

صياغة وتحليل العقود

إن مسألة تحليل العقود فن يتطلب لصياغتها إتباع أصول وقواعد حددها القانون حتى تتم صياغتها الصياغة السليمة وحتى تعكس رغبة الأطراف المتعاقدة.

يعود الاختصاص في تحليل العقود في القانون الجزائري للموثق باعتباره ضابطا عاما خوله القانون مهمة إضفاء الصبغة الرسمية على العقود التوثيقية، أو للموظف العمومي أو لشخص مكلف بخدمة عامة.

والموثق ضابط عامي مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحليل العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطاءها هذه الصبغة¹.

العقد: عرفته المادة 54 من القانون المدني: العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما. والعقد إما أن يكون رسميا أو أن يكون عرفيا:

العقد الرسمي: عرفته المادة 324 من القانون المدني على أنه عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عامي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"

ويطلق على العقد الرسمي تسمية العقد التوثيقي أيضا، وهو العقد الذي يحضره موثق كفء ومؤهل تحت غطاء مرفق التوثيق في الشكل الذي حددته النصوص التشريعية والتنظيمية².

تعريف العقد العرفي: لا يوجد تعريف تشريعي للعقد العرفي.

¹ المادة 03 من القانون رقم 06-02، مؤرخ في 20 فيفري 2006، يتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 14، المؤرخ في 08 مارس 2006.

² مسعود عبيد الله، "الموثق وتحليل العقود والتصحيح والتشطيب"، اليوم الدراسي المشترك بين الغرفة الجهوية للموثقين، ناحية الوسط، ومجلس قضاء المسيلة، يوم 29 أبريل 2010، قاعة المحاضرات، فندق القايد، بوسعادة. متاح على:

<https://elmouhami.com/%D9%85%D8%AD%D8%A7%D8%B6%D8%B1%D8%A9-%D8%B9%D9%84%D9%89-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%AB%D9%82-%D9%88-%D8%AA%D8%AD%D8%B1%D9%8A%D8%B1-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%82%D9%88%D8%AF-%D9%88-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B5>

غير أن الفقه اجتهد في تعريف العقد العرفي. فهناك من عرفه بأنه تعبير عن إرادتين متطابقتين بكافة وسائل التعبير دون أن يكون ذلك في شكل رسمي.

الفرق بين العقد الإداري والعقد الذي يحرره الموثق:

تجدر الإشارة إلى أن العقد الرسمي، أو كما يسميه البعض العقد التوثيقي، يختلف بحسب الجهة الرسمية التي أنشأته، فشكل العقد الذي يحرره الموثق يختلف عن العقود الإدارية، ويظهر الاختلافات في النقاط التالية:

✚ أن العقود الإدارية تبنى استنادا إلى إرادة المشرع، وتُستهل في الغالب بسرد التشريعات والتنظيمات، حيث تستعمل عبارة "بمقتضى القانون ..."، أو عبارة "بناء على المرسوم..." أو عبارة "بالنظر إلى القرار..."، أو عبارة "بعد الاطلاع على التقرير...".

في حين، يبنى العقد التوثيقي على إرادة الأطراف المتعاقدة، تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة، والتي لا تتأثر بالرغم من خضوعها للقواعد القانونية المقررة بحسب نوع التصرف القانوني.

✚ أن العقود الإدارية تغفل ذكر بعض العناصر الجوهرية في العقد، على غرار مجلس العقد، والشهود، بالإضافة إلى الاختصار على ذكر الحروف الأولى من أسماء الموقعين على العقد؛ ناهيك عن تلاوة نص العقد على الأطراف؛ في حين يختلف الأمر بالنسبة للعقود التوثيقية....

الضوابط الواجب مراعاتها عند تحرير وصياغة العقد الرسمي:

هنا نذكر الضوابط الخاصة بالعقد تحديدا: وقد ذكرها قانون الموثق

1- يجب أن يحرر العقد باللغة العربية

يشترط المشرع أن يتم تحرير العقود التوثيقية باللغة العربية، تحت طائلة البطلان وفي نص واحد وواضح، بحيث تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص³. ونصت المادة 01/08 و02 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:

³ _ المادة 01/26 من القانون رقم 06 - 02.

"يجب أن تتم الإجراءات والعقود القضائية من عرائض ومذكرات باللغة العربية، تحت طائلة عدم القبول.

يجب أن تقدم الوثائق والمستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة، تحت طائلة عدم القبول ..."

وعندما يكون أحد طرفي العقد أجنبي لا يتقن اللغة العربية، يتم تحرير العقد بحضور المترجم الرسمي مع الطرف الأجنبي في مجلس العقد لترجمة مضمون العقد للطرف الأجنبي، وإيصال الإرادة التي الطرف الأجنبي التعبير عنها، مع مصادقته على العقد⁴. يجب على الموثق أن يكون متمكناً من اللغة العربية، ولأجل ذلك يجب أن يحسن معارفه اللغوية. كما ينبغي أن يتعلم اللغات الأجنبية، للتعامل مع الأجانب أصحاب الشركات الأجنبية.

2- يجب تحري الوضوح والدقة في تحرير العقد التوثيقي حتى تسهل قراءته....

وقد سبق وتم تفصيل الحديث والشرح حول مسألتى الدقة والوضوح سابقاً...

3- يجب تجنب استعمال العبارات المطاطية

مثال: التأمين على الأخطار المألوفة: هنا ما المقصود بالمألوفة؟؟؟ ينبغي التحديد بدقة...

