التزام الموثق بتقديم النصيحة والإعلام ومدى مسؤوليته

أ.طراد اسماعيل، طالب دكتوراة علوم تخصص قانون خاص بكلية الحقوق والعلوم السياسية(جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان(الجزائر)

ملخص

الموثق ضابط عمومي مهمته الأساسية توثيق العقود واعطائها الصبغة الرسمية، ولكن يقع على عاتقه واجب والتزاما قانونيا هاما هو التزام النصح والاعلام للزبون، حيث ان الموثق مهني محترف وعالم بأحكام القوانين والتشريعات ، ويلتزم بتبصير الزبون وإعلامه بكل ما قد يترتب عن اتفاقاته التي يرغب في توثيقها من أثار، وأيضا بيان الإحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحه له القانون ، وذلك ليكون تصرفه واتفاقه منسجما مع القوانين والتنظيمات التي تسري عليها ، فواجب الإعلام والنصح للموثق يعد إذن إلتزاما أساسيا، ومكملا لإلتزام إضفاء الصيغة الرسمية على العقود، ولكن اخلال الموثق بهذا الالتزام يرتب مسؤوليته القانونية، اتجاه زبائنه وعملائه الذي طالما يطرح العديد من المشاكل والتعقيدات القانونية خاصة فيما يخص طبيعته القانونية وأساسه القانوني.

الكلمات المفتاحية: الموثق –الزبون– التزام النصح والإعلام–العقود– المسؤولية القانونية–

Abstact :

The notary officer whose main task is to document the contracts and give them an official form, but has a duty and a significant legal obligation is the obligation to advise and inform the client. The notary is a professional and an expert knows legal and regulatory provisions. He undertakes to enlighten the client and to inform him of all that may result from the agreements and act that it documents the effects, As well as the statement of the precautions and means required or granted by law, so that his conduct and agreement in line with the laws and regulations that apply to them, The duty of information and advice to the notary is therefore a fundamental obligation, complementing the obligation to formalize contracts, The breach of this obligation, however, places its legal responsibility on its customers and clients, which has long posed many problems and legal complications, especially with regard to its legal nature and legal basis.

Keywords: Notary - Customer - Obligation to advice and information - Contracts – Legal responsibility -

مقدمة

إن الحياة الإجتماعية والإقتصادية تزداد تطورا يوما بعد يوم،وتتشعب معهامعاملات الأفراد واختلافها، وبالتالي تشتد الحاجة إلى ضبط هده المعاملات في صيغة قانونية رسمية أمام شخص له

صفة رسمية، وتوثيقها لديه، ومن هنا حرصت التشريعات على وضع نظام لتوثيق التصرفات القانونية التي تتم بين الأفراد، فقد أصبح للموثقفأصبح لزاما وجود موثق دورا كبيرا في استقرار المعاملات ، وتحقيق الأمن التعاقدي، فالموثق باعتباره ضابطا عموميا يضطلع بخدمة قانونية أساسية تتمثل في تلقي العقود أو الإتفاقات وتجسيد إرادة الأفراد المتعاقدة، وافرغها في شكل رسمي، حيث إنه من جهة يضمن حرية التعاقد ويحقق من جهة أخرى الأمن القانوني، وهذه المهمة الرسمية التي يضطلع بها الموثق ، فإنها طبعا لا تسند إلا إلى اشخاص يتمتعون بالكفاءة القانونية والتجربة المهنية الضرورية حيث وضع المشرع ضوابط وشروط خاصة بحيث لا يحصل على مهنة الموثق إلا من توافرت لديه هذه الشروط ، واستطاع اجتياز هذه الإختبارات المحددة قانونا[1]، ومن هنا يلعبالموثق دورا هاما واساسي فهو يضفي على العقود الصيغة الرسمية التي تعادل في قوتها القوة ذاتها التي تتمتع بها الاحكام القضائية النهائية، بيد أن التزام الموثق بإضفاء الصفة الرسمية على العقود، فإن كان يعد الإلتزام القانوني الأساس الذي يقع على عاتق الموثق، إلا أنه هناك التزام اخر فرضه المشرع عليه بصفته مهني محترف ، فيلتزم الموثق بتقديم النصح والإعلام للمتعاقدين وتبصيرهم بكل ما يترتب على معاملاتهم من اثار.وعليه فإنه يقع على عاتق الموثق واجب والتزام بالنصح والإعلام، ويعتبر أحد الواجبات المهنية التي لها صلة وثيقة بواجبه في إضفاء الصفة الرسمية للعقود والإتفاقات التي يتلقاها،لأن أساس مهنة التوثيق هو ضمان توفير الائتمان والثقة بين المتعاقدين، ذلك ما جعل المشرع يفرض على الموثق التزام الإعلام والنصح للأطراف المتعاقدة وإلا كان مسؤولا تجاههم، وهو ما نصت عليه المادة 12 من قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 التي نصت أنه "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف، قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي نسري عليها ، وتضمن تنفيذها.

كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم، ويبين لهم الأثار والالتزامات التي يخضعون لها، الإحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم."

وفقا لهذه المادة لا يقتصر وظيفة الموثق في تحرير العقود وكتابتها في شكل رسمي، بل تمتد لتشمل واجبه بإسداء النصح والمشورة للأطراف المتعاقدة، مبينا لهم اثار ونتائج التصرف المقبلين على توثيقه. خاصة وأن الموثق ملزما بضمان وسلامة العقود والتصرفات القانونية التي يتولى تحريرها الأمر الذي أدى إلى تزايد الحاجة إلى دور الموثق في النصح والاستشارة كأهم التزام قانوني يقع على عاتقه، ولكن في حالة اخلال الموثق بهذا الإلتزام فإنه قد يرتب مسؤوليته، وبهذا فإنه يتبين أن التزام الموثق بالنصح والإعلام يعتبر إلتزاما واقعا على الموثق يرتب اخلاله به مسؤوليته وضمانة ممنوحة للأطراف المتعاملة مع مرفق التوثيق .

وهو ما يجعلنا نطرح الاشكالية التالية ونتساءل هل يلزم الموثق بواجب النصح للأطراف المتعاقدة؟ وإذا كان التزام الموثق بالنصح والإعلام يقع على عاتقه، فهل يشمل هذا الالتزام جميع جوانب ومقتضيات العمل التوثيقي، أم أنه يقتصر في نطاق محدد حدده القانون؟وهل اخلال الموثق بالتزام النصح للزبائن يعتبر خطئا ومن ثم يرتب مسؤوليته؟

وفي ضوء هذه الاشكالية نرصد مدى التزام الموثق بالنصح والإعلام، وعملا على إيضاح هذا الالتزام على الوجه الصحيح واعطائه التكييف القانوني بما يتماشى مع طبيعة العمل التوثيقي، فسوف نتطرقلدراسة هذا البحث من خلال ضبط تعريفه وأساسه القانوني في مبحث أول، وإلى مضمونه ومدى حدوده في مبحث ثاني.

المبحث الأول: ماهية التزام الموثق بالنصح والاعلام

إن دراسة ماهية التزام الموثق بالنصح والإعلام يتطلب بداية ضبط مفهومه من خلال تعريفه وتمييزه عن غيره من الانظمة القانونية المشابهة له وذلك في مطلب أول، وإلى بحث الطبيعة القانونية والتأصيل القانوني لالتزام الموثق بالنصح والاعلام في مطلب ثاني.

المطلب الأول: مفهومالتزام الموثق بالنصح والاعلام

تحديد مفهوم التزام الموثق بالنصح يستوجب تعريفه(فرع أول)، ومن ثم مقارنته عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة له(فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف التزام الموثق بالنصح

ا–لغة: النصح أو النصيحة تعني تقديم النصح والاستنصاح والمشورة والاستشارة فمعناهما معنى النصح، وغالبا ما تسمى المشورة والاستشارة بالنصيحة، وإن كانت النصيحة لا تقدم إلا بناءا على طلب المستنصح[2].

2– اصطلاحا : الالتزام بتقديم النصيحة والاعلام أو المشورة(devoir de conseil)الالتزام بالنصح والإعلام نجد في عدة مجالات وتجسد أكثر في مجال عقود الخدمات، حيث تجسد أكثر في المهن التي تحترف تقديم خدمات ذهنية كالمهن الحرة، وإن المشرع فرض هذا الإلتزام في نطاق محدود من أجل إعادة التوازن بين المتعاقدين، خاصة إذا كان المتعاقد الأخر مهني ويشكل طرف قوي، فيقع عليه التزام بالإعلام،وان الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتبصير يتجسد أكثر في المهن الحرة والتي أساسها تقديم خدمات ذهنية للزبائن، فإذن الشخص المهني تتوفر لديه كميات هائلة من المعلومات المتعلقة بما يتعامل عليه بحكم مهنته أو تخصصه، فهو بالتالي أقدر على تقديم استشارات تمكن الزبون من معرفة حقوقه والتزاماته التي يمكن أن تترتب عن التصرف الذي يريد الإقبال عليه. فهو التزام يقع على عاتق كل المهنيين كأصحاب الحرف والمنتجين، وهو التزام وليد اجتهاد القضاء الفرنسي[3].

