

الشكلية في العقود

بقلم: علي فيلالي

أستاذ محاضر - جامعة الجزائر

قرار مبدأ

نزاع يحتمل الفصل فيه تغيير الاجتهاد القضائي من اختصاص هيئة الغرف
المجتمعة للمحكمة العليا طبقا للمادة 23 من قانون رقم 89-22 المؤرخ في
12-12-1989 يتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وتسييرها. الشكل
الرسمي في عقد بيع محل تجاري ركن من أركان العقد طبقا للمادتين 79 تجاري
و324 مكرر 1 مدني، ويترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

باسم الشعب الجزائري

قرار

في القضية المنشورة:

بين: بن عودة أحمد - المدعي في الطعن والوكيل عنه الأستاذ / باي إبراهيم

فريد المحامي المقبول لدى المحكمة العليا من جهة

وبين: عريس حميد - المدعي عليه في الطعن الغير ممثل من جهة أخرى
ان المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة، في جلستها العلنية المنعقدة بقصر
العدالة بالجزائر.

وبعد المداولة وفقا للقانون أصدرت القرار الآتي نصه.

بناء على المواد 231، 233، 239 وما يليها من قانون الاجراءات المدنية.
بعد الاطلاع على القانون المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات
المحكمة العليا وتنظيمها وسيرها، المعدل والمتمم.
بعد الاطلاع على تقرير وتوصيات الغرفة المختلطة للمحكمة العليا بتاريخ 21
ماي 1996.

بعد الاطلاع على جدول إرسال السيد الرئيس الأول للمحكمة العليا بتاريخ
30 سبتمبر 1996 تحت رقم 96/939 المتضمن انعقاد الغرف المجتمعة
للمحكمة العليا للفصل في القضية الحالية وفقا لمقتضيات المادتين 23 و24 من
القانون المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 والمذكور أعلاه.

بعد الاطلاع على عريضة الطعن بالنقض ومجموع أوراق ملف الدعوى.
بعد الاستماع إلى السيد حسان بوعروج رئيس غرفة بالمحكمة العليا في تلاوة
تقريره وإلى المحامي العام السيد اسماعيل باليط في طلباته الرامية إلى نقض
القرار المنتقد.

- حيث أن المسمى بن عودة أحمد طعن بطريق النقض بتاريخ 29 أكتوبر
1994 في القرار الصادر عن مجلس قضاء معسكر في 3 ماي 1994 القاضي
- بعد إلغاء الحكم الأول الصادر عن محكمة المحمدية في 10 ماي 1992 -

بالاشهاد بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين الطرفين المتنازعين بموجب العقد العرفي المؤرخ في 22 أوت 1988 وبصرفهما أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية مع إلزام الشاري المطعون ضده المسمى عريس حميد بأداته مبلغ يقدر بمائتي وخمسين ألف (250.000) دينار يمثل قيمة الثمن المتبقي وكذا تسعة آلاف (9.000) دينار مقابل مؤخر بدل الإيجار.

- حيث أن الأستاذ فريد باي ابراهيم أودع مذكرة - تدعيما للطعن - تتضمن وجهها واحدا.

- حيث أن المطعون ضده لم يرد رغم صحة التبليغ.

- حيث أن الطعن بالنقض استوفى أوضاعه القانونية فهو مقبول شكلا.

عن الوجه الوحيد: المأخوذ من مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه بدعوى أن عملية بيع محل تجاري تخضع لأحكام المادتين 79 من القانون التجاري و 234 مكرر 1 من القانون المدني وأنه يجب إثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان إلا أن القرار المنتقد رفض الدفع الخاص ببطلان العقد وقضى بصحته.

- حيث أنه يتبين من القرار المطعون فيه أن قضاة الاستئناف اعتبروا أن العقد العرفي المحرر بتاريخ 22 أوت 1989 بين طرفي النزاع والمتضمن بيع قاعدة تجارية من الطاعن بن عودة أحمد إلى المطعون ضده عريس حميد، عقد صحيح مكتمل الشروط الخاصة بوصف البيع وتحديد الثمن وتترتب عليه التزامات شخصية، ونتيجة لذلك، قضوا بصرف الطرفين أمام الموثق لاتمام إجراءات البيع.

