جـــامـــــــعة جيـــلالي ليابس سيدي بلعباس
كـــلـــيـــــة الحقوق والعلوم السياسية 19 مارس 1962

عنوان الأطروحة:

بيع العقار والمنازعات المتعلقة به

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم

تخصص:علوم قانونية فرع: قانون المنازعات

إعداد الطالبة: تحت إشراف الدكتورة:
فسيح جميلة د/ .بوراس نجية

أعضاء لجنة المناقشة

السيد: بردان رشيد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سيدي بلعباس	رئيسـا
السيدة بوراس نجية	أستاذة محاضرة أ	جامعة سيدي بلعباس	مشرفا ومقررا
السيد:مقني بن عمار	أستاذ التعليم العالي	جامعة تيارت	عضوا مناقشا
السيد:علاق عبد القادر	أستاذ التعليم العالي	تيسمسيلت	عضوا مناقشا

السنة الجامعية 2021/2020 م الموافق لـ:1442/1441هـ

شكر وعرفان

أتقدم أولا بالحمد والشكر لله عز وجل الذي وفقني في إنجاز هذه الأطروحة.

والشكر الجزيل الموصول إلى أستاذتي الكريمة الدكتورة بوراس نجية، على قبولها الإشراف على هذا العمل وعلى توجيهاتها القيمة وتشجيعها المتواصل وسعة صدرها على الرغم من مشاغلها والتزاماتها.

كما أتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى أستاذي الدكتور بردان رشيد والذي أتشرف بوجوده في رئاسة لجنة المناقشة.

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذتي الدكتور علاق عبد القادر والدكتور مقني بن عمار لتفضلهما بالمشاركة في مناقشة هذه الأطروحة.

ولا يفوتني أن أتقدم بأسمى عبارات الشكر كل أستاذ علمني حرفا طيلة مشواري الدراسي.

حقا صدق من قال من علمني حرفا كنت له عبدا.

الإهداء:

أهدي عملي المتواضع إلى:

روح جدتي صاحبة الفضل في كل ما وصلت إليه رحمة الله عليك.

روح أخي وشقيقي تمنيت أن يكون بجانبي في هذه اللحظات رحمة الله عليك.

أمي حبا واحتراما وعرفانا بجميلها أطال الله في عمرك.

زوجي ورفيق دربي ومن علمني حب التحدي.

أهلي وأحبابي.

زميلاتي وزملائي.

الطالبة : فسيح جميلة

أولا-باللغة العربية:

ج ر : الجريدة الرسمية

ص : الصفحة

ط : الطبعة

ع : العدد

ق م:القانون المدني

ق أ:قانون الأسرة

ق ت:القانون التجاري

ا م ا:الاجراءات المدنية والإدارية.

ق م ف : القانون المدني الفرنسي

ق م أ:القانون المدني الأردني

ق م م:القانون المدني المصري.

ق م ي:القانون المدني اليمني

غ ع:الغرفة العقارية.

م د:مجلس الدولة.

غ م:الغرفة المدنية.

ن ق:نشرة القضاة.

غ إ:الغرفة الإدارية.

م م د:مجلة مجلس الدولة.

م ق:المجلة القضائية.

م م ع:مجلة المحكمة العليا.

ثانيا-باللغة الفرنسية:

Cass.civ : Arrêt de la cour de cassation .chambre civil.

Bull: Bulletin des arrêts de la cour de cassation.

N:Numéro.

L.G.D.J: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.

P : Page.

O P .CIT: Ouvrage précité.

CCH : code de construction et habitation.

CCF : code civil français.

JOR:JOURNAL.

مقدمة:

يعتبر حق الملكية من أهم الحقوق القانونية نظرا لما يحتله من مكانة في حياة الفرد والدولة،ودوره الحيوي في شتى نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية،وتظهر أهميته أكثر إذا كان هذا الحق واردا على عقار بما يسمى بحق الملكية العقارية،باعتبار العقار يكتسي قيمة مادية ومعنوية.

وتجدر الإشارة إلى أن حق الملكية العقارية وبكل ما يتضمنه من عناصر ،تعد قابلة للتملك والاكتساب ونقلها من مالك إلى آخر، شريطة احترام القوانين والأنظمة المعمول بها-قاعدة الرسمية والشهر العقاري-حيث بين المشرع في نصوص القانون المدني الصادرة بموجب الأمر رقم 75-58 المعدل والمتمم[1] من المواد 773 إلى 834 منه أسباب اكتسابها إما عن طريق الواقعة المادية كالحيازة والتقادم المكسب ،بالإضافة إلى واقعة الالتصاق والوفاة،وإما عن طريق التصرفات القانونية،وهذه الأخيرة منها ما يصدر عن إرادة منفردة كالقرارات الإدارية أو الوصية [2]،ومنها ما يصدر بتوافق الإرادتين أي بتطابق الإيجاب والقبول،كالهبة وعقد البيع والذي يعتبر محل دراستنا.

ويعد عقد البيع العقاري الوجه الأكثر شيوعا في نقل الملكية العقارية ،حيث يتم بتوافق الإرادتين،إرادة البائع وإرادة المشتري على إحداث أثر قانوني وهو نقل ملكية العقار أو الحق العيني العقاري إلى المشتري مقابل ثمن نقدي يدفعه هذا الأخير، مع مراعاة ما ينص عليه المشرع في المعاملات العقارية من شكل معين.

والعقد الذي يكرس عملية البيع قد يكون عقد يخضع للقانون الخاص باعتبار أطرافه خواص سواء أشخاص طبيعيين أو معنويين،أو يكون عقد يخضع للقانون العام أي للقانون الإداري،ويعتبر هذا الأخير عقد إداري يبرم من طرف ممثل الإدارة وهو مدير أملاك الدولة بصفته موثق الدولة ،والمستفيد من العقار المراد اكتسابه،باعتبار الدولة والجماعات المحلية تملك رصيد عقاري مثلها مثل الأفراد،بل

---

[1] المؤرخ في 26-09-1975،ج ر،ع 78،المؤرخة في 30-09-1975،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13-05-2007،ج ر،ع 31 المؤرخة في 13-05-2007.

[2] تعتبر الوصية تصرف انفرادي بإرادة الموصي ،ولا تشترط قبول الموصى له إلا بعد وفاة الموصي،حيث يمكن أن يقبلها أو أن يرفضها.

تعد أكبر مالك،فقد خول لها القانون التصرف في المحفظة العقارية ضمن الأطر القانونية المعترف بها.
[1]

والعقد الإداري المكرس لعملية البيع أو التنازل يتضمن شروط غير مألوفة في القانون الخاص أو علاقات الأفراد المدنية والتجارية،وهذه الشروط تضعها الإدارة في عقودها ومن أمثلتها أن الثمن غير قابل للتفاوض والشرط الفاسخ وعدم الضمان وغيرها ،وبالتالي فإنه يختلف عن البيع وفقا لأحكام القانون الخاص الذي هو في الحقيقة عقد يتم بتراضي الطرفين على جميع المسائل والشروط.

خلافا للقاعدة العامة والمتضمنة العقد شريعة المتعاقدين والتي تجعل حرية الإرادة هي مصدر وجود الحق وإثباته،ووضع ما شاءت من أحكام لتحقيق غرض العقد وأداء الالتزام،فإن المشرع قد قرر على سبيل الاستثناء لجهة القضاء إصدار أحكام قضائية تكون بدورها مصدرا لإثبات هذا الحق ،حتى في مجال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية،ويعتبر تدخل القاضي في الدعوى محصورا جدا يستمد حكمه مباشرة من نصوص تشريعية تقرر له هذه الصلاحية [2]،أي يصدر حكم من القضاء يكرس عملية نقل الملكية العقارية [3]،ويشكل البيع القضائي إحدى هذه الحالات المحصورة،حيث يتم البيع القضائي عن طريق المزاد العلني وبإشراف القاضي وتكرس العملية بصدور حكم قضائي،وهذا البيع يمكن أن يكون نتيجة الحجز الجبري على أموال المدين وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية من المواد 721 ا م ا إلى771 ا م ا [4]،ويسمى هنا بالبيع الجبري،أو يكون البيع بعد طلب الإذن من القضاء

---

[1] حمدي باشا،حماية الملكية العقارية الخاصة، ،دار هومة، الطبعة الثامنة، سنة 2012، ص 45.

[2] مجيد خلفوني،شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري،مدعم بقرارات قضائية،دار هومة، الطبعة الأولى ،سنة 2008،ص 161.

[3] من الحالات التي تنتقل فيها الملكية عن طريق القضاء نذكر على سبيل المثال مايلي:

-الحكم الصادر بتثبيت حق الشفعة وفقا لما نصت عليه المادة 803 ق م التي تنص على أنه: «يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري».

- الحكم القضائي الذي يقوم مقام العقد في حالة نكول الواعد عن إتمام إجراءات البيع تطبيقا للمادة 72 ق م والتي تنص على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام الوعد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد».

- الحكم القاضي بقسم مال مشاع وذلك تطبيقا لنص المادة 727 ق م على أنه: «تجرى القسمة طرق الاقتراع وتثبت المحكمة ذلك في محضرها وتصدر حكما بإعطاء كل شريك نصيبه المفرز».

[4] الصادر بموجب القانون رقم 08-09،المؤرخ في 25-02-2008،ج ر،ع 21 المؤرخة في 22-04-2008.

في حالات حددها المشرع في المادتين 783 ا م ا و 786 ا م والتي سماها بالبيوع الخاصة ،حيث تتعلق بالبيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية والمفلس وكذا البيوع العقارية المملوكة على الشيوع،وتدخل حالة البيع المنصوص عليها في المادة 788 ا م ا والتي تتعلق ببيع العقارات المثقلة بتأمين عيني ،وذلك بترخيص من المشرع لمالك هذا العقار بالبيع بالمزاد العلني بتوفر شروط معينة ،ضمن هذه البيوع الخاصة.

وقد ثار الاختلاف حول طبيعة البيوع القضائية خاصة البيع الجبري،حول ما إذا كان عقد أو عمل إجرائي،وبالتالي يخضع لأحكام القانون المدني وخاصة للضمانات المقررة في هذا الشأن لأطراف العقد،أو عمل إجرائي يخضع لقانون الإجراءات المدنية والإدارية ،ومنه تنتفي فيه الإرادة خاصة إرادة البائع في عملية البيع،ومنه لا يمكن تحميله ما لم يتم بإرادته من ضمانات كضمان الاستحقاق مثلا.

ومهما كانت طريقة البيع العقاري أو الحق العيني العقاري سواء بعقد رسمي أو بحكم قضائي،فإنه يؤدي إلى نتيجة واحدة وهي نقل الملكية أو الحق العيني العقاري إلى المشتري،لكن هذه العملية ليست بالبساطة فلابد من احترام شكليات محددة قانونا.

وإذا رجعنا إلى الوراء في مجال نقل الملكية العقارية عن طريق البيع ،فقد شهدت الجزائر عدة مراحل تشريعية متعددة اتسمت بالمرونة وأحينا أخرى بالتعقيد،مما أدى إلى إشكالات قانونية معقدة على المستوى العملي،وبهذا تظهر أهمية معرفة هذه المراحل التشريعية في مجال نقل الملكية وتواريخها لأنها المرجع في إضفاء الصبغة القانونية لكل تصرف يتعلق بنقل الملكية العقارية أو أي حق عيني عقاري خاصة عن طريق البيع العقاري.

وغداة الاستقلال قام المشرع بإصدار مجموعة من النصوص القانونية والتي هدفها تسيير وحماية الأملاك الشاغرة،وبهذا فقد تم منع البيوع للأملاك العقارية التي تدخل ضمن الأملاك الشاعرة وكان ذلك بموجب المرسوم رقم 62-03 المؤرخ في 23-10-1962 المتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة المنقولة وغير المنقولة [1]،لاسيما البيوع والإيجارات وقد استثنى فقط البيوع التي تتم لصالح المجموعات العمومية أو لجان التسيير،وأي تصرف مبرم إبتداءا من الفاتح جويلية 1962 لغاية

[1] ج ر،ع 14،المؤرخة في 26-10- 1962.

24-01-1964 تاريخ تحرير المعاملات العقارية [1]،سواء وقع في الجزائر أو خارجها يعتبر تصرف باطل،والأملاك التي يبطل بيعها تدخل ضمن الأملاك الشاغرة،وهو ما أكدت عليه المادة 05 من المرسوم رقم 62-03 سالف الذكر.[2]

ثم جاء بعده المرسوم رقم 64-15 المؤرخ في 20-11-1964 والمتعلق بحرية المعاملات،وهو في الحقيقة قد جاء لمنع المضاربة في العقار والتي كانت سائدة آنذاك في السوق العقارية،حيث نص على حرية المعاملات لكن جاء ببعض القيود وهي اشتراط الحصول على ترخيص إداري وذلك إذا كانت قيمة العين المبيعة تزيد عن 100000 دج في العقار وتزيد عن 200000 دج في المحلات التجارية،وكذا الحصول على رخصة في حالة إبرام أكثر من صفقتين،ونفس الأمر في حالة بيع الأراضي الزراعية [3].بالإضافة إلى الرخصة لابد من تقديم شهادة الشغور والتي يجب استصدارها من الولاية، وذلك أن الملك لا يدخل ضمن الأملاك الشاغرة.

---

[1] بموجب المرسوم رقم 64-15 والمتعلق بحرية المعاملات المؤرخ في 20-11-1964 ،ج ر،ع 77،المؤرخة في 1964.

[2] وهو المبدأ الذي تبناه القضاء ،وتطبيقا للمرسوم رقم 62-03 سالف الذكر بإبطال كل تصرف قد تم على الأملاك العقارية والمنقولة خلافا للقانون متى تم الطعن من كل ذي مصلحة،وقد استمر هذا الموقف طويلا إلا أن مجلس الدولة وعلى خلاف المحكمة العليا سرعان ما غير موقفه ولم يستقر على بطلان هذه العقود لمخالفتها للقانون متبنيا موقفا جديدا وهو عدم قابلية إبطال هذه العقود المبرمة خلافا لأحكام المرسوم رقم 62-03 وذلك في قرار له بتاريخ 30-07-2012 تحت رقم63457،م م د،ع 10،وهو قرار يلزم كل الجهات القضائية الإدارية وحتى الجهات الإدارية،بعدم الاستجابة لأي من هذه الدعاوى القضائية محلها إبطال هذه العقود على خلاف المحكمة العليا التي لا تزال تنظر في مثل هذه القضايا الناشئة بين أشخاص القانون الخاص تتعلق بعقود أبرمت خلافا لأحكام المرسوم سالف الذكر،وقد أسس مجلس الدولة قراره على أسباب ومبررات منطقية وقانونية والتي تحول دون قابلة الطعن في هذه العقود ومن بين هذه المبررات:

-نفاذ العقود المبرمة خلافا للمرسوم سالف الذكر في مواجهة الغير بمجرد شهرها بالمحافظة العقارية.

-تقادم دعوى البطلان بمضي 15 سنة من تاريخ ابرام العقد طبقا للمادة 102 ق م.

-مبدأ احترام الحقوق المكتسبة فالتصرفات القانونية التي أبرمت قد مر عليها وقت طويل ،واستقرت الأوضاع بموجبها،واكتسب المشتري حقوقا لمدة طويلة من تاريخ نشر المرسوم 62-03:لعشاش محمد،موقف مجلس الدولة من إلغاء العقود المحررة خلافا لأحكام المرسوم 62-03 المتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة،مجلة الدراسات القانونية،جامعة المدية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الخامس،ع الأول،جانفي 2019،ص 17 و 23.

[3] وهو ما أكدت عليه المادة 01 من المرسوم رقم 64-15 سالف الذكر.

وفي مرحلة أخرى،حيث صدر الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1970 المتضمن مهنة التوثيق[1] ليؤكد على احترام قاعدة الرسمية في المعاملات العقارية ومنها البيوع العقارية في نص المادة 12 منه تحت طائلة البطلان ،وذلك لتنظيم السوق العقارية وتطهيرها من المعاملات العرفية،لكن الواقع أثبت عكس ذلك حيث تم إنشاء سوق عقارية موازية خصوصا بعد صدور الأمر رقم 74-26 المؤرخ في 20-02-1974 المتعلق بالاحتياطات العقارية للبلدية[2]،والذي أعطى فرصة لتحديد المحيط العمراني للبلدية،وقد تضمن هذا الأمر استثناء الأراضي المعدة للبناء والتي تقع داخل المنطقة العمرانية من التداول بين الأشخاص ما لم تكن البلدية طرف فيها [3]،وقد كان الهدف من ذلك هو منع المضاربة على الأراضي المعدة للبناء.حيث تنامى العمل بالعقود العرفية في هذه الفترة رغم منع المعاملات في أراضي الخواص والموجودة في المنطقة العمرانية وذلك إبتداءا من 05-03-1974 تاريخ العمل بالأمر سالف الذكر.

ثم تأتي مرحلة تحرير المعاملات العقارية وإلغاء جميع القيود الواردة عليها وذلك بموجب القانون رقم 90-25 المؤرخ في 01-12-1990 المتضمن التوجيه العقاري [4] ،وقد أكد فقط على احترام الشكل الرسمي في المعاملات العقارية من أجل استقرارها وذلك المواد 29 و30 و 55 منه.[5]

---

[1] ج ر،ع 107،المؤرخة في 25-12-1971.

[2] ج ر،ع 19، المؤرخة في 05-03-1974.

[3] حيث تنص المادة 06 من الأمر رقم 74-26 على أنه: «الأراضي الخاصة الموجودة في حدود التصميم العمراني للبلدية تخصص بالولاية لسد الاحتياجات العائلية لمالكيها وكل ما زاد على هذه الحاجة يدمج في احتياط البلدية العقاري،ولا يجوز التصرف في هذه الأراضي بأية صفة كانت إلا لصالح البلدية ويستثنى من هذا الحظر نقل الملكية بموجب الإرث».

[4] ج ر ،ع 49،المؤرخة في 1990.

[5] بالرغم من وضع حد لاحتكار السلطات العمومية،الدولة،البلدية على المعاملات العقارية وإنشاء سوق عقارية حرة،لا يعني أن الإدارة بقيت محايدة إزاء تطورات وتقلبات السوق،بل بقيت لها مهمة التنظيم والمراقبة وحتى التدخل لمنع المضاربة على العقارات والمساهمة في شفافية السوق العقارية،عن طريق آليات قانونية وهي حق الشفعة الإدارية،وتمارسه عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية على الأراضي الفلاحية،وعن طريق الوكالة الولائية للتنظيم والتسيير الحضريين بالنسبة للأراضي العامرة والقابلة للتعمير .

وبقي قيد واحد بالنسبة للمعاملات التي يقوم بها الأجانب والذي أقره المرسوم رقم 83-344[1] المعدل للمرسوم رقم 64-15 سالف الذكر [2]،وهي أن تخضع للرخصة،والتي تقدم من طرف الوالي إقليميا،والذي يقوم بإخطار مصالح أملاك الدولة حتى يمكنها تقرير مدى استعمالها لحق الشفعة لصالح الدولة.

وبعد سرد تلك المراحل التشريعية فالبيوع العقارية لا تخضع لأي قيد سوى مراعاتها للرسمية بالإضافة إلى شكليات أخرى وهي التسجيل والشهر العقاري.

إن التسجيل له أهمية من الناحية القانونية وأكثر من الناحية الجبائية لاستيفاء الدولة الجانب الضريبي أو المالي لفائدة الحزينة العمومية،وقد كرس لها المشرع في هذا الإطار ضمانات وامتيازات لاستفاء حقوقها في مجال رسوم التسجيل كإنشاء رهن قانوني لفائدتها،كما أنه يمكنها إعادة تقييم عملية البيع أو استعمالها لحق الشفعة ،وهدف ذلك منع المضاربة على العقار إذا كان التصريح بالأثمان أقل بكثير من القيمة الحقيقية للعقار.

ولا يتوقف الأمر عند التسجيل بل لابد من شهر العقد أو الحكم القضائي المكرس لعملية البيع لدى المحافظة العقارية،وهنا يمكن القول على أن الملكية العقارية قد انتقلت إلى مكتسبيها،ويلعب المحافظ العقاري دورا في مجال الشهر العقاري من خلال مراقبة العقود والأحكام المودعة لديه من حيث توافرها على الشروط القانونية وإلا يرفض إيداعها،أو حتى يرفض إشهارها وذلك من أجل استقرار المعاملات.

لكن يمكن القول على أن الشهر لا يحصن تلك التصرفات التي تم شهرها بالمحافظة العقارية ،أي تحقيق الأمن القانوني وإنما يمكن الطعن فيما تم شهره ، فالشهر ليس له حجية مطلقة وأثر

---

[1] المؤرخ في 21-05-1983،ج ر،ع21،المؤرخة في 24-05-1983.

[2] وهذا ما نصت عليه المادة 1 من المرسوم رقم 83-344 والذي عدلت المادة 1 من المرسوم رقم 64-15 على أنه:«تعد كل العمليات التي تتم بين الأحياء،يقوم بها أشخاص طبيعيون أو معنويون من جنسية أجنبية والتي هدفها إنشاء أو إنهاء أو اكتساب أو تحويل حقوق عينية عقارية أو حقوق الملكية والارتفاق والاستغلال والتنازل عن الحصص و الرهون العقارية و الرهون الحيازية العقارية والحكر وكذا عقود الإيجار التي تفوق تسع سنوات والتنازلات و التقديمات والإيجار التسييري للمحلات التجارية،حرة مع مراعاة ممارسة حق الشفعة من طرف الدولة والجماعات المحلية أو هيئة عمومية طبقا للتشريع المعمول به».

مطهر،كما أنه يمكن الطعن في قرارات المحافظ العقاري عن طريق دعوى الإلغاء وحتى رفع دعوى المسؤولية المترتبة عن أخطاء الشهر العقاري،وبالتالي حتى هذه المرحلة لا تخلو من الإشكالات القانونية والمنازعات التي تفصل فيها الجهة القضائية المختصة.

إن البيع العقاري لا يتم على نمط واحد حيث تتعدد أنواع البيوع الواردة على العقار،وقد قام المشرع بتنظيم ذلك سواء في القانون المدني من المواد 397 إلى 412 مما ينطبق على العقار والمنقول معا،لكن نظرا لخصوصية العقار والإجراءات الخاصة به، فبعض البيوع أصبحت لا تتلاءم مع طبيعة العقار إذا كان محلا للبيع ومنها بيع ملك الغير العقاري.ومن أهم البيوع الشائعة في الوسط العملي والتي تثير الكثير من الإشكالات والمنازعات بيع العقار الشائع وكذا البيع في مرض الموت،وبيع العقار المتنازع فيه.

كما أنه وكما تمت الإشارة سابقا يمكن للدولة أو الجماعات المحلية التنازل عن أملاكها ويتم هذا التنازل على الأملاك الوطنية الخاصة وفقا للأحكام والحالات المنصوص عليها في القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية المؤرخ في 01-12-1990 المعدل والمتمم[1]،كقاعدة عامة يتم البيع بالمزاد العلني لمنع المضاربة وتحقيق نوع من الشفافية،إلا أنه استثناءا يمكن أن يتم هذا البيع عن طريق التراضي وفقا للأحكام العامة كما سنرى أو وفقا للأحكام الخاصة لفائدة المرقيين العقاريين،من أجل تشجيع الترقية العقارية المدعمة من طرف الدولة.

كما قد انتهجت الدولة سياسة التنازل عن أملاكها الخاصة ذات الاستعمال السكني والمهني والحرفي،لتمكين كل مواطن من سكن لائق ،وذلك بموجب نصوص عديدة [2] آخرها ا لمرسوم رقم

---

[1] ج ر،ع 52،المؤرخة في 02-1-1990،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008،ج ر،ع 44،المؤرخة في 03-08-2008.

[2] وتجدر الإشارة إلا أنه قد تم اعتماد سياسة التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة بعد الاستقلال وبسبب تزايد ممتلكاتها العقارية وصعب عليها بالنتيجة تسييرها ،وذلك بموجب القانون رقم 01/81 المؤرخ في 1981/02/06 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية (ج ر،ع 06،المؤرخ في 1981)، بهدف تمكين المواطنين من امتلاك هذه العقارات،غير أنّ القانون المذكور تمّ إلغاؤه بموجب القانون رقم 2000/06 المؤرخ في 2000/12/23 المتضمن قانون المالية لسنة 2001،كون أنّ القانون الملغى يشكّل وسيلة من وسائل نهب ممتلكات الدولة،وقد خلف العديد من المنازعات أمام الجهات القضائية.

18-153 المؤرخ في 4 جوان 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري.[1]

كما دعمت الدولة نشاط الترقية العقارية المدعمة وذلك بالتنازل عن الأوعية العقارية لفائدة المرقين العقاريين بالتراضي،وفي نفس الإطار وفي مجال الترقية العقارية ذات الطابع التجاري قام المشرع بتنظيم عملية التنازل عن الأراضي التابعة لأملاك الدولة الخاصة،لكن بطريقة غير مباشرة،عن طريق الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل طبقا للمرسوم رقم 15-281 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015،الذي بين شروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري.[2]

وفي سبيل التخفيف من أزمة السكن تم تنظيم أنماط أخرى لبيع الأملاك العقارية سواء كانت المبنية أو في طور البناء ، بما يسمى ببيوع الترقية العقارية [3] والتي نظمها القانون رقم 11-04 المتضمن القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

حيث يتم البيع هنا ببيع عقار منجز أو ببيع عقار في طور الانجاز عن طريق عقد حفظ الحق أو عقد البيع على التصاميم .كما تعد من نشاطات الترقية العقارية عملية البيع بالإيجار المنظم بموجب

كما بادرت الدولة بسياسة التنازل عن الأملاك العقارية الفلاحية التابعة لها،وذلك بموجب القانون رقم 83-18 المؤرخ في 13-08-1983 المتعلق بحيازة الملكية الفلاحية (ج ر،ع 34 المؤرخة في 1983)،والمرسوم رقم 92-289 المؤرخ في 08-07-1992 الذي حدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية(ج ر،ع 55، المؤرخة في 1992)،فهذه النصوص القانونية قد جاءت بعكس الأمر رقم 71-73 المتضمن الثورة الزراعية(ج ر،ع 97،المؤرخة في 1971) والتي كان هدفه توسيع الملكية العامة للدولة.

[1] ج ر،ع 33،المؤرخة في 06 جوان2018.

[2] ج ر،ع 58،المؤرخة في 04-11-2015.

[3] أول قانون نظم نشاط الترقية العقارية القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04-03-1986 المتعلق بالترقية العقارية ،ج ر،ع ،المؤرخة في 10،المؤرخة في 05-03-1986،ثم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في 01-03-1993،وأخيرا بموجب القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17-02-2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ،ج ر،ع 14،المؤرخة في 06-03-2011،لكن تجدر الإشارة إلى أن الترقية العقارية بدأت سنة 1976 بصدور الأمر رقم 76-92 المؤرخ في 1976/10/23 المتعلق تنظيم التعاون العقاري ،ج ر،ع 12،المؤرخة في 09-02-1977،الملغى،الذي ينظم عمليات البناء عن طريق تعاونيات عقارية بهدف المساعدة على ملكية السكن العائلي.

المرسوم رقم 01-105 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار المعدل والمتمم[1]،والذي ساهم إلى حد بعيد في التخفيف من أزمة السكن.

أسباب اختيار الموضوع:

بعدما تناولت موضوع الأمن القانوني في المعاملات العقارية كموضوع مذكرة ماجستير،والذي من خلاله حاولنا البحث عن الآليات القانونية التي من شأنها توفير الأمن القانوني لمختلف المعاملات العقارية بصفة عامة،أي معاملة عقارية بدون منازعة تزعزع ذلك الاستقرار التعاقدي بين المتعاملين،وفي الحقيقة هذا ما لا يمكن تحقيقه في المجال العملي سواء لوجود ثغرات قانونية أو فراغ قانوني أو حتى لأسباب أخرى،أردنا أن نتخصص بدراسة أحد المعاملات العقارية وهي البيع العقاري وذلك من خلال البحث عن أهم الإشكالات القانونية التي يثيرها والتي تزعزع منح المتعاملين حماية سواء كان بائعا أو مشتريا،والبحث عن الحلول القانونية لذلك،خاصة أن هذه البيوع تتم في مختلف الظروف والحالات،إما في الحالات العادية أو في حالة مثلا مرض موت،أو في حالة فقدان للأهلية أو نقصها،أو حالة البيع على الشيوع،أو البيع وفق للأنماط المنتشرة حاليا بيع عقارات في طور الانجاز أو بيوع بالإيجار وغيرها.

والسبب الثاني كذلك لاختيار هذا الموضوع هو أنه لم يحظى بدراسة واسعة ،وهناك بعض الدراسات تتعلق فقط بعقد البيع بصفة عامة،أو بجانب من جوانب البيع العقاري وهو نقل الملكية في البيع العقاري فقط .

أهمية الموضوع:

يعتبر البيع العقاري من التصرفات الأكثر شيوعا في الوقت الحالي،نظرا لما يرتبه من أثر وهو نقل الملكية العقارية للمتصرف له،فالكل يريد أن يتملك، أولا باعتبار حب التملك غريزة لدى البشر ،وثانيا باعتبار أن هذا التملك يعطي لصاحبه جميع السلطات من استعمال واستغلال وتصرف

[1] ج ر،ع 25، المؤرخة في 29-04-2005.

،كما يمده بالاستقرار والأمن القانوني،لكن هذا الأخير لا يتحقق إلا عبر عدة مراحل يمر بها هذا البيع ،من رسمية وتسجيل وشهر ،فكل مرحلة لها خصوصياتها والإجراءات الخاصة بها،إلا كان هنا إشكال أو إغفال ما يؤدي في النهاية إلى منازعة يستوجب حلها إلى الجهات القضائية. لهذا تظهر أهمية دراسة هذا الموضوع من خلال هذه الجوانب الدقيقة،ولا يقف الأمر عن هذا الأمر فأهمية الموضوع تزداد بدراسة جميع أنماط وأنواع البيوع العقارية سواء تلك التي تضمنها القانون المدني أو قوانين أخرى كقانون الترقية العقارية أو قانون الأملاك الوطنية،للبحث عما تثيره من إشكالات قانونية وكيف تصدى لها كل من المشرع والقضاء وحتى الفقه لإيجاد الحلول المناسبة.

الإشكالية:

سوف نحاول من خلال بحثنا الإجابة على الإشكالية التالية:

ما مدى توفيق المشرع الجزائري في تنظيم البيوع الواردة على العقار بما يضمن حقوق المتعاملين من البائع إلى المشتري،لتحقيق الأمن القانوني في تعاملاتهم؟

منهج الدراسة:

إن طبيعة الموضوع المعالج في هذه الدراسة اقتضت الاعتماد على عدة مناهج، المنهج الوصفي والتحليلي وحتى المقارن في بعض الأحيان على سبيل الإثراء و على سبيل الاستئناس بالحلول التي منحت لبعض الإشكالات القانونية ،ولإيضاح بعض المسائل لسيما تلك التي لم يتطرق إليها المشرع الجزائري.

وعلى هذا الأساس فإن منهجية بحثنا تتضمن القيام بدراسة شاملة لهذا الموضوع ولهذا قسمناه إلى بابين:

يتضمن **الباب الأول** موضوع ماهية البيع العقاري وأنواعه،وتم تقسيمه إلى فصلين ،حاولنا التطرق في **الفصل الأول** إلى: ماهية البيع العقاري وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية ،أما **الفصل الثاني** فخصصناه لدراسة :أنواع البيوع العقارية والمنازعات التي تثيرها .

أما الباب الثاني فتضمن موضوع: نقل الملكية في البيع العقاري وآثاره القانونية،حيث قمنا بتوزيع مضمون هذا الباب على فصلين،يتناول **الفصل الأول** :مراحل و إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري،وتطرقنا في **الفصل الثاني** إلى الآثار القانونية لبيع العقار.

وأنهينا الدراسة بخاتمة تضمنت مجموعة من النتائج الهامة إضافة إلى بعض المقترحات.

الباب الأول

ماهية بيع العقار وأنواعه

نظم المشرع الجزائري عقد البيع بصفة عامة وبين وأحكامه القانونية،وذلك في الفصل الأول من الباب السابع من القانون المدني ،وقد عرفه على أنه عقد ناقل للملكية أو أي حق مالي آخر بمقابل ثمن نقدي.

وبهذا فالمشرع قد تطرق لعقد البيع سواء كان محله عقارا أو منقولا،ولما كانت دراستنا تتعلق بالبيع العقاري سنحاول تبيان مفهوم البيع الوارد على العقار،نظرا لأهمية هذا الأخير وخصوصيته وتعدد النصوص القانونية التي تحكمه وتنظمه بين قواعد القانون المدني وقوانين أخرى ،منها القانون التوجيه العقاري وقانون الأملاك الوطنية .كما أن هناك نوع آخر من عقود البيع وهي عقود البيع الإدارية والتي تحتوي على بنود استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص،وبالتالي تخضع لقواعد القانون الإداري.

إن البيع العقاري يمكن أن يتم عن طريق استثنائي مصدره القانون وهو البيع القضائي الذي يتم عن طريق المزاد العلني وتحت إشراف القضاء،والذي أثار جدلا فقهيا حول طبيعته القانونية خاصة البيع الجبري،وتحديد الطرف البائع في هذا البيع وما يترتب على ذلك من نتائج.

وخصوصية البيع مهما كانت طبيعته قضائي أو تعاقدي هو أنه ينشئ التزام بنقل الملكية،وبمقابل ثمن نقدي ،حيث يتميز عن غيره من التصرفات القانونية الناقلة للملكية مثل الهبة والوصية ،وهناك حتى تداخل بينه وبين بعض التصرفات مثل عقد الاعتماد الإيجاري،وهناك سوء فهم بين البيع وبعض التصرفات القانونية كعقد بيع المحل التجاري.

إن البيوع الواردة على العقار وإن كانت تؤدي لنتيجة واحدة وهي نقل الملكية بمقابل نقدي إلا أنها تتم وفقا لأنماط مختلفة ،وهذه الأنماط والأنواع تتميز بأحكام عديدة وتثير إشكالات كثيرة وتفرز منازعات عديدة، وهذا ما يؤكده الواقع العملي على مستوى القضاء،حيث تتوزع هذه الأنواع بين ما ينظمها القانون المدني والوارد على الخصوص على الملكية الخاصة للأفراد ،وبين ما هو وارد على أملاك الدولة الخاصة وقوانين أخرى ،وهناك بيوع أخرى اعتمدها الدولة لتقليل من أزمة السكن في ظل فتح المجال للخواص من أجل اقتحام مجال الترقية العقارية والتي نظمها القانون رقم 11-04.

ولدراسة ما سبقت الإشارة إليه ، نقسم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في **الفصل الأول**:ماهية البيع العقاري وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية،وأما **الفصل الثاني** نخصصه لدراسة:أنواع البيوع العقارية.

الفصل الأول

ماهية البيع العقاري وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية

إن البيع العقاري كقاعدة عامة يتم عن طريق عقد أي البيع التعاقدي باتفاق بين المتعاقدين على عملية البيع كما هو شائع،أما استثناءا يتم بطريق آخر وهو الطريق القضائي ما يسمى بالبيع القضائي للعقار الذي يتم بالمزاد العلني ووفقا لإجراءات حددها المشرع ،ووفقا لأسس قانونية معينة.

عملية البيع محلها عقار باعتباره الشيء الثابت المستقر الذي يختلف عن المنقول ،قد يكون عقارا مبنيا أو غير مبني ،قد يكون مملوكا ملكية خاصة للأشخاص العاديين أو الأشخاص المعنوية العامة من دولة وجماعات محلية ،قد يكون عقارا صناعيا أو سياحيا أو فلاحيا ،وبالتالي هذا التنوع يفرز تنوعا في النظام القانوني الذي يحكم العقار ،ويخلق مسألة التعقيد في كيفية التصرف فيه وكذا تسييره.

ومنه لتحديد ماهية البيع العقاري يتم التطرق إلى التصرف القانوني الذي يؤدي إلى نقل الملكية وذلك بتوافق إرادتين أي عن طريق العقد أي البيع الإتفاقي ،أو عن طريق الحكم القضائي والذي يكون نتيجته البيع بالمزاد العلني سواء كان البيع جبريا أو بإذن من القاضي وذلك في **المبحث الأول.**

كما أن مسألة تحديد ماهية البيع العقاري تفرض التطرق إلى تمييزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له ،والتي قد تختلط في بعض الأحيان كعقد الاعتماد الإيجاري العقاري والذي ينتهي بتمليك العقار،أو عقد بيع المحل التجاري والذي يمكن أن يختلط الأمر على البعض على اعتبار هذا الأخير بيع لعقار في حين هو بيع لقاعدة تجارية (منقول معنوي) وليس مادية،إلى غير ذلك من التصرفات القانونية،وذلك في **المبحث الثاني.**

المبحث الأول:ماهية البيع العقاري

إن ما يميز البيع العقاري عن غيره من المعاملات العقارية هو أنه ينشئ التزام بنقل الملكية،سواء تم هذا النقل بموجب عقد فيسمى بعقد البيع العقاري ،أو بموجب حكم رسو المزاد العلني وذلك في الحالات الاستثنائية، كالبيع الجبري الناتج عن إجراءات التنفيذ الجبرية على المدين أو البيع بإذن من القاضي وذلك في حالة بيع عقار مشاع لتعذر قسمته عينا،وكذا البيوع العقارية للمفقود أو المفلس أو ناقص الأهلية ،وحالة بيع عقار مثقل بتأمين عيني والذي يعتبر مكنة قانونية،وتسمى كلها بالبيوع القضائية للعقار.

ومحل البيع العقاري هو الملكية العقارية، وتعتبر الملكية من أوسع الحقوق العينية الأصلية تخول لصاحبها جميع السلطات من تصرف واستغلال واستعمال،ويمكن أن يتم البيع على حق متفرع عن حق الملكية ،وهنا تكون الملكية مجزأة كحق الانتفاع أو ملكية الرقبة،وهذه الملكية أو الحق العيني واردة على العقار ،يمكن أن يكون عقارا بالطبيعة أو عقار بالتخصيص أو عقار بحسب الموضوع،كما يمكن أن يكون عقارا صناعيا أو سياحيا بما يسمى بالعقار الاقتصادي ،على الرغم من أن عملية التنازل عن هذا العقار قد تم إلغاؤها ويتم استغلاله بطرق أخرى،وكذا العقار الفلاحي،والعقار الحضري والريفي.

ونتناول بالدراسة في هذا المبحث تعريف البيع في **المطلب الأول** وتعريف الملكية العقارية في **المطلب الثاني.**

المطلب الأول تعريف البيع

لتعريف البيع العقاري نتطرق إلى تعريف عملية البيع سواء تمت بموجب عقد أي عقد البيع في **الفرع الأول** أو إذا تمت عملية البيع عن طريق القضاء في **الفرع الثاني** مع تحديد طبيعته القانونية.

الفرع الأول:تعريف عقد البيع:

تطرق المشرع الجزائري إلى عقد البيع وذلك في المادة 351 ق م وتقابلها المادة 418 ق م م[1]على أنه:« عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي».

وبهذا فالمشرع الجزائري ويقابله في ذلك المشرع المصري قد عرفا عقد البيع بالنظر إلى آثاره،وهي الالتزامات الملقاة على طرفيه البائع والمشتري [2]،إن هذا التعريف معيب من الناحية المنطقية،لأن المنطق يقضي أن يكون تعريف العقد ببيان عناصره وليس بآثاره.

كما أن المشرع قد نص على أن البائع يلتزم بنقل الملكية للمشتري،في حين يمكن أن يتضمن البيع اشتراطا لمصلحة الغير[3]،وبالتالي فإن البائع يلتزم بنقل الملكية لشخص آخر غير المشتري.

---

[1] قد عرفته المادة 418 ق م م بأنه:« عقد يلتزم به البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي».

[2] على عكس مثلا المشرع الأردني الذي عرف عقد البيع على أنه ناقل للملكية مهما كان محل البيع وذلك في نص المادة 465 ق م أ على أنه: « تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض »،ولكن جاء في المادة بالاستثناء على أن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد في حالة ما إذا نص القانون على أوضاع معينة وإجراءات معينة،أو في حال الاتفاق على أن يتم البيع بشكل معين وهذا بمفهوم المادة 485 ق م أ على أنه: « تنتقل الملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلى المشتري ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك »،كما عرفه القانون المدني الكويتي في نص المادة 454 منه على أنه: « عقد تمليك شيء أو نقل حق مالي آخر لقاء عوض نقدي »،كما عرفه قانون الالتزامات والعقود المغربي في نص المادة 478 على أنه:« البيع بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له».

[3] محمد حسنين،عقد البيع في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية،(دون ذكر رقم الطبعة وسنة النشر)،ص13 و14.

إن المشرع الجزائري عند تعريفه لعقد البيع في المادة 351 ق م سالفة الذكر،لم يفرق بين ما إذا كان محل العقد عقارا باعتبار أن هذا الأخير ينشئ التزاما بنقل الملكية ،وذلك بالقيام بجميع الإجراءات القانونية لنقل الملكية للمشتري بتسجيل العقد ثم شهره بالمحافظة العقارية ،وبالتالي فالأثر الناقل للملكية لا يترتب فور إبرام العقد وبين ما إذا كان منقولا معينا بالذات ،و يعتبر هذا الالتزام منفذا من تلقاء نفسه بمجرد نشوءه و تنتقل الملكية في هذه الحالة بمجرد العقد [1]، بشرط ألا يتضمن العقد ما يفيد إرجاء نقل الملكية إلى تاريخ لاحق على إبرام العقد،ما عدا بعض المنقولات ذات قيمة كالطائرات والبواخر والسيارات،وكذا ما إذا كان منقولا معينا بالنوع فنقل الملكية فيه لا تنتقل إلا بالإفراز.[2]

أما المشرع الفرنسي فقد عرف عقد البيع في المادة 1582 م ف بأنه: «البيع اتفاق يلتزم به أحد المتعاقدين بتسليم شيء والأخر بدفع ثمنه».[3]

وبالرجوع إلى نص المادة 1583 ق م ف [4] فإنها تعتبر عقد البيع ناقل للملكية بقوة القانون بمجرد الاتفاق بين البائع والمشتري على المبيع والثمن ،حتى ولو لم يتم التسليم ودفع الثمن،وتجدر الإشارة إلى أنه لم يرد الإشارة إلى التزام البائع بنقل الملكية إلى المشتري على الرغم من أنه توجد بعض البيوع لا تنتقل فيها الملكية بمجرد إبرام العقد ،كما هو الحال في بيع الأشياء غير المعينة بالذات،بيع الأشياء المستقبلية،فقط يشترط ألا يتضمن العقد ما يفيد إرجاء نقل الملكية إلى تاريخ لاحق على العقد.[5]

---

[1] محمد حسنين،المرجع السابق،ص 17.

[2] وهذا ما تنص عليه المادة 166 ق م على أنه : «إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل إلا بإفراز هذا الشيء»ء.

[3] L'article 1582 CCF énonce :« La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer……».

[4] L'article 1583 CCF énonce:« Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé».

[5] لقد سادت الفكرة الرومانية في فرنسا حتى القرن 18 على أن عقد البيع لا ينقل الملكية ،ولما جاء نابيلون نبذت هذه الفكرة،خاصة أن نص المادة 1582 ق م م سالفة الذكر التي تضمنت تعريف عقد البيع خلت من النص على إلزام البائع بنقل الملكية،لكن ما ورد في نصوص أخرى لايدع أي مجال للشك في أن نية المشرع قد انصرفت إلى ترتيب نقل الملكية على انعقاد العقد،وهو ما تضمنته المادة 1583 ق م م سالفة الذكر.

ومما سبق إن المشرع الفرنسي قد حصر الأهمية في التسليم ،أي التزام البائع بالتسليم والتزام المشتري بدفع الثمن،دون الخوض في مسألة ما إذا كان ينشئ التزاما بنقل الملكية أو ناقل لها وما إذا كان محله شيء معين بالذات أو بالنوع،و يبدو هذا التعريف صائب من هذه الناحية.

وبالتالي عقد البيع هو اتفاق بين شخصين يلتزم أحدهما بتسليم المبيع سواء كان عقارا أو منقولا–بطبيعة الحال مع التفرقة فقط في الإجراءات لنقل الملكية في العقار–والتزام الآخر بدفع الثمن النقدي.

أما التعاريف الفقهية لعقد البيع فهي كثيرة في هذا الصدد بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني،ولهذا سوف نكتفي ببعضها فقط .

هناك من عرفه بأنه نقل الملكية بعوض جائز أي بثمن يجوز قبضه وحيازته والانتفاع به.[1]

و عرفه آخر بأنه عقد ملزم للجانبين،إذ هو يلزم البائع بأن بنقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر،ويلتزم المشتري بأن يدفع للبائع مقابلا لذلك ثمنا نقديا [2]،وهو نفس ما ذهب إليه المشرع الجزائري والمصري.

وعرفه آخر على انه عقد يتم الاتفاق على نقل حق وهو غالبا حق الملكية من البائع إلى المشتري،نظير مبلغ من النقود يسمى الثمن يؤديه المشتري.[3]

وبالتالي فمن خلال التعاريف السابقة يظهر جليا بأن الفقه عرف عقد البيع بآثاره ،وهي الالتزامات التي تقع على طرفي العقد،حيث يلتزم البائع بنقل الملكية أو أي حق مالي آخر ،في حين يلتزم المشتري بدفع الثمن النقدي،وهاته الخاصيتين هما التي يتميز بهما عقد البيع عن غيره من العقود

---

[1] محمد بكر إسماعيل، أحكام البيع من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني،(دون ذكر دار النشر)،2011،ص 2.

[2] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،العقود التي تقع على الملكية،البيع والمقايضة، الجزء الرابع ،دار إحياء التراث العربي،بيروت،ص 21.

[3] جميل الشرقاوي،شرح العقود المدنية،البيع والمقايضة،دار النهضة العربية،القاهرة، طبعة 1991،ص 09.

فهو عقد ناقل للملكية بعوض أي مقابل ثمن نقدي،وهو نفس ما أخذ به التشريع الجزائري في تعريفه عقد البيع

الفرع الثاني–تعريف البيع القضائي وطبيعته القانونية:

خلافا لبيع العقار عن طريق التعاقد، يمكن تكريس عملية بيع العقار عن طريق حكم قضائي أي بما يسمى بالبيع القضائي ،وبهذا نتناول في هذا الفرع تعريف البيع القضائي في **البند الأول** ،وكذا طبيعته القانونية **في البند الثاني** ،أما **البند الثالث** نتطرق إلى الحالات والأسس القانونية لهذا النوع من البيوع.

البند الأول:تعريف البيع القضائي:

يمكن أن يكون البيع القضائي للعقار جبريا ويمكن أن يكون بعد الحصول على إذن من القضاء كبيع العقار المشاع لتعذر قسمته عينا أو بيع عقار المفلس وناقص الأهلية والمفقود ،وكل هذه البيوع تسمى بيوع المزايدة العلنية،ويقصد بالمزايدة العلنية على أنها يعرض فيها المزاد بالزيادة بالثمن.[1]

أو هو البيع الذي يتم بمقتضاه الوصول بثمن العقار أو المنقول إلى أقصى حد له ،عن طريق تحقيق المزايدة بين الراغبين في الشراء ،ممن لهم حق التملك وينعقد برسو المزاد.[2]

كما عرفه البعض الآخر بأنه عقد بيع منظم بنصوص قانونية إجرائية وموضوعية آمرة ،يراد منه الوصول بثمن الحقوق العينية القابلة للبيع إلى أزيد ثمن ممكن ،بطريق المزايدة العلنية ممن له أهلية الشراء قانونا وينعقد بإرساء المزاد.[3]

---

[1] الغوثي بن ملحة،الحجز العقاري،بحث منشور م إ ق،غ ع،الجزء الأول،قسم المحكمة العليا،2004،ص 123.

[2] فايز مثقال شجراوي،الطبيعة القانونية للبيوع القضائية والإدارية،دراسة مقارنة،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق،جامعة عين شمس،كلية الحقوق،قسم القانون المدني،2016، ص 22.

[3] شكري محمود دواد السليم،المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني،دراسة فقهية مقارنة،مجلة الرافدين للحقوق،المجلد 14،ع 49،السنة 16،ص 151.

وينقسم بيع المزايدة إلى مزايدة اختيارية والأخرى إجبارية،فالأولى هي التي يتم بها البيع باختيار البائع ورضاه للحصول على أعلى ثمن،سواء من قبل الأشخاص الطبيعية أو المعنوية،أما الثانية فهي التي تقوم بها الإدارة أو القضاء في بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبري عليها نتيجة عدم وفائه بديونه.[1]

ومهما تكن طبيعة المزايدة فإنها تجرى المزايدة في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعين لهذا الغرض،ويعتبر حكم رسو المزاد النتيجة الطبيعية للمزايدة،وحكم القاضي هنا المتضمن بيع الأملاك العقارية أو الحقوق العينية العقارية بالمزاد العلني لا يعد حكما فاصلا في الخصومة القضائية[2]،ولهذا لا يلزم تسبيبه ولا يرتب حجية الأمر المقضي،ولا يخضع لقواعد البطلان في الأحكام،لأنه لا يصدر بناءا على دعوى قضائية رفعها أحد الخصوم ضد الآخر،مطالبا من جهة القضاء الحكم لصالحه ،وإنما هو عبارة عن محضر لإجراءات سابقة للبيع ،حيث يتم إيقاع البيع بعده على من رسا عليه المزاد [3]، ويعد هذا الحكم كسند ناقل للملكية العقارية وينفذ جبرا.

ومما سبق إن البيع القضائي للعقار هو عملية قانونية تمر بعدة إجراءات حددها القانون–قانون الإجراءات المدنية والإدارية–تكرس لعملية بيع العقار ،أو هو أداة قانونية لنقل ملكية هذا المال في مقابل ثمن نقدي يدفعه مشتري هذا العقار، سواء كان هذا البيع جبريا أم كان هذا البيع بإذن من القاضي أي بما يسمى بالبيوع القضائية الخاصة كما سنرى لاحقا.

البند الثاني:الطبيعة القانونية للبيع القضائي:

ما هو متفق عليه أن البيوع القضائية الخاصة تتم من خلال نائب عن صاحبها،فإنها بذلك تعتبر عقدا[4]،وتدخل في حظيرة العلاقات التعاقدية [1]،على عكس البيوع الجبرية التي أثيرت طبيعتها القانونية.

---

[1] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق،ص 24.

[2] حمدي باشا،نقل الملكية العقارية على ضوء آخر التعديلات،دار هومة،2009،دون ذكر رقم الطبعة،ص 74.

[3] مجيد خلفوني،المرجع السابق،،ص 167.

[4] ما يؤكد هذا الطرح باعتبار البيوع القضائية الخاصة بالمفقود وناقص الأهلية والمفلس هي ذات طبيعة عقدية بالرغم من أن البيع تم بالمزاد العلني هو ما ذهبت إليه الغرفة الجهوية لموثقي ناحية الوسط في مذكرة لها تحت رقم 06-09 بتاريخ 2009،في مصادقتها على توضيح حول صلاحية الموثق في بيع الحقوق العقارية بالمزاد العلني للقصر،حيث أكدت على أن البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية والمفلس بالمزاد العلني في الحالات العادية هي من اختصاص

وقد انقسم الفقه في تحديد طبيعة هذا البيع إلى اتجاهين،هناك من يرى أن هذا البيع عقد مثله مثل البيع الاختياري وهم أصحاب النظرية العقدية أو الموضوعية،وهناك من يرى على أنه قرار قضائي وهم أصحاب نظرية القرار القضائي أو النظرية الإجرائية.

وبهذا سوف نعرض وجهة نظر كلا الاتجاهين.

أولا-النظرية العقدية:

يرى أنصار هذا الاتجاه [2] إلى أن البيع الذي يتم بالمزاد العلني-بصفة عامة- يعتبر عقدا بالمفهوم الفني والقانوني،لا يختلف من ناحية طبيعته القانونية عن البيع العادي،حيث يرتب نفس حقوق والتزامات البيع العادي ما لم ينص القانون على غير ذلك،على الرغم من أن المشرع الإجرائي قد خول الجهاز القضائي سلطة القيام بالبيع أو التعاقد مع من يرسو عليه المزاد،وحتى أن المدين الذي تم الحجز والتنفيذ على أمواله لم يصدر عنه أي تعهد، ولم يبد رغبته في البيع، بل إنه يتم ضد إرادته

الموثق أي تحت إشرافه وليس تحت إشراف المحضرين القضائيين باستثناء حالات الحجوز.وبالتالي فإشراف الموثق على هذا النوع من =البيوع نظرا لطبيعتها والتي تنافى مع إجراءات البيع الجبري الطويلة والمعقدة ،لما يستدعيه هذا البيع من حالة الضرورة،على عكس ما ذهب إليه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بضرورة إتباع إجراءات البيع الجبري .هذا التوجه كان عكس ما ذهبت إليه المديرية للأملاك الوطنية في توضيح لها إلى أحد الموثقين بسبب رفض إحدى المحافظات العقارية بالمدية لإشهار عقد رسو بيع بالمزاد العلني لمناب القاصر،وأكدت المديرية العامة للأملاك الوطنية على أن الرفض مؤسس بسبب أن عملية البيع يجب أن تنجز من قبل المحضر القضائي والتكفل من طرفه بإجراءات هذا البيع.

[1] فيصل ذكي عبد الواحد،البيوع القضائية وفكرة ضمان الاستحقاق وفقا للقانونين الكويتي والمصري،مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة أولى ،سنة1999، ص 64.

[2] فيصل ذكي عبد الواحد،الطبيعة القانونية للبيوع القضائية وتحديد الطرف البائع وفقا للقانونين المصري والكويتي، دار النهضة العربية،القاهرة،دون تحديد الطبعة،ص 15. أحمد سمير محمد سمير الجبوري، التنظيم القانون للبيع الجبري في قانون التنفيذ دراسة مقارنة،مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية،جامعة كركوك ،دون ذكر عدد المجلة وتاريخ النشر ،ص 255.هشام طه محمود سليم،ضمان الاستحقاق في البيوع،المكتب العلمي للبحوث، الطبعة الأولى ،سنة 2009،ص 169.

وجبرا عنه،لكن لا يشكل عقبة أمام اكتساب البيع صفة العقد [1]،والحكم الذي يصدر بمناسبة رسو المزاد يعد حكما من الناحية الشكلية فقط. [2]

إن إرادة الدائن هنا هي التي تساهم في تكوينه بما خول له القانون من سلطة بيع أموال مدينه في المزاد العلني،ولما له من حق الضمان العام عليه،وهذا يعتبر بمثابة نيابة قانونية.

صحيح أن الدائن يطالب البيع من أجل استفاء حقه فلا يتعارض مع جوهر النيابة،لأن الثمن يدخل في ذمة المدين وإن كان الدائن يستوفي حقه منه. [3]

---

[1] فيصل ذكي عبد الواحد،الطبيعة القانونية للبيوع القضائية وتحديد الطرف البائع وفقا للقانونين المصري والكويتي،المرجع السابق،ص 18.

[2] قد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في حكم لها على أنه: «لما كان إيقاع البيع للراسي عليه المزاد ما هو إلا بيع ينعقد في مجلس القضاء وتحت إشرافه ،فهو إذن لا يختلف عن البيع الاختياري،وأثار تسجيل حكم مرسي المزاد لا تختلف في جملتها عن آثار البيع الاختياري وتسجيله،فيما عدا الاستثناءات التي نص عليها المشرع والتي تقتضيها طبيعة البيع الجبري بالمزاد،وما رسم عليه من أوضاع خاصة»:نفس المرجع،ص 23.

[3] قد تم الاتفاق على وجود طرف البائع في البيوع القضائية الخاصة ،فالاختلاف كان في البيوع الجبرية بشأن مدى وجود طرف بائع بشأن بيع أموال المدين المحجوز عليه بالمزاد العلني،ولهذا قد ثار جدل فقهي حول ذلك:

-رأى الاتجاه الأول على أن البيع القضائي يعتبر عقدا يتم تشييده بين السلطة القضائية باعتبارها طرفا بائعا بالأصالة عن نفسها ،وبين من يتقدم بعطاء أفضل وصحيح،والدولة لا تساهم في تكوين البيع بصفتها نائب ة عن المدين المحجوز ومن في حكمه ،ولكنها تستعمل سلطة التصرف التي منحها القانون لها من أجل تحقيق غرض معين.

-والاتجاه الثاني رأى أن المدين المحجوز عليه يعد بائعا بالأصالة عن نفسه،والبيع ينعقد بإرادة الراسي عليه المزاد والذي يعبر عن إرادته صراحة،وإرادة المدين المحجوز عليه فإنها تستفاد ضمنا على أساس أنه يعد طرفا في خصومة التنفيذ،حيث أنه قد تطلب المشرع إعلانه بقائمة شروط البيع من أجل تمكينه من إبداء ملاحظاته واعتراضاته،فإذا لم يعترض أو كان من المستحيل عليه قانونا إبداء اعتراضاته على وقوع البيع، ذلك يفيد انصراف إرادته ضمنا نحو قبول البيع،والتسليم بفكرة القبول الضمني للبيع من جانب المدين،معناه انعقاد العقد بمجرد فوات ميعاد الاعتراض على قائمة شروط البيع،وبالتالي لا تكون فائدة من الإعلان عن جلسة المزاد،وطرح الصفقة للمزايدة،وتمكين الأشخاص من تقديم عطاءاتهم وكذا إرساء المزاد على من تقدم بأفضل عطاء ،وهذا ما يتنافى مع الواقع والقانون.

-ذهب اتجاه أخر إلى اعتبار الموظف القضائي نائبا وبقوة القانون عن المدين في البيع،هذا الأخير ينعقد بتعبير القاضي عن إرادته عندما يحكم برسو المزاد على شخص معين،،وهو يفعل ذلك بصفته نائبا بنص القانون عن المدين المحجوز عليه،وليس باعتباره أصيلا عن نفسه لأنه لا يملك المبيع،ولم يتملكه في أي وقت من الأوقات.

=- ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن البيع القضائي ينعقد بواسطة نائب قانوني عن المدين،وفقا لهذا الاتجاه قد اعتبر الدائن الحاجز نائبا بقوة القانون عن المدين،فحينما يباشر أحد الدائنين إجراءات الحجز والتنفيذ على أموال المدين ويطلب بيعها بالمزاد العلني،فإنه يفعل ذلك بناء على تفويض من القانون،حيث يخوله سلطة إلزام المدين بالعقد الذي

والمشرع الإجرائي قد وضع أحكاما موضوعية تنظمه إلا أن نصوص القانون المدني هي التي تولت تنظيمه من حيث المبدأ وذلك في نص المادة 69 ق م ج والتي تقابلها نص المادة 99 م م والتي تنصان على أنه:«لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه،ولو كان باطلا».

يمكن القول على أنه وفقا لما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 69 ق م،فالبيع الذي يتم بالمزاد العلني سواء كان قضائيا أو إراديا يعتبر عقدا يتم بإيجاب وقبول،وطرح المال بالمزاد العلني يعد دعوة للتعاقد،وتقدم الراغب في الشراء بعطاء معين يعد إيجابا،أما من رسو المزاد على شخص عين فيعد قبولا منه للعقد.[1]

والقول بأن المشرع قد استبعد خضوع البيع القضائي لأحكام ضمان العيوب الخفية لا يصلح دليلا يتم الارتكاز عليه لإنكار الصفة العقدية لهذا البيع، والهدف من ذلك تحاشي المشاكل العملية التي تنتج عن اكتشاف الراسي عليه المزاد للعيب الخفي بعد تمام عملية البيع،ومعنى ذلك أن استبعاد هذا النوع من الضمان يستند إلى غاية البيع وليس إلى طبيعته،بدليل أن هذا الضمان لا يجد مجالا للتطبيق في البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد العلني ،بالرغم من أنها عقودا بالمعنى الفني والقانون ي.كما أن تقرير المشرع عدم خضوع البيع القضائي لتلك الأحكام–ضمان العيوب الخفية والغبن–وتعرضه لها ضمن الأحكام الخاصة بعقد البيع ،فإنه لدليل على اعتبار هذا النوع من البيوع عقدا.[2]

يساهم في تشييده مع الراسي عليه المزاد: فتحي والي،التنفيذ الجبري في القانون الكويتي،مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، سنة 1987،ص 250.فيصل ذكي عبد الواحد،الطبيعة القانونية للبيوع القضائية وتحديد الطرف البائع وفقا للقانونين المصري والكويتي،المرجع السابق،ص 28،66،89. أنور سلطان،العقود المسماة،البيع والمقايضة،،دون ذكر دار النشر،1951،ص 394.

[1] هذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها على أنه: «لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد مما يدل على أن التقدم بالعطاء ليس إلا إيجابا من صاحب العطاء فلابد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزاد ممن يملكه».:مشار إليه:أحمد سمير محمد سمير الجبوري ،المرجع السابق،ص 25.

[2] فيصل ذكي عبد الواحد،الطبيعة القانونية للبيوع القضائية وتحديد الطرف البائع وفقا للقانونين المصري والكويتي،المرجع السابق،ص 48.

ثانيا-نظرية القرار القضائي:

وفقا لهذه النظرية إن البيع القضائي هو عبارة عن قرار يصدره الموظف القضائي بما له من سلطة عامة،متضمنا نزع ملكية المدين ونقلها إلى الراسي عليه المزاد في مقابل العطاء الذي يتقدم به[1]،وهذا القرار القضائي هو حكم من حيث الشكل،ومع ذلك يعد عملا ولائيا من حيث المضمون،يقوم به القضاء عند وجود قصور في إرادة الأفراد لرقابتها أو تكملتها.[2]

لكن هذا القرار لا يصدر إلا إذا سبقه عمل قانوني آخر ذو طبيعة مختلفة ،وهو تقديم عطاء في المزاد،وليس معنى أننا بصدد توافق الإرادتين [3]،وإن كان العطاء في المزاد مفترضا لصدور القرار بإيقاع البيع إلا أنهما لا يكونان معا عملا له الطبيعة التعاقدية،ومادام أن البيع يتم جبرا دون رضاء المدين،فلا يمكن أن يكون عقدا انعقد بين المدين والراسي عليه المزاد،ولا يمكن اعتباره عقدا بين الدائن أو القاضي وبين الراسي عليه المزاد،وأيا منهما لا يمكن أن يمتلك المال المحجوز عليه ولم يتملكه في أي وقت من الأوقات،وكذا أي ا منهما لم يقصد أن تنصرف إليه آثار البيع من حقوق والتزامات.وعلى هذا فالنتيجة الطبيعية للبيع القضائي-الجبري-لا يكون للمشتري الراسي عليه المزاد سوى حقه في تسلم المال المبيع وملحقاته،وفيما عدا ذلك ليس له أي حق من الحقوق التي تكون للمشتري في البيع الاختياري،وحق المشتري في تسلم المبيع ينشأ كنتيجة لدفعه الثمن ،بحيث لا ينشأ عن البيع كالتزام على البائع وإنما فرضه طبيعة البيع.

ومع ذلك لا يمكن إنكار صفته كبيع،فهناك ترابط بين البيع كنظام قانوني والبيع كتوافق إرادتين،والبيع في جوهره هو نقل الملكية أو حق عيني آخر مقابل ثمن نقدي ،كما يمكن أن تكون وسيلته الفنية توافق إرادتين وبالتالي برضاء المالك، قد يتم بسلطة من الدولة وبقرار منها دون هذا الرضاء.[4]

---

[1] نفس المرجع،ص 42.

[2] أحمد سمير محمد سمير الجبوري،المرجع السابق،ص 257.

[3] فتحي والي،التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري،المرجع السابق، ص 535. هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 165.

[4] فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي،المرجع السابق ،ص 536.

يترتب على الأخذ بهذه النظرية اختلاف النظام القانوني للبيع القضائي عن عقد البيع الاختياري،حيث يخضع البيع القضائي من حيث تكوينه وآثاره لنظام قانون الإجراءات المدنية والإدارية وليس لنظرية العقد،فمثلا لا يخضع لقواعد البطلان في العقود وإنما لقواعد البطلان في الإجراءات[1]،ومما يؤكد صحة هذا الاتجاه إلى أن المشرع قد حرص في القانون المدني على استبعا د بعض أحكام عقد البيع التي لا تناسب البيوع القضائية،منها ما نص عليه المشرع في المادة 385 ق م ج والتي تقابلها نص المادة 454 ق م م على أنه: «لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد».

ومما سبق يمكن القول على أن البيع القضائي الجبري هنا لم يتم بواسطة المدين وإنما ضده وبالتالي لا يمكن اعتباره عقدا انعقد بين المدين والراسي عليه المزاد،ولا عقدا بين الدائن والراسي عليه المزاد،وأي منهما لا يملك المال المحجوز عليه ولم يتملكه في وقت من الأوقات،وأي منهما لم يقصد أن تنصرف إليه آثار البيع من حقوق والتزامات،وبهذا فالبيع هنا هو قرار قضائي مضمونه نزع ملكية المال المبيع عن المدين ونقلها ّإلى الراسي عليه المزاد مقابل ثمن نقدي،والقاضي لا يفعل ذلك بصفته نائبا وإنما ممثلا للسلطة القضائية،والمدين المحجوز عليه لا توجد لديه نية البيع ،والدائن لا يبيع وليس له سلطة البيع وإنما له الحق في طلب البيع،حيث يباشر ويحرك إجراءات ذلك لما له من ضمان عام على أموال مدينه مصدره القانون وليس المدين.

وبالتالي إن البيع القضائي الجبري له طبيعة خاصة مصدرها القانون باعتباره مرحلة من مراحل التنفيذ.

البند الثالث–حالات وأسس البيع القضائي للعقار:

إن البيع القضائي للعقار يأخذ شكلين ،إما أن يكون هذا البيع جبريا وإما يكون هذا البيع مرخص به من طرف القاضي ،ما يسمى بالبيوع القضائية الخاصة.

لهذا سنبين في هذا البند الحالات والأسس القانونية لكلا من الشكلين.

[1] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق،ص 171.

1-حالة وأساس البيع العقاري الجبري:

البيع العقاري الجبري هو الذي يكون نتيجة لإجراءات الحجز العقاري ،بعد فشل الإجراءات الودية وامتناع المدين عن تسديد دينه،وتجدر الإشارة إلى أنه لا يمكن التنفيذ على العقار إلا في حالة عدم وجود أو كفاية المنقولات،أما إذا كان للدائن حق امتياز على عقار أو حق تخصيص أو كان دائن مرتهن فهنا يتم الحجز مباشرة على العقارات ،ويتم بيعها جبريا على المدين لاستيفاء الدائن لدينه.

إن بيع العقار جبرا بالمزاد العلني [1]،تسبقه مجموعة من الإجراءات القانونية وهي استصدار أمر الحجز ،ومن ثم تبليغه إلى المدين والغير ،وكذا قيده بالمحافظة العقارية.

أ-إجراءات استصدار أمر الحجز:

لاستصدار أمر الحجز،لابد من تقديم طلب الحجز على العقار أو الحقوق العينية العقارية من طرف الدائن أو ممثله القانوني ،أو الإتفاقي وذلك إلى رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار،ويتضمن الطلب على الخصوص:[2]

-اسم ولقب الدائن الحاجز وموطنه الحقيقي وموطنه المختار في دائرة اختصاص المحكمة التي يوجد فيها العقار و/أو الحق العيني العقاري.

-اسم ولقب المدين وموطنه.

---

[1] لقد استحدث المشرع نوع جديد من الحجوز في إطار قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يتناوله المشرع من قبل،وهو الحجز على العقار غير المشهر تضمنته المواد من 766 إلى 771 إ م إ،وهو يخضع لنفس الإجراءات المتبعة في شأن الحجز التنفيذي على العقار المشهر بالمحافظة العقارية والمتوفر على سند ملكية،حيث يرفق طلب الحجز بمستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري للعقار المراد حجزه عوض سند الملكية.كما يقيد الحجز بسجل خاص على مستوى أمانة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار،كما يقيد به الدائنين الذين لهم سندات تنفيذية في مواجهة الدائن المحجوز عليه، عوض أن يقيد المحافظة العقارية المختصة.
كما يرفق بقائمة شروط البيع مستخرج من السند العرفي أو المقرر الإداري للعقار المحجوز عوض عقد الملكية.
حيث يباع العقار المحجوز في جلسة البيع بالمزاد العلني، وفقا لإجراءات بيع العقار المشهر المحجوز طبقا للمواد من 753 إلى 761 ا م ا.

[2] وهذا ما تنص عليه المادة 722 ا م ا.

-وصف العقار و/أو الحق العيني العقاري المطلوب حجزه مع بيان موقعه وأية بيانات أخرى تفيد في تعيينه طبقا لما هو ثابت في مستخرج سند الملكية.[1]

ووفقا لنص المادة 723 ا م ا: « يرفق طلب للحجز المشار إليه في المادة 722 أعلاه بالوثائق التالية:

-نسخة من السند التنفيذي المتضمن مبلغ الدين،ونسخة من محضر التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء.

-محضر عدم كفاية الأموال المنقولة أو عدم وجودها بالنسبة للدائن العادي,

-مستخرج عقد الرهن أو أمر التخصيص على عقار أو مستخرج من قيد حق الإمتياز بالنسبة لأصحاب التأمينات العينية.

-مستخرج من سند ملكية المدين للعقار.

-شهادة عقارية.»

وقد نص المشرع في الفقرة الأخيرة من ذات المادة على أنه: «إذا لم يرفق الطلب بإحدى هذه الوثائق رفض طلب الحجز،ويمكن تجديده عند استكمال الوثائق المطلوبة».

إن الحجز يصدر بموجب أمر على عريضة من طرف رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها هذا العقار أو الحق العيني العقاري،في أجل أقصاه 08 أيام من تاريخ إيداع الطلب[2]،أما إذا كان للمدين عدة عقارات أو حقوق عينية عقارية تقع في دوائر اختصاص مختلفة،يجوز استصدار أمر واحد بالحجز عليها من طرف رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها إحدى هذه العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية.فضلا عن ذلك لابد من أن يتضمن أمر الحجز البيانات التي نصت عليها المادة 724 ا م ا وإلا عد باطلا:

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن العقار المعني بالحجز هو العقار المملوك للمدين أو للكفيل العيني أو الموجود في حيازة الحائز.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 724 ا م ا .

-نوع السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز وتاريخه والجهة التي أصدرته ،ومبلغ الدين المطلوب الوفاء به.

-تاريخ التبليغ الرسمي للسند التنفيذي،وتاريخ تكليف المدين بالوفاء بقيمة الدين.

-تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المحجوز،تعيينا دقيقا،لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء،مفرزا أو مشاعا،وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه،وإذا كان العقار بناية،يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.

ب-التبليغ الرسمي لأمر الحجز:

وفقا لنص المادة 725 ا يقوم المحضر القضائي بعد صدور أمر الحجز بالتبليغ الرسمي لهذا الأمر إلى المدين [1] ،وذلك لإنذاره بأنه إذا لم يدفع مبلغ الدين في أجل شهر من تاريخ التبليغ الرسمي يباع العقار أو الحق العيني العقاري جبرا عنه، أما إذا كان العقار أو الحق العيني مثقلا بتأمين عيني للغير،وجب القيام بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز لهذا الأخير ،أي لحائز العقار المرهون أو الكفيل العيني إن وجد [2].فحائز العقار المرهون يمكنه الاختيار بين قضاء الدين أو تطهير العقار أو التخلي عن العقار،وفقا لما نصت عليه المواد من 911 و 912 ق م.[3]

---

[1] يتم التبليغ بموجب محضر رسمي يعد المحضر القضائي وفقا للإجراءات المنصوص عليها في المواد من 406 إلى 416 ا م ا.

[2] هذا ما تنص عليه المادة 726 ا م ا.

[3] تنص المادة 911 ق م على أنه:«يجوز للدائن المرتهن عند حلول أجل الدين أن يقوم بنزع ملكية العقار المرهون من يد الحائز لهذا العقار،إلا إذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه،...، »كما تنص المادة 912 ق م على أنه: «يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره.ويبقى حقه هذا قائما إلى رسو المزاد،وله في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون،كما يجوز له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين».

ج-قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية:

ألزم المشرع المحضر القضائي بإيداع أمر الحجز في مصلحة الحفظ العقاري ،لأجل قيده بالمحافظة العقارية في نفس يوم تبليغ الحجز أو في اليوم الموالي كأقصى حد،وهذا وفقا لنص المادة 3/725 ق إ م إ،وذلك من أجل منع المدين من تهريب العقار عن طريق التصرف فيه.

وعند قيام المحافظ العقاري بقيد أمر الحجز لابد من ذكر تاريخ وساعة الإيداع وينوه بهامشه وبترتيب ورود كل أمر حجز سبق قيده ،مع ذكر اسم ولقب وموطن كل الدائنين والجهة القضائية التي أصدرت أمر الحجز. [1]

وبمجرد قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية،يمنع على المدين المحجوز عليه التصرف في العقار أو الحق العيني العقاري بأي تصرف ناقل للملكية ،ولا أن يرتب عليه تأمينات عينية وإلا كان تصرفه باطلا.

وتجدر الإشارة على أنه لا يمكن بيع العقار جبرا إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات ،وهي استصدار أمر الحجز وتبليغه وشهره بالمحافظة العقارية،ومن هنا تبدأ إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني.

2- حالات وأسس البيوع القضائية الخاصة:

أما الشكل الثاني للبيوع القضائية هي البيوع القضائية الخاصة،والتي يقصد بها تلك التي تتم بطريق المزاد العلني تحت إشراف الجهاز القضائي وبإذن منه،والهدف من ذلك توفير حماية فعالة لمالك الشيء المبيع ،والتي تحول الظروف الخاصة التي لحقت بالعقد دون قيامه بممارسة البيع بنفسه بطريق الممارسة،بمعنى آخر فكل بيع قضائي تحكمه قواعد القانون الخاص،ويخرج عن بيع أموال المدين المحجوز عليه جبرا عنه ،فإنه يعد بيعا قضائيا خاصا.[2]

---

[1] وفقا لنص المادة 729 ا م ا.

[2] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 185.

وتتمثل هذه البيوع في فئات ثلاث: بيع العقار المملوك على الشيوع لتعذر قسمته عينا،والبيع العقاري للمفقود أو ناقص الأهلية،أو المفلس،أما الفئة الثالثة تتمثل في بيع العقار المثقل بتأمين عيني والذي يعد بيع من نوع آخر ،حيث يعتبر مكنة قانونية جعلها لمالك العقار المثقل بتأمين عيني أن يبيع عقاره بالمزاد.

أ-بيع العقار المملوك على الشيوع لاستحالة القسمة العينية:

بالرجوع إلى نص المادة 722 ق م فإنه لكل شريك على الشيوع أن يطلب قسمة المال الشائع ما لم يكن مجبرا على البقاء في الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق ،كما يستطيع الشركاء إذا انعقد إجماعهم أن يقتسموا المال الشائع بالطريقة التي يرونها،أما إذا اختلفوا فعلى من يريد الخروج من الشيوع أن يرفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة.لكن في حالة عدم قابلية هذا المال الشائع للقسمة أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته فقد قرر المشرع في نص المادة 728 ق م إمكانية بيع العقار بالمزاد العلني.[1]

وبهذا فمن شروط بيع العقار المشاع بالمزاد العلني لابد من:

-أن يكون عقار شائع.

-تعذر قسمة هذا العقار،أو كان من شأن هذه القسمة إحداث نقص كبير في قيمة هذا العقار.

-أن يصدر حكم نهائي من جهة قضائية فاصل في دعوى قسمة ملكية شائعة.

-أن يتبع في بيع العقار الإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وفقا لما تقرره المادتين 786 و787 ا م ا.

---

[1] بالرجوع إلى قرار للمحكمة العليا تحت رقم 201854 مؤرخ في 27-09-2000،م إ ق ،غ ع،الجزء الأول،2004،ص 274 فإنه:«مادام ثابتا أن العقار المشترك قابل للقسمة دون أن يترتب عنه انخفاض في قيمته،فيكون تمسك الطاعن ببيع العقار بالمزاد العلني غير صائب. »:مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري، على ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع،دار هومة ،دون ذكر سنة النشر ورقم الطبعة،ص 127.

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن أن تقتصر المزايدة كما نصت المادة 728 ق م على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجما ع[1]،ويقدم هذا الطلب أمام قاضي الموضوع الفاصل في منازعة الخروج من الشيوع،أو أمام قاضي البيوع بالمزايدة قبل الإعلان عن افتتاح جلسة البيع بالمزايدة ،بشرط أن يكون الطلب مقدما من قبل جميع الشركاء[2]،كما يمكن لدائني الشركاء الاعتراض على بيع المال بالمزاد العلني بغير تدخلهم،وتوجه المعارضة لكل الشركاء ويترتب عليها إلزامهم أن يدخلوا كل من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات،وإلا كان ذلك غير نافذ في حقهم.[3]

ب-البيع القضائي لعقار لمفقود وناقص الأهلية والمفلس:

سنتناول حالات وأسس بيع عقار المفقود وناقص الأهلية وكذا المفلس قضائيا.

ب.1-البيع القضائي لعقار المفقود:

يعرف المفقود على أنه كل من انقطع خبره ولا يعرف مكانه ،ولا يعلم حاله من حيث الموت أو الحياة،ولا يشمل هذا التحديد الأسير والمحبوس [4] لإمكانية الإطلاع على حالتهما والاستخبار عنهما.فهذا التعريف أخذ بمعيار الجهل بحال الشخص أهو حي أم ميت،وكذا الجهل بمكانه.

أما بالرجوع إلى تعريف المفقود في التشريع الجزائري،فقد عرفته المادة 109 ق أ بأنه:«الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته أو موته،ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم».

---

[1] فقد قررت المحكمة العليا في قرار لها رقم 94089 مؤرخ في 26-10-1993، م ق ،1994،ع 01،ص 79 في هذا الشأن على أنه: «من المقرر قانونا أنه إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته،بيع المال بالمزاد العلني،وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع.
ولما ثبت أن المستأنف عليه سابقا عارض صراحة بيع الأملاك العقارية بين الورثة فقط،فإنه يؤكد عدم اتفاق جميع أطراف النزاع على ذلك،وبالتالي لم يحصل الإجماع لذلك فإن القرار القاضي ببيع التركة بين الورثة المتنازعين فقط قد أساء تطبيق القانون ويتعين نقضه»:مشار إليه:نفس المرجع،ص 127.

[2] إن قصر المزايدة على الشركاء فقط له مزايا وعيوب ،فمن مزايا ذلك هو لخصوصية المجتمع الجزائري وتشبثه بالملكية التي يرثها أبا عن جد،ولهذا يحبذ عدم انتقال الملكية لشخص أجنبي،وأما العيوب أنه بقصر المزايدة على الشركاء فقط فيعني حصر عدد المزايدين وبالتالي عدم الحصول على ثمن أعلى مما يتوقع في البيوع بالمزايدة.

[3] هذا ما نصت عليه المادة 729 ق م.

[4] محمد سمارة،أحكام وآثار الزوجية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ،دون ذكر سنة النشر،ص 333.

ويتضح من خلال هذه المادة شروط لاعتبار الشخص مفقودا وهي:

-الغيبة،ويقصد به مغادرة محل الإقامة المعتاد، سوا ء كان المحل الذي يقطن فيه أو المحل ممارسة عمله،وتنقطع بذلك أخباره.

ويعتبر الشخص غائبا بمفهوم المادة 110 ق أ،أن تمنعه ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر للغير،والغائب هنا الذي لا يوجد له محل إقامة ولا موطن معلوم ،أو كان له موطن معلوم خارج بلاده واستحال عليه أن يباشر شؤونه بنفسه ،أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها مما يترتب عليه تعطيل مصالحه وإلحاق ضرر بالغير.[1]

تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد عرف المفقود بالغائب، وبالتالي فكل مفقود غائب،ولكن ليس كل غائب مفقود لأن هذا الأخير لا تعرف حياته ولا موته،في حين أن الغائب حياته مؤكدة ومكانه معلوم،كما أنه وإن كان يمكن الحكم بموت المفقود -الموت الحكمي-وأما الغائب فلا يمكن استصدار حكم بموته.

-لا يكفي أن يكون الشخص غائبا،بل يجب أن يستغرق كذلك عدم معرفة مكان تواجده[2]،فبمفهوم المخالفة بمجرد رؤية هذا الشخص في مكان معين تجعله يخرج من دائرة المفقود.

-أن لا تعلم حياته من مماته،يجب أن تكون أخبار الغائب قد انقطعت، بحي ث لا يعرف ما إذا كان حيا أم ميتا،وعلى من يدعي ذلك أن يثبت هذا الانقطاع بكافة طرق الإثبات،باعتبار هذه الواقعة واقعة مادية.

-أن يصدر حكم باعتباره مفقودا، فإنه إضافة إلى الشروط السابقة فلا يعتبر الشخص مفقودا من الناحية القانونية إلا بموجب حكم قضائي يقضي بالفقد [1]،وليس لحكم القاضي بالفقد أـــثر رجعي

---

[1] محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية،دروس في نظرية الحق، الجزء الثاني ،دار هومة، الطبعة الأولى ،سنة 2011ص 326.

[2] نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق،2013،2012،ص 29.

يرتد إلى يوم انقطاع أخبار الشخص،بل إن أثره فوري أي مباشر يعمل به إبتداءا من تاريخ صدوره،وبعبارة أخرى يعتبر الحكم بإثبات الفقد حكما منشئا لحالة جديدة.[2]

إضافة إلى التعريف الوارد في قانون الأسرة،فقد نظم المشرع الجزائري أحكام المفقود بموجب قوانين ظرفية تتعلق بالظروف الاستثنائية،أمنية كانت أم طبيعية،وذلك بموجب الأمر رقم 20-03 المؤرخ في 25-02-2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10-11-2001[3]،وكذا بموجب القانون رقم 03-06 المؤرخ في 12 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21-05-2003[4]،وكذا الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.[5]

وباستقراء هذه النصوص القانونية إن المفقود هو كل شخص فقد في ظل الظروف الخاصة الطبيعية كانت أم أمنية،بحيث لم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته،وأعد بشأنه محضر معاينة من طرف الضبطية القضائية.[6]

---

[1] فهذا طبقا للمادة 109 ق أ سالفة الذكر.

[2] محمد سعيد جعفور،المرجع السابق،ص 327.

[3] ج ر، ع 15،المؤرخة في 28-02-2002.

[4] ج ر،ع 37،المؤرخة في 15-06-2003.

[5] ج ر،ع 11،المؤرخة في 28-02-2006.

[6] بالرجوع إلى نص المادة 02 من الأمر رقم 02-03 سالف الذكر فقد نصت على أنه: «بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة،تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001،يصرح متوفي بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية،تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند الانتهاء من الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى أربعة أشهر من تاريخ وقوع الكارثة»،كما تنص المادة 02 من القانون رقم 02-06 المذكور أعلاه على أنه: « يصرح متوفي بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية،تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود أو لكل شخص له مصلحة في أجل لا يتعدى 08 أشهر من تاريخ وقوع الكارثة »،كما نصت المادة من الأمر رقم 06-01 سابق الذكر على أنه: «يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات،بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى،تعد الشرطة القضائية محضر معاينة فقدان الشخص

وبهذا قد ميز المشرع بين نوعين من الفقد ،بين قانون الأسرة وتلك القوانين الخاصة،أي الفقد في ظروف يغلب عليها السلامة،والفقد في ظل الظروف التي يغلب عليها الهلاك، وهذ ا ما جعل المشرع لينظم حالات الفقد في مثل هذه الظروف الاستثنائية سواء كانت طبيعية أو أمنية.

ومن آثار الحكم بالفقد هو حصر أمواله وتعيين مقدما من أقاربه أو من الغير لتسيير أمواله والحفاظ عليها،ويتسلم ما يستحقه من ميراث وتبرع وهذا ما نصت عليه المادة 111 ق أ،ولا تقسم أموال المفقود ولا تورث إلا بصدور حكم بموته[1].

أما قبل الحكم بموته فإنه يمكن للمقدم بيع عقار المفقود وذلك بعد استصدار إذن قضائي ،وطبعا يقدر القاضي حالة الضرورة لذلك،لكن بالرجوع إلى إحدى قرارات المحكمة العليا فقد قررت على أن أموال المفقود قبل الحكم بموته غير قابلة للتصرف فيها بالبيع وحتى ولو استصدر المقدم إذن قضائي،لكن بعد الحكم بموته يجوز التصرف فيها بالبيع [2]،لكن التساؤل الذي يطرح هنا لماذا يتم بيع أموال المفقود بعد الحكم بموته بالبيع،لأنه بموته سوف تقسم أمواله على ورثته؟ والتصرف فيها لابد من أن يكون أثناء مرحلة ما بعد الحكم بموته ،وذلك بطبيعة الحال بعد استصدار إذن من القضاء والسلطة التقديرية للقاضي،ولربما لحالة الضرورة وهي الخوف من انخفاض القيمة الحقيقية لعقار المفقود أو لسبب آخر،ومن هنا يطرح تساؤل آخر وهو ما هو الأساس القانوني الذي اعتمدت عليه المحكمة للقول بذلك؟

المعني على إثر عملية البحث،ويسلم المحضر إلى ذوي حقوق المفقود أو أي شخص ذي مصلحة في ذلك في أجل لا يتجاوز سنة من تاريخ نشر هذا الأمر في الجريدة الرسمية».

[1] وهذا ما أكدته المادة 115 ق أ،ويتم الحكم بموته بناءا على طلب أحد الورثة أو ممن له مصلحة أو النيابة العامة،ووفقا لما نصت عليه المادة 113 ق أ على أنه : «يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربعة سنوات بعد التحري،وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة».

[2] هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها رقم 435190،بتاريخ 24-12-2008،غ م،م م ع،ع الثاني، 2009،ص 127:على أنه«وحيث الثابت في قضية الحال أن المدخلة في الخصام تصرفت بالبيع في عقارات المطعون ضده بناءا فقط على الحكم الصادر بفقدانه بتاريخ 13-06-1993 ومن ثم فإن تصرفاتها هذه باطلة حتى وإن تحصلت على إذن قضائي بالبيع،ذلك أن تصرف المقدم في أموال المفقود لا يكون صحيحا إلا إذا كان مبنيا على حكم قضائي بالموت وهو ما لم يتوفر في قضية الحال».

صحيح أن التصرف ما قبل الحكم بموته لا يجوز،والذي نقصد به تقسيم أمواله على الورثة والموصى لهم،لكن التصرف ببيعها وبعد استصدار إذن من القاضي ممكن وفقا للسلطة التقديرية للقاضي ولحالة الضرورة،ويشار على أنه هناك فراغ قانوني لهذه النقطة والتي لابد للمشرع التدخل لسد هذا الفراغ.

ب-2-البيع العقاري لناقص الأهلية:

بالرجوع إلى نص المادة 783 ا م ا قد تطرقت لمسألة بيع عقار ناقص الأهلية بعد الحصول على الإذن القضائي،وتجدر الإشارة هنا على أن ناقص الأهلية حسب نص المادة 43 ق م إما يكون الشخص المميز فقط أو البالغ سن الرشد ولكن مصاب بعارض السفه أو الغفلة،في حين لم يتطرق لعديم الأهلية[1] وهو الشخص الذي لم يبلغ سن التمييز وهي 13 سنة،أو البالغ سن الرشد ولكنه مصاب بعارض من عوارض الأهلية وهي العته أو الجنون وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 42 ق م،هل يفهم من ذلك على أنه رخص لنائب ناقص الأهلية ببيع عقار هذا الأخير بعد الإذن القضائي،ولم يرخص بالتصرف بالبيع لنائب عديم الأهلية،ولما هذه التفرقة خاصة إذا توفرت حالة الضرورة؟وهل يعد سهوا من المشرع؟

أما عن شروط هذا البيع فإنه بالرجوع إلى قانون الأسرة في نص المادة 88 منه ،لابد على الولي أن يستأذن القاضي في حالة التصرف في عقار القاصر سواء كان مميزا أو غير مميز بالبيع[2]،وأضافت المادة 89 ق أ على القاضي أن يراعي في الإذن حالة الضرورة،ويتم البيع بالمزاد العلني،وتجدر الإشارة إلى أن الوصي له نفس سلطة الولي للتصرف وفقا لنص هاتين المادتين،ونفس الأمر للمقدم يخضع لنفس أحكام الوصي وبالتالي يستأذن القاضي في حالة تصرفه ببيع عقار ناقص الأهلية أو فاقدها،وبهذا حاول المشرع توفير حماية لهم لذلك وضع ضوابط للحد من تصرفات النائب

---

[1] على عكس المشرع المصري فقد نص في المادة 659 من قانون المرافعات على هذه البيوع الخاصة ومنها بيع عقار المفلس وبيع عقار الغائب وبيع عقار عديم الأهلية على عكس المشرع الجزائري والذي نص على بيع عقار ناقص الأهلية.

[2] بالرجوع إلى قانون الأسرة فقد رخص المشرع للولي من أجل بيع عقار القاصر دون أن يميز ما إذا كان ناقص الأهلية أو عديمها،ونفس الأمر للوصي وللقيم لبيع عقار ناقص الأهلية وعديمها وذلك بعد الحصول على الإذن القضائي وتوافر حالة الضرورة،على عكس قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي نص فقط على بيع عقار ناقص الأهلية قضائيا.

الشرعي ،ونظرا لأهمية وخطورة هذا التصرف،وإلا كان تصرفا باطلا لمصلحة ناقص الأهلية أو عديمها.

ب-3-البيع عقاري للمفلس:

المفلس فو الذي يكون في حالة الإفلاس والتي تعتبر الوضعية القانونية للتاجر المتوقف عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها،ويتم الإعلان عنه بمقتضى حكم تصدره المحكمة المختصة بناءا على طلب المدين من تلقاء نفسه [1] ،أو بناءا على طلب الدائنين أو تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها.[2]

والإفلاس نظام يطبق على التجار وغير التجار ،إذا كانوا أشخاص معنوية خاضعة للقانون الخاص ،في حالة توقفهم عن الدفع كالجمعيات والشركات المدنية والتعاونيات.

من آثار شهر الإفلاس هو غل يد المدين عن التصرف في أمواله وإدارتها،ويحل محله الوكيل المتصرف القضائي-وكيل التفليسة- حيث يمارس جميع حقوق ودعاوى المفلس المتعلقة بذمته طيلة مدة التفليسة،كما يقوم بجميع التدابير التحفظية حماية لحقوق الدائنين .حيث يشرع الوكيل المتصرف القضائي في بيع كل الأشياء المعرضة للتلف أو المعرضة لانخفاض قيمتها،أو التي يكلف حفظها ثمنا باهضا كالعقارات،وهنا لا يتم البيع إلا بعد إذن من القاضي المنتدب وبعد سماع المدين.

بالتالي الوكيل المتصرف القضائي لا يتصرف ببيع عقار المدي ن ،إلا بإذن من القاضي ويتم البيع بالمزاد العلني،حيث يتم إعداد قائمة شروط البيع من طرف الوكيل المتصرف القضائي،ويتم البيع وفقا لما قررته المواد 783 و784 و785 ا م ا.

---

[1] تنص المادة 215 ق ت على أنه : «يتعين على كل تاجر أو كل شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا إذا توقف عن الدفع أن يدلي بإقرار خلال 15 يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس».

[2] تنص المادة 216 ق ت على أنه : «يمكن أن تتفتح التسوية القضائية أو الإفلاس بناءا على تكليف المدين بالحضور كيفما كانت طبيعة دينه،ولا سيما ذلك الدين الناتج عن فاتورة قابلة للدفع في أجل مدد ويمكن للمحكمة أن تتسلم القضية تلقائيا بعد الاستماع للمدين أو استدعائه قانونا».

ج-بيع العقار المثقل بتأمين عيني:

وفقا لنص المادة 788 ا م ا يجوز لمالك العقار أو الحق العيي العقاري المثقل بتأمين عيني الذي يرغب في الوفاء بديونه،وذلك قبل أن يسع الدائنون إلى طلب ديونهم ولم يباشروا إجراءات التنفيذ عليه،أن يطلب بيعه بالمزاد العلني بناءا على قائمة شروط البيع يعدها المحضر القضائي ،وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار. [1]

تجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من البيوع يتم بطلب من المدين،وليس كما رأينا سابقا في بيع عقار مثقل بتأمين عيني في إطار إجراءات الحجز على المدين،فهو ليس من البيوع الجبرية أو التي تخضع لإذن القاضي بل هو بيع برخصة من المشرع ،والهدف منه هو حماية المدين واستدراك الموقف بإتاحة الفرصة له للوفاء بدينه حتى لا يباع عقاره بثمن بخس.

المطلب الثاني:تعريف الملكية العقارية[2]

إن البيع العقاري سواء تم عن طريق العقد أو بالمزاد العلني،فهو يؤدي بالنتيجة إلى الالتزام بنقل الملكية أو أي حق مالي آخر،وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 351 ق م سالفة الذكر،وحتى وكما أشرنا سابقا بالنسبة للبيع الجبري والذي يكون نتيجة إجراءات الحجز على أموال المدين تمهيدا لبيعها بالمزاد العلني يكون وكما تنص المادة 721 ا م ا على العقار أو أي الحق العيني العقاري.[3]

---

[1] أجاز كذلك المشرع المصري في المادة 467 من قانون المرافعات لمالك العقار المثقل بتأمين عيني بيع عقاره بالمزاد بنصه على أنه: «يجوز لمن يملك عقارا مقررا عليه حق امتياز أو اختصاص أو رهن رسمي أو حيازي لم يحصل تسجيل تنبيه بنزع ملكيته أن يبيعه أمام القضاء بناءا على قائمة شروط البيع يودعها قلم كتاب المحكمة المختصة».

[2] استعملت مصطلح الملكية العقارية كمحل لعقد البيع وذلك بمفهومها الواسع،الملكية سواء كانت تامة أو مجزأة بالتالي تعني كذلك الحقوق العينية المتفرعة عنها كحق الانتفاع والارتفاق أو غيرها من الحقوق.

[3] تنص المادة 721 ا م ا على أنه : « يجوز للدائن الحجز على العقارات و أو الحقوق العينية العقارية لمدينه،مفرزة كانت أو مشاعة،إذا كان بيده سند تنفيذي وأثبت عدم كفاية الأموال المنقولة لمدينه أو عدم وجوها.
غير أن الدائن المرتهن أو صاحب حق الامتياز الخاص على العقار أو صاحب حق التخصيص على العقار ،الذي بيده سندا تنفيذيا،يجوز له الحجز على العقارات و /أو الحقوق العينية العقارية لمدينه مباشرة حتى ولو انتقلت ملكيتها إلى الغير».

وبهذا نتناول تعريف الملكية وأصنافها في **الفرع الأول**، وتعريف العقار وأنواعه في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول:تعريف الملكية وأصنافها

نتناول في هذا الفرع تعريف حق الملكية في **البند الأول** وأصنافها في **البند الثاني**.

البند الأول-تعريف حق الملكية:

يعرف حق الملكية بأنه حق استئثار الشيء واستغلاله والتصرف فيه على وجه دائم،وكل ذلك في حدود القانون.[1]

كما يعرف حق الملكية على أنه يخول لصاحبه كل السلطات التي يخولها هذا الحق، الاستعمال والاستغلال والتصرف،فهو لذلك حق جامع،والمالك يستأثر وحده بهذه السلطات الثلاث فهو حق مانع،وأن هذه السلطات تظل ثابتة له ما بقي الشيء الوارد عليه الحق،لذلك فهو حق دائم ،وبهذا لم يعد حقا مطلقا.[2]

أما بالرجوع إلى المشرع الجزائري فقد عرف حق الملكية وذلك في المادة 674 ق م على أنها:«الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالا تحرمه القوانين والأنظمة».[3]

وهو نفس ما ذهبت إليه المادة 27 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري في تعريفها للملكية العقارية على أنها: « الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها».[1]

---

[1] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،حق الملكية،الجزء الثامن،دار إحياء التراث العربي،بيروت،ص493.

[2] نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،منشورات حلبي الحقوقية،الطبعة الأولى،سنة 2010،ص 24.

[3] تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يشر إلى حق الاستغلال باعتباره من عناصر حق الملكية.

وحق الملكية ينصب أساسا على أصل الشيء المملوك ويدخل في هذا الأصل كل ما يعد من عناصره الجوهرية [2]،كما يشمل حق الملكية أيضا ما يتفرع عن الشيء من ثمار ومنتجات وملحقات[3]،كما أن هذه الملكية تشمل سطح الأرض وما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع علوا وعمقا. [4]

البند الثاني:أصناف الملكية:

قد صنفت المادة 23 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري الملكية العقارية إلى الأصناف التالية:

-الأملاك الوطنية.

-الأملاك الخاصة.

-الأملاك الموقفية.

ولهذا سوف نتعرض لكل صنف من هذه الأصناف والقوانين التي تنظمها.

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن المشرع في نص هذه المادة قد عرف الملكية العقارية بخصائصها وهي السلطات التي تعطيها للمالك من تصرف واستغلال،في حين عرف الملكية العقارية في نص المادة 02 من نفس القانون وذلك بمشتملاتها وهي أن:«الأملاك العقارية في مفهوم هذا القانون هي كل الأراضي أو الثروات العقارية غير المبنية »،وبالتالي استثنى هذا القانون الأملاك العقارية المبنية.

[2] هذا ما تنص عليه المادة 675 ق م :«مالك الشيء،يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير».

[3] كما تنص المادة 1/676 ق م على ذلك :«لمالك الشيء الحق في ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».

[4] تنص المادة 2/675 ق م على أنه: «وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا،ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها».

أولا-الأملاك الوطنية:

إن الأملاك الوطنية يحكمها القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم،وأهم النصوص التطبيقية له المرسوم التنفيذي رقم 12-427 المؤرخ في 16-12-2012 المحدد لشروط وكيفيات إدارة الأملاك العمومية الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييره ا ويضبط كيفيات ذلك [1]،وكذا المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 الذي يتعلق بجرد الأملاك الوطنية.[2]

وتنقسم الأملاك الوطنية إلى الأملاك الوطنية العمومية والأملاك الوطنية الخاصة،والتي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية[3]،وبهذا فقد ربطت الملكية الوطنية بما يعرف بمبدأ الإقليمية ،وعليه طبقا لهذا المبدأ تستبعد من الملكية المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري [4]،والمؤسسات العمومية ذات الطابع الصناعي والتجاري وكذا المؤسسات الاقتصادية والشركات العمومية التي لا تدرج أملاكها ضمن الأملاك الوطنية،فهذه المؤسسات العمومية تستفيد فقط من تخصيص الدولة والجماعات المحلية من أملاكها.

وبالرجوع إلى القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم، يتضح لنا بأنه لم يرد أي تعريف للأملاك الوطنية الخاصة كما ورد تعريف للأملاك الوطنية العمومية في نص المادة 12 منه[5]،لكن باستقراء نص المادة 03 من نفس القانون [1] يظهر لنا على أنّ المشرع اعتمد

---

[1] ج ر،ع 69،المؤرخة في 2012.

[2] ج ر ،ع 60 ،المؤرحة في 1991.

[3] وقد أكدت على مبدأ ازدواجية الأملاك الوطنية وتبني مبدأ الإقليمية المادة 2/22 من دستور 1996 المعدل بموجب المرسوم الرئاسي رقم 206442 المؤرخ في 30-1262020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020،،ج ر،ع 82،المؤرخة في 30-12-2020،على أنه:« تتكون الأملاك الوطنية من الأملاك العمومية والخاصة التي تملكها كل من الدولة والولاية والبلدية».

[4] حمدي باشا،ليلى زروقي،المنازعات العقارية،دار هومة،دون ذكر سنة النشر والطبعة،ص19.

[5] وفقا للمادة 12 من القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم على أنه: « تتكون الأملاك الوطنية العمومية من الحقوق والأملاك المنقولة والعقارية التي يستعملها الجميع والموضوعة تحت تصرف الجمهور المستعمل إما مباشرة وإما بواسطة مرفق عام شريطة أن تكيف في هذه الحالة بحكم طبيعتها أو تهيئتها الخاصة تكييفا مطلقا أو أساسيا مع الهدف الخاص لهذا المرفق».

اعتمد على مفهوم المخالفة لتقريب الرؤية أو توضيحها حول الأملاك الوطنية الخاصة،إذ اعتبر بأن الأملاك الوطنية الأخرى غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية مالية تمثل الأملاك الوطنية الخاصة ،إلا أن وظيفة بعض الأموال الخاصة التابعة للدولة والأشخاص المعنوية العامة ليست دائما مالية، بل كثيرا ما تخصص لمرافق عامة،و رغم هذا فان المواد من 17 إلى 20 من قانون الأملاك الوطنية المعدل والمتمم قد عمدت إلى تعداد هذه الأملاك بالاعتماد على معيار عدم التخصيص للمنفعة العامة أو إخراج المال من ضمن الأملاك الوطنية العمومية برفع التخصيص عنها.

والأملاك الوطنية الخاصة بهذا المفهوم يمكن التصرف فيها من قبل الدولة أو الجماعات المحلية،غير أن الأمر لا يكون بالسهولة المتوفرة لدى الخواص ،لأن هناك أحكام قانونية وتنظيمية لابد من مراعاتها [2]وذلك بعد إلغاء تخصيصها[3] ،على عكس الأملاك العمومية فهي غير قابلة للتصرف فيها.[4]

---

[1] تنص المادة 03 من القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم على أنه:« تطبيقا للمادة 12 من هذا القانون،تمثل الأملاك الوطنية العمومية الأملاك المنصوص عليها في المادة 2 أعلاه والتي لا يمكن أن تكون محل ملكية خاصة بحكم طبيعتها أو غرضها.

=أما الأملاك الوطنية الأخرى غير المصنفة ضمن الأملاك العمومية والتي تؤدي وظيفة امتلاكية ومالية فتمثل الأملاك الوطنية الخاصة.».

[2] تنص المادة 1/89من القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم على أنه:« يمكن التنازل أو تأجير الأملاك العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة والجماعات الإقليمية غير المخصصة أو التي ألغي تخصيصها أذا ورد احتمال عدم قابليتها لتأدية وظيفتها في عمل المصالح والمؤسسات العمومية.».

[3] وحسب المادة 87 من المرسوم رقم 12-427 الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة ،على أنه عندما يصبح العقار المخصص التابع لأملاك الدولة الذي لم يعد مفيدا لسير المصلحة أو الجماعة أو المؤسسة العمومية أو الهيئة الإدارية المستقلة التي خصص لها، أو عندما يصبح غير مستعملا من المستفيد من التخصيص لمدة ثلاث سنوات على الأقل،فإنه يتعين تسليمه لإدارة أملاك الدولة تلقائيا، ويترتب على ذلك إلغاء التخصيص ،و يثبت هذا التسليم في محضر يحرر بين ممثل هذه المصلحة أو هذه الجماعة أو الهيئة التي خصص لها وممثل إدارة أملاك الدولة.

[4] إن الأملاك الوطنية الخاصة وكما أشرنا سابقا قابلة للتصرف على عكس الأملاك الوطنية العامة،ونقصد بالتصرفات هنا التصرفات الناقلة للملكية ،لأن الأملاك الوطنية العمومية لا تقبل فقط هذه السمة –نقل الملكية–أما التصرفات التي لا تتعارض مع تخصيص المال للنفع العام فهي جائزة،كمنح تراخيص الشغل المؤقت والأمر بتحويل التسيير.

ثانيا-الأملاك الخاصة:

الأملاك الخاصة هي الأملاك التي يملكها الخواص،والتي يستجمع فيها المالك حق الاستعمال والاستغلال وكذا حق التصرف،حيث يحكمها القانون المدني ،وكذا القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري .

والملكية الخاصة حسب المادة 674 ق م إما أن تكون تامة أو مجزأة أو مشتركة أو مشاعة.

1-الملكية الخاصة التامة:

إن الملكية التامة هي التي يستجمع فيها المالك السلطات المعروفة،سلطة الاستعمال والاستغلال وسلطة التصرف،ويعد بذلك حق الملكية حق جامع لكافة المزايا والمنافع التي يمكن استخلاصها من الشيء،وبهذا تعد الملكية من أوسع الحقوق العينية المتفرعة عنها باعتبار هذه الأخيرة صاحبها ليس له إلا سلطات معينة،فيمتنع عليه الاستفادة بما لا يتقرر له،وإذا ما انقضى ذلك الحق العيني عادت السلطات التي يخولها إلى المالك.[1]

2-الملكية الخاصة المجزأة:

الملكية الخاصة المجزأة هي التي يتقاسم فيها مالك الرقبة مع شخص آخر أو أكثر حق الانتفاع أو حق الاستعمال، وهي حقوق تمكن صاحبها من ممارسة سلطة مباشرة على العقار،سواء كان مصدرها العقد أو الواقعة المادية كالوفاة أو الحيازة أو الالتصاق.[2]

كما رأينا سابقا أن عقد البيع يمكن أن ينصب على حق الملكية أو حق مالي آخر وهذا بمقتضى المادة 351 ق م،وبالتالي فالمالك يمكنه أن يبيع ما يملك أو يبيع حق فقط من الحقوق المتجزأة عن

[1] نبيل إبراهيم سعد،المرجع السابق،ص 24،25.

[2] حمدي باشا،ليلى زروقي،المرجع السابق،ص 13.

الملكية كحق الانتفاع[1] واحتفاظه بملكية الرقبة.والتصرف في حق الانتفاع من شأنه أن يمنح للمتصرف له سلطة الاستعمال والاستغلال فقط،ولا يمنحه حق التصرف ،وبموته يعود حق الانتفاع لمالك الرقبة.

كما يمكن أن ينصب البيع على ملكية الرقبة وحدها للشيء المبيع،سواء بسبب احتفاظ البائع لنفسه بحق الانتفاع،أو لكونه لا يعتبر إلا مالكا للرقبة.[2]

وتجدر الإشارة إلى أنه قد ظهر في الواقع العملي إبرام تصرفات منجزة في شكل عقد بيع أو هبة من المورث،حيث يستبقي لنفسه حيازة المال والانتفاع به مدى الحياة وذلك لأحد ورثته،والمشرع اعتبر ذلك وصية مستترة وذلك بموجب المادة 777 ق م[3]،فتسري أحكام الوصية على التصرف،ومنه لا تجوز الوصية للوارث وهو تطبيق صحيح للشريعة الإسلامية لرد التحايل على أحكام الميراث التي هي من النظام العام،لكن وفقا لقانون الأسرة يمكن إجازتها من باقي الورثة ،والوصية تكون هنا في حدود الثلث فقط.

لكن هذه القرينة بسيطة يمكن للمتصرف له إثبات عكسها،وذلك بإثبات واقعة دفع الثمن وكذا إثبات أن التصرف قصد به انتقال الملكية حال حياة المتصرف.

والجدير بالذكر أن الموثق يلجأ إلى التنصيص على حيازة المتصرف للعين واحتفاظه بالانتفاع بها مدى حياته[4]،ويبقى للمتصرف له ملكية الرقبة فقط،ويستجمع شقي الملكية إثر وفاة المتصرف،لكن التنصيص على هذا الشرط يجعل من الصعب إثبات العكس لما للعقد الرسمي من حجية.[1]

---

[1] إن حق الانتفاع هو حق عيني متجزأ عن حق الملكية،يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء،ولكنه يظل حق مؤقت إما لانقضاء الأجل أو لوفاة المنتفع وبالتالي هو حق عمري،لا ينتقل إلى الورثة وإنما يعود لمالك الرقبة،وبالتالي تجتمع السلطات في يده،والمنتفع ليس له سلطة التصرف في الشيء محل هذا الحق وإنما له سلطة الاستغلال والاستعمال لكن له أن يتنازل عن حق الانتفاع كحق فقط.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا،المنتقى في عقد البيع،دراسة فقهية وقضائية مقارنة،نصوص للمطالعة،أعمال تطبيقية، ،دار هومة، الطبعة الثانية ،2006،ص 51.

[3] تنص المادة 777 ق م على أنه: «يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك».

[4] إن شرط حيازة العين والانتفاع بها طوال حياة المتصرف في عقد الهبة يتنافى مع المادة 206 ق أ والتي تنص على أن الهبة عقد يتطلب الإيجاب والقبول وكذا يتطلب الحيازة مع مراعاة قانون التوثيق،وبالتالي إذا اختل أحد الأركان يعد

3-الملكية المشتركة:

الملكية المشتركة حسب نص المادة 743 ق م،هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموعة العقارات المبنية ،والتي تكون ملكيتها مقسمة إلى حصص بين عدة أشخاص تشمل كل واحدة منها على جزء خاص[2] ونصيب خاص من الأجزاء المشتركة،كما هو الحال بالنسبة للأجزاء المشتركة في العمارات والتي ذكرتها المادة 745 ق م منها الأفنية والبساتين،المداخل،الرواق الخارجي وغيرها.

تجدر الإشارة إلى أنه عملا بأحكام المادة 747 ق م ،لا يجوز أن تكون الأجزاء المشتركة أو الحقوق التابعة لها محلا لدعوى القسمة بمعزل عن الأجزاء الخاصة،لأنه تطبق عليها أحكام الشيوع الإجباري.

4-الملكية المشاعة:

الملكية المشاعة بمفهوم المادة 713 ق م هي الحالة القانونية التي يمتلك فيها اثنان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة ،حيث تعتبر الحصص متساوية ما لم يقم دليل على غير ذلك.

ومما سبق ذكره يمكن التمييز بين الملكية العقارية الشائعة والملكية المشتركة،فيما يلي:

-فالملكية العقارية الشائعة يمكن أن تكون أرضا عارية أو مبنية،على عكس الملكية المشتركة التي لا تكون إلا في حالة وجود بناء حيث يتعدد المالكون كما هو الحال في الملكية المشاعة.

العقد باطل بطلانا مطلقا،وهذا ما يؤكد إلزامية نقل الحيازة للمتصرف،ولكن المادة 777 كيفت التصرف هنا على أنه وصية،وكذلك هناك مسألة أخرى وهي أن 223 ق أ نصت على أنه:« تلغى الأحكام المخالفة لهذا القانون»،وبالتالي هل يعتبر إلغاء ضمني للمادة 777 ق م.

[1] جاء في المادة 324 مكرر 5 ق م :« يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره ويعتبر نافذا في كل التراب الوطني».

[2] قد ذكرت المادة 744 ق م الأجزاء الخاصة،منها :كل تبليط الأرضية،التغطية،أبواب المساطح والنوافذ،الأدوات الخاصة بالتدفئة والماء الساخن وغيرها.....

-كما أنه يمكن بيع العقار المشاع كله أو حصة منه سواء كان مفرزا أو غير مفرز وبتقسيمه تستقر الحقوق وتصبح الملكية تامة،أما الملكية المشتركة لا تكون محلا لدعوى التقسيم أو البيع بالمزايدة بمعزل عن الأجزاء الخاصة كما نصت المادة 747 ق م سالفة الذكر.

ثالثا-الملكية الوقفية:

بعد الاستقلال صدر المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 1964/10/07 المتضمن الأملاك الحبسية العامة [1] لسد الفراغ في مجال تنظيم الأملاك الوقفية الأملاك الوقفية وإعادة النظر في وضعيتها،إلا أنه تم تجميد العمل به فور صدوره ولم يدخل حيز التنفيذ،مما جعل الساحة خالية من أي قانون ينظمها وجعلها عرضة للاستيلاء من طرف الأفراد والدولة،وخاصة بعد صدور الأمر رقم 71-73 المتضمن قانون الثورة الزراعية الذي قام بإدماج الأراضي الوقفية ذات الطابع الفلاحي أو المعدة للفلاحة ضمن صندوق الثورة الزراعية وبالتالي أصبحت من الأملاك الوطنية.

وقد أصبحت الساحة التشريعية تفتقر إلى تشريع ينظمها ويحميها ،واستمر الأمر إلى ما هو عليه إلى غاية صدور قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984،حيث من خلاله وضع إطار عام للوقف في الجزائر،وصدور هذا القانون كان رغبة من المشرع في تنظيم إدارة وتسيير الأملاك الوقفية في هذه المرحلة بالذات،وتراجع ضمني للمشرع بإلحاق الأملاك الوقفية بالأملاك الوطنية.[2]

وبعدها صدر القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري والذي اعتبرها صنفا قائما إلى جانب الملكية الخاصة والأملاك الوطنية في نص المادة 23 منه.[3]

وبالرجوع إلى نص المادة 31 منه فقد عرفها على أنها:« الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة

---

[1] ج.ر، ع 77، المؤرخة سنة 1964.

[2] خير الدين موسى فنطازي،عقود التبرع الواردة على الملكية الخاصة،الوقف،دار زهران للنشر والتوزيع،عمان، الطبعة الأولى،سنة 2012،ص 150.

[3] كما سعى هذا القانون إلى إعادة الأراضي الوقفية المؤممة بموجب قانون الثورة الزراعية إلى أصحابها الأصليين.

عامة أو مسجد أو مدرسة قرآنية،سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصى لهم الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور».[1]

وقد أشارت المادة 32 منه على أنه: «يخضع تكوين الأملاك الوقفية وتسييرها لقانون خاص»،وبالفعل صدر القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-10-1991 المتعلق بالأوقاف[2] ،والتي عرفها في نص المادة 03 منه على أنه: « حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير.».

وقد أخرج المشرع الوقف من ملكية الواقف ولم ينقلها إلى ملكية الموقوف عليهم،حيث اعتبره مؤسسة أو بالأحرى مال يتمتع بالشخصية المعنوية،وتسهر الدولة على احترام إرادة الواقف وتنفيذها.[3]

وينقسم الوقف إلى قسمين وقف عام ووقف خاص.

الوقف العام هو ما حبس على الجهات الخيرية من وقت إنشائه ،حيث يخصص ريعه للمساهمة في سبل الخيرات.[4]

أما الوقف الخاص وفقا لنص المادة 02/06 من نفس القانون قبل إلغائها بموجب القانون 02-10 سالف الذكر ،هو ما يحبسه الواقف على عقبه من الذكور والإناث أو على أشخاص معينين ،ثم يؤول إلى الجهة التي يعينها الواقف بعد انقطاع الموقوف عليهم .

لكن تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد ألغى هذه الفقرة الثانية والمتعلقة بالوقف الخاص بالقانون المذكور أعلاه،وألغى جميع المواد المتعلقة بهذا النوع من الأوقاف،ليحيل مسألة تنظيمه للأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها،مع العلم أنه لا يوجد تشريعا ينظم الوقف الخاص،وبالتالي فهل هذا

---

[1] كما عرفت الأملاك الوقفية المادة 213 من قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984،ج ر،ع 31،المؤرخة في 31-07-1984،المعدل والمتمم بالأمر رقم 02-05 المؤرخ في 27-02-2005،ج ر،ع 15،المؤرخة في 2005،على أنه:« الوقف هو حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق».

[2] ج ر،ع 21،المؤرخة في 08-05-1991، المعدل والمتمم بموجب القانون 02-10،ج ر ،ع 83،المؤرخة في 25-07-2002.

[3] هذا ما أكدت عليه المادة 05 من القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم سالف الذكر.

[4] هذا وفقا للمادة 06 من القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم.

دليل على التراجع الضمني للمشرع عن تنظيم هذا النوع من الأوقاف،وترك مسألة تنظيمه متوقفة على إرادة الأطراف؟أم ماذا؟

إن الوقف مهما كان نوعه لا يجوز التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية سواء بالبيع أو الهبة أو غيرها،وهذا ما نصت عليه المادة 23 من القانون رقم 91-10 المعدل والمتمم[1]،وليس للواقف إلا حق انتفاع[2]،لكن يجوز له البناء والغرس في العين المحبسة،فذلك لا يمس بمقتضيات عقد الحبس.[3]

الفرع الثاني:تعريف العقار وأنواعه:

نتناول في هذا الفرع تعريف للعقار في **البند الأول** وتبيان أنواعه في **البند الثاني**.

البند الأول:تعريف العقار:

عرف المشرع العقار في نص المادة 683 /1 ق م،على أنه كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه،ولا يمكن نقله من مكان لآخر دون تلف،وما عدا ذلك فهو منقول، حيث أن هذا الأخير يمكن نقله وتحويله مع بقاء هيئته وصورته،من موضع إلى موضع آخر.

والعقار ينصب أساسا على الأرض ،وما يتصل بها من مباني ومساكن،وكذا الأشجار والنباتات والأغراس،كما يلحق بها المنقولات المرصودة لخدمة العقار.

وقد ميز المشرع بين المنقول والعقار لما يترتب على ذلك من نتائج وهي:

---

[1] وهذا المبدأ أكدت عليه المحكمة العليا في أكثر من موطن ،فقد جاء في أحد قراراتها الصادر عن غ ع،رقم 32 1884 الصادر في 29-09-1999(غير منشور):« لا يجوز التصرف في أصل الملك الوقفي لفائدة الغير والقضاء بإبطال البيع الوارد على المال المحبس جاء متماشيا والتطبيق السليم للقانون »:مشار إليه: زردوم بن عمار صورية ،النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري،جامعة الحاج لخضر،باتنة،كلية الحقوق،2009-2010. ص 18.

[2] قرار المحكمة العليا رقم 157310 المؤرخ في 16-07-1997،م ق،ع 01،ص 34:مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري،ص 340.

[3] قرار المحكمة العليا رقم 183643 مؤرخ في 25-11-1998، م ق، 1999،عدد 01،ص 89:نفس المرجع،ص 340.

-من حيث نقل الملكية ،حيث أن نقل الملكية في المنقول يتم دون إجراءات قانونية فقط بتسليم الشيء المبيع ومناولته باليد،ماعدا بعض المنقولات كالطائرات والسفن.كما تسري عليه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية،أما العقار فنقل الملكية فيه وإثباته يتم بعد رسمي أمام موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة حسب المادة 324 ق م،وتسجيله وكذا شهره بالمحافظة العقارية.

-من حيث القيود التي ترد على حرية التصرف في بيع العقار وهي حق الشفعة طبقا للقانون المدني وكذا قوانين أخرى،يمكن حلول الشفيع محل المشتري في بيع العقار على عكس المنقول الذي تسري عليه قاعدة الاسترداد ،وذلك إذا كان مشاعا وقد تصرف أحد الشركاء على الشيوع في حصته الشائعة للأجنبي.

-بيع العقار له نظام قانوني خاص به تحكمه ترسانة قانونية فإضافة إلى القانون المدني هناك قوانين أخرى كقانون الأملاك الوطنية رقم 90-30 المعدل والمتمم سالف الذكر،والقانون رقم 11-04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية سالف الذكر وغيرها ،لأن بيع العقار يتم بطرق وأنماط مختلفة.

-قواعد الاختصاص القضائي في المنازعات التي يثيرها العقار والمعاملات الواردة عليه تختلف عن المنقول،بحيث يختص القاضي العقاري في المنازعات العقارية وكذا تختص المحكمة المتواجد في دائرة اختصاصها العقار [1]،أما في المنازعات المتعلقة بالمنقول فولاية النظر فيها تؤول للمحكمة المتواجد في دائرة اختصاصها موطن المدعي عليه.

البند الثاني:أنواع العقارات:

العقار يتنوع ويتعدد،وهذا التنوع وارد في مختلف القوانين منها ما ورد في القانون المدني ،ومنها ما ورد في قوانين وهو ما سنتطرق إليه في هذا البند.

[1] هذا ما تنص عليه المادة 1/40 ا م ا.

أولا-أنواع العقارات حسب القانون المدني:

بالرجوع للمادتين 683 و 684 ق م تقسم العقارات إلى عقارات بطبيعتها،وعقارات بالتخصيص،وعقارات بحسب موضوعها.

1-العقار بالطبيعة:

حسب المادة 1/683 ق م يعتبر كل ما هو ثابت في الأرض مستقرا فيه عقارا بحسب الطبيعة،ومنه فاستقرار الشيء وثباته (sa fixité) بالأرض (son attache matérielle au sol) وعدم إمكانية نقله أو تحويله دون تلف هو معيار العقار بالطبيعة،بحيث يشمل على :

-الأرض وما يتصل بها على وجه الاستقرار كالبنايات [1]،والنباتات المتأصلة في الأرض،المحاصيل وكذا الثمار التي لم تقطف [2]،بالإضافة إلى مطاحن الرياح أو الماء الثابتة والتي تعتبر جزء من العقار.[3]

2-العقار بحسب الموضوع:

العقار بحسب الموضوع أو ما يسمى العقار بالتعلق،هو فئة العقارات المعنوية وغير المادية،رغم أن الطبيعة المعنوية للحق من المفروض تمنع اعتباره كعقار[4].

وقد نصت عليه المادة 684 ق م ،حيث اعتبرت مالا عقاريا كل حق عيني على يقع على عقار،بما في ذلك حق الملكية، وما يتفرع منها من حقوق ،كحق الانتفاع والسكنى والارتفاق أو حق عيني تبعي ،كالرهن والتخصيص وحق الامتياز،كما أضافت المادة على أنه يعتبر مالا عقاريا كل دعوى تتعلق بحق عيني عقاري،وبهذا فكل دعوى عقارية هي عقار بحسب الموضوع أو التعلق.[5]

---

[1] L'article 518 CCF énonce:« Les fonds de terre et les bâtiments sont immeubles par leur nature.»

[2] L'article 520 CCF énonce :« Les récoltes pendantes par les racines et les fruits des arbres non encore recueillis sont pareillement immeubles»,

[3] L'article 519 CCF énonce:« Les moulins à vent ou à eau, fixés sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature».

[4] ناصر لباد،النظام القانوني للسوق العقارية في الجزائر،رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة،قسم القانون العام،جامعة باجي مختار،عنابة،كلية الحقوق،2004-2005،ص 10.

[5] لهذا خصها المشرع بالشهر كالعقار تماما.

3-العقار بالتخصيص:

تطرقت المادة 2/683 ق م إلى هذا النوع من العقارات واعتبرت المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه،رصدا لخدمة هذا العقار أو استغلاله عقارا بالتخصيص،مثلا الحيوانات التي يرصدها مالك العقار لهذا الغرض،أدوات الحراثة،خلايا النحل، وغيرها من الأمثلة.

و لصيرورة المنقول عقارا بالتخصيص لابد من توفر الشروط التالية:[1]

-أن يمتلك نفس الشخص عقارا بالطبيعة ومنقولا بالطبيعة.

-أن تخصص وترصد هذه المنقولات لخدمة العقار.

-توفر رغبة مالك العقار في أن يخلق رابطة بين المنقول والعقار.

ثانيا-أنواع العقارات وفقا لقوانين متفرقة:

قد تطرقت بعض القوانين لأنواع أخرى للعقار كالعقار الصناعي والفلاحي والعقار السياحي وكذا العقار الحضري.

1-العقار الصناعي:

يعرف العقار الصناعي على أنه ذلك الحيز المكاني أو الوعاء المخصص لإنجاز مختلف الاستثمارات ذات الطبيعة الصناعية،سواء كان مبنيا أو غير مبني،مستغلا أو غير مستغل، ومنه فإذا خرجت وجهة الفضاء العقاري عن المجال المتخصص له تنتفي عنه صفة العقار الصناعي.

والمشرع الجزائري وعبر ترسانة قانونية نظم العقار الصناعي تاريخيا،تبعا للسياسة الإيديولوجية الاقتصادية المتبعة،من خلال المراحل التالية:

[1] حمدي باشا،نقل الملكية العقارية،المرجع السابق،ص 18.

-المرحلة الأولى: وذلك بموجب الأمر رقم 74-26 المتضمن الاحتياطات العقارية البلدية،حيث استخدمت الدولة ذمة الاحتياطات العقارية التي كونتها كأساس لاستثماراتها،وأنشأت بموجب ذلك مناطق النشاط.

-المرحلة الثانية:مرحلة القانون رقم 93-12 المؤرخ في 05-10-1993 المتعلق بترقية ودعم الاستثمار، والذي جاء بتنظيم خاص للاستثمار في ميدان العقار الصناعي،وبموجب ذلك تم تبني نظام المناطق الحرة وخصص له تشريع خاص بموجب الأمر رقم 03-02 المؤرخ في 18 يوليو 2003 المتعلق بالمناطق الحرة[1] ،الذي لم يجد مجالا للتطبيق وقررت الحكومة تجميد هذا النص[2]،ثم تم إلغاؤه بموجب الأمر رقم 06-10 المؤرخ في 24-06-2006 .[3]

-المرحلة الثالثة:خلال هذه المرحلة تم تبني نظام الامتياز الصناعي القابل للتحويل إلى تنازل،وذلك بموجب الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30-08-2006،المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية،وتجدر الإشارة إلى أنه قد صدرت نصوص قانونية تبنت نظام الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل.

المرحلة الرابعة:وفي مرحلة جديدة وفي سبيل تسيير واستغلال العقار الصناعي بطريقة تضمن ترشيده وحمايته،صدر الأمر رقم 08-04 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم،والذي يكرس نظام الامتياز الصناعي دون قابلية تحوله إلى تنازل.فهذا النظام يخول للمستثمر حق الانتفاع على قطعة الأرض المملوكة للدولة من أجل أن تكون وعاءا للاستثمار،لمدة أدناها 33 سنة قابلة للتجديد وأقصاها

[1] ج ر،ع 43،المؤرخة في 20 يوليو 2003.

[2] خوادجية سميحة حنان، النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه،القانون الخاص،كلية الحقوق ،جامعة قسنطينة 1،2014-2015،ص 48.

[3] المتضمن إلغاء الأمر رقم03-02 المتعلق بالمناطق الحرة،ج ر،ع 42 المؤرخة في 25-06-2006.

99 سنة مقابل دفع أتاوة سنوية،أي تمنحه حق الاستغلال والاستعمال دون ملكية الرقبة التي تبقى للدولة قصد حماية هذا العقار باعتباره ثروة غير متجددة،وضمان تسييره تسييرا محكما وعقلانيا.[1]

2- العقار الفلاحي:

يرتبط العقار الفلاحي بالأرض الفلاحية أو المخصصة للزراعية، وتعتبر هذه الأخيرة حسب المادة 04 من القانون 90-25 المتضمن التوجيه العقاري،بأنها كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان أو يستهلك في الصناعة استهلاكا مباشرا بعد تحويله.

وتقسم الأرض الفلاحية حسب نص المادة 05 من هذا القانون إلى أرض فلاحية خصبة أو متوسطة الخصوبة أو أرض ضعيفة الخصوبة.[2]

إن العقار الفلاحي قد يكون مملوكا للخواص ينظم أحكامه القانون المدني وقانون التوجيه العقاري،أو يكون مملوكا ملكية خاصة للدولة فيتم استغلاله طبقا للقانون رقم 90-30 المتضمن الأملاك الوطنية والقانون رقم 10-03 المؤرخ في 15-08-2010 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة[3]،والذي تم بموجبه إلغاء حق الانتفاع الدائم المنصوص عليه بالقانون رقم 87-19 المؤرخ 08-12-1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال

---

[1] خوادجية حنان سميحة،المرجع السابق،ص 186.

[2] الأرض الفلاحية الخصبة هي الأراضي المتوسطة العمق،المسقية أو القابلة للسقي،أو الأراضي الحسنة العمق غير المسقية،الواقعة في مناطق رطبة ولا تحتوي على أي عائق طبوغرافي،وهذا وفقا لنص المادة 7 من القانون 90-25 أما الأرض متوسطة الخصوبة فحسب المادة 8 من نفس القانون هي الأراضي المسقية التي تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية وفي العمق،وهي أيضا الأراضي غير المسقية المتوسطة العمق،ونسبة الأمطار فيها متغيرة ولا تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية،كما تشمل الأراضي غير المسقية التي تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية وفي =العمق ورسوخها كبيرة ونسبة الأمطار فيها متغيرة،وهي أيضا غير المسقية المتوسطة العمق ونسبة الأمطار فيها متوسطة أو مرتفعة مع عوائق متوسطة في الطبوغرافية. وحسب المادة 9 من القانون 90-25 تعتبر الأراضي ضعيفة الخصوبة التي تحتوي على عوائق طبوغرافية كبيرة وعوائق في نسبة الأمطار والعمق والملوحة والبنية والانحراف.

[3] ج ر،ع 46،المؤرخة في 18-08-2010.

الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم [1] ،والذي حل محله حق الامتياز مدته 40 سنة قابلة للتجديد مقابل دفع أتاوة سنوية،يحدد كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية.[2]

وتجدر الإشارة إلى أن العقار الفلاحي قد حظي بحماية من طرف المشرع ،لسيما العقار التابع للأملاك الخاصة،حيث ألزم في المادة 48 من قانون التوجيه العقاري [3] باستغلال الأرض الفلاحية ،وعدم استغلالها يعد بمثابة تعسف باستعمال الحق [4] ،وبالتالي فالمالك لم يعد حرا في كيفية تقرير الانتفاع بملكيته،وحتى أنه قد ألزم المالك الجديد للعقار الفلاحي طبقا للمادة 55 من قانون التوجيه العقاري بعدم الإضرار بقابلية الأرض للاستثمار ،وعدم تغيير وجهتها الفلاحية،وكذا عدم تجزئتها بحيث تتعارض مع المقاييس المحددة للمساحة،وبهذا يلتزم المالك باستغلال ملكيته في النشاط الفلاحي وهو بذلك ليس حرا في ترك أرضه بورا،بل عليه استغلالها تحت طائلة الحكم بفقدها،إعمالا للمبدأ القائل:تمليك الأرض بالإعمار وتجريدها بالإهمال،نتيجة للرسالة الملتزم بأدائها.[5]

وقد أنشأ المشرع أجهزة إدارية لأجل حماية الأراضي الفلاحية،وهي لجنة إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية،بموجب المرسوم التنفيذي رقم 97-484 المؤرخ في 15-12-1997 المتضمن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة،وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية المعدل

---

[1] ج ر،ع 50،المؤرخة في 09-12-1987.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 04 من القانون رقم 10-03 سالف الذكر.

[3] تنص المادة 48 من قانون التوجيه العقاري على أنه : «يشكل عدم استغلال الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق،نظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفية الاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي،وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على كل حقوق مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها،وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي أن يمارس حيازة ذلك عموما.».

[4] إن المادة 48 سالفة الذكر جاءت بمفهوم مغاير لنظرية للتعسف في استعمال الحق المنصوص عليها في القانون المدني،ذلك أن التعسف في استعمال الحق من شروطه أن يقوم بنية الإضرار بالغير،أو الحصول على فائدة غير مشروعة،أو إذا كان يرمي إلى الحصول على فائدة قليلة بالنظر للضرر الذي يسببه للغير،في حين هنا المشرع كيف تلك الشروط على أساس عدم استغلال الأراضي الفلاحية يعني بالضرورة التأثير على وظيفتها الاقتصادية والاجتماعية،وبالتالي تعطيل المصلحة العامة في المجتمع.

[5] دغيش أحمد، تدخل الدولة لضمان استغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع الثالث،سبتمبر 2004،ص 99.

والمتمم[1]،وتكلف هذه اللجنة بمعاينة حالة عدم الاستغلال سواء كان راجعا للمالك أو المستأجر [2]،واتخاذ بعد ذلك إجراءات قانونية نص عليها هذا المرسوم ،مع إبلاغ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ليطبق أحكام المادتين 51 و52 من قانون التوجيه العقاري وهو ما سنتطرق إليه لاحقا.

إن المشرع بتنصيصه على مثل الأحكام يكون قد خرج عن القواعد العامة المتعلقة بأركان إبرام العقود الواردة على العقارات–التراضي،المحل ،السبب والشكل–وذلك عن طريق إضافة ركن جديد وهو التزام المشتري بعدم الإضرار بقابلية العقار الفلاحي للاستغلال وعدم تغيير وجهته الفلاحية.[3]

3–العقار السياحي:

يعرف العقار السياحي على أنه مجموعة من الأراضي والمباني المخصصة للأنشطة السياحية،والتي تشكل جزء من مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية،بما فيها الآثار والمدن الأثرية المعرف بأهميتها التاريخية أو الفنية أو الأسطورية أو الثقافية، وتكون محل تصنيف وحماية خاصة.[4]

وبالرجوع إلى القانون رقم 03–03 المؤرخ في 17–02–2003 الذي يتعلق بمناطق التوسع السياحي والمناطق السياحية[5] في مادته 1/02،يقصد بمناطق التوسع السياحي بأنها كل منطقة أو امتداد امتداد من الإقليم يتميز بصفات أو بخصوصيات طبيعية و ثقافية وبشرية وإبداعية مناسبة للسياحة مؤهلة لإقامة أو تنمية منشأة سياحية ،ويمكن استغلالها في تنمية نمط أو أكثر من السياحة ذات مردودية.

---

[1] ج ر،ع 83،المؤرخة في 17–12–1997،المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 12–83 المؤرخ في 20–02–2012،ج ر،ع 11،المؤرخة في 26–02–2012.

[2] إن المرسوم رقم 97–484 المعدل والمتمم سالف الذكر،يطبق على الأراضي غير المستغلة الخاضعة للقانون الخاص،في حين الأراضي غير المستغلة التابعة للأملاك الخاصة للدولة خاضعة لأحكام المادة 28 من القانون رقم 10–03 المؤرخ في 15–08–2010.

[3] حمدي باشا،حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق ،ص 115.

[4] خوادجية سميحة حنان،المرجع السابق،ص36.

[5] ج ر،ع 11،المؤرخة 19–02–2003.

أما الموقع السياحي حسب المادة 02 /2 من نفس القانون يقصد بها كل منظر أو موقع يتميز بجاذبية سياحية بسبب مظهره الخلاب،أو بما يحتوي عليه من عجائب أو خصوصيات طبيعية أو بناءات مشيدة عليه، يعترف له بالأهمية التاريخية أو الفنية أو الأسطورية أو الثقافية،والذي يجب تثمين أصالته والمحافظة عليه من التلف أو الاندثار بفعل الطبيعة أو الإنسان.

وتجدر الإشارة إلى أنه قد أنشأت الوكالة الوطنية للتنمية السياحية بموجب المرسوم رقم 98-70 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتنمية السياحية وتحديد قانونها الأساسي [1] ،حيث أسندت لها صلاحية المحافظة على مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية وترقيتها وتهيئتها وكذا اقتناء الأراضي المعدة لانجاز المنشآت السياحية داخل هذه المناطق ،وذلك إما عن طريق:

-استعمال حق الشفعة على كل عقار قد يكون موضوع نقل الملكية بعوض أو بغير عوض من قبل الخواص[2]، وذلك حسب المادة 21 من القانون رقم 03-03.[3]

-باتفاق ودي بينها وبين الخواص وهذا وفقا للمادة 1/22 من القانون رقم 03-03.

-كما يمكن للدولة حسب المادة 2/22 من القانون رقم 03-03 استعمال نزع الملكية للمنفعة العامة وذلك بناءا على طلب من الوزير المكلف بالسياحة.

4-العقار الحضري والعقار الريفي:

العقار الحضري هو كل الأراضي الواقعة في القطاعات المعمرة والقابلة للتعمير.وتعتبر الأراضي العامرة وفقا للمادة 20 من قانون التوجيه العقاري، كل قطعة أرض يشغلها تجمع بنايات في مجالاتها الفضائية ،وفي مشتملات تجهيزاتها وأنشطتها ولو كانت هذه القطعة غير مزودة بكل المرافق أو غير مبنية أو مساحات خضراء أو حدائق أو تجمع بنايات،أما الأراضي القابلة للتعمير وفقا لنص

[1] المؤرخ في21-02-1998،ج ر، ع 11.

[2] حيث تنص المادة 28 من القانون رقم 03-03 على أنه : «كل بيع وتأجير الأملاك الخاصة المتواجدة في مناطق التوسع السياحي،يجب أن تكون محل إشعار للوزارة المكلفة بالسياحة قصد تمكين الوكالة من ممارسة حق الشفعة».

[3] تجدر الإشارة إلى أنه وفقا للمادة 3/22 فالعقار المملوك للدولة ملكية خاصة ومتواجد وداخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية ،يباع للوكالة الوطنية لتنمية السياحة طبقا لاتفاق ودي فلا يقتضي الأمر اللجوء إلى حق الشفعة.

المادة 21 من نفس القانون هي كل القطع الأرضية المخصصة للتعمير في آجال معينة بواسطة أدوات التهيئة والتعمير.[1]

كما عرف العقار الحضري في المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري [2] وذلك في نص المادة 21 منه،على أنها تلك العقارات المبنية أو غير المبنية ،والموجودة على الطرقات المرقمة بصفة نظامية للجهات السكنية التابعة للبلديات التي يزيد سكانها عن 2000 نسمة،ويتم التعرف على هذه العقارات في الجداول أو المستخرجات أو النسخ أو الصور المودعة لدى المحافظة العقارية عن طريق الإشارة إلى الشارع والرقم،و بمفهوم المخالفة فجميع العقارات الأخرى تعتبر عقارات ريفية.

وتظهر أهمية الاختلاف بين العقار الريفي والحضري خاصة في مسألة تعيين العقار في الوثائق الخاضعة للشهر،فعناصر التعيين التي ينبغي أن تبرز في الوثيقة المعدة للإجراء المتعلقة بالعقار الحضري طبقا للمادة 66 من المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري سالف الذكر هي،اسم البلدية والشارع والرقم من جهة ،وطبيعة العقار ومساحته،أما عناصر التعيين بالنسبة للعقار الريفي فعناصر ،تحديد نوعه وموقعه ومحتوياته وأرقام المخططات النظامية القديمة،وفي حالة عدم وجود ذلك فأسماء المالكين المجاورين [3]وهذا طبقا للمادة 114 من المرسوم سالف الذكر.[4]

---

[1] وما يلاحظ من خلال التعريف السابق أن المشرع فقد اعتبر الأرض عامرة ولو لم تكن مبينة،وبالتالي يمكن القول على أنه هناك خلل في الصياغة لتلك المادة،كونه مرة يعرفها بأنها كل قطعة أرضية يشغلها تجمع بنايات،ومن جهة يعتبرها عامرة ولو كانت غير مبنية،ومن هنا هل يعقل أن تكون الأرض عامرة وغير مبنية؟

[2] المؤرخ في 25-03-1976،ج ر،ع 30،المؤرخة في 13-04-1976.

[3] مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية للجزائر،تاريخ 12-02-1995،مديرية عمليات الأملاك الوطنية والعقارية،رقم 689،حول يوم دراسي للإشهار العقاري.

[4] تنص المادة 114 من المرسوم رقم 76-63 المذكور أعلاه على أنه: «خلافا لأحكام المادة 66 من هذا المرسوم وعند عدم وجود مخطط مسح الأراضي،فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار ريفي مشار إليه في المادة السابقة مايلي:

-نوع العقار.

=-موقعه.

-محتوياته

المبحث الثاني:تمييز بيع العقار عن غيره من التصرفات القانونية

نظرا لخصوصية بيع العقار وخاصة الذي يتم بموجب عقد،ولشيوعه في التعاملات اليومية،وباعتباره من التصرفات الناقلة للملكية ومن عقود المعاوضة ،فإنه يختلف كثيرا عن غيره من التصرفات القانونية التي تشترك معه في هذه الخاصية نقل الملكية،كما أنه كثيرا ما يلتبس الأمر بينه وبين غيره من التصرفات القانونية،ولهذا فمن الأفضل رفع ذلك اللبس وذلك بتبيان أهم أحكامه التي تشترك مع هذه التصرفات ،وكذا أوجه الاختلاف سواء بينه الوعد ببيع العقار وعقد التنازل في **المطلب الأول** ،أو بينه وبين بيع المحل التجاري في **المطلب الثاني**، أو بينه وبين الهبة والوصية في **المطلب الثالث** أو بينه وبين الإيجار والاعتماد الإيجاري في **المطلب الرابع**.

المطلب الأول: تمييز عقد بيع العقار عن الوعد ببيع العقار وعقد التنازل:

نقسم هذا المطلب إلى فرعين،يتضمن **الفرع الأول** تمييز عقد بيع العقار عن الوعد ببيع العقار،أما **الفرع الثاني** فيتضمن تمييز عقد البيع عن عقد التنازل.

الفرع الأول: تمييز عقد بيع العقار عن الوعد ببيع العقار

بالرغم من الأهمية العملية للوعد ببيع العقار،إلا أن المشرع لم يخصص له الأحكام الخاصة به سواء في القانون المدني أو في القوانين الأخرى،وإنما اكتفى بالنص فقط على الوعد بالتعاقد في المادتين 71 و72 ق م،اللتان تطبقان على الوعد بالبيع العقاري.

وقد عرفت المادة 1/71 ق م الوعد بالتعاقد ،على أنه الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل،وهذا الوعد بالتعاقد لا يكون له أي أثر إلا إذا تم تعيين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب فيها إبرام العقد.

وفضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين».

بالتالي فالوعد بيع العقار هو الاتفاق الذي يعد فيه كلا من البائع والمشتري أو أحدهما بإبرام عقد بيع العقار في المستقبل،ويشترط لصحته أن يشمل الاتفاق على تعيين العقار تعيينا نافيا للجهالة،مع تحديد الثمن والمدة التي يجب فيها ابرام العقد النهائي،كما يشترط وفقا للمادة 2/71 ق م ابرام الوعد في شكل رسمي.[1]

وبهذا يشترك كلا العقدين في أن كلاهما يتم الاتفاق فيهما على المسائل الجوهرية من مبيع وثمن،وكذا يشتركان في ضرورة صب كلا العقدين في قالب رسمي باعتباره ركن للانعقاد،وكذا ضرورة شهر كلا العقدين بالمحافظة العقارية،لكن تجدر الإشارة إلى أن شهر عقد البيع العقاري من شأنه أن يرتب أثره العيني وهو نقل الملكية للمشتري،أما في الوعد ببيع العقار فشهره لا يرتب هذه النتيجة[2]، وإنما تنتقل الملكية بإبرام العقد النهائي خلال المدة المتفق عليها وشهره ،وقبل ابرام هذا الأخير فالوعد يرتب فقط التزامات شخصية،وهي التزام الواعد بالبقاء على وعده والتزام المشتري بالشراء ما لم يكن له حق الخيار.

إن شهر الوعد بالبيع العقاري هدفه مالي ويظهر ذلك جليا في التنصيص على رسم لشهر الوعد بالبيع،كما له هدف إعلامي وهو إعلام الغير المتصرف له بوجود وعد على العقار محل التصرف،لكن يمكن القول على أن شهر الوعد بالبيع لا يوفر للموعود له حماية قانونية إزاء تصرفات الواعد في العقار محل الوعد للغير لأنه مازال مالكا للعقار ويمكنه التصرف فيه قبل المدة المحددة لإبرام الوعد النهائي،فإذا تصرف فيه بالبيع مرة أخرى أو بأي تصرف آخر وأشهر هذا التصرف ،لا يبقى للموعود له سوى المطالبة بالتعويض فقط تطبيقا لأحكام المادة 176 ق م [3]،لأن تطبيق أحكام المادة 72 ق م تكون في حالة إمكانية تنفيذ الالتزام والتي تنص على أنه:«إذا وعد شخص بإبرام عقد

---

[1] هذا ما أكدته المادة 71 ق م : « إذا اشترط القانون لإبرام العقد احترام شكل معين فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالبيع».

[2] تجدر الإشارة إلى أنه رغم اشتراط المشرع الشكل الرسمي في عقد الوعد بالتعاقد إلا أنه لم يوضع نص صريح يوجب إخضاع الوعد بالبيع العقاري للشهر العقاري ،إلا أنه بموجب القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28-12-2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004،ج ر،ع83،المؤرخة في 29-12-2003، ومن خلال نص المادة 04 منه أكد على ضرورة شهر عقد الوعد بالبيع وذلك عندما فرض رسم إشهار يقدر ب1% من قيمة العقار الموعود ببيعه.

[3] هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها رقم 285113 الصادر بتاريخ 30-01-2002، غ م،م ق،ع الثاني،ص 120،مشار إليه:مجيد خلفوني،المرجع السابق،ص 187.

ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة،قام العقد مقام الحكم».

الفرع الثاني:تمييز عقد البيع عن عقد التنازل

بالرجوع إلى بعض النصوص القانونية نجد إلى جانب عقد البيع مصطلح عقد التنازل contrat de cession،وبالتالي هل عقد التنازل يعد عقد بيع؟ وهل يختلف عن عقد البيع المنصوص عليه في القانون المدني؟وما طبيعة هذا العقد[1]هل هو عقد مدني أم عقد إداري؟

هذا العقد هو عقد بيع إداري للعقار،وقد جاء به المشرع حقيقة من أجل جلب سيولة نقدية للخزينة العمومية ،وإيجاد نوع من الاستقرار الاجتماعي،سواء للمستثمر أو لشاغلي بعض السكنات التابعة للدولة.

ويعرف عقد التنازل على أنه تحويل ملكية عقارية تابعة لأملاك الدولة الخاصة بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية[2]،و يتم تحرير العقد لفائدة المترشحين من طرف مديرية أملاك الدولة سواء كانت العقارات أو المحلات أملاك تابعة للدولة أو لدووين الترقية والتسيير العقاري.

كما يمكن تعريفه على أنه عقد يتم ما بين المستثمر والإدارة المالكة للعقار،مهما كانت طبيعته صناعيا،سياحيا أو فلاحيا،بحيث تقوم الإدارة بتحويله وفقا لشروط قانونية وتنظيمية ،بغرض الاستثمار الوطني أو الأجنبي.[3]

وعقد التنازل أو عقد البيع أو إعادة التنازل كلها تسميات لها معنى واحد ،وهو نقل الملكية لصالح المشتري بصفة كلية وشاملة بمفهومها التقليدي المعروف في القانون المدني [1]، مقابل ثمن نقدي

---

[1] فتحديد طبيعة عقد التنازل له أهمية كما سنرى لاحقا،وذلك بتحديد النظام القانوني الذي يخضع له،أي هل يخضع القانون المدني أم لأحكام القانون الإداري ،وبالتالي استبعاد ألأحكام التي يقررها القانون المدني،بما فيها الضمانات كضمان التعرض والاستحقاق،ضمان العيوب الخفية.

[2] مذكرة رقم 03439 صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،حول العملية التقليدية لأملاك الدولة،الترخيص المسبق،الجزائر،22 أوت 1998.

[3] موهوبي محفوظ،مركز العقار من منظور قانون الاستثمار،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق بودواو ،جامعة أمحمد بوقرة،بومرداس،2008-2009،ص 62.

،حيث يستجمع بذلك كل السلطات التي يعطيها القانون للشخص على الشيء،وهو ما يخول للمستثمر جميع عناصر الملكية على العقار من استعمال واستغلال وتصرف.[2]

وباعتبار العقد إداري فإنه يبرم بين مدير أملاك الدولة باعتباره موثق الدولة والمستفيد من العقار المراد اكتسابه،وهذا العقد يتوفر على جميع أركان العقد ،التراضي،المحل،السبب وكذا ركن الشكلية،وبالتالي يخضع لإجراءات التسجيل والشهر العقاري حتى تنتقل الملكية من الدولة إلى الأفراد،كما يتضمن هذا العقد البيان الوصفي للتقسيم والذي يتضمن مجموعة من البيانات،كرقم القطعة،عمارة...

لكن ما يستقل به عقد التنازل عن عقد البيع هو بتضمنيه التزامات وشروط لا تظهر في العقود المدنية ولا التجارية[3] ،والتي تجعل الإدارة في مركز ممتاز في مواجهة المتعاقد الآخر،وذلك بما يخوله عقد التنازل من امتيازات ،كإرفاق هذا العقد بدفتر الشروط وحق الإدارة في توقيع جزاءات في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية،كالشرط الفاسخ [4]،بالإضافة إلى بعض الشروط المفصلة التي لا يجوز المناقشة فيها ،حيث يأخذ المستثمر الأرضية على حالها دون إمكانية القيام بأي احتجاج مع تحمل الارتفاقات السلبية والظاهرة دون الرجوع إلى البائع،أي استعمال مخالف لما خصصت له الأرض،أو تعديل في المشروع يؤدي إلى خلق نشاطات غير معتمدة أو مرخصة جزاءه إسقاط حق المستثمر

---

[1] فسيح حمزة، لتنظيم القانوني لاستغلال العقار الصناعي في عملية الاستثمار،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع الدولة والمؤسسات العمومية،جامعة الجزائر،كلية الحقوق،2005،ص 91.

[2] خوادجية حنان سميحة،المرجع السابق،ص 186.

[3] فقد ذهب القضاء إلى تكيف عقد التنازل على أنه عقد إذعان وذلك في قرار رقم 845441 المؤرخ في 22-03-1993،غير منشور،مشار إليه في :حمدي باشا ،زروقي ليلى،المرجع السابق،ص 292.

[4] حيث وفقا لنص المادة 06 من المرسوم رقم 86-05 المؤرخ في 07-01-1986 المحدد لشروط بيع الأراضي العقارية التي تمتلكها الدولة والموجهة لانجاز برامج الاستثمارات الخاصة المعتمدة قانونيا ،ج ر،ع 1،المؤرخة في 08-01-=1986 ،الملغى،على أنه:«يقع البيع المذكور في هذا المرسوم بشرط فسخي يتمثل في اشتراط التنفيذ المطابق لبرنامج الاستثمار المعتمد في المدة اللازمة لإنجازه حسب ما هو مقرر في ملف الاعتماد نفسه».

وفسخ البيع[1]،وأن يكون النشاط المقرر انجازه أن يستجيب للتنظيم المعمول به فيما يخص النشاطات الصناعية والحرفية،وكذا إحداث المشروع في الوقت المحدد وإنشاء مناصب الشغل المتوقعة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد ألغى التنازل على العقار السياحي والصناعي سواء كان التنازل مباشرة أو عن طريق الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل[2] أي بطريقة غير مباشرة، وأبقى على عقد الإمتياز دون إمكانية تحوله إلى تنازل[3] بموجب الأمر رقم 08-04 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الدولة الخاصة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية .

---

[1] هذا ما جاء في دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق عند البيع بالتراضي لفائدة مرقين عقاريين لأراضي تابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة،والملحق بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14-05-2011،يحدد شروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة لأملاك الدولة الخاصة وموجهة =لإنشاء برامج السكنات المدعمة،ج ر،ع 51،المؤرخة في 14-09-2011،المعدل والمتمم بالقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25-04-2018، الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة لأملاك الدولة الخاصة وموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة،ج ر ،ع 58،المؤرخة في 23-10-2018،وما ورد أيضا في دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري،والملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 15-281 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الترقوية ذات الطابع التجاري سالف الذكر.