لم يعرف قانون تنظيم مهنة التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006، التزام الموثق بالنصح والإعلام بل اكتفى فقط بالنص والتأكيد على وجوب هذا الإلتزام فنصت المادة 12 منه "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة، وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف، قصد انسجام اتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها ، وتضمن تنفيذها.

كما يعلم الموثق الأطراف بمدى التزاماتهم وحقوقهم، ويبين لهم الأثار والالتزامات التي يخضعون لها، الإحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم."

يتضح من هذه المادة أن الموثق بصفته ضابط عمومي ليس مجرد كاتب أو محرر للعقود في شكل رسمي بل هو مهني ملم بقواعد المهنة والنصوص والأحكام والقانونية، مما يلزمه تبصير ونصح الأطراف وتنويرهم بغية تطابق اتفاقاتهم وعقودهم مع النصوص القانونية السارية المفعول.

فمن هذا المنطلق، عُرف التزام الموثق بتقديم النصح وتبصير الأطراف المتعاقدة هو" قيامه أثناء عملية تحرير وتوثيق العقد باطلاعهم على مضمون التصرف، وأثاره العقدية والقانونية المترتبة عنه، بأن يبين لهم بوضوح حقوقهم والتزاماتهم الشخصية والمالية المتبادلة، بشكل يمكنهم من أخذ الاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها كل طرف، لضمان تنفيذ التزامه في المستقبل، وحتى تكون للعقد المحرر حجية كاملة تجاه الغير[4].

ويمكن أن نستخلص تعريفالالتزام الموثق بالنصح بأنه التزام قانوني عام يقع على عاتق الموثق بتقديم معلومات ونصائح واستشارات قانونية للزبائن عن موضوع عقد أو معاملةيريد ابرامها وايضاح الحقوق والالتزامات وكذا الأثار القانونية التي تترتب عنها.

فيكون دور الموثق هنا دورا ايجابيا حيث إنهيعمل علىتنبيه الأطراف إلى خطورة التصرفاتالقانونية المقبلين على ابرامها والمسائل والآثار التي يجهلها أو يتجاهلها أطراف العقد، فالموثق ضابط عمومي ورجل قانون محترف ولديه كل الكفاءة والإمكانيات بتلقي عقود واتفاقات الأطراف،وتقديم استشارات قانونية تنور بها الزبون، بحيث يحيط إحاطة كاملة بحقوقه والتزاماته، ويكون على بينة واطلاع على مختلف أثار وجوانب التصرف أو العقد المراد ابرامه.

الفرع الثاني: تمييز الالتزام بالنصح والإعلام عن غيره من الأنظمة القانونية المشابهة

ان ضبط مفهوم الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يتطلب تمييزه عن غيره من الأنظمة القانونية، ومنها الالتزام بالإعلام قبل التعاقد (أولا) وتقديم المشورة(ثانيا).

أولا-عن الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد:

الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام عام فرضه المشرع لصالح الطرف الضعيف المستهلك فهو التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الأخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لايجاد رضا سليم كامل متنور على علم بكافة تفصيلات هذا العقد.

وبهذا المعنى فإن التزام الموثق بالإعلام والنصح يختلف نوعا ما عن الالتزام بالإعلام أو الالتزام بالتبصير في مجال عقود الاستهلاك، حيث إن التفرقة تظهر في النقاط التالية:

-التزام الموثق بتقديم النصح والإعلام يكون الهدف منههو تقديم الاستشارة أو النصيحة للزبون من الموثق بصفته من أهل الخبرة في مجال القانون، حيث يلجؤ إليه الزبون من أجل تنويره بمقتضيات والآثار القانونية المترتبة عن العقد الذي يريد توثيقه، في حين إن الالتزام العام المرتبط بكل عقود الاستهلاك وهو التزام قبل تعاقدي بإعلام المستهلك بالبيانات الضرورية، وهو التزام عام سابق على التعاقد يهدف إلى تنوير المستهلك بالشروط والأوصاف المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد وهو بالتالي –بحسب الراي الراجح –ليس التزاما عقديا وليس التزاما خاصا للقيام بعمل محدد أو بالامتناع عن عمل محدد متفق عليه بين الدائن والمدين.

– يختلف الالتزامان من حيث طبيعة ومصدر كل منهما ، حيث يعتبر الالتزام بتقديم النصح التزاما يقع على عاتق الموثق بتقديم معلومات ونصائح واستشارات قانونية للزبائن عن موضوع عقد أو معاملة لا يريد ابرامها وهو لاينشأ إلا في مرحلة تالية لإبرام العقد ، ويمكن أن يكون محل دفع اتعاب عن الاستشارة، وبالتالي فهو التزام عقدي يكون تنفيذه تنفيذا لمحل التزام أصلي في العقد.

بينما الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام التزام عام سابق على التعاقد ، يجد مجاله في المرحلة قبل التعاقدية، ويستمد وجوده من مبادىء القانون وأحكامه، ولذلك فهو التزام غير عقدي، كما إنه ليس له مقابل.

–أما من حيث الهدف فإن تقرير التزام الموثق بتقديم الاستشارة والنصيحة، هو توجيه الزبون ومساعدته في اتخاذ قرار نهائي بصدد العقد أو التصرف القانوني الذي يريد ابرامه أو المسالة موضوع الاستشارة. في حين أن الهدف من الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، هو إحاطة المقبل على التعاقد بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد المزمع إبرامه، عملا على إيجاد رضا حر سليم منتج لإرادة خالية من العيوب.

– كما يختلف الالتزامان أيضا من حيث محلهما حيث يتمثل محل الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في قيام المدين بإخطار الدائن بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه وتفصيلاته، والتي من شأنها التأثير على رضائه بينما يتمثل محل الالتزام بتقديم النصيحة، في تقديم معلومات محددة في العقد، ولازمة لأجل عملية معينة يحددها المتعاقدان سلفا في مجالات متخصصة.

–أما من حيث شخص المدين بالالتزام ، فلا أهمية خاصة لشخص المدين بالالتزام قبل التعاقدي بالإعلام ، بوصفه التزاما عاما يمكن تطبيقه على عدد كبير من أنواع العقود ، بينما في الالتزام بتقديم النصح والإعلام، نجد أن شخص المدين له اعتبار في التعاقد،حيث ان الموثق بوصفه محترفا ، وصاحب خبرة في مجال القانون، وأن خبرته القانونية وتفوقه في هذا المجال يمثلان الدافع الحقيقي لطلب الزبون تقديم النصيحة والاستشارة من الموثق حول معاملة قانونية تدخل في اختصاص هذا الأخير مثل طلب الإستشارة من أجل ابرام عقد بيع لعقار.

– وأخيرا من حيث المسؤولية ، فإنه خلافا للالتزام بتقديم النصح والاعلاملموثق فان إخلال المدين للالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، لا يثير أي مسؤولية عقدية، فالمسؤولية هنا مجالها الرضا ، ويمكن طلب إبطال العقد لعيب في الرضا ، بالإضافة إلى طلب التعويض وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية.

ثانيا–تمييز التزام الموثق بالنصح والإعلام عن تقديم المشورة:

الاستشارة والاشارة مأخوذتان من الأصل الرباعي شاور ، ففي اللغة أشار عليه أمره ونصحه ودله على وجه الصواب، وشاوره في الأمر طلب منه المشورة، والشورى الامر الذي يشاور فيه ، لقوله تعالى" وشاورهم في الامر "[5].

قال ابن منظور[6] "وشاوره مشاورة وشوارا، واستشارة طلب منه المشورة واشار الرجل يشير اشارة: إذا أراد ما بيده...واشار بالراي ، واشار يشير: إذا ما وجه الراي".

وبنا على ما سبق يمكن أن نخلص بأن الإستشارة القانونية هي عبارة عن بحث أو دراسة لنقطة قانونية يتقدم بها شخص يسمى طالب الاستشارة إلى المستشار القانوني من أجل استجلاء وبيان حكم القانون في قضية معينة[7].