4- يجب الانتباه للمعنى الاصطلاحي لكل مصطلح يستخدم أثناء صياغة العقد

وهذا معناه ضرورة استعمال المصطلحات القانونية بدقة، لأن كل مصطلح يعبر عن مفهوم محدد.

فالغلط غير الخطأ. والضمان غير التضامن. بالإضافة إلى ضرورة تجنب استعمال

العبارات ذات المعاني المتعددة، وإلا وجب تحديد المعنى المقصود منها.

5- يجب تجنب استعمال العبارات التي لا تحقق أية فائدة في العقد

أي لا يكون لها أي دور إيجابي في إيصال فكرة معينة أو توضيحها.

6- يجب أن يحتوي العقد البيانات الإلزامية

وقد ذكرت المادة 29 من القانون رقم 06-02 البيانات التي يتوجب إدراجها في العقد

التوثيقي، وهي كما يلي:

⁴ - وهو ما يفهم مما جاء في نهاية الفقرة الثالثة من نص المادة 26 من القانون رقم 06-02.

- اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه.
- اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم.
- اسم ولقب وصفة وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود عند الاقتضاء.
- اسم لقب وموطن المترجم عند الاقتضاء.
- تحديد موضوع العقد
- المكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه.
- وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل.
- التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية والتشريع الخاص المعمول به.

- توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة المذكورة أعلاه قد وضحت البيانات التي ينبغي أن تتوفر في العقد، من دون أن تحدد شكلا معيناً أو ترتيباً مجدداً لهذه البيانات، لذلك، يجتهد الموثقون في وضع نماذج خاصة بالعقود، مع ضرورة تقيدهم بما ورد في نص المادة المذكورة، بالإضافة إلى ما تنص عليه القوانين الخاصة وما تشترطه من بيانات محددة في بعض العقود. وهو ما يفهم من عبارة: دون الإخلال بالبيانات التي تستلزمها بعض النصوص القانونية الخاصة.

وكتطبيق لهذه الفكرة، ما نصت عليه المادة 323 مكرر 4 من القانون المدني: يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية.

7- يجب الحرص على عدم ترك فراغات عند تحرير العقد: بدون بياض أو نقص.

8- يجب أن يوقع العقد من قبل الأطراف المتعاقدة والموثق والمترجم

لا يمكن للعقد أن ينتج أي أثر قانوني إلا إذا تم التوقيع عليه من طرف الأطراف والموثق والمترجم إذا اقتضى الأمر تدخل المترجم. فالإرادة الحقيقية للأطراف لا تنتج أثرها فيما بينهم إلا من تاريخ التوقيع على المحرر التوثيقي، وهو ما يضيف عليه الطابع الرسمي.

ولا يتم التوقيع على المحرر إلا بعد الانتهاء من تحريره وتلاوته على الأطراف المتعاقدة والشهود والمترجم إن كان موجودا.

ويتحقق التوقيع بوضع الشخص بخط يده على العقد اسمه ولقبه أو أية كتابة أخرى جرت العادة على التعبير بها على هويته. كما أن الأطراف المتعاقدة وإلى جانب التوقيع بخط اليد، يوقعون بواسطة البصمة. وحتى يكون التوقيع صحيحا، يجب أن يصدر من صاحبه، أي من الشخص الذي ينسب إليه، ويكون منطبقا على المحرر بأكمله وساريا عليه، لذلك يجب أن يوضع التوقيع أسفل المحرر حتى يكون شاملا لجميع الشروط. كما قد يكون التوقيع ببصمة الأصبع بالنسبة للشخص الذي يستعمل البصمة في التوقيع.

وإذا كان من بين الأطراف المتعاقدة من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع بسبب عاهة ما، ففي هذه الحالة يدون الموثق تصريحاتهم بهذا الشأن في آخر العقد ويضعون بصماتهم. ما لم يكن هناك مانع قاهر، وإن كان هناك مانع فحينها يستعين الموثق بتصريحات الشهود للدلالة على وجود الموافقة، بعدها يؤشر الموثق في آخر العقد الرسمي... وهذا ما أكدته المادة 324 مكرر 02 من القانون المدني... ويكون ذلك عادة بالتتويه على أن ما دُون في العقد من شروط تم بحضوره.

ولا يكفي توقيع الموثق وإنما يتعين عليه كذلك أن يدمج نسخ العقود والنسخ التنفيذية والمستخرجات بختمه. وهو ما يفهم من نص المادة 02/38 من القانون رقم 06-02.

9- ضرورة المصادقة على الإحالة في الهامش:

يقصد بالإحالة في هامش العقد المعلومات التكميلية التي تُكتب أسفل الصفحة لتوضيح أو توثيق ما ورد في نص العقد الرئيسي، وتساعد في تجنب حشو المتن وإضافة تفاصيل لا يمكن إدراجها فيه.

الإحالة أو التخریجة هي كل حرف أو كلمة أو جملة أو أكثر تكتب في هامش الصفحة أو في أسفلها لاستدراك نقصان أو لتعويض مشطوب على أن يصادق عليها الموثق.

التشطيب هو كل تسطير بشكل يحجب أو لا يحجب بشكل نهائي على حرف أو كلمة أو جملة أو أكثر بما يفيد عدم الاعتداد بها.

التصديق هو التوقيع بالأحرف الأولى من قبل المتدخلين في العقد على وجود عدد الإحالات أو التخريجات والكلمات المشطوبة أو عدم وجودها في المحرر الرسمي.
وهذا التعريف مستنبط من المادتين 26 و 27 من القانون رقم 06-02.