[2] للإشارة فقط فإنه تستثنى حافظة العقار الصناعي غير العمومي من هذا الإطار القانوني،وهذا ما أكده قرار المحكمة العليا رقم 606633 المؤرخ في 16-09-2011الصادر عن غ ع، «بأن الطعن ضد المؤسسة العمومية الاقتصادية لتفصيل النسيج ببيعها لقطعة أرضية تابعة لها بموجب عقد توثيقي والتمسك بوجوب خضوعه للنصوص المنظمة لإدارة الأملاك الوطنية الخاصة في غير محله،لأن الأحكام تخص الأملاك الوطنية الخاصة في حين أن الأرض محل البيع ملكا خالصا لها،ومن ثمة قضاة المجلس خالفوا القانون وصار قرارهم عرضة للنقض والإبطال. »:قرار منشور م م ع، ع الثاني،،قسم الوثائق،دار القصبة للنشر،ص 232-235.

[3] إن عقد الامتياز يسهل تطبيقه على العقار الصناعي والسياحي،لأن المستثمر هنا لا يهمه ملكية الوعاء العقاري فكل ما يهمه المشروع الاستثماري،وهذه الصيغة تساعده على الاستثمار مقابل دفع أتاوة على غرار في حالة تملكه للوعاء الذي يكلفه أكثر،وكما أنه يسمح للدولة بالمحافظة على أوعيتها العقارية وعدم استنزافها.و حيث كان أول تنظيم لعقد الإمتياز كان بموجب المرسوم رقم 93-12 المؤرخ في 05-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار،ج ر،ع64،المؤرخة في 10-10-1993، وتبنى آلية الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل،وقد الغي هذا المرسوم بموجب الأمر رقم 01-03 المؤرخ في 20-08-2003 المتعلق بتطوير الاستثمار،ج ر،ع 47 ،المؤرخة في 22-08-2001 الملغى،واستمر العمل بعقد الإمتياز ،وحتى تم تنظيمه بقوانين المالية المتعاقبة مؤكدة مبدأ الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل منها قانون المالية لسنة 1998 الصادر بالقانون رقم 97-02،المؤرخ في 31-12-1997،ج ر،ع89، المؤرخة في 31-12-1997،وحتى قانون المالية لسنة 2006،الصادر بموجب القانون رقم 05-16،المؤرخ في 31-12-2005،ج

غير أنه بموجب المادة 02 من الأمر رقم 08-04 سالف الذكر،قد استثنى من تطبيقه القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة [1] لتطبق عليها أحكام التنازل-الترقية العقارية المدعمة من طرف الدولة-،وبمفهوم المخالفة بقيت الأراضي الموجهة للترقية العقارية التجارية -غير المدعمة-خاضعة لحق الامتياز،غير أنه بموجب المرسوم التنفيذي رقم 15-281 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الترقوية ذات الطابع التجاري سالف الذكر،أصبحت هذه الأخيرة تخضع لحق الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل.

حسنا ما قام به المشرع عندما استثنى الترقية العقارية المدعمة وغير المدعمة من مجال تطبيق عقد الامتياز،وذلك كنتيجة صعوبة تطبيق هذا النظام عليها،كون أن الأمر يثير صعوبات على المستوى التطبيقي والعملي ،باعتبار أن القانون رقم 11-04 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في مادته 30 نصت على ضرورة ملكية المرقي العقاري للوعاء العقاري المراد انجاز المشروع فيه،حتى تنتقل ملكية البنايات وملكية الأرض إلى المقتني أمام استحالة تطبيق ذلك في حالة عقد الامتياز ،وباعتبار أن الملكية تبقى للدولة [2]،على الرغم من وجود حالات في الواقع العملي أين يبني المرقي

ر،ع85،المؤرخة في31-12-2005،إلى أن صدر الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30-08-2006،المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية،ج ر،ع 53،المؤرخة في 30-08-2006،الملغى بموجب الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01-09-2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الدولة الخاصة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج ر،ع49،المؤرخة في 03-09-2008.

[1] بالرجوع إلى نص المادة 02 من الأمر رقم 08-04 قد استثنى من مجال تطبيقه إضافة إلى القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية المستفيدة من إعانة الدولة مايلي:

-الأراضي الفلاحية.

-القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات البحث عن المحروقات واستغلالها ومساحات حماية المنشآت الكهربائية والغازية.

-القطع الأرضية المتواجدة داخل مساحات المواقع الأثرية والثقافية.

[2] وقد أكدت المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 15-281 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز المشاريع الترقوية ذات الطابع التجاري،على أن المرقي العقاري الذي تحصل على عقد امتياز قابل للتحويل إلى تنازل،والذي أتم مشروعه بيع السكنات والمحلات المعنية إلا بعد الحصول على شهادة رفع اليد المسلمة من إدارة أملاك الدولة التي تشهد على تسديد القيمة المستحقة بعنوان تحويل الإمتياز إلى تنازل والشهر المسبق لعقد الملكية النهائي للقطعة الأرضية،أما في حالة البيع على التصاميم

العقاري على وعاء عقاري غير مملوك له،وهذا ما يثير إشكالات يصعب حلها ،فحماية للمقتنين للأملاك العقارية في إطار الترقية العقارية لابد للمرقي العقاري أن يكون مالكا للوعاء المراد البناء عليه سواء ملكية مباشرة أو بعد تحويل عقد الإمتياز المتحصل عليه إلى تنازل فور إنجازه للمشروع العقاري.

ووفقا لما سبق التطرق إليه يعتبر عقد التنازل الذي تبرمه الدولة مع المشتري عقد إداري، وليس عقد مدني يبرم بين ممثل الإدارة بصفته موثق الدولة والمستفيد من العقار المراد اكتسابه،حيث يتوفر على أركان العقد وهي التراضي والمحل والسبب بالإضافة إلى ركن الشكلية،كما أن هذا العقد يبرم بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام ،حيث يتضمن وسائل القانون العام وهو شرط في غاية الأهمية للتمييز بين العقود الإدارية والعقود التي تخضع للقانون الخاص،بل موضوع العقد نفسه بما يتضمنه من شروط استثنائية غير مألوفة في العقد الخاص،تضفي الصبغة الإدارية للعقد [1]،وهذه الشروط الاستثنائية تمنح المتعاقدان حقوقا أو تحملهم التزامات غير مألوفة ومختلفة عن تلك التي يمكن أن يتفق عليها المتعاقدان في نطاق القانونين التجاري والمدني.[2]

المطلب الثاني:تمييز عقد بيع العقار عن بيع المحل التجاري

قد يتبادر في ذهننا أن المحل التجاري هو المكان المخصص لممارسة التاجر لأعماله التجارية،أو بمعنى آخر المحل هو العقار المبني الذي تمارس فيه الأعمال التجارية،لكن في الحقيقة ليس بذلك،فالمحل التجاري هو مال منقول معنوي يتضمن مجموعة عناصر مادية ومعنوية،ومخصص لاستغلال تجارة أو صناعة معينة،ويسمى بالمتجر أو المصنع تبعا لنوع النشاط.[3]

إن المشرع قد عدد هذه العناصر،وهذا وفقا للمادة 78 ق ت على أنه: «تعد جزءا من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري،ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه

فإنه لا يمكن للمرقي العقاري إعداد وتسليم المستفيدين محاضر الحيازة قبل إنجاز عملية تحويل الإمتياز إلى تنازل التي يتم تكريسها بعقد إداري مشهر بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا.

[1] ثروت بدوي،المعيار المميز للعقد الإداري،بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد،السنة 27،ص 115 وما بعدها.

[2] محمد جمال مطلق ذنيبات،العقد الإداري،دراسة مقارنة،مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض،ذون ذكر السنة، ص 15.

[3] بن زواوي سفيان،بيع المحل التجاري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق،جامعة منتوري ،قسنطينة،ص 2012،16-2013 ،ص 16.

وشهرته،كما يشمل سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري،كعنوان المحل،والاسم التجاري،والحق في الإيجار،والمعدات والآلات والبضائع،وحق الملكية الصناعية والتجارية،كل ذلك ما لم ينص على خلاف ذلك.».

وتبعا لذلك يعتبر المحل التجاري ملكية معنوية على الرغم من وجود عناصر مادية منقولة كجزء من المحل التجاري على خلال العقار والذي يعد ملكية مادية،فهذا الأخير وحسب المادة 78 ق ت لا يعد عنصرا من عناصر المحل التجاري،وبهذا فعملية بيع المحل التجاري تختلف عن عملية بيع العقار،وإذا قام مالك العقار والمحل التجاري معا بيع هذا الأخير والمحل التجاري معا لنفس المشتري، فإنه يتم إفراغ هذا البيع في عقدين مختلفين، حيث يخضع كل منهما لنظامه الخاص به باعتبار بيع العقار عمل مدني أما بيع المحل التجاري عمل تجاري .ويترتب على هذا الاختلاف بين العقار والمحل التجاري أنه لا يجوز مثلا الأخذ بالشفعة في بيع المحلات التجارية على العكس عند بيع العقار الذي يجوز الأخذ فيها بالشفعة لمن تتوفر فيه صفة الشفيع.

ومن ناحية أخرى ،فقد أكد المشرع في بيع المحل التجاري بنفس الإجراء المتبع في بيع العقار وهو إبرام العقد في الشكل الرسمي باعتباره ركن من أركان العقد ،فقيمته لا تقل عن قيمة العقار،وهذا ما نصت عليه المادة 79 ق ت على أنه : «كل وعد اختياري أو وعد بالبيع وبصفة عامة كل تنازل عن محل تجاري بالقسمة أو المزايدة أو بطريق المساهمة في رأسمال شركة يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا».[1]

وقد ألزم المشرع عملية شهر عقد بيع العقار بالمحافظة العقارية، أما بيع المحل التجاري فقد أوجب المشرع في المادة 83 ق ت إعلانه خلال 15 يوما من تاريخ التصرف وذلك بسعي من المشرع،ويتم هذا الإعلان في النشرة الرسمية للإعلانات القانونية،وفضلا عن ذلك في جريدة مختصة بالإعلانات القانونية في الدائرة أو الولاية التي يستغل فيها المحل التجاري.

---

[1] وما أكدت عليه المادة 324 مكرر 1/1 ق م على أنه: «زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها 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 إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد».

المطلب الثالث:تمييز عقد بيع العقار عن الهبة والوصية

نميز في هذا المطلب بين عقد بيع العقار وعقد الهبة في **الفرع الأول** وبينه وبين الوصية في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول:تمييز عقد بيع العقار عن الهبة:

إن كان عقد بيع العقار من عقود المعاوضة يتم بين شخصين البائع والمشتري ،يقوم البائع بنقل ملكية العقار أو جزء منه إلى المشتري ويقوم هذا الأخير بدفع مقابل ذلك ،أما الهبة فتعتبر من عقود التبرع،فهي تمليك بلا عوض [1] ،بحيث يتصرف أحد الأشخاص في ماله دون مقابل ويسمى بالواهب لفائدة شخص آخر والذي يقبلها فيسمى الموهوب له.[2]

لكن وفقا لما نصت عليه المادة 2/202 ق أ[3] يمكن للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بعمل معين أو تأدية خدمة معينة مقابل الشيء الموهوب،ويمكن القول على أن العقد يصبح عقدا تبادليا [4] ومع ذلك يبقى تبرعيا لم تتغير طبيعته،بشرط ألا يصل هذا العوض إلى قيمة الهبة،وبمفهوم المخالفة إذا كان هذا العوض في الهبة مساويا أو يزيد على قيمة الهبة،فلا يمكن أن يكون العقد في هذه الحالة هبة حتى ولو توافرت نية التبرع لدى الواهب.[5]

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 202 ق أ.

[2] مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 123.

[3] يقابل هذا النص المادة 476 ق م م والتي تنص على أنه: «الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض، ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين »،وكذا المادة 557 ق م أ على أنه: « ويجوز للواهب مع إبقاء فكرة التبرع أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام معين ويعتبر هذا الالتزام عوضا».

[4] علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية، ص 18.

[5] سمير عبد السيد تناغو،عقد البيع،المعارف ،الإسكندرية، الطبعة 84، ص22 و23.

إن عقد الهبة مثله مثل عقد بيع العقار يتطلب إيجاب من الواهب وقبول من الموهوب وهذا ما نصت عليه المادة 206 ق أ[1]، كما يعتبران من العقود الشكلية إذا وردا على عقار،يتطلب إفراغهما في شكل رسمي وشهرهما بالمحافظة العقارية حتى يرتبا أثرهما العيني.[2]

أما الاختلاف بينهما هو أن الهبة تتم بالقبض أي الحيازة باعتباره ركن من أركان الهبة وهذا ما نصت عليه المادة 206 ق أ[3]، لأن عقد الهبة من العقود العينية، والعق د العيني لا يتم انعقاده إلا بتسليم محل العقد عينا،وبالتالي فلابد من تسليم الشيء محل الهبة إلى الموهوب له حتى يتمكن من حيازته،سواء كان تسليما فعليا أو حكميا ،وفقا لما نصت عليه المادة 207 ق أ ،إذا كان الشيء الموهوب له بيد الموهوب قبل الهبة فإنه يعتبر حيازة.[4]

قد ذكرت المادة 208 ق أ حالات التسليم الحكمي وهي:

-إذا كان الواهب ولي الموهوب له،أو زوجه .

-إذا كان الموهوب مشاعا.

---

[1] فقد نصت المادة 206 ق أ على أنه: «تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة،ومراعاة أحكام التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات».

[2] تقرير ركن الشكلية في عقد الهبة الواردة على عقار من شأنه تنبيه الواهب بخطورة التصرف الذي هو مقدم عليه،من حيث كونه تصرفا بلا عوض،فهنا الهبة من العقود الإحتفائية،تؤدي إلى افتقار ذمته المالية ويحرم ورثته من الانتفاع به بعد وفاته ويؤدي إلى اغتناء ذمة الموهوب له،وكذا من أجل الحفاظ على الملكية العقارية واستقرارها،من أجل تمكين عامة الناس من معرفة ما ورد عليها من حقوق.

[3] هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 25554 مؤرخ في 11-01-1982، ن ق، 1998،ع خاص،ص 225 على أنه :«يجب نقض القرار الذي صحح عقد الهبة التي لم تتم فيها الحيازة والتي شرط لتمام العقد،إذ قال الإمام مالك رحمه الله لابد من الحيازة في المسكون والملبوس فإذا كانت دار سكناها خرج منها »:مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق،ص 304.

[4] وفقا لما جاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 121664 ،مؤرخ في 07-06-1995،م ق 1995،ع 01،ص111 على أنه:« من المقرر قانونا أنه إذا كان الشيء الموهوب بيد الموهوب له قبل الهبة اعتبر حائزا،وإذا كان بيد الغير وجب إخباره بذلك.ومن ثم فإن قضاة قانون الأسرة لم يحدد للحيازة مدة معينة،وإن قضاة المجلس كانوا على صواب عندما قضوا بصحة عقد هبة العقار كليا باعتبار الموهوب لها كانت تعيش مع الواهب في المنزل محل الهبة وبالتالي فلا مجال هنا لتطبيق المادة 208 ق أ»:نفس المرجع،ص 305.

وفي هذه الحالات ،التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة [1]،بمفهوم المخالفة في غير هذه الحالات الرسمية لا تغني عن الحيازة أي لابد من توفر جميع الأركان بما فيها الرسمية والقبض.

كما تجدر الإشارة إلى أنه وكما أشرنا سابقا يمكن للمالك أن يبيع حق الرقبة ويستبقي لنفسه حق الانتفاع والعكس كذلك ،ففي الهبة وبالرجوع نص المادة 205 ق أ والتي نصت على أنه:« يجوز للواهب أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة أو دينا لدى الغير.» ،ومنه فالواهب يمكنه أن يهب كل ممتلكاته أو جزءا منها عينا أو منفعة،أي يهب حق الانتفاع عليها وتبقى ملكية الرقبة للواهب،أي حيازة الشيء الموهوب لدى الموهوب له وهذا الأهم باعتبا ر الحيازة ركن من أركان عقد الهبة،على العكس من ذلك فهبة حق الرقبة فقط واستبقاء الواهب حق الانتفاع لنفسه فهنا الحيازة تبقى له وبالتالي انعدام ركن الحيازة فهي هبة غير صحيحة.

إضافة إلى ما سبق ذكره قد يدق الاختلاف بين عقد البيع وعقد الهبة، وه و أن عقد الهبة من العقود الاحتفالية على عكس عقد البيع،ويقصد بالعقود الاحتفالية تلك العقود التي يكون حضور شهود العدل ضروريا، بحيث هم من يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه،وشهادتهم واجبة في العقود الاحتفالية تحت طائلة البطلان [2]، وذلك إعمالا لنص المادة 324 مكرر 3 ق م والتي تنص على أنه: « يتلقى الضابط العمومي،تحت طائلة البطلان العقود الاحتفالية بحضور شاهدين».

---

[1] من تطبيقات ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 301501 المؤرخ في 25-05-2005،غ م،غير منشور:«حيث ينعي الطاعن على القرار المطعون فيه بالخطأ في تطبيق أحكام المادة 208 قانون الأسرة التي تنص على الإعفاء من شرط الحيازة،وذلك في حالة ما إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان المال الموهوب مشاعا،فإن التوثيق والإجراءات الإدارية تغني عن الحيازة،في حين أن الواهب ليس وليا للمطعون عليها ولم تكن في ولاية أبيها بينما المطعون عليها أثناء إبرام عقد الهبة كانت بالغة متزوجة في عصمة زوجها فإن الموهوب لها لم تكن قاصرة في ولاية والدها ولم يكن المال الموهوب في الشيوع،وتبعا لذلك يكون قضاة الموضوع عندما اعتمدوا على المادة المنوه إليها أعلاه برفض الدعوى قد أخطئوا في تطبيق القانون مما يعرض قضائهم للنقض »:مشار إليه : عن حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق ،ص 306.

[2] وسيلة وزاني،وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري،دراسة قانونية تحليلية، دار هومة ،طبعة 2009 ،دون ذكر عدد الطبعة،ص 166.

ويشترط في شهود العدل ألا تربطهم علاقة قرابة بالمتعاقدين [1]،وذلك بالنظر إلى خطورة هذا التصرف باعتباره يؤدي إلى افتقار ذمة الواهب،ومنه فيتوافر بتواجدهما للواهب أسباب الحرية في عقد يتنازل فيه هذا الأخير عن ماله دون مقابل،إذ قد يبصرونه على ما هو مقبل على فعله [2]،وبمفهوم المخالفة إذا كان الشهود من أقرباء وأصهار الأطراف المتعاقدة ،فإنه تتجلى فرضية احتمال قيام مصلحة لهما أو بالتواطؤ على حمل الواهب على التبرع عن طريق الهبة.

الفرع الثاني:تمييز عقد بيع العقار عن الوصية:

عرف المشرع الوصية وذلك في المادة 184 ق أ على أنها:« تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع».

كما جاء في نص المادة 190 ق أ على أنه: «للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة».

وبهذا فإن الوصية هي تمليك، ومؤدى كلمة تمليك على أنها قد تكون بالأعيان عقارا أو منقولا أو بالمنافع[3]،كالوصية بسكنى أو استعمال سيارة ،دون أن يشمل الإسقاطات لتكاليف معينة مثل الإبراء من الدين وغيرها.

إن عقد بيع العقار كما رأينا هو من التصرفات الناقلة للملكية،وطبيعة الوصية تختلف عن بقية العقود الناقلة للملكية،لأن الوصية لا تنقل الملكية من مالك لآخر لأن الملكية لا تنتقل عن الموصى إلا

---

[1] يستخلص ذلك من نص المادة 20 من القانون06-02 المؤرخ في 20-02-2006،المتضمن تنظيم مهنة التوثيق،ج ر،ع 14 المؤرخة في،08-03-2006 والتي نصت على أنه: «لا يجوز لأقارب وأصهار الموثق المذكورين في المادة السابقة وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته،أن يكونوا شهودا في العقود التي يحررها،غير أنه يمكن لأقارب وأصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات »،وبمفهوم المخالفة لا يجوز لأقارب وأصهار المتعاقدين أن يكونوا شهود عدل.

[2] حمدي باشا،دراسات قانونية مختلفة،دار هومة،دون ذك سنة النشر والطبعة،ص 140.

[3] شيخ سناء،الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2011-2012،ص 326.

بعد أن يصبح غير قابل لأن يملك أي بعد وفاته،وبذلك الوصية تقرر الخلافة عن المالك الأمر الذي يقرب الوصية بالإرث.[1]

وإن كان بيع العقار عقد يتم بتوافق الإرادتين يتطلب إيجاب وقبول ،ملزم للجانبين يقوم متى التزم أحد الطرفين بمنح أو فعل شيء يعتبر معادلا لما يمنح أو يقدم له،في حين أن الطبيعة القانونية للوصية قد أثارت جدلا،فهناك من اعتبرها عقد لا يتم إلا بالإيجاب والقبول معا [2]،لأن الإنسان لا يملك رغما عنه،وهناك من اعتبرها تصرف من جانب واحد وبالإرادة المنفردة للموصى،فهي بذلك تتطلب الإيجاب كركن وحيد لها،لأنها خلافة عن المالك كالإرث [3]،وعليه فهي تختلف عن العقود التي تتطلب تطابق الإيجاب والقبول.

بالنسبة للمشرع الجزائري وبالرجوع إلى نص المادة 184 ق أ سالفة الذكر وللمادة 197 ق أ والتي نصت على أنه: «يكون قبول الوصية صراحة أو ضمنا بعد وفاة الموصي »[4]،وبالتالي فالوصية تتم بإيجاب الموصي والذي يعتبر الركن الوحيد لانعقادها،ولكن الملكية لا تثبت للموصى له بعد الوفاة إلا بقبوله صراحة أو ضمنيا،وحق القبول يمكن أن يتم مباشرة بعد الوفاة أو يمكن أن يتراخى ويمكن أن يردها.[5]

وبهذا تعتبر الوصية تصرف انفرادي وليس بعقد،ولهذا يشترط المشرع فقط إثباتها بتصريح أمام الموثق سواء كانت واردة على عقارات أو منقولات،وفي حالة وجود مانع فإثباتها يكون بحكم قضائي،لكن هنا لم يبين حالة المانع القاهر وبالتالي السلطة التقديرية للقاضي لاستنتاج واستخراج

---

[1] محمد الحبيب التجكاني،نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية،دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري،دار النشر المغربية، طبعة 1983،ص 137.

[2] فللمشرع المغربي اعتبرها عقد،وهذا ما ورد في الفصل 173 من الكتاب الخامس من مدونة الأحوال الشخصية المغربية،بأن الوصية عقد يوجب ثلث مال عاقده يلزم بموته:محمودي عبد العزيز،المرجع السابق،ص 82.

[3] محمد الحبيب التجكاني،المرجع السابق،ص 149.

[4] وقد نص المشرع الأردني في المادة 235 ق م أ على أنه: «إذا كان التصرف الانفرادي تمليكا فلا يثبت حكمه للمتصرف إليه إلا بقبوله».

[5] تنص المادة 201 ق أ على أنه:«تبطل الوصية بموت الموصى له قبل الموصي أو بردها».

الظروف المكانية والزمانية التي حالت دون إثبات الوصية بالكتابة الرسمية [1]،كأن يكون الموصي أثناء إبدائه إيجابه بالإيصاء للموصي له مريضا فلا يستطيع أن ينتقل إلى مكتب التوثيق لتحريرها،أو أن يوصي شفويا لعقار وتحصل له وفاة مفاجئة قبل الانتقال إلى مكتب التوثيق [2]،فإن الموصي له يرفع دعوى أمام القضاء مع الاستعانة بالشهود،من أجل إثبات الوصية الشفوية التي حالت دون إثباتها أمام الموثق،وبصدور الحكم وصيرورته نهائيا يؤشر به على هامش أصل الملكية.

وبالتالي إن المشرع لم يرتب البطلان على الوصية لعدم استيفاءها الشكل الرسمي، ومن ه فهي ليست شرط للانعقاد وبهذا هي تختلف عن عقد البيع وحتى التبرعات الأخرى مثل عقد الهبة.

بعد إثباتها سواء بتصريح أمام الموثق أو بحكم قضائي في حالة المانع يتطلب تسجيلها،وباعتبارها تصرف يرمي إلى إنشاء حق الملكية لفائدة الموصى له بالقدر المسموح له، ،يقتضي إشهارها في مجموعة البطاقات العقارية،حتى يكون هذا التصرف قائما ويلعب الشهر دور في إنشاء الحق العيني،لكن الإشكال الذي يطرح هل تشهر حال حياة الموصي حتى يلعب الشهر دوره الإعلامي بالنسبة للغير والاحتجاج بها في مواجهتهم ،ومن يشتري هذا العقار ينتقل إليه مثقلا بالوصية ،ويتحمل كافة الآثار الناجمة عن الوصية،وبالتالي لا يمكن مباغتة ومفاجئة المشتري بعد وفاة الموصي هذا هو الأصح، أم تشهر بعد وفاته مادام أن الوصية تنفذ بعد وفاته وبالشهر تنتقل الملكية؟

بالرجوع إلى نص المادة 15 من الأمر 75-74 المؤرخ في - 11-1975 والمتضمن إعداد المسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري [3] المعدلة بموجب المادة 92 من القانون 17-11 المؤرخ في 27-12-2017 الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2018[4]،والتي نصت على أنه: «كل حق ملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية.

---

[1] رحايمية عماد الدين،الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه،تخصص قانون،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2013-2014،ص 84.

[2] شيخ سناء،المرجع السابق،ص 339.

[3] ج ر،ع 92،المؤرخة في 1975.

[4] ج ر،ع 76،المؤرخة في 28-12-2017 .

غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم وفاة أصحاب الحقوق العينية العقارية.

كما تسري من تاريخ الوفاة أيضا الحقوق التي تم التصرف فيها من طرف المورث قيد حياته بموجب عقود في الشكل الرسمي والتي لم تشهر بعد عند يوم الوفاة،وإذا تبين أنه تصرف فيها فإنها تخضع لقانون الشهر العقاري»

يلاحظ على أن المشرع لم يشترط شهر الحقوق المتصرف فيها التي تسري بعد وفاة المورث ومن بينها الوصية حال حياة الموصي،حيث أنه يتم شهرها بعد وفاته،باعتبارها تصرف لا يحدث أثره إلا بعد الوفاة،وحق الموصى له ينشأ بمجرد وفاة الموصي،وهو ما يعني أن مصدر الحق العيني الموصى به لا يمكن اعتباره في الحقيقة تصرفا قانونيا خالصا بالوصية وإنما هو مصدر مركب من إرادة الموصي وواقعة الوفاة.

والوصية ولو كانت غير مشهرة فإنها تحقق آثرها بالنسبة للالتزامات الشخصية بين ذوي الموصى والموصى لهم،وتعتبر دينا في ذمة التركة لابد من تنفيذه.[1]

إضافة إلى الاختلاف بين عقد البيع والوصية باعتبارها تصرف تبرعي،حيث قيد الشرع والقانون الشخص التصرف في ماله بالوصية في حدود الثلث وما زاد على ذلك يتوقف على إجازة الورثة،وبهذا فهي تختلف عن عقد البيع باعتباره عقد معاوضة ومنجز في الحال و تشترك مع الهبة هنا،لكنها تختلف–الوصية–من حيث أنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت في حين أن الهبة هي تمليك المال في الحال[2]،كما أنه يمكن لصاحب المال أن يهب من المال ما يشاء.

ورغم الفروق الواضحة بينهما قد يثور الخلط بين البيع والوصية أكثر حينما تتستر الوصية تحت اسم البيع،فيبرم شخصا بيعا وهو في حقيقته وصية وذلك من أجل التحايل على أحكام القانون الآمرة،خاصة إذا وقع التصرف في مرض الموت،أو للتهرب من القيد القانوني وهو أن الوصية في

[1] قرار المحكمة العليا،رقم 581896،بتاريخ 09-12-2010،م م ع،ع الأول،2012،ص276.

[2] محمودي عبد العزيز، رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب ،طبعة 2006،دون ذكر عدد الطبعة،ص 23.

حدود الثلث وما زاد على ذلك يتوقف على إجازة الورثة،والتصرف يعد صوريا لابد من إثباته صوريته بكافة الوسائل.[1]

ويكون لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالتصرف الحقيقي وأن يثبت بجميع الوسائل صورية البيع الذي أضر به،ويكون إثبات تخلف عنصر من العناصر الجوهرية في عقد البيع وهو وجود الثمن [2]،كما يمكن أن يثبت عدم قبض الثمن بسبب حالة الفقر التي يوجد فيها المتصرف إليه،وبمفهوم المخالفة إذا ثبت وجود ثمن حقيقي وجدي يعتبر قرينة أولى بالترجيح على أن التصرف بيعا وليس وصية حتى ولو استمر المتصرف بالانتفاع بالعين المبيعة،وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها على أنه:«إذا طعن في عقد بيع بأنه في حقيقته وصية فأثبت الحكم بأدلة سائغة أن الثمن المسمى في العقد هو ثمن جدي دفع من مال المتصرف لها وأن التصرف في حقيقته،هو بيع منجز فإنه لم يكن يعوز الحكم بعد،الرد على كل ما تمسك به الطاعنون-بعض ورثة المتصرف-من حجج لإثبات أن هذا الأخير استمر واضعا يده على العين المتصرف إليها بعد صدور التصرف منه ولبث يظهر لدى الغير بمظهر المالك».[3]

كما يمكن أن يقوم المورث التصرف بوصية مستترة لوارث محاباة منه على غرار باقي الورثة،فيبرم عقد بيع مثلا ويحتفظ بحيازة المبيع والانتفاع به طوال حياته،وهنا تقوم قرينة قانونية على أن التصرف وصية وليس بيع،وهذا ما نصت عليه المادة 777 ق م على أنه:« يعتبر التصرف وصية وتجري عليه أحكامها إذا تصرف شخص لأحد ورثته واستثنى لنفسه بطريقة ما حيازة الشيء المتصرف فيه والانتفاع به مدة حياته ما لم يكن هناك دليل يخالف ذلك.».

وبصدد هذا النص،بات من الجلي أن أي تصرف يقع من أي شخص في حال صحته لا مرضه يعتبر دائما وصية ويعامل بذلك نقيض قصده [4]،أيا كانت التسمية التي أطلقت عليه لطالما احتفظ

---

[1] إن القاضي يستعين في إجلاء الحقيقة من الظروف الملابسة للقضية وملف الدعوى والقرائن التي تساعده على ذلك،بأن العقد وصية وليس بيعا منجزا،مثل البيع بثمن تافه،وبقاء العين محل التصرف في حيازة المتصرف،فقر المتصرف له وعدم قدرته على دفع الثمن،إلى غير ذلك.

[2] تناغو سمير،المرجع السابق،ص 28.

[3] نفس المرجع،ص 29.

[4] محمودي عبد العزيز،المرجع السابق،ص 102.

المتصرف لنفسه بشيئين هما:حيازة الشيء المتصرف فيه من جهة،والانتفاع به مدة حياته من جهة أخرى[1]،بشرط أن يكون التصرف لأحد الورثة كما نصت المادة سالفة الذكر.

وهنا إذا تم الطعن في التصرف ونجح الطاعن في إثبات طعنه،ناعيا على التصرف بأنه وصية والقصد منه التحايل على أحكام القانون والإرث إضرارا بحقه في الإرث،فهنا تطبق المادة 189 ق أ على أنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها باقي الورثة بعد وفاة الموصي،وكذا المادة 185 ق أ على أنه تكون الوصية في حدود الثلث،وما زاد عليه يتوقف على إجازة الورثة.

ولكن إذا تم التصرف تطبيقا للمادة 777 ق م بموجب عقد رسمي سواء وقع التصرف في شكل بيع أو هبة أو أي تصرف آخر،يجعل الأمر يصل إلى حد استحالة إثبات عكس هذه القرينة لما للعقد الرسمي من حجية مطلقة في الإثبات لا يدحضه إلا الطعن بالتزوير طبقا للأشكال القانونية المطلوبة[2].

أشير هنا إلى نقطة مهمة وهي وإن كان للعقد الرسمي المبرم أمام الموثق حجية مطلقة باعتبار أن الموثق يمثل الشرعية والسلطة العامة،لا يعني عدم إمكانية الطعن فيه بالبطلان أو بالصورية رغم أنها مشهرة ونحن نعلم أن الشهر له قوة ثبوتية مطلقة خاصة إذا تعلق الأمر بالغش والتحايل، فقاعدة الغش تفسد جميع التصرفات والعقود المشهرة .[3]

---

[1] زهدور محمد،الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب ،الطبعة 1991، دون ذكر عدد الطبعة،،ص 41.

[2] نفس المرجع،ص 114.

[3] حيث جاء في هذا الصدد قرار للمحكمة العليا رقم 61، 148 مؤرخ في 30-04-1997 ،م ق 1997،ع 02 ،ص 47: «من الثابت قانونا و قضاء أنه إذا كان للعقد الرسمي قوة ثبوتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيم يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه،فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي،ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة =الشرعيين بتعمد من المدعين فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع »: مشار إليه: حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق ،ص 95.

المطلب الرابع:تمييز عقد بيع العقار عن عقد الاعتماد الإيجاري العقاري وعقد الإيجار

نميز في هذا المطلب بين عقد بيع العقار وعقد الاعتماد الإيجاري في **الفرع الأول**،وبينه وبين عقد الإيجار في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول:تمييز عقد بيع العقار عن عقد الاعتماد الإيجاري العقاري:

نميز هنا بين عقد بيع العقار وعقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة-العقارات-لما لهما من تقارب ،وهو أنه في هذا العقد قد ينتهي الأمر بتملك العقار من طرف المستأجر المستفيد من خلال استعماله لحق الخيار في شراء هذا العقار ضمن الاختيارات المتاحة له ،من خلال عقد الاعتماد الإيجاري عند نهاية مدة الإيجار.

وقد عرف المشرع عقد الاعتماد الإيجاري من خلال المادة 01 من الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10-02-1996 الذي يتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري [1] كما يلي: «يعتبر عقد الاعتماد الإيجاري موضوع هذا الأمر عملية تجارية ومالية:

-يتم تحقيقها من طرف البنوك والمؤسسات المالية أو شركة تأجير مؤهلة قانونا ومعتمدة صراحة بهذه الصفة،مع المتعاملين الاقتصاديين الجزائريين أو الأجانب،أشخاص طبيعيين كانوا أو معنويين تابعين للقانون العام أو الخاص.

-تكون قائمة على عقد إيجار يمكن أن يتضمن أو لا يتضمن حق الخيار بالشراء لصالح المستأجر.

-يتعلق فقط بأصول منقولة أو غير منقولة ذات الاستعمال المهني أو بالمحلات التجارية أو بمؤسسات حرفية».

وبهذا فعقد الاعتماد الإيجاري قد يتعلق بأصول منقولة أو غير منقولة،أي المتعلق بالعقارات وهو الذي يهمنا،والذي عرفه المشرع في المادة 08 في نفس الأمر المشار إليه ،بأنها تلك العمليات

[1] ج ر،ع 03،المؤرخة في 14-01-1996.

التي تخص أصولا عقارية مبنية أو ستبنى لسد الحاجات المهنية الخاصة بالمتعامل الاقتصادي- المستأجر- من شأن هذه العمليات تسمح المستأجر بتملكها في أجل أقصاه انتهاء مدة الإيجار،عن طريق تنفيذ وعد بالبيع من جانب المؤجر مع إعلان إرادي للمستأجر بقبول تملكه للمال لاستعماله خيار الشراء.

إذا قرر المستأجر شراء هذا الأصل المؤجر في التاريخ المتفق عليه،فإنه يوجه طريق رسالة مضمونة الوصول إلى المؤجر خلال 15 يوما على الأقل قبل هذا التاريخ المتفق عليه،ويتعين بذلك على المتعاقدين اللجوء إلى الموثق من أجل تحرير عقد البيع والقيام بالإجراءات القانونية المتعلقة بالإشهار.

وقد ميز المشرع بين إجراءات الشهر للمنقولات [1]والعقارات[2]، حيث نظم هذا الأخير بموجب المرسوم رقم 06-91 الذي يحدد كيفية إشهار عقود التأجير التمويلي للعقارات[3]،وبموجب هذا الأخير[4] وفي مادته 02 على أنه: «يجب أن يبين عقد اكتساب العقار،موضوع عملية الاعتماد الإيجاري،المعد وفقا لأحكام المرسوم رقم 76-63 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري والخاضع للإشهار في الحفظ العقاري في باب خاص عنوانه"تحديد المستفيد من القرض وشروط إنجاز عمليات الاعتماد الإيجاري

---

[1] لقد تناول المشرع كيفيات شهر عقود التأجير التمويلي للمنقولات بموجب المرسوم رقم 06-90 المؤرخ في 20-02-2006 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ،ج ر،ع 10،المؤرخة في 26-02-2006.

[2] حيث أنه وفقا للمادة 03 من المرسوم رقم 06-09 الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة،على أنه يتعين على المؤجر أن يقوم بقيد كل عقد للاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة في السجل المفتوح لهذا الغرض على مستوى ملحقة المركز الوطني للسجل التجاري،التي تم لديها تسجيل المؤجر،يجب أن يتم القيد في أجل ثلاثين يوم عمل من تاريخ إمضاء العقد،أما بالنسبة للاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة،

[3] المؤرخ في 06-02-2006،ج ر،ع 10،المؤرخة في 26-02-2006.

[4] نظرا لما يثيره الاعتماد الإيجاري-الإيجار الائتماني-من مشاكل وهو أن وجود الأشياء محل العقد والمملوكة لشركة الإيجار الائتماني،تحت يد المستأجر قد يخلق نوعا من اليسار الظاهر وما يترتب عليه من خداع للغير،ولذلك استوجبت حماية هذا الغير،هذه الحماية لا تتأتى إلا عن طريق تنظيم وسائل الشهر والعلانية،كما أن المؤجر الائتماني لا يستطيع أن يحتج بحقوقه على هذه الأموال التي احتفظ بملكيتها في مواجهة الدائنين أو الخلف العام الذي تلقى الحق معاوضة من عميله إلا إذا أشهر هذا العقد:نبيل إبراهيم سعد،الملكية كوسيلة للضمان،الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان،نقل الملكية على سبيل الضمان، ،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، طبعة 2007،دون ذكر عدد الطبعة،ص 74.

للأصول غير المنقولة " العناصر الجوهرية الواردة في الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة،زيادة على تلك المحددة في المادة 08 من الأمر رقم 96-09:

-تعيين الموثق محرر عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.

- تاريخ عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة ورقمه.

-تعريف المستفيد من القرض

-مدة عقد الاعتماد الإيجاري للأصول غير المنقولة.

-المعدل الإجمالي للمبالغ الواجب تسديدها بعنوان الإيجار.

-النص على إمكانية خيار الشراء لصالح المستفيد من القرض عند الاقتضاء.

-التاريخ الأقصى المحدد لتبليغ خيار الشراء عند الاقتضاء».

وقد نصت المادة 03 من المرسوم المذكور أعلاه على إشهار هذا العقد من طرف المؤجر لدى المحافظة العقارية التابع لها العقار المعني بعملية الاعتماد الإيجاري،وذلك في الآجال المنصوص عليها في التشريع المعمول عليه.

إن عقد الاعتماد الإيجاري يقترب أكثر من البيع بالإيجار،حيث أن المستأجر في كلا العقدين يحوز الأشياء على سبيل الإيجار،ويلتزم بدفع أقساط دورية فعند انتهاء مدة الإيجار ودفع الأقساط المتفق عليها تنتقل ملكية الأشياء إلى المستأجر بناءا على وعد ملزم للجانبين،لكن في عقد الاعتماد الإيجاري يقتصر الأمر على وعد بالبيع ملزم لجانب واحد من طرف المؤجر،والملكية تنتقل إلى المستفيد باستعماله خيار الشراء،على عكس البيع بالإيجار لا يستلزم الأمر التعبير عن إرادته بالتملك،فالملكية تنتقل بدفعه جميع الأقساط المتفق عليها.

الفرع الثاني:تمييز عقد بيع العقار عن عقد الإيجار

لقد اهتم المشرع الجزائري بعقد الإيجار ونظم أحكامه مثله مثل عقد البيع وذلك في القانون المدني،أو في قوانين خاصة [1]،ويعتبر من أهم العقود المسماة بعد عقد البيع، ووفقا للمادة 467 ق م يعتبر عقد يتيح للمؤجر استغلال ملكه، ويتيح للمستأجر الانتفاع بما لا يملك لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم.[2]

وبالتالي فعقد الإيجار هو عقد ملزم للجانبين مثله مثل عقد البيع،يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة خلال مدة محددة،مع التزام المستأجر بدفع بدل الإيجار.

وإن كان عقد الإيجار من العقود الواردة على الانتفاع حيث يمكن بمقتضاه المؤجر من منفعة الشيء محل الإيجار،لكنه يرتب فقط للمستأجر حق شخصي وليس مثلما رأينا في نقل حق الانتفاع بموجب عقد البيع الذي يرتب للمنتفع حق عيني على العين المنتفع بها،أي يمارس سلطة مباشرة على محل الانتفاع،في حين أن حق المستأجر حق غير مباشر إلا بتدخل المستأجر،كما أنه لا يرتب سوى التزامات شخصية فقط من جانب المؤجر والمستأجر.

ويدق التمييز بينها خاصة إذا ورد البيع على نقل حق الانتفاع، ه و أنه بموجب عقد الإيجار لا يمكن للمستأجر التنازل عن هذه المنفعة لشخص آخر إلا بموجب إذن كتابي من المؤجر، وهذا وفقا لما

---

[1] منها المرسوم التنفيذي رقم 76-147، المؤرخ في 23-10-1976 ،المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر و المستأجر لمحل معد للسكن و التابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري، ج ر،ع 12،مؤرخة في 1977،وكذا المرسوم التنفيذي رقم 08-142 المؤرخ في 11-05-2008 المحدد لقواعد منح السكن العمومي الإيجاري،ج ر،ع 24،المؤرخة في المؤرخة في 11-05-2008.

[2] تنص المادة 467 ق م على أنه:«الإيجار عقد يمكن المؤجر بمقتضاه المستأجر من الانتفاع بشيء لمدة محددة مقابل بدل إيجار معلوم ».ويقابلها ما جاء به القانون المدني المصري في نص المادة 558 على أنه: «عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم »،على عكس ما جاء به القانون المدني الأردني والذي اعتبر عقد الإيجار تمليك منفعة وذلك في نص المادة 658 على أنه: «تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم».

أما المشرع المدني العراقي فقد جمع بين تمليك المنفعة والتمكين من المنفعة وذلك في نص المادة 722 على أنه:«الإيجار تمليك منفعة بعوض معلوم لمدة معلومة و به يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور».

نصت عليه المادة 505 ق م[1]،على عكس حق الانتفاع فإنه ولما كان المنتفع يتمتع بحق عيني ومتمثل في حق الانتفاع فله أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات القانونية سواء بعوض أو بدون عوض،ويؤدي هذا التصرف إلى انتقال حق الانتفاع ذاته في الحدود التي كانت له للغير [2]،وبدون إذن من مالك الرقبة.

وكما تجدر الإشارة إلى حالة يصعب معها التمييز بين ما إذا كنا أمام عقد إيجار أو عقد بيع،وهي حالة ما إذا كان الإيجار ساترا للبيع ويستم ر المؤجر في دفع الأجرة لمدة طويلة ،وفي نهاية جميع الأقساط يتحول الإيجار إلى بيع وهذا ما يسمى بالبيع بالإيجار،وبالتالي هل نطبق عليه أحكام البيع أم أحكام الإيجار أم كلاهما معا،على الرغم من أن المشرع قد نظم أحكام البيع بالإيجار ولكن الذي يتم بين المستفيد والوكالة الوطنية لتطويره السكن وتحسينه بموجب نص خاص وذلك بالمرسوم 01-105 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار المعدل والمتمم ،ولكن ما الحل بالنسبة لهذا النوع من التعاملات التي تتم بين الأفراد ؟

إضافة إلى ما سبق ذكره وهو أن عقد الإيجار عقد شكلي تحت طائلة البطلان مثله مثل البيع الوارد على العقارات، والمشر ع اشترط الشكلية كركن انعقاد في عقد الإيجار وذلك بنصه في المادة 467 مكرر على أنه: «ينعقد الإيجار كتابة ويكون له تاريخ ثابت وإلا كان باطلا »،لكن فقط تجدر الإشارة هنا أن الشكلية المطلوبة هنا رسمية أو عرفية المهم أن يكون ثابت التاريخ[3]،على خلاف البيوع

---

[1] تنص المادة 505 ق م على أنه:«لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإيجار أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك».

[2] عليوان راضية، حق الانتفاع العيني العقاري في القانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،ـــنخصص عقود ومسؤولية،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق بن عكنون،2000-2001،ص 66.

[3] نصت المادة 328 ق م على طرق ثبوت تاريخ العقد العرفي وذلك عن طريق:

-تسجيله.

-من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.

-من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.

-من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط أو إمضاء.

=وأهمية ثبوت التاريخ تكمن في تحديد الأولوية للتمتع بالعين المؤجرة وذلك إذا تعدد المستأجرون،ولنفاذ الإيجار في مواجهة الغير.

العقارية والشكلية المطلوبة هي الرسمية فقط،إلا إذا تعلق الأمر بالإيجارات الفلاحية فقط نص المشرع في نص المادة 324 مكرر 1 إخضاعها للشكل الرسمي.[1]

أما بالنسبة للشهر العقاري،فعقد البيع عقد لابد من أن يخضع للشهر بالمحافظة العقارية حتى تنتقل الملكية للمشتري،وباعتبار أن عقد الإيجار ليس من العقود الناقلة للملكية فإنه لا يشهر بالمحافظة العقارية كقاعدة عامة،لكن المشرع قد ألزم في نص المادة 17 من الأمر رقم 75-74 شهر الإيجارات التي تكون مدتها 12 سنة حتى يكون لها أثر بين الأطراف،ويحتج بها في مواجهة الغير.[2]

[1] على العكس ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها رقم 258049 المؤرخ في 25-02-2004،على أنه:«.....حيث أن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون وما دام الأمر يتعلق بعقد إيجار زراعي مبرم بتاريخ 22-08-1991 فكان بالإمكان إبرامه بموجب عقد عرفي تطبيقا لمقتضيات المادة 53 من القانون 90-25 ،وهذا بالرغم من أن مقتضيات المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني تشترط لإبرام عقد الإيجار الزراعي تحرير عقد رسمي فإن أحكام المادة 53 من القانون 90-25 الصادرة بعد المادة 324 مكرر 1 والتي تشكل نصا خاصا تسمو على أحكام القانون المدني فإن القضاة أخطأوا في تطبيق المادة 324 مكرر 1 والمادة 53 من القانون 90-25 المذكورين أعلاه وأنه يتعين الأمر بنقض قرارهم. »:مشار إليه:بن عودة ناجية،إثبات عقد الإيجار في التشريع الجزائري،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق،تخصص القانون المدني المعمق،جامعة مستغانم،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2018-2019.ص 96.

[2] كما نص المشرع على إشهار عقد الإيجار الذي تزيد مدته على 9 سنوات ليكون نافذا في مواجهة الدائن المرتهن بنصها على أنه : «إذا كان الإيجار السابق على تسجيل التنبيه تزيد مدته على 9 سنوات ما لم يكن قد سجل قبل قيد الرهن».

الفصل الثاني

أنواع البيوع العقارية والمنازعات التي تثيرها

تتنوع البيوع العقارية وتتعدد النصوص القانونية التي تحكمها وتنظمها،فبالرغم من خضوعها لأحكام عقد البيع بصفة عامة ،إلا أن لها أحكامها الخاصة والتي تبين خصوصيتها.

قد تطرق المشرع في القانون المدني إلى أنواع عديدة من البيوع،منها البيع في مرض الموت وبيع الحق المتنازع فيه،وكذا بيع العقار الشائع وغيرها،وهذه البيوع تثير الكثير من الإشكالات القانونية خاصة إذا تعلق محلها بعقار.

ومن البيوع من نظمتها نصوص قانونية أخرى ،ويتعلق الأمر ببيوع الترقية العقارية التي انتشرت في الوقت الذي فتح المجال للقطاع الخاص من أجل القضاء على أزمة السكن ،والمساهمة في النشاط العقاري إلى جانب الدولة،حيث تتميز هذه البيوع بأحكامها وشروطها الخاصة،ويتعلق الأمر ببيع العقار على التصاميم وبيع العقار في إطار عقد حفظ الحق وبيع العقار المنجز،والبيع بالإيجار.

وكل من أجل تدعيم سياسة القضاء على السكن،والتحفيز على الاستثمار في هذا المجال،لجأت الدولة إلى التنازل عن أراضيها لفائدة المرقين العقاريين ،والتخفيض من قيمة هذا التنازل،سواء كان هذا التنازل مباشرة أو عن طريق الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل،كما لجأت الدولة إلى التنازل عن السكنات الاجتماعية لفائدة شاغليها الشرعيين بشروط معينة حددتها النصوص القانونية.

وبهذا نقسم هذا الفصل إلى مبحثين،نتناول بالدراسة **في المبحث الأول** البيوع العقارية الواردة في القانون المدني،وفي **المبحث الثاني** البيوع العقارية الواردة في قوانين خاصة.

المبحث الأول:البيوع العقاريةِ الواردة في القانون المدني

نظم المشرع أنواع للبيوع وذلك في القسم الثاني من الفصل الأول من الباب السابع من القانون المدني وبين أحكامها،سواء كان محلها عقارا أم منقولا،وبما أن دراستنا تنحصر في البيوع العقارية حاولنا التطرق لأهم البيوع الشائعة والتي ترد على العقار،من بينها بيع العقار الشائع وبيع العقار في مرض الموت ،وبيع العقار المتنازع عليه.

لم نتطرق لبيع ملك الغير رغم أنه منصوص عليه في القانون المدني من ضمن هذه البيوع،ذلك لأن نظرية بيع ملك الغير لا يمكن تطبيقها على العقار،باعتبار هذا الأخير والمعاملات المتعلقة به ونقل الملكية فيه تخضع لإجراءات قانونية محددة من شأنها أن تحقق الاستقرار القانوني والتعاقدي،وهي إبرام التصرف لدى الموثق أو مدير أملاك الدولة حسب طبيعة العقار المملوك،وهنا يتم التأكد من أصل الملكية،وكذا شهره لدى المحافظة العقارية ،ويقوم المحافظ العقاري بدور أكبر تطبيقا لمبدأ الشرعية وهو التأكد من مدى توافر الشهر المسبق للعقار محل التصرف،بالتالي فبيع عقار الغير لا يتصور حدوثه في ظل نظام الشهر العيني وأمام تكريس قاعدة الرسمية، إلا في حالتين وهي تزوير العقود وهذا معاقب عليه قانونا أو في حالة إبرام العقد في شكل عرفي.

وبهذا سوف نتناول بالدراسة في هذا المبحث بيع العقار الشائع **في المطلب الأول**،و بيع العقار في مرض الموت وبيع العقار المتنازع فيه في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول:بيع العقار المشاع

إن الصورة العادية للملكية هي الملكية الفردية أو المفرزة،غير أنه هناك حالة أخرى وهي أين يتزاحم مجموعة من الأشخاص على الشيء الواحد دون أن تفرز حصة كل واحد فيهم ،وهنا تسمى الملكية بالملكية الشائعة،والتي يمكن أن يكون محلها منقولات أو عقارات أو كليهما معا،وقد عرفها المشرع الجزائري في المادة 713 ق م على أنها: «إذا ملك اثنين أو أكثر شيئا وكانت حصة كل منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع،وتعتبر الحصص متساوية إذا لم يقم دليل على ذلك.».

وبما أن دراستنا تنحصر على العقار الشائع،فيعرف هذا الأخير على أنه ذلك العقار الذي يملكه اثنان أو أكثر،وكانت حصة كل منهم غير مفرزة ،بالتالي هم شركاء على هذا العقار.حيث أن كل مالك على الشيوع يملك حصته ملكية تامة،وله أن يتصرف بها وأن يستولي على ثمارها ،وكذا استعمالها بشرط عدم الإضرار بباقي الشركاء،وهذا بصريح المادة 1/714 ق م،والتصرف في العقار الشائع يكون بجميع أنواع التصرفات الناقلة للملكية،معاوضة أو تبرعا،كما يمكن أن ينقل عنصرا من عناصر ملكه كترتيب حق انتفاع أو حق الاستعمال فقط،كما يمكنه ترتيب رهن عليه ،ومن أكثر التصرفات الشائعة هو التصرف في العقار الشائع بالبيع،لكن هذا البيع قد يكون من طرف أحد الشركاء منفردا ،كما يمكن أن يكون من طرف الشركاء سواء كانوا جميعهم أم الأغلبية منهم،ولكل من هذه التصرفات أحكام وآثار سنتطرق إليها.

وبهذا نقسم هذا المطلب إلى فرعين ،نتناول في **الفرع الأول**:تصرف الشريك منفردا العقار الشائع وأثر ذلك على حق شركائه،وفي **الفرع الثاني**:بيع الشركاء العقار الشائع.

الفرع الأول:تصرف الشريك منفردا في العقار الشائع وأثر ذلك على حق شركائه

قد يتصرف الشريك في حصته الشائعة من العقار عن طريق بيعها وهو ما سنتطرق إليه في **البند الأول**، ،باعتبار أن كل شريك على الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها،وقد يبيع الشريك جزءا مفرزا فقط من هذا العقار الشائع وهذا سيكون محل الدراسة في **البند الثاني**، أو قد يبيع كل العقار الشائع وهو ما سنتناوله في **البند الثالث**،باعتبار أنه لكل هذه التصرفات حكم وأثر على باقي الشركاء.

البند الأول:بيع الشريك منفردا حصته الشائعة في العقار

وفقا للمادة 714 ق م لكل مالك على الشيوع أن يتصرف في حصته الشائعة سواء كان هذا التصرف تبرعا أو معاوضة باعتباره يملك حصته ملكية تامة ،ومن بين هذه التصرفات الشائعة

البيع،ويكون هذا البيع إما لأحد الشركاء كما يمكن أن يكون لأجنبي،وبهذا سوف نتطرق إلى حكم هذه البيع وآثاره في حق الشركاء.

أولا-حكم بيع الشريك حصته الشائعة:

إن الحصة الشائعة هي نصيب الشريك في مجموع المال المشاع،مع امتداد الحق في الملكية إلى كل جزء من الأجزاء التي يتكون منها المال الشائع بقدر نصيبه،ولهذا فللشريك الحق في كل جزء من أجزاء العقار المشاع بقدر نصيبه.فإذا تصرف فيها بالبيع،فهنا المتصرف له يحل محل الشريك المتصرف،ويصبح بدوره مالكا على الشيوع أو شريكا على الشيوع مع باقي الشركاء،أما إذا كان التصرف فقط في جزء من حصته الشائعة فهنا يصبح المتصرف له شريكا في الشيوع بنسبة حصته التي اشتراها،ويبقى المتصرف شريكا أيضا في ما تبقى من حصته الشائعة.

وهكذا فإن المتصرف له في الشيوع يحل محل الشريك المتصرف في المال الشائع،وله جميع حقوقه والتزاماته في إدارة المال الشائع والمحافظة عليه.

قد نص المشرع على هذا النوع من التصرفات في المادة 714 ق م واعتبر تصرف الشريك في الحصة الشائعة صحيح ،بشرط عدم الإضرار بباقي الشركاء وبحقهم في المال الشائع.[1]

وبهذا فإذا تصرف الشريك في حصته الشائعة أو جزء منها،لا يجوز لباقي الشركاء الاعتراض على ذلك والمطالبة بإبطال البيع،مادام أن الشركاء لم يلحقهم ضرر من البيع وحصتهم في الشيوع لم

[1] هذا ما أكده القضاء في كل مرة ومنها قرار المحكمة العليا رقم 63765،مؤرخ في 29-10-1990،م ق 1992،ع 04،ص 28 والتي قررت على أنه:« من المقرر قانونا أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها.ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع بإبطالهم عقد بيع قطعة أرض آلت إلى الطاعن عن طريق الإرث على أساس أنه ليس له الحق في بيع ملك في الشيوع أخطئوا في تطبيق القانون. » مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق، ص 116.

تمس و،لم تجر القسمة لتحديد ما إذا وقع الجزء المبيع في حصتهم أم لا[1]،ويعتبر هذا التصرف نافذا في مواجهة جميع الشركاء دون حاجة إلى موافقتهم عليه أو إعلانهم به.[2]

ثانيا-أثر ذلك على حقوق شركائه:

إن هذا التصرف على النحو السابق بيانه يفتح لباقي الشركاء أخذ هذه الحصة الشائعة بالشفعة إذا كان محلها عقارا ،أو استردادها إذا كان محلها منقولا أو مجموع من المال ليحول دون دخول الأجنبي بين الشركاء.

1-الاسترداد في مجموع المال المنقول أو العقار:

لقد أعطى المشرع طبقا لنص المادة 721 ق م [3] للشركاء في المنقول الشائع أو في مجموع من المال المنقول ولو اشتمل على عقار أو في مجموع من المال العقار [4] ولو اشتمل على منقولات استعمال حق الاسترداد إذا بيع ذلك للأجنبي عن طريق التراضي،وليس بطريق آخر كالبيع بالمزاد العلني أو غير ذلك،لأنه إذا كان البيع قد تم بالمزاد فلا يجوز الاسترداد ولو رسا المزاد على أجنبي،لأنه كان للشركاء فرصة للدخول في المزاد.[5]

---

[1] هذا ما أكده قرار للمحكمة العليا ،رقم 39496،مؤرخ في 08-04-1987،م ق 1991،ع 03،ص 09.

[2] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها تحت رقم 1909 لسنة 32،جلسة 24-03-1966 على أنه:«تصرف الشريك في حصته شائعة نافذ في مواجهة شركائه دون حاجة إلى موافقتهم طبقا لنص المادة 1/826 من القانون المدني»:مشار إليه:محمد عزمي البكرى،الملكية الشائعة، دار محمود،القاهرة،الطبعة الأولى،2017،ص39.

[3] حيث وفقا لنص المادة 721 ق م وتقابلها المادة 833 ق م م على أنه:« للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول،أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها لشريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي،وذلك خلال شهر من تاريخ علمه بالبيع أو من تاريخ إعلامه،ويتم الاسترداد بواسطة تصريح يبلغ إلى كل من البائع والمشتري،ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا عوضه عن كل ما أنفقه،وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته».

[4] لأنه إذا كان التصرف واردا على عقار شائع معين بالذات فهنا الشريك الآخر يستعمل حق الشفعة الذي تجد مصدره التاريخي الشريعة الإسلامية،فإذا باع شريك حصته الشائعة في عقار معين بالذات ولو كان ذلك العقار داخلا في تركة ولو كان كل التركة،فيكون لباقي الورثة استرجاع تلك الحصة عن طريق الشفعة.

[5] المقصود بالمزاد العلني هنا الذي يتم وفقا لإجراءات رسمها القانون حتى يتحقق فيه من الضمانات التي تكفل علم الشركاء به.

ولاستعمال حق الاسترداد يجب أن تكون الحصص الشائعة في منقول معين،أو في مجموع من المال ،كالتركة التي تتكون من عناصر متعددة وأموال الشركة[1].

ويستعمل الشركاء حقهم هذا في الاسترداد خلال ميعاد شهر إما من تاريخ علمهم بالبيع ،وهنا العلم بالبيع واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات،أو من تاريخ إعلامهم من طرف المتصرف سواء شفاهة أو كتابة ،وهذا ما يستخلص من نص المادة 721 ق م.

ويكون هذا الاسترداد بتصريح منهم يبلغ إلى المشتري والبائع على حد سواء،ولم يبين هنا المشرع شكل هذا التصريح في ما إذا كان رسميا أم لا،على عكس التصريح بالرغبة في الشفعة التي أوجب المشرع أن يكون بعقد رسمي ويبلغ عن طريق المحضر القضائي[2]،ولا يتم الاسترداد بالتصريح بالرغبة فقط،بل يجب على المسترد دفع قيمة المصاريف وكذا ثمن الحصة إلى المشتري إذا كان قد دفع ذلك ،أو يقوم بالدفع إلى البائع إذا لم يستوفي ذلك من المشتري،وبهذا فإنه يحل محل الشريك البائع في ذلك مع مراعاة إجراءات الشهر بالنسبة للعقار،وإذا تعدد المستردون فإنه يتم الاسترداد بنسبة كل واحد في حصته.[3]

إذا لم يتم الاسترداد بالتراضي فيكون للمسترد أن يرفع دعوى في أي وقت إلى أن تتم القسمة[4]،إذ لم ينص المشرع على ميعاد لرفع الدعوى وهذ ا الحل يفوت الغرض من اشتراط إعلان الرغبة من طرف المشرع في ميعاد معين،وهو عدم بقاء مصير التصرف معلقا لمدة طويلة.

---

[1] لقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية رقم 113 لسنة 16،بتاريخ 22-05-1947 على أنه:« إن محل ثبوت حق الاسترداد المنصوص عليه في المادة 462 من القانون المدني هو أن يكون المبيع حصة شائعة في مجموع الملك المشترك كله لا حصة شائعة في عين أو أعيان معينة منه،وذلك أن حلول أجنبي محل أحد الشركاء في جزء شائع في مجموع الملك هو وحده الذي قدر فيه الشارع مظنة إذاعة أسرار الشركة وإفشاء محيطها »:مشار إليه: محمد عزمي البكرى،المرجع السابق،ص 100 و101.

[2] تنص المادة 801 ق م : «يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط،وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا.....».

[3] وقد نصت على ذلك المادة 721 ق م بنصها على ما يلي:«.... ويحل المسترد محل المشتري في جميع حقوقه والتزاماته إذا عوضه عن كل ما أنفقه،وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته».

[4] لقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية رقم 131 لسنة 14،جلسة 27-12-1945 على أنه:« إن القانون لم يأت بقواعد خاصة لرفع الدعوى بطلب الاسترداد للحصة المبيعة،فيتعين أن تطبق في هذا الصدد القواعد العامة،ولكن ولما

2-استعمال الحق في الشفعة:

إضافة إلى حق الشريك على الشيوع في استعماله حق الاسترداد بالشروط السابقة الذكر،فقد أقر له المشرع وفقا لنص المادة 2/795 ق م كذلك أن يستعمل الحق في الشفعة،وتعتبر هذه الأخيرة وفقا لنص المادة 794 ق م رخصة تجيز الحلول محل المشتري[1]،حيث أنه من شروط الأخذ بها هو أن يكون هذا التصرف بيعا وليس تصرف آخر ،وكذا أن يتم هذا البيع لأجنبي ،و أن يتم بيع حصة شائعة وليست مفرزة ،لأن لهذه الأخيرة أحكام سوف يتم تبيانها فيما بعد.

الهند الثاني:بيع الشريك منفردا جزء مفرز من العقار الشائع

كما يمكن للشريك على الشيو ع أن يتصرف بالبيع في حصته الشائعة، فإنه يمكنه التصرف في جزء مفرز من هذا المال الشائع بالبيع ،لهذا سوف نتطرق إلى حكم هذا التصرف وأثره بالنسبة للمشتري،ويجب هنا أن نفرق بين حالة جهل المشتري بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة،وحكم علم المشتري بأن البائع لا يملك الحصة المبيعة مفرزة وإنما شائعة ،وقبل ذلك لابد من الوقوف على حكم هذا التصرف بالنسبة للشركاء على الشيوع،باعتبار الشريك البائع قد باع ما يملك وما لا يملك.

أولا-حكم هذا البيع وأثره على الشركاء على الشيوع:

لم تبين المادة 2/714 ق م حكم تصرف الشريك في جزء مفرز من المال الشائع وأثره على باقي الشركاء على الشيوع، فوجب تطبيق القواعد العامة.وتقضي القواعد العامة على أنه إذا باع الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع قبل قسمة هذا المال،فإنه قد باع ما يملك وما لا يملك،وما يملك

كان هذا الاسترداد نوعا من الشفعة كانت الدعوى خاضعة لما تقتضيه هذه النوعية من القواعد الموضوعية لدعوى الشفعة،أما ماجاء به قانون الشفعة من أحكام خاصة بدعوى الشفعة غير متصلة بهذه النوعية فإنه-لا يطبق على دعوى الاسترداد وإذ كان الاسترداد،كما في الشفعة يحل المسترد بالنسبة إلى البائع محل المشتري في جميع ما كان له من حقوق وما عليه من الواجبات،ويعتبر المبيع كأنه بيع مباشر من البائع للمشتري،فإنه يكون من اللازم إدخال البائع في دعوى الاسترداد،كما يلزم في دعوى الشفعة أما الحكم الخاص بوجوب إعلان المشتري والبائع في الميعاد لاستئناف دعوى الشفعة فلا يسري لأنه حكم استثنائي بل الذي يسري هنا هو حكم القانون العام »:مشار إليه محمد عزمي البكرى،المرجع السابق،ص 112 و113.

[1] لقد تم التطرق إلى مفهوم الشفعة وإجراءاتها وذلك في الباب الثاني من هذه الأطروحة،ص432 وما بعدها.

هو حصته في الشيوع في هذا الجزء المفرز،ومالا يملك هو حصص سائر الشركاء في هذا الجزء[1]،الذي لهم عليه نفس الحقوق، وإن كان هذا البيع نافذا في مواجهة المتعاقدين لكن آثاره تقتصر على ترتيب التزامات شخصية وليست عينية،فالملكية لا تنتقل بين المتعاقدين ولا يمكن للمشتري طلب تثبيت ملكية ما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة [2]،،فهو غير نافذ في حق باقي الشركاء إلا إذا تم إقراره من طرفهم،حيث يعتبر هذا التصرف الذي انفرد به الشريك صادرا ممن ليست له سلطة التصرف منفردا ،حيث هذه السلطة يتعين ممارستها مع غيره من الشركاء منعا للمساس بحقوقهم لأن ملكيته شائعة وليست مفرزة.[3]

يجوز للشركاء إذا تم هذا التصرف رفع دعوى الاستحقاق على المشتري ،لا للحصول على جزء مادي من العين المبيعة بل للاعتراف بحقوقهم الشائعة فيها [4]،وإن رأى القضاء المصري عكس ذلك في ظل القانون المدني القديم،وهو أنه لا يمكن للشريك على الشيوع رفع دعوى الاستحقاق إلا بعد القسمة وأن يقع المبيع في نصيبه هو،فالدعوى قبل القسمة تكون سابقة لأوانها.[5]

يترتب على عدم نفاذ التصرف في مواجهة باقي الشركاء ،أنه لا يحل للمشتري المتصرف إليه محل الشريك المتصرف في الشيوع ،وبالتالي فإن ذلك يؤدي إلى النتائج التالية:[6]

---

[1] محمد عزمي البكرى،المرجع السابق،ص 45.

[2] وهذا ما جاء في قرار محكمة النقض المصرية في قرار لها تحت رقم 2123 لسنة 51 جلسة 25-11-1984 على أنه:« النص في الفقرة الثانية من المادة 826 من القانون المدني على أنه إذا كان التصرف منصبا على جزء من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة.يدل على أن بيع الشريك المشتاع لجزء مفرز من العقار الشائع قبل إجراء القسمة بين الشركاء لا يجيز للمشتري طلب تثبيت ملكيته لما اشتراه مفرزا قبل إجراء القسمة ووقوع المبيع في نصيب البائع له ولو كان عقده مسجلا»:مشار إليه: نفس المرجع،ص 51.

[3] نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص 150.

[4] نفس المرجع، ص 150.

[5] حيث جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية رقم 4 لسنة 10،جلسة 25-4-1940على أنه:« ليس للشريك على الشيوع ولا لمن تلقى الحق عنه أن يدعي الاستحقاق في الجزء المبيع الذي باعه الشريك الأحر إلا بعد أن تحصل القسمة =ويقع المبيع في نصيبه هو،أما قبل ذلك فتكون الدعوى سابقة لأوانها »:مشار إليه :محمد عزمى البكرى،المرجع السابق،ص 47.

[6] نبيل إبراهيم سعد، الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص 151 و 152.

-لا يحق للمتصرف إليه حق الاشتراك في إدارة المال الشائع أو التصرف فيه،بل تكون العبرة برأي الشريك المتصرف عند احتساب الأغلبية اللازمة للقيام بأعمال الإدارة أو التصرف إذ لا زالت صفة الشريك باقية لم تنتقل إلى المتصرف إليه.

-ليس للمتصرف إليه أو المشتري الحق في طلب القسمة أو لا يقبل تدخله في دعوى القسمة،بوصفه متقاسما بل يبقى هذا الحق للشريك المتصرف,

-وليس للمشتري الحق في طلب الشفعة أو الاسترداد،حيث أن كل منهما رخصة مقررة للشركاء والمتصرف إليه بشريك،بل يظل هذا الشريك المتصرف.

ثانيا-حكم هذا البيع بالنسبة للمشتري:

لتبيان حكم هذا البيع بالنسبة للمشتري لابد من أن نفرق بين فرضين،حالة علم المشتري أن البائع لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ،وبين حالة جهل المشتري أن البائع لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة.

1-حكم علم المشتري أن البائع لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة:

قد يشتري المشتري حصة مفرزة من المال الشائع مع علمه بأن البائع لا يملكها بهذه الحالة،وإنما يملكها شائعة في هذا المال،متوقعا كما توقع البائع أن هذا الجزء سيقع في نصيبه-البائع- عند القسمة،وعلى ذلك إذا وقع هذا الجزء المفرز المتصرف فيه في نصيب المتصرف في هذه الحالة يستقر التصرف نهائيا،وملكية الجزء المفرز المتصرف فيه تخلص للمتصرف إليه ،أما إذا وقع في نصيب الشريك المتصرف عند القسمة جزء آخر غير المتصرف فيه في المال الشائع،انتقل حق المتصرف إليه إلى الجزء المفرز الآخر،فإن هذا يعد حلولا عينيا محل الجزء المبيع،غير أنه إذا كان هناك فرق في القيمة بين الجزئين تعين دفع الفرق رضاءا أو قضاءا.[1]

[1] أنور طلبة، نفاذ وانحلال البيع،دار الكتب القانونية،دون ذكر سنة النشر والطبعة،ص 604.

إن المشتري في الحالة الثانية لا يمكنه طلب إبطال البيع على أساس الغلط ،إذ أنه بعلمه بحالة الشيوع يكون موافقا على شراء الحصة التي تؤول للبائع بعد القسمة [1]، أو على أساس أن هذا البيع يعتبر بيع ملك الغير، لأن هذا البيع الواقع على حصص الشركاء يختلف عن بيع ملك الغير ،حيث أن هذه الحصص قد تقع في نصيب الشريك البائع عند القسمة،فتعتبر بفعل الأثر الكاشف للقسمة أنها كانت مملوكة للشريك البائع وقت البيع، فلا يكون قد باع ما لا يملك [2]،ولو أسفرت القسمة بعد ذلك عن وقوع ذلك الجزء في نصيب شريك آخر.

2-حكم جهل المشتري أن البائع لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة:

في حالة ما إذا اشترى المشتري جزءا مفرزا من المال الشائع،مع جهله أن البائع لا يملكه بهذه الحالة وإنما يملكه شائعا مع المال الشائع ،ففي هذه الحالة وفقا للمادة 714 /2 ق م يمكنه طلب إبطال هذا البيع لأنه كان يجهل ذلك ،لكن السؤال الذي يطرح فعلى أي أساس يتم طلب الإبطال؟

إن حق الشريك على الشيوع حق ملكية يرد على العين الشائعة جميعها،فتصرفه هنا لا يعد تصرفا في ملك الغير،فليس للمتصرف إليه أن يستند في طلب الإبطال على أنه بيع ملك الغير لا قبل القسمة ولا حتى بعدها،لكن له أن يطلب الإبطال على أساس أنه وقع في غلط طبقا للقواعد العامة،لأنه يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة[3]،ويجب لإبطال البيع أن يطلبه قبل القسمة،إذ أنه بتمامها ووقوع الجزء المبيع في نصيب البائع فإن الملكية تخلص للمشتري بالشهر ،ويكون البائع قد نفذ البيع[4] على الوجه الذي قصده المشتري.

على العكس إذا تمت القسمة بين البائع والشركاء على الشيوع،ولم يقع الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع خلافا لما توقع،انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة،وله الحق هنا كذلك في طلب الإبطال [5] على أساس وقوعه في الغلط،إلا إذا

---

[1] نفس المرجع،ص 604.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،حق الملكية،المرجع السابق ،ص 873.

[3] وذلك عكس بيع ملك الغير،وهو قابل للإبطال لمصلحة المشتري ولو كان يعلم المبيع غير مملوك للبائع.

[4] أنور طلبة،المرجع السابق،ص 605.

[5] هذا ما نصت عليه المادة 2/714 ق م بنصها على ما يلي:« إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء

أجازه طبقا للمادة 100 ق م ،وبهذا فبالإجازة ينقلب البيع صحيحا ويتنازل المشتري عن حقه في طلب الإبطال.

البند الثالث:بيع الشريك منفردا كل العقار الشائع:

طبقا للقاعدة العامة ،أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها بجميع أنواع التصرف،شائعة أم مفرزة على النحو الذي سبق تبيانه،لكن أن يتصرف في كل العقار الشائع بالبيع هذا لم يتطرق إليه المشرع الجزائري،ومنه يمكن الرجوع إلى القواع د العامة في هذا الشأن إذا تم بيع العقار الشائع كله،مع التفريق بين حالة علم أو جهل المشتري بأن البائع لا يملك العقار شائعا كله وإنما هو شريكا فيه فقط.

أولا-حكم جهل المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع:

لقد اعتبر البعض أنن بيع الشريك على الشيوع المال الشائع كله،يعتبر تصرفا صادرا صحيحا في حدود حصته،لكنه قابل للإبطال على أساس صدوره من غير المالك بالنسبة لحصص باقي الشركاء[1]،وفي هذه الحالة المشتري إذا كان لا يعلم بأن البائع لا يملك كل الأرض المباعة كلها،فإنه يكون قد وقع في غلط في صفة جوهرية للشيء طبقا للمادة 82 ق م،وله الحق في طلب الإبطال على هذا الأساس،كما يمكنه إجازة ذلك.

كما له أن يبطل البيع في حصة الشركاء الآخرين،لأن هذا يعد بيع ملك الغير ،وله أن يرجع على البائع بضمان الاستحقاق ،لأن الشريك الآخر استحق جزء من المبيع في حالة القسمة، وهنا يمكن للبائع استخلاص ملكية المبيع كله له بأي سبب من أسباب انتقال الملكية بالشراء أو غير ذلك ،فتنتقل الملكية للمشتري له كلها بالشهر العقاري.

الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة،وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة».

[1] نقلا عن:نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص156.

وقد ذهب البعض [1]إلى اعتبار أن تصرف الشريك في المال الشائع كله لا يعتبر تصرفا في ملك الغير،حيث أن حقه يرد على الشيء كله،ولذلك يعتبر تصرفا صادرا من مالك،فحكم هذا التصرف لابد من أن يتسق مع طبيعة حق الشريك المشتاع من ناحية،وحكم تصرفه في جزء مفرز من المال الشائع المنصوص عليه في نص المادة 2/826 ق م م،والمقابلة لنص المادة 714 ق م.

ولكن تجدر الإشارة على أنه هناك فرق بين هذه الحالة والحالة التي يبيع فيها الشريك جزءا مفرزا من المال الشائع،أنه في الحالة الثانية،هناك احتمال أن يقع كل الجزء المفرز المبيع في نصيب البائع،أما في الحالة التي نحن يصددها فهذا الاحتمال منتف،لأن الشريك البائع قد باع كل المال الشائع وهو لا يملك إلا النصف أو جزء منه فقط.[2]

ثانيا–حكم علم المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع:

أما في الحالة العكسية أين يشتري المشتري عقارا شائعا مع علمه أن البائع لا يملكه كله،بل له حصة شائعة فيه فقط،إذن جهل المشتري ينتفي هنا ،فهذا التصرف الصادر من البائع في كل العقار الشائع المملوك لجميع الشركاء،يعتبر غير نافذ بالنسبة لحصصهم الشائعة،ويبقى نافذا بالنسبة لحصة البائع فقط، لأنه يعتبر تصرفا صحيحا لكن في حدود حصته فقط،فلهؤلاء أن يرفعوا دعوى طلب الإبطال بالنسبة لحصصهم.

أما المشتري لا يمكنه طلب الإبطال على أي أساس قانوني كما في الحالة الأولى،فلا يبقى له سوى طلب فسخ العقد لعدم إمكانية تنفيذ البائع لالتزامه بنقل ملكية المبيع كاملة،ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها،كما يمكن للبائع تنفيذ التزامه بشراء باقي الحصص كاملة مثلا فهنا تنتقل الملكية للمشتري على كل العقار،كما يمكن للمشتري أن تنتقل إليه ملكية الجزء الذي آل للبائع،مع رد هذا الأخير باقي الثمن للمشتري طبقا للقواعد العامة.

---

[1] نقلا عن:نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق ،ص 156.

[2] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،حق الملكية،المرجع السابق،ص 878.

الفرع الثاني:بيع الشركاء العقار الشائع

نتناول بالدراسة في هذا الفرع إلى بيع الشركاء العقار الشائع سواء كانوا مجتمعين وذلك في **البند الأول** أو الأغلبية منهم وذلك في **البند الثاني**.

البند الأول:بيع الشركاء مجتمعين العقار الشائع

لم ينص المشرع الجزائري على تصرف الشركاء مجتمعين في المال الشائع،وطبقا للقواعد العامة يمكن الاتفاق على ذلك ،ومن حقهم التصرف فيه بأي تصرف ناقل للملكية،سواء كان هذا التصرف على كامل العقار المشاع أو على جزء مفرز منه،أو كان هذا التصرف لأجنبي أو لأحد الشركاء على الشيوع.

يعتبر هذا التصرف صحيحا ونافذا بالنسبة إليهم جميعا،حيث تنتقل الملكية إلى المشتري ويحل محل الشركاء،ففي غالب الأحيان يتم هذا البيع لإنهاء حالة الشيوع .

البند الثاني:بيع أغلبية الشركاء العقار الشائع:

لقد أجاز المشرع في المادة 720 ق م لأغلبية الشركاء أن يقرروا التصرف في العقار الشائع بشروط معينة ،وتحت رقابة القضاء مما يحفظ للأقلية حقوقها.[1]

أولا-شروط التصرف الصادر من الأغلبية:

وفقا للمادة 720 ق م يمكن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع 3/4 المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه ،إذا استندوا في ذلك [2] إلى الأسباب القوية التي تدعو للتصرف.والأسباب القوية

---

[1] حيث تنص المادة 720 ق م على أنه:«للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاث أرباع 3/4 المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية،على أن يعلنوا بعقد غير قضائي قراراتهم إلى باقي الشركاء ولمن خالف من هؤلاء حق الرجوع إلى المحكمة خلال شهرين من وقت الإعلان وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا».

[2] إن هذه النسبة المطلوبة ثلاث الأرباع قد يملكها شريك واحد أو شريكان وبالتالي يمكن التصرف في العقار ،ومنه فالمشرع لم يطلب الأغلبية العددية من الشركاء،وإنما طلب امتلاك نسبة معينة من هذا المال الشائع.

يجب أن تكون من الأهمية والعجلة ،بحيث بقاء الشركاء على الشيوع يمكن أن يكون ضارا بمصالحهم بسب سوء استغلاله وعدم الانتفاع به،كما يمكن أن تكون قسمة هذا المال الشائع هو السبب القوي للتصرف فيه،بسبب أن هذه القسمة العينية قد تضر كذلك بالشركاء،فعندئذ يتبين أن الأجدى ليس بقاء الشيوع أو القسمة بل التصرف في المال الشائع،وقد تواتي فرصة يستطاع معه التصرف في المال الشائع في صفقة رابحة،يخشى من فواتها وألا تعود.[1]

ثانيا-حقوق الأقلية وسلطة المحكمة:

حسب المادة 720 ق م ،تصرف الأغلبية كما سبق الذكر مرهون بإعلان هذا التصرف لباقي الشركاء ،بإعلان قرار هذا التصرف بعقد غير قضائي [2]،حيث يكون هذا الإعلان كتابيا عن طريق محضر قضائي أو برسالة موصى عليها بعلم الوصول ،وبهذا فلا يعتد المشرع بالإعلان الشفوي.

وقد أعطى المشرع للأقلية الاعتراض على تصرف الأغلبية وذلك خلال مدة شهرين من تاريخ الإعلان،ويكون القسم العقاري الذي يوجد العقار الشائع في دائرة اختصاصه هو المختص في هذا النوع من المنازعات،غير أنه إذا لم يعترض أحد أصبح قرار الأغلبية نافذا ملزما للأقلية،كما أنه إذا لم يتم الإعلان بقرار التصرف كذلك يظل الباب مفتوحا أمام الأقلية للاعتراض،فلا يكون للأغلبية أن تقدم على تنفيذ قرارها.[3]

إن هذا التصرف من طرف الأغلبية يخضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع،وذلك بصريح المادة 720 ق م التي نصت على أنه: «....وللمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء،أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا»،حيث تتحدد سلطة المحكمة على ضوء هذه المادة،أن تنظر أولا فيما إذا كانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء أم لا،فإن لم تكن ضارة أجرت

---

[1] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،حق الملكية،المرجع السابق،ص 849.

[2] العقود غير القضائية هي إجراءات يقام بها خارج أي دعوى وقد تحضر للدعوى،كتبليغ عن إخلاء أو احتجاج أو إنذار بالدفع أو القيام بالالتزام،أما العقود القضائية فهي مرتبطة بسير الخصومة سواء قضائية كانت أو ولائية أو ترمي إلى تنفيذ جبري،ومثال ذلك تبليغ عريضة الاستئناف واستدعاء شهود ــأو تبليغ مذكرات....:لمزيد من المعلومات:عبد السلام ذيب،قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ترجمة للمحاكمة العادلة،موفم للنشر، طبعة ثانية منقحة ،ص 117.

[3] أنور طلبة،المرجع السابق،ص 617.

القسمة،ولا تعدل المحكمة عن القسمة لتنظر فيما إذا كان التصرف واجبا إلا إذا تبين لها أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء.

إن هذا الموقف يتسم مع أحكام الشيوع أكثر،حيث أن الأصل من التصرف في المال الشائع أن يكون بإجماع الشركاء،فإذا أعطى المشرع هذه السلطة للأغلبية ولو كانت موصوفة،فإن ذلك يعد استثناءا على الأصل،فعندما تعترض الأقلية يكون من الأوفق أن تحسم المحكمة النزاع بين الشركاء، وتخرجهم من هذا الشيوع بقسمة المال الشائع،إذا كا ن غير ضار بمصالحهم [1].فإذا بدا لها أن القسمة ممكنة دون الإضرار بمصلحة الشركاء تعين عليها أن تأمر بها ،ولا تنظر في مبررات القرار إلا إذا اتضح أن القسمة ضارة بمصالح الشركاء،وتقدر في هذه الحالة فقط ما إذا كان التصرف واجبا فتقره إذا كان يقوم على أسباب قوية وإلا فتلغيه.[2]

---

[1] نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص 131 و 132.

[2] يرى البعض على أنه لا يجوز للمحكمة أن تنظر مباشرة في أمر القسمة من تلقاء نفسها ودون طلب من جانب الشريك المعترض،حيث أنه لا يجب ألا يفسر نص المادة 832 ق م م والمقابلة لنص المادة 720ق م على المعنى الظاهر من عبارته الأخيرة،وحيث أن سياق النص يقتضي أن يفسر شطرها الأخير على أن المقصود به هو حالة ما إذا تمثلت عارضة الأقلية في طلب يقتضي الخروج من الشيوع،على ذلك يجب التفريق بين حالتين حالة إذا لم تطلب الأقلية القسمة وإنما طلبت إلغاء القرار،وحالة ما إذا طلبت الأقلية القسمة،لكن المشرع كان صريح حسب نص المادة 720 ق م بالمقابل لنص المادة 832 م م،على أنه:«.....و للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء ،أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا »،وهي بذلك تفيد إذا رأت المحكمة أن القسمة العينية لا تضر بمصالح الشركاء أمرت بها ولو من تلقاء نفسها،ودون أن يطلبها أحد من الشركاء،وأما إذا تبين لها أن القسمة العينية ضارة بمصالحهم فإنها تنتقل أخيرا إلى تقرير ما إذا كان التصرف الذي قررته الأغلبية تصرفا حكيما تبرره الظروف القائمة.

=حيث أن المشروع التمهيدي لنص المادة 832 ق م م صريح في هذا المعنى إذ ينص على أنه: « وللمحكمة أن تقرر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا بعد أن تتبين أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء »،فتقدير المحكمة ما إذا كان التصرف واجبا يأتي بعد تبينها أن قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء،وإن كان النص الحالي للمادة 832 ق م م ينص على أنه:« للمحكمة عندما تكون قسمة المال الشائع ضارة بمصالح الشركاء أن تقدر تبعا للظروف ما إذا كان التصرف واجبا »،فهو فقد غير من الترتيب للعبارات ولم يقصد تغييرا في المعنى،بل أن هذا التعبير قد وصف بأن مجرد تعديل لفظي:مجمد عزمي البكرى،المرجع السابق،ص 96 .

المطلب الثاني:بيع العقار في مرض الموت وبيع العقار المتنازع فيه

قد تكون تصرفات الشخص في أمواله حال صحته ،وقد تكون حال مرضه الأخير المفضي إلى الوفاة أي بما يسمى بمرض الموت،وهذا النوع من التصرفات سواء كانت معاوضة كالبيوع أو تبرعا كالهبات في هذه الفترة يعتبر إضرار بالورثة ،وتحايلا على أحكام الميراث التي هي من النظام العام،لأن هذا المرض يعتبر سببا من أسباب تعلق الوارث بمال مورثه باعتباره يؤدي إلى الوفاة ،والوفاة تعتبر علة هذه الخلافة،وبهذا أعطى المشرع للورثة الاعتراض على تصرفات المريض من بينها البيوع في مرض الموت بالقدر الذي يصان به حقهم ،سواء كان هذا البيع حقيقيا أي تم التحقق فيه من قبض الثمن كمقابل لنقل الملكية،وسواء تم لوارث أو لأجنبي،أو كان هذا البيع صوريا أي يخفي تبرعا،وقد ألحقه المشرع بالوصية.

بالإضافة إلى تنظيم القانون المدني للبيع في مرض الموت،قد نظم كذلك نوعا آخر من البيوع والذي له أحكام متميزة ،وهو بيع الحق المتنازع فيه،مهما كانت طبيعة هذا الحق سواء شخصي أو عيني منقولا أو عقاريا وهذا الأخير هو محل الدراسة.والمشرع لم يمنع مثل هذه البيوع،بل رتب عليها البطلان وذلك في حالة شراء هذا الحق من طرف بعض الأشخاص كما سنرى.

الأهم في بيع الحق المتنازع فيه بصفة عامة،وبصفة خاصة بيع العقار المتنازع فيه،هو الأثر الخاص المترتب عليه،بما يسمى برخصة الاسترداد والتي تعد قيدا على حرية التصرف.

وبهذا نتناول بالدراسة في **الفرع الأول** بيع العقار في مرض الموت،وفي **الفرع الثاني** بيع العقار المتنازع فيه.

الفرع الأول:بيع العقار في مرض الموت

نتناول بالدراسة في هذا الفرع ،ماهية مرض الموت وأساس تقييد تصرفات مريض مرض الموت في **البند الأول**،وحكم بيع العقار في مرض الموت في **البند الثاني.**

البند الأول:ماهية مرض الموت وأساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت

نتطرق في هذا البند إلى تعريف مرض الموت ،وأساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت.

أولا-تعريف مرض الموت:

لم يأت تقنيننا المدني بتعريف لمرض الموت،لذا وجب الرجوع إلى التشريعات الأخرى وإلى التعريفات الفقهية وذلك من أجل تحديد مفهوم مرض الموت ،وكذلك نرجع إلى الأحكام القضائية في هذا المجال لنستشف رأي القضاء في هذه المسألة.

1-التعريف الفقهي والتشريعي لمرض الموت

عرف مرض الموت على أنه ذلك المرض الذي يغلب فيه خوف الموت والهلاك عادة ،ويرجع إلى الأطباء في معرفة طبيعة الأمراض [1]،كما أنه يعجز معه المريض عن رؤية مصالحه خارج داره إن كان من الذكور،وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث.[2]

قد عرفه آخر،على أنه ذلك المرض الذي يعجز المريض فيه عن قضاء مصالحه، سوا ء كان صاحب فراش أم لم يكن.[3]

ويشترط أن يتصل بالمرض الموت دون أن يستمر سنة كاملة على حال من غير ازدياد[4]، وهذا ما أخذ به بعض التشريعات [1]،لأنه إذا تطاول المرض سنة ولم يحصل فيه ازدياد صار المرض قديما

---

[1] عبد الحكم فودة، النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة،مرض الموت،الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2006،ص 33.

[2] نفس المرجع، 29.

[3] حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع،دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، ،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،الطبعة الثانية،2011 ،ص 97.

[4] نفس المرجع، ص 100.

فصاحبه صحيح،وبالتالي تعتبر تصرفاته بعد مضي سنة من مرضه الذي لم يشتد ولو يتغير صحيحة كأنها صادرة من سليم.

والجدير بالذكر أن معظم الفقهاء قد فرقوا بين الأمراض المزمنة والأمراض غير المزمنة،فالأولى هي التي يطول بها المدى،وعلى هذا إذا مضى على المريض مرضا مزمنا سنة كاملة ولم يزداد ما به من المرض في خلالها اعتبرت تصرفاته في تلك السنة كتصرفات السليم،أما إذا ازداد مرضه واشتد حتى مات كانت تصرفاته تصرفات المريض مرض الموت ،وفصل الخطاب هو شهادة الأطباء[2]،أما الثانية هي التي لا تستمر طويلا كالطاعون والكوليرا،لأن المريض بها يبرأ أو يموت فإذا تصرف بها وأعقب المرض الشفاء سرت عليه أحكام الأصحاء،وإن أعقب المرض الموت سرت عليه أحكام المرض.[3]

وقد ألحق الفقهاء بعض الأصحاء بالمريض في حكم تصرفاته، إذا كان هؤلاء الأصحاء في حالة يخاف غالبا عليها الهلاك فيها[4]،وقد ذكروا عدة أحوال نذكر منها: [5]

-إذا التحم القتال بين فئتين،فإن المقاتل في هذه الحالة في حكم المريض مرض الموت.

-الأسير والمحبوس لدى دولة لا تلتزم بالعهود والمواثيق الدولية،في عدم قتل الأسرى مع اشتهارها بذلك،فإنه يكون في حكم المريض مرض الموت،لأنه يخاف الهلاك في أي لحظة.

-المرأة الحامل إذا أتاها الطلق،لأنه يخاف منه الهلاك،أما الحامل قبل الطلق فهي كالصحيحة.

---

[1] تنص المادة 1595 ق م أ على أنه:« المرض الذي يخاف فيه الموت في الأكثر ،والذي يعجز المريض عن رؤية مصالحه الخارجة عن داره إن كان من الذكور ويعجزه عن رؤية المصالح الداخلة في داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة . ».ويقابل هذا النص في القوانين العربية،قانون المعاملات الإماراتي في نص المادة 597.

[2] أحمد إبراهيم بك،واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته،التركة والحقوق المتعلقة بها،المواريث علما وعملا،الوصية،تصرفات المريض مرض الموت،الجزء الثاني،مكتبة الأزهرية للتراث،دون ذكر الطبعة وسنة النشر،ص 1103.

[3] حسنى محمود عبد الدايم،المرجع السابق،ص 119 و120.

[4] وهو ما أخذ به المشرع الأردني حيث تنص المادة 2/543 ق م أ على أنه :«يعتبر في حكم مرض الموت الحالات التي يحيط بها الإنسان فيها خطر الموت ويغلب في أمثالها الهلاك ولو لم يكن مريضا».

[5] حسنى محمود عبد الدايم، المرجع السابق،ص 138 و 139 و 140 و141 و142.

2-التعريف القضائي لمرض الموت:

أما بالنسبة لرأي القضاء في مرض الموت فقد كانت الأحكام والقرارات متناقضة في هذا الشأن،حيث اعتبرت المحكمة العليا مرض الموت،هو المرض الأخير إذا كان خطيرا ويجر إلى الموت،فذلك يعد مسألة تحتاج إلى رأي الأطباء،ما إذا كان ذلك المرض خطيرا ويجر إلى الهلاك أم لا،وبه يفقد المتصرف وعيه وتمييزه وإدراكه، وبذلك يبطل التصرف ،وبالتالي حسب رأيها اعتبرت مرض الموت عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته والسفه والغفلة ،لكن شتان بين ذاك وذاك.

على عكس ما ذهب إليه القضاء المصري وهو صائب في ذلك،حيث أنه لا يشترط لاعتبار المرض مرض الموت أنه يؤثر على سلامة وإدراك المريض أو ينقص من أهليته التصرف [1]،وإنما تبقى أهلية المريض مثل أهلية الصحيح.

وفي قرار آخر للهيئات القضائية الدنيا قرار صادر عن مجلس قضاء البليدة،اعتبر مرض الموت واقعة مادية يمكن إثبات ما إذا كان المرض في المرحلة الأخير بكافة طرق الإثبات،ومن ذلك الملف الطبي،حيث أنه في قضية الحال المتصرفة كانت تعاني من داء الكلى والذي كان في مرحلته الأخيرة بتشخيص الأطباء،إضافة إلى أنها ماتت بعد مرور أقل من 10 أشهر.وبالتالي هل يفهم من ذلك أن القضاء ليعتبر مرضا ما مرض موت لابد من أن يموت المريض خلال مدة زمنية على اشتداد المرض؟،وبمفهوم آخر إذا مرت المدة الزمنية التي أخذ بها القضاء هنا 10 أشهر وماتت بعدها هل يدخل التصرف في خانة التصرفات المبرمة في مرض الموت أم لا؟

إن القضاء المصري قد أكد على أن تحديد المدة زمنية لاعتبار المرض مرض الموت ،وهو الذي يقع في السنة السابقة على الوفاة ،لكن هذا ليس تحديدا تحتيميا [2] وبمفهوم المخالفة يعتبر المرض مرض الموت ولو وقع منذ أكثر من سنة قبل الوفاة،إذا كان قد أخذ دائما في الازدياد لغاية

---

[1] محمودي عبد العزيز،المرجع السابق،ص 37.

[2] استئناف 7-02-1912،المجموعة 13،رقم 86 :مشار إليه: عبد الحكم فودة،المرجع السابق ،ص 42.

الوفاة ولو لم يثبت أنه تحسن خلال هذه المدة تحسنا محسوسا من شأنه وقف سيره البطيء المستمر،وتحسب السنة من وقت ازدياد المرض وتغير الحال.[1]

أما عن شرط اعتبار المرض مرض موت وفقا للقضاء المصري ،فقد رأت محكمة النقض المصرية ،على أنه لا بد من بيان نوع المرض الذي أصابه وتحقيق غلبة الموت فيه [2] أي يغلب معه الظن في موت صاحبه وذلك إما عرفا أو بتقدير الأطباء، حتى تمارس المحكمة رقابتها حول تكييف المرض على أنه مرض الموت،وإن لم يكن المرض معروفا من الناس بأنه من العلل المهلكة،فضابط شدته واعتباره مرض موت أن يعجز غير لعاجز من قبل على القيام بمصالحه الحقيقية خارج البيت،فيجتمع فيه تحقق العجز وغلبة الهلاك واتصال الموت به.[3]

ثانيا-أساس تقييد تصرفات مريض مرض الموت:

إن المشرع الجزائري في المواد المنظمة لتصرفات مريض مرض الموت لم يبين سبب تقييد هذه التصرفات،وبما أنه قد نقل أحكام تصرفات مرض الموت من القانون المدني المصري،فقد جاء في المذكرة التوضيحية لهذا الأخير ،على أن العلة هي بلا ريب منع الضرر الواقع بالوارث من تصرفات المريض،سواء كانت إنشائية أو إخبارية،لتعلق حق الورثة بماله من نزول المرض.[4]

وأما بالنسبة للفقه ،فقد رأى بعض الفقهاء إلى أن مرض الموت عارض من عوارض الأهلية حيث أنه ينقصه من أهلية الأداء [5]،وبتصرفه تضعف ذمته على تحمل ما عليه من الديون لغيره،لتعلق حق الدائنين بماله،وكذا تعلق حق ورثته بذلك المال، لهذا يجب حماية كل من الدائنين والورثة من تصرفاته الضارة.[6]

---

[1] حسنى محمود عبد الدايم،المرجع السابق،ص 119.

[2] قرار صادر عن محكمة النقض المصرية، 30-4-1964،طعن 449،سنة 29: مشار إليه أنور طلبة،المرجع السابق،ص 598.

[3] قرار صادر عن محكمة النقض المصرية 7-01-1976،طعن 27:مشار إليه:نفس المرجع،ص 598.

[4] محمودي عبد العزيز،المرجع السابق ،ص 41.

[5] حسنى محمود عبد الدايم،المرجع السابق،ص 169.

[6] أحمد إبراهيم بك،واصل علاء الدين أحمد إبراهيم،المرجع السابق،ص 1109.

في حين ذهب البعض الآخر ،إلى أن المريض مرض الموت لا يعتبر عارضا من عوارض الأهلية،وأن تصرفاته صحيحة ونافذة ولازمة،لأن المرض لا يؤثر على أهليته ،ولا يقيد حريته وولايته ولا يحد من تصرفه [1]،ولما كان الموت علة لخلافة الورثة وتعلق حق الدائنين بالمال،وباعتبار أن هذا المرض هو سبب الموت ،فيستند الحكم إلى أول سبب وهو المرض،إذن تصرفات المريض فيها إضرار بالورثة والدائنين معا،وهذا من أسباب الاعتراض عليها بالقدر الذي تصان الحقوق.

البند الثاني:حكم بيع العقار في مرض الموت

قد يقوم المريض خلال مرضه المؤدي إلى الموت ببيع أمواله سواء كان ذلك لوارث أو لأجنبي وسواء كان هذا البيع صوريا يخفي تبرعا أو بيعا حقيقيا، وباعتبار أن بيع مريض مرض الموت يختلف عن بيع الأصحاء،قام المشرع بتنظيمه ورتب عليه أحكاما خاصة وهو ما سنتناوله في هذا البند.

أولا–حكم البيع الصوري في مرض الموت:

قد يلجأ الأشخاص إلى التحايل على أحكام الميراث،بالحرمان العمدي للورثة من حقهم الثابت فيه،وذلك بإبرام تصرفات صورية أثناء مرض الموت،كإبرام بيع يخفي هبة مثلا،فالمشرع قد اعتبر كل تصرف يقصد منه التبرع يتم خلال فترة مرض الموت تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت،وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى له،وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 1/776 ق م .[2]

---

[1] حسنى محمود عبد الدايم،المرجع السابق،ص 171.

[2] تنص المادة 776 ق م على أنه:«كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا لما بعد الموت،وتسري عليه أحكام الوصية،أيا كانت التسمية التي تعطى لهذا التصرف،وعلى الورثة أن يثبتوا أن التصرف الذي صدر من مورثهم وهو في مرض الموت،ولهم إثبات ذلك بجميع الطرق،ولا يحتج على الورثة بتاريخ العقد إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتا،إذا أثبت الورثة أن التصرف صدر عن مورثهم في مرض الموت،اعتبر التصرف صادرا على سبيل التبرع ما لم يثبت من صدر له التصرف خلاف ذلك،كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة مخالفة».

وهذا النوع من التصرفات يسمى بالوصايا الحكمية أو الوصايا المستترة،والتستر هنا ليس المادي أو الصوري بالمفهوم الفني،وإنما التستر الحكمي الذي ألحقه المشرع نتيجة بالوصية. [1]

وتطبيقا لنص المادة 776 ق م ،ولاعتبار أي تصرف بما فيه عقد البيع تصرفا تسري عليه أحكام الوصية لا بد من توفر شرطين وهما:

1-أن يكون البيع الصوري صادرا في مرض الموت:

اشترط المشرع أن يقع التصرف خلال مرض الموت،وهنا يقصد أي تصرف مهما كانت التسمية التي أعطيت له بما فيه عقد البيع،ومن له مصلحة في ذلك وهم الورثة إثبات أن المتصرف كان مريضا مرض الموت،بجميع طرق الإثبات،بما فيها الرجوع إلى تقارير الأطباء الذين من العادة قد كانوا ممن وقفوا على علاج المريض في آخر حياته،وغيرها من القرائن المستخلصة من ظروف المرض.[2]

كما لهم أن يثبتوا أن التصرف قد وقع خلال فترة مرض موته وليس خلال صحته،وهذا بصريح المادة 776 ق م ،بحيث لا يحتج عليهم بتاريخ العقد ما لم يكن هذا التاريخ ثابتا،من شأنه أن يجعل التصرف صادرا في وقت سابق على مرض الموت ولكن لهم أن يثبتوا أن التاريخ قد قدم عمدا،وأن التاريخ الحقيقي لصدور السند يقع في وقت كان المورث فيه مريضا مرض الموت،فقدم التاريخ ليخفي الحقيقة[3].وتقديم التاريخ يعتبر غش والغش يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات.

لكن تجدر الإشارة إلى أن عقد البيع الذي يتم في شكل رسمي ثابت التاريخ ،فمن الصعب للورثة إثبات عكس هذا التاريخ ومحتوى هذا العقد،باعتبار أنه ما ورد في هذا العقد الرسمي حجة،إلا في حالة إثبات تزويره،وهذا الطريق صعب ومعقد.[4]

---

[1] محمودي عبد العزيز،المرجع السابق،ص 06.

[2] نفس المرجع، ص48.

[3] عبد الحكم فودة،المرجع السابق،ص 74.

[4] تنص المادة 324 مكرر 5 ق م على أنه :«يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره،ويعتبر نافذا في كل التراب الوطني».

2-أن يكون البيع الصوري مقصود به التبرع:

إن المشرع قد أقام قرينة قانونية على أن التصرف متى صدر في مرض الموت،يقصد منه التبرع مهما كانت التسمية التي أعطيت له،لأن الإنسان لا يتصرف عادة في مرضه الأخير والمؤدي للوفاة إلا تبرعا، لكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس من قبل المتصرف له [1]،على أن يثبت أنه دفع عوضا للمورث،فإذا نجح في الإثبات تسري على هذا التصرف أحكام البيع في مرض الموت وفقا لنص المادة 408 ق م وهذا ما سنتطرق إليه لاحقا.

وإذا لم ينجح في إثبات العكس يعتبر التصرف في حكم وصية ،وإذا كان التصرف لصالح أجنبي فإن الوصية لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة،وما زاد على الثلث تتوقف على إجازة باقي الورثة[2]،أما إذا كان التصرف لأحد الورثة فإنه لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي.[3]

ثانيا-حكم البيع الحقيقي في مرض الموت:

في حكم البيع الحقيقي في مرض الموت،نفرق بين البيع لوارث والبيع لأجنبي.

1-حكم البيع الحقيقي في مرض الموت لوارث:

اعتبر المشرع وفقا لنص المادة 1/408 ق م بيع المريض مرض الموت لوارث بيعا صحيحا بين عاقديه،لكن لا يكون ناجزا بالنسبة للورثة إلا إذا تم إقراره من طرفهم.

ويعتبر هنا الإقرار بمثابة تصرف إرادي يتضمن تنازل الورثة عن حقهم العيني العقاري بقدر نصيب كل واحد منهم في الميراث [4]،قد يكون إقرارا صادرا من طرف جميع الورثة وقد يكون إقرار

---

[1] ولكن تجدر الإشارة كما سبق الذكر وهو أنه بمجرد إبرام عقد أمام الموثق وتحت تسمية عقد البيع،وخصوصا أن نصف الثمن يدفع بمرأى الموثق،يصعب القول والإثبات بأن هذا التصرف تصرف تبرعي،لهذا السبب وكذا لأن العقد الرسمي حجة فيما بين المتعاقدين والغير حتى يطعن فيه بالتزوير،وبالتالي فمن الصعب إهدار قيمته القانونية.

[2] هذا ما تنص عليه المادة 185 ق أ.

[3] هذا ما تنص عليه المادة 189 ق أ.

[4] مجيد خلفوني ،المرجع السابق،ص 122.

البعض منهم فقط ،فبإقرار البعض يسري البيع في حق من أقروه دون الآخر وبنسبة أنصبتهم في الميراث،ولا ينفذ في حق الآخرين.

يشترط في هذا الإقرار صدوره بعد الموت ،فلا عبرة بالإقرار الصادر قبل ذلك ولو كان مكتوبا،بالإضافة إلى ذلك لابد من صدور الإقرار من الشخص البال غ والعاقل،.وبهذا فإذا تم الإقرار بشروطه اعتبر التصرف بالبيع الصادر للوارث في حق باقي الورثة ،كما لو صدر التصرف من مورثهم حال صحته.[1]

حيث أن المشرع لم يبين كيفية وشكل هذا الإقرار الصادر من الورثة ،هل يتم شفاهة أم يتم كتابة؟ وبالرجوع إلى القواعد المنظمة للمعاملات والتصرفات العقارية،فالإقرار الوارد على بيع العقار في مرض الموت لابد من أن يصدر هذا الإقرار في شكل رسمي ،ويشهر بالمحافظة العقارية حتى يصبح البيع نافذا في حق الورثة.

2-حكم البيع الحقيقي في مرض الموت لأجنبي

قد يتم البيع لأجنبي في مرض الموت،وقد اعتبر المشرع في المادة 2/408 ق م [2] هذا البيع غير مصادق عليه،وبهذا يطرح التساؤل ماذا يقصد المشرع بمصطلح غير مصادق عليه؟

هناك من يرى أن مصطلح غير مصادق عليه هو اصطلاح غريب عن أحكام القانون المدني،بل هو مصطلح غير قانوني لم تأت به جل التشريعات[3]،وبالنظر للنسخة الفرنسية من هذه المادة قد اعتبرت هذا البيع قابل للإبطال وذلك لعدم وجود رضاء صحيح،ويفسر ذلك باعتباره يتعلق بعيب من عيوب الإرادة وهو ما لم يقل به أحد.

---

[1] محمودي عبد العزيز ،المرجع السابق،ص 89.

[2] لقد نصت المادة 2/408 ق م على أنه:« أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ولأجل ذلك يكون قابلا للإبطال».

[3] محمودي عبد العزيز،المرجع السابق،ص 95.

كما اعتبر المشرع هذا البيع لأجنبي قابل للإبطال،وقد أعطي للورثة هنا الحق في الطعن في تصرفات مورثهم المريض مرض الموت ،رغم أنهم في حكم الغير بالنسبة لهذه التصرفات،فلا تسري في حقهم إلا إذا أثبتوا أنها تمت خلال مرض الموت.[1]

3-أثر البيع في مرض الموت على الغير حسن النية

كما رأينا سابقا وبموجب المادة 408 ق م،أنه يمكن أن يتصرف المريض مرض الموت بالبيع لأحد الورثة فهنا لا يسري في حقهم إلا إذا أقره باقي الورثة،أما إذا كان البيع لصالح أجنبي فهنا يكون البيع قابل للإبطال.

وقد يحدث أن يقوم هذا المشتري بالتصرف في هذا المبيع مرة أخرى ،ويتم شهر البيع وتنتقل الملكية للمتصرف إليه،فإنه في هذه الحالة متى اكتسب الغير ملكية هذا العقار المبيع بعقد مشهر،أو حتى أي حق عيني آخر كحق الانتفاع أو حق الارتفاق وكان حسن النية،أي لا يعلم وقت الشراء بأن لورثة المريض حقا فيه [2]،فإن حسن نية هذا الغير تجعل حقه في ملكية المبيع حقا جديرا بالحماية القانونية وهذا ما نصت عليه المادة 409 ق م[3] ضد الخطر الذي يتهدده،والمتمثل في استعمال ورثة البائع المريض حقهم المقرر في نص المادة 408 ق م،والمطالبة بالعين المبيعة إذا كان قد تسلمها،نظرا لإثباتهم أن مورثهم قد باع المبيع في مرض الموت.

وبمفهوم المخالفة إذا كان الغير سيء النية بقرائن ثابتة ،فحق الورثة في طلب الإبطال بحيث لا يتم حماية هذا الغير سيء النية.

---

[1] علي علي سليمان،المرجع السابق،ص 87.

[2] حسنى محمود عبد الدايم،المرجع السابق،ص 199.

[3] تنص المادة 409 ق م على أنه:« لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع».

الفرع الثاني:بيع العقار المتنازع فيه

لقد نظم المشرع أحكام بيع الحقوق المتنازع فيها بموجب المواد 400 إلى 403 ق م،على الرغم من أن هذا النوع من البيوع فيه نوع من المضاربة،لم يمنعها المشرع ولم يرتب عليها البطلان،إلا في حالة شراء هذا النوع من الحقوق من طرف أعوان القضاء والمحامين كما سنرى،فالذي يهمنا في هذا النوع من البيوع هو الأثر الخاص الذي رتبه القانون عليها عندما ينعقد هذا البيع صحيحا،وهذا الأثر الخاص بما يسمى برخصة الاسترداد.

وبهذا سوف نتطرق إلى مفهوم البيع الحقوق المتنازع فيها،ورخصة الاسترداد وآثارها، ومناط بطلان هذا البيع.

البند الأول:مفهوم بيع الحق المتنازع فيه:

بالرجوع إلى المادة 2/400 فإنه:«يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله دعوى أو كان محل نزاع جوهري».

وبهذا يعتبر الحق متنازعا فيه إذا رفعت من أجله،وهذه الأخيرة تتعلق بمنازعة المدعي عليه بوجود الحق ذاته أو بعضه ،بأن ينكر نشوءه أصلا أو يدعي أنه قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء[1]،ولا يكفي هنا دفع المدعى عليه بعدم الاختصاص النوعي أو الإقليمي أو بصفة عامة الدفوع الشكلية لاعتبار النزاع جديا واعتبار الحق متنازعا فيه،ومهما يكن فلقضاة الموضوع أن تفصل في كون اعتبار هذا الحق متنازعا فيه أم لا،وتخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا.[2]

---

[1] محمد حسنين،المرجع السابق،ص 205.

[2] لقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية،نقض 26-4-1934،طعن 82،سنة 3 على أنه:«وأن محكمة الموضوع إذ تفصل في وصف كون الوقائع التي أثبتتها وقدرتها مؤدية أو غير مؤدية إلى اعتبار الحق المبيع متنازعا فيه،إنما تفصل في مسألة قانونية وهي توافر ركن من الأركان القانونية لحكم المادة 257 من القانون المدني أو عدم توافره،وإذن فإن عملهما في هذا خاضع لرقابة محكمة النقض»:مشار إليه: أنور طلبة،المرجع السابق،ص 593.

ويظل الحق متنازعا فيه ولو صدر حكم ابتدائي في شأنه حتى يصبح نهائيا،إلا إذا تم الطعن فيه بطرق الطعن غير العادية ،كالطعن بالنقض والتماس إعادة النظر فيعود الحق ليصبح كذلك.[1]

ويعتبر كذلك الحق متنازعا فيه أن يكون محل نزاع جوهري،وهذا الأخير هو كذلك المنازعة في الحق ذاته،لكن ما يقصده المشرع هو أن النزاع خارج مجلس القضاء،أي لم يتم تحريك دعوى بشأنه بعد.

ويقصد المشرع بالحق جميع الحقوق المالية، بما فيها الحقوق العينية العقارية التي هي محل دراستنا،وبهذا فبيع الحق المتنازع فيه هو أن ينقل الحق كما هو محل نزاع جدي إلى المشتري،فيتحمل تبعية مصير النزاع ،إما أن يثبت الحق للبائع كخلف له،وإما ألا يثبت فلا ينتقل إلى المشتري شيء،ولهذا كان المشتري مضاربا يأمل الكسب.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع عندما فرض شهر عريضة الدعوى ،عندما يتعلق موضوعها بفسخ أو إبطال أو نقض أو إلغاء حقوق قد تم إشهارها [2] ،كان الهدف منه إعلام من يريد التعامل بهذا العقار بأنه محل نزاع أمام القضاء،وبالتالي إدخاله في مفهوم الحق المتنازع عليه قضاءا وما يترتب على ذلك من آثار [3]،والهدف الأهم من ذلك هو حفظ حقوق المدعي والاحتجاج بالحق الذي صدر لفائدته ضد الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار موضوع الطلب القضائي الذي تم شهره قبل شهر الدعوى[4].وشهر الدعوى لدى المحافظة العقارية لا يوقف أي تصرف وارد على العقار [5]،وهو

---

[1] نفس المرجع،ص 589.

[2] لم يقف الأمر عن هذا الحد فقد نص المشرع بموجب المادة 1/16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري والتي أدرجت بموجب المادة 35 من القانون رقم 8-18 متضمن قانون المالية لسنة 2019 (المؤرخ في 27-12-2018،ج ر ،ع 79،المؤرخة في 30-12-2018)على شهر كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنده،وذلك بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة.

[3] حمدي باشا،ليلى زروقي،المرجع السابق،ص 237.

[4] هذا ما نصت عليه المادة 86 من المرسوم رقم 76-63 :«إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو نقضها عندما تنتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدور إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم قانوني».

[5] هذا ما أكدت عليه المادة 16 مكرر/2 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم ، والتي نصت على أنه:«لا يترتب عن إشهار عريضة رفع الدعوى تجميد أو تعليق أو منع التصرف في العقار أو الحق العيني العقاري إذا تم التصرف في حق عيني عقاري يتعلق بعقار أشهرت بشأنه عريضة

تحصيل حاصل لجواز بيع الحقوق المتنازع فيها كالعقار المتنازع فيه،لكن من الناحية الشرعية بيع الحق المتنازع فيه محرم وذلك قياسا على بيع الغرر لإتحاد العلة فيما بينهما،بأن كل منهما غير مقدور على تملكه وقت العقد.[1]

البند الثاني–رخصة الاسترداد في الحق المتنازع فيه:

ولما كان بيع الحقوق المتنازع فيها نوعا من المضاربة،لأن من يشتري حقا متنازعا فيه يغلب أن يكون مضاربا على احتمال كسب الدعوى [2]،من هنا فإن المشرع أراد وضع حد لهذه المضاربات ،بحيث إذا كان هذا الحق المتنازع فيه قد تنازل عنه صاحبه إلى الغير ،أجاز لمن ينازع في هذا الحق أن يسترده من المشتري إذا دفع له الثمن الحقيقي والمصروفات وفوائد الثمن من وقت الدفع،ومن ثم فإن حق الاسترداد مقرر للمتنازل ضده وهو من ينازع البائع في الحق المبيع وليس مقررا للبائع.

وتعتبر رخصة الاسترداد الأثر الخاص المترتب عن بيع الحق المتنازع فيه،حيث تتضمن خروجا على الأصل في حرية التصرف،ذلك أن المسترد يحل محل المشتري رغم إرادة هذا الأخير والبائع[3].

هدف الاسترداد هنا تقرير منع المضاربة وحسم المنازعة،إذ يغلب فيمن يشتري حقا متنازعا فيه أن يكون مضاربا ومحترف المشاغبة أمام القضاء،يدفع ثمنا أقل مما يساويه الحق ويكون الفرق مقابل ما يتحمله من عناء المنازعة فيه ،وما قد يتعرض له من احتمال خسارته [4]،فأراد المشرع أن يفوت عليه قصده هذا ويحسم المنازعة بتمكين الطرف الآخر باسترداده،لكن ما يعاب على المشرع الجزائري أنه لم يبين الكيفية التي يتم فيها الاسترداد والإجراءات الواجب اتباعها في ذلك،ومتى يتم الاسترداد.

رفع الدعوى قبل التصرف.فإنه يستوجب على المتصرف إبلاغ المتصرف له بالدعوى المشهرة عن طريق محضر قضائي،على أن يرفق محضر التبليغ بملف العقد عند تقديمه لإجراء الشهر العقاري».

[1] مدين فاطمة الزهراء،شرقي حفصة، بيع الحقوق المتنازع فيها بين الشريعة والقانون،مجلة القانون والأعمال، ع السادس،يونيو 2016،ص 154.

[2] جعفر محمد جواد الفضلي،الوجيز في عقد البيع،منشورات زين الحقوقية،بيروت، طبعة 2013،ص 221.

[3] محمد حسنين،المرجع السابق،ص 203.

[4] نفس المرجع،ص 203.

مادام أن الهدف من الاسترداد والحكمة من تخويل هذه الرخصة هي حسم النزاع، لابد من إعلان الرغبة في الاسترداد قبل أن ينتهي النزاع بصدور حكم نهائي في موضوع الحق،كما يجب أن يطلب الاسترداد أمام القضاء بصفة أصلية.[1]

متى استرد المتنازل ضده الحق المتنازع فيه من المشتري،فإنه يحل محله بأثر رجعي أي من تاريخ التصرف،ولا يعتبر هذا شراءا جديدا ولا يعد ذلك إقرارا بأن الحق ليس له،إذ يحل محل المشتري الذي يعتبر أن الحق لم ينتقل إليه أصلا [2]،فإذا كان المتصرف إليه قد رتب حقا للغير على الحق المتنازع فيه فلا يحتج به على المسترد.

إن هذا الاسترداد أثره نسبي أي قاصر على علاقة المسترد والمتصرف إليه،وأما المتصرف البائع فلا يحتج عليه بحلول المسترد محل المتصرف إليه، حيث يبقى البيع فيما بين البائع والمشتري قائما،فللأول مطالبة الثاني بالثمن والالتزامات الأخرى،ولا يحل المسترد محل المشتري فيها،أما في العلاقة بين البائع والمسترد يظل الأخير مدينا بالحق المتنازع فيه للأول،ويكون للاسترداد الأثر الذي للصلح في حسم النزاع.

لكن يشار هنا إلى أن هناك حالات لا يجوز فيها الاسترداد وقد ذكرتها المادة 401 ق م وهي:

-أن يكون الحق المتنازع فيه داخلا ضمن مجموعة أموال بيعت جزافا بثمن واحد:ويتحقق ذلك في بيع التركات،فإذا باع الوارث حقوقه في الميراث بعد موت الوارث ،وكان من بين هذه الحقوق حق متنازع فيه،لم يجز المدعى عليه بالحق أن يسترده من المشتري ،وبسبب ذلك هو أن الحق المتنازع فيه يفنى مع العناصر الأخرى في مجموعة التركة.[3]

-إذا كان الحق المتنازع فيه مشاعا بين ورثة أو شركاء وباع أحدهم نصيبه للآخر:إذ غالبا ما يكون دافع المشتري إلى ذلك اضطراره إلى ذلك بحكم اشتراكه في الميراث أو الشيوع ،وبذلك تنعدم فكرة المضاربة.

---

[1] نفس المرجع،ص 208.

[2] أنور طلبة،المرجع السابق،ص 590.

[3] جعفر محمد جواد الفضلي،المرجع السابق،ص 225.

-إذا تنازل المدين لدائنه عن حق متنازع فيه وفاءا للدين الثابت في ذمته.

-إذا كان الحق المتنازع فيه يكون دينا مترتبا على عقار وبيع هذا الحق لحائز العقار:ويتحقق ذلك عندما يشكل الحق عبئا منصبا على عقار وبيع هذا الحق للغير،الذي يكون حائزا للعقار.

البند الثالث-مناط بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها:

إن الحق المتنازع فيه يبقى حق محتمل الوجود ،وبيع هذا الحق يبقى بيعا احتماليا،فإذا ثبت الحق للبائع انتقل للمشتري بعقد البيع،وإذا لم يثبت فإنه يضيع على كل من البائع والمشتري،فالمشرع رغم ذلك لم يمنع هذا النوع من البيوع ولم يرتب عليها البطلان إلا في حالة نصت عليها المادة 402 ق م،حيث منع بعض الأشخاص من شراء الحقوق المتنازع فيها سواء بأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار،وقد تم ذكرهم على سبيل الحصر،وبهذا لا يجوز إدخال فئات أخرى نظرا للطابع الاستثنائي للنص.

حيث أنه لا يجوز للقضاة،ولا للمحامين[1]،ولا للموثقين[2]،ولا لمستخدمي أمانة الضبط، من شراء الحقوق المتنازع فيها،وذلك إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص المحكمة التي يباشرون في دائرتها أعمالهم.

والجزاء الذي رتبه المشرع على شراء عمال القضاء للحقوق المتنازع عليها هو بطلان البيع بطلاناً مطلقاً ،والنص القانوني جاء صريحا في هذا المعنى، فلا يكون لعقد البيع أثر لا فيما بين المتعاقدين ولا بالنسبة إلى الغير وفقا للقواعد المقررة في البطلان، ويترتب على بطلان البيع أن المشتري يسترد ما دفعه ثمناً للحق ويبقى الحق ملكا لصاحبه الأصلي.

---

[1] ونفس الأمر أكدته المادة 17 من القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29-10-2013،الذي يتضمن تنظيم مهنة المحاماة،ج ر،ع 55،المؤرخة في 30-10-2013، على أنه:«يمنع على المحامي أن يتملك عن طريق التنازل الحقوق المتنازع فيها و/أو أخذ أي فائدة في القضايا المعهودة إليه ويعد باطلا كل اتفاق يخالف ذلك».

[2] فقد منعه القانون كذلك من أن يتلقى العقود التي يكون فيها شخصيا طرفا فيها أو ممثلا عنها أو أن تتضمن تدابير لفائدته،كما تم منعه من المضاربة العقارية والانتفاع من أية عملية يساهم فيها ولو بأسماء مستعارة،وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قانون التوثيق رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006،ج ر،ع 14،المؤرخة في 08-03-2006.

والبطلان يقوم على أساس أن البيع مخالف للنظام العام، فمما يخالف النظام العام أن يستغل عامل القضاء نفوذه في شراء الحقوق المتنازع فيها فضلاً عن ذلك توافر قرينة الشبهة في حياد القضاء في نزاع يقع في اختصاصه، فهذه الاعتبارات تتصل أوثق الاتصال بالنظام العام والآداب.

المبحث الثاني: البيوع العقارية الواردة في قوانين خاصة

في سبيل القضاء على أزمة السكن وتمكين الأفراد من التملك ،وكذا الاستثمار في مجال النشاط العقاري أو في مجالات أخرى[1] ،تم اعتماد سياسة التنازل من طرف المشرع ،وذلك عن أملاك الدولة الخاصة أو تلك التابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري،وتمر عملية التنازل بمجوعة من الإجراءات والشروط القانونية قد حددها القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم،أو بعض القوانين الخاصة كما سنرى.

[1] لقد قامت الدولة في مرحلة الثمانينات بتشجيع الاستثمار في المجال الفلاحي،وذلك من خلال تشجيع المشاريع الاستصلاحية،واعتمدت سياسة اكتساب الملكية عن طريق الاستصلاح أي التنازل عن الأراضي التي تم استصلاحها بموجب الأمر رقم 83-18 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية،وتوسيع هذا الاكتساب بموجب المرسوم التنفيذي رقم 92-289 الذي يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفيات اكتسابها سالفا الذكر،وتبني طريقة الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل كأداة لاستصلاح الأراضي الصحراوية بموجب المرسوم رقم 97-483 المؤرخ في 15-12-1997 يحدد كيفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعباؤه وشروطه(ج ر،ع 83،المؤرخة في 1997)،ولكن بصدور القانون رقم 08-16 قانون التوجيه الفلاحي المؤرخ في 03-08-2008 المتضمن التوجيه الفلاحي(ج ر،ع 46،المؤرخة في 2008).،فقد وحد طريقة استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة عن طريق الامتياز وذلك في نص المادة 17 منه،في حين قد نص بالنسبة للأراضي الفلاحية التي كانت خاضعة للقانون رقم 83-18 نص على أنها تستغل في شكل امتياز بالنسبة للأراضي التي استصلحتها الدولة وفي شكل ملكية عقارية بالنسبة للأراضي التي استصلحها المستفيدون،ولم يوضع ما إذا كان ذلك إلغاء ضمني لهذا القانون وجميع مراسمه التطبيقية،كما أنه لم يوضح مدى إمكانية منح أراضي استصلاحية مستقبلا مع إمكانية تملكها بعد صدور قانون التوجيه الفلاحي،ولكن قراءة بسيطة لهذا القانون يفهم منه إلغاء ضمني للقانون رقم 83-18.وتجدر الإشارة إلى أنه أصبح الاستثمار في إطار استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز فقط وهو ما بينه المنشور الوزاري المشترك وبين إجراءات ذلك رقم 1839 المؤرخ في 14-12-2017،الذي يتضمن الاستفادة من العقار الفلاحي التابع للأملاك الخاصة التابعة للدولة والمخصص للاستثمار في إطار استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز.

كما خلقت الدولة العديد من الصيغ السكنية والتي يتم تسويقها بكيفيات متنوعة،يقوم بها مرقون عقاريون سواء عموميين أو خواص،وهي بما يسمى ببيوع الترقية العقارية والتي تتنوع بين بيع عقار منجز البيع فيطور الانجاز،والبيع بالإيجار وغيرها.

وبهذا نتناول في **المطلب الأول** البيوع الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة ،ونخصص **المطلب الثاني** لدراسة بيوع الترقية العقارية.

المطلب الأول: البيوع الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة

لقد أجاز القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية المعدل والمتمم،بيع الأملاك الوطنية الخاصة نظرا لأنها تؤدي وظيفة تمليكية ومالية،خلافا للأملاك الوطنية العمومية،وذلك بعد إلغاء تخصيصها إذا ورد احتمال عدم قابليتها لأداء وظيفتها في عمل المصالح والمؤسسات العمومية.

وقد بين طرق وكيفيات البيع لهذه الأملاك،وذلك في المرسوم التنفيذي رقم 12-427 الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة ،كما نظمت قوانين أخرى عملية التنازل عن الأملاك الوطنية الخاصة وبينت إجراءات ذلك.

إن طبيعة هذه البيوع التي تبرمها الدولة مع الخواص يقتضي منا تحديد الجهات القضائية المختصة بالنظر في منازعاتها.

ولهذا سوف يتم التطرق في **الفرع الأول** للبيوع الواردة في القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية المعدل والمتمم،أما **الفرع الثاني** يخصص للبيوع الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة وفقا لقوانين متفرقة،أما **الفرع الثالث** نتناول فيه بالدراسة الاختصاص القضائي في منازعات التنازل عن الأملاك العقارية الوطنية الخاصة .

الفرع الأول: البيوع الواردة في القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية

بالرجوع إلى القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم وكذا مرسومه التنفيذي رقم 12-427 الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة،فبيع الأملاك الوطنية الخاصة يتم كأصل عام عن طريق المزاد العلني لإضفاء المصداقية والشرعية على عملية البيع،واستثناءا يتم البيع عن طريق التراضي وفقا للأحكام العامة ،وكذا البيع بالتراضي وفقا للأحكام الخاصة.

البند الأول:طريقة البيع بالمزاد العلني

طبقا للمادة 90 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 يكون بيع الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة غير المخصصة أو التي ألغي تخصيصها بالمزاد العلني،حيث تمر هذه العملية بجملة من الإجراءات،بدءا من العمليات التحضيرية من تقييم للعقار والإعلان عن عملية البيع ،إلى إعداد دفتر الشروط ،وانتهاءا إلى رسو المزاد.

أولا-الإجراءات التحضيرية:

تقوم مصلحة أملاك الدولة في إطار الإجراءات التحضيرية لعملية المزاد العلني بإجراء تحقيق ميداني لتحديد الطبيعة القانونية الخاصة بالأملاك،أي أنها ملك خاص للدولة،وكذا تحديد أصل الملكية أي الكيفية التي تحصلت عليها [1]،كما تقوم بتحديد السعر الأدنى لهذه العقارات حسب قيمتها التجارية،وهذا السعر الأدنى هو الذي يشار إليه في الإعلانات والملصقات.

وبعد ذلك تقوم كمرحلة أخرى بالإعلان عن هذا البيع بواسطة ملصقات وإعلانات تنشر في الصحافة وعند الاقتضاء بأية وسيلة إشهارية،حيث يتم هذا الإعلان على الأقل عشرين يوما قبل تاريخ إجراء البيع بالمزاد العلني،وهذا ما نصت عليه المادة 01 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود

[1] بوشربي مريم،بيع الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في ظل قانون الأملاك الوطنية في الجزائر،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،ع العاشر،جانفي 2017،ص 369.

والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية،والذي تضمنه القرار الوزاري المؤرخ في 05-03-1997،الذي يحدد البنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية[1]،وتتضمن هذه الملصقات والإعلانات مايلي:

-التعيين الدقيق والمفصل لكل جزء،وكذلك مساحته والثمن الأدنى المعروض.

-بيان مكان المزاد بالمزايدات الشفوية وتاريخه،أو التاريخ النهائي لإيداع التعهدات،وكذلك التاريخ الذي تفرز فيه التعهدات.

ثانيا-إعداد دفاتر الشروط:

بعد المرحلة التحضيرية يتم إعداد دفاتر الشروط الخاصة بالمزايدة،حيث يذكر فيها البنود العامة الخاصة بالمزايدة،إضافة إلى بعض المسائل المتعلقة بتحديد العقار ومساحته وحدوده،فعادة ما يتم بيع دفاتر الشروط المعدة إلى المهتمين بعملية المزاد العلني بثمن يحدد حسب القيمة التي تجنى من طرف عملية البيع،فكلما زادت قيمة العقار ،زادت تبعا لذلك قيمة دفاتر الشروط.[2]

ثالثا-إجراء عملية البيع:

وبالرجوع إلى نص المادة 01 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية سالف الذكر،تتم عملية البيع بالمزاد عن طريق المزايدات الشفوية أو التعهدات المختومة،حيث يتولى عملية البيع هذه لجنة مختصة يحدد تشكيلتها بموجب قرار من الوالي.[3]

---

[1] ج ر،ع 55،المؤرخة في 20-08-1997.

[2] سلطاني عبد العظيم،تسيير وإدارة الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري،دار الخلدونية، دون ذكر سنة النشر والطبعة،ص 179.

[3] فبالرجوع إلى نص المادة 01 – ج من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية سالف الذكر،حدد لنا أعضاء هذه اللجنة والمتكونة من:

-المدير الولائي للأملاك الوطنية رئيسا.

-رئيس مفتشية الأملاك الوطنية المختص إقليميا.

-ممثل الوالي.

وفي المزايدات الشفوية،يعلن الموظف الذي يرأس المزايدة عن الثمن الأدنى المعروض المشار إليه في الملصقات،ولا يعلن هذا المزاد حتى تتم مزايدة واحدة على الأقل بمبلغ الثمن الأدنى المعروض،ولا يتم تخفيض هذا الثمن في الجلسة نفسها،أما إذا لم تجرى أي مزايدة يؤخر البيع ويؤجل إلى جلسة يحدد تاريخها فيما بعد،ويعلن عنها حسب نفس شكل الجلسة الأولى.[1]

أما إذا قام شخصان أو عدة أشخاص في آن واحد بمزايدات متساوية تخولهم حقوقا متساوية في الفوز بالمزاد،تجرى مزايدات جديدة يشارك فيها هؤلاء الأشخاص وحدهم،وإذا لم تقع أية مزايدة جديدة تجرى القرعة بينهم حسب الكيفية التي يحددها رئيس مكتب المزاد.[2]

بالنسبة للتعهدات المختومة فهذه الأخيرة تتم عن طريق عرض الشراء بطريق تعهد ،عليه طابع ومصحوب باستمارة معلومات مطابقة للنموذج الذي تسلمه الإدارة مع إثبات دفع كفالة [3]،ويترتب عن عرض الشراء قانونا قبول المتعهد كل الأعباء والشروط المفروضة في دفتر الشروط.

حيث يجرى المزاد حسب الكيفية في التاريخ المحدد في الملصقات، بعد إجرائه يحرر المحضر في الجلسة نفسها، ويوقعه أعضاء مكتب المزاد و الفائز، ويصبح هذا الأخير يصبح مالكا منذ المزايدة وبعد يتم تحرير عقد البيع الإداري من قبل مديرية أملاك الدولة كمرحلة نهائية.

-ممثل البلدية التي يقع فيها العقار المعروض للبيع.

-ممثل المصلحة التي بيدها العقار المعروض للبيع.

-عند الاقتضاء ممثل الإدارة المركزية،المديرية العامة للأملاك الوطنية،بصفته ملاحظ.

[1] هذا ما جاء نص المادة 01 – أ من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية سالف الذكر.

[2] هذا ما جاء نص المادة 01 – أ من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية سالف الذكر.

[3] حيث بالرجوع إلى نص المادة 3 من نموذج دفتر الشروط الذي يحدد البنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية سالف الذكر،فقد ألزمت الأشخاص الذين يشاركون في المزاد أن يدفعوا كفالة ضمان مالية تمثل عشر بالمائة 10 % من مبلغ الثمن المعروض للجزء الذين يرغبون أن يكونوا مزايدين فيه،وتدفع هذه الكفالة إلى صندوق مفتشية الأملاك الوطنية المختصة إقليميا أو بواسطة صك معتمد.

البند الثاني :البيع بالتراضي وفقا للأحكام العامة

يمكن وفقا للمادة 2/89 من القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم التنازل أو التأجير بالتراضي على أساس القيمة التجارية أو الإيجارية الحقيقية للأملاك المعنية ،وذلك بصفة استثنائية مبررة قانونا.ويتم البيع هنا استنادا لرخصة من الوزير المكلف بالمالية لمجموعة من الأشخاص الذين يستفيدون من عملية البيع لأجل عمليات تحقق فائدة أكيدة للجماعة الوطنية[1]

أولا-البيع لفائدة الولايات والبلديات والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية والجمعيات:

أعطى المشرع لهذه الهيئات الأولوية في عملية الشراء،فالبلديات والولاية سوف تساهم بطريقة أو بأخرى في تحقيق وإشباع الحاجات العامة،كشراء عمارة بقصد تخصيصها كمقر للبلدية أو لإيواء إحدى المصالح التابعة للولاية ، كما يمكن للجمعيات شراء عقارات لأن بحاجة إليها لأداء نشاطاتها الخيرية والإنسانية،وتساهم في تحقيق أهدافها،بالإضافة إلى المؤسسات العمومية الاقتصادية ،بحيث أن إقرار التصرف لفائدة هذه المؤسسات خاصة العقارات بات أمرا ضروريا،حتى تدخل دون عراقيل في اقتصاد السوق.

تجدر الإشارة إلى أن المؤسسات الإدارية ذات طابع إداري فإمكانية الاقتناء بالشراء من طرفها يدعو للغرابة علما أن المشرع قد أقر بمبدأ الإقليمية، حيث سمح للدولة وللبلدية وللولاية فقط إمكانية تملك الأملاك العقارية،ولم يسمح أبدا للمؤسسات العمومية بإمكانية تملكها للعقارات تحت أي ظرف من الظروف،وهنا يطرح السؤال نفسه إذا كان التخصيص هو الطريقة القانونية المنتهجة لوضع العقارات تحت تصرف المؤسسات العمومية الإدارية ،فلماذا يتم النص على إمكانية ال شراء؟ فهذا الأمر هو مزايدة على المطلوب.

[1] هذا ما نصت عليه المادة 91 من المرسوم رقم 12-427 الذي يحدد شروط إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة.

ثانيا-البيع المقرر لفائدة الخواص:

يمكن إقرار البيع لفائدة الخواص في الحالات التالية:

1-حالة الشيوع:

في حالة وجود أملاك مشاعة بين الدولة والخواص ،فإنه طبقا لنص المادة 124 من المرسوم رقم 12-427 سالف الذكر يتم تقسيم العقارات التي هي مشاعة بين الدولة وغيرها من أجل إخراج حصة الدولة منها،وما يبقى يكون ملكا مشاعا بين الملاك الآخرين الشركاء متى كانت القسمة ممكنة،أما في الحالة العكسية إذا تعذرت القسمة فوفقا لنص المادة 125 من نفس المرسوم يمكن للدولة التنازل عن ملكتها المشاعة للطرف الآخر بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية،وهذا يعد تطبيق لنص المادة 98 من القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم.[1]

حيث يتم البيع إذا حصل اتفاق بالتراضي بين الدولة والشركاء على الشيوع ،ويقع هذا البيع برخصة من الوزير المكلف بالمالية بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية ،أما في حالة ما إذا رفض المالك أو الملاك على الشيوع شراء حصة الدولة لأي سبب كان،فإنه هذه الحصة المشاعة تباع بأية وسيلة تستدعي التنافس،ويأذن وزير المالية بالبيع على أساس السعر الافتتاحي الذي تحدده إدارة أملاك الدولة.

2-حالة الأراضي المحصورة:

الأراضي المحصورة هي الأراضي التي لا يسمح موقعها الجغرافي من استغلالها بشكل جيد من قبل الدولة ،وبذلك فإنها تباع للخواص الذين تكون ملكيتهم مجاورة للأرض المحصورة.

[1] تنص المادة 98 على أنه:«يمكن للدولة أن تتنازل عن حقوقها الشائعة في ملكية الشيوع أو تأجيرها لفائدة شركائها في الشيوع إذا كان هناك عقارات مختلفة الأنواع تحوزها على الشيوع مع أشخاص طبيعيين أو معنويين آخرين،وتستحيل قسمتها،على أن لا يتعارض ذلك مع المصلحة العامة ،إذا رفض أحد الشركاء في ملكية الشيوع أو عدة شركاء شراء أو استئجار هذه الحقوق لأي سبب كان،تباشر الدولة بيع حصتها في الشيوع اعتمادا على الوسائل القانونية وبأية طريقة تعتمد المنافسة».

3-حالة الشفعة:

هي حالة قانونية تجيز للمشتري إذا توافرت فيه الشروط القانونية أخذ العقار بالشفعة طبقا للمادة 794 ق م،وقد حددت المادة 795 ق ك الأشخاص الذين يجوز لهم التمسك بالشفعة وهم:

-لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

-للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي.

-لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

ومنه إذا كانت ملكية العقار مجزأة،فالدولة تملك ملكية الرقبة والمشتري يملك حق الانتفاع المناسب لها،وقامت الدولة بيع ملكية الرقبة فللمشتري التمسك بحق الشفعة ،وذلك طبقا للحالة الأخيرة التي نصت عليها المادة 795 ق م سالفة الذكر.[1]

4-حالة الجوار:

هذه الحالة تكون في حالة وجود مساحة قطعة الأرض المحاذية موضوع البيع،لا تشكل وحدة عقارية قابلة للبناء،أو إذا كان لا يمكن استعمال هذه الأخيرة بصفة عادية بمفهوم قواعد التعمير والبناء.[2]

5-حالة إعادة إسكان الملاك المنزوعة ملكيتهم:

يمكن القول على أن هذه الحالة لا تعتبر بيعا ،وإنما تعويض في حالة نزع ملكية الأفراد.

---

[1] فقط أن المشرع قد كان ينص في المرسوم التشريعي رقم 93-03 الملغى بالقانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية سالف الذكر،على حالة تجسد تمسك المشتري بالشفعة تجاه الدولة أو الجماعات المحلية عند قيامها ببيع أملاكها العقارية،وهو نص المادة 23 والتي نصت على أنه: «إذا قرر شخص معنوي مؤجر بيع البناية التي يملكها أجزاء يستفيد الشاغل القانوني للجزء المعروض للبيع من حق الشفعة لشرائه».

[2] بوشربي مريم،المرجع السابق،ص 377.

بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية للمنفعة العامة،ومنها المرسوم رقم 93- 186 المؤرخ في 27 يوليو 1993 [1] الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة المعدل والمتمم[2]،في نص المادة 34 منه على أنه كقاعدة عامة فالمنزوعة ملكيته يتحصل على مبلغ نقدي وبالعملة الوطنية،واستثناءا يمكن أن يقترح تعويض عيني بدلا من التعويض نقدا،وفي هذا الإطار يمكن السلطة نازعة الملكية أن تعدل عن دفع التعويض وتقوم بإعادة إسكان مستأجري المحلات السكنية ذات الاستعمال المهني المنزوعة ملكيتها أو شاغليها، وتعرض على التجار والحرفيين والصناعيين المطرودين محلات معادلة.

وبهذا من خلال نص المادة 34 المذكورة أعلاه، يمكن للإدارة اقتراح تعويض عيني بخصوص الملاك المنزوعة ملكيتهم للمنفعة العامة،في الحالات المذكورة أعلاه،ولهذا يطرح التساؤل كيف ذكرها المشرع من ضمن حالات البيع بالتراضي ؟

6-حالة ما إذا لم يتأت بيع العقار بعد عمليتين للبيع بالمزاد:

تتمثل هذه الحالة في عدم نجاح عمليتين اثنتين للبيع بالمزاد العلني للعقارات المملوكة للدولة،وبهذا فإنه يتم التنازل عنها للخواص بالتراضي بثمن لا يقل عن قيمتها التجارية.

ثالثا- البيع المقرر لفائدة الهيئات الدولية التي تكون الجزائر عضوا فيها و للبعثات الدبلوماسية والقنصلية المعتمدة بالجزائر بشرط مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل:

هذا النوع من البيوع تقتضيه العلاقات الدولية،فمن غير المعقول أن تدخل هذه الهيئات في مزايدة علنية من أجل اقتناء عقار،فالطريقة المعتمدة هي البيع بالتراضي برخصة من الوزير المكلف بالمالية،حيث تتصل الهيئة أو البعثة الدبلوماسية أو القنصلية المعنية بوزير الشؤون الخارجية ،الذي يقوم بإجراء البيع لحساب هذه الهيئة أو البعثة الدبلوماسية أو القنصلية .

[1] ج ر،ع 51 ،المؤرخة في 01-08-1993.

[2] ج ر،ع 21،المؤرخة في 08-05-1991.

البند الثالث:طريقة البيع وفقا للأحكام الخاصة

خلافا لقاعدة البيع عن طريق المزاد العلني،،يمكن لإدارة أملاك الدولة أن تبيع عقاراتها المبنية أو غير المبنية بالتراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة [1] لفائدة متعاملين عقاريين عموميين وخواص،وذلك من أجل تشجيع نشاط الترقية العقارية والاستثمار في هذا المجال،ويتم البيع وفقا لدفتر شروط يعد طبقا للأحكام التشريعية والتنظيمية التي تحكم الترقية العقارية وكذا الاستثمار.[2]

وقد صدر قرار وزاري مشترك المؤرخ في 15-05-2011 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء برامج السكنات في إطار الترقية العقارية المدعمة [3]، المعدل والمتمم بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 أوت 2015[4]،والذي عدل كذلك بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25-04-2018 [5]،وذلك تطبيقا للمادتين 12و13 من المرسوم رقم 91-454 المؤرخ في 23-11-1991 والذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها [6]، الملغى بموجب المرسوم 12-427 سالف الذكر.

---

[1] هذا وفقا لما تنص عليه المادتين 92 و93 من المرسوم رقم 12-427 سالف الذكر.

[2] يمكن أن ينص دفتر الشروط على الاحتفاظ بنسبة من المساكن في العقارات السكنية الواجب بناؤها لفائدة موظفي الدولة ،حسب توزيع تقره لجان خاصة ،يتم تحديد تشكيلتها وكيفيات عملها بقرار مشترك بين الوزراء المكلفين بالمالية والبناء والداخلية،حيث عندما يكون المتعاملون العقاريون عموميون والخواص مكلفين بإنجاز مساكن تستفيد من إعانة الدولة،فإنه يمكن تخفيض سعر الأراضي المباعة في مناطق الترقية العقارية ،ويحدد دفتر الشروط التزامات المتنازل لهم فيما يخص تحديد أسعار المساكن المنجزة المستفيدة من إعانة الدولةــ،وغيرها من الشروط وإلا ترتب على ذلك جزاءات.

[3] القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15-05-2011 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة ،ج ر،ع 51،المؤرخة في 14-11-2011.

[4] ج ر،ع 70،المؤرخة في 29-12-2015.

[5] ج ر،ع 58،المؤرخة في 03-10-2018.

[6] ج ر،ع 60،المؤرخة في 24-11-1991.

وبهذا سوف نتطرق إلى كيفية التنازل وفقا لل قرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15-05-2011،وكذا إلى جزاء الإخلال بدفتر الشروط ،باعتبار أن عملية التنازل تتم وفقا لدفتر الشروط الذي يحدد شروط والتزامات المتنازل لهم.

أولا-كيفية التنازل:

كأول عملية في إطار التحضير للتنازل للأوعية العقارية لفائدة المرقين العقاريين،تعين مصالح أملاك الدولة الأراضي التي يلتمس شراؤها،ويتم الإعلان عنها بإطلاق دعوة للمشاركة لفائدة المرقين المهتمين على أساس بطاقة تعيين القطعة الأرضية التابعة للأملاك الخاصة للدولة،وكذا نموذج دفتر الشروط النموذجي للمشروع.

وتبعا لذلك يتم إرسال طلبات اقتناء القطعة الأرضية المعنية وذلك إلى الوالي المختص إقليميا، مصحوبا بملف معد في ست نسخ يتضمن حسب ما نصت عليه المادة 6 من القرار سالف الذكر:

-دفتر شروط الـمشروع الموقع عليه قانونا ،والمتضمن تعهد المرقي بالتكفل بالخصائص التقنية الخاصة ،وكذا شروط تنفيذ مشروع السكن الترقوي المدعم المنصوص عليه في القرار الوزاري المؤرخ في 30-01-2018.

-اعتماد ممارسة مهنة المرقي العقاري،وشهادة التسجيل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين،ونسخة من الانتساب مسلمة من طرف صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية سارية المفعول.

-بطاقة تقنية لمشروع السكن الترقوي المدعم المحدد في الملحق الثاني من القرار الوزاري المؤرخ في 30-01-2018.

-السجل التجاري والأنظمة الأساسية للمرقي العقاري.

-تصريح يبين مؤهلات المرقي العقاري في مجال دراسات أو إنجاز المشاريع العقارية،وشهادة صادرة عن المديرية الولائية للسكن عند الاقتضاء تبين العمليات المتممة.

وحسب المادة 07 من القرار الوزاري فإنه يتم اختيار المرقين العقاريين الذين بإمكانهم إثبات ضمانات كافية لانجاز المشاريع في أحسن الظروف فيما يتعلق بالنوعية والأجل ،ويجب أن تتلاءم قدرة المرقي العقاري مع حجم المشروع،من طرف اللجنة التقنية الولائية والمنصوص عليها في المادة 08 من القرار نفسه.[1]

ففي أجل لا يتعدى 30 يوما من تاريخ إيداع الملف كاملا ،يقوم الوالي المختص إقليميا بموافاة المرقين العقاريين بالرد وإما يكون بالقبول أو بالرفض أو بالقبول ،ولكن على أساس ملاحظات تقنية يجب رفعها في أجل تحدده اللجنة التقنية نظرا لطبيعتها وأهمتها.

حيث حسب المادة 10 من القرار سالف الذكر، يبلغ الوالي في أجل خمسة عشر (15) يوما قرار التصريح بالتنازل للمرقي العقاري المعني وكذا الهياكل المعنيةويمكن أن ينص نفس القرار ومن أجل تحفيز المرقيين العقاريين على انجاز محلات ذات طابع ترقوي موجهة للتسويق الحر،محلات ذات استعمال سكني وتجاري ومهني وحرفي،بحيث لا تتجاوز مساحتها بأي حال من الأحوال 25% من المساحة الإجمالية لبرنامج السكنات المدعمة.

ويتعين على المرقي العقاري أن يسلم إلى المدير الولائي المكلف بالسكن في أجل لا يتجاوز 5 أشهر ملف تنفيذ المشروع مصحوبا بالرأي التقني للمصالح الولائية المكلفة بالعمران ،وكذا تأشيرة هيئة المراقبة التقنية للبناء.فعلى أساس دفتر الشروط المنصوص عليه سابقا والمصحوب بملف تنفيذ

---

[1] تتكون اللجنة التقنية الولائية حسب المادة 08 من القرار سالف الذكر من الأعضاء الآتي ذكرهم :
-الوالي أو ممثله رئيسا.
=- مدير أملاك الدولة .
-مدير السكن وممثل عن الصندوق الوطني للسكن.
- مدير التعمير وال هندسة المعمارية والبناء.
-مدير التخطيط وتهيئة الإقليم .
-مدير التنظيم والشؤون العامة .
-مدير الأشغال العمومية .
-مدير الري .
-مدير ا لمناجم والصناعة .
-رئيس المجلس الشعبي البلدي المعني وممثل عن المجلس الشعبي الولائي.

المشروع،وبعد تسديد سعر التنازل يتم إعداد عقد التنازل من طرف إدارة أملاك الدولة في أجل ثلاثين يوما.

وقد أشارت المادة 13 من القرار سالف الذكر على أنه يمكن تخفيض على القيمة التجارية للأراضي التابعة للأملاك الدولة ،كما هي محددة من طرف مصالح الدولة بالنسبة لمساحة الأرض المخصصة نسبيا للسكنات المدعمة ،والمحلات التي تستعمل حصريا كمواقف للسيارات التي تنجز في الطوابق تحت الأرضية،علما أن هذا التخفيض يطبق على القيمة التجارية للأرض أي قيمتها الحقيقية التي تحددها مديرية أملاك الدولة [1]،فهذه القيمة تختلف فيما إذا كان المشروع المراد انجازه يتضمن تجهيزات عمومية-مساحات عمومية- من عدمه كما يلي:[2]

---

[1] وقد حددت المادة 13 أعلاه نسبة التخفيض الواردة على القيمة التجارية للأرض بالنسبة لبرامج السكنات المدعمة كالتالي:

-ولايات الجزائر ووهران و عنابة و قسنطينة 80%.

-بالنسبة للبلديات التابعة لولايات الجنوب والهضاب العلي 95%.

-الولايات الأخرى 90 %.

-بالنسبة لبرنامج 65000 مسكن موجه للبيع بالإيجار الذي بادر به الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط 100%.