كما ان الاستشارة القانونية تدخل في مهام الموثق، حيث يمكنه في حدود اختصاصه وصلاحياته تقديم استشارات قانونية بناءا على طلب الزبائن دون أن يؤدي ذلك حتما لتحرير عقد[8].

وان تقديم الإستشارة القانونية لا يختلف عن التزام الموثق بالإعلام والنصح ، من حيث أن كلاهما تدخل في اختصاص الموثق حيث يقدم الموثق استشارة قانونية حول ابرام عقد أو تصرف قانوني، لكن يختلفان بالإعتماد على معيار وقت نشوء الالتزام ووقت المطالبة بتنفيذه . حيثان الالتزام بالنصح والإعلام للموثق هو التزام يكون قبل أو اثناء إبرام العقد حيث يعطي الموثق للأطراف المتعاقدة النصائح والتوجيهات اللازمة لابرام التصرف القانوني الذي يمكن أن يبرم أو يبرم في المستقبل ، أما تقديم الاستشارة فإنها تكون عادة عند طلب الزبون لأخذ رأي الموثق حول قضية أو عقد معين دون أن يؤدي ذلك إلى تحرير عقد.

المطلب الثاني: التأصيل القانوني لالتزام الموثق بتقديم النصح والاعلام

التزام الموثق بالنصح والاعلام التزام نص عليه المشرع الجزائري حيث نصت عليه المادة 12 من القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، أما مضمون ومقتضيات التزام الموثق بالنصح ، فترك تنظيمه وشرحه للفقه والقضاء، وفي ضوء ذلك تناول الفقه والقضاء هذا المضمون من خلال النظر إلى مشروعية الالتزام بالنصيحة فتولاه بإعتباره التزاما تعاقديا صميما يقع على عاتق الموثق، ودراسة هذا الموضوع يتطلب دراسة لزوم الالتزام بالنصح ، ثم بحث طبيعته القانونية.

الفرع الأول: الأساس القانوني لالتزام الموثق بالنصح والإعلام

لقد اختلف الفقه في أساس إلتزام الموثق بالنصح والإعلام فهنا ظهر عدة اتجاهات فقهية ، فهناك من اعتبر التزام الموثق بالنصح التزام أدبي يقع على عاتق الموثق بحكم وظيفته(أولا)، وهناك من اعتبره قائما على أساس عقد ضمني بين الموثق وزبونه(ثانيا)، ونتطرق لدراسة هذه الأراء الفقهية فيما يلي:

أولا:التزام الموثق بالنصح أساسه عقد ضمني بين الموثق والزبون:

ذهب هذا الرأي إلىأن أساس التزام الموثق بالنصح والإعلام هو وجود عقد ضمني بين الزبون والموثق، يلزم بمقتضاه هذا الأخير بأن يقدم إليه النصائح الضرورية مقابل اتعاب معقولة[9].

وما يبين الطبيعة التعاقدية لالتزام الموثق بالنصح فإنه عندما يتوجه الزبون إلى مكتب الموثق من أجل التعاقد، فإن ذلك يندرج في دائرة الإيجاب والقبول بين الموثق وأطراف العقد، فعندما يفتح الموثق مكتبا عموميا للتوثيق، ويضع لوحة اشهارية خارج مكتبه وداخله، فإن ذلك يعتبر إيجابا أو دعوة للجمهور لمن يرغب في الاستفادة من خدمات الموثق واضفاء الرسمية على العقود التي يود ابرامها، وأن لجوء أطراف العقد إلى الموثق على هذا الأساس هو بمثابة قبول لإيجاب أو عرض الموثق، وبذلك فإن شروط العقد قائمة كما إن المشرع حدد سلفا الأتعاب والرسوم التوثيقية المستحقة عن كل عقد، لذلك يكون الموثق مسؤولا في حالة امتناعه عن تقديم نصائحه لزبائنه.

وان الطبيعة التعاقدية لا تبدو واضحة في عمل الموثق، فالموثق لا يستطيع رفض توثيق عقد اذا طلب منه زبون طالما انه كان متطابقا مع القانون من جهة ، ومن جهة أخرى فإن مقابل الأتعاب الذي يتقاضاه الموثق له طبيعة تنظيمية حددها القانون ولا يملك الأطراف أي حرية في مناقشتها[10].

ثانيا. التزام الموثق بالنصح التزام أدبي:

ذهب بعض الفقهاء[11]إلى اعتبار التزام الموثق بالنصح والإعلام الى أنه واجبا أدبيا يجد أساسه في طبيعة مهنة التوثيق نفسها. فتدخل الموثق ضروري لضمان الأمن القانوني لاتفاقات الأطراف، وهو الهدف الذي يريده المتعاقدون من خلال إفراغ ارادتهم في شكل رسمي، فيقع على عاتق الموثق واجب أدبي تفرضه أعراف المهنة، حتى وإن لم ينص عليه القانون، ومن هذا المنطلق فيلتزم الموثق بتقديم النصيحة والإعلام لجميع العقود التي يحررها ، فيقدم الموثق نصائحه حتى بالنسبة للزبائن الذين لا يودون ابرام عقد توثيقي،

أي أنهم يطلبون خدمة الموثق من أجل الاستفسار والتنوير حول قضية معينة أو مسألة قانونية محددة، ويكون الموثق في كل هذه الحالات ملزما بتقديم النصح والإعلام .

وان الموثق يمارس مهنة بصفة مستقلة عن الافراد، حيث ان الدولة منحته جزءا من صلاحياتها وهو افراغ اتفاقات الأفراد في شكل رسمي، ومن هنا يظهر دور الموثق بصفته ضامن للأمن القانوني والتعاقدي بين الافراد.

الفرع الثاني: موقف التشريع والقضاء من طبيعة التزام الموثق بالنصح والإعلام

أولا- موقفالتشريع:

الموثق ضابط عمومي أوكله المشرع مهمته توثيق العقود واعطائها الصبغة الرسمية، لكنه يعتبر كذلك من أعوان القضاء ومن رجال القانون، يفترض فيه العلم والكفاءة والحيطة، وبالتالي أوجبه القانون التزامه بواجب النصح، وهي من القواعد الآمرة المكرسة في قانون التوثيق02/06 بموجب المادة 12 منه ومن قبلها قانون التوثيق السابقرقم 27/88 المؤرخ في 12 جويلية 1988 [12]حيث نص في المادة 07 منه بقولها" يجب على الموثق ان يقدم نصائح وان يتأكد من صحة وفعالية العقود الموثقة أو المحررة..."

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر رقم 70-91المؤرخ في17شوال1390الموافق ل15 ديسمبر1970 يتضمن تنظيم التوثيق[13] المادة 4 "يقدم الموثقون نصائحهم الى الأطراف لتكون اتفاقات هؤلاء منسجمة مع القوانين التي تخضع اليها ويقومون بتأمين تنفيذها ويعلمون الاطراف بمدى التزاماتهم وما لكل منهم من حقوق ويشرحون لهم جميع الآثار والإلتزامات التي سيخضعون لها ويبينون لهم أخيرا الاحتياطات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان تنفيذ إرادتهم".

وإن قانون فانتوز رقم 25 المتعلق بقانون التوثيق الفرنسي والذي أخذت عنه معظم التشريعات المقارنة[14]بما فيها نظام التوثيق الجزائري فإنه لم يشر إلى التزام الموثق بإسداء النصيحة الى الزبائن، ولكن التزام الموثق بتقديم النصح والإعلام أصبح التزاما أساسيا يقع على عاتق الموثق إضافة إلى التزام باضفاء الرسمية على عقود واتفاقات الأفراد ، كما انه يقع على عاتق الموثق التزام النصح حتى ولم يفرغ لتلك العقود في شكل رسمي.

ثانيا – دور القضاء في ضبط التزام الموثق بالنصح والأعلام :

لقد لعب القضاء الفرنسي دورا لا يستهان به في مجال تفسير أحكام القانون، ولكن ظهر تدخل القضاء اكثر في مجال عقود الاستهلاك، من خلال تفسير القواعد العقدية تفسيرا يسمح بإنشاء التزامات غير منصوص عليها صراحة في نصوص القانون، حيث اعتمد القضاء الفرنسي على محتوى نص 1135 من القانون المدني الفرنسي، التي تقابلها نص المادة 107 مدني جزائري، التي تقرر وجوب تنفيذ العقد

ليس فقط على اساس ما ورد به من التزامات، ولكن أيضا وفقا لما يعد من مستلزماته، أي وفقا للقانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام.