- حيث أن قضائهم هذا يخرق أحكام المادتين 79 من القانون التجاري و 324 مكرر 1 من القانون المدني لكونهما تشترطان في كل بيع محل تجاري تحرير عقد رسمي لضمان حقوق الأطراف وكذا حقوق الغير وإلا كان باطلا.

- حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان ذلك العقد.

- حيث أنه إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لأجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام بأجراءات البيع.

وضمن هذه الظروف أنه يتعين على قضاة الموضوع أن يقضوا ببطلان العقد العرفي المتعلق ببيع القاعدة التجارية ويأمرُوا بأرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد وفقا لأحكام المادة 103 من القانون المدني. وبما أن القرار المنتقد لم يراع القواعد القانونية المبينة أعلاه فإنه يستحق النقض.

فلهذه الأسباب:

تقضي المحكمة العليا: بقبول الطعن شكلا وموضوعا وبنقض وإبطال القرار المطعون فيه الصادر عن مجلس قضاء معسكر في 3 ماي 1994 وبإحالة القضية والأطراف على نفس المجلس مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها من جديد وفقا للقانون. وبإبقاء المصاريف على المطعون ضده. وأمرت بتبليغ هذا النص الكامل إلى الجهة القضائية التي أصدرت القرار المطعون فيه يسعى من النائب العام ليكتب بهامش الأصل بواسطة كتابة الضبط.

بهذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ الثامن عشر من شهر فيفري سنة سبعة وتسعين وتسعمائة وألف ميلادية من قبل الغرف المجتمعة للمحكمة العليا...

يتبين من وقائع هذا القرار أن الطاعن بالنقض المدعو بن عودة أحمد باع بموجب عقد عرفي مؤرخ في 22 أوت 1988 محلا تجاريا للمطعون ضده المسمى عريس حميد الذي دفع جزءا من ثمن البيع. وإثر النزاع الذي قام بين الطرفين بشأن صحة عقد البيع الذي لم يفرغ في الشكل الرسمي كما تقتضي ذلك المادتين 79 تجاري و 324 مكرر 1 مدني، قضت محكمة المحمدية، بطلب من البائع، في حكمها الصادر في 10 ماي 1992 ببطلان عقد البيع بسبب تخلف الشكل الرسمي. وعلى إثر استئناف هذا الحكم من طرف المشتري قضى مجلس قضاء معسكر في قراره المؤرخ في 3 ماي 1994 بعد إلغاء الحكم المستأنف فيه، بالاشهاد بصحة بيع المحل التجاري المبرم بين الطرفين بموجب العقد العرفي وأمر بصرف الطرفين أمام الموثق للقيام بإجراءات نقل الملكية مع إلزام المشتري بدفع ما بقي بذمته من قبل ثمن المبيع أي مبلغ 250.000 دج وكذا مبلغ 9.000 دج من قبل مؤخر بدل الايجار. وطعن البائع بالنقض في هذا القرار أمام المحكمة العليا مدعيا مخالفة القانون المطعون فيه مخالفة أحكام المادتين 79 تجاري و 324 مكرر 1 مدني. وفصلت المحكمة العليا في هذا الطعن بالنقض بهيئة الغرف المجتمعة، فأصدرا القرار محل هذا التعليق، والذي أبطل القرار المطعون فيه وأحال الأطراف والقضية على مجلس قضاء معسكر مشكلا من هيئة أخرى للفصل فيها.

يتمثل المشكل القانوني الرئيسي الذي تناولته على التوالي محكمة المحمدية، فمجلس قضاء معسكر، فالمحكمة العليا في تكييف الشكل الرسمي الذي تشترطه المادة 79 تجاري والمادة 324 مكرر 1 مدني. وبعبارة أخرى هل الشكلية الرسمية التي أشارت إليها المادتان السالفتان الذكر هي ركن في العقد، بحيث يترتب على تخلفها انعدام العقد؟ أو هي مجرد وسيلة اثبات؟ أو هي إجراء تنتقل بمقتضاه الملكية بحيث يترتب على تخلف الشكل الرسمي عدم نقل الملكية فقط

ويكون العقد صحيحا؟ في الحقيقة طرح هذا المشكل منذ ما يزيد عن خمسة عشر سنة أي منذ صدور قانون التوثيق سنة 1970 حيث لم يستقر موقف القضاء، وهذا ما يبرر تدخل المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة (1) والتي كيفت الشكل الرسمي الذي تشترطه المادة 324 مكرر 1 على أنه ركن من أركان العقد يترتب على تخلفه البطلان المطلق للعقد (2).

