهاشمية.

- القانون رقم 08-39 المتعلق بمدونة الحقوق العينية المغربية، المحرر بالرباط بتاريخ 25 ذي الحجة 1432هـ الموافق لـ 22 نوفمبر 2011م.

- القانون رقم 09 من قانون التوقيع الالكتروني المصري لسنة 2005م.

- القانون رقم 131 الخاص باصدار القانون المدني المصري بتاريخ 09 رمضان 1367هـ الموافق لـ 16 يوليو 1948م، معلن بجريدة الوقائع المصرية، عدد 108 مكرر-أ 1984/07/29م.

- القانون رقم 15 من قانون التوقيع الالكتروني المصري لسنة 2004م.

- القانون رقم 2016-131 بتاريخ 10 فبراير 2016م، المعدل لقانون العقود المدنية الفرنسية، صادر في الجريدة الرسمية الفرنسية بتاريخ 2016/01/11م.

- مجموعة قوانين الكنائس الشرقية، منشورات المركز الفرنسيسكاني للدراسات الشرقية المسيحية، 1995م.

- **المعاجم:**

- ابن منظور أبي الفضل، معجم لسان العرب، المجلد السادس، فصل الشين المعجمة، بيروت.

- معجم المعاني الجامع، معجم (عربي-عربي) الالكتروني، نسخة 2021.

- معجم المعاني الجامع، معجم (عربي-فرنسي) الالكتروني، نسخة 2021.

- **الكتب والمقالات:**

- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط5، 2007.

- توفيق حسنفرج، القانون الروماني، الدار الجامعية، لبنان، 1985م.

- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.

- دليلة فركوس، تاريخ النظم، ج1، النظم القديمة من القرن 32 قبل الميلاد إلى القرن 06 ميلادي، دار الأطلس للنشر، الجزائر، 1993م.
- سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، 1975.
- سمير عبد الستار تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984.
- السيد قطب، في ظلال القرآن، كتاب الكتروني.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، البيع والمقايضة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000م
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ب دار نشر، ط2007.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، آثار الالتزام، ج2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 2000م.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998م.
- علي حميد كاظم شكري، استقرار المعاملات المالية، ب د ن،2006م.
- علي فيلالي، مصدر الالتزامات (النظرية العامة للعقد)، مطبعة الكاهنة، الدويرة، الجزائر، 1997م.
- محمد أحمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنة بأحكام الشريعة والقانون المقارن، ط1، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2003.
- محمد اقبال ياسين المشهداني، الشكلية في القانون والشريعة الإسلامية، كلية القانون بجامعة الأنبار، مدونة القوانين الوضعية لجامعة الأنبار، العراق.
- محمد العموري، العقود الإدارية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، سوريا، 2018م.

- محمد جمال عطيه عيسى، الشكلية القانونية، دراسة مقارنة بين النظم القانونية الوضعية والشريعة الاسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ،1994.

- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، مصادر الالتزام–العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط4، دار الهدى للطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر، 2006–2007.

- محمد نور فرحات، مبادئ القانون(نظرية القانون)، بدون دار نشر، القاهرة، 1982.

- محمود أحمد عابدين، حجية الورقة الرسمية والعرفية، دار الكتاب القانونية، 1994م.

- نبيل إبراهيم سعد، الإثبات في المواد المدنية والتجارية والقضاء، إصدارات كلية الحقوق، جامعة الفيوم، مصر ،ب س ن.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته (نظرية العقد)، كتاب الكتروني.

- **المقالات القانونية:**

- إلياس جوادي، شهادة الشهود وحجتها في اثبات الدعوى الادارية، مجلة الآفاق العلمية، المجلد 13، العدد 03، جامعة الوادي، الجزائري، 2021 م.

- حبيب محمد وبوراس محمد، الاطار القانوني لممارسة الطعن ضد المحررات الرسمية أمام القضاء في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 03، لعام 2021م.