ولقد اعتبر القضاء الفرنسي أن التزام الموثق بالنصح لا يرتبط بالعقد الذي يجمعه مع الزبون، بل يعتبر واجبا مهنيا مثل التزامه باضفاء الرسمية، معتمدا في ذلك على روح وفحوى قانون فانتوز ، والأسباب المذكورة في مقدمة مشروعه، والتي تقر وتؤكد بأن الموثق هو ضابط عمومي ناصحا محايدا للأطرافوليس مجرد كاتبا أو محررا لإتفاقات الاطراف.

كما قضت محكمة استئناف روان[15] في سنة 1841. بان "الموثقين مستشارين لا يمكن الإستغناء عنهم من الأطراف إلى جانب محررين لإرادتهم".

كما اتجهت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 03 اوت 1958 الصادر عن الغرفة المدنية "الموثقين ليسوا من أجل مهمة اعطاء الصبغة الرسمية للعقود التي يحررونها، فإن محتوى فحوى القانون الذي يخضعون له، أنه عهد لهم بدور أسمى ولا يقل اهمية، فإنه اعتبرهم مستشارين لا غنى للأطراف عنهم"[16].

المبحث الثاني: مضمون إلتزام الموثق بالنصح ومدى مسؤوليته القانونية

انتهينا أن التزام الموثق بالنصح والأعلام يعني اعلام الموثق المتعاقد وتنويره بمحتوى العقد الذي يريد ابرامه وتحذيره من مخاطره والآثار القانونية المترتبة عليه، وهذا في النهاية من أجل تحقيق نتيجة تتمثل أن يتعاقد الشخص عن بصيرة جلية تجعل رضائه حرا مستنيرا، وهذا ما يحقق بدون شك الأمن القانوني للعملية التعاقدية، وهو ما يفرض على الموثق تحت طائلة مسؤوليته تحرير عقود صالحة وأكيدة، وخاصة مع غياب تعريف قانوني لواجب الإلزام بالنصح، فإن المحاكم فسرت ليس مضمونه فحسب بل كذلك محتوى الواجب، فاتجهت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 11 أكتوبر 1966، بأن الموثق ملزم بتوضيح للأطراف ويضمن فعالية وصحة العقود المحررة من طرفه[17].

المطلب الأول: مضمون التزام الموثق بالنصح والإعلام:

واجب النصيحة يعتبر الزام عام بالإعلام يلزم اذن الموثق من جهة بضمان صحة العقود التي يتلقاها(الفرع الأول) ومن جهة أخرى يضمن فعالية هذه الإتفاقات بإحداث الأثر القانوني الذي يريده المتعاقدون من خلال افراغ ارادتهم في شكل رسمي(الفرع الثاني).

الفرع الأول: الموثق ضامن لصحة العقود التوثيقية

وان المقصود بالتزام الموثق باسداء النصح للمتعاقدين، هو أن يقوم اثناء عملية التعاقد باطلاعهم على مضمون العقد وأثاره، وأن يبين لهم بوضوح التزاماتهم وحقوقهم. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر في 26 يناير 1988.ولقد ذهب القضاء الفرنسي إلى أبعد من ذلك فوسع من نطاق

واجب النصح فجعله يشمل جميع الأنشطة التوثيقية، فواجب النصح من واجبات الموثق بل أصبح مستقلا عن وظيفة الرسمية، ولا تكتمل ضمانة الموثق لصحة العقود التوثيقية التي يتولى تحريرها إلا إذا روعيت الضوابط القانونية التالية:

أولا: ملائمة العقود مع العملية القانونية:

إن الموثق ضابط عمومي مفوض من قبل الدولة أوكله المشرع مهمة افراغ اتفاقات الأفراد في شكل رسمي، وهذه المهمة تفرض على الموثق أن تكون جميع المعاملات الموثقة ، والتي تلقاها من ذوي الشأن أن تكون مطابقة ومنسجمة مع النصوص والأحكام القانونية، وهذا بدوره ما يفرض على الموثق الإلمام بجميع مقتضيات القانون، لأن هذا الأخير رجل قانون محترفبالنظر إلى وظيفته، يفترض فيه العلم بجميع قواعد وأحكام القانون، ولا يمكنه الجهل بأحكامه.

والموثق بصفته رجل قانون فإنه يفترض فيه علمه بقواعد القانون وتعديلاته وإلا تعرض للخطأ مما يعرض مسؤوليته[18].فالتكوين والمعرفة القانونية حتمية لا مفر منها بالنسبة للموثق، وهذا ما تفرضه المادة 18 من قانون التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 06 فبراير 2006. التي تنص" يجبعلى الموثق تحسين معارفه ومداركه العلمية".

فالموثق اذن يجب عليه البحث في مدى صحة السندات المقدمة إليه والشروط القانونية من حيث الإلتزامات المترتبة، وكذلك تطبيق القانون ومسائل التزامات الأطراف.فعلى سبيل المثال عند تحريره لعقد بيع عقار ملزم بطلب مجموعة من الوثائق والتراخيص المطلوبة قانونا، وذلك تحت طائلة بطلان العقد مع تعريضه المسؤولية، فمثلافي المجال البيئي وتجسيدا لواجب الإعلام والنصح فإنه يتعين على الموثقفي حالة تلقيه لعقد بيع قطعة أرضية مخصصة للبناء أن يوجه الأطرافإلى الهيئات المعنية للحصول على الرخص والاطلاع على المعلومات المتعلقة بالأخطار الكبرى قبل امضاء عقد البيع، والغرض من ذلك معرفة مدى امكانية البناء أو إعادة البناء على تلك القطعة.

لأنه تطبيقا لأحكام المادة 19 من قانون 04-20 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في اطار التنمية المستدامة[19]. وعليهيمكن أن تخضع بعض القطع الأرضية للمنع وبالتالي يستحيل على المشتري الحصول على رخصة البناء أو شهادة التعمير وأن هذه المسألة تمس بطبيعة التزام الموثق كضامن لفاعلية العقد[20].

ثانيا . التأكد من حقوق الاطراف المتعاقدة:

إن توضيح الموثق للأطراف القانون الذي ينطبق على الواقعة محل التعاقد، يلزمه في مرحلة ثانية التحقق من محتوى العقد وطبيعته والبحث عن مدى صحة أركانه وأنه غير مشوب بالغش في حالة اخفائه لتصرف أخر.فلابد على الموثق التحقق من مدى توافر أهلية الأطراف وانصراف ارادتهم إلى تحرير العقد.

وإن الإلتزام بالنصح يحمل الموثق في المعاملات العقارية بواجب اخر وهو التأكد والتحري عن الوضعية القانونية للعقار، والتيقن من أنه غير مثقل برهون أو تكاليف، وهذا ما اكدته محكمة دوي الفرنسية Douai في حكمها الصادر بتاريخ 21 ماي 1973.

ويعتبر هذا الالتزاممن بين الإلتزامات الهامة الملقاة على عاتق الموثق في مجال المعاملات العقارية،والتي ينبغي على الموثق البحث عنها، وهي التحقق والتأكد من أصل الملكية العقارية والوضعية القانونية للعقار الذي يريد الأطراف التعامل بشأنه، كما هو الشأن في عقد البيع، فهنا الموثق بصفته ضابط عمومي لابد عليه أن يضمن صحة العقود الناقلة للملكية، والتأكد من وجود حق الملكية للبائع، هذه المراقبة تكون بوجود عقود أصول الملكية.

ولقد اتجه القضاء إلى أن مراقبة الموثق وتفحصه لحق الملكية يقتصر فقط في الأمور التي تدخل ضمن صلاحياته المهنية، ومن ثم لا تلزمه الإنتقال إلى عين مكان تواجد العقار من أجل المراقبة المادية، فواجبه يقتصر فقط حول مراقبة حق الملكية من خلال تفحصعقد ملكية البائع[21].

كما اضافة الى ذلك يجب على الموثق مراقبة سلسلة التصرفات المتتابعة الواردة على العقار فيجب على الموثق تنبيه الأطراف بوجود شروط مدرجة في عقود الملكية وتؤثر على التصرف.

