محاضرات الخاصة بطلبة السنة الثانية.

**مقياس القانون المدني *المجموعة ب*

الفصل الأول : مصادر الإلتزام .

للأستاذة : د/ بنت الخوخ مريم.

المحاضرة السادسة: الشكلية في العقود .

الأصل أن المشرع الجزائري قد أخذ بمبدأ الرضائية في جميع العقود وفقا للمادة 59 ق م ، غير أنه نظرا لمساوئ الرضائية و المتمثلة في تسرع المتعاقد دون تقديره للأمور ، فالشكلية كفيلة بحماية المتعاقد و سلامة رضاه و إثبات التصرف الذي أقدم عليه .

و تعرف الشكلية هي إفراغ رضا المتعاقد في شكل معين .

و الشكلية التي يشترطها المشرع في العقود نوعان شكلية مباشرة و شكلية غير مباشرة.

أولا : الشكلية المباشرة : و هي التي تكون ركنا في العقد ، و تسمى بالمباشرة كونها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني ، إذ يترتب على إنعدامها إنعدام التصرف ، و هي بدورها تتمثل في الكتابة و في فعل ما .

1-**فعل ما** : و تكون في العقود العينية فبالنسبة لهذه العقود بالإضافة إلى ركن التراضي و المحل و السبب لإنعقاد العقد لابد من تسليم الشيئ محل العقد لإنعقاده ، إذ يعتبر فعل التسليم شكلية لابد منها لقيام العقد مثل الرهن الحيازي .

2-**الكتابة** : عرف المشرع الكتابة في المادة 323 مكرر ق م ، بأنها حروف و هي الحروف الأبجدية بجميع اللغات، أو أوصاف و هي الرسوم و الأشكال المختلفة ذات الدلالة ، أو الرموز و هي العلامات و الأشكال المعبرة

و هذه الوسائل مذكورة على سبيل المثال و ليس الحصر مثل الإشارة المتداولة عرفا و الإشارات الخاصة بالصم و البكم .

و الكتابة كركن في العقد نوعان كتابة رسمية وكتابة عرفية .

أ- **الكتابة الرسمية** : وفقا للمادة 324 ق م فالعقد الرسمي هو العقد الذي يتولى فيه شخص مؤهل قانونا بتحريره وإثبات ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك في حدود إختصاصه و وفقا للأشكال القانونية .

و بالتالي حتى يكون العقد رسمي لابد من توافر شرط معينة تتعلق بمحرر العقد و بالإختصاص و كذلك بشكل العقد .

- **محرر العقد** : يشترط أن يكون موظف عمومي أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة .

-**الموظف** : وفقا للمادة 4 من الأمر 06-03 المتضمن القانون الأساسي للوظيف العمومي فالموظف هو العامل المرسم الذي يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية ، مثل الأساتذة الجامعيين و القضاة و أعوان الأمن .

-**الضابط العمومي** : هو الشخص الذي يخول له القانون سلطة تصديق و إعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو الوثائق كرئيس البلدية بصفته ضابط الحالة المدنية و الموثق .

- **الشخص المكلف بخدمة عامة** : هم الخواص المكلفون بتسيير بعض المرافق العمومية كالمحضرين و المحامين و الموثقين.

- **الإختصاص** : يشترط في صفة الموظف أو الضابط العمومي الإختصاص الإقليمي و النوعي ، فيجب على الموظف أن يتقيد بحدود سلطته و إختصاصه ، فإذا كانت صلاحياته لا تخول له مباشرة تحرير العقود الرسمية فلا يمكنه القيام بذلك فلا يمكن

للقاضي تحرير عقد زواج ، كما يتقيد بحدود إختصاصه الإقليمي فلا يمكن لرئيس بلدية الجزائر أن يحرر عقد زواج لزوجين بقسنطينة.

- **الأشكال القانونية** : تشترط المادة 324 أن يتم تحرير العقود الرسمية وفقا للأشكال التي يفرضها القانون مثلا يجب أن تتوافر في العقد التوثيقي بيانات معينة .
- **ملاحظة** : إن الإغفال الكلي لهذه الشكلية التي تعد ركنا في العقد تمنع قيامه و يعتبر العقد منعدما ، بينما إغفال بعض الأشكال يفقد العقد ضيغته الرسمية و يصبح وسيلة للإثبات و ليس للإنعقاد وفقا للمادة 326 مكرر 2 ق م .