- حورية لشهب، النظام القانوني للعقود التجارية، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 12، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، نوفمبر 2007م.

- خالد أبو طه وأحمد حسينة، الشكلية في العقود التجارية (دراسة تحليلية)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد الثالث عشر، العدد الأول، جامعة ظفار، سلطنة عمان، في 28 أفريل 2020.

- ريم مراحي، الشكلية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية والإنسانية، العدد الخامس عشر، 2020.

- سكماكجي هبة فاطمة الزهراء، عقود التجارة الالكترونية وحجية التوقيع الالكتروني، مقالة بمجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد السابع، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة1، ديسمبر 2019.

- الصالحين محمد العيش، الشكلية في العقود الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية لوقفية الأمير، غازي للفكر القرآني، العدد 16، 2005.

- عبد الرزاق السنهوري، العقد، مجلة القضاء، العدد الأول، السنة الثانية، 1936م.

- فضيلة يسعد، القوة الثبوتية للتوقيع الالكتروني في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 52، المجلد ب، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة1، الجزائر، لعام 2019م.

- مصطفى أبو منذر موسى، مفهوم المحرر الالكتروني المعد للإثبات، دراسة مقارنة مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد 60 أغسطس 2016م.

- هيثم هازان، معالم نظرية العقد عند الإمام أبي حنيفة، مجلة ديانات، جامعة ماردين، أفغانستان، بتاريخ 2020/12/17م.

- **المحاضرات:**

- بن ورزق هشام، محاضرات في تاريخ النظم القانونية، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف2، 2014.

- ذبيح ميلود، محاضرات في مقياس طرق الإثبات والتنفيذ في القانون الجزائري، لطلبة الثالثة قانون خاص، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019-2020م.

- عبد العزيز بوخرص، محاضرات الشركات التجارية (شركات الأموال)، لطلبة السنة الأولى ماستر قانون أعمال، كلية الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة 2021-2022.

- مجيدي فتحي، محاضرات في طرق الاثبات والتنفيذ، موجهة لطلبة السنة ثانية ليسانس، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2010-2011.

- **المذكرات الجامعية:**

1- أطروحات الدكتوراه:

- شيخ سناء، الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011-2012.

- ياسر أحمد كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، أطروحة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، القاهرة، مصر، 1992م.

2-مذكرات الماجيستير والماستر:

- براهيمي سامية، إثبات بيع العقار المملوك ملكية خاصة في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع القانون العقاري، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2007-2008م.

- ثامر مبارك عوض المطيري، تعسف الإدارة في استعمال صلاحياتها في تعديل العقد الإداري، رسالة ماجيستير في القانون العام، كلية الحقوق لجامعة الشرق الأوسط، 2011.

- مرزوقي قدار، اتجاه المشرع الجزائري نحو العقد المدني في الزواج، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، قانون خاص، جامعة بلقايد، وهران، 2012-2013.

- بريزة شفية، الشكلية في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2013-2014.

- بن شريف ابتسام أمينة وبن عيسى ليلى، حجية السندات الرسمية والعرفية في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017-2018.

- بوعزة حورية، الشكلية في العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2020-2021.

- خالي خديجة، مفهوم الموثق وتحديد نطاق مسؤوليته في القانون الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر، تخصص حقوق وحريات، جامعة أحمد دراية، أدرار 2017-2018.

- شلالي مشرية، الشكلية في التصرفات القانونية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2017-2018م.

- طماش نورالدين، الكتابة الرسمية كدليل للإثبات في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة أكلي محمد أولحاج، البويرة، 2015-2016.

- عمارة حكيمة، العقود الإدارية في التشريع الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر، تخصص إدارة عامة، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2017-2018.

- مردود نعيمة، السندات المحررة من قبل الموثق، مذكرة نيل شهادة الماستر، عقود ومسؤولية، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014-2015.