وما أضافه القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 غشت 2015 المعدل والمتمم للقرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ماي 2011 سالف الذكر في مادته 03 ،والتي أتمت المادة 13 من القرار الأخير،بالنسبة للسكنات الموجهة للبيع بالإيجار 100 %.

-بالنسبة للسكنات الترقوية العمومية،تحدد نسب التخفيض الممنوحة كما يأتي:

- ولايات الجزائر ووهران و عنابة و قسنطينة 60%.

-مقرات دوائر الولايات الشمالية 70%.

-بلديات أخرى في الولايات الشمالية 75%.

-مقرات دوائر ولايات الهضاب العليا 80%.

-بلديات أخرى في ولايات الهضاب العليا 85%.

-مقرات دوائر الولايات الجنوبية 90%.

-بلديات أخرى في الولايات الجنوبية 95%.

[2] بوستة إيمان،دعم الدولة غير المباشر لمشاريع الترقية العقارية ذات الطابع الاجتماعي،مجلة الحقوق والحريات،ع تجريبي،جامعة محمد خيضر،بسكرة،ص 468.

-الحالة الأولى:عندما يتضمن المشروع انجاز مساحات عمومية،فإنه يتم حذف المساحات اللازمة لإنجازها،ولا تؤخذ بعين الاعتبار عند تحديد القيمة التجارية إلا المساحة المتبقية،على أن تبقى أجزاء العقار الموجهة لاستيعاب تجهيزات عمومية ضمن الأملاك الخاصة للدولة.

-الحالة الثانية:عندما لا يتضمن المشروع إنجاز تجهيزات عمومية،،فإنه يجب تحديد القيمة التجارية لكل القطعة الأرضية أي لكل المساحة بما فيها الأجزاء التي لا يتم بناؤها كالمداخل و الفضاءات الجوارية.

غير أنه في حالة ما إذا تضمن المشروع جزئيا إنجاز محلات ذات الاستعمال غير السكني،يجب حصر التخفيض على مساحة الأرض المتعلقة بالمحلات ذات الاستعمال السكني فقط.

ثانيا-جزاء الإخلال ببنود دفتر الشروط:

إن القطع الأرضية موضع عملية التنازل هي مخصصة لإنجاز محلات تستعمل للسكن طبقا لبرنامج السكن المدعم من طرف الدولة لفائدة المرقي العقاري،على أساس دفتر الشروط الملحق بالقرار السابق الذكر،وبهذا فإن كل تغيير لوجهة القطعة الأرضية أو استعمال لها جزئيا أو كليا لأغراض غير الأغراض المحددة في دفتر الشروط هذا ينجر عنه فسخ البيع.

حيث أنه إذا لم يحترم المرقي العقاري بنود دفتر الشروط وما جاء فيها، وبعد توجيه إعذارين له وبدون جدوى من طرف المدير الولائي المكلف للسكن،يقوم مدير أملاك الدولة المختص إقليميا برفع دعوى إسقاط الحقوق العينية العقارية عن المرقي العقاري المخل بالتزاماته،ويحل محله صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية [1]،وللمرقي الحق في أن يطلب بـ المقابل تعويضا عن الفسخ يحدد كما يأتي :

[1] حيث أنه ما أضافه القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25-04-2018 سالف الذكر هو حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في مجال الترقية العقارية محل المرقي العقاري المخل بالتزاماته ،بعدما كان قبل هذا التعديل يكتفي بالنص فقط على فسخ العقد الذي بين المرقي العقاري ومديرية أملاك الدولة،وهذا يعد ضمانة لإكمال انجاز المشروع السكني.

-إذا كان الفسخ قبل انطلاق الأشغال،يكون التعويض مساويا لثمن البيع مع اقتطاع نسبة 10% كأضرار وفوائد جزافية.

-إذا كان الفسخ بعد البدء بالأشغال ،فإن التعويض المذكور أعلاه يضاف إليه مبلغ يساوي القيمة المضافة للعقار[1] ،والناتجة عن الأشغال المنجزة بانتظام دون أن يفوق هذا المبلغ قيمة مواد البناء وسعر اليد العاملة المستخدمة،أما في حالة ما إذا لم تنجز السكنات بانتظام يحرم المشتري من حقوق التعويض ويترتب عليه إرجاع الأرضية العقارية في الحالة التي كانت عليها.[2]

الفرع الثاني:البيوع الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة في قوانين أخرى

بغية تلبية حاجات المواطنين في مجال السكن،ونظرا لتزايد ممتلكات الدولة العقارية مما ولد لها صعوبة في التسيير،على الرغم من إحداث شركات وهيئات كلفت بتسيير ذلك،إضافة إلى عجز الدولة عن صيانة تلك الممتلكات العقارية مما يتطلب أموال باهظة [3]،الأمر الذي تطلب تدخل المشرع من أجل استحداث طرق للتكفل بهذه الوضعية،وتخفيف العبء عن الدولة من خلال اللجوء إلى التنازل عن بعض أملاكها الخاصة وتلك التابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري[4]،بموجب نصوص عديدة من بينها:

---

[1] تحدد القيمة المضافة من طرف إدارة أملاك الدولة.

[2] هذا ما تضمنه دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق عند البيع بالتراضي لفائدة مرقين عموميين لأراضي تابعة للأملاك الخاصة بالدولة والموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة، الملحق بالقرار سالف الذكر.

[3] حمدي باشا،ليلى زروقي،المرجع السابق،ص303.

[4] علي بن شعبان،النظام القانوني للتنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة و دواوين الترقية والتسيير العقاري ،مجلة تشريعات البناء والتعمير،ع الرابع ديسمبر 2017،ص 130.

البند الأول: التنازل عن السكنات التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري طبقا للمرسوم رقم 03-269[1] وكذا في إطار المرسوم رقم 18-153:

في بادئ الأمر صدر القانون رقم 01-81 المؤرخ في 07-06-1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي، لكن نتيجة عملية التقييم التي كانت تقدر العقارات بأسعار زهيدة مقارنة بالسوق العقارية،إضافة إلى توسع الحظيرة العقارية للدولة،قد ألغي هذا القانون بموجب القانون رقم 06-2000 المؤرخ في 23-12-2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2000[2]،فبموجب المادة 41 منه قد أجاز التنازل بالتراضي على أساس القيمة التجارية وفقا للتشريع والتنظيم الساري المفعول ولفائدة شاغليها الشرعيين على الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني والمهني والتجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ودواوين الترقية والتسيير العقاري،كما أجاز المشرع التنازل عن السكنات التابعة للقطاع العمومي الإيجاري ذات الطابع الاجتماعي الممولة بنفقات نهائية من ميزانية الدولة.[3]

وتطبيقا لذلك صدر المرسوم رقم 03-296 والذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004 المعدل والمتمم[4] بموجب

---

[1] المؤرخ في 07-08-2003 والذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004،ج ر،ع 48،المؤرخة في 13 أوت 2003.

[2] ج ر،ع 80،المؤرخة في 24-12-2000.

[3] وهذا ما نصت عليه المادة 209 من قانون المالية لسنة 2002 الصادر بموجب القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22-12-2001ج ر،ع 79،المؤرخة في23-12-2001،ص 03.

[4] فهذا المرسوم لا يطبق على الأملاك التابعة للجماعات المحلية وهذا بصريح المادة 01 منه،كما يستثني السكنات المنجزة لغرض سير المصالح والهيئات العمومية والجماعات الإقليمية المنصوص عليها في نص المادة 162 من قانون المالية لسنة1992،وكذا الأملاك المصنفة أو في طور التصنيف ضمن التراث الثقافي،وهو نفس ما نصت عليه المادة 3 من المرسوم رقم 18-153 سالفي الذكر ،فقد استثنى من مجال تطبيقه إضافة إلى ذلك:

-الأملاك العقارية التابعة للجماعات المحلية.

المرسوم رقم 15-211 المؤرخ في 11-08-2015[1]،والذي نص على تاريخ سريان هذا المرسوم إلى 31-12-2017 وذلك في نص المادة 04 منه،والذي ألغي بموجب المرسوم رقم 18-153 والذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري سواء كانت سكنات ذات استعمال سكني أو حتى ذات الاستعمال التجاري أو المهني أو الحرفي ،بنفس الشروط والكيفيات التي جاء بها المرسوم رقم 03-296 سالف الذكر والملغى.[2]

وبهذا سنتطرق إلى شروط وإجراءات التنازل وفقا لهذا للمرسومين سالفي الذكر وكذا الهيئات المختصة بالفصل في منازعات التنازل.

أولا-شروط التنازل عن الأملاك العقارية:

وفقا للمادة 02 من المرسوم رقم 03-296 والمادة 2 من المرسوم رقم 18-153،حيث يتم التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ودواوين الترقية والتسيير العقاري لفائدة شاغليها الشرعيين من الأشخاص الطبيعيي ن من جنسية جزائرية،أو حتى الأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري،وذلك على أساس قيمتها التجارية [3]،وبمفهوم المخالفة فالشاغل الغير الشرعي لا يمكنه

-الأملاك العقارية المهددة بالانهيار.

[1] ج ر،ع 44،المؤرخة في 19-08-2015،ص 06.

[2] فقط تجدر الإشارة إلى أن هذه النصوص تخص الأملاك التابعة للدولة وكذا المسيرة من قبل دواوين الترقية والتسيير العقاري،أما أملاك الجماعات المحلية فوفقا لنص المادة 41 من قانون المالية لسنة 2001 سالف الذكر والتي عدلت بموجب المادة 50 من القانون رقم 15-18 المؤرخ في 30-12-2015 والمتضمن قانون المالية لسنة 2016 ،(ج ر،ع 72،المؤرخة في 31-12-2015) يمكن التنازل عنها بموجب مداولات المجالس الشعبية الولائية والبلدية والمصادقة عليها =من قبل السلطة الوصية،أي تخضع للدراسة والموافقة المسبقة لوزير الجماعات المحلية والتهيئة العمرانية،وأكد هذا الأخير في مذكرة له رقم 1747 المؤرخة في 16-06-2019 وفي إطار المحافظة على أملاك الجماعات المحلية أنه كل طلب دراسة وموافقة على مداولات التنازل هذه لابد من أن يكون مبررا ومعللا.

[3] قد صدر قرار وزاري مشترك مؤرخ في 10 يونيو 2020 يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري،ج ر،ع 59،المؤرخة في 04-10-2020.

الاستفادة من التنازل[1]،وهذا ما أكدته المحكمة العليا الغرفة الإدارية في قرار لها رقم 89189 المؤرخ في 06-12-1992-بمناسبة تطبيق القانون رقم 81-01 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة على أنه:«من المقرر قانونا أنه يشترط للترشح لشراء ملكا من أملاك الدولة توافر شرطين متلازمين هما:الحيازة على سند أولا،وشغل الأمكنة بصفة مستمرة ثانيا ،ومن المستقر عليه قضاءا في حالة عدم توافر هذين الشرطين معا تعطى الأولوية للشخص الذي يحوز سندا قانونيا».[2]

لكن تجدر الإشارة إلى أنه بصدور المرسوم رقم 16-310 الذي يحدد شروط نقل الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسيره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته [3] المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 18-01 المؤرخ في 4-01-2018[4] ،فقد أعطى الحق في انتقال الإيجار المتعلق بالسكن العمومي لفائدة الأشخاص والذين حددتهم المادة 02 منه وهم[5]:

-الذين لهم صلة قرابة مع المستأجر الفروع والأصول ،بشرط أن يستوفوا شروط الاستفادة من السكن العمومي الإيجاري.

وبصفة استثنائية:

-للأشخاص الشاغلين الذين لهم صلة قرابة أو مصاهرة مع المستأجر بالنسبة للسكنات التي تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل سنة 2004.

-كل شاغل آخر للسكن العمومي الإيجاري الذي ليس لديه صلة قرابة أو صلة مصاهرة مع المستأجر بالنسبة للسكنات التي تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل سنة 2004.

---

[1] الشاغل غير الشرعي هو الذي انتقل إليه السكن محل الإيجار الذي أبرمه الشاغل الشرعي مع ديوان الترقية والتسيير العقاري،بموجب تصرف ناقل للملكية بموجب وثيقة اعتراف بدين أو سند عرفي،أي بما يسمى ببيع المفتاح.

[2] قرار مشار إليه في :حمدي باشا،زروقي ليلى،المرجع السابق،ص 286.

[3] ج ر ،ع 70،المؤرخة في 08-12-2016.

[4] ج ر،ع 01،المؤرخة في 07-01-2018.

[5] وفقا للمادة 08 من المرسوم رقم 16-310 المعدل والمتمم فإنه: «ينتهي سريان حق الإيجار بالنسبة للحالات الاستثنائية المذكورة في المادة 02 أعلاه إبتداءا من 31-12-2019.».

حتى يكون نقل الإيجار فعلا فإنه يكون معلقا على شرط القبول الصريح والكتابي للمؤجر،وبعد تصفية جميع المبالغ غير المدفوعة من طرف الشاغل،وأن يتعهد طالب نقل الحق المذكوري ن بصفة استثنائية في المادة 02 سالفا باقتناء السكن المشغول.[1]

وبتحويل حق الإيجار للأشخاص المذكورين سالفا،يستفيدون من الحق في التنازل بالنسبة للسكنات المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير 2004،وبهذا فحسب نص المادة 05 من المرسوم سالف الذكر يجب على دواوين الترقية والتسيير العقاري المعنية مباشرة إجراءات نقل حق الإيجار مع الإجراءات المتعلقة بالتنازل.[2]

كما يستفيد من حق التنازل وفقا لأحكام هذا المرسوم رقم 03-296 بالنسبة لشاغلي السكنات ذات الطابع الاجتماعي،التي خصصت للإدارات والهيئات العمومية بموجب أحكام المادة 20 من المرسوم رقم 98-42 ،والذي حول إليها الحق في الإيجار وهذا وفقا لنص المادة 02 من المرسوم رقم 06-208 المؤرخ في 13 يونيو 2006[3].حيث يقوم المسؤول المؤهل التابع للإدارة أو المؤسسة المعنية بإعداد مقرر تحويل حق الإيجار،ويبلغ المقرر لديوان الترقية والتسيير العقاري المعني وتسلم نسخة منه للشاغل،ويقوم الديوان بالإجراءات الشكلية لتحويل حق الإيجار وهذا وفقا لنص المادتين 03 و04 من المرسوم رقم 06-208 سالف الذكر.

ثانيا-إجراءات التنازل:

وبهذا سوف نفرق بين إجراءات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة وبين تلك التابعة لدواوين الترقية والتسيير العقاري وهو ما أضافه المرسوم رقم 15-211 الذي عدل وتمم المرسوم رقم 03-269 المذكور سابقا،وكذا كيفيات وإجراءات التنازل وفقا للمرسوم رقم 18-153 سالف الذكر.

---

[1] هذا ما نصت عليه المواد 03 و04 و05 من المرسوم رقم 16-310 سالف الذكر.

[2] تنص المادة 06 من المرسوم نفسه على أنه لكي ينتقل حق الإيجار للأشخاص المذكورين في المادة 02 بصفة استثنائية،يتم دفع غرامة مالية يتم حسابها على أساس ثمن التنازل تدفع للخزينة العامة.

[3] ج ر،ع 39،المؤرخة في 14 يونيو 2006.

1-إجراءات التنازل للأملاك العقارية التابعة للدولة:

قد بينت المادة 11 من المرسوم رقم03-269 المعدلة بموجب المرسوم رقم 15-211 والمادة 12 من المرسوم رقم 18-153 كيفيات وإجراءات التنازل ،فبداية يتم تقديم طلب من طرف الطالب لدى لجنة الدائرة التي أسسها لهذا الغرض الوالي المختص أو الوالي المنتدب المختص إقليميا [1]،مرفقا طلبه بالوثائق المطلوبة منه.

وتبت اللجنة في الطلب في أجل أقصاه ثلاث أشهر من إبتداءا من تاريخ إيداعه،وتبلغ حينها المقبل على الشراء برسالة مضمنة مع إشعار بالاستلام بقرارها وبثمن التنازل [2]وبوثيقة الالتزام الشراء وفقا للنموذج المحدد،وتجدر الإشارة إلى المرسوم 18-153 قد قلص مدة البث في الطلب في أجل شهرين فقط[3]،ثم تأتي خطوة أخرى وهي تأكيد طلب الشراء لدى اللجنة وذلك خلال شهر من تاريخ استلام التبليغ،ويتم بعدها إبرام عقد البيع من طرف مصالح أملاك الدولة بين الطالب ومالك العقار.

وبالنسبة لدفع ثمن التنازل يمكن للشاغلين اختيار صيغة الشراء بدفع الثمن كاملا وفورا أو بالتقسيط[4]،كما يستفيدون من احتساب مبلغ الإيجار المدفوع من تاريخ شغل السكن المعني ،وفي كلتا

---

[1] وفقا لنص المادة 12 من المرسوم 03-296 تتكون اللجنة من:-رئيس الدائرة رئيسا.

=-ممثل المدير الولائي لأملاك الدولة.

- ممثل المدير الولائي المكلف بالسكن.

-ممثل عن ديوان الترقية والتسيير العقاري المعني.

توسع اللجنة إلى ممثل مدير الثقافة عندما يتضمن جدول الأعمال أملاك عقارية تقع داخل القطاعات المحمية.

أما المادة 13 من المرسوم 18-153 فنفس الأشخاص الذين ذكرتهم المادة أعلاه ماعدا ممثل عن ديوان الترقية والتسيير العقاري المعني،وقد أضافت رئيس أو رؤساء المجالس الشعبية البلدية المعنية.

[2] فحسب المادة 14 من القرار الوزاري مشترك مؤرخ في 10 يونيو 2020 يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري،يحدد سعر التنازل وفقا للكيفيات المنصوص عليها في هذا القرار من طرف مصالح الأملاك الوطنية المختصة إقليميا،بناءا على طلب من لجنة الدائرة أو لجنة ديوان الترقية والتسيير العقاري.

[3] هذا ما نصت عليه المادة 14 من المرسوم رقم 18-153.

[4] ففي حالة اختيار الصيغة الأولى فإنه يستفيد الشاغلون للأملاك ذات الاستعمال السكني من تخفيض قيمته 10% من ثمن التنازل،أما إذا اختار الصيغة الثانية فإنه يستفيد من أجل أقصاه 20 سنة لدفع الثمن وهذا وفقا المرسوم رقم 03-269 ،أما وفقا للمادة 05 من المرسوم رقم 18-153 فإنه يستفيد من أجل أقصاه 10 سنوات لدفع الثمن.

الحالتين يجب دفع تقديم أولي بنسبة 5% من ثمن التنازل،يتضمن مبلغ الضمان المدفوع يدفع عند إبرام البيع ،أما المبلغ المتبقي فإنه يخضع لتطبيق نسبة فائدة ب 1 % في السنة.

2-إجراءات التنازل عن الأملاك العقارية المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري:[1]

بهدف إعطاء دفع جديد وإنعاش عملية التنازل تم إدراج أحكام جديدة لتخفيف من الإجراءات وذلك بموجب المرسوم رقم 15-211،حيث تودع طلبات الشراء للأملاك العقارية التي تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري طبقا لنص المادة 16 مكرر من المرسوم رقم 03-269 المعدل والمتمم من طرف المقبل على الشراء لدى لجنة ديوان الترقية والتسيير العقاري [2] المعني ،التي تتكفل بدراسة الطلبات والفصل فيها بعدما كانت قبل تعديل هذه المادة تتم على نفس اللجنة التي تودع فيها طلبات

كما يستفيد المشتري كذلك من تخفيض في مبلغ التنازل حدده المادة 06 من المرسوم رقم 03-269 سالف الذكر،وهي تتراوح بين 07 % عندما تكون المدة المتفق عليها تساوي أو أقل من ثلاث سنوات،وبين 05 % عندما تكون المدة المتفق عليها تزيد عن ثلاث سنوات وتقل عن خمس سنوات أو تساويها، أما وفقا للمادة 7 من المرسوم رقم 18-153،فإنه يستفيد في حالة البيع بالتقسيط من تخفيض من مبلغ التنازل قدره 7% عندما تكون المدة المتفق عليها أقل من ثلاث سنوات أو تساويها، و 5% عندما تكون المدة المتفق عليها تزيد عن ثلاث سنوات وتقل عن خمس سنوات أو تساويها.وقد نصت المادة 09 من نفس المرسوم على أنه يستثنى من الأحكام سالفة الذكر لسيما خصم مبالغ الإيجار المدفوعة وكذا التخفيضات من سعر التنازل الشاغلون الشرعيون الراغبون في شراء مسكن في إطار هذا المرسوم،الذين سبق لهم شراء ملك عقاري من الدولة أو استفادوا من إعانتها المالية في مجال السكن.

=أما بالنسبة للشاغلين للأملاك ذات الاستعمال المهني أو التجاري أو الحرفي الراغبون في شراء محلاتهم،فإنهم لا يستفيدون كذلك من الأحكام المتعلقة بالتخفيض من سعر التنازل وخصم مبالغ الإيجار المدفوعة،وهذا بصريح المادة 10 من المرسوم رقم 03-296 وكذا المادة 11 من المرسوم رقم 18-153.

[1] تعتبر دواوين الترقية والتسيير العقاري مؤسسة عمومية وطنية ذات طابع صناعي وتجاري ،تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي كما تعتبر تاجرة في تعاملاتها مع الغير وهذا وفقا لما جاءت به المادتين 1 و2 من المرسوم 91-147 المتضمن تغيير الطبيعة القانونية للقوانين الأساسية لدواوين الترقية والتسيير العقاري وتحديد كيفيات تنظيمها وعملها،وتهتم هذه الهيئة بتجسيد سياسة الاجتماعية للدولة بترقية الخدمة العمومية في ميدان السكن لسيما للفئات الاجتماعية الأكثر حرمانا،كما تكلف بالترقية العقارية والإنابة على أي متعامل في الإشراف على المشاريع المسندة إليه والعمل على صيانة وترميم الأملاك العقارية هذا ما نصت عليه المادة 4 من المرسوم 91-147 سالف الذكر.

[2] تتكون اللجنة وفقا لنص المادة 16 مكرر 1 من نفس المرسوم ،من المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري أو ممثله.

-ممثل عن المدير الولائي لأملاك الدولة.

-ممثل عن المدير الولائي المكلف بالسكن.

-ممثل عن مدير الصندوق الوطني للسكن.

الشراء للأملاك التابعة للدولة، غير أنه تجدر الإشارة إلى أن ملفات التنازل عن الأملاك العقارية المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري والمودعة أمام لجان الدوائر وفقا للإجراء القديم[1]،والتي كانت محل مقررات اتخذت من طرف هذه اللجان فإنه تتم متابعتها بصفة عادية حسب الإجراءات المعهودة إلى حين تسليم عقد التنازل لفائدة المترشح،أما بالنسبة الملفات الأخرى العالقة فإنه ولم تكن محل دراسة أمام هذه اللجان،ولم تتخذ بشأنها مقررات التنازل فإن مصالح الدائرة تقوم بإحصائها وإرسالها إلى المديريات العامة لدواوين الترقية والتسيير العقاري للتكفل بها.[2]

تتولى اللجنة الفصل في الطلبات في أجل شهر إبتداءا من تاريخ إيداع الطلب،وتقوم بإبلاغ المقبل على الشراء بموجب رسالة موصى عليها بإشعار بالاستلام ،وذلك بقرارها وتحديد ثمن التنازل وبوثيقة الالتزام بالشراء وفقا لنموذج محدد بموجب مقرر من الوزير المكلف بالسكن،ولابد للمقبل على الشراء تأكيد طلبه لدى اللجنة في أجل شهر إبتداءا من تاريخ استلام التبليغ.

وإذا قوبل طلب المواطن المتضمن التنازل عن ذمة عقارية ايجارية تابعة للقطاع العمومي بالرفض وعدم القبول،فعلى الإدارة تسبب رفضه [3]،سواء بعدم توافر الشروط القانونية للتنازل أو أن العقار غير قابل للتنازل.[4]

---

[1] التعليمة الوزارية المشتركة بين وزارة المالية ووزارة السكن والعمران والمدينة،رقم 201،المؤرخة في 05-01-2016،التي تتضمن وضع حيز التطبيق للأحكام الجديدة التي احتواها المرسوم 15-211،المؤرخ في 11 أوت 2015 المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل الفاتح جانفي 2004.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 16 مكرر5 من نفس المرسوم على أنه : «يجب أن يتم تحويل كل الملفات المتعلقة بطلبات الشراء الأملاك العقارية التي تسيرها دواوين الترقية والتسيير العقاري والموضوعة قيد الدراسة على مستوى لجان الدائرة المكلفة بالتنازل عن الأملاك العقارية إلى دواوين الترقية والتسيير العقاري المعنية في أجل لا يتعدى شهرين من تاريخ نشر هذا المرسوم في الجريدة الرسمية.».

[3] وهذا ما نصت عليه المادة 16 مكرر2 من المرسوم 03-296 والمادة 20 من المرسوم 18-153.

[4] وهذا ما أكدته المحكمة العليا ،غ إ،ــ في قرار لها رقم 116647 الصادر في 26-03-1997،بمناسبة التنازل عن أملاك الدولة بموجب القانون رقم 81-01 :«حيث أنه في إطار التنازل عن أملاك الدولة التمست السيدة(ب ب أ)شراء المحل المذكور،حيث أنه بمقتضى قرار لجنة الدائرة فإن طلبها قوبل بالرفض،حيث أنه بناءا على طعن المستأنف عليها فإن اللجنة الولائية أيدت قرار الرفض،حيث أن السبب الوحيد المثار من طرف اللجنة المذكورة أعلاه يتمثل في كون المحل ذا منفعة عمومية،حيث إن المادة 03 من القانون رقم 81-01 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة صنفت قائمة

ثالثا-الهيئات الإدارية المختصة للفصل في منازعات التنازل:

من أجل تنفيذ عمليات التنازل أوجد المشرع هيئات إدارية تنظر في ملفات التنازل، إذ ا تم رفض لطلبات التنازل من طرفها، فقد أوجد المشرع هيئات تنظر في الطعون المتعلقة بقرارات الرفض من قبلها.

1-الجنة الولائية بالنسبة لطعون لجنة الدائرة أو المقاطعة الإدارية:

إن الطعن في قرارات لجنة الدائرة بالنسبة لطلبات التنازل على الأملاك العقارية التابعة للدولة توجه إلى اللجنة الولائية يترأسها لوالي [1]،بالإضافة إلى ما أضافه المرسوم رقم 18-153 يمكن تقديم طعن إلى اللجنة المذكورة سابقا أو تقديمه لدى المقاطعة الإدارية وهذا حسب ما نصت عليه المادة 17 ،في أجل شهر من تاريخ استلام التبليغ،وتتم الفصل فيه في أجل شهر من تاريخ إخطارها.

وبالتالي إذا أراد طالب الشراء الطعن في قرار اللجنة الولائية أو المقاطعة الإدارية يمكنه اللجوء بعدها لدى الجهة القضائية المختصة وهي القضاء الإداري طبقا للمعيار العضوي ،باعتبار الدولة طرفا في النزاع وفقا للإجراءات المتبعة أمام القضاء الإداري الواردة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

يجب التذكير إلى أنه مديرية أملاك الدولة مختصة فقط بإعداد عقود التنازل وليس مختصة بالنظر في هذه الطعون ،وكما هو جار به العمل في بعض الولايات فالاختصاص ينعقد لهذه اللجنة

الأملاك القابلة للتنازل،حيث أنه بسبب عدم وضوح أسباب الرفض فإنه يتعذر بذلك تصنيف المحل المتنازع عليه من ضمن الأصناف المذكورة في المادة 03،حيث أن قرار الرفض اتخذ بمخالفة مقتضيات القانون رقم 81-01،فيتعين بالتالي القول بأنه اتخذ خرقا للقانون»:قرار مشار إليه في :حمدي باشا،زروقي ليلى،المرجع السابق،ص284.

[1] تتكون اللجنة الولائية حسب المادة 16 من المرسوم رقم 03-269 :

-الوالي رئيسا.

-المدير الولائي لأملاك الدولة.

-المدير الولائي المكلف بالسكن.

-المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري.

أما حسب المادة 17 من المرسوم رقم 18-153،فبالإضافة إلى ما تم ذكره في المادة 16 أعلاه يمكن أن تتكون من الوالي المنتدب أو المدير المنتدب المكلف بالسكن،ماعدا المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري.

الولائية،وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها بالنسبة للتنازل عن أملاك الدولة بموجب القانون رقم 81-01 رقم 110663 المؤرخ في 25-07-1993 : «ولما ثبت في قضية الحال أن إدارة أملاك الدولة لدائرة عين البيضاء قد رفضت تسليم العقود لأصحابها بحجة أن المديرية العامة للأمن الوطني أخطرتها بأن المساكن المتنازع فيها غير قابلة للتنازل،فإنه ليس لها أي سلطة قانونية للتصرف على هذا النحو،لأنه كان على المديرية العامة للأمن الوطني أن ترفع الأمر إلى لجنة الطعون للولاية لإبطال مقررات التنازل إذا توافرت الشروط لمثل هذا الإبطال لا أمام إدارة أملاك الدولة والشؤون العقارية». [1]

2- لجنة الطعون التابعة لمديرية الولاية المكلفة بالسكن أو المديرية المنتدبة المكلفة بالسكن للمقاطعة الإدارية:

بالنسبة لطلبات التنازل عن الأملاك العقارية المسيرة من طرف ديوان الترقية والتسيير العقاري والتي كانت محل قرار بالرفض ،فإنه يمكن الطعن فيها أمام لجنة الطعون التابعة لمديرية الولاية المكلفة بالسكن أو المديرية المنتدبة المكلفة بالسكن للمقاطعة الإدارية [2]،في أجل شهر من تاريخ استلام التبليغ،وتقوم هذه اللجنة بدراسة الطعون والفصل فيها في أجل 15 يوما من تاريخ الإخطار.

ونفس الأمر فقرار كذلك هذه اللجنة التابعة لمديرية السكن ،يمكن الطعن فيه أمام الجهة القضائية المختصة وهي القضاء الإداري.

---

[1] مشار إليه:جمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق، ص 72-73.

[2] وتتكون هذه اللجنة حسب نص المادة 16 مكرر 4 من المرسوم 03-269 المعدل والمتمم من:

-مدير الولاية المكلف بالسكن رئيسا.

-ممثل عن أملاك الدولة للولاية.

-المدير العام لديوان الترقية والتسيير العقاري المعني.

بالإضافة إلى ما أضافه المرسوم 18-153 في مادته 22،يمكن أن تتكون اللجنة من المدير المنتدب المكلف بالسكن رئيسا.

البند الثاني: التنازل عن الأراضي التابعة للدولة والموجهة لمشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري:

قد خصصت الدولة حيزا كبيرا من اهتماماتها لنشاط الترقية العقارية،نظرا لأهميته في إنجاح برامج السكن،وبهدف تنظيم هذه العملية ذات البعد الاقتصادي والاجتماعي،فقد سن المشرع مجموعة من النصوص القانونية والتنظيمية التي ترمي إلى مرافقة هذا النشاط وإزالة العراقيل والاختلافات التي تعترض تطبيق هذه القوانين ميدانيا [1]،وذلك عن طريق إضفاء الطابع التحفيزي لها،ومن بين هذه التحفيزات حصول المرقين العقاريين على الوعاء العقاري عن طريق التنازل عنه من طرف الدولة بطريقة غير مباشرة،أي في إطار الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل،بعد الإنجاز الفعلي للمشروع.

أولا-إجراءات الحصول على الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل:

جاء الأمر رقم 08-04 المعدل والمتمم ليبين كيفيات منح الإمتياز على الأراضي الخاصة للدولة والموجهة لمشاريع استثمارية ،بعدما ألغى نظام التنازل عنها الذي كان مكرسا بموجب الأمر رقم 06-11، لكنه استثنى في نص المادة 02 منه بعض أصناف الأراضي من مجال تطبيقه والتي تخضع لنصوص قانونية أخرى،ومن بينها القطع الأرضية الموجهة للترقية العقارية التجارية ،فهذه الأخيرة أجاز المشرع التنازل عنها لكن بطريقة غير مباشرة، حيث أخضعها لنظام الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل وذلك بعد الإنجاز الفعلي للمشرو ع مع احترام أحكام دفتر الشروط المعمول به،وتطبيقا لذلك جاء المرسوم رقم 15-281 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015،ليبين شروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري[2].

والأراضي التي يمكن أن تكون محل امتياز قابل لتحويل إلى امتياز،وذلك في نص المادة 02 من هذا المرسوم هي:

---

[1] عمور محمد،الإطار القانوني لمنح العقار الموجه لنشاط الترقية العقارية بالجزائر،مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية،ع التاسع،جوان 2017.ص 164.

[2] ج ر،ع 58،المؤرخة في 04-11-2015.

-التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

-غير المخصصة أو ليست في طور التخصيص لفائدة مصالح عمومية تابعة للدولة لتلبية حاجاتها.

-الواقعة في قطاعات معمرة أو قابلة للتعمير كما هو محدد في أدوات التهيئة والتعمير.

وبموجب ذلك يمكن لكل شخص طبيعي أو معنوي يخضع له صفة المرقي العقاري أن يطلب الاستفادة من منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على قطعة أرضية خاصة تابعة للدولة،قصد استخدامها في مشروع للترقية العقارية ذات الطابع التجاري،حيث يتم إعداد ملف [1] و يرسله إلى أمانة اللجنة التقنية ،والتي تنشأ على مستوى كل ولاية والمكلفة في البت في هذه الطلبات.

ويتم منح الامتياز [2] بموجب عقد إداري تعده مصالح أملاك الدولة مرفقا بدفتر الشروط الملحق بهذا المرسوم،ويترتب على ذلك دفع أتاوة تجارية سنوية [3]،وبعدها يمكن أن يحول هذا الامتياز إلى

---

[1] يتكون هذا الملف من الوثائق التالية والتي حددتها المادة 03 من المرسوم:

-طلب يوجه إلى الوالي بصفته رئيس هذه اللجنة التقنية.

-مخطط تمويل يبين مبلغ التقديم الخاص بالمرقي والمبلغ الخاص بالقروض والتقديمات المحتمل تجنيدها.

-بطاقة تقنية تتضمن على الخصوص المحتويات والوصف المفصل للمساكن والمحلات المبرمج انجازها...

-الاحتياجات الناتجة عن الغاز والكهرباء,

-نسخة من اعتماد المرقي،ومن شهادة تسجيل المرقي في الجدول الوطني للمرقين العقاريين.

-تصميم المشروع وكذا السجل التجاري،وتصريح يبين مؤهلاته في مجال دراسة وانجاز المشاريع العقارية،شهادة صادرة عن صندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية العقارية تبين احتمالا التعهدات الجارية للمرقي العقاري فيما يتعلق بالبيع على التصاميم.

[2] طبقا لنص المادة 07 من هذا المرسوم ،يخول هذا الامتياز الحق في طلب رخصة البناء وكذا إنشاء رهن رسمي لصالح هيئات القرض على الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل،وكذا على البنايات المقرر إقامتها على الأرضية محل الامتياز ،كضمان للقروض الممنوحة لتمويل المشروع الذي تتم مباشرته.

[3] وهذا ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم سالف الذكر على أنه :« طبقا للتشريع المعمول به يترتب على منح الامتياز على قطعة أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لعملية الترقية العقارية ذات الطابع التجاري دفع أتاوة إيجارية سنوية يوافق مبلغها 1 / 33 من القيمة التجارية للأرضية كما هي محددة من قبل مصالح أملاك الدولة دون أي تخفيض وأي إعفاء من دفع مختلف الرسوم الواجبة».

تنازل بطلب من المستفيد فور الإنجاز الفعلي للمشروع ،والمثبت بحصول صاحب الإمتياز على شهادة المطابقة وبعد موافقة اللجنة التقنية.[1]

وحسب نص المادتين 10 و 11 من نفس المرسوم،يكون تحويل الإمتياز إلى التنازل على أساس القيمة التجارية التي تحددها إدارة أملاك الدولة أثناء منح الإمتياز،مع خصم الأتاوى المدفوعة بعنوان الإمتياز،وذلك إذا ما طلب المرقي إجراء عملية التحويل في السنتين اللتان تليان عملية إنجاز المشروع،أما إذا كان قدم هذا الطلب بعد أجل السنتين اللتان تليان إنجاز المشروع،فإنه تكون عملية التحويل على أساس القيمة التجارية التي تحددها إدارة أملاك الدولة أثناء عملية التنازل ،وبدون خصم الأتاوى المسددة بعنوان منح الإمتياز.

ثانيا-المنازعات التي يثيرها الإمتياز القابل للتحويل:

إن المرقي العقاري الذي تحصل على الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل يلتزم بدفتر الشروط وبالأحكام القانونية التي تضمنها المرسوم السالف الذكر،وهي موضوع استعمال الأراضي محل الإمتياز لانجاز مشروع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري،فكل تغيير في وجهة الأراضي كليا أو جزئيا لأغراض أخرى يؤدي إلى فسخ الامتياز.

كما تجدر الإشارة إلى ما تضمنه دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على منح الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل الملحق بالمرسوم 15-281 سالف الذكر،بالنسبة إلى الضمان في البند الرابع والخامس منه،هو أنه من المفروض أن يكون كل مستفيد من الامتياز عارفا معرفة تامة بالقطعة الأرضية ويأخذها بالحالة التي كان عليها،وبالتالي لا يمكنه التمسك بالضمان المعروف وفقا للقواعد العامة،كما أنه يتحمل المستفيد الارتفاقات الظاهرة وحتى الخفية دون ضمان من الدولة.ولا يمكن طلب تخفيض في الثمن أو حتى لا يمكنه طلب الضمان في قياس المساحة مهما كان الفرق في القياس والقيمة بالنقصان أو الزيادة،لكنه يمكنه طلب فسخ العقد وذلك إذا توفر شرطين معا وهو خطأ في تعيين الحدود وفي المساحة المعلنة أو طلب التعويض،وهذا ما تضمنه البند الرابع سالف الذكر.

[1] حيث أنه وفقا لنص المادة 13 من المرسوم على أنه يلتزم المرقي العقاري بطلب تحويل الإمتياز إلى تنازل فور الإنجاز الفعلي للمشروع،وذلك تحت طائلة تحريك دعوى قضائية ضده من قبل مدير أملاك الدولة المختص إقليميا.

كما يمنع عليه تحت طائلة الفسخ الفوري التأجير من الباطن أو التنازل عن الإمتياز،أو حتى استعمال جزء من القطعة الأرضية أو كلها لأغراض غير التي منحت من أجلها.[1]

بالإضافة إلى هذه الالتزامات يتحمل المستفيد من الإمتياز دفع أتاوة سنوية ومسبقا تمثل 1 / 33 من القيمة التجارية المحددة من مصالح أملاك الدولة ،وفي حالة التأخر فإنه يتم تحصيلها بالطرق القانونية.

وقد تكفل دفتر الشروط النموذجي بآجال الشروع في إنجاز المشروع وهي ألا تتجاوز مدة 06 أشهر من تاريخ تسلمه رخصة البناء،ويمكن لهذه المدة أن تمدد في حالة القوة القاهرة،ولا تعتبر الصعوبات المالية من قبل القوة القاهرة،أما بالنسبة لآجال إنجاز المشروع متحسب من تاريخ تسلم رخصة البناء على أن تحدد لاحقا.ففي حالة ما إذا تأخر المرقي العقاري في الانطلاق في أشغال الانجاز خلال السنتين اللتين تليان تاريخ الحصول على عقد الإمتياز يترتب عليه سقوط الحق وفسخ الجهة القضائية المختصة لعقد الامتياز بطلب من مدير أملاك الدولة المختص إقليميا،غير أنه يمكن أن يستفيد من مهلة إضافية تساوي المدة التي تعذر فيها عليه الوفاء بالتزاماته وذلك في حالة القوة القاهرة وهذا ما نصت عليه المادة 12 من نفس المرسوم.أما في حالة التخلي عن إنجاز مشروعه فإنه يؤدي إلى إسقاط حقه بطلب من مدير أملاك الدولة قضائيا،وهنا المرقي العقاري المخل بالتزاماته لا يمكنه الاستفادة من التعويض إلا إذا كانت أشغال البناء المنجزة غير قابلة للهدم وكانت موافقة للبرنامج المقرر ورخصة البناء،كما أنه عندما يعلن إخلال المرقي صاحب الحقوق العينية الناتجة عن امتياز السكنات والمحلات التي ينجزها الذي اختار البيع بالتصاميم بالتزاماته،يمكن لصندوق الضمان والكفالة المتبادلة للترقية أن يحل محله قصد مواصلة إتمام الإنجاز.

[1] هذا ما تضمنه البند التاسع من الدفتر الشروط النموذجي.

الفرع الثالث: الاختصاص القضائي في منازعات التنازل عن الأملاك العقارية الوطنية الخاصة

لتحديد الجهة القضائية المختصة في النظر في منازعات التنازل عن الأ ملاك الوطنية الخاصة،لابد من تحديد طبيعة هذه المنازعات هل هي منازعة إدارية أو منازعة عادية،وتحديد الهيئات التي تمثل الدولة في منازعاتها المتعلقة بالأملاك،باعتبارها شخص معنوي عام.

البند الأول:طبيعة منازعات الأملاك الوطنية الخاصة

إن النظام القانوني للأملاك الوطنية الخاصة هو نظام م زدوج ،يخضع أصلا لقواعد القانون الخاص، باعتبارها تؤدي وظيفة مالية امتلاكية ،و بهذه الصفة تقترب من الملكية الخاصة للأفراد، وبهذا فإنها تكون من نصيب القاضي المدني في منازعاتها ، أما إذا نظرنا إلى وظيفتها في تحقيق المنفعة العامة ،فإنها بذلك تخضع لقواعد قانونية تستمد روحها من قواعد القانون العام ، وبهذا فمنازعاتها ينظر فيها القاضي الإداري، وهذه الصبغة أكيد أنها ستؤثر على النظام القضائي الخاضعة إليه هذه الأملاك أيضا.

إذا نظرنا إلى الأملاك الوطنية الخاصة من حيث الشخص الذي يملكها، الدولة أو الجماعات المحلية فباعتبارهم أشخاص القانون العام وتطبيقا للمعيار العضوي وفقا لنص المادتين 800 و801 ا م ا،فالمنازعة بشأنها هي منازعة إدارية وبذلك تدخل في نطاق اختصاص القاضي الإداري ،بالتالي فالبيوع المتعلقة بالأملاك الوطنية الخاصة ،والمنازعات المتعلقة بها هي منازعات الدومين الخاص للدولة،وتخضع لاختصاص القضاء الإداري مثلها مثل منازعات الدومين العام.[1]

وينعقد الاختصاص كذلك للقضاء الإداري فيما يتعلق بالطعن في القرارات الصادرة عن تلك اللجان الولائية و لجنة الطعون التابعة للمديرية الولائية المكلفة بالسكن التي جاء بهما المرسوم رقم

[1] وقد أكدت على ذلك المحكمة العليا في أكثر من موطن ،ومن بينها القرار رقم 84541 المؤرخ في 22-03-1993(غير منشور):«حيث أن الأمر يتعلق بعقد –إيجار بيع–الذي له طابع إذعان إداري،ومن ثم فإن المنازعة المتعلقة به تخضع لاختصاص الجهة القضائية الإدارية ».مشار إليه:حمدي باشا،دراسات قانونية مختلفة،المرجع السابق،ص 207.

03-269 الملغى وكذا المرسوم رقم 18-153.فيما يتعلق بالتنازل عن الأملاك التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري،باعتبارها قرارات إدارية صادرة عن لجان يترأسها كل من الوالي والمدير الولائي للسكن.على عكس القانون رقم 81-01 المتضمن التنازل عن أملاك الدولة الملغى ،فقد خول الاختصاص لجهات القضاء العادي وهذا بصريح المادة 35 منه والتي أثارت إشكال حيث نصت على: « يجوز للأفرا د المترشحين لشراء الأملاك أن يرفعوا طعنا نزاعيا في حالة رفض تظلمهم إلى الهيئات القضائية التابعة للقانون العام »،وعبارة جهات القانون العام هي المحاكم العادية لا الجهات القضائية الإدارية،وهذا المصطلح معروف في التشريع والفقه الفرنسيين ويقصد به دائما المحاكم العادية .[1]

لكن نظرا لعمومية النص فقد أدى بالمحكمة العليا إلى الخروج عنه كلية،واعتبرت العقود والقرارات الإدارية المتعلقة بعملية التنازل عن الدومين الخاص من صميم القانون الإداري وامتيازاته.

البند الثاني:متابعة الدعاوى والتمثيل القضائي

حسب المادة 10 و125 المادة من القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم،يتولى الوزير المكلف بالمالية بالنسبة لأملاك الدولة،والوالي بالنسبة لأملاك الولاية،ورئيس المجلس الشعبي البلدي بالنسبة لأملاك البلدية تمثيل الدولة والجماعات الإقليمية في الدعاوى القضائية المتعلقة بالأملاك الوطنية ،سواء باعتبارهم مدعى أو مدعى عليهم.

كما جاء في المادة 191 من المرسوم رقم 12-427 الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة، على أنه يختص الوزير المكلف بالمالية بمتابعة الدعاوى على اختلاف أنواعها بصفته مدعيا أو مدعى عليه،وذلك في جميع الدعاوى المتعلقة بالأملاك الخاصة التابعة للدولة والتي تسيرها إدارة أملاك الدولة مباشرة،والدعاوى المتعلقة بحق الملكية وجميع الحقوق العينية الأخرى،وكذا صحة جميع الاتفاقات التي تتعلق باقتناء أملاك الدولة وتسييرها والتصرف فيها ،وتطبيق الشروط المالية لهذه الاتفاقات،ويمكن للوزير المكلف بالمالية أن يكلف موظفي إدارة أملاك الدولة الذين يخولهم قانونا بتمثيله في الدعاوى القائمة.

[1] حمدي باشا،دراسات قانونية مختلفة،المرجع السابق ،ص 207.

وبالرجوع إلى القرار الوزاري المؤرخ في 20-02-1999 الذي يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة [1]،فقد حدد المادة 1 منه الأشخاص الذي يمثلون الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى القضائية،وذلك في كل من :

-المدير العام للأملاك الوطنية في القضايا المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري المرفوعة أمام:

- المحكمة العليا.
- مجلس الدولة.
- محكمة التنازع.

-مدير أملاك الدولة بالولايات ومديري الحفظ العقاري بالولايات كل فيما يخصه،في القضايا المرفوعة أمام:

- المحاكم.
- المجالس القضائية.
- المحاكم الإدارية.

المطلب الثاني:بيوع الترقية العقارية:

عجزت الدولة بمفردها على النهوض بقطاع السكن،فأشركت القطاع الخاص في نشاط الترقية العقارية،للولوج إلى هذا النشاط ومبادراتهم لإنجاحه،من أجل إنجاز برامج سكنية وتسويقها في مختلف الصيغ.

ومن بين هذه الصيغ الأكثر شيوعا وإقبالا لما توفره من ضمانات كما سنرى عقد البيع على التصاميم أو تحت الإنشاء، إضافة إلى عقد حفظ الحق الذي أعاد استحداثه المشرع بموجب القانون رقم 11-04 سالف الذكر،بعدما تم سبق النص عليه في القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية

[1] ج ر،ع 20،المؤرخة في 24-03-1999.

العقارية،وألغاه بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري،والذي يقترب من أحد العقود التي نظمها المشرع الفرنسي وهو عقد البيع الآجل.

وقد أدرج القانون رقم 11-04 عقد بيع العقار المنجز وذلك في المادة 26 منه ،ولكن هذا النوع من البيوع فيه تكاليف كبيرة على المرقي وبالتالي قلما ما يتم بيع عقارات من طرف المرقي العقاري بعد انجازها أي جاهزة للمقتنين.

كما يدخل في نشاطات الترقية العقارية بيع آخر وهو الأكثر انتشارا في وقتنا الحالي،وهو موجه للفئات متوسطة الدخل ،يتم تسويقه من طرف الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره-وكالة عدل-وهو ما يسمى البيع بالإيجار.

وبهذا نخصص **الفرع الأول** لدراسة كيفيات البيع الواردة في إطار القانون رقم 11-04 والمنازعات التي يثيرها،أما **الفرع الثاني** لدراسة البيع بالإيجار في إطار المرسوم رقم 01-105 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار المعدل والمتمم.

الفرع الأول:كيفيات البيع الواردة في إطار القانون رقم 11-04 والمنازعات التي يثيرها:

لقد نظم المشرع في القانون رقم 11-04 أنماطا للبيوع العقارية بما يسمى بيوع الترقية العقارية،وهي عقد بيع عقار منجز(**البند الأول**)،وعقود البيع في طور الانجاز والتي تتمثل في عقد البيع على التصاميم وكذا عقد حفظ الحق (**البند الثاني**)، وقد بين كيفيات إبرامها وإجراءات ذلك ،وكذا الضمانات المقررة من أجل حماية المتعاملين والمقتنين لهذه المباني، وأي إخلال بها يرتب مسؤولية المرقي العقاري،سواء خلال مرحلة الانجاز أو ما بعد الانجاز وهي مسؤولية خاصة فضلا عن المسؤولية وفقا للقواعد العامة(**البند الثالث**).

البند الأول-عقد بيع عقار مبني:

نخصص هذا البند لتعريف عقد بيع عقار مبني ،مع تبيان الخصائص التي تميزه عن غيره من عقود الترقية العقارية.

أولا-تعريف عقد بيع عقار مبني:

يعتبر بيع العقار بعد إنجازه من طرف المرقي العقاري الشكل الأصلي في البيوع العقارية،وقد عرفه المشرع بموجب القانون رقم 11-04 في نص المادة 26 منه على أنه،عقد رسمي يحول بموجبه المرقي العقاري مقابل تسديد السعر من طرف المقتني،الملكية التامة والكاملة للعقار المبنى موضوع الصفقة.

وهو بذلك عقد نهائي ناقل للملكية على خلاف عقد حفظ الحق كما سنرى يتعهد فيه المرقي بحجز وتسليم العقار بعد إنجازه ،وبالتالي عقد غير ناقل للملكية،أو عقد البيع على التصاميم كما سنرى الذي هو عقد بيع عقار في طور الانجاز ،والذي يكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناية بالموازاة مع تقدم الأشغال وتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز .

إن هذا النوع من البيوع يقوم به سواء مرقي عمومي أو خاص على حد سواء ،أي من تتوفر لديه القدرات والمؤهلات المالية لإنجاز المشروع العقاري،وهو قليل الانتشار من الناحية العملية على عكس البيوع الأخرى نظرا لمشكل التمويل،لأن المرقي العقاري في بلادنا لم يصل بعد إلى مرحلة التمويل الذاتي الكلي لعمليات البناء ،خاصة في ظل ارتفاع تكلفة البناء ،ولهذا السبب يلجأ إلى عملية البيع في طور الانجاز خاصة عقد البيع على التصاميم،نظرا لأن هذه التقنية تمكنه من استلام دفعات وفقا لتقدم الأشغال،بالتالي مساهمة المشتري في عملية التمويل على الأقل،لكن رغم ذلك يمكنه الحصول على قروض من أجل تمويل عملية البناء على عكس البيع على التصاميم ،فإنه يحظر عليه اللجوء إلى الاقتراض من المؤسسات المالية لتمويل مشروعه.[1]

[1] تنص المادة 36 من القانون رقم 11-04 على أنه :«لا يمكن إبرام عقد البيع على التصاميم المنصوص عليه في المادة 28 أعلاه عندما يلجأ المرقي العقاري لاستعمال قروض تخصص لتمويل البناء».

ثانيا-خصائص عقد بيع عقار مبني:

من خصائص هذا العقد على أنه:

1-عقد يرد على عقار جديد بعد بناءه:

إن عقد بيع العقار المنجز هو بيع لعقار بعد اكتمال بناءه ،وبالتالي يختلف عن باقي العقود الأخرى والمنصوص عليها في القانون رقم 11-04 والتي يكون محلها عقار في طور الانجاز أو الإنشاء،فموضوع البيع هنا بناء جديد و ليس بعقار مجدد أو مرمم[1] ،وعرضه للبيع حسب نص المادة 26 من نفس القانون ،والتعاقد لا يتم بشأنه إلا بعد تمام انجاز المشروع العقاري تم طرحه للبيع على المقتنين،أين يمكن القول أنه تنعدم العلاقة ما بين المرقي والمشتري أثناء فترة الانجاز،على عكس البيوع الأخرى التي تنشأ علاقة ما بين الطرفين.

2-عقد رسمي:

عقد بيع عقار مبني كغيره من العقود التي يكون محلها عقار والتي تخضع لمبدأ الشكلية الرسمية وفقا لنص المادة 324 مكرر 1 ق م، حيث يجب إبرام العقد لدى الموثق محرر العقود تحت طائلة البطلان،باعتبار الرسمية ركن من أركان العقد وبطبيعة الحال بعد توفر الأركان الأخرى من محل وسبب وتراضي بين المرقي العقاري والمشتري حول جميع المسائل الجوهرية،وبعد إيداع خمس الثمن بمرأى وبين يدي الموثق وذلك على عكس عقود الترقية العقارية الأخرى من عقد حفظ الحق

---

[1] يمكن الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد تناول هذا النوع من البيوع وهو بيع عقار مجدد وليس عقار جديد كما سبق الإشارة في المادة 26 من القانون رقم 11-04،الذي يعتبر عقد جديد نص عليه المشرع في قانون البناء والسكن ،وبموجب المادة 262-1 هو عقد يتعلق ببيع عقار أو جزء من عقار مبني ذات استعمال سكني أو مختلط، سكني ومهني،مع التزام البائع خلال وقت محدد في العقد بتنفيذ أشغال التجديد بصفة مباشرة أو غير مباشرة،مع تسلم مبلغ من النقود من المشتري قبل تسليم الأشغال.حيث أن البائع يقوم بنقل الملكية إلى المشتري فورا ،فينتقل إليه حقوق الأرض وملكية البناء،وهذا ما نصت عليه المادة 262-1 من قانون البناء والسكن سالفة الذكر،أما ملكية الأشغال والأعمال على المبنى فإنها تنتقل للمشتري تبعا لتقدم التنفيذ،لمزيد من التفاصيل:

Marianne Faure-Abbad، l'essentiel du droit de construction, 2007,Gualino éditeur,p 97.

وعقد البيع على التصاميم،فإنه يتم دفع المبالغ المتبقية من ثمن البيع وفقا لهاته الصيغتين أمام الموثق وهذا وفقا للمادة 257 من قانون التسجيل.[1]

بعد إفراغ العقد في قالب رسمي يقوم محرر العقد بتسجيله لدى مفتشية التسجيل من أجل استفاء حقوق التسجيل،لكن وفقا لما جاء في نص المادة 258 /5 من قانون التسجيل تعفى من رسم نقل الملكية العقود التي تتضمن بيع بنايات أو جزء من بنايات ذات الاستعمال السكني والمنجزة في إطار الترقية العقارية،وبما أن بيع عقار منجز المنصوص عليه في المادة 26 من القانون رقم 11-04 هو من عقود الترقية العقارية ،فيشمله هذا الإعفاء.

بالإضافة إلى تسجيل العقد لابد من شهره بالمحافظة العقارية لترتيب أثره العيني والذي هو نقل الملكية العقارية لفائدة المشتري وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 793 ق م.

إن عقد بيع العقار المنجز كغيره من عقود الترقية العقارية يخضع لإجراءات التوثيق والشهر العقاري مثله مثل البيع على التصاميم،في حين عقد حفظ الحق يبرم في شكل رسمي ويسجل لكن لا يشهر بالمحافظة العقارية نظرا لعدم اعتباره ناقلا للملكية ،فالملكية تنتقل بإبرام العقد النهائي.

3-عقد يرد على محل موجود:

إن عقد بيع عقار منجز هو من البيوع التقليدية ،يقع على عقار موجود بالفعل وليس مستقبلا،فالبيع وقع بعد اكتمال العقار وهو موجود وقت التعاقد،على غرار عقد البيع على التصاميم الذي يقع على عقار سيوجد مستقبلا.[2]

---

[1] تنص المادة 275 من قانون التسجيل على أنه:«أما في البيوع المنجزة في إطار الترقية العقارية ذات الطابع السكني أساسا،فإن المبالغ التي يجب دفعها بمرأى وبين يدي الموثق،هي المبالغ المتبقية من ثمن البيع الذي سبق تحديده في عقد حفظ الحق و/أو في دفتر الشروط أو في عقد البيع على التصاميم».

[2] تجدر الإشارة إلى أن هذا البيع على الرغم من اعتباره من البيوع العادية أي بيع عقار بعد تشييده، فإنه كغيره من عقود الترقية العقارية يخضع لنظام قانوني مزدوج،حيث يخضع لأحكام القواعد العامة في القانون المدني وكذا لأحكام قانون الترقية العقارية من حيث الضمانات والالتزامات المقررة لطرفي العقد ،نظرا لتنظيمه في هذا الأخير على الرغم من أن المشرع قد أفرد له مادة واحدة وهي المادة 26 منه،وثانيا نظرا لصفة البائع وهو المرقي العقاري والذي لا يعد بائعا عاديا.

بالتالي إذا أبرم العقد بعد اكتمال عملية البناء فإنه يعتبر عقد بيع عقار منجز ،أما إذا أبرم قبل البدء في أعمال البناء فإن البيع يعتبر في هذه الحالة إما أنه يتعلق بالأرض فقط ،وإما أنه يتعلق بعقار تحت الإنشاء يشيد على هذه الأرض،هذا الأخير الذي يشمل الأرض والبناء معا،هو العقار المستقبل الذي يمثل المحل لعقد واحد بيع على التصاميم.[1]

البند الثاني:عقد بيع عقار في طور الإنجاز

يتمحور عقد بيع العقار في طور الانجاز في عقد البيع على التصاميم وكذا عقد حفظ الحق،بالرغم من الاختلاف بينهما واستقلالية كل عقد عن الآخر،إلا أن القاسم المشترك بينهما هو محل العقدين،العقار الذي سيتم انجازه مستقبلا.

وبهذا ومن خلال هذا البند نتعرض إلى كل العقدين من خلال تبيان مفهومهما وكذا خصائصهما.

أولا- مفهوم عقد حفظ الحق وخصائصه:

يعد عقد حفظ الحق نمطا من أنماط البيوع التي أعاد تنظيمها القانون رقم11-04،وهذه الصيغة كذلك تتميز عن غيرها من عقود الترقية العقارية في الكثير من المسائل ،كما تقترب من بعض العقود والتي نظمها المشرع الفرنسي كما سنرى،وهي عقد البيع الآجل وعقد الحجز.

1-مفهوم عقد حفظ الحق:

لقد تطرق المشرع لعقد حفظ الحق بموجب القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية بمناسبة أخذه بنمط البيع الآجل وذلك في المادة 30 منه على أنه، «يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية».

[1] عياشي شعبان،عقد البيع على التصاميم دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة منتوري،كلية الحقوق،2011-2012،ص41.

وقد قام بتعريفه طبقا لنص المادة 34 من المرسوم رقم 86-38 المؤرخ في 04-03-1986 الذي يحدد شروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته ويضبط دفتر الشروط النموذجي[1]،بأنه عقد يلتزم بموجبه المترشح للملكية بإيداع ضمان باسمه يفتح لدى المؤسسة المالية المخولة،وبالمقابل يلتزم المكتتب بتبليغ المترشح للملكية مشروع عقد البيع قبل شهر من تاريخ توقيع عقد البيع النهائي.

وبصدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الذي ألغى القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية،لم يتضمن صيغة البيع الآجل الذي يجب أن يسبقه عقد حفظ الحق باعتباره عقد تمهيدي وابتدائي، وجاء بصيغة جديدة للبيع وهي عقد البيع على التصاميم الذي له أحكامه الخاصة.

غير أنه بصدور القانون رقم 04-11 والذي ألغى المرسوم التشريعي رقم 93-03،عاد ونص على عقد حفظ الحق من جديد،وقد عرفه في المادة 27 منه على أنه: «عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور الإنجاز لصاحب حفظ الحق فور إنهائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير،يودع مبلغ التسبيق المدفوع من طرف صاحب حفظ الحق في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون،يحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم».

ويلاحظ من خلال هذه المادة ،أن عقد حفظ الحق هو عقد ملزم للجانبين،يتضمن التزام المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر انجازه أو بناؤه مستقبلا ،مع دفع ضمان من طرف المشتري المستقبلي لدى هيئة الضمان في إطار الترقية العقارية،ويتم بعدها تحرير العقد النهائي المكرس للبيع ويتم تسديد السعر النهائي للعقار المحفوظ،وهذا طبقا لنص المادة 33 من القانون رقم 11-04.

وقد أخذ المشرع الجزائري في تعريفه لعقد حفظ الحق بالتعريف الفرنسي بخصوص عقد بيع العقار الآجل والذي يعتبر عقد من العقود المستقلة ،ويتضمن بيع عقار في طور الانجاز،كما أخذ بالتعريف المتعلق بالعقد التمهيدي أو الابتدائي والذي يسبق إحدى العقود المتضمنة بيع العقار في طور الانجاز والتي هي البيع الآجل أو بيع العقار وفقا للحالة المستقبلية.

[1] ج ر،ع مؤرخة في 05-03-1986.

وقد عرف البيع الآجل على أنه عقد يلتزم بموجبه البائع بتسليم عقار مقرر بناؤه،مع التزام المشتري بتسلمه ودفع الثمن وقت التسليم ــ ويتم ذلك بعقد رسمي ويفرز آثاره بأثر رجعي من تاريخ البيع،وهو ما نصت عليه المادة1601-02 ق م ف، والمادة 261-2 من قانون البناء والسكن.[1]

كما أخذ بنفس الوقت بتعريف العقد التمهيدي أو الابتدائي أو عقد الحجز كما أشرنا سابقا الذي يسبق صيغة وشكل بيع الآجل أو بيع العقار وفقا للحالة المستقبلية ،على أنه عقد يلتزم بموجبه البائع بحجز عقار أو جزء من عقار مقرر بناؤه للمشتري ،مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير باسمه في حساب خاص مفتوح باسمه لدى بنك أو مؤسسة مالية مخصصة لهذا الغرض أو لدى الموثق [2]،تحت طائلة بطلان العقد،ويكرس بإبرام عقد نهائي للبيع.

وبالتالي هنا يطرح التساؤل،هل يعتبر عقد حفظ الحق العقد الابتدائي أو عقد البيع الآجل؟

وكما أشرنا سابقا أن المشرع قد نظم ثلاث أنواع من العقود المستقلة في إطار الترقية العقارية،عقد بيع عقار منجز نص عليه في المادة 26 ،وعقد بيع عقار على التصاميم في المادة 28 ،أما في المادة 27 فقد نص على عقد حفظ الحق الذي يلتزم بموجبه البائع بتسليم العقار المقرر بناؤه مستقبلا،و بالرجوع إلى نص المادة 33 من نفس القانون فقد أكد على ضرورة إبرام العقد النهائي الذي يكرس البيع ،مقابل التسديد الكلي لسعر البيع،ويتم تحويل الملكية بموجب عقد موثق،وبهذا فهو يقترب أكثر بكثير من عقد البيع الآجل المنصوص عليه في القانون الفرنسي باعتباره عقد مستقل ،وعقد حفظ الحق عقد مستقل ولا يسبق أي عقد كما كان منظما في ظل القانون رقم 86-07 الملغى.

ب-خصائص عقد حفظ الحق:

من خلال التعاريف السابقة نستخلص أن لعقد حفظ الحق عدة خصائص ،وهذه الخصائص تقربه أكثر من البيع الآجل الذي يعتبر إحدى عقود البيع في طور الإنجاز في التشريع الفرنسي،حيث يعتبر عقد مستقل،كما تقربه من عقد الحجز أو العقد الابتدائي الذي يسبق عقود البيع في طور الانجاز،مع بعض الاختلافات:

[1] Marianne Faure-Abbad ,Op.cit, p 76.
[2] Corinne Saint-Alary-Houin,Droit de la construction,10 édition-2013,Dalloz, p 117.

ب.1-عقد حفظ الحق عقد ملزم للجانبين:

إن عقد حفظ الحق من العقود التبادلية والملزمة للجانبين،حيث يرتب التزامات على عاتق طرفيه صاحب حفظ الحق والمرقي العقاري،فيقع على صاحب حفظ الحق التزام وهو إيداع مبلغ نقدي كضمان في حساب مفتوح باسمه لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون،و قد ضبط المشرع الجزائري[1] مبلغ الضمان حيث لا يتجاوز عشرين بالمائة %) (20 من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين[2].وما يلاحظ هنا أنه أخذ بنفس النسبة المؤوية التي اعتمدها المشرع في القانون رقم 86-07 المتعلق بالترقية العقارية سالف الذكر في مادته 34.

أما التزام المشتري بتسديد بقية ثمن البناية،بطبيعة الحال هو كنتيجة لقيام البائع بإبرام العقد النهائي لصالحه واستمرار المشتري في عملية البيع وحتى المرقي العقاري،وكأصل عام لا يوجد ما يلزم المشتري في استكمال عملية الشراء هذه حيث يمكنه التراجع عن ذلك،رغم أنه قام بدفع التسبيق كما أشرنا سابقا،فيمكنه طلب فسخ العقد وكما أشارت المادة 32 /2 من القانون رقم 11-04 خلال مرحلة إنجاز المشروع العقاري.

إن البائع يكون مهددا بعدم دفع الثمن من طرف المشتري عند الانتهاء من البناء، لسبب أو لآخر ربما لإفلاسه أو غير ذلك،وبالتالي لا يوجد ضمانات له تكفل له حقه على عكس المشرع الفرنسي الذي أجاز للبائع أن يطلب دفع وديعة كضمان خلال عملية البناء،ويتم إيداعها في حساب خاص مفتوح باسم المشتري وذلك وفقا لنص المادة 12- 261 .L من قانون البناء والسكن،على أن

---

[1] أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد حدد مبلغ الضمان الذي يلتزم به المشتري في العقد الابتدائي-عقد الحجز- في المادة re 261-28 من قانون البناء والسكن والذي لا يتجاوز:

-5 % من الثمن التقديري للبيع وذلك في حالة ما إذا كانت مدة تنفيذ البيع أقل من سنة.

-2%من الثمن التقديري للبيع إذا كانت مدة تنفيذ البيع لا تتجاوز سنتين.

-لاضمان إذا كانت المدة تتجاوز السنتين.

L'article re 261-28 CCH énonce :« Le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5% du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an ; ce pourcentage est limité à 2% si ce délai n'excède pas deux ans. Aucun dépôt ne peut être exigé si ce délai excède deux ans».

[2] هذا ما نصت عليه المادة 52 من القانون رقم 11-04 على أنه :«في حالة عقد حفظ الحق لبناية أو جزء من بناية،يتعين على صاحب حفظ الحق دفع تسبيق نقدي للمرقي العقاري وفقا لأحكام المادة 27 أعلاه،لا يتجاوز عشرين بالمائة (20 %) من السعر التقديري للعقار كما تم الاتفاق عليه بين الطرفين.».

المبالغ المودعة في هذا الحساب لا يجوز الحجز عليها،بل يحتفظ بها البنك إلى أن يصله إشعار من كاتب العدل أو المحكمة بأن البناء قد اكتمل ،فإن حصل هذا يتم دفع هذه المبالغ للبائع.وبهذا فاتفاق الأطراف على إلزام المشتري بإيداع ما يسمى بوديعة الضمان في أحد البنوك قبل التسليم،فيه حماية للبائع حتى يستطيع استيفاء الثمن منها حتى ولو أفلس المشتري.[1]

وتجدر الإشارة إلى أن المشتري يسترد ما دفعه عند طلبه فسخ العقد خلال مرحلة انجاز المشروع العقاري،فيستفيد المرقي العقاري من اقتطاع بنسبة 15% من هذا التسبيق المدفوع،أما بعد الانتهاء من انجاز المشروع وطلب صاحب حفظ الحق فسخ العقد وعدم الشراء،وتطبيقا للقواعد العامة إذا رفض صاحب حفظ الحق إبرام عقد البيع فقد هذا التسبيق ليس له أن يسترده،أما إذا لم يتم البيع بفعل المرقي فإن للمشتري استرداد ما دفعه.[2]

بالإضافة إلى ما سبق و طبقا للمادة 27 من القانون رقم 11-04،يلتزم المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور الإنجاز لصاحب حفظ الحق فور إنهائه، وهو كتحصيل حاصل لحجز البناية للمشتري،والتزامه بتحرير العقد الناقل للملكية،حيث يقوم البائع بالحجز للمشتري العقار أو الجزء من العقار،وبالنتيجة التزامات الحاجز –المرقي–محدودة،فهو يلتزم فقط بحجز عقار لمشتري محتمل،ومنه يمكن القول أنه لا يمكنه بيعها للغير في حالة تحقق المشروع.[3]

ب.2–عقد حفظ الحق غير ناقل للملكية:

إن الملكية لا تنتقل بموجب عقد حفظ الحق باعتباره لا يرتب سوى التزامات شخصية فقط ،وإنما تنتقل بموجب ابرام العقد النهائي الذي يبرم لدى الموثق ويشهر بالمحافظة العقارية،وقد ألزم المشرع المرقي العقاري في نص المادة 33 من القانون رقم 11-04 بإعداد العقد النهائي خلال 3

[1] أحمد إبراهيم الحياري، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء،دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني،مجلة الحقوق، جامعة الكويت ،ع الرابع،السنة 33،ديسمبر 2009،ص 310.

[2] نفس المرجع، ص 303.

[3] C. Dreveau,Dalloz actualité, Éditions Dalloz 2016, p 32 .

أشهر كحد أقصى من الاستلام المؤقت للبناية [1]محل عقد حفظ الحق،وذلك من أجل عدم التماطل في نقل الملكية وتسليم البناية،وبطبيعة الحال مقابل التسديد الكلي لسعر البناية.[2]

تجدر الإشارة إلى أن المرقي العقاري يبقى مالكا للعقار محل حفظ الحق خلال فترة مابين ابرام عقد حفظ الحق ومرحلة نقل الملكية بإبرام العقد النهائي،فباعتبار أنه مازال محتفظ بسلطاته كمالك يمكن أن تصدر منه تصرفات تؤثر على حقوق المشتري وتضر به،ولهذا السبب قد كرس المشرع الفرنسي على عكس مشرعنا انتقال الملكية بأثر رجعي من تاريخ إبرام العقد في عقد البيع الآجل طبقا لنص المادة 2/1601 ق م ف ، إدراكا بخطورة ما قد يتعرض له المشتري في تلك الفترة ،وإعمالا للأثر الرجعي للعقد فملكية البائع في تلك الفترة الواقعة ما بين تاريخ العقد وكذا تاريخ نقل الملكية تزول بأثر رجعي،ويعتبر كأنه لم يتملك أصلا وإذا تصرف فإنه يكون قد تصرف في ملك الغير لما يترتب على ذلك من آثار قانونية.

وهناك من يرى على أنه يترتب على الأثر الرجعي للملكية،عدم نفاذ تصرفات التي يكون قد أجراها البائع على البناء المبيع خلال هذه الفترة بحق المشتري والتي تضره،أما التصرفات النافعة كالتأمين على المبيع لمصلحة المشتري فتكون نافذة.[3]

ب.3-عقد حفظ الحق هو عقد رسمي:

إن عقد حفظ الحق كغيره من عقود الترقية عقد رسمي يتم إبرامه لدى الموثق،لأنه متعلق بملكية عقارية على الرغم من أنه غير ناقل للملكية، و يجب أن يتضمن هذا العقد وفقا لما نصت عليه

---

[1] وفقا لنص المادة 3 من القانون رقم 11-04 سالف الذكر،يعرف الاستلام المؤقت على أنه،محضر يتم إعداده والتوقيع عليه بين المرقي العقاري والمقاول بعد انتهاء الأشغال.

[2] تنص المادة 31 من القانون 11-04 على أنه:«يتم تحويل ملكية عقار موضوع عقد حفظ الحق عند تاريخ التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ، ويجب إعداد عقد البيع أمام الموثق طبقا للتشريع المعمول به».

[3] أحمد إبراهيم الحياري،المرجع السابق،ص 311.

المادة 30 من القانون رقم 11-04 أصل ملكية الأرضية [1] ،ورقم السند العقاري عند الاقتضاء، ومرجعيات رخصة التجزئة،وشهادة التهيئة والشبكات وكذا تاريخ ورقم رخصة البناء.

وقد حدد المرسوم التنفيذي رقم 13-431 المؤرخ في 18-12-2013 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها[2]،نموذجا لهذا العقد والذي يتم التقيد به من طرف الموثقين.

تجدر الإشارة إلى أن هذا العقد يخضع للتسجيل فقط،على عكس عقد حفظ الحق في فرنسا لابد من أن يتم في شكل مكتوب لكن لا يسجل.[3]

ثانيا-تعريف عقد البيع على التصاميم وخصائصه:

يعد عقد البيع على التصاميم من أهم البيوع التي نظمها المشرع بموجب القانون رقم 11-04 سالف الذكر،حيث يعتبر في الجانب العملي من أكثر البيوع التي يعتمد عليها المرقين من أجل تسويق سكناتهم كالسكن الترقوي المدعم،وكذا إقبال عليها من طرف الأشخاص لاقتناء السكنات،أولا لأنه من خلاله يستطيع المرقي العقاري الحصول على التمويل المسبق بمجرد إبرام هذا العقد ،والذي يكون على فترات تتعلق بتقدم الأشغال،وثانيا يوفر حماية قانونية أكثر للمشتري لأن الملكية تنتقل له تبعا لتقدم الأشغال وتنتقل له ملكية الأرض بمجرد إبرام العقد.

---

[1] قد يكون المرقي العقاري مالكا للأرض المرد البناء عليها بسند رسمي وقد يكون قد تحصل عليها بموجب امتياز على قطعة أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لعملية الترقية العقارية ذات الطابع التجاري،وذلك مثلا في إطار المرسوم رقم 15-281،الذي يحدد شروط منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي الخاصة التابعة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري،والذي نظم مثل هذه العقود التي يحصل بموجبها مرق عقاري على أرض بموجب امتياز قابل للتحويل إلى تنازل،حيث يخول له بموجب عقد الامتياز الحصول على رخصة البناء والحصول على قرض بموجب رهن عقاري على الحق العيني العقاري الناتج عن الامتياز ،حيث لا يحول هذا الامتياز إلى تنازل إلا بعد الانجاز الفعلي للمشروع، طبقا لدفتر الشروط والحصول على شهادة المطابقة،وهكذا وفي إطار البيع على التصاميم فإن الحقوق العينية المرتبطة بالامتياز على القطعة الأرضية الممنوحة للمستفيدين تحول بصفة تلقائية إلى حق ملكية لفائدة الملاك المشتركين وذلك فور شهر عقد تحويل الامتياز إلى تنازل بالمحافظة العقارية.

[2] ج ر،66،المؤرخة في 25-12-2013.

[3] Corinne Saint-Alary-Houin, Op.cit ,p 117.

وبهذا سوف نتطرق للتعريف بهذه الصيغة وخصائصها.

1-تعريف عقد البيع على التصاميم:

قد أشار القانون رقم 86-07 لعقد البيع على التصاميم في الفصل السادس منه تحت تسمية عقد حفظ الحق[1]،حيث لم يعالجه معالجة دقيقة ومفصلة،غير أنه بصدور المرسوم التشريعي رقم 93-03 اكتملت ملامح هذا العقد،وحاول المشرع التفصيل في هذا العقد،لكنه لم يعرف هذه الصيغة السكنية.[2]

أما بالرجوع إلى القانون رقم 11-04 فقد عرف هذا العقد من خلال نص المادة 28 منه،على أنه:«عقد البيع على التصاميم لبناية أو جزء من بناية مقرر بناؤها أو في طور البناء،هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البناءات من طرف المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز».

لكن ما يلاحظ هنا انه لم يعرف عقد البيع على التصاميم وإنه تطرق إلى التزامات طرفي العقد من مرقي عقاري والمكتتب،وهو التزام المرقي بتحويل ملكية البناية أو جزء منها إلى المشتري مع تقدم الأشغال ،وفي المقابل التزام المشتري أو المكتتب بدفع السعر للمرقي ،وهما نفس الالتزامات المعروفة في عقد البيع بصفة عامة.

أما المشرع الفرنسي والذي كان سباقا في تعريفه لعقد البيع المقرر بناؤه أو أثناء الإنجاز في نص المادة1-1601 المضافة إلى القانون المدني بموجب القانون رقم 67-3 الصادر بتاريخ 03-01-1967 الذي نظم عقد بيع العقارات المقرر بناؤها بأنه: «بيع العقار المقرر بناؤه هو الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء عقار خلال مدة يحددها العقد».

---

[1] وذلك في نص المادة 2/29 من هذا القانون: « يمكن للمكتتب لانجاز إحدى عمليات الترقية العقارية الذي يستوفي قانونا جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها،أن يقترح البيع بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير.».

[2] تنص المادة 09 من المرسوم التشريعي93 /03 على أنه:«يمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشترين بناية أو جزء من بناية قبل إتمام الإنجاز شريطة تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية كما تنص على ذلك المواد 10،11،17، 18أدناه وفي هذه الحالة تستكمل صيغة المعاملة التجارية بعقد البيع على التصاميم وتكون خاضعة للأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل».

ويلاحظ من خلال هذا التعريف قد تضمن عنصرين أساسيين لهذا العقد،بحيث لا يوجد عقد البيع على التصاميم بدونهما أو بدون أحدهما،وهو التزام البائع بالبناء والمدة التي يقام خلالها البناء[1]،فالبائع يتعين عليه وقبل كل شيئا إيجاد العقار المتعاقد عليه خلال المدة المحددة في العقد،ثم يقوم بعد ذلك بنقل ملكيته للمشتري.

ومن خلال ما سبق فعقد البيع على التصاميم هو عقد وارد على عقار غير مبني لم يتم إنجازه بعد،على خلاف عقد البيع العادي الذي يمكن أن يرد على عقار مبني أو غير مبني،ويكمن الاختلاف بينها في أن نقل الملكية في عقد البيع العادي تتم بأثر مباشر،على عكس عقد البيع على التصاميم الملكية تنتقل فيه بعد إتمام العقار في الأجل المتفق عليه وفقا للمواصفات المطلوبة ،مقابل تسديد السعر مع تقدم أشغال البناء.[2]

2-خصائص عقد البيع على التصاميم:

يتميز عقد البيع علة التصاميم بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من عقود الترقية العقارية:

---

[1] عياشي شعبان،خصائص عقد البيع على التصاميم،مجلة العلوم الإنسانية،ع 48،المجلد ب،جامعة الإخوة منتوري،قسنطينة،ص 160.

[2] كذلك إن عقد البيع على التصاميم على خلاف عقد البيع العادي ،لا يمكن أن يبرم إلا من طرف أشخاص خول لهم القانون أهلية إبرام هذا النوع من العقود وهم المرقين العقارين،بالإضافة إلى هذا فلا يمكن كذلك شراء عقار في إطار البيع على التصاميم ما لم تتوفر فيه شروط معينة خاصة في البيع الترقوي المدعم باعتباره الأكثر شيوعا ويتم تسويقه حسب صيغة البيع على التصاميم وهذا ما نصت عليه المادة 71 من القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 14 ماي 2011 الذي يحدد الخصائص التقنية والشروط المالية المطبقة على إنجاز السكن الترقوي المدعم،أما الترقوي الحر وغير المدعم فالاستفادة منه تتم دون شروط،بمعنى كل منه القدرة على الدفع المسبق،والقدرة المالية لدفع الأقساط الباقية،يستطيع شراء وحدة سكنية على البيع على التصاميم وفقا لهذه الصيغة،مع إمكانية حصوله على قرض من البنك،وأهم ما يتميز به هذا النوع من البيع بالنسبة للمشتري،هو حرية هذا الأخير في اختيار نوع السكن الذي يرغب في شراءه ومكان تواجده.

أ-عقد البيع على التصاميم عقد رسمي:

إن عقد البيع على التصاميم كغيره من العقود يخضع للقواعد العامة ،فيكفي أن يتفق المتعاقدان على العناصر الجوهرية والأساسية للعقد،الشيء المبيع والثمن وكذا الاتفا ق على العناصر الأخرى من تحديد أجل التسليم وكذا كيفيات دفع الثمن،بالإضافة إلى ذلك لابد من تحريره في شكل رسمي لدى الموثق وفي قالب خاص-نموذج- حدده المشرع بموجب المرسوم رقم 13-431 سالف الذكر،يكرس اتفاق الطرفين المكتتب والمرقي العقاري،والذي يتضمن إضافة إلى البيانات العادية والمألوفة،بيانات إلزامية،كما نص المشرع في المرسوم المذكور أعلاه أن يرفق هذا العقد يرفق بالوثائق المرجعية التالية:

-عقد ملكية الوعاء العقاري،المعد باسم المرقي العقاري،وبهذا فلابد للمرقي أن يملك الوعاء العقاري المراد البناء عليه،ولكن نظرا لصعوبة الحصول على وعاء عقاري وبالخصوص ارتفاع قيمتها وتكلفتها،يمكن للمرقي العقاري الحصول على وعاء عقاري في إطار منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل بعد انجاز المشروع العقاري كما أسلفنا الذكر،وذلك في إطار الترقية العقارية التجارية.

-الرخص العمرانية:إن المرقي العقاري باعتباره ملزم بالبناء فإنه يقوم باحترام النظام العمراني،وذلك من أجل توفير سكنات احترمت فيها معايير الرفاهية والجمالية ومعايير التعمير،ومن بين هذه الرخص،رخصة التجزئة،رخصة البناء.[1]

-كما أضاف المرسوم 13-431 سالف الذكر،إيداع لدى الموثق نظام الملكية المشتركة والجدول الوصفي للتقسيم والمخططات المرفقة به معدة طبقا للتنظيم المعمول به.

[1]وصل الأمر ببعض المرقين بإقامة مشاريع سكنية على أراضي غير مملوكة لهم ودون حصولهم على رخصة البناء،الأمر الذي أدى بالسلطات العمومية إلى تدخلها واتخاذ قرارات الهدم،كما وصل الأمر في بعض الولايات إلى حد حصولهم فقط على شهادات إدارية من مديرية أملاك الدولة فقط من أجل الحصول على رخصة البناء،غير أن صندوق الكفالة لا يوافق على التأمين مما يحرم المشتري من التعويض،كما أنه لا يمكن نقل الملكية إلى المشتري ،لذلك بقيت كثير من الوضعيات معلقة،ولم يجد لها القضاء أساسا قانونيا لإقرار حقوق المشترين.

-ضمان من صندوق الكفالة المتبادلة لنشاط الترقية العقارية.

فقبل اختتام هذا العقد يقوم الموثق بقراءة على الأطراف أحكام هذا العقد،و الالتزامات الملقاة على المرقي العقاري من التزامه بتسيير الملكية المشتركة خلال مدة سنتين من تاريخ بيع آخر جزء بالبناية،وكذا الضمان العشري وضمان حسن التنفيذ.

بالإضافة إلى إبرام عقد البيع على التصاميم وفقا لهذا النموذج،لدى الموثق وإخضاعه للشهر العقاري،فقد نصت المادة 34 من القانون 11-04 سالف الذكر على أنه،يتم عقد البيع على التصاميم بمحضر يحرر وجاهيا بذات مكتب التوثيق الذي حرر العقد،من أجل معاينة الحيازة الفعلية من طرف المكتتب وتسليم البناية من طرف المرقي العقاري.

وبالتالي يلاحظ على أنه هناك تناقض على ما نص عليه المشرع في المادة 1/34 على أنه يخضع العقد للشكل الرسمي وهذا ما يتضح بأنه بيع تام وناجز،في حين هناك ما يناقضه في نفس المادة فقرة 3 باستعماله عبارة- يتم بمحضر-،وبالتالي كأنه تكملة لما هو ناقص،في حين أن هذا المحضر ماهو إلا محضر تنصيب يبرز التطابق ما بين البناء المتفق عليه والبناء المسلم،فهذا المحضر يحرر تلو البيع وليس تتمة له،وما يدعم قولنا حيث أن هذا المحضر لا يخضع لإجراءات الشهر العقاري.

ب-عقد البيع على التصاميم عقد ناقل للملكية:

إن عقد البيع على التصاميم على خلاف عقد حفظ الحق عقد نهائي ناقل لملكية العقار إلى المشتري،أي يرتب التزامات عينية على خلاف عقد حفظ الحق الذي يرتب التزامات شخصية فقط.

والحقيقة هو أن الملكية لا تنتقل كاملة ودفعة واحدة إلى المشتري بمجرد إبرام العقد وشهره ،لأن البناية محل العقد لم تنجز بعد ولم تسلم بعد وإلا كان البيع عاديا،وإنما تنتقل تدريجيا وعبر مراحل،ففي مرحلة إبرام العقد وشهره ينتقل فقط عنصر من عناصر الملكية وهي ملكية الرقبة دون حق الانتفاع ذلك أن البناية غير موجودة في هذه المرحلة،وفي المرحلة الثانية والتي تتحقق بعد انجاز

البناية وتسليمها ينتقل العنصر الثاني من عناصر الملكية وهو حق الانتفاع [1] ،وهذا ما يستشف من قراءة نص المادة 28 من القانون رقم 11-04 سالفة الذكر.

البند الثالث:مسؤولية المرقي العقاري بين القواعد العامة والخاصة

إن عقود الترقية العقارية لها قواعد خاصة تحكمها في مجال مسؤولية المرقي العقاري ،سواء في مرحلة الانجاز وذلك في حالة عدم قيامه بإنجاز المشروع العقاري ،أو التأخر في انجازه، أو خلال مرحلة ما بعد الانجاز وهو بما يسمى بالضمان القانوني الخاص،على عكس القواعد العامة في المسؤولية.

ومن هنا يطرح التساؤل هل أن المشرع عندما وضع مسؤولية خاصة للمرقي العقاري ومن في حكمه،قصد استبعاد قواعد المسؤولية العقدية التقصيرية،كلما توافرت شروط هذه المسؤولية الخاصة؟،وهل في حالة تخلف قواعد الضمان الخاص يتم إعفاء المرقي العقاري ومن في حكمه من كل مسؤولية عن عيوب البناء ويمنع المستفيد من الحصول على التعويض؟و ما مدى صمود مسؤولية المرقي العقاري وفقا للقواعد العامة في مواجهة ما قرره قانون الترقية العقارية من مسؤولية خاصة،وما هي حدود المسؤولية الخاصة؟

أولا- مسؤولية المرقي العقاري الخاصة خلال مرحلة الانجاز:

تقوم مسؤولية المرقي العقاري خلال مرحلة إنجاز المشروع العقاري في حالة عدم قيامه بإنجاز البنايات خلال المدة المحددة ووفقا للمواصفات المطلوبة،فهو مطالب بتحقيق النتيجة المطلوبة ولا يكفي بذل العناية اللازمة وإلا تتحقق مسؤوليته،ولا يستطيع نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تحقيق النتيجة المطلوبة.

[1] تسبية أعمر،الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق،تخصص القانون الخاص،جامعة أدرار،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2018-2019،ص 133.

ومشتري العقار في إطار عقد البيع على التصاميم معرض لمثل هذا الخطر ،وهو عدم قيام المرقي بإتمام الانجاز،ولهذا فقد جاء القانون رقم 11-04 بضمانة لحماية المشتري وهو صندوق الضمان والكفالة المتبادلة،حيث يضمن هذا الصندوق إتمام الإنجاز وضمان الاسترداد.[1]

ويعتبر ضمان إتمام الإنجاز عقد يبرم بين المرقي العقاري-المدين-وبين صندوق الضمان والكفالة المتبادلة -الغير الضامن-يلتزم بموجبه هذا الأخير في مواجهة المشتري -الدائن -وبالتضامن مع المرقي العقاري بدفع المبالغ اللازمة لتمام إنجاز العقار ،وذلك في حالة سحب الاعتماد منه المؤقت[2] أو السحب النهائي[3]،وكذا السحب التلقائي.[4]

---

[1] حيث أن المشرع الفرنسي فرض على البائع أن يعرض على المشتري أحد نوعين من الضمانات ،ضمان الاسترداد وضمان تمام البناء ،وهذا الأخير يتعلق بتمويل أعمال البناء،والتي تضمن للمشتري وجود أموال كافية لإتمام هذه الأعمال،وقد تكون خارجية وذلك بفتح اعتماد أو كفالة تضامنية،يلتزم بموجبها بنك أو مؤسسة مالية بتقديم المال اللازم لإتمام البناء في حالة عدم قدرة البائع على تنفيذ هذا الالتزام،أما الضمانات الداخلية وتتمثل في وجود شروط في العقد خاصة بعملية البناء ويكون من شأنها تسهيل هذه الأعمال وإنهاؤها على الوجه الأكمل،فوجود هذه الشروط من شأنه أن يطمئن المشتري ويدعوه إلى إبرامه: أحمد إبراهيم الحياري،المرجع السابق،ص 314 و315.

[2] وفقا لنص المادة 64 من القانون 11-04:«يمكن أن يتعرض المرقي العقاري إلى العقوبات الإدارية الآتية:
السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز 6 أشهر:
-في حالة تقصير المرقي العقاري في التنفيذ الجزئي وغير المبرر لالتزاماته تجاه المقتنين.
-في حالة عدم احترام المرقي العقاري لقواعد أخلاقيات المهنة.
-في حالة تقصير المرقي العقاري في التزاماته كما هي محددة بموجب أحكام هذا القانون والنصوص التطبيقية المتخذة لتطبيقه».

[3] وفقا لنص المادة 64 المذكورة أعلاه فالسحب النهائي للاعتماد يكون:
-في حالة عدم استفاء المرقي العقاري الشروط التي مكنته من الحصول على الاعتماد.
-في حالة تجاهل المرقي العقاري وعن قصد وبصفة خطيرة ومتكررة للالتزامات الملقاة على عاتقه.
-إذا أنهى المرقي العقاري نشاطه دون مبرر ودون إخطار مسبق للسلطة التي سلمته الاعتماد.
-إذا قصر المرقي العقاري في التزاماته كما تم الاتفاق عليها تجاه الدولة والمقتنين وشركائه.

[4] أما السحب التلقائي فإنه يكون في الحالات التالية:
-في حالة وفاة المرقي العقاري.
-إذا كان المرقي العقاري موضوع عجز جسماني أو عقلي يمنعه من القيام بالتزاماته.
-إذا كان المرقي العقاري موضوع حكم بسبب غش ضريبي.
-إذا كان المرقي العقاري موضوع تصفية قضائية.

ويتحدد نطاق ضمان إتمام الإنجاز،بتكليف مرقي عقاري آخر بدلا عن المرقي العقاري الأصلي المخل بالتزاماته في حدود التسديدات التي دفعها المقتني،وذلك بالنسبة للبنايات التي تمت تغطيتها بضمان إتمام الانجاز والتي أنجزت أساساتها فقط ،وهذا وفقا للمرسوم رقم 14-181 المؤرخ في 05 يونيو 2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك[1]،في المادة 2/10 منه.

أما ضمان الاسترداد فهو عقد يبرم بين المرقي العقاري المدين وصندوق الضمان والكفالة المتبادلة-الغير الضامن-يلتزم بموجبه هذا الأخير بالتضامن مع المرقي العقاري بأن يدفع للمشتري المبالغ التي دفعها هذا الأخير للمرقي العقاري في شكل تسبيقات بعنوان البيع على التصاميم بالنسبة للبنايات التي لم تنجز أساستها ،وبهذا فهو يلتزم بتعويضهم في حدود التسديدات التي قاموا بدفعها للمرقي المخل بالتزاماته،وبذلك يتخلى المقتني لفائدة الصندوق عن حقوقه المتعلقة بالملك العقاري موضوع عقد البيع على التصاميم.[2]

وإذا قام الصندوق برد المبالغ المدفوعة للمرقي العقاري من قبل المشترين في حالة تصفيته قضائيا،فإن الصندوق يحل محل المشترين قانونا في رجوعه على المرقي العقاري محل التصفية القضائية أو المفلس،ويكون رجوعه مضمونا بحق امتياز الصف الأول،في حدود ديون المقتنين.[3]

ثانيا-مسؤولية المرقي الخاصة بعد انجاز البناية:

بعد انجاز البناية من قبل المرقي العقاري يترتب عليه التزامات أخرى،ومن بينها الالتزام بالتسليم البناية في الآجال المحددة،ويثبت ذلك بمحضر يحرر حضوريا أمام نفس مكتب التوثيق قصد المعاينة الفعلية وتسليم البناية،وهذا ما نصت عليه المادة 2/34 من القانون رقم 11-04،ولا تتم حيازة البناية إلا بعد استصدار شهادة المطابقة ،والتي تعتبر حماية للمرقي العقاري على أنه قد أنجزت البناية وفقا للمواصفات القانونية وقابلية المسكن للاستغلال.

---

[1] ج ر،ع 37،المؤرخة في 19 يونيو 2014.

[2] وهذا ما تنص عليه المادة 07 من المرسوم رقم 14-182 سالف الذكر.

[3] هذا ما تنص عليه المادة 2 من المرسوم رقم 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل المقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك.

وإذا أخل المرقي بالتزامه بالتسليم أو التأخر في التسليم يمكن وفقا للقواعد العامة مطالبته بتنفيذ التزامه متى كان ذلك ممكنا،ويمكن إجباره عن طريق الغرامة التهديدية طبقا للمادة 174 ق م[1]،كما تضمن المرسوم رقم 13-431 في مادتيه 4 و 5 جزاء للمرقي العقاري المتأخر في عملية التسليم ،وهو فرض غرامات مالية عن كل يوم يتأخر فيه المرقي العقاري على أن لا تتجاوز نسبة 10% كحد أقصى،ولابد للمقتني إثبات الإخلال بالالتزام بالتسليم في الأجل المتفق عليه وذلك بمحضر يعده المحضر القضائي.

وإذا كان عدم التسليم راجعا لهلاك البناية لسبب لا يد للبائع فيه فهنا طبقا للقواعد العامة وفقا للمادة 369 ق م،يسقط البيع ويسترد المشتري الأقساط التي دفعها.

ويمكن الإشارة إلى أنه بعد تسليم البناية تترتب على عاتق المرقي العقاري مسؤولية خاصة على خلاف مسؤوليته العقدية أو التقصيرية وفقا للقواعد العامة،وقد اشترط المشرع شروطا معينة لانعقادها لاسيما من حيث نطاق هذه المسؤولية،والتي تتمثل في كل من المسؤولية العشرية والمسؤولية عن كمال الانجاز والمسؤولية عن حسن عناصر التجهيز.

1-مسؤولية المرقي العقاري العشرية:

قد أقر المشرع صراحة من خلال نص المادة 26 من القانون رقم 11-04 مسؤولية المرقي العقاري خلال مدة عشر سنوات[2]،كما نص بموجب المادة 46 من نفس القانون على مسؤولية

---

[1] وفقا لنص المادة 174 ق م : «إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه،جاز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية أن امتنع عن ذلك.
وإذا رأى القاضي أن مقدار الغرامة ليس كافيا لإكراه المدين الممتنع عن التنفيذ جاز له أن يزيد في الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة».

[2] تنص المادة 26 على أنه:«غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة كاملة.».

كل ممن يرتبط بالمرقي بموجي عقد من مقاول مكتب الدراسات والمتدخلين الآخرين [1]،ويلتزم المرقي هنا بمطالبتهم بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة بموجب المادة 2/49[2].

وقد عمم المشرع نطاق هذه المسؤولية إلى جانب المرقي العقاري إلى كل متدخل في المشروع العقاري،حتى أنهم يتحملون ذلك بالتضامن بينهم مسؤولية تضامنية،وهذا ما نصت عليه المادة 30 الواردة في دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري من المرسوم رقم 12-85 المؤرخ في 20-02-2012 الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري سالف الذكر.[3]

وبهذا يطرح التساؤل هل تضامنهم في المسؤولية أم في الضمان ؟لأن معرفة ذلك يرتب عدة نتائج كما سنرى؟

إن التضامن في المسؤولية لا يقوم إلا إذا كان كل واحد من المسؤولين قد ارتكب خطأ،وأن يكون الخطأ الذي ارتكبه كل منهم سببا في إحداث الضرر،وأن يكون الضرر الذي أحدثه كل منهم بخطئه هو ذات الضرر الذي أحدثه الآخرين[4]،وبالتالي يلزم إذن وحدة الضرر واشتراك كل المسؤولين في إحداثه.[5]

وتطبيقا لذلك إذا اعتبرنا تضامن المرقي العقاري ومكتب الدراسات والمقاولين والمقاولين الفرعيين وغيرهم هو تضامن في المسؤولية،فإن هذا التضامن لن يقوم إلا إذا كان الخطأ مشتركا بينهما،أما إذا صدر الخطأ من أحدهم فإن الرجوع لا يكون إلا عليه وحده،وهذا ما تعبر عليه المادة 30

---

[1] تنص المادة 46 على أنه:»تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكتب الدراسات والمقاولين المتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد في حالة زوال كل البناية أو جزء منها من جراء عيوب في البناء ،بما في ذلك جراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس.».

[2] والتي نصت على ما يلي: «يتعين بهذه الصفة مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركاؤه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة».

[3] تنص المادة 30 على أنه:«...يتحمل المرقي العقاري خلال مدة 10 سنوات،مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر في حالة سقوط البناية كليا أو جزئيا بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض».

[4] محمد حسين منصور،المسؤولية المعمارية،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006،ص 94.

[5] نفس المرجع،ص 95.

الواردة في دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري من المرسوم رقم 12-85 المذكور أعلاه،والتي نصت على أنه يتحمل المرقي العقاري خلال مدة 10 سنوات،مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وغيرهم،إذن التضامن في المسؤولية،وذلك عكس ما جاء في نص المادة 554 ق م سالفة الذكر،والتي نصت على أنه : «يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين.. »،التي تقرر التضامن في الضمان،أي أن المهندسين والمقاولين الذين اشتركوا في عملية البناء يضمنونه لمدة 10 سنوات،وعلى هذا يمكن الرجوع عليهم جميعا أو على أي منهم بمجرد حدوث التهدم أو العيب،ولا يشترط وقوع خطأ من جانب المدعى عليه وتلك هي ميزة التضامن في الضمان [1]،ويستطيع هذا الأخير الرجوع على الآخرين أو على المخطئ منهم أو اختصامهم في الدعوى،وعليه هو عبئ إثبات الخطأ طبقا للقواعد العامة،وهذا ما أراده المشرع،وليس التضامن في المسؤولية،فالتضامن في الضمان أقوى من التضامن في المسؤولية.

إن الدعوى ترفع من المقتني ضد المرقي العقاري لاستفاء حقوقه ،أو ترفع الدعوى ضدهم جميعا،ويكفي إقامة الدعوى ضد أحدهم لاستفاء حقوقه في التعويض،ومن أقيمت ضده الدعوى يمكنه الرجوع على الآخرين،لأنهم كما قلنا يسألون بالتضامن ما لم يتم نفي مسؤولية كل واحد منهم طبقا للقواعد العامة،وذلك بإثبات السبب الأجنبي.

وطبيعة هذه المسؤولية مسؤولية مفترضة بقوة القانون [2]،والتي لا تقبل إثبات العكس ولا يمكن دفعها إلا بالسبب الأجنبي،فإذا وقع العيب أو التهدم فهو عيب راجع إلى عيب في الصنعة وهذا الأخير راجع إلى خطأ كل من المقاول والمهندس وكل متدخل في المشروع العقاري وإلى المرقي رب العمل باعتباره لم يقم بواجب الرقابة اللازمة .

[1] محمد حسين منصور،المسؤولية المعمارية ،المرجع السابق،ص 97.

[2] إيمان طارق شكري،نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء،دراسة مقارنة،مجلة جامعة بابل،العلوم الإنسانية،المجلد 20،ع 2،2012،ص 287.

كما أن هذه المسؤولية تقوم على قرينة المساهمة تقبل إثبات العكس[1]،أي أن هذه القرينة تسقط إذا ما أثبت كل مدعى عليه عدم تعلق نشاطه بالأعمال التي ظهر فيها العيب.

تجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المرقي العقاري هنا تنعقد في حالة التهدم الكلي أو الجزئي للبناية أو سقوط البناية ،وبالتالي فمسؤوليته ضيقة على خلاف ما ورد في القانون المدني في نص المادة 554 والتي تنعقد في هذه الحالة ،وحالة العيب المؤثر في متانة البناء وحتى المنشآت الثابتة والتي لم ينص عليها المشرع في قانون الترقية العقارية ، أو ما نص عليه المشرع في نص المادة 181 من الأمر رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات[2] على أنه تشمل مسؤوليته الأضرار المؤثرة على صلابة عناصر التجهيز.[3]

وبالتالي فيه تضييق في تطبيق أحكام المسؤولية العشرية وذلك على خلاف القانون المدني الذي يوسع من محل المسؤولية العشرية ليضيف العيوب التي تؤثر في متانة البناء،الأمر الذي يترك المجال واسعا لدعوى المسؤولية ،ومنه فالعيوب التي لا تهدد متانة البناء وسلامته ولا تستتبع تهدمه كليا أو جزئيا لا تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية،فهذه الدعوى تلعب دورا تكميليا لتفادي النقص في أحكام الضمان القانوني-العشري-.[4]

وعن مدة الضمان هذا وبالرجوع إلى نص المادة 554 ق م فهي مدة عشر سنوات يبدأ سريانها من يوم التسليم النهائي للعم ل هذا بالنسبة لعقد المقاولة الذي تم بين رب العمل المقاول ،لكن هنا في بيوع الترقية العقارية فالعقد قد تم بين المرقي العقاري والمشتري ،بالتالي هل يبدأ هذا الضمان

---

[1] إيمان طارق شكري ،المرجع السابق،ص 287.

[2] المؤرخ في 25-01-1995،ج ر،ع 13،المؤرخة في 08-03-1995،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 06-04 المؤرخ في 20-02-206،ج ر،ع 15،المؤرخة في 12-03-2006.

[3] حيث تنص المادة 181 من قانون التأمينات على أنه:«الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه،يغطي أيضا الأضرار المخلة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية ما،عندما تكون هذه العناصر جزءا لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية.
يعتبر جزء لا يتجزأ من الإنجاز،كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون تلف أو حذف مادة من مواد هذا الانجاز.».

[4] أحمد عبد العال أبو قرين،المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس،البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني،دراسة تطبيقية في ضوء الفقه وأحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد المقاولات الهندسة المدنية،الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين،دار الثقافة الجامعية، الطبعة الأولى ،ص 109 و 110.

من تاريخ تسليم البناية للمقتني ،وقد يكون هنا فيصل ما بين مدة تسلم المرقي للبناية وبين تسليمه هو البناية للمقتني،وفيه إجحاف لهذا الأخير الذي قد يحرم من هذا الفاصل الزمني،وحتى مالك المتتالي الذي يشتري البناية من هذا المقتني قد يتبقى له مدة ضمان أقل؟ أم تبدأ من وقت التسليم الذي تم بين المرقي والمقاول،وبالتالي يستفيد المرقي من الضمان العشري في مواجهة المقاول والمتدخلين الآخرين؟

وتوضيحا لذلك نضرب المثال التالي:

بنى أ عقارا لحساب **ب**،تسلمه هذا الأخير في 1-1-1990،فمن هذا التاريخ تبدأ مدة الضمان وتنتهي حتى 31-12-2000.

قام **ب** ببيع العقار لفائدة **ج** وذلك بتاريخ 1-7-1996 والذي لم يبقى له مدة ضمان فقط 4 سنوات و6 أشهر.

وإذا قام **ج** ببيع العقار لفائدة **ه** وذلك بتاريخ 1-9-2000 وبالتالي لم يبقى ل ه سوى فترة ضمان مقدرة ب 4 أشهر ومن هنا فهي مدة ضمان أقل.

فأعتقد على أنه يمكن تطبيق القواعد العامة لأنها هي الأصل في تنظيم هذه المسؤولية بموجب المادة 554 قم وبالتالي فسريان المدة من يوم التسليم النهائي للبناية الذي تم ما بين المرقي باعتباره رب العمل والمقاول،فخلال المدة الفاصلة ما بين تسليم العمل وما بين التسليم الحاصل ما بين المرقي والمشتري ،يستفيد المرقي العقاري من أحكام الضمان في مواجهة المقاول وباقي المتدخلين،عما يحدث خلال هذه الفترة،إلى حين انتقال الملكية للمشتري فتنتقل معها دعوى الضمان ويصبح المرقي مدينا هنا بالضمان وليس دائنا لأنه هو الأقرب للمشتري الذي يجهل باقي المتدخلين،الذين تنضم مسؤوليته إلى جانب مسؤولية المرقي العقاري ويستفيد المشتري من هذا الضمان للمدة المتبقية ،وحتى أنه يمكن تطبيق هذه الأحكام بالنسبة لبيع العقار المنجز المنصوص عليه في المادة 26 من القانون 11-04 سالفة الذكر.

ومنه كان لابد على المشرع التدخل لسد هذا الفراغ القانوني،وتبيان ذلك .

وأما عن مدة رفع هذه الدعوى فقد حدد المشرع في المادة 557 ق م مدة قانونية لرفعها وهي مدة 3 سنوات من وقوع التهدم كليا أو جزئيا أو اكتشاف العيب،ويتم إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات مادام أنه واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات،حتى ولو تم التهدم خلال آخر يوم ضمان،فيمكن رفع الدعوى وبمفهوم المخالفة إذا وقع التهدم خارج مدة 10 سنوات لا يمكن رفع دعوى المسؤولية العشرية وإنما يمكن تحميل المتسبب المسؤولية التقصيرية وإثبات ذلك وفقا للقواعد العامة.

2-مسؤولية المرقي عن ضمان حسن الانجاز:

بالإضافة إلى المسؤولية العشرية التي تترتب على المرقي العقاري عن الأضرار الحاصلة عن تهدم البناء كليا أو جزئيا، يمكن كذلك أن تترتب مسؤوليته عن إخلاله بأهم التزام وهو التزامه بكمال الانجاز أو حسن الإنجاز وبما يسمى بالضمان السنوي ، و الذي يهدف إلى القضاء على ظاهرة الغش في إنجاز المباني.ويتضمن هذا الالتزام الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز وذلك من الناحية النوعية وليس الكمية،أي بمعنى آخر الحصول على عمل مطابق وأحسن مما كان أو ما يجب أن يكون عليه في تاريخ التسلم،خال من جميع أنواع العيوب التي يمكن أن يشكو منها رب العمل[1] أثناء عملية الاستلام.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضمان قد تطرق إليه المشرع الفرنسي في القانون المدني،وقد نظم أحكامه وذلك في المادة 1792-6 منه،الذي هو في الحقيقة يقع على مقاولي البناء،حيث يكون بموجبه هذا الأخير –المقاول- مسؤولا بموجبه مسؤولية تلقائية عن أي خلل يحدث في البناء خلال سنة من وقت الاستلام[2]،ويكون بموجبه رب العمل الحق في المطالبة بإصلاح هذا الخلل أو التعويض عنه دون حاجة لإثبات أي أمر عدا وجود هذا الخلل.

على عكس المشرع الجزائري لا يتضمن هكذا نص من شأنه أن يلزم المقاول تجاه رب العمل بكمال الإنجاز،لكن بالرجوع إلى قانون الترقية العقارية رقم 11-04 نجد مثل هذا الالتزام والذي يقع على المرقي العقاري والمستفيد منه هو المقتني للعقار،ويلتزم هنا المرقي بضمان كمال الإنجاز عن العيوب في عملية البناء وهذا وفقا لنص المادة 44 سالفة الذكر،والمادة 26 من نفس القانون والتي

---

[1] Jérôme HUET, Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 2éme édition, L.G.D.J, Paris, 2001, p 1489.

[2] إيمان طارق شكري،المرجع السابق،ص 295.

نصت على أنه: «غير أن الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي طيلة سنة واحدة».

وبهذا نجد أن المشرع هدفه حماية المشتري لكن أين هي الحماية القانونية المقررة للمرقي في مواجهة المقاول؟فالمرقي العقاري قد يتضرر هو كذلك من عيوب المنشأة التي عهد ببنائها إلى مقاول ومتدخلين آخرين،فكان على المشرع أن يمنح على أقل مثلما فعل المشرع الفرنسي هذا الضمان في عقد المقاولة وذلك في القانون المدني.

وبهذا يقع على المرقي العقاري إصلاح كل النقائص والعيوب التي يمكن أن تظهر أثناء الاستلام أو بعد التسليم طيلة مدة سنة ،وما على المشتري إلا إثبات عدم كمال الإنجاز وذلك بجميع وسائل الإثبات باعتبارها واقعة مادية،وإجراء معاينة عن طريق المحضر القضائي وتحرير محضر بذلك وتبليغه للمرقي العقاري،وفي حالة تعنته يمكن للمشتري طبقا للقواعد العامة وفقا للمادة 170 ق م ،أن يطلب ترخيصا من القاضي بتنفيذ الالتزام على نفقته متى كان ذلك ممكنا.[1]

وما يلاحظ هنا أن المشرع لم يحدد أجلا لرفع الدعوى لمطالبة المرقي العقاري بالضمان السنوي حين إخلاله بتنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح العيوب خلال الأجل المتفق عليه في العقد،على خلاف ما حدده في المسؤولية العشرية على أن مدة رفع الدعوى 3 سنوات من يوم حدوث التهدم كليا أو جزئيا،فهل يفهم من ذلك أن مدة السنة هي مدة ضمان ومدة رفع الدعوى في حالة إخلاله بالتزامه؟

وتجدر الإشارة إلى أنه في حالة انقضاء مدة سنة والتي هي مدة الضمان،فإن حق الدائن لا يسقط في المطالبة بإصلاح العيوب،حيث أنه لا يستبعد مسؤولية المرقي العقاري وفقا للقواعد العامة[2]،أنه يتم مطالبته على بإصلاح ذلك برفع دعوى المسؤولية العقدية ،وذلك بإلزامه بتصليح عيوب البناء متى كان ذلك ممكنا .

---

[1] تنص المادة 170 ق م على أنه :«في الالتزام بعمل إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القاضي في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكنا».

[2] Cass, 3eme civ, 23 sep 2008 07-16.462: **https://www.legifrance.gouv.fr**:

تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 16-03-2021 على الساعة 21:18

إن المشرع لم يحدد لنا نطاق هذا الضمان من حيث العيوب التي يغطيها عكس ما حدده في الضمان العشري،فهل يفهم من ذلك أن ما يخرج عن نطاق المسؤولية العشرية يدخل في نطاق هذا الضمان،أي العيوب التي تؤدي إلى التهدم الكلي أو الجزئي للبناية وذلك بمفهوم المادة 46 من القانون رقم 11-04 سالفة الذكر؟ أم يمكن القول أن المشرع في قانون الترقية العقارية عندما أخرج العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته بمفهوم المادة 554 ق م من مسؤولية المرقي العقاري العشرية قد جعلها من العيوب التي تؤدي إلى قيام مسؤولية المرقي العقاري عن كمال الإنجاز؟أو أن محل هذا الضمان العيوب الظاهرة فقط وليست الخفية التي تخضع للقواعد العامة وللضمان العشري؟

,بالرجوع إلى المشرع الفرنسي لم يحدد بدوره كذلك هذه العيوب،لكن حاول البعض تحديدها على أساس ما يخرج من نطاق الضمان العشري يغطيه هذا الضمان وتتمثل هذه العيوب في:

-الأضرار الوسيطة:تعتبر الأضرار الوسيطة تلك الأضرار الناتجة عن عيوب فنية تتعلق بهيكل البناء إلا أنها لا ترقى إلى درجة تهديد سلامته أو متانته أو جعله غير صالح للاستعمال المقرر له،ويعد من قبل الأضرار الوسيطة،الشروخ والتشققات السطحية التي تصيب الأعمدة الحاملة للبناء،والعيوب التي تتعلق بفاعلية العزل ضد الرطوبة.[1]

-الأضرار التي تلحق الأعمال الإنشائية والمعمارية الصغيرة:فعلى الرغم من أن نصوص القانون المدني التي تنظم المسؤولية العشرية قد حددت نطاق هذه المسؤولية والمتعلقة بالبناء والمنشآت بصفة عامة،دون تفرقة بين المنشآت الكبيرة والمنشآت الصغيرة،وحتى المشرع الفرنسي استجابة للتطور العمراني الحديث وتعقد العمليات المعمارية وما يصاحبها في التفرقة في الأنواع بسبب تداخلها وترابطها وسع من نطاق الضمان ووضع حدا للتفرقة بين المنشآت الكبيرة والصغيرة [2]،بسبب غموض وصعوبة التفرقة بينها،بالرغم من أن هذه التفرقة مازالت قائمة ولم يتخلى عنها الفقه [3]، ولهذا يقتضي الأمر تحديدها وتمييزها،ويقصد بها العيوب التي لا تلحق بهيكل المبنى أو مكوناته الأساسية ولا تؤدي

---

[1] أحمد عبد العال أبو قرين،المرجع السابق،ص 149.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء،شروطها،نطاق تطبيقها، والضمانات المستحدثة فيها،دراسة مقارنة في القانون المدني،المرجع السابق،ص 118 و119.

[3] أحمد عبد العال أبو قرين،المرجع السابق،ص 152.

إلى التهدم الكلي أو الجزئي أو العيب المؤثر،وإنما العيوب المتعلقة مثلا بأعمال الطلاء الخاصة بواجهة المبنى أو ترميمه أو تبطين حوائطه،أو الزخرفة...

إضافة إلى ما سبق ذكره نشير إلى أن المشرع نص على هذا الضمان في نص المادة 3/26 من القانون رقم 11-04 والمتعلقة بعقد بيع عقار منجز،ويفهم من ذلك أنه حصره فقط في إطار هذا العقد،وما يؤيد ذلك هو نص المادة 44 والتي أحالت على نص المادة 26 بنصها على ما يلي: «تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و /أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور في المادة 26 أعلاه»،ولكن يمكن القول على أنه لا يعني هذا عدم سريانه على عقد البيع في طور الانجاز،فبالرجوع إلى عقد البيع على التصاميم نجده قد اشتمل على هذا الضمان تحت عنوان ضمان حسن التنفيذ ،والذي يسري إبتداءا من تحرير محضر الحيازة الذي يحرر لدى الموثق،وذلك بعد إتمام أشغال الإنجاز .

ومنه قد نتساءل متى يبدأ سريان هذا الضمان في عقد بيع عقار منجز،علما أنه في هذا النوع من البيوع لا يتم تحرير محضر الحيازة ،فقط يقتصر الأمر على إبرام عقد رسمي لدى الموثق مقابل دفع الثمن،نعتقد على أنه يبدأ سريانه من تاريخ تسليم البناية للمشتري باعتباره هو المستفيد من هذا الضمان،ولكن ذلك فيه ظلم للمرقي العقاري الذي قد يتضرر بدوره من هذه العيوب والتي سببها المقاول والمتدخلين الآخرين في المشروع العقاري ،وخاصة إذا طال أمد البيع مابين تاريخ إنجاز البناية وتسليمها للمرقي العقاري وبين البيع وتسليم البناية للمشتري،فخلال هذا الفاصل الزمني قد تظهر هذه العيوب وحقيقة كما فعل المشرع الفرنسي المستفيد بالدرجة الأولى رب العمل –صاحب المشروع–ومنه يلزم المقاول بإصلاح هذه العيوب خلال مدة سنة من تاريخ تسليم البناية ،ومنه كان على المشرع أن ينص على استفادة المرقي العقاري من هذا الضمان إلى حين تسليم البناية للمشتري خلال مدة سنة من الضمان والتي تبدأ من تاريخ تسليم المقاول العمل لرب العمل–المرقي العقاري–إلى غاية انتهاء هذا الضمان،ونفس الحكم ينطبق على عقد حفظ الحق،والذي تنتقل فيه الملكية خلال إبرام العقد النهائي بعد 3 أشهر كحد أقصى من الاستلام المؤقت للبناية من المقاول.

3-مسؤولية المرقي عن بضمان حسن عناصر التجهيز للبناية غير القابلة للانفصال:

يعد التزام المرقي العقاري بضمان حسن عناصر التجهيز للبناية من أهم الالتزامات والتي ترتب عليه المسؤولية [1] والتي أقرها القانون رقم 11-04 في مادته 44،لكن ما تجدر الإشارة إليه إلى أن المشرع لم يحدد لنا نطاق تطبيقه وأحكامه ومدته،وقد ترك لنا فراغا في هذا المجال وكيفية إعماله ولهذا يستلزم الرجوع إلى القانون الفرنسي باعتباره الأصل في ظهور هذا الضمان في عقود المقاولة.

ووفقا للقانون الفرنسي،يسمى هذا الضمان بضمان جودة التشغيل أو كفاءة الأداء [2]،حيث يرد على العناصر التجهيزية القابلة للانفصال والفك عن البناية دون تلف[3] ،وبعبارة أخرى عناصر التجهيز التي لا تشكل جسما واحدا مع البناية أو إحدى أجزائها [4]،وتتمثل في مجموع الأجهزة والآلات الميكانيكية والكهربائية وكل ما يتم تركيبه في المبنى شريطة إمكانية فصله ونقل، .ومن بين العناصر التجهيزية القابلة للانفصال على سبيل المثال: الأجهزة الكهربائية، أجهزة تسخين المياه، الأبواب المتحركة ،السقوف الكاذبة، الأغلفة الأرضية ،أغلفة الجدران.

وبالنسبة للعيوب التي يغطيها هذا الضمان،فليس من الضروري أن يكون العيب من شأنه تعريض متانة العنصر التجهيزي للخطر حتى يقوم هذا الضمان ،وإنما فقط عدم كفاية وصلاحية العنصر التجهيزي لأداء وظيفته والغرض الذي أعد من أجله لخدمة البناء،أما إذا كانت هناك عيوب تعرض للخطر متانة العمل أو تجعله وهي تصيبه في أحد عناصره التجهيزية غير صالح للغرض المخصص له،فالضمان العشري هو الذي يطبق وذلك وفقا لنص المادة 1792 ق م ف.[5]

---

[1] تنص المادة 44 أعلاه على أنه:«تحدد آجال تنفيذ الأشغال الضرورية لإصلاح عيوب البناء و /أو حسن سير عناصر تجهيزات البناية بموجب العقد المذكور أعلاه».

[2] إيمان طارق شكري،المرجع السابق ،ص 294.

[3] Corinne Saint-Alary-Houin, op.cit, p124.

[4] بلجراف سامية، ضمانات المشتري في عقد البيع على التصاميم،مجلة الحقوق والحريات،ع تجريبي،جامعة بسكرة،،ص 572.

[5] L'article 1792 CCF énonce: «Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination» .

وبالنسبة لمدة الضمان،فالمشرع الجزائري في القانون رقم 11-04 في نص المادة 44 سالفة الذكر،لم يحدد مدة هذا الضمان كما حدد مدة ضمان حسن الإنجاز في نص المادة 3/26 سالفة الذكر،على العكس من المشرع الفرنسي والذي حدد مدته بسنتين وذلك في نص المادة 1792-3 ق م ف على مايلي: «أن عناصر التجهيز الأخرى في البناء تكون محلا لضمان حسن أدائها لوظائفها لمدة سنتين كحد أدنى ابتداءا من تاريخ استلام البناء».[1]

ولعل المشرع الجزائري وحد في نص المادة 44 سالفة الذكر بين مدة ضمان حسن الإنجاز ومدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز ،مادام نص في هذه المادة على ضرورة إصلاح العيوب في المدة المحددة في العقد،وبالتالي سوف تكون مدة ضمان حسن سير عناصر التجهيز سنة من يوم التسليم.

وحتى أمام هذا الفراغ القانوني فسيكون على المشتري تطبيق القواعد العامة وهي اللجوء إلى ضمان العيوب الخفية ،ومدته سنة من يوم التسليم طبقا للمادة 383 ق م.

ثالثا-مدى صمود مسؤولية المرقي العقاري وفقا للقواعد العامة:

كما رأينا سابقا أن المشرع قد أقر مسؤولية خاصة للمرقي العقاري أو كما تسمى بالضمان القانوني،ووضع لها شروطا خاصة لانطباقها لاسيما من حيث خطورة عيوب البناء وظهورها خلال فترة معينة،وبالتالي هل بذلك أراد المشرع استبعاد القواعد العامة في قانون المسؤولية المدنية للمرقي العقاري؟وهل بتخلف شروط الضمان القانوني الخاص أراد أن يعفيه من أية مسؤولية وفقا للقواعد العامة؟

قبل الإجابة على ذلك نشير إلى أن المسؤولية المدنية تنقسم إلى المسؤولية العقدية والتي تتقرر نتيجة الإخلال بأي التزام تعاقدي مما يسبب ضررا للمتعاقد الآخر،أما المسؤولية التقصيرية فهي الإخلال بالتزام قانوني مفاده عدم الإضرار بالغير،والمشرع عندما قرر قواعد المسؤولية هدفه تعويض المتضررين سواء كان هذا الضرر ناتج عن عقد أو خارج عن الإطار التعاقدي،بتوفر شروط

[1] L'article 1792-3 CCF énonce:« les autres éléments d'équipement du bâtiment font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de réception de l'ouvrage».

معينة،وأما بالنسبة للمسؤولية وفقا للضمان الخاص فهي كذلك هدفها جبر الأضرار الحاصلة بعد توفر الشروط السالفة الذكر،وبهذا فلكل من المسؤوليتين العامة والخاصة إطاره ونطاقه القانوني .

و تنعقد مسؤولية المرقي العقاري وأي متدخل في عملية البناء وفقا للضمان الخاص كلما توافرت الشروط المنصوص عليها قانونا،وبمفهوم المخالفة نكون أمام المسؤولية العامة وخاصة العقدية في حالة العيوب التي تخرج عن نطاق عيوب الضمان الخاص استنادا إلى الخطأ واجب الإثبات [1]، أي العيوب الخفية والمؤثرة والتي تجعل المبنى غير صالح للغرض الذي أعد من أجله أو تخلف صفة،ولكن لا ترقى إلى درجة العيوب التي تؤدي إلى تهدم البناء الجزئي أو الكلي.

وبمفهوم المخالفة إذا كانت الأضرار التي تصيب المبنى وتهدد متانته سببها الوحيد هو عدم التطابق مع المواصفات والشروط العقدية،ومن هنا يمكن القول استبعاد المسؤولية العقدية وإعمال الضمان القانوني،كما تم استعمال مواد غير تلك المحددة في العقد مما أدلى إلى ظهور تشققات في البناء،أو أن المواد المستعملة من شأنها جعل العمر الافتراضي للبناء قصيرا،وخارج هذه الفروض التي لا يبلغ فيها الضرر من الجسامة ما يدخله في إطار الضمان القانوني تحتفظ المسؤولية العقدية ودعواها بذاتيتها في مواجهة أحكام الضمان القانوني.[2]

واستنادا إلى ما سبق ذكره،تظهر أهمية تحديد نطاق كل مسؤولية خاصة في مجال التأمين الإجباري على مسؤولية كل متدخل في عملية البناء بالإضافة إلى المرقي العقاري،حيث يعتبرون ملزمون بالتأمين عن الأضرار الناتجة عن العيوب التي تدخل في إطار الضمان العشري دون غيرها من الأضرار الناتجة عن عدم المطابقة أو العيوب الوسيطة كما سلف الذكر،وكذا في مجال مدة الضمان حيث يضمن المرقي العقاري العيوب التي تدخل في الضمان القانوني لمدة 10 سنوات،في حين يضمن العيوب الأخرى لمدة قصيرة سنة من يوم التسليم، ولكن أحقية الملاك في الاستناد إلى الضمان العام العيوب الخفية متى توافرت شروطه،لا يوفر لهم الحماية المطلوبة في مجال البناء بسبب

[1] أحمد عبد العال أبو قرين ،المرجع السابق ،ص 150.

[2] نفس المرجع،ص 120.

ضعفه وضيق نطاقه،وكذا إمكانية تعديله أو الإعفاء منه [1]،وذلك عكس الضمان الخاص والمتعلق بضمان العيوب العشرية.

وبهذا وحتى المسؤولية العقدية تلعب دورا هاما في مجال تعويض الأضرار التي لا يشملها الضمان القانوني،وكذا دورا في حماية رب العمل وحتى المقتني للعقار في مواجهة المتدخلين في عمليات البناء،فالقوم بمسؤولية المرقي العقاري وفقا للضمان القانوني الخاص وعدم مسؤوليته فيما عداها سوف ينشأ عنه فراغ قانوني ولا يمكن التعويض عنها وهذا لم يقل به أحد،كما يتعارض مع الغرض من تنظيم هذه المسؤولية ووجودها وهو حماية لمكتسبي ملكية المباني من إهمال وتقصير المعماريين.[2]

كما تترتب على المرقي العقاري المسؤولية التقصيرية،وذلك في حالة ارتكابه لخطا خارج عن نطاق العقد،من شأنه أن يسبب ضررا للغير ،وبهذا وكما نصت المادة 124 ق م يلزم بالتعويض.

إن مسؤولية المرقي العقاري التقصيرية تثار خلال مرحلة ما قبل إبرام العقد،وقد قد فرض عليه المشرع خلال هذه المرحلة بعدة التزامات من بينها الالتزام بالإعلام وأي تقصير منه مما يؤدي إلى تضليل الأشخاص كأن يوهم المقتنين بأسعار منخفضة وعند التعاقد يتم رفعها مما يفوت عليهم فرصة إبرام العقد،وحتى أنه يفوت عليه فرصة الحصول على عقار آخر،فإن ذلك يرتب مسؤوليته التقصيرية.[3]

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية ،المرجع السابق،ص 92.

[2] أحمد عبد العال أبو قرين،المرجع السابق،ص 15.

[3] تنص المادة 47 من القانون 11-04:«يجب على المرقي العقاري أن يساهم بصفة فعالة في الإثراء الدائم لأخلاقيات المهنة والاحترام الصارم لها وعلى وجه الخصوص:
-الوفاء في كل الحالات بالتزاماته.
-عدم قبول أي دفع أو تسبيق لا يكون مكونا للديون المنتظمة.
-عدم اللجوء إلى الإشهار الكاذب أو استغلال بأي شكل من الأشكال،حسن نية أو ثقة المقتني أو السهر على إعلام حقيقي وكامل لشركائه.
-السهر على صحة البيانات والمعلومات الواردة في الوثائق والعقود المقدمة لمقتضيات النشاطات قصد تعزيز علاقاته التجارية مع المقتنين المستقبليين.».

كما أنه إذا قام المرقي العقاري بقبول تسبيقات أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان نوعها قبل إبرام عقد البيع على التصاميم [1]،وقام بخداع المقتنين وتهربه دون إبرام عقد البيع فإنه يرتب مسؤولية التقصيرية لإخلاله بالتزام قانوني–وهو عدم قبول أي تسبيقات قبل إبرام عقد البيع– فضلا عن مسؤوليته الجزائية.

الفرع الثاني:البيع بالإيجار

يعتبر المرسوم رقم 97-35 المؤرخ في 14-01-1997 الذي يحدد شروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها،التي أنجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها والمسلمة بعد شهر أكتوبر 1992[2]،أول مرسوم نظم صيغة قانونية جديدة وهي عقد البيع بالإيجار، ورغبة من المشرع في جعل هذه الصيغة تحقق الهدف المرجو منها وبالتالي مساهمتها في تطوير الترقية العقارية في الجزائر،وجعلها تمضي قدما إلى الأمام خصها بمرسوم خاص ألا وهو المرسوم رقم 01-05 الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك المعدل والمتمم.

ونظرا لأهمية هذا العقد في اقتناء السكن لذوي الدخل المتوسط كان الإقدام عليه كبيرا من قبل المواطنين،وعلى الرغم من تنظيمه بموجب نصوص خاصة إلا أن الواقع أثبت وجود ثغرات قانونية ومشاكل عملية في التطبيق.

وبهذا سوف نتطرق إلى تعريف هذا العقد وتحديد طبيعته القانونية وكذا شروط الاستفادة من هذا العقد،وإجراءات إبرامه وأخيرا المنازعات التي يثيرها هذا العقد.

---

[1] تنص المادة 42 من القانون 11-04:«لا يمكن للمرقي العقاري أن يطالب ولا أن يقبل أي تسبيق أو إيداع أو اكتتاب أو قبول سندات تجارية مهما كان شكلها،قبل توقيع عقد البيع على التصاميم أو قبل استحقاق الدين...».

[2] ج ر،ع 04،المؤرخة في 15-01-1997.

البند الأول: تعريف عقد البيع بالإيجار وطبيعته القانونية:

بالرجوع إلى التعريف التشريعي لعقد البيع بالإيجار فقد،عرف في المرسوم رقم 01-05 الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك المعدل والمتمم في نص المادة 02 منه على أنه: «هو صيغة تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة،بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب».

فمن خلال هذا التعريف،فعقد البيع بالإيجار هو صيغة قانونية تسمح بشراء مسكن ،وذلك بعد دفع قيمته على شكل أقساط في شكل إيجارات لمدة محددة.[1]

وما يلاحظ من خلال هذا المرسوم أنه لم يعرف عقد البيع بالإيجار كعقد يتضمن تصرف قانوني ينتج آثار قانونية وإنما عرفه كصيغة تسمح بشراء مساكن منجزة بأموال عمومية.

أما بالنسبة للتعريفات الفقهية،قد عرف عقد البيع بالإيجار على أنه العقد الذي يقوم فيه بالاتفاق بين طرفيه ،على أن يقوم أحدهما بتسليم شيء معين للآخر في مقابل قيام الآخر بدفع مبلغ دوري متجدد لمدة معينة،ويتفقان على اعتبار هذا المبلغ الدوري أجرة في نظير الانتفاع بالشيء،فإذا ما قام المتصرف إليه بالوفاء بجميع الأقساط المتفق عليها انتقلت إليه الملكية وانقلب العقد بيعا،واعتبرت الأجرة المدفوعة أقساطا للثمن،أما إذا تخلف عن الوفاء بأي قسط من الأقساط التي حل ميعاد استحقاقها،كان عليه أن يرد الشيء إلى مالكه مع حق المالك بالاحتفاظ بما سبق دفعه من أقساط كونها أجرة تم قبضها،نظير الانتفاع بالشيء طوال المدة التي ظل فيها في يد المنتفع.[2]

وهناك من يعرفه على أنه مزيج بين البيع والإيجار،حيث هو عقد يريد فيه المتعاقدان الإيجار والبيع معا،فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا،وبيع حين يتم الوفاء.[3]

---

[1] زايدي حميد،عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري،دراسة نقدية،المجلة النقدية،(دون ذكر العدد والسنة)،ص 93،

[2] حسني محمد جاد الرب،صور وأحكام التملك بالإيجار،دراسة مقارنة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،المركز القومي للإصدارات القانونية،الطبعة 2009،دون ذكر عد الطبعة،ص08.

[3] محمد حسنين،المرجع السابق،ص 15.

كما عرف أيضا على أنه عقد بيع بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة ،وفي أثناء هذه المدة يوجد إيجار بين البائع المؤجر والمشتري المستأجر.[1]

هكذا نلاحظ تقارب التعاريف إلى اعتبار عقد البيع بالإيجار يبدأ بإيجار وينتهي ببيع،أي يشمل على سبيل التعاقب انتفاع بالشيء مقابل دفع أقساط محددة ،ومن ثم نقل للملكية بدفع القسط الأخير.

إن هذا العقد في الحقيقة يثر إشكالا وجدلا في طبيعته القانونية،هل يعتبر إيجارا بداية وينقلب بيعا بدفع جميع الأقساط،أم يعتبر بيعا منذ البداية ولكن فقط أجل فيه الثمن؟أم له طبيعة خاصة؟

وخلاف الفقه القانوني يمكن حصره في ثلاث اتجاهات:

وفقا للاتجاه الأول،يعتبر البيع بالإيجار بيعا وهو ما يتفق مع قصد المتعاقدين منذ البداية ،ولم يكن لوصف العقد بأنه إيجار من أثر سوى أنه وسيلة للحصول على الثمن واستيفاء الأقساط كاملة[2].وقد أعطي وصف لهذا البيع على أنه بيع بالتقسيط علق فيه انتقال الملكية على الوفاء بكامل أقساط الثمن،وبحيث يستند انتقال الملكية إلى المشتري عند الوفاء بكامل الثمن إلى وقت البيع [3]،وهذا التكييف ما أخذ به المشرع المصري في نص المادة 430 ق م م،حيث أعطى لهذا العقد حكم عقد البيع بالتقسيط.[4]

أما الاتجاه الثاني فقد رأى على أن البيع بالإيجار يعتبر إيجارا،ولكن المقصود بالإيجار ليس الإيجار العادي وإنما الإيجار المقترن بالوعد بالبيع.حيث يبدأ التعاقد بعقد الإيجار الذي يتم بمقتضاه تسليم الشيء محل العقد إلى المستأجر باعتباره كذلك،أي مستأجر لمدة محددة،يكون له في نهايتها الحق

---

[1] نبيل إبراهيم سعد،الملكية كوسيلة للضمان،المرجع السابق،2007، 87.

[2] عبد الله عبد النجار،مبادئ عقد البيع،دار النهضة العربية، 1997،دون ذكر عدد الطبعة،ص 41.حسني محمد جاد الرب،المرجع السابق،ص 24 و25.

[3] عبد الله النجار،المرجع السابق،ص 43.

[4] تنص المادة 430 ق م م على أنه: «–إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله،ولو تم تسليم المبيع.....

–وإذا وفيت جميع الأقساط جميعا فإن انتقال الملكية إلى المشتري يعتبر مستندا إلى وقت البيع.

– وتسري أحكام الفقرات السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا.».

في شراء الشيء بثمن متفق عليه،وذلك إعمالا لوعد البيع الصادر من المؤجر لصالحه [1]،وهذا الوعد يكون ملزما للجانبين من طرف المؤجر والمستأجر،وقد يكون ملزما لجانب واحد وهو لجانب المؤجر ،حيث يجوز للمستأجر أن يبدي رغبته في شراء العين المؤجرة خلال مدة الإيجار،والمؤجر يظل مالكا للعين طوال مدة الإيجار وإلى أن يعلن المستأجر رغبته في تملكها.[2]

وتكييف هذا العقد على أنه إيجار يوفر العديد من المزايا،حيث أن المستأجر لا يعد مالكا،وبالتالي فإذا تصرف في المبيع المسلم إليه بموجب العقد عد تصرفه خيانة أمانة،وأركان هذه الجريمة لا تتوافر فيمن تسلمه بناءا على عقد البيع.كما أنه إذا أفلس المستأجر قبل الوفاء بالأقساط المتفق عليه،فيمكن للمالك المؤجر الدخول في تفليسة المشتري،وله الحق في استرداد الشيء المؤجر.أما إذا فسخ العقد وتم دفع الأقساط في مواعيدها،فلا يلتزم برد ما قبضه تأسيسا على أن العقد المفسوخ إيجارا.

أما الاتجاه الثالث يرى على أن البيع الإيجاري يجمع بين العقدين الإيجار والبيع معا، حيث يعتبر إيجارا معلقا على شرط فاسخ وبيعا معلقا على شرط واقف،حيث أن الشرط واحد في العقدين وهو قيام المشتري بالوفاء بجميع الأقساط [3]،حيث إذا تحقق الشرط بالوفاء بالأقساط انفسخ الإيجار وأنتج البيع أثره بأثر رجعي،أي تنتقل الملكية إلى المشتري من وقت العقد،وقبل تحقق الشرط يكون الإيجار نافذا والبيع موقوفا،أما إذا تخلف الشرط لا ينعقد البيع ويعتبر كأنه لم يكن منذ البداية،وينفسخ الإيجار مع احتفاظ المؤجر بالأقساط التي حصل عليها باعتبارها أجرة مستحقة عن مدة الانتفاع المنقضية.

ولكن باعتبار أن اتفاقات البيع بالإيجار تتضمن عمليتين قانونيتين في وقت واحد إيجار ومن ثم يليه بيع،وكل من العمليتين مستقل عن الآخر،فتكييف العقد على هذا النحو خاطئ،إذ من المفروض أن يكون واحدا لا متعددا،فهو إما بيع أو ايجار فقط،لابد وأن يكون أحدهما[4]،كما أن القول بهذا التكييف من

---

[1] حسني محمد جاد الرب،المرجع السابق،ص 29.

[2] محمد حسين منصور،شرط الاحتفاظ بالملكية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2007،ص 49.

[3] نفس المرجع ،ص 38.

[4] منصور مصطفى منصور،مذكرات في العقود المسماة،البيع والمقايضة والإيجار،دون ذكر دار النشر،الطبعة 1958،ص 20.

شأنه أن يؤدي إلى أن البيع قد تم بدون ثمن،فالأقساط التي دفعت كانت إيجارا في المدة التي يسري فيها العقد،وذلك مقابل الانتفاع بالشيء فإذا انقلب العقد إلى بيع فمعنى ذلك أنه قد تم بدون ثمن،ومعنى ذلك أنه يعتبر باطلا لفقدانه ركنا أساسيا وهو الثمن [1].كما أنه استحالة الجمع بين أحكام الإيجار والبيع لنفس العقد،والقول إلى تحويل الاتفاق إلى بيع أو إلى إيجار حسب الظروف يعد أمرا مخالفا للقواعد العامة في التعاقد.[2]

وأمام هذا الاختلاف الفقهي في الطبيعة القانونية للبيع بالإيجار،يمكن القول على أنه لا يمكن اعتباره بيعا فقط أو إيجارا فقط،كما لا يصح القول على أنه بيع وإيجار في آن واحد لأن هذا يتنافى مع المنطق القانوني،وبهذا فله طبيعة خاصة يجمع بين عقدين يرتبطان إلى درجة لا يمكن فصلهما دون تشويه إرادة المتعاقدين.

لو كان عقد البيع بالإيجار بيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية،فالمشرع كان يكتفي بالإحالة إلى المادة 363 ق م،ولو كان يقصد به عقد إيجار لكان قد أحال لأحكام عقد الإيجار في القانون المدني ولما تم تنظيمه بنص خاص ،وهذا التنظيم الخاص بموجب المرسوم رقم 01-105 ماهو إلا تأكيد على هذه الطبيعة الخاصة لهذا العقد.

البند الثاني:شروط الاستفادة من عقد البيع بالإيجار:

إن البيع بالإيجار عقد كغيره من العقود التي تتطلب لانعقادها الأركان الموضوعية العامة من تراضي،ومحل وسبب وكذا الركن الشكلي وهو ابرام العقد لدى الموثق ،لكن باعتباره عقدا مركبا وذا طبيعة خاصة،فإنه يشترط لصحته توافر مجموعة من الشروط الموضوعية الخاصة سواء في المستأجر المستفيد أو في المؤجر البائع للاستفادة منه.

[1] حسني محمد جاد الرب،المرجع السابق،ص 24.

[2] محمد حسين منصور،شرط الاحتفاظ بالملكية،المرجع السابق،ص 38.

أولا-الشروط الواجب توافرها في المستأجر المستفيد:

ولما كانت صيغة البيع بالإيجار من صيغ السكن المدعم من طرف الدولة،فإن الاستفادة منه ليست متاحة لجميع الأشخاص بل مرهون بتوفر مجموعة من الشروط القانوني،نصت عليها المادة 06 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105.[1]

1-ألا يملك عقارا هو أو زوجه ذات استعمال سكني أو قطعة أرض صالحة للبناء

حتى يستفيد شخص من عقار في إطار البيع بالإيجار يشترط ألا يملك أو لم يسبق له أن تملك هو أو زوجه عقارا سواء كان ذات استعمال سكني أو أرض صالحة للبناء ،وبهذا فالشخص الذي تملك أو سبق له أن تملك عقارا أ ذات استعمال مهني أو تجاري أو حرفي،أو أرضا فلاحية لا يحرم من امتلاك سكن في إطار البيع بالإيجار.[2]

لكن بالرجوع إلى مذكرة المنشور الوزاري الصادر عن وزارة السكن والعمران والمدينة رقم 1 المؤرخة في 8 أفريل 2018 التي تعدل وتتمم مذكرة منشور رقم 01 المؤرخ في 16 أكتوبر

---

[1] تنص المادة 06 على أنه:«يتاح البيع بالإيجار لكل طالب،يتراوح دخله بين مبلغ يفوق 24 ألف دينار ويساوي ست مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون،لا يملك أو لم يسبق له أن تملك هو أو زوجه ملكية كاملة،قطعة أرض صالحة للبناء أو عقارا ذا استعمال سكني،ولم يستفد كلاهما من مساعدة مالية لبناء مسكن أو لشرائه.
لا تتاح الاستفادة من البيع بالإيجار المنصوص عليه بموجب أحكام هذا المرسوم إلا مرة واحدة لذات الشخص».
علما أن هذه المادة قبل تعديلها المادة بموجب المرسوم رقم 12-432 المؤرخ في 25-12-2012، ج ر،ع 71،المؤرخة في 26-12-2012،كانت تنص على أنه: :«يتاح البيع بالإيجار لكل شخص لا يملك أو لم يسبق له تملك عقارا ذات استعمال سكني،ملكية كاملة ولم يستفد من مساعدة مالية من الدولة لبناء سكن أو لشرائه، ولا يتجاوز مستوى مداخيله خمس مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون.لا تتاح الاستفادة من البيع بالإيجار المنصوص عليه بموجب أحكام هذا المرسوم إلا مرة واحدة لذات الشخص «،فقد كان مضمون هذه المادة مبهما لحد ما،فقد أنتجت الممارسة القضائية توجهين رئيسيين في تفسيرها،فالأول فسرها تفسيرا ضيقا خاصة بالنسبة لعبارة شخص على أنها تعني الشخص الواحد وبهذا يحق للزوجة التي لزوجها مسكن الترشح لشراء مسكن في إطار البيع بالإيجار والعكس صحيح،في حين التفسير الموسع،أن كلمة شخص يقصد بها العائلة المكونة من الزوج والزوجة،وبالتالي حتى تتم الاستفادة من هذه الصيغة لابد من ألا يملك إحدى الزوجين مسكنا:رضا دغبار،النظام القانوني للبيع بالإيجار،في الشروط الموضوعية،مجلة العلوم الإنسانية،جامعة محمد خيضر ،بسكرة،ع 28/27،نوفمبر 2012،ص 370،369،362.

[2] ولكن ما يلاحظ هنا أنه اشترط ألا يكون قد سبق له أن تملك،ومنه هذا ينافي العدالة يمكن للشخص أن تمر به ظروف معينة تدفعه لبيع مسكنه ،وبالتالي يعتبر إجحاف في حقه.

2014 المتعلق بإقصاء بصفة استثنائية بعض الفئات من المستفيدين من المراقبة الإيجابية في البطاقة الوطنية للسكن ومن القواعد المرجعية الأخرى،وبموجب هذا المنشور تم استثناء بعضا الطالبي ن للاستفادة من صيغ السكن العمومي والتي تخضع الاستفادة منها للشروط المحددة في التنظيم الساري المفعول سواء من حيث توزيع السكن أو منح الإعانات المالية المباشرة من قبل الدولة ومن بين هؤلاء المستثنين:

- الطالبون الذين يمتلكون ملكا ملكية تامة أو مستأجرين لعقار ذو استعمال سكني تقل أو تساوي مساحته 50 مترا مربعا فإنهم لا يقصون من الاستفادة من هذه الصيغة، و في هذه الحالة يجب استكمال الملف بنسخة من عقد الملكية بالنسبة وعقد الإيجار، في حالة وجود صعوبات لتحديد المساحة ، يمكن تأكيد هذه المساحة على أساس تقرير معد من طرف مهندس خبير في مسح الأراضي مع تحميل التكاليف على عاتق الطالب.

-الطالبون الذين يمتلكون قطعة أرض صالحة للبناء أو عقار ذو استعمال سكني عن طريق الهبة المتأتية حصرا من أوليائهم، شريطة أن يقدموا عقد الرجوع عن الهبة يتم اعداده أمام موثق، قبل التسجيل في برنامج السكنات المدعمة كليا أو جزئيا من قبل الدولة.

كما أنه وفقا للمادة 14 من المرسوم رقم 01-105 يمكن أن يكون هذا الشخص أو زوجه قد استفادا من سكن عمومي إيجاري،وبذلك يعتبر مستأجرا وليس مالكا ،فهذا لا يحرمه من تملك سكن في إطار البيع بالإيجار،لكن بشرط أن يعيد المسكن المعني للهيئة المؤجرة بمجرد استلامه للمسكن موضوع عقد البيع بالإيجار.[1]

كما تجدر الإشارة إلى أن عبارة ملكية كاملة الواردة في نص المادة 06 من المرسوم سابق الذكر، تثير إشكال قانوني وهي هل يقصد المشرع بها أنه يشترط أن تكون له ملكية تامة أي يمارس

[1] أما بالنسبة للطالبين الذين يشغلون سكنا وظيفيا أو تابعا للأملاك العقارية العمومية أو سكن إلزامي، كما هو محدد بموجب المرسوم التنفيذي رقم 89-10 المؤرخ في 07 فيفري 1989 الذي يحدد كيفية شغل المساكن الممنوحة بسبب ضرورة الخدمة الملحة او لصالح الخدمة وشروط قابلية منح هذه المساكن، يتوجب عليهم لكي يكونوا مؤهلين للاستفادة من إعانة الدولة، تقديم شهادة تسلم من المستخدم العمومي الذي يسير السكن المعني، تؤكد طابع السكن المعني و عدم قابليته للتنازل، وتنص على إخلاء السكن من قبل شاغله بمجرد انتهاء علاقة العمل كآخر أجل.

عليه جميع السلطات،وبمفهوم المخالفة من كان يملك فقط ملكية الرقبة أو حق الانتفاع على عقار لا يعتبر مالكا ملكية كاملة؟ أم أن الملكية الكاملة يقصد بها الاستئثارية غير المشاعة؟

وإجابة على ذلك يقتضي تحديد طبيعة هذه الملكية ،فالحصة الشائعة هي نصيب الشريك في مجموع المال المشاع ،مع امتداد الحق في الملكية إلى كل جزء من الأجزاء التي يتكون منها المال الشائع ولكن بقدر نصيبه فقط،وبالتالي لا يملك العقار الشائع كاملا وإنما يملك فقط حصته الشائعة فقط،وهو نفس ما اتجه إليه قضاء المحكمة العليا [1]،وبالتالي لا يقتضي حرمان من حق الاستفادة من سكن في إطار البيع بالإيجار.

وقياسا على هذه الحالة فالشخص الذي يملك حق عيني عقاري متفرع عن حق الملكية كحق الانتفاع مثلا، فإنه لا يملك ملكية تامة وكاملة لذلك العقار ،فلا يمكن حرمانه من سكن في إطار البيع بالإيجار.

لكن بالرجوع إلى المنشور الوزاري الصادر عن وزارة السكن والعمران والمدينة رقم 1 المؤرخة في 8 أفريل 2018 التي تعدل وتتمم مذكرة منشور رقم 01 المؤرخ في 16 أكتوبر 2014 سالف الذكر،فإن مالكي بناية في الشيوع والتي تكون مساحة حصتهم تقل أو تساوي 70 مترا مربعا لا يقصون من الاستفادة من هذه الصيغة أو أية صيغة أخرى ، باعتبار أن هذه المساحة توافق مبدأ عدم حيازة عقار ذو استعمال سكني الذي يعادل السكن.

ويضاف إلى ذلك مالكي قطعة أرض في الشيوع ،وهنا يتم دراسة الطلبات المقدمة من طرف المالكين لقطعة أرض في الشيوع في ولايات الشلف، بجاية، البليدة، تلمسان، تيزي وزو، الجزائر العاصمة، جيجل، سطيف،سكيكدة، سيدي بلعباس،قسنطينة، مستغانم، وهران، بومرداس، تيبازة، المدية، البويرة، باتنة وعين تيموشنت، إذا كانوا يمتلكون على الشيوع حصة تبلغ مساحتها تقل أو تساوي 120 مترا مربعا بالنسبة للبلديات التي تتواجد في عاصمة الولاية وتقل أو تساوي 150 مترا مربعا بالنسبة لباقي البلديات .

[1] فقد جاء في قرار المحكمة العليا تحت رقم 0785447 بتاريخ 13-06-2013،غ ع،م م ع،ع الأول 2015 على أنه:«لا حق في الاستفادة من السكن في إطار البيع بالإيجار لمن يملك عقارا ذات استعمال سكني،ملكية تامة.الملكية على الشيوع ليست بملكية كاملة».

أما في الولايات الأخرى، الطالبون الذين يمتلكون في الشيوع حصة تقل أو تساوي مساحتها 200 مترا مربعا.

وبالرجوع كذلك إلى نص المادة 06 سالفة الذكر،فإنه لا يستفيد الشخص من هذه الصيغة إلا مرة واحدة،ومن هنا يظهر من أن التعامل بهذا العقد يكتسي الطابع الاجتماعي ذو المنفعة العمومية،التي تتحقق عند استفادة أكبر عدد ممكن من الأشخاص من المساكن عن طريق هذا العقد،ولا يتحقق ذلك إلا إذا اكتفى الشخص بالاستفادة من هذه الصيغة مرة واحدة وإتاحة المجال للآخرين،وبالتالي من استفاد بمسكن وفقا لهذا العقد وتصرف فيه بسوء نية يحرم من الاستفادة مرة أخرى.

2-عدم الاستفادة من مساعدة مالية من طرف الدولة لشراء مسكن:

يتمثل هذا الشرط في عدم حصول الشخص الذي يريد الاستفادة من مسكن بموجب عقد البيع الإيجاري من أية مساعدة مالية من الدولة لشراء سكن أو لبنائه،وذلك عن طريق تخصيص مبالغ مالية من ميزانية الدولة،تمنح من طرف البلديات التي يتبع لها المواطن أو من طرف الهيئات المنشأة خصيصا لهذا الغرض[1]،ومن ذلك الصندوق الوطني للسكن.[2]

إن شرط عدم الحصول على أية مساعدة مالية من طرف الدولة لاقتناء سكن أو بنائه،يسري على الشخص طالب الشراء بموجب عقد البيع بالإيجار وعلى زوجه،ولا يعد هنا الحصول على قرض

---

[1] زنوش طاوس،البيع بالإيجار،ديوان المطبوعات الجامعية،دون ذكر سنة الطبع،ص 61.