وان التحقق من حقوق الملكية يجب على الموثق أن يتصل بالمصالح الإدارية المختصة مثل مصالح المحافظة العقارية ومسح الأراضي للإطلاع على البطاقة العقارية للعقار محل التصرف،ليتأكد من مدى خضوع العقد لإجراءات التسجيل والشهر، وسلامته من أي رهن أو تخصيص أو امتيازات أخرى تجعل العقار مثقلاوتجعل التصرف فيه خطرا على زبائنه، فلو علم الموثق بوجود رهن أو أن العقار محل التصرف مثقل بتكاليف، ولم يقم بواجب تقديم النصح للأطراف،واعلام المشتري بخطورة الآثار التي قد تترتب عن شراءهلهذا العقار، والمتمثلة في حق الدائنين المرتهنين من التنفيذ على العقار، يكون في هذه الحالة الموثق مخلا بالتزامه بنصح المتعاقدين وهو ما يرتب مسؤوليته، أما إذا قام المشتري بشراء العقاروتسليم الثمن إلى البائع بعد اعلامه من طرف الموثق، وتوقيع العقد بدعوى أنه قام بالتحريات بنفسه، فإن هذا الأخير يتحمل تبعة عمله، ولا مجال لمسائلة الموثق بإخلاله بواجبه، وهذا ما سارت عليه محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 25 نوفمبر 1971[22].

ويجب على الموثق لضمان صحة العقود الرسمية التي يتولى توثيقها، تفحصحقيقة وصلاحية ارادة ممثلي الأطراف المتعاقدة، ففي حالة ادراج وكالة في العقد. فيجب على الموثق التأكد من صلاحية الوكيل في تمثيل ارادة موكله، حيث إن بطلان الوكالة يمكن أن تؤدي إلى بطلان التصرف الذي انصبت حوله الوكالة وبالتالي إلى بطلان العقد الذي وهو ما يرتب مسؤولية الموثق محرر العقد[23].

ثالثا. مراقبة هوية الاطراف المتعاقدة ومطابقتها للأصلية:

ان ضمان صحة العقد وفعاليته، يفرض على الموثق اجراء تحقيق ومراقبة لهوية الأطراف بحد ذاتهم فيجب عليه بداية التحقق من هوياتهم، فالموثق يقع عليه التزام هو واجب التأكد من صحة العقود الموثقة، حيث تنص المادة 12 فقرة 01 من قانون التوثيق " يجب على الموثق أن يتاكد من صحة العقود الموثقة..."

فلا بد على الموثق التأكد من صحة الوثائق المقدمة إليه من أجل اعداد العقود التوثيقية، فالأصل أن حسن النية مفترض في جميع الأطراف، ولكن يجب على الموثق أن يأخذالحيطة الواجبة، ولهذا السبب يتعين على الموثق أن يتحرز من الزبائن من خلال اشتراط تقديم الوثائق الأصلية مرفقة ببيانات الهوية.

والإلتزام بمراعاة صحة العقود هو التزام أصيل يضطلع به الموثق من حيث قيامه بمراقبة شروط العقد المتلقى لديه قبل واثناء انجازه، شكلا ومضمونا، من خلال التأكد من صحة العقد الرسمي، والتقيد بضوابطها الشكلية المحددة في التشريع والتنظيم والعرف.

واجب النصح الزام أخلاقي معنوي وقانوني،فهو التزام معنوي لأنه يرتبط بوجود مهمة ووظيفة الموثق، وواجب قانوني لأنه نص عليه قانون التوثيق ، كما إن نص المادة 09 من قانون التوثيق الفرنسيرقم 25 فانتوز تفرض على الموثق الزام النصح بكل حيادية، بمعنى لا يجب عليه محاباة طرف على اخر، فيقدم نصائحه لكلا الطرفين في سبيل منه إلى اتفاقهما، لتحقيق التوازن العقدي، رغم أن مصالحهما متضاربة فيما بينهما، كما ان واجب النصح لا يقتصر على زبائن الموثق، بل يمتد إلى كل اطراف العقد، مهما كانت مصالحه، فيكون مسؤولا في حالة محاباته طرف على أخر، فالموثق لا يمكنه ان يكتفي بتدخله في ابرام العقد وتوثيقه باتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة ، بل يجب عليه قانونا أن يزود الزبون على كل التعليمات والنصائح التي من شانها حماية حقوقه، أو تجنبه الأضرار.

كما إن القانون في مجال النصح والاعلام منع الموثق من تلقى العقود التي يوجد فيها أحد أفراد عائلته.وعليه فيدخل ضمن واجب النصح التزام الموثق بتوجيه المتعاقدين وتنويرهم بالنصائح الكافية في المجال الضريبي ببيان الواجبات التي يمكن أن تفرض على أطراف العقد مثل الرسوم الجبائية أو رسوم التسجيل، وكذا كل عواقب التأخير في الأداء، مع ما يمكن أن يطالهم من ممارسة الغير لحقوق يخولها لهم القانون، كالشفعة، أو حق الافضلية، فالموثق وفقا لنصوصوأحكام قانون التسجيل ملزم بنصوص قانونية أن يطلع الأطراف على المقتضيات القانونية التي تعاقب على كل نقص في القيمة أو اخفاء للحقيقة تهربا من أداء واجبات التسجيلويبين لهم الغرامات المطبقة على كل تملص من أداء الواجبات المفروضة عليهم.

رابعا–فعالية العقود:

الموثق ضامن لفاعلية العقود التي يحررها، فيجب عليه بالنتيجة البحث عن إرادة الأطراف المتعاقدة لتحقيق اثارها القانونية، فالعقد يكون فعلا وفقا لاجتهاد المحاكم هو العقد الذي يتوافر مع ارادة المتعاقدين. فالموثق لا تقتصر مهمته في تحرير عقود صحيحة، ولكن يجب عليه كأحد التزاماته المهنية تحرير عقود فعالة تحقق اثارها الشخصية والمادية. وهذا لحماية ارادة الأطراف وعلى إطلاع تام بنتائج العقود المراد تحريرها[24].

فيجب على الموثق البحث على النوايا الحقيقية للمتعاقدين، والعمل على افراغها في شكل رسمي يتوافق والأحكام التشريعية. وعليه فإن الموثق باحترامه لمبدأ النصح وتحقيق عقود فعالة فإنه يكون قد حقق حماية لإرادة الأطراف عن طريق تنويرهم وتبصيرهم بنتائج واثار العقود التي أبرموها.

وفي هذا الصدد نشير أن محكمة النقض الفرنسية[25] قضت بموجب قرار لها الصادر في 1976/05/12 بنقض حكم محكمة الإستئناف باريس في قضية ضد موثق بخصوص عدم اخطاره زبونه بأثار عقد البيع المثقل برهن رسمي، حيث أن محكمة الإستئناف بباريس اعتمدت على دفوع الموثق بقوله أن المدعي(مشتري العقار) يعد مثقفا لكونه مهندس وأنه محترف في المعاملات، لكن محكمة النقض نقضت القرار وجاء في حيثيات قرارها أن القرار مشوب بالقصور في التسبيب لكونه لم يستخلص العناصر التي تبين قيام الموثق بالتزامه في اعلام المدعي بالإلتزامات المثقلة للعقار.

إن فعالية العقود كالتزام ينبغي على الموثق تحقيقه كمستشار قانوني للأطراف **أن يبحث عن فعالية أو جدوى العقد:**وذلكعن طريق البحث على نية الأطراف الحقيقة ، فيجب على الموثق اكتشاف ما يرمي إليه الأطراف قبل تدوين ذلك بالعقد، وبالتالي فإن الشكل القانوني لإنجاز ذلك أو الصياغة القانونية يجب أن تكشف عن الهدف المنشود أو سبب العقد، فينبغي على الموثق اخطار الأطراف بخطورة التصرفات (في حالة اخفاء عقد بيع في شكل عقد هبة أو اخفاء المبالغ المتفق عليها في عقد صوري مثلا اعتراف بدين).

أما **مسألة استعمال تقنيات قانونية خاصة للإعلام** تثار هذه المسألة في حالة انتقال الملكية العقارية، فالموثق بصفته محترف في مجال مادة قانون التعمير والعقار فيجب عليه البحث عن كل ما يتعلق بحركية الملكية العقارية والإلتزامات المثقلة بها، فيجب على الموثق طلب الوضعية العقارية للعقار قبل تحرير العقد. فيمكن في أي لحظة يقع رهن على العقار محل البيع.

وقد قضى بأن الموثقين مطالبين مهنيا بتنوير الأطراف حول النتائج واثار عقودهم، ولا يمكن انكار مبدأ مسؤوليتهم بحجة أنهم لم يقوموا إلا بإضفاء الرسمية التي تلقوها.

فالموثق قاضي ودي للعقود أو قاضي الإرادة فبالتالي وهو يقوم بواجب النصح للمتعاقدين، لا يحق له أن ينصح طرف دون أخر، ولا أن يغلب مصلحة أحدهما على الأخر، بل يجب عليه التحلي بالحياد التام، لا

يخضع سوى لضميره والقانون، وهذا لتحقيق التوازن العقدي بين مصالح الأطراف المتعاقدة وبالتالي يضمن الأمن القانوني للعقود وبالتالي يقلل المنازعات أمام القضاء[26].