1 - هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا

إنه من بين المهام الكبرى والأولى للمحكمة العليا توحيد القضاء (1)، ولقد استحدثت في هذا الشأن قانون رقم 89-22 المؤرخ في 12 ديسمبر 1989 المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا وتنظيمها وتسييرها (2) هيئة جديدة للمحكمة العليا وهي الغرف الموسعة التي تبنت: «... في القضايا التي تطرح اشكالات قانونية التي من شأنها أن تؤدي إلى تناقض في الاجتهاد القضائي» (3)، أو تفصل: «... في الحالات التي يحتمل أن تؤدي قراراتها إلى تغيير الاجتهاد القضائي» (4). وتتمثل الغرف الموسعة في الغرفة المختلطة (5) التي تنظر في تغيير الحالة الأولى، وفي الغرف المجتمعة التي تنظر في الحالة الثانية وهي الحالة التي تناولها القرار محل هذا التعليق. وبمقتضى أحكام المادة 24 من قانون 89-22 تتألف المحكمة العليا في هيئة الغرف المجتمعة من الرئيس ونائب الرئيس ورؤساء الغرف ورؤساء الأقسام وعميد المستشارين في كل غرفة. وترجم هذه التشكيلة أهمية المسألة المطروحة على المحكمة العليا والمتمثلة في احتمال تغيير الاجتهاد القضائي. والمقصود بتغيير الاجتهاد القضائي هو اعتماد حل مغاير للحل الذي استقر عليه القضاء بصدد مسألة معينة، وهذا يعني حتما أنه لا يوجد خلاف بين الهيئات القضائية المختلفة، بل هناك موقف موحد استقرت عليه

المحاكم بمختلف درجاتها. غير أن هذا الحل الموحد قد تتجاوزه الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية فيصبح محل نقد، ومن ثم وجبت إعادة النظر فيه وقد تنتهي المحكمة العليا إلى رأي جديد وهذا ما يسمى بتغيير الاجتهاد القضائي revirement de jurisprudence. ويحافظ هذا الوضع المعروف لدى القانون المقارن على توازن مصالح أفراد المجتمع وذلك من خلال المحافظة على انسجام القاعدة القانونية مع الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والتي هي في تطور مستمر.

ويمكن القول إذن أن القرارات التي من شأنها أن تؤدي إلى تغيير الاجتهاد القضائي، بمعنى اعتماد حل قانوني مخالف لما استقر عليه القضاء هو من اختصاص هيئة الغرف المجتمعة للمحكمة العليا (6). وأما المسألة التي تناولها قرارنا هذا فهي في الحقيقة من اختصاص الغرف المختلطة كون الأمر يتعلق بتناقض الأحكام كما سنبين ذلك في النقطة الثانية لهذا التعليق.

2 - تكييف الشكل الرسمي

سيضع من دون شك هذا القرار حد للتناقض الموجود في الاجتهاد القضائي (2.1) والمتعلق بتكييف الشكلية الرسمية التي تشترطها المادة 79 والمادة 324 مكرر 1 مدني (2.2).

2.1 تناقض الاجتهاد القضائي

يرجع طرح مشكل تكييف الشكلية إلى الأمر 70-91 المؤرخ في 15 ديسمبر 1970 المتعلق بالتوثيق حيث تنص مادته 12: «زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق

عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسبير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق». ولقد ألغي هذا الأمر بمقتضى قانون رقم 88-14 المؤرخ في 03 ماي 1988، غير أن المشرع أدرج مضمون المادة 12 (من الأمر الملغى) في القانون المدني وذلك من خلال اضافة مادة جديدة في القانون المدني تحمل رقم 324 مكرر 1 والتي تنص: «زيادة على العقود التي يأمر القانون باخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود تسبير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد... كما يجب تحت طائلة البطلان، اثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد».