[2] حيث يعتبر الصندوق الوطني للسكن أول مؤسسة متخصصة في الجزائر تم إنشاؤها عند إعادة هيكلة الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط وأيلولة أمواله وإنشاء الصندوق الوطني للسكن بموجب المرسوم رقم 91-144 المؤرخ في 12-05-1991 (ج ر،ع 25،المؤرخة في 29-05-1991) ،وقد صدر القانون الأساسي الخاص بالصندوق الوطني للسكن بموجب المرسوم رقم 91-145 المؤرخ في 12-05-1991،المتضمن القانون الأساسي الخاص بالصندوق الوطني للسكن،(ج ر،ع 25،المؤرخة في 29-05-1991 المعدل والمتمم)، من أجل تسيير المساعدات المالية التي تقدمها الدولة للأفراد و إعانتهم ماليا من أجل الحصول على الملكية في إطار بناء أو شراء مسكن عائلي .
وتتمثل هذه المساعدة في شكل:
-إعانة شخصية لفائدة المستفيدين من مسكن جديد أمام متعامل الترقية العقارية.
-إعانة شخصية متبوعة إن اقتضى الأمر بتخفيض في نسبة الفوائد لفائدة المستفيدين من البناء الذاتي في الوسط الريفي.

مالي من أية مؤسسة مالية بمثابة مساعدة من الدولة ،وبالتالي لا يمنع طالب السكن في إطار البيع بالإيجار من الاستفادة منه.[1]

3-شرط الدخل المتوسط:

لقد اشترط المشرع في الشخص الذي يريد أن يقتني مسكنا بموجب عقد البيع بالإيجار،أن يتراوح دخله بين مبلغ يفوق 24000 دج ويساوي[2] ست مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون.

و ما يلاحظ أنه بتحديد الحد الأدنى والذي هو 24000 دج فإنه يستثنى الفئة ذات الدخل الضعيف أو عديمة الدخل ،والتي يمكنها الاستفادة من صيغة السكن الإيجاري العمومي ذات الطابع الاجتماعي،وأنه بتحديده الحد الأقصى والذي يساوي ست مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون،فإنه يستثنى الفئة ذات الدخل الأعلى والتي يمكنها الاستفادة من السكن الترقوي .[3]

4-عدم تجاوز الحد الأقصى في السن:

يشترط في المكتتب ألا يتجاوز سن 70 سنة لكي يستفيد من هذه الصيغة السكنية، حتى يتسنى له تسديد جميع أقساط الإيجار والتي يمكن أن تمتد لمدة 25 سنة.

---

[1] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 0798583 بتاريخ09-05-2013،غ ع،م م ع،ع الأول 2013،ص306 :«وحيث أنه ثابت من ملف الدعوى أن المدعى في الطعن أثناء الاكتتاب لدى وطالة عدل لم يكن يملك أي مسكن كما أنه لم يستفد من أية مساعدة مالية من الدولة لبناء مسكن أو شرائه،أي النص المذكور علق شروط الاكتتاب على أن لا يكون المترشح سبق له وأثناء الاكتتاب قد حصل على مساعدة مالية من الدولة،إلا أنه بالرجوع إلى القرض المدخر الذي حصل عليه الطاعن فكان ذلك لاحقا لمقرر التخصيص لا سابقا له، فضلا أن نص المادة 06 من المرسوم المذكور فهي تتعلق أساسا بحصول المكتتب على مساعدة مالية من الدولة لبناء مسكن أو شرائه وهي الحالة غير المحققة في قضية الحال،لأن المدعى في الطعن لم يحصل على مساعدة مالية وإنما حصل على قرض بفائدة من صندوق التوفير والاحتياط ولا يعتبر ذلك مساعدة مالية،وحيث والحالة هاته،فإن قضاة الموضوع قد أساؤوا فعلا تطبيق القانون».

[2] لكن ما يلاحظ هنا عبارة يساوي التي تثير اللبس في المفاهيم،لذا كان على المشرع أن يحدد الحد الأدنى والحد الأقصى بالتعبير التالي: «يتراوح دخله بين مبلغ 24 ألف دج ومبلغ يساوي 06 مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون».

[3] يتم تقدير الدخل عند دراسة طلب هذه الإعانة لدى المرقي العقاري ، و يقوم مدير السكن بإعداد شهادة تحمل تاريخ إيداع الملف تثبت ذلك. و لتحديد مستوى هذه الإعانة يؤخذ بعين الاعتبار فقط مستوى المداخيل المحينة عند ايداع طلب منح الإعانة على مستوى الصندوق الوطني للسكن.

إن هذا الشرط يستخلص من أحكام المادة 09 من المرسوم 01-105 [1] ،والتي تنص على أنه حتى وإن تحصل المستفيد على سكن بالإيجار يشترط عليه أن يسدد في كل الحالات مبلغ آخر قسط من ثمن بيع المسكن قبل أن يتجاوز سن 70 ،لكن يمكن عدم الأخذ بعين الاعتبار هذا الحد الأقصى للسن،في حالة التزام المستفيد عند تسديد الدفعة الأولى،بالتسديد المسبق لسعر المسكن بكامله.

ثانيا-الشروط الواجب توافرها في المؤجر البائع:

يعتبر المؤجر البائع الطرف الثاني في عقد البيع بالإيجار،وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 01-105 سالف الذكر فإنه سمي بمتعهد الترقية العقارية دون تحديد نوع هذا الأخير، ما إذا كان يعمل لحسابه الخاص أو مرقي عمومي،لكن بالرجوع إلى القرار الصادر عن وزارة السكن والعمران المؤرخ في 23 يونيو 2001 الذي يحدد شروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك [2]،نجده قد نص من خلال مادته 02،على أنه : «يقدم طلب الشراء في المادة الأولى أعلاه،لدى الهياكل التي تعينها الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره والتي تدعى في صلب النص الوكالة.»،بالإضافة إلى ما ورد في نموذج عقد البيع بالإيجار الصادر بموجب القرار المؤرخ في 23 يونيو 2001،الذي يتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار [3]،من تحديد لأطراف العقد وهو الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره المسماة المتعهد بالترقية ممثلة من طرف المدير العام.

فبعد تعديل المرسوم التنفيذي رقم 01-105 بموجب المرسوم رقم 03-35 المؤرخ في 13 يناير 2003 ،وتلاه بعد ذلك تعديل في القرار الذي يحدد نموذج عقد البيع بالإيجار بموجب القرار الصادر في 04-05-2004[4]،حيث أصبح الطرف الأول في العقد بما يسمى بمتعهد الترقية العقارية ولم يعد يحصره في الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره.

وما يلاحظ أنه بعد هذا التعديل قد قصد المشرع فتح المجال للخواص والمتعاملين الآخرين،لتخفيف العبء عن ميزانية الدولة وفتح مجال المبادرة فيها لتطويرها وترقيتها،سواء بنكية أو

---

[1] المادة 09 من المرسوم 01-105 المعدلة بموجب المادة 09 من المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المؤرخ في 02-11-2004،ج ر ،ع 69،المؤرخة في 03-11-2004.

[2] ج ر،52،المؤرخة في 16-09-2001.

[3] ج ر،ع 52،المؤرخة في 16-09-2001.

[4] ج ر،ع 43،المؤرخة 4 يوليو 2004.

تمويلات أخرى ،وهو ما تم فعلا إذ تم تدخل الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط في تمويل مشاريع البيع بالإيجار.[1]

البند الثالث:إجراءات إبرام عقد البيع بالإيجار:

فاقتناء سكن في إطار عقد البيع بالإيجار يمر بعدة إجراءات حددها المشرع:

أولا-تقديم طلب اقتناء سكن في إطار البيع بالإيجار:

بمجرد الإعلان عن افتتاح الاكتتاب لدى الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره ،من أجل شراء مسكن في إطار صيغة البيع بالإيجار وفقا الشروط المحددة في التنظيم المعمول به في هذا المجال،يقدم طلب الشراء لدى الهياكل التي تعينها الوكالة بعد تحريره على مطبوع ،علما أن هذا الطلب نموذجي حدده القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 سالف الذكر،وقد عدل وعوضه النموذج المذكور بموجب القرار 13 المؤرخ في 22 يوليو 2013[2]،ويرفق هذا الطلب بنموذج لتصريح شرفي محرر كذلك على مطبوعة،مشترك للمكتتب وزوجه.[3]

---

[1] على الرغم من أن الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره مؤسسة عمومية ذات طابع تجاري وصناعي،وتتمتع باستقلال مالي،وإنشاؤها كان سنة 1991،إلا أن رأسمالها غير كاف لإنجاز برامج سكنية كل سنة،ومازالت الدولة تمول مشاريع هذه السكنات بالإضافة إلى أطراف أخرى في التمويل.

[2] القرار الذي يعدل ويتمم القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001،ج ر،ع 49،المؤرخة في 02-10-2013.

[3] يتضمن هذا التصريح توقيعهما على تصريحهما بأنهما لم يسبق لهما امتلاك عقار سكني أو أرض قابلة للبناء ،وأنهما لم يحصلا على أية مساعدة من الدولة لاقتناء سكن أو بنائه والتزامهما بتسليم المفاتيح في حالة ما إذا كانا يقيمان في سكن عمومي إيجاري فور استلامهما مفاتيح المسكن في إطار البيع بالإيجار،وتسليم شهادة إرجاع مفاتيح السكن المستأجر وكذا =قرار إنهاء عقد الإيجار لوكالة عدل،وفي حالة التصريح الكاذب والذي يعد تدليسا بمفهوم المادة 86 ق م،فإنه يعرض للمتابعة القضائية من طرف الوكالة طبقا لقانون العقوبات، كما أنه يلغى طلب اقتناء سكن في إطار البيع بالإيجار.

وتسجل الطلبات وفق ترتيب زمني فور استلامها في سجل يرقمه ويوقعه المدير العام للوكالة أو ممثله المعين لهذا الغرض،ويتم معالجتها من طرف لجنة [1] على أساس ترتيبها المسجل قانونا،وتتوج أشغال اللجنة بتحرير محضر يوقع عليه من طرف جميع أعضائها وترسل نسخة منه إلى الوزير المكلف بالسكن،أما بالنسبة للطلبات التي تنقصها المعلومات والتي لم ترفق بالوثائق المطلوبة تعاد إلى أصحابها خلال 8 الأيام التي تلي استلامها مع الإشارة إلى سبب إعادتها.[2]

ثانيا–تبليغ قرار القبول للمستفيدين:

إن أهم قرار ينبثق عن اللجنة المكلفة بمعالجة طلبات الاستفادة من سكن في إطار البيع بالإيجار،والمستوفاة للشروط القانونية هو قرار الموافقة على الطلب[3]، وبذلك تقوم مصالح الوكالة بتبليغ قرار القبول للمستفيدين بموجب رسالة موصى عليها ،ويتم استدعاؤه للتقرب من مصالح الوكالة من أجل توقيعه لتعهد التسجيل في برنامج السكن محل البيع بالإيجار،وتوقيع الشخص للتعهد يؤكد التزامه بما تقدم من طلب وفق الشروط المحددة قانونا [4]،فمن تاريخ التوقيع يصبح من المستفيدين بهذا العقد

---

[1] تتشكل لجنة معالجة الطلبات التي يرأسها المدير العام للوكالة أو ممثله الموكل قانونا حسب نص المادة 5 من القرار الذي يحدد شروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار،المعدل والمتمم بالقرار المؤرخ في 22 يوليو 2013:

–ممثل موكل قانونا من طرف المدير المكلف بالسكن في الولاية المعنية ببرنامج السكنات الموجهة للبيع بالإيجار.

–ممثل موكل قانونا من طرف المدير العام للصندوق الوطني للسكن.

يمكن زيادة على ذلك توسيع هذه اللجنة عند الضرورة إلى أعضاء آخرين لاسيما ممثل الوزير المكلف بالسكن.

تضبط تشكيلة اللجنة بمقرر من الوزير المكلف بالسكن.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 4 من القرار الذي يحدد شروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار.

[3] تجدر الإشارة إلى أن قبول الطلبات يتم حسب عدد المساكن المحدد من طرف الوزير المكلف بالسكن،وبهذا في حالة ما إذا فاق عدد الطلبات التي تستوفي الشروط التأهيلية والتي تم قبولها من طرف اللجنة،عدد مساكن البرنامج المقرر،يبلغ المترشحون غير المقبولين كتابيا مع توضيح رتبة طلباتهم،ودعوتهم إن رغبوا في ذلك إلى التمسك باختيارهم في البرامج السكنية المستقبلية المخصصة للبيع بالإيجار.وفي هذه الحالة لابد على صاحب الطلب تأكيد طلبه الأول على البرامج السكنية المستقبلية المنجزة من طرف الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره،وبمجرد تسجيل برامج سكنية جديدة في إطار البيع بالإيجار،تقوم اللجنة في حدود السكنات المسجلة،بترتيب هذه الطلبات حسب الترتيب الزمني الأولي للإيداع وبالتحقق من شروط قابلية الترشح للطالبين كما هو محدد في التشريع والتنظيم المعمول بهما،هذا ما نصت عليه المادة 6 من القرار 23 يوليو 2011 المعدل والمتمم سالف الذكر.

[4] زنوش طاوس،المرجع السابق،ص 102.

حيث يخضع للالتزامات التي فرضها القانون وفقا لهذا العقد،ويلتزم بدفع القيمة الأولى المشار إليها سابقا من أصل 25% التي تعتبر الدفعة الأولية ،والتي يتم تقسيمها كالتالي:[1]

-10 % من ثمن المسكن عند الإقرار الثابت بالشراء.

-5 % من ثمن المسكن عند الانطلاق في الأشغال .

-5 % من ثمن المسكن عند التخصيص.

-5 % من ثمن المسكن عند استلام المستفيد المسكن.

وفقا للمادة 12 من القرار 23 يوليو 2011 المعدل والمتمم المتعلق بشروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار سالف الذكر،كل اعتراض على قرار اللجنة يمكن رفعه في شكل طعن أمام اللجنة الخاصة المنشأة بمقرر من الوزير المكلف بالسكن،وقد أنشأت هذه اللجنة بموجب القرار الصادر عن وزير السكن رقم 85،المؤرخ في 01-08-2001،الذي يحدد تشكيلة لجنة الطعن الخاصة بطلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار.

لكن تجدر الإشارة إلى أن هذا القرار يبين آجال الفصل في الطعن المرفوع أمامه وكيفيات ذلك.

ثالثا-تحرير عقد البيع بالإيجار:

بالرجوع إلى المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المعدل والمتمم فإنه يترتب على تسديد المستفيد الدفعة الأولى والتزامه بشروط تسديد ثمن المسكن كما هي محددة في رزنامة استحقاق الأقساط،إعداد عقد البيع بالإيجار بين الهيئة المتعهدة بالترقية العقارية وبين المستفيد [2]،ويعتبر هذا العقد

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 7 من المرسوم التنفيذي 01-105 المعدلة بموجب المرسوم 15-328 المؤرخ في 22-12-2015،ج ر،ع 68،المؤرخة في 27-12-2015.

[2] وقد أكدت على ذلك المادة 04 من القرار المتعلق بشروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار المعدل والمتمم،على أنه :« يترتب على دفع 5 % للشطر الأول من مبلغ المساهمة الأولية المذكورة أعلاه،من طرف المقتني المطلوبة عند تسليم المفاتيح،إعداد عقد البيع بالإيجار بين المستفيد والوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره ...».

عقد رسمي يبرم لدى الموثق وفق النموذج الذي حدده القرار الصادر عن الوزير المكلف بالسكن المؤرخ في 4 ماي 2004.

للإشارة إلى أن هذا العقد لا ينقل الملكية للمستفيد من المسكن،بل هو فقط عقد إيجار يتحول إلى عقد ناقل للملكية بالعقد النهائي وهو إبرام عقد البيع.

رابعا-تحرير عقد البيع النهائي:

كما تطرقنا سابقا للعقد النموذجي في إطار البيع بالإيجار،الذي تم إبرامه بين المتعهد الترقية العقارية والمستفيد،هو عقد أولي أو يمكن القول على أنه تمهيدي،يرتب التزامات متبادلة بين الطرفين،إلا أنه غير ناقل للملكية،فنقل الملكية المسكن يتوقف على الوفاء بكامل الثمن من طرف المستفيد،بحيث بعدما قام بتسديد الشطر الأول والمتمثل في 25 % من ثمن المسكن،يقوم بتسديد باقي الثمن بعد خصم مبلغ هذه الدفعة على مدى مدة لا تتجاوز 25 سنة ، ويمكن تقليص هذه المدة إلى 20 سنة بالنسبة للمكتتبين المسجلين في سنة2001 و 2002[1]، ويتم تسديد المؤجل وفق أقساط تبين المبلغ الواجب دفعه شهريا خلال المدة المتفق عليها،غير أنه وقصد تحويل الملكية لفائدته وبمجرد تسديد الدفعة الأولى،يمكن للمستفيد أن يقوم بالتسديد للجزء المتبقي من سعر المسكن بكامله.

وفي حالة ما إذا اختار تسديد المبلغ على أقساط،فإنه قبل أن يتجاوز عمره 70 سنة يجب عليه أن يسدد في كل الحالات مبلغ آخر قسط من ثمن بيع المسكن،وهذا ما نصت عليه المادة 9 من نفس المرسوم،وقد أضافت على أنه يمكن عدم الأخذ بعين الاعتبار هذا الحد الأقصى للسن،في حالة التزام المستفيد عند تسديد الدفعة الأولى،بالتسديد المسبق لسعر المسكن بكامله.

وبهذا فقد نصت المادة 19 من نفس المرسوم على أنه تنقل ملكية المسكن المعني بعد تسديد ثمن المسكن بكامله وفقا للقواعد المعمول بها،وهي أن يبرم العقد أمام مكتب التوثيق ويخضع بدوره لإجراءات التسجيل والشهر بالمحافظة العقارية،وبهذا يصبح مالكا للمسكن ملكية تامة.

[1] وهذا ما نصت عليه المادة 08 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المعدلة بالمرسوم رقم 16-279 المؤرخ في 02-11-2016،ج ر،ع 65،المؤرخة في 06-11-2016.

البند رابع:المنازعات التي يثيرها عقد البيع بالإيجار:

إن عقد البيع بالإيجار كما رأينا سابقا عقد مركب من عقدين،عقد الإيجار للسكن ،ثم عقد بيع بعد تسديد ثمن السكن ،وبالتالي يصبح المستفيد من هذا السكن مالكا له ملكية تامة وله جميع السلطات عليه،لكن قبل ذلك فهو فقط مستأجرا ويلتزم بالالتزامات المفروضة عليه طبقا للأحكام العامة لعقد الإيجار وطبقا للأحكام المفروضة عليه وفقا للمرسوم رقم 01-105 سالف الذكر، ومقابل ذلك يترتب على عاتق الهيئة المؤجرة عدة التزامات فأي إخلال بذلك يترتب عليه منازعات ودعاوى ترفعها كل من الهيئة المؤجرة والمستفيد المؤجر.

أولا-الدعاوى التي يرفعها المؤجر:

يرفع المؤجر عدة دعاوى على المستأجر في حالة إخلاله بالالتزامات المترتبة عليه بمقتضى عقد البيع بالإيجار،ومنها ما ينظر فيها قاضي الموضوع باعتبارها تمس أصل الحق، ومنها ما يختص بها القاضي الاستعجالي باعتبارها تقتضيها حالة الاستعجال ومن هذه الدعاوى:

1-دعاوى عدم تسديد أقساط الإيجار:

طبقا للقواعد العامة وفقا لنص المادة 1/498 ق م يجب على المستأجر أن يقوم بدفع بدل الإيجار في المواعيد المتفق عليها،فإذا لم يكن هناك اتفاق وجب الوفاء ببدل الإيجار في المواعيد المعمول بها في الجهة.

ووفقا للمادة 12 من المرسوم رقم 01-105 المعدل والمتمم ،على أنه يترتب على عدم تسديد كل قسط شهري تطبيق زيادة 2% من مبلغ القسط الشهري،أما في حالة عدم تسديد 3 أقساط شهرية مجمعة وبعد إعذارين مدة كل منهما 15 يوما،يفسخ عقد البيع بالإيجار على حساب المستفيد دون سواه،وفي هذه الحالة يباشر المتعهد بالترقية العقارية دعواه أمام الجهات القضائية ،وبطرد المستفيد من المسكن يتم رد مبلغ الدفع الأولي الذي دفعه المستأجر للمتعهد،بعد احتساب الأقساط غير المدفوعة باعتباره أقساط كمقابل إيجار ،وكذا التكاليف المختلفة المتعلقة بشغل المسكن وتكاليف القضاء.

2-دعوى تحصيل الأعباء المشتركة:

يقع على المستأجر الالتزام بالتكاليف موضوع الملكية المشتركة وهو ما أكدت عليه المادة 10 من العقد النموذجي ، حيث يتم تسديدها بصفة منتظمة ،وكل تأخر في الدفع يفوق مدة شهر يعرض المستأجر لدفع غرامة قدرها 2% عن كل شهر تأخر ،أما في حالة الامتناع عن دفع التكاليف وليس فقط التأخر،هنا وفقا للقواعد العامة يمكن مطالبته بموجب دعوى بتحصيل التكاليف المفروضة عليه.

إن مسألة التزام المستفيد المستأجر بدفع تكاليف الملكية المشتركة تثير إشكالا ،باعتبار أن المستفيد يعد مستأجرا وليس بمالك في إطار الملكية المشتركة حسب نص المادة 745 ق م،وبالتالي فالتكاليف التي يتحملها بمناسبة الملكية المشتركة فقط هي التكاليف من النوع الأول والتي نصت عليها المادة 750 ق م والتي تتعلق بالتسيير العادي للأجزاء المشتركة والترميمات الصغيرة الخاصة بها،والتي يتولاها الشاغلين -باعتبار المستأجر شاغل- بحصص متساوية بينهم للمتصرف،أما الترميمات الكبرى وهي التكاليف من النوع الثاني فهي على عاتق الشركاء في ملكية العقار،وهذه الأخيرة من المفروض لا يتحملها المستفيد المستأجر.

ومنه فتسيير وإدارة الملكية المشتركة يتولاه المتعهد بالترقية العقارية أو يعين قائم بإدارتها،ولكن هنا لم تحدد مدة تولي المتعهد بإدارة وتسيير الملكية المشتركة،أم بمفهوم آخر يتولى ذلك إلى حين انتقال الملكية للمستفيدين،لكن يمكن أن تنتقل الملكية للمستفيد فور تسديده لجميع الأقساط دون الآخرين الذين يبقون مستأجرين إلى حين انتقال الملكية لهم دون أن تتجاوز مدة 25 سنة.

3-دعوى منع تغيير الشكل الخارجي:

إن أهم التزام يقع على المستأجر هو الامتناع عن كل تغيير في الشكل الخارجي للمسكن،كوضع الشبابيك على النوافذ أو التغيير في الاستعمال الأصلي للشرفات [1]،وذلك بدون إذن مكتوب من المؤجر وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 1/492 ق م.

[1] بالرجوع إلى المادة 13 من نموذج عقد البيع بالإيجار والملحق بالقرار المؤرخ في 04-ماي 2004 يعدل القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 المتضمن عقد البيع بالإيجار فإنه: «يمنع منعا باتا كل تغيير في الشكل الخارجي للمسكن كوضع الشبابيك على النوافذ أو تغيير الاستعمال الأصلي للشرفات».

حيث يمكن للمؤجر وفقا لنص المادة 2/492 ق م، رفع دعوى على المستأجر وذلك إذا تعنت هذا الأخير في تنفيذ التزامه بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه.

4-دعوى عدم التأجير من الباطن:

وفقا للقواعد العامة ،وبالرجوع إلى نص المادة 505 ق م فإنه يمتنع على المستأجر التنازل عن حقه في الإيجار أو إجراء إيجار من الباطن،وذلك دون موافقة المؤجر،حيث لابد من أن تكون هذه الموافقة كتابيا ،ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

وبالرجوع إلى نص المادة 15 من نموذج عقد البيع بالإيجار والملحق بالقرار المؤرخ في 04-ماي 2004 يعدل القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 المتضمن عقد البيع بالإيجار،فإنه يمنع منعا باتا على المستأجر المستفيد أن يؤجر مسكنه موضوع هذا العقد،بصفة كلية أو جزئية،وبالتالي في حالة قيام المستأجر بإيجار المسكن محل البيع بالإيجار، وتم إثبات المخالفة من طرف هذا الأخير،يتم طلب فسخ عقد الإيجار من طرف الهيئة المؤجرة ،ويجوز لها اللجوء إلى القاضي الاستعجالي مستظهرة بنسخة من الحكم لطرد المستأجر وكافة الشاغلين للمسكن.[1]

5-دعوى استعمال السكن فيما أعد له:

يقع على المستأجر التزام باستعمال العين المؤجرة حسبما وقع الاتفاق عليه،فإن لم يكن هناك اتفاق وجب على المستأجر أن يستعملها بحسب ما أعدت له[2]،ولهذا يمنع عليه منعا باتا أن يمارس عليه مثلا نشاط حر أو تجاري.

وللمؤجر أن يطالب بتنفيذ هذا الالتزام عينا،وذلك باستعمال السكن وفق للغرض الذي أجر من أجله،ويمكن للقاضي تضمين الحكم بالغرامة التهديدية ،إذا طلب المؤجر ذلك وتوافرت شروط نص المادة 174 ق م.

---

[1] بوشنافة جمال، المنازعات الناشئة عن إيجار السكنات الاجتماعية،دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري،دفاتر السياسة والقانون،ع السابع،جوان 2012 ،ص 130.

[2] هذا ما تنص عليه المادة 491 ق م.

ثانيا-الدعاوى التي يرفعها المستأجر:

يمكن للمستأجر المستفيد أن يرفع على المؤجر بعض الدعاوى التي ترفع أمام قاضي الموضوع أو القاضي الاستعجالي حسب الحالة،وذلك في حالة وقوع تعرض من طرف المؤجر أو الغير،أو عدم قيام المؤجر بالترميمات التي تتطلبها العين المؤجرة ،أو في حالة تعرضه لتهدم البناء إلى غير ذلك من الدعاوى التي نتعرض إلى بعضها:

1-دعوى منع التعرض:

إن أهم التزام يترتب على المؤجر أثناء تسليمه للعين المؤجرة وهو ضمان التعرض، باعتبار هذا الأخير يعكر على المستأجر الانتفاع الكلي أو الجزئي بالعين المؤجرة،والتعرض الذي يضمنه هو التعرض المادي كأن يحدث بالعين المؤجرة أو بملحقاتها أي تغيير ينقص من هذا الانتفاع، أو القانوني الصادر منه أو من تابعيه [1]،حتى التعرض القانوني الصادر من الغير كتعرض مستأجر آخر أو أي شخص تلقى الحق عن المؤجر.[2]

وبهذا وحسب نص المادة 484 ق م على المستأجر إخطار المؤجر بالدعوى المرفوعة من الغير الذي يدعي حقا على العين المؤجرة يتعارض مع حق المستأجر ومطالبته بالضمان،فإذا ترتب على هذه الدعوى حرمان المستأجر من الانتفاع بالشيء كليا أو جزئيا جاز له طلب فسخ العقد أو المطالبة بإنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض.

والتعرض المادي الصادر من الغير لا يضمنه المؤجر حسب نص المادة 487 ق م ،في هذه الحالة الأخيرة على المستأجر أن يرفع على المتعرض دعوى التعويض عما أصابه من صرر وكذا له أن يمارس ضده كل دعاوى الحيازة.

---

[1] والتابع هو كل شخص قد عهد إليه بعمل يتصل بالعين المؤجرة،أو كان وجوده بها بناءا على حق قرره له المؤجر.

[2] هذا ما تنص عليه المادة 483 ق م.

2-دعوى ضمان العيوب الخفية:

بالرجوع إلى نص المادة 488 ق م فالمؤجر يضمن العيوب الخفية التي تظهر بالعين المؤجر،والتي من شأنها أن تحول دون استعمالها أو تنقص من هذا الاستعمال نقصا محسوسا،باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها،ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك.

كما يكون المؤجر مسؤولا عن الصفات التي تعهد بها صراحة،غير أنه لا يضمن العيوب التي أعلم بها المستأجر أو كان يعلم بها وقت التعاقد.

وبهذا فإذا وجب بالعين المؤجرة عين يتحقق معه الضمان،يجوز للمستأجر حسب الحالة أن يطلب فسخ الإيجار أو إنقاص بدل الإيجار ،وله كذلك أن يطالب إصلاح العيب أو أن يصلحه على نفقة المؤجر،وإذا لحقه ضرر من العيب التزم المستأجر بتعويضه ما لم يثبت أن كان يجهل وجود العيب. [1]

3-دعوى القيام بأعمال الصيانة والترميم:

طبقا للقواعد العامة،وفقا لنص المادة 479 ق م ،يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم،ويتعين عليه القيام بالأعمال اللازمة للأسطح،وصيانة وتفريغ المراحيض وقنوات تصريف المياه،وغيرها.

لكن بالنسبة للإصلاحات التي تتطلبها العين المؤجرة أثناء مدة الإيجار والداخلية،فإنه يتعهد المستأجر المستفيد القيام بها تحت نفقته،وهو ما أكدت عليه المادة 13 من نموذج عقد البيع بالإيجار والملحق بالقرار المؤرخ في 04-ماي 2004 يعدل القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 المتضمن عقد البيع بالإيجار سالف الذكر،وهو عكس ما جاء في المادة 2/479 ق م والتي أكدت على قيام المؤجر بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار،دون الترميمات الخاصة بالمستأجر.

وفي حالة عدم تنفيذ المؤجر لالتزامه بالصيانة وبعد إعذاره بموجب محرر،غير قضائي،يجوز للمستأجر بفسخ العقد أو إنقاص بدل الإيجار دون الإخلال بحقه في التعويض،وإذا كانت ترميمات مستعجلة،جاز للمستأجر أن يقوم بتنفيذها على حساب المعني.[1]

[1] هذا وفقا لنص المادة 489 ق م.

4-دعوى التعويض عن تهدم البناء:

طبقا للقواعد العامة فإن الضمان العشري يستفيد منه رب العمل في مواجهة المقاول والمهندس المعماري وكل مما تربطه به عقد مقاولة،عما يصيب البناء من تهدم وعيوب مؤثرة خلال مدة 10 سنوات من استلام العمل.وبهذا فرب العمل هنا هو متعهد الترقية العقارية وهي الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره ،وبالتالي فهي من تستفيد من الضمان العشري ،كما ينتقل هذا الضمان بنقل الملكية إلى الخلف الخاص،أي إلى المشتري ،لكن حلول المستأجر في حيازة المباني لا يجعل منه خلفا خاصا للبائع.

وبتسديده المستفيد الأقساط تنتقل إليه الملكية،وتنتقل إليه هذه الدعوى ،ويمكن له أن يرفعها ضد المقاول والمهندس وضد المرقي العقاري باعتبارهم متضامنين في مجال المسؤولية العشرية،في حالة تهدم البناء أو العيب المؤثر خلال مدة 10 سنوات من تسلم رب العامل المالك للمسكن من المقاول،لكن يبقى هذا الفرض ضئيلا باعتبار أن المستفيد من النادر أن تنتقل إليه هذه الملكية خلال فترة قصيرة من إبرام عقد البيع بالإيجار،ودفع جميع الأقساط المتفق عليها،حيث أجاز له المشرع دفعها حتى خلال مدة قد تصل إلى 25 سنة ،وبالتالي يبقى فقط مستأجرا وليس مالكا خلال هذه المدة.

وتجدر الإشارة إلى أن المستأجر هو المتضرر الأول عما يحدث من تهدم البناء،وبالتالي فعلى أي أساس يرفع دعواه للمطالبة بالتعويض عما أصابه من أضرار وعلى من يرفعها؟

وبالرجوع إلى نص المادة 2/140 ق م والتي تقرر على أن مالك البناء يعد مسؤولا عما يحدثه انهدام البناء من ضرر ولو كان انهداما جزئيا،ما لم يثبت أن الحادث لا يرجع سببه إلى إهمال في الصيانة أو قدم البناء أو عيب فيه ،وبالتالي فلا يثير النص صعوبة في مدى ارتباط المسؤولية بالملكية في حالة تهدم البناء،فالمالك يعد مسؤولا بغض النظر عما إذا كان المبنى في حوزته أم لا.[2]

ولكن تجدر الإشارة إلى أنه يعد المالك مسؤولا عن تهدم البناء وفقا لنص المادة 140 من القانون المدني سالفة الذكر ،وذلك بالنسبة للأضرار التي تصيب الغير باعتبار أن هذه المسؤولية التي

---

[1] هذا ما تنص عليه المادة 480 ق م.

[2] محمد حسين منصور،المسؤولية المعمارية،المرجع السابق،ص 190.

أقرتها المادة سالفة الذكر من أجل حماية غير المتعاقدين ،أما من يرتبط بالمالك بعقد إيجار فإن أحكام هذا العقد هي التي تطبق، ونصوص القانون المدني التي تنظم عقد الإيجار تكون وحدها واجبة التطبيق.

وبهذا فللمستفيد المستأجر يرجع على المالك بما حصل له من أضرار عن تهدم المبنى الكلي أو الجزئي استنادا إلى أحكام المسؤولية العقدية ،لأن الضرر يكون ناجما عن الإخلال بأحد الالتزامات الناشئة عن عقد الإيجار وهو الالتزام بالصيانة وبالترميمات الضرورية للعين المؤجرة [1]، وقيام هذا العقد يمنع المستأجر من الاستناد إلى أحكام المسؤولية التقصيرية المتعلقة بحارس البناء ،وللمالك حق الرجوع على المستأجر [2] أو المهندس المعماري والمقاول [3]،وذلك بحسب مصدر الرجوع فيما إذا كان إتفاقيا أو قانونيا.[4]

الفرع الثالث:الاختصاص القضائي في منازعات بيوع الترقية العقارية

نتطرق في هذا الفرع إلى الاختصاص النوعي ومن ثم الاختصاص الإقليمي في منازعات بيوع الترقية العقارية، البيع على التصاميم،وعقد حفظ الحق والبيع بالإيجار ،باعتبار المرقي العقاري

---

[1] الرجوع إلى نصوص القانون المدني والتي تنظم عقد الإيجار في نص المادة 494 والتي تنص على أنه:«يلتزم المستأجر بالقيام بالترميمات الخاصة بالإيجار والجاري بها العمل ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك».
وبالرجوع إلى نص المادة 479 القانون المدني على أنه:«يلتزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة لتبقى على الحالة التي كانت عليها وقت التسليم ويجب أن يقوم بالترميمات الضرورية أثناء مدة الإيجار دون الترميمات الخاصة بالمستأجر».وبهذا فالمستأجر يلتزم بالقيام بالترميمات العادية التي يتطلبها عقد الإيجار،أي الإصلاحات البسيطة للأشياء التالفة بالعين المؤجرة أو بملحقاتها،التي يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالا مألوفا ويرجع في تحديد هذه الترميمات إلى العرف،كإصلاح الأبواب والنوافذ ،أما الترميمات الضرورية لحفظ العين المؤجرة من الهلاك أو العاجلة فيتحملها المؤجر المالك،فهنا في هذه الحالة الأخيرة يخطر المستأجر المؤجر فورا حتى يتدخل وهذا ما نصت عليه المادة 497 القانون المدني،وإلا يتحمل تبعية ذلك.

[2] فقد يرجع على المستأجر إذا كان تهدم البناء بسبب الإهمال في الترميم والصيانة.

[3] ورجوع المالك على المقاول الذي قام بتشييد المبنى والمهندس المعماري على أساس الضمان العشري وفقا لنص المادة 554 من القانون المدني،التي تحملهما المسؤولية خلال مدة عشر سنوات.

[4] بوقرة أم الخير،صفة المالك المسؤول عن تهدم البناء طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري،مجلة المفكر،العدد السادس عشر،جامعة محمد خيضر،كلية الحقوق والعلوم السياسية،ديسمبر 2017.ص 501.

طرف في النزاع سواء خاص أو عمومي،ولهذا تظهر أهمية تحديد الجهة القضائية المختصة في النزاع،وباعتبار طبيعة الترقية العقارية هل هي مدنية أم تجارية.

البند الأول:الاختصاص النوعي:

تحديد الاختصاص القضائي النوعي في بيوع الترقية العقارية،يقتضي منا تحديد طبيعة الترقية العقارية،هل هي مدنية أم تجارية؟

تجدر الإشارة إلى أن نشاط الترقية العقارية من خلال مراحل تطوره عرف نظامين مختلفين قبل صدور الأمر رقم 11-04 ساري المفعول،حيث كانت في ظل أول قانون نظمها رقم 86-07 ذات طابع مدني،نظرا للسياسة التي كانت متبعة آنذاك وهي البناء من أجل القضاء على أزمة السكن ،وبالتالي الاهتمام بالجانب الاجتماعي،أما في ظل المرسوم التشريعي رقم 93-03 ،فقد تم إضفاء الصفة التجارية على الأعمال المتعلقة بها وحتى الأشخاص القائمين بعملية الترقية العقارية حيث يعدون تجارا.[1]

أما في ظل القانون رقم 11-04 ساري المفعول والمتعلق بالترقية العقارية،فقد حافظت على طابعها التجاري ،كما أنه يعتبر الأشخاص القائمين بها تجارا وهذا بمفهوم المادة 19 منه والتي تنص على أنه: «يسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي مؤهل للقيام بأعمال التجارة بممارسة نشاط الترقية العقارية موضوع المادتين 3 و18 أعلاه وحسب الشروط المحددة في هذا القانون».

وفي نفس السياق نصت المادة 04 من نفس القانون على أنه :« يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري بالمبادرة بالمشاريع العقارية».

[1] هذا ما نصت عليه المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 :«ويعد المتعاملون في الترقية العقارية تجارا،باستثناء الذين يقومون بعمليات في الترقية العقارية لتلبية حاجاته الخاصة أو حاجات المشاركين معهم».

وبهذا فنشاط الترقية العقارية هو نشاط تجاري ،ويعد المرقي العقاري القائم بهذا النشاط تاجرا سواء كان شخص طبيعي أو معنوي مثل الوكالة الوطنية لتطوير السكن وتحسينه [1]،مقيدا في السجل التجاري.

من هذا المنطلق يفترض أن أي نزاع يتعلق بنشاطات الترقية العقارية يدخل في اختصاص القاضي التجاري باعتباره نشاط تجاري،ولكن يمكن الإشارة إلى أن المشرع أعطى للقاضي العقاري النظر في منازعات الترقية العقارية وذلك حسب نص المادة 3/512 ا م ا [2]،وبالتالي يفهم من ذلك اعتبار نشاط الترقية العقارية عملا مدنيا،نظرا لطبيعة العلاقة بين المرقي والمقتني باعتبارها علاقة مدنية ،والمنازعات التي تنشأ عن العقد الذي يربط بين الطرفين هي منازعات مدنية وحتى آثار العقد مدنية،فالقاضي العقاري بحكم النزاع الواقع على العقار هو الأقرب لتطبيق القواعد العامة في القانون المدني والقواعد الخاصة لقانون الترقية العقارية،وليس القاضي التجاري.

أما العلاقة بين المرقي العقاري والإدارة هي علاقة تجارية وملزم تجاهها بالالتزامات التجارية المفروضة عليه ،منها التصريح عن نشاطه الربحي الذي فيه نوع من المضاربة ،وملزم بمسك الدفاتر التجارية ،وغيرها ،وبالتالي فتطبق هنا قواعد القانون التجاري.

البند الثاني:الاختصاص الإقليمي:

قد كرس المشرع كمبدأ عام في المادة 37 ا م ا الجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه هي الجهة المختصة بالنظر في النزاع ،وإذا لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص أمام الجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن ،وفي حالة اختيار موطن ،فأمام الجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار.

---

[1] تعتبر الوكالة الوطنية لتحسين السكن وتطويره مؤسسة وطنية ذات طابع صناعي وتجاري تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، ،وتعد هذه المؤسسة تاجرة في علاقاتها مع الغير وبالتالي تخضع للقانون التجاري.

[2] تنص المادة 3/512 ا م ا على أنه: « ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية:..... 3-في نشاط الترقية العقارية».

لكن المشرع استثناءا حدد الجهات القضائية المختصة إقليميا في بعض المواد،فإذا تعلق النزاع حسب طبيعته بالعقار كما أشرنا سابقا التنازل عنه أو الملكية المشتركة إلى غير ذلك ،أو تعلق الأمر بدعوى تنفيذ الالتزامات المترتبة عن عقد الإيجار يرفع النزاع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار وهذا وفقا لنص المادة 40/ 1 ا م ا.

الباب الثاني

نقل الملكية في البيع العقاري وآثاره القانونية

لقد أولى المشرع الجزائري أهمية قصوى لمسألة نقل الملكية في المعاملات العقارية ،ووضع الأطر القانونية التي يتم بموجبها هذا الانتقال لضمان الاستقرار القانوني للمتعاملين أي توفير الأمن القانوني.وباعتبار بيع العقار من أهم ەذه المعاملات لابد من احترام هذه الأطر القانونية،حيث تتمثل في إتباع الشكل الرسمي،وذلك بإبرام البيع إذا تم عن طريق العقد أمام أشخاص مؤهلين قانونا لتكريس هذه الرسمية،الموثق أو مدير أملاك الدولة،أو إضفاء الرسمية عن طريق الحكم قضائي من طرف القاضي الذي يشرف على عملية البيع بالمزاد العلني إذا تم البيع قضائيا.

والشكل الرسمي لا يكفي لمسألة نقل ەذه الملكية،وإنما لابد من المرور عبر مراحل أخرى وهي تسجيل البيع لدى مفتشية التسجيل،وكذا شهره بالمحافظة العقارية ليرتب هذا البيع جميع آثاره القانونية على المتعاملين ،سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري.

وقد أولى المشرع أهمية للآثار التي تترتب على البيع العقاري سواء من جانب البائع أو من جانب المشتري،وذلك بتنظيمها سواء في القانون المدني أو في قوانين أخرى والتي تنظم البيوع العقارية،والهدف منها توفير حماية أكثر للمتعاملين.

وبهذا سيتم التطرق إلى مراحل و إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري في **الفصل الأول**،أما في **الفصل الثاني** نتناول الآثار القانونية للبيع العقاري.

الفصل الأول

مراحل وإجراءات نقل الملكية في البيع العقاري

إن ما يميز البيوع العقارية عن غيرها من البيوع–بيع المنقول– هي مسألة نقل الملكية،ذلك أن نقل هده الأخيرة لا يتم بمجرد تطابق الإيجاب والقبول،والتراضي حول جميع المسائل الجوهرية وتوفر ركن المحل والسبب فقط،وإنما لابد من وجود ركن آخر وهو الشكل الرسمي بمفهومه الواسع ،التوثيق،التسجيل والشهر العقاري.

وفي الحالات الاستثنائية فإنه يمكن أن يتم نقل الملكية العقارية عن طريق الحكم القضائي،كنتيجة للبيع القضائي للعقار في الحالات سالفة الذكر،حتى أن هذا الحكم القضائي لابد من تسجيله وكذا شهره بالمحافظة العقارية ليصبح سندا مثبتا للملكية العقارية ويرتب أثره العيني.

سندرس تباعا لذلك إضفاء الرسمية على البيع العقاري في **المبحث الأول** ،أما في **المبحث الثاني** ندرس تسجيل وشهر البيع العقاري والمنازعات التي يثيرها.

المبحث الأول:إضفاء الرسمية على البيع العقاري

لإضفاء الشكل الرسمي على البيع العقاري نميز بين ما إذا تم هذا البيع عن طريق التعاقد،فلابد من احترام الأركان الموضوعية المنصوص علها في القانون المدني من تراضي الطرفين حول جميع المسائل الجوهرية ،وتوافر ركن المحل وركن السبب ومشروعيته،وتجسيد هذا التراضي في قالب رسمي عن طريق تدخل طرف آخر لتكريسها ألا هو الموثق.

و تمر عملية التوثيق بجملة من المراحل وباحترام مجموعة من الضوابط القانونية لعملية ابرام هذا العقد،منها ضوابط شكلية لابد لمحرر العقد من مراعاتها ،وكذا ضوابط موضوعية يراقب الموثق مدى توفرها لتكريس الأمن القانوني.

أما إذا تم هذا البيع عن طريق المزاد العلني وتحت إشراف القضاء،فإن هذا المزاد ينتهي بصدور حكم من طرف القاضي الذي يشرف على عملية البيع، ويعتبر هذا الحكم سندا رسميا يثبت بيع العقار وينقل الملكية للمشتري.

و لصدور هذا الحكم القضائي المكرس لعملية البيع لابد من المرور عبر مجموعة من المراحل،واحترام لإجراءات معينة حددها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبهذا سوف نتطرق في **المطلب الأول** إلى إبرام عقد البيع العقاري،وفي **المطلب الثاني** إلى مراحل وإجراءات البيع القضائي–البيع بالمزاد العلني–

المطلب الأول:إبرام عقد البيع العقاري

إن عقد بيع العقار يتطلب لانعقاده توافر الأركان العامة المنصوص عليها في القانون المدني من تراضي ومحل وسبب،ولكل ركن من هذه الأركان شروط لابد من توافرها حتى يصح التصرف القانوني وينتج أثره القانوني،وباعتبار هذا البيع من العقود الواردة على العقارات أو الحقوق العينية العقارية فإنه يستلزم ركنا رابعا وهو ركن الشكل ،نظرا لأهمية محل العقد من الناحية الاجتماعية ،الاقتصادية والمالية والذي يتطلب تدخل محرر العقد ،فهذا الأخير لابد من أن يراعي مجوعة من

الضوابط الشكلية والموضوعية لتحرير أي محرر رسمي أو عقد رسمي بصفة عامة وعقد البيع بصفة خاصة.

وبهذا سنخصص **الفرع الأول** لتناول أركان عقد بيع العقار،أما **الفرع الثاني** فسنخصصه لدراسة الضوابط الشكلية والموضوعية لإبرام عقد البيع العقاري.

الفرع الأول:أركان عقد بيع العقار

نتطرق في هدا الفرع إلى الأركان الموضوعية في **البند الأول** من تراضي ومحل وسبب،وإلى ركن الشكلية في **البند الثاني**.

البند الأول:الأركان الموضوعية

طبقا للقواعد العامة، لعقد البيع ثلاثة أركان وهي التراضي،والمحل،والسبب،وتسمى هذه الأركان بالأركان الموضوعية،حيث يكون العقد باطل بطلانا مطلقا إذا تخلفت إحدى هذه الأركان،والبطلان هنا من النظام العام لا تلحقه الإجازة أو التقادم.

أولا-التراضي

يعتبر التراضي من أهم أركان عقد البيع بصفة عامة وعقد بيع العقار بصفة خاصة،حيث يتم هذا التراضي بتطابق الإيجاب الصادر عن البائع بالبيع وقبول صادر عن المشتري بالشراء،ويتم بالاتفاق على جميع المسائل الجوهرية من مبيع وثمن و كذلك على العناصر الثانوية كمكان ووقت تسليم المبيع ومكان وزمان دفع الثمن،وللتراضي شروط لابد من توفرها لصحة هذا الركن،وهذا ما سيكون محل الدراسة.

1-موضوعات التراضي:

يعتبر التراضي ركن أساسيا باعتباره من أهم شروط الانعقاد في عقد البيع،حيث يتم باقتران الإيجاب والقبول وتطابقهما،واللذين يتجهان إلى إحداث أثر قانوني وهو إنشاء التزامات تترتب على اتفاقهما،ولابد من مراعاة النصوص القانونية التي تتطلب شكل معين لتجسيد تطابق الإرادتين،وبما أن

موضوع دراستنا عقد بيع العقار فلابد من تجسيد هذا التراضي في شكل رسمي أمام محرر العقد،الذي يعتبر شاهد ثقة على هذين المتعاقدين.

وينبغي أن يتم الاتفاق بين الطرفين على العناصر الأساسية للبيع،وهي ماهيته أو طبيعته والمبيع والثمن.[1]

إن الاتفاق على المبيع من المسائل الجوهرية،فبما أن الأمر يتعلق بعقار فلابد من أن تتجه إرادة الطرف الآخر على قبول شراءه،أما إذا ظن المشتري مثلا أن البائع يبيع الدار الأخرى لا يتم هذا الشراء،لأن إرادته اتجهت إلى قبول الدار التي لم يتم عليها الاتفاق،كما يجب أن يتم الاتفاق على الثمن،لأنه لا ينعقد البيع إذا عرض أحد الطرفين البيع بثمن معين،وقبل الطرف الآخر الشراء بثمن أقل،إضافة إلى الاتفاق على المبيع والثمن،يجب أن يتم الاتفاق على طبيعة العقد،باعتبار أن العقد هو عقد بيع لا عقد آخر كالإيجار أو غير ذلك.

وقد أكد القضاء [2] في أكثر من موضع على أهمية مبدأ سلطان الإرادة في عقد بيع العقار،باعتبار هذا الأخير من العقود الرضائية فلا يمكن جبر أحد بإبرام عقد بخلاف إرادته المطلقة والحرة،وكنتيجة على ذلك فالتوقيع على العقد أمام الموثق يتم بإرادتيهما الحرة ،ولا يمكن إجبارهما بذلك عن طريق القضاء بإتمام إجراءات البيع [3] أو عن طريق الغرامة التهديدية.

---

[1] سي يوسف زاهية، الوجيز في عقد البيع،دراسة فقهية وقضائية ،دار هومة،دون ذكر عدد الطبعة والسنة،ص 30.

[2] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 0812732 ،غ ع،م م ع، ع الأول 2014،ص 350 على أنه:«.....وحيث الحالة هاته فإن إدعاء المدعى عليه في الطعن بوجود مراسلات بين الطرفين ثبت حالة بيع للعقار موضوع الدعوى،فإن ذلك يعد باطلا بطلانا مطلقا عملا بأحكام المادة 324 مكرر من القانون ولما ألزم قضاة المجلس الطاعنين بتحرير عقد البيع بالشكل الرسمي تحت غرامة تهديدية فإن ذلك يخالف أحكام المادتين 324 من القانون المدني و 625 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية،مما يتعين معه نقض وإبطال القرار المطعون فيه.
وحيث تراجع المدعى عليهما في بيع عقارهما بعدما تبين لهما أن الثمن المعروض من المدعى عليه في الطعن لا يتناسب وقيمة العقار فإن ذلك لا يمكن القاضي من إلزامه بتحرير العقد،لأن ذلك يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة،لأن عقود البيع هي عقود رضائية ولا يمكن جبر أحد بإبرام عقد خلافا لإرادته المطلقة والحرة ومن ثم فإن القرار المطعون فيه جاء مخالفا للقانون يتعين نقضه وإبطاله».

[3] وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 586766،غ م،م م ع،ع الأول 2011:«إن قضاة الموضوع انتهوا إلى الزام الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع للشقة ،في حين عقد بيع العقار لا ينعقد إلا بتوافر

وهكذا إذا تم الاتفاق على المبيع والثمن وكذا طبيعة العقد فإن البيع يتم،أما بالنسبة للمسائل الأخرى الثانوية كزمان ومكان تسليم المبيع ودفع مصروفات العقد ،إن القانون قد تكفل بتنظيمها وحلها عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين بشأنها.

وتجدر الإشارة إلى مسألة مهمة،وهي عن كيفية تمام القبول في البيع عن العقار المملوك للدولة ملكية خاصة أو جماعاتها المحلية ،سواء كان هذا العقار ذات استعمال سكني أو حرفي أو تجاري لفائدة الخواص ،هل يتم التفاوض بين الإدارة والمشتري حول المسائل سالفة الذكر خاصة الثمن أم كيف يتم ذلك؟

إن العقود المتعلقة بعملية التنازل عن الدومين الخاص هي عقود إدارية من صميم القانون الإداري وامتيازاته، للعلم أن البيع هنا يتم وفقا لعقد نموذجي معد مسبقا من قبل مديرية أملاك الدولة،ويتضمن شروطا وبنودا غير قابلة للتفاوض وغير مألوفة في علاقات الأفراد المدنية وفي القانون الخاص،ويحصل القبول هنا بمجرد التسليم بشروط العقد التي لا تقبل المناقشة فيها،ويمكن القول على أنه مثل عقد الإذعان في القانون المدني. [1]

2-شروط صحة التراضي:

إن القانون يستلزم أن تكون الإرادة عند توجهها نحو إحداث أثر قانوني أن تكون حرة ،مدركة تماما لما أقدمت على الالتزام به،وأن تكون بعيدة عن الضغوط والعيوب التي تصيب إرادته

أركانه التي يتطلبها القانون ومنها ركن الرضا الذي يصدر عن صاحبه بكامل إرادته الحرة،ولا يجوز إلزام الشخص بالتعبير عن إ رادته وهو ما يتناقض مع مبدأ سلطان الإرادة.وحيث أن التعبير عن الإرادة يجب أن يصدر عن صاحبه طبقا لاختياره الحر،يجب أن يكون هذا التعبير طبقا للشكل الذي يحدده القانون وذلك إذا كان التصرف يقع على العقار طبقا لأحكام المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني.

وحيث أن قضاة الموضوع لما ألزموا الطاعنة بالحضور أمام الموثق للتوقيع على عقد البيع قد أخطأوا في تطبيق المادة المذكورة أعلاه،مما يعرض قضاءهم للنقض وبغير حاجة إلى مناقشة الأوجه المثارة».

[1] وقد اعتبرت المحكمة العليا عقد التنازل عقد إذعان وذلك قرار لها رقم 84541 مؤرخ في 1993/03/22(غير منشور) وذلك كالتالي:«حيث أن الأمر يتعلق بعقد(إيجار_بيع) الذي له طابع عقد إذعان إداري،ومن ثم المنازعة المتعلقة به تخضع لاختصاص الجهة القضائية الإدارية »:مشار إليه :حمدي باشا،دراسات قانونية مختلفة،المرجع السابق،ص 207.

ورضاه،وتتمثل هذه العيوب في الغلط والإكراه والتدليس وكذا الاستغلال،إضافة إلى ذلك ولصحته هذا التراضي لابد من أن يكون صادرا ممن له أهلية وهي بلوغ سن الرشد القانوني.

أ-الأهلية:

حتى ينعقد عقد البيع صحيحا يجب أن يكون كل من البائع والمشتري أهلا للتصرف،والمقصود بالأهلية في ركن التراضي هي أهلية الأداء ،والتي تتمثل في صلاحية الشخص لصدور التصرفات القانونية منه،وأساسها التمييز والإدراك والعقل،فمن صحت أهليته صحت التصرفات الصادرة منه،أو هي القدرة على التعبير عن الإرادة تعبيرا صحيحا منتجا لأثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر منه التعبير.[1]

تجدر الإشارة إلى أن أهلية الشخص الطبيعي تتدرج بتدرج سنه،وهي على ثلاث مراحل:

-المرحلة الأولى تبدأ من تمام ولادته حيا حتى بلوغه سن التمييز،وقد جعل المشرع سن التمييز هو 13 سنة كاملة بنص المادة 42 ق م ،وخلال هذه المرحلة يعتبر الشخص عديم الأهلية لا يمكنه مباشرة أي تصرف[2]،حيث تعتبر تصرفاته باطلة بطلانا مطلقا ،سواء كانت نافعة له نفعا محضا أو غير نافعة أو دائرة بين النفع والضرر،ولا تصححها الإجازة.

-أما المرحلة الثانية ،وهي مرحلة نقصان الأهلية،وتبدأ من ببلوغ الشخص سن التمييز وتنتهي ببلوغه سن الرشد 19 سنة،وفي هذه المرحلة يملك الشخص صلاحية القيام ببعض التصرفات دون البعض الآخر،ووفقا للمادة 83 من ق أ تعتبر تصرفاته باطلة إذا كانت ضارة به كالتبرعات التي يقوم بها،وتعتبر نافذة إذا كانت نافعة له مثل قبول الهبة والوصية ،وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر مثل عقد البيع والإيجار وغيرهما[3]،وهذه الأخيرة بما يسمى بالتصرف

---

[1] سي يوسف زاهية،المرجع السابق،ص 53.

[2] وهذا ما نصت المادة 42 ق م على أنه:«لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المالية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون....».

[3] وهذا ما نصت عليه المادة 83 من ق أ بنصها على أنه:«من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له،وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر،وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء».

الموقوف،وهو وصف للعقد الصحيح القائم غير النافذ سواء في العلاقة بين المتعاقدين أو في حق الغير،ويكون ظهور أثره موقوفا على الإجازة[1] ،والإجازة تصدر من العاقد نفسه أو من الغير،كإجازة الولي أو الوصي لتصرف،مع أن كلا منهما أجنبي عن التصرف. [2]

وبالرجوع إلى القانون المدني،فإنه لم يقسم تصرفات الشخص المميز كما فعل في قانون الأسرة،إلا أنه نص في المادة 101 ق م على أن تصرفات ناقص الأهلية قابلة للإبطال بعد بلوغه سن الرشد ،دون أن يفرق بين ما إذا كانت ضارة أو نافعة له أو دائرة بين النفع والضرر. [3]

ويعتبر العقد القابل للإبطال عقد صحيح منتج لجميع آثاره منذ البداية،لكن يكون مهددا بطلب الإبطال،ويزول الحق في الإبطال هذا بإجازته،وفقا لما نصت عليه المادة 100 ق م. [4]

وعليه إن المشرع في قانون الأسرة قد أخذ بفكرة العقد الموقوف وفقا للفقه الإسلامي بالنسبة لتصرفات المميز،أما في القانون المدني فقد أخذ بقاعدة قابلية هذه التصرفات للإبطال،بالرغم من أن كلاهما يواجهان نفس الحالة ،إلا أنه يمكن القول على أنه يستحسن أن تقف هذه التصرفات حتى تلحقها الإجازة أفضل من أن تنفذ وترتب آثارها حتى يطلب إبطالها،وذلك تجنبا للتعقيدات التي تنشأ عند إبطال العقد بعد نفاذه. [5]

---

[1] حمدى المغاورى محمد عرفه،إجازة العقد القابل للإبطال،دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2013،دون ذكر عدد الطبعة، ص 224 و225.

[2] محمد سعيد جعفور،إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي،،دار هومة، دون ذكر عدد الطبعة والسنة،ص 61.

[3] حيث تنص المادة 101 ق م على أنه: «يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات.ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب».

[4] بالرجوع إلى نص المادة 101 ق م والتي تنص على أن الإجازة تسري بأثر رجعي،ولكن القول بالأثر الرجعي قول منتقد وهو أن الإجازة لا تجعل العقد ينتج أثرا لم يكن ينتجه من قبل،وإنما تقتصر على تأييد هذه الآثار،وبهذا لا يتصور أن يكون لها أثر رجعي،فالمشرع الجزائري قد أخذ بفكرة أن العقد القابل للإبطال وقبل الحكم بذلك–إبطاله–فقط له وجود ظاهري فقط ولم يكن له وجود قانوني ولهذا تسري الإجازة بأثر رجعي.

[5] بالرجوع إلى نص المادة 77 ق م والتي نصت على تطبيق قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة على القصر وعلى المحجور عليهم، وبالتالي هنا تطبق قواعد قانون الأسرة وترجح على قواعد القانون المدني وفقا لنص هذه المادة.

وتجدر الإشارة إلى مسألة الشكل الواجب في الإجازة ،بما أن القانون قد أوجب إتباع شكل معين في إبرام تصرف ما مثل التصرف العقاري،فإنه يجب أن يتبع ذات الشكل في إجازته ،وإلا فاتت الحكمة من اشتراط الشكل[1]،على العكس إلى ما ذهب إليه البعض على أنه لا ضرورة لاستيفاء الإجازة الشكل نظرا لأن ليس لها أي دور يذكر،باعتبارها تتضمن نزولا عن الحق في الإبطال وليس نشوءا لحق ما[2]،بطبيعة الحال فهذا الرأي مقبول وذلك بالنسبة للعقد القابل للإبطال في القانون المدني،لأن هذا الأخير عقد صحيح ومنتج لآثاره منذ البداية،والإجازة إذن لا تصححه وإنما تزيل خطر الإبطال،فقد تجدر الإشارة إلى أن قواعد قانون الأسرة بخصوص الأهلية هي الأولى بالتطبيق ،وبالنتيجة نأخذ بالعقد الموقوف،وبهذا لابد من شكلية الإجازة لأن ظهوره وترتيب آثاره تترتب على الإجازة.

-أما المرحلة الثالثة، وهي بلوغ الشخص سن الرشد وهي 19 سنة ،حيث تكون تصرفاته صحيحة،بشرط أن يكون متمتعا بقواه العقلية ولم يحجر عليه بسبب عارض من عوارض الأهلية، وهي السفه أو الغفلة وكذا العته والجنون.

وهذه العوارض من شأنها أن تنقص من أهلية هذا الشخص ويكون في حكم الصغير المميز وذلك بالنسبة للسفيه أو ذا الغفلة وفقا لنص المادة 43 ق م[3]،أما بالنسبة للعوارض المعدمة للأهلية،والتي تعتبر في حكم الصغير غير المميز وهي حالتي الجنون والعته وهذا وفقا للمادة 42 ق م ،لكن المشرع في قانون الأسرة ألحق السفيه بهما ولم يذكر حالة ذا الغفلة،بالرغم من أن السفه وذا الغفلة حالتين تصيبان الشخص لا في عقله،ولكن في حسن تدبيره،إذ تشتركان في ضعف الملكات الضابطة في النفس[4]،وبالتالي لا تعدمان الأهلية.

---

[1] عبد الفتاح عبد الباقي،نظرية العقد والإرادة المنفردة،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،،دون ذكر دار النشر،1984،دون ذكر عدد الطبعة،ص 61.

[2] حمدى المغاورى محمد عرفه،المرجع السابق ،ص 287.

[3] تنص المادة 43 ق م على أنه:«كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون».

[4] حمدى المغاورى محمد عرفه،المرجع السابق،ص 187.

وهنا تجدر الإشارة إلى أنه بالنسبة لتصرفات المجنون والمعتوه والسفيه،تعتبر باطلة بعد الحجر عليهم وهذا وفقا لنص المادة 107 ق أ،وصحيحة قبل الحجر ما لم تكن أسباب الحجر هذه ظاهرة وفاشية وقت صدورها.[1]

ب-سلامة الإرادة من العيوب:

يشترط لصحة البيع خلو الإرادة من العيوب والتي تجعله قابل للإبطال ،وتتمثل هذه العيوب في الغلط والتدليس والإكراه ولكذا الاستغلال.

ب.1-الغلط:

يعتبر الغلط وهم كاذب يقوم في ذهن الشخص،فيصور له الأمر على غير حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد[2]،وباعتباره حالة ذهنية لا يكون لها أثر خارجي عند التعاقد لم يجعله المشرع عيبا من عيوب الإرادة إلا بشروط،القصد منها التوفيق بين مصلحة الغالط في طلب الإبطال،وبين مصلحة المتعاقد الآخر في الإبقاء على العقد،وبالتالي استقرار المعاملات.وقد نصت المادة 82 ق م على شروط الغلط المؤدي إلى قابلية العقد للإبطال،وهو أن يكون الغلط جوهريا،ويعتبر الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط،بمعنى أنه يعتبر هذا الغلط هو الدافع إلى التعاقد.

وقد مثل المشرع للحالات التي يعد فيها الغلط جوهريا في نص المادة 82 ق م، وهو إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية ،أو إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته،وكانت تلك الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

---

[1] فقد تجر الإشارة إلى أنه هناك تناقض بين نص المادة 107 ق أ وبين المادة 85 ق أ،وفقا لنص هذه الأخيرة،تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته أو السفه،ووفقا لنص المادة 107 فرق بين التصرفات الصادرة قبل الحجر وبعد الحجر،واعتبر أن التصرفات الصادرة قبل الحجر صحيحة ما لم تكن أسباب الحجر ظاهرة،وهنا ماذا يقصد المشرع بعد النفاذ.

[2] حمدى المغاورى محمد عرفه،المرجع السابق،ص 160.عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،عقد البيع،دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية،دار وائل للنشر، الطبعة الأولى،2009،ص126.

كما نصت المادة 83 ق م على حالة الغلط في القانون،المؤدي إلى قابلة العقد للإبطال،وذلك إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع،وهي أن يكون هذا الغلط في القانون جوهريا أي بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم العقد.

وبعد توفر الشروط سابقة الذكر يجوز طبقا للمادة 81 ق م لمن وقع في هذا الغلط طلب إبطال العقد،ولم يشترط المشرع هنا أن يكون العاقد الآخر قد اتصل بالغلط،أي أن يكون هذا المتعاقد الآخر حسن النية ولم يعلم به،ويمكن القول من شأن ذلك عدم استقرار المعاملات،إذ يفاجئ المتعاقد الغالط بالإبطال،دون أن يصله الغلط الذي وقع في المتعاقد معه.

كما نصت المادة 83 ق م على حالة الغلط في القانون،المؤدي إلى قابلة العقد للإبطال،وذلك إذا توافرت فيه شروط الغلط في الواقع،وهي أن يكون هذا الغلط في القانون جوهريا أي بلغ حدا من الجسامة بحيث لولاه ما أبرم العقد.

ب.2-التدليس:

إن التدليس هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها[1]،أي أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم العقد.[2]

كما أنه يعتبر السكوت عن واقعة معينة أو ملابسة تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة والملابسة[3] ،كالسكوت مثلا عن وجود مشروع عقاري على الأرض المجاورة.[4]

لكنه لا يمكن اعتباره تدليسا مجرد السكوت البسيط عن واقعة من طرف البائع ودون إثبات وجود طرق احتيالية،وإذا ثبت علم المشتري بالعيب الذي افسد رضاءه. [1]

---

[1] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 124.

[2] وهذا ما نصت عليه المادة 86 ق م على أنه:«يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد».

[3] هذا وفقا للمادة 2/86 ق م.

[4] 3e Civ., 20 décembre 1995, pourvoi no 94-14.887, Bull. 1995, III, no 268:https: //www.legifrance.gouv.fr تم الدخول للموقع بتاريخ: 17-02-2021 على الساعة 18:56.

وقد أعطت المادة 97 ق م لأحد المتعاقدين الحق في إبطال العقد ،وذلك إذا وقع التدليس من الغير أي الشخص من غير المتعاقدين،وذلك إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض حتما أن يعلم بقيام الغير بهذا التدليس،وبالتالي يعتبر متواطئا معه،وإضافة إلى إبطال العقد للوقوع في التدليس،فقد أكد القضاء الفرنسي أن له الحق في المطالبة بالتعويض لجبر الضرر الذي أصابه،عندما لا يكفي طلب الإبطال جبر الضرر. [2]

ب.3-الإكراه:

يعتبر كذلك الإكراه سببا لقابلية العقد للإبطال لأنه يؤثر على سلامة الرضا ،ويكون باستعمال وسائل ضاغطة على حرية الإرادة مادية كالضرب أو معنوية كالتهديد مثلا،يجعله تحت سلطان الخوف والرهبة التي تصور للمكره أن خطرا جسيما وشيك الوقوع يهدده هو شخصيا أو أحد أقاربه ،أو ما يمس شرفه أو ماله بخسارة [3]،ويشترط في الإكراه أن يكون غير مشروع أي بدون وجه حق.[4]

ويراعي في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه الإكراه ،وحالته الاجتماعية والصحية وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه،وهذا ما نصت عليه المادة 2/88 ق م.

---

[1] وهو ما رأته محكمة الاستئناف بمناسبة قضية عرضت عليها بخصوص رداءة العزل الصوتي في عقد بيع عقار قديم، حيث تم تأسيس دعوى المشتري على أساس التدليس والعيب الخفي...لكن المحكمة رفضت إبطال البيع للوقوع في التدليس لسكوت البائع على ذلك،وذلك لأن المشترين يمكنهم العلم من خلال زياراتهم للمبنى بذلك ومادام لم يتم إثبات طرق احتيالية للبائع،وقد أيدت محكمة النقض ذلك:

Gabriel Neu-Janicki,La mauvaise isolation phonique n'est pas un motif d'annulation de la vente, http://www.neujanicki.com/actualites/vente/article/la-mauvaise-isolation-phonique-n-est-pas-un-motif-d-annulation-de-la-vente, dimanche 8 mars 2015: تم الدخول للموقع بتاريخ 17-02-2021 على الساعة 18:30.

[2] 1 re Civ., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-18.108, Bull. 2008, I, n° 184.:« Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du code civil n'exclut pas l'exercice par la victime des manoeuvres dolosives d'une action en responsabilité délictuelle, non soumise à la prescription quinquennale, pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;»:https://www.legifrance.gouv.fr تم الدخول للموقع بتاريخ 17-02-2021 على الساعة 19:34.

[3] هذا ما تنص عليه المادة 88 /1 ق م:«وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محدقا يهدده هو أو أحد أقاربه،في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال».

[4] وهذا ما ذهب إليه القانون المدني الأردني في نص المادة 145 على أنه:«إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ويكون ماديا أو معنويا».

وقد جاء في المادة 89 ق م بحكم الإكراه الصادر من غير المتعاقدين،والذي يجع ل المتعاقد المكره الحق في طلب الإكراه إذا أثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو من المفروض أن يعلم حتما بهذا الإكراه.

ب.4-الاستغلال:

بالرجوع إلى نص المادة 90 ق م والتي تنص على أنه: «إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا بالنسبة لما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر،وتبين أن المتعاقد الآخر ما كان ليبرم العقد إلا أن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيش بين وهوى جامحا،جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون،أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد».

ومنه وفقا لنص هذه المادة نكون أمام استغلال،في حالة ما إذا كانت إرادة المغبون قد عيبت بالطيش البين أو الهوى الجامح ،إذا استغل المتعاقد معه هذا الضعف،وحصل منه على التزامات لا تتعادل مطلقا مع ما التزم هو به.

ويعتبر هذا العيب عيب نفسي أو شخصي ،يختلف عن الغبن الذي له خصوصية في بيع العقار والذي هو مادي والذي سوف يكون محل دراستنا لاحقا،فدعاوى الغبن المادي تحمي البائع خاصة وذلك بالمطالبة بتكملة الثمن،في حين أن دعاوى الاستغلال تحمي حتى المشتري كأن يبيع شخص عقارا بثمن أعلى من قيمة العقار وذلك أن البائع قد استغل طيش وهوى المشتري،وبهذا وفقا لنص المادة سالفة الذكر له أن يطلب إبطال العقد أو أن يطلب الإنقاص من التزاماته -التزامات الطرف المغبون-حتى تتعادل مع التزامات الطرف المستغل،وترفع هذه الدعاوى خلال سنة من يوم إبرام العقد.[1]

في الأخير وتجدر الإشارة إلى أنه على الرغم من فعالية هذه النظرية ،فإنها في حالات كثيرة لا تؤدي إلى استقرار المعاملات لما قد تؤدي إليه من إبطال هذه التصرفات القانونية،ولهذا اشترط المشرع الشكل وخاصة الرسمي في تصرفات أولاها أهمية خاصة تقديرا منه لخطورتها الكبيرة ،ومن

[1] هذا ما تنص عليه المادة 2/90 ق م على أنه: «يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد،وإلا كانت غير مقبولة.».

ثم سعيا منه لإظهار أنها قد تنشأ بإرادة حرة خالية من الضغوط ،ويتمثل هذا واضحا في اشتراط إبرامها أمام موظف عام أو ضابط عمومي يملك الخبرة التي تمكنه من تبصير المتعاقدين ،والوقوف على حقيقة إرادتيهما ،ورغبتيهما في إبرام التصرف القانوني عن اختيار وإدراك ودراية [1]،وبالتالي يقيهم من التسرع والوقوع في الغلط ،ومن غير السهل أن يصيب الإكراه شخص في التصرفات الرسمية لأن هناك طرف ثالث يمثل السلطة العامة ،ويمثل شاهد ثقة من الغير-الموثق- والرضا غير معيب،ففي التصرف الرسمي يصعب الإدعاء بعدم وجود التراضي.[2]

ويعتبر التصرف الرسمي ترجمة صادقة على إرادة المتعاقدين وإن كان مقيد باحترام مجموعة من القواعد القانونية،فهذا من شأنه أن يقلل من النزاعات ويخفف من شدتها ويجعلهم يشعرون بالطمأنينة والأمان،باعتباره يؤدي إلى تطابق التعبير مع الإرادة الحقيقية للمتعاقد ،كما أنه يكفل حرية هذه الإرادة في إبرام التصرف ويعتبر وسيلة إثبات مهمة مسبقة ،فهذه الأعراض تجعل كل متعاقد على علم ودراية كاملا بما له وما علية من حقوق والتزامات ثابتة ،لا يرقى إليها الشك في أغلب الأحيان ،وهذا ما يؤدي إلى الاستقرار [3] والتوازن التعاقدي،ومنه يصعب القول بإمكانية أن تؤثر هذه العيوب على الأطراف المتعاقدة أمام الموثق.

ثانيا-ركني المحل والسبب:

بالإضافة إلى ركن التراضي،يشترط القانون لإبرام عقد البيع أركان أخرى،وهي المحل والسبب،و لهذين الركنين شروط قانونية لابد من توافرها وإلا بطل الركن ومنه لا ينعقد العقد.

---

[1] علي عبد العالي خشان ، النظام القانوني للشكل،مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ،المجلد 14،ع 02،سنة 2007،ص 213.

[2] فسيح جميلة،الأمن القانوني في المعاملات العقارية،الرسمية والأثر النسبي،مداخلة ألقيت في اليوم الدراسي حول المعاملات العقارية،نظرة تطبيقية،مخبر النشاط العقاري،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة جيلالي اليابس،يوم 02-12-2015.

[3] علي عبد العالي خشان ،المرجع السابق،ص 214.

1-المحل:

يعتبر عقد البيع عقد ملزم لجانبين يرتب التزاما على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري،والمبيع يعتبر محلا في عقد البيع،وفي نفس الوقت يرتب التزاما على عاتق المشتري وهو دفع الثمن للبائع،وبالتالي يعتبر الثمن كمحل ثان في عقد البيع.[1]

وقد اشترط المشرع في المحل طبقا للقواعد العامة ثلاث شروط وذلك في المواد 92 إلى 96 ق م،بالإضافة إلى ذلك فقط أضاف شرطا آخر نصت عليه المادة 352 ق م وهو العلم الكافي بالمبيع.

أ-أن يكون موجودا عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل:

باعتبار عقد البيع العقاري محله عقارا،فلابد من أن يكون العقار موجودا وقت البيع وإلا كان العقد باطلا لانعدام محله،إلا أنه طبقا للمادة 92 ق م يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا،ومن أمثلة ذلك بيع العقار على التصاميم الذي نظمه المشرع بموجب القانون رقم 11-04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

ب-أن يكون معينا أو قابلا للتعيين:

لابد لمحل العقد أن يكون معينا ،فالعقار يرد تعيينه بذكر موقعه ومساحته وعدد الغرف مثلا والطوابق،ورقمه إذا شمله المسح العقاري.أما الثمن باعتباره محل ثان فإن تعيينه وتقديره يرد بتعيين مبلغ محدد للمبيع من طرف المتعاقدين،والتقدير يكون فوريا أو بالاقتصار على الأسس التي سيقدر الثمن بناءا عليها بعد إبرام العقد.[2]

ج-أن يكون مشروعا:

تنص المادة 96 ق م:«إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلا».

---

[1] سيكون الثمن محل الدراسة بالتفصيل في التزامات المشتري في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب،ص 409.

[2] هذا ما أشارت إليه المادة 365 ق م:«يجوز أن يقتصر ثمن المبيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد».

إن محل عقد البيع لابد ألا يكون مما لا يجوز التعامل فيها،سواء نظرا لطبيعته أو بحكم القانون كالعقارات الموقوفة والأملاك الوطنية العامة[1]،وكذا التركات المستقبلية.[2]

د-العلم الكافي بالمبيع:

إضافة إلى الأحكام الأخرى لصحة عقد البيع لابد من توافر قاعدة العلم الكافي بالمبيع،ولا يتحقق هذا الأخير وفقا لما نصت عليه المادة 352 ق م إلا ب:

-رؤية المبيع ومعاينته.

-أن يشمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية,

-إقرار المشتري في العقد بأـــنه عالم بالمبيع.

وتجدر الإشارة إلى أن علم المشتري بالمبيع من حيث حالته المادية كما أشارت المادة 352 ق م غير كافي لصحة عقد البيع،وإنما لابد من معرفة حالة المبيع من الناحية القانونية،ما إذا كان العقار مملوكا للبائع أو ما إذا كان مثقلا بأعباء وحقوق كحق الإيجار والرهن والامتياز،لأن المشتري قد يرى المبيع لكن لا يعلم بأنه مثقل مثلا بحقوق،وبهذا مما يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات.

يفترض بالبائع إعلام المشتري بحالة العقار من الناحية القانونية ،حتى لا يعتبر سيء النية أو مدلسا وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 86 ق م[3] ،كما يمكن للمشتري تبيان ذلك من المحافظة العقارية وذلك باستصدار الشهادة العقارية مقابل دفع رسوم،فهذه الأخيرة لازمة لمعرفة جميع التصرفات

---

[1] تنص المادة 689 ق م :«لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم».

[2] هذا ما قضت به المادة 2/92 ق م:«غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه،إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون».

[3] تنص المادة 86 ق م على أنه :«ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة،إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو الملابسة».

القانونية الواردة على العقار، وإعلامه بالقيود المثقل بها العقار أو خلوه منها حتى يكون على بينة من الأمر عند التعامل مع صاحب العقار.[1]

كما يقع على الموثق التزام بأخذ جميع المعلومات من الإدارة المختصة[2]،وبالطبع هي المحافظة العقارية وذلك تأمينا واستقرارا للمعاملات،وقد رتب القضاء الفرنسي المسؤولية المدنية على عاتقه،وذلك لأنه لم يقم بالإعلام الصحيح كما ينبغي لزبائنه،وعدم التحقق قبل البيع من الحالة القانونية للعقار محل العقد،كتلقيه لعقد بيع أرض دون القيام بإجراءات كافية للبحث حول أصل ملكية الأرض،لأن المشتري قد تم التعرض له من قبل مشتري سابق يملك عقد مشهر سابق لنفس الأرض.[3]

2-السبب:

إن السبب المطلوب كركن في العقد هو السبب بالمعنى الحديث أي الباعث الدافع للتعاقد[4]، وقد نص المشرع على شروطه وفقا للمادة 97 ق م [5]،بأن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب.

ويفترض أن للعقد سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك،فإذا أثبت أن الباعث الدافع لأحد المتعاقدين غير مشروع فيبطل العقد ،ولكن يشترط لبطلانه أن يكون المتعاقد الآخر على علم بهذا

---

[1] وبهذا نكون أمام فرضيتين،إما أن يسلم المحافظ العقاري شهادة سلبية،وذلك عندما يكون العقار محل الطلب خالي من أي قيود،وفي الحالة العكسية يسلم شهادة ايجابية وذلك في حالة ما إذا ظهرت قيود أو تصرفات على العقار،فيثبت المحافظ العقاري ملخصها في الشهادة.

[2] de particulier a particulier Belgique la vente d immeuble (bâtis ou non bâtis)،COLLECTION DES GUIDES PRATIQUES DU LOGEMENT, p22 ,

[3] Cass. 1re civ., 13 nov. 1991, n° 89-15.011, Bull. 1991 I N° 310 p.202: «Commet une faute professionnelle grave le notaire qui reçoit l'acte de vente d'un terrain sans procéder à des recherches suffisantes sur l'origine de propriété de ce terrain, en sorte que l'acquéreur de celui-ci est ensuite évincé par un précédent acquéreur dont le titre de propriété sur ce même terrain a fait l'objet d'une publication régulière antérieurement à la rédaction dudit acte. Une telle faute contribue à la réalisation du préjudice subi par l'acquéreur évincé et le premier acquéreur, quelle que soit la gravité de la faute, au demeurant dépourvue de caractère dolosif, retenue contre le vendeur dudit terrain». :https://www.doctrine.fr/d/CASS/1991/JURITEXT000007027226 تم الدخول :

إلى الموقع بتاريخ 17-02-2021 على الساعة 22:03.

[4] إن السبب وفقا للنظرية التقليدية وهي نظرية موضوعية تجعل السبب في العقود التبادلية هو التزام كل من المتعاقدين،فكل التزام من أحد المتعاقدين هو السبب في التزام المتعاقد الآخر:علي علي سليمان،المرجع السابق،ص 73.

[5] تنص المادة 97 ق م على أنه:«إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلا».

الباعث،وقد يذكر السبب في العقد وبالتالي يعتبر سببا حقيقيا وليس صوريا،وللمدين أن يثبت صورية السبب،كما يمكن للدائن أن يثبت أن سبب العقد مشروعا.[1]

البند الثاني: ركن الشكل الرسمي:

يعتبر عقد البيع العقاري من العقود الرسمية التي تطلب القانون لانعقادها توفر الشكل الرسمي،والذي يتم إضفاءه من قبل أشخاص مؤهلين قانونا لذلك،سواء من طرف الموثق في حالة التصرف في الأملاك الخاصة للأفراد أو من طرف مدير أملاك الدولة في حالة التصرف في الأملا ك الوطنية الخاصة.

وقد رتب المشرع على تخلف هذا الشكل بطلان العقد بطلانا مطلقا لأنه من النظام العام،ويترتب على ذلك مجموعة من الآثار القانونية.

أولا-مفهوم الشكل الرسمي:

تعتبر الرسمية طائفة من طوائف الشكلية ،والتي أصبحت تشكل الاستثناء عن مبدأ الرضائية في المعاملات[2]، أوجبها المشرع في المعاملات العقارية وذلك بموجب قانون المالية التكميلي رقم 65-93 المؤرخ في 04-08-1965،وقد اتضح موقف المشرع أكثر بإصدار الأمر رقم 70-91 المتضمن قانون التوثيق في المادة 12 منه ،ثم تأكدت هذه القاعدة مع صدور الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري،ولكن أمام عدم إدراج نص في القانون المدني حول إبرام التصرفات الواردة على العقارات أدى إلى وجود تناقضات

[1] فإنه تنص المادة 98 ق م: «كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك،ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك،فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا مشروعا أن يثبت ما يدعيه».

[2] محمودي عبد العزيز، حاج علي السعيد، إجراءات تفعيل الحيازة القانونية كآلية لتسليم عقود الملكية، ،منشورات بغدادي، الطبعة الأولى ،دون ذكر سنة النشر،ص151.

لأحكام وقرارات الجهات القضائية ،فقام المشرع بإدراج نص المادة 12 من قانون التوثيق في المادة 324 مكرر 1 من القانون رقم 88-14[1] المعدل والمتمم للقانون المدني.

والمشرع قد عرف الرسمية من خلال تعريفه للمحرر الرسمي وذلك في المادة 324 على أنه،عقد يثبت فيه موظف[2] أو ضابط عمومي[3] أو شخص مكلف بخدمة عامة[4] ما تم لديه،أو ما تلقاه من ذوي الشأن ، وذلك طبقا للأشكال القانونية،وفي حدود سلطته واختصاصه.

وما يلاحظ على هذا التعريف أن المشرع استعمل مصطلح عقد رسمي بعدما كانت قبل تعديل هذه المادة بموجب القانون رقم 88-14 يستعمل الورقة الرسمية ففي الحقيقة هذا يؤدي إلى ملابسات،لأنه هناك فرق بين العقد الذي هو تصرف قانوني والذي يتم بتطابق الإرادتين ،وبين الورقة التي هي الوسيلة التي يثبت فيها بعد ذلك،فهما شيئان مختلفان ،فتسمية الورقة الرسمية أوسع من العقد الرسمي،وهي تشمل جميع المحررات بما فيها العقود التوثيقية.[5]

وتجدر الإشارة على أن ابرام المحررات الرسمية مازالت خاضعة لإجراءات التوثيق التقليدية،على الرغم من اعتراف المشرع في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 ق م بالعقد الإلكتروني والتوقيع الالكتروني ،اللذان أصبحا في الوقت الراهن ومع التطورات الحاصلة ضرورة ملحة خصوصا مع صدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1-02-2015 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.[6]

---

[1] المؤرخ في 3-05-1988 الذي يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني،ج ر،ع 18،المؤرخة في 4-05-1988.

[2] تنص المادة 04 من الأمر رقم 06-03 المؤرخ في15-07-2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة ،في ج ر، ع46، الصادرة في16-07-2006،«يعتبر موظفا كل عون عين في وظيفة عمومية، ورسم في رتبة السلم الإداري».

[3] وهو الشخص الذي خول له القانون سلطة التصديق وإعطاء الصبغة الرسمية للعقود أو للمحررات، كمدير أملاك الدولة،رئيس البلدية والموثق، وكاتب الضبط، القنصل والسفير.

[4] هو كل شخص يقوم بخدمة عامة سواء خضع لقانون الوظيف العمومي أو لم يخضع،سواء تلقى أجر على خدمته أو بالمجان،مثل:ضابط الحالة المدنية.

[5] ميدي أحمد،الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري،دار هومة،2005،دون ذكر رقم الطبعة،ص13.

[6] ج ر،ع 06،المؤرخة في 10-02-2015.

وقد اعتبر المشرع الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ،بشرط أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها،مع التأكد من هوية مصدر المحرر الإلكتروني،والذي يتم عن طريق التوقيع الإلكتروني لصاحبها تحت إشراف هيئة معتمدة قانونا ،والذي وقد نظمه المشرع بموجب القانون رقم 15-04 المذكور أعلاه.

لهذا كان على المشرع أن يعترف للموثقين بإمكانية إبرام عقودهم الكترونيا وتوقيعها توقيعا الكترونيا،مع توفير البيئة الرقمية لتجسيد ذلك،وبهذا يصبح المحرر رسمي والكتروني في نفس الوقت،وذلك مثلما فعل المشرع الفرنسي والذي اعترف بالعقد الرسمي الالكتروني، بموجب المرسوم رقم 2005-973 بتاريخ 10-08-2005 المعدل للمرسوم رقم 71-941 المؤرخ في 26-11-1971 يتعلق بالعقود الصادرة عن الموثقين [1]،محددا القواعد الأساسية لتحرير العقد الرسمي الالكتروني من قبل الموثق،وتضمنت نصوصه معالجة مفصلة لكيفية إنشاء العقد الرسمي الإلكتروني،كما بينت كيفية استعمال الدعامة الإلكترونية في إنشائه للعقد ،إذ عليه أن يستعمل أنظمة معالجة المعلومات وإرسالها معتمدة من المجلس الأعلى للموثقين التي تضمن سلامة وسرية مضمون العقد،وفعلا تم اعتماد تقنية مفتاح يسمى Clé real ،وعلاوة على الشروط المنصوص عليها في القواعد التقليدية في إنشاء العقد الرسمي،فإن هناك قواعد خاصة جاء بها المرسوم المذكور أعلاه أبرزها أن توقيع الموثق على العقد هو توقيع الكتروني يخضع للقواعد الخاصة المنظمة له،وأن الوثائق الملحقة تصبح جزء لا يتجزأ من العقد،عكس ما كانت عليه في العقد الرسمي التقليدي إذ كانت تتصف بالملحقات،ويجوز للموثق استصدار نسخ من العقد الرسمي الالكتروني،حيث أنه يمكن تسليم العقد الرسمي الالكتروني بطريقة الكترونية وبطريقة آمنة،تضمن سرية كلا من المرسل والمرسل إليه،ولنجاح هذه العملية تم إنشاء في فرنسا محافظة مركزية إلكترونية،حيث تختص بالمحافظة والتسجيل للعقود الرسمية.[2]

[1] Le décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires a été pris le 10 août 2005, JORF n°186 du 11 août 2005 , Texte n° 34.

[2] حوحو يمينة،عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري،دار بلقيس،الجزائر، الطبعة الأولى ،2016،ص208،207.

ثانيا-الأشخاص المؤهلين لإضفاء الرسمية على عقد البيع العقاري:

إن عقد البيع قد يكون محله عقارا مملوكا ملكية خاصة للأفراد أو ملك للدولة وجماعاتها المحلية،لهذا فالأشخاص المؤهلين لإبرام هذا النوع من العقود وإضفاء الرسمية عليها يختلفون حسب اختلاف طبيعة العقار سواء كان مملوك للخواص وبالتالي الموثق هو المختص أو كان العقار مملوك للدولة ملكية خاصة،وبالتالي فمدير أملاك الدولة هو موثق الدولة وجماعاتها المحلية.

1-الموثق:

يعتبر الموثق وفقا لنص للمادة 03 من القانون رقم 06-02 المتضمن مهنة التوثيق[1]،ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العامة،يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية من بينها العقود الواردة على العقار،وكذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة.

ويتولى بهذه الصفة ضمانها و حفظها ،وتعتبر العقود المحررة من طرفه وثائق عمومية تدخل ضمن الأرشيف العمومي بمفهوم المادة 02 من المرسوم رقم 08-245 المؤرخ في 03-08-2008 الذي يحدد شروط وكيفيات تسيير الأرشيف التوثيقي وحفظه.[2]

---

[1] تجدر الإشارة إلى أن مهنة التوثيق قد عرفت عدة مراحل قبل صدور القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق:

-مرحلة التنظيم العمومي للتوثيق: بعد الاستقلال استمر العمل بنظام ازدواجية التوثيق وذلك بموجب القانون رقم 62-157 المؤرخ في 1962/12/31،حيث نص على استمرار العمل بالقوانين الفرنسية إلا ما يتنافى مع سيادة الدولة،وفي 01-01-1971 صدر الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق حيث تم إنشاء مكاتب للتوثيق ملحقة بالمحاكمة ويتولى مهمة القيام بالتوثيق موظفون يخضعون للقانون الأساسي العام للوظيف العام،ويمارسون مهامهم تحت سلطة النيابة العامة للمحكمة الواقع في دائرة اختصاصها مكتب التوثيق.

=-مرحلة تحرير المهنة:نظرا لما أفرزته تجربة توظيف سلك الموثقين من سلبيات،فإن تنصيب مكاتب التوثيق كان ضروريا ولازما خاصة مع فتح السوق العقارية ،وبهذا تم صدور القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988،الذي يتضمن تنظيم التوثيق المؤرخ في 12 يوليو 1988،(ج ر،ع 28 المؤرخة في 13 يوليو 1988).،والذي حرر مهنة التوثيق وجعلها للحساب الخاص ،مع احتفاظ الموثق بصفة الضابط العمومي يستمد صلاحياته من السلطة العامة للدولة.

[2] ج ر ،ع 45 ،الصادرة بتاريخ 06-08-2008.

وتجدر الإشارة إلى أن الموثق يلعب دورا مهما قبل إبرام العقد وبعده،وذلك من أجل إضفاء نوع من الأمن والاستقرار التعاقدي،بدءا من استقبال الأطراف المتعاقدة ،حيث يتأكد من فاعلية العقود والاتفاقات وضمان انسجامها مع القوانين والتنظيمات ،وهو ما تنص عليه المادة 12 من قانون التوثيق،إلى مرحلة تسجيل العقد و العمل على شهره بالمحافظة العقارية حتى يرتب أثره العيني وتنتقل الملكية إلى المتصرف له.

2-مدير أملاك الدولة:

بالرجوع إلى نص المادة 120 من قانون الأملاك الوطنية رقم 90-30 المعدل والمتمم،فإنه يناط بالسلطة المركزية ممثلة في الوزير المكلف بالمالية إعداد وإمضاء العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفا فيها،لكن عملا بأحكام المادة 183 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427 الذي يحدد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة للدولة،يقوم الوزير بتفويض هذه الصلاحية بموجب قرار للمدير الولائي لأملاك الدولة،وقد تم تكريس هذه القاعدة الإجرائية بموجب القرار المؤرخ في 20-01-1992 المتضمن تفويض مديري أملاك الدولة على المستوى الولائي لإعداد وإمضاء العقود التي تنصب على الممتلكات العقارية التابعة للأملاك الخاصة للدولة أو التي تكون الدولة طرف فيها.

وبهذا يعد مدير أملاك الدولة موثق الدولة ،وبالتالي يضفي الرسمية على عقود البيع الواردة على أملاكها الخاصة.

بالنسبة لعقود التصرف في الأملاك التابعة للجماعات المحلية فإنها تخضع للنصوص القانونية المعمول بها في التشريع العقاري،وبهذا يعد كذلك مدير أملاك الدولة هو الشخص المؤهل لإبرام العقود والتصرفات التي تبرمها،وترسميها والعمل على حفظها.

تجدر الإشارة إلى أن الشخص المؤهل للتصرف في المحفظة العقارية للبلدية بعد صدور قانون التوجيه العقاري الوكالات العقارية، حيث أسندت لها مهمة تسيير المحفظة العقارية التابعة للجماعات المحلية من أجل منع المضاربة على العقارات وضمان الشفافية في السوق العقارية ،وتزامن مع ذلك صدر المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 22-12-1990،المتضمن قواعد إحداث

وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري [1]،وقد كلفت هذه الأخيرة بحيازة جميع العقارات أو الحقوق العقارية المخصصة للتعمير لحساب الجماعة المحلية،وبمهمة بيع الأراضي الواقعة في المحيط الحضري لصالح الأفراد،و بهذا تم تقييد رؤساء المجالس البلدية في إبرام التصرفات الناقلة للملكية العقارية[2]،وأصبح هذا الدور يناط للوكالات الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين والحضريين في التصرفات لصالح الأفراد وإلا كان باطلا وعديم الأثر [3]،أما بالنسبة للتصرفات المبرمة لصالح الأشخاص المعنوية العامة فإنهم مؤهلين للتصرف مباشرة دون الاستعانة بالوكالات.

إن الوكالات العقارية وإن كان لها الأهلية في التصرف في الأملاك العقارية لصالح الأفراد،فإنه أي تصرف صادر منها ينبغي أن يخضع بدوره إلى الأحكام المقررة في التشريع العقاري ،وذلك بإفراغه في قالب رسمي باللجوء إلى الموثق أو مدير أملاك الدولة.

ثالثا-بطلان عقد البيع لتخلف الشكل الرسمي:

يعتبر الشكل الرسمي ركن من أركان عقد البيع العقاري وشرط لصحته، فبتخلفه يعتبر العقد باطل بطلانا مطلقا،وهو ما أكدت عليه المادة 324 مكرر 1 ق م ،وما قرره المشرع بمقتضى المادة 1/56 من قانون التوجيه العقاري.[4]

وتقرير البطلان يخضع للقواعد العامة المقررة للبطلان المطلق [1]،بحيث يجوز التمسك به من كل ذي مصلحة،كما أن القاضي يتمسك ببطلانه من تلقاء نفسه باعتباره من النظام العام.[2]

---

[1] ج ر،ع 68 ،المؤرخة في 1990،المعدل و المتمم بموجب المرسوم رقم 03-408 المؤرخ في 05-11-2003 ،ج ر،ع 68،المؤرخة في 09-11-2003، وأصبحت تدعى الوكالة الولائية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين.

[2] مجيد خلفوني،المرجع السابق،ص 88 و89.

[3] تنص المادة 73 من القانون رقم 90-25 سالف الذكر: «وكل تصرف تباشره الجماعة المحلية مباشرة ولا يكون لفائدة شخصية عمومية يعد باطلا وعديم الأثر. »،ونفس ما أكد عليه قرار رقم 003808 مؤرخ في 08-04-2002،م م د،2002،ع 02،ص 206:«العقد الإداري المتضمن بيع قطعة أرض موضوع مداولة يحرر وجوبا من طرف الوكالة العقارية دون سواها،العقد الإداري المحرر من طرف البلدية غير نظامي لا يرتب أي حق مهما كان نوعه تجاه الوكالة العقارية وإنما يرتب للمستفيد حقا شخصيا تجاه البلدية.»:مشار إليه،حمدي باشا،القضاء العقاري،ص 233.

[4] تنص المادة 1/56 من قانون التوجيه العقاري على أنه :«كل معاملة تمت بخرق أحكام المادة 55 أعلاه باطلة و عديمة الأثر» .

ومن آثار العقد الباطل بطلانا مطلقا مايلي:

1-العقد الباطل لا تلحقه الإجازة:

الإجازة هي النزول عن حق طلب الإبطال ،فيزول الخطر الذي كان يهدد العقد بالزوال،وقد جاء في المادة 102 من القانون المدني أن هذا البطلان لا يزول بالإجازة ،وبالتالي العقد الباطل لا يكون محلا للإجازة فهو ميت والميت لا يمكن بعث الحياة فيه.[3]

2-سقوط دعوى البطلان بالتقادم:

لقد نص المشرع في المادة 102 ق م على سقوط دعوى البطلان بمضي مدة 15 سنة من وقت إبرام العقد ،ولكن هذا لا يعني أن التصرف الباطل يظل صحيحا بمضي المدة ،و هنا إذا تقادمت دعوى البطلان يجوز الدفع بالبطلان الذي لا يتقادم،فمثلا إذا تصرف شخص في منزله بعقد عرفي فهنا العقد باطل لتخلف الشكل الرسمي،فالبائع يرفع دعوى البطلان إذا لم تتقادم أما إذا تقادمت يدفع بالبطلان أو يتمسك به دفعا إذا ما رفع عليه المشتري دعوى يطالب فيها بإتمام إجراءات البيع النهائي أمام الموثق لأن الدفوع لا تتقادم. [4]

---

[1] كما أنه وفقا للمادة 102 ق م فدعوى البطلان تسقط بمضي مدة 15 سنة من وقت إبرام العقد ،لكن هذا لا يعني أن التصرف الباطل يظل صحيحا بمضي المدة ،فإذا تقادمت دعوى البطلان يجوز الدفع بالبطلان الذي لا يتقادم،فمثلا إذا تصرف شخص في منزله بعقد عرفي فهنا العقد باطل لتخلف الشكل الرسمي،فالبائع يرفع دعوى البطلان إذا لم تتقادم أما إذا تقادمت يدفع بالبطلان أو يتمسك به دفعا إذا ما رفع عليه المشتري دعوى يطالب فيها بإتمام إجراءات البيع النهائي أمام الموثق لأن الدفوع لا تتقادم، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 391371،غ م،م م ع،ع الثاني 2008،ص 167 على أنه:«حيث أنه وبخصوص التمسك بنص المادة 101 من القانون المدني فهو في غير محله فما دام وأن العقد لم يكن له أي وجود قانوني فهو باطل من أساسه والمعروف أن سقوط دعوى البطلان في حالة وجود العقد الباطل لا يترتب عليه سقوط الدفع بالبطلان مهما طال الزمن على أساس قاعدة أبدية الدفوع إذ ليس معناه بمرور عشر سنوات على العقد الباطل أن يصير عقدا صحيحا ليبقى يحمل ما أثاره الطاعن غير مؤسس وهو مرفوض».

[2] حسب ما تنص المادة 102 ق م على أنه: «إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان،وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة....».

[3] شيخ سناء، المرجع السابق، ص179و180.

[4] حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص162.

فإذا سلم المبيع للمشتري فهنا إذا انقضت دعوى البطلان بالتقادم فيجوز له أن يرفع دعوى باستحقاق على المشتري فهي لا تتقادم .[1]

3-عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها:

إذا تقرر الحكم بالبطلان يصبح العقد غير قادر على أن يترتب عليه أي أثر قانوني مستقبلا،ويعود الطرفان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إجراء التصرف.[2]

والتصرف الباطل لا يمكن أن تترتب عليه أية التزامات[3] ولا أية مسؤولية عقدية[1]،لكن تترتب عليه المسؤولية التقصيرية،على أساس الإخلال بالتزام قانوني ألا وهو الالتزام بتحرير المعاملات

---

[1] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 391371،غ م،مجلة المحكمة العليا،العدد الثاني 2008،ص 167 على أنه: « حيث أنه وبخصوص التمسك بنص المادة 101 من القانون المدني فهو في غير محله فما دام وأن العقد لم يكن له أي وجود قانوني فهو باطل من أساسه والمعروف أن سقوط دعوى البطلان في حالة وجود العقد الباطل لا يترتب عليه سقوط الدفع بالبطلان مهما طال الزمن على أساس قاعدة أبدية الدفوع إذ ليس معناه بمرور عشر سنوات على العقد الباطل أن يصير عقدا صحيحا ليبقى يحمل ما أثاره الطاعن غير مؤسس وهو مرفوض».

[2] لكن يمكن القول على أن البيع العقاري المبرم في عقد عرفي وإن كان باطلا إلا أنه يمكن للمشتري اكتساب هذا العقار بالتقادم الطويل وذلك إذا توفرت شروطه ،وهي الحيازة بركنيها المادي والمعنوي،واستمرار هذه الحيازة لمدة 15 سنة بدون انقطاع،وهذا حسب المادة 827 ق م،لكن لا يمكن للمشتري بموجب عقد عرفي أن يتملك العقار بمقتضى عن طريق التقادم العشري عملا بنص المادة 828 ق م ولو كان حسن النية، لأن العقد ال عرفي لا يصلح سببا صحيحا بمفهوم المادة سالفة الذكر لأن يؤدي للتقادم العشري.

[3] على الرغم من أنه يمكن أن يترتب على العقد الباطل لانعدام أحد أركان كما في حالة التصرف الذي لم يستجمع ركن الشكل الواجب إنشاء التزام طبيعي باعتباره في الأصل التزام مدني متحلل،ونشوء هذا الالتزام الطبيعي في ذمة البائع وورثته يجعل من الواجب عليهم تنفيذ ذلك الالتزام اختيارا،وبالتالي قيام أطراف البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية للمشتري أو ورثته،هو نشوء التزام طبيعي في ذمتهم،لكن ما هو متعارف عليه أنه لا يجوز للقاضي أن يقر بالتزام طبيعي يتميز بعدم المشروعية أي مخالفته للنظام العام،وبمفهوم آخر مخالف للأهداف العليا للجماعة ومصالحها الأساسية،وبالتالي فعد البيع الباطل لخلف ركن الشكلية –العقد العرفي–هو عقد مخالف للنظام العام أي أن إقرار المشرع لركن الشكل في البيوع العقارية والمعاملات العقارية بصفة عامة لاعتبارات تتعلق بتوفير الأمن التعاقدي وتحقيق المصلحة العامة من حيث الجانب المالي لهذه التصرفات،وغيرها من الأهداف،ويمكن القول على أنه عقد البيع الباطل لا يرتب أي التزام طبيعي،والقول عكس ذلك يهدم فكرة الشكل الرسمي من أساسها ويهدم ما سعى المشرع إلى تقريره فلا يتماشى مع موقفه الذي قرر البطلان على التصرف لتخلف الشكل.
والأخذ بذلك الرأي والاتجاه سوف يجعل الأفراد يبرمون تصرفاتهم دون مراعاة الشكل المفروض، ومن ثم ينفذونه بحجة أنه التزام طبيعي.

العقارية في شكل محدد قانونا وهو الشكل الرسمي،ويعتبر خطأ تقصيري رتب ضررا للمشتري الذي حرمه من التملك باعتبار العقد باطل ،ولا يتملك بموجبه المشتري العقار المبيع،ولكن يتم تحميلهما المسؤولية مشتركة باعتبار أن المشتري كذلك شارك في هذا الخطأ الذي يرتب مسؤولية تقصيره ،وحتى هذا الالتزام القانوني مفروض عليه وكان عليه أن يدفع البائع بإبرام العقد الذي بينهما في شكل رسمي.[2]

وبهذا لا يمكن للقضاء الحكم ب تصحيح هذا العقد الباطل،وذلك بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع والتوقيع على العقد وهو ما يتنافى مع مبدأ سلطان الإرادة ،هذا القول عكس ما جاء في أحد قرارات المحكمة العليا والتي قررت على أنه يأخذ الحكم القضائي الحائز قوة الأمر المقضي فيه،والقاضي بصرف الطرفين إلى تسجيل عقد البيع العرفي أمام الموثق حكم العقد الرسمي،حيث يلزم البائع ومن بعده خلفه العام بنقل ملكية العقار عن طريق شهر العقد بالمحافظة العقارية.[3]

---

[1] وهو ما أكدت عليه المحكمة العليا في قرار لها،غ ع،رقم 0845202،بتاريخ 10-07-2014، م م ع،ع الثاني 2014:«المبدأ العام:يتحمل طرفا عقد بيع العقار (البائع والمشتري) غير المفرغ في الشكل الرسمي طبقا لما هو مقرر قانونا،المسؤولية بالتضامن عن الضرر الناجم عنه على أساس الخسارة المشتركة.
عقد البيع العقار الخالي من ركن الشكل الرسمي باطل بطلانا مطلقا ولا يرتب أي مسؤولية عقدية.
يجب على قضاة الموضوع تكييف الوقائع على أساس المسؤولية التقصيرية لطرفي هذا العقد.
لا يلزم البائع بتسليم العقار المبيع و نقل ملكيته لانعدام العقد الرسمي.يلتزم البائع بتعويض المشتري بنصف الكسب الذي فاته وليس برد المبلغ المدفوع فقط.».

[2] قرار المحكمة العليا ،رقم 0845202،بتاريخ 10-07-2014،المرجع السابق.

[3] فقد جاء في قرار تحت رقم 0982892 بتاريخ 16-07-2015،غ ع،م م ع،ع الثاني 2015،ص127 ،على أنه:«حيث أنه وكما هو ثابت من وقائع القضية فقد انتهى النزاع القائم بين الطاعن وموروث المطعون ضدهما إلى القرار المؤرخ في 29-10-1994 القاضي بصرف الطرفين إلى تسجيل عقد البيع العرفي أمام الموثق وأصبح هذا القرار حائزا لقوة الأمر المقضي فيه يأخذ حكم العقد الرسمي بحكم القانون يستوجب شهره بالمحافظة العقارية.
وحيث أن القرار المذكور أعلاه قضى بصرف الطرفين لتحرير عقد البيع أمام الموثق يكون هذا القرار قد صحح العقد العرفي وانقلب هذا العقد إلى عقد رسمي تترتب عليه جميع آثار العقد الصحيح يصبح البائع ومن بعد خلفه العام ملتزما بنقل ملكية العقار عن طريق شهر العقد بالمحافظة العقارية.
وحيث أن إجراء إيداع القرار المؤرخ في 29-10-1994 لدى الموثق وقيام هذا الأخير بشهره بالمحافظة العقارية لا يخرج عن تنفيذ العقد الرابط بين الطرفين الذي يلزم البائع بنقل ملكية العين المباعة.وحيث أنه لا يجوز للبائع أن يطلب إلغاء إجراء الشهر لأن بذلك يعد إخلالا بالتزامه العقدي الذي يلزمه بنقل ملكية العقار محل البيع وشهره بالمحافظة العقارية.

وإن كان فعلا يقع على البائع التزام بمقتضى نص المادة 361 ق م ،وهو القيام بما هو لازم لنقل الحق إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا،وهو بالتوجه لدى الموثق من أجل إبرام العقد،وهذا الأخير هو الذي يواصل الإجراءات ويقع عليه التزام بنقل الملكية وذلك بشهر التصرف،وفي مثل هذه الحالة فصرف المتعاقدين بعقد عرفي لترسيم العقد [1] لدى الموثق لا يعقل من الناحية القانونية ،كان من المفروض الحكم ببطلان هذا العقد ،وكأنما القضاء يشجع على المعاملات العرفية.

وإضافة على ذلك اعتبر الحكم الحائز لقوة الشيء المقضي فيه ،والقاضي بصرف الطرفين لتسجيل البيع العرفي أمام الموثق يأخذ حكم العقد الرسمي يلزم البائع بالشهر العقاري،هل يقصد القاضي بذلك أن هذا الحكم يقوم مقام العقد الرسمي؟وهذا ما لم يقل به أحد باعتبار أنه هناك حالات محددة قانونا يقوم فيها الحكم مقام العقد ،ولا يمكن اعتبار هذه الحالة من بين هذه الحالات وكأنما يعود بنا القاضي إلى مرحلة تسوية العقود العرفية من طرف القضاء.

كان على القاضي وقبل تثبيت صحة العقد العرفي التأكد من تاريخ إبرامه تحت طائلة بطلان حكمه،وهنا العقد العرفي أبرم سنة 1989 أي بعد صدور قانون التوثيق رقم 70-91 الذي أوجب الرسمية في جميع المعاملات العقارية تحت طائلة البطلان.

وفي قضية مماثلة أصدرت المحكمة العليا قرار سابق لهذا القرار ،تؤكد على أنه ما قضى فيه قضاة الموضوع صحيح باعتبار أن العقد العرفي لا يمكن تصحيحه ،وأن البيع لا يتم إلا بموجب عقد رسمي،وبهذا لا يمكن التصريح بأن الحكم الذي صدر بتاريخ 1995 والذي يلزم الأطراف بتثبيت البيع وإلزام البائع باتمام إجراءات البيع يحل محل العقد،لكن ما أقرته المحكمة العليا كذلك أن قضاة الموضوع قد استندوا إلى أسباب خاطئة، وهي أن القرار الذي صرح بصحة العقد العرفي يحل محل العقد الرسمي استنادا إلى فكرة الحجية التي تسموا على البطلان،مادام قد تحصن وحاز حجية الأمر

وحيث أن قضاة الموضوع عندما انتهوا إلى إلغاء إجراء الشهر،فإن ذلك لا يلغي القرار المذكور وبالتالي لا يلغي العقد الرابط بين الطرفين بل يبقى قائما ومنتجا لجميع آثاره القانونية،وحيث إن ما انتهى إليه القرار المطعون فيه يعد مخالفة لإحكام المادة 361 وما يليها من القانون المدني مما يعرضه للنقض والإلغاء.».

[1] حتى أنه تم استعمال مصطلح آخر في غير محله وهو تسجيل العقد لدى الموثق،فالعقد لا يسجل لدى الموثق وإنما مفتشية التسجيل.

المقضي فيه استقرار للأوضاع القانونية[1]،فصحيح ما ذهبت إليه المحكمة العليا لكن كان من المفروض على القضاء أن تتجه قراراته إلى الحكم ببطلان تلك التصرفات العرفية وليس تكييفه مع السياق الاجتماعي والاقتصادي.[2]

تجدر الإشارة وكما سبق الذكر أن أثر البطلان هو عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد[3]،ولكن هناك حالات يستحيل فيها ذلك بسب إقامة المشتري منشآت على الأرض المبيعة، وبالتالي ما على القضاء إلا تطبيق قواعد الالتصاق ،فهنا المالك قد بنى في أرضه ثم تزول ملكيته بأثر رجعي،كون سند ملكيته باطلا بطلانا مطلقا باعتبار العقد عرفي فهو مهدد بالبطلان المطلق،وتسري على المالك أحكام الباني حسن النية،إذا كان لا يعلم ما يهدد سند ملكيته من بطلان أو إبطال،وعلى

---

[1] قرار رقم 299297 المؤرخ في 27-04-2005،غ م ،غير منشور،مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق،،ص 229.

[2] على الرغم من دخول قانون التوثيق 91/70 في1970/12/15 حيز التنفيذ والذي يفرض الرسمية في المعاملات العقارية،لكن نظرا للثقافة القانونية للمواطن التي لم تكن تسمح باللجوء إلى الموثق وبالتالي لجوءه إلى العقد العرفي ،وكذا الموانع التي جاءت بها الأمر 71-73 المتضمن الثورة الزراعية،والأمر 74-26 والمتضمن تكوين الاحتياطات العقارية لصالح البلديات،والتي مست حرية التصرف في الملكية العقارية الخاصة الفلاحية،و المخصصة للبناء،وهذا ما جعل القضاء يتعامل مع العقود العرفية بنوع من الليونة. بالإضافة إلى ذلك فقد كان الاجتهاد للقضائي مبرر آخر وهو نص المادتين 351 و361 من القانون المدني،اللتان تلزمان البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري والامتناع عن كل ما من شأنه أن يجعل، نقل الملكية عسيرا أو مستحيلا،متجاهلين بذلك نص المواد 792و 793 من القانون المدني الذي وضع شرط للبيع في المادة العقارية،وهذا ما أكده قرار للمحكمة العليا بتاريخ 1990/01/19 تحت رقم 61796(غير منشور):«حيث كان على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351و 361 من القانون المدني،وليس المادة 12 من الأمر 70-91غير قابلة للتطبيق في قضية الحال ،وأن المشرع قد خصص فعلا مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية ويعد في نظر القانون =مصدر لالتزامات الطرفين»:مشار إليه : محمودي عبد العزيز، آليات تطهير وتسوية سندات الملكية، المرجع السابق، ص138.

[3] وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 391371،غ م،م م ع،ع الثاني 2008،ص 167،على أنه:«حيث أنه وكما أشار إليه قضاة المجلس فالطاعن برر تواجده فوق قطعة الأرض محل النزاع والتي أقام فوقها منشآت على أنه كان قد اشتراها من والد المدعى عليهما في الطعن خلال 1988 مستندا لإثبات عملية البيع على مجرد تصريحات كتابية.

حيث أنه ونظرا لعدم وجود أي عقد بيع فالطاعن ملزم بإخلاء القطعة أي بإعادة الأطراف إلى الحالة الأصلية قبل وقوع الاتفاق وفق ما تنص عليه المادة 103 من القانون المدني فإن كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض عادل».

العكس من ذلك تسري عليه أحكام الباني سيء النية إذا كان يعلم ما يهدد سند ملكيته [1]،ونفس الأمر يطبق على المالك الذي يفسخ سند ملكيته وهو يعلم بسبب الفسخ.

الفرع الثاني: الضوابط الشكلية والموضوعية لإبرام عقد البيع العقار

لكي يعتبر عقد بيع العقاري المحرر من قبل الموثق صحيحا،يجب احترام مجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية المنصوص عليها قانونا.

البند الأول:الضوابط الشكلية:

تتمثل الضوابط الشكلية الواجب مراعاتها أثناء تحرير عقد البيع العقاري،في مدى توفر الموثق على السلطة أثناء تحرير العقد،واحترامه لاختصاصه الإقليمي والنوعي.

أولا-سلطة محرر العقد:

حتى تكون للموثق سلطة أثناء تحرير العقد لابد من أن تكون له الولاية أثناء تحريره، وألا تتحقق فيه حالة من حالة المنع أو حالات التنافي المقررة قانونا.

1-أن تكون للموثق الولاية أثناء تحرير العقد:

إن ولاية الموثق وسلطته لا تبدأ إلا بعد أن يكون مسموحا له من أن يباشر مهامه بصفة قانونية،ومباشرة هذه الأخيرة لا يتم إلا بعد حصوله على قرار التعيين ،وتأدية اليمين عملا بنص المادة 08 من قانون التوثيق رقم 06-02 والتي تكون صيغتها كالآتي :«أقسم بالله العظيم،أن أقوم بعملي أحسن قيام وأخلص في تأدية مهامي وأكتم سرها،و أسلك في كل الظروف سلوك الموثق الشريف و الله على ما أقول شهيد».

كما يتعين على الموثق أن يكون له طابعا وختما خاصين به،وأن يودع توقيعه وعلامته لدى أمانة ضبط المحكمة والمجلس القضائي لمحل تواجد مكتبه والغرفة الجهوية للموثقين.

---

[1] آسيا جرورو،المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع عقود ومسؤولية،جامعة الجزائر،كلية الحقوق،بن عكنون،2003-2004،ص 19.

فولاية الموثق تنتهي إذا عزل عن ممارسة مهامه أو وقف ولو مؤقتا،فذلك يجعل عقوده باطلة وتأخذ مرتبة العقود العرفية إذا حررت بعد صدور قرار العزل أو المنع.[1]

2-ألا يكون الموثق في حالة من حالات التنافي:

لقد حدد القانون رقم 06-02 الوظائف والمهام التي لا يمكن الجمع بينها وبين مهنة التوثيق،وذلك بهدف الحفاظ على شرف المهنة وكرامتها،وذلك في نص المادة منه 23 منه،وتتمثل هذه الحالات في الجمع بين مهنة التوثيق والعضوية في البرلمان ،أو رئاسة أحد المجالس الشعبية المنتخبة المحلية.

وحسب المادة 25 من نفس القانون فإنه يتعرض الموثق لعقوبة العزل عند إخلاله بإحدى حالات التنافي المنصوص عليها في المادة 23 المذكورة أعلاه،دون الإخلال بالعقوبة الجزائية.

3-ألا يكون الموثق في حالة من حالات المنع:

لقد منح القانون سلطة واسعة للموثق في تحرير العقود التي تدخل في اختصاصه النوعي،باعتباره مصدر ثقة وحافظ أسرار المتعاقدين وخادم المصلحة العامة،لكن إذا كان في حالة من حالات المنع التي حددها المشرع فإنه تسلب منه هذه الأهلية.

وتتمثل حالات المنع حسب نص المادة 19 من القانون رقم 06-02 في أنه لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي:

- يكون طرفا معنيا أو ممثلا أو مرخصا له بأية صفة كانت.

-يتضمن تدابير لفائدته.

[1] حيث تنص على ذلك المادة 326 مكرر 2 ق م على أنه:«يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل،كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قل الأطراف.».

-يعني أو يكون وكيلا ،أو متصرفا،أو أية صفة أخرى كانت،لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب حتى الدرجة الرابعة،أو أحد أقاربه أو أصهاره تجمعه به قرابة الحواشي ويدخل في ذلك العم وابن الأخ وابن الأخت.

وحسب المادة 20 من نفس القانون فإنه لا يمكن أن يكون هؤلاء الأشخاص المذكورين في المادة السابقة،وكذلك الأشخاص الذين هم تحت سلطته أن يكونوا شهودا في العقود التي يحررها، غير أنه يجوز لأقارب وأصهار الأطراف المتعاقدة أن يكونوا شهود إثبات.

كما أنه وفقا للمادة 22 من نفس القانون يحظر على الموثق سواء بنفسه أو بواسطة أشخاص بصفة مباشرة أو غير مباشرة:

-القيام بعملية تجارية أو مصرفية وعلى العموم كل عملية مضاربة.

- التدخل في إدارة شركة.

- القيام بالمضاربة المتعلقة باكتساب العقارات أو إعادة بيعها، أو تحويل الديون والحقوق الميراثية أو أسهم صناعية أو تجارية أو غيرها من الحقوق المعنوية.

-الانتفاع من أية عملية يساهم فيها.

-استعمال أسعار مستعارة مهما تكن الظروف ولو بالنسبة لغير العمليات والتصرفات التي ذكرت أعلاه.

-ممارسة مهنة السمسرة أو وكيل أعمال بواسطة زوجه.

-السماح لمساعديه بالتدخل في العقود التي يتلقاها دون توكيل مكتوب.

ثانيا-مراعاة قاعدة الاختصاص الإقليمي والنوعي:

إن الاختصاص الإقليمي للموثق قبل إلغاء الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق كان منحصرا في دائرة اختصاص المحكمة الموجود بها،بحيث كان لا يجوز له أن يقوم بأي عمل يدخل في

وظيفته خارج نطاق هذه الدائرة التي بها اختصاصه المكاني،وإلا أعتبر عمله باطلا بس ببب مخالفة لقاعدة إجرائية أساسية ،غير أنه أصبح بموجب القانون رقم 88-27 الملغى وحتى القانون ا لساري العمل به للتوثيق رقم 06-02 يمتد اختصاصه إلى كافة الإقليم الوطني،وهذا ما جاء في المادة 1/2 من القانون رقم 06-02.[1]

وبالتالي فالموثق أصبح مختصا مهما كان موطن الأطراف، فهناك انسجام بين الاختصاص الإقليمي للموثق المنصوص عليها في المادة 1/2 من القانون رقم 06-02،والمادة 325 مكرر5 ق م والتي تعتبر ما ورد في العقد الرسمي نافذ في كامل التراب الوطني.

لكن هذه القاعدة لا تعني إمكانية افتتاح الموثق لمكتبه في أي مكان شاء من التراب الوطني، بل إنشاء هذا الأخير من صلاحيات وزير العدل حافظ الأختام وهذا وفقا للمادة 2/2 من القانون 06-02،كما أنه لا يجوز له ينتقل كيفما شاء وأن يتلقى العقود خارج مكتبه إلا في حالة الضرورة،وهذا ما نصت عليه المادة 32 من النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين [2]،وهنا حالة الضرورة لم يرد بشأنها أية ضوابط محددة مما يسمح للموثق بحرية تفسيرها وفقا لسلطته التقديرية.[3]

أما بالنسبة لاختصاص الموثق النوعي، فوفقا لنص المادة 03 من القانون 06-02 يتولى الموثق تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية مثلا ما أوردته المادة 324 مرر 1 ق م،أو حتى العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة وبالتالي يتوسع اختصاصه الموضوعي،غير أنه لا يمكن أن يتعدى اختصاصه لاختصاص هيئة أخرى،فلا يمكنه مثلا أن يبرم عقد بيع على أملاك الدولة الخاصة فهنا يعود الاختصاص لمدير أملاك الدولة باعتباره موثق الدولة،والعكس كذلك بالنسبة لهذا الأخير فلا يجوز له تجاوز اختصاصه النوعي وإبرامه عقود البيع بين الخواص،لأن العقد الذي يبرمه مدير أملاك الدولة عقد إداري يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام،ويكون بمناسبة تصرف الإدارة العمومية في ملكيتها العقارية لفائدة الغير.

---

[1] تنص المادة 02 من القانون رقم 06-02 على أنه :«تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق،تسري عليها أحكام هذا القانون وأحكام التشريع المعمول به يمتد اختصاصه الإقليمي إلى كافة التراب الوطني».

[2] تنص المادة 32 من النظام الداخلي للغرفة الوطنية للموثقين على أنه :«لا يجوز للموثق من حيث المبدأ أن يستقبل زبونه إلا في مكتبه،غير أنه يمكن أن ينتقل في حالة الضرورة على الحرص على شرف المهنة وكرامتها».

[3] مليكة بعاشي،الإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع،دار النعمان،2012، ص57.

البند الثاني:مراعاة الضوابط الموضوعية:

إن الموثق ضابط عمومي مفوض من طرف السلطة،في إطار العدالة الوقائية،حيث يضمن الأمن القانوني للعقود،وعلى الخصوص عقود نقل الملكية العقارية [1]،وفي هذا المجال يتلقى المعاملة العقارية ويقوم بصياغتها وفقا لإرادة الأطراف المتعاملة،مع مراعاة مدى انسجامها مع مختلف القوانين في جميع الجوانب،وفي هذا المجال يتأكد من توافر العديد من الشروط القانونية سواء في البائع أو المشتري أو العقار المبيع.

أولا-الشروط الخاصة بالبائع:

حيث يتأكد الموثق قبل إبرام العقد من توفر مجموعة من الشروط القانونية في البائع وهي:

1-تحديد هوية البائع:

إن العقود التي يبرمها الموثق يجب أن تتضمن جميع العناصر التي تسمح بتحديد هويتهم،وبهذا يتأكد من شخصية المتعاقدين من الأسماء والألقاب والموطن وتاريخ ومكان الولادة والمهنة وعند الاقتضاء اسم زوجاتهم والمسكن بأي مستند رسمي [2] ،كبطاقة التعريف أو شهادة ميلاد أو غيرهما،وكذا التأكد من مدى أهليتهم للتصرف،وإن كان الموثق يجهل هوية الأطراف فإنه وفقا لنص المادة 324 مكرر3/3 يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما،وبعد التأكد من ذلك فإنه وفقا للمادة 64 من

[1] Didier nourissat,Intervention a titre : Le rôle du notaire dans le transfert de la propriété des biens immobiliers, colloque PASEMD ,sur le thème la sécurité au service du développement économique, a Erevan(Armenie),02 au 04 octobre 2008.

[2] تنص المادة 62 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه:«كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار بالمحافظة العقارية،يجب أن يشمل على ألقاب وأسماء وموطن وتاريخ ومكان الولادة ومهنة الأطراف وعند الاقتضاء اسم زوجاتهم.».

المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري [1] ،يؤشر ويوقع على ذلك في العقد شاهدا على هويتهم.[2]

2-تحديد الشرط الشخصي للبائع:

يتأكد الموثق كذلك في عقد البيع الذي يبرمه إضافة إلى هوية البائع كما سبق الذكر،إلى تحديد الشرط الشخصي للبائع،ويقصد بالشرط الشخصي بتحديد أهليته المدنية[3]،وهو مدى بلوغه سن الرشد ولم يعتريه أي عارض من عوارض الأهلية والتي تعدم أهليته و تمنعه من التصرف.

ومصطلح عديم الأهلية بالمفهوم العام،يشمل القاصر غير المميز،و المحجور عليه بسبب الجنون أو العته ،وينطبق الأمر على بعض الأشخاص هم شبيهي عديمي الأهلية والذين قد قلصت سلطاتهم بسبب مثلا إفلاسهم أو بسبب التنفيذ على أموالهم بحجزها.

وبالتالي يشترط في البائع ألا يكون ممنوعا من التصرف سواء لقصره أو للحجر عليه أو بسبب الحجز عليه أو بسبب إفلاسه.

أ-منع القاصر من التصرف:

إن القاصر طبقا للقانون المدني هو ذلك الشخص الذي لم يبلغ سن الرشد 19سنة طبقا للقانون المدني الجزائري[4]،ونظرا لنقص أو انعدام قدراته وتفكيره المحدود،فإن حقوقه ومصالحه يتم إدارتها

---

[1] ، ج ر،ع 30،المؤرخة في 13-04-1976.

[2] تنص المادة 64 من المرسوم رقم 76-63 على مايلي :«كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة لدى المحافظة العقارية قصد تنفيذ إجراء يجب أن يحمل تأشيرة موقعة من قبل محرر العقد أو من قبل سلطة إدارية يشهد بهوية الأطراف».

[3] تنص المادة 65 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه: «إن العقود والقرارات والجداول،فيما يخص الأشخاص الطبيعيين،يجب أن تتضمن الإشارة إلى جميع العناصر التي تسمح بتحديد الشرط الشخصي.

ويقصد بالشرط الشخصي حسب مفهوم هذا المرسوم بالأهلية المدنية للأطراف».

[4] وذلك ما يستشف من خلال عدة مواضع ،فمثلا نجد في المادة 79 ق م قد استعمل إلى جانب مصطلح القاصر مصطلح المحجور عليه للتفريق بينها،وذلك على عكس بعض القوانين كالقانون العراقي مثلا اعتبرت القاصر ليس صغير السن وإنما أيضا الجنين ومن تقررت المحكمة أنه ناقص الأهلية أو عديهما من مجنون ومعتوه وسفيه وذي غفلة

من طرف الغير، فينوب عنه قانونا ولي[1] أو وصي[2] أو مقدم [3] ،وذلك لحماية أمواله ومباشرة مختلف التصرفات القانونية نيابة عنه، وهذا ما تنص عليه المادة 81 ق أ.

وهكذا فباعتبار بيع عقار القاصر تصرف خطير ينجم عنه نقل الملكية،فقد قيد المشرع النائب القانوني على القاصر حين التصرف في عقار هذا الأخير بالبيع الحصول على إذن من القاضي،وهذا حسب المادة 88/ ق أ 1[4]،وبالإضافة إلى ذلك وحسب نص المادة 89 ق أ لابد من أن يباع العقار بالمزاد العلني.

حيث أن هذا الترخيص المسبق يمنح من طرف قاضي شؤون الأسرة ،بموجب أمر على عريضة وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 479 ق ا م ا،وبالتالي لا يتم اللجوء إلى الموثق وإنما يباع العقار قضائيا عن طريق المزاد العلني.

فضلا عن الغائب والمفقود:ضحى محمد سعيد النعمان،صهيب عامر سالم،إيجار عقار القاصر،دراسة في القانون العراقي،مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية،ص 71.

[1] وتثبت الولاية الأصلية للأب ثم للأم وفي ذلك في حالة وفاته،أو في حالة غيابه وحصول مانع له فإنها تحل محله، في الأمور المستعجلة، أما في حالة الطلاق فالولاية لمن أسند له الحضانة هذا ما نصت عليه المادة 87 ق أ، فباستقراء المادة 92 ق أ والتي نصت على مايلي: «يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية... »،ومن هنا فقد تحدث المشرع عن الجد وسلطته في اختيار وصي للقاصر وبالتالي فطبقا للقاعدة من له سلطة اختيار الولي من باب أولى أن تكون له سلطة الولاية على مال القاصر،ومن هنا فالمشرع قد جعل الجد ممن له الحق في الولاية على مال القاصر، لكن القضاء جاء بتفسير مغاير للمادة 922 من ق أ،فقد اعتبرت الجد وصيا على أموال القاصر بعد غياب الأب والأم،رغم صراحة المادة بأن الجد له الحق بتعيين وصي وليس وصيا:وذلك فيما جاء في القرار رقم 363794،م م ع،2006،ع 2،ص 461،لم ينص صراحة على ذلك في المادة 87 سالفة الذكر ومن هنا يثور التساؤل في أي مرتبة يأتي الجد هل بعد ترتيب الأب والأم أم بعد ترتيب الوصي الذي يمكن أن يختاره الأب؟

[2] كما أنه إذا لم يكن للقاصر ولي يتولى أموره،أو كان له ولكنه غير أهل للولاية تولى شخص آخر،فهذا الشخص قد يكون مختارا من طرف الولي فيسمى وصيا، فبحكم المادة 92 سالفة الذكر يمكن للأب والجد تعيين وصي للقاصر وذلك في =حالة ما إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها لذلك بالطرق القانونية،وبالمقابل لم يعطي للأم سلطة اختيار وصي للقاصر رغم اعترافه لها بسلطة الولاية على القاصر.

[3] أما بالنسبة للمقدم فقد نصت المادة 99 ق أ:«المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناءا على طلب أحد أقربائه أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة ».وبالتالي فالمقدم يعينه القاضي للإشراف على أحوال القاصر في حالة عدم وجود لا ولي أصلي ولا ولي مختار.

[4] تنص المادة 1/88 على أنه :«على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص ويكون مسؤولا طبقا لمقاضيات القانون العام،وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:-بيع العقار...».

ب-منع المحجور عليه من التصرف في أمواله:

الحجر نوعان،إما أن يكون حجرا قضائيا أو حجرا قانونيا.

الحجر القضائي هو حالة من حالات فقدان الأهلية بناءا على حكم قضائي،حيث يتم بموجبه منع الشخص الذي اعتراه عارض من عوارض الأهلية الجنون والعته والسفه من التصرف في أمواله،ويعن له قيم ليقوم مقامه في ذلك بناءا على حكم من القضاء.

وبهذا فإن المتصرف في العقار لا بد أن يكون غير محجور عليه حجرا قضائيا في حالة الجنون أو العته أو السفه،لأن تصرفه في حالة الحجر عليه باطل بطلانا مطلقا.[1]

والموثق لاستقرار المعاملات يلتمس من المتصرف إحضار شهادة ميلاد للتأكد من عدم الحجر عليه،لأن المشرع ألزم قاضي شؤون الأسرة طبقا للمادة 489 ا م ا التأشير على هامش شهادة ميلاد المحجور عليه في سجلات الحالة المدنية بمنطوق الأمر القاضي بتعديل أو افتتاح أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة.[2]

وتجدر الإشارة إلى أنه قبل الحجر على الشخص المصاب بعارض من عوارض الأهلية،فالموثق لا يكتفي بملاحظاته حول مدى تمتع البائع بكافة ملكاته الذهنية والاعتماد على المظهر الخارجي،أو أن يعتمد فقط على إقرارات الأطراف المتعاقدة في هذا الصدد والتي قد تكون غير صحيحة،وإنما لابد عليه أن يطلب شهادة طبية ،ويدون في العقد بأنه استعان بالإضافة إلى ملاحظاته بشهادة الشهود وبالشهادات الطبية.

أما الحجر القانوني هي حالة من حالات فقدان الأهلية بناءا على نص قانوني[3]،حيث بموجبه يتم منع الشخص من التصرف في أمواله ،ليس بسبب عارض من عوارض الأهلية وإنما بسبب الحكم

---

[1] حتى قبل الحجر عليه بحكم إذا كانت أعراض الحجر ظاهرة وفاشية،هذا ما نصت عليه المادة 107 ق أ.

[2] عمليا لا يتم العمل بذلك ،حيث ليس هناك تأشير على هامش شهادة الميلاد.

[3] هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها رقم43476 المؤرخ في1986 -06-29 ،م ق،1993،ع الأول،ص 15 وما بعدها :مشار إليه: حمدي باشا عمر ،دراسات قانونية ،المرجع السابق،ص 134.

عليه بعقوبة جنائية وهذا ما نصت عليه المادة 09 مكرر من قانون العقوبات [1]،وحتى بالنسبة للمحكوم عليه في جنحة إذا تم النطق في الحكم بعقوبة تكميلية متمثلة في الحجر القانوني.فالمشرع قد أراد حرمان المحكوم عليه من التمتع بأمواله حرمانا مطلقا وذلك تأديبا له.

ولهذا فالمحكوم عليه بعقوبة جنائية ،وحتى بالنسبة للمحكوم عليه في جنحة إذا تم النطق في الحكم بعقوبة تكميلية متمثلة في الحجر القانوني وجب أيضا إتباع ذات الإجراء الذي يتبع بالنسبة للمحجور عليه قضائيا ،حيث يمكن له طبقا للمادة 102 من ق أ أن يطلب من أقاربه أو من له مصلحة أو من النيابة العامة تعيين مقدم يقوم مقامه في إدارة أمواله والتصرف فيها.[2]

وبالتالي ففي غير هاتين الحالتين فالشخص المحبوس غير المحجور عليه [3] قانونا يحق له في التصرف في أمواله بمعرفة موثق أو موظف مؤهل قانونا داخل المؤسسة العقابية وبعد استصدار رخصة الزيارة ،وهذا حسب ما نصت عليه المادة 78 من القانون رقم 05-04 المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين المعدل والمتمم.[4]

---

[1] حيث تنص المادة 09 مكرر من قانون العقوبات على أنه:«في حالة الحكم بعقوبة جنائية تأمر المحكمة وجوبا بالحجر القانوني،الذي يتمثل في حرمان المحكوم عليه من ممارسة حقوقه المالية أثناء تنفيذ العقوبة الأصلية،تتم إدارة أمواله طبقا للإجراءات المقررة في حالة الحجر القضائي..».

[2] حتى أنه من الناحية العملية، يتصل الكثير من المواطنين من أهالي المحبوسين المحكوم عليهم في جناية بالموثق،ويطلبون منه تحرير وكالات من هذه الفئة لأحد أهاليهم لإجراء تصرفات ومعاملات .... والحقيقة انه يغيب عن هؤلاء العامة وربما عن بعض الخاصة أن المحكوم عليه في جناية يوجد في وضع المحجور عليه بقوة القانون ويحرم من ممارسة حقوقه المالية وعلى من يهمه الأمر من أقاربه اللجوء إلى قسم شؤون الأسرة لتعيين مقدم يتولى رعاية شؤونه ويتبع في ذلك نفس إجراءات الحجر القضائي في إدارة أمواله ،كما هو منصوص عليه في قانون الأسرة.

[3] إن المحبوس عليه وفقا للمادة 07 من القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06-02-2005،المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين،(ج ر،ع 12 ،المؤرخة في 13-02-2005)،المعدل والمتمم بالقانون 18-01 المؤرخ في 30-01-2018 (ج ر،ع 05،المؤرخة في 30-01-2018)،هو كل شخص تم إيداعه بمؤسسة عقابية تنفيذا لأمر أو حكم أو قرار قضائي،ويتم تصنيف المحبوسين إلى :

-محبوسين مؤقتا،وهم الأشخاص المتابعون جزائيا والذين لم يصدر بشأنهم أمر أو حكم أو قرار قضائي نهائي.

-محبوسين محكوم عليهم وهم الأشخاص الذين صدر في حقهم حكم أو قرار قضائي أصبح نهائيا.

-محبوسين تنفيذا لحكم الإكراه البدني.

[4] ما هو معمول به في الواقع العملي هو أنه على مستوى كل تنسيقية للموثقين تسطر قائمة تسمى بوصل الاتصال وذلك بصفة دورية كل شهر،وهذا الوصل ينتقل بموجبه الموثق إلى المؤسسة العقابية،،لكن قبل التنقل يطلب وثائق من

ج –منع المحجوز عليه من التصرف في أمواله:

إن الحجز العقاري هو ذلك الحجز الذي يوقعه الدائن على العقارات أو الحقوق العينية العقارية مفرزة أو مشاعة كانت لمدينه،إذا كان بيده سند تنفيذي،وأثبت عدم كفاية المنقولات أو كانت غير موجودة[1]،ويتم هذا الحجز بموجب أمر على عريضة يصدره رئيس المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار أو الحق العيني ،وهذا حسب ما تنص عليه المادة 724 ق إ م إ،حيث يتم تبليغه بعد ذلك للمدين عن طريق المحضر القضائي وإنذاره بدفع مبلغ الدين في أجل شهر وإلا يباع العقار جبرا،ويودع أمر الحجز بالمحافظة العقارية لشهره ،ويعد العقار محجوزا بمجرد قيده بالمحافظة العقارية،وذلك حسب المادة 725 ق إ م إ.

وتعتبر الأموال المحجوزة موضوعة تحت تصرف القضاء سواء كانت عقارية أو منقولة،وهي ضمان للدائنين لاستيفاء حقوقهم التي لهم في ذمة المدين المحجوز عليه[2]،ولقد أكد المشرع أنه بقيد أمر الحجز على العقار بالمحافظة العقارية ،فإنه لا يمكن لحائز العقار أو المدين المحجوز عليه نقل ملكيته،وكل تصرف من هؤلاء يكون قابلا للإبطال من طرف الحاجز [3]،أما إذا قام المحجوز عليه بإيداع مبلغ كاف لتغطية أصل الدين والمصاريف المترتبة عليه للدائنين المقيدين في الشهادة العقارية،بين يدي المحضر أو بأمانة الضبط قبل جلسة المزايدة،تصبح التصرفات القانونية الواردة على العقار نافذة وذلك حسب المادة 736 من ق إ م . [4]

لكن رغم إيداع مبلغ يساوي الدين والمصاريف وإن ترتب على ذلك زوال الحجز بقوة القانون ونفاذ التصرفات الناقلة للملكية ،فإن الأمر بالحجز على العقار يبقى مشهرا بالمحافظة العقارية

بينها،نسخة من الحكم القضائي لمعرفة مدى إسقاط العقوبات التبعية عنه من عدمه،ويحضر الموثق الوطالة وذلك حسب الطلب المقدم.

[1] هذا ما تنص عليه المادة 721 ا م ا.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 144.

[3] عبد السلام ديب،المرجع السابق،ص 399.

[4] هناك من رأى أن البطلان المترتب على التصرف في الأموال المحجوزة هو البطلان المطلق،والذي هو من النظام العام،لكون الأمر يتعلق بأموال موضوعة تحت سلطة القضاء،ويجب على القاضي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يثره الأطراف،فليس من عادة القوانين الإجرائية ترتيب الجزاء على تصرف كالبطلان إلا كونه مطلقا من النظام العام:حسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 145.

،والمحافظ العقاري لا يلغي الحجز إلا بأمر لأنه وقعه بموجب أمر عملا بتوازي الأشكال [1]،فالمحجوز عليه في هذه الحالة عليه أن يلجأ إلى قاضي الاستعجال للحصول على أمر برفع الحجز على عقار،ويستجيب قاضي الاستعجال عملا بقاعدة توافر عنصر الاستعجال.[2]

ونشير هنا إلى قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية لا يعني إطلاقا نقل ملكية العقار للحاجز،وإنما الملكية تبقى للمحجوز عليه باعتبار أن الحجز لا يترتب عليه إخراج المال من يد المحجوز عليه ،وإنما يقتضي التحفظ على المال والحيلولة دون التصرف فيه،وإن الإجراء الذي يتم به نقل الملكية هو للراسي عليه المزاد وشهر هذا الحكم بالمحافظة العقارية.

لكن قبل قيد أمر الحجز بالمحافظة العقارية فالشخص المدين والذي يملك عقارا مثقلا بحق عيني كحق الرهن مثلا ،لا يمنعه هذا من التصرف في عقاره طبقا لنص المادة 894 ق م،وبالتالي ينتقل هذا العقار مثقلا بهذا الحق ،ويكون هذا الرهن نافذا في حق الغير لأنه قد قيد حق الرهن قبل شهر ملكيته،وهذا الأخير الذي انتقلت إليه الملكية وعند حلول أجل الدين ،فإنه يقوم الدائن بإنذاره وله الخيار بين وفاء الدين ،أو تخلية العقار أو قبول إجراءات الحجز والبيع ،فإذا اختار الوفاء،فإنه يقوم بالوفاء بالدين وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات،وله الحق بأن يرجع بكل ما يوفيه على المدين ،وكذا المالك السابق للعقار المرهون وهذا حسب نص المادة 912 ق م،كما يجوز له طلب تطهير العقار حتى قبل أن يوجه الدائنون التنبيه إلى الدائن أو الإنذار للحائز.

ووفقا لنص المادة 920 ق م،إذا طلب بيع العقار فإنه تتبع الإجراءات المتبعة في البيوع الجبرية،وفي هذه الحالة فإن من رسا عليه المزاد له أن يرد للحائز المصاريف التي أنفقها في سند ملكيته وفي تسجيل هذا السند.

---

[1] بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية،دار هومة، طبعة 2015،دون ذكر عدد الطبعة،ص 89.

[2] نفس المرجع،ص 90.

د-منع المفلس من التصرف في أمواله:

المفلس هو من يتوقف عن الوفاء بديونه،ولا يعني ذلك أنه معسر،بل أنه لم يدفع ديونه في ميعاد استحقاقها،وإذا صدر ضده حكم بإشهار إفلاسه،فإنه يمنع كذلك من إدارة أمواله أو التصرف فيها،بما في ذلك عقود البيع،وينصب هذا المنع على الأموال الحالية أو الأموال المستقبلية.[1]

2-ملكيته للعقار:

يتأكد الموثق من أن البائع يملك لعقار المراد المتصرف فيه ،ويتم إثبات ذلك بالسند الرسمي المثبت للملكية ،حتى لا يقع الموثق في التصرف في ملك الغير،كما أنه وفقا للمادة 324 مكرر5 ق م يتأكد الموثق كذلك من أصل الملكية،أي يبحث عن أسماء المالكين السابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتالية،حيث أن العقد المحرر من طرفه و دون ذكره لأصل الملكية يعتبر إشهاد منه فقط وليس له أي آثار قانونية[2]، وقد كيفته المحكمة العليا بأنه عقد لفيف والذي هو عقد عرفي محرر أمام الموثق يثبت تصريحات الأطراف والشهود فقط .[3]

وهنا يمكن القول بان نظرية بيع ملك الغير مثلا لا يمكن تطبيقها على بيع العقار،لأنه الموثق يتأكد من أصل الملكية ومن سند الملكية ،وبالتالي لا يمكن إبرام عقد بيع للعقار ملك لشخص غير شخص المالك إلا بموجب وكالة خاصة.

---

[1] لحسن بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 144.

[2] وقد أكد على ذلك قضاء المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 654219،غ ع،م م ع،ع الثاني 2012،ص 359 على أنه: «و حاصله أن الطاعن قدم إشهاد حرره الموثق غير أن قضاة الموضوع اعتبروا أنه لا يرقى إلى العقد وبالرجوع إلى المادة 324 من القانون المدني فإنها تعرف العقد الرمي ويظهر في عقد البيع المحرر لفائدة الطاعن أنه توفر على جميع الشروط المادة المذكورة أعلاه غير أنه عند شهره ولدى المحافظة العقارية،اتضح أنه مشوب بخطأ في أصل الملكية ولذا إن القضاة حادوا عن مفهوم المادة 324 من القانون المدني.لما أيدوا الحكم المستأنف الذي قضى بطرده من السكن الذي اكتسبه.لكن حيث أن قضاة الموضوع سببوا قرارهم بما فيه الكفاية لما اعتبروا أن ليس لإشهاد الموثق أي أثر قانوني وبالتالي أصبح الطاعن شاغر العقار دون سند لذا أمروا طرده منه.».

[3] وذلك في القرار رقم 68467 المؤرخ في1990-10-21 ،م ق، 1992،ع الأول ،ص84: مشار إليه :حمدي باشا عمر ،دراسات قانونية مختلفة ،المرجع السابق ،ص 13.

4- صفة المتصرف:

إن المتصرف في العقار بأي تصرف ناقل للملكية بصفة عامة وبالبيع بصفة خاصة لابد له من أن يثبت صفته أمام الموثق،فإما أن يثبت صفته كمالك أو صفته كوارث أو صفته كنائب .

أ-المالك:

إن المالك إذا أراد التصرف في عقاره لابد من إحضار السندات والعقود الرسمية التي تثبت ملكيته،وهذا ما أكدت عليه المادة 30 من القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري،والتي نصت على أنه:«يجب على كل حائز لملك عقاري أو شاغل إياه أن يكون له سند قانوني يبرر هذه الحيازة أو هذا الشغل»، ومن شروط المحرر المثبت للملكية أن يكون رسميا ،ولا يدع أي مجال للشك من حيث أنه يكرس أصل الملكية ،وكذا تحديد العقار محل التصرف تحديدا نافيا للجهالة،ومشهرا بالمحافظة العقارية طبقا لقاعدة الشهر المسبق. [1]

ب-الوارث:

في حالة ما إذا توفي شخص وترك تركة عقارية،فإن الورثة في غالب الأحيان يكتفون باللجوء إلى الموثق للمطالبة بتحرير عقد فريضة اعتقادا منهم أنها الوسيلة القانونية لنقل الملكية الموروثة[2]،لكن في الحقيقة فالفريضة ما هي سوى عقد تصريحي هدفه تأسيس الحالة المدنية ونسب مختلف ذوي الحقوق في التركة ،من أجل تسوية حصص كل واحد منهم ،كما أنها تثبت صفتهم كوارث فقط دون صفتهم كملاك عن طريق الشيوع في التركة.

---

[1] هذا ما جاء في قرار المحكمة العليا رقم 48467 المؤرخ في 21-10-1990،م،ق،ع 01 ،ص 84 :«من المقرر قانونا ،أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محررا أمام الموثق محتوي لأصل الملكية،مكرسا لاتفاق الطرفين،محددا للمحل تحديدا نافيا للجهالة ،معاينا لتسديد الثمن أمام الموثق،مسجلا ومنشورا لدى مصالح الشهر العقاري »:مشار إليها:حمدي باشا عمر ،القضاء العقاري،المرجع السابق،ص 225.

[2] حمدي باشا،حماية الملكية العقارية الخاصة،المرجع السابق،ص 36.

ولا يمكن للورثة التصرف في العقارات الموروثة ونقل ملكيتها للغير ،إلا بعد إعداد الشهادة التوثيقية لدى الموثق[1] وإشهارها بالمحافظة العقارية،وهذا ما أكدت عليه المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والتي نصت على أنه:«لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في محافظة عقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو للقرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير...».

وتعتبر الشهادة التوثيقية الأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية[2]،وهذا ما أكدت عليه المادة 91 من نفس المرسوم على أنه:«كل انتقال أو انشاء أو انقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة.

وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كلا أو جزء من التركة وفي هذه الحالة يجب على المعنيين أن يقدموا إلى الموثقين كل المعلومات والإثباتات» .[3]

ومنه لا يمكن للورثة التصرف في الحقوق العقارية المنتقلة إليهم عن طريق الميراث دون إجراء شهر انتقال الملكية إليهم عن طريق الوفاة ،وذلك عن طريق شهر الشهادة التوثيقية.

ج-النائب:

قد تكون النيابة اتفاقية أو تكون نيابة قانونية أو شرعية.

---

[1] نكاع عمر،الشروط القانونية في انتقال التركة العقارية في التشريع الجزائري،مجلة العلوم الإنسانية،ع 44 ديسمبر 2015،جامعة الإخوة منتوري،قسنطينة،ص 55.

[2] وهيبة عثامنة،الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائريين،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، ع السابع، سبتمبر 2015،ص 463.

[3] فبالرجوع إلى القرار الصادر عن الغرفة الأولى لمجلس الدولة رقم 652 206 المؤرخ في 10-07-2000(غير منشور) فقد نص: «لكن حيث أن المستأنفين لم يستطيعا أن يثبتا بعقد توثيقي رسمي انتقال الملكية المزعومة للقطعة الأرضية موضوع النزاع من والدهما المتوفى إليهما كما تشترطه أحكام المادة 91 من المرسوم رقم 76-63 . حيث أن هذا الشرط هو-إجراء إجباري مسبق-لإثبات انتقال الملكية بصفة رسمية من صاحبها الأول عند وفاته إلى الوارثين.»:مشار إليه :حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق،ص90.

إذا كانت النيابة اتفاقية وتم التصرف الناقل للملكية بواسطة وكيل ،فعلى الموثق التأكد من مضمون الوكالة،و ما إذا كانت وكالة خاصة فإنه يجب أن يتوفر فيها الشكل الواجب توافره في العمل القانوني الذي يكون محل الوكالة .[1]

أما إذا كانت النيابة شرعية والتي قد تكون في صورة الولاية أو الوصاية أو القوامة ،فهنا مهما كان المتصرف في العقار بالبيع، أن يتصرف تصرف الرجل الحريص،ويجب أن يستأذن القاضي في ذلك طبقا للمادة 88 ق أ،وإلا اعتبرت تصرفاته باطلة.[2]

د-الأجنبي:

لم يكن للأجنبي سابقا حق التصرف في عقاره إلا بعد استصدار مجموعة من الرخص ،كرخصة التعامل في العقار من الوالي، ورخصة المديرية المالية لإتمام المعاملات ،كما أن الدولة كانت تمارس عليه قيد آخر هو الحق في الشفعة الإدارية لشراء هذه العقارات بالأولوية منهم،إلا أنه قد تم وضع حدا لهذه الرخص بموجب مبدأ متمثل في حرية التصرف للأجانب في عقاراتهم ،بموجب التعليمة الوزارية رقم 172 المؤرخة 1991-09-01 [3]،وبقي فقط للأجانب استصدار رخصة مسبقة من طرف الوالي المختص إقليميا[4]،فبدون هذه الرخصة لا يمكن للأجنبي ابرام عقد البيع لدى الموثق.

---

[1] وهذا ما نصت عليه المادة 572 ق م.

[2] وهذا هو رأي المحكمة العليا في قرار لها حول إبرام عقد إيجار-قياسا على عقد بيع-قرار رقم 72353 بتاريخ 10-04-1991 ،م ق،ع 03، سنة 1993،ص 115:«حيث أن قضاة الموضوع أصابوا في تطبيق المادة 88 من تقنين الأسرة لأن المشرع أراد أن يحمي حقوق وأموال القاصر،وبالتالي فكل عقد إيجار متعلق بأملاك القاصر لابد أن يوافق عليه القاضي المختص في هذا الشأن،وإلا أصبح عقدا مخالفا للقانون وهو عقد باطل ولو ترتب على هذا البطلان أضرار فيتحملها المتسبب في إبرام عقد الإيجار المخالف للقانون».