المطلب الثاني:حدود التزام الموثق بالنصح ومدى مسؤوليته القانونية

ان الإلتزام بالنصح والإعلام قد يثقل كاهل الموثق بصفته ضابط عمومي مهمته افراغ ارادة الأفراد في شكل رسمي ، حيث انه في سبيل تحقيق هذا الإلتزام لفائدة ومصلحة الزبون ابتداء من اللحظة التي تقدم فيها إلى مكتبه إلى غاية انتهاء تدخله وبالتالي فإنه يجب تحديد نطاق التزام الموثق بالنصح والإعلام (فرع أول) والحالات التي تعفي الموثق من التزام النصح والاعلام(فرع ثاني)

الفرع الأول: حدود التزام الموثق بالنصح والإعلام

إذا كان القانون ألزم الموثق بالقيام بواجب النصح ، فقد اختلف بشأن حدود هذا الأخير، فالتساؤل الذي يطرح هنا هو هل يعتبر التزام الموثق بتقديم النصائح والإرشادات لزبائنه التزام عام ومطلق بحيث عليه أن يوضح للزبائن كل العناصر الجوهرية والفرعية للمعاملة، أم ثمة حالات يعفى فيها من هذا الإلتزام ؟

-التزام يتعلق بجميع النشاط التوثيقي:

واجب النصح والاعلام إلزام للموثقين في مواجهة زبائنهم، فيفرض عليهم هذا الواجب كيفما كانت طبيعة تدخل الموثق المهنية. وبصفة طبيعية يتعين على الموثق تقديم واجب النصح بمناسبة تحرير العقد الرسمي أي قبل توقيع العقود وليس بعدها، القرار المبدئي لمحكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية المؤرخ في 21 جويلية 1921[27] الذي كمل مبدأ الرسمية الذي قرر أن" الموثقين دورهم هو اضفاء الصفة القانونية لاتفاق الأطراف والصيغة الرسمية، كما ان لهم مهمة شرح للزبائن نتائج والاثار المترتبة عن عقودهم التي أبرموها.

<u>هل يرتبط الزام النصح بخبرة الزبون أم لا:</u> ذهب جانب من الفقه إلى أن واجب النصح مرتبط ارتباطا وثيقا بمدى خبرة الزبون بغض النظر عن مستواه الثقافي، فقد يتوفر هذا الأخير لدى شخص ولكن لا خبرة له في مجال المعاملات المالية، في حين هناك فئة لا ثقافة لها، وتتوفر على خبرة واسعة في هذا المجال. وعليه فإن الموثق لا يكون ملزما بأن يقدم لهذه الفئة الاخيرة النصائح والارشادات.

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية بأن واجب النصح له علاقة بخبرة الزبون القانونية، فالموثق لا يكون ملزما بتقديم النصيحة حول أشياء يعلمها هذا الزبون، أو كان من المفروض عليه العلم بها.

حيث عرضت على المحكمة قضية تتعلق بأحد قدماء المحافظين العقاريين الذي أقرض مبلغا من المال مقابل رهن، غير أنه لم يقم بتقييد هذا الأخير في المحافظة العقارية لضمان قرضه، وقد ردت المحكمة دفعه المتمثل في كون الموثق لم يخطره بضرورة القيام بهذا الاجراء.

كما إن هذا الإلتزام تبدو أهميته أكثر خاصة بالنسبة للزبائن الذين لا يحسنون القراءة ولا الكتابة فإن القضاء الفرنسي أقر بالتزام الموثق بنصحهم عندما يتعلق الأمر بأشخاص أميين لا يعرفون القراءة والكتابة، أو بأشخاص مسنين أصبحوا بحكم السن غير قادرين على تقدير نتائج تصرفاتهم.

هذا وقضت أيضا محكمة النقض الفرنسية أن الموثق لا يمكنه التملص من واجب النصح، لا بخبرة الشخصية للزبائن، ولو حتى كان الزبون بحذ ذاته موثق. كما إنه لا يمكن اعفاء الموثق من هذا الالتزام حتى ولو حضر مع الزبائن مستشار قانوني آخر محامي أو موثق، في هذه الحالة حضور هذا المستشار يكون لتنوير الأطراف.فقضت محكمة النقض الفرنسية في هذا الاطار أن حضور مستشار شخصي الى جانب الزبائن لا يعفي الموثق من الزام النصح[28].

وإن إدراج بند في العقود يعفي الموثق من مسؤوليته من الزام النصح، وذلك بإدراجهم بندا في العقود يشيرون فيه إلى أن الاتفاق تم بين الطرفين دون تدخل الموثق و مشاركته، غير أن القضاء لم يعتد بهذا البند واعتبره باطلا وعديم الجدوى، لأنه يضمن العقد مقتضيات لصالحه وهو شرط لمصلحته مما يجعله باطلا[29].

<u>حالات اعفاء الموثق منالإلتزام بالنصيحة والإعلام:</u>

يمكن حصر حدود تطبيق التزام الموثق في حالات معينة أوجدها التطبيق العملي وأقرها القضاء وتتمثل هذه الحالات فيما يلي:

1-ارادة الزبون بالتعاقد: ففي مجال مسؤولية الموثق قضت الغرفة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم صادر بتاريخ 21 نوفمبر 2001[30]، بأن الموثق لا يعد مخلا بالتزامه بالإعلام بالنصيحة، لحظة أنه أعلم زبونه ببقاء بعض الالتزامات التقنية لوكيل عقاري، رغم ذلك أبدى الزبون تمسكه بالتعاقد وتحمله مسؤولية قراره باستعمال عبارة "قراري بالتعاقد يعد أمرا شخصيا وأتحمل كل ما ينتج عن ذلك".يتبين من خلال هذا الحكم أن قرار المشتري الأخير يعد حدا لالتزام الاعلام والنصيحة للموثق.

2- علم العامة بالعيب: إضافة إلى ارادة الطرف الأخر بالتعاقد، ودائما في مجال مسؤولية الموثق، قضت الغرفة الأولى المدنية لمحكمة النقض الفرنسية في حكم صادر لها بتاريخ 18 ديسمبر 2001، بأن الموثق لا يعد مخلا بالتزامه بالاعلام وبالنصيحة، عندما يكون العيب معلوما لدى العامة، كعلم السكان المجاورين بوجود نزاع قضائي على حديقة عقار أقدم موثق على ابرام عقد بيعه لفائدة مشتري ادعى بمسؤولية الموثق الذي لم يعلمه بذلك، فلا ضرورة إلى نصيحة أو إعلام شخص يود شراء سيارة فيما لو كانت سياحية أو نفعية ، لأن مثل هكذا توجيه يعد مالوفا لدى العامة.

الفرع الثاني: مدى مسؤولية الموثق عن تخلفه عن واجبه بتقديم النصح والإعلام

اخلال الموثق بإلتزام النصح والإعلام ليس بمنئى عن المسؤولية إذا لم يقدم النصائح الكافية لزبونه، لأن هذا الالزام واجب تفرضه طبيعة مهنة التوثيق وأعرافها، لكن ما هو أساس مسؤولية الموثق عن اخلاله بالتزام النصح والإعلام؟

أولا– مدى التزام الموثق بالنصح والإعلامتجاه الزبون التزام بتحقيق نتيجة أو ببدل عناية:

اختلف الفقه في طبيعة واجب الموثق بالنصح والاعلام فيما إذا كان التزاما بنتيجة أم بوسيلة ، وان معرفة ما إذا كان التزام الموثق بالنصح والإعلام التزام بوسيلة أو بلوغ غاية أو نتيجة، يرتب بلا شك معرفة طبيعة مسؤولية الموثق والقواعد القانونية الواجب التطبيق عليها، فهل يعتبر الموثق التزامه بتحقيق نتيجة محددة اتجاه زبونه أم ان التزامه ببذل العناية والحرص دون أن يكون ملزما بتحقيق النتيجة ويعتبر مؤذيا لإلتزامه في حالة بذله تلك العناية وإن لم تتحقق النتيجة المرجوة ويسمى في هذه الحالة إلتزاما بوسيلة[31].