وأما المادة 79 تجاري فأتينا تنص: «كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلفا على شرط أو صادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضي بانتقال المحل التجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال شركة يجب اثباته بعقد رسمي وإلا كان باطل...».

إن وضوح دلالة هذه النصوص القانونية لم تمنع الاختلافات في تأويلها، فهناك اجتهاد قضائي يكيف الشكلية الرسمية على أنها شكلية غير مباشرة (7) كونها واجبة من قبل الاثبات أو لنقل الملكية فقط ومن ثم فلا يؤثر تخلفها على صحة

العقد، وهناك اجتهاد قضائي يرى العكس، فيعتبر الشكلية الرسمية التي أشار إليها هذان النصان ركنا في العقد يرتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد (8).

ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي أخذت بالرأي الأول (9) نذكر على سبيل المثال القرار المؤرخ في 30.03.1983 (ملف رقم 30950 بين ل. م و ز. م)، حيث تعلق الأمر بعقد ايجار تسيير حر لمحل تجاري معد للدعارة لم يحرق في الشكل الرسمي. ولقد كانت الطاعنة (وهي المستأجرة) تطالب المطعون ضده (وهو المؤجر) بتوثيق العقد، فلم يرفض طلبها لأن العقد غير موجود لتخلف ركن الشكلية، بل لعدم مشروعية السبب (10). ويمكن أن نستنتج من هذا الحل أن القضاة اعتبروا العقد صحيحا رغم تخلف الشكل الرسمي. وترى المحكمة العليا في قرار آخر مؤرخ في 21.10.1990: «أن عملية الشهر العقاري هي وحدها تستطيع نقل الملكية طبقا لمقتضيات المادة 12 من الأمر المتعلق بتنظيم التوثيق والمادة 793 من ق م م...» (11)، وهذا يعني أن الغرض من الشكلية هي نقل الملكية. ويرى قضاة المحكمة العليا في قرارهم المؤرخ في 30.04.1989 (ملف رقم 53630): «وحيث أن الوعد بالبيع تنكره المطعون ضدها، ولم تقدم الطاعنة ما يبرر اتفاق الطرفين عليه شرط، وفق ما تقتضيه المادتين 59 و 72 من ق م المحتج بها إلا مانبة مطالبة المطعون ضدها بتنفيذ الوعد بالبيع وعلما أن موضوع بيع القاعدة التجارية أو الوعد ببيعها يخضع لأحكام المادة 79 من ق م التي تشترط اثباته بعقد رسمي تحت طائلة البطلان» (12). يتضح من هذه الحيشية أن الغرض من الشكل الرسمي هو الاثبات. وفي القرار المؤرخ في 06.01.1993 (ملف 95744) يقول قضاة المحكمة العليا: «حيث أن الطاعن ليس له أي حق في طلب إلغاء العقد العرفي الذي اشترت به المطعون ضدها لأنه ليس طرفا في العقد ومن جهة أخرى فإن المادة 12 ألغيت وأصبحت

المعاملات الآن حرية البيع والشراء ولذا فالوجه غير سديد» (1). ويظهر أن قضاة المحكمة العليا من خلال هذه الحثية قد تجاهلو تماما المادة 324 مكرر 1 مدني.

ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تعتبر الشكلية الرسمية ركنا من أركان العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد نذكر القرار المؤرخ في 1982.07.07 (ملف رقم 25699) حيث يرى القضاة: «... أن المادة 12 من الأمر التشريعي رقم 70-91 المؤرخ في 1970.12.15 تفرض الشكل الرسمي في العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار تحت طائلة البطلان... حيث أن البطلان التي تنص عليه المادة 12 من قانون 12 ديسمبر 1970 بطلان مطلق لا يقبل الاجازة طبقا للقانون المدني الجديد» (14). فمن المعروف فقها وقضاء أن البطلان المطلق يترتب على تخلف الركن، من ثم يمكننا القول أن المحكمة العليا جعلت من الشكلية الرسمية ركنا من أركان العقد، وجاء كذلك في القرار المؤرخ في 1982.12.18 : «... أنه إذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد اتفاق بين إرادتين... فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون وبصورة استثنائية توفر شكل من الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق وتحت طائلة البطلان واجبا...» (15).