- مسكين آمال زهرة، الاثبات بالكتابة في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر، قانون خاص معمق، جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم، 2017-2018.

- يحياوي يوسف، الشكلية الغير مباشرة وأثرها على فعالية العقود، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص عقود ومسؤولية، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر-1-،2013-2014.

- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2007م.

- **المجلات القضائية:**

- القرار رقم 0854885، الصادر بتاريخ 2014/05/15، مجلة المحكمة العليا، العددالاول، لسنة 2015، ص203.

- القرار رقم 0858132 الصادر بتاريخ 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2014، ص319.

- القرار رقم 0859091، الصادر بتاريخ 2014/07/10، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2015، ص209.

- القرار رقم 0921284، الصادر بتاريخ 2015/06/11، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2015، ص131.

- القرار رقم 0947037، مجلة المحكمة العليا، العددالثاني، لسنة 2014.

- القرار رقم 0967151، الصادر بتاريخ 2016/02/11، مجلة المحكمة العليا، العددالاول، لسنة 2016، ص70.

- القرار رقم 0993777، الصادر بتاريخ 2016/05/12، مجلة المحكمة العليا، العددالاول، لسنة 2016، ص74.

- القرار رقم 1003697، الصادر بتاريخ 2016/09/07، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة 2016، ص236.

- القرار رقم 1016104، الصادر بتاريخ 2016/11/10، مجلة المحكمة العليا، العددالثاني، لسنة 2016، ص81.

- القرار رقم 1023923، الصادر بتاريخ 2016/12/15، مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، لسنة2016، ص138.

- القرار رقم 1043985، الصادر بتاريخ 2016/05/19، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، لسنة 2016، ص60.

- القرار رقم 1230139، الصادر بتاريخ 2020/01/16، مجلة المحكمة العليا، العدد الاول، لسنة 2020.

- القرار رقم 125118 الصادر بتاريخ 1994/09/27، المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1994، ص163.

- القرار رقم 190514 الصادر بتاريخ 2000/03/29، للمجلة القضائية لسنة 2000، العدد الاول، ص 154.

- القرار رقم 222، لمحكمة القضاءالاداري، المغرب، السنة العاشرة، بتاريخ ديسمبر1956.

- القرار رقم 34700 الصادر بتاريخ 1985/06/26، المجلة القضائية، العدد الاول، لسنة 1989، ص57.

- القرار رقم 45658 الصادر بتاريخ 1987/02/07، المجلة القضائية، العددالرابع، لسنة 1990، ص61.

- القرار رقم 68467 الصادر بتاريخ 1990/10/21، المجلة القضائية، العدد الاول، لسنة 1992، ص84.

- القرار رقم 698894 الصادر بتاريخ 2012/02/09، مجلة المحكمة العليا، لسنة 2014، العدد الثاني، ص287.

- القرار رقم 752352، مجلة المحكمة العليا لسنة 2013، العدد الثاني.

- القرار رقم 8535 الصادر بتاريخ 1992/05/27، المجلة القضائية، العدد الثالث، لسنة 1994.

- القرار رقم 95606 الصادر بتاريخ 1993/02/28، المجلة القضائية، العدد الاول، لسنة 1994، ص197.

- **الموقع الالكترونية:**

- www.fythlal alkran foura book.com.pdf.
- www.islamileri.com/kulliy at/fkh.4.hombeli.