واختلف الفقه حول مدى التزام الموثق بالنصح والإعلام فعل هو التزام ببذل عناية أو تحقيق نتيجةنعرض لكلا الرايين في فقرتين مستقلتين ثم نبين الرأي المختار في الفقرة الثالثة وكما يلي :

1 :– الاتجاه القائل بأن الالتزام بالنصح والإعلام التزام ببذل عناية

يذهب الرأي السائد في الفقه إلى أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق هو التزام ببذل عناية، ويستند أصحاب هذا الرأي في تدعيم وجهة نظرهم إلى الأسانيد الآتية :–

أ/أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يتضمن الشروط التي وضعها الشراح لكون الالتزام ببذل عناية والتي تتمثل في أن النتيجة المطلوبة من الالتزام هي نتيجة احتمالية وليس محققة الوقوع، وأن يكون للدائن دور في تحقيق هذه النتيجة أو منعها.

ومن ثم يرى أنصار هذا الرأي أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يستجمع الشروط المطلوبة للالتزام ببذل عناية ، لأن الموثق يهدف من وراء النصح والاعلام للزبون تجنيبه ما قد يقع من خطورة ابرامه التصرف ولكنه لا يضمن الوصول إلى هذه النتيجة.

ب.أن الالتزام بالنصح والإعلام للموثق يقتصر على الإدلاء ببيانات موضوعية وهادفة عن الشيء محل التعاقد وبنود العقد الذي سيتم إبرامه ، ومن ثم لا ينتظر من المدين أن يحل محل الدائن في اتخاذ قراره بالتعاقد من عدمه ، ولا ينتظر منه أيضا أن يضمن النتيجة النهائية للعملية العقدية.

ويبرر جانب من الفقه ذلك بأنه طالما لم يوجد نص صريح في القانون فإن الموثق يكون قد أوفى به إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي.

2 :الالتزام بالنصح والإعلام للموثقهو التزام بتحقيق نتيجة

يرى البعض أن الإلتزام بالنصيحة للموثق،قد يكون أحيانا إلتزام بتحقيق نتيجة،وذلك في بعض العقود، حيث إن الموثق مجرد ناصح مستشار بتحقيق نتيجة، فهو يكون ملتزما فيما يتعلق بالشروط الخاصة

بفعالية العقد.التزاما بتحقيق نتيجة فيما يتعلق بالصحة القانونية،إزاء المضمون العقدي[32]، وبمعنى أخر فإن العلة من وراء التزام الموثق بتحقيق نتيجة تكمل في طبيعة العمل والنشاط التوثيقي، حيث إنه في جميع حالاته يغلب عليه عنصر اليقين والتأكيد على عنصر الإحتمال في تحقيق النتيجة، ونتيجة لذلك فإن التزام الموثق بتحقيق نتيجة يظهر في جميع مراحل تحرير واعداد العقد التوثيقي، فهو يلتزم بتحرير العقد والقيام بالإجراءات القانونية الواجبة قانونا في ذلك العقد من تسجيل واشهار ومن ثم تمكين الأطراف من نسخة أو مستخرج من ذلك العقد، فتخلف الموثق عن تنفيذ التزامه يعتبر مخلا ومن ثم مسؤولا[33].

ثانيا :-الطبيعة المزدوجة لإلتزام النصح والإعلام للموثق

ان الإلتزام بالإعلام والتبصير للموثق التزام ذو طابع خاص، وذلك يرجع إلى طبيعة وظيفة التوثيق حيث إن هذا الإلتزام يضيق ويتسع تبعا لنوع العقد ومدى المعرفة العلمية أو العملية لدى اطرافه[34]، فالأصل فيه حسب ما استقر عليه رأي الفقه هو ان الالتزام المهني للموثق تجاه ذوي الشأن يكون في الأصل التزاما ببذل عناية، حيث تنطبق عليه الشروط الفاصلة بين الالتزامين وهو أن النتيجة المطلوبة من الالتزام هي نتيجة احتمالية غير محققة الوقوع . وان يكون للزبون دور في تحقيق هذه النتيجة أو منعها .

ومن ثم فان الالتزام بالنصح والإعلاملموثقيستجمع الشروط المطلوبة للالتزام ببذل عناية ، لأن الموثق يهدف من وراء النصح والإعلام تجنيب المتعاقد التعرض للخطورة ولكنه لا يضمن الوصول إلى هذه النتيجة، لأن الموثق يلتزم بأن يقدم لطالب الإستشارة النصائح اللازمة لإعداد وتحرير العقد، فهو يقوم بتنوير وارشاد الزبون إلى ما يجب عليه أن يتبعه ويتحمله من نتائج وآثار في العقد الذي يود تحريره، وأيضا الضمانات القانونية المتاحة.

ولكن قد يتدرج الالتزام بالنصح والإعلام للموثق من حيث القوة من التزام بوسيلة إلى التزام بنتيجة استثناء بحسب عدة عوامل ، منها خطورة وحداثة العقد أو وضعية طرفي العقد، ففي بعض الأحوال يكون هذا الالتزام التزاما بتحقيق نتيجة حيث يجد مجاله الخصب في العقود التي يكون فيها اختلال في المراكز العقدية وخاصة العقود التي يكون فيها المدين شخص محترف أو مهني أو صانع أو منتج . فالالتزام بالنصح والإعلام للموثقفيها يكون التزاما بتحقيق نتيجة . لأن أساس وجود هذا الالتزام هو لعلاج الاختلال في هذه المراكز، فعدم التساوي هو الذي أوجد قرينة لا تقبل إثبات العكس على علم هذا المتعاقد المحترف أو الصانع أو التاجر أو المهني.فلا يكفي للتحلل من الالتزام هنا بإثبات القيام ببذل عناية الشخص المعتاد، وعليه فالتزام الموثق بالنصيحة هو التزام ببدل عناية الموثق المعتاد التي يتعين على المضرور إثباتها بكافة طرق الإثبات، ويكون للقاضي الكلمة في تقرير مدى كفاية ما قدمه الموثق من ارشاد وايضاح وتحذير للمتعاقد، وله في سبيل ذلك الإستعانة بكافة العناصر المختلفة التي تساهم في إبراز النصيحة.

هذا وقد اتجه القضاء الفرنسي ذلك في مجال افتراض علم الموثق بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقار محل البيع[35].حيث إن القضاء وسع في فكرة التزام الموثق بتحقيق نتيجة وذلك نظرا لعدم كفاية القواعد القانونية التقليدية في المسؤولية المدنية لتوفير الحماية الفعالة للزبون والتي تجد مكانها في نص المادة 1135 من القانون المدني الفرنسي، ومن ثم اعتنق القضاء فكرة الخطأ الاحتمالي دون سند من القانون، وذلك من أجل توفير الحماية للشخص العادي من أجل الحصول على حقه ، خاصة وأن الموثق رجل قانون.

الخاتمة:

ان التزام الموثق بالنصح والإعلام هو من صميم مهام الموثق الذي يسعى جاهدا لدرأ أي نزاع ويحول دون التدخل اللاحق للقاضي، حيث يلتزم الموثق بتقديم نصائحه وارشاداته إلى زبائنه، وهذا الإلتزام وليد أو مستمد من وظيفة الموثق الرسمية التي خولها القانون للموثق ألا وهي اضفاء الصفة الرسمية، غير أن دراستنا لهذا الإلتزام تجعلنا نلاحظ أن المشرع الجزائري خصص مادة وحيدة في قانون تنظيم مهنة الموثق رقم 06-02 المؤرخ في 06 فبراير 2006، وهي نص المادة 13 منه ، في حين أن هذا الإلتزام يطرح العديد من النزاعات أمام القضاء ويعرض الموثقين للمتابعة القضائية وهو ما يعرقل السير الحسن للعمل التوثيقي، حيث أن كان هذا الإلتزام أي –التزام الموثق بالنصح والإعلام– وليد اجتهاد القضاء الذي وسع في فكرة التزام الموثق بالنصح ، فإنه يتعين على المشرع ضبط هذا الإلتزام بوضع نظام قانوني خاص به ويتلائم مع مقتضيات العمل التوثيقي ، حيث ان الموثق لا يستطيع تبصير العملاء وتقديم النصيحة في كل ما يتعلق بالعناصر الجوهرية والفرعية في كل معاملة أو اتفاق، والسبب في ذلك هو تعدد الإجراءات اللازمة لإضفاء الصيغة الرسمية على المعاملات، فضلا عن ذلك فإن الموثق أيا كانت خبرته ودرايته بجوانب القانون فإنه يستحيل عليه الإلمام بجميع المخاطر التي قد تترتب على العملية القانونية التي يتدخل في ابرامها .

لذلك كان لزاما أن يتدخل المشرع بوضع نظام قانوني خاص بالتزام الموثق بنصح واعلام الزبون، وذلك عن طريق وضع القواعد اللازمة لضبط العلاقة بين الموثق والزبون على نحو افضل.