يتضح من كل هذه القرارات ومن تواريخ صدورها أن هناك تناقضا في الاجتهاد القضائي يجب وضع حد له، وهذا ما قامت به المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة من خلال القرار محل التعليق الذي يعتبر مبدئي "arrêt de principe".

2.2 الشكل الرسمي: ركن في عقد بيع المحل التجاري

لقد انتهت قضاة المحكمة العليا في قرارهم هذا إلى أن الشكلية الرسمية التي تفرضها المادتان 79 تجاري و324 مكرر 1 مدني، هي ركن في العقد يترتب

على تخلفها البطلان المطلق له. يستند هذا الحل الذي تؤيدُهُ إلى اعتبارات قانونية جدية سنستعرضها (2.2.2) بعد تنفيذ رأي أنصار صحة العقد العرفي (2.2.1).

2.2.1 - يرى من يقول بصحة العقد العرفي (16)، في موقع نص المادة 324 مكرر 1 مدني (17)، حجة تدعم رأيهم. فهذه المادة وردت في الفصل الأول المعنون «الاثبات بالكتابة» من الباب السادس «إثبات الالتزام»، مما يفيد أن شرط الشكلية الرسمية يتعلق باثبات العقد لا بانعقاده. ولا شك كذلك في أن التعبير الذي استعمله المشرع في المادة 324 مكرر 1 مدني والمادة 79 تجاري قد يكون هو أيضا حجة إضافية لأصحاب هذا الرأي، فلقد نصت الفقرة الثانية من المادة 324 مكرر 1 مدني: « كما يجب، تحت طائلة البطلان، اثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي... »، وجاء كذلك في المادة 79 تجاري: «كل بيع اختياري ... يجب اثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا...». يتضح من حرفة هذين النصين أن المسألة هي مسألة إثبات التصرف القانوني بواسطة عقد رسمي. ولكن عند التدقيق في الأحكام الواردة في هذين النصين تبطل هذه الحجج. فبخصوص موقع نص المادة 324 مكرر 1 مدني، تجدر الإشارة إلى الفرق الموجود بين العقد الرسمي حيث تنصرف هذه التسمية إلى التصرف القانوني في حد ذاته negotium، وتكون الشكلية الرسمية هنا ركنا في العقد، وبين الورقة الرسمية التي تعتبر وسيلة اثبات فقط instrumentum لا يمنع تخلفها قيام العقد (18). وبالرجوع إلى المادة 12 من الأمر 91.70 المستخلقة بالمادة 324 مكرر 1 مدني يتضح أن العبرة بالعقد الرسمي ومن ثم فإن تخلف الشكل الرسمي يمنع قيام العقد وهذا ما انتهت إليه المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة حيث جاء في قرارها:

«حيث أن الشكل الرسمي في عقد بيع القاعدة التجارية شرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد».

أما فيما يتعلق بالحجة الثانية والتمثلة في التعبير الذي استعمله المشرع في المادتين السالفتي الذكر، فلا شك في أن التعبير المستعمل قد أدخل بالمعني الذي قصده المشرع، فلفظ «اثبات» لأن ارادة المشرع لم تنصرف إلى البينة وإنما يقصد به تحرير العقد. ويتأكد هذا القول بالرجوع إلى النص الفرنسي لهاتين المادتين والذي هو أكثر دقة في التعبير حيث استعمل المشرع لفظ "constater" (20).

2.2.2 - إضافة إلى هذا فإن الحكم الذي تتضمنه هاتان المادتان لا يدع أي شك على أن الشكل الرسمي هو ركن من أركان العقد. ونذكر في هذا الشأن أن الجزء الذي أقره المشرع، عند تخلف الشكلية هو البطلان المطلق للعقد، وهذا يفيد قطعاً وبصفة واضحة أن الأمر يتعلق بركن من أركان العقد وليس مجرد وسيلة اثبات. ولو كان الغرض من الشكلية الرسمية هو اثبات التصرف القانوني لكان التصرف صحيحاً ولو لم يحترم المتعاقدان الشكلية المقررة. كما أنه لا حاجة للاثبات إلا في حالة انكار أحد المتعاقدين للتصرف، وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يمكن تجاوز هذه العقبة في بعض الحالات عن طريق القرائن، وفي كل الحالات فإن انعدام وسيلة الاثبات لا يرتب البطلان، وأي منطق يقول ببطلان العقد لانعدام اثباته؟ وهل يبطل ما لا يمكن اثباته؟