[3] خوادجية سميحة حنان،قيود الملكية العقارية الخاصة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الخاص،قسم القانون العقاري،جامعة منتوري كلية الحقوق ،قسنطينة،ص 49.

[4] حتى المواطن الجزائري الذي يريد التصرف في عقاره بالبيع في بعض المناطق الخاصة لا بد عليه أن يمر على مصالح البلدية الوارد العقار في دائرة اختصاصها من أجل أن تطلب رأي المصالح المختصة لرئاسة الجمهورية،وذلك أن يمر على مصالح البلدية الوارد العقار في دائرة اختصاصها من أجل أن تطلب رأي المصالح المختصة لرئاسة الجمهورية وذلك بالنسبة للأملاك العقارية الواقعة في محيط الحماية ، فيقصد بمحيط الحماية وفقا للمادة 02 من المرسوم الرئاسي رقم 15-270 المؤرخ في 19-10-2015 الذي يؤسس محيطات الحماية لمقر رئاسة الجمهورية والإقامات الرئاسية ويحدد القواعد الأمنية المطبقة عليها (ج ر،ع 55،المؤرخة في 21-10-2015.) ،على أنه الفضاء

ثانيا-الشروط الخاصة بالمشتري:

يمثل الشراء العملية المعاكسة للبيع،فهو أيضا كعمل من أعمال التصرف،وتنطبق عليه عدم الأهليات العامة مبدئيا مثلما عليه الحال بالنسبة للبيع،لكن عقد الشراء يكون محلا لعدم أهليات خصوصية.[1]

لقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني على منع بعض الأشخاص من ممارسة عملية الشراء،ويتعلق الأمر بمنع رجال القضاء والمحامين والموثقين من شراء الحقوق المتنازع فيها،وكذا منع النائب من شراء ما كلف ببيعه،وأخيرا السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها،بالإضافة إلى حالات أخرى نصت عليها قوانين متفرقة،وتتعلق بوكيل التفليس ة والمحضرين القضائيين،ومحافظي البيع بالمزاد العلني.

1-منع بعض الأشخاص من ممارسة عملية الشراء في القانون المدني:

لقد منع المشرع في القانون المدني رجال القضاء والمحامين والموثقين من شراء الحقوق المتنازع فيها،وكذا منع النائب من شراء ما كلف ببيعه،ومنع كذا السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها.

أ-منع رجال القضاء والمحامون من شراء الحقوق المتنازع فيها:

سمح المشرع ببيع الحق المتنازع كما سبق الإشارة إلى ذلك،على الرغم من أن للبيع هنا صفة العقد الاحتمالي،لكنه في نفس الوقت منع شراء هذا الحق من طرف بعض الأشخاص وهم ،القضاة والمحامين والموثقين وكذا كتاب الضبط وهذا ما نصت عليه المادة 402 من ق م،سواء تمت عملية

البري والجوي والبحري الواقع خارج نطاق مقر رئاسة الجمهورية والإقامات الرئاسية والذي يكون محل إجراءات أمنية خاصة،ويمكن أن ينظم محيط الحماية في شكل عدة مناطق.وكما نصت المادة 03 منه على أنه : «تحدد حدود محيط الحماية وعند الاقتضاء حدود المناطق المشكلة له بموجب مرسوم تنفيذي ».وبالفعل لقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 16-68 المؤرخ في 22-02-2016 ليحدد =حدود محيط الحماية لمقر رئاسة الجمهورية، (ج ر،ع 10،المؤرخة في 22-02-2016).والمناطق المعنية هي المرادية، حيدرة، الابيار، الجزائر الوسطى،سيدي أمحمد.

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 148.

الشراء بأنفسهم مباشرة أو بواسطة اسم مستعار،إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص الجهات القضائية التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ،تحت طائلة بطلان البيع.

ب-منع النائب من شراء ما كلف ببيعه:

رأينا سابقا قد تكون النيابة اتفاقية ومن أبرز صورها الوكالة،وقد تكون نيابة قانونية كالولاية،أو قضائية كالوصاية والتقديم.

كقاعدة عامة فقد منع المشرع على النائب نيابة اتفاقية أو حتى قانونية أو قضائية من شراء ما كلف ببيعه وهذا ما يسمى بعقد بيع النائب لنفسه أو لغيره،سواء باسمه مباشرة أو باسم مستعار حتى ولو تم البيع بالمزاد العلني[1] ،إلا إذا حصل على إجازة من تم البيع لحسابه، وهذا ما نصت عليه المادة 77 ق م،كما نصت على ذلك المادة 412 ق م،فهنا الإجازة اللاحقة كالوكالة السابقة،غير أنه يجوز للنائب أن يتصرف في الشيء بالبيع محل التصرف لنفسه ،متى اقترن ذلك بإذن من السلطة القضائية ويصبح مالكا للشيء محل التصرف[2]،وهو ما أكدته المادة 410 ق م.

والحكمة من هذا الحظر أن هذا الأخير مكلف بالبحث عن مشتر يدفع أعلى الأثمان،بينما لو اشترى المال لنفسه،فهو يشتريه بأقل الأسعار وأبخسها،وهو ما لا يتلاءم مع المهمة الموكلة إليه والتي يراد بها تحقيق النفع لموكله.[3]

ج-منع السماسرة والخبراء من شراء الأموال المعهود إليهم ببيعها أو تقدير ثمنها:

إن السمسار ينحصر عمله في البحث عن متعاقد آخر في صفقة معينة،بائعا أو مشتريا مع التقريب بين طرفين يرغبان في التعاقد مقابل عمولة،أما الخبير فهو من يعطي رأيه التقني في قضية ما،وقد يكون ذلك العمل هو تقييم مال ما. [1]

---

[1] تنص المادة 410 قم على أـــنه: «لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص قانوني أو أمر من السلطة المختصة أن يشتري باسمه أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلني ما كلف ببيعه بموجب النيابة كل ذلك مالم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة في نصوص قانونية أخرى».

[2] مجيد خلفوني،المرجع السابق،ص 112.

[3] لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 153.

فوفقا للمادة 411 ق م لا يمكن للسمسار أن يقيم نفسه طرفا في العقد الذي يتوسط في إبرامه،وذلك خشية من تضحيته بمصلحة من وسطه في سبيل مصلحته هو ،ولهذا منعه القانون من ذلك،كما منع المشرع في نفس المادة كذلك الخبير من شراء الأموال المعهودة إليهم أو تقدير قيمتها.

ولكن بالرجوع لنص المادة 412 ق م،فإنه يصح شراء السماسرة والخبراء للأموال التي كلفوا ببيعها وكذا تقدير قيمتها ولكن بشرط الإجازة اللاحقة لمن تم البيع لحسابه،والجزاء على هذه المخالفة هو البطلان النسبي لأنه قرر لمصلحة من تم البيع لحسابه الذي له إجازة هذا العقد.

2-منع بعض الأشخاص من ممارسة عملية الشراء في قوانين متفرقة:

إضافة إلى القانون المدني فقد منع المشرع بعض الفئات من ممارسة عملية الشراء وهم:

أ-منع الوكيل المتصرف القضائي من امتلاك أملاك المدين:

إن الحكم بشهر إفلاس التاجر يؤدي إلى غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها،كما توقف جميع الدعاوى والإجراءات بالنسبة للدائنين،وبالتالي لابد من إحلال شخص محل المدين والدائنين والذي هو الوكيل المتصرف القضائي والذي يعين في الحكم الصادر بالتسوية القضائية والإفلاس ،والذي كان سابقا يسمى وكيل التفليسة قبل صدور الأمر رقم 96-23 [2]المؤرخ في 09-07-1996 الذي يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي.[3]

---

[1] نفس المرجع،ص 153.

[2] ج ر،ع 43،المؤرخة في 10-07-1996.

[3] يعين الوكيل المتصرف القضائي في الحكم الصادر بالتسوية القضائية والإفلاس من بين الأشخاص المسجلين في القائمة التي تعدها اللجنة المنصوص عليها في المادة 09 من الأمر رقم 96-23 ،وهذه القائمة لا يسجل فيها إلا محافظي الحسابات و الخبراء المحاسبين و الخبراء المتخصصين في الميادين العقارية و الفلاحية و التجارية و البحرية و الصناعية الذين لهم 05 سنوات تجربة على الأقل بهذه الصفات و يتلقى المسجلون في القائمة الوطنية تكوينا مناسبا. كما يمكن وطبقا للمادة 08 من الأمر المذكور أعلاه تعيين هؤلاء الوكلاء وبصفة استثنائية،من طرف المحاكم وبأمر مسبب، من بين الأشخاص الطبيعيين المتمتعين بتأهيل خاص و لو كانوا غير مسجلين في قائمة الوكلاء المتصرفين القضائيين ،شرط ألا يكونوا قد منعوا من ممارسة إحدى المهن المنصوص عليها في المادة 06

إن هذا الوكيل المتصرف القضائي هو الذي يقوم مقام المفلس في إدارة أمواله،فهو لا يمثله في التسوية القضائية وإنما يساعده فقط،وقد منعه القانون من امتلاك شيء من أموال المدين وذلك بموجب المادة 19 من الأمر رقم 96-23 سالف الذكر،بأي طريقة كانت سواء بعوض أو غير ذلك.

ب-منع محافظي البيع بالمزاد العلني من الانتفاع الشخصي بأي عملية كلفوا بها:

بالرجوع إلى القانون رقم 16-07 المؤرخ في 03-08-2016 الذي يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة[1] في مادته 04،يعد محافظ البيع بالمزاد العلني ضابطا عموميا مفوضا من قبل السلطة العمومية،حيث يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته،ويمارس مهنته على الشكل الفردي أو في شكل شركة مدنية مهنية ،أو مكاتب مجمعة.[2]

ويكلف محافظ البيع بالمزايدة بالقيام بالمزايدات المتعلقة بالإيجار،وكذا بالبيوع بالمزاد العلني بطلب من الإدارات والمؤسسات العمومية والخاصة ،والضباط العموميين الآخرين بالإضافة إلى مهام أخرى نصت عليها المادة 12 من نفس القانون،كما يمكن انتدابه قضائيا أو بالتماس من الخواص للقيام بعمليات التقييم والبيوع بالمزايدة التي تدخل في مجال اختصاصه .

ووفقا للمادة 34 من القانون رقم 16-07 سالف الذكر،فقد منعه المشرع من القيام بالمضاربة باكتساب العقارات أو بيعها أو التنازل عنها،سواء بنفسه أو بواسطة شخص آخر ،بصفة مباشرة أو غير مباشرة،كما يحظر عليه الانتفاع من أي عملية يساهم فيها في هذا المجال.

ج-منع المحضرين القضائيين من الانتفاع من أي عملية يساهمون فيها:

يعد المحضر القضائي طبقا للمادة 04 من القانون رقم 06-03 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي المؤرخ في 20-02-2006 [3] ضابطا عموميا،مفوضا من قبل السلطة لعمومية، يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته .

---

[1] ج ر،ع 46،المؤرخة في 03-08-2016،الذي ألغى الأمر 96-02 المؤرخ في 10-01-1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة.

[2] وهذا حسب ما تنص عليه المادة 05 من القانون رقم 16-07 سالف الذكر.

[3] ج ر ، ع 14، الصادرة في08-03-2006.

حيث يكلف طبقا للمادة 12 من القانون سالف الذكر بالقيام بتبليغ السندات والإعلانات التي ينص القانون عليها،وتنفيذ الأوامر والأحكام والقرارات القضائية ماعدا في الجزائي ،وكذا السندات والمحررات في شكلها التنفيذي،كما يقوم بتحصيل الديون المستحقة وديا أو قضائيا،أو قبول عرضها أو إيداعها،وقيامه باستجوابات ومعاينات أو إنذارات بناءا على أمر قضائي،ويمكن أن يسخر للقيام للخدمة في الجهة القضائية.

وباعتباره مساعدا للعدالة فقد حظر عليه القيام بالمضاربات المتعلقة باكتساب العقارات أو إعادة بيعها ،سواء بنفسه أو بواسطة أشخاص ،بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ،أو الانتفاع شخصيا بأية عملية ساهم في تنفيذها وكذا ممارسة السمسرة ،وهذا حسب المادة 24 من القانون سالف الذكر،وذلك تحت طائلة البطلان.

ثالثا-الشروط الخاصة بالعقار:

يسري على العقار ما يسري على محل العقد بصفة عامة من شروط،وهو أن يكون موجودا أو قابل للوجود،أن يكون معينا أو قابلا للتعيين وكذا قابليته للتعامل والتصرف فيه.[1]

المطلب الثاني:مراحل وإجراءات البيع القضائي-البيع بالمزاد العلني-

إن بيع العقار في المزاد العلني نظم ه القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ويأخذ شكلين وهما إما أن يكون هذا البيع جبريا ،أو يكون البيع بإذن من القاضي،ويتمثل في البيع لعقار مملوك على الشيوع لتعذر قسمته عينا،أو البيوع العقارية للمفقود أو ناقص الأهلية،أو المفلس،أما البيع العقار المثقل بتأمين عيني فهو بيع من نوع آخر كما رأينا سابقا.

وإجراءات هذا البيع هي إجراءات واحدة ،تختلف فقط في بعض الجوانب ،وبهذا سوف نتطرق إلى الإجراءات التمهيدية في **الفرع الأول**،أما في **الفرع الثاني** نتناول الإجراءات النهائية .

[1] الرجوع إلى ما تم التطرق إليه في ركن المحل سابقا.

الفرع الأول:إجراءات البيع التمهيدية

تتمثل الإجراءات التمهيدية لبيع العقار بالمزاد العلني بتحديد الثمن الأساسي الذي لا يكون إلا عن طريق الخبير،وكذا إعداد قائمة شروط البيع .

البند الأول:تحديد الثمن الأساسي:

لتحديد ثمن العقار أو الحق العيني العقاري سواء بالنسبة للبيوع الجبرية أو القضائية،فإنه يتم الاستعانة بأهل الخبرة من طرف القاضي المختص،ويتم هذا التحديد وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 739 إ م إ،سواء تعلق الأمر بالبيوع الجبرية أو البيوع القضائية الأخرى.[1]

أما بالنسبة لبيع عقار المشاع وكما أسلفنا الذكر،وفي حالة تعذر القسمة عينا فهنا يعين قاضي الموضوع قبل إنهاء حالة الشيوع خبير لتحديد ما إذا كان العقار قابل للقسمة أم لا ،فإذا كان غير قابل للقسمة فإنه يقترح بيعه بالمزاد العلني ،ويحدد الثمن الأساسي الذي اقترحه الخبير.[2]

البند الثاني:إعداد قائمة شروط البيع وتبليغها:

إن قائمة شروط البيع تختلف باختلاف ما إذا كان البيع جبريا أو قضائيا ،كما تختلف الوثائق المرفقة بها.

---

[1] سوف نتطرق إلى كيفية تقدير الثمن في البيوع القضائية بالتفصيل في المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا الباب الأول ص 409.

[2] بالرجوع إلى نص المادة 724 ق م على أنه:«إذا اختلف الشركاء في اقتسام المال الشائع فعلى من يريد الخروج من الشيوع برفع الدعوى على باقي الشركاء أمام المحكمة.
وتعين المحكمة إن رأت وجها لذلك خبيرا أو أكثر لتقويم المال الشائع وقسمته حصصا،إن كان المال يقبل القسمة عينا دون أن يلحقه نقص كبير في قيمته »،كما تنص المادة 728 ق م على أنه: «إذا تعذرت القسمة عينا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير في قيمة المال المراد قسمته،بيع هذا المال بالطريقة المبينة في قانون الإجراءات المدنية،وتقتصر المزايدة على الشركاء وحدهم إذا طلبوا هذا بالإجماع».

أولا-قائمة شروط البيع في حالة البيع الجبري:

إذا لم يقم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال أجل ثلاثين يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز،يحرر المحضر القضائي قائمة شروط البيع ويودعها بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد بدائرة اختصاصها العقار المحجوز،أما في حالة تعدد العقارات أو الحقوق العينية العقارية المحجوزة فتودع قائمة شروط البيع في أمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها إحدى هذه العقارات.[1]

إن قائمة شروط البيع هي ورقة تتضمن كافة البيانات التي تؤدي إلى التعريف الكامل والدقيق بالعقار المراد بيعه،وكذا البيانات المتعلقة بالدائنين والمدين وكذا الحائز إن وجد وشاغل العقار،وقد أوضح المشرع الشروط التي لابد من توافرها في قائمة شروط البيع والبيانات الجوهرية التي يتعين ذكرها ضمن القائمة ،حتى تكون بينة للحاجز والمحجوز عليه والغير الذي يحتمل أن يشارك في المزايدة،و تحديد البيانات الجوهرية لقائمة شروط البيع يجعل العمل موحدا بين جميع المحضرين في هذا المجال،وفي نفس الوقت تسمح للقاضي مراقبة احترامها عند الطعن والاعتراض على قائمة شروط البيع.[2]

وبالنسبة للبيانات التي أوجب المشرع ذكرها في قائمة شروط البيع ما نصت عليه المادة 3/737 إ م إ:

-اسم ولقب كل من الدائنين المقيدين والحاجز والمدين المحجوز عليه، وموطن كل منهم.

-السند التنفيذي الذي تم بموجبه الحجز وكذا مبلغ الدين.

-أمر الحجز وتاريخ تبليغه الرسمي وقيده،وتاريخ إنذار الحاجز أو الكفيل العيني إن وجد.

-تعيين العقار أو الحق العيني المحجوز،تعيينا دقيقا لسيما موقعه وحدوده،نوعه ومشتملاته،مساحته،رقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا،وجميع البيانات لتحديده تحديدا نافيا للجهالة.

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 1/737 و 2 إ م إ.

[2] عبد السلام ديب،المرجع السابق،ص 400.

-تحديد شاغل العقار ووصفه وسبب الشغل أو أنه شاغر.

-تجزئة العقار إلى أجزاء إن كان في ذلك فائدة أفضل عند البيع،مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء وتوضيح الترتيب الذي سيجري فيه البيع عند الاقتضاء،وإذا كان محل الحجز وحدة استغلال اقتصادية أو مجموعة فلاحية لا يجوز تجزئتها.

-بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع.

ومن الوثائق التي لابد من إرفاقها مع قائمة شروط البيع وفقا لما نصت عليه المادة 738 إ م إ:

-نسخة من السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه.

-نسخة من أمر الحجز ونسخة من محضر التبليغ الرسمي للمحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني إن وجد.

-شهادة عقارية تتضمن القيود التي حصلت إلى غاية تاريخ الحجز.

-مستخرج من الضريبة العقارية.

حيث يؤشر رئيس المحكمة المختص محليا على محضر إيداع قائمة شروط البيع ويحدد جلسة للاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع ،تاريخ وساعة انعقادها،فإذا خلت قائمة شروط البيع من أحد هذه البيانات كانت قابلة للإبطال بناءا على طلب كل من له مصلحة في ذلك،خلال أجل أقصاه جلسة الاعتراضات وإلا سقط حقه.

وقد أوجب القانون على المحضر القضائي خلال 15 يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة الضبط ،التبليغ الرسمي وذلك لكل من المدين المحجوز عليه ،والكفيل العيني وحائز العقار أو الحق العيني إن وجدا،والمالكين على الشيوع إذا كان العقار أو الحق العيني مشاعا،والدائنين المقيدين كل بمفرده،وذا بائع العقار أو مقرض ثمنه أو الشريك المقاسم أو المقايض به أن وجدا،أما في

حالة الوفاة،فإن التبليغ الرسمي يكون إلى ورثة هؤلاء بصفة جماعية دون تحديد الأسماء والصفات في موطنهم،فإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفي.[1]

ويجب الإشارة إلى مسألة مهمة وهي مسألة تحديد الشاغل ،وهي لابد من التأكد في حالة ما إذا تضمنت قائمة شروط البيع أن العقار مشغولا،أن يتم التحديد بدقة شاغل العقار وصفته ما إذا كان مستأجرا ،وعندئذ لا بد من ذكر عقد الإيجار وكذا مدته وتاريخه وهل هو قبل 2007 أم بعدها،لأنه إذا كان الإيجار مبرما في ظل القانون القديم قبل تعديل مواد الإيجار في القانون المدني بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 13-05-2007[2]،فإنه يخضع للقانون القديم لمدة 10 سنوات إلى حين 13-05-2017 كآخر أجل،وهذا ما نصت عليه المادة 507 مكرر،غير أن الأشخاص الطبيعيين البالغين 60 سنة كاملة عند نشر هذا القانون والذين لهم حق البقاء في الأمكنة المعدة للسكن وفقا للتشريع السابق،يبقون يتمتعون بهذا الحق إلى حين وفاتهم،ولا يستفيد من هذا الحق الورثة ولا الأشخاص الذين يعيشون معهم.

أما بالنسبة للإيجار التجاري فلا بد من الرجوع لأحكام القانون التجاري،حيث أنه إذا أبرم عقد إيجار بعد القانون 05-02 المؤرخ في 06-02-2005 [3] المعدل والمتمتم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري،فإن المستأجر يلتزم بمغادرة الأمكنة المستأجرة بانتهاء الأجل المحدد في العقد دون حاجة إلى توجيه تنبيه بالإخلاء ودون الحق في الحصول على تعويض الاستحقاق ،ما لم يشترط الأطراف خلاف ذلك.أما إذا كان مبرما قبل هذا التاريخ، فإنها ء الإيجار يخضع للتنبيه بالإخلاء وتعويض الاستحقاق.

ولهذا فالراسي عليه المزاد لابد من أن يكون عالما بحق الإيجار ،ومدته وتاريخه حتى لا يغرر به ،وهذا لا يمكن معرفته إلا إذا تضمنته قائمة شروط البيع عند تحديد الشاغل سواء للأمكنة المعدة للسكن أو المعدة للنشاطات التجارية والحرفية.

---

[1] وذلك طبقا لما نصت عليه المادة 740 إ م إ.

[2] ج ر ،ع 31،المؤرخة في 13-05-2007.

[3] ج ر،ع 11،المؤرخة في 09-02-2005.

ثانيا–قائمة شروط البيع في البيوع القضائية الأخرى:

نتناول بالدراسة هنا قائمة شروط البيع في البيوع الخاصة بالمفقود والمفلس وكذا ناقص الأهلية.

1–في حالة البيوع الخاصة بالمفقود والمفلس وناقص الأهلية:

إن هذا النوع من البيوع يتم حسب قائمة شروط بيع تودع بأمانة ضبط المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار،يعدها المحضر القضائي بناءا على طلب المقدم بالنسبة للمفقود أو النائب بالنسبة لناقص الأهلية–سواء كان وليا أو وصيا أو مقدما حسب الحالة–أو وكيل التفليسة بالنسبة للمفلس.[1]

حيث وفقا لنص المادة 2/783 ا م ا،تتضمن قائمة شروط البيع البيانات التالية:

–الإذن الصادر بالبيع.

–تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري تعيينا دقيقا لسيما موقعه وحدوده ونوعه وكذا مشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية،وما إذا كانت مفرزة أو مشاعة/وغيرها من البيانات التي تفيد تعيين العقار أو الحق العيني العقاري.

–شروط البيع والثمن الأساسي.

–تجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك،مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء.

–بيانات سندات الملكية.

وما يلاحظ هنا أن المشرع أغفل بعض البيانات التي ذكرها في قائمة شروط البيع الجبري كما سبق الذكر ،ومنها شاغل العقار وصفته وسبب الشغل،وبيان المحكمة التي يتم أمامها البيع وكذا المصاريف.

[1] هذا ما تنص عليه المادة 783 ا م ا.

وما يلاحظ هو أن المادة 789 إ م إ عندما نصت على أنه ،تطبق على البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية والمفلس والعقارات المشاعة والعقار المثقل بتأمين عيني بطلب من المالك ،إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة المنصوص عليها في هذا القانون ،ولكن لم تحل إلى النصوص الخاصة بإجراءات البيع أمام المحكمة.وحيث نشير إلى أن هذا البيع كذلك وكما نصت المادة 753 ا م ا والخاصة بالبيع الجبري،على أنه يجري البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع،كما نصت المادة 783 بأنه تودع قائمة شروط البيع بالنسبة لهذه البيوع بأمانة ضبط المحكمة.

2-بيع العقار المملوك على الشيوع لتعذر قسمته عينا:

نصت المادة 786 إ م إ على أنه،تشمل قائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المذكورة في المادة 783 المذكورة سالفا،على ذكر جميع المالكين على الشيوع وموطن كل منهم،على نسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني.

وترفق قائمة شروط البيع بالمستندات التالية المذكورة في المادة 784 ا م ا:

-مستخرج جدول الضريبة.

-مستخرج من عقد الملكية.

-الشهادة العقارية.

-نسخة من الحكم أو القرار الصادر بالبيع.

3-حالة بيع عقار مثقل بتأمين عيني:

إعادة لما نصت عليه المادة 788 إ م إ على أنه يجوز لمالك العقار أو الحق العيني العقاري المثقل بتأمين عيني الذي يرغب في الوفاء ديونه،إذا لم يسع الدائنون إلى طلب ديونهم ولم يباشروا إجراءات التنفيذ عليه،طلب بيعه بالمزاد العلني بناءا على قائمة شروط البيع يعدها المحضر القضائي وتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها العقار.

فهذه المادة لم تذكر البيانات التي يجب أن تتضمنها قائمة شروط البيع ولا المستندات التي ترفق بها،ولكن يمكن القول أن البيانات لا تختلف عن البيانات المذكورة في البيوع الأخرى.

ويمكن أن نستشف البيانات التي من الممكن أن تكون في قائمة شروط البيع كالتالي:

-اسم ولقب مالك العقار المثقل بتأمين عيني، وموطنه.

-الطلب المقدم إلى المحضر القضائي من قبل مالك العقار المثقل بتأمين عيني.

-اسم ولقب كل الدائنين المقيدين وموطن كل منهم،أصحاب حق الرهن وحق التخصيص والامتياز الخاص على العقار.

-تعين العقار أو الحق العيني العقار تعينا دقيقا كما سبق الإشارة في البيوع الأخرى.

-تجزئة العقار وتحديد الثمن الأساسي بالنسبة لكل جزء.

-تحديد الشاغل وصفته وسند شغله،مسألة مهمة كما سبق الذكر.

-بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع.

البند الثالث:تبليغ قائمة شروط البيع والاعتراض عليها وطلب وقف بيع العقار:

لما كانت قائمة شروط البيع هي الأساس الذي يبنى عليه البيع بالمزاد العلني،فقد أوجب المشرع ضرورة تبليغها إلى أطراف محددة ،وكذا نشر مستخرج من قائمة شروط البيع لتمكينهم من تقديم الاعتراضات المحتملة ،وطلب وقف بيع العقار.

أولا-تبليغ قائمة شروط البيع والاعتراض عليها:

لقد أوجب القانون تبليغ قائمة شروط البيع لأشخاص معينين ،وهؤلاء الأشخاص هم الذين لهم الحق في الاعتراض عليها،حيث أن الهدف من هذا الاعتراض هو تطهير الإجراءات من

العيوب،وتصفيتها قبل الوصول إلى مرحلة البيع،سواء تعلق الأمر ببطلان الإجراءات أم تعلق الأمر بالشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة التنفيذ ،أم تعلقت بشروط البيع.

1-تبليغ قائمة شروط البيع في حالة البيوع الجبرية:

يجب على المحضر القضائي أن يبلغ رسميا الأشخاص التالية ،بقائمة شروط البيع وهذا طبقا لنص المادة 740 ا م ا:

-المدين المحجوز عليه.

-الكفيل العيني والحائز للعقار أو الحق العيني العقاري إن وجدا.

-المالكين على الشيوع إذا كان العقار مشاعا.

-الدائنين المقيدين.

-بائع العقار أو مقرض ثمنه أو الشريك المقاسم أو المقايض به إن وجد.

وفي حالة الوفاة لابد من تبليغ ورثة هؤلاء بصفة جماعية في موطنهم وإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفي.

والتبليغ الرسمي يكون خلال 15 يوما الموالية للإيداع،وهذا ما نصت عليه المادة 740 إ م إ سالفة الذكر،كما يقوم المحضر القضائي بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال ثمانية أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة،والغرض من ذلك هو طلب الاعتراض عليها لمن يهمه الأمر.

حيث طبقا للمادة 742 إ م إ،يجوز للأشخاص المشار إليهم سابقا في المادة 740 إ م إ أو ورثتهم،تقديم اعتراضاتهم على قائمة شروط البيع،وذلك بعريضة إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات بثلاث أيام على الأقل ،التي حدد تاريخها في محضر التبليغ الرسمي لقائمة شروط

البيع[1]،وتسجل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم،وتعقد الجلسة في غرفة المشورة بحضور المعترض وكذا الحاجز و المحضر القضائي، ويفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات بأمر غير قابل لأي طعن في أجل أقصاه 8 أيام،أما إذا لم يقدم أي اعتراض في الجلسة ،يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به ويشرع المحضر القضائي في إجراءات الإعلان بالبيع بالمزاد العلني.[2]

2- تبليغ قائمة شروط البيع في البيوع القضائية الأخرى:

كما تطرقنا في البيع الجبري إلى الأشخاص الذين يقوم بتبليغهم المحضر القضائي،كذلك حدد المشرع الأشخاص المعنيين بالتبليغ في البيوع التي تتم بإذن من القاضي ،وكذا بطلب من المالك للعقار المثقل بتأمين عيني ،وهؤلاء الأشخاص لهم الحق في طلب إلغاء قائمة شروط البيع عن طريق الاعتراض عليها.

أ-في حالة البيوع الخاصة بالمفقود والمفلس وناقص الأهلية:

يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع إلى:

-الدائنين أصحاب التأمينات العينية.

-النيابة العامة،لأن النيابة العامة وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية وقانون الأسرة تخطر بالقضايا التي فيها حماية لناقصي الأهلية والإفلاس والتسوية القضائية.

لكن ما يلاحظ على أن المشرع لم يحدد أجلا للتبليغ الرسمي كما حدده في البيع الجبري ب 15 يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع،ولكن يستشف بأن أجل التبليغ في هذه البيوع يخضع لنفس أحكام المادة 740 إ م إ والمدة نفسها 15 يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع.

---

[1] تنص المادة 741 إ م إ : «يتضمن محضر التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع،فضلا عن البيانات المعتادة ما يأتي:...4-تاريخ وساعة الجلسة المحددة للنظر في الاعتراضات المحتملة وتاريخ وساعة جلسة البيع بالمزاد العلني.
5-إنذار المبلغ لهم بالإطلاع على قائمة شروط البيع لإبداء الملاحظات والاعتراضات المحتملة،وإلا سقط حقهم بالتمسك بها.».

[2] هذا وفقا لما نصت عليه المادة 3/742 و 4 إ م إ.

ويمكن الإشارة إلى أنه في حالة بيع عقار المفلس،يحضر وكيل التفليسة جلسة الاعتراضات،لأنه هو من يعد قائمة شروط البيع.

ب-في حالة بيع العقار المشاع لتعذر قسمته عينا:

يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع وذلك إلى:

-الدائنين أصحاب التأمينات العينية.

-جميع المالكين على الشيوع.

وتجدر الإشارة إلى أنه كان من المفروض على المشرع إضافة تبليغ الدائنين العاديين الذين سبق وأن رأينا أن لهم الحق في الاعتراض على قسمة العقار عينا وعلى بيعه بالمزاد العلني وهذا ما نصت عليه المادة 729 ق م،ولا بد أن توجه المعارضة لكل الشركاء ويترتب عليهم إلزامهم بأن يدخلوا من عارض من الدائنين في جميع الإجراءات.

ج-في حالة بيع العقار المثقل بتأمين عيني بطلب من المالك:

يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية،لأن العقار في الأصل مثقل بتأمين عيني،وتقدم الاعتراضات من قبل الأشخاص الذين سبق ذكرهم بعريضة إلى رئيس المحكمة قبل جلسة الاعتراضات ب 3 أيام على الأقل كما أشرنا في البيع الجبري.

ثانيا-طلب وقف بيع العقار:

بالإضافة إلى إمكانية تقديم الاعتراضات من طرف الأشخاص الذي قام بتبليغهم المحضر القضائي رسميا،يمكن طلب وقف بيع العقار.ويبنى هذا الطلب على أربع دعاوى ،دعوى وقف بيع العقار بالمزاد العلني مؤقتا ،ودعوى تأجيل البيع بالمزاد العلني وطلب وقف البيع بسبب رفع دعوى

الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق في الثمن ،وطلب وقف البيع لغاية الفصل في دعوى استحقاق العقار المحجوز.[1]

1-دعوى وقف وتأجيل بيع العقار مؤقتا:

طبقا للمادة 743 إ م إ ،يجوز لكل من المدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أن يطلب بطريق الاستعجال وقف إجراءات البيع مؤقتا على عقار أو حق عيني عقاري أو أكثر من العقارات المحجوزة،إذا أثبت أن قيمة إحدى هذه العقارات أو الحق العيني العقاري كاف للوفاء بديون جميع الدائنين.

وبالتالي فمن شروط رفع دعوى وقف إجراءات البيع مؤقتا،إثبات طالب وقف إجراءات البيع أن قيمة إحدى هذه العقارات أو الحق العيني العقاري كاف للوفاء بديون جميع الدائنين،ويحدد الأمر الاستعجالي العقارات أو الحق العيني محل التوقيف المؤقت.ومع ذلك يجوز للدائن حتى بعد الحكم برسو المزاد العلني أن يستمر في بيع تلك العقارات أو الحقوق العينية العقارية إذا لم يكف الثمن الناتج عن البيع للوفاء بدينه.[2]

إن وقف إجراءات البيع في هذه الحالة فيه ضمان للدائن في استيفاء ديونه وحماية للمدين بتفادي تجريده من ممتلكاته العقارية،وطالما أن الغرض من الحجز والبيع هو الوفاء بأصل الدين،فإنه متى حصل الوفاء زالت مبررات الحجز.[3]

كما يمكن للمدين المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني ،أن يطلب بطريق الاستعجال تأجيل إجراءات البيع ،إذا أثبت أن الإيرادات لهذا العقار أو الحق العيني العقاري لسنة واحدة كافية للوفاء بديون جميع الدائنين،ويحدد الأمر الفاصل بتأجيل البيع،الأجل الذي يستأنفه فيه البيع إذا لم يتم الوفاء مراعيا المهلة اللازمة للمدين المحجوز عليه للوفاء على أن لا تتجاوز سنة واحدة.[4]

---

[1] بوقندورة سليمان،المرجع السابق،ص 150.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 743 إ م إ /3.

[3] عبد السلام ديب،المرجع السابق،ص 403.

[4] هذا ما نصت عليه المادة 744 إ م إ.

وبالتالي فإذا تم الوفاء في الأجل يتوقف البيع هذا من جهة،ومن جهة أخرى فإيداع المبلغ بأمانة ضبط المحكمة أو بمكتب المحضر القضائي يترتب عليه زوال الحجز وانتقاله إلى الثمن المودع الذي يبقى خالصا للدائن الحاجز.

2-طلب وقف البيع بسبب رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق في الثمن وطلب إعادة البيع بالمزاد العلني:

وفقا لنص المادة 745 إ م إ على أنه: «إذا وجد بين الدائنين ،بائع العقار و /أو الحق العيني العقاري أو أحد المقايضين به أو الشريك المقاسم،بلغ له المحضر القضائي إنذارا بأنه في حالة عدم رفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق في الثمن أو طلب إعادة البيع بالمزاد العلني والتأشير بذلك في قائمة شروط البيع قبل الجلسة المحددة للاعتراضات بثلاث أيام على الأقل،وإلا سقط حقه في ذلك.

غير أنه إذا رفع دعوى الفسخ أو قدم طلبا لإعادة البيع بالمزاد العلني في الأجل المحدد في الفقرة الأولى أعلاه،قام المحضر القضائي بتأشير ذلك في قائمة شروط البيع،وتوقف عن الاستمرار في إجراءات البيع إلى حين الفصل في هذه الدعوى من طرف قاضي الموضوع.».

وبهذا فإذا وجد بين الدائنين بائع العقار أو الحق العيني العقاري ،وكذا الشريك المقاسم والذي يعدان من أصحاب حقوق الإمتياز الخاصة على العقار،وكذا المقايض[1]،ويصبح المقايض في حكم البائع إذا قيد امتيازه على العقار محل المقايضة،ينذره المحضر القضائي برفع دعوى الفسخ لعدم دفع الثمن أو الفرق في الثمن أو طلب إعادة البيع بالمزاد العلني ويؤشر على ذلك في قائمة شروط البيع قبل جلسة الاعتراضات بثلاث أيام ،وإلا سقط حقه بطلب وقف البيع.

وإذا رفعت الدعاوى قبل الأجل المحدد،توقف إجراءات البيع إلى حين الفصل في الدعوى أمام قاضي الموضوع،وهذا التوقف بموجب أمر من رئيس المحكمة.

يمكن الإشارة إلى أن هذه الدعاوى التي توقف البيع ،وهي دعوى الفسخ –وذلك لعدم دفع الثمن فأحكامها واضحة طبقا للمادة 119 ق م والتي يرفعها بائع العقار أو الشريك المقاسم الذي باع نصيبه

[1] والذي عرفت أحكامه في المواد من 413 إلى 415 ق م ،وتسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة،ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه.

ضد المشتري الذي لم يوف الثمن–وكذا دعوى الفسخ لعدم دفع الفرق في الثمن –،وهي الدعوى التي نتصور رفعها من قبل المقايض في حالة ما إذا كانت الأشياء المتقايض فيها مختلفة القيم في تقدير المتعاقدين ،فجاز تعويض الفرق بمبلغ من النقود– مقبولتين ولهما مدلول لحماية حق البائع أو الشريك المقاسم أو المقايض ،فإن دعوى طلب إعادة البيع بالمزاد العلني لم يتضح معناها ومغزاها بجعلها أحد أسباب وقف الاستمرار في إجراءات البيع ،لأن البيع بالمزاد العلني أصلا مازال في إجراءاته التمهيدية وصولا إلى الاعتراض على قائمة شروط البيع.

3–طلب وقف بيع العقار إلى غاية الفصل في دعوى الاستحقاق:

حيث طبقا لنص المادة 772 ا م ا، يجوز لحائز العقار بسند يثبت ملكيته وللغير الحائز على سند الملكية رفع دعوى الاستحقاق والتي محلها المطالبة بملكية العقار، ولو بعد انتهاء الآجال المحددة للاعتراض على قائمة شروط البيع،وذلك بدعوى إستعجالية ترفع ضد الدائن الحاجز والمدين المحجوز عليه بحضور المحضر القضائي،وأساس هذه الدعوى حماية الملكية وكل مالك يطالب بملكه تحت يد الغير.[1]

حيث يفصل في الدعوى الإستعجالية في أجل أقصاه ثلاثون يوما من تسجيل الدعوى،غير أنه إذا حل التاريخ المعين للبيع قبل أن يفصل رئيس المحكمة في الدعوى الإستعجالية فلرافع الدعوى طلب وقف البيع،ويقدم الطلب بموجب عريضة تقدم إلى رئيس المحكمة قبل جلسة البيع بثلاث أيام على الأقل،مع إيداع كفالة يحددها الرئيس بأمر على عريضة تغطي مصاريف النشر والتعليق عند الاقتضاء.

كما أضافت المادة 773 إ م إ على أنه يمكن أن يوقف البيع بالنسبة لجزء من العقارات دون الأجزاء الأخرى وذاك إذا اقتصرت دعوى الاستعجال على جزء من العقارات المحجوزة.

---

[1] هذا لا يعني على أنه لا يمكن للحائز على سند يثبت ملكيته أي المالك رفع دعوى الاستحقاق بعد وقوع البيع وصدور حكم برسو المزاد على المشتري،فهي دعوى تقبل ولو بعد صدور الحكم بإيقاع البيع لأن هذا الحكم لا ينقل للمشتري أكثر مما للمحجوز عليه،وقد فرق الفقه المصري بين حالة طلب الاستحقاق أثناء مرحلة طلب التنفيذ على هذا العقار وقبل صدور الحكم بإيقاع البيع فتسمى دعوى استحقاق فرعية لأنها من منازعات التنفيذ،أما الدعوى التي تقام بعد إيقاع الحكم بالبيع فتسمى دعوى الاستحقاق الأصلية:أحمد مليجي،التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات معلقا عليها بآراء الفقه وأحكام النقض،القسم الثالث،دار النهضة العربية،القاهرة،دون ذكر الطبعة وسنة النشر،ص 942.

وبالتالي ففي حالة ما إذا استحق هذا الغير العقار فتبعا لذلك يترتب على هذا الحكم إلغاء ما تم من إجراءات التنفيذ وعدم إمكان البدء فيها من جديد على نفس العقار من الدائنين المختصمين في الدعوى،وإذا قبلت الدعوى في جزء من العقار فقط فإن الإجراءات تلغى بالنسبة لهذا الجزء وتستمر بالنسبة للجزء الباقي[1]،ويتم تعديل الثمن الأساسي إذا كان تقدير الثمن تم باعتبار أن البيع سيكون صفقة واحدة.

الفرع الثاني:إجراءات البيع النهائية

بعدما رأينا الاعتراضات على قائمة شروط البيع والتي كان هدفها تصفية المنازعات المتصلة بالتنفيذ وتطهيرها قبل الوصول إلى مرحلة البيع، ويعا د تجديد القائمة على نفقة المحضر في حالة إلغاؤها،وكذا تطرقنا إلى الدعاوى والتي هدفها إيقاف البيع مؤقتا وتأجيله.وبمفهوم المخالفة إذا لم يقدم إي اعتراض بالجلسة أو رفض الاعتراضات المقدمة ،فإنه يأمر بمواصلة البيع،وكذلك في حالة رفض الدعاوى سالفة الذكر وبهذا تستمر إجراءات البيع النهائية ،وهذا ما سنطرق إليه في هذا الفرع.

البند الأول:الإعلان عن جلسة البيع وإجراءاتها:

يقوم المحضر القضائي قبل جلسة البيع بمجموعة من الإجراءات من بينها إخطار أطراف البيع وكذا القيام بالإعلان عن هذا البيع.

فبالنسبة للإعلان عن جلسة البيع بالمزاد العلني بثلاثين يوما على الأكثر وعشرين يوما على الأقل،يحرر المحضر القضائي مستخرجا من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع موقعا عليه،ويقوم بنشر الإعلان بالبيع على نفقة طالب التنفيذ،وهذا ما نصت عليه المادة 749 إ م إ.

وحسب المادة 750 إ م إ فإنه يتم تعليق ونشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي:

-في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المحجوزة أرضا أو مباني.

-في جريدة يومية وطنية أو أكثر حسب أو أكثر حسب أهمية العقار المحجوز.

[1] نفس المرجع،ص 952.

-في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع.

-في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها العقار.

-في الساحات و الأماكن العمومية.

-وفي أي مكان آخر يحتمل أن يتضمن جلب أكبر عدد من المزايدين.

حيث يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور ويرفق مع ملف التنفيذ.

بالإضافة إلى نشر هذا الإعلان،يتم إخطار كذلك جميع الدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه وكذا للحائز والكفيل العيني وذلك بمكان وجلسة البيع بالمزاد العلني، 08 أيام قبل الجلسة على الأقل،وهذا بالنسبة للبيع الجبري.[1]

أما بالنسبة للبيوع القضائية سالفة الذكر وكذا بيع عقار نثقل بتأمين عيني بطلب من المالك،نجد المادة 789 إ م إ قد أحالت إلى تطبيق إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة ولم تتكلم عن إجراء الإخطار،ويمكن القول أن الإخطار كذلك ضروري في هذا النوع من البيوع كإخطار الولي أو الوصي والمقدم وكذا المفلس وجماعة الدائنين،والدائنين المقيدين إذا وجدوا،وإخطار الشركاء على الشيوع.

وقد جعل المشرع إمكانية طلب إلغاء إجراءات النشر والتعليق وذلك قبل جلسة البيع بثلاث أيام على الأقل وذلك للأشخاص سالفي الذكر سواء للبيوع الجبرية أو القضائية،ويفصل رئيس المحكمة أو من يعينه لرئاسة جلسة البيوع العقارية في طلب الإلغاء يوم البيع وقبل افتتاح البيع بالمزاد العلني بأمر غير قابل لأي طعن،وإذا تقرر الإلغاء أجل البيع إلى جلسة لاحقة وأمر بإعادة هذه الإجراءات على نفقة المحضر القضائي،أما بمفهوم المخالفة إذا رفض طلب الإلغاء يأمر بافتتاح المزاد العلني.

[1] هذا ما نصت عليه المادة 747 إ م إ.

البند الثاني:في جلسة المزايدة وطلب تأجيلها:

يجرى البيع بالمزايدة بجلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض،بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع،في التاريخ والساعة المحددين لذلك،وتكون بحضور المحضر القضائي وأمين الضبط،وحضور الدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه،والحائز والكفيل العيني إن وجد وعدد من المزايدين لا يقل عددهم عن 03 أشخاص،وكذا حضور الشركاء على الشيوع في بيع العقارات المملوكة على الشيوع والولي والوصي والمقدم في بيع عقار المفقود وناقص الأهلية،بالإضافة إلى حضور وكيلة التفليسة والمفلس ومالك العقار المثقل بالتأمين العيني الذي يطلب البيع،الذين يتم إخطارهم 08 أيام على الأقل قبل جلسة البيع كما أسلفنا الذكر.

ومنه فإذا كانت إجراءات التبليغ والنشر للبيع الجبري أو القضائي صحيحة،فإنه يأمر الرئيس بافتتاح المزاد العلني،ولكن يمكن أن تطرأ أسباب وعوارض من شأنها تأجيل المزاد العلني وعدم افتتاحه أثناء الجلسة،سواء كان طلب التأجيل من أطراف البيع أو تلقائيا من طرف رئيس الجلسة.

وبهذا سوف نتطرق إلى طلب التأجيل ثم إلى افتتاح المزاد.

أولا–طلب التأجيل:

قد يكون طلب التأجيل سواء بطلب من أطراف البيع أو من طرف رئيس الجلسة.

1–طلب التأجيل من طرف أطراف البيع:

لقد نصت المادة 753 إ م إ على أنه يجوز لأطراف البيع طلب تأجيل البيع بالمزاد العلني إذا كان للتأجيل أسباب جدية لسيما قلة المزايدين وضعف العروض، ويتحمل طالب التأجيل نفقات إعادة النشر والتعليق.

ولكن هذه الأسباب التلقائية للتأجيل والتي تكون بأمر من قبل الرئيس ولا حاجة لطلبها من قبل أطراف البيع إلا في الجلسات اللاحقة عن الجلسة الأولى،أما باقي الأسباب فيخضع تقديرها لرئيس الجلسة كطلبها من المالكين على الشيوع لأنهم بصدد الاتفاق على قصر المزاد عليهم دون سواهم،أو

بطلب من المحجوز عليه كونه بصدد تسديد الديون والمصاريف وطلب رفع الحجز،أو من رفع دعوى إستعجالية لطلب وقف بيع العقار مؤقتا أو تأجيل بيع العقار إلى غاية فصل القاضي الاستعجالي في طلبه.[1]

2-تأجيل البيع تلقائيا بأمر من الرئيس:

يكون التأجيل بأمر الرئيس،إذا تحقق أثناء افتتاح جلسة البيوع بعدم صحة الإجراءات كعدم حضور الأطراف بسبب عدم التبليغ أو القيام بإجراءات النشر والتعليق في الأجل القانوني سالف الذكر.وبهذا فإنه يأمر بتأجيل البيع وإعادة التبليغ أو النشر و التعليق على نفقة المحضر القضائي.

بالإضافة إلى هذا وحسب المادة 3/754 إ م إ،ما إذا لم يتوفر النصاب من المزايدين أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال 15 دقيقة،أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة،وقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي.

كما يمكن تأجيل البيع مرة أخرى بقرار من الرئيس وبغض النظر عن عدد المزايدين،إذا كانت العروض أقل من الثمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين والمصاريف،كما يقوم الرئيس بإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق وفقا للمادة 750 إ م إ سالفة الذكر.

ثانيا-في افتتاح المزاد العلني:

إذا كانت إجراءات التبليغ والنشر للبيع الجبري أو القضائي صحيحة،فإنه يأمر الرئيس بافتتاح المزاد العلني،ويذكر نوع العقار أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع والثمن الأساسي والرسوم والمصاريف،ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة ،وفي جميع الأحوال لا يقل عن 10000 دج في كل عرض.

حيث أنه وكما رأينا في الجلسة الأولى،لابد من توفر النصاب القانوني للمزايدين وهو 03 من المزايدين،يبدأ التدرج في المزايدة حسب المقدار الذي يحدده الرئيس وهو يختلف باختلاف قيمة العقار،أما أذا أجل البيع إلى جلسة أخرى لعدم توفر النصاب القانوني وبالثمن الأساسي،ففي الجلسة

[1] بوقندورة سليمان،المرجع السابق،ص 166.

الجديدة وبغض النظر عن عدد المزايدين،ولو حضر مزايد واحد وعرض شراء العقار أو الحق العيني العقاري بالثمن الأساسي ولم يتقدم معه أي مزايد فمن الأفضل بيع العقار له على أن يؤجل البيع وينقص عشر الثمن الأساسي .

فإذا تقرر إنقاص عشر الثمن الأساسي ففي هذه الجلسة إذا تقدم مزايد واحد فقط فمن الأفضل والمنطقي أن يباع له على أن يؤجل البيع ويباع بأي سعر ولو كان أقل من الثمن الحقيقي–يسمى سعر حر–.

ففي الجلسات اللاحقة على الرئيس أن يراعي أحسن سعر أي سعر مرضي،وله ألا يكتفي بجلسة واحدة كان فيها العروض ضعيفة فعليه التأجيل وتوسيع النشر،وهنا المشرع ترك السلطة التقديرية لرئيس الجلسة في ملائمته للسعر المعروض مقارنة بالثمن الأساسي.

فهنا لم ينص المشرع على وقف البيع بسبب عدم جدواه كما فعل في بيع المنقولات،إذا كان بيعها لا يغطي المصاريف،فينتقل المحضر القضائي للعقارات للتنفيذ عليها،ففي بيع العقارات لم يبقى أي مآل يمكن التنفيذ عليه في البيع الجبري.

البند الثالث:رسو المزاد ومدى الطعن فيه:

يتم رسو المزاد أو البيع بصدور حكم من القاضي المختص،لكن نظرا لطبيعة هذا الحكم باعتباره لم يفصل في نزاع حول الحق ،وبالتالي لا يعتبر حكما قضائيا بالمعنى المفهوم للأحكام القضائية ومنه لا يجوز الطعن فيه ، لكن بالرجوع إلى بعض التشريعات من بينها التشريع المصري نجده قد بين طريقة الطعن في حكم رسو المزاد،ونظم هذا الطعن تنظيما خاصا وهو ما سنتطرق إليه كالتالي:

أولا–في حكم رسو المزاد :

يصدر القاضي المختص حكما بإيقاع البيع أو رسو المزاد على من اعتمد عطاؤه، ويعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية،وبه تنتقل الملكية لكن بعد أن يقوم المحضر القضائي بقيد رسو المزاد بالمحافظة العقارية في أجل شهرين من تاريخ صدوره وذلك من أجل إشهاره.

ولكن تجدر الإشارة إلى أن حكم القاضي المتضمن بيع الأملاك العقارية أو الحقوق العينية العقارية بالمزاد العلني،لا ينبغي أن يفهم منه الحكم القضائي الفاصل في خصومة قضائية،فهذا الأخير يصدر بناءا على دعوى قضائية رفعها أحد الخصوم ضد الآخر [1]،على الرغم من أن الحكم هنا يصدر في شكل الأحكام القضائية وبديباجتها،كما أنه له نفس حجية الأحكام القضائية ،إلا أنه ليس له من الأحكام سوى الاسم[2]،كما أنه لا تطبق عليه القواعد القانونية التي تطبق على الأحكام من حيث الآثار المترتبة عليها ومن حيث الطعن فيها.[3]

كما يرى البعض بأن حكم رسو المزاد يعتبر عمل ولائي حتى وإن صدر في شكل الأحكام القضائية[4]،لأنه لا يحسم نزاع قضائي ولا يفصل في خصومة،وإنما يقتصر دوره على مجرد إثبات ما جرى في جلسة المزايدة،وكذا التأكيد على رسو المزاد على من قدم أحسن عرض.[5]

على الرغم من أن حكم رسو المزاد لا يعتبر حكما بالمعنى القانوني كما سبق الإشارة،إلا أنه يتضمن الشكليات التي تتضمنها الأحكام القضائية،فقد نص المشرع على البيانات الواجب توافرها في حكم رسو المزاد ،فوفقا لنص 763 ا م ا ،يجب أن يتضمن هذا الحكم فضلا عن البيانات المألوفة [6] وأسماء وكذا ألقاب الأطراف ما يلي:

---

[1] مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 167.

[2] أحمد مليجي،المرجع السابق،ص899.

[3] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق،ص 197.

[4] وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية،حكم رسوم المزاد في قرار لها على أنه ليس بحكم بالمعنى القانوني للأحكام الفاصلة في الخصومة القضائية و إنما هو عقد ذلك وفقا لما نصت عليه على أنه: «أن الحكم الصادر برسو المزاد ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة،وإنما هو عقد ينعقد جبرا بين مالك العقار المنفذ عليه وبين المشتري الذي تم إيقاع البيع عليه»،وفي قرار آخر لها قررت على أنه: «حكم إيقاع البيع ليس حكما بالمعنى المفهوم للأحكام الفاصلة في الخصومة وإنما محضر يحرره القاضي باستيفاء الإجراءات والبيانات التي يتطلبها القانون »،وبالتالي فمحكمة النقض المصرية مرة تصف حكم رسو المزاد بعقد ومرة بمحضر،وكما قال البعض كان من الأجدر أن تصفه بقرار إيقاع البيع: فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق،ص 202،فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ،المرجع السابق،ص 527.

[5] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق ،ص 199.

[6] تنص المادة 275 ا م ا على بيانات الأحكام المألوفة وذلك بنصها على ما يلي : «يجب أن يشمل الحكم تحت طائلة البطلان،العبارة التالية:الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

-تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري المباع.

-إجراءات البيع بالمزاد العلني.

-الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد.

-الثمن الراسي به المزاد وتاريخ الدفع.

-إلزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس حسب الأحوال، بتسلي م العقار و/أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد.

وما يلاحظ على أن المادة 763 سالفة الذكر قد ذكرت البيانات التي يجب أن يتضمنها حكم البيع الجبري،دون ذكر بيانات البيوع الأخرى،فإنه لابد أن تضاف ما يلي:

-القرار أو الحكم القاضي بالبيع أ و الإذن الصادر عن قسم شؤون الأسرة للمقدم أو الولي أو الوصي أو الإذن الصادر عن القاضي المنتدب لوكيل التفليسة.

-إلزام شاغل العقار بإخلاء العقار وتسليمه لمن رسا عليه المزاد.

ثانيا- مدى الطعن في حكم رسو المزاد:

إن الطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد تنعكس على الآثار التي يرتبها هذا الحكم من حيث طرق الطعن فيه،وكما رأينا سالفا فإن هذا الحكم هو عمل ولائي يقرر بيعا قضائيا يصدر عن قاضي

باسم الشعب الجزائري»، وتضيف المادة 276 من نفس القانون على أنه يجب أن يتضمن الحكم البيانات الآتية:
-أسماء وألقاب وصفات القضاة الذين تداولوا في القضية,
-تاريخ النطق به.
=-اسم ولقب ممثل النيابة العامة عند الاقتضاء
-اسم ولقب أمين الضبط الذي حضر مع تشكيلة الحكم،أسماء وألقاب الخصوم وموطن كل منهم،وفي حالة الشخص المعنوي تذكر طبيعة وتسميته ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي،أسماء وألقاب المحامين أو أي شخص قام بتمثيل أو مساعدة الخصوم.

البيوع بما له من سلطة ولائية منحها له القانون،وما دام أنه ليس بحكم قضائي بالمعنى الدقيق والقانوني لهذا المصطلح فهو لا يخضع للقواعد العامة المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام.

ولكن نجد بعض التشريعات من بينها التشريع المصري قد بين طريقة الطعن في حكم رسو المزاد،حيث نظم المشرع الطعن فيه تنظيما خاصا من حيث الطعن وميعاده وأسباب هذا الطعن.[1]

ومنه فإنه يجوز الطعن في حكم رسو المزاد بطريقين:

الطريق الأول :الطعن في حكم رسو المزاد بالاستئناف،فهذا الأخير ليس وسيلة لإعادة طرح النزاع على المحكم ة لإصلاح الحكم،ولكنه وسيلة طعن بالمعنى الخاص [2]،وقد نص على ذلك المادة 451 قانون المرافعات المصري على أنه: «لا يجوز استئناف حكم إيقاع البيع إلا لعيب في إجراءات المزايدة أو في شكل الحكم أو بصدوره بعد رفض طلب وقف الإجراءات في حالة يكون وقفها واجبا قانونيا» [3]،وبهذا فقد حددت المادة سالفة الذكر الحالات التي تؤدي إلى الطعن بالاستئناف في حكم رسو المزاد وهي على سبيل الحصر،وهذه الحالات هي:

-وجود عيب في إجراءات المزايدة:وإجراءات المزايدة هي الإجراءات المتعلقة بجلسة المزايدة ذاتها،والتي تبدأ بمناداة المحضر على الثمن الأساسي وتنتهي بصدور حكم قضائي ،ومنه فإنه يمكن الطعن بالاستئناف إذا كان عيب في الإجراءات ومن أمثلة العيوب:أن تكون المزايدة أجريت دون طلب،أو في جلسة سرية،أو منع شخص من دخولها دون مسوغ قانوني،أو إذا اعتمد عطاء باطل [4]،أما الإجراءات السابقة عليها افتتاح المزايدة فإنه لا يمكن الاستناد إليها للطعن في حكم إيقاع البيع حتى ولو كانت معيبة.

-عيب شكلي في حكم إيقاع البيع نفسه:أي بطلان الحكم لعيب ذاتي ويقصد به العيب الذي يشوب تحرير الحكم في ذاته-شكل الحكم-باعتباره عملا إجرائيا ،كأن يخلو من ديباجة الأحكام أو من

---

[1] حتى أنه نجد المشرع اللبناني والسوري والأردني قد بينوا طرق الطعن في حكم رسو المزاد.

[2] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق،ص 215.

[3] محمود السيد عمر التحيوى،البيع الجبري للعقار والحجز الإداري،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، طبعة 2001،دون ذكر عدد الطبعة،ص 53.

[4] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق،ص 216 و217.محمود السيد عمر التحيوى،المرجع السابق،ص 53.

اسم القاضي أو توقيعه[1]،بالإضافة إلى ذلك صدور الحكم من محكمة غير مختصة أو من قاضي وقع عليه إكراه بإصداره أو من غير ذلك من العيوب الذاتية في الحكم.[2]

-إذا صدر حكم بإيقاع البيع بعد رفض قاضي التنفيذ المختص طلب وقف الإجراءات في حالات الوقف الوجوبي [3]:إذا توافرت حالات وقف إجراءات البيع الوجوبي،وكان من الواجب على قاضي البيوع أن يوقف البيع سواء من تلقاء نفسه أو بناءا على طلب،ولكنه استمر في البيع وأصدر حكم بالبيع،فهنا يمكن الطعن فيه [4]،أما في حالات الوقف الجوازي فلا يمكن الاستناد إليها للطعن في حكم إيقاع البيع بطريق الاستئناف.ويلاحظ أن الطعن هنا ليس في الواقع طعنا في حكم إيقاع البيع وإنما هو طعن في حكم سابق عليه وهو الحكم الذي يرفض الوقف،ومنه يؤدي هذا الطعن إلى إلغاء حكم رفض الوقف وبطلان حكم إيقاع البيع بالتبعية.[5]

وقد حددت المادة 451 من قانون المرافعات المصري سالفة الذكر ميعاد الطعن، وذلك خلال خمسة الأيام التالية لتاريخ النطق بالحكم.فالاستئناف المنصوص عليه هنا مقرر فقط لأطراف التنفيذ،أي لمن كان طرفا في إجراءات التنفيذ،لأنه ممن لم يكن طرفا في التنفيذ لا يجوز له رفع الاستئناف ولكن كما سنرى لاحقا يجوز له رفع دعوى قضائية أصلية ببطلانه.

الطريق الثاني:يجوز رفع دعوى أصلية بطلب بطلان حكم إيقاع البيع،لأنه ليس حكما بالمعنى الدقيق ،ولهذا فإنه لا يخضع للقاعدة العامة للأحكام والتي تؤكد أنه لا يجوز رفع دعوى بطلان أصلية ضد الحكم في هذه الحالة،وإنما يجب المطالبة بذلك بطرق الطعن.[6]

وتعتبر هذه الدعوى منازعة موضوعية في التنفيذ ولهذا يختص بها قاضي التنفيذ،ويترتب على الحكم فيها بالبطلان زوال البيع وزوال آثاره،ويجوز لكل ذي مصلحة رفع هذه الدعوى بشرط إثبات

---

[1] فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري المرجع السابق،ص 631 و632.

[2] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق ،ص 216.

[3] أحمد مليجي، المرجع السابق،ص 918.

[4] محمود السيد عمر التحيوى،المرجع السابق،ص 54.

[5] فايز مثقال شجراوي،المرجع السابق،ص 218.

[6] محمود السيد عمر التحيوى،المرجع السابق ،ص 56.

صفته[1]،وهذا ما أكدته المحكمة العليا في إحدى قراراتها ،الصادر بتاريخ 29-01-2003 و الذي جاء فيه على أنه:«لا يعد حكم رسو المزاد العلني حكما قضائيا بل قرار ولائيا صادر في شكل حكم،وتبعا لذلك يجوز لصاحب المصلحة أن يتظلم من هذا القرار بدعوى البطلان المبتدئة أمام المحكمة التي وقع فيها البيع،ومن ثمة لا يجوز أن يطعن فيه بالنقض مباشرة،لأن الطعن بالنقض لا يكون في الأحكام القضائية الفاصلة في المنازعة والصادرة نهائيا التي لا تتوفر في الحكم المطعون فيه».[2]

وفيما يتعلق بصاحب الصفة في رفع دعوى بطلان حكم البيع وهم أطراف التنفيذ.فالأصل أن هؤلاء لا يجوز لهم رفع دعوى أصلية بطلب بطلان حكم البيع ،نظرا لأنهم اشتركوا جميعهم في الإجراءات وكان يمكنهم التمسك بأي عيب أثناء سريان الإجراءات وقبل صدور الحكم ،كما يجوز لأي منهم أن يرفع استئنافا يتناول فيه تلك العيوب التي ليس في إمكانية التمسك بها أثناء الإجراءات،كتلك التي تشوب الحكم نفسه،أو التي تشوب إجراءات المزايدة،ومنه إذا فوت هذا الشخص فرصة التمسك بالعيب سواء أثناء الإجراءات أو عن طريق الاستئناف،فإنه سقط حقه في التمسك بها ولكن يجوز له استثناءا رفع هذه الدعوى في الحالات التالية:

-إذا لم يشترك في الإجراءات أو لم يخبر بإيداع قائمة شروط البيع،فهنا للمدين الذي لم يعلن عن تنبيه نزع الملكية،أو لم يعلن بإيداع قائمة شروط البيع،أو بجلسة البيع،لأنه الأصل العام لا يجوز له رفع دعوى قضائية أصلية بطلب بطلان إجراءات التنفيذ [3]،بما في ذلك حكم رسو المزاد.

إلا أن شرط ذلك أن يكون المدين طرفا في إجراءات التنفيذ،فإن لم يكن طرفا فيها بأن لم يعلن عنها فإنه يعتبر حينئذ من الغير بالنسبة لتلك الإجراءات،ويكون له في هذه الحالة التمسك بالعيب في الإجراءات،بما في ذلك حكم رسو المزاد بدعوى البطلان الأصلية.[4]

---

[1] أحمد مليجي،المرجع السابق،ص 922.

[2] مشار إليه:حمدي باشا،إشكالات التنفيذ وفقا للقانون 09-08،دار هومة، الطبعة الثانية 2012،ص 65 و66.

[3] وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في قرار لها تحت رقم 20-12-1979، رقم 1.2، لسنة 49،على أنه:«الملاحظات على شروط البيع،وأوجه البطلان في الإجراءات وفي صحة التنفيذ وجوب إبداؤها بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع،عدم جواز رفع المدين دعوى أصلية ببطلان الإجراءات طالما كان طرفا فيها » مشار إليه:أحمد مليجي،المرجع السابق،ص903.

[4] محمود السيد عمر التحيوى،المرجع السابق،ص 57 و 58.

-إذا كان المدين ينازع في الحق الموضوعي نفسه،كإدعائه بعدم نشأته،أو بانقضاء الوفاء وكذا بطلان سنده،وهنا يجوز لكل ذي مصلحة التمسك ببطلان حكم البيع حتى ولو أخبر بقائمة شروط البيع،واشترك في إجراءات التنفيذ،أي أصبح طرفا فيها.

-يجوز لهم التمسك بهذه الدعوى وذلك في حالة ما إذا كان الحكم مشوبا بالغش كأن ورد خطأ مادي في تحديد مساحة العقار أو حدوده واستمر هذا الجهل إلى ما بعد فوات ميعاد استئناف حكم إيقاع البيع.[1]

أما بالنسبة للدائنين الذين لم يخبروا بقائمة شروط البيع فلا يجوز لهم التمسك بدعوى البطلان هذه،استنادا لعدم إخبارهم بالبيع،وإنما يحق لهم التمسك بعدم النفاذ في حقهم.

وليس لدعوى بطلان حكم البيع ميعادا يجب رفعها خلاله، حي ث يجوز رفعها في أي وقت، طالما أن الحق لم يسقط بالتقادم،كما لا يترتب على رفع هذه الدعوى وقف تنفيذ الحكم ،ولكن في حالة ما إذا صدر حكم ببطلان حكم البيع فهنا يترتب عليه آثار ،وهي زوال البيع منذ إيقاعه،أي بأثر رجعي،حيث تزول معه ملكية المشتري بالمزاد.

[1] فقد أكدت محكمة النقض المصرية في قرار لها تحت رقم 25-05-1979 رقم 1990 لسنة 23 قضائية،على أنه:«جواز أقامة دعوى أصلية ببطلان إجراءات التنفيذ العقاري متى كان الحكم مبنيا على الغش،محكمة الموضوع،سلطتها في تقدير قيام الغش أو انتفاء ثبوته واستخلاص عناصره من وقائع الدعوى بعيدا عن رقابة محكمة النقض»:مشار إليه:أحمد مليجي،المرجع السابق،ص 906.

المبحث الثاني:تسجيل وشهر البيع العقاري والمنازعات التي يثيرها

بعد إبرام عقد البيع أمام الموثق وصدور الحكم الذي يكرس البيع بالمزاد العلني لابد من المرور عبر مرحلة أخرى وهي تسجيلهما أمام مصلحة التسجيل،حيث تعتبر هذه المرحلة مرحلة مهمة تقوم من خلالها مفتشية التسجيل بدورها من أجل التثبت من مدى توافر الشروط القانونية في التصرف القانوني وكذا التثبت من مدى التصريح بالقيم الحقيقية للعقار محل التصرف بالبيع، والتي على أساسه يتم تحديد الرسوم[1] المستحقة لفائدة الخزينة العمومية،وعلى أساس ذلك تقوم مفتشية التسجيل بمجموعة من الإجراءات والتدابير القانونية لحماية مصالح تلك الأخيرة.

ثم تأتي مرحلة أخرى لا تقل أهمية عن سابقتها،وهي مرحلة شهر المعاملة والتصرف بالمحافظة العقارية لترتيب الأثر العيني وهو نقل الملكية العقارية لفائدة المشتري،وحتى كذلك يكون للشهر العقاري حجية مطلقة في مواجهة الغير يلعب المحافظ العقاري دورا مهما في تحقيقها،عن طريق مراقبة المحررات التي تودع من أجل إشهارها،وذلك حول مدى توافرها على الشروط التي أوجب المشرع فرضها،وإلا يتم رفض الإيداع أو رفض تنفيذ إجراء الشهر.

إن هذه العملية تفرز العديد من الإشكالات والمنازعات والتي ستكون محل الدراسة.

ولهذا سوف نتطرق في **المطلب الأول** إلى تسجيل البيع العقاري والمنازعات التي يثيرها ،أما في **المطلب الثاني** إلى شهر البيع العقاري والمنازعات التي يثيرها.

المطلب الأول:تسجيل البيع العقاري والمنازعات التي يثيرها

يعتبر التسجيل ثاني مرحلة من مراحل نقل الملكية العقارية ،فهذه العملية القانونية تهدف إلى تثبيت مختلف التصرفات القانونية ،دون أن ننسى دورها في تمويل الخزينة العامة من خلال رسوم

[1] تنص المادة 27 من الأمر رقم 76-105 الذي يتضمن قانون التسجيل على أنه : «إن القيمة المشار إليها في المادة 16 أعلاه، تحدد بالثمن المعبر عنه مع إضافة كل الأعباء النقدية وكذلك جميع التعويضات المشروطة لصالح البائع أو التنازل بأية صفة ولأي سبب كان وذلك بالنسبة للبيوع والمزايدات والتنازلات وإعادة البيوع والعقار الشائع وجميع العقود المدنية أو القضائية الأخرى التي تتضمن نقل ملكية العقارات أو حق الانتفاع بها لقاء عوض.».

التسجيل المفروضة،ولهذا فقد اشترط المشرع مجموعة من الشروط القانونية وإتباع عدة إجراءات حتى تتم هذه العملية على أكمل وجه.

وهذه العملية لا تخلو بدورها من المنازعات ،التي تكون بسبب عدم التسجيل أو التأخر في هذه العملية أو حتى إخفاء القيمة الحقيقية للمعاملة ،كما قد تقوم نوع آخر من المنازعات وهي المنازعات الضريبة في مجال التسجيل والتي تكون بسبب امتناع المكلف بها على تسديد الحقوق المفروضة عليه وهو ما يعرف بمنازعات الوعاء،كما يمكن أن تنشأ منازعات تتعلق بإعادة التقويم الأموال المصرح بقيمتها بشكل أقل من قيمتها الحقيقية،فكل هذا تترتب عليه إما جزاءات مدنية أو جزائية أو جبائية.

وبهذا نتناول مفهوم التسجيل وإجراءاته في **الفرع الأول** ،أما **الفرع الثاني** نتطرق إلى منازعات تسجيل البيع العقاري.

الفرع الأول:مفهوم التسجيل وإجراءاته

كثيرا ما يتم الخلط بين عملية التسجيل وبين الكثير من العمليات القانونية كالقيد والشهر رغم أن لكل واحد منهما نظامه الخاص،لهذا يقتضي الأمر تعريفه وتبيان أهميته في **البند الأول** أما في **البند الثاني** نتطرق إلى إجراءاته.

البند الأول:تعريف التسجيل وأهميته

نتناول بالدراسة في هذا البند تعريف التسجيل وكذا تبيان أهميته.

أولا-تعريف التسجيل:

ليس هناك تعريف جامع مانع لهذه العملية القانونية،فهناك من عرفه على أنه إجراء يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة ،تهدف إلى تحليل التصرف القانوني ،وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة.[1]

[1] دوة أسيا،رامول خالد، الإطار القانوني لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ،دار هومة ،الطبعة الثانية،2009،ص 19.

وعرفه الآخر على أنه إجراء ذو وظيفة مالية ،تتمثل في تحصيل الدولة الجانب الضريبي لصالح الخزينة العامة.[1]

ومما سبق فتسجيل العقارات هو عملية قانونية يقوم بها مفتش التسجيل عند تلقيه مختلف المحررات المتعلقة بالتصرفات القانونية الواردة على العقار بمختلف أنواعها من بيع ،هبة إلى غير ذلك،وطبقا لذلك يقوم بتحليل تلك التصرفات القانونية وتكييفها ،وعلى أساس ذلك يتم قبض حقوق التسجيل لفائدة الخزينة العمومية.

ومن هذه التعاريف يمكن استخلاص خصائص التسجيل وهي:

-التسجيل إجراء إداري يتم على مستوى إدارة عمومية تابعة إلى وزارة المالية لها اختصاص إقليمي تسمى مفتشية التسجيل والطابع،ويقوم به موظف تابع لهذه الإدارة وهو مفتش التسجيل ،وذلك طبقا للمادة 108 من قانون التسجيل رقم 76-105.

-إجراء إجباري ونهائي وإلزامي للمكلف بحقوق التسجيل لأدائها بطرق إدارية،وفي هذا الشكل يبرز مبدأ سيادة الدولة تطبيقا لنص المادة 82 من الدستور،فهي بمثابة ضريبة أحادية صادرة عن الدولة.[2]

وقد اشترطه القانون بعد إبرام العقد في شكله الرسمي،و حدد له أجلا لذلك،وإلا تعرض المكلف بها لعقوبات جبائية وعقوبات أخرى،وهذا ما يستشف من المادة 93 من قانون التسجيل[3]، كما أن مفتش التسجيل يرفض إتمام الإجراءات قبل دفع حقوق التسجيل .[4]

---

[1] جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري،دار الهدى ،دون ذكر الطبعة وسنة النشر،ص 71.

[2] دوة آسيا،رامول خالد،المرجع السابق،ص 21.

[3] تنص المادة 93 من قانون التسجيل على أنه: «إن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء....».

[4] تنص المادة 82 من قانون التسجيل على أنه : والتي نصت على مايلي: «أن رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات».

ثانيا-أهمية التسجيل:

إن للتسجيل أهمية مزدوجة فالأولى تتمثل في الأهمية الجبائية وأما الثانية تتمثل في الأهمية القانونية.

فبالنسبة للأهمية الجبائية للتسجيل ،يقوم الموثق بتحصيل كل الحقوق والرسوم لحساب الخزينة العمومية من طرف الملزمين بتسديدها ،بمناسبة تحرير العقود وتدفع مباشرة لقباضات الضرائب المبالغ الواجبة على الأطراف،ويخضع في ذلك لمراقبة المصالح المختصة للدولة وفق التشريع المعمول به،وهذا حسب ما تنص عليه المادة 40 من القانون رقم 06-02 المتضمن مهنة التوثيق.

بالنسبة للأهمية القانونية للتسجيل،حيث يعتبر مرحلة من مراحل انتقال الملكية العقارية ،فهو يتوسط مرحلة التوثيق والشهر العقاري،كما أنه إجراء ملزم باعتبار أن حقوق التسجيل تدفع قبل القيام بهذا الإجراء ،ويعتبر قرينة إثبات حول صحة التصرفات أو بطلانها في حالة الدفع بتزوير العقد الرسمي،فكثيرا ما يسترشد القضاة بذلك بمفتشي التسجيل.[1]

ويقع على الموثق التزام بتسجيل العقد لدى مصلحة التسجيل والطابع التي يقع بدائرتها مكتب التوثيق،وفي حالة إخلاله بذلك يتم التعرض للعقوبات الجبائية دون نزع الصبغة الرسمية على العقد،ونفس القانون يلزم الموثق بتسجيل جميع العقود في آجال محددة تتماشى وطبيعة كل عقد تحت طائلة خضوع العملية لغرامات التأخير،على أن تتولى قوانين المالية تغيير قيمة الرسم المطبق على كل عقد من حين لآخر.

البند الثاني :إجراءات التسجيل:

نظرا لوجود اختلاف بين طريقة تسجيل العقود التوثيقية ،وطريقة تسجيل الأحكام القضائية،قسمنا هذا البند إلى فقرتين كالتالي:

[1] غير أن التسجيل له أهمية بالنسبة للعقود العرفية المنصبة على تصرفات عقارية،بحيث يتعرف على تاريخ العقد وما مدى صحة ثبوته عن طريق التأكد من عبارة التسجيل المقيدة على العقد من طرف مصلحة التسجيل،فغاية ما يعطيه التسجيل هو صحة ثبوت السند العرفي وهذا قبل صدور قانون التوثيق رقم 70-91 الملغى.

أولا-تسجيل العقود التوثيقية:

يعتبر الموثق هو المكلف القانوني بإيداع العقود الواجبة التسجيل لدى مكتب التسجيل التابع للدائرة وعند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم،وذلك في أجل شهر إبتداءا من تاريخها وهذا ما نصت عليه المادة 58 من قانون التسجيل،وإذا صادف آخر أجل التسجيل يوم عطلة فإنه يمتد إلى أول يوم عمل.[1]

ويقوم الموثق بتلخيص الأوراق الرسمية على كشف محرر على استمارة تعدها إدارة الضرائب مجانا[2]،ووفقا للمادة 153 من قانون التسجيل يذكر فيها مايلي:

-تاريخ ورقم العقد الموجود في الفهرس.

-ألقاب وأسماء الأطراف ومسكنهم.

-نوع العقد والمبالغ أو القيم الخاضعة للرسم.

-مبلغ الرسوم الثابتة أو الرسوم النسبية المستحقة والمتضمن قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعا بصفة قانونية.

---

[1] حيث أنه في حالة عدم التقيد بالأجل المنصوص عليه قانونا فقد وهذا ما نصت عليه المادة 93 من قانون التسجيل بنصها على ما يلي: « يتعين على الموثقين والمحضرين ومحافظي البيع بالمزاد العلني الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة أن يدفعوا شخصيا غرامة يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما يأتي:
-10% من الحقوق المتملص منها،إذا كان التأخير في التسجيل يتراوح بين يوم واحد وثلاثين يوما.
=تلجئة مالية مقدرة ب 3 % عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير،إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير وذلك دون أن يتعدى مجموع الإلزام المالي والغرامة الجبائية المشار إليهما كحد أقصى نسبة 25 %.
-غير أن الموثقين وكتاب الضبط وأعوان تنفيذ كتابات الضبط وكتاب الإدارات المركزية والمحلية،الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المقررة،يتعرضون لعقوبات تأديبية تمارسها عليهم السلطات المختصة التي ينتمون إليها،دون الاحتمال بتطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها.».
بالنسبة لآجال تسجيلها فقد نصت المادة 60 من قانون التسجيل على مايلي: «يجب أن تسجل عقود الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط وكذلك القرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها».

[2] وطبقا للمادة 1/09 من قانون التسجيل.

وتودع هذه الكشوف في الآجال المحددة وتكون مرفقة بالنسخ الأصلية للعقود والمسجلة فيها،مع دفع الرسوم المستحقة.

ويقوم مفتش التسجيل بتفحص معلومات العقد والوثائق المرفقة معه مع تحليله،ويقوم باحتساب الحقوق المستحقة استنادا إلى الثمن المصرح به في العقد ،وكذا مبلغ الأعباء التي يمكن إضافتها والتي يفرضها البائع على المشتري [1]،ويتم تسجيل العقد بوضع تأشيرة التسجيل،ويبين فيه بالأحرف تاريخ ورقم ومبلغ الرسوم المدفوعة وذلك طبقا للمادة 181 من قانون التسجيل،وهكذا يقوم الموثق باستخراجه من عند مفتشية التسجيل وكذا نسخة من كشف التسجيل مع مخالصة الدفع.

وتجدر الإشارة إلى أنه هذه حقوق التسجيل تبقى حقوقا مكتسبة للخزينة العامة ،حتى ولو أبطل العقد التوثيقي قضائيا،وبالتالي لا يمكن طلب استردادها من قبل الطرف الذي دفعها.[2]

ومقدار رسم تسجيل بيع العقار هو 5% من ثمن العقار،حيث تخضع له جميع البيوع المنصبة على العقار سواء كان بموجب عقد أو بالمزاد العلني ،ويطبع الرسم على بيع أي حق عقاري مثل حق الانتفاع،مادام أنه تم بمقابل مالي.[3]

ولدفع رسم التسجيل يتم بسحب شيك من حساب المكتب بمبلغ الرسم المحدد قانونا،وحماية حقوق الخزينة العامة يقوم الموثق بإشعار المدير الولائي للضرائب عن طريق طلب الحالة المالية للمتصرف في العقار،وقد أعطى القانون لإدارة الضرائب مهلة شهر للتقييم والمراقبة وللجواب على الطلب الموجه إليها.[4]

---

[1] دوة أسيا،رامول خالد،المرجع السابق،ص 80.

[2] هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها تحت رقم 0809837،غ ع،م م ع، ع الثاني 2014،ص 302 على أنه:«لكن حيث بالرجوع إلى القرار المطعون فيه فإن قضاة الموضوع سببوا قرارهم بأنه فيما يتعلق بمصاريف البيع والمقدرة ب 380000000 دج فلا يمكن إعفاء المستأنفة من دفعها للمستأنف عليها،المطعون ضدها على أساس أن هذه المصاريف تخص الإدارة أي إدارة الضرائب والطابع والتسجيل مقابل نفقات التسجيل والطابع رسوم الشهر العقاري للعقد =المبرم بينهما وأن هذه المبالغ لا يمكن استردادها من هذه المصالح لأنها حقوق الخزينة العمومية ولا يمكن ردها بسب بطلان العقد لأنها استهلكت في الغرض الذي أودعت من أجله والذي تم فعلا».

[3] وزاني وسيلة،المرجع السابق،ص 150.

[4] نفس المرجع،ص 146.

وجواب المديرية الولائية للضرائب يحمل ثلاث حالات:

-الحالة الأولى إما أن يكون المبلغ المستحق لمصلحة الضرائب أقل من خمس المبلغ المودع بحساب الزبائن[1]،فهنا يسحب الموثق شيكا لفائدتها بمبلغ مستحقاتها،ويرجع ما تبقى للأطراف بواسطة شيك أيضا.

-أما الحالة الثانية هو عدم مطالبتها بأي مستحقات ويرجع الموثق كل المبلغ.

-والحالة الثالثة وهي إذا حددت مصلحة الضرائب مبلغا يفوق خمس ثمن البيع المودع بحساب الزبائن،يدفع الموثق المبلغ كاملا إلى مصلحة الضرائب وما تبقى من المستحقات يعتبر دينا على الزبون وللإدارة الحق في المطالبة به.

وتجدر الإشارة إلى أنه تخضع بعض البيوع العقارية إلى إعفاءات في رسوم التسجيل،والتي نصت عليها المادة 258 من قانون التسجيل وتتعلق ب:

-الاقتناءات العقارية التي يقوم بها الشباب ذو المشاريع المؤهلون للاستفادة من إعانة الصندوق الوطني لدعم تشغيل الشباب أو الصندوق الوطني لدعم القرض المصغر أو الصندوق الوطني للتأمين على البطالة قصد إنشاء نشاطات صناعية،كما تستفيد كذلك من هذا الإعفاء المشتريات العقارية التي تقتنيها الهيئات العمومية المؤهلة في مجال التهيئة العقارية.

-تعفى من رسم نقل الملكية عمليات الشراء العقارية التي تقوم بها الجماعات المحلية من أجل تهيئة المناطق لتعميرها.

-تعفى من رسم اقتناء العقارات الذي يتم من أجل إحداث نشاط صناعي جديد ذي طابع أولي مقرر في المخطط الوطني للتنمية.

[1] بعدما كان يودع نصف الثمن فقد نص المشرع على ايداع خمس ثمن البيع وذلك بعد تعديل المادة 256 من قانون التسجيل بموجب القانون 19-14 المؤرخ في11-12-2019 يتضمن قانون المالية لسنة 2020،ج ر،ع 81 المؤرخة في 30-12-2019.

-كل ما تقتنيه الشركات التعاونية والجمعيات الثقافية والجمعيات المعترف بمنفعتها العمومية من عقارات لازمة لسير مصالحها أو خدماتها الاجتماعية.

-في حالة بيع العقارات على الشيوع وقد تعذرت قسمتها بين الشركاء ،فيعمد بيعها في المزاد العلني،وتخضع فيها الأنصبة الشائعة لأملاك عقارية مكتسبة عن طريق بيع العقار الشائع برسوم محددة وفقا لنص المادة 229 من قانون التسجيل،وإذا حصل الشراء لأحد المشتاعين فيخفض الرسم.[1]

- تعفى من رسم نقل الملكية العقود التي يبيع بمقتضاها ديوان الترقية والتسيير العقاري في الولاية للموفرين شققا موجودة في عمارات جماعية ومبنية ضمن نطاق التوفير من أجل السكن.

- تعفى من رسم نقل الملكية العقود التي تتضمن بيع البنايات أو أجزاء البنايات ذات الاستعمال السكني أساسا المنجزة بعنوان الترقية العقارية،وفقا للشروط المحددة في التنظيم المتعلق بالترقية العقارية.

-تعفى من رسم نقل الملكية كل عمليات بيع الأراضي الناجمة عن عملية التجزئة والصالحة لبناء مساكن خصيصا.

- تعفى من رسم نقل الملكية عمليات بيع البنايات ذات الاستعمال الرئيسي للسكن والتي تنازلت عنها الدولة والهيئات العمومية للسكن حسب إجراء البيع بالإيجار والسكن الاجتماعي التساهمي والسكن الريفي.

-عقود نقل الملكية عن طريق التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني من قبل البنوك والمؤسسات المالية والمقتناة من طرفها كضمان لعمليات تمويل اقتناء السكنات لصالح الخواص.

-عمليات نقل ملكية التجهيزات أو العقارات المهنية التي أعاد المقرض المؤجر التنازل عنها لصالح المقرض المستأجر عند استعمال هذا الأخير حق الخيار بعنوان إعادة التنازل.

[1] دوة آسيا،رامول خالد،المرجع السابق ،ص 82.

كما نصت المادة 259 من نفس القانون على مجموعة من الإعفاءات وهي:

-تعفى من رسم نقل الملكية لقاء عوض الذي هو على عاتق المتملك الإكتسابات التالية:

-العقارات المبنية والمقرر هدمها.

-البنايات المستعملة للسكن غير المتممة أو المخصصة لأن تكون صالحة للسكن.

لكن هذا مشروط ب:

-أن يكون المتملك شخصا طبيعيا وأن لا يكون لديه أي عقار يستعمل للسكن في المدينة التي يوجد بها.

-أن يتضمن عقد التملك التعهد من قبل المتملك:

-أن يقوم خلال أربع سنوات إبتداءا من تاريخ العقد بجميع الأشغال الضرورية حسب الحالة من أجل تشييد عقار للسكن أو الانتهاء أو من أجل جعل العقار صالح للسكن.

-بأن لا يقوم للبيع مرة ثانية لكل العقار أو جزء منه المبني خلل 10 سنوات إبتداءا من تاريخ عقد التملك.

-بأن يثبت المتملك الانتهاء من الأشغال المنصوص عليها أعلاه عند انقضاء أجل أربعة أعوام.

ثانيا-تسجيل حكم رسو المزاد:

أما بالنسبة للعقود والقرارات القضائية،فإنها تقدم مرفقة بجدول يعد في نسختين،حيث تودع نسخة لدى مفتشية التسجيل والأخرى ترجع إلى المودع ويذكر في هذه الجداول:

-تاريخ ورقم الحكم الموجود في الفهرس.

-ألقاب وأسماء الأطراف ومساكنهم.

-مبلغ الرسوم النسبية المستحقة والمتضمنة قرار بمبلغ الرسوم المدفوعة موقعا بصفقة قانونية،وتكون مرفقة بالنسخة الأصلية أو البراءات الأصلية وكذا البراءات الخاصة بالأحكام.

وقد نصت المادة 60 من قانون التسجيل على أنه يجب تسجل المحررات القضائية خلال شهر من إعدادها،كما أنه تخضع مثلها مثل العقود التوثيقية إلى المراقبة القانونية في الآجال المحددة.

و بالنسبة لرسم تسجيل حكم رسو المزاد ،فقد حددته المادة 252 من قانون التسجيل وذلك بخضوعه لرسم قدره 5 %،وتضيف المادة 253 من نفس القانون على أنه في حالة إعادة المزايدة على ذمة الراسي عليه المزاد والمتخلف عن دفع الثمن في أجل 8 أيام وبعد إعذاره بالدفع في مدة 5 أيام،وبعد إعادة المزايدة رسا المزاد على شخص آخر وكان ثمن رسو المزاد الجديد أعلى من المزاد السابق،فإن الراسي عليه المزاد يدفع رسم قدره 5 % بالنسبة لما يتجاوز ثمن المزايدة السابقة إذا تم دفع الرسم عنها،ولكن غالبا ما يتخلف الراسي عليه المزاد المعاد البيع على ذمته عن دفع الثمن والرسوم،فيلزم الراسي عليه المزاد الجديد بدفع الرسم على كامل الثمن الراسي عليه المزاد.

أما بالنسبة لرسم بيع العقار المشاع بالمزاد فيخضع وفقا لنص المادة 230 من قانون التسجيل لرسم قدره 3 %،وتضيف نفس هذه المادة على أنه إذا حصل الشراء من أحد المالكين على الشيوع فيحدد هذا الرسم بمعدل 1,5 %.

فقط تجب الإشارة إلى أن رسوم التسجيل يتحملها الراسي عليه المزاد.

الفرع الثاني:منازعات تسجيل البيع العقاري:

بالنسبة لمنازعات التسجيل فإنها تتعدد وتتنوع وتتمثل في عدم تسجيل المعاملة أو التأخير في تسجيلها **(البند الأول)** وما يترتب على ذلك من آثار ،وكذا إخفاء قيمة العقار محل البيع من طرف أطراف المعاملة **(البند الثاني)**،بالإضافة إلى الغش الجبائي وذلك عن طريق استعمال طرق تدليسية للتملص من دفع حقوق التسجيل **(البند الثالث)** ،كما يمكن لمفتشية التسجيل استعمال رهن قانوني من أجل تحصيل مستحقاتها **(البند الرابع)**.

كما تقوم منازعات المنازعات المتعلقة بالوعاء بمناسبة تحصيل حقوق التسجيل،وتكون في حالة الوقوع في خطأ أو تجاوز أو سوء تقدير الحقوق **(البند الخامس)**.

فهذه المنازعات تدل حقيقة على أهمية مرحلة التسجيل من الناحية القانونية وكذا الناحية المالية،والتي كثيرا ما يجهلها الأغلبية.

البند الأول:عدم التسجيل أو التأخير في التسجيل

لقد ألزم القانون الموثقين وأعوان التنفيذ التابعين لكتابة الضبط تسجيل العقود والقرارات القضائية في الآجال المحددة قانونا ،وذلك حسب المادة 60 من قانون التسجيل خلال شهر الذي يلي شهر إعدادها،ويترتب على مخالفة ذلك حسب المادة 93 من نفس القانون غرامة مالية يحدد مبلغها عن كل مخالفة كما يأتي:

-10% من الحقوق المتملص منها،إذا كان التأخير في التسجيل يتروح مابين يوم واحد وثلاثين يوما.

-تلجئة مالية مقدرة ب 03% عن كل شهر أو جزء من شهر التأخير،إذا كان الإيداع قد تم بعد اليوم الأخير،وذلك دون أن يتعدى مجموع الإلزام المالي والغرامة الجبائية المشار إليهما أعلاه كحد أقصى نسبة 25%.

و إضافة إلى ذلك يمكن أن يتعرضوا إلى عقوبات تأديبية تمارسها السلطة المختصة التي ينتمون إليها،دون المساس باحتمال تطبيق عقوبات أخرى منصوص عليها في القوانين والتنظيمات المعمول بها. [1]

[1] ما يعاب على قانون التسجيل هو أنه لم ينص على عقوبات بالنسبة للموظفين الموجودين على مستوى بعض مكاتب التسجيل على مستوى بعض الولايات ،الذين يتماطلون ويتراخون في تسجيل العقود،والتي تبقى أحيانا مدة تتجاوز 15 يوما وهذا ما يتسبب في تعطيل مصالح المتعاملين،ولهذا يفترض بالمشرع الجبائي ضرورة التدخل لوضع نص يعاقب عليه كل من يتباطؤ أو يرفض تسجيل العقود دون مبررات قانونية:جميلة زايدي،المرجع السابق،ص 115.

تجدر الإشارة إلى المشرع لم يتطرق إلى جزاء عدم القيام بعملية تسجيل العقود لدى مصلحة التسجيل،وبطبيعة الحال فهذه العملية تعتبر كثان مرحلة من مراحل نقل الملكية في بيع العقار لكنها لا تؤدي هذه الوظيفة وهي الأثر العيني كما يفعله الشهر العقاري ،وإنما لها أثر مالي يعود على الخزينة العمومية،وبدون هذه المرحلة لا ننتقل للمرحلة الأهم وهي الشهر العقاري.

البند الثاني:الإخفاء

يعتبر إخفاء القيمة الحقيقية للعقار محل البيع ضررا على الخزينة العمومية،،وبهذا تفرض عقوبات جبائية وجزائية على أطراف المعاملة،كما خول المشرع لمفتشية التسجيل الحق في إعادة تقويم العقار أو استعمال الحق في الشفعة .

أولا–فرض عقوبات جبائية وجزائية

لقد اعتبر المشرع وفقا لنص المادة 1/113 من قانون التسجيل كل اتفاق بين أطراف المعاملة يهدف إلى اخفاء جزء من ثمن البيع باطلا وعديم الأثر،ويترتب على ذلك تعرضهم إلى عقوبات جبائية ناهيك عن العقوبات الجزائية.

ووفقا للمادة 3/113 من نفس القانون تتمثل العقوبات الجبائية في غرامة تساوي ضعف الحقوق والرسوم المتملص منها دون أن تقل هذه الغرامة عن 10000 دج،حيث يدفعها الأطراف المتضامنون ماعدا توزيعها بينهم بالتساوي.

وتجدر الإشارة إلى أنه لابد على الموثق أن يلفت انتباه الأطراف المتعاقدة بأن لا يبرموا أي اتفاق خارج مكتب التوثيق ،يهدف إلى إخفاء جزء سواء كان قليلا أو كثيرا من ثمن البيع ،كما أنه يجب عليه ألا يكون شريكا في أي مناورة من هذا القبيل،فإنه إذا تم التأكد من ذلك فإنه تسلط عليه عقوبة تأديبية ،وكذا غرامة تساوي أضعاف الحقوق والرسوم المتملص منها من دون أن تقل هذه الغرامة على 10000 دج،كما أنه في حالة العود يتم عزلهم وذلك بصريح المادة 6/5/113 من قانون التسجيل.

ثانيا-إعادة تقويم العقار:

طبقا للمادة 38 مكرر2 من قانون الإجراءات الجبائية،إذا كان الثمن أو التقدير الذي أعتمد عليه كأساس لتحصيل الرسم النسبي أو التصاعدي يقل عن القيمة التجارية الحقيقية للأموال سواء كانت منقولة أو مبينة،تستطيع الإدارة الجبائية أن تقدر أو تعيد تقدير هذه الأموال بالنسبة لجميع العقود التي تثبت نقل الملكية أو حق الانتفاع أو التمتع بالأموال العقارية وذلك طبقا لقيمتها التجارية الحقيقية [1] ،وذلك خلال أربع سنوات إبتداءا من تاريخ تسجيل العقد ،وهو ما نصت عليه المادة 121 من قانون الإجراءات الجبائية.

وتبعا لذلك تؤسس لدى مديريات الضرائب على مستوى الولايات لجنة توفيق [2]،حيث تكلف الخاضع للضريبة بمجرد إعلام موصى عليه مع إشعار بالاستلام بالحضور أمامها خلال 20 يوما على الأقل قبل تاريخ اجتماعها،ويطلب منهم الإدلاء بأقوالهم أو إرسال ملاحظاتهم كتابية ،هذا وفقا لما تنص عليه المادة 38 مكرر 2 ج من قانون الإجراءات الجبائية..

وفي حالة عدم الاتفاق بين المكلف والإدارة أو عدم حضوره أو لم يرسل ملاحظاته المكتوبة،فإنه حسب المادة 38 مكرر 2 د،يتم تبليغه برأي اللجنة برسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

حيث أنه وفي حالة نقص في الثمن أو التقدير، وبعد إعادة التقدير تضاف إلى مبلغ الحقوق المتملص منها النسب التالية:

---

[1] جميلة زايدي،المرجع السابق،ص 88.

[2] وتتألف هذه اللجنة حسب المادة 38 مكرر 2 أ من قانون الإجراءات الجبائية من:

-مدير الضرائب على مستوى الولاية رئيسا.

-مفتش التسجيل.

-مفتش الشؤون الخاصة بالأملاك الوطنية والعقارية.

-قابض الضرائب المختلفة.

-مفتش الضرائب المباشرة.

-موثق يعينه رئيس الغرفة الجهوية للموثقين المعنية.

-ممثل عن إدارة الولاية.

-10 % إذا كان مبلغ الحقوق المتملص منها يساوي 50000 دج أو يقل عنه.

-15 % إذا كان مبلغ الحقوق المتملص منها أكثر من 50000 دج و يقل أو يساوي 200000 دج.

-25 % إذا كان مبلغ الحقوق المتملص منها يفوق 200000 دج.

وبهذا فإذا لم يدفع المكلف بالضريبة الرسوم والغرامات التي هو مطالب بها خلال 10 أيام،يحرر في حقه سند التحصيل ضمن الكيفيات المنصوص عليها في المادة 354 وما يليها من قانون التسجيل.

وبهذا وبالرجوع إلى نص المادة 354 من قانون التسجيل ،فإنه هذا النزاع في تحصيل الحقوق يسوى من قبل إدارة الضرائب،عندما لا يكون موضوع طعن قضائي،وتكون هذه الديون عند عدم دفعها موضوع سند تحصيل شخصي أو جماعي،يعده مفتش إدارة التسجيل وينفذه مدير الضرائب للولاية،وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 356 من قانون التسجيل.

حيث يبلغ هذا السند التنفيذي :[1]

-إما بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

-إما من قبل عون مؤهل لممارسة المتابعات بناءا على طلب المحاسب المكلف بالتحصيل.

-أو من قبل أعوان إدارة التسجيل.

يتضمن هذا التبليغ إنذارا بدفع الرسوم المطالب بها وتكون هذه الرسوم واجبة الأداء فورا.

ثالثا-استعمال حق الشفعة:

يندرج تأسيس حق الشفعة لفائدة الخزينة العمومية ضمن مساعي المشرع للحد من محاولات الغش الجبائي التي تؤثر على جباية حقوق التسجيل المستحقة للخزينة العمومية ،عن عمليات نقل

[1] وفقا لنص المادة 357 من قانون التسجيل.

الملكية بمقابل سيما في المجال العقاري،وهذا بحلول الدولة محل كل شخص طبيعي أو معنوي للاستفادة من شراء المال العقاري [1] عندما ترى أن ثمن البيع أو القيمة غير كاف مع دفع مبلغ هذا الثمن مزايد فيه العشر 10/1 لذوي الحقوق ،وذلك في أجل عام من تسجيل العقد.[2]

إذ يجب على الإدارة الجبائية القيام بإحصاء الحالات التي يبدو فيها تقليل الثمن واضحا،وهذا من خلال العقود التي تقدم لاستكمال إجراء التسجيل،ثم بعد ذلك تقوم بتكوين ملفات كاملة عن الحالات المرصودة،وترسلها للمدير الولائي للضرائب،ليقرر بعد ذلك في شأن الأموال التي يجب إخضاعها للحق في الشفعة [3]،في أجل أقصاه شهرين اعتبارا من تاريخ إيداع العقد الناقل للملكية لدى مفتشية الضرائب.

وبهذا فإذا تقرر استعمال هذا الحق فلها مدة سنة ابتداءا من تاريخ تسجيل العقد المشوب بعدم كفاية ثمن البيع،تبليغ ذوي الحقوق بقرار ممارسة حق الشفعة، بواسطة ورقة من العون المنفذ لكتابة الضبط،عن طريق رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام،مرسلة من قبل المدير الولائي للضرائب التي توجد بدائرة نطاقها محل الأموال المذكورة.[4]

وجب أن يتضمن هذا المقرر،التزام الإدارة بدفع الثمن المصرح به مضاف إليه العشر 10‰ من الثمن المصرح به.[5]

---

[1] توفيق زيداني،استعمال الحق في الشفعة لفائدة الخزينة في مجال الجباية العقارية،مجلة الباحث للدراسات الأكادمية،العدد التاسع،جوان 2016،ص 301.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 38 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجبائية،وفضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة والمنصوص عليها في المواد 38 مكرر2 أ إلى 38 مكرر 2ه من نفس القانون،والمتعلقة بإعادة تقدير الأموال وعدم كفاية الأثمان.

[3] توفيق زيداني،المرجع السابق،ص 305.

[4] هذا ما نصت عليه المادة 38 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجبائية المعدلة بموجب الأمر 15-01 المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2015.

[5] منشور وزاري إلى مديري الضرائب بالولايات،مديري أملاك الدولة،مديري الحفظ العاري،رقم 101،صادر بتاريخ 12-08-2009،متعلق بممارسة حق الشفعة للدولة،وزارة المالية.

وإتمام إجراءات الاكتساب من طرف الدولة للملكية العقارية موضوع الشفعة هو من اختصاص إدارة أملاك الدولة،حيث يكلف مدير أملاك الدولة المختص إقليميا،بالأمر بصرف الثمن المحدد–الثمن المصرح به مضاف إليه العشر– وكذا بإعداد العقد الإداري.[1]

تجدر الإشارة إلى مسألة مهمة ،وهي أن لإدارة الضرائب الحرية والسلطة التقديرية لاستعمال هذا الحق وهو ما يظهر من خلال المادة 38 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجبائية،كما أنها لها الحق في استعمال أسلوب آخر وهو إعادة التقويم لمحل التصرف والوقائع غير المصرح بقيمتها الحقيقية عند إجراء التسجيل كما رأينا سابقا،حيث أن هذا النص لا يورد أية ضوابط يمكن الاحتكام إليها لمعرفة نطاق تطبيق كل من الإجراءين،مما يفيد أن الإدارة هنا لها سلطة تقديرية في انتقا ء الأشخاص الذين تمارس ضدهم هذا الإجراء الاستثنائي وهو الشفعة،حتى أنه يمكن لها أن تتعسف وتستعمل هذا الحق حتى في الحالات التي يكون الثمن المصرح بها هو الثمن الحقيقي،ولكن تقوم بتقييم العقار بسعر أعلى،مما يجعلها تحيد عن الهدف المتوخى من استعمال الشفعة.

البند الثالث:الغش الجبائي

قد يقوم المكلف بالرسوم والضرائب المفروضة عليه بتنظيم إعساره أو القيام بمناورات أو باستعمال طرق تدليسية من أجل عرقلة تحصيل أي نوع من الضرائب أو الرسوم التي هو مدين بها،فهذا يعد غش،والمشرع قد عاقب على ذلك وفقا للمادة 119 من قانون التسجيل ،على أن تفرض عليه غرامة تتراوح من 5000 إلى 20000 دج، وحبس من سنة إلى خمس سنوات أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط،كما أنه يمكن أن يطبق هذا التدبير في حالة الإخفاء إذا كان يفوق عشر المبلغ الخاضع للضريبة أو مبلغ رسم يساوي أو يفوق 1000دج.

[1] إن هذا المال المكتسب بالشفعة يدخل ضمن أملاك الدولة الخاصة،وقد أشارت المادة 38 مكرر3 أ إلى أنه يمكن التنازل عن الأملاك العقارية الخاضعة لحق الشفعة،أو المكتسبة من طرف الدولة عندما تصبح غير ذات منفعة للمصالح أو المؤسسات أو الهيئات العمومية للساكنين المستغلين الذين يثبتون صفة المستأجر الدائم أو عن طريق البيع بالمزاد العلني،وأضافت نفس المادة على أنه لا يمكن أن يتم التنازل إلا للأشخاص المتمتعين بالجنسية الجزائرية وبثمن لا يقل عن القيمة التجارية للمالك التي تحددها إدارة الأملاك الوطنية والعقارات.

البند الرابع:إنشاء رهن القانوني من أجل التحصيل

باعتبار رسوم التسجيل مورد هام للخزينة العمومية فقد رتب المشرع عقوبات جزائية وجبائية على المكلفين بها في حالة التملص أو حتى الإخفاء وغيرها وكما أسلفنا الذكر ،كما جعل لمفتشية التسجيل من أجل استقاءها ضمانات قانونية وهي إنشاء رهن قانوني من أجل تحصيلها وهذا بصريح المادة 367 من قانون التسجيل وذلك على جميع الأملاك العقارية للمدينين بالضريبة،ويأخذ هذا الرهن رتبته عند تاريخ قيده بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة اختصاصها العقار المرهون،ولا يمكن قيده إلا إبتداءا من التاريخ الذي استحق فيه المدين للضريبة زيادة أو عقوبة لعد الدفع.

البند الخامس:منازعات متعلقة بالوعاء

عند قيام مفتشية التسجيل بتحصيل حقوق التسجيل،فإنها قد تقع في أخطاء في وعاء الضريبة أو في حسابها ولهذا تثور المنازعة لاستدراكها ،كما قد يستفيد المكلف بها من حق ناتج عن حكم تشريعي وتنظيمي[1]،ولهذا فهو يطالب به.

وبهذا وطبقا لنص المادة 71 من قانون الإجراءات الجبائية لابد من أن توجه الشكاوي من طرف المتضرر أو صاحب حق حسب الحالة إلى المدير الولائي للضرائب أو رئيس مركز الضرائب أو رئيس المركز الجواري للضرائب،التابع له مكان فرض الضريبة،وتتضمن هذه الشكوى جميع المعلومات المطلوبة تحت طائلة عدم القبول:[2]

-ذكر الضريبة المعترض عليها.

-بيان رقم المادة والجدول التي سجلت تحتها هذه الضريبة إن تعذر استظهار الإنذار،وفي الحالة التي لا تستوجب فيها الضريبة،وضع جدول،ترفق الشكوى بوثيقة تثبت مبلغ الاقتطاع والدفع.

-عرض ملخص لوسائل واستنتاجات الطرف.

---

[1] وفقا لنص المادة 70 من قانون الإجراءات الجبائية.

[2] وفقا لنص المادة 73 من قانون الإجراءات الجبائية.

-توقيع صاحبها باليد.

وإنه حسب المادة 73 من قانون الإجراءات الجبائية يتم استدعاء المكلف بالضريبة بموجب رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام،وذلك من أجل تقديم أي وثيقة ثبوتية تدعم نزاعه في أجل ثلاثين يوما اعتبارا من تاريخ الاستلام،ويتم النظر في هذه الشكاوى من قبل المصلحة التي أعدت الضريبة،حيث يحدد الأجل بأربعة أشهر من تاريخ استلام الشكوى بالنسبة للشكاوى التابعة لاختصاص كل من رؤساء مراكز الضرائب ورؤساء المراكز الجوارية للضرائب،وأما الشكاوى التابعة لاختصاص المدير الولائي للضرائب فيحدد الأجل ب06 أشهر.[1]

وإذا لم يرض المكلف بالضريبة بالقرار،فإنه له تقديم طعنه أمام لجان مختلفة في أجل أربعة أشهر من تاريخ استلام قرار الإدارة،وهي إما لجنة الطعن للدائرة،أو اللجنة الولائية للطعن أو اللجنة المركزية للطعن.

إن لجنة الطعن لدى الدائرة تبدي رأيها حول الطلبات التي تتعلق بالعمليات التي يقل مجموع مبلغها من الحقوق والغرامات عن 2000000 دج أو يساويها،والتي سبقت أن أصدرت الإدارة بشأنها قرارا بالرفض الكلي أو الجزئي،وهذا ما نصت عليه المادة 81 مكرر من قانون الإجراءات الجبائية.

أما لجنة الطعن لدى الولاية فتبدي رأيها في الطلبات التي تتعلق بالعمليات التي يفوق مجموع مبالغها من الحقوق والغرامات،2000000 دج،وتقل عن 70000000 دج أو تساويها والتي سبق وأن أصدرت قرارا بشأنها بالرفض الكلي أو الجزئي.

وبالنسبة للجنة الطعن المركزي ،وحسب المادة 81 مكرر سابقة الذكر،تبدي رأيها حول الطلبات التي تتعلق بالعمليات التي يفوق مبلغها الإجمالي من الحقوق والغرامات 70000000 دج، والتي سبق وأن أصدرت بشأنها قرارا بالرفض الكلي أو الجزئي.

[1] ويجوز البت فورا في الشكاوى التي يشوبها عيب في الشكل،يجعلها غير جديرة بالقبول نهائيا وهذا بصريح المادة 76 من قانون الإجراءات الجبائية.

علما أن هذه الطعون أمام اللجان سابقة الذكر، تخضع للإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المادتين 72[1] و 73 من قانون الإجراءات الجبائية سابقتا الذكر،ولا يقبل أي طعن إذا تم رفع الأمر إلى القضاء الإداري.[2]

كما أن هذه اللجان تلزم بإبداء رأيها إما بالقبول والرفض في أجل 04 أشهر إبتداءا من تاريخ تقديم الطعن إليها،فإذا لم تبدي رأيها في الأجل المحدد فإن ذلك يعد قرار ضمني بالرفض ،وهذا بصريح المادة 81 من قانون الإجراءات الجبائية.

ثم تأتي مرحلة التسوية القضائية للمنازعات المتعلقة بالوعاء كثا ن مرحلة بعد استنفاذ طرق التسوية الإدارية سابقة الذكر،ويعتبر القضاء الإداري المختص في هذا النوع من المنازعات،من محاكم إدارية ومجلس الدولة كدرجة ثانية للتقاضي.

حيث نصت المادة 82 من قانون الإجراءات الجبائية على أنه ترفع القرارات الصادرة عن المدير الولائي للضرائب ورئيس مركز الضرائب وكذا رئيس المركز الجواري للضرائب والمتعلقة بالشكاوى موضوع النزاع ،والتي لا ترضي بصفة كاملة المعنيين بالأمر أمام المحاكم الإدارية،وترفع الدعوى في أجل 04 أشهر إبتداءا من تاريخ استلام الإشعار الذي يبلغ من خلاله مدير الضرائب بالولاية المكلف بالضريبة بالقرار المتخذ بشأنه شكواه،سواء أكان هذا التبليغ قد تم قبل أو بعد انتهاء الآجال المنصوص عليها في المادتين 76 و 77 من قانون الإجراءات الجبائية.

---

[1] تنص المادة 72 على الآجال الذي تقبل فيه الشكاوى،وهو إلى غاية 31 ديسمبر من السنة الثانية التي تلي سنة إدراج الجدول في التحصيل أو حصول الأحداث الموجبة لهذه الشكاوى،مع مراعاة الحالات التالية لانقضاء الأجل:

-وهي أنه ينقضي الأجل في 31 ديسمبر من السنة الثانية التي تلي السنة التي استلم فيها المكلف بالضريبة إنذارات جديدة في حالة وقوع أخطاء في الإرسال.

-31 ديسمبر من السنة الثانية التي تلي السنة التي تأكد فيها المكلف بالضريبة من وجود ضرائب مطالب بها بغير أساس قانوني من جراء خطأ أو تكرار.

وعندما لا تستوجب الضريبة وضع جدول تقدم الشكاوى:

-31 ديسمبر من السنة الثانية التي تلي السنة التي تمت فيها الاقتطاعات،أن تعلق الأمر باعتراضات تخص تطبيق اقتطاع من المصدر.

-31 ديسمبر من السنة الثانية التي تلي السنة التي تدفع الضريبة برسمها أن تعلق الأمر بالحالات الأخرى.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 80 من قانون الإجراءات الجبائية.

كما يمكن الطعن أمام المحكمة الإدارية المختصة خلال الأجل المذكور في القرارات المبلغة من طرف الإدارة،بعد أخذ رأي لجان الطعن على مستوى الإدارة والولاية واللجنة المركزية .

أما الاختصاص الإقليمي،فطبقا للمادة 804 ا م ا،فإن المحكمة المختصة في مادة الضرائب والرسوم،هي المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان فرض الضريبة والرسوم.

وهنا يرفع المكلف دعوى أمام المحكمة الإدارية تتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 15 ا م ا،تقدم إلى أمانة ضبط المحكمة المختصة ،موقعة من طرف محام،لأن تمثيل الخصوم بمحام وجوبي أمام المحكمة الإدارية طبقا للمادة 826 ا م ا تحت طائلة عدم قبول الدعوى،إلا أن الدولة والأشخاص المعنوية تعفى من هذا الشرط سواء أثناء الادعاء أو الدفاع أو التدخل طبقا للمادة 800 ا م ا،بالإضافة إلى شرط آخر وهو لابد من دمغ العريضة المقدمة أمام قضاة الدرجة الأولى وأمام الاستئناف،تحت طائلة عدم القبول .

والقضايا المعروضة أمام المحكمة الإدارية يتم الحكم فيها بعد الدراسة والتحقيق بإيداع تقرير مكتوب،والقاضي يستند في قراره إلى الوثائق المرفقة ويكون إما بالقبول أو رفض التخفيض .

وبهذا فالقرارات الصادرة عن المحكمة الإدارية قابلة للطعن أمام مجلس الدولة [1]،والتي يفصل فيها كثان درجة ،ويتمتع بصلاحيات قضاة الاستئناف،أي إعادة دراسة الملف من حيث الوقائع والقانون.

والعريضة المقدمة لابد أن تستوفي جميع الشروط المنصوص عليها في المادة 15 ق ا م ا ،وتقدم وجوبا من طرف محامي معتمد من طرف مجلس الدولة،باستثناء الأشخاص المنصوص عليها في المادة 800 ا م ا.

المطلب الثاني:شهر بيع العقار والمنازعات المتعلقة به

يعتبر الشهر العقاري أهم مرحلة في بيع العقار،سواء تم هذا البيع عن طريق التعاقد أو عن طريق المزاد العلني ،باعتباره مصدر الحق العيني،فبدونه لا تنتقل الملكية إلى المشتري وما يترتب

[1] هذا ما نصت عليه المادة 90 من قانون الإجراءات الجبائية.

على ذلك من آثار قانونية،وفي هذا المجال يلعب المحافظ العقاري دورا هاما من أجل تحقيق هذه العملية،حيث يتأكد من مدى توفر مجموعة من الشروط القانونية لإجراء عملية الشهر أو حتى لعملية الإيداع.

وتجدر الإشارة إلى أنه حتى هذه المرحلة تثير الكثير من المنازعات ،وبهذا نتطرق إلى مفهوم الشهر وآثاره القانونية في **الفرع الأول**،أما في **الفرع الثاني** نتناول بالدراسة القواعد القانونية لشهر البيع العقاري وإجراءات ذلك،أما في **الفرع الثالث** نتطرق إلى المنازعات التي تثيرها مرحلة شهر البيع العقاري.

الفرع الأول:مفهوم الشهر وآثاره القانونية:

نتناول في هذا الفرع مفهوم الشهر العقاري وأنواع أنظمة الشهر العقاري في **البند الأول**،والآثار القانونية التي يرتبها في **البند الثاني**.

البند الأول:تعريف الشهر العقاري وأنواع أنظمة الشهر العقاري:

نتناول بالدراسة تعريف الشهر وكذا تبيان أنواع أنظمة الشهر العقاري.

أولا-تعريف الشهر العقاري:

يعرف الشهر العقاري على أنه هو مجموعة من القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية لشخص معين أو أشخاص معينين تجاه الغير،ومن شأن هذه القواعد تنظيم قيد هذه الأخيرة في سجلات معدة لإطلاع الكافة [1]،فيكتسب الحق المسجل على هذا الوجه قوة ثبوتية مطلقة.[2]

---

[1] إن هذه السجلات تسمى بالسجل العقاري يتم مسكه من قبل المحافظ العقاري الذي يشرف على عملية الشهر العقاري،ويتكون هذا السجل العقاري من مجموعة البطاقات العقارية وهو ما نصت عليه المادة 12 من الأمر رقم 75-74 على أنه :«إن السجل العقاري المحدد بموجب المادة 03 أعلاه،يمسك في كل بلدية على شكل مجموعة البطاقات العقارية».

[2] أدوار عيد،الأنظمة العقارية،التحديد والتحرير-السجل العقاري، بدون ذكر دار النشر، الطبعة الثانية ،1996،ص05.

ويعد الشهر من المسائل التي تؤدي إلى تدعيم الملكية العقارية،وتؤكد الائتمان العقاري،حيث يمكن من إحاطة الكافة وعلى الأخص من له مصلحة علما بالوضع القانوني للعقار والحقوق العينية الواردة عليه[1]،حيث يهدف إلى تنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص.

ثانيا-أنواع أنظمة الشهر العقاري:

تتعدد أنظمة الشهر العقاري بين نظام الشهر الشخصي و بين نظام الشهر العيني ،ولكل نظام مزاياه وعيوبه ،لهذا سنعرف كلا النظامين وموقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري.

1-نظام الشهر الشخصي:

يعتبر هذا النظام أول نظام للشهر العقاري ،حيث يعتمد على إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها وليس طبقا للعقار، والشخص فيه محل اعتبار وهو المحور الأساسي.إذا اشترى شخص عقارا أو اكتسب حقا عينيا على هذا العقار فإنه يسجل على اسمه في سجل خاص [2] وتتم العملية في نوعين من السجلات ،سجل يمسك حسب الترتيب الأبجدي لأسماء الأشخاص القائمين بمختلف التصرفات العقارية ،وآخر يسجل حسب الترتيب الزمني لتقديم التصرفات المراد شهرها.

إن نظام الشهر الشخصي له دور إعلامي بوقوع تصرفات عقارية معينة ،وفيه يتم التّحقق من شخص المالك الحقيقي للعقار المراد التعامل فيه ومن اسم أبيه وجده بالكامل [3] مع الوقوف على أسماء المالكين السابقين الذين تداولوا على العقار، كما أنه لا يتطلب أي إجراءات صعبة أو تكاليف صعبة .

على الرغم من ذلك إلا أنه نظام غير دقيق ،ولا يؤدي إلى استقرار الملكية العقارية،ولا يعطى للمتصرف إليه ضمانا بثبوت الحق المتصرف فيه بصفة نهائية ، وهو عرضة للمنازعة في أي وقت

---

[1] جمال بوشنافة،شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،دار الخلدونية،2006،دون ذكر عدد الطبعة،ص 13.

[2] محمودي عبد العزيز ،المرحوم حاج علي السعيد ،إجراءات تفعيل الحيازة القانونية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري ،المرجع السابق ،ص 165.

[3] رمول خالد ، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب،دون ذكر سنة النشر ولا الطبعة،ص 18.

ومعرض للزوال والطعن، فالمكلف بالشهر يلعب دورا سلبيا حيال ذلك ،بحيث لا يملك صلاحيات تفحص العيوب العالقة بالإجراء أو التصرف،كما أن قيام عملية الشهر باسم المتصرف تجعل عملية البحث في السجلات الهجائية أمرا صعبا ومستعصيا ،خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار ظاهرة تشابه الأسماء عندما يسجل الاسم العائلي إلى جانب الاسم الشخصي.

2-نظام الشهر العيني:

عمدت جل تشريعات الدول إلى الأخذ ب نظام الشهر العيني وتجسيده ،لأن الشهر وفقا لهذا النظام يرتكز على أساس العين نفسها أي العقار موضوع التصرف ،والسجل الذي يتم فيه الشهر لا يمسك بحسب أسماء الأشخاص بل بحسب أرقام العقارات.

ووفقا لهذا النظام يتم مسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر تخصص فيه صفحة أو أكثر لكل عقار تدون فيه كل التصرفات التي ترد عليه مع تحديد موقعه،مساحته،رقمه وحدوده،ويسمى العقار المعني بالوحدة العقارية ،وتعتبر البطاقة المخصصة له بمثابة بطاقة تعريف له ،ويسمى هذا السجل في التشريع الجزائري بمجموعة البطاقات العقارية[1]،فمن أراد الإطلاع على حالة العقار ومعرفة الحقوق والالتزامات والارتفاقات التي تثقله بإمكانه أن يطلب هذه المعلومات من مصلحة الشهر.

يتميز نظام الشهر العيني بأنّ كل الحقوق العينية الواردة على العقار لا تكتسب ولا تنتقل فيه إلا بالشهر سواء كانت حقوق عينية أصلية أو تبعية ،وأيا كان سبب اكتسابها،وفي هذا النظام لا تشهر إلا الحقوق المشروعة ولا يستفيد من الشهر الإدعاءات المشكوك فيها مما يكفل استقرار الملكية وانعدام المنازعات.

3-موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري:

لقد استمر المشرع الجزائري بعد الاستقلال في تطبيق نظام الشهر الشخصي بكل وخصائصه وعيوبه، إلى حين صدور الأمر رقم 75-47 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري المعدل والمتمم ،وما صاحبه من مراسيم تطبيقية يهدف من وراءها المشرع إلى تبني نظام

[1] ليلى زروقي ،حمدي باشا ،المرجع السابق ،ص 43.

الشهر العيني بكل مبادئه وخصائصه، لكن الإعلان عن هذا الخيار يقتضي مسح عام للأراضي[1]،وبالرجوع إلى الأمر رقم 75-74 سالف الذكر فإن عمليات المسح لابد من أن تتم على مجموع التراب الوطني ،ويشرع فيها امتدادا لعملية المسح الريفي التي انطلقت أشغاله أثناء تطبيق قانون الثورة الزراعية ،إلا أن تلك الانطلاقة لم يتم الشروع فيها بصفة فعلية إلا في سنة 1977 وبوسائل محدودة أثرت على نتائج المسح ،ولهذا فتبني نظام الشهر العيني يكون بصفة تدريجية إلى حين استكمال المسح ، وبالتالي يتم التطبيق إلى جانبه نظام الشهر الشخصي ،مما يعني ازدواجية في نظام الشهر.[2]

البند الثاني:آثار شهر بيع العقار

يترتب على شهر بيع العقار عدة أثار قانونية،وهي انتقال الملكية أي بما يسمى بالأثر المنشئ،وكذا الأثر المطهر للشهر،ويصبح هذا البيع حجة على المتعاقدين وللغير .

أولا-الأثر المنشئ للشهر العقاري:

إن الملكية العقارية لا تنتقل بمجرد العقد أو كنتيجة لازمة للبيع الصحيح،وإنما هي متراخية إلى ما بعد الشهر [3] ،حيث أن هذا الأخير هو مصدر الحق العيني أي له أثر منشئ ،وهذا ما أكدت عليه المادة 793 ق م والتي تنص على أنه:«لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان

---

[1] لقد سمح قانون الثورة الزراعية من مباشرة مسح ريفي جزئي وتحقيق عقاري في ملكيات الخواص ،لأجل التحديد المادي لها، فأعمال المسح وفقه لم تكن تقنية وكافية لقلة خبرة وكفاءة المكلفين بالعملية والمخططات التي سلمت هي مجرد إحصاء للأراضي وليست بنظامية.

[2] فقد جاء في المادة 27 من الأمر رقم 74/75 المعدل والمتمم على أنه :«إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في المحافظة العقارية والتي تخص عقارات أو حقوق عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها مسح الأراضي تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات مؤقتة ،تمسك على الشكل الفردي ».

[3] ما عدا نقل الملكية عن طريق الوفاة فإنه يسري مفعولها من يوم الوفاة لأصحاب الحقوق العينية وهو ما نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم 74-75 المعدل والمتمم ،بحيث جعلت هذه المادة أن انتقال الحقوق للورثة والموصى لهم طريق الوفاة هو نقل طبيعي لوعاء التركة،ولكن ماجاء في نص المادة 91 من المرسوم رقم 63/76 ما يخالف ذلك،وهو أن نقل الملكية عن طريق الوفاة لا بد من إثباته عن طريق الشهادة التوثيقية والتي يشهر بموجبها حق الميراث في المحافظة العقارية،وتؤدي إلى احترام قاعدة الشهر المسبق في حال إبرام الورثة لتصرف عقاري للأملاك الموروثة .

ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة الشهر العقاري».[1]

والتصرف الوارد على العقار رغم إفراغه في شكل رسمي وبدون استكمال قاعدة الشهر [2] لا يرتب سوى التزامات شخصية بين ذوي الشأن ،بالتالي الشهر هو الذي يحدد طبيعة الحق ما إذا كان حقا عينيا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة على العين ،وبهذا تخول له جميع السلطات من استعمال واستغلال وتصرف،أو حقا شخصيا يعطي لصاحبه سوى المطالبة بتنفيذ التزامات شخصية دون المطالبة بالحق العيني،وهو أن يطالب البائع بتنفيذ التزامه بنقل الملكية إليه،والتزام البائع بمقتضى العقد بنقل الملكية إلى المشتري يتضمنه أن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لإجراء الشهر ،وحق المطالبة بشهر العقار على اسمه في السجل العقاري حتى يصبح مالكا ، وإذا امتنع عن ذلك يمكن للمشتري مراجعة القضاء واستصدار حكم بذلك لمطالبة البائع بالتنفيذ العيني.

ومن الناحية العملية عقد البيع هو عقد موثق ،وبالتالي الالتزام بنقل الملكية هو التزام يقع على عاتق الموثق ،حيث يقع عليه التزام بإيداع العقد لدى المحافظة العقارية من أجل شهره باعتباره المكلف

---

[1] وقد أكد القضاء أكثر من مرة على أن عملية الشهر وحدها التي تنقل الملكية كقرار المحكمة العليا رقم 182360 المؤرخ في 28-10-1998،م ق،ع 1،سنة 1990،ص 86، والذي جاء فيه:«من المقرر قانونا بالمادة793 من القانون المدني أن الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى لا تنتقل إلا بالشهر.
ولما كان الثابت في قضية الحال أن قضاة الموضوع لما قضوا بإخلاء القطعة المتنازعة لأجلها لمجرد استظهار المدعى عليهم في الطعن بمداولة تحل محل عقد الملكية إلى حين تسوية الوضعية إداريا قد خالفوا القانون مادام أن مداولة المجلس الشعبي البلدي لم يتم تجسيدها بعقد بيع مشهر في مصلحة الشهر العقاري طبقا للمادة 793 من القانون المدني وبالتالي لا تكفي وحدها للمطالبة بإخلاء القطعة الأرضية المتنازع فيها. :مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق،ص 454.
كما أكد مجلس الدولة ذلك في أحد قراراته رقم 186443 المؤرخ في 14-02-2000،غير منشور، والذي جاء فيه:«حيث أن إجراءات الإشهار العقاري تعتبر من النظام العام وأن تسري شرعية العقود التوثيقية من تاريخ إشهارها بالمحافظة العقارية»:مشار إليه:نفس المرجع،ص 314.

[2] وتجدر الإشارة إلى أن القضاء قد كيف العقد الرسمي غير المشهر على أنه عقد عرفي وذلك في قرار للمحكمة العليا رقم 840113 المؤرخ في 07-02-1994 والذي جاء فيه: « حيث أن العقد المؤرخ في 13-10-1985 ليس عقدا رسميا رغم تحريره بواسطة موثق لأنه اكتفى بقيد اتفاق الأطراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقما تسلسليا ولا يحمل رقم الفهرس.لهذا الأمر يتعلق بمجرد عقد لفيف يعتبر بمثابة عقد عرفي »:مشار إليه: حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق،ص 451.

القانوني بذلك،والتزامه هو التزام بتحقيق نتيجة ،وتماطله على ذلك مما يجعل البائع يتصرف في المبيع مرة أخرى لفائدة الغير ويحدث ضررا للأشخاص توقع عليه المسؤولية ،لأنه في هذا المجال إذا تصرف البائع في المبيع مرة أخرى وقام المشتري الأخير بشهر عقده فهنا الأسبقية للشهر وليس للعقد،وعليه في حالة تزاحم المشترين تنتقل الملكية إلى من اتخذ إجراءات الإشهار قبل الآخر ولو بساعات محدودة،وبالتالي لا يبقى له سوى الرجوع على البائع لاسترداد الثمن استنادا إلى أحكام الدفع غير المستحق والتعويض عن الإخلال بالتزام شخصي.

وبهذا مادام العقد لم يتم شهره بالمحافظة العقارية يبقى البائع مالكا له ،وله أن يتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات سواء قانونية أو حتى مادية كالبناء،ولا يعتبر البائع بانيا في ملك الغير،لكن رغم ذلك يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم،وهو أن يسلم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع.[1]

ثانيا-الأثر المطهر للشهر:

إن نظام الشهر العيني يقوم على مبدأ القوة الثبوتية المطلقة، والتصرفات التي تشهر تعد قرينة على الملكية وتسري في مواجهة الكافة ،حيث نجد أن الحق العيني الذي نشأ لا يتأثر بالعيوب التي كانت قد شابت التصرف ،وبالتالي لا يمكن الطعن فيه مادام قد تمّ شهره لا بدعوى الفسخ أو البطلان أو غيرها،والشهر يعد عنوانا للحقيقة لا يمكن إثبات عكسه إلا إذا شاب قرار الشهر نفسه عيب ،ولا يبقى للمتضرر إلا التعويض لاستحالة استرداد حقه عينا ،ومنه فللشهر أثر مطهر،ولا يكون للقاضي أي سلطة في إبطال الحقوق المشهرة.

إن الأثر المطهر للشهر يأخذ بنظرية الأوضاع الظاهرة التي تقوم بالاعتداد بالتصرفات الظاهرة،والتي تضحي بصاحب الحق والمركز القانوني بهدف استقرار المعاملات وتأكيد الثقة

---

[1] لكن القضاء المصري قد شبه البائع وهو يبني في الأرض المبيعة قبل الشهر بالباني في أرض غيره وهو سيء النية،وأجرى عليه أحكام الالتصاق بطريق القياس،وأجاز للمشتري أن يستبقي البناء مقابل دفع قيمته مستحق الهدم أو دفع ما زاد في ثمن الأرض بسبب البناء،لكن بالنسبة للقضاء الجزائري لا نجد ما يفيد بأنه يطبق مثل هذا الحكم على هذه الحالات،وكان من الأفضل تطبيق أحكام الالتصاق لأن البائع يعلم بأن ملكيته سوف تزول ،فإن ببنائه في الأرض المبيعة يكون سيء النية وهدفه إرهاق كاهل المشتري بالتزامات جديدة،ونشير إلى أن تطبيق المادة يعني هدم المباني،ونحن نعلم أن الهدم غير محبذ اقتصاديا،ويمكن توقي ذلك بتطبيق أحكام الالتصاق: آسيا جرورو،المرجع السابق،ص 21.

فيها،والظاهر المقصود هنا هو المحسوس المخالف للحقيقة وال ذي يوهم الغير بأنه في مركز يحميه القانون[1] ،وبالتالي في ظل نظام السجل العقاري نوعان من المراكز،مركز قانوني وهو المالك الحقيقي ومركز واقعي وهو صاحب الحق المشهر.

لكن المشرع الجزائري و من خلال النصوص القانونية التي تنظم الشهر العقاري قد أجاز الطعن في الحقوق المشهرة أمام القضاء ،وهذا ما أكدته المادة 85 من المرسوم رقم 76-63، سواء بدعوى الفسخ،الإبطال أو الإلغاء أو النقض، وذلك في أي وقت إلى غاية آجال سقوط الحق العيني لمدة 15 سنة ،على الرغم القول من أن هذه التصرفات هي عقود موثقة بالإضافة إلى أنها مشهرة مما يعطيها مركز قانوني معين لا يمكن المساس به،ومنه فحجية هذه التصرفات هي حجية نسبية وليست مطلقة،لأنه رغم ذلك قد يعتريها بعض العيوب تؤدي إلى إبطالها إذا ما تمسك بها صاحب المصلحة،كونها تقررت للمصلحة الخاصة.

وبهذا يكون المشرع قد أعطى للشهر أثرا منشئا ،لكن لابد أن يكون العقد صحيحا حيث لا يطهره ويحصنه من العيوب كما رأينا.

ثالثا-حجية الشهر فيما بين المتعاقدين والغير:

نصت المادة 15 من الأمر رقم 75-74 على أنه:«كل حق الملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بالعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهاره في مجموعة البطاقات العقارية».

يستخلص من هذه المادة أن المشرع الذي أخذ بنظام الشهر العيني لم يعترف بغير الشهر للإدعاء بالملكية في الحقوق العينية ، حيث إذا ما تم إشهارها فإنها تسري في مواجهة الكافة [1] ،المتعاقدين وحتى الغير ،حيث كل من يتعامل معهم هو في مأمن تام.

وتبعا لذلك فمن اشترى عقارا ولم يشهر عقده لا يعتبر مالكا ،ولا يمكن الاحتجاج بهذا الشراء على الغير ولا يقتصر هذا المبدأ على الحقوق العينية العقارية ،بل يشمل أيضا كل تعديل للوضعية القانونية للعقار الذي يكون موضوع نقل مسح الأراضي إذا كان العقد أو القرار القضائي المثبت لهذا

[1] ليلى زروقي،حمدي باشا عمر ،المرجع السابق ،ص 68.

التعديل لم يتم إشهاره ، والحقوق العقارية لا يكون لها أي مفعول قانوني بين الأطراف والغير إلا بإشهارها.

الفرع الثاني:القواعد الأساسية لشهر البيع العقاري وإجراءات ذلك

إن الشهر العقاري يهدف إلى تحقيق الأمن والاستقرار القانوني والتعاقدي، حيث يلعب المحافظ العقاري دورا مهما في التحقق من التصرفات والمحررات الواردة على العقار بصفة عامة والبيع العقاري خاصة،من خلال مدى توفرها على مجموعة من الشروط المستوجبة قانونا،وذلك حتى يقوم المحافظ العقاري بعملية تنفيذ إجراء الشهر وتنفيذه،وبمفهوم المخالفة يمكنه رفض إجراء الشهر أو قبل ذلك رفض عملية الإيداع.

وبهذا نتناول بالدراسة في **البند الأول** القواعد الأساسية لشهر بيع العقار ودور المحافظ في ذلك،ونخصص **البند الثاني** لدراسة تنفيذ عملية الشهر العقاري وإجراءاتها.

البند الأول:القواعد الأساسية لشهر البيع العقاري ودور المحافظ في ذلك

البيع العقاري سواء تم بموجب عقد أو بموجب حكم فإنه يخضع لرقابة المحافظ العقاري قبل شهره،سواء بالتحقق من هوية الأطراف وكذا التصديق عليها من طرف الأشخاص المؤهلين بذلك،أو مراقبة القواعد المتعلقة بالعقارات الموجودة في منطقة ممسوحة أو منطقة لم يتم مسحها ،وكذا مراقبة قاعدة الشهر المسبق.

أولا-التحقيق من هوية الأطراف والتصديق عليها:

يقوم المحافظ العقاري بالتحقق من هوية الأطراف وأهليتهم في العقود والأحكام القضائية المودعة أمامه،ومن مدى التصديق عليها من قبل الأشخاص المؤهلين قانونا للتصديق عليها.

1-التحقيق من هوية الأطراف وأهليتهم:

بالرجوع إلى المادة نص 22 من الأمر رقم 75-74 التي تنص على أنه :« يحقق المحافظ العقاري في هوية وأهلية الأطراف الموجودين على وسائل الإثبات،وكذلك في صحة الأوراق المطلوبة من أجل شهرها ».

ومنه قد منح المشرع للمحافظ العقاري من أجل ضمان دقة البطاقات العقارية السلطة الكاملة في التحقق من هوية وأهلية الأطراف الموجودين في العقد محلّ الشهر [1]،بما يسمى ب الشرط الشخصي،وتجدر الإشارة إلى أن التأكد من أهلية الأطراف وهويتهم هو من صلاحيات محرر العقد،وتنحصر هنا مهمة المحافظ في التحقق في مدى مصادقة محرر العقد على الشرط الشخصي أم لا،حيث لا يمكن أن يتجاوز صلاحيته في ذلك ،والمسؤولية تقع على عاتق محرر العقد في ذلك.

ونضرب مثال عن ذلك:كإبرام موثق عقد بيع بوكالة لشخص كبير في السن يبلغ 100 سنة،يكون ذلك تحت مسؤوليته حيث يشهد على الشرط الشخصي،إذن المحافظ العقاري يتحقق من تدوين ذلك من طرف الموثق ولا يمكن هنا أن يطالب مثلا بتوافر شهادة طبية،فرقابة المحافظ العقاري تنحصر في مدى مصادقة الموثق على الشرط الشخصي أم لا، أما ما زاد عن ذلك يعتبر تجاوز ا لصلاحيات وحلول محل الموثق.

إن التحقيق في هوية الأطراف يتم بالتأكد من البيانات المتعلقة بهوية الأشخاص طبيعية كانت أو معنوية الواردة في المحررات قصد تنفيذ الشهر،وكذا التأكد من تصديق محرريها وتأشيراتهم.

عندما يتعلق الأمر بالشخص الطبيعي، فالمحررات المتعلقة بهم سواء كانت عقود أو أحكام والمودعة قصد الإشهار بالمحافظة العقارية يجب أن يشمل على عناصر التعيين التي نصت عليها المادة 62 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري،وتتمثل في ألقاب وأسماء وموطن ،تاريخ ومكان ولادة ومهنة الأطراف وعند الاقتضاء أسماء زوجاتهم.

[1] جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،المرجع السابق ،ص 163.

أما عندما يتعلق الأمر بالأشخاص المعنوية، يجب أن يتضمن المحرر مجموعة من البيانات التي تختلف عن بيانات الأشخاص الطبيعية والتي نصت عليها المادة 63 من المرسوم رقم 76-63 سالف الذكر،سواء تعلق الأمر بالشركات المدنية أو الجمعيات أو النقابات.[1]

ولضمان استقرار المعاملات العقارية ولحماية حق الملكية والحقوق العينية الأخرى ،فإنه يمكن للأطراف الطبيعية عندما يغيروا من عناصر هويتهم وحتى بالنسبة للأشخاص المعنوية عندما كذلك يغيروا في التسمية مثلا أو الشكل القانوني ،أو المقر ،فإنه لابد من أن يشهر ذلك مرة ثانية في المحافظة العقارية ويتم ذلك عن طريق إيداع عقد رسمي تصحيحي ،أو عقد لفيف يعمل على تطابق شخصي حسب الحالة من طرف الأشخاص المؤهلين لتحرير المحررات الرسمية في نسختين للمحرر والموضح للتغيير ،ويكون هذا الإيداع مرفقا بما يبرر هذا التغيير .

2-التصديق على هوية الأطراف:

بالرجوع إلى المادة 1/64 من المرسوم رقم 76-63 ، كل جدول أو مستخرج أو صورة أصلية أو نسخة مودعة لدى المحافظة العقارية قصد تنفيذ إجراء ،يجب أن يحمل تأشيرة موقعة من قبل محرر العقد أو من قبل سلطة إدارية يشهد بهوية الأطراف ،أي التصديق على هوية الأطراف.حيث يعتبر هذا الأخير ضمانا لصحة كل عنصر من عناصر هوية أصحاب الحقوق ،وبالتالي ضمانا لسلامة إجراء الشهر من كل العيوب [2]،لذا أوكل المشرع مهمة التصديق على هوية الأطراف إلى أشخاص معينين دون غيرهم وذلك لما يتوفر عليه من خبرة ودراية في هذا المجال وهم : الموثقون،كتاب الضبط،قضاة النيابة العامة ،موظفو مديريات الولايات للمصالح المالية الذين لهم درجة مستشار رئيسي،محاسبو الخزينة وجميع المحاسبين العموميين ويلحق بهذه الفئة الأشخاص القائمون على الجماعات المحلية مثل الوزراء،الولاة ورؤساء المجالس البلدية.[3]

---

[1] تنص المادة 63 من المرسوم رقم 76-63 على أنه: «كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية،يجب أن يشمل على هوية الشركات والجماعات والنقابات والأشخاص الاعتبارية الأخرى مع تسميتها،ويشار فضلا عن ذلك بالنسبة للشركات شكلها القانوني ومقرها،وبالنسبة للشركات التجارية رقم تسجيلها في السجل التجاري ، بالنسبة للجمعيات مقرها وتاريخ ومكان تصريحها، وبالنسبة للنقابات مقرها وتاريخ ومكان ايداع قوانينها الأساسية».

[2] جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ،المرجع السابق ،ص 166.

[3] هذا وفقا للمادة 6/64 من المرسوم رقم 76-63 .

والمحافظ العقاري يقوم بالتحقق من هوية الأطراف وذلك بالإطلاع على بطاقته التي بموجبها تم التصديق عليها ،وتقديم معها في آن واحد الوثيقة التي يجب شهرها في المحافظة العقارية ،وتختلف المستندات المعتمد عليها في التصديق باختلاف طبيعة الأطراف،فبالنسبة للأشخاص الطبيعية يتم التصديق على هويتهم بمجرد تقديم شهادة ميلاد قائمة الصلاحية،وكل وثيقة رسمية تثبت الجنسية وهو ما تنص عليه المادة 62 من المرسوم رقم 76-63.

أما الأشخاص المعنوية فيتم التصديق وفقا لما جاءت به المادة 03/63 من المرسوم رقم 63/76 السالف الذكر ،فإذا تعلق الأمر بالأشخاص المعنوية التي يوجد مقرها في الجزائر يجب تقديم أصل لصورة رسمية أو نسخة مراجعة لكل محرر يثبت التسمية والشكل القانوني والمقر الحالي للشخص المعنوي ،وأما بالنسبة للشخص المعنوي الذي يوجد مقره خارج الجزائر فبمجرد تقديم نفس الوثائق المسلمة والمصادق عليها من قبل السلطة الإدارية أو الموظف الدبلوماسي أو القنصلي الذي يمثل الجمهورية الجزائرية في مكان المقر.

ثانيا:مراقبة القواعد المتعلقة بالعقارات

بعد إعمال نظام الشهر العيني المحدث بموجب الأمر رقم 75-74 سالف الذكر ،اشترط المشرع في الوثائق الخاضعة للشهر ضرورة تعيين العقار تعيينا دقيقا نافيا للجهالة لا يتناقض مع أصل الملكية،بغية إعطاء مختلف التأشيرات المقيدة ضمن السجل العقاري حجية قانونية مطلقة ،يسمح بتكوين فهرس عقاري محكم يعكس فعلا الحالة القانونية للعقار.

ونظرا لعدم تعميم عملية المسح في جميع التراب الوطني ، فالمعلومات الخاصة بالعقارات الموجودة في منطقة ممسوحة، تختلف عن العقارات الموجودة في منطقة غير ممسوحة.

1-القواعد الخاصة بالعقارات الواقعة في منطقة ممسوحة :

تنص المادة 1/66 من المرسوم رقم 76-63 على أنه :« كل عقد أو قرار قضائي موضوع إشهار في محافظة عقارية ،يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار يعينه،النوع والبلدية التي يقع فيها وتعيين القسم ورقم المخطط والمكان المذكور وما يحتوي عليه من مسح أراضي».

ويتضح من هذه المادة أنّه من العناصر الواجب توافرها لتعيين العقارات الواقعة في المناطق الممسوحة مايلي :

-تحديد طبيعة العقار :وذلك بتحديد نوع العقار ،إذا كان أرض عارية أو مبنية ،فلاحية أو غابية،فالغاية من ذكر نوع العقار باعتبار أن هذا الأخير معرض للتغيير والتعديل ،لذا وجب تحديد نوعه في كل مرة يتم إبرام تصرف بشأنه.

-البلدية التي يقع فيها العقار :وذلك بتحديد اسم البلدية التي يوجد بها العقار ،ولذلك أهمية بالغة حيث يمكن بموجبه تحديد القيمة التجارية للعقار،وكذا الجهة القضائية المختصة في حالة وجود نزاع ومدى تقدم أعمال المسح في هذه البلدية.[1]

-قسم مخطط المسح : إن القسم المساحي هو جزء من الإقليم البلدي المحدد بطريقة ما،بحيث يتم نقله على ورقة من مخطط مسح الأراضي،ويكون محيطه مؤسسا بناءا على الحدود التي لها طابع الثبات الكافي ،حتى يعين العقار تعيينا نافيا للجهالة،وهو ما جاء في المادة 2/15 من المرسوم رقم 76-62 المتضمن إعداد مسح الأراضي.

-رقم مخطط مسح الأراضي:إن كل وحدة مساحية أو مجموعة ملكية-وحدة عقارية-تحمل رقم ترتيبي خاص بها في وثائق مسح الأراضي،حيث يتم ترقيم مخطط مسح الأراضي بطريقة تجعل مجموعات الملكية أرقام متسلسلة ،وكما ترقم القطعتين المتجاورتين برقمين متعاقبين بالنسبة لكل قسم،فإن هذا يساعد على عملية مطابقة الوثائق المودعة مع هذا المخطط.[2]

-تحديد المكان المسمى : يمكن أن يطلق على تجمع من القطع الأرضية الواقعة في إقليم بلدية ما اسما يحدده سكان تلك البلدية وهذا على وجه الخصوص في المناطق الريفية،أما إذا كان مجموع هذه القطع الأرضية يقع في منطقة حضرية يمكن استبدال اسم المكان المسمى باسم الحي أو الشارع إن وجد.

---

[1] رمول خالد ،المرجع السابق ،ص 66.

[2] جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ،المرجع السابق ،ص 173.

-سعة المسح :حيث يجب أن يحدد في الوثيقة المودعة للشهر محتوى المسح ،فهو يعتبر من العناصر الأساسية المعتمد عليها في تعيين العقا ر ،ويتم بواسطتها ضبط البيانات المتعلقة بالبطا قة العقارية،لهذا ألزم المشرع إرفاق مستخرج المسح بالمحرر المودع لدى المحافظة العقارية.

ولابد من الإشارة في أصل الملكية لمراجع وتاريخ الترقيم العقاري المقيد في الدفتر العقاري،ولا مانع أن تضاف مراجع الأصل السابق للملكية.

2-القواعد الخاصة بتعيين العقارات الواقعة في منطقة غير ممسوحة:

بالرجوع إلى المادة 114 من المرسوم رقم 76-63 على أنه :«...عند عدم وجود مخطط مسح الأراضي،فإن كل عقد أو قرار قضائي يكون موضوع إشهار في محافظة عقارية يجب أن يبين فيه بالنسبة لكل عقار ريفي مشار إليه في المادة السابقة ما يلي:نوع العقار،موقعه،محتوياته،فضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين».

وبموجب هذه المادة تم تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي،حيث أن العقارات الواقعة في المناطق غير الممسوحة تخضع لهذا النظام.

وبالنسبة للعقود والقرارات القضائية التي تخص العقارات الريفية فإنه حسب نص المادة 27 من الأمر رقم 75-74 تفهرس بصفة انتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي إلى حين تعميم أو استكمال عملية المسح ،وقواعد تعيين العقارات يجب أن تبين :نوع العقار،موقعه،محتوياته،فضلا عن ذلك أرقام المخطط المحتفظ به بصفة نظامية في مصالح مسح الأراضي والمحافظة العقارية وفي حالة عدم وجود ذلك أسماء المالكين المجاورين.

أما بالنسبة للعقارات الحضرية المبنية وغير المبنية فعناصر المتطلبة لتعيينها لابد من ذكر : اسم البلدية والشارع الواقعة فيه،الرقم،طبيعة العقار،ومساحته.[1]

[1] تنص المادة 2/21 من المرسوم رقم 76-63 على أنه: «ويتم التعرف على هذه العقارات في الجداول أو المستخرجات أو النسخ أو الصور المودعة عن طريق الإشارة إلى الشارع والرقم ».كما تنص المادة 27 من نفس

3-القواعد الخاصة بالعقارات المبنية ملكية مشتركة :

إن تعيين العقار الخاضع لنظام الملكية المشتركة في العقود والأحكام القضائية الخاضعة للإشهار يكون عن طريق ذكر البيانات العامة المتعلقة باسم البلدية ،الشارع ،الرقم ،المساحة ،تضاف إليها البيانات الخاصة الواردة في الجدول الوصفي للتقسيم المتضمن في المحرر الرسمي نفسه أو المتعلق به،ويعد الجدول الوصفي للتقسيم وثيقة تقنية يتم بموجبه تعيين الحصص المتضمنة في العمارة تعيينا دقيقا،لبيان هوية العقار الخاضع لأحكام الملكية المشتركة،والمتضمن للأعمدة التالية :رقم الحصة حسب الترتيب التصاعدي للأرقام ،رقم العمارة ،الدرج الطابع ونوع قطعة الأرض ،الحصة في ملكية الأرض.[1]

نخلص مما سبق أن تعيين الأطراف والعقارات في العقود والوثائق الرسمية الخاضعة للشهر أمر ضروري لضمان صحة المعلومات الواردة في البطاقات العقارية ،حيث أن عدم ذكر أي عنصر من عناصر التعيين بالنسبة للأطراف والعقارات يؤدي إلى رفض الإيداع للوثيقة موضوع الشهر ،أما في حالة وجود اختلاف في البيانات السالفة مع مجموعة البطاقات العقارية فإنه يؤدي إلى رفض الإجراء.

ثالثا-قاعدة الشهر المسبق-الأثر النسبي- والاستثناءات الواردة عليها:

تعتبر قاعدة الشهر المسبق شرط أساسي لإتمام إجراءات الشهر،و تعني أنه لا يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم بشهر أية وثيقة ناقلة للملكية العقارية ما لم يكن لها أصل ثابت في مجموعة البطاقات العقارية تثبت حق المتصرف الأخير في العقار ،وهذا ما نصت عليه المادة 88 من المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري على أنه:«لا يمكن القيام بأي إجراء للإشهار في المحافظة العقارية في حالة عدم وجود إشهار مسبق أو مقارن للعقد أو القرار القضائي أو لشهادة الانتقال عن طريق الوفاة يثبت حق المتصرف أو صاحب الحق الأخير».

المرسوم على أنه:«تعد بطاقة عقارية لكل عقار حضري حسب مفهوم المادة 21،وتعد بطاقة العقار الحضري حتى في حالة عدم وجود مسح للأراضي،وفي هذه الحالة يعين العقار بالاستناد إلى البلدية التي يقع فيها وإلى اسم الشارع والرقم ».

[1] جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ،المرجع السابق ،ص 177.

وتظهر أهمية هذه القاعدة باعتبارها تضمن استمرارية سلسلة نقل الملكية العقارية ،ومعرفة العمليات والتحويلات الواردة على العقار [1]،بحيث تنتقل الملكية بطريقة لا ليس فيها واضحة يمكن من خلالها معرفة جميع الملاك السابقين الذين تداولوا على العقار ،فمن شأن ذلك الحيلولة من وقوع تصرفات مزدوجة على العقار.