فهرس
المحتويات

مقدمة: .....أ

المبحث الأول: مفهوم الرسمية في التعاقدات المدنية 7

المطلب الأول: تعريف الشكلية القانونية.....7

أولا: تعريف الشكْلية لغة: 7

ثالثا: الشكلية في القوانين المعاصرة..... 11

المطلب الثاني: تطور الشكلية عبر التاريخ..... 20

أولا: الشكلية القانونية في العصر القديم والعهد الروماني 20

ثانيا: الشكلية القانونية في ظل الديانة اليهودية والمسيحية..... 23

ثالثا: الشكلية القانونية في ظل الدين الإسلامي..... 25

المبحث الثاني: خصائص الرسمية وأهميتها في ابرام العقود..... 30

المطلب الأول: خصائص الرسمية في ابرام العقود. 30

أولا: شرط الموثق واختصاصه 31

ثانيا: الموظفون والأشخاص المكلفين بخدمة عامة..... 33

ثالثا: الكتابة 33

المطلب الثاني: أهمية الشكلية والرسمية في تنوع العقود وصورها..... 35

أولا: الرسمية في العقود الادارية وصورها 35

ثانيا: الرسمية وأهميتها في العقود التجارية وصورها 39

ثالثا: الرسمية في العقود المدنية وصورها 45

خلاصة الفصل الأول: 48

المبحث الأول: وجوب الرسمية للانعقاد في العقد المدني..... 53

المطلب الأول: الرسمية كركن للانعقاد 54

أولا: في العقود المدنية..... 54

المطلب الثاني: أثر تخلف الرسمية في العقد المدني 60

ثانيا: بطلان العقود الرسمية بسبب أشكال غير جوهرية في العقد وغير مخالفة للنظام العام 62

ثالثا: الطعن بالتزوير في المحررات والعقود الرسمية 62

المبحث الثاني: وجوب الرسمية كركن للإثبات في العقود المدنية 67

المطلب الأول: حجية المحرر الرسمي كأصل للإثبات 68

أولا: حجية المحرر الرسمي لأشخاص العقد والغير 68

ثانيا: حجية المحرر الرسمية كقوة تنفيذية (كسند تنفيذي)..... 71

ثالثا: حجية صور المحرر الرسمي 72

المطلب الثاني: ما يقوم مقام المحررات الرسمية في الاثبات كاستثناء 76

أولا: المحررات والعقود العرفية كأدوات اثبات في القانون الجزائري 77

ثانيا: المحررات الالكترونية ومدى حجيتها في القانون المدني الجزائري..... 80

خلاصة الفصل الثاني: 87

الخاتمة: 88

قائمة المصادر والمراجع 91

الملخص:

الأصل في العقود الرضائية، إن الرسمية هي الاستثناء الذي أقره المشرع في عقود ذات مزايا اقتصادية واجتماعية سماها العقود الرسمية وهي التي تنعقد أمام ضابط عمومي، أو موظف عام وفق إجراءات كتابية وتحريرية، اتفقت أغلب النظم والتشريعات على تبنيها، ولا يمكن دحض حجيتها إلا بالطعن بالتزوير فيها، وقد اختلف الفقهاء في تقسيمها إلى رسمية مباشرة وهي التي تعتبر ركنا في انشاء العقد ولها حجية باتة، وأخرى بمسمى الرسمية غير مباشرة وهي التي تعتبر ركنا في الاثبات وتسمو في ذلك على العقود العرفية التي انتشرت على فترات بين المتعاقدين والمحررات الالكترونية الحديثة العقد بالتقنين وخاصة في الجزائر.

الكلمات المفتاحية: عقود رضائية، العقود الرسمية، ضابط عمومي، الطعن بالتزوير، عقود عرفية، محررات الكترونية.

Summary:
Basically, the contracts are consensual while the official contracts are the exception approved by the legislator in the contracts with economic and social advantages, which he called them official contracts, which are concluded before a public officer or a public official according to written procedures that most regimes and legislations have adopted it, and their authority can only be refuted by appeal for falsification.
Jurists have diverged in its division into direct official contract, which considered as basic element of the establishment of the contract and having a definitive authority, and indirect official contract, which is considered as a cornerstone of the proof and transcends the customary contracts which spread, at intervals, between the contractors, as well as modern electronic documents towards the legislation and in particular in Algeria.
Keywords: consensual contracts - official contracts - public officer - appeal for falsification - customary contracts - electronic documents.