ولا يمكن كذلك اعتبار هذه الشكلية مجرد اجراء لنفاذ العقد كأن ينقل الملكية العقارية بين الأطراف وفي مواجهة الغير لأن تخلف هذه الاجراءات لا ينال من صحة العقد فانعدام الشهر العقاري - مثلاً - لا ينال من صحة العقد بل يحد من

فعاليته فقط في مواجهة الغير وفي بعض الأحيان حتى بين المتعاقدين. ان عدم نفاذ العقد يعني أنه لا يمكن للمتعاقد أن يحتج بالعقد في مواجهة الغير، ولكن تجاهل الغير للعقد لا يعني عدم وجوده بين المتعاقدين بل العقد موجود وصحيح وسيصبح نافذا في حق الغير بعد القيام بالاجراءات المقررة لذلك (21).

فالبطلان هو جزاء مرحلة انعقاد العقد بينما عدم نفاذ أو اثبات العقد هما مسألتان تعينان مرحلة ما بعد انعقاد العقد. وإذا كان العقد غير النافذ أو العقد الذي يتعذر اثباته يساويان من الناحية العملية العقد الباطل، فيبقى أن هناك فرق كبير بين هذه الأوصاف القانونية.

لقد كيفت المحكمة العليا الشكلية الرسمية على أنها شرط من شروط صحة العقد والحقيقة أنها ركن من أركانها (22).

وجاء كذلك في قرار المحكمة العليا ما يلي: «حيث إذا كان صحيحا أن العقد العرفي المتعلق ببيع قاعدة تجارية يتضمن التزامات شخصية على عاتق البائع والشاري إلا أنه باطل بطلانا مطلقا لكونه يخضع لاجراءات قانونية تخص النظام العام لا يمكن للقاضي أن يصححها بالحكم على الأطراف بالتوجه أمام الموثق للقيام باجراءات البيع». واعتقادنا أن هذا القول غير صحيح بل يتناقض مع الحل الذي انتهت إليه المحكمة العليا، فالعقد العرفي المتعلق ببيع محل تجاري لا يعتد به لأنه أصلا منعدم وغير موجود قانونا (23). إن تخلف ركن الشكلية يحول دون انعقاد أو قيام العقد ويستحيل إذن إنشاء أي التزام أيا كان نوعه على عاتق الأطراف (24). والبطلان الذي يلحق العقد العرفي كما أسلفنا الذكر هو بطلان مطلق قوامه المصلحة العامة (25) كما ذكر بذلك قضاة المحكمة العليا بقولهم أن عقد بيع المحل التجاري: «... يخضع لاجراءات قانونية تخص النظام العام لا

يمكن للقاضي أن يصححها...». وهذا النوع من البطلان لا تلحقه إجازة من قبل أحد المتعاقدين ولا يمكن تصحيحه من قبل القضاة كما فعل قضاة مجلس قضاء معسكر ولا يسقط بالتقادم، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها (26). و يترتب على بطلان العقد كما جاء في قرار المحكمة العليا إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد وهذا تطبيقا للمادة 103 مدني.

وأملنا أن تلتزم المحاكم بهذا القرار المبدئي الذي يساعد على توحيد القضاء ويزيد العدالة مصداقية.

الهوامش

- (1) - تنص المادة 10 من قانون 89-22: «تعمل المحكمة العليا على نشر قراراتها وجميع التعليقات والبحوث القانونية والعلمية، لتدعيم وتوحيد الاجتهاد القضائي».
- (2) - الجريدة الرسمية رقم 53 لسنة 1989.
- (3) - أنظر المادة 20 من قانون 22.89.
- (4) - أنظر المادة 23 من قانون 22.89.
- (5) - أنظر المادة 21 من قانون 22.89 بشأن تشكيل الغرفة المختلطة.
- (6) - أما إذا كان الغرض هو وضع حد للتناقض الأحكام بسبب اختلاف مواقف الهيئات القضائية المختلفة بشأن مسألة معينة، فإن هذا الأمر من صلاحيات الغرف المختلطة طبقا للمادة 20 من قانون 22.89.
- (7) - الشكلية غير المباشرة هي كل الاجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد بغية تحقيق أغراض مختلفة. وقد سميت هذه الاجراءات بالشكلية غير المباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني، فهي لا تؤثر على صحته ولكنها تحد من فعاليته ونفاذه. ومن بين هذه الاجراءات نذكر قراعد الاثبات، والشهر العقاري، والقيود في السجل التجاري، والاجراءات الادارية والجبائية من ترخيص مسبق والتصريح الاجباري... الخ راجع زواوي محمود، الشكلية للصحة في التصرفات المدنية في القانون الجزائري، ماجستير الجزائر 1987، ص 47.