إن هذه القاعدة تدعم فكرة الاستقرار القانوني،بجيث كقاعدة لا يمكن لأحد التصرف في عقار إلا إذا كان يملكه وله شهر مسبق بالمحافظة العقارية،وتبعا لذلك فالمحافظ العقاري يرفض إجراء عملية الشهر العقاري في حالة تخلف قاعدة الشهر المسبق ،غير أنه في بعض الأحيان يتلقى المحافظ العقاري حالات قانونية يستعصى عليه مراقبة قاعدة الشهر المسبق باعتبارها أول إجراء أو أنّها حالات تطلبتها عملية التحول من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني [1]،وقصد إيجاد حل لهذه الحالة أورد المشرع استثناءات وهي :

-العقود العرفية التي اكتسبت تاريخا ثابتا قبل 01-01-1971، وهذا ما نصت عليه المادة 88 89 من المرسوم رقم 76-63 على أنه :«لا تطبق القاعدة المؤرخة في الفقرة الأولى من المادة أعلاه..عندما يكون حق المتصرف الأخير ناتجا عن سند اكتسب تاريخا ثابتا قبل أول يناير 1971.».

فمن مبررات تطبيق هذا الاستثناء أنه ،قبل تاريخ 01-01-1971 كانت عملية شهر العقود أمرا اختياريا لذلك أعفاهم المشرع من ذكر أصل الملكية ،ومن كل الأشخاص المذكورين في العقد بدون استثناء لتسهيل عملية ضبط البطاقة العقارية.[2]

-الإجراء الأول في السجل العقاري عند عملية المسح العام،حيث جاء في المادة 89 من المرسوم رقم 76-63 على أنه:«تستثنى القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه... عند الإجراء الأولي الخاص بشهر الحقوق العقارية في السجل العقاري والذي يتم تطبيقا للمواد 18 إلى 80 من المرسوم ».

[1] رمول خالد ،المرجع السابق ،ص 50.

[2] نفس المرجع،ص 05.

وهنا قد سمح لمشرع للمحافظ العقاري بترقيم العقارات باسم الحائز دون اشتراط قاعدة الشهر المسبق،حيث يأتي هذا الاستثناء لتقديم الحلول للصعوبات الملاحظة بعد النتائج الأولية لعمليات المسح لبعض بلديات الوطن ،والذي ثبت من خلالها أن عددا كبيرا من الوحدات العقارية وأثناء عمليات المسح والترقيم العقاري بدون وثائق قانونية،وهذا ما يصعب معه تحديد المالكين الشرعيين لأن أغلبية هؤلاء الحائزين انتقلت إليهم الملكية عن طريق الميراث المتعاقب ولم تخضع لأحكام القانون المدني الفرنسي،أو أنّ ممتلكاتهم تم الاستيلاء عليها بطرق عرفية أو أنهم لا يودعون الجداول الوصفية للعقارات.

-عقد شهرة والدي جاء تطبيقا لأحكام المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في المؤرخ في 21-05-1983 المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكتسب وإعداد عقد شهرة المتضمن الاعتراف بالملكية[1]،حيث جاء في مادته الأولى على أنه بموجبه يجوز لأي شخص يحوز في تراب البلديات التي لم تخضع حتى الآن للإجراءات المحدثة بالأمر رقم 75-74 ،عقارا من نوع الملك حيازة مستقرة غير منطقية ولا متنازع عليها وعلانية وليست مشوبة بلبس طبقا لأحكام القانون المدني، بأن يطلب من الموثق المختص إقليميا إعداد عقد شهرة يتضمن الاعتراف بالملكية.

إن العقار الذي يكون موضوع طلب إعداد عقد شهرة لا يكون بأي شكل من الأشكال محلا لسند رسمي مشهر بالمحافظة العقاريةــ،وبالتالي فتحريره وفقا لتلك الشروط يعد في حد ذاته أول إجراء بالنسبة للعقار وهذا ما دفع المشرع من استثنائه من قاعدة الشهر المسبق.

-إشهار مقرر الترقيم العقاري بموجب المرسوم رقم 08-147 المؤرخ في 19-05-2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية [2]،والذي جاء تطبيقا للقانون 07-02 المؤرخ في 27-02-2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري[3]،حيث أنه وبعد الانتهاء من إجراءات التحقيق بمقتضى هذا القانون يتم إعداد مقرر ترقيم عقاري يقرر ثبوت الحقوق العقارية لفائدة الحائزين أو أصحاب التحقيق العقاري،ويصدر

[1] ج ر،ع 21،المؤرخة في 04-05-1983.
[2] ج ر،ع 26،المؤرخة في 25-05-2008.
[3] ج ر،ع 15،الصادرة في 28-02-2007.

المدير الولائي للحفظ العقاري هذا المقرر،ثم يرسله للمحافظ العقاري للإشهار الذي يقوم بدوره بالتأشير في مجموعات البطاقات العقارية المؤقتة ،ومن ثم تسليم سند الملكية .

إن هذا الإجراء يعتبر طبقا لأحكام المادة 88 من المرسوم رقم76-63 نقطة انطلاق لسلسلة انتقال حق الملكية المكرس بهذه العملية،ويمثل استثناء من قاعدة الشهر المسبق.

البند الثاني:تنفيذ عملية الشهر العقاري وإجراءاتها

إن عملية الشهر تبدأ بعملية إيداع وثائق الشهر من أجل تنفيذ عملية الشهر،وهنا للمحافظ العقاري صلاحيات واسعة في مراقبة مدى استفاء المحرر على الشروط القانونية [1]، ويترتب على ذلك إما قبول إيداع الوثائق أو رفضه هذا الإيداع ،وبالتالي استحالة إجراء الشهر العقاري ،وإما قبوله مع تنفيذ عملية الشهر أو رفض تنفيذ إجراء الشهر .

أولا-الإيداع القانوني وتنفيذ عملية الشهر:

إن شهر أية وثيقة يتم عن طريق عمليتين وهي عملية الإيداع والذي له شروطه وإجراءاته ،ومن ثم عملية تنفيذ الإجراء وهنا يلعب المحافظ العقاري دورا مهما لاستكمال هذه العملية.

1-الإيداع القانوني لوثائق الشهر:

إن الإيداع هو إجراء قانوني أولي لازم في كل عملية شهر ،له محل وآجال يجب احترامها والتقييد بها وسلامته تعني سلامة بقية إجراءات الحفظ العقاري، وهذه العملية تتم في المحافظة العقارية

---

[1] حددت المادة 03 من المرسوم رقم 76-63 صلاحيات المحافظ العقاري على سبيل الحصر وهي:

-إعداد ومسك مجموعة البطاقات العقارية كاملة.

-إعطاء الإجراءات اللازمة لطلبات الإشهار للعقود المتضمنة الملكيات العقارية والحقوق العينية الأخرى.

-فحص العقود.

-كتابة البيانات في السجلات العقارية الخاصة بالحقوق العينية والتكاليف العقارية المؤسسة على العقارات الخاضعة للإشهار وجميع الشكليات اللاحقة لهذا الإشهار.

-إعطاء المعلومات الموجودة في وثائقهم والمتعلقة بالعقارات المذكورة إلى الجمهور.

-مكلف فضلا عن ذلك بتنسيق ومراقبة مكاتب المحافظة التابعة لاختصاصه.

المختصة على مستوى قسم الإيداع وعمليات المحاسبة مع ضرورة مراعاة الآجال القانونية،ويتم هذا الإيداع من طرف المكلف القانوني ،كتاب الضبط والموثقون والسلطات الإدارية.[1]

إن الإيداع بالمحافظة العقارية حسب ما أكدته المادة 92 من المرسوم رقم 76-63 تستدعي لزوما الإيداع في آن واحد لصورتين رسميتين أو نسخ للع قد أو القر ار القضائي موضوع عملية الإشهار،حيث ترجع واحدة من هذه الصور أو النسخ إلى القائم بالإيداع بعد التأشير عليها من طرف المحافظ العقاري مما يدل على صلاحيتها،أما الصورة الثانية التي يشترط أن تحمل تأشيرة التصديق على الهوية وعلى الشرط الشخصي للأطراف فيحتفظ بها لدى المحافظة العقارية وترتب ضمن الأرشيف.

ومن الناحية العملية يمكن أن يضم الإيداع عدة وثائق ملحقة ،حتى يتمكن المحافظ العقاري من مراقبة موضوع الإيداع بشكل جيد ،ومدى مطابقتها مع مختلف المعلومات والبيانات التي تتضمنها الوثائق والمحررات محل الشهر،فنذكر على سبيل المثال ما يلي:[2]

-الجدول الوصفي للتقسيم:عندما يتعلق بجزء من عقار مملوك على سبيل الملكية المشتركة،وذلك حتى يتسنى تعيين الجزء المعني بوضوح ويتم إعداده من طرف خبير يوضح القطع الخاصة وما يقابلها من نسب الأجزاء المشتركة.

-مستخرج مسح الأراضي:في حالة ما إذا كان العقار ممسوحا.

-مرجع أصل الملكية السابقة،عملا بقاعدة الشهر المسبق،إضافة إلى مراجع التسجيل طبقا للمواد 93 إلى 100 من قانون التسجيل.

-وثيقة القياس:عندما يتضمن المحرر الرسمي تغيير في حدود الملكية الشيء الذي يؤدي إلى تعديل ارتكاز القسم.

---

[1] هذا ما تنص عليه المادة 90 من المرسوم رقم 76-63.

[2] جمال بوشنافة ،شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،المرجع السابق ،ص 183,

-قرار التجزئة:عندما يتعلق الأمر بعملية التجزئة حيث يتم شهر دفتر الشروط وقائمة الأقساط كاملة.

-رخصة التجزئة: رخصة التجزئة لها كأثر قانوني تحويل قطعة أرض ما تكون وحدة عقارية واحدة،إلى وحدتين أو عدد من الوحدات العقارية الجديدة،ولها أثر مادي هو تغيير الحدود ،الأشكال الهندسية والمساحات،ويكون الغاية من هذا التقسيم أن تستعمل القطعة الأرضية في تشييد البناية[1]،أو من أجل البيع أو الإيجار.[2]

إن هذا التحويل في الملكية العقارية لا يمكن إجراءه بكل حرية إذ يخضع للموافقة المسبقة للسلطة الإدارية والتقنية المكلفة بالتعمير[3]،كما أن هذه الوثيقة تخضع للإشهار بالمحافظة العقارية،وعليه فالمحافظ العقاري من واجبه إلزام تقديم رخصة التجزئة،قبل أن يقدم على إشهار أي وثيقة تتضمن بيع جزء مأخوذ من قطعة أرض أكبر مساحة.[4]

إن رخصة التجزئة لا تكفي ،وبالرجوع إلى المرسوم رقم 15-19 المعدل والمتمم في مادته 32 فكل عملية عقارية من بيع وهبة وإيجار غير على أرض مجزأة أو ضمن التجزئة تخضع لشرط

---

[1] وهذا ما نصت عليه المادة من المرسوم رقم 15-19،المؤرخ في 25-02-2015 يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها،ج ر،ع 07،المؤرخة في 12-02-2015،المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 20-342 المؤرخ في 22-11-2020،ج ر،ع 71،المؤرخة في 02-12-2020.

[2] كما جاء في نص المادة 02 من القانون رقم 08-15 يحدد قواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها،ج ر، ع 44،المؤرخة في 02-08-2008،على أنها: «لقسمة من أجل البيع أو الإيجار أو تقسيم ملكية عقارية إلى قطعتين أو عدة قطع مخصصة للبناء من أجل استعمال مطابق لأحكام مخطط التعمير».

[3] إن هذه الرخصة مطلوبة في العقار الحضري،والمنصوص عليها في قانون التهيئة والتعمير،في حين أن العقار الفلاحي لا يخضع للترخيص المسبق للتجزئة لانعدام النص التشريعي،لأنه عادة ما يلجأ الموثقين عند تحرير عقود قسمة الأراضي الفلاحية إلى اشتراط الرخصة من مديرية الفلاحة،فالموثق عند قسمة هذه الأراضي الفلاحية المشاعة ما عليه سوى البحث عن كل المعلومات المتعلقة بالأرض الفلاحية،لسيما بما يتعلق بالمساحة المرجعية المنصوص عليها بالمرسوم رقم 97-490 والمحدد لشروط تجزئة الأراضي الفلاحية.

[4] مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،رقم 5361،بتاريخ 16-10-1999،حول دور المحافظ العقاري في نظر بعض الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتعمير وبالبناء.

الحصول المسبق على شهادة القابلية للاستغلال والذي يسلمها رئيس المجلس الشعبي البلدي المختص إقليميا،ويجب أن يتضمن عقد البيع على بيانات هذه الشهادة التي تعد كشكلية جوهرية في عقد البيع.[1]

-شهادة المطابقة:إن شهادة المطابقة وحسب نص المادة 75 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير،والمادة 63 من المرسوم 15-19 المعدل والمتمم سالف الذكر تمنح بعد الانتهاء من أشغال البناء،وهي وثيقة تعلن أن إنشاء البناء وحدوده وطبيعته ومظهره الخارجي مطابق لما هو محدد في رخصة البناء المتعلقة به.

هذه الشهادة التي أثارت جدلا حول مدى اشتراطها أثناء شهر بيع العقار،وحول رفض بعض المحافظين العقاريين إيداع عقد بيع العقار لدى المحافظة العقارية باعتبار أن العقار قد شيدت عليه بناءات غير مكتملة،ولم يتم إحضار هذه الشهادة.

ولقد صدرت تعليمة في هذا الشأن بما نسميه بالتشريع الموازي،تلزم المحتفظ العقاري بأن يتحقق من وجود شهادة المطابقة قبل القيام بإشهار أي وثيقة تدل على وجود بنايات منجزة ولم تذكر في الوثيقة المشهرة من قبل المحافظة العقارية المتعلقة بنفس العقار،فإن كان العقد الرسمي المودع يتضمن تغيير بالنسبة للمحتويات المادية للعقار موضوع العقد وهذا مقارنة بالعقد المنشأ لأصل حق الملكية الفوري[2].غير أنه بموجب المذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية قبل ذلك،تحت رقم 5361،بتاريخ 16-10-1999،حول دور المحافظ العقاري في نظر بعض الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتعمير وبالبناء ،فقد أكدت أنه ليس من واجب المحافظ العقاري وليس من صلاحياته التحقق من وجود شهادة المطابقة في حالة بنايات جديدة.

---

[1] تنص المادة 32 من المرسوم 15-19 المعدل والمتمم على أنه : «أنه تخضع كل عملية عقارية على قطعة أرض موجودة ضمن الأراضي مجزأة إلى تسليم شهادة القابلية للاستغلال من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي.
كما يطلب تقديم شهادة قابلية الاستغلال أثناء كل عملية عقارية على القطع الأرضية التي تشمل مبان موجودة على الأرض المجزأة المقرر إحداثها.
=ويتضمن العقد المكرس لهذه العملية مراجع هذه الشهادة....».

[2] مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،رقم 01479،بتاريخ 28-03-2000،حول دور المحافظ العقاري في نظر بعض الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتعمير والبناء،وزارة المالية.

أما بالنسبة القانون رقم 08-15 المتعلق المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها ،قط نص في مادته 10 على أنه يمنع استغلال أو شغل أي بناية إلا بعد الحصول على رخصة المطابقة،وقد حددت المادة 15 منه البنايات المعنية بالمطابقة وفقا لأحكام هذا القانون،لكن البعض ذهب إلى تفسير مغاير لأحكام المادة 10 سالفة الذكر رغم وضوحها،وهي أنه قد تم منع البيوع دون الحصول على شهادة المطابقة لكن المادة تتحدث عن الاستغلال،أي الإيجار وبهذا فتحرير عقد إيجار لدى الموثق يحتاج إلى تقديم شهادة المطابقة وليس عقد البيع.

لكن بالرجوع إلى القضاء في إحدى قراراته،قد اعتبر أن رفض المحافظ العقاري لإيداع عقد بيع العقار لعدم إحضاره لشهادة المطابقة يكون قد تعسف في ذلك باعتبار أن المادة 54 و56 من المرسوم التنفيذي رقم 176-91 المؤرخ في 28 ماي 1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم وهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك الملغى [1]،لم تشترطا الحصول على شهادة المطابقة لشهر عقد بيع قطعة أرض شيد عليها بناءات غير مكتملة،وإنما اعتبرت أن شرط تقديم شهادة المطابقة دليل على أن أشغال البناء قد انتهت وفقا لأحكام رخصة البناء والمخطط،كما اعتبرت شهادة المطابقة تقوم مقام رخصة السكن،وأن السكن قد اكتمل وجاهز للسكن فيه،واستغلاله للغرض المطلوب فيه [2]، وهو ما نؤيده نظرا للغاية من شهادة المطابقة فلا مزايدة على المطلوب.

في الأخير نخلص إلى أ ن هذه الوثائق سالفة الذكر تودع إجباريا تحت طائلة رفض الإيداع،وتسلم للمودع وصل استلام يشير فيه إلى مراجع الإيداع وتاريخه ومرتبته،بحيث أن القيد في هذا السجل تتجلى أهميته في تحديد الأسبقية في عمليات الإيداع وبالتالي الأسبقية في عملية الشهر،وتجدر الإشارة إلى أن المديرية العامة للأملاك الوطنية حددت مفهوم الوثائق المرفقة ،وصرحت أنه لا يقصد بها الجانب المادي بمعنى إرفاق نسخة كاملة مع الوثائق الأصلية التي اعتمد عليها محرر العقد،وإنما يكفي كتابة المراجع الكاملة-تاريخ ورقم الشهادة أو الرخصة والجهة التي

[1] ج ر،ع 26،المؤرخة في 1991.

[2] قرار صادر عن مجلس الدولة رقم 19270،غ الثالثة،بتاريخ 29-11-2005، ،ص 03.

سلمتها–إذ أن تلك الشهادات والرخص تبقى محتفظا بها لدى مكاتبهم وتحت مسؤ ولياتهم ،وبذلك تكون قد سهلت عمل محرري العقود وكذا عدم تراكم مثل هذه الوثائق على مستوى المحافظات العقارية.[1]

2–تنفيذ إجراء الشهر:

بعد إيداع الوثائق لدى المحافظة العقارية ،وبعد أن يتأكد المحافظ العقاري من عدم وجود أي خطأ أو مخالفة وعلى وجه الخصوص استيفائها لقاعدة الشهر المسبق وشرط الرسمية ،وكذا الشروط المتعلقة بتعيين هوية الأطراف وتعيين العقارات ،يقرر إعطاء العقد أو الوثيقة الرسمية أو الحكم القضائي إجراء الشهر [2] ،وبمجرد انتهائه يقوم بجملة من الإجراءات التي تضفي على الشهر الصفة الكاملة وتتمثل في:

أ–التأشير على مجموعة البطاقات العقارية الأبجدية الشخصية:

يقوم المحافظ العقاري بمسك مجموعة البطاقات العقارية حسب الترتيب الأب جدي لأصحاب الحقوق والعقارات التي تم إشهارها ،وتشمل كل بطاقة على وجه الخصوص تعيين لأصحاب الحقوق المذكورين،وكذلك بالنسبة للأشخاص الطبيعية شروطهم الشخصية والمراجع الخاصة ببطاقات العقارات.[3]

حيث تحتوي كل بطاقة على قسمين:قسم علوي وقسم سفلي،فالأول يشمل على البيانات الخاصة بهوية أصحاب الحقوق ،وأما القسم السفلي يشمل على جميع العناصر المتعلقة بتعيين العقار تعيينا دقيقا.[4]

---

[1] نفس المرجع،ص 03.

[2] جمال بوشنافة ،شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،المرجع السابق ،ص 187.

[3] هذا وفقا لنص المادة 44 من المرسوم 76–63.

[4] تجدر الإشارة إلى أن هذا الترتيب لهذه البطاقات يترتب عليه إنشاء فهرس أبجدي مشكل من مجموعة البطاقات الشخصية،هذا يدل على أن الجزائر مازالت تأخذ بنظام الشهر الشخصي.

ب-التأشير على البطاقات العقارية :

إن شهر أية وثيقة يؤدي إلى التأشير على البطاقات العقارية،والتأشير على هذه الأخيرة وحسب المادة 34 من المرسوم 76-63 يشمل على وجه الخصوص بيان مايلي:

- تاريخ العقود والقرارات القضائية أو الوثائق.

-نوع الاتفاقات أو الشروط أو التسجيلات التي تم إشهارها.

-الموثق أو السلطة القضائية.

-المبلغ الأساسي للثمن أو التقدير أو المعدل.

-مبلغ الدين ومجموع الملحقات المضمونة.

ويجب أن يظهر في كل تأشير تاريخ الإشهار ومراجعه.

ووفقا للمادة 1/33 من نفس المرسوم يتم التأشير على البطاقات بكيفية واضحة ومقروءة وبالحبر الأسود الذي لا يمحى ،ما عدا التأشيرات المتعلقة بالتسجيلات التي تستفيد من نظام خاص بالتجديد فإنها تتم بالحبر الأحمر الذي لا يمحى.[1]

ج-التأشير على الدفتر العقاري:

إن الدفتر العقاري المحرر على أساس البطاقات العقارية ومسح الأراضي يشكل المنطلق الوحيد لإقامة البينة في نشأة الملكية العقارية [2]،وسندا قانونيا تقيد فيه جميع الحقوق وما يرد عليه من

[1] تجدر الإشارة إلى أنه وفقا للمادة 4/33 من نفس المرسوم على أن الأغلاط التي يمكن معاينتها في التأشيرات على البطاقات العقارية يمكن تصحيحها بمبادرة المحافظ العقاري أو بناءا على طلب حائز السجل العقاري.

[2] العتروس بشير ،الشهر العقاري في القانون الجزائري ،الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية ،الجزء الأول،الصادرة عن قسم الوثائق، المحكمة العليا ،الجزائر ،سنة 1995،ص 171.

أعباء[1]،وحسب المادة 18 من الأمر رقم 75-74 تنسخ فيه البيانات الموجودة في مجموعة البطاقات العقارية.

والتأشير على الدفتر العقاري يكون بطريقة واضحة ومقروءة باستعمال الحبر الأسود الذي لا يمحى والبياض يشطب عليه بخط والجداول مرقمة وموقعة،حيث تكتب فيه الأسماء العائلية للأطراف بأحرف كبيرة والأسماء الشخصية بأحرف صغيرة،كما يمنع التحشير والكشط ،والأغلاط أو السهو وتصحح عن طريق الإحالات.[2]

حيث يسطر خط، بالحبر بعد كل إجراء ،ويوضح المحافظ العقاري تاريخ التسليم والنص الذي بمقتضاه تم هذا التسليم.

ويسلم الدفتر إلى المالك الذي حقه قائم بمناسبة انشاء بطاقة عقارية مطابقة، وكل نقل لحق الملكية،عندما لا يكون سببا في انشاء بطاقات جديدة،يؤدي إلى ضبط الدفتر العقاري الذي أودعه المالك القديم وتسليمه إلى المالك الجديد.[3]

تجدر الإشارة إلى أنه لا يتم أي إجراء عندما تكون الوثائق المودعة غير مصحوبة بالدفتر العقاري،غير أنه وفقا لنص المادة 50 من المرسوم 76-63 يمكن للمحافظ العقاري أن يقوم بعملية الإشهار العقاري من دون أن يطلب الدفتر العقاري وذلك إذا تعلق الأمر:

-بعقد محرر أو بقرار قضائي صدر بدون مساعدة المالك أو ضده.

-بتسجيل امتياز أو رهن قانوني أو قضائي.

وفي هذه الحالات فإن المحافظ العقاري يبلغ الإشهار إلى حائز الدفتر العقاري بموجب رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام ،يتضمن إنذارا بأن يودع لدى المحافظة العقارية في أجل 15 يوما إبتداءا من تاريخ إشعار استلام الرسالة الموصى عليها قصد ضبط الدفتر العقاري.وفي حالة ما

---

[1] تنص المادة 19 من الأمر 57-74 المعدل والمتمم على أنه: «تسجل جميع الحقوق الموجودة على عقار ما وقت الإشهار في السجل العقاري،في الدفتر الذي يشكل سند ملكية.».

[2] وفقا لنص المادة 45 من المرسوم رقم 76-63.

[3] وفقا لنص المادة 46 من المرسوم رقم 76-63.

إذا بقي الإنذار بدون نتيجة ،فإن المالك الجديد يمكنه أن يحصل على دفتر آخر ،ويشار في البطاقة على الدفتر المحصل عليه.[1]

أما في حالة ضياع الدفتر أو إتلافه وبموجب طلب مكتوب ومسبب وبناءا على إثبات هويته،أن يحصل على دفتر آخر،ويؤشر في البطاقة على الحصول على هذا الدفتر.[2]

وعندما يكون شخصان أو أكثر أصحاب حقوق على الشيوع،فإنه وفقا لنص المادة 47 من المرسوم رقم 67-63،يعد دفتر واحد ويودع لدى المحافظة العقارية،ما لم يكن هؤلاء الأشخاص قد عينوا وكيلا من بين المالكين لحيازة هذا الدفتر،ويشار على البطاقة المطابقة إلى الجهة التي آل إليها الدفتر.

ثانيا-رفض الإيداع أو الإجراء:

إن المحافظ العقاري كما رأينا له صلاحيات واسعة في مراقبة مدى استفاء المحرر المودع أمامه على الشروط القانونية المطلوبة ،ويترتب على ذلك إما قبول الإيداع وتنفيذ عملية الشهر أو رفض لهذه الإيداع وبالتالي استحالة الإجراء الإشهار العقاري ،وإما قبوله مع رفض تنفيذ إجراء الشهر .

1-رفض الإيداع:

يملك المحافظ العقاري سلطة رفض الإيداع للعقود والقرارات القضائية المقدمة أمامه تمهيدا لإجراء الشهر ،وذلك في الحالات المذكورة في المادة 100 من المرسوم رقم 76-63 :

-عدم تقديم الدفتر العقاري.[3]

---

[1] تنص المادة 50 من المرسوم 76-63 على أنه: «إن الأحكام السابقة لا تتعارض مع حق الأطراف المعنيين الذين يطلبون إجراء ولهم أن يتقدموا إلى المحكمة من أجل الحصول على إيداع الدفتر بالمحافظة».

[2] هذا وفقا لنص المادة 52 من المرسوم 76-63.

[3] إلا في الحالات المذكورة في المادة 50 من المرسوم 76-63 سالفة الذكر.

-عدم تقديم مستخرج مسح الأراضي وفي حالة تغيير حدود الملكية وثائق القياس،فهاتان الوثيقتان تطلبان إذا تعلق الأمر بعقارات واقعة في مناطق ممسوحة.

-عندما يكون التصديق على هوية الأطراف وعند الاقتضاء على الشرط الشخصي الشرط الشخصي لم يتم،ولم يثبت ضمن الشروط المنصوص عليها في المواد 62 إلى 65 والمادتين 102 و103 من المرسوم رقم 76-63.

-وبصفة عامة عندما تكون أي وثيقة واجب تسليمها إلى المحافظ لم تقدم له أو لم تعط الإثبات المطلوب.

-عندما يكون تغيير العقارات لا يستجيب لأحكام المادة 66 من المرسوم رقم 76-63.

-عندما تكون الجداول التي نص على إيداعها بموجب المواد 93 و95 و 98 لا تحتوي على البيانات المطلوبة بموجب المواد المذكورة،أو عندما تكون هذه الجداول غير محررة على الاستمارات المقدمة من طرف الإدارة.

-عندما تظهر الصورة الرسمية أو النسخ المودعة بأن العقد الذي قدم للشهر غير صحيح من حيث الشكل،أو عندما لا تتوفر في هذه الصور أو النسخ الشروط الشكلية المنصوص عليها في التنظيم الجاري به العمل.

-في حالة مخالفة أحكام المواد من 67 إلى 71 والمتعلقة بالجدول الوصفي للتقسيم.

بالإضافة إلى حالات أخرى يتم فيها رفض الإيداع وهي:

-عدم تقديم التصريح التقييمي للعقار،أي عدم ذكر قيمة العقار بالدينار.[1]

-عدم دفع رسوم الشهر مسبقا قبل الإيداع.

[1] هذا ما جاء في المادة 12/353 من الأمر رقم 105/76 المتعلق بالتسجيل.

-في حالة ما إذا كانت المحافظة العقارية غير مختصة إقليميا طبقا للمادة 04 من المرسوم رقم 76-63.

إن المحافظ العقاري في جميع الحالات التي يرفض فيها الإيداع يبلغ قراره إلى الموقع على شهادة الهوية،ويتم هذا التبليغ المسبب قانونا حسب التمييز المنصوص عليه في المادة 3/107 إما مباشرة ،وإما بواسطة رسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام موجهة إلى الموطن المشار إليه في وثيقة النزاع.[1]

ويضع المحافظ العقاري تأشيرته موقعة ومؤرخة يوضح فيها مايلي:

-تاريخ قرار الرفض.

-النص الذي يبرر هذا القرار.

2-رفض إجراء الشهر:

قد يتم إيداع الوثائق ويتم قبولها ولكن رغم ذلك يرفض المحافظ العقاري إجراء الشهر العقاري،وذلك إذا تبيّن للمحافظ العقاري بعد الفحص الدقيق للوثائق توافر على الخصوص الحالات المنصوص عليها في المادة 101 من المرسوم رقم 76-63 وهي:

-عندما تكون الوثائق المودعة والأوراق المرفقة بها غير متوافقة.

-عندما يكون مرجع الإجراء السابق المطلوب بموجب المادة 95 /1 غير صحيح.

-عندما يكون تعيين الأطراف والعقارات أو الشرط الشخصي كما هو محدد في المادة 65 غير متوافق مع البيانات المذكورة في البطاقة العقارية.

[1] هذا ما نصت عليه المادة 108 من المرسوم رقم 76-63.

كما أضافت المادة 104 حالة أخرى وهي عندما يكتشف التحقيق المنصوص عليه في بأن الحق محل الإشهار غير قابل للتصرف فيه.[1]

إضافة إلى ذلك يرفض المحافظ العقاري تنفيذ الإجراء عندما يكون موضوع العقد أو سببه ليس مشروع أو مناف للأخلاق أو مخالف للنظام العام بكل وضوح [2]،وكذا عندما يظهر وقت التأشير على الإجراء أن الإيداع كان من الواجب رفضه.

وفقا لنص المادة 107 من المرسوم رقم 76-63 يقوم المحافظ العقاري بتبليغ الشخص الذي وقع على شهادة الهوية في أسفل الصورة الأصلية أو الجداول أو النسخ ،أو يرسل حسب الحالة إلى الموطن الذي أشار إليه الموقع المذكور في الوثيقة المودعة بموجب رسالة مع إشعار بالاستلام خلال أجل 15 يوما إبتداءا من تاريخ الإيداع ،من أجل القيام بإتمام الوثيقة غير الصحيحة،أو إيداع الوثائق التعديلية،ويؤشر على البطاقات بعبارة إجراءات قيد الانتظار.[3]

ففي حالة ما إذا لم يقم المعني بإصلاح السهو أو إيداع الوثائق التعديلية خلال 15 يوما من تاريخ التبليغ،أو قد أخبر المحافظ العقاري عن رفضه أو عدم قدرته على القيام بالتزاماته، فالمحافظ العقاري يرفض إجراء الشهر العقاري ويبلغ قراره للمعني بذلك.

الفرع الثالث:المنازعات التي يثيرها شهر البيع العقاري:

من أهم الصلاحيات التي يتمتع بها المحافظ العقاري إصدار قرارات رفض الإيداع ورفض الإجراء،فإذا أصدر هذه القرارات اعتبر ذلك توقيف لعملية الشهر العقاري لتصرف ما،لذلك ولتفادي تعسف المحافظ العقاري في استعماله لهذه الصلاحيات أجاز المشرع الطعن فيها أمام القضاء الإداري

---

[1] وهنا يتعلق الأمر بالشرط المانع من التصرف،هنا إذا أدرج في العقد المقدم للإشهار شرط يتضمن عدم التصرف في العقار لمدة معقولة،فهنا يرفض المحافظ العقاري إشهار التصرف الوارد على هذا العقار من أجل التصرف فيه لأنه محل شرط مانع.

[2] ما نصت عليه المادة 105 من المرسوم 76-63.

[3] حيث أنه هذه البطاقة التي تحمل عبارة إجراء قيد الانتظار هي التي يجب أن يؤشر عليها بالإجراء النهائي،،والإجراء يأخذ رتبته ذات أثر رجعي بتاريخ الإيداع،ويتم تثبيت تاريخ تنفيذه الفعلي عن طريق التسجيل من أجل الترتيب في سجل الإيداع.

بدعوى الإلغاء،وحتى في حالة وقوع ضرر لأحد الأطراف فهنا يمكنهم المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية الإدارية لارتكابه لخطأ مرفقي.

إضافة إلى ذلك يمكن لمن له مصلحة الطعن في العقود والتصرفات المشهرة،إذا اعترتها بعض العيوب على الرغم من اعتبار أن للشهر العقاري أثر تطهيري وحجية مطلقة.

البند الأول:دعوى الإلغاء ضد قرارات المحافظ العقاري:

حسب المادة 107 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، تبليغ قرار المحافظ العقاري برفض الإيداع أو الإجراء يتم برسالة موصى عليها مع طلب إشعار بالاستلام ،ترسل إلى المعني للأمر وذلك بعد انتهاء 8 أيام من انتهاء الأجل المطلوب لتصحيح السهو أو إيداع الوثائق التعديلية.ومن العدالة أن يعطى هذا الأخير الحق في الطعن في قرارات المحافظ العقاري برفض الإيداع أو الإجراء،ولهذا فقد نصت المادة 24 من الأمر رقم 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري على أنه تكون قرارات المحافظ العقاري قابلة للطعن أمام الجهات القضائية المختصة إقليميا.

وتبعا لذلك فإن قرار المحافظ العقاري قابلة للطعن القضائي سواء برفض الإجراء أو رفض الإيداع[1]،وباعتبار قراراته قرارات إدارية تختص بالنظر فيها المحكمة الإدارية المختصة إقليميا ،وذلك في أجل شهرين من تاريخ الإخطار بالرفض[2]،ولابد على المتضرر أن يبرز صورة التعسف والتجاوز

---

[1] أما المشرع الفرنسي وبموجب المادة 26 من المرسوم رقم 55-261 المؤرخ في 04-01-1955 ،كان ينص على الطعن في قرارات محافظ الرهون المتعلقة برفض الإجراء فقط،ولم ينص على إمكانية الطعن في قرارات رفض الإيداع،غير أن هذه التفرقة زالت بموجب القانون رقم 98-261 المؤرخ في 06-04-1998 في مادته 17 .

L'article 26 du Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, Modifié par Loi n° 98-261 du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière JORF 7 avril 1998 en vigueur le 1er juillet 1998,énonce :«Lorsqu'un document sujet à publicité dans un bureau des hypothèques a fait l'objet d'un refus du dépôt ou d'un rejet de la formalité, le recours de la partie intéressée contre la décision du conservateur des hypothèques est porté, dans les huit jours de la notification de cette décision, devant le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les immeubles».

[2] المادة 24 من الأمر رقم 75-74 المعدل والمتمم،وذلك خلافا لما تم النص عليه في المادة 829 ا م ا والذي نص على ميعاد 4 أشهر للطعن في القرارات الإدارية أمام المحاكم الإدارية من يوم التبليغ الشخصي بنسخة من القرار افردي أو من تاريخ نشر القرار الإداري الجماعي أو التنظيمي مع مراعاة نص المادة 830 ا م ا في حالة التظلم الجوازي أما الإدارة .

عند إصدار القرار من طرف المحافظ العقاري،كعدم ذكر النص القانوني المبرر له أو عدم احترام الإجراءات القانونية الواجبة الإتباع.

ويتجسد الطعن في قرارات المحافظ العقاري بواسطة عريضة مؤسسة وموقعة طرف المحامي،ولا بد من أن تتضمن البيانات المنصوص عليها في المادة 15 ا م ا،كما يجب إرفاق القرار محل الطعن بالعريضة رفع الدعوى وذلك تحت طائلة عدم القبول ما لم يوجد مانع مبرر وذلك طبقا للمادة 819 إ م إ.إذا ثبت أن المانع يرجع للإدارة بامتناعها عن تسليم نسخة للقرار محل الطعن فإن القاضي يستخلص نتيجة قانونية من جراء هذا المنع.

أما بالنسبة للتمثيل القضائي بالنسبة لهذا النوع من المنازعات، وبالرجوع إلى القرار الوزاري المؤرخ في 20-02-1999 الذي يؤهل أعواد إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة،فبالنسبة للدعاوى المرفوعة أمام المحكمة العليا أو مجلس الدولة أو محكمة التنازع، يؤهل لتمثيل الوزير المكلف بالمالية المدير العام للأملاك الوطنية في القضايا المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري،أما إذا تعلق الأمر بالدعاوى المرفوعة أمام المجالس القضائية والمحاكم الإدارية يؤهل لتمثيل الوزير المكلف بالمالية مديري أملاك الدولة ومديري الحفظ العقاري فيما يخص القضايا المتعلقة بأملاك الدولة والحفظ العقاري.

ويترتب على فصل المحكمة الإدارية في موضوع الدعوى المرفوعة ضد قرارات المحافظ العقاري برفض الإيداع أو الإجراء إما:

-أن يؤيد مطالب المدعي وبالتالي إلغاء قرار المحافظ العقاري وفي هذه الحالة يواصل المحافظ العقاري إجراءات الشهر.[1]

-أن ترفض مطالب المدعي وبالتالي يصدر الحكم لصالح المحافظ العقاري،فيؤشر هذا الأخير بهذا الحكم على البطاقة العقارية للعقار موضوع الشهر.

[1] هنا لابد من الإشارة إلى مسألة مهمة وهي أن المحكمة في هذه الحالة تلغي قرار المحافظ العقاري برفض الإيداع أو الإجراء،وبالتالي لا يتعلق الأمر بإلزامه بالقيام بقبوله للإيداع أو إجراء الشهر،لأن القاضي الإداري يحضر عليه أن يصدر أوامر للإدارة،أو الحلول محلها إلا وفقا لاستثناءات،لأنه في مجال الإلغاء فالقاضي الإداري إما يرفض الدعوى باعتبار أن القرار الإداري لا يشوبه أي عيب،أو يلغي القرار المطعون فيه باعتباره يشوبه عيب من العيوب.

البند الثاني:دعوى المسؤولية عن أخطاء المحافظ العقاري:

قد يرتكب المحافظ العقاري أخطاء أثناء ممارسة مهامه تضر بالغير تترتب عليه المسؤولية،والدولة هي التي تحل محله في دفع التعويض وذلك في حالة الأخطاء الوظيفية أي ارتكابه لخطأ مرفقي سواء كانت الأخطاء عادية[1] أو جسيمة،ويتم رفع الدعوى في أجل سنة من يوم اكتشاف فعل الضرر وإلا سقطت الدعوى،وتتقادم الدعوى بمرور 15 عام ابتدءا من ارتكاب الخطأ [2] ،وينعقد الاختصاص في دعوى التعويض للأخطاء الإدارية للمحاكم الإدارية،ولا يبقى للدولة سوى الرجوع عليه بدعوى الرجوع في دفع التعويض [3]وذلك إذا كان الخطأ الذي ارتكبه جسيما،بمفهوم المخالفة في الحالة التي لا يتصف فيها خطأ المحافظ العقاري بالجسامة رغم تحملها عبئ تعويض المتضرر لا يمكنها رفع دعوى الرجوع.[4]

ووفقا لما سبق ذكره،تجدر الإشارة إلى أن الدولة قد أخذت بمبدأ تعويض المتضررين من أخطاء المحافظ العقاري بموجب الشهر،وأخذت بجانب ذلك بمبدأ مهم وهو مبدأ الأثر التطهيري للشهر،أي أن الشهر يطهر التصرفات المشهرة من جميع العيوب مهما كان مصدرها ولا يمكن الطعن فيها ،ولا يبقى للمتضرر سوى طلب التعويض،لكن المشرع الجزائري وإن أخذ بالشهر العيني لم يأخذ بجميع مبادئه ،ومن بينها الأثر التطهيري،بحيث أعطى للأطراف الحق في الطعن في إجراءات الشهر والحقوق المشهرة المضرة بالغير ،إضافة إلى ذلك أعطى للمتضررين الحق في التعويض ومنه هناك تناقض بين النصوص القانونية.

---

[1] جمال بوشنافة،شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،المرجع السابق،ص 214.

[2] فهذا ما نصت عليه المادة 23 من الأمر 75-74 المعدل والمتمم سالف الذكر بنصها على ما يلي: «تكون الدولة مسؤولة بسبب الأخطاء المضرة بالغير والتي يرتكبها المحافظ العقاري أثناء ممارسة مهامه،ودعوى المسؤولية المحركة ضد الدولة يجب أن ترفع في أجل عام يحدد من اكتشاف فعل الضرر وإلا سقطت الدعوى ،وتتقادم الدعوى بمرور 15 عام ابتدءا من ارتكاب الخطأ».

[3] لم تتضمن النصوص القانونية المتعلقة بالشهر العقاري كيفية رجوع الإدارة على الموظف وإجراءات ذلك،ولهذا يتم الرجوع للقواعد العامة المتعلقة بكيفية رفع الدعاوى الإدارية المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية باعتبار دعوى الرجوع تتم بين الإدارة والموظف،وكما أنها ترفع من طرف المدير الولائي للحفظ العقاري المختص إقليميا،وتتقادم هذه الدعوى بمرور 15 يوما من دفع التعويض طبقا للقواعد العامة.

[4] لبيض ليلى،منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية،جامعة محمد خيضر،بسكرة،كلية الحقوق،2011-2012،ص 104.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي ،فقد كان ينص على مسؤولية محافظ العقاري والتي كانت ذات طبيعة مدنية وليست إدارية ولو تعلق الأمر بتسيير مرفق إداري، وبالتالي القضاء الإداري غير مختص ولو تعلق الأمر بخطأ مرفقي[1]،وهي بذلك مسؤولية شخصية يؤول الاختصاص في الفصل فيها أمام القضاء العادي،لكن الأمر لم يعد كما كان فقد أصبحت الدولة مسؤولة بدل عن المحافظ العقاري بموجب المادة 2450 ق م ف بصياغتها الجديدة[2] والمعدلة بموجب المادة 03 من الأمر رقم 2010-638 المؤرخ في 10-06-2010[3] ،وبذلك أصبحت المسؤولية العشرية التي تترتب عن أخطائه وإهماله المضر تتحملها الدولة[4] تطبيقا للمادة السابقة.[5]

البند الثالث:الطعن في الحقوق والتصرفات المشهرة:

قد أعطى القانون للمتضررين من أخطاء المحافظ العقاري إضافة إلى الحق في التعويض،إمكانية الطعن في التصرفات المشهرة وذلك بدعوى الإبطال أو الإلغاء أو النقض[6]،رغم القول بأن هذه التصرفات هي تصرفات رسمية وتتم أمام شخص من الغير يمثل الشرعية ألا وهو الموثق،كما أنها مشهرة مما يعطيها مركز قانوني معين لا يمكن المساس به.[7] ومنه فحجية هذه التصرفات هي حجية نسبية وليست مطلقة،لما قد يعتريها بعض العيوب التي تؤدي إلى إبطالها إذا ما تمسك بها صاحب المصلحة،كونها تقررت للمصلحة الخاصة.

---

[1] Stéphane Piedeliévre, traité de droit civil،la publicité foncière،L.G.D.J, delta, 2000, p 31.

[2] Rivière,Morlon et associés,bulletin juridique de droit civil,droit immobilier,09-01-2013.

[3] Ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, JORF n°0133 du 11 juin 2010, Texte n° 23.

[4] Jean-Pierre Laval, disparition* sans fleurs ni couronnes* des conservateurs des hypothèques,solution notaires,le mensuel,n 03,mars 2013,p 26 .

[5] l article 2450/4 CCF énonce :« …L'action en responsabilité de l'Etat pour les fautes commises par chaque service chargé de la publicité foncière est exercée devant le juge judiciaire et, sous peine de forclusion, dans le délai de dix ans suivant le jour où la faute a été commise».

[6] وهذا وفقا لنص المادة 85 من المرسوم رقم 76-63.

[7] هذا ما أكده قرار للمحكمة العليا رقم 148،61 مؤرخ في 30-04-1997 المجلة القضائية 199،ع 02 ،ص 47 :«من الثابت قانونا وقضاءا أنه إذا كان للعقد الرسمي قوة ثبوتية حتى يطعن فيه بالتزوير فيما يخص المعاينات التي قام بها الموثق نفسه،فإن المعلومات الأخرى المعطاة من قبل أطراف العقد تكون لها قوة إثباتية إلى غاية تقديم الدليل العكسي،ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين بتعمد من المدعين فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع »:مشار إليه:حمدي باشا عمر ،القضاء العقاري ،المرجع السابق ،ص 95.

حتى شهر الحق في التشريع الجزائري ليس سندا مطلقا للملكية ولو تحصل بموجبه صاحبه على الدفتر العقاري ،لأن المشرع قد أجاز الطعن فيها، والشهر لا يحصن العقد من العيوب التي تلحقه مما يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات ، لكن يبقى الطعن ما يبرره قد تسجل بعض البيانات خطأ إضرارا بأصحاب الحقوق الشرعية ،بناءا على مغالطة أو سهو أو تواطؤ ،وبالتالي لا يمكن أن يكون الشهر وسيلة لهضم حقوق الآخرين.

بمجرد الطعن بالحق المشهر بالبطلان أو الفسخ أمام القضاء فحجيته تزول بأثر رجعي وكأنه لم يكن،ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.

بالنسبة لقاعدة الاختصاص القضائي في النظر في الطعون في التصرفات المشهرة،فالطعن في التصرف المشهر يتضمن عملية مركبة وهي التوثيق والشهر معا،وإذا تم الطعن في التصرف في حد ذاته وذلك بإبطاله مثلا لوروده في ملك الغير أو لصورتيه أو الطعن في إجراءات إبرامه أمام محرر العقد،ونظرا للجهة محررة العقد ما إذا كان الموثق فالاختصاص يكون للقضاء العادي باعتبار أن العقد التوثيقي علاوة على أنه يهدف إلى حماية المصالح الخاصة ويخص الأشخاص الخاصة لا يتناسب مع المعايير المذكورة أعلاه للعقد الإداري،وهذا ما أكده القضاء في أكثر من موطن [1]،ويبقى هذا العقد غير خاضع لرقابة القاضي الإداري ولا لاختصاصه،وإن وجود إدارة عامة كطرف في النزاع لا يغير في شيء من طبيعة النزاع إذ يبقى من اختصاص القاضي العادي ،وهذا ما جاء في قرار للمحكمة مجلس الدولة[2]،باعتبار أن الأمر يتعلق بمناقشة عقد عادي مبرم أمام الموثق،على العكس ما ذهبت إليه محكمة التنازع في قرار لها أصدرته بتاريخ 21-12-2008 تحت رقم 73 ، على تطبيق المعيار العضوي

---

[1] بحيث جاء في قرار رقم 193141 مؤرخ في 08-05-2000،م د،غ الثانية،غير منشور: «حيث يستخلص من دراسة الملف أن المستأنفة التمست أمام قضاة الدرجة الأولى إلغاء العقد التوثيقي الصادر في 26-09-1962 الذي اشترى بموجبه المستأنف عليه العقار موضوع النزاع،حيث استقر القضاء بأن مثل هذا النزاع لا يخضع لاختصاص القضاء الإداري وذلك نظرا لطبيعة العقد المراد إلغاؤه الذي ليس له طابع إداري. »:مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق،ص 100.

[2] قرار مجلس الدولة بتاريخ 01-02-2005،م م د، 205،ع 5،ص 161 :مشار إليه : نويري عبد العزيز،الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي بشأن تحديد المنازعة الإدارية في الجزائر،دراسة تطبيقية،مجلة الحقوق والعلوم السياسية،عدد أول خاص بالملتقى المغاربي المقاربة المغاربية لمعيار القانون الإداري،،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي،جانفي 2015،ص 96.

بالنسبة لدعاوى إبطال العقود التوثيقية من طرف القضاء الإداري متى كان أحد أطراف الدعوى إدارة عمومية.[1]

وبهذا يكون القضاء قد اعتمد على المعيار العضوي والذي يأخذ في الحسبان طبيعة الأشخاص المعنية،ويكون القاضي الإداري مختصا إذا كان شخص معنوي عام طرفا في الخصومة مهما كانت طبيعة القضية،ولا يخرج من اختصاصه سوى ما استثناه المشرع بنص صريح .

أما إذا كان محرر العقد الرسمي مدير أملاك الدولة فالاختصاص يكون بطبيعة الحال أمام القضاء الإداري باعتبار العقد عقد إداري وارد على أملاك الدولة وجماعاتها المحلية، ويطبق المعيار الموضوعي سالف الذكر.

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة الطعن في إجراءات الشهر وفي أخطاء المحافظ العقاري، يؤول الاختصاص للقضاء الإداري في النظر فيها،باعتبار أن الشهر يتم في المحافظة العقارية والتي هي مؤسسة عمومية إدارية والمحافظ العقاري موظف عمومي.

وهكذا نكون قد فرقنا بين مسألة إبطال العقد ومسألة إبطال الشهر باعتبارهما عمليتين قانونيتين مختلفتين.

---

[1] ويتعلق الأمر بدعوى رفعتها بلدية سيدي بلعباس ضد مجموعة من الورثة طالبة فيها بإبطال عقد شهرة حرره أحد الموثقين، غير أن كلا من القضاء العادي ممثلا في المحكمة العليا والقضاء الإداري ممثلا في مجلس الدولة أثارا بعدم اختصاصهما النوعي في النظر في النزاع،وقد خلصت محكمة التنازع في قرارها المشار إليه إلى نتيجة مفادها أن القاضي الإداري هو المختص نوعيا في الخصام ،وهو نفس ما ذهبت إليه في قرار آخر لها بتاريخ 31-01-2011 تحت رقم 95 =ففي هذه القضية سبق لمديرية أملاك الدولة بالبليدة أن رفعت دعوى ضد مجموعة من الورثة طلبت فيها من القضاء المدني إبطال عقد بيع توثيقي مشهر غير أن الغرفة المدنية قضت بعدم الاختصاص النوعي،وعندما أقامت دعوى أمام القضاء الإداري قضت الغرفة الإدارية للمجلس بعدم اختصاصها النوعي،وعندما وصل هذا التنازع السلبي في الاختصاص لمحكمة التنازع أصدرت قرارها إذ جاء فيه على أنه: «إنه عندما يخص النزاع شخصا خاضعا للقانون العام-إدارة أملاك الدولة فإن الاختصاص يعود إلى الجهة القضائية الإدارية مثلما يستخلص من مقتضيات المادتين 800 و801 ا م ا»:مشار إليه :نويري عبد العزيز،المرجع السابق، ،ص 97 و98.

الفصل الثاني

الآثار القانونية لبيع العقار

أورد المشرع أحكاما تفصيلية بخصوص حقوق والتزامات البائع والمشتري وذلك في القانون المدني،وقد أعطى لالتزامات البائع أهمية كبيرة وذلك بهدف ضمان حقوق المشتري وتحقيق استقرار المعاملات، وبعث الثقة في نفوس المشتريين ،ولعل أهم هذه الالتزامات التي حظيت باهتمام المشرع وفي مختلف التشريعات التزام البائع بنقل الملكية ،والتزامه بالتسليم ،وكذا التزامه بضمان التعرض والاستحقاق وضمان العيوب الخفية،ويقابل هذا التزامات المشتري التي لا تقل أهمية عن التزامات البائع،وهي التزامه بدفع الثمن وهو الثمن الحقيقي والجدي،والتزامه بتكاليف البيع ومصروفاته،ناهيك عن التزامات أخرى مفروضة على كلا الطرفين بموجب قوانين خاصة تنظم أنواع أخرى من البيوع العقارية.

ويشار في هذا الصدد أنه قد وردت قيود تحد من ملكية المشتري للمبيع وذلك سواء كانت قيود اتفاقية كالشرط المانع من التصرف والاحتفاظ بالملكية أو قانونية كالحق في الشفعة.

وعليه سوف نتطرق إلى آثار البيع بالنسبة للبائع في **المبحث الأول**، وفي **المبحث الثاني** آثار البيع بالنسبة للمشتري والقيود الواردة على تملكه للمبيع.

المبحث الأول:آثار بيع العقار بالنسبة للبائع

يترتب عن بيع العقار التزامات تقع على عاتق البائع،منها ما ورد في القانون المدني وهي تلك الالتزامات التقليدية المعروفة،ومن بينها الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، بالإضافة إلى الالتزام بالتسليم ،وكذا الالتزام بضمان العيب الخفي وضمان التعرض والاستحقاق والالتزام بدفع تكاليف وأعباء الملكية المشتركة،والتزامات أخرى نصت عليها قوانين متفرقة ،نظرا لأن هذا بيع محله عقار وهذا الأخير كما رأينا سابقا تنظمه ترسانة قانونية مختلفة،وبالتالي اختلاف صيغ وتقنيات البيوع العقارية ،ويترتب على ذلك التزامات مختلفة تفرضها هذه القوانين على عاتق البائع.

ولهذا سوف نتطرق إلى التزامات البائع الواردة في القانون المدني في **المطلب الأول**،والتزامات البائع الواردة في قوانين أخرى في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول:التزامات البائع الواردة في القانون المدني

يترتب على البيع العقاري عدة التزامات على عاتق البائع،وقد قام المشرع بتنظيمها في القانون المدني،حيث أعطاها أهمية كبيرة وذلك من أجل ضمان حقوق المشتري وتحقيق استقرار المعاملات،ولعل أهم هذه الالتزامات التزام البائع بنقل الملكية والتزامه بالتسليم **(الفرع الأول)**،وكذا التزامه بالضمان(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول:التزام البائع بنقل الملكية والتسليم

نتطرق إلى التزام البائع بنقل الملكية في **البند الأول** و كذا التزامه بالتسليم في **البند الثاني**.

البند الأول: الالتزام بنقل الملكية:

طبقا للقواعد العامة فالالتزام بنقل الملكية هو أن يقوم البائع بما هو لازم لنقل المبيع إلى المشتري،وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا.[1]

لكن تجدر الإشارة إلى أن بمجرد إبرام العقد والتوقيع عليه من طرف المتعاقدين لدى الموثق وتحريره في الشكل الرسمي تنتهي مهمة البائع ،وتبدأ مهمة محرر العقد حيث يقع عليه التزام بنقل الملكية إلى المشتري وذلك بشهره بالمحافظة العقارية،وإلا يترتب على تقاعسه قيام البائع بالتصرف مرة ثانية في المبيع وهنا تثور إشكالية تزاحم المشترين في حالة البيوع المتتالية ومن له الأولوية أو من تنتقل إليه الملكية،وهذا ما سنتطرق إليه في هذا البند.

أولا-التزام الموثق بنقل الملكية المبيع:

حتى يعتبر عقد البيع العقاري صحيحا على البائع والمشتري التوجه لمكتب التوثيق لإبرام العقد،لكن هذا العقد الموثق لا يكفي في نقل الملكية وإنما لابد من القيام بإجراءات أخرى ،وهذه الإجراءات يقوم بها طرف آخر الذي يلعب دورا هاما في هذا المجال ،ألا وهو الموثق الذي يقع على عاتقه الالتزام بنقل الملكية.

والتزامات البائع تنتهي بمجرد التوقيع على العقد بخصوص نقل الملكية فقط،حيث نقل هذه الأخيرة يتم بشهر العقد في المحافظة العقارية ،ويعد التزاما يقع على عاتق الموثق أو مدير أملاك الدولة محرر العقد،وليس على البائع بخلاف القانون المصري [2]،ويتمثل هذا الالتزام بإيداع العقد لدى المحافظة العقارية من أجل إشهاره في الميعاد المحددة قانونا وهذا ما نصت عليه المادة 90 من المرسوم رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري،وهنا يتدخل طرف ثالث وهو المحافظ العقاري الذي يقوم بإشهار التصرف القانوني بعد القيام بمراقبة شكلية وموضوعية لهذا التصرف،وبهذا تنتقل الملكية باسم المتصرف إليه.

---

[1] وهذا ما تنص عليه المادة 361 ق م.

[2] حمدي باشا،نقل الملكية العقارية،المرجع السابق،ص 171.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب على محرري العقود والوثائق الخاضعة للشهر قبل إيداعها لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا تسجيلها بمصلحة التسجيل والطابع المختصة.[1]

ومنه يستشف من ذلك بأنه لا دخل لإرادة الأطراف المتعاقدة بالنسبة لموضوع شهر التصرف العقاري لدى إدارة الشهر العقاري،ولا يعتبر نقل الملكية العقارية التزاما على ذمة البائع فقط مثل الالتزامات الأخرى الملقاة عليه كالالتزام بضمان العيوب الخفية وضمان الاستحقاق والتعرض،وإنما مواصلة إجراءات البيع يكون على عاتق الموثق أو مدير أملاك الدولة حسب الحالة.

إن طبيعة التزام الموثق في نقل الملكية العقارية هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية،فباعتبار أن التزام الموثق هو تحقيق نتيجة بنقل العين المبيعة لفائدة المشتري،فإن تماطل الموثق عن أداء هذا الالتزام يكيف على أساس خطأ مهني جسيم يترتب عليه المسؤولية ،يتجسد في مطالبته بالتعويض قضاءا وجبرا عما لحق المتعاقد من أضرار [2]،لأن البائع مالك العقار قد يتصرف في المبيع مرة أخرى لفائدة الغير بسبب تهاون محرر العقد في إيداع العقود المحررة بواسطتهم بالمحافظة العقارية،من أجل إنشاء أو إزالة أو تعديل الحق العيني العقاري،وتكون للتصرفات العقارية الأسبقية والأولوية لمن سارع إلى الحصول على تأشيرة المحافظ العقاري حتى يتسنى له الإدعاء بوجود الحق العيني العقاري[3]،كما تلقى عليه مسؤولية تأديبية مهنية توقعها الغرفة الوطنية للموثقين والدولة.[4]

والالتزام كما قلنا سابقا يقع على محرر العقد سواء كان موثقا أم مدير أملاك الدولة،وذلك بصدد التصرف في محفظتها العقارية بالبيع،وبالتالي لابد من تسجيلها لدى مصلحة التسجيل وشهرها،ولهذا فقد كيف القضاء امتناع الإدارة بمثابة حالة تعدي [5] ،ولكن هنا بما أن حالة التعدي هي

---

[1] جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ،المرجع السابق،ص 179.

[2] مجيد خلفوني،المرجع السابق،ص 61.

[3] جمال بوشنافة،الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أسباب كسب الملكية العقارية،دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري،دفاتر السياسة والقانون،ع الرابع،جانفي 2011،ص 118.

[4] مجيد خلفوني،المرجع السابق،ص 65.

[5] وهذا ما أكده القرار رقم 4 مؤرخ في 12-06-2000،م د،غ الثانية،غير منشور: «حيث أنه مثله مثل أي عقد بيع إداري آخر فإن تحريره وتسجيله وأخيرا شهره هو من عمل الإدارة البائعة وليس المشتري.....وفي قضية الحال فإنها تجد نفسها مجبرة على أداء التزاماتها بجميع شكليات التسجيل والشهر لعقد الاكتتاب نهائيا بالنسبة للعارض،حيث أنه

تصرف تقوم به الإدارة خارج عن أي إطار قانوني أو تنظيمي،هل يمكن للقضاء توجيه أوامر للإدارة من أجل تكليفها بإتمام إجراءات التسجيل والشهر؟

وطبقا للمبدأ التقليدي يحظر على القاضي الإداري توجيه أوامر لجهة الإدارة أو الحلول محلها بناءا على طلب مقدم من طرف الأفراد [1]،غير أن لهذا المبدأ استثناءات ومن بينها حالة التعدي والاستيلاء،فإنه فيما يتعلق بالتعدي يجوز للقاضي الإداري توجيه أوامر للإدارة ،وإلزامها بإتمام شكليات التسجيل والشهر للعقد الإداري موضوع المطالبة القضائية.[2]

ثانيا–تزاحم المشترين في حالة البيوع المتتالية:

إن الملكية في البيع العقاري تنتقل عن طريق الشهر بالمحافظة العقارية،وبهذا فالبيع غير المشهر لا يرتب أثره العيني ويبقى البائع هو المالك،ولا يستطيع المشتري المطالبة بالمبيع وأن يرفع عليه دعوى الاستحقاق،كما لا يمكن لدائني المشتري المطالبة بالتنفيذ على العقار المبيع،ويمكن بمقتضى ذلك للبائع أن يتصرف فيه مرة أخرى بالبيع لأي شخص.

وبهذا قد يثور التنازع بين مشتريين من بائع واحد على نفس العقار،فكلاهما قد اشتريا العقار بعقد صحيح لكن واحد منهما فقد من سارع بالحصول على تأشيرة المحافظ العقاري، وهنا الأفضلية تكون لصاحب الحق المشهر وهو الذي تنتقل إليه ملكية المبيع.وقد يثور التنازع بينهما على نفس المبيع وكلاهما تم شهر عقديهما بالمحافظة العقارية فتكون هنا الأسبقية لمن أشهر حقه قبل الآخر وهو من

برفضها القيام =بشكليات التسجيل والشهر لعقد الاكتتاب، فإن البلدية تمارس سلطاتها وأن ىسلوكاتها التي لا تدخل في أي إطار قانوني تعد بمثابة تعدي.»:مشار إليه: حمدي باشا،القضاء العقاري،المرجع السابق،ص 48 و49.

[1] فريدة مزياني،آمنة سلطاني،مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليها،مجلة المفكر،ع السابع،المركز الجامعي الوادي،ص 122.

[2] غير أنه هناك تناقض بين أحكام القضاء بخصوص مدى جواز تقديم القضاء أوامر للإدارة،ومن بينها القرار الصادر عن مجلس الدولة رقم 519 المؤرخ في 08–11–1999،غير منشور،والذي قضى: «حيث أن خيار البيع من عدمه يشكل إحدى صلاحيات الإدارة وأن هذه الصلاحية تدخل في الاختصاص التقديري،حيث أنه وفي هذه الأحوال لا يمكن للقاضي سوى التحقق من أن الإدارة لم ترتكب خطأ يتعلق بالوقائع أو بالقانون كما أنها لم تنحرف بالسلطة غير أنه لا يمكن للقاضي على الإطلاق إصدار أوامر للإدارة » .:مشار إليه:حمدي باشا،حماية الملكية العقارية الخاصة،المرجع السابق،ص150.

تنتقل إليه الملكية، باعتباره الأساس الذي تقوم عليه عملية الشهر العقاري،وليس لمن تعاقد مع البائع أولا.

لكن هل يجوز للمشتري الطعن في الإشهار الأول باعتباره دائنا للبائع بمقتضى عقد؟

إن الإجابة عن هذا السؤال يقتضي منا التفريق بين حالتين:وهي علم المشتري الثاني بعملية البيع الأولى أو عدمه.

ففي الحالة الأولى وهي حالة علم المشتري الثاني بعملية البيع الأول غير المشهر ،فهناك فريق يرى أنه من حق المشتري الأول إبطال البيع الثاني المشهر في السجل العقاري،لأن المشتري الثاني سيء النية .

أما الفريق الثاني فيرى أنه مجرد العلم لا يكفي لإبطال البيع المشهر إلا إذا أثبت المشتري الأول تواطىء بين البائع والمشتري الثاني من أجل هضم حقوقه ومنعه من تنفيذ عقد [1]،مبررا في ذلك بأن علم المشتري الثاني يشكل قرينة على وجود تواطؤ إلا أن هذه القرينة قابلة لإثبات عكسها وذلك بأنه حسن النية ،ويقع عبء الإثبات على المشتري الأول ،عملا بالقاعدة:« البيّنة على من ادعى».

وفي الحالة الثانية وهي حالة عدم علم المشتري الثاني بالبيع الأول،فتتفق جميع الآراء أن المشتري الثاني تثبّت ملكيته،وحججهم في ذلك أنه اشترى بالاستناد إلى قيود السجل العقاري والبيانات الواردة فيه،وأنه لم يكن يعلم بالبيع الأول فيفترض فيه حسن النية .

لكن يمكن القول على أنه بالرجوع مختلف النصوص القانونية التي تنظم الشهر العقاري،فالمشرع قد أخذ بقاعدة الأسبقية بالشهر،ويكون بذلك آخذ بالظ اهر لاستقرار المعاملات،ولم يبحث في مدى توفر حسن أو سوء نية المتصرف إليه الثاني في ابرام عقد البيع ومدى علمه بوجود تصرف سابق لم يخضع لعملية الشهر.

البند الثاني:التزام البائع بالتسليم:

لا يكفي انتقال الملكية قانونا إلى المشتري بل لابد من حيازته للمبيع –la détention– حتى يستطيع تحقيق المنافع التي قصدها بالشراء[1] ويتم ذلك بالتسليم ،ويعتبر هذا الالتزام من الناحية النظرية في المرتبة الثانية في الأهمية بعد الالتزام بنقل الملكية ،وفي المرتبة الأولى من الناحية العملية،وقد خصص له القانون المدني الجزائري المواد من 364 ق م إلى 370 ق م لتنظيم أحكامه مبينا عناصره،وطريقة التسليم ،وكذا مشتملاته، وحالة المبيع وهلاكه ،مقداره.

أولا–مفهوم التسليم:

إن التسليم هو الالتزام الثاني الذي رتبه القانون على البائع في عقد البيع،ويقصد به حسب المادة 367 ق:«وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ،ولو لم يتسلمه تسلما ماديا مادام البائع قد أخبرة بذلك بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

قد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع،إذا كان المبيع موجودا تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية.».

ومن هنا يتضح لنا أن التسليم هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري ،بحيث يستطيع أن يباشر عليه سلطاته كمالك دون أي عائق أو مانع،كما لا يستلزم الأمر حيازته ماديا مادام البائع قد أخبره بذلك ،ومن أمثلة المانع:عدم تخلية العقار من الأثاث ،وبقاء المستأجرين في العين المبيعة ،أو بمحصولها دون جنيها من طرف البائع مالك الأرض.

[1] وقد جاء في المادة 167 ق م ما يلي:«الالتزامات بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم».

أما المشرع الفرنسي فقد عرف التسليم في نص المادة 1604 ق م ف،بأنه: « نقل الشيء المبيع إلى سلطة وحيازة المشتري».[1]

ولكن ما يلاحظ من خلال هذا التعريف أن التسليم وفقا لهذه المادة هو الذي ينقل المبيع إلى سلطة المشتري ،وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد استمد أو استعار هذا التعريف من الفقيه دوما دون أن ينتبه إلى المبدأ الجديد الذي جاء به وهو انتقال الملكية كقاعدة عامة بمجرد انعقاد العقد،ذلك أن الفقيه دوما كان يعرف التسليم آنذاك بأنه التسليم الناقل للملكية[2] ،بالتالي يكون المشرع الفرنسي قد أخلط بين التسليم كأثر من آثار عقد البيع وبين التسليم الناقل للملكية كما كان عليه في القانون الروماني.ولهذا فالمشرع الجزائري وحتى المصري[3] قد تفادا أوجه النقد الموجهة لتعريف التسليم في القانون المدني الفرنسي،وذلك لأنهما قد عرفا التسليم بأنه وضع المبيع تحت تصرف المشتري.

ثانيا–طرق التسليم:

بالرجوع إلى المادة 1/367 ق م فإنه يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع[4]،وهنا طبيعة الشيء المبيع ما إذا كان منقولا أو عقارا، والمشرع لم يتدخل ليضرب لنا أمثلة عن طرق التسليم كما فعل المشرع الفرنسي وغيره [5] في المواد 1605 و1606[6] و1607 [7]ق م ف،حيث أن هذا الأخير بين لنا كيف يتم التسليم في المنقول والحقوق المعنوية والعقار،وتسليم هذا الأخير حسب

---

[1] l article 1604 CCF énonce :« La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.»

[2] Ghestin jacques et Désché Bernard, traité des contrats, la vente, éd L, G, D, J, paris, 1990 p 717.Voir aussi : Malaurie Philippe et Aynes Laurent et Gauthier Pierre Yves, droit civil. les contrats spéciaux,2e ed, L,G,D,J, Défrénois ,Paris, 2005, p 165.

[3] وهذا ما أخذت به المادة 367 ق م ج، والمادة 435 ق م م.

[4] تنص المادة 367/ 1 ق م ج على أنه :« يحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع ...».

[5] كذلك نجد المشرع اللبناني بين لنا طريقة تسليم العقار ،وهذا ما أشارت إليه المادة 403 موجبات لبناني بأنه: « يتم التسليم إذا كان المبيع عقارا بالتخلي عنه وتسليم مفاتيحه عند الاقتضاء و يشترط ألا يلاقي المشتري أي عائق يحول دون وضع يده على المبيع».

[6] L article1606 CCF énonc:« La délivrance des effets mobiliers s'opère :
Ou par la remise de la chose,
Ou par la remise des clefs des bâtiments qui les contiennent,
Ou même par le seul consentement des parties, si le transport ne peut pas s'en faire au moment de la vente, ou si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre.»

[7] L article CCF énonce: «Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire.»

ما جاء في المادة 1605 ق م ف يكون بتسليم المفاتيح عندما يكون هناك مبنى، أو بتسليم سندات الملكية.[1]

وبالرجوع إلى نص المادة 367 ق م سالفة الذكر نجد أن المشرع قد تطرق إلى نوعين من التسليم،التسليم القانوني و التسليم الفعلي–المادي– والذي اعتبرهما المشرع الجزائري نفس الأمر رغم اختلافهما ،وكذا التسليم الحكمي.

1–التسليم القانوني والفعلي:

يقصد بالتسليم الفعلي أو المادي أو كما يسميه البعض بالتسليم الحقيقي،بأنه هو التسليم الذي يصاحبه استيلاء المشتري فعليا على المبيع [2]،والصورة الواضحة للتسليم المادي هي قبض المشتري للمبيع بحيازة المفاتيح والسندات المثبتة للملكية،وتسليم البيت والأرض يكون بإخلائها لكي يستطيع المشتري وضع يده عليها.

أما التسليم القانوني فهو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته دون مانع ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا، وإعلامه بذلك ،ويكون البائع قد نفذ التزامه بتسليم المبيع بتوفر عنصري وضع المبيع تحت تصرف المشتري وإعلامه بذلك.[3]

ويرى البعض أن التسليم الفعلي هو القانوني كما هو الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري ،رغم أن الأمر يختلف بينهما،باعتبار التسليم الفعلي هو الحيازة المادية بينما القانوني لا يشترط ذلك بل فقط الحيازة القانونية.

ولنا أن نتساءل هل يعتبر شهر العقار تسليما قانونيا للعقار أم الأمر يحتاج إلى قبض فعلي للقول بأن التسليم قد تم؟

---

[1] L article 1605 CCF énonce :« L'obligation de délivrer les immeubles est remplie de la part du vendeur lorsqu'il a remis les clefs, s'il s'agit d'un bâtiment, ou lorsqu'il a remis les titres de propriété ».

[2] عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني ،البيع والإيجار،دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية،دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ،1430–2009،ص 135.

[3] وقد أخذ بذلك كذلك المشرع الأردني وذلك في المادة 494 ق م أردني،بحيث اعتبر تسليم المبيع فعليا يكون إما بالتسليم المادي بالفعل أو بالتسليم بإخلاء المبيع مع إذن البائع بقبضه وعدم وجود مانع يحول دون حيازته.

إن الغرض الفقهي من تسليم المبيع إنما هو تنفيذ العقد ،بحيث يصير المبيع تحت سلطة المشتري ليصبح هو المتصرف فيه،فلا يتمكن البائع من أن يتصرف فيه مرة ثانية ويسلمه إلى غيره،وعملية شهر العقد تتحقق فيها هذه النتائج في حكم القانون،فمتى تم شهر العقار على اسم المشتري انقطع عنه كل حق للبائع،وكل يد أخرى على العقار تعتبر يد غير مشروعة.وإذا قيل إن البائع لو لم يسلم العقار فعلا إلى المشتري بعد الشهر يحتاج المشتري إلى إقامة الدعوى عليه ليجبره على الإخلاء،والدعوى عندئذ ليست دعوى تسليم مبيع لأنه لم يسلم وإنما هي دعوى نزع يد غير مشروعة ،كما لو غصب العقار غاصب فأقام عليه المالك دعوى نزع اليد.[1]

ومن وجهة نظر قانونية فبشهر العقار في السجل العقاري،يرتب أثره العيني في نقل الملكية،ويصبح المشتري مالكا للعقار حتى ولم تتم حيازته أي دون تسليم مادي،وبمجرد تسليمه للسندات العقارية المثبتة لملكيته فإنه بمثابة تسليم قانوني للعقار،ومنه نفرق بين التسليم القانوني الذي تم الإشارة إليه وبين التسليم المادي وهو تسليم المفاتيح مثلا،وبين تسليم المنقول الذي يتم بتسليم مادي أي بالقبض[2]،الذي يشترط فيه التسليم المادي بالمناولة باليد ،مادام البائع قد أعلمه بأنه وضع المبيع تحت تصرفه.[3]

2-التسليم الحكمي:

يقصد بالتسليم الحكمي هو الذي يتم دون أن تنتقل فيه حيازة المبيع ماديا وفعليا إلى المشتري،ويتم بمجرد تراضي الطرفين على المبيع إذا كان موجودا تحت يد المشتري قبل البيع ،أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية ،وهو ما جاء في المادة 2/367 ق م سالفة الذكر.ويتضح من هذه المادة أن التسليم الحكمي يتم :

---

[1] عباس العبودي،المرجع السابق،ص 119.

[2] وتطبق في هذه الحالة الحيازة في المنقول سند الملكية.

[3] فمثلا ما ذهبت إليه محكمة التمييز السورية بقرار لها تحت رقم 87 الصادر أن تسجيل الحصة الموهوبة من عقار على اسم الموهوب له تسليما كافيا تتم به الهبة دون حاجة إلى قبض فعلي ونفس الأمر ينطبق إذن على بيع العقار:مشار إليه:مصطفى أحمد الزرقا،المرجع السابق،ص 122.

– إذا كان المبيع في حوزة المشتري قبل البيع بأي صفة أو سبب آخر غير البيع،كأن يكون مستأجرا أو مرتهنا أو معيرا،ثم يقع البيع فيعتبر حائزا للمبيع فلا يحتاج إلى استيلاء ،وإنما فقط بمجرد الاتفاق مع البائع على أن يبقى المبيع في حيازته كمالك.

–أن يبقى المبيع في حيازة البائع بعد البيع لا كمالك ولكن كمستأجر أو مستعير أو مودع عنده أو مرتهن،فبدلا من أن يسلم المشتري المبيع ثم يعود بتسلمه كمستأجر أو مودع يبقى في حق البائع بعد أن يتفق مع الطرفان على أن هذا يعد تسليما من طرف المشتري.[1]

وقد أضاف بعض التشريعات المدنية من بينها المشرع الأردني إلى حالات أخرى للتسليم الحكمي وهي:[2]

–إذا اتفق المتبايعان على اعتبار المشتري مستلما للمبيع ونصت على ذلك المادة 496 ق م أردني.

–إذا أوجبت النصوص التشريعية بعض الحالات تسليما وذلك عملا بالمادة 496 ق م كما في حالة هلاك المبيع قبل التسليم أو تلف بفعل المشتري.

–في حالة تسجيل المبيع باسم المشتري عندما تتعلق النصوص التشريعية بنقل الملكية على التسجيل الرسمي،أي الشهر العقاري.[3]

ثالثا–مشتملات تسليم المبيع:

يتم التسليم بتسليم المبيع ومشتملاته–ملحقاته–والانتفاع بالمبيع لا يكتمل دون هذه الملحقات،وتعرف هذه الأخيرة بأنها الأشياء المخصصة لاستعمال الشيء بصفة دائمة [1]،أو هي الأشياء

---

[1] المادة 367 فقرة قانون المدني.

[2] عباس العبودي،المرجع السابق،ص 137.

[3] وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز في القضية رقم 6/3124،2001–1–2002،منشورات عدالة،على أنه: «إن القاعدة القانونية المقررة في اعتبار المشتري مستلما للمبيع،إذا تم التسليم بتسجيل المبيع باسم المشتري،عندما تعلق النصوص القانونية التشريعية نقل الملكية على التسجيل الرسمي »:مشار إليه:عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 350.

المعدة لاستعماله ليحقق المنفعة المرجوة منه،بحسب طبيعته أو مقتضيات العرف أو اتفاق المتعاقدين[2]،وملحقات المبيع ليست أصله،الأجزاء المكونة له ،وليست متولدة عنه كالثمار والمنتجات،بل هي أشياء مستقلة عنه أعدت لتكون تابعة للأصل وملحقة به بشكل دائم.[3]

إن المشرع الجزائري لم ينص على هذه الملحقات،لكن لا يعني ذلك أنه تجاهلها باعتبارها ضرورية لاستعمال المبيع بصورة دائمة،أما المشرع المصري فقد نص عليها في المادة 432 ق م م على أنه:«يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع أو كل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين.[4]

أما المشرع الفرنسي فقد نص على ضرورة تسليم الملحقات المبيع ،وكل ماهو مخصص لاستعماله بصفة دائمة.[5]

وبالتالي فتسليم المبيع يكون بتسليمه وتسليم ملحقاته ومشتملاته ،ولتحديد ما إذا كان الشيء من ملحقات المبيع أو مشتملاته فإنه يستخلص ذلك من قصد المتعاقدين صراحة أو ضمنا ،وإلا لمحكمة الموضوع أن تستخلص ذلك من طبيعة الشيء أو عرف الجهة.[6]

وما يلاحظ أن التشريعات التي حددت أو بينت المقصود بالملحقات لم تورد أمثلة في النصوص،إذ تركت ذلك لاجتهاد الفقه واستنباط القضاء،مراعيا في ذلك ظروف التعاقد وعلى الخصوص طبيعة الشيء المبيع وقصد المتعاقدين.[7]

---

[1] زاهية سي يوسف،المرجع السابق،ص 145.

[2] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 331.

[3] عباس العبودي،المرجع السابق،ص 133.

[4] أما فيما جاء في المادة 517 من قانون المعاملات الإماراتي أنه: « يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى عليه العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم يذكر في العقد »،ونفس الشيء جاء في المادة 490 من القانون المدني الأردني.

[5] l article 1615 CCF énonce :« L'obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel».

[6] خلف محمد،عقد البيع على ضوء الفقه وأحكام النقض،دار الفكر والقانون،دون ذكر عدد الطبعة والسنة،ص 353.

[7] أمازوز لطيفة،التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري،أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2011،ص 211.

ومن هنا سوف نحاول إيراد أمثلة لما هو من الملحقات ،ويمكن التمييز في هذا الصدد بين الملحقات المادية والملحقات القانونية.

1-الملحقات المادية للعقار:

يعتبر من ملحقات العقار المنقولات التي يعتبرها القانون عقارات بالتخصيص،والعقار بالتخصيص وفقا لنص المادة 683 ق م هو ذلك المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا لخدمة هذا العقار أو استغلاله ،وبهذا فهو من ملحقاته المادية.

ويشترط هنا لإضفاء على المنقول صفة العقار بالتخصيص،أن يضع المالك نفسه هذا المنقول في خدمة العقار، بما يسمى بإتحاد المالك،إذ يجب أن يكون مالك العقار بالتخصيص أي مالك المنقول الملحق هو نفس مالك العقار الأصلي،وعليه لا يكون عقارا بالتخصيص المنقول الذي يضعه المستأجر أو الدائن المرتهن رهن الحيازة أو صاحب حق الانتفاع رصدا لخدمة العقار المؤجر أو المرهون.[1]

إن المشرع الفرنسي قد اعتبر كل عقار بالتخصيص هو الأشياء التي يضعها المالك لخدمة العقار وكذا استغلاله وهذا وفقا لنص المادة 524 ق م ف[2]،وقد أعطى المشرع الفرنسي تطبيقات لذلك في نفس المادة.

وعليه تعتبر عقارات بالتخصيص الحيوانات التي يرصدها مالك العقار لنفس الغرض،وكذا آلات الحرث،البذور المعطاة للمزارعين أو المزارعين المستأجرين،خلايا النحل،المعاصر والمراجل والأنابيب والخواني،والدنان لتقطير الخمور،الآلات الضرورية لاستغلال معامل الحديد،معامل الورق

---

[1] نفس المرجع،ص 215.

[2] l article 524 CCF énonce :« Les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.
Les animaux que le propriétaire d'un fonds y a placés aux mêmes fins sont soumis au régime des immeubles par destination.
Ainsi, sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds :
Les ustensiles aratoires ;
Les semences données aux fermiers ou métayers ;
=Les ruches à miel ;
Les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes ;
Les ustensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines ;
Les pailles et engrais.
Sont aussi immeubles par destination tous effets mobiliers que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure).

والمعامل الأخرى،السماد،كما تعتبر عقارا بالتخصيص جميع الأشياء المنقولة التي يربطها المالك بالعقار بصفة دائمة.

وقد بينت المادة 525 ق م ف،ما هي الأشياء المنقولة والتي يربطها المالك بالعقار بصفة دائمة،وهي إذا قام بإلصاقها بالعقار عن طريق الجبس أو الجير أو الإسمنت،والتي لا يمكن فصلها دون كسر أو تلف،أو دون كسر أو إتلاف جزء من العقار الذي التصقت به تلك الأشياء المنقولة،وتعتبر مرايا المساكن قد ربطت به على الدوام إذا كان الخشب الذي ألصقت به المرايا يتحد مع خشب الحائط،وكذلك نفس الحكم بالنسبة لألواح التصوير وجميع الحلي–كل ما تزين به المساكن–،أما بالنسبة للتماثيل فإنها تكون عقارات إذا وضعت في أماكن محفرة في الحائط خصيصا لوضعها فيها،حتى ولو أمكن نقلها دون أن تنكسر أو تتلف.[1]

وبهذا تعتبر عقارات بالتخصيص تشملها عملية البيع،المنقولات التي وضعها مالك العقار لخدمة العقار واستغلاله،بالإضافة إلى المنقولات التي يربطها المالك بعقاره بصفة دائمة بحيث لا يمكن فصلها عنه دون تلف أو كسر.

والمشرع الجزائري لم يحذو حذو المشرع الفرنسي في التمييز بين تخصيص المنقول لخدمة العقار واستغلاله ،وبين تخصيص المنقول بصفة الدوام لتزيين العقار وذلك بجعله ملصقا بالعقار بالجبس أو الاسمنت على ضوء ما ذكرناه آنفا.

ويمكن الإشارة إلى أن إدخال العقارات بالتخصيص ضمن ملحقات العقار المبيع إنما هي مجرد قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين في البيع الاختياري،فالمالك يستطيع أن يحدد في عقد البيع أن العقارات بالتخصيص غير داخلة في البيع [2]،وعلى عكس ذلك فإنه في البيع القضائي للعقار فإن العقارات بالتخصيص يجب أن تدخل إجبارا في عملية البيع.

---

[1] l article 525 CCF énonce :« Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre ou à chaux ou à ciment, ou, lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à laquelle ils sont attachés. Les glaces d'un appartement sont censées mises à perpétuelle demeure lorsque le parquet sur lequel elles sont attachées fait corps avec la boiserie. Il en est de même des tableaux et autres ornements. Quant aux statues, elles sont immeubles lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration».

[2] أمازوز لطيفة،المرجع السابق،ص 222.

2-الملحقات القانونية للعقار:

إن المشتري يعتبر خلفا خاصا للبائع في ملكيته للعين المبيعة،وبالتالي هل تنتقل إليه آثار العقود -من حقوق والتزامات- التي أبرمها البائع بخصوص الشيء المبيع باعتباره من الخلف؟

وفقا لنص المادة 109 من ق م على أنه: « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص،فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه».

ويتضح من هذا النص على أنه لانتقال الحقوق والالتزامات إلى المشتري باعتباره الخلف الخاص بتوافر الشروط التالية:

-عدم انصراف إلى المشتري إلا آثار العقود التي تمس نفس الشيء،وبمفهوم المخالفة إذا كان العقد الذي يبرمه العاقد لا يتصل بهذا الشيء فآثاره لا تنصرف إليه.

-لا ينصرف إلى المشتري إلا آثار العقود التي أبرمها البائع قبل التعامل معه،بمعنى سابقا على انتقال الشيء من السلف إلى الخلف.

-أن تكون الحقوق والالتزامات التي أنشأها البائع من مستلزمات الشيء الذي انتقل للمشتري،وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا نشأت من أجل خدمة هذا المال بطريق مباشر على النحو يمكن معه القول بأنها مكملة للحق الذي انتقل إلى المشتري ،وبهذا الوصف تعتبر من توابعه،ويمكن تبرير انتقالها على أساس قاعدة أن توابع الشيء تلحق به عند التسليم [1]،ومن أمثلة ذلك حق ارتفاق اكتسبه المالك السابق بموجب عقد ،وكذا الحق الناشئ عن عقد التأمين أبرمه المالك السابق ضد خطر الحريق على العين التي انتقلت إلى المشتري،نقل الدعاوى القضائية المرتبطة بالعقار إلى المشتري كتابع له.

-علم الخلف الخاص بالالتزامات والحقوق في الوقت الذي ينتقل الشيء المبيع إليه،خاصة بالنسبة للالتزامات والتي تعد قيودا على الشيء المبيع ،ومن ثم يجب أن يعلم بها حتى تسري في

[1] أمازوز لطيفة،المرجع السابق،ص 224.

مواجهته،أما بالنسبة للحقوق التي يستفيد منها والتي تمخضت لمصلحته فلا تبدو أهمية لاشتراط علمه بها.

ومما سبق ذكره فإنه تنتقل إليه آثار العقود –من حقوق والتزامات– التي أبرمها البائع بخصوص الشيء المبيع مع عقد البيع باعتبارها من الملحقات القانونية للعقار،وتتمثل فيما يلي:

أ–انتقال الحقوق العينية الأصلية والتبعية:

نفرق بين انتقال الحقوق العينية الأصلية وبين انتقال الحقوق التبعية.

أ.1–انتقال الحقوق العينية الأصلية:

إن الحقوق العينية الأصلية المتعلقة بالعقار يجب أن تنتقل إلى المشتري باعتبارها من ملحقاته،ويستفيد منها دون اشتراط خاص،ومن هذه الحقوق العينية الأصلية كحق الانتفاع وحقوق الارتفاق،كحق المرور وحق المجرى.[1]

أما بالنسبة للارتفاقات السلبية ،فإنه لا يتحملها المشتري إلا إذا كانت ظاهرة ومعلن عنها،كما أنه لا يضمنها البائع وذلك بمفهوم المادة 2/377 ق م،على العكس إذا ما كانت غير معلن عنها.

أ.2–انتقال الحقوق العينية التبعية:

إضافة إلى انتقال الحقوق العينية الأصلية فإنه كذلك تنتقل الحقوق العينية التبعية وذلك باعتبارها من ملحقات العقار القانونية، كحق الرهن مثلا،باعتبار أن المشرع قد سمح للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، ,أي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن وهذا ما نصت عليه المادة 894 ق م،وبالتالي فالملكية تنتقل مثقلة بالرهن مادام الدائن قد قيد حق الرهن قبل أن

[1] وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية في حكم لها على أنه: « بأن حق الارتفاق المقرر لصالح العين المبيعة باعتباره من مكملات الملكية ،فإن المشتري يتملكه دون نص خاص،ذلك أن من آثار عقد البيع نقل ملكية المبيع إلى المشتري بما يكملها ويحددها،ولما كان حق الارتفاق المقرر لمنفعة العقار المبيع من مكملات ملكيته،كان لا موجب للتنصيص عليه بالذات في عقد البيع كي يمكن المشتري التحدي به–الاحتجاج به– »:مشار إليه: أمازوز لطيفة،المرجع السابق ،ص 229.

يشهر المتصرف إليه التصرف الصادر منه [1] ،وعقد البيع لا ينقص من قيمة المبيع أو يضر بالمرتهن ،فهو له حق الأولوية باعتباره قد قيد حقه قبل شهر العقد للمشتري، وحق التتبع لاستفاء الدين من ثمن العقار في أي يد كان.[2]

وعند حلول أجل الدين ،يجوز للدائن المرتهن أن ينزع ملكية هذا العقار المرهون من يد الحائز[3]،إلا إذا اختار الحائز هنا أن يقضي الدين[4] أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه.

كما تجدر الإشارة إلى أنه من التصرفات القانونية التي قد ترد على العقار والتي تنقص من قيمته المالية،وبالتالي تؤدي إلى إضعاف التأمين،قيام الراهن بالتصرف في العقار باعتباره منقولا بحسب المآل ،أو التصرف في العقارات بالتخصيص.

والمنقول بحسب المآل كل ما هو بطبيعته عقارا،لكنه يعتبر منقولا لما سوف يؤول إليه في المستقبل القريب كأنقاض البناء،لأنه سيصير منقولا بعد فترة [5]،فتصرفات الراهن في المنقول بحسب المآل كأن يهدم البناء ويبيعه أنقاضا،يعد تصرفا خطيرا بالنسبة للمرتهن،فإذا بيع وفقا لهذه الحالة فعلى المرتهن إلا الحجز على الثمن تحت يد المشتري ليباشر عليه حق الأفضلية ،إذا لم يكن الراهن قد

---

[1] تنص المادة 904 ق م على أنه:« لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار...».

[2] هذا ما تأكده المادة 882 ق م على أنه :«الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار،لوفاء دينه،يكون بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان».

[3] والحائز هنا وفقا لنص المادة 2/911 ق م ،هو كل من انتقلت إليه بأي سبب من الأسباب ملكية هذا العقار أو حق عيني آخر قابل للرهن،دون أن يكون مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن.

[4] تنص المادة 912 ق م على أنه: «يجوز للحائز عند حلول الدين المضمون بالرهن أن يقضيه هو وملحقاته بما في ذلك مصاريف الإجراءات من وقت إنذاره،ويبقى حقه هو قائما إلى رسو المزاد،وله في هذه الحالة أن يرجع بكل ما يوفيه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون كما يجوز له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق إلا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين».

[5] أحمد سلامة،التأمينات المدنية،الرهن الرسمي،دار التعاون للطباعة والنشر، 1966،دون ذكر عدد الطبعة،ص 216.

قبضه بعد،ويعد هذا البيع حسب تكييف البعض بأنه بيع منقول فيما بين البائع–الراهن– والمشتري،أما بالنسبة للغير في هذا البيع ويدخل في ذلك الدائن المرتهن فإنه يعد بيع عقار لا بيع منقول.[1]

أما بخصوص التصرف في العقارات بالتخصيص،فقد نصت المادة 887 ق م على أنه: « يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا،ويشمل على بوجه خاص حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص....» .

وبهذا فالعقارات بالتخصيص من ملحقات الرهن،فإذا تصرف الراهن فيها فإنه يؤدي إلى الإضرار بالدائن المرتهن لأته ينقص من قيمة التأمينات المقدمة،ولا يعد نافذا في حق الدائن المرتهن إذا تم بعد قيد الرهن ،ولابد للمرتهن الاعتراض على فصل العقار بالتخصيص.

ولكن هنا نميز بين حسن نية المشتري وسوء نيته،أي مدى علمه بأن هذا المنقول هو عبارة عن عقارا بالتخصيص وقد رتب عليه حق الرهن،فإذا كان المشتري حسن النية،فإن حق الدائن المرتهن في التتبع ينقضي ،لأن المشتري يحتج عليه بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية،وليس للدائن إلا الحجز على الثمن والتنفيذ عليه بالأفضلية،أما إذا كان المشتري سيء النية فللمرتهن الحق في طلب إرجاع العقار بالتخصيص ليبقى متصلا بالعقار،ولا يمكن للمشتري التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.[2]

ب–انتقال الحقوق الشخصية:

إن الحقوق الشخصية والتي كان يتمتع بها البائع قبل البيع لا تنتقل إلى المشتري إلا إذا وجد اتفاق خاص بشأنها،كانتقال حق الإيجار مع العقار المبيع باعتباره من الحقوق الشخصية ويرتب

[1] رمضان أبو السعود،التأمينات الشخصية والعينية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، 2006،دون ذكر عدد الطبعة،ص 293.

[2] لخضر غويسم،آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق،فرع عقود والمسؤولية،جامعة الجزائر،بن يوسف بن خدة،كلية الحقوق،السنة 2012–2013،ص 16.

التزامات شخصية بين المتعاقدين،ولكن وفقا لنص المادة 469 مكرر3 ق م فإنه إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة سواء إراديا أو جبرا [1]يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية[2].

كما أنه وفقا للمادة 469 مكرر 4 لا يمكن للمستأجر أن يحتج على من انتقلت إليه الملكية بما دفعه مقدما من بدل الإيجار ،إذا أثبت هذا الأخير أن المستأجر كان يعلم وقت الدفع بانتقال الملكية ،أو كان من المفروض حتما أن يعلم بذلك،وفي حالة عدم إثبات ذلك فلا يكون له إلا الرجوع على المؤجر السابق،ومنه يبقى الإيجار نافذا في مواجهة الراسي عليه المزاد والمشتري.

لكن إذا انتهت مدة الإيجار فلا يبقى للمستأجر إلا تخلية العقار وتسليمه للراسي عليه المزاد أو إلى المشتري في عقد البيع،غير أنه بالرجوع لنص المادة 507 مكرر فقد أشارت إلى أنه بالنسبة للأشخاص الطبيعيين البالغين 60 سنة كاملة، والذين لهم الحق في البقاء في الأمكنة المعدة للسكن وفقا للتشريع السابق يبقون يتمتعون بهذا الحق إلى حين وفاتهم ،ولا يمكن أن يستفيد من هذا الحق الورثة أو الأشخاص الذين يعيشون معه.

ج-انتقال الدعاوى:

إن الدعاوى المتعلقة بالعقار المبيع تنتقل إلى المشتري باعتبارها من الملحقات القانونية للمبيع،التي تكفل للمشتري الانتفاع الكامل بالشيء المبيع،ودون حاجة إلى النص عليها صراحة في العقد،بل أن هذا الحق ينتقل إلى الخلف ولو كان سبب نقل الملكية لا يلزم الناقل بالضمان أصلا كما لو انتقلت الملكية عن طريق الهبة،ومن أمثلة ذلك دعوى الضمان العشري .

---

[1] حتى بالنسبة لعقود الإيجار والتي أبرمها المدين المحجوز عليه والتي لها تاريخ ثابت قبل قيد أمر الحجز،فإنها تبقى نافذة في حق الحاجزين والدائنين الذين لهم حقوق مقيدة،إلا إذا أثبت الدائن أو الراسي عليه المزاد ولو بعد البيع،وقوع غش من المدين المحجوز عليه أو المستأجر في هذا الإيجار،ففي هذه الحالة يمكن فسخ الإيجار،أما إذا كان عقد الإيجار غير ثابت التاريخ ،أو عقد إيجار أبرمه المحجوز عليه بعد قيد أمر الحجز، فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن الحاجز.

[2] هنا المشرع تكلم عن نفاذ الإيجار في مواجهة المالك الجديد في حالة بيع العقار عن طريق عقد أو عن طريق القضاء وخصص البيع الجبري،ولم يتكلم عن البيوع القضائية الخاصة التي تم التطرق إليها سابقا والتي تتم بإذن من القضاء ،فهو بيع قضائي والذي لا يتم إلا بعد ترخيص من القضاء وتحت إشراف القضاء،وبالتالي كان على المشرع تدارك ذلك في نص المادة 469 مكرر3 ق م على أن تصبح كالآتي: « إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو قضائيا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية» .

إن هذه الدعوى يرفعها البائع باعتباره رب العمل على الأشخاص المسؤولين وفقا للضمان العشري،والذين ذكرتهم المادة 554 ق م من مهندس معماري ومقاول عما يحدث خلال 10 سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مباني أو عيوب مؤثرة،لكن إذا باع المالك–رب العمل في المقاولة–المبنى أو وهبه ومن ثم تهدم كليا أو جزئيا أو ظهر فيه عيب يهدد سلامته أو متانته،فإنه يمكن للمشتري أو الموهوب له أن يرجع على المشيدين مجتمعين أو منفردين خلال 10 سنوات،بمقتضى قواعد الاستخلاف. [1]

وبالتالي في حالة انتقال الملكية للمشتري خلال الفترة العشرية،فإن هذا الضمان ينتقل إليه وإلى الملاك المتتالين[2] ،ومع ذلك فتكلفته يتحملها المالك الأول لأنها تدفع مرة واحدة مع بداية البناء. [3]

د–انتقال الالتزامات:

إذا أنشأ العقد التزامات تصل بشيء فإنها تنتقل بعد ذلك إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل إليه الشيء،ومن أمثلة تلك الالتزامات تلك الناجمة مثلا عن عقد التأمين والذي أبرمه السلف وهو البائع،باعتبار وثيقة التأمين من ملحقات الشيء المبيع.

---

[1] وذلك عكس انتقال دعوى الضمان العشري إلي المشترين في إطار عقود البيع في مجال الترقية العقارية ،فتنتقل إليهم مباشرة بموجب نص قانوني خاص ،وليس طبقا للقواعد العامة –قواعد الاستخلاف–لانتقال الحقوق والالتزامات من الخلف =إلى السلف بموجب نص المادة 109 ق م، هذا ما تنص عليه المادة 3/49 من القانون رقم 11–04 على أنه:«ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية».

[2] بالنسبة للمشرع الفرنسي،فإنه يستفيد من هذه الضمانات الملاك المتعاقبون على العقار، ومنه ما يلاحظ من صياغة النص واستعماله لفظ propriétaires وليس مصطلح المشترين les acheteurs ،هو أنه يستفيد من هذا الضمان كل من غدا مالكا لهذا العقار المباع تحت التشييد،ولم يقصره على من انتقلت إليه الملكية بطريق الشراء فقط،وإنما ممن عن طريق الهبة أو بالتوريث أو الوصية،فالمشرع باستعماله لفظ المتعاقبون successifs،لم يقصر هذا الضمان على المالك الأول للعقار فقط وإنما جميع الملاك المتعاقبون وإن نزلوا خلال مدة 10 سنوات:

L article 1646-1/ 2 CCF énonce:« Ces garanties bénéficient aux propriétaires successifs de l'immeuble ».

أما عن التدخل الثاني فبموجب المادة 1792 ق م ف وهو النطاق الطبيعي لمجال تطبيق الضمان العشري،والتي يستفاد منها كذلك على مسؤولية كل مشيد عمل–عقار بقوة القانون تجاه رب العمل أو المقتني للمبنى عما يصيبه من أضرار.

L article 1792 CCF énonce«: Tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère. .»

[3] Mélanie MORNET, L'immeuble face aux risques,Thèse pour le Doctorat, Discipline : Droit,Université du Maine, le 26 novembre 2009,p 54

وبالرجوع إلى المادة 24 من القانون رقم 95-07 المتعلق بالتأمينات فإنه: «إذا انتقلت ملكية الشيء المؤمن عليه إثر وفاة أو تصرف،يستمر أثر التأمين لفائدة الوارث أو المشتري شريطة أن يستوفي جميع الالتزامات المنصوص عليها في العقد،ويتعين على المتصرف أو الوارث أو المشتري أن يصرح بنقل الملكية.».

وبالتالي فقد عقد التأمين يسري إلى الخلف العام وهو الوارث وحتى الخلف الخاص وهو المشتري في حالة نقل الملكية إليه، شريطة الالتزام بالالتزامات المفروضة عليه في عقد التأمين وهي الوفاء بالأقساط التي يفرضها عقد التأمين،وقد أضافت المادة على أنه يلتزم المتصرف –البائع–بدفع الأقساط المستحقة ما لم يعلم المؤمن بذلك،غير أنه في حالة إعلامه بالتصرف سواء من طرف المتصرف أو المشتري فإنه لا يلتزم المتصرف إلا بدفع الأقساط السابقة على التصريح.

وبهذا فإنه يعد عقد التأمين من ملحقات العقار المبيع ينتقل مع المبيع بقوة القانون،والمشتري يتحمل الحقوق والالتزامات الناشئة عنه.

رابعا–حالة المبيع وهلاكه:

نتطرق إلى تسليم المبيع وفقا للحالة التي عليها ،وجزاء الإخلال بذلك أي في حالة هلاكه.

1–حالة المبيع:

إن تعيين المبيع تعيينا نافيا للجهالة ومعرفة المشتري به يعتبران من شروط صحة البيع ،و بهما تتحدد حالة المبيع عند إبرام هذا العقد ،وبهذا فعلى البائع أن يحافظ على المبيع [1]ويسلمه للمشتري بهذه الحالة التي تراضا عليها الطرفان وقت إبرام العقد.[2]

وهنا يلتزم البائع بتسليم العقار وفق الحالة التي كان عليها وقت تحرير العقد أمام الموثق،فإذا أحدث به زيادة كالبناء على الأرض أو أحدث غراسا مثلا ، تطبق أحكام البناء في أرض الغير أو بما

[1] وهذا ما نصت عليه المادة 167 ق م على أنه:«الالتزامات بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم».

[2] حيث تنص المادة 364 ق م على أنه:«ويلتزم البائع بتسليم الشيء للمشتري بالحالة التي كانت عليها وقت البيع» .

يسمى بقواعد الالتصاق طبقا للمادتين 784 ق م 785 ق م،لأنه بإبرام العقد وشهره تنتقل الملكية إلى المشتري رغم بقاء العين لدى البائع فلا يعد هنا مالكا.[1]

كما قد يحدث أن يسلم البائع للمشتري مبيعا آخر محل المبيع الأول المتفق عليه،معتقدا أنه قد نفذ التزامه بالتسليم ، وهنا لا يملك البائع أن يجبر المشتري على قبول شيء آخر حتى ولو كان مساويا لقيمة المبيع المتفق عليه أو أعلى قيمة منه،إلا إذا قبله الدائن أي المشتري طبقا لنص المادة 285 ق م [2]،وبمفهوم المخالفة فإنه يلتزم المدين البائع بتنفيذ ما تعهد به طبقا لنص المادة 160 ق م،وإذا استحال على المدين أن ينفذ التزامه عينا فإنه طبقا لنص المادة 176 ق م حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه،أي التنفيذ بمقابل – التعويض-.[3]

وتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع مقصود به كذلك تسليم المبيع مجردا من كل حق آخر أي حق البائع نفسه أو حق الغير ،فلا يجوز للبائع أن يسلم المبيع إلى المشتري ويدعي أن

---

[1] تجدر الإشارة إلى أنه في حالة ما إذا قام البائع بإحداث تغيير على المبيع وذلك بعد إبرام عقد البيع ولكن كما هو الحال هنا في بيع العقار قبل شهره بالمحافظة العقارية،فمادام أنه لم يتم شهره بعد فالملكية لم تنتقل بعد مازال هذا البائع مالكا،ولكن رغم ذلك بتحمل الالتزام بتسليم المبيع بالحالة التي كانا عليها وقت ابرام العقد أي بالتنفيذ العيني.

[2] تنص المادة 285 ق م على أنه:«إذا قبل الدائن استيفاء حقه مقابلا استعاض به الشيء المستحق قام هذا مقام الوفاء».

[3] وهذا ما أكده القضاء في قرار للمحكمة العليا تحت رقم 517491 بتاريخ 08-04-2008،غ ع،م م ع، ،ع الثاني 2009،ص 248: على أنه: «بالفعل يتبين بالرجوع إلى القرار المطعون فيه أن قضاة المجلس ولتبرير قضائهم برفض دعوى الطاعنة الرامية على تعويضها نقدا عن استحالة تنفيذ العقد المبرم بين الطرفين المحرر بتاريخ 03-06-1995 الذي محله قطعة أرض معدة للبناء أسسوه على سند من القول "بأنه ومادام التنفيذ العيني ممكنا،بعرض المدعي عليها على المدعية قطعة أرض مماثلة فإن تمسكها بالتعويض النقدي يكون غير مؤسس.

ولما كان المقر قانونا طبقا لنصي المادتين 364،375 من القانون المدني،أن البائع ملزم بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع عينا،وفي حالة الاستحالة يحق للمشتري المطالبة بقيمة المبيع وقت نزع اليد أو التعرض أو التعويض، وأما التعويض بمقابل «قطعة أرض مماثلة كما هو الأمر في قضية الحال فلا يتم إلا إذا قبله الدائن (الطاعنة) طبقا لنص المادة 285 من القانون المدني ومن ثم يكون القضاة بقضائهم بإلزام الطاعنة بقبول التعويض بمقابل بغير رضاها وعدم استجابتهم لطلب التعويض نقدا ورد الثمن قد خالفوا القانون وعرضوا قرارهم للنقض».

للغير حق انتفاع أو ارتفاق أو رهن[1] أو أن له حق شخصي على المبيع، إلا إذا كان هذا الحق قد ترتب باتفاق أو نشأ من تصرف سابق على عقد البيع وكان المشتري يعلم به وقت انتقال الملكية.[2]

2-هلاك المبيع:

يقع على البائع التزام بتسليم المبيع بالحالة التي كان عليها وقت البيع،فإذا هلك يكون قد أخل بالتزامه رغم ما بذله من عناية ،وبالتالي فتقع عليه تبعية الهلاك قبل التسليم.

ولهذا سوف نتطرق إلى هلاك المبيع الكلي وكذا الهلاك الجزئي قبل التسليم وما يترتب على ذلك.

أ-الهلاك الكلي قبل التسليم:

إن المشرع الجزائري ربط تبعة الهلاك بالتسليم وليس بنقل الملكية [3]،ولما كان البائع هو الذي يلتزم بالتسليم فإن تبعية الهلاك تكون عليه إذا تم قبل تنفيذ التزامه بالتسليم، و يكون بذلك مسؤولا عنه وعن جميع الأضرار التي لحقت المشتري ،وفضلا عن رد الثمن طبقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية.

لكن تجدر الإشارة إلى أن البائع لا يتحمل تبعة الهلاك وذلك وفقا لنص المادة 369 ق م،إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب لا يد للبائع فيه بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي ،وهنا يسقط البيع ويسترد المشتري الثمن ،إلا إذا وقع الهلاك بعد إعذار المشتري بتسلم المبيع.

---

[1] فمثلا في هذه الحالة إذا قام شخص ببيع عقار مرهون فهنا فالمشتري يفترض به قد علم بالرهن القائم وقد قيد قبل شهر سند ملكيته،وبالتالي فهنا يجوز لهذا الحائز-المشتري-تطهير سند ملكيته من كل رهن ويبقى هذا الحق قائما حتى بعد إيداع قائمة شروط البيع،وذلك إذا اختار قضاء الدين المطلوب،أما إذا لم يختر ذلك فهنا الدائن المرتهن لا يجوز له أن يتخذ في مواجهته نزع الملكية إلا بعد إنذار بدفع الدين أو تخلية العقار وهذا ما نصت عليه المادة 923 ق م.

[2] عباس العبودي،المرجع السابق،ص 132.

[3] فمأخذ المشرع الجزائري على عكس ما أخذ به المشرع الفرنسي،إذ ألقى تبعية الهلاك على المشتري الذي أصبح مالكا ولو لم يتسلم المبيع،وبالتالي فقد خرج عن الأصول في العقود الملزمة لجانبين،فربط بين تبعة الهلاك وبين الملكية،وجعل تبعية هلاك المبيع بعد البيع وقبل القبض على المشتري وليس على البائع،وهذا الحكم ما لا ينسجم مع العدالة وفيه إجحاف بحق المشتري،لأنه يلزمه في حالة هلاك المبيع بدفع الثمن دون مقابل: عباس العبودي، المرجع السابق ،ص 146 و 147.

أما إذا كان الهلاك بفعل المشتري وهو أمر نادر الوقوع فيعد مستلما للمبيع حكما [1]،و تقع عليه تبعة الهلاك قبل أن ينفذ البائع التزامه بالتسليم وذلك في الحالات التالية:

-الاتفاق بين المتعاقدين على تحمل المشتري تبعة الهلاك لأن هذه القاعدة-تبعة الهلاك على المبيع-ليست من النظام العام إذ يجوز الاتفاق على مخالفتها.

-إعذار البائع للمشتري بتسلم المبيع وتقاعس هذا الأخير.[2]

- في حالة وضع يده على البيع دون إذن من البائع وقبل دفعه للثمن.

وبالتالي يجب على المشتري دفع الثمن كاملا إلى البائع إذا لم يدفعه ،ولا يسترده إذا كان قد دفعه ويحتفظ بحقه في استلام الجزء السليم للمبيع.

أما إذا كان الهلاك بفعل الغير،والغير هو الشخص الذي لا يكون طرفا في العقد لا أصالة ولا نيابة،فهنا يمكن فسخ البيع ويرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد،وتقع تبعة الهلاك على البائع سواء كان الهلاك جزئيا أو كليا ويرجع على المتلف طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

ب-الهلاك الجزئي للمبيع:

إن الهلاك الجزئي هو تلف جزء من المبيع وبقاء جزء آخر منه صالحا،بحيث يمكن الانتفاع به،وقد نص المشرع على حكم هلاك المبيع جزئيا أو نقص قيمة المبيع قبل التسليم لتلف أصابه، وذلك في نص المادة 370 ق م ،على أنه جاز للمشتري إما أن يطلب فسخ البيع إذا كان النقص جسيما بحيث لو طرأ قبل العقد لما أتم،وإما أن يبقى البيع مع إنقاص الثمن،وذلك إذا كان الهلاك لم يبلغ حدا من الجسامة ،وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه طبقا للمادة 2/119 ق م.

---

[1] نفس المرجع ،ص 147.

[2] تنص المادة 270 ق م على أنه: «إذا تم إعذار الدائن فإنه يتحمل تبعة هلاك الشيء أو تلفه،ويصبح للمدين في إيداع الشيء على نفقة الدائن،والمطالبة بتعويض ما أصابه من ضرر».

وفي حالة الهلاك الجزئي بفعل المشتري فتلقى عليه المسؤولية مع دفع الثمن للبائع،أما إذا كان الهلاك الجزئي بفعل الغير تقع تبعية الهلاك على البائع ويرجع على الغير طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية.

خامسا-مقدار المبيع:

القاعدة في التسليم هي وجوب أن يسلم البائع المبيع للمشتري بنفس الحالة التي كان عليها وقت إبرام البيع،وبنفس القدر المتفق عليه في العقد،والبائع ضامن لهذا القدر وفقا لنص المادة 364 ق م.فإذا كان المبيع مثلا أرضا لابد على البائع تسليمها وفقا لمساحتها المحددة في العقد ،وإذا كان مبنى فتسليمها وفقا لما هو محدد في العقد من مساحة، وعدد الطوابق ،وعدد الغرف.

قد ينقص المبيع أو يزيد عن القدر المتفق عليه في عقد البيع ،فيكون عندئذ لكلا الطرفين الرجوع على بضعهما البعض،وهو ما نتطرق إليه كالتالي:

1-حالة النقص في مقدار المبيع:

إذا كانت الحقوق المبيعة محددة في عقد البيع ووجد نقص فيها،فالبائع مسؤولا عن هذا النقص[1]وفقا لما نصت عليه المادة 365 /1 ق م[2]،وقد يكون النقص بسيطا لكن لا يتسامح فيه طبقا للعرف،وفي هذه الحالة المشتري لا يطلب الفسخ بل يطلب إنقاص الثمن أو يطلب استبدال المبيع بآخر،أما في حالة النقص الجسيم فللمشتري الخيار بين إنقاص الثمن أو الفسخ،وللقاضي السلطة التقديرية.

---

[1] وتجدر الإشارة إلى أنه قد حمل القضاء المسؤولية على الموثق في هذا المجال عن النقص في المبيع بمناسبة بيع حقوق مبيعة مشاعة ،وثبت نقص في العين المبيعة للمشتري بحسب ما آل إليها فيما بعد،لأنه كان عليه إرشاد البائع إلى البيع في حدود ما يملك،لا أن يتخذ موقفا سلبيا مخالفا للواجبات الملقاة عليه،وهو من أن يتأكد من صحة العقود الموثقة وأن يقدم نصائحه إلى الأطراف قصد انسجام اتفاقاتهم مع القانون،وبالتالي يلتزم بالتعويض لأنه لم يقم بدوره الإيجابي كما ينبغي ،وذلك وفقا لقرار المحكمة العليا في قرار لها،غ ع، رقم 375903،13-12-2006،م م ع،ع الثاني 2008،ص245.

[2] تنص المادة 365 /1 ق م على أنه:«إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه،غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع».

وحق المشتري في طلب الفسخ أو إنقاص الثمن يسقط بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا،وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 366 ق م.[1]

2-حالة الزيادة في مقدار المبيع:

طبقا للمادة 2/365 ق م،فإنه إذا تبين أن قدر الشيء المبيع[2] يزيد على ما ذكر في العقد وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة ،فإن للبائع طلب الزيادة في ثمن المبيع وذلك في حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للانقسام،أما إذا كانت هذه الزيادة فاحشة فإنه يمكن للمشتري طلب فسخ العقد ما لم يوجد اتفاق مخالف لذلك.

وحق البائع في طلب تكملة الثمن وحق المشتري في طلب الفسخ تسقطان بمضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا وهي مدة تقادم،وهذا ما أكدت عليه المادة 366 ق م،على عكس المشرع الفرنسي فدعوى البائع لتكملة الثمن و دعوى المشتري لإنقاص الثمن أو فسخ العقد لابد من أن تقدم خلال سنة تحسب من تاريخ العقد-وليس التسليم مثل المشرع الجزائري-،وهي مدة سقوط وذلك بمفهوم المادة 1622 ق م ف.[3]

تجدر الإشارة إلى أن المشرع قد ذكر حالة ما إذا كان المبيع غير قابل للانقسام،فما حكم حالة ما إذا كان المبيع قابل للانقسام وهو ما لم تنص عليه المادة 365 ق م سالفة الذكر؟

---

[1] تنص المادة 366 ق م على أنه:«إذا وجد في قدر المبيع نقص أو زيادة فإن حق المشتري في طلب إنقاص الثمن أو فسخ العقد وحق البائع في تكملة الثمن يسقطان بالتقادم بعد مضي سنة من وقت تسليم المبيع تسليما فعليا».

[2] «.....من المستقر عليه فقها وقضاءا أنه في حالة ما إذا كانت المساحة الإجمالية أو حتى الحدود للأرض المبيعة في عقد الشراء تخالف الواقع،فالذي انتقلت إليه ملكيته بالبيع هو ما يتفق مع التحديد الوارد في عقد البيع لا التحديد الواقعي» :حكم صادر عن محكمة تامالوس،في 18-01-1998،مأخوذ عن حمدي باشا،القضاء العقاري،مرجع سابق،ص 182.

[3] l article 1622 CCF énonce :« L'action en supplément de prix de la part du vendeur, et celle en diminution de prix ou en résiliation du contrat de la part de l'acquéreur, doivent être intentées dans l'année, à compter du jour du contrat, à peine de déchéance».

ومنه و حسب ماهو متعارف عليه في هذه الحالة ،فإن المشتري يأخذ القدر المتفق عليه من المبيع القابل للانقسام دون تلف ،والباقي بطبيعة الحال يرجع إلى البائع إلا إذا كان هناك اتفاق مخالف لذلك،فإنه يعمل بهذا الاتفاق.

الفرع الثاني:التزام البائع بالضمان

إن التزام البائع لا يقف عند حد نقل ملكية المبيع إلى المشتري وتسليمه له،بل يجب عليه فضلا عن ذلك أن يضمن له انتفاعه به انتفاعا هادئا لا يعكره تعرض منه أو من الغير وهذا ما يسمى بالالتزام بضمان التعرض والاستحقاق **(البند الأول)** ،وأن يضمن له مبيعا خاليا وسليما من العيوب التي يمكن أن تنقص من قيمته ومنفعته وهو الالتزام بضمان العيوب الخفية **(البند الثاني)**.

البند الأول:الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع عدم التعرض للمشتري،حتى يتمكن من حيازة المبيع حيازة هادئة،سواء كان التعرض صادرا منه تعرضا شخصيا أو تعرضا صادرا من الغير،كما يقع عليه التزام بضمان استحقاق المبيع وذلك في حالة نجاح الغير في منازعة المشتري واستحقاقه للمبيع،وينبغي على البائع التدخل لدفع ذلك التعرض بما يملكه من مستندات وأدلة ،فإذا نجح في ذلك يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا،أما إذا لم ينجح فإنه يلتزم بتعويض المشتري نتيجة استحقاق الغير للمبيع وهو ما يسمى بضمان الاستحقاق.

أولا-الالتزام بضمان التعرض:

التعرض هو أن يقوم شخص بمنع المشتري من الانتفاع الكامل بالمبيع لسبب ما،ومن شأن هذا التعرض منع المشتري من تملكه للمبيع،قد يكون التعرض صادرا من البائع نفسه على المشتري وهو ما يسمى بالتعرض الشخصي، وقد يكون التعرض صادرا من الغير، وبالتالي فيقع على البائع ضمان هذا التعرض في كلتا الحالتين.

1-التزام البائع بضمان التعرض الشخصي :

وفقا للمادة 371 ق م ،فالبائع ملزم بعدم التعرض الصادر منه شخصيا، وهذ ا طبقا للقاعدة الكلاسيكية المعروفة التي مفادها أنه، لا يستطيع التعرض من وجب عليه الضمان [1]،سواء كان هذا التعرض قانونيا أو ماديا.

أ -التعرض القانوني:

إن التعرض القانوني هو أن يدعي البائع حقا على المبيع يتعارض مع حق المشتري في ملكية هذا المبيع[2]،والحق الذي يدعيه البائع على المبيع إما أن يكون حقا عينيا،كإدعائه بتملك العقار بالتقادم المكسب على الشيء المبيع الذي احتفظ بحيازته [3]، ورغم ذلك يمنع عليه التعرض للمشتري.[4]

أو أن يدعي بحق شخصي على المبيع،كأن يدعي بأنه استأجر العقار الذي باعه ،علما أنه قام ببيع العقار خال من حقوق الغير عليه.

و تجدر الإشارة إلى أن البائع له الحق في منازعة المشتري ،وذلك بواسطة دعوى البطلان أو الفسخ،فإذا قبلت تلك الدعاوى فإنها تقضي على حق المشتري لكن بهذه الدعاوى،وليس بطريق آخر الذي نعنيه هنا في ضمان التعرض ،وهو بأن يستعمل طريقا آخر للتفوق على ملكية المشتري مثلا

---

[1] لحسن بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 381.

[2] ربحي محمد أحمد هزيم،ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع،دراسة مقارنة،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.جامعة النجاح الوطنية،نابلس فلسطين،كلية الدراسات العليا،2007،ص 27.

[3] 3e Civ., 20 octobre 1981, pourvoi no 80-10.660, Bull. 1981, III, no 168, :«ux termes de l'article 1628 du Code civil, le vendeur qui doit garantie à l'acquéreur est tenu de répondre de son propre fait ; il ne peut par suite évincer lui-même l'acquéreur en invoquant la prescription acquisitive pour se faire reconnaître propriétaire de la chose vendue dont il a conservé la possession, l'acquéreur étant toujours recevable dans ce cas, à lui opposer l'exception de garantie qui est perpétuelle.»

تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 18-02-2021 على الساعة 13:48.www.legifrance.gouv.fr

[4] وهو ما أكدته محكمة النقض المصرية،حيث جاء في قرار لها بتاريخ 24-01-1985على أنه:«ملكية العقار تظل معقودة لصاحبه،إلى أن يملكها منه غيره بطريق من طرق كسب الملكية ولا يقبل منه قبل ذلك محاولة كسب ملكية مال هو في ملكيته فعلا،ومن ثم فإن باع العقار الذي يملكه،لا يجوز التحلل من التزاماته الناشئة عن هذا البيع،بحجة معاودته اكتساب ملكيته من المشتري بطريق التقادم،إلا بعد أن تكون الملكية قد انتقلت من ذلك البائع إلى هذا المشتري فعلا وليس قبل ذلك ».قرار مشار إليه:أنور طلبة.دعوى التعويض، المكتب الجامعي الحديث للنشر، الطبعة الأولى،2003،ص 287.

بالتقادم المكسب كما أشرنا سابقا.فالبائع إذا استند إلى حق يستمده من عقد البيع ذاته لا يعتبر متعرضا،إذ لا تعارض بين ضمان البائع للتعرض وبين قيام البائع بالتنفيذ على الشيء المبيع استفاءا للثمن أو ما تبقى منه،كما لا تعارض بين إبطال البيع حين يكون ناقص الأهلية [1] أو فسخه لإخلال المشتري بأحد التزاماته.

ويترجم الضمان القانوني هنا عن الفعل الشخصي،بعدم قبول الادعاءات التي يؤسسها البائع عن قواعد خارجة عن البيع حتى ولو كانت مبررة ذاتيا،إذ تشل تلك الإدعاءات بواسطة الالتزام بالضمان[2]،كأن يبيع البائع عقارا وقبل شهر العقد للمشتري،قبل نقل الملكية للمشتري فإنه يرفع عليه دعوى استحقاق باعتباره لا يزال مالكا للعقار لأن البيع لم يشهر ،فهذه الدعوى –الاستحقاق–لابد للمشتري أن يدفعها بضمان التعرض،لأنه لا يجوز الاسترداد لمن وجب عليه الضمان،لأن العقد قبل الشهر وأن كان لا ينقل الملكية إلا أنه مادام عقد رسمي فإنه يرتب التزامات شخصية ومن بين هذه الالتزامات ضمان التعرض والاستحقاق.[3]

ب–التعرض المادي:

يقصد بالتعرض المادي على أنه فعل مادي يقوم به البائع دون استناده إلى أي حق يدعيه[4]،ويعكر به حيازة المشتري،ولو كان هذا الفعل المكون لهذا النوع من التعرض ليس في ذاته خطأ ولا تتوافر فيه شروط الفعل الضار.وبهذا فإن البائع يمتنع أن يقوم بعمل مادي يعكر المشتري في

---

[1] سي يوسف زاهية،المرجع السابق،ص 183.

[2] لحسن بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 386.

[3] وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية: «أنه ليس للبائع لعدم تسجيل العقد وتراخي نقل الملكية بسببه أن يدعي لنفسه ملك المبيع على المشتري لأن من يضمن نقل الملكية لغيره لا يجوز له أن يدعيها لنفسه. »:قرار مشار إليه:سي يوسف زاهية،المرجع السابق ،ص 183.

[4] ربحي محمد أحمد هزيم، المرجع السابق، ص 26.

تمتعه بالعقار المبيع،كأن يقوم البائع مثلا بالاستمرار في استغلال أرضه التي باعها،فهذا يعتبر تعرضا إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك. [1]

2- الالتزام بضمان التعرض الصادر عن الغير:

إن المادة 371 ق م سالفة الذكر فضلا عن إلزامها البائع بعدم تعرضه الشخصي،تلزم ه أيضا بضمان التعرض الصادر عن الغير الذي يستند فيه هذا الأخير إلى حق سابق على البيع، أ و لاحق للبيع ولكن يكون قد آل إليه من البائع نفسه[2]،على العكس إذا كان التعرض بعد البيع ولكن لم يكن البائع هو المتسبب فيه فإنه لا يضمنه، كنزع ملكيته للمنفعة العامة أو مصادرة المبيع ،كما لا يلتزم البائع بالضمان وحسب المادة 378 ق، إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع بسبب نزع اليد أو أنه اشترى على مسؤوليته.

وتجدر الإشارة إلى أن ضمان تعرض الغير لا يضمنه البائع إلا إذا كان تعرضا قانونيا دون أن يكون تعرضا ماديا،والتزام البائع هنا التزام بتحقيق نتيجة،إذ لا يكفي أن يبذل جهده في دفع التعرض من الغير بل عليه أن يمنع هذا التعرض[3]، ضمان التعرض لا ينشأ إلا من وقت منازعة الغير للمشتري،وأن يكون هذا التعرض حالا ومخلا بحقوق المشتري،أما إذا كان مجرد الخشية والاحتمال فلا يكفي لتحقق الضمان.

و من أمثلة التعرض الصادر عن الغير كأن يدعي الغير بحق على المبيع سواء كان هذا الحق عيني أصلي ،كإدعائه بحق ملكية المبيع كليا أو جزئيا،أو حق عيني تبعي كإدعائه بحق رهن أو حق اختصاص أو حق امتياز،أو حق شخصي كإدعائه بحق الإيجار ثابت التاريخ وسابق على البيع،أما بالنسبة لحق الارتفاق فطبقا لنص المادة 2/377 ق م[4]،أن البائع لا يضمن التعرض المبني على حق

---

[1] ومن أمثلة ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية: «أن البائع يكون مسؤولا إذا هو باع قطعة أرض ،حددها بميدان يحيط بها ثم ألغى الميدان بعد ذلك وقسمه أجزاء لبيعه،وفي ذلك حرمان للمشتري من الانتفاع بمنظر الميدان»:مشار إليه:سي يوسف زاهية،المرجع السابق،ص 181.

[2] Bulletin d'information, communication, jurisprudence, doctrine, publication bimensuelle, 1er novembre 2010, p 15.

[3] سي يوسف زاهية،المرجع السابق،ص 193.

[4] تنص المادة 377 /2 ف م:«يفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان،إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أعلن عنه».

الارتفاق الظاهر كوجود طريق للمرور ومجرى لصالح أرض الجار على الأرض المبيعة،أما إذا كان حق الارتفاق غير ظاهر لعدم البناء أو عدم التعلية،فيضمنه البائع إلا إذا أبان عنه المشتري.[1]

تجدر الإشارة إلى أنه هناك من يخلط في تكييف الارتفاق الخفي وغير الظاهر للأرض المبيعة على أنه عيب خفي في الشيء المبيع لابد من أن يضمنه البائع وتقوم مسؤوليته على هذا الأساس_العيب الخفي–لكن في الحقيقة مسؤولية البائع تقوم على أساس التعرض لوجود الارتفاق الخفي.

3-جزاء الإخلال بضمان التعرض:

يقع على البائع كما سلف الذكر التزام بضمان التعرض سواء كان هذا التعرض شخصيا أو كان هذا التعرض صادر من الغير،والتزامه بضمان التعرض الشخصي هو التزام أبدي أي لا يجوز له التعرض للمشتري مها طال الزمن على انعقاد البيع،ولو انقضت مدة التقادم القانونية 15 سنة على البيع،كما أنه يبقى مسؤولا عن كل نزع يد نشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان،ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك.[2]

و إذا أخل البائع بالتزامه،بأن تعرض فعلا للمشتري ،يكون للمشتري حق طلب التنفيذ العيني،فإذا لم يكن التنفيذ العيني ممكنا أو لم يطلبه حكم عليه بالتنفيذ بمقابل أي بالتعويض.

و إن كان التزام البائع بضمان التعرض الشخصي هو التزام بالامتناع عن عمل،فإن التزام البائع بضمان التعرض القانوني الصادر عن الغير هو التزام بعمل ،أي أن يقوم بكل ما بوسعه لرد هذا التعرض،كإقامة دعوى ضد هذا الغير أو التدخل بالدعوى المقامة ضد الغير مع المشتري[3] ،لكن بشرط

---

[1] سي يوسف زاهية،المرجع السابق،ص 198.

[2] هذا ما تنص عليه المادة 1/378 ق م.

[3] تنص المادة 372 ق م : «إذا رفعت على المشتري دعوى استحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقا لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان،إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم».

إخطاره من قبل المشتري،فإذا تدخل ولم ينجح [1] واستحق الغير المبيع اعتبر مخل بالتزامه ،وبالتالي يعطي ذلك للمشتري الحق في فسخ العقد مع التعويض أو بما يسمى بضمان الاستحقاق،أما في حالة عدم إخطاره من طرف المشتري واستحق الغير المبيع ،فهما لا يحق للمشتري الرجوع على البائع بالتعويضات،لأن المشتري قصر في عدم إخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم.[2]

ثانيا–ضمان الاستحقاق ونطاقه:

إذا نجح البائع في ضمان ذلك التعرض الصادر من الغير يكون قد وفى بالتزاماته ،وإذا لم ينجح فإن الغير يستحق المبيع كليا أو جزئيا،فيعتبر بذلك –البائع–مخلا بالتزاماته بضمان التعرض،فإن المشتري له الحق بمطالبته بفسخ العقد والتعويض أو مطالبته بضمان الاستحقاق[3].

ومن هنا تعتبر دعوى ضمان الاستحقاق هي الخطوة الأساسية التي يجب على المشتري اتخاذها في سبيل حصوله على التعويضات ،بحسب نوعي الاستحقاق ما إذا كان كليا أو جزئيا،وتستند هذه الدعوى إلى الضمان الذي يلتزم به البائع–ضمان الاستحقاق–نتيجة الإخلال بالالتزام الأول وهو ضمان التعرض،إذ يرتبط كل منهما بالآخر ارتباط السبب بالنتيجة,فلولا تعرض الغير للمشتري وفشل البائع في دفع هذا التعرض،لما نجح هذا الغير في التوصل إلى حكم باستحقاق المبيع،ولما ترتب على هذا الحكم أحقية المشتري في مطالبة البائع بضمان الاستحقاق.

وبهذا سوف نتطرق إلى تعريف ضمان الاستحقاق ونطاقه.

1–تعريف ضمان الاستحقاق:

فقد تعددت تعاريف ضمان الاستحقاق ،فهناك من عرفه على أنه تنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض لالتزام البائع الأصلي بضمان التعرض،فعندما يرجع المشتري على البائع بضمان الاستحقاق فهو في الواقع يطالبه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه بضمان التعرض لعدم تنفيذه هذا التزام عينا.[1]

---

[1] أما ففي حالة عدم تدخله رغم إخطاره وينتهي الأمر باستحقاق المبيع من طرف الغير ،فإنه يلتزم بالتعويض كذلك ،إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر كان نتيجة تدليس المشتري أو خطأ جسيم منه.

[2] سي يوسف زاهية،المرجع السابق،ص 211.

[3] يعرف الاستحقاق بأنه نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري وذلك بحكم قضائي.

وفي نفس السياق عرفه آخر ،على أنه التزام البائع بدفع التعويض للمشتري عن الأضرار التي تحققت له نتيجة نجاح مدعي الاستحقاق في دعواه.[2]

ومما سبق فالالتزا م الأساسي الذي يقع على البائع هو ضمان التعرض،فإذا لم يوف بهذا الالتزام الأساسي عينا،ولد التزام آخر في ذمته وهو الالتزام بضمان الاستحقاق،يتحمل بموجبه تعويض المشتري عن استحقاق المبيع للغير نتيجة لفشله في الوفاء بالالتزام بعدم التعرض.ومنه يمكن القول على أن هذا الالتزام–ضمان الاستحقاق– يعد التزاما تابعا للالتزام بضمان التعرض.

2–نطاق ضمان الاستحقاق:

قد قرر المشرع التزام البائع بالضمان إذا تم البيع عن طريق التعاقد ،ولكن لم ينص على إمكانية خضوع البيوع القضائية إلى هذا الضمان،ولهذا لقد ثار جدل فقهي بخصوص مدى خضوعها لهذا الضمان وذلك نظرا لاختلاف الفقه في تحديد طبيعتها القانونية كما رأينا سابقا،فمنهم من رأى أنها تدخل في حظيرة العلاقات التعاقدية أي اعتبارها عقدا وبالتالي تخضع لهذا الضمان شأنها شأن البيع العادي،ومنهم من رأى على أنها تعتبر عمل إجرائي وبالتالي لا يوجد الطرف البائع الذي يتحمل كاهل هذا الضمان.[3]

ونفس الإشكال يطرح بخصوص مدى خضوع البيوع التي تبرمها الإدارة إي البيوع الإدارية لهذا الضمان؟

---

[1] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،،ص 39.

[2] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق، ص 412.

[3] فقد أثارت مسألة مدى خضوع البيع القضائي لضمان الاستحقاق جدل فقهي،على عكس مسألة ضمان العيب الخفي في البيوع القضائية لم تثر هذا النقاش الفقهي،ويرجع ذلك إلى أن المشرع في نص 385 ق م والتي تقابلها نص المادة 454 م م ،قد أقر صراحة عدم خضوع هذا البيع لأحكام العيوب الخفية،على أساس أنه يحاط بالعلانية ويتم تحت إشراف الجهاز القضائي،مما يكفل الكشف عن عيوب الشيء المبيع،إضافة إلى الرغبة في تحقيق استقرار المعاملات.

أ-ضمان الاستحقاق في البيوع القضائية:

نفرق بين ضمان الاستحقاق في البيوع القضائية الجبرية ،وبين ضمان الاستحقاق في البيوع القضائية الخاصة.

أ.1-ضمان الاستحقاق في البيوع القضائية الجبرية:

انقسم الفقه إلى فريقين ،حول مسألة مدى خضوع البيوع القضائية الجبرية إلى ضمان الاستحقاق،بين فريق مؤيد وفريق منكر.

أ.1.1-الفريق المؤيد لفكرة الضمان:

يذهب بعض الفقه الموضوعي المصري [1] إلى أن المشتري بالمزاد العلني له الحق في بضمان الاستحقاق،وإن كان هذا الضمان له مفهوم يختلف عن البيع العادي ،من ناحية الشخص الملتزم به ومن ناحية وعاء دعوى الرجوع،وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى الاعتبارات التالية:

-الاعتبار الأول:هو أن تقنين المرافعات المدنية والتجارية المصري نص صراحة في نص المادة 416 منه على حق الراسي عليه المزاد متى استحق الغير الشيء المبيع في طلب استرداد الثمن الذي دفعه ،والتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء واقعة الاستحقاق [2]،فما هو إلا تأكيد لحق المشتري في ضمان الاستحقاق.

وعلى الرغم من أن أحكام المادة 416 سالفة الذكر،تمنح حق الراسي عليه المزاد الرجوع على الدائنين بالثمن وفقا لفكرة الإثراء بلا سبب ،والتعويض عن الخطأ وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية ،والتي تختلف عن أحكام المادتين 443 و 444 ق م م اللتان تمنحان المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات وفق لأحكام ضمان الاستحقاق،وبالرغم من اختلاف القواعد الموضوعية والإجرائية ،إلا أنه نظرا لسوء المركز المالي للمدين مما يستحيل معه الوفاء بالتعويضات التي نصت

---

[1] محمد كامل مرسي،عقد البيع والمقايضة،،المطبعة العالمية،سنة 1953،دون ذكر عدد الطبعة، ص 294.جميل الشرقاوي،المرجع السابق،ص281،280.

[2] تنص المادة 416 من قانون المرافعات المصري على أنه: «إذا استحق المبيع كان للمشتري الرجوع بالثمن،وبالتعويضات إن كان له جهه،ولا يجوز أن تتضمن قائمة شروط البيع الإعفاء من رد الثمن».

عليها المادتين 443 و 444 ق م م،فإن الراسي عليه المزاد يرجع على الدائنين مستندا إلى أحكام 416 من قانون المرافعات.

الاعتبار الثاني:الأصل أن تطبيق ما ينص عليه القانون فيما يتعلق بحقوق المشتري والالتزامات التي تثقل كاهله ،ما لم يوجد نص خاص يستبعد حقا أو التزاما معينا،ولا يوجد مثل هذا النص بالنسبة لضمان الاستحقاق[1]،وإن كان يوجد بالنسبة لضمان العيب الخفي.

الاعتبار الثالث:يرى أصحاب هذا الفقه الموضوعي إلى عدم خروج البيوع التي تتم بالمزاد العلني من دائرة العقود ،والتالي فإنها تخضع لضمان الاستحقاق،وإن صح القول على أن البيع قد تم رغما عنه إلا أنه القول بغير ذلك سوف يؤدي إلى إعراض المشترين عن الإقدام على الشراء عن طريق المزاد العلني.

أ.2.1-الفريق المنكر لفكرة الضمان:

يذهب غالبية الفقه الإجرائي المصري [2] إلى أن المشتري بالمزاد العلني لا يكون له الحق في الضمان ،كما في حالة البيع بالممارسة-البيع العادي-،وذلك استنادا للحجج التالية:

-أن قاعدة الضمان لا تقوم على أساس أن البائع هو مالك الشيء المبيع ،بل تقوم على أساس أن البائع قد أراد البيع [3]،ولما كان المدين المحجوز عليه لم يرد البيع فلا يمكن إلزامه بالضمان،ولا يمكن إلزام الدائن مباشر الإجراءات أو الموظف الذي أشرف على عملية البيع،إذ أن أيا منهما لم يرد البيع.

-إن ضمان الاستحقاق كما سنرى،يتضمن تعويضا كاملا عما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب،في حين أن الراسي عليه المزاد يسترد الثمن فقط وفقا لفكرة الإثراء بلا سبب ،ولا

---

[1] فيصل ذكي عبد الواحد،البيوع القضائية وفكرة ضمان الاستحقاق وفقا للقانونين الكويتي والمصري،المرجع السابق،ص 19.

[2] فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ،المرجع السابق، ص254.محمد عبد الخالق عمر،مبادئ التنفيذ،دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 1978،ص 471.أحمد المليجي،محاضرات في مادة التنفيذ الجبري،مطبعة الأمل الجديدة،سنة 1990،دون ذكر عدد الطبعة،ص 69 و70.

[3] محمود عمر التحيوى،المرجع السابق،ص 71.

يستحق التعويض إلا إذا كان له مقتضى وأثبت في نفس الوقت خطأ الدائن الذي باشر الإجراءات،وبالتالي لا ينطبق عليها قواعد الضمان كما تنص عليه أحكام القانون المدني،وينطبق الأمر كذلك في حالة الاستحقاق الجزئي للعقار حيث أن من حق المشتري بالمزاد استرداد جزء من الثمن الذي دفعه متناسبا مع الجزء المستحق،كما أن من حقه المطالبة بالتعويض.[1]

-إن رجوع الراسي عليه المزاد على المدين المحجوز عليه بدعوى الضمان يكون غير مجد،لأن هذا الأخير لا توجد لديه في غالب الأحوال أموال تغطي جميع حقوق الراسي عليه المزاد،وهذا يعد أحد الاعتبارات التي دفعت المشرع الإجرائي إلى استبعاد فكرة الضمان في مجال هذا النوع من البيوع.

-إن أنصار الفقه الإجرائي يرون أن المشرع الإجرائي يرفض من الأصل إضفاء الصفة العقدية على موضوع بيع أموال المدين المحجوز عليه بالمزاد العلني،وبالتالي قام بوضع أحكام المادة 416 من قانون المرافعات المصري [2] لتنظم ما يحق للراسي عليه المزاد متى استحق الغير الشيء المبيع مستبعدا بذلك إعمال قواعد ضمان الاستحقاق.[3]

وبهذا فرأي الفقه الإجرائي أقرب إلى الصواب باعتبار أن هذا النوع من البيوع تتم رغما عن إرادة البائع،فمادام أن هذا الأخير لم يرد البيع فإنه لا يمكن إلزامه بالضمان،والدليل على أن الالتزام بالضمان أساسه الإرادة،ويمكن للمتعاقدين الاتفاق على إنقاص أو إسقاط الضمان وهذا ما تنص عليه المادة 1/377.[4]

---

[1] محمود عمر التحيوى،المرجع السابق ، ص71.

[2] المشرع الجزائري لم يضع مثل هذا الحكم في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في حالة استحقاق المبيع من الغير وما يحق للراسي عليه المزاد.

[3] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 189.

[4] تنص المادة 1/377 ق م على أنه: «يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيدا في ضمان نزع اليد أو أن ينقصا منه أو يسقطاه».

أ.2-ضمان الاستحقاق في البيوع القضائية الخاصة:

بالنسبة للبيوع القضائية الخاصة،ففي حالة استحقاق الشيء الذي بيع بالمزاد العلني ليس هنا ما يحول دون تطبيق أحكام ضمان الاستحقاق،فالبيع قد تم اختيارا [1] وبإرادة[2]،كما أن هذا النوع من البيوع وما اتفق عليه يدخل في حظيرة العلاقات التعاقدية[3]،ووجود طرف البائع في ها النوع من البيوع.

وتؤسس دعوى رجوع الراسي عليه المزاد على أحكام الضمان الواردة في القانون المدني،متى كان التعاقد قد ورد على مال مملوك للقاصر أو للشركاء في الشيوع أو للمفقود وغيرهم [4]،أما إذا قام أحذ دائني القاصر أو الشركاء بالحجز على المال وبيعه بطريق المزاد العلني لاستفاء حقه من الثمن،فإنه يتعين تطبيق الأحكام المقررة في نص المادة 416 قانون المرافعات المصري [5] والتي لا يوجد لها مثيل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.

أخيرا ومما سبق التطرق إليه،وإن تم الاتفاق على فكرة الضمان في البيوع القضائية الخاصة،فقد تم الاختلاف على ذلك في البيوع الجبرية بين مؤيد ومنكر كما رأينا سابقا.صحيح أن المشرع وان استثنى البيوع التي تم بالمزاد العلني من ضمان العيوب الخفية فإنه لم ينص على فكرة ضمان الاستحقاق،وهنا يثار إشكال هل قصد المشرع الجزائري إخضاعها لضمان الاستحقاق؟وإن كان هذا الفرض صحيحا فكيف يتحمل المدين الذي تم البيع رغما عنه ضمان الاستحقاق ،ويتحمل تعويض المشتري عن استحقاق الغير للمبيع؟

---

[1] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 185.

[2] مثلا بالنسبة لبيع أموال القاصر من طرف الولي أو بيع أموال المفقود من طرف القيم،فهنا يتم البيع بإرادة النائب ،ومن المستقر عليه فقها وقضاءا أن العقد الذي يساهم فيه النائب بتكوينه مع أحد الأغيار تنصرف إلى ذمة الأصيل.

[3] فيصل عبد الواحد ذكي،البيوع القضائية وفكرة ضمان الاستحقاق،المرجع السابق،ص 65.

[4] فقد قرر كذلك المشرع كما سنرى بيع أموال المفلس بالمزاد لعلني،ولكن هنا في حالة استحقاق الغير للمال المباع بالمزاد فيحق للراسي الرجوع على المفلس بدعوى الضمان،وهنا من الناحية العملية يحول عليه الحصول على تعويض كامل كون المدين المفلس لا توجد ليه أموال تغطي الراسي عليه المزاد،فعلى الرغم من ذلك فإنه يتم التسليم بهذه النتيجة احتراما لإرادة المشرع التي تعبر عن فلسفة تشريعية معينة.

[5] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 185.

وبالتالي نرى عدم إمكانية إخضاع البيوع الجبرية لفكرة الضمان للأسباب سالفة الذكر،ولكن نقترح تضمين قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنص يعطي للراسي عليه المزاد متى استحق الغير المبيع باسترداد الثمن من الدائنين إن كان قد وزع عليهم والتعويض على أساس الخطأ طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية ،ومن يتحمل هذا التعويض هو المدين أو الدائن أو بالتضامن معا،حيث يتحمل المدين التعويض وذلك لارتكابه خطأ [1]،نظرا لأن قائمة شروط البيع تعرض عليه ولم يبدي أي ملاحظات بشأنها ولا يقدم أي اعتراضا عليها قبل جلسة البيع،رغم علمه بحق الأغيار على هذا المال الذي باشر الدائن إجراءات الحجز عليه والتنفيذ رغم أنه يعلم بذلك،ويعد في هذه الحالة منحرفا عن مسلك الرجل العادي،فهذا الإعلان ليس مقصودا لذاته ولكن من أجل ترتيب آثار قانونية معينة من بينها إتاحة الفرصة للمدين للتخلص من مسؤوليته.أما الدائن فتقرر مسؤوليته كذلك متى كان يعلم بدوره حقيقة أو حكما بحقوق الأغيار،وعلى الرغم من ذلك استمر في إجراءات الحجز والتنفيذ.

وتجدر الإشارة أن المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في نص المادة 772 منه،أعطى لحائز العقار بسند ملكية طلب استحقاق العقار المحجوز عليه،حتى بعد انتهاء الآجال المحددة للاعتراض على قائمة شروط البيع،ولكن لم ينص على حالة طلب استحقاق العقار بعد البيع بالمزاد العلني،وكيف يتم تعويض الراسي عليه المزاد؟

ب –ضمان الاستحقاق في البيوع الإدارية:

تعد البيوع الإدارية عقودا بالمعنى الصحيح،وأنها بكافة صورها تتأثر بنصوص القانون المدني، فالمشرع وإن نص على عدم إخضاع البيوع التي تتم بالمزاد العلني من بينها البيوع الإدارية من ضمان العيب الخفي بموجب المادة 385 ق م [2] فلا ينص لا تصريحا ولا تلميحا إلى مدى إخضاعها لضمان الاستحقاق، ومن هنا يطرح التساؤل بخصوص مدى خضوعها لهذا الضمان في حالة ما إذا استحق الغير المبيع؟هل تلتزم الإدارة بضمان الاستحقاق إذا ما رجع إليها المشتري وفقا

[1] يتمثل الخطأ هنا في الانحراف عن سلوك الرجل العادي،نتيجة قدم إبدائه لأية ملاحظات سواء عن عمد أو بإهمال بشأن حقوق الأغيار المقررة على المال،الذي باشر الدائن إجراءات الحجز عليه،حتى الدائن بعلمه بحق الغير على المبيع يعد مرتكبا لخطأ،أي انحرف عن سلوك الرجل العادي.

[2] وهنا فقد نص المشرع على استثناء البيوع الإدارية التي تتم بالمزاد العلني،ومنه يمكن القول على أن البيوع الإدارية التي لا تتم بالمزاد العلني غير معفاة من ضمان العيب الخفي.

لأحكام القانون المدني؟ و هل استثناء هذه البيوع من ضمان العيوب الخفية والطعن بالغبن يمكن القول على أن تخضع لضمان الاستحقاق؟

إن الإجابة تكون بالنفي ،نظرا لطبيعة هذه البيوع وهي بيوع إدارية أي تتم بعقد إداري بالمفهوم الفني والقانوني ،ونظرا لأن هذا العقد يتضمن شروطا غير مألوفة في القانون المدني والتجاري، ويتم إدراج هذه الشروط غير المألوفة في دفتر الشروط ،ومن أمثلتها إعفائها من هذا الضمان.

وحتى هذا الحكم يطبق على البيوع التي تتم بالتراضي،باعتبار أن الإدارة كذلك تقوم بتضمينها شروط معينة تضعها مسبقا،وما على الفرد إلا أن ينضم إليها أو يمتنع عن ذلك،لذلك دعا البعض إلى تصحيح عبارة البيع بالتراضي la vente de gré á gré ،بالبيع غير التنافسي la vente non concurrentielle.[1]

وبالرجوع مثلا إلى دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد البنود والشروط التي تطبق على البيع بالتراضي لفائدة مرقين عقاريين لأراضي تابعة للأملاك الخاصة للدولة ،والموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة،الملحق ب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15-05-2011 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة المعدل والمتمم ،فمن بين البنود التي نص عليها هو عدم الضمان،حيث أنه وفقا لذلك يعد المشتري عارفا تمام المعرفة بالعقار الذي اشتراه،ويتسلمه بالحالة التي يكون عليها يوم نقل ملكيته،ولا يمكنه أن يمارس أي طعن ضد الدولة مهما كان السبب،ولاسيما بسبب سوء حالة التربة أو باطن الأرض،كما نص دفتر الشروط على تحمل المشتري لجميع الارتفاقات السلبية والظاهرة على جميع أنواعها،على خلاف ما نص عليه المشرع في نص المادة 2/377 ق م ،على أنه يفترض على أن البائع قد اشترط عدم الضمان-ضمان الاستحقاق الجزئي- في حالة الارتفاق

[1] أعمر يحياوي،الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية،دار هومة،طبعة 2009،ص 120.

الظاهر،لكن بمفهوم المخالفة يعد الضمان لا يفترض في حالة الارتفاق السلبي غير الظاهر،والذي يتحمله البائع.[1]

وبالتالي فالبيوع التي تكون الدولة طرفا فيها هي غالبا بيوع تنافسية لا تحتمل المساومة،وعليه الدولة كبائع لا تلتزم إلا بنقل ملكية المبيع إلى المشتري،فلا ضمان في البيوع الإدارية.

3-آثار الحكم بضمان الاستحقاق:

في حالة استحقاق المبيع الكلي أو الجزئي من طرف الغير،فالمشتري يطلب من البائع بضمان الاستحقاق أي التعويض كما سلف الذكر،أي يرفع دعوى مطالبا إياه بتنفيذ التزامه بمقابل،وهذه الدعوى لا يتم رفعها إلا بعد ثبوت هذا الاستحقاق للمبيع من طرف الغير بصدور حكم نهائي.

والاستحقاق نوعان إما يكون استحقاقا كليا أو جزئيا للمبيع،وتبعا لنوع لاستحقاق يستحق التعويض المقابل والمناسب له حسب ما حدده المشرع في نص المادة 375 ق م،كما أضاف المشرع في نفس المادة بأن المشتري يمكنه إقامة دعويين بدل من دعوى ضمان الاستحقاق وهي الفسخ أو الإبطال،وبالتالي يخير بين هذه الدعاوى وفقا لما تقتضيه مصلحته.

أ-التعويضات التي يلتزم بها البائع في حالة الاستحقاق الكلي:

الاستحقاق الكلي للمبيع يقصد به فقد المشتري لكل المبيع ،وحرمانه من الانتفاع به بشكل كامل أيا كان سبب الاستحقاق [2]،ويستند هذا الاستحقاق الكلي للمبيع الذي يترتب عليه الضمان إلى صدور حكم نهائي يلزم المشتري برد المبيع ،متى استند المدعي إلى سبب قانوني في استحقاقه للمبيع ثابت قبل عقد البيع ،أو لاحق له غير أنه راجع إلى البائع نفسه.

---

[1] في حالة وجود تكليف أو عبئ مثل وجود ارتفاقات،يلتزم البائع طبقا لنص المادة 376 ق م بالضمان أي المطالبة بالتعويضات التي نصت عليها المادة 375 ق م مع رد المبيع للبائع وهذه التعويضات تتمثل في المطالبة بقيمة المبيع وقت =نزع اليد الجزئي ووجود التكليف،ومصاريف دعوى الضمان والتعويض عما فاته من كسب ولحقه من خسارة وغيرها من التعويضات التي نصت عليها المادة،وهن في حالة ما إذا كان هذا التكليف يشكل خسارة جسيمة للمشتري،أما إذا كان التكليف لا يشكا خسارة جسيمة للمشتري فيستبقي المبيع ويطالب بالتعويض فقط.

[2] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 279.

ويمكن الإشارة إلى أمثلة عديدة عن حالات الاستحقاق الكلي للمبيع ومنها:

-حالة قيام البائع بيع العقار لمشتري ،ثم بيعه مرة أحرى لمشتري ثان يسبقه إلى شهره قبل الأول.

-حالة ما إذا كان العقار المبيع محملا برهن لم يشطبه البائع،مما ترتب عليه قيام الدائن المرتهن بالمطالبة به،فيباع العقار بالمزاد العلني.