ب- **الكتابة العرفية** : وفقا للمادة 327 ق م فالعقد العرفي هو العقد الذي يتولى فيه المتعاقدان كتابته و توقيعه .

ثانيا : الشكلية غير المباشرة : تتمثل في مختلف الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بهدف تحقيق أغراض مختلفة ، و سميت بالشكلية غير المباشرة كونها لا تتصل بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر على صحته و لكنها قد تحد من فعاليته و نفاذه و هي تتعلق بمسائل مختلفة منها قواعد الإثبات و الشهر و إجراءات إدارية و جبائية.

1-**قواعد الإثبات** :عكس الوقائع القانونية التي يمكن إثباتها بكافة الطرق ، فإن إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن 100.000 دج يكون بمحرر عرفي أو رسمي وفقا للمادة 333 ق م .

2-**قواعد الشهر** :إذا كان العقد يلزم المتعاقدين فقط دون غيرهما ، فإنه يسري كذلك في حق الغير بحيث يمكن الإحتجاج به في مواجهته و لفائدته ، لذلك ففي حالة إغفال الشهر يؤدي ذلك لعدم ترتيب العقد لأي أثر بين المتعاقدين و قد لا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير.

***وسائل الشهر** : تتم عملية الشهر بوسائل مختلفة تبعا لأهمية التصرف القانوني و منها الشهر العقاري و القيد في السجل التجاري و النشر عن طريق الصحف.

- **الشهر العقاري** :نظم بالأمر 75-74 وفقا للمادة 1 منه أسس المشرع الجزائري السجل العقاري بغرض تحديد الوضعية القانونية للعقارات و تبيان تداول الحقوق العينية ، و بالتالي فالغرض منه هو إعلام الجميع بكل التصرفات التي تتعلق بالعقارات فتلزم المادة 14 منه بشهر جميع العقود الرسمية المنشئة أو الناقلة أو المصرحة أو المعدلة المتعلقة بالملكية العقارية ، إذ تكمن أهمية هذه الإجراءات في جعل العقد نافذا في مواجهة الغير .
- **القيد في السجل العقاري** : و هي تتعلق بالحقوق العينية التبعية الواقعة على العقارات فحتى تكون نافذة لابد من قيد التصرفات القانونية الواردة عليها للقيد في المحافظة العقارية.
- **النشر** : فبعض العقود يشترط فيها المشرع أن يتم نشرها في جريدة الإعلانات القانونية و الجرائد العامة كنشر العقد التأسيسي للشركة و في حالة عدم القيام بهذا الإجراء فإن العقد لا يكون نافذا في مواجهة الغير .

3-**الإجراءات الإدارية و الجبائية** : و تتمثل في الترخيص المسبق و التصريح الإجباري و التسجيل لدى المصالح المختصة.

- **الترخيص المسبق** : ففي بعض الأحيان تتطلب بعض المعاملات لنفاذها الحصول على ترخيص مسبق من جهة معينة لإستكمالها وجعلها نافذة في مواجهة الغير مثل الحصول على إعتماد .
- **التصريح الإجباري** : يتمثل في إلزام المتعاقدين بالتصريح بالعقد الذي تم إبرامه لدى المصالح المختصة حتى تتمكن من مراقبة العملية مثل إلزام صاحب العمل

في القطاع الخاص بالتصريح عند إستعماله لليد الأجنبية وفقا للمادة 3/133 من الأمر 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص.

- **التسجيل** : وفقا للأمر 76-105 المتضمن قانون التسجيل فجميع العقود التوثيقية الناقلة للملكية ، الوصية ، عقود الشركات و كذلك العقود العرفية تخضع للتسجيل ، بحيث يتقدم الأطراف من تلقاء أنفسهم إلى مصلحة من المصالح المختصة لإتمام إجراءات التسجيل حتى يثبت تاريخ العقد بالنسبة للعقود العرفية.

و يعتبر التسجيل إجراءا جبائيا إذ يترتب عليه دفع الرسوم المستحقة .