(8) - وتسمى هذه الشكلية بالشكلية المباشرة لأنها تتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني وتعد ركنه الرابع إلى جانب التراضي والمحل والسبب، راجع زواوي محمود، ص 38.

Azemou, le formalisme contractuel en droit civil algérien, magister, Oran 1983, p 03.

(9) - ومن بين الفقهاء الذي دافع عن هذا الرأي K. ZEEEOUK, la fonction notariale, selon l'ordonnance no 70.91, magister 1977.

(10) - قرار غير منشور.

(11) - قرار رقم 68467 منشور في المجلة القضائية 1992، العدد الأول، ص 84.

(12) - قرار منشور بالمجلة القضائية 1991، العدد الرابع، ص 145.

(13) - قرار غير منشور.

(14) - قرار منشور في نشرة القضاة عدد خاص 1982، ص 171.

(15) - قرار منشور في الاجتهاد القضائي، 1987، ص 47.

(16) - كما هو الأمر بالنسبة للأحكام القضائية السالفة الذكر ومنها كذلك القرار الصادر من مجلس معسكر في القضية الراهنة.

(17) - من بين العناصر التي تساعد على تأويل مادة قانونية موقعها في النص القانوني.

(18) - راجع F. Mostefa Kara née Settouti, la preuve écrite en droit civil algérien, magister Alger. 1984, p 29.

(19) - كانت المادة 324 مدني قبل تعديلها بقانون 14.88 تشير إلى الورقة الرسمية.

(20) - L'ar 324 bis 1&2 dispose: "Doivent également être constatés, à peine de nullité, par acte authentique et les numéraires provenant de ces opérations, déposés entre les mains de l'office publique a qui a instrumenté les actes constitutifs ou modificatifs de sociétés". L'art 79 Cce dispose: "Toute vente amiable, promesse de vente et, plus généralement toute cession de fonds de commerce consentie même sous condition ou sous la forme d'un autre contrat... doivent être constatés par acte authentique, à peine de nullité"

(21) - العقد الباطل منعدم الوجود قانونا بالنسبة للمتعاقدين نفسيهما وبالنسبة للغير كذلك، أما في حالة عدم نفاذ العقد، فهو موجود قانونا بين المتعاقدين وكأنه لم يكن بالنسبة للغير، راجع محمد جبار نظرية بطلان العقد في القانون المدني الجزائري، دبلوم الدراسات العليا، الجزائر، ص 108. محمد

- سعيد جعفرور، اجازة العقد القابل للإبطال في القانون المدني الجزائري، ماجستير، الجزائر، ص 80.
- (22) - الركن أمر يتعلق بوجود العقد بينما الشرط هو مسألة أقل أهمية تخص على العموم صحة التراضي.
- (23) - بما أن البطلان المطلق يعني الانعدام فلا حاجة لتقرير البطلان.
- (24) - فلا يعتد بالعقد العرفي ولو كواقعة قانونية.
- (25) - يقول اهرينج: «الشكلية هي الأخت التوأم للعدالة» وهي كفيلة إذن بحماية المصلحة الخاصة لكل متعاقد. كما تستدعي المصلحة العامة أيضا الشكلية في العقود، فالدور الجديد التي تقوم به الدولة في المجال الاقتصادي والاجتماعي يجعلها تهتم وتراقب المعاملات ولا يتحقق ذلك إلا إذا أفرغت هذه المعاملات في شكل معين. راجع زواوي محمود، ص 23 وما يليها.
- (26) - راجع 102 مدني.