-كما أنه يعد من قبيل حالات الاستحقاق الكلي للمبيع وجوده في حيازة أجنبي وقت العقد،إذا أثبت الأجنبي ملكيته للمبيع ومن ثم استحقاقه له،وقام بمنع المشتري من استلامه.[1]

وبالنسبة للتعويضات التي يعوض بها المشتري في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع،فقد نصت عليها المادة375 ق م وهي:

أ.1-قيمة المبيع من وقت نزع اليد الكلي-وقت الاستحقاق-:

يلتزم البائع بتعويض المشتري حسب قيمة المبيع من وقت نزع اليد كما تنص عليه المادة 375 ق م، ويكون ذلك بصدور حكم قضائي نهائي بالاستحقاق،وليس بوقت رفع دعوى الاستحقاق من طرف الغير لوضوح النص القانوني[2]،بغض النظر عن ثمنه والذي يمكن أن يقل أو يزيد،وهو ما يعد أكثر تحقيقا للعدالة،ذلك أن قيمة المبيع لا تخرج عن أحد الاحتمالين:

---

[1] غير أن محكمة النقض المصرية رأت ضرورة التمييز بين أمرين بصدد تطبيق أحكام ضمان الاستحقاق،بين ما إذا كان يتعذر على المشتري استلام المبيع لوجوده في حيازة أجنبي وثبتت ملكية هذا الأجنبي له،ففي هذه الحالة تستبعد أحكام ضمان الاستحقاق وتطبق أحكام بيع ملك الغير،أما الحالة الثانية إذا ما كان المشتري قد تسلم المبيع أولا ثم قام الأجنبي بنزعه منه استنادا إلى سبب قانوني راجع إلى البائع،ففي هذه الحالة فقط يثبت ضمان الاستحقاق: أنور سلطان، المرجع السابق،ص 299.

[2] ويقابلها ما نصت عليه المادة 446 ق م م على أنه : «أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير،فإن البائع يكون مسؤولا عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب الاستحقاق أو أنه ساقط الخيار »، هذا عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات والتي نصت على حق المشتري في رد الثمن وليس قيمة المبيع،منها ما نص عليه قانون الالتزامات والعقود المغربي في نص المادة 538:«إذا استحق المبيع كله من يد المشتري،من غير أن يقع من جانبه اعتراف بحق المستحق كان له أن يطلب استرداد الثمن الذي دفعه ومصروفات العقد

الاحتمال الأول :نقصان قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن ثمنه،كما لو كان المبيع بناء وهدمه المشتري وباع أنقاضه،أو كما لو انخفضت قيمته التجارية،أو نظرا لاستعماله،وفي جميع الأحوال يكون المشتري قد استفاد منه وأدى هذا الانتفاع إلى هبوط قيمته،وبالتالي فالمشرع قد راعى في ذلك جانب البائع في حالة هبوط قيمة المبيع وقت استحقاقه حتى لا يضار بذلك من تعويضه للمشتري.

الاحتمال الثاني:زيادة قيمة المبيع وقت الاستحقاق عن ثمنه،كالارتفاع في أسعار العقارات،فهنا يحق للمشتري الاستفادة بقيمة المبيع وقت الاستحقاق،حيث أن في ذلك الوقت تحديدا قد لحق بالمشتري الضرر الموجب للتعويض،فقد راعى المشرع هنا جانب المشتري في حالة زيادة قيمة المبيع وقت استحقاقه حتى لا يضار في استيفائه حقه من البائع،ونظرا لأن قاعدة ضمان الاستحقاق أساسها المسؤولية العقدية،فإن التعويض في تلك الحالة يقدر بقيمة الضرر وقت تحققه،والضرر يعد قد تحقق يوم رفع الدعوى الاستحقاق .[1]

ومن هنا يتضح أن التعويض في دعوى الضمان له خصوصية ،يكون على أساس تعويض المشتري عن فقده للمبيع وقت الاستحقاق،لا على أساس زوال البيع فيسترد الثمن [2]،فهذه الدعوى تفترض أن البيع باق لم يزل،فالتعويض في عقد البيع ذاته [3]،حيث يكون هذا التعويض نتيجة لتعذر تنفيذه عينا.

التي أنفقت على وجه سليم»،وما نصت عليه 686 من القانون المدني الكويتي: «إذا استحق المبيع كله،كان للمشتري أن يسترد الثمن من البائع ويرجع عليه بكل ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع،ومع ذل يقتصر حق المشتري على استرداد الثمن إذا أثبت البائع أنه لم يكن يعلم عند البيع بسبب الاستحقاق »،والمادة من 537 من قانون المعاملات الإماراتي: «ولا يمن علم المشتري بأن المبيع ليس ملكا للبائع من رجوعه بالثمن عند الاستحقاق»،والقانون المدني العراقي في المادة 554 منه على أنه: «إذا استحق المبيع على المشتري وكان البائع يعلم وقت البيع باستحقاق المبيع =فللمشتري استرداد الثمن بتمامه نقصت قيمة المبيع أو زاد »،وما نصت عليه المادة 505 القانون المدني الأردني على أنه:«إذا لم يجز المستحق البيع انفسخ العقد وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن».

[1] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق ،ص 335.

[2] فوفقا لما ذهبت إليه التشريعات سالفة الذكر،على أن تعويض المشتري يكون برد الثمن وبغض النظر عن قيمة المبيع وقت الاستحقاق،وذلك على أساس أن استحقاق الغير للمبيع يؤدي إلى فسخ عقد البيع أو إبطاله،وبالتالي يؤدي إلى عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد،لهذا منح القانون حق المشتري في الرجوع على البائع بالثمن الذي دفعه.

[3] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 439 و440.

أ.2-قيمة الثمار التي التزم المشتري بردها للمستحق :

فالثمار التي يلتزم المشتري بردها لمن استحق المبيع،هي كافة الثمار التي قبضها أو التي قصر في قبضها وهو سيء النية،أي هو يعلم بحق المستحق للمبيع،فالأصل حسن نية المشتري إلى أن يثبت العكس،ولكن بمجرد رفع الدعوى عليه من المستحق وإعلامه بعريضة افتتاح الدعوى يعتبر حائزا سيء النية،ومنه يلتزم برد الثمار التي قبضها من ذلك الوقت[1].وعندئذ نجد أن المشتري لن تلحق به أية خسارة حيث أجاز له القانون أن يعود على البائع بما دفعه للمستحق ،ذلك أن البائع ضامن لاستحقاق المبيع،ومن هذا الضمان نجد ضمانة للثمار الذي أداها المشتري للمستحق.

وبمفهوم المخالفة متى كان المشتري حسن النية أي دون علمه باستحقاق الغير لها،فإنه يملك ما قبضه من الثمار والمنافع مدة حيازته [2]،ومن ثم لا محل لرجوعه بقيمة تلك الثمار على البائع،وبالتالي فلا داعي مطالبة البائع في ضمان الاستحقاق عن قيمة الثمار لأنه لا يلتزم هنا بردها للمستحق.

أ.3-المصروفات التي يصرفها المشتري على المبيع:

تنقسم المصروفات التي من المحتمل أن يكون المشتري قد أنفقها على المبيع قبل ثبوت استحقاقه للغير إلى ثلاث أنواع،فقد تكون مصروفات ضرورية أو نافعة أو كمالية،وقد حرص المشرع في القانون المدني على استبعاد المصروفات الضرورية من دائرة المصروفات التي يحق للمشتري الرجوع بها على البائع حال استحقاق المبيع،والسبب هو أنه يمكن للمشتري استرداد ما أنفقه من مصرفات ضرورية من المستحق مباشرة بناءا على الأحكام العامة التي تنظم حق الحائز في استرداد المصروفات،وهو ما أشارت إليه المادة 839 ق م .[3]

وبالتالي فلا داعي إلى زيادة أعباء البائع بتحميله واجب رد تلك المصروفات الضرورية دون مسوغ،حتى أن المشتري في حال رجوعه بالمصروفات الضرورية على المستحق،فإنه يستحق

---

[1] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 242.

[2] وهذا ما نصت عليه المادة 837 ق م بنصها على أنه:«يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية....» .

[3] تنص المادة 829 ق م على أنه: «على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يدفع إلى الحائز جميع المصاريف الضرورية التي أنفقها هذا الأخير».

استقاءها دون اشتراط حسن نيته،حتى ولو كان عالما لسبب الاستحقاق المبيع للغير،فله أن يرد له ما أنفقه بصفة ضرورية في سبيل حفظ المبيع من الهلاك.[1]

أما المصاريف النافعة والتي أنفقها المشتري على المبيع ،والتي لا تعد ضرورية لحفظه وصيانته لكنها تزيد من قيمته،كالأشجار التي تغرس في الأرض المبيعة أو زيادة طابق في بناية[2]، فإن المشتري يحق له الرجوع على البائع من أجل استردادها ،وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 375 ق م،ولكن هنا يثار التساؤل هل يطلب هذه المصاريف من البائع مباشرة أم يرجع على مالك المبيع أي المستحق،خصوصا أن المادة سالفة الذكر نصت على أنه يمكن الرجوع على البائع بالمصاريف التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع-المستحق-.

وبالتالي يفهم من ذلك على أنه إما يرجع على المستحق مباشرة،ـــوإما أن يختار الرجوع على البائع بما كان يمكنه أن يطالب به المستحق،وبالتالي فيه ظلم للبائع،وإن قصر في ذلك فلا يلوم إلا نفسه إذا قصر في اقتضاء حقه من المستحق.

وبالرجوع إلى نص المادة 443 ق م م فقد أعط ت الحق للمشتري بالرجوع على البائع بخصوص المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق،أي بما لا يستطيع استفاءه من المستحق،وبمفهوم المخالفة هناك مصروفات يمكنه الرجوع بها على المستحق،وبخصوص هذه الأخيرة للمشتري الرجوع بها على مستحق الشيء المبيع وفقا لأحكام المادتين 924 و 925 ق م م وتقابلها المادتين 784 و 785 من قانوننا المدني.

والمشرع يميز بشأن ما يحق للمشتري المطالبة به من تلك المصروفات بين ما إذا كان حسن النية أو سيئها:[3]

---

[1] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 343.

[2] لحسين آث ملويا،المرجع السابق،ص 418.

[3] فالمشرع المدني الأردني كان واضحا في نص المادة 505 منه ،برجوع المشتري على البائع بما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدرا بالفرق بين قيمة المبيع قبل إجراء التحسينات وقيمته بعد إجراء هذه التحسينات ،دون الأخذ بحسن نية المشتري وسوء نيته ،وذلك بنصه على مايلي: «ويضمن البائع للمشتري ما أحدثه في المبيع من تحسين نافع مقدرا بقيمته يوم التسليم للمستحق»،

وفي حالة سوء نيته ،أي على علم وقت إنفاقه للمصاريف النافعة على المبيع بسب استحقاق الغير للمبيع،فيكون حكم الباني سيء النية وبالتالي يمكن للمستحق أن يطلب من المشتري في أجل سنة إزالة المنشآت مع التعويض ،أو يطلب استبقائها مقابل دفع قيمتها في حالة الهدم ،أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها وهذا وفقا لأحكام المادة 784 ق م [1]،وبالتالي للمشتري الرجوع بما أنفقه من مصاريف نافعة على المستحق أي دفع قيمتها في حالة الهدم أو مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود تلك المنشآت.

وأما ما للمشتري الرجوع به على البائع بما لم يستطع استيفاءه من المستحق،أو بما أداه إليه من تعويضات،،كما يتفق بعض الفقه على أنه يحق للمشتري مطالبة البائع بتعويضه عن الخسارة التي لحقت به بسبب الفرق بين قيمة المنشآت وقت الاستحقاق والمبلغ الذي حصل عليه من المستحق،غير أنه لا يسترد هذا الفرق إلا إذا أنفق تلك المصروفات قبل رفع دعوى الاستحقاق.[2]

أما في حالة المشتري حسن النية أي غير عالم بسب الاستحقاق، فهن ا للمشتري الرجوع بها على مستحق الشيء وفقا لأحكام المادة 785 ق م ،فإن المستحق مخير بين أن يدفع للمشتري قيمة المواد وأجرة العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب المنشآت،فإذا اختار المستحق أقل القيمتين حال رجوع المشتري عليه بالمصروفات النافعة،وكانت قيمة الزيادة في المبيع أقل مما أنفقه المشتري عليه من المصروفات،كان لهذا الأخير أن يرجع على البائع بالفرق.

أما بخصوص المصاريف الكمالية،فهي التي ينفقها المشتري لجمال المبيع وزخرفته فليس له أن يطالب بها المالك–المستحق– [3] كما ليس له أن يطالب بها البائع إذا كان هذا الأخير حسن النية[4]،وبمفهوم المخالفة يمكنه مطالبة البائع بها إذا كان سيء النية ،و قد نصت على ذلك المادة 375

---

[1] وفقا لأحكام المادة 784 ق م بنصها على ما يلي:«إذا أقام شخص المنشآت من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضاء صاحبها فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت بإزالتها على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا اقتضى الحال ذلك أو يطلب استبقائها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها».

[2] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 346.

[3] فمادام أن المشتري لا يجوز له أن يحتج بها في مواجهة المستحق،يجوز له في هذه الحالة إزالتها على أن يعيد الشيء إلى حالته الأولى،وللمالك أن يستبقيها لقاء قيمتها مستحقة الإزالة.

[4] سي يوسف زهية،المرجع السابق،ص 216.

ق م .ويبرر في ذلك على المدين في المسؤولية العقدية لا يسأل عن الضرر غير المتوقع،فإذا كان البائع سيء النية أي كان يعلم بحق الأجنبي،فيسأل في هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقعا،ومنه يحق للمشتري أن يرجع عليه بالمصروفات الكمالية،وتعد هذه المصروفات من الأمور غير المتوقعة.[1]

أ.4-جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق:

من بين عناصر التعويض التي يحق للمشتري الرجوع بها للبائع حال استحقاق المبيع،جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق ،باستثناء تلك التي كان في مقدور المشتري تفاديها بإعلام البائع بهذه الدعوى الأخيرة.[2]

وبهذا فجميع المصروفات التي ألزم بها القاضي المشتري حال الحكم ضده في دعوى الاستحقاق،ومن ثم خسارته تلك الدعوى،سواء كان مدعيا أو مدعى عليه،فيرجع بها على البائع.ولكن لا يحق له الرجوع على البائع إذا كان يستطيع أن يتقيها لو أخطر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم،بمفهوم آخر إذا لم يفعل المشتري ذلك يعد مقصرا،ويتحمل تبعية تقصيره ويتحمل مصارف الدعوى،لأنه لو أخطر البائع لكان بإمكانه دفع دعوى الاستحقاق بما لديه من مستندات.

أ.5-ما لحق المشتري من خسارة وما فاته من كسب:

وقد عبرت عن ذلك المادة 374 ق على أنه يتم تعويض المشتري عن الخسائر اللاحقة به وما فاته من كسب بسبب نزع اليد،ويعد ذلك تطبيقا للقواعد العامة للتعويض عن المسؤولية العقدية تطبيقا للمادة 182 ق م.ومثال عن الخسارة التي لحقها المشتري من جراء استحقاق المبيع ما يكون قد تكبده من نفقات،كنفقات التوثيق ورسوم الشهر والتسجيل،وكذا نفقات السمسرة وغيرها،ومثال عن الكسب الفائت،كالأرباح التي حرم منها المشتري بسبب ما زاد في قيمة المبيع ،أو إذا كان الثمن الذي اشترى

---

[1] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق، ص 346 و347.

[2] تنص المادة 375 ق م: « جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق باستثناء تلك التي كان في مقدور المشتري تفاديها بإعلام البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقا للمادة 373.» .

به العقار معدا لاستغلاله في مشروع آخر يدر عليه ربحا،إلا أنه تحول عنه إلى شراء ذلك العقار وكان البائع يعلم ذلك.[1]

وقد نص القانون المدني الأردني على حالة لم ينص عليها قانوننا المدني ولا القانون المدني المصري،وهي في حالة وقوع الإدعاء بالاستحقاق بعد هلاك المبيع بيد المشتري،فهنا يضمن للمستحق قيمته المالية يوم الشراء وليس الثمن المسمى، ويرجع المشتري بعد ذلك على البائع بالثمن،أما في حالة ما إذا كانت هذه القيمة التي رجع بها المشتري للمستحق أكثر من الثمن المسمى فإنه له أن يرجع بالفرق.[2]

ب-التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي:

يقصد بالاستحقاق الجزئي للمبيع فقد المشتري لجزء من المبيع ،أو حرمانه من الانتفاع ببعض مزايا الشيء المبيع[3]،وبالتالي يتحقق هذا الاستحقاق الجزئي للمبيع بإحدى الحالتين:[4]

-حالة ثبوت ملكية جزء من الشيء المبيع مثل،قيام الغير بإثبات عدم ملكية البائع لجزء من المبيع سواء كان هذا الجزء مفرزا أو حصة شائعة فيحكم باستحقاقه،أو قيام الراهن بنزع ملكية بعض المبيع استفاءا لحق يضمنه الرهن لم يقم البائع بشطبه.

-حالة إثبات الغير المستحق أن العين المبيعة مثقلة بأحد التكاليف أو قيود الملكية أو الحقوق العينية أو الشخصية،كقيام الغير بإثبات تحمل المبيع بأحد التكاليف المتفرعة عن الملكية لصالحه كحق

---

[1] على عكس ما ذهب إليه المشرع المدني الأردني بنصه في المادة 505 منه على أنه:« ويضمن البائع أيضا للمشتري الأضرار التي نشأت باستحقاق المبيع،وهنا يلزم البائع بتعويض الضرر الواقع فعلا حين وقوعه،ولا يضمن البائع للمشتري الأضرار الاحتمالية وما فات على المشتري من كسب بسبب استحقاق المبيع »:عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة:المرجع السابق،ص 443.وما ذهب إليه المغربي في نص المادة 538 من قانون الالتزامات المغربي على أنه:« إذا استحق المبيع كله من يد المشتري من غير أن يقع من جانبه اعتراف بحق المستحق كان له أن يطلب استرداد.....الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق».

[2] هذا ما نصت عليه المادة 510 من القانون المدني الأردني على أنه:« إذا وقع الإدعاء بالاستحقاق بعد هلاك المبيع بيد المشتري ضمن للمستحق قيمته يوم الشراء ورجع على البائع بالثمن،وإذا كانت القيمة التي ضمنها المشتري أكثر من الثمن المسمى كان له الرجوع بالفرق».

[3] أنور سلطان،المرجع السابق،ص 302.

[4] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 284.

الاستعمال أو الانتفاع وغيرها،وتحمل المبيع إحدى قيود الملكية كحق الارتفاق،أو أن يكون المبيع مثقلا بحق عيني تبعي،كحق الاختصاص أو الامتياز .

وقد تناولت المادة 376 ق م أحكام تعويض المشتري في حالة الاستحقاق الجزئي عن المبيع أو في حالة وجود تكليف به،حيث باستطاعة المشتري أن يطلب من البائع المبالغ المذكورة في المادة 375 ق م سالفة الذكر،ورده للمبيع مع ما أفاده منه ،وبهذا فقد أصبح الاستحقاق بهذه الصورة في حكم الاستحقاق الكلي للمبيع.

وقد اشترط المشرع لرجوع المشتري على البائع وفقا لأحكام المادة 375 ق م ، أن تكون الخسارة اللاحقة به قد بلغت درجة من الأهمية بحيث لو علم بها لما أبرم العقد ،ومثال ذلك كما لو اشترى شخص أرض ليبني عليها حظيرة لتربية الدجاج ثم تبين أن بها تكليف كحق ارتفاق،فإن الخسارة اللاحقة بالأرض جسيمة.

إن تقدير جسامة وأهمية الخسارة ترجع للسلطة التقديرية للقاضي وتبعا لظروف كل قضية،وحين يقوم بذلك بناءا على المعيار الشخصي المؤسس على ظروف المشتري الخاصة التي أحاطت به حال شراءه للمبيع.[1]

وفي حين قد نصت المادة 2/376 سابقة الذكر ،على أنه في حالة الخسارة اللاحقة بالمشتري لم تبلغ درجة من الجسامة،فالمشتري لا يمكنه سوى طلب إصلاح الضرر الذي تعرض له بسبب نزع اليد مع الاحتفاظ بباقي المبيع،ويقصد بالخسارة غير الجسيمة تلك التي لا ترقى إلى القدر الذي لو علمه المشتري لما أتم إبرام القدر.[2]

ويقدر التعويض هنا وفقا لأحكام المسؤولية العقدية،حيث يكون التعويض عن الضرر المتوقع فقط ما لم يكن البائع سيء النية يعلم بسبب الاستحقاق وقت البيع،فيشمل التعويض عن الضرر غير المتوقع أيضا.[3]

---

[1] هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 352.

[2] نفس المرجع،ص 357.

[3] سمير عبد السيد تناغو،المرجع السابق،ص 299.

ج-رفع دعوى الإبطال أو الفسخ:

فقد أعطى المشرع المدني في نص المادة 375 ق م ، للمشتري في حالة نزع اليد عن المبيع الخيار بين المطالبة بالتعويضات سالفة الذكر عن طريق دعوى ضمان الاستحقاق،أو اختيار دعوى الفسخ أو الإبطال.[1]

والمشتري له أن يطلب الفسخ على أساس أن البائع قد أخل بالتزامه بتسليم المبيع وتمكين المشتري من الحيازة الهادئة،وذلك عندما يحكم باستحقاق المبيع لغير المشتري ،ومن مقتضى ذلك أنه في حالة الحكم بالفسخ يعاد الطرفا ن إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد،ويسترد المشتري ما دفعه من للبائع من ثمن ،و تكون مصلحة المشتري في طلب الفسخ إذا كانت قيمة المبيع قد نقصت وقت الاستحقاق عما كانت عليه وقت البيع،والفسخ يخوله استرداد كل الثمن الذي دفعه،أما ضمان الاستحقاق لا يخوله إلا طلب قيمة المبيع يوم الاستحقاق كما سلف الذكر.

أما إذا اختار طلب إبطال العقد فيكون ذلك على أساس وروده على ملك الغير طبقا للمادة 397 ق م ،باعتبار أن البائع لم يكن مالكا للمبيع عندما تعاقد مع المشتري، [2]،وحكم الإبطال هو أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبطال العقد[3]،ويسترد بموجب ذلك المشتري ما دفعه للبائع من ثمن،كما يمكن له الحصول على تعويض عما لحقه من خسائر إذا كان حسن نية حتى ولو كان البائع كذلك حسن النية.[4]

---

[1] هذا ما قضت به محكمة النقض المصرية في قرار لها بتاريخ 15-8-1967على أنه:« المشرع قد أجاز للمشتري طبقا للمادة 443 من القانون المدني الرجوع على البائع له في حالة الاستحقاق بضمان الاستحقاق إلا أنه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع أخل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابق ذكرها بنصها كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله،ومن مقتضى ذلك أنه في حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التي نصت عليها المادة 160 من القانون المدني،وهو أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد،فيرد كل منهما ما تسلم بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه »: مشار إليه: هشام طه محمود سليم،المرجع السابق،ص 251.

[2] فقد نصت المادة 379 ق م على أنه :«إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه،فباستطاعة المشتري أن يطلب إبطال البيع،ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار سواء أشهر أو لم يشهر».

[3] هذا ما تنص عليه المادة 103 ق م.

[4] هذا ما تنص عليه المادة 399 ق م.

كما يمكن للمشتري طلب إبطال العقد لوقوعه في غلط أو تدليس لسكوت البائع عن وجود تكاليف وأعباء على المبيع،لأن السكوت عن واقعة معينة يعتبر تدليسا بحيث لو علو بها المشتري لما أبرم العقد.

البند الثاني:الالتزام بضمان العيوب الخفية

إن هدف المشتري في عقد البيع هو حصوله على منفعة المبيع الذي يريد شراءه،وتتحقق هذه المنفعة بتوفر الضمانات التي تسمح باستعمال المبيع فيما أعد له وفقا لقصد المتعاقدين أو لطبيعته أو وفقا للمواصفات المشروطة في العقد، ومن أجل تحقيق ذلك فإن البائع يلتزم بتوفير مبيع تتوفر فيه هذه الضمانات والشروط وإلا عد مخلا بالتزامه ،وهذا هو ضمان العيوب الخفية ،فهذه العيوب يمكن أن تؤثر في قيمة المبيع أو تنقص من منفعته،بالإضافة إلى حالة يمكن أن تتصل بالمبيع وتجعله غير مرغوب فيه من طرف المشتري ،وذلك بتخلف صفة في المبيع قد تعهد البائع وجودها في المبيع.

وسوف نقسم الدراسة في هذا الالتزا م إلى مفهوم العيب الخفي وشروطه، ومن ثم آثار ضمان العيوب الخفية.

أولا-مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان وشروطه:

نتطرق إلى مفهوم العيب الخفي وإلى شروط العيب الموجب للضمان.

1-مفهوم العيب الخفي:

يقع على البائع التزام بضمان العيب الخفي في المبيع،ويعتبر ذلك امتدادا لالتزامه بالتسليم،وهو أن يلتزم بتسليم المبيع خاليا وسليما من العيوب التي يمكن أن تنقص من قيمته ومنفعته،وقد نص المشرع الجزائري على العيب الخفي في 379 ق م ،لكن لم يتطرق إلى تعريفه وإنما أشار إلى شروطه وذلك بنصها على أنه: « يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري،أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله،فيكون ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها.».

ويعرف العيب الخفي ،بأنه شائبة تعتري الشيء على غير المألوف في حالته العادية،كوهن أساس البناء أو الصدع في الجدران،كما يعرف بأنه النقائص الموجودة في المبيع والتي لا تظهر عند فحصها والكشف عليها ،والتي تمنع المشتري من استعماله وفقا للغاية المعدة لها.[1]

كما يعرف العيب الخفي على أنه الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة،أي آفة لا توجد وبحسب الأصل في مثل المبيع.[2]

كما توسع مفهوم العيب ليشمل تخلف صفة معينة كفل البائع وجودها في المبيع المعين بالذات،ثم لا تتوافر هذه الصفة وقت تسليم المبيع[3]،وبالتالي فإذا اختلفت هذه الصفة فإن المشتري يرجع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية،وهذا ما جاء في نص المادة 379 ق م سالفة الذكر.

2-شروط العيب الخفي الموجب للضمان:

حتى يكون العيب خفيا موجبا للضمان من قبل البائع لابد من توافر مجموعة من الشروط،هذه الأخيرة قد نصت عليها المادة 379 ق م، وهي أن يكون العيب خفيا وقت البيع، وأن يكون قديما،وأن يكون مؤثرا ينقص من قيمة المبيع أو ينقص من الانتفاع به وكذا تخلق صفة معينة في المبيع،إضافة إلى ألا يكون البيع من البيوع التي لا ينشأ عنها التزام بضمان العيب الخفي.

أ- أن يكون العيب خفيا:

من شروط العيب الموجب للضمان أن يكون خفيا ،ومعنى خفاء العيب وفقا لنص المادة 379 ق م، ألا يكون المشتري على علم بها وقت البيع،وبمفهوم المخالفة إذا علم المشتري به تسقط صفة الخفاء عنه،أي يعتبر عيبا ظاهرا .

كما يعتبر عيبا خفيا إذا بغير إمكان المشتري اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي ،إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب ،أو أنه أخفاها غشا منه ،أي هذا

---

[1] زاهية سي يوسف،المرجع السابق،ص 223.

[2] محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل ، منشأة المعارف، الإسكندرية،الطبعة الثانية 1987،ص 235.

[3] نفس المرجع ،ص 235 .

العيب لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يكشفه إلا الخبير [1]،فمتى ثبت أن الخبير هو الوحيد القادر على اكتشاف العيب فيعتبر عيب خفيا.

وبالتالي فالمعيار الواجب اعتماده لتحديد خفاء العيب هو المعيار الموضوعي [2]،وهو الأخذ بعناية الرجل العادي،لكن القضاء إلى جانب ذلك المعيار أخذ بعين الاعتبار ما إذا كان المشتري أخصائيا في ميدان معين،فهنا يؤخذ بعلمه بالعيب الخفي إذا كان المبيع الذي اشتراه يدخل في نطاق اختصاصه،فلا يستطيع الإدعاء بضمان العيوب في مواجهة البائع،لكن مع ذلك فمن الصعب أحيانا كشف بعض العيوب حتى من طرف المهني،وتتوفر هذه الحالة إذا كان العيب لا يظهر إلا بعد استعمال المبيع مدة معينة.[3]

لكن تجدر الإشارة أنه هناك فرق بين البائع المهني والمشتري المهني،فالبائع المهني أو المحترف لا يمكنه التخلص من قرينة العلم بالعيب التي فرضها عليه القانون،أما المشتري المهني فإنه يمكنه إثبات عدم إمكانية كشف العيب ولو من طرف مشتري مهني كان في نفس وضعه.

لكن البائع يضمن العيب الخفي ولو كان من السهل تبينه واكتشافه من المشتري ولو تفحص المبيع بعناية الرجل المتوسط وذلك في حالتين:[4]

-أن يؤكد البائع للمشتري بأن المبيع خالي من العيوب وبالتالي فإن المشتري لم يتفحص المبيع.

-أن يخفي البائع العيب غشا منه، فالعي ب ظاهر في الأصل لكن إخفاء البائع له جعله غير ظاهرا، فلا يجوز أن يستفيد البائع من غشه.

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 513 ق م أ على أنه: « يشترط في العيب القديم أن يكون خفيا والخفي هو الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهر المبيع أو لا يتبينه الشخص العادي أو لا يكتشفه غير الخبير أو لا يظهر إلا بالتجربة».

[2] محمد زعموش، نظرية العيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،دراسة مقارنة،رسالة لنيل دكتوراه دولة،كلية الحقوق،جامعة منتوري ،قسنطينة،2004-2005،ص 68.

[3] نفس المرجع،ص 70.

[4] هذا ما نصت عليه المادة 2/379 ق م.

ولكن هاتين الحالتين لا تنطبقان إذا كان المشتري عالما بالعيب،لأن العلم معناه القبول بالمبيع وحالته،أما إذا كان البائع جاهلا للعيب الخفي فإنه لا ينفي مسؤوليته ويبقى ضامنا لذلك على عكس المشرع الفرنسي،الذي لا يطبق أحكام الضمان في حالة جهل البائع بالعيب الخفي.

ب-أن يكون العيب قديما:

لإعمال ضمان العيب الخفي لابد من أن يكون العيب قديما،والمقصود بالقدم هو أن يكون العيب موجودا في المبيع قبل البيع ،أو وجد بعده وهو في يد البائع قبل التسليم.

قد يظهر العيب عند المشتري بعد التسليم ،لكن يكون مستندا إلى سبب قديم قبل البيع أو قبل التسليم فإنه يعد عيبا قديما [1]،فحتى يضمن البائع لابد للمشتري إثبات أن هذا العيب كان موجودا قبل تسليم المبيع بكافة طرق الإثبات.

ج-أن يكون العيب مؤثرا:

يكون العيب مؤثرا إذا كان ينقص من قيمة المبيع ،أو ينقص من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع ،أو حسبما يظهر من طبيعته أو استعماله،وهذا طبقا للمادة 1/379 ق م،إضافة إلى ذلك فقد توسع المشرع في العيب الموجب للضمان وهو عدم شمول المبيع على الصفات التي تعهد البائع وجودها بالمبيع.

والنقص في القيمة يتحدد على أساس قيمة المبيع في السوق،(ممكن أن يتحقق به غبن بالنسبة للمشتري)،لأنه بوجود عيب بالمبيع ممكن أن نتصور اختلال التعادل بين ما يغطيه المتعاقد وما يأخذه،إذ أنه يأخذ مبيعا مفترض فيه أنه خال من العيوب مقابل قيمته التي تم الاتفاق عليها.[2]

---

[1] وهو ما جاء به القانون المدني الأردني في نص المادة 513 على أن: « يعتبر العيب قديما إذا كان موجودا في المبيع قبل البيع أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم،يعتبر العيب الحادث عند المشتري بحكم القديم إذا كان مستندا إلى سبب قديم موجود في المبيع عند البائع».

[2] سمير عبد السميع الأودن،ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين،مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر، طبعة 2000،ص 07.

فهنا النقص في القيمة يقصد به النقص الذي يصيب المبيع بسب ب العيب،وليس النقص الذي يحدث يسبب تقلبات الأسعار،كما يجب التنبيه إلى عدم الخلط بين النقص في القيمة والنقص بالكمية،فإذا كان العيب ناتجا عن النقص في الكمية،فلا يجوز للمشتري الرجوع بضمان العيوب الخفية وإن كان يجوز له الرجوع على البائع بدعوى عدم تنفيذ شروط العقد [1].أما النقص في المنفعة فيتحدد عن طريق الاستعمال الذي يقصده المشتري من المبيع أو الغرض المعد له الشيء بحسب طبيعته.

وإذا كان العيب لا يؤدي إلا لنقص طفيف في استعمال المبيع،وكذلك لا يؤثر إلا على مزاج المشتري لا يعتد به،وبعبارة أخرى فالمشتري لا يهدف فقط إلى حيازة الشيء المبيع بل يريد أيضا– وهذا هو المهم بالنسبة إليه–الانتفاع بهذا الشيء،فالعيب يكتسب صفته كعيب من تبعيته وارتباطه بالاستعمال الموجه له الشيء وتأثيره عليه،ولذلك يسمى بالعيب الوظيفي.[2]

والعيب قد يؤثر على الاستعمال المعد له المبيع،والمشرع قد وضع عدة معايير لتحديد– الاستعمال المعد له– وهي إما الإرادة المشتركة للمتعاقدين وإما وفقا لطبيعة الشيء المبيع أو الغرض الذي خصص له المبيع،فإذا كان الاستعمال المبيع وفقا لطبيعته لا يثير أي إشكال فإن استعمال المبيع وفقا للغرض المخصص لا بد أن يكون البائع عالما به،ذلك حتى لا يصبح تحت رحمة رغبات المشتري وخاصة إذا كانت هذه الرغبات تتنافى مع الاستعمال العادي للمبيع،فإذا أثبت البائع أنه لم يكن يعلم بهذه الرغبات فلا يكون ملزما بالضمان.

وقد ينص في عقد البيع على الغاية المقصودة من طرف المشتري في استعمال المبيع،كمن يشتري قطعة أرض للبناء عليها ثم يتضح فيها عيب خفي وهو وجود مجرى مائي تحتها أو أن تربتها رملية ،وبالتالي فإنه لا يصلح البناء عليها،أما إذا صرح المشتري بأنه لا ينوي البناء عليها بل تحويلها إذا حديقة فإن العيب الخفي لا ينقص من قيمة الأرض.

---

[1] محمد زعموش،المرجع السابق ،ص 36.

[2] نفس المرجع،ص 35.

وقد اشترط القضاء الفرنسي،أن يكون العيب ملازما للشيء[1]،أي أن يجد المشتري عدم ارتياحه في عيب ذلك الشيء بحد ذاته،وليس في عدم توافر المزايا التي كان يرتقبها من ذلك المبيع.

هذا بالنسبة للعيب المؤثر ،ولكن نتساءل ما موقف المشرع بالنسبة للعيب العرضي القابل للإصلاح أو بعبارة أخرى هل المشرع الجزائري يأخذ بالعيب المتسامح فيه عرفا؟

إن البائع يضمن العيب الخفي إذا كان مؤثرا أي بلغ حدا من الجسامة الذي من شأنه أن يؤثر على قيمة المبيع ومنفعته من خلال الاستعمال المعد له،سواء كا ن استعمالا عاديا أو استعمال خاص وفقا للغرض الذي يهدف إليه المشتري ،أما إذا كان العيب لا يؤثر إلا على مزاج المشتري فلا يؤخذ به.

لكن بالنسبة للعيب القابل للإصلاح ،فما هو متعارف عليه أن هذا العيب لا يدخل ضمن نطاق الضمان،فباعتبار هذا العيب ليس جسيما ولا يمنع المشتري من التعاقد ،إذ يمكن لهذا الأخير أن يقتصر على المطالبة بالتعويض أو بإصلاح العيب،بشرط طبعا ألا يؤدي هذا الإصلاح إلى إصابة المتعاقد بضرر كبير وأن يجعل الشيء قابلا للاستعمال المعد له،وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية بالنسبة لبيع شقة بعمارة ظهرت فيها بعض العيوب غير عادية،مما ترتب عليه تصدع وتشقق في البناية،حيث أمرت بتنفيذ أشغال لتدعيم الحائط،وأجلت البحث في طلب تخفيض الثمن المقدم من المدعين إلى ما بعد الأشغال.[2]

أما بالنسبة للعيوب المتسامح عليها ،فإنه لا يلتزم البائع بضمانها وهذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة 448 ق م:بنصها على مايلي: «.....لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه...» ،أما المشرع الجزائري فإنه لم ينص صراحة على ذلك [3] ،ولكنها لا تعتبر عيوبا يشملها الضمان لأنها عند عامة الناس شيء عادي،ولا تنقص من قيمة الشيء أو منفعته.

---

[1] لحسين آث ملويا،المرجع السابق،ص 448.

[2] محمد زعموش،المرجع السابق،ص 40.

[3] المشرع الجزائري،وإن لم ينص في عقد البيع على العيوب المتسامح فيها،فإنه قد نص عليها في عقد الإيجار وذلك في المادة 488 ق م:« يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد بالعين المؤجرة من عيوب.....ولكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها...».

إضافة إلى ما سبق ذكره فالمشرع في نص 1/379 ق م قد نص على أنه : « يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري.....».

ومنه فإن البائع يقع عليه التزام بالضمان،وذلك لتخلف الصفة المشروطة في المبيع كأن يتعهد البائع بأن الأرض المبيعة صالحة لزراعة القمح وأنها تنتج عشرين قنطارا في الهكتار ثم يتبين بأنها لا تصلح إلا لزراعة الفواكه[1]،وبهذا فالمشرع قد ألحق الصفة المشروطة بالعيب الخفي،رغم أن الاختلاف بينهما واضح جدا.

يذهب الرأي الغالب في الفقه والقضاء ،إلى أن فوات الصفة المشروطة في المبيع لا يعد عيبا بالمعنى الفني الدقيق،ذلك أن العيب هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع،وهذا المعنى لا ينطبق على فوات الصفة،لأن الشيء في حالته الطبيعية السليمة قد يخلو عادة من هذه الصفة.[2]

كما أن البائع لا يضمن تخلف الصفة إلا إذا كان قد أكد للمشتري وجودها في المبيع أما في ضمان العيوب الخفية فإن البائع يضمنها دون حاجة إلى شرط في العقد.

وإن كان المشرع قد ألحق تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفي ،وأجرى عليها أحكامه فيما يخص بقواعد الضمان ،إلا أنه لم يشترط في حالة تخلف الصفة ما اشترطه في العيب الخفي،من وجوب كونه خفيا ومؤثرا،إذ جعل عدم توفر الصفة المشروطة في المبيع وقت التسليم موجبا لضمان البائع.

جدير بالملاحظ في حكم صادر عن المجلس الأعلى سابقا-المحكمة العليا-أنه كان يخلط بين التعرض القانوني الصادر عن الغير وبين تخلف صفة معينة في المبيع وذلك عندما رأى بأن ما قام به البائع من عدم التصريح للمشتري بوجود مستأجرين في العمارة المبيعة،إنما هو إخفاء لعيب خفي-تخلف صفة بواسطة غش البائع،فهذا لا يعتبر عيب خفي وإنما تعرض ،وبالتالي فالبائع يسأل عن

---

[1] لحسين آث ملويا،المرجع السابق،ص 456.

[2] سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي،ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع،دراسة مقارنة،(دون ذكر دار النشر)، طبعة 2008،ص 08.

وجود تكليف في المبيع–الإيجار–ويعتبر تعرض قانوني وليس بغياب صفة تعهد البائع بوجودها وقت البيع.[1]

د–ألا يكون البيع من البيوع التي لا ينشأ عنها التزام بضمان العيب الخفي:

تنص المادة 385 ق م على أنه:« لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد».

وبالتالي فالبيوع القضائية التي أشرنا إليها سالفا كالبيع الجبري لأموال المدين ،وكذا بيع أموال ناقص الأهلية والمفلس ،والمفقود وبيع العقار الشائع لتعذر قسمته عينا،والتي تتم تحت إشراف القضاء وبالمزاد العلني لا تخضع لضمان العيوب الخفية ،وكذا البيوع الإدارية وهي التي تجريها الجهات الإدارية بالمزاد العلني.

ويبرر عدم ضمان العيب فيما يباع بالمزاد العلني سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة،أن هذا البيع قد أعلن عنه،وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشيء قبل الإقدام على المزايدة،فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع بسبب كان يمكن توقيه،فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين [2].كما أنه لا يمكن تحميل المالك أعباء ضمان العيوب الخفية بشأن البيوع القضائية،انطلاقا من أن هذا البيع لم ينشأ بإرادته ولا بإرادة المدين أو الموظف العام. [3]

وهنا يطرح التساؤل هل البيوع الاختيارية التي تتم بالمزاد تخضع لضمان العيوب الخفية،كبيع العقار المثقل بتأمين عيني ؟

رأى بعض الفقه الفرنسي إلى أن البيوع المستثناة من الضمان هي البيوع التي يوجد بشأنها نص تشريعي يقضي بوجوب إتمامها عن طريق اللجوء إلى سلطة القضاء،كما أن البيوع التي تتم

---

[1] قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا،بتاريخ 02–03–1983،ملف رقم 20921،م ق م،ع،سنة 1989،ص 28 وما بعدها.

[2] محمد المنجي، المرجع السابق، ص247.

[3] فتحي والي، التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ،المرجع السابق،ص 495.

بالمزاد العلني تحقيقا لرغبة المتعاقدين تخضع لضمان عيوب المبيع الخفية،ولا مجال فيها لإعمال الاستثناء الوارد في المادة 1649 ق م ف. [1]

وبالتالي فالبيوع التي يكون تدخل المحكمة فيها عارضا لم يستلزمه القانون لا يسري عليها هذا الضمان ولو تم البيع بالمزاد العلني، ولكن يمكن القول على أن هذا التخصيص يتناقض مع إطلاق عبارة البيوع القضائية الواردة في المادة 385 ق م سالفة الذكر،أي أي بيع يتم تحت إشراف القضاء سواء كان جبريا أو اختياريا أو بإذن من القاضي.

ثانيا-آثار ضمان العيوب الخفية:

إن وجود العيب الخفي بشروطه السابقة،يعطي الحق للمشتري برفع دعوى ضمان العيب الخفي على البائع،ولكن لكي يحصل على هذا الضمان لابد على المشتري فور تسلمه للمبيع فحصه بعناية الرجل العادي ،وإن وجد العيب عليه وإخطار البائع بذلك في مدة معقولة.

والمشرع لم ينص على ميعاد معين [2]،بل ترك الأمر لتقدير الطرفين تحت رقابة القاضي،ويختلف الأمر حسب طبيعة المبيع وظروف المتعاقدين،حيث يمكن اكتشاف العيب بالملاحظة العادية،غير أن بعض المبيعات لا يمكن اكتشاف العيب فيها إلا بواسطة خبير رغم ذلك لا بد من إخطار البائع فورا،لكن يمكن للمشتري أن يتصالح مع البائع ويتفادى دعوى الضمان إذا قام بإصلاح المبيع وكان قابلا للإصلاح.

أما إذا اختار دعوى الضمان فإنه لابد من رفعها خلال مدة سنة من التسليم الفعلي لا الحكمي،وذلك بنصه على ذلك في المادة 383 ق م على أنه :« تسقط دعوى الضمان بمضي سنة واحدة تبدأ من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل... »[3]،وبالتالي تعتبر هذه السنة مدة تقادم.

---

[1] M.Planiol et G.Ripert, Traité pratique de droit civil Français, par J. Hamel, 1956, page 127-130.

[2] لقد جاء بالصيغة التالية في المادة 381 ق م،أن يكون الإخبار بالعيب في الوقت الملائم أو في أجل مقبول.

[3] قد أخذت معظم تشريعات العربية بنفس المدة المادة 496 القانون المدني الكويتي،والمادة 420 القانون المدني السوري،على عكس بعض التشريعات والتي أخذت بمدة أقصر من ذلك وهي مدة 6 أشهر منها ما جاء به القانون

إذا لم يقع الإخطار في الوقت الملائم أعتبر المبيع غير معيب وأعتبر المشتري راضيا بالعيب الذي وجد فيه وسقط عن البائع الالتزام بالضمان حتى ولم تكن دعوى الضمان قد تقادمت بانقضاء سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع [1]،حيث كان على المشرع أن يحدد مدة تقادم الدعوى من يوم الإخطار وليس من يوم التسليم فهي مدة قصيرة.غير أنه وبموجب المادة 383 ق م يمكن للبائع أن يلتزم بمدة ضمان أطول،ويعتبر ذلك اتفاقا على تشديد للضمان،ويتم ذلك في عقد البيع أو في اتفاق لاحق،كما يمكن للمشتري بمدة تقادم طويل طلقا للقواعد العامة وهي 15 سنة ،وذلك في حالة قيام البائع بإخفاء العيب غشا منه[2]،وتبدأ مدة التقادم من تاريخ التسليم الفعلي للمبيع .

ومما سبق ،إذا ما ثبت وجود عيب خفي وقام البائع بإخطار البائع في المدة المعقولة،فإنه له الحق في المطالبة بالضمان طبقا للمادة 376 ق م[3]،وبالتالي نطبق أحكام نزع اليد الجزئي[4] ومنه نفرق بين حالتين:

المدني الأردني في نص المادة 521 على أنه:« لا تسمع دعوى ضمان العيب بعد انقضاء ستة أشهر على تسلم المبيع ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول »،وهي مطابقة لما جاء به قانون المعاملات الإماراتي في المادة 241 منه،على عكس المشرع المغربي الذي ميز بين مدة الضمان بالنسبة للعقارات ومدة ضمان للمنقولات وذلك في نص المادة 574 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه: « كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان أو خلو المبيع عن الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الآجال التالية وإلا سقطت:

-بالنسبة للعقارات خلال 365 يوما من التسليم.

-بالنسبة للأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم بشرط أن يكون قد أرسل للبائع الإخطار المشار إليه في الفصل 553».

[1] سمير عبد السميع الأودن،المرجع السابق،ص 12.

[2] تنص المادة 383 ق م على أنه:« غير أنه لا يجوز للبائع التمسك بسنة تقادم متى ثبت بأنه أخفى العيب غشا منه».

[3] هذا ما نصت عليه المادة 381 ق م.

[4] يلاحظ أن المشرع قد طبق أحكام الضمان في حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع على أحكام ضمان العيب الخفي،باعتبار أن العيب الخفي ينقص من الانتفاع بالشيء المبيع وبالتالي وكأنه استحق جزء من المبيع من حيث استعماله وهذا ما جعل المحكمة العليا تخلط بين التعرض القانوني لوجود تكليف بالمبيع وبين تخلف صفة تعهد البائع بوجودها بالمبيع،بحيث اعتبر عدم التصريح للمشتري بوجود مستأجرين في العمارة المبيعة،إنما هو إخفاء لعيب خفي أو صفة بواسطة غش البائع،رغم أن الأمر يتعلق بتعرض قانوني من الغير:قرار صادر عن المجلس الأعلى سابقا،بتاريخ 02-03-1983،ملف 20921،المشار إليه سابقا.

-حالة العيب الجسيم:فإنه إذا كانت الخسارة الناتجة عن العيب بلغت درجة من الأهمية،بحيث لو علم بها المشتري لما أبرم العقد،وبالتالي يطلب المشتري بعناصر التعويض المنصوص عليها في المادة 375 ق م،مع رد المبيع للبائع.

وباستطاعة المشتري التنازل عن حقه في المطالبة بالضمان حتى ولو كان العيب جسيما وذلك باستبقاء المبيع لدية ومطالبته بتعويض الضرر اللاحق به من العيب الخفي.

-حالة العيب غير الجسيم:فالعيب غير الجسيم هو متى لم يبلغ حدا من الجسامة ،بحيث لو علمه المشتري لأقدم على الشراء لكن بثمن أقل.[1]

وهنا لا يكون للمشتري إلا الاحتفاظ بالمبيع ،مع المطالبة بالتعويض عن الضرر اللاحق به بسبب العيب،أما إذا أمكن إصلاح العيب طالب المشتري البائع بإصلاحه بدلا من التعويض.

لكن التساؤل الذي يطرح ما حكم هلاك المبيع بعد ذلك ،هل يتحمل المشتري تبعة الهلاك أم تبقى دعوى الضمان مستمرة؟

وقد جاء في المادة 382 ق م : « تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك المبيع وبأي سبب كان»،ومنه فإذا ظهر بالمبيع عيب ونشأ بمقتضاه حق المشتري بالضمان كما أسلفنا الذكر،فإن هلك المبيع بعد ذلك فإنه لا يؤدي إلى سقوط حق المشتري في مطالبة البائع بالضمان،سواء كان الهلاك راجع للبائع أو المشتري أو لسبب أجنبي.

مبدئيا يمكن للأطراف المتعاقدة استبعاد وتقييد هذا الضمان،لكن بشرط ألا يكون البائع على علم بهذا العيب،وفي حالة سوء نية البائع فإنه يصبح عدم الضمان أو البند التقييدي غير فعال.[2]

---

[1] سي يوسف زهية،المرجع السابق،ص 247.

[2] 3e Civ.,19 novembre 2008, pourvoi no 07-16.746, Bull. 2008, III, no 183. «alors que la connaissance de la présence de mérule dans l'immeuble obligeait le vendeur de mauvaise foi à réparer tous les désordres imputables à ce vice, la cour d'appel a violé les textes susvisés» https://www.legifrance.gouv.fr:

تم الدخول بتاريخ 14-03-2021 على الساعة 21:52.

البند الثالث-الالتزام بتكاليف وأعباء الملكية المشتركة:

نتطرق إلى تحديد الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة وتكوينها،ومن ثم تحديد الأعباء التي تقع على المالك في الملكية المشتركة.

أولا-تحديد الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة وتكوينها:

الملكية المشتركة هي الحالة القانونية التي يكون عليها العقار المبني أو مجموع العقارات المبنية والتي تكون ملكيتها مقسمة حصصا بين عدة أشخاص، تشمل كل واحدة منها على جزء خاص ونصيب في الأجزاء المشتركة[1].حيث تعتبر حسب المادة 744 ق م الأجزاء الخاصة، أجزاء العقارات المبنية أو غير المبنية، والمملوكة بالتقسيم لكل واحد من الملاك الشركاء بغرض الاستعمال الشخصي والخاص.

كما تعرف الأجزاء الخاصة كما جاء في نموذج نظام الملكية العقارية في مجال الترقية العقارية والملحق بالمرسوم 14-99 المؤرخ في 04-03-2014 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية[2] بأنها:«هي الأجزاء التي يملكها مقسمة على كل شريك في الملكية والمخصصة له دون غيره،أي المحلات التي تشملها حصته أو حصصه مع جميع المرافق التابعة».

وتتضمن الأجزاء الخاصة [3]بالنسبة لكل محل من المحلات الخاصة المشمولة في هيكل البناية الجماعية،من كل ماهو مندرج داخل هذه المحلات مما هو مخصص لاستعمال سكني لا غير،من بلاطات مبلطة وأرضيات خشبية، وجميع التلبيسات بصفة عامة،سقوف البيوت،أبواب المساطح والمداخل الخاصة، والنوافذ والشرفات،الأنابيب والقنوات أو الخطوط الداخلية المخصصة للاستعمال في المحل دون غيره لتوزيع الماء والكهرباء ولصرف المياه المستعملة،الخزانات الحائطية وغيرها.....

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 743 ق م.

[2] ج ر،ع 14،المؤرخة 16-03-2014.

[3] هذا ما جاء في نموذج نظام الملكية العقارية في مجال الترقية العقارية والملحق بالمرسوم 14-99 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية.

أما الأجزاء المشتركة هي أجزاء العقارات المبنية وغير المبنية التي يملكها على الشيوع كافة الملاك المشتركين ،بالنسبة لنصيب كل واحد منهم في كل حصة لاستعمال أو منفعة جميع الملاك المشتركين،وقد ذكرت المادة 745 قم الأجزاء المشتركة ومن بينها،البساتين وكذا المداخل،الرواق الخارجي،المصاعد..،أما وفقا لنموذج نظام الملكية العقارية في مجال الترقية العقارية والملحق بالمرسوم 14-99 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية ،فالأجزاء مشتركة المملوكة هي الأجزاء التي يملكها على الشيوع من جميع الشركاء في الملك،كل حسب الحصة العائدة إلى كل قسم والمخصصة لجميع الشركاء أو الكثير منهم قصد استعمالها و الانتفاع بها.

وقد قسمت الأجزاء المشتركة حسب الحالة إلى ثلاث أصناف:

-الأجزاء المشتركة من الصنف الأول هي المخصصة لاستعمال جميع الشركاء في الملك وتشمل : كل الأرض التي تم تشييد مجموع العقار عليها والتابعة له،لاسيما القطع الأرضية المستعملة كحظيرة أو حديقة،الباحات وطرق المرور،شبكات المواسير وقنوات صرف المياه،وأنابيب الماء والغاز والكهرباء المؤدية إلى جميع المباني،مسكن أو مساكن البوابين الموجودة في إحدى البنايات أو في الكثير منها وعلى العموم جميع المرافق ذات المصلحة العامة والاستعمال المشترك بين جميع البنايات،الأقبية التي تشكل مفرغات صحية.

-أما الأجزاء المشتركة من الصنف الثاني، فهي الأجزاء المخصصة لاستعمال السكان الذين يشغلون بناية واحدة بعينها وتشمل ما يأتي:الأسس والجدران الضخمة الخاصة بالواجهة أو بواجهة السقف أو الحائط الفاصل،والجزء الأعلى من العمارة الذي يشكل سقفها وبكل ما يتكون منه الهيكل الأساسي للمبنى على العموم،المحلات والمساحات والارتفاقات المشتركة والأبواب والأبهاء وممرات الدخول والأدراج وأروقة الإفساح،وأماك الخدمات العامة من أماكن العدادات وغيرها،وجميع الأشياء أو الأجزاء على العموم غير المعدة للاستعمال الحصري والخاص في جزء من أجزاء الملك المقسوم،والأشياء التي ينص القانون على أنها مشتركة وغيرها.....

-الأجزاء المشتركة من الصنف الثالث وتتمثل حصرا في المصاعد والآلات الخاصة بها ،وكذا أقفاص المصاعد المتواجدة في البنايات.

ثانيا-الأعباء التي تقع على المالك في الملكية المشتركة:

يحق للمالك في الملكية المشتركة أن يستعمل كما يبدو له الأجزاء الخاصة المملوكة له وينتفع بها بشرط أن لا يمس بحقوق الشركاء في الملك في المحلات الأخرى وبتخصيص البناية وأن لا يقوم بأي عمل يعرض متانة البناية للخطر ،حيث تقع عليه المسؤولية حيال الآخرين عن نتائج الأضرار التي يتسبب فيها بإهماله.كما يمكن له وبكل حرية لاستعمال والانتفاع بالأجزاء المشتركة ،حسب ما هي معدة له دون أن يعوق حقوق الشركاء والمستعملين الآخرين.

ومقابل هذا الانتفا ع فإن المالك يتحمل التكاليف المفروضة عليه والأعباء في مجال الملكية المشتركة والتي تنقسم إلى صنفين:[1]

-الأعباء من الصنف الأول والتي تتعلق بالتسيير العادي للأجزاء المشتركة والترميمات الصغيرة للأجزاء المشتركة ،ويتحمل جميع الشاغلين للمحلات الفعليين وغير الفعليين،وهذه الأعباء موزعة في حصص متساوية بين جميع الشاغلين ويوفون بها لدى المتصرف [2] حسب الكيفيات التي تقررها الجمعية العامة.[3]

---

[1] هذا ما جاء في نموذج نظام الملكية العقارية في مجال الترقية العقارية والملحق بالمرسوم 14-99 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية.

[2] تشكل مجموعة الشركاء في الملك أو الشاغلين له جمعية ذات شخصية معنوية وتكتسب الشخصية المدنية بمجرد اعتمادها،حيث تتولى المحافظة على البناية والتسيير الجيد لها وكذا إدارة الأجزاء المشتركة،حيث تعين في أول اجتماع لها متصرفا يسند عليه تنفيذ قرارا هذه الجمعية،وهو مكلف بتطبيق نظام الملكية المشتركة والعمل على احترامه.

[3] لقد نصت المادة 750 ق م على أنه يلتزم بالتكاليف من النوع الأول والمتعلقة بالتسيير العادي للأجزاء المشتركة الشاغلين،ومنه فمصطلح الشاغل من يشغل ذلك المسكن سواء كان مالكا أو مؤجرا،واستعمل المشرع عبارة -فعليين أم لا -وهل يقصد به الشاغل القانوني الذي يملك سندا قانونيا يثبت شغله للأمكنة أو العكس الذي لا يملك أي سند؟،ومنه يمكن القول على أن كل من يشغل ذلك المسكن ملزم بدفع هذه التكاليف من الجزء الأول.

-الأعباء من الصنف الثاني،تلك المرتبطة بالترميمات الكبرى للعقار وصيانته ،وكذا أمن الشركاء في الملكية و الشاغلين لها،بحيث يتكفل بها الشركاء في الملك وحدهم،حيث يتم توزيعها على أساس الحصة المشتركة لكل واحد منهم والمتعلقة بكل قسم.[1]

و بالرجوع إلى نص المادة 754 ق م وكذا نموذج نظام الملكية العقارية في مجال الترقية العقارية والملحق بالمرسوم 14-99 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية سالف الذكر، فالمالك ملزم حتى بمناسبة نقل الملكية إزاء الجمعية بدفع جميع الديون المترتبة عليه من الملكية المشتركة،والمستحقة من تاريخ انتقال الملكية والواجب دفعها نقدا سواء تعلق الأمر بأرصدة أو دفع نهائي.

وفقا لنموذج نظام الملكية العقارية في مجال الترقية العقارية والملحق بالمرسوم 14-99 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة في مجال الترقية العقارية،ونفس الأمر بالنسبة للقانون الفرنسي[2]،يجب عليه أن يقدم للموثق شهادة لم يمر على تسليمها شهر تثبت أنه غير مطالب ومقيد بأي التزام إزاء جماعة الشركاء في الملك،ويجب إخطار المتصرف بانتقال الملكية برسالة عادية موصى عليها مع إشعار بالاستلام بمبادرة من المقتني،ويجوز للمتصرف أن يعترض في ظرف 15 يوما إبتداءا من تاريخ إعلان الانتقال لدفع الأموال ،وذلك للحصول على المبالغ التي لا تزال مستحقة ولم يدفعها المالك السابق،ويتم الحصول عليها باتفاق مع البائع بخصم المبالغ المستحقة من ثمن البيع[3]،وبالتالي يقوم الموثق بتسوية الأمر باتفاق الطرفين بين المتصرف والبائع.

المطلب الثاني:التزامات البائع بموجب قوانين خاصة

بالإضافة إلى الالتزامات السابقة وما يعرف بالالتزامات التقليدية التي فرضها القانون المدني،هناك التزامات أخرى فرضتها تنوع صيغ وتقنيات البيوع العقارية ،وكذا طبيعة هذا المحل

[1] بالنسبة لهذه التكاليف من النوع الثاني فإنه يلتزم بها الملاك فقط وليس كما في حالة تكاليف النوع الأول يلتزم بها الشاغلين،وذلك نظرا لأهمية هذا النوع من التكاليف والمتعلقة بالترميمات الكبرى والتي يستفيد منها مالك العقار بالدرجة الأولى.

[2] Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, Modifié par la loi . Ordonnance n° 2019-1101 du 30 octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis **JORF n°0254 du 31 octobre 2019.**

[3] Notaires de Paris Ile-de-France,l acte de vente, le parcours de la vente, Mai 2014.p 08

وطبيعة النص القانوني الذي ينظمه.فهذه الالتزامات تعكس خصوصية عقد بيع العقار على البيوع العادية،ومن أهم هذه الالتزامات،التزام البائع بالإعلام (**الفرع الأول)** والتزام البائع بموجب قانون الترقية العقارية والمتعلقة بمواصلة الانجاز وبالمطابقة **(الفرع الثاني)**،وكذا التزامه بإدارة وتسيير الأملاك المشتركة والتزامه بضمان العزل الصوتي **(الفرع الثالث)** وهي الالتزامات التي تقع على المرقي العقاري أي البائع المهني.

الفرع الأول:الالتزام بالإعلام في عقد بيع العقار:

إن الالتزام بالإعلام هو التزام قانوني يقع على عاتق البائع،و ذلك بإعطاء معلومات كافية للمشتري عن المبيع أو عن استعماله ،حتى يستطيع المشتري أن يتخذ قراره عن معرفة –دراية–كاملة [1].

حيث كرس المشرع هذا الالتزام في القانون المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش رقم 09–03 المعدل والمتتم[2] في المادة 04 منه ،وهو التزام سابق وضروري يسمح للمستهلك باقتناء المنتوج حسب احتياجاته المبنية على رضا حر وسليم،وذلك من خلال المعلومات والبيانات المقدمة له بصفة موضوعية بعيدة عن كل دعاية.

إن نطاق تطبيق القانون سالف الذكر على السلعة والخدمات،وتعرف السلعة بمفهوم هذا القانون على أنه،كل منتوج مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجان،وما يفهم من ذلك أنه تعتبر السلعة جميع الأشياء المادية سواء كانت منقولات أو عقارات ولم يقصرها في الثانية،على خلاف ما كان عليه الأمر في ظل المرسوم 90–39 المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش [3]،والذي عرف السلعة على أنها كل منقول مادي.ومنه فبما أن العقار يعد شيء مادي،فحسب رأيينا لابد من أن يدخل ضمن فكرة وإطار حماية المستهلك العقاري،وبالتالي يخضع للحماية الخاصة التي يقررها قانون حماية المستهلك وقمع الغش ووضع ضمانات حمائية في هذا القانون لحماية مشتري أو مقتني العقار، وذلك ما دعا إليه

[1] Bulletin d'information, op cit.,p 07.

[2] ج ر،ع 15،المؤرخة في 08–03–2009،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 18–09 مؤرخ في 10 يونيو سنة 2018،ج ر،ع 35،المؤرخة في 13 يوليو 2018.

[3] المؤرخ في 30–01–1990،ج ر،ع 05،المؤرخة في 31–01–1990.

البعض،بالنظر إلى المكانة التي يحتلها المسكن في حياة الناس اليوم،ولكون العمليات على العقار من بيع وإيجار وغيرها أصبح يشرف عليها متخصصون ما يبرر حماية المستهلك في هذه المجالات.[1]

ولكن المشرع في القانون 09-03 استعمل كذلك مصطلح المنتوج محل تطبيق هذا القانون،وبالرجوع إلى القانون المدني نص في المادة 140 مكرر منه على مسؤولية المنتج عن الضرر الحاصل عن عيب في منتوجه،وبالتالي يطرح التساؤل هنا هل يعتبر المشيد البائع منتجا ؟ويسأل عن منتوجه؟وبالأحرى هل يعتبر العقار منتوجا وفقا لنص هذه المادة رغم أن المشرع في هذه المادة اعتبر العقار بالتخصيص منتوجا؟

والمشرع الفرنسي قد نص على التزام المهني بإعلام المستهلك بطريقة واضحة ومفهومة بمناسبة عقد البيع، وذلك بموجب المادة 111-1 من قانون الاستهلاك،وقد استعمل المشرع مصطلح مال un bien وخدمة service،وهما محلا قانون الاستهلاك.

ولكن هل مصطلح مال يشمل العقار أم المنقول فقط؟

ووفقا لنصوص قانون الاستهلاك يتضح أن المشرع يقصد بمصطلح المال، المنقول فقط وبالتالي يستبعد العقار،وهذا الاستبعاد يجد مصدره في تعريف لمصطلح المال المكرس في القانون الأوروبي أي التوجيه الأوروبي المتعلق بحقوق المستهلكين ،حيث أنه عرفه في أضيق الحدود بأنه شيء منقول مادي objet mobilier corporel [2] ،وهذا وفقا للمادة 2 فقرة 3 من للتوجيه الأوروبي المتعلق بحقوق المستهلكين[3] ،ونفس التعريف نجده في المادة الأولى فقرة 2 من توجيه البرلمان الأوروبي والمتعلق ببعض جوانب البيع والضمانات للأموال محل الاستهلاك.[4]

---

[1] محمد عماد الدين عياض،نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش،دفاتر السياسة والقانون، ع التاسع،2013،ص 70 و71.

[2] Sabine BOURRELLE, CONSOMMATEUR D'IMMEUBLE, thèse pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE,2015 ,p 35.

[3] la directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

[4] la directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, relative aux droits des consommateurs, op.cit.

وفي نفس المعنى في تعريف المال بموجب المادة 2 فقرة ه،من مقترح البرلمان الأوروبي والمجلس حول قانون البيع المشترك المؤرخ في 11-10-2011،يشير بشكل جلي على أن القطاع العقاري يقع خارج مجال تطبيق هذا المشروع.[1]

فعلى الرغم من عدم تمديد العقار في نطاق قانون حماية المستهلك ،إلا أنه يقع على البائع التزام بإعطاء معلومات كافية للمشتري عن المبيع،عن حالته المادية،من مساحة إلى حالته القانونية والتي تتمثل فيما إذا كان العقار به ارتفاقات خفية أو أعباء أو إيجار،كما يتدخل هنا خاصة الموثق لأنه محرر العقد والذي يضمن فعالية العقود التي يبرمها وبالنتيجة الأمن التعاقدي،فله دور هنا في تقديم النصيحة وفي الإعلام بإعطاء معلومات كافية عن المبيع لأنه يتأكد عن ذلك أمام المحافظة العقارية.

إن الالتزام بالإعلام يتداخل مع الالتزام بالتبليغ والالتزام بتقديم النصيحة وتوخي الحذر وكذا الالتزام بإعطاء معلومات والالتزام بالتصريح،و يمكن استخلاص هذا الالتزام في نصوص قانونية متفرقة،منها القانون 03-10 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة [2] والذي يسمى بالإعلام البيئي وذلك في المادة 26 منه بحيث يقع الالتزام بالإعلام على عاتق بائع الأرض[3] استغلت أو تستغل فيها منشأة خاضعة لترخيص [4]،إعلام المشتري كتابيا بكل المعلومات حول الأخطار والانعكاسات الناجمة عن هذا الاستغلال سواء تعلق الأمر بالأرض أو بالمنشأة [5]،ونفس الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي في نص المادة 1514-20 من قانون البيئة الفرنسي.[1]

---

[1] Sabine BOURRELLE, op.cit, p 36.

[2] المؤرخ في 19-07-2003،ج ر،ع 43،المؤرخة في 19-07-2003.

[3] حيث أن بيع الأرض التي استغلت أو تستغل فيها منشأة خاضعة للترخيص لا يشمل موضوع البيع فيها إلا الأصول المادية، (corporels actifs)ولا يتعلق الأمر بالتنازل عن السندات, لذلك يطالب الفقه بتوسيع مفهوم الالتزام بالتبليغ عن =الأخطار إلى البيع الـــذي يـــشمل التنازل عن السندات أو بيع المحلات التجارية :وناس يحي،الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان،،كلية الحقوق،2007،ص 281.

[4] تعرف المنشأة المصنفة وفقا لنص المادة 18 من القانون 03-10 بأنها عبارة عن مؤسسة يملكها أو يستغلها شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص والتي قد تتسبب في أخطار على الصحة العمومية والنظافة والأمن والفلاحة والأنظمة البيئية والموارد الطبيعية والمواقع و المناطق السياحية أو قد تتسبب في المساس براحة الجوار.
حيث أنه وفقا لنص المادة 19 من نفس القانون أن استغلال هذه المنشأة يخضع لترخيص من الوزير أو الوالي أو رئيس البلدية.

[5] 3eCiv., 12 janvier 2005, pourvoi no 03-18.055, Bull. 2005, III, no8« Sur le moyen unique

حيث أنه وفقا لنص المادة 1514-20 سالفة الذكر،حيث أنه في حالة وجود المشتري تلوث في الأرض مما يجعلها غير صالحة للغرض المخصص لها والمحدد في العقد،فالمشتري خلال مدة سنتين تحسب من تاريخ اكتشاف التلوث طلب فسخ العقد أو استرجاع جزء من الثمن،كما يمكنه أيضا طلب إعادة الحالة إلى ما كانت عليه على تفقه البائع.[2]

كما أنه كذلك يقع الالتزام بالإعلام على عاتق كل متصرف بالتنازل على إقليم مصنف كمجال محمي لمشتري بوجود هذا التصنيف،تحت طائلة البطلان،وهذا ما نصت عليه المادة 34 من نفس القانون 03-10،وكذا لابد من التبليغ عن ذلك التنازل للإدارة المكلفة بالمجالات المحمية وذلك في أجل لا يتجاوز 15 يوما.

بالإضافة إلى ذلك فقد ورد في القانون الفرنسي كذلك هذا الحق وذلك في قانون المناجم،بالنسبة لبائع أرض وذلك في حالة وجود تحتها منجم قد استغل فيها وذلك كتابة للمشتري،حيث يتم إعلامه عن المخاطر والانعكاسات الناجمة عن هذا الاستغلال،وهذا ما تنص عليه المادة 154-2 من قانون المناجم.[3]

حيث أنه في حالة الإخلال بهذا الالتزام يمكن للمشتري طلب الفسخ وكما يمكن استرجاع جزء من الثمن،كما يمكنه على نفقة البائع طلب القضاء على المخاطر التي تمس بالاستعمال العادي للأرض.

Vu l'article L. 514-20 du Code de l'environnement ;
Attendu que lorsqu'une installation soumise à autorisation a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation : www.legifrance.gouv.fr.

تم الدخول بتاريخ 18-02-2021 على الساعة 14:08.

[1] l article L 514-20 du Code de l'environnement énonce:« Lorsqu'une installation soumise à autorisation ou à enregistrement a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation».

[2] l article L514-20/ 3 du Code de l'environnement énonce : «A défaut, et si une pollution constatée rend le terrain impropre à la destination précisée dans le contrat, dans un délai de deux ans à compter de la découverte de la pollution, l'acheteur a le choix de demander la résolution de la vente ou de se faire restituer une partie du prix ; il peut aussi demander la réhabilitation du site aux frais du vendeur lorsque le coût de cette réhabilitation ne paraît pas disproportionné par rapport au prix de vente.» .

[3] l article L154-2 du code minier énonce:« Le vendeur d'un terrain sur le tréfonds duquel une mine a été exploitée est tenu d'en informer par écrit l'acheteur. Il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation..»

حيث أنه بغية حماية لبيئة المشتري ،أدخل المشرع الفرنسي التزام على عاتق البائع وذلك بإعلامه حول الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها ،وتتمثل في الأخطار التكنولوجية والطبيعية،وذلك في إطار القانون 2003-699 المؤرخ في 30-07-2003 والمتعلق بالوقاية من الأخطار التكنولوجية والطبيعية وإصلاح الأضرار[1]،وذلك بإخطاره بوجود أخطار في المناطق المغطاة بمخطط الوقاية من الأخطار التكنولوجية أو مخطط الوقاية من الأخطار الطبيعية،أو منطقة مصنفة كمنطقة زلزالية.

كما يقع عليه التزام بإخطاره كتابة عن كل كارثة حدثت في الوقت الذي كان فيها مالكا لهذا المبنى.[2]

حيث أن المشرع الفرنسي لم يقف عند هذا الحد،حيث هناك نصوص قانونية أخرى فرضت على البائع إرفاق ملف عقد البيع بملف تقني يقدم من طرف البائع،فهذا الملف التقني هدفه إعلام المشتري المستقبلي حول صحة المبنى وحالته العامة [3]، فهذا التشخيص لا بد من أن يتم من طرف تقني[4]،كما أنه إلزامي لكن له قيمة إعلامية فقط.[5]

وقد أشارت المادة 271-4 من قانون البناء والسكن إلى هذه التشخيصات،حيث تعتبر إلزامية بمناسبة عقد البيع العقاري الذي ترفق به،وحتى بالنسبة للبيع الإداري ترفق بدفتر الشروط .[6]

---

[1] La loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, JORF n° 175 du 31 juillet 2003.

[2] l article. L. 125-5 du Code de l'environnement énonce :« Lorsqu'un immeuble bâti a subi un sinistre ayant donné lieu au versement d'une indemnité en application de l'article L. 125-2 ou de l'article L. 128-2 du code des assurances, le vendeur ou le bailleur de l'immeuble est tenu d'informer par écrit l'acquéreur ou le locataire de tout sinistre survenu pendant la période où il a été propriétaire de l'immeuble ou dont il a été lui-même informé en application des présentes dispositions. En cas de vente de l'immeuble, cette information est mentionnée dans l'acte authentique constatant la réalisation de la vente».

[3] Chevreaux notaires, les diagnostics obligatoire en vente, fiche pratique,2013 ,p 01,publier sur le site: www .chevreaux-notaires.fr. تم الدخول بتاريخ 18-02-2021 على الساعة 18:12

[4] Jacques Pourciel, la protection de l'environnement et l'acte de vente d'Immeuble, p 02, sur le site : www.legiscompare.fr.:18:25 تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 18-02-2021 على الساعة .

[5] Notaires de Paris Ile-de-France, les obligation du vendeur d un bien immobilier, le parcoure de vent, mai 2016,p 02.

[6] Article L271-4 CCH énonce :«I.-En cas de vente de tout ou partie d'un immeuble bâti, un dossier de diagnostic technique, fourni par le vendeur, est annexé à la promesse de vente ou, à défaut de promesse, à l'acte authentique de vente. En cas de vente publique, le dossier de diagnostic technique est annexé au cahier des charges.
Le dossier de diagnostic technique comprend, dans les conditions définies par les dispositions qui les régissent, les documents suivants :

بحيث هذا التشخيص يعرف نظام خاص في مجال التطبيق والجزاء،فغيابه يلزم البائع بضمان العيب الخفي وتعويض الأضرار.[1]

وملف التشخيص التقني يتضمن مايلي:

-معاينة خطر التعرض للرصاص- Plomb-،وفقا لمل ينص عليه قانون الصحة في المواد 1334-5 و1334-6 العامة،بالنسبة للبنايات السكنية التي شيدت قبل 1 جانفي 1949.

-التشخيص المتعلق بوجود أو غياب المواد والمنتجات تحتوي على الأ ميانت طبقا للمادة 1334-13 من قانون البناء والسكن- Amiante-بالنسبة للعقارات المبنية قبل 1 جويلية 1997.

1° Le constat de risque d'exposition au plomb prévu aux articles L. 1334-5 et L. 1334-6 du code de la santé publique ;
2° L'état mentionnant la présence ou l'absence de matériaux ou produits contenant de l'amiante prévu à l'article L. 1334-13 du même code ;
3° L'état relatif à la présence de termites dans le bâtiment prévu à l'article L. 133-6 du présent code ;
4° L'état de l'installation intérieure de gaz prévu à l'article L. 134-6 du présent code ;
5° Dans les zones mentionnées au I de l'article L. 125-5 du code de l'environnement, l'état des risques naturels et technologiques prévu au deuxième alinéa du I du même article ;
6° Le diagnostic de performance énergétique prévu à l'article L. 134-1 du présent code ;
7° L'état de l'installation intérieure d'électricité prévu à l'article L. 134-7 ;
8° Le document établi à l'issue du contrôle des installations d'assainissement non collectif mentionné à l'article L. 1331-11-1 du code de la santé publique ;
9° Dans les zones prévues à l'article L. 133-8, l'information sur la présence d'un risque de mérule ;
10° Lorsque le bien est situé dans l'une des zones de bruit définies par un plan d'exposition au bruit des aérodromes prévu à l'article L. 112-6 du code de l'urbanisme, un document comportant l'indication claire et précise de cette zone ainsi que les autres informations prévues au I de l'article L. 112-11 du même code.
Les documents mentionnés aux 1°, 4° et 7° ne sont requis que pour les immeubles ou parties d'immeuble à usage d'habitation.
Le document mentionné au 10° n'est requis que pour les immeubles ou parties d'immeubles à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation.
Le document mentionné au 6° n'est pas requis en cas de vente d'un immeuble à construire visée à l'article L. 261-1.
Lorsque les locaux faisant l'objet de la vente sont soumis aux dispositions de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis ou appartiennent à des personnes titulaires de droits réels immobiliers sur les locaux ou à des titulaires de parts donnant droit ou non à l'attribution ou à la jouissance en propriété des locaux, le document mentionné au 1° porte exclusivement sur la partie privative de l'immeuble affectée au logement et les documents mentionnés au 3°, 4° et 7° sur la partie privative du lot.
II.-En l'absence, lors de la signature de l'acte authentique de vente, d'un des documents mentionnés aux 1°, 2°, 3°, 4°, 7° et 8° du I en cours de validité, le vendeur ne peut pas s'exonérer de la garantie des vices cachés correspondante.
En l'absence, lors de la signature de l'acte authentique de vente, du document mentionné au 5° du I, l'acquéreur peut poursuivre la résolution du contrat ou demander au juge une diminution du prix.
En cas de non-conformité de l'installation d'assainissement non collectif lors de la signature de l'acte authentique de vente, l'acquéreur fait procéder aux travaux de mise en conformité dans un délai d'un an après l'acte de vente.
L'acquéreur ne peut se prévaloir à l'encontre du propriétaire des informations contenues dans le diagnostic de performance énergétique ainsi que le document relatif à la situation du bien dans une zone définie par un plan d'exposition au bruit des aérodromes, qui n'ont qu'une valeur indicative».

[1] Cheuvreux notaires, les diagnostics obligatoires en vente,op.cit, p 01.

-البيان المتعلق بوجود النمل الأبيض termites،بالنسبة للعقارات المبنية الموجودة داخل مناطق الخطر المحددة من طرف المحافظ،طبقا للمادة 133-6 من قانون البناء والسكن.

-تشخيص الصرف الصحي،-un diagnostic de l'assainissement-حيث منذ 1 جانفي 2011،تشخيص الصرف الصحي الفردي لابد من إرفاقه إلى اتفاق البيع [1]،بالنسبة للعقارات السكنية غير المرتبطة بشبكة الصرف الصحي العامة،طبقا للمادة 1331-11-1 من قانون الصحة العامة.

-تشخيص أداء الطاقة- Le diagnostic de performance énergétique -المنصوص عليه في نص المادة 134-1 من قانون البناء والسكن[2]،بحيث بمناسبة بيع المبنى المخصص للاستعمال السكني أو جزء منه،لابد من تبليغ هذا التشخيص للمشتري وذلك وفقا لنص المادة 134-3 من نفس القانون،وذلك لمعرفة وتحديد كمية الطاقة المستهلكة أو المقدرة للاستعمال الموحد للسكن.[3]

- حالة التركيب الداخلي للكهرباء وفقا لنص المادة 134-7 من قانون البناء والسكن،في حالة ما إذا كان هذا التركيب قد تم منذ 15 سنة،وذلك من أجل تقييم المخاطر التي يمكن أن تصيب سلامة الأشخاص.

-حالة التركيب الداخلي للغاز،وفقا لنص المادة 134-6 من قانون البناء والسكن،والذي ركب خلال أكثر من 15 سنة،من أجل تقييم الأخطار التي يمكن أن يتعرض لها الأشخاص من أجل أمنهم وسلامتهم.

-في المناطق المنصوص عليها في 133-8 من قانون البناء والسكن [4]،معلومات خول وجود خطر العفن[1]-mérule -.

---

[1] Pascal collin,un diagnostic obligatoire pour la vente de logements,actualités intercommunales, p 08.

[2] L'article 133-9 est définie Le diagnostic de performance énergétique :« Le diagnostic de performance énergétique d'un bâtiment ou d'une partie de bâtiment est un document qui comprend la quantité d'énergie effectivement consommée ou estimée pour une utilisation standardisée du bâtiment ou de la partie de bâtiment et une classification en fonction de valeurs de référence afin que les consommateurs puissent comparer et évaluer sa performance énergétique»

[3] Notaires de Paris Ile-de-France ,les obligations du vendeur d un bien immobilier, le parcoure de vent, mai 2016,p 06.

[4] رغبة من المشرع الفرنسي من أجل بيئة نظيفة وسليمة للمالك ومن أجل الصحة العامة،فرض عدة التزامات على ملاك المباني السكنية،منها التصريح بوجود العفن-mérule- وذلك لرئيس البلدية أما بالنسبة للملكية المشتركة فالالتزام

-بيان التركيب الداخلي للغاز بالنسبة للمساكن ذات الاستعمال السكني،في حالة ما إذا كان هذا التركيب قد تم منذ 15 سنة،منة أجل التحقق من مدى احترام قواعد الأمن والسلامة .

وبهذا تتداخل مجموعة من الأنظمة في عقد البيع العقاري،ويقع على عاتق البائع التزام بإعطاء جميع المعلومات الضرورية والمفيدة للمشتري،لكن يمكن أن يفشل في تنفيذ التزامه ليس بالضرورة أن يكون سيء النية،ولهذا يبقى تدخل الموثق ضروري وله أهمية من أجل مساعدة البائع وتأمين عملية البيع.[2]

الفرع الثاني: التزام البائع بمواصلة الانجاز و بالمطابقة في عقد البيع على التصاميم

بالإضافة إلى الالتزامات التي تقع على بائع العقار،والتي تكرسها نصوص قانونية متفرقة،فقد أقر قانون الترقية العقارية التزامات على المرقي العقاري بمناسبة بيوع الترقية العقارية،فمن بين هذه الالتزامات التزام البائع بمواصلة الانجاز-مواصلة البناء وإنهائه-،والتزامه بمطابقة البناء وفقا لرخصة البناء.

فالتزام المرقي بالبناء أو مواصلة الإنجاز هو من أهم الالتزامات،لأن عدم الوفاء بهذا الالتزام يستحيل الحديث عن باقي الضمانات والالتزامات.

ويقصد بالبناء القيام بكافة الأعمال التي تؤدي إلى اكتمال وجود العقار وجودا فعليا[3]،وقد عرفته المادة 3 من القانون 11-04 بأنه:«كل عملية تشييد بناية و/أو مجموعة بنايات ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي».

على عاتق المتصرف،وذلك وفقا لأحكام المادة 133-7 من قانون البناء والسكن،حتى بالنسبة لوجود -termites-النمل الأبيض ،فشاغل المبنى إذا علم بوجوده يقوم بالتصريح بذلك لدى رئيس البلدية،أو المالك يمكن كذلك القيام بهذا التصريح وكذا للمتصرف للملكية المشتركة،وفقا لأحكام المادة133-4 من نفس القانون.

[1] هو نوع من الفطريات التي تصيب الخشب،وتؤدي إلى نتائج وخيمة علة حالة وقيمة الممتلكات.

[2] Jacques Pourciel, op.cit,p 08.

[3] عز الدين زوبة،خصوصية عقد البيع على التصاميم، ،مجلة الحقوق والحريات،عدد تجريبي،جامعة جامعة محمد خيضر بسكرة،كلية الحقوق والعلوم السياسة 2013، ص 60.

والتزام البائع بإتمام البناء هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاما بوسيلة،ولا يعفيه من المسؤولية في حالة عدم تنفيذ التزامه إلا السبب الأجنبي،أما إذا كان سبب عدم تنفيذ التزامه راجعا إلى صعوبات عملية تعترضه كعدم حصوله على رخصة البناء ،أو عدم الحصول على القروض لتمويل عملية البناء،فكل هذه لا تعد من قبيل السبب الأجنبي.

فالمشرع ألزم المرقي تبعا لذلك بضمان ملاءته المادية لإتمام الانجاز،وذلك بتوفير الوسائل المادية والمالية،وفقا لما جاء في المادة 21 من المرسوم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012،يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري[1]،بحيث يمنع عليه في إطار عقد البيع على التصاميم استعمال أي قروض لتمويل مشروعه وهذا ماجاء في نص المادة 36 من الأمر 04-11،لأنه عقد يكرس تحويل حقوق الأرض للمكتتب،على عكس عقد حفظ الحق الذي تنتقل في ملكية العقار بموجب التسديد النهائي لسعر العقار المحفوظ.

فبالنسبة لأجل إنهاء الأشغال،فالمشرع لم يحدد أجلا معينا لإنهاء التشييد وإنما ترك ذلك لإرادة الأطراف وهذه المدة تحدد في العقد بتاريخ معين،وهذا يشكل ضمانة للمشتري وفي نفس الوقت يعتبر ركنا،إذ يترتب على عدم تحديد المدة بطلان العقد [2].كما رتب عقوبات تأخيرية على المرقي في حالة التخلف عن إتمام الإنجاز أو بالأحرى التأخر في التسليم،وذلك في المادة 43 فقرة 1 من القانون 11-04 سالف الذكر[3]،ولكن من خلال النصوص التنظيمية التي صدرت بعد ذلك يلاحظ غياب في تحديد مبلغ عقوبة التأخير هذه .[4]

---

[1] ج ر،ع 11،المؤرخة 26-02-2012.

[2] سي يوسف زاهية، إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته،مجلة الحقوق والحريات،عدد تجريبي،جامعة محمد خيضر ،بسكرة، كلية الحقوق والعلوم السياسة، 2013 ص 28.

[3] التي نصت على ما يلي :«يؤدي كل تأخر ملاحظ في التسليم الفعلي للعقار موضوع عقد البيع على التصاميم إلى عقوبات التأخير التي يتحملها المرقي».

[4] هذا ما لم يلاحظ من خلال النصوص التي صدرت بعد القانون 11-04 منها،المرسوم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012،يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري،سالف الذكر.

كما نصت المادة 64 من القانون سالف الذكر أعلاه، إلى إمكانية تعرض المرقي إلى عقوبات إدارية وتتمثل في السحب المؤقت للاعتماد لمدة لا تتجاوز 06 أشهر وذلك في حالة تقصيره غير المبرر في التنفيذ الجزئي لالتزاماته،وكذا السحب النهائي وذلك في حالة القصد في عدم تنفيذ لالتزاماته.

وما يلاحظ في هذا المجال أن المشرع الجزائري لم يبين متى أو كيف نعتبر أن المبنى قد أنجز ومن الشخص المؤهل لمعاينة إتمام الإنجاز؟

حيث أنه وفقا للقانون الفرنسي، فإتمام الإنجاز يكون عندما يتم تنفيذ الأعمال ويتم تركيب عناصر التجهيز غير القابلة للانفصال لاستعمال العقار للغرض الذي أعدت من أجله،كما يعتبر وفقا العقار منجزا إذا كان مطابقا لرخصة البناء [1].

أما الشخص المؤهل لمعاينة انتهاء الأشغال أو البناء فيفترض إثبات ذلك من طرف شخص مؤهل لذلك ،كما فعل المشرع الفرنسي في قانون البناء والسكن في المادة 24-261،إما من طرف هيئة أو جهاز مراقبة مستقل أومن قبل شخص متخصص [2]–خبير–أو من طرف شخص مؤهل ومعين من طرف بأمر على عريضة من المحكمة التي يوجد بها العقار ،وهذا حسب ماجاء بالمادة 2-261 من نفس القانون[3].

وتجدر الإشارة إلى أنه لانتهاء البناء والأشغال وتحديد مدة الانجاز نتائج وهي:

---

[1] Marianne Faure-Abbad, op.cit,p 76.

[2] L'article R261-24 du CCH énonce : «l'achèvement résulte de la constatation qui est en faite ,soit par une personne désignée dans les conditions prévues par l'article R261-2 ,soit par un organisme de contrôle indépendant ou par un homme de l'art . L'ors que le vendeur assure lui-même la maitrise d'œuvre, la constatation est faite par un organisme de contrôle indépendant»

[3] L'article R261-2 du CCH «L'achèvement de l'immeuble vendu à terme est constaté soit par les parties, soit par une personne qualifiée. La constatation par les parties fait l'objet d'un acte du notaire qui a reçu la vente à terme ; cet accord vaut livraison de l'immeuble. La constatation est faite par une personne qualifiée lorsque l'acte de vente l'a prévu ou lorsqu'il n'ya pas accord des parties .Cette personne est désignée par ordonnance sue requête , non susceptible de recours, du président du tribunal de grande instance du lieu de l'immeuble, soit parmi celles que le tribunal commet habituellement, soit parmi celles figurant sur une liste établie par arrêté du ministre de la justice et du ministre chargé de la construction et de l'habitation»

-أن نهايتها-المدة- يعني بداية حساب مدة التسليم والتي يبدأ منها حساب الضمان.[1]

-بحيث بانتهاء البناء يكون البائع قد أوفى بالتزامه ،ولكن هذا الالتزام يكون مستقلا عن التزام البائع عن ضمان حسن الانجاز والتجهيز وغيرها.

-يبدأ التزام البائع بتسليم العقار.

-بتمام البناء يقع التزام على المشتري بدفع باقي الأقساط للبائع,

ولكن تجدر الإشارة إلى أن المشرع وفي مجال الترقية العقارية فقد ألزم المرقي العقاري بتقديم بتقديم ضمان خارجي-اعتماده على طرف خارجي- يلتزم بتقديم المبررات التقنية والعملية ،لإثبات دوره في ضمان إتمام انجاز العقار ،قصد تسليمه في الآجال المحددة.وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الضمان الخارجي باعتماده على مؤسسة واحدة تتكفل بذلك ،وهو صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في نشاط الترقية العقارية [2]،من خلال القانون 11-04 سالف الذكر،والذي يلزم بموجبه كل مرقي عقاري معتمد ومسجل في الجدول الوطني للمرقين العقاريين باكتتاب تأمين لدى صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ،وإلزامهم بالانخراط في هذا الصندوق.

إن هذا الصندوق هو هيئة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وهي موضوعة تحت وصاية وزارة السكن،بحيث لها طابع تعاوني ولا تهدف إلى تحقيق الربح،وقد أحدث بموجب القانون 93-03 الملغى وانشأ بموجب المرسوم التنفيذي 97-406[3] المعدل والمتمم بموجب المرسوم 14-180[4]،ولكنه لم يتم تنصيبه إلا في سنة 2000،وقبل ذلك كانت شركات التأمين المصرفية هي التي تقوم بكفالة المرقين.

---

[1] سي يوسف زاهية ، إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته ،المرجع السابق،ص 28.

[2] عكس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي الذي اعتمد على أطراف أخرى تتكفل بإنجاز العقار محل البيع على التصاميم وهذا ما أشارت إليه المادة 17-261 من قانون البناء والسكن ،سواء كانت صيغة الضمان بفتح اعتماد أو بكفالة.

[3] المؤرخ في 03-11-1997،المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة ف ي الترقية العقارية،ج ر،ع 73،المؤرخة في 05-11-1997.

[4] المؤرخ في 5 يونيو 2014،ج ر ،ع 37،المؤرخة في 19-06-2014.

فحسب المادة 2 من المرسوم رقم 14- 180 سالف الذكر،فإن مهمة الصندوق هي استحداث الضمانات عند الاكتتاب التي يلتزم بها المرقين العقاريين ولا سيما :

-تعويض التسديدات التي يدفعها المقتنون في شكل تسبيقات على الطلب بعنوان عقود البيع على التصاميم.وهنا يلتزم الصندوق تجاه المقتنين بالنسبة للبنايات التي لم يتم إنجاز أساساتها من طرف المرقي المخل بالتزاماته بضمان التعويض،وذلك بتعويضهم عن التسبيقات التي تم دفعها للمرقي المخل بالتزاماته.[1]

-إتمام الأشغال.

-الحلول محل المقتنين في حالة سحب الاعتماد من المرقي العقاري ،واستئناف أشغال إتمام الإنجاز بالتزام مرق عقاري آخر على حساب المرقي المخل بالتزاماته ،وبدلا عنه وذلك في حدود الأموال المدفوعة.وهنا يلتزم الصندوق بضمان إتمام الإنجاز للبنايات أو جزء من البنايات التي كانت محل عقود بيع على التصاميم على حساب المرقي المخل بالتزاماته ،وبدلا عنه في حدود التسبيقات التي تم دفعها،ويمكنه تكليف مرق آخر بمواصلة الإنجاز.[2]

وبذلك فقد توسع نقاط الضمان من تعويض التسديدات إلى ضمان إتمام الأشغال عن طريق حلوله محل المقتنين قانونا،كما أصبح تدخله حتى في عقد حفظ الحق ،وهذا في حدود الأموال المدفوعة.

وبهذا فإنه يلتزم المرقي العقاري بواصلة البناء وإنهائه في الآجال المقررة في عقد البيع على التصاميم،ويتجسد هذا الإنهاء تسليم شهادة المطابقة من مصالح التعمير،والتي يتم إيداعها لدى الموثق بمجرد تسلمها.

إن تسليم شهادة المطابقة لا يفيد سوى مطابقة إدارية للبناء للقواعد التقنية والفنية المعمول بها في عملية البناء والتعمير ولرخصة البناء وللتصاميم المعدة من طرف المهندس المعماري ،وهي حماية

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 7 و 8 من المرسوم 14-181 الذي يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 9 و10 من المرسوم رقم 14-181.

للمشتري الجاهل بأصول البناء والمعمار من كل تحايل أو مخالفة للتصاميم وقواعد البناء من طرف المتعامل في إطار الترقية العقارية.[1]

وقد أقر المشرع حماية للمقتني وذلك ،بنصه في المادة 26 من القانون 11-04 سالف الذكر على أنه لا يمكن حيازة بناية أو جزء منها من طرف المقتني إلا بعد تسليم شهادة المطابقة.

الفرع الثالث: التزام البائع بإدارة وتسيير الأملاك المشتركة والتزامه بضمان العزل الصوتي:

كما يقع على المرقي العقاري التزامات أخرى ،هدفها حماية مقتني العقار وهي:

البند الأول:التزام المرقي العقاري بإدارة وتسيير الأملاك المشتركة:

زيادة على الالتزامات الملقاة على المرقي العقاري،فإنه يلتزم كذلك بتسيير كل ما له علاقة بالأجزاء المشتركة والأجزاء الخاصة المرتبطة قانونا بالبناية المنجزة [2]،أو بالتجمع العقاري حسب البنود المنصوص عليها في عقد البيع على التصاميم،وبما فيها من أدوات وأجهزة منفصلة عن العقارات المبنية والمسلمة نهائيا لأصحابها[3].

حيث يتعين على كل مرقي عقاري وفقا لما نصت عليه المادة 62 من القانون 11-04 ،إدارة هذه الأملاك خلال سنتين من تاريخ بيع آخر جزء من البناية المعنية ،والعمل على تحويل هذه الإدارة

---

[1] بلجراف سامية،المرجع السابق،ص 576.

[2] وتجدر الإشارة إلى أنه قد كرس المشرع نظاما نموذجيا لنظام الأملاك المشتركة بعد صدور القانون رقم 11-04 وذلك بالمرسوم رقم 14-99 سالف الذكر، والذي قسم الملكية المشتركة حسب الحالة إلى ثلاثة أصناف،وقد تعرض هذا المرسوم إلى كيفية استعمال الأجزاء الخاصة والمشتركة.

[3] موسى نسيمة،ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق،2015،ص 178.

إلى الأجهزة التي وضعها أو عينها المقتنون [1]،ويتم هذا التحويل خلال مدة السنتين [2]،وما في ذلك إلا التخفيف من عبء المرقي العقاري في عملية التسيير والصيانة.

ويعد تحويل إدارة الأملاك إلى المقتنين من مستلزمات دفتر الشروط للمرقي العقاري،حيث يجب أن ينص في أحد بنوده على مرحلة التحويل بعد التزامه بإدارة وتسيير الأملاك على ذمته الخاصة لمدة زمنية معينة[3] وتحديد الأجهزة الخاصة بالملكية المشتركة[4]،أما الأملاك الخاصة فإنه يحول تسييرها تلقائيا إلا ملاك العقارات ومن الطبيعي أن يقوم ملاكها بتسييرها.

ولكنه يلتزم بضمان أو الأمر بضمان الإدارة والتسيير الانتقالي للملكية المشتركة خلال الفترة الانتقالية إلى غاية استدعاء الاجتماع الأول المقتنين في شكل جمعية عامة،قصد وضع الأجهزة المنظمة للملكية المشتركة.[5]

---

[1] كما نصت على ذلك المادة 05 من المرسوم رقم 14-99 سالف الذكر.

[2] نفس الأمر أكد عليه المرسوم رقم 12-85 الذي يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري،في المادة 32 من دفتر الشوط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري والتي نصت على مايلي: «يتولى المرقي العقاري عند انتهاء مشروعه والشروع في استغلاله،مهمة التسيير العقاري إلى غاية =تحويل هذه المهمة إلى هيئات الملكية المشتركة،طبقا للفصل الخامس من القانون 11-04 المؤرخ في 14 ربيع الأول 1432 الموافق 17 فبراير 2011 .».

[3] موسى نسيمة،المرجع السابق، ص 198.

[4] نظرا لطبيعة الأملاك المشتركة فإن تسييرها يتم من طرف المقتنين أو الشركاء في الملك للمحافظة عليها والتسيير الجيد لها وإدارتها واتخاذ كل التدابير الضرورية بهذا الصدد،وذلك في شكل جمعية ملاك أو شاغلين،تتشكل الجمعية بمجرد وجود شريكين على الأقل،كما لها أن تعين متصرفا وتجدد أجرته،وهذا ما نص عليه المرسوم 14-99 سالف الذكر.

كما أنه طبقا للقواعد العامة يتم تعيين المتصرف إما عن طريق الانتخاب من طرف الجمعية أو عن طريق رئيس المجلس الشعبي البلدي للمكان الذي يوجد في العقار في حالة تقصير المقتنين وهذا طبقا لما نصت عليه المادة 756 مكرر2 ق م.

إن هذا المتصرف يتم تعيينه لمدة سنتين قابلة للتجديد،ويعد المفوض الذي ينوب عن الجمعية وهو مكلف بتطبيق أحكام هذا النظام وبالعمل على احترام بنوده وتطبيق العقوبات في هذا المجال وبإخطار الجمعية لاتخاذ جميع التدابير اللازمة،كما يحرص على الهدوء في البناية ،إلى غيرها من الصلاحيات التي نص عليها هذا المرسوم.

[5] هذا ماجاء في المرسوم رقم 14-99 الذي يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية.

البند الثاني:الالتزام بضمان العزل الصوتي:

بالإضافة إلى الالتزامات سالفة الذكر، هناك التزام نص عليه المشرع الفرنسي ولم ينص عليه مشرعنا وهو بضمان الحد الأدنى من متطلبات العزل الصوتي،لمدة سنة من تاريخ الحيازة، وقد نصت عليه المادة 111-11 من قانون البناء والسكن المعدلة بموجب القانون رقم 2010-788 المؤرخ في 2010-07-02.[1]

قد كان القضاء الفرنسي قبل وضع هذا النص المذكور مستقرا على تحديد مسؤولية المقاول وبائع العقار عن العيوب المتعلقة بالعزل الصوتي للمباني،في ضوء ما يرد في العقد من شروط،واستنادا إلى ذلك قضي بوجود إخلال بالعقد لعيوب تتعلق بالعزل الصوتي للبناء،مما يبرر الحكم بالتعويض وذلك أخذا بما ورد في الوثائق الملحقة بالعقد من أن المسكن محل التعاقد ملاذ للأمن والراحة[2]،وما ورد في النصوص القانونية كذلك واللوائح التي تحدد المواصفات الأساسية للبناء والحد الأدنى في مجال العزل الصوتي للمباني.

إن المشرع الجزائري لم ينص على هذا الضمان في قوانين الترقية العقارية،لكن بالرجوع إلى بعض النصوص القانونية نجد على نص المشرع عليه،وذلك مثلا في نص المادة 08 من المرسوم 93-184 المؤرخ في 27 يوليو 1993 الذي ينظم إثارة الضجيج [3]على أنه: « تصمم البنايات ذات الاستعمال السكني أو المهني وتنجز اعتبارا لقدرة جدرانها وأرضيتها على كتم الصوت.

يحدد قرار وزاري مشترك بين الوزير المكلف بالسكن والوزير المكلف بالبيئة كيفيات تطبيق هذه المادة».

---

[1] L111-11 du CCH Modifié par Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JO n° 160 du 13 juillet 2010, - article 1 énonce «Les contrats de louage d'ouvrage ayant pour objet la construction de bâtiments d'habitation sont réputés contenir les prescriptions légales ou réglementaires =relatives aux exigences minimales requises en matière d'isolation phonique. Les travaux de nature à satisfaire à ces exigences relèvent de la garantie de parfait achèvement visée à l'article 1792-6 du code civil reproduit à l'article L. 111-20-2. Le vendeur ou le promoteur immobilier est garant, à l'égard du premier occupant de chaque logement, de la conformité à ces exigences pendant un an à compter de la prise de possession».

[2] أحمد عبد العال أبو قرين،المرجع السابق، ص 118 و 119.

[3] ج ر،ع 50،المؤرخة في 28 يوليو 1993.

وبهذا فيمكن اعتبار عيوب العزل الصوتي للمباني من العيوب التي تؤدي إلى عقد مسؤولية المقاول والمرقي،لإخلاله بالمواصفات القانونية واللائحية التي تنص على تصميم مع الأخذ بعين الاعتبار قدرة الجدران على كتم الصوت،وتعتبر هذه العيوب من عيوب عدم المطابقة للمواصفات المتفق عليها أو المواصفات القياسية العامة التي تصدرها الهيئات المختصة أو الواردة في العقود النموذجية،أو المواصفات المتعلقة بالأمن والسلامة المنصوص عليها في النصوص القانونية والتنظيمية،والتي تعتبر جزءا من العقد دون الحاجة للنص عليها وذلك لما لها من طبيعة آمرة.

المبحث الثاني:آثار البيع العقاري بالنسبة للمشتري والقيود الواردة على تملك المشتري للعقار

كما يترتب على بيع العقار آثار بالنسبة للبائع،فإنه كذلك تترتب عنه آثار بالنسبة للمشتري،والتي أولى المشرع عناية بتنظيمها سواء في القانون المدني أو في قوانين أخرى اعتبارا لخصوصية هذا البيع.حيث يلتزم المشتري بدفع الثمن وهذا الأخير الذي يميز البيع عن غيره من التصرفات القانونية الناقلة للملكية،وباعتباره كمحل ثان للبيع العقاري نظم أحكامه القانون المدني وقوانين أخرى ،تبين كيفية دفعه وكذا كيفية تحديده ،وجزاء الإخلال به إذا كان حقيقيا ،كما يترتب على المشتري الالتزام بنفقات وتكاليف البيع.

إن حرية المشتري في تملك المبيع ليست على إطلاقها،يمكن أن ترد قيود تحد من ملكيته لهذا المبيع،ويتعلق الأمر بقيود قانونية وتتعلق برخصة تجيز لشخص آخر الحلول محل المشتري بتملك المبيع وهي الشفعة،وإما قيود إرادية تخضع لاتفاق المتعاقدين ويتعلق الأمر باستعمال الملكية كضمان للبائع،بما يسمى بشرط الاحتفاظ بالملكية والذي يعد قيد على تملك المبيع من طرف المشتري،بالإضافة إلى قيد آخر وهو الشرط المانع من التصرف والذي يقيد المشتري من سلطة التصرف في المبيع لمدة معينة.

ولهذا نتناول بالدراسة في هذا المبحث آثار البيع العقاري بالنسبة للمشتري في **المطلب الأول**،وكذا القيود الواردة على تملك المشتري للعقار في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول:آثار البيع العقاري بالنسبة للمشتري

يعتبر التزام المشتري بدفع الثمن من أهم الالتزامات الملقاة عل ى المشتري سواء تم البيع بالتعاقد أو بالمزاد العلني ،كما يعتبر كركن في عقد البيع حيث بدونه لا ينعقد العقد،يعتبر مهم لتكييف العقد على أنه بيع[1] وليس بعقد آخر.

[1] Béatrice Bourdelois, op.cit,p 19.

إن للثمن في بيع العقار عدة أحكام تنظمه وذلك بموجب نصوص قانونية مختلفة،تحدد شروطه،وجزاء الإخلال به،وكذا طريقة تحديده،وطريقة دفع ه نظرا لخصوصية بعض البيوع العقارية،وهذا ما نتطرق إليه في **الفرع الأول**.

كما يترتب على المشتري التزامات أخرى وهو التزامه بدفع تكاليف البيع،وهو محل دراستنا في **الفرع الثاني**.

الفرع الأول:التزام المشتري بدفع الثمن وجزاء الإخلال بذلك

نتطرق في هذا الفرع إلى مفهوم الثمن في **البند الأول** وجزاء الإخلال به في **البند الثاني**.

البند الأول:مفهوم الثمن:

بالرجوع إلى المادة 351 ق فعقد البيع يلتزم بموجبه البائع بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر،ويلتزم المشتري بدفع الثمن نقدي.ومصطلح الثمن في عقد البيع ذا معنى أكثر اتساعا ،فهو كل ما يخرجه المشتري من جيبه للحصول على التمتع بالمبيع،ويعتبر في حكم الثمن ما يلي:[1]

-المبلغ النقدي المشترطة بصفة أساسية ليكون مقابلا للشيء المبيع.

-الأداءات العينية أو الأداءات الأخرى المضافة إلى الثمن ،لإ عادة التوازن التعاقدي والإنصاف بين الطرفين كما قي حالتي الاستغلال والغبن في بيع العقار.

-نفقات دفع الثمن مثل نفقات إيداعه في حساب بنكي للبائع.

-ما يلتزم به المشتري من تكملة الثمن في حالة ظهور زيادة في مقدار المبيع.

-ما يلتزم به البائع في حالة وجود عجز في مقدار المبيع.

[1] حسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 498.

وتجدر الإشارة إلى أن ما ذكر أعلاه هو الثمن بمعناه الواسع ،لكن الثمن الذي نصت عليه المادة 351 ق م كمقابل لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع ،هو الثمن النقدي بمفهومه الضيق المتفق عليه كمقابل للشيء المبيع،والذي تم تحديده باتفاق الطرفين ووفقا لسوق العقار.

البند الثاني:شروط الثمن:

إذ لا يكفي أن يكون الثمن نقديا بل يجب أن يكون معينا ،و قابلا للتعيين ،وكذا أن يكون حقيقيا وجديا.

أولا-أن يكون الثمن حقيقيا وجديا:

إن الثمن في بيع العقار هو الذي تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلا إلى البائع ،باعتباره مقابلا حقيقيا لا صوريا وكذا جديا لا تافها أو بخسا.

1-الثمن الصوري وتأثيره على البيع:

إن الثمن الصوري هو ذلك الثمن الذي لا يقصد البائع أن يقتضيه من المشتري،وإنما ذكر في العقد استفاءا للشكل المطلوب[1]،فهنا يتظاهر الأطراف بوجوده،لكن يتفقون على عدم دفعه،بصورة تجعل من ذلك الثمن صوريا،فلا نكون بصدد بيع حقيقي [2].فهذا التظاهر بوجود الثمن الهدف منه التستر على هبة يريد الأطراف إخفاءها مثلا،وبالتالي يعتبر بيع ساتر لهبة،كقيام أب بإبرام عقد بيع وهو في الحقيقة هبة لأحد أولاده محاباة منه لأحدهم على الآخر ين،فقد ذكر الثمن في عقد البيع حتى يكتمل المظهر الخارجي لعقد البيع ليس إلا.

---

[1] سي يوسف زاهية،الوجيز في عقد البيع،المرجع السابق،ص 88.

[2] لحسين بن الشيح آث ملويا،المرجع السابق،ص 86.

وصورية الثمن قد تكون إما صورية مطلقة أو صورية نسبية،فالصورية المطلقة هي عندما يتف الطرفان على ألا يلتزم المشتري بأي شيء من الثمن ،أما الصورية النسبية هي مخالفة القدر المسمى في العقد حقيقة،على أن يدفعه المشتري فعلا زيادة أو نقصانا.[1]

وإثبات الصورية في الثمن تخضع للأحكام العامة للإثبات[2]، وذلك بجميع طرق الإثبات من بينة وقرائن،لأن ذلك يعد تحايلا وإضرارا بحقهم في الإرث الذي تتعلق أحكامه بالنظام العام ،كأن يطعن أحد ورثة البائع بأن تصرف والده بالبيع هو في الحقيقة هبة ،فلابد عليه من أن يثبت أن عدم دفع الثمن أصلا،أو إثبات إعسار المشتري كإفلاسه ،وبالتالي غير قادر على دفع الثمن.[3]

2-الثمن التافه والبخس:

نكون أمام الثمن التافه عندما يكون المبلغ النقدي زهيد جدا ،بحيث لا يتناسب بتاتا مع قيمة المبيع،وبشكل يجعله أقرب ما يكون إلى العدم منه إلى الوجود [4]،حيث يختلف عن الثمن الصوري بأن هذا الأخير لا يمثل حقيقة اتفاق الطرفين،لأن البائع أصلا لا يحصل على هذا الثمن ولا يقصد الحصول عليه،أما الثمن التافه فهو بطبيعة الحال قد ارتضى المتعاقدان على الحصول عليه في العقد.

لا بيع إذا كان الثمن من التفاهة إلى درجة عدم تناسبه وقيمة المبيع ،وصولا إلى الاعتقاد بأن الثمن غير جدي والبائع لم يتعاقد للحصول على هذا المقدار من الثمن [5] ،ومثل ما هو عليه في الثمن الصوري لا يترتب عليه دائما مثل الثمن التافه بطلان البيع،فإذا استطعنا أن نجد نية التبرع عند البائع يمكن أن يعتبر العقد كهبة،وتعتبر هبة غير مباشرة وتخضع في ذلك لأحكام الهبات.[6]

---

[1] هنا يذكران الثمن في العقد زيادة تحايلا،من أجل حرمان الشفيع من أخذ العقار بالشفعة،وفي هذه الحالة للشفيع أن يطعن في الثمن المسمى في عقد البيع،بأنه يزيد بكثير عن الثمن الحقيقي للعقار،وله أن يعين خبير فإذا نجح في ذلك فإنه يأخذ العقار بالثمن الحقيقي,

[2] زايدي جميلة،المرجع السابق،ص 38.

[3] وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض المصرية بأنه:«إذا تخذ الحكم المطعون فيه عجز الطاعنة المشترية عن إثبات أدائها الثمن قرينة على أن العقد المطعون فيه يخفي وصية، ».:مشار إليه: سي يوسف زاهية،الوجيز في عقد البيع،المرجع السابق،ص 89.

[4] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 208.

[5] زايدي جميلة،المرجع السابق،ص 38.

[6] لحسين بن الشيح آث ملويا،المرجع السابق،ص 88.

أما الثمن البخس،فهو الذي يقل كثيرا عن قيمة المبيع،لكن لا يصل إلى حد الثمن التافه الذي لا يعتد به،بحيث هو ثمن جدي، والحصول عليه كان الدافع للبائع نقل ملكية المبيع إلى المشتري [1]،وهو لذلك يكفي لانعقاد البيع.

ثانيا-أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير:

من شروط الثمن أن يكون مقدرا أو محددا أو على الأقل أن يتضمن الأسس التي يعتمد عليها لتقديره لاحقا،وبهذا سوف نتطرق إلى كيفية تحديد الثمن وفقا للقواعد العامة ،وكيفية تحديده في قوانين أخرى.

1-تحديد الثمن في عقد البيع وفقا للقواعد العامة:

الأصل أن يتم تحديد الثمن من المتعاقدين،وهذا طبقا لتطابق الإيجاب والقبول على جميع المسائل من بينها الاتفاق على الثمن، وباعتبار أن الثمن محل ثان في البيع وأحد أركانه ،فعدم الاتفاق عليه يجعل البيع باطل بطلانا مطلقا.

إن ثمن البيع لا بد من أن يكون محددا ومعينا من قبل طرفي العقد،بهدف حماية مصالحهما وعدم وقوع إحداهما في الغبن [2]،والتقدير قد يكون فوريا أو بالاقتصار على الإشارة على الأسس التي سيقدر الثمن بناءا عليها بعد إبرام العقد،وهذا ما نصت عليه المادة 356 ق م على أنه :«يجوز أن يقتصر ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد».

والأسس التي يتم الاعتماد عليها من طرف المتعاقدين ،إما سعر السوق أو السعر الذي المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما،كما يمكن اعتماد الثمن الذي اشترى به البائع المبيع،بالإضافة إلى اعتماد رأي شخص ثالث أجنبي لتحديد الثمن.[3]

---

[1] زايدي جميلة،المرجع السابق،ص 38.

[2] نفس المرجع،ص 37.

[3] فالمشرع الجزائري لم ينص على هذا الأساس وهو تحديد شخص أجنبي للثمن على عكس المشرع الفرنسي والذي نص في المادة 1592 ق م ف كما يلي:« على أنه يجوز أن يتفق العاقدان على أن يوكلا تحديد الثمن إلى أجنبي يعينانه لذلك».

2-تحديد الثمن وفقا للقانون رقم 11-04:

ما يميز الثمن وطريقة دفعه في إطار بيوع الترقية العقارية ومن بينها البيع على التصاميم،أن الثمن هنا يمكن أن يكون أوليا تقديريا قابلا للمراجعة نظرا لطبيعة العقد ،حيث أنه يجب أن يذكر في العقد م ا إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا ،ووفي الحالة الأولى يجب ذكر كيفيات المراجعة [1]،كما يجب وفقا للمادة 37 من القانون رقم 11-04 أن يوضح عقد البيع على التصاميم تشكيلة سعر البيع وآجال دفعه تبعا لتقدم الأشغال تحت طائلة البطلان.

ذلك نظرا لاعتبار عقد البيع على التصاميم من العقود الزمنية،فإن المشرع قد راعى جانب إمكانية تغيير المعطيات،خاصة تلك المتعلقة بسعر التكلفة وتطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد ،والعتاد واليد العاملة حسب المادة 3/38 من القانون 11-04،حيث أجاز مراجعة الثمن وإن كان البائع هو الذي يحدد الثمن في عقد البيع،لكن يعتبر هذا التحديد تقديريا فقط،يمكن رفعه باتفاق مع المشتري،ولأن عدم اتفاق هذا الأخير يعتبرا إخلالا لالتزام البائع،ويمكن عندئذ المشتري المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه وفقا للقواعد العامة والقواعد الخاصة بالبيوع الواردة على العقارات في طور الانجاز.

إن هذه المراجعة لا تتجاوز نسبة 20% كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية،حتى لا يكون المشتري تحت رحمة المتعامل،لكن مهما يكن تبقى مسألة المراجعة الدورية للثمن وسيلة ابتزاز المرقي للمشتري ،وذلك بالرغم من الاتفاق حول مبلغ محدد في بداية الأمر بين الطرفين.[2]

---

[1] حيث تنص المادة 2/38 من القانون رقم 11-04 على أنه :« كما يجب ذكر ما إذا كان السعر قابلا للمراجعة أم لا وفي حالة الإيجاب يجب ذكر كيفيات المراجعة،يجب أن ترتكز صيغة مراجعة الأسعار على عناصر تغيرات سعر التكلفة وتعتمد على تطور المؤشرات الرسمية لأسعار المواد والعتاد واليد العاملة،باستثناء الظروف الطارئة التي لا يمكن تجنبها والاستثنائية التي من شأنها أن تؤدي إلى الإخلال بالتوازن الاقتصادي للمشروع ولا يمكن أن يتجاوز مبلغ مراجعة السعر عشرين بالمائة كحد أقصى من السعر المتفق عليه في البداية».

[2] سي يوسف زاهية،إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته،المرجع السابق،ص 26.

3-تحديد الثمن في المرسوم التنفيذي01-105 المعدل والمتمم:

إن تحديد السعر الإجمالي للمسكن الموجه للبيع بالإيجار في إطار المرسوم التنفيذي 01-105 المعدل والمتمم في مادته 05 يتضمن مصاريف الإنجاز [1] وعدد من النفقات منها التكاليف المالية وتكاليف التسيير التقني والإداري المحسوبة على الفترة التي تسبق نقل الملكية ،بالإضافة إلى سعر شراء الأرض.[2]

وهنا يحسب ثمن المسكن الذي يتحمله المكتتب بعد خصم الإعانات المباشرة الممنوحة من طرف الدولة[3]،وتقدر هذه الإعانة ب 700000 دج لفائدة كل مستفيد،إضافة إلى مساعدة الدولة للتكفل الكلي بالطرق والشبكات المختلفة من الصنف الثالث وكذا من مساعدة الدولة من كلفة المتر المربع

---

[1] وقد صدر قرار وزاري مشترك مؤرخ في 19 يونيو 2017، يحدد عناصر حساب كلفة البناء وثمن المسكن الموجه للبيع بالإيجار،ج ر،ع 55،المؤرخة في 26-09-2017، ،وبالرجوع إلى المواد 02 و 05 و06 منه فإن كلفة انجاز المسكن كما يأتي:

-50000 للمتر المربع من المسكن.

-589000 لكل مسكن بالنسبة للطرق والشبكات المختلفة.

فإذا تعلق الأمر بمسكن موضوع طلب سنتي 2001 و 2002 فإنه يستفيد من مساعدة الدولة للتكفل الكلي بالطرق والشبكات المختلفة من الصنف الثالث لتصل إلى 100%،وكذا من مساعدة الدولة والمقدرة ب 10000 دج من كلفة المتر الواحد.

كما يستفيد المسكن موضوع الطلب والمسجل في سنة 2013 من مساعدة الدولة للتكفل الجزئي بالطرق والشبكات المختلفة من الصنف الثالث لتصل إلى 72%،وكذا من مساعدة الدولة والمقدرة ب 5000 دج من كلفة المتر المربع.

[2] تنص المادة 1/05 من المرسوم التنفيذي 01-105 المعدل والمتمم على أنه: «تحدد الكلفة النهائية المستعملة لحساب ثمن المسكن الموجه للبيع بالإيجار على أساس كلفة الإنجاز بما تتضمنه من نفقات شراء الأرض وكذا التكاليف المالية وتكاليف التسيير التقني والإداري المحسوبة على الفترة التي تسبق نقل الملكية».

[3] وتجدر الإشارة إلى أن هذا يطرح إشكالية سعر الشقة الموحد وطنيا ،رغم أن سعر الأرض يختلف من ولاية إلى أخرى، وحتى داخل الولاية الواحدة فهو يختلف من منطقة لأخرى حسب عدة معايير منها القرب من مركز المد ن.حيث ما لوحظ على أرض الواقع ، تسجيل فروقات في السكنات المبنية في إطار البيع بالإيجار، قد عمدت الوكالة إلى اختيار مواد بناء متوسطة (بلاط، شبابيك خشبية..) للأحياء القريبة من وسط المدينة، وأخرى عالية الجودة (سيراميك، نوافذ ألمنيوم، مطابخ =مجهزة..) في المناطق المتواجدة على الضواحي ، من أجل إحداث توازن بين سعر الأرض وجمالية الشقة وجودة المواد المستعملة في البناء.

وتختلف هذه المساعدة حسب ما إذا كان المسكن موضوع الطلب مسجل في سنتي 2001 و2002 أو لسنة 2013.[1]

وعلى المستفيد من المسكن في إطار البيع بالإيجار أن يتحمل تغطية ما تبقى تكلفة إنجاز المسكن ،بعد خصم مبلغ المساعدة المباشرة ومساهمة الدولة في كلفة المتر المربع الواحد للسكن وفي الطرق والشبكات المختلفة من الصنف الثالث.[2]

4-تحديد الثمن بالنسبة للبيوع الإدارية:

إن تنازل الدولة عن عقاراتها من أجل انجاز مختلف المشاريع أو تنازلها على العقارات ذات الطابع السكني أو المهني ،يقوم على أساس تحديد القيمة التجارية لهذه العقارات ،ويتم تحديد هذه القيمة من طرف إدارة أملاك الدولة باعتبارها خبير الدولة،لتوفرها مصالحا على مكاتب مكلفة بالتقييم والخبرة.[3]

وتعتمد إدارة أملاك الدولة على عدة عناصر لتحديد القيمة التجارية للعقارات،ومن بينها: [4]

-مساحة غرف الجلوس ،حيث مساحة غرف الحجر،مساحة المطبخ وكذا مساحة المرور أ ي الرواق،ومساحة الدرج المشترك،ارتفاع السقف.

-المواد المستخدمة في البناء: من حيث نوعية حسنة،نوعية متوسطة،نوعية عادية،نوعية منخفضة.[5]

---

[1] هذا ما نصت عليه المادة 04 من القرار وزاري مشترك مؤرخ في 19 يونيو 2017 المذكور أعلاه.

[2] هذا ما نصت عليه المادة 07 من القرار وزاري مشترك مؤرخ في 19 يونيو 2017.

[3] بل أكثر من ذلك فقد تلجأ المؤسسات المستقلة وغير المستقلة إلى إدارة أملاك الدولة بهدف تقييم ذمتها المالية ولعل أكبر عملية في هذا الشأن هي تكليف هذه الإدارة بتقييم ذمة المؤسسات العمومية المحلية غير المستقلة في إطار عمليتي الحل والتصفية.

[4] محمد بن محمد ،دور إدارة أملاك الدولة في الترقية العقارية،مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية-الواقع والأفاق-جامعة قاصدي مرباح،كلية الحقوق والعلوم السياسية،17 و18-02-2012, ص 01.

[5] فبالرجوع إلى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 يونيو 2020،الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دووين الترقية والتسيير العقاري،تكون مواد البناء إما:-نوعية حسنة:حجارة،تبليط بالرخام،نجارة بالخشب الجيد،شباك حديدي متقن.

-موقع العقار:حيث أن العقار المتنازل الذي عليه يقع في منطقة الحي الفخم أعلى قيمة من العقار الذي يقع في مناطق أخرى كوسط المدينة،أو الأحياء المحيطة بالمدينة،أو المنطقة البعيدة جدا.[1]

-الطابع المعماري:من حيث الطابع المعماري المتقن وذات زخارف مزينة،من حيث الطابع المعماري خارجي وزخارف مقبولة،من حيث الطابع العمراني البسيط ذي الشكل العادي،ومن حيث الطابع المعماري الرديء.

-المعايير القانونية:أن دراسة السوق العقارية بينت أن هناك من العقارات،عقارات مشغولة وأخرى غير مشغولة،ومن البديهي أن تكون قيمة الأولى أدنى من الثانية.

4-تحديد الثمن في البيوع القضائية:

لقد بين المشرع الكيفية التي يتم بموجبها تحديد الثمن الأساسي للعقار في هذا النوع من البيوع،وذلك طبقا للمادة 1/739 إ م إ سواء تعلق الأمر في البيوع الجبرية أو البيوع القضائية

-نوعية متوسطة:أجر أحمر،تبليط بآرائك بالغرانيط ذي نوعية جيدة،نجارة بالخشب الأحمر ذي نوعية جيدة.
-نوعية عادية:آجر أحمر،قوالب الاسمنت،بلاط بالغرانيط العادي،نجارة بالخشب الأحمر.
-نوعية منخفضة:قوالب الاسمنت،بلاط بالاسمنت،نجارة عادية.

[1] فبالرجوع إلى القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 10 يونيو 2020،الذي يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دووين الترقية والتسيير العقاري،فإنه يمكن تقسيم إقليم البلدية إلى مناطق فرعية:-منطقة الحي الفخم :مخصصة للسكن فوق المستوى المتوسط ،وهي بعيدة عن الطرق الرئيسية والكثيفة المرور،وتكون خالية من الأذى مثل الضجيج،الدخان،الغبار،الروائح الكريهة.
-وسط المدينة:يشمل المحيط الذي تقع فيه المنشآت الأساسية والمؤسسات الضرورية لحياة الجماعة،لاسيما المراكز التجارية والمدارس والصيدليات ومراكز الصحة وغيرها...
-الأحياء المحيطة بالمدينة:المنطقة المحاذية لوسط المدينة والتي لا يتعدى مداها المحيط الحضري.
-الضاحية:الجزء الواقع على حدود المحيط الحضري للبلدية والقريب من مركز الحياة الاقتصادية والاجتماعية والثقافية..
-المنطقة البعيدة جدا:تتكون من المنطقة الفرعية الخارجة عن المحيط الحضري للبلدية والبعيدة عن مركز الحياة الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية والإدارية في البلدية و المتصفة خصوصا بانعدام اتصال مباشر بالنقل العمومي.

الخاصة[1]،ويكون ذلك بتعيين خبير عقاري بأمر على عريضة ،بناءا على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز، لأجل معاينة العقار وتقييم تقريبي وتحديد الثمن الأساسي الذي يعتمد في قائمة شروط البيع لانطلاق المزايدة اعتمادا على السعر التقريبي في السوق،وتودع الخبرة في أجل 10 أيام من تاريخ تعيين الخبير،وإذا تقاعس الخبير ولم يسلم تقرير التقييم في الأجل المحدد لذلك استبدل بغيره.[2]

كما أنه إذا كان العقار المحجوز قابلا للتجزئة،فإن رئيس المحكمة يكلف الخبير بتقييم العقار حسب الأجزاء حتى يحفظ حق المحجوز عليه على باقي العقارات،إذا تم تحصيل مبلغ الدين والمصاريف من بيع إحداها وهذا أفضل من تقييمها وحدة واحدة،إلا إذا كانت بطبيعتها لا تقبل التجزئة أو كانت وحدة اقتصادية أو أرضا فلاحية.

البند الثالث:كيفية دفع الثمن:

نتناول في هذا البند كيفية دفع الثمن في عقد البيع وفقا لأحكام القانون المدني ،ومن ثم كيفية دفع الثمن في البيع القضائي،ودفع الثمن في بيوع الترقية العقارية.

أولا-كيفية دفع الثمن في عقد البيع وفقا لأحكام القانون المدني :

طبقا للقواعد العامة يتم الوفاء بالثمن سواء بالتقسيط أو جملة واحدة حسب الطريقة المتفق عليها،على أن يتحمل المدين نفقات هذا الوفاء ،إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك وهذا طبقا للمادة 283 ق م ،كما أن زمان الوفاء بالثمن يتحدد كذلك بحسب ما يتفق عليه الأطراف.[3]

---

[1] لقد نص المشرع في المادة 789 ا م ا على أنه تطبق إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة على هذه البيوع،ولكن لم يشر إلى كيفية تعيين الخبير لتقييم العقار،وبهذا فإنه يتم الرجوع إلى نص المادة 739 ا م ا سالفة الذكر،والتي تنص على أنه يعين خبير لتحديد الثمن من طرف رئيس المحكمة بأمر على عريضة.

[2] هذا ما تنص عليه المادة 2/739 ا م ا.

[3] تنص المادة 1/388 ق م على أنه:« يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع،ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك».

أما بالنسبة لمكان دفعه ،فإنه يدفع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك،أما إذا اتفق المتعاقدان على أجل معين لدفعه ،فإن مكان التسليم هو في موطن المشتري وقت استحقاقه.[1]

تجدر الإشارة إلى أن بيع العقار له قواعد أخرى في دفع الثمن، بحيث أخضعه المشرع لإجراءات خاصة لما للعقار من أهمية اقتصادية، حيث يتم دفع الثمن كاملا بين يدي الضابط العمومي الذي حرر العقد ،وذلك طبقا للمادة 324 مكرر1 ق م،مما يوفر حماية للبائع من قبض الثمن وضمان لحقوق الخزينة العامة.

لكن بموجب المادة من 256 من قانون التسجيل المعدلة بالقانون رقم 19-14 المتضمن قانون المالية لسنة 2020،فقد أوجب المشرع فقط إيداع خمس ثمن نقل الملكية في جميع العقود الموثقة المتضمنة نقل كامل الملكية لقاء عوض أو لملكية الرقبة أو حق الانتفاع لعقارات أو حقوق عقارية أمام مرأى وبين يدي الموثق محرر العقد ،بعدما كان يلزم دفع نصفه ،أما إذا كان الثمن أو جزء من الثمن قابلا للدفع عن أجل فإن الدفع يتم عند حلول كل أجل بين يدي الموثق محرر العقد إلى غاية تشكيل خمس ثمن نقل الملكية الذي يجب أن يحرر لزوما.

وما يلاحظ هنا وجود تناقض بين المادة 324 مكرر 1 و المادة 256 من قانون التسجيل،والتي الهدف منها مالي بحت حماية لحقوق الخزينة العمومية وليس لحماية حقوق البائع .

إن الموثقين والموظفين العموميين والمودعين الآخرين الذين تلقوا الأموال الممثلة خمس نقل الملكية كإيداع،لا يمكنهم التخلي عن الأموال إلا ضمن القواعد المنصوص عليها في المادة 383 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة ،وبالرجوع إلى المادة 383 المذكورة أعلاه فإنها تنص على أنه لا يجوز لأعوان التنفيذ التابعين لكتابة الضبط والموثقين و الأعوان المكلفين بالحراسة القضائية والمستأمنين العموميين على الأموال،أن يسلموا للورثة والدائنين وغيرهم من الأشخاص الذين لهم الحق في قبض المبالغ المحجوزة المودعة،إلا بعد إثبات أداء الضرائب المباشرة والرسوم على القيمة المضافة المستحقة على الأشخاص الذين حصلت المبالغ المذكورة على عهدتهم،غير أنه في حالة عدم حصولهم على رد على الوضعية الجبائية للبائع في أجل أقصاه 30 يوما،يمكن للموثقين التخلي

[1] هذا ما نصت عليه المادة 387 ق م.

على الأموال المودعة في حساباتهم بدفعها للبائع،ويبدأ سريان هذا الأجل إبتداءا من التاريخ الذي يودع فيه على مستوى مديرية الضرائب للولاية،طلب الوضعية الجبائية الذي يحتوي على كل المعلومات المتعلقة بالصفقة.

علما أن الموثق يودع طلب دراسة الوضعية الجبائية مقابل وصل استلام في أجل 10 أيام بعد إبرام العقد،وتسلم نسخة من الطلب إلى البائع بناءا على التماسه.

لكن يشار في هذا المجال أنه يعفى ممتلكو بعض السكنات من دفع الثمن بمرأى وبين يدي الموثق المكلف بتحرير العقد المتضمن نقل الملكية،وهذا بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في المادة 256 أعلاه،وهي السكنات التي باعتها الهيئات العمومية للسكن تبعا لصيغة البيع بالإيجار،وكذا يستفيد من هذا الإعفاء ممتلكو السكنات التي باعتها الهيئات العمومية للسكن تبعا لصيغة التوفير من أجل السكن،وذلك شريطة تقديم شهادة يعدها الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط،يثبت فيها وجود مبلغ ثمن السكن الذي ينوي التنازل عنه كوديعة عنده،ترفق نسخة من هذه الوثيقة بعقد البيع معفاة من رسم الطابع والتسجيل،أما البيوع المنجزة في إطار الترقية العقارية ذات الطابع السكني،فإن المبالغ التي يجب دفعها بمرأى وبين يدي الموثق،هي المبالغ المتبقية من ثمن البيع الذي سبق تحديده في عقد حفظ الحق أو دفتر الشروط أو في عقد البيع على التصاميم. [1]

ومن هنا فإنه منذ التعديلات الحاصلة للمادة 256 من قانون التسجيل تم تشجيع المتعاملين على دفع خمس ثمن المبيع وإيداعه أمام الموثق وترك الباقي بعيد عنه ،رغم أنه هناك خرق للمادة 324 مكرر1 التي لم تعدل لحد الآن،ويكون بذلك المشرع قد أبعد مسؤولية الموثق عن عدم دفع كامل الثمن بين يديه ومرآه، ولا يترتب على ذلك بطلان العقد،وإنما أوجب فقط عليه أن يأمرهما بإيداع النسبة التي حددها القانون من ثمن البيع بين يديه، فكل ما في الأمر أن الموثق هو الذي يتحمل المسؤولية خاصة في دفع الرسوم والضرائب المستحقة لفائدة الدولة التي تقع على عاتقه إذا امتنع المشتري عن دفعها.[2]

ولدفع الثمن أحكام خاصة نظرا لأهميته الاقتصادية،فقد حدد كذلك المشرع طرق دفع ثمن شراء عقارات بالنظر إلى سقف معين حدده ،وذلك بطرق الدفع الكتابية عبر القنوات البنكية والمالية

[1] هذا ما نصت عليه المادة 257 من قانون التسجيل.

[2] قرار رقم 654448،بتاريخ 19-05-2011،الغرفة المدنية،م م ع،ع الثاني 2011.

،وذلك بموجب المرسوم 15-153 المؤرخ في 15-06-2015 الذي يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية.[1]

حيث نصت المادة 2 منه على دفع كل المبادلات التي تساوي أو تفوق المبالغ المحددة أسفله بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية،وذلك بالنسبة لشراء الأملاك العقارية التي تساوي قيمتها أو تزيد عن خمس ملايين دينار 5000000 دج.[2]

ويقصد بوسائل الدفع وفقا للمادة 04 من المرسوم رقم 15-153،كل وسائل الدفع الكتابية التي تسمح بتحويل الأموال عن طريق القنوات البنكية والمالية لسيما الصك،التحويل،الاقتطاع،بطاقة الدفع،السفتجة،السند لأمر...،وعدم الامتثال لأحكام هذا المرسوم تطبق العقوبات المنصوص عليها في

---

[1] ج ر ،ع،المؤرخة بتاريخ 22-06-2015،الذي ألغى المرسوم رقم 10-181 يحدد احد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية،،ج ر،العدد 43،بتاريخ 14-06-2010.

[2] على عكس ما جاء به المرسوم رقم 10-181 يحدد احد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية،والذي حدد سفق لكل عملية دفع تتم عن طريق وسائل الدفع المحددة في المادة 2 من هذا المرسوم والذي تتجاوز 500000 دج،وكذا كل عملية دفع جزئي لدين يفوق مبلغه الإجمالي الحد المذكور،فهذا المرسوم لم يحدد العمليات المعنية بوسائل الدفع هذه،على عكس ما جاء به المرسوم 15-153،الذي حدد العمليات التي تتم بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية في المادة 02 و03 منه والتي هي:

-خمس ملايين دينار لشراء أملاك عقارية.

-واحد مليون دينار لشراء:اليخوت وسفن النزهة أو الشراعية مزودة بمحرك أم لا،معدات متحركة جديدة وتجهيزات صناعية جديدة وسيارات جديدة ودراجات نارية ودراجات مزودة بمحرك خاضعة للترقيم لدى وكلاء السيارات أو موزعين آخرين ومعيدي البيع المعتمدين,

-سلع قيمة لدى تجار الأحجار والمعادن الثمينة,

=-السلع العتيقة والتحف الفنية.

-شراء في المزاد العلني لأثاث ومنقولات مادية.

-كل عمليات الدفع تساوي أو تفوق مبلغ واحد مليون دينار التي تتم لتسديد الخدمات التي تقدمها المؤسسات والمهن غير المالية والمذكورة في المادة 04 من القانون 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتهما.

المادة 31 من القانون رقم 05-01 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب ومكافحتها المعدل والمتمم وذلك بغرامة تتراوح بين 50000 إلى 500000 دج .[1]

ثانيا-كيفية دفع الثمن في البيع القضائي:

يتم البيع القضائي للعقار برسو المزاد على من تقدم بأعلى عطاء،وكان آخر مزايد،وبهذا بدفع الثمن ولكن ليس كاملا وإنما خمسه فقط،وذلك حال انعقاد الجلسة،ويضاف إليه المصاريف والرسوم المستحقة[2].أما باقي الثمن فيدفع في أجل أقصاه 8 أيام بأمانة ضبط المحكمة.

وفي حالة تخلف الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن خلال الأجل سابق الذكر،فإنه بعد إعذاره بالدفع خلال 5 أيام، يعاد البيع على ذمته بمزايدة جديدة وحكم جديد.ووفقا للمادة 758 ا م ا،يجب أن يتضمن منطوق الحكم الصادر برسو المزاد للبيع الثاني،إلزام الراسي المتخلف عن الدفع بفرق الثمن بين البيع الأول والبيع الثاني،أي إذا أعيد بيع العقار بثمن أقل من الثمن الراسي به المزاد.

ثالثا-كيفية دفع الثمن في بيوع الترقية العقارية:

قد بين المشرع كيفية دفع الثمن في بيوع الترقية العقارية كعقد البيع على التصاميم ،حيث أن المشتري لا يلتزم بدفع الثمن دفعة واحدة،سواء أثناء إبرام العقد أو بعد انتهاء البناء،وإنما يلتزم بالدفع في صورة أقساط دورية تدفع حسب تقدم الأشغال [3]،وذلك في الحدود المنصوص عليها في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 13-431 يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجال وكيفيات دفعها:

-عند التوقيع،يدفع عشرون بالمائة (20%) من سعر البيع المتفق عليه.

-عند الانتهاء من الأساسيات،يدفع خمسة عشرة بالمائة (15%) من سعر البيع المتفق عليه.

---

[1] نفس ما كان ينص عليه المرسوم 10-181 سالف الذكر،في مادته 04 والتي كانت تنص على مايلي: « يتعرض كل مخالف لأحكام هذا المرسوم إلى العقوبات المنصوص عليها في المادة 31 من القانون 05-01».

[2] وهذا وفقا لنص المادة 2/757 ا م ا.

[3] بلجراف سامية،المرجع السابق،ص 581.

-عند الانتهاء من الأشغال الكبرى،بما في ذلك الأسوار الخارجية والداخلية، خمس وثلاثون بالمائة (35%) من سعر البيع المتفق عليه.

-عند نهاية جمع الأشغال مجتمعة،بما في ذلك الربط بالطرقات والشبكات المختلفة بالإضافة إلى التهيئات الخارجية،يدفع خمس وعشرون بالمائة (25 %) من سعر البيع المتفق عليه.

ويجب دفع الرصيد الباقي عند إعداد محضر الحيازة والمقدرة بخمس بالمائة 5% من سعر البيع المتفق عليه,

وفي المقابل لابد على المرقي العقاري أن يستعمل الثمن المدفوع من قبل المشتري لغرض البناء وليس لغايات أخرى وإلا عد مسؤولا عن ذلك ،فإذا ما انتهى البائع من أشغال البناء وقام بتسليم العقار فإنه يلتزم المشتري بدفع باقي الثمن.

أما بالنسبة لعقد البيع بالإيجار باعتباره كذلك من عقود الترقية العقارية، فإن دفع الثمن يكون حسب ما نصت عليه المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المعدل والمتمم التي عدلت بموجب المادة 01 من المرسوم رقم 15-328 سالف الذكر،وهو أن تسدد دفع أولى لا تقل عن 25‰ من ثمن المسكن،ويتم تسديدها حسب الكيفيات التالية:

10% من ثمن المسكن عند الإقرار الثابت بالشراء.

-05 % من ثمن المسكن عند الانطلاق في الأشغال لموقع تواجد المسكن.

-05 % من ثمن المسكن عند التخصيص.

-05 % من ثمن المسكن عند استلام المستفيد المسكن.

أما بالنسبة للجزء المتبقي من ثمن المسكن فإنه يسدد على مدة لا تتجاوز 20 سنة أو 25 سنة بعد خصم مبلغ الدفعة الأولى[1]،ويتم تسديد المؤجل وفق أقساط تبين المبلغ الواجب دفعه شهريا موزعة على المدة المتفق عليها.

كما يمكن للمستفيد وبمجرد تسديد الدفعة الأولى ،أن يقوم بالتسديد المسبق للجزء المتبقي من سعر المسكن بكامله،وذلك قصد تحويل الملكية له بصفة شرعية وهذا وفقا لما نصت عليه المادة 08 من المرسوم رقم 01-105 المعدلة بموجب المادة 02 من المرسوم رقم 14-288 المؤرخ في 15-10-2014 .[2]

البند الرابع:أهم المنازعات التي يثيرها دفع الثمن

يعتبر دفع الثمن من أهم التزامات المشتري،وباعتباره كركن من أركان البيع فإنه يثير الكثير من المنازعات ،منها حالة إخلال المشتري بدفعه ،ويطرح التساؤل حول ما هي الضمانات القانونية التي كرسها المشرع حماية للبائع لاستيفاء حقه،خاصة إذا قلنا أنه فقط خمس الثمن يدفع أمام الموثق والباقي يمكن أن يدفع خارج مكتب التوثيق،وبالتالي يمكن الاتفاق على دفعه لاحقا.

كما يثير دفع الثمن مسألة التفاوت بين قيمة المبيع والثمن إلى حد اعتبار الثمن بخسا ،وكان متعلقا بعقار فهنا يصل إلى الغبن الفاحش ،الذي يعطي للمشتري الحق في رفع دعوى الغبن ،لكن مع توفر بعض الشروط القانونية[3]،بالإضافة إلى دعاوى أخرى.

---

[1] إذا تعلق الأمر بسكن مسجل في سنتي 2001 و2002 فإنه يتم تسديد السعر المتبقي في مدة لا تتجاوز 20 سنة أما إذا تعلق الأمر بمسكن مسجل سنة 2013 فإنه يسدد المبلغ المتبقي في مدة لا تتجاوز 25 سنة،هذا وفقا لنص المادة 05 و06 من القرار وزاري مشترك المؤرخ في 19 يونيو 2017 سالف الذكر.

[2] ج ر،ع 61،المؤرخة في 16-10-2014.

[3] وكما تطرقنا سابقا،وباعتبار العقار ثروة اقتصادية فإن إبرام التصرفات المتعلقة به تمر على مصلحة إدارية وهي مصلحة التسجيل ،فالهدف من ذلك اقتطاع حقوق التسجيل،ولكن تلعب دورا هاما في إعادة تقييم العقارات وذلك في حالة ما إذا كان الثمن يقل عن القيمة الحقيقية للعقار ،وقد يصل الأمر إلى حد استعمالها للشفعة لصالح الخزينة العامة،وكذا التعرض للعقوبات المالية-الغرامة المالية-يدفعها الأطراف متضامنين في حالة إخفاء الثمن وهذا ما يبين لنا أهمية الثمن.

أولا-الضمانات القانونية لأداء الثمن:

لقد جعل القانون للبائع ضمانات قانونية في حالة إخلال المشتري بدفع الثمن تضمنها القانون المدني وهي حق الحبس ودعوى التنفيذ وكذا الفسخ وإضافة إلى ذلك شرط الاحتفاظ بالملكية،وحق الامتياز.

1-حبس المبيع:

يتوفر البائع على ضمان أولي م نصوص عليه في القواعد العامة وهو الحق في حبس المبيع.والذي نصت المادة 200 ق م على أنه:«لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام تتب عليه،وله علاقة سببية وارتباط بالتزام المدين،أو مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء التزامه هذا....».

ويعرف الحق في الحبس على أنه هو الحق في الامتناع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ من جانبه[1]،وهكذا فباستطاعته أن يرفض تسليم المبيع مادام أنه لم يتحصل على الثمن[2]،وذلك إذا كان الثمن واجب الدفع وقت تسليم المبيع،أو كان دفع الثمن واجبا قبل تسليم المبيع،كما يمكن له أن يحبس المبيع حتى ولو يحل أجل الدفع وذلك إذا سقط حق المشتري في الأجل طبقا للمادة 211 ق م[3]،وذلك في حالة إفلاسه أو إعساره أو إذا أضعف المشتري بفعله ما أعطى للبائع من تأمين خاص أو إذا لم يقدم المشتري ما وعد بتقديمه من تأمينات.

ويلاحظ أن حق البائع في حبس المبيع حتى يستوفي الثمن ،لا يزول حتى لو قدم المشتري رهنا أو كفالة بالثمن ،لأن البائع يطلب حقا واجب الأداء فلا يكفيه أن يقدم له المشتري رهنا أو كفيلا.[4]

---

[1] نواف حازم خالد،انقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق أصلي،دراسة تحليلية مقارنة،مجلة الرافدين للحقوق،مجلد 1/السنة العاشرة،ع 24، سنة 2005،ص 108.

[2] لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 507.

[3] هذا ما نصت عليه المادة 390 ق م,

[4] جعفر محمد جواد الفضلي،المرجع السابق،ص 199.

لكن الإشكال الذي يطرح هل حق حبس المبيع من طرف البائع في حالة عدم دفع الثمن من طرف المشتري ينطبق على العقار؟ أو بمفهوم آخر كيف يتم حبس العقار ؟

حسب رأينا الحق في الحبس ينطبق على المبيع إذا كان منقولا فقط ،فالعقار صحيح وإن امتنع البائع عن تسليمه وذلك بتسليم المفاتيح مثلا، فهناك أمر آخر وهو أنه بإبرام العقد أمام الموثق وإيداع خمس الثمن أمامه ،والاتفاق على دفع باقي خارج مكتب التوثيق ،فإن العقد قد أبرم وبعد شهر العقد تنتقل الملكية إلى المشتري ويعتبر هذا كما قلنا سابقا بمثابة تسليم قانوني للمبيع ،وهنا يعتبر مالكا للمبيع ويضعف بذلك الحق في الحبس، بحيث لا يعتبر ضمانة أمام بائع العقار لاستفاء الثمن من المشتري.[1]

2-امتياز البائع:

لقد نص المشرع في المادة 999 ق م ،على أنه ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته يكون له امتياز على العقار المبيع، وبهذا فإن هذا الامتياز يخول للبائع استيفاء الثمن من قيمة العقار بالأولوية على غيره من الدائنين،فالحكمة من ذلك هو أن البائع هو صاحب الفضل في دخول المبيع في ذمة المشتري ،ولذلك يكون من العدل منحه الأولوية في استيفاء حقه من المبيع.[2]

وهذا الامتياز يجب أن يقيد لنفاذه تجاه الغير ،حتى يستطيع صاحب الحق في الامتياز ممارسة حقه في التتبع والتقدم،وتكون مرتبةالامتياز من تاريخ البيع إذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع ،فإذا انقضى هذا الأجل أصبح الامتياز رهنا رسميا.

3-شرط الاحتفاظ بالملكية:

طبقا للمادة 363 ق م:« إذا كان ثمن المبيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط نقل الملكية للمشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع».

---

[1] هنا العقار ليس مثل المنقول تبقى حيازة هذا الأخير بيد البائع ويمكن حبسه لأن تسليمه يتم عن طريق التسليم المادي وليس كما قلنا العقار تسليمه يتم عن طريق التسليم القانوني.

[2] سي يوسف زاهية،الواضح في عقد البيع،المرجع السابق،ص 343.

بإدراج شرط الاحتفاظ بالملكية يؤخر البائع نقل الملكية لغاية الوفاء بالثمن،مما يسمح له في حالة عجز المشتري طلب استحقاقه المبيع ،وهذا بشرط أن يكون الثمن مؤجلا.[1]

4-الفسخ:

طبقا لأحكام القواعد العامة في العقود الملزمة لجانبين ،أنه إذا لم يوف المشتري بالثمن عند استحقاقه ودون أن يكون الحق في حبسه،كان للبائع أن يطلب فسخ البيع [2]وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل إبرام العقد[3].

إن فسخ العقد لا يضر بالحقوق التي كسبها الغير على هذا العقار،إلا إذا أشهرت عريضة دعوى الفسخ قبل تسجيل التصرف الذي أكسب الغير هذه الحقوق،فإذا باع المشتري العقار لمشتر ثان،وأشهر هذا المشتري الثاني البيع الصادر له قبل شهر البائع عريضة دعوى الفسخ،فإن الحكم بالفسخ لا يكون له أثر في حق المشتري الثاني إذا كان حسن النية، وإذا كانت دعوى الفسخ قد أشهرت قبل شهر البيع الثاني،كان لفسخ البيع الأول أثر في حق المشتري الثاني ولو كان حسن النية ،واستطاع البائع استرداد العقار من بين يديه.

وللقاضي السلطة التقديرية في الحكم بالفسخ من عدمه،إذ يجوز له منح أجل للمشتري لتنفيذ التزامه بدفع الثمن،وهذا ما يسمى بالأجل القضائي أو نظرية الميسرة،كما له أن يرفض الفسخ إذا كان الجزء غير المدفوع من طرف المشتري قليل الأهمية بالنسبة إلى ما دفعه.[4]

فقد يتفق المتعاقدان على أن يعتبر العقد مفسوخا إذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه،بتحقق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي،ولابد من إعذار المدين بذلك [5]،كوضع شرط في

---

[1] هذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثاني من هذا المبحث،باعتبار كذلك هذا الشرط قيدا على تملك المشتري للمبيع.

[2] ولكن إذا أصبح تنفيذ الالتزام بدفع الثمن مستحيلا ينفسخ العقد بقوة القانون،كأن يكون السبب أجنبي لا يد للمشتري فيه،أو كان تنفيذه مرهقا بسبب نظرية الظروف الطارئة.

[3] هذا طبقا للمادة 119 ق م.

[4] هذا ما نصت عليه المادة 119 ق م : «...ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف،كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات».

[5] وهذا طبقا لنص المادة 120 ق م.

العقد يتضمن عدم دفع المشتري للثمن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون،وإذا رفع النزاع إلى القضاء فحكم القضاء يكون كاشفا وليس منشئا.[1]

5-التنفيذ على أموال المشتري:

في حالة عدم دفع ثمن بيع العقار فهنا نعني به أربعة الأخماس المتبقية،التي يمكن أن تدفع خارج مكتب التوثيق،يمكن للبائع بعد استفاء الإجراءات القانونية لإلزام المشتري على الدفع،اتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المشتري بعد حصوله على سند تنفيذي ،وبموجب إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانونا.

ثانيا-الغبن في بيع العقار وشروط تحققه

تعتبر دعوى الغبن من أهم الدعاوى التي يثيرها بيع العقار،و الغبن محل الدراسة هنا هو الغبن الذي يقوم على معيار موضوعي،وأساسه مادي على عكس الاستغلال الذي له أساس شخصي كما سلف الذكر ،فهو لا يرجع إلى عيب في الإرادة ،وإنما ترجع إلى فكرة عدم التعادل ما بين المبيع والثمن،أي عدم التعادل بين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه.[2]

والغبن الذي يعيب البيع لابد من أن يقع على عقار مهما كان نوعه [3]،سواء كانت مباني أو أراضي زراعية ،وسواء انصب البيع على حق الملكية أو حق ارتفاق أو حق انتفاع إلى غير ذلك.أما بخصوص العقار بالتخصيص،فإذا بيع بعقد واحد وبثمن واحد مع العقار بالطبيعة فدعوى الغبن تكون مقبولة،لأنه لم يتم فصله عن العقار بالطبيعة فهو جزء منه،أما إذا بيع العقار بالطبيعة والعقار

---

[1] لقد وضع القانون حكم خاص في بيع المنقول بحيث اعتبر المشرع عقد البيع مفسوخا لصالح البائع ودون حاجة سابق إنذار،إذا عين أجل لدفع الثمن وتسلم المبيع،ولم يم دفع الثمن في الأجل المحدد،وذلك ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك،وذلك بصريح المادة 392 ق م.

[2] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص250.