الهوامش:

1- أنظر المادة 05 وما يليها من القانون المنظم لمهنة الموثق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 ، ج ر عدد 14 ، الذي عرف الموثق على النحو التالي" الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الاشخاص إعطائها هذه الصبغة."

–المرسوم التنفيذي رقم 242/08 المؤرخ في 03 أوت 2008، المحدد لشروط الإلتحاق بمهنة الموثق وممارستها ونظامها التاديبي وقواعد تنظيمها، ج ر عدد 45، المؤرخة في 06 أوت 2008.

2- محمد خالد مراد، الاستشارة القانونية" ألية تكوين الرأي القانوني" بدون دار للنشر، طرابلس ، لبنان،سنة 2000، ص02.

3- CA Rouen 21 janvier 1841.Sirey 1841,2,253; la cour de Rouen jugeaitque " les notairesont les conseilsque la loielle-meme a donnés aux parties qui sontobligées de se confier a eux"; cite par Agnès DUPONT, le devoir de conseil en matiere de guaranties, DEA soutenu en Universite Robert SCHUMAN,Faculté de Droit;2002,p5.

4- أ حمان بكاي ، العقد التوثيقي، مقال منشور بمجلة الموثق ، عدد 07 ، جويلية 1999 ، ص 26 ، د. مقني بن عمار، مهنة التوثيق في القانون الجزائري، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، طبعة 2013، ص 104.

5- القرأن الكريم (سورة الشورى 38).

6- محمد بن محمد مكرم الأنصاري المعروف بابن منظور، لسان العرب، مادة "شور"، أنظر حسن ضياء عتر، الشورى في ضوء القران والسنة، دار البحوث للدراسات الإسلامية واحياء التراث، دبي، الأمارات العربية المتحدة، الطبعة الأولى، 2001، ص28.

7- الخامس بن بوعبيد فاضيلي، خصوصيات منهج الإستشارة القانونية، مجلة القانون والأعمال، عدد 04 ، أفريل 2016، المغرب، منشور في موقع www.droitententreprise.org

8 - تنص المادة 13 من قانون التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 على أنه" يمكن الموثق أن يقدم في حدود اختصاصه وصلاحياته استشارات، كلما طلب منه ذلك، واعلام الأطراف بحقوقهم والتزاماتهم وكذا الآثار المترتبة عن تصرفاتهم، دون ان يؤدي ذلك حتما إلى تحرير عقد.

9- سار في ركاب التشريعات التي وضعت نصوصا صريحة بهذا الإلتزام نص المادة 12 من قانون التوثيق الجزائري 02/06، الفقرة 3 من الفصل الاول من ظهير 04 ماي 1925 المتعلق بالتوثيق العصري المغربي فقد الزمت الموثق بان يقدم للأطراف كل النصائح والإرشادات الضرورية وان يطلعهم على محتوى ونتائج العقود المراد تحريرها، وقانون التوثيق المصري رقم 68 لسنة 1947 حيث نصت المادة 10 الفقرة الأولى منه يجب على الموثق قبل توقيع ذوي الشأن على المحرر المراد توقيعه، أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته وأن يبين لهم الأثر المترتب عليه، دون أن يؤثر في إرادتهم ويوقع هو واصحاب الشأن المحرر والمرفقات.

10- بلحو نسيم، الطبيعة القانونية لمسؤولية الموثق المدنية، مقال منشور في مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص333.

11- Henri Senamaud, devoir de conseil des notaires rédacteurs d'actes et la responsabilité née de leur silence, op.cit,p.46.أشار اليه د.محمد الربيعي، المرجع السابق، ص70.

Edouard Clerc, cité par Henri Senamaud, devoir de conseil des notaires rédacteurs d'actes et la responsabilité née de leur silence, Thèse; Toulouse 1924, PARIS, p.45.
-Brise Marcel, Essai sur le rôle fiscal du notaire, Thèse, Paris, 1937, p.499.
-Pierre de Gandt, La responsabilité civile des notaires en matière de prêts hypothécaire, thèse, Lille, 1919, P.97.
أشار اليه: د.محمد الربيعي، الأحكام الخاصة بالموثقين والمحررات الصادرة عنهم، مكتبة المعرفة،مراكش، المغرب، الطبعة الأولى، 2008، ص70.

12 -انظر ، ج.ر، عدد 28 /1988، سنة 1988، ص 1035.

13 – أنظر، ج. ر، عدد، 1970/107، سنة 1970، ص 1615.

14- قانون رقم 25 فانتوزVentose السنة الحادية عشر الصادر في 16 مارس 1803.

-La loi du 25 ventose an XI; Cf.Jur.gen., V^0 Notaire – notariat.

15 - "Les notaires conseils désintérssés des parties aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté.

-Rouen 21 janvier 1841,Sirey 1841, 2, 253. Cité par: Agnès Dupont, le devoir de conseil en matière de garanties, DEA soutenu université Robert SCHUMAN,2002,p.5.

16-

"Les notaires n'ont pas seulement pour mission de donner un caractère d'authenticité aux actes qu'ils rédigent; dans son esprit et dans ses motifs mêmes, la loi qui les institue a entendu leur conférez un rôle plus digne et plus élevé, elle les considère comme les conseils désintéressés des parties".

17-

-le notaire est tenu d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes rédigés par lui"

18-

Le notaire est un juriste professionnel qui, devant connaitre le droit positif, ne saurait commettre une erreur de droit (Civ. 1, 6 fevr. 1980, D 80, inf.271.-6 mai 1980, B. 1, $n^0$270.,-Civ. 3, 29 juin 1994, GP 95, 1,pan. 22. Cite par:

Philippe le Tourneau, LoicCadiet, droit de la responsabilité ,Dalloz action,,1998. p630.

19-أنظر قانون 04-20 المؤرخ في 25 ديسمبر 2004 يتعلق بالوقاية من الأخطار الكبرى وتسيير الكوارث في اطار التنمية المستدامة، ج ر عدد 84 المؤرخة ب29 ديسمبر 2004.

20 –أ بردان رشيد، مجلة الموثق ، عدد 04 ديسمبر 2015، ص38.

21-Civ. 1re, 13 nov.1991, no 89-15.011, Defrénois 1992, art.35212, no 17, cité par. J. de POULPIQUET.op. cit., p.36.

21- د-محمد الربيعي ، المرجع السابق، ص76.

22–

La nullitéd'une procuration entraîne la nullité de l'actequ'ellepermet de réaliser et donc la responsabilité du notairerédacteur (Civ. 2 mars 1948, D. 1948.256 ; Civ., 2 nov.1955, JCP N 1957.II. 9732).cité par. J. de POULPIQUET.op. cit., p. 37.

24-

-Philippe le Tourneau, LoicCadiet, op.cit, p630.

25- أشار اليه : فاضل رابح، طبيعة المسؤولية التوثيقية ومجال تطبيقها، مقال منشور في مجلة الموثق، عدد 08سنة 2002، ص25.

26-مقني بن عمار ، المرجع السابق، ص105.

27-

Civ. 21 juillet 1921 (DP 1925. 1. 29), « Les notaires, institués pourdonner aux conventions des parties les-formes légales et l'authenticité qui en est la conséquence, ont également pour mission de renseigner les clients sur les conséquences des engagements qu'ilscontractent », cité par. J. de POULPIQUET.op. cit., p.39.

28-

CF. J. de POULPIQUET.op. cit., p.40.

29-أنظر : ملف رقم 375903 قرار بتاريخ 13 ديسمبر 2006 قضية(أ-م) ضد (ع-أ) ومن معه:موثق-مسؤولية مدنية تعويض المادة 8 ق 88-27" تقوم مسؤولية الموثق ويلزم بالتعويض في حالة عدم قيامه بدوره القانوني الإيجابي المتمثل في التأكد من صحة العقود الموثقة ونصح الطرفين بما يحقق انسجام اتفاقهما والقوانين السارية.

[30]-أنظر :

- Cité par: BORE.(j). les limites du devoir de conseil du redacteur d'actes,L.G.D.I.,2001.P.139.

[31] – أحمد شعبان محمد طه، المسؤولية المدنية عن الخطأ المهني، دار الجامعة الجديدة، الأسكندرية، مصر،2015، ص267.

[32]- أحمد محمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك، دارالنهضةالعربية،القاهرة 1994 ، ص،19.

[33] – بلحو نسيم،المقال السابق، ص347.

[34] –د ابراهيم سامي زيدان، المسؤولية المدنية للموثق بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية مصر، 2017، ص262.

[35] – د ابراهيم سامي زيدان، المرجع السابق، ص 263.