[3] فقد حصرت الحماية على العقارات دون المنقولات ،رغم أنه هناك منقولات ذات قيمة كبيرة مثل السيارات الفخمة،المجوهرات...

بالتخصيص لمشتر واحد ولكن بعقدين مختلفين،فهنا نجد بأن العقار بالتخصيص نزع عن خدمة الأرض،وبيع بمفرده وبالتالي أصبح منقولا عاديا ،وهنا لا يمكن للمشتري رفع دعوى الغبن.[1]

وحسب نص المادة 358 ق م فإنه للتمسك بدعوى الغبن لابد من أن يقل الثمن عن قيمة العقار وقت البيع بأكثر من $\frac{1}{5}$ ،والعبرة في تقويم العقار[2] لحساب مقدار ما وقع من غبن بوقت البيع لا بوقت الطعن بالغبن[3] وإنما من وقت البيع،ومثال ذلك :إذا بيعت أرض بثمن قدره 39 مليون سنتيم،في حين أن القيمة الحقيقية للأرض هي50 مليون سنتيم.

فهنا نبحث عن الفرق بين الثمن والقيمة:50_39=11 مليون سنتيم.

ثم نبحث عن خمس قيمة العقار:$\frac{50}{5}$=10 مليون سنتيم.

فالغبن هو ما زاد عن الخمس:1 مليون سنتيم.

إن المسلك الذي ذهب إليه المشرع الجزائري مسلك غير صحيح بتحديد الغبن بما يزيد عن خمس القيمة الحقيقية للمبيع فهو غبن بسيط،فكان من الأجدر أن يعدل المادة و ينص على أنه يعتبر غبنا فاحشا ما يزيد عن نصف القيمة الحقيقية للعقار المبيع.[4]

---

[1] لحسين بن الشيخ آث ملويا،المرجع السابق،ص 102.

[2] وفقا للمشرع الفرنسي فإن هذا التقويم لمعرفة وحساب مقدار الغبن يتم بتقرير مشترك من قبل ثلاث خبراء وهذا وفقا لنص المادة 1678 ق م ف:

L’article 1678 CCF énonce«:Cette preuve ne pourra se faire que par un rapport de trois experts, qui seront tenus de dresser un seul procès verbal commun, et de ne former qu'un seul avis à la pluralité des voix.»

[3] حيث جاء في قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12-09-2000،ملف رقم 245195،م ق،ع 02،لسنة 2001،ص 137 وما بعدها، بنصها: «.....حيث أنه كان من الواجب على هؤلاء القضاة التقيد بما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 358 ق م،وذلك بتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس بناءا على تقييم العقار بحسب قيمته وقت البيع،وعلى هذا الأساس كان ينبغي على قضاة الدرجة الثانية العمل على تقييم العقار المبيع بحسب قيمته خلال سنة 1993 وهي سنة البيع المتنازع من أجله وأن يمتنعوا عن تعيين هذه القيمة بعد هذا التاريخ».

[4] فالمشرع المصري بالإضافة إلى الشروط التي جاء بها مشرعنا للطعن في دعوى الغبن،أضاف شرط آخر وهو أن يكون هذا العقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وذلك بصريح المادة 425 ق م م على أنه: «إذا بيع عقار مملوك لشخص لا تتوافر فيه الأهلية وكان في المبيع غبن يزيد عن الخمس،فللبائع أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل،ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع».

وتجدر الإشارة إلى أن الغبن ليس سببا من أسباب إبطال البيع وإنما هو سبب لتكملة الثمن[1]،ولهذا فهو يعطي للبائع أو من يمثله قانونا رفع هذه الدعوى خلال ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع،وإلا تتقادم الدعوى وهذا بصريح المادة 359 ق م بنصها على ما يلي:«تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع...».

وترفع دعوى الغبن في القانون المدني الجزائري على المشتري أو ورثته وعلى الشفيع،إذا كان هذا الأخير قد أخذ العقار بالشفعة،ويحل محل المشتري في تكملة الثمن[2]،وذلك إلى يبلغ $\frac{4}{5}$ قيمة المبيع وقت البيع،وذلك في المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن المدعى عليه،لأن هذه الدعوى ترتكز على المطالبة بحق شخصي[3].وإذا ما صدر الحكم بإلزام المشتري بتكملة الثمن،ورفض هذا الأخير بعد صيرورة الحكم نهائيا،وبعد إلزامه بالدفع من طرف المحضر القضائي،فإن للبائع ضمانا لحقه أن يلجأ إلى إجراءات التنفيذ الجبري على أموال المشتري ،وكذا له حق امتياز على هذا العقار ضمانا للثمن وملحقاته.[4]

وذلك عكس القانون الفرنسي،فالغبن الذي يعطي للبائع بتكملة الثمن خلال عامين من تاريخ البيع،إذا غبن بأكثر من $\frac{7}{12}$ من ثمن البيع[5]،حيث أن تكملة الثمن يحمل معه الفوائد ،من يوم المطالبة القضائية،وهذا وفقا لنص المادة 1682 ق م ف.[6]

إضافة إلى دعوى تكملة الثمن يمكن للبائع طلب الفسخ وهذا طبقا للمادة 1674 ق م ف[7]،أما المشرع الجزائري لم ينص على رفع المشتري لرفع دعوى الفسخ ،لكن هذا لا يمنعه أن يرفعها على

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،العقود الواردة على الملكية، البيع والمقايضة،الجزء الرابع،دار إحياء التراث العربي،بيروت ،دون ذكر السنة والطبعة،ص 398.

[2] سي يوسف زاهية،الوجيز في عقد البيع،المرجع السابق،ص 123.

[3] إن دعوى تكملة الثمن هي دعوى شخصية وليست عينية،فإن هذه الدعوى ترفع للمطالبة بحق شخصي أي دين ومفهومه يتسع باتساع رقعته،فهنا لا يتم المطالبة بحق عيني كحق الملكية أو حق انتفاع...

[4] حق امتياز البائع على العقار نصت عليه المادة 999 ق م.

[5] L'article 1675CCF énonce:« Pour savoir s'il y a lésion de plus de sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble suivant son état et sa valeur au moment de la vente» .

[6] L'article1682 CCF énonce:« Si l'acquéreur préfère garder la chose en fournissant le supplément réglé par l'article précédent, il doit l'intérêt du supplément, du jour de la demande en rescision »,

[7] L'article 1674 CCF énonce« Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.»

أساس المادة 119 ق م وذلك لعدم تنفيذ المشتري بالتزاماته وذلك بدفع ثمن المبيع ،وتتقادم هذه الدعوى إذا لم ترفع خلال 15 سنة من يوم انعقاد البيع طبقا للقواعد العامة.[1]

وللفسخ أثر رجعي،هو عودة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها وهو رد المبيع والثمن دون فوائد،أما وفقا للقانون الفرنسي فإنه يتم إرجاع ال مبيع مع الثمار التي أنتجت من يوم المطالبة، وذلك وفقا لنص المادة 1682 ق م ف.[2]

وباعتبار أن دعوى البائع ضد المشتري بفسخ العقد ترتكز على حق شخصي وهو حق البائع في طلب الفسخ لعدم تنفيذ المشتري لالتزاماته بدفع كامل الثمن،وعلى حق عيني هو حق البائع في أن يسترد العقار الذي يعود إلى ملكيته نتيجة الفسخ ،وبالتالي يجوز رفعها أمام محكمة موطن المدعى عليه باعتبارها دعوى شخصية أو أمام محكمة موقع العقار باعتبارها دعوى عقارية–عينية– [3]،ويكون للمدعي الخيار باعتبارها دعوى مختلطة [4]،على عكس دعوى تكملة الثمن ،فإن دعوى فسخ عقد البيع العقاري تخضع لشهر عريضة افتتاح الدعوى في المحافظة العقارية طبقا للمادة 85 من المرسوم رقم76–63 سالف الذكر. [5]

---

[1] طبقا للمادة 308 ق م.

[2] l article 1682/ 2 CCF énonce :« S'il préfère la rendre et recevoir le prix, il rend les fruits du jour de la demande ».

[3] حمدي باشا،ليلى زروقي،المنازعات العقارية،المرجع السابق،ص 231.

[4] الدعوى المختلطة،هي دعوى تستند إلى طلبين الأول عيني والثاني شخصي يترتبان عن عملية قانونية واحدة فمثلا مشتري عقار يتمتع بموجب عقد البيع الناقل للملكية حقا عينيا على العقار وحقا شخصيا يتمثل في الالتزام بتسليم العقار ولتنفيذ العقد يتمتع المشتري بدعوى مختلطة على الحقين اللذين يتمتع بهما:عبد السلام ديب،المرجع السابق، ص 56.

[5] وقد ذهب البعض إلى اشتراط إشهار دعوى تكملة الثمن بالمحافظة العقارية تحت طائلة عدم قبول الدعوى طبقا للمادة 85 من المرسوم 76–63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري،ولكنه رأي غير سديد باعتبار هذه الدعوى لا تدخل ضمن الدعاوى المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر،والمذكورة على سبيل الحصر وهي دعاوى الفسخ والإلغاء والنقض والإبطال لحقوق تم شهرها سابقا،وبالتالي فإن هذه الدعاوى من طبيعتها التأثير على فحوى العقود والتصرفات المشهرة من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية المترتبة عنه،فهذا ليس من طبيعة دعوى تكملة الثمن,ومنه ليس هناك مبرر لشهرها بالمحافظة العقارية.

الفرع الثاني:الالتزام بنفقات البيع وتكاليفه

إضافة إلى التزام المشتري بدفع الثمن ،فقد أوجبت المادة 393 ق م على أن يتحمل نفقات وتكاليف أخرى،وتتمثل هذه النفقات في نفقات التسجيل والطابع ورسوم الإعلان العقاري وكذا مصاريف استخراج الشهادات العقارية التي طلبها المشتري من مصلحة الحفظ العقاري، ومصاريف تحرير العقد لدى الموثق ،ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك ،ويبرر تلقي عبء تحمل هذه النفقات على المشتري،على أساس أنه يعتبر المستفيد الوحيد من هذا العقد.[1]

أما بالنسبة لنفقات تطهير العقار من الرهون المقيدة عليه، فالرأي الراجح يجعل عبء تحملها على البائع باعتباره ملزما بتمكين المشتري من الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة.[2]

تجدر الإشارة إلى أنه وعند الرجوع لنص المادة 91 من قانون التسجيل فإن هذه الرسوم يتحملها أطراف العقد ،المشتري والبائع بالتضامن و توزع بالتعادل بينها [3]،وبالتالي تخضع فرسم البيع والذي يقدر 5% [4] يوزع على الطرفين المتعاقدين بالتساوي ،بحيث يدفع البائع2,5‰ والمشتري يدفع 2,5%.إلا أن تحمل هذه المصاريف وتوزيعها لا يعتبر من النظام العام،إذ يجوز الاتفاق على ما يخالفها،وهذا الاتفاق يكون سابقا وليس لاحقا له،وذلك قبل إمضاء العقد ،ويمكن للموثق أن يشير إلى ذلك في صلب العقد تفاديا للجدل الذي يظهر في موقف حرج أمام أطراف العقد.

---

[1] خليل أحمد حسن قدادة،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري،عقد البيع،ديوان المطبوعات الجامعية، 2001،ص 202.

[2] خليل أحمد حسن قدادة،المرجع السابق،ص 202.

[3] تنص المادة 91 من قانون التسجيل على أنه:« يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون بالتضامن بين أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل ومنصف
غير أنه عندما يستفيد أحد طرفي العقد،المشتري أو البائع،من 'إعفا ء بموجب حكم من أحكام هذا القانون ،لا يتحمل إلا نصف حق الملكية الذي يتحمله الطرف الآخر.».

[4] هذا ما نصت عليه المادة 252 من قانون التسجيل والتي تنص:« تخضع لرسم قدره 5 بالمائة مع مراعاة الأحكام الواردة في المادتين 255 و258 أدناه،المزايدات والبيوع وإعادة البيوع والتنازلات وإعادة التنازلات والسحوب التي تمارس بعد انقضاء الآجال المتفق عليها بموجب عقود البيع مع حق استرداد البيوع وفاءا للالتزام وجميع العقود الأخرى المدنية والإدارية والقضائية التي تنقل الملكية أو حق الانتفاع بأملاك عقارية بمقابل مالي».

كما تجب الإشارة إلى أنه في البيوع التي تتم بالمزاد العلني،فإنه يتحمل الراسي عليه المزاد جميع المصاريف والرسوم المستحقة،وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 757 ا م ا.

كما تنص المادة 389 ق م على أنه:«يستحق المشتري انتفاع وإيراد الشيء المبيع كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع،هذا مل لم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان بخلاف ذلك».

وبهذا فالمشتري ومقابل تملكه ثمار المبيع ومنفعته من يوم انعقاد البيع،يتحمل تكاليف المبيع،من مصروفات حفظه واستغلاله،وبهذا فالبائع يرجع على المشتري بهذه التكاليف،ما لم يوجد هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك .أما تكاليف التسليم فيتحملها ففي القانون الفرنسي يتحملها البائع وهذا وفقا لنص المادة 1608 من ق م ف.[1]

المطلب الثاني:القيود الواردة على تملك المبيع والتصرف فيه من طرف المشتري

بإبرام عقد بيع العقار وتوافر جميع أركانه ،يرتب جميع آثاره القانونية كما رأينا سالفا من بينها نقل الملكية للمشتري وتسليمه المبيع،فمن شأن ذلك أن يمكن المشتري من حيازة المبيع وممارسة جميع السلطات التي يقرها له القانون باعتباره مالكا لهذا العقار المبيع وذلك باستعماله واستغلاله وكذا التصرف فيه،لكن يمكن أن ترد على مجموعة من القيود قانونية أو اتفاقية،فإذا ما تم استعمالها من شأنها أن تحد من ملكية المشتري لها العقار ،سواء من جميع سلطات الملكية أو فقط بعضها كسلطة التصرف.ويتمثل القيد القانوني في الحق في الشفعة ،فإذا ما تم استعماله فإنه يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن المبيع،أو قيود اتفاقية من شأنها أن تمنع المشتري من التصرف في ملكه وهو ما يسمى بالشرط المانع من التصرف،وكما يمكن أن يجد المشتري نفسه أمام هذا الشرط الذي من المفروض أن يكون إتفاقيا ولكن مدرج في العقد دون مناقشته كما سنرى،وكما يمكن أن يدرج شرط في العقد من شأنه أن يعطل نقل الملكية للمشتري لفترة معينة وبما يسمى شرط الاحتفاظ بالملكية,

[1] L article 1608 CCF énonce : « Les frais de la délivrance sont à la charge du vendeur, et ceux de l'enlèvement à la charge de l'acheteur, s'il n'y a eu stipulation contraire».

الفرع الأول:الشفعة كقيد قانوني يرد على حرية التملك

تعد الشفعة كقيد استثنائي على حرية التملك والتصرف والتعاقد،فبمقتضاها قد يجد المشتري نفسه مجبرا على التخلي عن العقار الذي اشتراه،أو يجد البائع نفسه طرفا في عقد مع شخص آخر غير البائع الذي باع له،وفي نفس الوقت يجد الشفيع نفسه في عقد لم يناقش بنوده ولا شروطه،ولم يشترك حتى في انعقاده.

يقوم نظام الشفعة على مكنة يستطيع بها الشفيع أخذ العقار المبيع رغما عن البائع والمشتري أو أيهما،وذلك باستصدار حكم قضائي بالحلول محل المشتري رغما عنه،إن لم يسلم له الأمر رضاءا.

وبهذا نتناول بالدراسة في هذا الفرع مفهوم الشفعة والحكمة التشريعية منها في **البند الأول**،أما **في البند الثاني** نتطرق إلى شروط الأخذ بالشفعة وفي **البند الثالث** إجراءات ممارسة الحق في الشفعة.

البند الأول:مفهوم الشفعة والحكمة التشريعية منها:

نبين في هذا البند مفهوم الشفعة وطبيعتها القانونية ومن ثم الحكمة التشريعية منها.

أولا-مفهوم الشفعة وطبيعتها القانونية:

قد عرف المشرع الشفعة وذلك في نص المادة 794 ق م على أنها:« الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية».

من خلال هذه المادة نلاحظ أن المشرع اعتبر الشفعة رخصة وليس حق ،تخول للشفيع الحلول محل المشتري في بيع العقار،وهذا الحلول يكون في كافة حقوق المشتري والتزاماته الناشئة عن عقد البيع والمترتبة عنه،وبالتالي تؤدي إلى اكتساب ملكية العقار أو الحق العيني جبرا بحكم القانون على البائع وكذا المشتري.[1]

[1] وهو نفس ما أخذ به المشرع المصري في نص المادة 945 ق م م.

على عكس ما أخذت به بعض التشريعات حيث اعتبرت الشفعة حق[1]،على الرغم من أن هناك فرق بين الرخصة والحق،فالرخصة هي إباحة استعمال الحريات العامة كحرية العمل والتعاقد والتملك والتنقل،فحرية التملك رخصة أما الملكية في حد ذاتها فهي حق،بالإضافة إلى أن الحق ممتاز بالنسبة الآخرين،حيث بموجبه يستأثر الشخص بمضمون الحق دون سائر الناس ،بينما الحريات والرخص العامة لا تفاوت فيها بين مراكز الأشخاص ،بل هي تفترض وجود أشخاص في مركز واحد من حيث التمتع بالاستعمال[2]،كما أن الحق ينشأ ويقوم بناءا على سبب معين بذاته،أما الحريات أو الرخص فسببها الإذن العام من المشرع،ويمكن ضرب مثال على ذلك: أن شخصاً رأى داراً فأعجبته ورغب بشرائها فهو قبل أن يصدر له إيجـــاب البائع بالبيع كان له حق التملك عامة في الدار وفي غيرها وهذه رخصة، وبعد أن يصدر منـــه قبول بشراء الدار صارت له ملكية الدار وهذا حق ،ولكنه قبل القبول وبعد الإيجاب فـــي منزلـــة وسطى بين الرخصة والحق، فهو ليس مجرد رخصة فحسب في تملك الدار كغيرها من الأعيان التي لا يملكها ولم يبلغ أن يصبح صاحب الملك، بل هو بين الأمرين في مرحلة وسطى له أكثر من رخصة وأقل من حق.[3]

وبهذا فللشفعة ليست بحق مع أنها لا تتفق مع صفات الرخصة قانونا،هي بمثابة خيار للغير يمكن أن يستعمله في تملك العقار كله أو بعضه،والشفيع ليس له حق التملك وإنما له أن يتملك إذا عبر عن إرادته بالأخذ بالشفعة.

ويترتب على اعتبار الشفعة رخصة وليست حق،على أنها لصيقة بشخصية الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجـــوار أو المشـــاركة فـــي عقاره الذي يشفع به ،ومن ثم يقع باطلاً تعامله في هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنهـــا إلى الغير.[4]

---

[1] ومنها منها المشرع اللبناني مثلا ،وذلك في المادة 238 ملكية عقارية لبناني على أن:« الشفعة حق يجيز لصاحبه أن ينتزع العقار المبيع من المشتري».

[2] منصور فؤاد عبد الرحمن مساد ،الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية،دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص،جامعة النجاح الوطنية نابلس،فلسطين،كلية الدراسات العليا،2008،ص 06.

[3] عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية ،الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي،بيروت،دون ذكر الطبعة والسنة،ص449.

[4] وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض المصرية على أنه:« أنه لما كانت الشفعة قيـــداً علـــى حريـــة التعاقد ورخصة لصيقة بشخصية الشفيع ليدفع بها عن نفسه مضار الجـــوار أو المشـــاركة فـــي عقاره الذي يشفع به ومن ثم يقع باطلاً

بالإضافة إلى ذلك فإنه لا يمكن لدائني الشفيع المطالبة بالشفعة بطريق الدعوى غير المباشرة التي يقيمها باسم مدينه، وطالما أن الشفعة لصيقة بشخص الشفيع كان مؤدى ذلـــك أنهـــا لا تنتقـــل بـــالميراث باعتبارها خياراً ،والخيارات المتعلقة بالمشيئة لا تنتقل بالميراث،لكن يمكن الإشارة إلى أن المشرع المصري قد قرر انتقالها بالميراث وذلك إذا كان المورث قد أعلن رغبته في الأخذ بها،وكذلك المشرع الأردني ما لم يكن المورث قد أسقطها [1] ،حيث أنه يمكن للمشتري أن يواجه الورثة بكافة الدفوع التي كان من الممكن أن يواجه بها المورث.

وعلى هذا النحو فالشفعة ليست بحق عيني ولا بحق شخصي، وهي طريقة من طرق كسب الملكية والحقوق العينية،كالعقود والميراث ،ولا يتصور أن السبب المكسب للحق العيني يسمى حقا عينيا[2].كما أنه يجوز التنازل عن الأخذ بالشفعة لأنها إرادة وخيار ومشيئة، وللشفيع بعد بيع العقار أن يسقط حقه ،ويجوز له تبعا لذلك النزول عن الشفعة ولو بعد البيع.

ثانيا-الحكمة التشريعية من الشفعة:

إن الشفعة مصدر مركب يمس بحرية التعاقد وحق التصرف وحقوق المشترين،وحق الملكية على السواء بما يعنيه من إحلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره ،وبما ينتهي إليه من أخذ الشفيع العقار المبيع جبرا على المشتري. ورغم ما أتت به الشفعة على خلاف الأصل والقياس فإنها شرعت من أجل دفع ضرر الشركة أو الجوار،وكذا الحيلولة دون تجزئة العقار إلى أجزاء صغيرة وتقسيمه.

والمشرع قد استرشد باعتبارات لإثبات صفة الشفيع وتحديد الأشخاص الذين لهم حق الشفعة في نص المادة 795 ق م ، وفي نصوص قانونية أخرى ومنها على أن:

- الشفعة شرعت للمحافظة على وحدة وتماسك عناصر الملكية،ويصبح صاحب الحق فيها مالكا للأرض ملكية تامة ،وهو ما يرجع بالفائدة على مالك الرقبة إذا بيع حق الانتفاع المصاحب لها

تعامله في هذه الرخصة أو حوالته إياها أو تنازله عنهـــا إلى غيره لزوال العلة منها في هذه الأحوال التي تأباها طبيعة الشفعة ذاتها»:مشار إليه:منصور فؤاد عبد الرحمن مساد،المرجع السابق،ص 14.

[1] نفس المرجع،ص 15.

[2] نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص 353.

،كما يعود بالفائدة على حق الانتفاع عن التصرف في ملكية الرقبة للغير [1] ،فيتدخل الشفيع ويحل محل المشتري الأجنبي وهنا تصح الملكية بأكملها في يد شخص واحد وتجتمع في يد المالك جميع السلطات من انتفاع واستعمال وتصرف.

-كما شرعت من أجل درء ضرر الشريك بدخول الأجنبي في الشيوع ،عند شراءه نصيب أحد الشركاء على الشيوع،أو من أجل انفراده بكل العقار،نظرا لما تفرزه هذه الشراكة من أضرار ،لهذا أجاز القانون الحلول محل المشتري الأجنبي عند شراء جزء من العقار الشائع.

-منع مضايقات الجوار [2]بحيث تثبت صفة الشفيع لجار المالك لمنع المضايقات التي يتوقع حدوثها بسبب الجار الجديد،فهو شخص جديد على الجيران لا تؤمن عواقبه،والجار هنا الذي تثبت له صفة الشفيع هو الجار الملاصق والمتصل في ملكيته بذلك الجار الراغب في بيع عقاره.[3]

البند الثاني:شروط الأخذ بالشفعة

لمعرفة شروط ا لأخذ بالشفعة،لابد من معرفة شروط التصرف المشفوع فيه،وكذا معرفة من تثبت له صفة الشفيع.

أولا-شروط التصرف المشفوع فيه:

إن الشفعة لا ترد إلا في عقد بيع العقار [4] دون المنقول، وهذا حسب ما جاء في المادة 794 ق م سالفة الذكر، ومنه لا ترد الشفعة في التصرفات والعقود الأخرى كعقد الهبة والوصية وكذا القسمة

---

[1] أحمد دغيش،حق الشفعة في التشريع الجزائري،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون،تخصص القانون الخاص،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2007-2008،ص 81.

[2] أحمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري ،المرجع السابق،ص 77.

[3] تجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يأخذ في القانون المدني بشفعة الجوار ،إلا أنه نص عليها في قانون التوجيه العقاري ولكن في حالات جزئية ولم يفصل فيها.

[4] وهنا العقار الذي يخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها ومنها الأبنية والأغراس،أما العقارات بالتخصيص سواء كانت مثبتة بالعقار كالأبواب والنوافذ ومواسير المياه والأسلاك،أو عير مثبتة بها كالمواشي و ماكينة الري، فلا تجوز فيها الشفعة إلا إذا بيعت تبعا للعقار المتصلة به،أما إذا بيعت مستقلة عنه،فتعتبر في حكم المنقول ولا شفعة فيها،كأن قام

وغيرها وعقد الإيجار ،هذا الأخير على عكس المشرع الفرنسي الذي أعطى هذا الحق للمستـــأجر،بموجبه يمكن للمالك الذي يريد أن يبيع سكنه الذي هو محل إيجار أن يقترح البيع لمستأجره بالأولوية[1]،حيث أن حق الشفعة هنا جاءت من أجل حماية المستأجر في حالة بيع السكن الذي يشغله،وتطبق على المحلات ذات الاستعمال السكني،والسكنات ذات الاستعمال المختلط،السكني والمهني.[2]

أما المشرع الجزائري فقد نص على حق المستأجر في الشفعة وذلك في المادة 23 من المرسوم رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى ،وذلك في حالة بيع الشخص المعنوي للمسكن الذي يشغله المؤجر[3]،فهذا النص كرس نوعا جديدا من الشفعاء وهو المستأجر لجزء من البناية التي يملكها شخص معنوي،وذلك خروجا عن القواعد العامة، وبإلغاء هذا المرسوم لم يعد هناك حق الشفعة بالنسبة للمستأجر.

ومنه إذا كانت الشفعة لا تجوز إلا في عقد البيع العقاري ،إلا أنه هناك بيوع ا بالرغم من توافرها على كل الشروط القانونية وعلى الرغم من صحتها لا يجوز الاستشفاع عن طريقها.

1-البيوع العقارية الجائز فيها الشفعة:

إن الشفعة تجوز في البيع الصحيح الذي توافرت جميع أركانه من رضا ومحل وسبب وشكلية تحت طائلة البطلان المطلق،لكن إذا تخلف شرط من شروط صحتها كعيوب الإرادة من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ،أو في حالة نقص أهلية المتصرف فهنا يصبح العقد قابلا للإبطال لكن تجوز

المشتري بنزع المنقول من العقار فهنا يعود إلى سيرته الأولى فيصير منقولا بطبيعته،فهذا الأخير يأخذ حكمه المجموع من المال الشائع فهو يخضع للاسترداد وليس للشفعة.

[1] Notaires de Paris Ile-de-France,l acte de vente, op.cit, p 03.

[2] R.Rainfray et N. Giraud, Le droit de préemption et le congé pour vente, Publié le 07 avril 2015,sur le cite : http://www.pap.fr/conseils.: تم الدخول إلى الموقع بتاريخ 10-09-2018.

[3] تنص المادة 23 من المرسوم رقم 93-03 على أنه:«إذا قرر شخص معنوي مؤجر البناية التي يملكها أجزاء،يستفيد الشاغل القانوني من البيع من حق الشفعة لشرائه.....».

الشفعة فيه لأنه عقد له وجود قانوني ،وعقد قائم ومنتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله [1] ،وبالتالي لا مانع من جواز الشفعة فيه.

كذلك تجوز الشفعة في حالة بيع ملك الغير ،باعتباره قابل للإبطال لمصلحة المالك طبقا للمادة 397 ق م،فهنا في هذا البيع القابل للإبطال تثبت الملكية للشفيع ويظل مالكا إذا تم إجازة البيع ،أما إذا لم تتم إجازته وأبطل البيع يزول بأثر رجعي وأعتبر كأنه لم يكن، والشفيع عندما يشفع في البيع القابل للإبطال يجب عليه احترام المواعيد التي تحسب منذ إبرام عقد البيع القابل للإبطال.[2]

2- البيوع العقارية غير الجائز فيها الشفعة:

هناك بيوع عقارية لا تجوز فيها الشفعة بسبب طبيعتها،أو بنص المشرع .

أ-البيوع العقارية التي لا تجوز فيها الشفعة بسبب طبيعتها :

إن الأخذ بالشفعة يتم في العقد البيع الصحيح من الناحية القانونية،والتي توافرت أركانه كما أشرنا سابقا والذي له وجود قانوني ،وإلا كان العقد باطل بطلانا مطلقا ،وهذا البطلان من النظام العام،ومنه فلا يجوز الاستشفاع فيها لأنها في حكم العدم.

كما يتم الأخذ بالشفعة في البيع الحقيقي وليس في البيع الصوري ،ويتحقق هذا الأخير عندما يتم إخفاء حقيقة ما تم التعاقد عليه تحت ستار أو مظهر كاذب ، كأن يتفق أطراف العقد على إبرام عقد معين في صورة عقد آخر ،كعقد هبة في صورة عقد بيع ،والعقد الحقيقي هو عقد هبة وما البيع إلا ساتر لهذا الأخير فلا تجوز فيه الشفعة،على العكس لو كان البيع هو التصرف الحقيقي الذي قصده المتعاقدان،فلابد على الشفيع أن يثبت صورية العقد بكافة الوسائل.

كما لا تجوز الشفعة في الوعد بالبيع العقاري لأنه ليس ببيع نهائي بل هو مجرد وعد بالتعاقد.

---

[1] أحمد دغيش،الحق في الشفعة في التشريع الجزائري،المرجع السابق،ص 121.

[2] نفس المرجع،ص 122.

ب-البيوع العقارية التي لا تجوز فيها الشفعة بنص قانوني :

قد نص المشرع على مجموعة من البيوع لا يجوز الاستشفاع فيها على الرغم من صحتها،وذلك لعدة اعتبارات وهي:

ب-1-البيع بالمزاد العلني وفقا لإجراءات رسمها القانون:

إن الشفعة لا ترد على العقار المبيع إذا تم البيع بالمزاد العلني،مع إتباع إجراءات نص عليها القانون وهو ما نصت عليه المادة 1/798 ق م،والبيع بالمزاد العلني كما رأينا سالفا سواء كان البيع جبريللعقار أو في حالة البيع بإذن من القاضي أو حتى بيع أملاك الدولة الخاصة بالمزاد العلني في إطار القانون رقم 90-30 المعدل والمتمم.

والحكمة من استثناء أسلوب هذا البيع،هو أن طبيعة هذا البيع تسمح للشفيع ولغيره من دخول المزاد،ولا يمنعه من تملك هذا العقار بشرائه من المزاد،لكن لا يعطيه الأولوية والأفضلية أي لا يستعمل رخصة الشفعة،وكذلك أن هذا البيع قد أحيطت به إجراءات معينة لتسمح ببيع العقار بأكبر ثمن ممكن،فمنع الشفعة هنا يهيئ هذه الفرصة ويدعمها،ويجعل كل من يرغب في ذلك العقار التقدم للمزايدة.

ب-2-البيع بين الأصول والفروع:

لقد نص المشرع في المادة 798/ 2 ق م على أنه لا تجوز الشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع،والأصول والفروع يجمعهم عمود النسب ،الذي يبدأ بالأصل مهما علا وينتهي بالفرع مهما نزل،فإن العمود يبدأ بالجد فكل من نزل منه يعتبر فرعا كالأب أو الابن وابن الابن [1].إذا باع الأب أو الأم عقاره لابنه أو لابنته أو لابن ابنه أو لابن ابنته أو لبنت ابنته أو لبنت ابنه مهما نزل الفرع دون التقيد بالدرجة فلا تجوز فيه الشفعة هنا،كما لا تجوز لو باع الابن لأبيه أو لأمه أو لأبي أبيه أو لأم أبيه أو لأبي أمه أو لأمي أمه مهما علا الأصل دون التقيد بالدرجة.

[1] أنور طلبة، الشفعة والتحايل لإسقاطها، المرجع السابق، ص202.

ب-3-البيع بين الزوجين وبين الأقارب والأصهار:

إن هذا البيع هنا يقوم على اعتبارات شخصية في شخص المشتري ،بحيث لا يجوز أن ينتزع العقار بالشفعة باعتبار أن المشتري والبائع تربطهما علاقة قرابة أو مصاهرة أو زوجية وفق الدرجة التي حددها المشرع.

ومن خلال المادة 2/798 ق م لا يجوز الأخذ بالشفعة كذلك إذا وقع البي ع كذلك بين الزوجين،ويجب أن تكون علاقة الزوجية قائمة وقت إبرام البيع.[1]

كما لا تجوز الشفعة بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة،و يقصد بالأقارب قرابة الحواشي وهي الرابطة التي تربط مجموعة من الأشخاص يجمعهم أصل واحد لكن دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر،وهذا ما جاءت به المادة 33 فقرة 2 من القانون المدني في تعريفها لقرابة الحواشي .

وفي حساب درجة الحواشي فقد نصت المادة 34 ق م بقولها:«يراعى في ترتيب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل واعدا الأصل،عند ترتيب درجة الحواشي تعد الدرجات صعودا من الفرع للأصل المشترك ثم نزولا منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة».

ومن هنا فإن البيع مثلا الصادر من الأخ لأخيه أو أخته بيعا لا تجوز فيه الشفعة باعتبار أن الأخ إلى أخيه يعتبر في الدرجة الثانية،حيث أن الأصل المشترك بينهما هو الأب ويحسب الأخ درجة ونصعد إلى الأب الذي هو الأصل فلا يحسب ثم ننزل من الأب إلى الأخ الآخر ويحسب درجة ثانية وهكذا ،كذلك إذا صدر البيع من العم إلى ابن أخيه أو أخته وهنا قرابة من الدرجة الثالثة باعتبار أن الجد هو الأصل المشترك بينهما ،يحسب العم درجة فنصعد إلى الجد ولا يحسب ثم ننزل إلى منه إلى ابن الأخ بدرجتين الدرجة الأولى هي درجة الأخ ثم درجة ابنه وهي الدرجة الثانية ،ويكون مجموع الدرجات ثلاث وبالتالي فهذا البيع لا تجوز فيه الشفعة.

[1] نفس المرجع،ص 204.

أما البيع بين الأصهار من الدرجة الثانية فقد تضمنته المادة 789 ق م،وسبب المنع من الشفعة هو أن الصهر وإن لم يدخل في معنى القريب ولكنه يلحق به حكما،وصلته لا تقل عن صلة القريب.

والقانون يمنع الأخذ بالشفعة بين الأصهار من الدرجة الثانية ب خلاف المصاهرة من الدرجة الثالثة،وكيفية حساب المصاهرة نرجع إلى المادة 35 ق م التي تنص:«يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة للزوج الآخر»،ومن فإن كل من ابن الزوجة وأبيها وأمها يعتبر كل منهما بالنسبة لها من الدرجة الأولى،وبالتالي يكونوا كذلك بالنسبة للزوج في نفس الدرجة،ويعتبر ابن الزوج وأمه وأبيه في الدرجة الأولى بالنسبة للزوج،وبالتالي تطبيقا للنص السابق يعتبروا كذلك من نفس الدرجة بالنسبة للزوجة،وتطبيقا لذلك فإن البيع الصادر من أبي الزوجة أو من أمها أو من ابنها للزوج، فإنه يعتبر بيع بين الأصهار من الدرجة الأولى.

ونفس السابق يسري كذلك على إخوة الزوج أو إخوة الزوجة،حيث يعتبر كل من أخ الزوجة أو أختها من الدرجة الثانية إليها ومنه يعتبران من نفس الدرجة للزوج،ونفس الشيء لإخوة الزوج،وعليه أي بيع واقع بين هؤلاء الأصهار من الدرجة الثانية لا تجوز فيه الشفعة.

ب-4-بيع العقار ليكون محل عبادة أو يلحق بها:

لقد نص المشرع في نص المادة 3/798 م على عدم جواز الأخذ بالشفعة إذا بيع العقار ليكون محلا للعبادة أو يلحق بها ،وتجدر الإشارة إلى أن العبادة التي قصدها بمفهوم موسع مهما كانت مادام يقرها الإسلام ويحترمها ،كبيع عقار لبناء مسجد للمسلمين أو بناء كنيسة للمسيحين أو معبد لليهود، فمثل هذا البيع لا يؤخذ فيه بالشفعة حتى لا يضيع على المشتري الهدف الديني الذي ابتغاه من الشراء[1]،وهو بناء مكان للعبادة وإقامة الشعائر الدينية.[2]

[1] محمد شتا أبو سعد،المرجع السابق،ص 75.

[2] أما إذا كان بيع العقار من أجل أن يكون محل عبادة لبناء لا يقرها الإسلام ،فهنا يجوز الأخذ بالشفعة فيه.

ثانيا–شرط توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء:

إن ممارسة الشفعة يثبت لمجوعة من الأشخاص الطبيعية أو المعنوية ،إذا توافرت فيهم الشروط التي حددها القانون ،سواء تلك الواردة في القانون المدني وهي ما يسمى بالشفعة المدنية أو في قوانين أخرى منها قانون التوجيه العقاري ،وقوانين مختلفة حيث تمارسها أشخاص معنوية وهي ما يسمى بالشفعة الإدارية.

لكن التساؤل الذي يطرح في حالة تعدد الشفعاء على العقار المشفوع فيه،كيف يتم تحديد من له الأولوية في أخذها ،وكيف يتم توزيع العقار المشفوع فيه ؟

1–شرط توافر صفة الشفيع:

الشفيع هو من يحل محل المشتري في بيع العقار،وبهذا نتناول بالدراسة من هم الأشخاص الذين تتوافر فيه صفة الشفيع سواء في القانون المدني أو في قوانين أخرى.

أ–الأشخاص الذين تثبت لهم الشفعة في القانون المدني:

يثبت الحق في الشفعة وفقا لما ورد في نص المادة 795 ق م للأشخاص التالية:

أ–1– مالك الرقبة:

إن مالك العقار قد يتصرف في حق الانتفاع،وبالتالي يكون قد فصل رقبة العقار كتلة واحدة عن باقي الأجزاء الأخرى المكونة لهذا العقار ومن ذلك حق الانتفاع والاستعمال،والمالك بتصرفه في حق الانتفاع بالبيع والتنازل يعد مالكا لرقبة العقار دون ذلك من الأجزاء الأخرى.

بالنسبة لشفعة مالك الرقبة،فتثبت له إذا تصرف صاحب الانتفاع المرتب على هذا العقار ببيعه كلية أو جزءا لشخص مالك الرقبة،وهذا حسب ما جاء في المادة 2/795 ق م بنصها: «يثبت حق الشفعة وذلك مع مراعاة الأحكام التي نص عليها الأمر المتعلق بالثورة الزراعية:لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة».

ومن هنا فمالك الرقبة ببيعه لحق الانتفاع لشخص آخر يحل محله في هذا الحق أجاز القانون له باعتباره المالك الحقيقي أن يشفع في حق الانتفاع المبيع ،ويأخذه من المشتري رغما عن إرادته[1]،ويصبح العقار مملوكا له ملكية تامة بعد أن ضم حق الانتفاع للرقبة،وبالتالي تجمعت في يد المالك جميع السلطات.

والمشرع بتقريره شفعة مالك الرقبة في بيع حق الانتفاع لحكمة توخاها هي جمع شتات الملكية برد حق الانتفاع إلى مالك الرقبة.[2]

أ-2-الشريك على الشيوع:

ماهو مقرر وفقا للمادة 731 ق م،أنه إذا ملك شخصان أو أكثر شيئا وكانت حصة كل واحد منهم فيه غير مفرزة فهم شركاء على الشيوع ،وتبعا لذلك تعتبر الملكية شائعة هي التي يمتلك فيها الشركاء حصصا غير مفرزة كالورثة في الشيوع قبل القسمة [3] أو شريك في الشيوع بموجب الشراء ودخوله مع الشركاء[4]،و في الملكية الشائعة من حق الشريك على الشيوع التصرف في حصته بالبيع أو غير ذلك،فإذا تصرف فيها لأجنبي فهنا للشريك الآخر على الشيوع أخذ العقار بالشفعة،وهذا الحق مستمد من المادة 795 ق م بنصها : «يثبت حق الشفعة.....للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى الأجنبي.».

إن شفعة الشريك على العقار الشائع تقررت من أجل إبعاد الأجنبي من اقتحام نطاق الملكية الشائعة،ومنع الاختلاط بهم،بالإضافة إلى اعتبارات أخرى.

---

[1] إن المشرع بتقريره بيع حق الانتفاع والتنازل عنه يكون قد خالف الشريعة الإسلامية في ذلك ،لأن البيع في الفقه الإسلامي لا يكون إلا في الأعيان دون المنافع وكذلك الحال بالنسبة لحق الاستعمال والسكن فليس محلا للبيع،بخلاف القانون الذي يجيز ذلك:أحمد دغيش،حق الشفعة في التشريع الجزائري،المرجع السابق،ص 201.

[2] أنور طلبة ، نفاذ وانحلال البيع ،المرجع السابق،ص18.

[3] ليلى زروقي،جمدي باشا،المنازعات العقارية،المرجع السابق،ص 13.

[4] بالنسبة للشريك في الشيوع دخل في الشيوع بموجب الشراء والشريك في الشيوع دخل بموجب الإرث فإنهما يستويان في نفس المرتبة ولا أفضلية لأحدهما على الآخر في التمسك بالشفعة،وبالتالي لا يؤثر سبب الشيوع على ترتيب الشفعاء.

وشفعة الشريك على الشيوع تكون في حالة كونه شريكا للعقار مملوكا ملكية تامة أو حينما يكون شريكا لملكية الرقبة،أو شريكا في حق الانتفاع الوارد على العقار،غير أنه إذا تم فرز نصيب الشريك الذي يطلب الشفعة بموجب قسمة نهائية فلا يحق له طلب الشفعة.[1]

أ-3-صاحب حق الانتفاع:

إن حق الانتفاع أحد عنصري حق الملكية المكون من حقي الرقبة والانتفاع،وهو حق عيني متفرع عن الملكية،وكما قلنا سابقا يمكن لمالك العقار أن يتنازل عن حق الانتفاع لشخص آخر وبالتالي يكون قد فصل حق الرقبة وحق الانتفاع،كما أنه يمكن لمالك الرقبة أخذ العقار بالشفعة إذا بيع حق الانتفاع،فهنا كذلك يمكن لصاحب حق الانتفاع [2] أخذ العقار بالشفعة إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها،وهذا الحق في المرتبة الرابعة بالنسبة للشفعة إجمالا،وهذا ماجاء في المادة الفقرة 3:«لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها».

ب-الأشخاص الذين تثبت لهم الشفعة في قوانين متفرقة:

قد تم النص على الشفعة في قانون التوجيه العقاري [3] وفي قوانين أخرى،و تسمى هذه الشفعة بالشفعة الإدارية أو شفعة الأشخاص المعنوية-الدولة وجماعاتها المحلية- ،وهي رخصة تجيز للدولة والجماعات المحلية الحلول محل المشتري المحتمل في عملية البيع المنصبة على الأراضي الفلاحية أو العمرانية ،بواسطة هيئات خاصة حددها القانون وهي الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بالنسبة للعقار الفلاحي،أو الوكالات الولائية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين بالنسبة للأراضي العمرانية.

---

[1] هذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار لها رقم 49838 مؤرخ في 31-05-2000،م ا ق،غ ع،الجزء الأول،2004،ص 240.

[2] حصر المشرع الحق في الشفعة لصاحب حق الانتفاع دون صاحب الحق في السكنى والاستعمال رغم اعتبارهما من الحقوق المتفرعة عن الملكية مثلهما مثل حق الانتفاع:أنور طلبة،الشفعة والتحليل لإسقاطها،المكتبة القانونية، السنة 2004،دون ذكر الطبعة،ص19.

[3] إن الدولة بموجب قانون التوجيه العقاري ورفعها احتكارها على السوق العقارية وتقييد المعاملات العقارية،لا يعني أنها تقف محايدة إزاء تقلبات السوق وتطوراتها،بل بقيت لها مهمة التنظيم والتوجيه والمراقبة والتدخل،للمحافظة على شفافية السوق العقارية ومنع المضاربة فيها بأدوات منصوص عليها قانونا،ومنها الحق في الشفعة الإدارية،التي تسمح للدولة بحق الأولوية والتتبع على المعاملات المنصبة على الأراضي الفلاحية والأراضي العامرة والقابلة للتعمير.

بالتالي قد أضاف القانون إلى نص المادة 795 ق م أشخاص وهيئات أخرى لها الحق في الأخذ بالشفعة،ليوسع بذلك منها نظرا لأهداف قانونية وسعيا لتحقيق المصلحة العامة.

ب.1- الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع في قانون بالتوجيه العقاري:

بالنسبة للأشخاص الذين تثبت لهم ا لشفعة في القانون التوجيه العقاري ، نفرق بين ما إذا كانت الأرض فلاحية وما إذا كانت أراضي عامرة وقابلة للتعمير.

ب.1.1-الشفعة الواردة على الأراضي الفلاحية:

نفرق بين الشفعة كجزاء لعدم استغلال الأرض الفلاحية،وبين شفعة الجوار.

ب.1.1.1-الشفعة كجزاء لعدم استغلال الأرض الفلاحية:

لقد أعاد القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري النظر في مفهوم الملكية العقارية الفلاحية، وجاء بمبدأ جديد وهو الالتزام باستغلالها،نظرا للأهمية الاجتماعية والاقتصادية المنوطة بها[1]،وإلا يصل الأمر إلى تطبيق على المالك مجموعة من التدابير والإجراءات تصل إلى البيع وممارسة الحق في الشفعة. وتمارس الدولة هذا الحق عن طريق الديوان الوطني للأراضي ال فلاحية الذي يعتبر مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري مكلفة بالتنظيم العقاري. [2]

إن هذا النوع من الشفعة لا يعمد إليها إلا بعد استنفاذ جميع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادتين 51 و52 من قانون التوجيه العقاري.

---

[1] تنص المادة 48 من قانون التوجيه العقاري على أنه: « يشكل عدم استثمار الأراضي الفلاحية فعلا تعسفيا في استعمال الحق ،نظرا للأهمية الاقتصادية والوظيفية والاجتماعية المنوطة بهذه الأراضي.
وفي هذا الإطار يشكل الاستثمار الفعلي والمباشر أو غير المباشر واجبا على كل مالك حقوق عينية عقارية أو حائزها، وعلى كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس حيازة ذلك عموما.».

[2] هذا حسب المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 96-87 المؤرخ في 24-02-1996 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية والتي تنص على أنه:«يكلف الديوان في إطار مهامه على الخصوص بما يأتي:-يمارس حق الشفعة لامتلاك الأراضي الموضوعة للبيع بموجب المادة 52 من القانون رقم 90-25...»،ج ر،ع 15،المؤرخة في 28-02-1996.

حيث وفقا للمادة 51 من قانون التوجيه العقاري لابد من إثبات عدم استغلال الأرض الفلاحية[1] من طرف المستثمر ،وذلك عن طريق لجنة تسمى لجنة إثبات عدم استغلال الأرض الفلاحية،وتقوم هذه الأخيرة بتحرير محضر بذلك وترسل نسخة منه إلى وزير الفلاحة والوالي ،وتقوم بتوجيه إنذار للمالك أو الحائز باستغلال الأرض لمدة لا تفوق 06 أشهر وبعد ذلك يتم التحقق من الأمر ،وفي حالة عدم امتثاله تقوم بتوجيه إنذار ثاني وأخير وذلك باستغلال أرضه لمدة لا تفوق سنة،وفي حالة عدم الامتثال يتم إبلاغ الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لغرض تطبيق التدابير المنصوص عليها في المادة 51 من قانون التوجيه العقاري باعتبارها هيئة مكلفة بالتنظيم العقاري.

وفي حالة ما إذا كان عدم الاستغلال لأسباب قاهرة كمرض أو عجز مؤقت[2] ،فهنا توضع الأرض للاستغلال تحت نفقته ،لكن هنا المشرع لم يحدد مدة وضع الأرض حيز الاستثمار ،هل تستغرق موسم فلاحي واحد أم أكثر وهل تكون مؤقتة أم مؤبدة؟كما أنه لم يبين الكيفية القانونية التي توضع بها الأرض حيز الاستثمار،هل يتم منحها للفلاحين المجاورين أم يأخذ الديوان الوطني على عاتقه هذه المهمة وهو الحل الأنسب عمليا.كما يمكن عرض الأرض للإيجار،لفلاح له كفاءة في الميدان العملي وذلك متى ثبت وجود أسباب قوية منعت الحائز أو المالك من الاستثمار المباشر.

وبمفهوم المخالفة وفي غير الحالات التي يكون فيها المالك ولأسباب قاهرة عاجزا عجزا مؤقتا على استغلال الأرض المقصودة ،فهنا يعمد إلى إجراء البيع لكن بشرط ألا تكون الأرض خصبة جدا أو خصبة [3]،وفي هذا الإطار يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية أن تتقدم لشراء هذه الأراضي مع ممارسة حق الشفعة تبعا للرتبة المحددة في المادة 795 ق م.

كما نص المشرع على استعمال هذا الحق في إطار نص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري والتي نصت على :«تنجز المعاملات العقارية والتي تنصب على الأراضي الفلاحية في عقود

---

[1] فقد حددت المادة 49 من قانون التوجيه العقاري مفهوم الأرض غير المستغلة بنصها على مايلي:«تعد أــرضا غير مستثمرة في مفهوم هذا القانون كل أرض فلاحية تثبت بشهرة علانية أنها لم تستغل استغلالا فلاحيا فعليا مدة موسمين فلاحين متعاقبين على الأقل».

[2] وفقا للمادة 52 من قانون التوجيه العقاري.

[3] لأن الأراضي الخصبة أو متوسطة الخصوبة إذا ثبت عدم استغلالها من قبل المالك فهنا حتى ولو كان الاستغلال لأسباب قاهرة فاالديوان الوطني للأراضي الفلاحية يتكفل ببيعها جبرا عن مالكيها بالمزاد العلني فلا يمكنه هنا ممارسة الحق في الشفعة.

رسمية،ويجب ألا تلحق هذه المعاملات ضررا بقابلية الأرض للاستثمار،ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري وبرامجه،ويتم ذلك مع مراعاة المادة 36 أعلاه وممارسة حق الشفعة المنصوص عليها في المادة 52 أعلاه.».

وبالتالي فكل معاملة تمت خرقا لنص المادة 55 سالفة الذكر تعتبر باطلة بطلانا مطلقا وهذا بصريح المادة 56 من قانون التوجيه العقاري،كما تستعمل الدولة حق الشفعة عن طريق حلول الديوان الوطني محل مقتني العقار الفلاحي طبقا لنص المادة 52 سالفة الذكر.كما يمكن استعمال ما نصت عليه المادة 56 وهو نقل ملكية المعاملة الباطلة خرقا للمادة 55 إلى الديوان الوطني مقابل ثمن عادل،وبالتالي يطرح التساؤل هنا ما طبيعة هذا الإجراء الأخير هل يعتبر شفعة ولو كان ذلك لأحال مباشرة إلى تطبيق نص المادة 52 أم هو إجراء نزع الملكية لكن لو كان ذلك لأحال كذلك إلى إجراءات نزع الملكية؟

ب.2.1.1-شفعة الجوار:

الجوار هو واقعة قانونية مادية تستلزم القرب والتلاصق بين العقار المبيع-المشفوع فيه- والعقار المملوك للشفيع-العقار المشفوع به-. [1]ويقصد بالتلاصق عدم وجود انفصال تام بين هذين العقارين بأن يفرق بينهما عقار آخر مستقل غير مملوك لأي من الشفيع والبائع[2]،كوجود أرض مملوكة للغير أو للدولة بين العقارين أو وجود طريق عام بينهما فلا يتحقق التلاصق بينهما،وإن ترك الجاران طريقا خاصا بين عقاريهما فإن هذا الطريق لا يحول دون توافر الجوار والتلاصق إذ يمتلك كل منهما نصفه شيوعا،فيتلاصق بذلك العقاران.[3]

وينتفي التلاصق بوجود أرض مملوكة للبائع لم يشملها البيع بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به،بشرط انتفاء التحايل على القانون الذي يتحقق عندما يترك البائع شريطا من الأرض لا يتضمنه البيع أو يهبه للمشتري منعا للشفعة.[4]

---

[1] أحمد دغيش،حق الشفعة في التشريع الجزائري،المرجع السابق،ص245.

[2] نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص 368.

[3] أنور طلبة،الشفعة والتحايل لإسقاطها،المرجع السابق،ص 43.

[4] نفس المرجع ،ص 44.

قد نص المشرع في قانون التوجيه العقاري في نص المادة 57 منه على شفعة الجوار في نطاق الأراضي الفلاحية دون باقي الأصناف الأخرى لكن لم يفصل فيها [1] ، وذلك بنصها على أنه:«يمتد حق الشفعة كما نصت عليه المادة 795 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المذكور أعلاه إلى المجاورين في إطار أحكام المادة 55 [2] أعلاه،وبغية تحسين الهيكل العقاري في المستثمرة».

بالتالي هذا النص أضاف نوع آخر من الشفعة إلى المادة 795 ق م ، ويمارس من طرف الملاك المجاورين للأراضي الفلاحية عند التعامل بها بالبيع ،والهدف هو تجميع الملكية العقارية الفلاحية،وتحسين الهيكل العقاري للمستثمرة، ومنع تجزئة وتفتيت الملكية العقارية الفلاحية ،فهذا النوع من الشفعة يمارس من طرف ا لملاك المجاورين للأرض الفلاحية المراد بيعها،حيث يأتي في آخر مرتبة بالنسبة للأشخاص الذين ذكرتهم المادة 795 ق م.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص الذي جاء به المشرع الجزائري جاء عاما ولم يأتي بشروط لتطبيق هذا النوع من الشفعة.

---

[1] لقد تطرق المشرع المصري إلى شفعة الجوار لكافة الأصناف العقارية ونص على شروطها وذلك في نص المادة 936 ق م م / ه على أنه:«يثبت الحق في الشفعة.....للجار المالك في الأحوال التالية:
-إذا كانت العقارات من المباني أو من الأراضي المعدة للبناء سواء أكانت في المدن أو القرى.
-إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة.
-إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوي من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.».
وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري يأخذ بها في القانون المدني ،لأنه صدر في وقت كانت الجزائر ذات نهج اشتراكي الذي يكرس الملكية الجماعية ويحدد الملكية الخاصة،فلو أخذ بها فإنه يعني ذلك الزيادة في الملكية عن الحد القانوني.

[2] تنص المادة 55 من قانون التوجيه العقاري على أنه:«تنجز المعاملات التي تنصب على الأراضي الفلاحية في شكل عقود رسمية ويجب ألا تلحق هذه المعاملات ضررا بقابلية الأراضي للاستثمار ولا تؤدي إلى تغيير وجهتها الفلاحية،ولا تتسبب في تكوين أراضي قد تتعارض بحجمها مع مقاييس التوجيه العقاري».

ب.2.1-الشفعة الواردة على الأراضي العامرة والقابلة للتعمير:

لقد كرس المشرع وبموجب المادة 71 من قانون التوجيه العقاري [1] للدولة والجماعات المحلية استعمال الحق في الشفعة ،وذلك على القطاع المعمر والقطاع القابل للتعمير طبقا للمادتين 20 و 21 من قانون التوجيه العقاري، بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية .

إن الدولة تمارس هذا الحق عن طريق الوكالات المحلية للتنظيم والتسيير العقاريين الحضريين وذلك بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المحدد لقواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاريين الحضريين المعدل والمتمم،وكذا بموجب المادة 73 من قانون التوجيه العقاري باعتباره هيئات مكلفة بتسيير المحفظة العقارية المحلية [2]،وذلك في المرتبة التي تسبق ماهو محدد في المادة 795 ق م.

وممارسة هذا الحق من طرف الوكالة الولائية للتنظيم والتسيير العقاري يكون بتوافر الشروط التالية:

-أن يكون هناك بيع لعقار بموجب عقد رسمي.

-أن يكون العقار في القطاع المعمر والقطاع القابل للتعمير والمحدد بموجب المخطط التوجيهي للتهيئة والتعمير.

-إتباع الإجراءات المنصوص عليها في القانون المدني من أجل استعمال الحق في الشفعة من قبل الوكالة الولائية للتنظيم والتسيير العقاريين.

---

[1] تنص المادة 71 من قانون التوجيه العقاري على أنه :«ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية ،وتطبق حق الشفعة المذكور مصالح وهيئات عمومية معنية تحدد عن طريق التنظيم ويمارس هذا الحق في المرت بةالتي تسبق ماهو محدد في المادة 795 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المذكور أعلاه.».

[2] تنص المادة 73 من قانون التوجيه العقاري على أنه:« تسير المحفظة العقارية التابعة للجماعات المحلية في إطار أحكام المادة 71 السابقة،هيئات التسيير والتنظيم العقاريين المتمايزة والمستقلة الموجودة أو التي ينبغي إنشاؤها وكل تصرف تباشره الجماعة المحلية مباشرة ولا يكون لفائدة شخصية عمومية يعد باطلا وعديم الأثر».

ب.2-الأشخاص الذين تثبت لهم صفة الشفيع في قوانين متفرقة:

بالإضافة إلى الشفعة المدنية والشفعة الواردة في قانون التوجيه العقاري،كذلك هناك شفعة أخرى أقرها الأمر رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم ،وكذا الشفعة الواردة على العقار السياحي في إطار القانون رقم 03-03 الذي يتعلق بمناطق التوسع السياحي والمناطق السياحية،والشفعة بموجب القانون رقم 10-03 المحدد لشروط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة.

ب.1.2-الأشخاص الذين تثبت لهم الشفعة في الأمر رقم 76-105 المتضمن قانون التسجيل:

إن هذا النوع من الشفعة كما رأينا سابقا تمارسه الدولة على كل أصناف الملكية العقارية، من أجل اكتساب أملاك عقارية لصالح خزينة الدولة وفقا لما يصطلح عليه بحق المزايدة بالعشر ،ويتحقق هذا النوع من الشفعة عندما لا يتم التصريح بالثمن الحقيقي للبيع المبرم بين المتعاقدين ،أو عندما يتم الثمن المصرح به لا يعبر عن قيمة العقار، من أجل التهرب عن دفع الرسوم لصالح الخزينة العامة.[1]

وبموجب المادة 38 مكرر 3 [2] من قانون الإجراءات الجبائية، بحق للدولة عن طريق إدارة الضرائب أن تدفع ثمن المبيع المصرح به أمام الموثق مزاد عليه نسبة العشر لذوي الحقوق ،وتأخذ هذا العقار محل المعاملة العقارية لصالح الخزينة العامة.

---

[1] إن هذا النص القانوني المتعلق بالشفعة لصالح الخزينة العامة بقيت جامدة إلى غاية 1994 أين نشرت المديرية العامة للضرائب إعلانا في الجرائد الوطنية جاء فيها على وجه التحديد: « لقد قررت الإدارة الجبائية تطبيق المادة 118 من قانون التسجيل....».

ثم جاءت تعليمة صادرة عن المديرية العامة للضرائب تحدد كيفيات تطبيق حق الشفعة المؤسس بموجب قانون التسجيل ووضعت معايير معينة وأيضا بينت الكيفيات الواجب اتباعها في هذا الصدد:حمدي باشا،نقل الملكية العقارية،المرجع السابق،ص 58.

[2] تنص المادة 38 مكرر 3 من قانون الإجراءات الجبائية على أنه : «تستطيع إدارة التسجيل أن تستعمل لصالح الحزينة حق الشفعة على العقارات أو الحقوق العقارية أو المحلات التجارية أو الزبائن أو حق الإيجار أو الاستفادة من وعد بالإيجار على العقار كله أو جزء منه، وكذا الأسهم في الشركة،الذي ترى فيه بأن ثمن البيع أو القيمة غير كاف،مع دفع هذا الثمن مزايد فيه العشر لذوي الحقوق وذلك فضلا عن الدعوى المرفوعة أمام اللجنة المنصوص عليها

ب.2.2- الأشخاص الذين تثبت لهم الشفعة بموجب القانون رقم 03-03 الذي يتعلق بمناطق التوسع السياحي والمناطق السياحية المعدل والمتمم:

إن العقار السياحي يضم مختلف الأوعية العقارية المخصصة لإنجاز مشاريع سياحية،فهو مرتبط بالنشاط السياحي ولهذا فله دور في تحقيق التنمية الاقتصادية، لهذا اقتضى الأمر إحداث جهاز هدفه المحافظة على العقار السياحي من المضاربة وتسييره ،وكذا وضع حد لتدهور هذا الرصيد الهام،وهذا الجهاز يسمى بالوكالة الوطنية للتنمية السياحية.

تعد هذه الهيئة مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري ،مهمتها تطوير النشاط السياحي ومن مهامها أيضا العمل على حيازة الأوعية العقارية لتوجيهها للاستثمار السياحي،وتستعمل في ذلك الحق في الشفعة المكفول لها قانونا على كل عقار أو بناء يقع في الجزء القابل للبناء لمنطقة التوسع السياحي[1]،كما هو محدد في مخطط التهيئة السياحية الموافق عليه والمنجز في إطار أهداف القانون رقم 03-03 ،والذي يكون موضوع تنازل بمقابل أو بدون مقابل،وهذا وفقا لنص المادة 21 من القانون رقم 03-03 سالف الذكر.

وتطبيقا لذلك صدر المرسوم رقم 06-385 المؤرخ في 28-10-2006 الذي يحدد كيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية[2]،حيث أنه وفقا لنص المادة 03 من نفس المرسوم،عندما يقرر مالك العقار أو البناء المنجز في إطار مخطط التهيئة السياحية بيع أملاكه،يتعين عليه تقديم تصريح مسبق للوزير المكلف بالسياحة،يعد طبقا لنموذج يحدد من بموجب قرار من الوزير المكلف بالسياحة ، ويقوم الوزير بعد إخطاره بإشعار الوكالة الوطنية للتنمية السياحية في أجل 15 يوما،قصد السماح لها بممارسة الحق في

في المواد من 38 مكرر2-أ إلى 38 مكرر 2-ه من هذا القانون وذلك من خلال أجل عام واحد إبتداءا من يوم تسجيل العقد ويبلغ قرار استعمال حق الشفعة إلى ذوي الحقوق إما بواسطة ورقة العون المنفذ لكتابة الضبط وإما بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام يوجهها مدير الضرائب بالولاية التي توجد في نطاقها الأموال المذكورة.....» .

[1] يتشكل العقار السياحي القابل للبناء من الأراضي المحددة لهذا الغرض في مخطط التهيئة السياحية،ويضم الأراضي التابعة للأملاك الوطنية والعمومية والخاصة،وتلك التابعة للخواص.

[2] ج ر، ع 70،المؤرخ في 05-11-2006.

الشفعة،وللوكالة أجل 03 أشهر إبتداءا من إشعارها من الوزير المكلف بالسياحة للفصل في مسألة اقتناء الأملاك العقارية طبقا لقانونها الأساسي.[1]

ووفقا من نص المادة 06 من المرسوم المذكور أعلاه،عندما تقرر الوكالة مباشرة حقها في ممارسة الشفعة،تقوم بإعلام الوزير مع تبرير ردها في الآجال المطلوبة،فبعد انقضاء هذا الأجل وفي حالة عدم الرد تعد كأنها قد تنازلت عن حقها في ممارسة الشفعة.ولكن في حالة ممارسة حقها في الشفعة،يلتزم الوزير المكلف بالسياحة بإعلام المالك في أجل 15 يوما إبتداءا من تاريخ انتهاء الأجل المذكور في المادة 05 من نفس المرسوم.

أما في حالة انتهاء أجل 04 أشهر ،وعدم قيا م الوزير المكلف بالسياحة بالرد،يصح للماك مباشرة البيع المقرر وهذا بمفهوم المادة 08 من نفس المرسوم,

في حالة ممارسة الوكالة الحق في الشفعة فإن الثمن يحدد وديا وبالتراضي،أما في حالة عدم ذلك فإنه يمكن اللجوء للقضاء لتحديد ثمن الملكية موضوع حق الشفعة.

ب.3.2- الأشخاص الذين تثبت لهم الشفعة بموجب القانون رقم 10-03 المحدد لشروط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة:

إن استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للدولة أصبح بموجب بالقانون رقم 10-03 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة تستغل طريق عقد الإمتياز،وذلك ،بعدما كانت خاضعة للقانون رقم 87-19 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ،وقد حدد المشرع مدة عقد الامتياز 40 سنة قابلة للتجديد طبقا للمادة 04 منه.[2]

[1] هذا ما نصت عليه المادتين 04 و 05 من المرسوم 06-385.

[2] الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى المستثمر صاحب الامتياز،حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناءا على دفتر الشروط لمدة 40 سنة قابلة للتجديد،مقابل أتاوة سنوية يتم تحديدها وتحصيلها بموجب قانون المالية.

إن حق الإمتياز حق مؤقت وقابل للتنازل عنه،وقابل للتوريث وكذا الحجز[1]،وبهذا فإذا ما قرر صاحب الإمتياز التنازل عن حقه يمكن للديوان الوطني للأراضي الفلاحية ممارسة حق الشفعة وهذا وفقا لنص المادة 15 من القانون رقم 10-03 سالف الذكر،وقد بين المرسوم التنفيذي رقم 10-326 المؤرخ في 23-12-2010 الذي يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الخاصة التابعة للدولة[2] وإجراءات ذلك.

ففي حالة ما إذا كان المتنازل صاحب الامتياز في الشيوع،يتم إخطار الديوان الوطني للأراضي الفلاحية كتابيا الأعضاء الآخرين للمستثمرة بوصل استلام،قصد الممارسة المحتملة لحقهم في الشفعة المنصوص عليها في المادة 15 من القانون رقم 10-03 سالف الذكر.ويتعين عليهم الإفصاح عن ردهم للديوان الوطني للأراضي الفلاحية في أجل 30 يوما وهذا وفقا لنص المادة 18 من المرسوم 10-326 المذكور أعلاه،فعندما يبدي باقي أعضاء المستثمرة رغبتهم في اقتناء حق الامتياز المعروض للبيع،فإنه يتم إعلام المتنازل عن طريق الديوان الوطني للأراضي الفلاحية،بغرض إتمام الإجراءات والشكليات القانونية .

أما في حالة الرد السلبي أو حتى عند غياب الرد في الآجال المحدد قانونا،يمكن للديوان الوطني ممارسة حق الشفعة ويعلم كتابيا المستثمر صاحب الإمتياز المتنازل عنه ،و يتم ممارسة حق الشفعة على الحصة المراد التنازل عنها ،ويتولى على إثر ذلك تسييرها وذلك بالمحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي واستغلالها استغلالا أمثل نظرا لأهميتها الاقتصادية والاجتماعية.[3]

ومما سبق فعندما تكون المستثمرة جماعية ،تمارس الدولة عن طريق الديوان الوطني لحق الشفعة في المرتبة الثانية،وهذا يعد خروجا على أحكام المادة 795 ق م ،على العكس ما إذا كانت المستثمرة فردية،فإنه تكون لها الأولوية باعتبارها مالكة الرقبة .

---

[1] هذا وفقا لنص المادة 13 من القانون 10-03 سالف الذكر.

[2] ج ر، ع 79،المؤرخة في 29-12-2010.

[3] دراجي خدروش،أسباب الشفعة وإجراءاتها،مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها بالتشريع الجزائري،جامعة 08 ماي 1945 قالمة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،يوم 25 و 26 سبتمبر 2013.

2-التزاحم بين الشفعاء:

يقصد بتزاحم الشفعاء هو توفر سبب الشفعة لأكثر من شخص وطلبوها كلهم أو بعضهم،وبالتالي هنا يتعين تحديد من له الأولوية بأخذ العقار بالشفعة.

فقد نصت على تزاحم الشفعاء في المادة 796 ق م [1] وفرقت بين مسألتين،مسألة تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة،ومسألة تزاحم بين عدة شفعاء وبينهم المشتري ،وما يلاحظ أن هذه المادة لم تتطرق لمسألة أخرى وهي تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة،ويمكن القول على أن ذلك راجع لخطأ ورد في نص المادة أعلاه وهي بدل عبارة الفقرات التالية ،من المفروض استعمال عبارة وفقا للمادة السابقة،وذلك تماشيا مع نص المادة 1/739 ق م م ،وذلك باعتبار المشرع الجزائري قد أخذ جل أحكامه في الشفعة من هذا الأخير،وبالتالي فبالرجوع إلى المادة 1/739 ق م م فقد نصت على أنه:«إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة »،ونص المادة السابقة هي المادة 736 ق م م،و التي تقابلها المادة 795 ق م سالفة الذكر،والتي قامت بترتيب من لهم الحق في الشفعة وهم:-مالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة.

-للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع للأجنبي.

-لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

بالإضافة إلى مراعاة ما نصت عليه المادة 71 من القانون 90-29 سالف الذكر والتي تعطي الأولوية للدولة والجماعات المحلية في الأخذ بالشفعة بالنسبة للأراضي العامرة أو القابلة للتعمير،قبل الأشخاص الذين تم تحديدهم سابقا بموجب المادة 795 ق م المذكورة أعلاه.[2]

---

[1] تنص المادة 796 ق م على أنه :«إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

-إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.

-وإذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى» .

[2] تنص المادة 71 من القانون رقم 90-29 على أنه :«ينشأ حق الدولة والجماعات المحلية في الشفعة بغية توفير الحاجات ذات المصلحة العامة والمنفعة العمومية بصرف النظر عن اللجوء المحتمل إلى إجراء نزع الملكية،وتطبق

ومنه يستحسن إعادة صياغة المادة 796 ق م بنصها على مايلي:« -إذا تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة السابقة مع مراعاة ما تنص عليه قوانين أخرى.

-إذا تزاحم الشـــفعاء مـــن طبقـــة واحـــدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.

-إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى».

1.2 حالة تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة:

وفقا للحالة الأولى وهي إذا تزاحم الشفعاء من طبقات مختلفة يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 795 ق م مع مراعاة ما تنص عليه قوانين أخرى .مثلا إذا كان حق الانتفاع شائعا وباع أحد الشركاء حصة لأجنبي،فإن التزاحم يكون مقصورا بين مالك الرقبة والشريك المشتاع فيه،وهنا يفضل مالك الرقبة لأنه في الطبقة الأولى ثم يليه الشريك في الشيوع في حق الانتفاع.

2.2 حالة تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة:

أما في الحالة الثانية،إذا تزاحم الشـــفعاء مـــن طبقـــة واحـــدة فاستحقاق كل منهم للشفعة يكون على قدر نصيبه.مثلا إذا باع شريك على الشيوع حصته الشائعة لأجنبي يمكن للشركاء الآخرين على الشيوع التمسك بحق الشفعة بقدر نصيبهم على الشيوع.

3.2 حالة تزاحم عدة شفعاء والمشتري واحد منهم:

أما الحالة الثالثة، إذا تزاحم عدة شفعاء والمشتري واحد منهم وكان قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقته أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى.

حق الشفعة المذكور مصالح وهيئات عمومية تحدد عن طريق التنظيم ويمارس هذا الحق في المرتبة التي تسبق ما هو محدد في المادة 795 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المذكور أعلاه.».

هذه الحكم تمليها اعتبارات العدالة ،لأن المشتري إذا لم يتقدم للشراء،كان له الأخذ بالشفعة بصفته شفيعا وقت الشراء ولذلك فإن العدالة تقتضي ألا يكون في مركز أسوأ لو أنه اشترى العقار حيث يستطيع باقي الشفعاء،الذي من طبقته أو من طبقة أدنى أخذ العقار منه بالشفعة.[1]

فوفقا لهذه الحالة نفرق بين ثلاث فروض:

الفرض الأول:أن يزاحم المشتري شفيع أو شفعاء آخرون أدنى من طبقته،وبالتالي يفضل على هؤلاء الشفعاء لكونهم أدنى منه طبقة،كقيام مالك الرقبة بشراء حصة أحد الشريكين على الشيوع في حق الانتفاع،فإذا تقدم للأخذ بالشفعة الشريك الآخر في حق الانتفاع،فإن مالك الرقبة يفضل بصفته كمشتري.

الفرض الثاني:الذي يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقته، والمشرع قد انحاز للمشتري في هذا الفرض بالرغم من أنه في مركز واحد مع الشفعاء.

الفرض الثاني:الذي يزاحم المشتري شفعاء آخرون من طبقة أعلى،تقدم عليه هؤلاء الشفعاء،مثال إذا باع شريك في حق الانتفاع بالعقار حصته الشائعة إلى شريك آخر،وطلب فيها مالك الرقبة الشفعة فضل هذا الأخير.

البند الثالث:الإجراءات القانونية لممارسة الشفعة:

باعتبار الشفعة قيد استثنائي قد قام المشرع بتحديد نطاقها وشروطها القانونية وحتى إجراءات الأخذ بها ،حتى لا يتم التوسع فيها على نطاق واسع يحد من حرية الأشخاص وأن استقرار المعاملات تقضي ألا يظل المشتري مهددا لمدة طويلة.

وإجراءات الأخذ بها قد سطرها المشرع في القانون المدني ،حيث تبدأ هذه الإجراءات بتوجيه إنذار إلى الشفيع بوقوع البيع،ثم إعلان الشفيع لرغبته للأخذ بالشفعة،وإيداع الثمن لدى الموثق ،فإذا تنازل المشتري عن العقار وديا يتم حلول الشفيع محل المشتري ،وإلا يتم اللجوء إلى القضاء ورفع دعوى الشفعة لتثبيتها بموجب حكم قضائي.

[1] نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص 387.

أولا-إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة وكيفية هذا الإعلان:

تفتح إجراءات الشفعة بالإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري إلى الشفيع،حتى يتسنى لهذا الأخير إعلان رغبته بذلك إلى كل من البائع والمشتري،ولكن الإشكال الذي يطرح في حالة عدم توجيه هذا الإنذار له،فكيف يتم علمه بعملية البيع حتى يعلن رغبته بالأخذ بالشفعة؟

لهذا سوف نفرق بين حالة توجيه إنذار للشفيع من طرف البائع أو المشتري،وحالة عدم توجيه إنذار له.

1-حالة توجيه إنذار للشفيع من طرف البائع أو المشتري:

إن الإنذار يعد من الإجراءات التي تفتتح بها عادة إجراءات الشفعة ،ويقصد به إخطار الشفيع وإعلامه بحصول البيع الذي يجوز له الأخذ فيه بالشفعة حتى يتدبر أمره[1]،والمشرع الجزائري قد نص على ضرورة إعلان الشفيع لرغبته خلال 30 يوما من تاريخ تبليغ هذا الإنذار وهذا حسب ما نصت عليه المادة 799 ق م، وإلا سقط حقه في ذلك.[2]

وهذا الإنذار[3] قد اشترط المشرع توفر فيه بعض البيانات وإلا كان باطلا،وهي بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بيانا كافيا،وبيان الثمن والمصاريف الرسمية كرسم الشهر والتسجيل، وكذا شروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوما للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ق م.[4]

حيث أن المشرع لم يشترط رسمية الإنذار،فيمكن أن يكون كتابيا عن طريق البريد كما يمكن أن يكون شفويا وذلك على عكس المشرع المصري الذي اشترط الإنذار الرسمي وذلك من خلال المادة 940 ق م م ،وأمام عدم اشتراط رسمية الإنذار فإنه يفتح الباب للكثير من المنازعات من جراء هذا

---

[1] أحمد دغيش ،الحق في الشفعة في التشريع الجزائري،،ص 294.

[2] تنص المادة 799 ق م على أنه:«على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على ذلك مدة المسافة إن اقتضى الأمر ذلك».

[3] قد يقوم البائع أو المشتري بتوجيه إنذار إلى الشفيع إذا كان منفردا، وإذا تعدد الشفعاء فيوجه إليهم جميعا.

[4] هذا ما نصت عليه المادة 800 ق م.

التبليغ الفوضوي،مما يجعل علم الشفيع بالبيع تحت رهان التلاعب به من طرف البائع أو المشتري ،ومنه فكان على المشرع اشتراط رسمية الإنذار وذلك عن طريق ورقة من أوراق المحضرين القضائيين.

2-حالة عدم توجيه إنذار للشفيع:

في هذه الحالة إذا لم يقف البائع أو المشتري بتوجيه إعلان للشفيع ،وقد تم إشهار عقد البيع بالمحافظة العقارية،فإنه هنا يمتد الأجل للشفيع لإعلان رغبته وهو خلال سنة من إشهار البيع،وهذا حسب المادة 807 ق م:«لا يمارس حق الشفعة في الأحوال الآتية:

-إذا مرت سنة من يوم تسجيل عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون».

ومنه وفقا لهذه المادة قد أخذ المشرع بقرينة العلم المفترض بوقوع البيع خلال سنة من شهره بالمحافظة العقارية حتى ولو لم يتم إبلاغه بذلك،و للشفيع سوى التوجه للمحافظة العقارية لمعرفة كل ما يتعلق بالعقار ومعرفة المشتري لهذا العقار لتوجيه له إعلان بالرغبة بالشفعة،وهذه المدة مدة سقوط لأنه من غير الممكن أن يظل هذا القيد الاستثنائي قائما ليعرقل حرية المشتري في التصرف في العقار.

وبالرجوع إلى المادة 801 ق م، يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بموجب عقد رسمي وهذا على خلاف توجيه الإنذار ،ويعلن عن طريق المحضر القضائي وذلك تحت طائلة البطلان.[1]

ورسمية هذا الإعلان تقتضي أن يتم هذا الإعلان لكل من البائع والمشتري وإلا سقط حقه وهذا وفقا لنص المادة 799 ق م،وتوجيه هذا الإعلان يسري في أجل الثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الموجه إليه وتضاف مدة المسافة،أما إذا لم يتم إنذاره فإنه كما قلنا سابقا له ميعاد سنة من شهر العقد لإعلان

[1] حسب المادة 1/801 ق م يعلن هذا التصريح لدى كتابة الضبط للمحكمة الواقع في دائرتها وذلك حسب المادة 1/801 ق م،لكن بعد صدور القانون المنظم لمهنة المحضر القضائي أصبحت مهمة التبليغ والتنفيذ يقوم بها المحضر القضائي.

رغبته في ذلك وذلك طبقا للمادة 807 ق م،ولكن في حالة افتراض عدم توجيه إنذار له وعدم شهر العقد فهنا لا يسقط حقه بالأخذ بالشفعة طبقا للقواعد العامة لتقادم الحقوق إلا بانقضاء 15 سنة.[1]

ولا يحتج بالتصريح في الرغبة بالشفعة ضد الغير إلا إذا كان مشهرا[2]،والتصريح غير المشهر يعتبر باطلا ومخالف للقانون.[3]

وإذا قام الشفيع بإعلان رغبته في الأخذ بالشفعة إلى كل من البائع والمشتري فيحتج بهذا الإعلان على من أعلن إليه من يوم وصوله إليه سواء كان بائعا أم مشتريا،أما بالنسبة للغير الذي قد يكتسب حقا عينيا على العقار المشفوع فيه فلا يحتج عليه بإعلان الرغبة في الشفعة إلا بعد شهره.[4]

ثانيا-إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق:

إن إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق هو إجراء جوهري يأتي عقب إعلان الشفيع رغبته في الشفعة بموجب تصريح رسمي لدى هذا الأخير،وحسب المادة 2/801 ق م يتم إيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة بالشفعة،بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة،فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة.

---

[1] هذا ما ذهب إليه القضاء في قرار للمحكمة العليا رقم 64331 مؤرخ في 30-04-1990، م ق 1991،ع 02،ص28:«من المقرر قانونا أنه من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل 30 يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه.
ولما كان الثابت في قضية الحال أن كل من البائع والمشتري لم يوجها إنذار إلى الطاعن مما جعل حقه في الشفعة يذل قائما.»:مشار إليه:حمدي باشا،القضاء العقاري،ص 290.

[2] وهذا ما أكده القضاء بالرجوع إلى قرار المحكمة العليا تحت رقم 698546،غ ع،م م ع،ع الثاني 2012،ص 381 على أنه:«.....لكن حيث أن نص المادة 801 من القانون المدني جاء في شكل وجوبي أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق أمانة الضبط وإلا كان هذا التصريح باطلا ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا وأن المحكمة العليا قد استقرت أن التسجيل معناه الإشهار ومنه فإن قضاة الموضوع كانوا على صواب عند إثارته من تلقاء أنفسهم ومنه فالوجه بفروعه غير مؤسس ويتعين رفضه».

[3] هذا ما أكده قرار للمحكمة العليا،تحت رقم 0859091،بتاريخ في 10-07-2014،م م ع، ع لثاني 2014.

[4] أحمد دغيش،الحق في الشفعة في التشريع الجزائري،المرجع السابق ص 318.

لكن الإشكال الذي يطرح هل يودع كامل ثمن بيع العقار لدى الموثق أم يودع خمسه فقط،تطبيقا للمادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بموجب القانون رقم 19-14 المتضمن قانون المالية لسنة 2020 سالف الذكر ؟

وبالرجوع إلى ما ذهب إليه القضاء وذلك في قرار للمحكمة العليا أنه وفقا لمقتضيات المادة 256 المعدلة من قانون التسجيل قد فرضت إيداع خمس ثمن نقل الملكية لدى الموثق دون الثمن كله ،والباقي يمكن أن يسلم بمرأى الموثق أو يسلم خارج مجلس العقد دون مسؤولية الموثق في ذلك، وعلى هذا الأخير أن يشير إلى ذلك في العقد و،هذا يطبق كذلك حتى في حالة أخذ المبيع بالشفعة. [1]

ولكن يمكن القول على أننا لسنا أمام بيع عادي ،وإنما أمام حالة استثنائية قررها القانون ولها ضوابط معينة وإجراءات قانونية تعتبر من النظام العام،يسعى من خلالها إيداع الثمن تمهيدا لرفع دعوى الشفعة،وأن دفع الثمن كاملا أمام الموثق من شأن قطع الطريق أما المضاربين الذي يتخذون طريق الشفعة وسيلة للابتزاز ،والمشرع فرض دفع الثمن كإجراء حاسم في قطع دابر المساومات واختفائها،ولهذا فيفترض دفع الثمن كله ،والثمن المقصود هنا هو الثمن الحقيقي المذكور في العقد ما لم تثبت صوريته بتواطئ بين البائع والمشتري من أجل تعجيز الشفيع،وعلى هذا الأخير إثبات صورية الثمن بكافة وسائل الإثبات.

إضافة إلى دفع الثمن لابد على الشفيع دفع المصاريف بين يدي الموثق خلال الأجل القانوني المنصوص عليه سابقا،لكن المشرع هنا لم يفرق بين المصاريف الرسمية وغير الرسمية والمادة 2/801 ق م قد جاءت على عمومها. [2]

ثالثا-رفع دعوى الشفعة وصدور حكم الشفعة:

بعد إتباع الإجراءات سالفة الذكر ،وهي إعلان الرغبة بالشفعة ودفع الثمن والمصاريف أمام الموثق،فإذا استجاب المشتري لرغبة الشفيع فإنه يتم إبرام عقد جديد بين الشفيع والمشتري ويشهر

[1] قرار المحكمة العليا رقم 311138 مؤرخ في 23-11-2005،م م ع،ع 02،2005،ص 09.

[2] يقصد بالمصاريف الرسمية مصاريف التوثيق ورسوم التسجيل والشهر،وأما غير الرسمية من أتعاب المحامي وكذا نفقات معاينة العقار المشفوع.

بالمحافظة العقارية،وبالتالي يصبح بذلك مصدر نقل الملكية بين المشتري والشفيع. لكن يحدث أن يرفض المشتري حلول الشفيع محله،وفي هذه الحالة يرفع هذا الأخير دعوى قضائية ضد كل من البائع والمشتري من أجل استصدار حكم قضائي يمكنه من الحلول محل المشتري بعد أن يتم شهره بالمحافظة العقارية.[1]

1-رفع دعوى الشفعة:

حسب نص المادة 802 ق م يتم رفع هذه الدعوى على كل من البائع والمشتري ، أمام المحكمة الواقع في دائرتها العقار ،وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط هذا الحق ،وإذا رفعت الدعوى بعد ذلك فإنه تكون غير مقبولة،ويمكن للبائع والمشتري الدفع بعدم القبول طبقا للمادة 64 إ م إ،ولابد من مراعاة الشكليات المنصوص عليها قانونا لرفع الدعوى طبقا للمادة 15 إ م إ.

لكن التساؤل الذي يثار هل يمكن شهر العريضة الافتتاحية لدعوى الشفعة أمام المحافظة العقارية، لإعلام الغير بأن العقار هو محل نزاع أمام القضاء وخاصة الغير الذي يتعامل مع المشتري ،ذا تصرف فيه هذا الأخير أم أنها غير معنية بهذا الإجراء؟

وبالرجوع إلى المادة 85 من المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري فإنه:«إن دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا.... » ،ومن خلال هذا النص فإنه هناك أنواع للدعاوى تم تحديدها وهي معنية بالشهر العقاري،وهي دعاوى الفسخ والإبطال والإلغاء وكذا النقض،ومنه فدعوى الشفعة لا تدخل ضمن هذه الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر.

وبالرجوع إلى قرار للمحكمة العليا فإن حلول الشفيع محل المشتري في تثبيت حق الشفعة ليس من طبيعته التأثير على فحوى العقد المشهر ذاته ،من حيث البيانات الخاصة بالعقار أو الحقوق العينية

[1] جمال بوشنافة،شهر التصرفات في التشريع الجزائري،المرجع السابق،ص 87.

المترتبة عنه ،كما هو الشأن بالنسبة للدعاوى التي خصها بالذكر المادة 85 المشار إليها أعلاه[1].وبالتالي فهي غير معنية بالشهر.

لكن على الرغم من أن دعوى الشفعة وإن لم تكن ضمن الدعاوى المحددة على سبيل الحصر،لابد من شهرها لدى المحافظة العقارية ،لأن ذلك له فائدة في حق الشفيع الذي شهر الدعوى ضد الغير ،هذا الأخير الذي يمكنه أن يكتسب حقا عينيا على العقار من قبل المشتري، سوف يعلم بأن العقار محل نزاع أمام القضاء ،وبالتالي فإن أشهر حقه فإنه سوف يحمي حقوقه في حالة صدور الحكم لصالحه.

وبالرجوع إلى نص المادة 16 مكرر /1 من الأمر 75-74 [2] فإنه خصت بالشهر كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري،وبهذا فهي معنية بالشهر ومنها دعوى الشفعة التي تعتبر دعوى عينية عقارية.

2-صدور الحكم بالشفعة:

وفقا للمادة 803 ق م يعد الحكم النهائي المثبت للشفعة سندا قانونيا ناقل للملكية، بعد إشهاره بالمحافظة العقارية[3]،بموجبه يحل الشفيع محل المشتري في بيع العقار.

و يترتب على هذا الحلول التزام الشفيع بتسلم العقار المشفوع فيه من البائع أو استلامه من المشتري إذا كان في يد هذا الأخير،كما يتحمل نفقات التسليم باعتباره يأتي في حكم المشتري لأنه قد حل محله في العقار المشفوع فيه .[4]

---

[1] هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرار لها رقم 194437،مؤرخ في 26-04-2000، م ق 2000 ،ع 1،ص 159.

[2] تنص المادة 16 مكرر/1 من الأمر رقم 75-74 على أنه:« تشهر بالسجل العقاري الممسوك بالمحافظة العقارية المختصة إقليميا كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني عقاري مشهر سنده بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة».

[3] تنص المادة 803 ق م :« يعتبر الحكم الذي يصدر نهائيا بثبوت الشفعة سندا لملكية الشفيع دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالإشهار العقاري ».

[4] تطبق في هذا الشأن المادة 395 ف م بنصها:« إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك».

أما البائع فإنه يلتزم تجاه الشفيع بجميع الالتزامات التي كانت في ذمته لصالح المشتري وهذا قبل الأخذ بالشفعة،ومن بين هذه الالتزامات التزامه بالقيام بما هو ضروري لنقل الحق إلى المشتري وذلك بمراعاة الرسمية إذا تمت الشفعة بالتراضي وكذا شهرها بالمحافظة العقارية،وكذا التزامه بالتسليم وفقا للقواعد العامة المقررة في التسليم ،بالإضافة إلى التزامه بضمان التعرض والاستحقاق إذا تعرض الغير لحق الشفيع واكتسب هذا الغير العقار المشفوع فيه عن طريق دعوى الاستحقاق ،والتي عبر عنها المشرع بالاسترداد في نص المادة 804 ق م[1]،بالإضافة إلى ضمان العيوب الخفية طبقا للمادة 379 ق م.

الفرع الثاني:الشرط المانع من التصرف وشرط الاحتفاظ بالملكية كقيدين إراديين:

إضافة إلى الشفعة كقيد قانوني يرد على حرية التصرف أو بالأحرى اختيار المتعاقد – المشتري– في عقد بيع العقار،فهناك قيدان آخران لكن إراديين، فالقيد الأول لا يحرم المشتري من تملك العقار الذي اشتراه وإنما يحرمه من التصرف فيه لمدو معينة ،وقد يراد منه تحقيق مصلحة المشترط أو المتصرف أو المتصرف إليه،بشرط ألا يكون ذلك الشرط مؤبدا وأن يكون الباعث منه مشروعا[2]،أما القيد الثاني فيحرمه من الملكية لفترة معينة وهو شرط الاحتفاظ بالملكية رغم تسلم المبيع.

وبهذا نقسم هذا الفرع إلى بندين نتناول **في البند الأول** الشرط المانع من التصرف،أما **في البند الثاني** نتطرق إلى شرط الاحتفاظ بالملكية.

---

[1] عندما نص في نص المادة 804 ق م على أنه :«....ولا يرجع الشفيع إلا على البائع إذا ما استرد الغير العقار بعد الشفعة».

[2] حبيب ميرزا العماري،الشرط المانع في عقد الإيجار،دراسة مقارنة،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،ع الأول،السنة الرابعة،ص 313.

البند الأول:الشرط المانع من التصرف:

نتطرق إلى مفهوم الشرط المانع من التصرف وتطوره في القانون والقضاء الأجنبي ،على اعتبار أن المشرع الجزائري لم ينظمه صراحة ، كما نتناول بالدراسة شروطه القانونية حتى يعتد به وكذا آثاره القانونية.

وتجدر الإشارة إلى أنه توجد تطبيقات قانونية للشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري في البيوع العقارية وهذا ما سنتطرق إليه.

أولا-مفهوم الشرط المانع من التصرف وتطوره القانوني والقضائي:

الشرط المانع من التصرف هو تقييد إرادي لسلطة المالك الجديد في أن يتصرف في المال موضوع التصرف لمدة معينة ،وهذا الشرط يمكن أن يرد في عقد أو في وصية أو غير ذلك.

إن هذا الشرط يتعارض حتما مع خصائص حق الملكية باعتبارها حق جامع، يمنح صاحبه سلطات ثلاث ،سلطة الاستعمال وسلطة الاستغلال وكذا سلطة التصرف،وتعطيل سلطة التصرف يعني تفريغ الحق من محتواه،ويكون أقرب لحق الانتفاع من حق الملكية.[1]

وتجدر الإشارة إلى على الرغم من أن المشرع الجزائري لم يقم بتنظيمه بنص صريح في القانون المدني ،إلا أنه طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يمكن لهما إدراج ما يرونه مناسبا من بنود وشروط،وخاصة أن الملكية لم تعد حقا مقدسا يخول صاحبه سلطات مقيدة ولا يمكن المساس به،فهذا المبدأ طغت عليه فكرة تقول أن الملكية ذات وظيفة اجتماعية ما يؤدي حتما إلى تقييدها بقيود عديدة منها ما ينص عليه القانون ومنه ما تقرره إرادة الأفراد.

إن هذا الشرط تم تنظيمه لدى المشرع الفرنسي والمصري ،لكن هذا التنظيم عرف مراحل وتطورات انتهت بالاعتراف بهذا الشرط.

---

[1] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارى،الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، دون ذكر دار النشر ،2009،دون ذكر عدد الطبعة ،ص 72.

وبالرجوع إلى القانون المدني الفرنسي القديم فإنه قد خلى من النص على الشرط وكذا مدى إباحته،على أساس أن حق التصرف الذي يمنحه حق الملكية هو من النظام العام ،فلا يجوز عدم التصرف في الشيء المملوك إلا على سبيل الاستثناء وذلك في حالتين:[1]

-حالة المال المقدم من الزوجة إلى الزوج بمناسبة الزواج بها والمسمى بالدوطة-la dot-ومن سمات هذه الأموال أن توضع تحت إدارة الزوج ليستغلها بنفسه،ولا يجوز التصرف فيها،وهدف ذلك تجنب إساءة الزوج التصرف فيها.[2]

-حالة الأموال التي تخرج عن النصاب الشرعي الواجب تركته للورثة،حيث أنه يجوز للوالدين التبرع لأولادهما بجزء من أموال التركة خارج النصاب الواجب أن يكون تركة لهم،مع إلزامهم بهبة هذه الأموال بدورهم إلى أولادهم الموجودين أو الذين سيولدون لهم مستقبلا،وهو ما يسمى بنظام الاستبدال الوراثي المباح،ويؤدي الأخذ بهذا النظام بالضرورة إلى منع التصرف بالمال طوال حياة الموهوب له حتى يتسنى انتقال المال إلى الأولاد.[3]

وبالتالي عدم إجازة المشرع الفرنسي للشرط المانع من التصرف كأصل عام،إلا استثناءا لما سبق ذكره.

وحتى القضاء الفرنسي قد منع إيراد مثل هذه الشروط لأنه يعتبرها شروط مخالفة لمبدأ حرية التصرف من الأموال والذي هو من النظام العام [4]،بالإضافة إلى أسباب أخرى منها قانونية وسياسية

---

[1] خليل أحمد قدادة،مدى شرعية القيود الإراديةّ التي ترد على حق الملكية،دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والأردني،ومجلة الأحكام العدلية والمشروع التمهيدي للقانون المدني الفلسطيني،مجلة الجامعة الإسلامية(سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثاني عشر،ع الثاني،يونيو 2014،ص 123.

[2] أو بما يسمى بالنظام المهري،والذي كان منصوصا عليه في المادة 1554 من القانون المدني الفرنسي ثم ألغي بقانون 13 يوليو 1965.

[3] ويسمى أيضا نظام الحلول الوصائي أو الاستبدالات المباحة،وهدفه من هذا النظام هو حصر المال المتبرع به في نطاق العائلة وضمان انتقاله إلى الذرية التالية،ولا سبيل إلى تحقيق مثل هذا الهدف إلا بمنع التصرف فيه.

[4] حيث أن القضاء الفرنسي كان يؤصل لبطلان الشرط المانع من التصرف على الخشية من انتشاره مما يؤدي إلى ما يشبه نظام الإقطاع الذي تحبس فيه الأموال من التداول وتتركز على يد طائفة واحدة ومعينة،والمجتمع الفرنسي قد عانى من هذا النظام .

واقتصادية وكذا إجتماعية، وقد قضى على أنه إذا اقترن هذا الشرط بمعاوضة كان العمل القانوني باطلا والشرط كذلك،وأما إذا اقترن بتبرع كان الشرط باطلا والتبرع صحيحا ،إلا إذا استبان القاضي أن الشرط هو الدافع الأساسي إلى التبرع حينئذ يكون التبرع باطلا.[1]

ولكن القضاء الفرنسي لم يدم طويلا على هذا الاتجاه،حيث منذ منتصف القرن التاسع عشر أصبح يميز بين الشرط المانع للتصرف في المال منعا باتا وهنا يعتبر ه شرط باطل،وبين الشرط المانع من التصرف المؤقت واعتبره شرط مباح ،وذلك إذا قام لمسوغ مشروع،حيث يعتبر حكم محكمة أنجيه الفرنسية عام 1842 أول حكم صدر على هذا الخصوص، وقد تأيد هذا الاتجاه الجديد بحكم صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 1859 ،ثم توالت أحكام القضاء حتى أصبح إباحة هذا النوع من الشروط قضاءا مستقرا[2]،نظرا لكثرة استخدام الأفراد له وبالأخص في الهبات والوصايا.

وقد تطور موقف المشرع الفرنسي ،وقد اعترف بالشرط المانع من التصرف ،وذلك إثر تدخله بموجب القانون رقم 71-526 الصادر في 3 يوليو 1971 مضيفا مادة جديدة وهي المادة 900-1 والتي اعترفت بصحة شروط المنع من التصرف التي ترد على الهبة أو الوصية بشرط أن تكون مؤقتة ومبررة،مرددا ذات الشروط التي كان القضاء يستلزم توافرها قبل صدور هذا القانون.[3]

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد أباح ورود هذا الشرط على التبرعات دون المعاوضات،وهنا يثير التساؤل عن تفسير مسلك المشرع الفرنسي،وكذا عن مدى جواز امتداد تطبيقه إلى المعاوضات.

كما أن هذا الشرط من شأنه أن يفوت حسن استغلال الملكية، والمصلحة الاقتصادية تقضي بتداول الأموال حتى تصل إلى أيدي من يستغلها على أحسن وجه.

[1] خليل أحمد قدادة ، مدى شرعية القيود الإراديةّ التي ترد على حق الملكية ،المرجع السابق،ص 124.

[2] خليل أحمد قدادة ، مدى شرعية القيود الإراديةّ التي ترد على حق الملكية ،ص 125.

[3] أشرف جابر سيد،مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه،طبعة 2010،دار النهضة العربية،ص 15.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أباح [1] الشرط المانع من التصرف وذلك في 823 ق م م والتي نصت على أنه:« إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع، ومقصوراً على مدة معقولة،ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير».

إن هذا النص الحالي للقانون المدني المصري،لا يوجد ما يقابله في القانون المدني القديم،ولكن القضاء المصري قد أقر قبل صدور القانون المدني الحالي ما وضعه القضاء الفرنسي من مبادئ بخصوص الشرط المانع من التصرف،حيث أن القضاء المصري قد أجاز الشروط المؤقتة ومنع الشروط المؤبدة،كما اشترط أن يكون الشرط المانع من التصرف المؤقت مبنيا على مصلحة جدية ومشروعة قصد الشرط تحقيقها،وبهذا لم يكن أمام المشرع المصري سوى الاستجابة لهذا الاستقرار القضائي وتقنين ما جرى عليه القضاء.[2]

ثانيا-شروط صحته وآثار تخلفها:

نتناول بالدراسة شروط صحة الشرط المانع من الصرف،وكذا الآثار المترتبة على تخلف تلك الشروط.

1-شروط صحة الشرط المانع من التصرف:

قد أوردت معظم التقنينات الحديثة هذا الشرط و بالمقابل فقد اغفل المشرع الجزائري التعرض لهذا الشرط متأثرا في ذلك بالقانون المدني الفرنسي القديم الذي ورد بدوره خاليا منه،ويتضح مما سبق التطرق إليه أن المشرع سواء في فرنسا أو مصر قد قنن ما كان يجري عليه القضاء في كليهما

[1] كما أباحت بعض التشريعات العربية الشرط المانع من التصرف من بينها المشرع الأردني وذلك في نص المادة 1028 من القانون المدني على أنه: «ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقدا كان أو وصية شروطا تقيد حقوق المتصرف إليه إلا إذا كانت هذه الشروط مشروعة وقصد بها حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو المتصرف إليه أو الغير لمدة محددة »،والقانون المدني الكويتي في نص المادة 815 منه على أنه: «إذا تضمن التصرف القانوني شرطا يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف أو يقيد حقه في التصرف فيه،فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث قوي ومقصور على مدة معقولة».

[2] أشرف جابر سيد،المرجع السابق،ص 19.

واستلزم توفر شرطين،هما أن يكون الغرض من المنع تحقيق مصلحة جدية ومشروعة،وكذا أن يكون المنع لمدة معقولة أو مؤقتة.

أ-أن يكون الغرض من المنع تحقيق مصلحة جدية ومشروعة أو لباعث مشروع:

أوجب المشرع الفرنسي لصحة هذا الشرط أن يكون مستندا لمصلحة جدية ومشروعة ،أي أخذ بفكرة المصلحة والتي تستند إلى اعتبارات موضوع يةبينما المشرع المصري نص على أن يكون الباعث مشروع،وبهذا فقد أخذ بفكرة الباعث والتي تستند إلى اعتبارات شخصية محضة.

والمشرع الفرنسي كان أكثر توفيقا في التعبير عن هذا الشرط،لما تتميز به فكرة المصلحة من تحديد ودقة[1] سواء كانت مصلحة مادية أو أدبية [2] للمتصرف أو المتصرف إليه أو حتى للغير،كما أن الاكتفاء بمشروعية الباعث دون اشتراط جديته لا يضيف خصوصية لهذا الشرط.

إذا كان من شروط المنع من التصرف هو وجود مصلحة جدية،فما حكم زوال هذه المصلحة التي قام عليها المنع؟

إن المشرع الفرنسي قد خول للمتصرف إليه أن يستصدر إذنا ن القضاء برفع هذا المنع من التصرف،إذا زالت المصلحة التي كانت تبرر الشرط أو إذا طرأت مصلحة أكثر أهمية ،وأما خلو القانون المدني المصري بمثل هذا الحكم،ذهب البعض إلى تخويل القاضي سلطة رفع المنع،في حين ذهب البعض إلى إنكار أن تكون للقاضي بدون نص صريح مثل هذه السلطة،فالاعتراف بمثل هذه السلطة للقاضي يخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد،كما يؤدي إلى افتئات على إرادة المتصرف.[3]

---

[1] أشرف جابر سيد،المرجع السابق،ص 25.

[2] ومن أمثلة المصلحة المادية في التبرعات مثلا،اشتراط المتبرع عدم التصرف في المال المتبرع به ضمانا لحقه في الرجوع في الهبة،ومثال عن المصلحة الأدبية تحقيق رغبة المتبرع في عدم التعامل مع الأجنبي خاصة إذا وهب حق الانتفاع مثلا،ومن أمثلة المصلحة المشروعة للمتصرف في عقد البيع أن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع،حتى تمام الوفاء بالثمن تأكيد لماله من حق امتياز وتجنبا لإجراءات التتبع في مواجهة الغير.

[3] أشرف جابر سيد،المرجع السابق،ص 31.

أما إذا كان الباعث من المنع غير مشروع،فهنا يبطل الشرط ولا يعتد به ويظل العقد صحيحا خاليا من المنع في التصرف تطبيقا لنظرية البطلان الجزئي،ما لم يثبت أهمية ذلك للمشترط وعدم موافقته على العقد لو كان يعلم ببطلان شرطه.[1]

ب- أن يكون المنع لمدة معقولة أو مؤقتة:

قد اشترط المشرع المصري أن تكون مدة المنع معقولة،في حين اشترط المشرع الفرنسي بأن تكون المدة مؤقتة،وبهذا فتعتبر عبارة المشرع المصري أكثر مرونة من تلك التي استخدمها المشرع الفرنسي،فمعقولية المدة تستتبع كونها مؤقتة ومعقولة في ذات الوقت،في حين الاكتفاء بأن تكون مدة المنع مؤقتة لا يعني بالضرورة أنها معقولة.[2]

ومن ثم لا يصح اشتراط المنع من التصرف على مر الزمان أي بصورة مؤبدة [3]،ويترك بهذا للقضاء تقدير معقولية المنع أو تحديد ما إذا كانت هذه المدة مؤقتة أو مؤبدة.

كما نص المشرع المصري في نص المادة 823 ق م م سالفة الذكر،على أنه تعتبر مدة المنع معقولة إذا استغرقت مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير [4]،ولكن هنا يطرح التساؤل كيف تعد المدة معقولة،إذا كانت تؤدي إلى حرمان المتصرف إليه من التصرف طيلة حياته؟

ج-شهر الشرط المانع من التصرف عند وروده على عقار:

بما أن الشرط المانع اتفاق يؤدي إلى تغيير في مضمون الملكية فلا بد من شهره طبقا للمادة 16 من الأمر رقم 75-74 المتضمن مسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، حتى يكون نافذا

---

[1] رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري،المرجع السابق،ص 75.

[2] أشرف جابر سيد،المرجع السابق،ص 21.

[3] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 193.

[4] تنص المادة 823 ق م م على أنه: «.....3-والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير».

فيما بين المتعاقدين وبين الغير،فإذا تم شهر الشرط في السجل العقاري امتنع على الغير أن يكتسب حقا خلافا لما هو في السجل العقاري.[1]

2-الآثار المترتبة على تخلف شروط الشرط المانع من التصرف:

قد اشترطت معظم التشريعات والتي نظمت هذا الشرط توافر مجموعة من الشروط لصحته،فيترتب على تخلفها البطلان أي بطلان الشرط المانع من التصرف.[2]

لكن التساؤل الذي يطرح حول طبيعة هذا البطلان،وهل يحق لدائن المتصرف إليه الطعن في الشرط بالبطلان؟

إن القول بأن هذا البطلان هو بطلان نسبي يعني ذلك أنه لا يتعلق إلا بمصلحة أطراف التصرف وهنا البائع والمشتري،وبالتالي لا يجوز للغير أي دائني المشتري الطعن فيه بالبطلان .

أما القول بأن هذا البطلان هو البطلان المطلق ،فمؤدى ذلك أنه يجوز لمن له مصلحة التمسك ببطلان الشرط،ومن بين ذلك دائني المتصرف إليه الذين يريدون التخلص من الشرط ،لأنه حال بينهم وبين المال المراد الحجز عليه.

والرأي الراجح هو أن هذا البطلان بطلان مطلق، وبمقتضى ذلك يجوز للدائن التمسك ببطلان الشرط مباشرة دون حاجة لدعوى غير مباشرة،استنادا للاعتبارات التالية:[3]

---

[1] فقط المشرع المدني الكويتي كان صريحا ونص على هذا الشرط على غرار التشريعات الأخرى وذلك في نص المادة 817 منه على أنه: «لا يحتج بالشرط المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف أو كان في مقدوره أن يعلم به،فإذا كان الشيء عقارا وتم شهر التصرف الذي ورد به الشرط فيعتبر الغير عالما بالشرط وقت الشهر».

[2] مثلا ما نص عليه المشرع الأردني في القانون المدني وذلك في نص المادة 1029 بنصها على أنه: «يقع باطلا كل شرط يمنع المتصرف إليه من التصرف ما لم تتوفر فيه أحكام المادة السابقة »،كما نص المشرع المصري على ذلك في نص المادة 824 ق م م على أنه: « إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة،فكل تصرف مخالف له يقع باطلا».

[3] أشرف جابر السيد،المرجع السابق،ص 145.

-نظرا لتعلق تداول المال بالمصلحة العامة،والتي هي من النظام العام،فإن الشرط المانع والذي لا يؤدي إلى الإخلال بمصالح المتصرف إليه فقط وإنما بالمصلحة العامة، ومنه يبطل كل شرط جاء مخالفا للقانون أو الآداب.

-فلما كان الأصل هو أن ذمة المدين تمثل الضمان العام لدائنيه،فإن مقتضى هذا الشرط المانع هو خروج بعض عناصر هذه الذمة من هذا الضمان،ولهذا فانتفاء أي من شروط صحة هذا الشرط ،يقع باطلا بطلانا مطلقا.

-والقول بأن بطلان هذا الشرط بطلان نسبي،لا يخص سوى المتصرف إليه،وأنه وحده صاحب الحق في طلب إبطاله،فمؤدى ذلك أنه يستطيع الإفادة من هذا الشرط الباطل،ولا يطلب إبطاله حتى يظل في مأمن من مطالبة دائنه له،،والذي يعني أن وفاء المدين بديونه يكون رهنا لمشيئته هو،وهو لا شك وضع غير منطقي.فالقول بالبطلان المطلق لهذا الشرط الاعتراف للدائن باللجوء إلى دعوى بطلان الشرط،حتى لا يكون هذا الأخير عرضة لتعسف مدينه الذي يكون بيده وحده سلطة الإبقاء على الشرط من عدمه.

ثالثا-آثار الشرط المانع من التصرف:

إذا صح الشرط المانع من التصرف بتوفر الشروط السابقة ، فإنه يترتب على ذلك أثرين هامين وهما:

1-عدم جواز التصرف في المال الممنوع من التصرف فيه:

حيث يمنع على المالك التصرف في ملكه مادام مقترنا بهذا الشرط المانع بأي تصرف ناقل للملكية أو ترتيب عليه أي حق عيني أخر،كما يمتنع على المشترط عليه القيام بالأعمال المادية التي تعدم المال وتفوت المصلحة كهدم المنزل،أما الأعمال المادية المحسنة للمال فلا يمتد القيد إليها ما لم

يرد نص خاص يمنع هذه الأعمال [1].كما أن هذا الشرط لا يحول دون أن تنتقل ملكية الشيء الممنوع من التصرف فيه إلى غير المالك بسبب آخر غير التصرف القانوني،كالميراث والتقادم.[2]

فقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف،ويرجع هذا إلى اختلافهم في تكييف طبيعة هذا الشرط ،فمنهم من اعتبر هذا الشرط هو بمثابة إخراج المال من دائرة التعامل ،فإن التصرف يكون باطلا بطلانا مطلقا لعدم قابلية المال للتصرف فيه [3]،ومنهم من اعتبر هذا الشرط المانع ،انتقاص من أهلية الشخص الممنوع من التصرف،وبالتالي فلا يملك التصرف في العين تصرفا صحيحا،بل يكون تصرفه تصرفا قابلا للإبطال[4] ،ولكن هذا الرأي مردود باعتبار أن القانون هو الذي يحدد نقص الأهلية ولا يمكن للشخص أن يجعل نفسه بإرادته ناقض الأهلية،ومنهم من اعتبر هذا الشرط التزام سلبي بمقتضاه يلتزم المالك عن الامتناع عن التصرف في الشيء المملوك وبالتالي فجزاء المخالفة يؤدي إلى فسخ التصرف الأصلي المتضمن هذا الالتزام،ومن ثم تعود العين إلى ملكي المتصرف ويسقط بذلك التصرف المخالف للشرط المانع والصادر من المتصرف إليه.[5]

وقد اختلف الفقهاء الفرنسيين في تكييف طبيعة ذلك الشرط المانع للتصرف وتبعا لذلك الاختلاف في الجزاء المترتب عن مخالفة ذلك الشرط،فيتبين من كل ذلك أن المسألة تحتاج إلى نص تشريعي يضع الأمور إلى نصابها،وهذا النص التشريعي وجد في التقنين المدني المصري، في المادة

---

[1] حنان موشارة،قيود الملكية العقارية الخاصة الواردة في صيغ بعض البيوع العقارية،مداخلة ألقيت مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها بالتشريع الجزائري،جامعة 08 ماي 1945 قالمة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،يوم 25 و26 سبتمبر 2013.

[2] نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص 50.

[3] إبراهيم السيد أحمد،الشرط المانع من التصرف فقها و قضاءا،المكتب الجديد،الإسكندرية ،مصر 2004،ص 52.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال،المرجع السابق ، ص 520.

[5] نفس المرجع ،ص521.

824 منه والتي نصت على أنه:«إذا كان شرط المنع من التصرف الوارد في العقد أو الوصية صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة،فكل تصرف مخالف له يقع باطلا». .[1]

وبالتالي فقد جعل المشرع المصري التصرف المخالف للشرط المانع تصرفا باطلا ولكن هل هذا البطلان بطلانا مطلقا أم بطلانا ؟

فقد اختلف الفقهاء بشأن التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، حيث يرى البعض أن بطلان التصرف المخالف هو بطلان نسبي، لا يجوز التمسك به إلا من تقرر لمصلحته،بينما يرى البعض على أن بطلان التصرف المخالف للشرط هو بطلان مطلق استنادا إلى أنه باستقراء نصوص القانون المدني،يتضح أن المشرع يقصد البطلان المطلق عندما ين على أن يكون التصرف باطل وإلى البطلان النسبي عندما ينص على أن يكون التصرف قابل للإبطال.[2]

إن القضاء المصري قد اعتبر هذا البطلان ليس بطلانا مطلقا بل هو بطلان يتفق مع الغاية من تقرير المنع وهي حماية مصلحة خاصة مشروعة لأحد الأشخاص ،ومن ثم يتحتم ضرورة قصر المطالبة بهذه الحماية أو التنازل عنها على صاحب المصلحة وحده ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها،ويمتنع على المحكمة الحكم به من تلقاء نفسها [3]،وبالتالي يمكن القول على أنه بطلان نسبي يتمسك به من تقرر البطلان لمصلحته،سواء المتصرف إذ له دائما مصلحة في ذلك،ويطلبه كذلك المتصرف أو الغير الذي تقرر الشرط لمصلحته.

ولكن نتساءل هل يمكن الاحتجاج بهذا الشرط في مواجهة الغير المتلقي لهذا المال الممنوع من التصرف إذا كان حسن النية،أي لا يعلم بوجود مثل هذا الشرط؟

---

[1] فقد نص على هذا الحكم القانون المدني الكويتي في نص المادة 816 على أنه: «إذا كان الشرط المانع أو المقيد للتصرف صحيحا،وتصرف المشروط عليه بما يخالف هذا الشرط،جاز لكل من المشترط ومن تقرر الشرط لمصلحته إبطال التصرف،ومع ذلك يصح التصرف المخالف للشرط إذا أقره المشترط وذلك ما لم يكن الشرط قد تقرر لمصلحته».

[2] أنور طلبة،نفاذ وانحلال البيع،المرجع السابق ص 79.

[3] نفس المرجع،ص 76.

قبل الإجابة على ذلك،فالمشرع المصري لم يتطرق لمثل هذا الحكم،ولكن القانون المدني الكويتي قد نص على مثل هذا الحكم في المادة 817 ق م ك على أنه:(لا يحتج بالشرط المانع من التصرف أو المقيد للتصرف على الغير إلا إذا كان على علم به وقت التصرف،أو كان في مقدوره أن يعلم به،فإذا كان الشيء عقارا وتم شهر التصرف الذي ورد به النص،فيعد العير عالما بالشرط من وقت الشهر).

وبهذا لم تجز المادة الاحتجاج على الغير حسن النية والذي لم يعلم بوجود الشرط أو كان بمقدوره أن يعلم،ويمكن للمتصرف إثبات العكس أي أن متلقي المال كان يعلم بذلك، وقد سهلت المادة سالفة الذكر على هذا الأخير إثبات علم الغير،وذلك في الحالة التي يكون فيها الشيء المتصرف فيه عقارا وتم شهر التصرف الذي ورد فيه الشرط وذلك من تاريخ الشهر وذلك بافتراض علمه.

2-عدم جواز الحجز على المال الممنوع من التصرف:

من أهم الآثار المترتبة على الشرط المانع من التصرف،هو عدم جواز الحجز مباشرة على المال الممنوع من التصرف [1]،وبمفهوم المخالفة فجواز الحجز على المال يؤدي إلى إجهاض الشرط المانع من التصرف وإهدار قيمته [2]،وفتح باب التحايل والتواطؤ بين المتصرف إليه والغير بأن يدعي وجود دين في ذمة لهذا الغير،بأن يدعي وجود دين في ذمة هذا الغير،ليتوصل إلى إهدار الشرط والالتفاف على أثره المانع من الحجز. [3]

---

[1] فقد نص المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه هناك حالات لا يمكن فيها التنفيذ على أموال المدين وهي الأموال التي لا يجوز التصرف فيها،أي من بينها الأموال الممنوعة من التصرف سواء منع قانوني أو منع اتفاقي أي إرادي،وذلك في نص المادة 636 ا م ا والتي نصت على أنه:«فضلا عن الأموال التي تنص القوانين الخاصة على عدم الحجز عليها لا يجوز الحجز على الأموال التالية:... 5-الأموال التي يملكها المدين والتي لا يجوز التصرف فيها...».

[2] نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،المرجع السابق،ص 53.

[3] أشرف جابر سيد،المرجع السابق،ص 42.

ويمكن القول أن عدم القابلة المال الممنوع من التصرف للحجز لا ينشأ إلا من اليوم الذي يكون فيه هذا المنع نافذا في مواجهة الغير،أي من يوم شهره في المحافظة العقارية إذا ورد على عقار،حتى يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير.[1]

ومنه طبقا لذلك فالأموال التي تكون محل هذا الشرط المانع من التصرف هي غير قابلة للحجز عليها خلال المدة المحددة للمنع.

3-مدى جواز تملك المال الممنوع من التصرف بالتقادم:

ومع ذلك فالشرط المانع من التصرف لا يمنع تملك الشيء الممنوع من التصرف عن طريق التقادم،وقد جاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري ما يأتي:« والمال الذي منع التصرف قابل مع ذلك أن يتم تملكه بالتقادم» .[2]

رابعا-تطبيقات الشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري وآثاره على البيوع العقارية:

المشرع الجزائري لم ينص على الشرط المانع من التصرف ولم ينظم أحكامه ضمن مواد القانون المدني،لكن لا يعني حرمان المتعاقدين من إدراج هذا الشرط [3]،إذا كان الشرط مشروعا ومدة المنع معقولة.

---

[1] حتى أنه لا يمكن الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة المتعاقدين ما لم يكن مشهرا في المحافظة العقارية لوروده على العقار،وبالتالي لا يلعب الشهر هنا دورا في إعلام الغير فقط وإنما حتى دور في مواجهة المتعاقدان نفسهما.

[2] خليل أحمد حسن قدادة،مدى شرعية القيود الإرادية التي ترد على حق الملكية ،المرجع السابق،ص 131.

[3] هناك من يفرغ هذا الشرط من قيمته القانونية باعتباره لا يستند إلى أي نص قانوني أو تنظيمي،وهذا ما أكدته المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية بتاريخ 26-03-2007،،كرد عن التظلم ضد قرار المحافظة العقارية للبرواقية،ولاية المدية،الرافض إشهار الوعد بالبيع المحرر من طرف الموثق لفائدة المتظلم والمتضمن قطعة أرض صالحة للبناء، حيث أن قرار الرفض الصادر عن المحافظة العقارية استند على أن العقد المشكل لأصل الملكية يتضمن شرط وضعته الجهة البائعة-الوكالة العقارية-مفاده أن المشتري لا يستطيع إعادة بيع الحصة تحت أي شكل هو الشرط الذي اعتبرته الجهة المتظلم لديها-المديرية العامة للأملاك الوطنية-غير قانوني لعدم استناده على أي نص

باستقراء النصوص المنظمة للشهر العقاري وبالخصوص المرسوم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري في الباب الخامس ،القسم الثالث المتعلق بمراقبة المحافظ العقاري وسلطاته أثناء شهر الحقوق والتصرفات ،ففي المادة 104 منه يتضح بأن المشرع أشار إلى الشرط المانع من التصرف أو المقيد وذلك بنصها على:«يحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير».

وهكذا فالمحافظ يتأكد أثناء شهر الحقوق والتصرفات بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي شرط أو قيد يمنع التصرف في العقار من طرف صاحبه الأخير ،لما لهذا الشرط من آثار قانونية،وحتى وان خالف الموثق ذلك الشرط المانع من التصرف وأبرم تصرفات عقارية رغم ذلك فإن شهر ذلك التصرف بطبيعة الحال مآله الرفض من طرف المحافظ العقاري ،باعتباره يمارس رقابة قانونية وشرعية على مختلف التصرفات الناقلة للملكية.

ولكن رغم النص عليه فإنه لم ينظم أحكامه بنصوص لاحقة تبين شروطه وهذا ما يؤدي إلى نتائج غير مقبولة،فإنه يمكن أن يؤدي استعماله من طرف الأشخاص إلى حبس وعرقلة الأــموال عن التداول.

إن المحافظ العقاري وحسبما تنص عليه المادة 101 من المرسوم 76-63 سالف الذكر ،يمكنه رفض إجراء الإشهار رغم قبول الإيداع للوثاق والعقود وذلك إذا توفرت عدة أسباب نصت عليها المادة سالفة الذكر، ومن بينها عندما يكون التحقيق المنصوص غليه في المادة 104 من المرسوم السالف الذكر يكشف بأن الحق غير قابل للتصرف[1]،فهنا يوقف المحافظ إجراء الشهر.

ولكن باستقراء نصوص قانونية أخرى نجد أن المشرع قد نص على هذا الأخير[2] في المادة 57 من القانون 07-12 المتضمن قانون المالية لسنة 2008 والذي منع بموجبه التصرف من السكنات

قانوني: بن شريف سليمان ،التفاضل بين وسائل الضمان،مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون،ع سبتمبر،201،ص 219.

[1] جمال بوشنافة،شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،المرجع السابق، ص 209.

[2] فعلا المشرع قد منع التصرف في السكنات الاجتماعية والممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة من أجل التمليك،وذلك لمدة معينة وكان الباعث من المنع مشروعا وذلك للحد من المضاربة بهذه السكنات

الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية،من خلال تدوين هذا الشرط في عقد البيع ،بحيث أن القانون قيد حق المشتري باكتساب المحل الذي يشغله هن طريق التنازل من التصرف فيه لمدة 10 سنوات باستثناء حالة الوفاة التي تؤدي إلى توزيع التركة على الورثة والموصى لهم إن وجدوا.

وقد صدر المرسوم التنفيذي رقم 08-196[1] مباشرة بعد صدور قانون المالية 2008 مباشرة يبين كيفيات تطبيق المادة 57 المذكورة أعلاه،ولقد نصت المادة 01 منه على أنه:«يهدف هذا المرسوم إلى تحديد كيفيات تطبيق المادة 57 من القانون رقم 07-12.....والمتضمن قانون المالية لسنة 2008 والمتعلقة بعدم إعادة التنازل،لمدة 10 سنوات عن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية».

وقد فرق هذا المرسوم بين صنفين من السكنات فأولا السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة وثانيا السكنات المستفيدة من إعانات من الدولة لاكتساب الملكية.

بالنسبة للصنف الأول وهي السكنات الاجتماعية ،فحسب المادة 02 من المرسوم 08-142 المؤرخ في 11-05-2008 الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري[2]،على أنه السكن الممول من طرف الدولة أو الجماعات المحلية والموجه فقط للأشخاص الذين تم تصنيفهم حسب مداخلهم ضمن الفئات الاجتماعية المعوزة والمحرومة والتي بل تملك سكنا أو تقطن في سكنات غير لائقة و/أو لا تتوفر على شروط النظافة ، والمعنية بالتحديد كذلك المحلات ذات الاستعمال السكني الممولة من الدولة والتي تم التنازل عنها لفائدة شاغليها الشرعيين في إطار المرسوم التنفيذي رقم 03-269 سالف الذكر،فإنه يجب أن يتضمن العقود الإدارية التي تعدها مصالح أملاك الدولة والتي تخص التنازل عنها بندا بعدم التنازل عنها لمدة 10 سنوات،ويقتصر الأمر هنا على السكنات التي لم يتم تسديد سعر

والقضاء على أزمة السكن.....،لكن ما يلاحظ أن هذا الشرط ليس باتفاقي بين الطرفين وإنما قانوني فرضه المشرع بقوة القانون ،وذلك بنصه على أنه لابد من أن تتضمن العقود الإدارية التوثيقية هذا الشرط.

[1] المؤرخ في 06 يوليو 2008،يحدد شروط إعادة التنازل عن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية،ج ر،ع 38،سنة 2008.

[2] ج ر،ع 24،المؤرخة في 11-05-2008.

التنازل عنا جزئيا أو كليا لغاية 31 ديسمبر 2007[1]،أما إذا دفع المستفيد منها ولو جزءا من الثمن قبل 31 ديسمبر 2007 فإنها لا تخضع لهذا الحظر ،ولو تم دفع الباقي بعد 31 ديسمبر 2007 وتم تحرير العقد بعد هذا التاريخ.

أما الصنف الثاني من السكنات المستفيدة من إعانات من الدولة لاكتساب الملكية،وكما نصت عليها المادة 05 من نفس المرسوم ،والمقصود بها كل محل ذي استعمال سكني استفاد من إعانة لاكتساب الملكية،لاسيما المساكن الاجتماعية التساهمية،والسكن الاجتماعي التساهمي أو كما أصبح يطلق عليه السكن الترقوي المدعم،هو السكن الذي يتم انجازه أو شراؤه عن طريق إعانة تمنحها الدولة،وتسمى الإعانة للحصول على الملكية.

بالإضافة إلى ذلك المساكن المنجزة في إطار البيع بالإيجار الذي تم تنظيمها بموجب المرسوم رقم 01-105 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار المعدل والمتمم ، وكذا السكن الريفي المدعم.

ومنه فقد نصت المادة 06 من نفس المرسوم التنفيذي على أنه:(يجب أن تتضمن العقود التوثيقية التي تعد بعد تاريخ 31 ديسمبر2007 والتي تخص التنازل عن السكنات التي تدخل في إحدى الفئات المنصوص عليها في المادة 05 أعلاه بندا بعدم إعادة التنازل لمدة 10 سنوات مهما كان التسديد الكلي أو الجزئي لسعر التنازل.).

وهنا يظهر التمييز بين العقد التوثيقي والعقد الإداري من جهة ،ولسنا ندري لماذا والتسامح اللامنطقي بين السكنات الممولة بنسبة 100 بالمائة من طرف الدولة ،ومن جهة أخرى التشدد في السكنات التساهمية رغم أنها ممولة جزئيا من طرف الدولة أعني دعم cnl فقط،فإن هذه الأخيرة وكذلك سكنات البيع بالإيجار وكذا السكن الريفي المدعم والتي تم التنازل عنها،فإنها يجب أن تتضمن العقود التوثيقية التي تعد بعد 31-12-2007 بندا بعد إعادة التنازل عنها مهما كان التسديد الكلي أو الجزئي لسعر التنازل.

[1] هذا ما نصت عليه المادتين 03 و 04 من المرسوم رقم 08-169.

حيث في هذه الأخيرة لاعبرة بدفع الدفعة الأولى من طرف المستفيدين ولو تم ذلك خلال 2006 أو 2007 وغيره كون المشرع هنا جعل العبرة في بداية حساب مدة عدم القابلية للتنازل بتاريخ العقد التوثيقي مهما كان تاريخ بداية التسديد،وهو أمر غير عادل.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة 57 من القانون 07-12 سالف الذكر،قد عدلت أكثر من مرة[1] آخرها بموجب المادة 36 من القانون 18-18 المؤرخ في 27-12-2019 يتضمن قانون المالية لسنة

[1] بموجب المادة 22 من القانون 11-11 المؤرخ في 1 يوليو 2011،والمتضمن قانون المالية التكميلي والتي نصت على أن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والمتنازل عنها لشاغليها طبقا للتشريع الساري المفعول وكذا السكنات المستفيدة من الإعانات العمومية في إطار التدابير المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التمليك،لا يمكن التنازل عنها من طرف مالكيها خلال مدة لا تقل عن 10 سنوات،باستثناء حالة الوفاة وضرورة توزيع التركة.غير أنه يمكن التنازل عن السكن التساهمي شريطة سداد المالك لقيمة الإعانة المالية العمومية لفائدة الخزينة العمومية . كما خضعت المادة 57 من القانون 07-12 سالف الذكر للتعديل مرة أخرى بموجب المادة 58 من القانون 11-16 المؤرخ في 28-12-2011،المتضمن قانون المالية لسنة 2012 (ج ر،ع 72،المؤرخة في 29-12-2011) والتي نصت على أنه تعد غير قابلة للتنازل من طرف المستفيدين منها،السكنات الاجتماعية التساهمية المسماة حاليا السكنات الترقوية المدعمة وكل السكنات التي استفادت من دعم الدولة وذلك لمدة 5 سنوات إبتداءا من تاريخ إعداد عقود التنازل لصالحهم باستثناء انتقال الملكية عن طريق الوفاة. ثم بموجب المادة 91 من القانون 17-11 المتضمن قانون المالية لسنة 2018 سالف الذكر،والتي أصبحت قابلة للتنازل من طرف المستفيدين منها السكنات الاجتماعية التساهمية المسماة حاليا السكنات الترقوية المدعمة، وكل السكنات التي استفادت من دعم الدولة من تاريخ إعداد عقود التنازل لصالحهم،لكن شريطة تسديد المالك لقيمة الإعانة المالية العمومية لفائدة الخزينة العمومية باستثناء انتقال الملكية عن طريق الوفاة، حيث وفقا لنص المادة 03 من المرسوم 10-235 المؤرخ في 05-01-2010،الذي يحدد مستويات المساعدة الممنوحة من الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء ريفي ومستويات دخل طالبي هذه السكنات وكذا كيفيات منح المساعدة،،ج ر،ع 58،المؤرخ في 07-10-2010 المعدل والمتمم ،فقد حدد مبلغ المساعدة الممنوحة من الدولة حسب دخل الطالبين بالنسبة للترقوي المدعم:

-700000 دج،إذا كان الدخل يتجاوز مرة واحدة الدخل الوطني الأعلى المضمون وأقل من أربع مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون أو يساويهما.

-400000 دج،إذا كان الدخل يتجاوز أربع مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون وأقل من ست مرات الدخل الوطني الأدنى المضمون أو يساويها.

-وكذا السكن الترقوي العمومي هذه الصيغة السكنية تدخل في إطار تطبيق المرسوم سالف الذكر رغم أن الإعانة غير مباشرة مساعدات غير مباشرة عن طريق تخفيض في قيمة الفائدة على القروض أو التخفيض في قيمة التنازل عن الأراضي الخاصة التابعة للدولة والموجهة لمشاريع الترقية العقارية للصالح العام،كما هو الحال في السكن الترقوي العمومي.

كما أصبحت قابلة للتنازل من طرف المستفيدين منها،السكنات الإيجارية العمومية من تاريخ إعداد عقود التنازل لصالحهم بعد مدة من الاستغلال تحدد كما يأتي:

2019 [1]،والتي جعلت السكنات الممولة من قبل الدولة والمستفيدة من إعانة لاكتساب الملكية قابلة للتنازل من قبل المستفيدين منها بعد سنتين من إعداد العقود التي تخصها،منها السكنات الاجتماعية القابلة للتنازل طبقا للتنظيم الساري المفعول ،وكذا السكنات الترقوية المدعمة وسكنات البيع بالإيجار التي قام مالكوها بتسديد كامل ثمن التنازل.إلا أنه في حالة هاتين الصيغتين الأخيرتين لابد من إرجاع مبلغ الإعانة المالية المباشرة الممنوحة للدولة إلى الخزينة العمومية،وذلك إذا تم التنازل عنها قبل انقضاء مدة السنتين والتي يبدأ سريانها من تاريخ إعداد العقد لصالحه.[2]

البند الثاني:شرط الاحتفاظ بالملكية وتطبيقاته في البيع العقاري:

إن عقد البيع من العقود الناقلة للملكية ،بحيث يؤدي إلى نقل الملكية إلى المشتري مقابل دفع الثمن المتفق عليه،وبالتالي فهذا ما يجعل من عقد البيع فوري التنفيذ،إلا أن حاجة المعاملات قد تفرض إرجاء الوفاء ببعض الالتزامات كإرجاء نقل ملكية المبيع إلى حين دفع الثمن من طرف المشتري،فهنا يشترط البائع الاحتفاظ بالملكية إذا كان الثمن مؤجلا ،وبالتالي تصبح الملكية كضمان للبائع ،فهذا النوع من البيع نصت عليه المادة 363 ق م.[3]

وفي هذا يظهر جليا خروج نظام الملكية عن وظيفته الأساسية، كحق عيني أصلي، يخول صاحبه الاستئثار بمنافع الشيء، ليؤدي وظيفة أخرى وهي الضمان.

ولهذا سوف نتطرق إلى مفهوم هذا الشرط أي شرط الاحتفاظ بالملكية، وتطبيقاته في البيع العقاري.

-سنة واحدة بالنسبة للحظيرة المستغلة قبل 1 يناير 2004.

-سنتان بالنسبة للحظيرة المستغلة من أول يناير سنة 2004 إلى 31 ديسمبر 2009.

-ثلاث سنوات بالنسبة للحظيرة المستغلة بعد 31 ديسمبر 2009.

=كما تعد قابلة للتنازل من طرف المستفيدين منها،السكنات في إطار البيع بالإيجار من تاريخ إعداد عقود التنازل لصالحهم والذين دفعوا مسبقا كامل الثمن المتبقي.

[1] ج ر،ع79،المؤرخة في 30-12-2019.

[2] إن المادة 36 المذكورة أعلاه تطبق بأثر رجعي على عمليات التنازل التي تمت قبل تاريخ بداية سريان هذه المادة.

[3] تنص المادة 363 ق م على أنه:« إذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية للمشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم التسليم،فإذا كان الثمن يدفع أقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما إذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط.....».

أولا –مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته القانونية:

الأصل أن انتقال الملكية إلى المشتري بصفة عامة يكون بموجب انعقاد العقد،غير كون هذه الأحكام من قبيل الأحكام المكملة التي لا تتعلق بالنظام العام ويجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها،يمكن للأطراف الاتفاق على إرجاء انتقال الملكية إلى المشتري فورا ويحتفظ بها البائع إلى حين استيفائه لجميع أقساط الثمن [1]،وهذا بما يسمى بشرط الاحتفاظ بالملكية. فقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 363 ق م،وذلك إذا كان دفع الثمن عن أجل،حيث أن البائع يشترط إيقاف نقل الملكية إلى حين دفع الثمن،أي الاحتفاظ بملكية الشيء المبيع ولو تم تسليمه للمشتري [2]، كما نص عليه المشرع الفرنسي في نص المادة 2367 ق م ف.[3]

ومنه فشرط الاحتفاظ بالملكية هو عبارة عن بند أو شرط يرد في العقد بشكل صريح أو ضمني،ينص على احتفاظ المالك –بائع الشيء–بملكية المال على الرغم من تسليمه للمشتري الذي يصبح حائزا له،حتى يقوم هذا الأخير وخلال مدة متفق عليها في العقد بالوفاء بكافة الأقساط المتفق عليها[4]،ويلعب هنا شرط الاحتفاظ بالملكية دورا تأمينيا.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يبين ما إذا وجب أن يكون هذا الشرط كتابي أم فقط يكون شفاهة،فيمكن القول أنه و في مجال المعاملات العقارية،وحتى يسري هذا البند في مواجهة المتعاقد الآخر وحتى الغير لابد من أن يكون هذا الشرط مكتوبا ،وهذا ما اشترطه المشرع الفرنسي وذلك وفقا لنص المادة 2368 ق م ف[5]،ولكن لم يبين نوع هذه الكتابة.

---

[1] هشام بن الشيخ،الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني،عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج،دفاتر السياسة والقانون،ع 16 جانفي 2017،ص 220.

[2] وهذا ما تنص عليه المادة 363 ق م بقولها: « إذا كان دفع الثمن مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع،.....».

[3] l article 2367/1 CCF énonce:« La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie»,

[4] سليمان بن الشريف، المرجع السابق، ص 212، بوراس نجية،شرط الاحتفاظ بالملكية،مدى الضمان الذي يقدمه في عقد الليزنغ،مجلة المحامي،ع 7،السنة السابعة،منشورات دار المحامي،سيدي بلعباس،جويلية 2010،ص 108.

[5] l article 2368 CCF énonce: «La réserve de propriété est convenue par écrit»,

وبالتالي فيجب أن يدرج الشرط في العقد الأصلي الرسمي المسجل والمشهر بالمحافظة العقارية،حتى يمكن الاحتجاج به ،وحتى في مجال المنقولات لا يعتد بشرط الاحتفاظ بالملكية في مواجهة الدائنين ،ما لم يكن مكتوبا في ورقة ثابتة التاريخ وسابق على حق الغير.[1]

وقد اختلف الفقه حو طبيعته القانونية لهذا الشرط،بين الطبيعة المزدوجة له من حيث أنه شرط واقف[2] وفاسخ [3] أو أنه شرط واقف أو شرط فاسخ،دون الأخذ بهذه الطبيعة المزدوجة.

لقد ذهب بعض الفقه إلى اعتبار هذا الشرط شرط واقف وشرط فاسخ،أي الطبيعة المزدوجة لهذا الشرط، فهو يرى أن ملكية المبيع تنتقل في هذه الحالة معلقة على شرط واقف إلى المشتري،ويستبقي البائع ملكية المبيع معلقة على شرط فاسخ [4]،وكل من الشرط الواقف والشرط الفاسخ هنا حادث واحد هو أن يوفي المشتري بالثمن أو بأقساطه في الميعاد المحدد،فإذا فعل تحقق الشرط الواقف وانتقلت الملكية بأثر رجعي،وتحقق في الوقت ذاته الشرط الفاسخ وزالت الملكية عن البائع بأثر رجعي.[5]

لكن يمكن القول على أنه لا يمكن تصور انتقال الملكية إلى المشتري تحت شرط فاسخ،وهي لا تزال بيد البائع موقوفة على تنفيذ الشرط وهو دفع جميع الثمن.

وهناك من اعتبره شرط فاسخ أو شرط واقف دون الأخذ بالطبيعة المزدوجة للشرط،فاعتباره شرط فاسخ ،وهو أنه وفقا لهذا الشرط فإن المشتري يصبح في الحال مالكا للمبيع ملكية تامة،ولكنها

---

[1] هشام بن الشيخ، المرجع السابق،ص 221.

[2] فالشرط الواقف هو الشرط الذي يتوقف على تحققه وجود الالتزام،فإذا تخلف لم يخرج الالتزام إلى الوجود: عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،نظرية الالتزام بوجه عام،الجزء الثالث،دار إحياء التراث العربي،ص 27.

[3] أما الشرط الفاسخ هو الذي يترتب عليه زوال الالتزام الذي كان موجودا ونافذا قبل تحقق الشرط الفاسخ:سمير عبد السيد تناغو،أحكام الالتزام والإثبات،الطبعة الأولى،مكتبة الوفاء القانونية،2009،ص 279 و283.

[4]عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية،المرجع السابق،ص 173.

[5] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 243.

مهددة بالزوال[1]،وبالتالي فالملكية تنتقل إلى المشتري ولكن تحت شرط فاسخ،وهو عدم دفع الثمن،فإذا تحقق تزول الملكية بأثر رجعي،ولكن لا يمكن الأخذ بذلك أمام اتجاه إرادة طرفي العقد إلى اعتبار الملكية باقية بيد البائع إلى غاية استيفاء الثمن.أما اعتبارها شرط واقف فإن المشتري لا يصبح مالكا للمبيع،إلا بعد الوفاء الفعلي بالثمن،ويلاحظ هنا أن البائع يبقى هو المالك،ومنه فليس للمشتري إلا حق احتمالي أو شرطي[2]،يتحقق بالوفاء بالثمن .

والمشرع الجزائري قد اعتبر هذا الشرط بشرط واقف وهو دفع المشتري كل الأقساط،وهذا ما يستشف من في نص المادة 363 ق م [3]،وبالتالي فموكز المشتري قبل الوفاء بالثمن ليس بمالك الشيء المبيع حتى ولو تم تسليمه إياه، حيث لا يستطيع التصرف فيه،عكس ما ذهب إليه البعض والذي أجاز للمشتري التصرف في المبيع بالبيع أو الرهن ويكون تصرفه كذلك موقوفا،و حيث أن المشتري لا يعد مبددا أو خائنا للأمانة ،لأن ذلك يقتضي قيام عقد الإيجار أو العارية أو الوديعة وليس البيع بالتقسيط من بين هذه العقود،ولو أفلس المشتري والشرط لا يزال معلقا،كان الباقي من الثمن دينا في التفليسة يزاحم به البائع سائر دائني المشتري،ولا يستطيع أن يسترد المبيع من التفليسة.[4]

وشرط الاحتفاظ بالملكية يعطي للمشتري بعض السلطات نتيجتها السيطرة المادية والفعلية للمبيع على إثر تسليمه له،وهي سلطة استعمال الشيء المبيع بحالته في نطاق الاستغلال العادي للمشتري،ولا يعطي له سلطة التصرف ففي هذا الشيء أو استغلاله،لكن حق الاستعمال هنا يختلف عن حق الاستعمال كحق عيني تقليدي من حيث المضمون،فهذا الحق لا يعطي لصاحبه سلطة مباشرة ونهائية ومؤكدة على الشيء المبيع،وإنما سلطة قابلة للتأكيد والثبات كلما اقترب المشتري من الوفاء بكامل الثمن.[5]

---

[1] نبيل إبراهيم سعد،الملكية كوسيلة للضمان،المرجع السابق،ص 28.

[2] نبيل إبراهيم سعد،الملكية كوسيلة للضمان،المرجع السابق ،ص 27 و28.

[3] تنص المادة 363 ق م على أنه:« جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله....». والتي تقابلها نص المادة 430 ق م م على أنه:« إذا كان البيع مؤجل الثمن،جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع».

[4] عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،المرجع السابق،ص 243.

[5]نبيل إبراهيم سعد،الملكية كوسيلة للضمان،المرجع السابق،ص 50.

كما رأى الأخر على أنه ليس هناك ما يبرر حرمان المشتري الذي لم يسدد الثمن من استعمال الأشياء التي سلمت له،وكذا الانتفاع بها،وإلا كان التسليم عديم الفائدة بالنسبة له [1]، بيد أن هذا سوف يثير العديد من المشاكل في حالة استرداد البائع للأشياء المباعة إذا تخلف المشتري عن السداد.

ثانيا- الأهمية القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية وتطبيقاته في البيع العقاري:

نتناول بالدراسة هنا أهمية شرط الاحتفاظ بالملكية وكذا تطبيقاته في البيع العقاري.

1- الأهمية القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية:

كما أشرنا سابقا على أن عقد البيع هو عقد ناقل للملكية من البائع إلى المشتري مقابل دفع الثمن المتفق عليه ،والأصل انه عقد فوري التنفيذ ،إلا أنه قد يستبقي البائع ملكيته للمبيع رغم حيازته من طرف المشتري لعدم وفاء هذا الأخير بكامل الأقساط،وبهذا فقد وظف شرط الاحتفاظ بالملكية لتحقيق نوع من الضمان ليفوق فعاليته التأمينات العينية التقليدية، [2] لعجز هذه الأخيرة وقصورها عن توفير الحماية الكافية للدائن ضد مخاطر إعسار المدين.

إن المستفيد من هذا الضمان هو البائع نفسه، بحيث يمكنه من المطالبة باسترداد المبيع أو بالأحرى طلب استحقاق المبيع باعتباره مالكا له مما يجنبه مزاحمة باقي دائني المشتري[3]،بالتالي يجنبه مخاطر إفلاس هذا الأخير.كما يكون المشتري قبل سداد كامل الثمن مجرد حائز،ومن ثم فلا يملك التصرف فيه بالتنازل عنه أو إعادة بيعه للغير طالما لم يسدد ثمنه بعد.[4]

وفي المعاملات العقارية يوجد حماية بمقتضى هذا الشرط على أساس أنه شرط مكتوب ومشهر كما أشرنا سالفا ،على عكس المنقولات التي يظل فيها هذا الشرط عديم الأثر عندما يكون المدين في حالة إفلاس على أساس أن باقي الدائنين يأخذون في اعتبارهم الوضع الظاهر، وهو أن الشيء يدخل في الضمان العام للمدين، خاصة وأن حيازة المدين للشيء المبيع تعزز هذا الوضع الظاهر، ورفض

---

[1] حسني محمد جاد الرب،المرجع السابق ،186.

[2] نبيل إبراهيم سعد،الملكية كوسيلة للضمان،المرجع السابق،ص10.

[3] هنا دعوى الاسترداد بالنسبة للمنقولات أما في مجال العقارات فيرفع دعوى الاستحقاق باعتباره مالكا.

[4] حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق،ص 185.

كل من القضاء الفرنسي والمصري نفاذ الشرط في هذه الحالة، أي أن القضاء فضل مصلحة الجماعة على مصلحة البائع انطلاقا من مبدأ المساواة بين الدائنين وحماية الائتمان الظاهري القائم على وجود المنقول في حيازة المدين [1]،ولكن في فرنسا وبعد صدور القانون 1-05-1980 ، أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية نافذا في مواجهة باقي الدائنين في حالة الإفلاس[2]،يكفي وكما أشرنا سالفا أن يكون مكتوبا من أجل تجنب كل غش ومناقشة لكل الدائنين والذي أصبح هذا الشرط نافذا في مواجهتهم.

2-تطبيقات شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع العقاري:

إن تطبيقات هذا الشرط والذي يعتبر كضمان تظهر فاعليته بشكل جلي ضمن أحكام البيع الإيجاري،وكما يسمى بالإجارة المنتهية بالتمليك،والذي هو كما رأينا سابقا، عقد بيع بمقتضاه يؤجل نقل الملكية خلال مدة معينة،وفي أثناء هذه المدة يوجد إيجار[3] بين البائع المؤجر والمشتري المستأجر.

والمشرع الجزائري قد نظم هذا النوع من البيوع-البيع بالإيجار-المنظم بموجب المرسوم رقم 01-105 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار المعدل والمتمم سالف الذكر.

ووفقا لما ورد في نموذج الأول لعقد البيع بالإيجار الصادر بالقرار المؤرخ في 23 يوليو 2001،في نص المادة 05 منه على أنه :«يتسم هذا العقد بطابع توقيفي ولا يقر نقل ملكية المسكن موضوع البيع بالإيجار للمستأجر المستفيد».

وقد الغي القرار المذكور أعلاه بموجب القرار الوزاري المؤرخ في 04-05-2004 والذي يتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار ،حيث نصت المادة 16 منه على نفس ما نصت عليه المادة 05.

---

[1] محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف، ص 59.

[2] نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الالتزامات وقانون الأموال،منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الثانية،دون ذكر سنة النشر، ص 52.

[3] نفس المرجع،ص 87.

كما جاء في نص المادة 11 من النموذج الأول لعقد البيع بالإيجار على أنه:« تنتقل ملكية المسكن موضوع هذا العقد الخاص بالبيع بالإيجار بعد ما يستوفي المستفيد ثمن بيع المسكن بكامله...».

وبالتالي فبموجب هذا العقد يحتفظ البائع المؤجر بملكيته للمبيع كضمان ، ولا تنتقل إلى المستأجر المستفيد إلا بعد دفع الأقساط المستحقة .وبموجب ذلك يمنع على المستفيد باعتباره مستأجرا التصرف في العقار من تلقاء نفسه، وإلا اعتبر مبددا ومرتكبا لجريمة خيانة الأمانة، باعتبار هذا العقد من عقود الأمانة في حين لا يعد كذلك في البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية ، أما الحيازة المادية فتعود للمستأجر الذي قد يخدع الغير بخصوص حالة يساره.[1]

وإذا تصرف المشتري المستأجر بالعقار يمكن للبائع استرداد العقار من الطرف الآخر،ويستطيع كذلك المؤجر التمسك بحقه كمالك وأن يتذرع بما يخوله من ميزة التقدم والتتبع لكي يحول دون تنفيذ دائني الطرف الآخر على العين واستردادها من التفليسة،وهو يؤمن بذلك من إفلاس المشتري فبل الوفاء بالثمن،كما يمكن للمؤجر أن يتتبع العين في يد أي شخص كان. [2]

وفي حالة فسخ العقد لتخلف المستأجر عن دفع الأقساط المحددة فإن المالك يحتفظ بما قبضه،على عكس البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية يرد المالك ما قبضه للمشتري ،ما لم يتم الاتفاق على استبقاء البائع ما قبضه على سبيل التعويض عن الفسخ.

وخلاصة القول ،إن شرط الاحتفاظ بالملكية يعد أقوى من الشرط المانع من التصرف،لأن البائع الذي يحتفظ بملكية المبيع يكون في مركز أفضل من البائع الذي يشترط على المشتري عدم التصرف.

---

[1] بوراس نجية،المرجع السابق،ص 108.

[2] شرابن حمزة،الملكية كوسيلة لدعم الائتمان،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع قانون الأعمال،جامعة الجزائر،كلية الحقوق بن عكنون،2007-2008،ص 87.

الخاتمة:

حاولنا من خلال دراسة موضوع بيع العقار والمنازعات التي يثيرها،القيام بدراسة شاملة له من خلال أهم الجوانب ،وذلك بتبيان طبيعة البيوع العقارية سواء تمت بعقد أو عن طريق المزاد العلني،أو بما يتعلق بإبرامه و الآثار التي تترتب عليه والتي تنشئ التزامات في مواجهة البائع،والمشتري والمنازعات التي تثور بينهما في هذا الصدد مما يتطلب حسما لها،أو من خلال تبيان أنماط البيوع العقارية بداية من القانون المدني أي القواعد الموضوعية إلى قوانين خاصة معظمها قواعد إجرائية.وقد لاحظنا من خلال هذه الترسانة القانونية والتي تنظم البيع العقاري أنه حاول المشرع فيها الموازنة بين طرفي البيع من البائع إلى المشتري ،وحماية هذا الأخير خاصة وحتى الغير الذي تنتقل إليه الملكية من طرف هذا الأخير بما قرره من ضمانات خاصة.

وفي ختام هذه الدراسة حاولنا تسجيل جملة من النتائج والمقترحات تتمثل فيما يلي:

أ-أهم النتائج:

-إن بيع العقار قد يتم عن طريق التعاقد طبقا لمبدأ الرضائية وبهذا فيخضع للقانون الخاص،أو يمكن أن يتم عن طريق عقد لكن هذا العقد يتضمن شروط غير مألوفة في علاقات الأفراد المدنية والتجارية ،أي يخضع للقانون الإداري عن طريق دفتر الشروط والذي يعبر عن سلطة الإدارة بما لها من امتيازات،كما يمكن استثناءا أن يتم هذا البيع تحت إشراف القضاء عن طريق المزاد العلني وذلك في حالات حددها المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي لا يمكن الخروج عنها.

-بالنسبة لطبيعة البيع القضائي فقد أثارت جدلا فقهيا حول ما إذا كان عقد أو عمل إجرائي،خاصة وأمام نص المشرع في المادة 69 ق م ،على أنه لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد،ومنه فقد اعتبره المشرع الجزائري عقد ،لكن تجدر الإشارة إلى أنه في البيع الجبري إرادة البائع تنعدم،والبيع قد تم رغما عنه فأين مبدأ سلطان الإرادة ؟وإن كانت البيوع القضائية الخاصة كبيع عقار ناقص الأهلية يتم نيابة عنه وبإذن من القضاء وبيع العقار الشائع لتعذر القسمة كذلك يتم بإرادة المشتاعين فقط يطلب إذن من القاضي.

-إن البيع العقاري يمكن أن يرد على الملكية العقارية أي الملكية التامة ،ويمكن أن يتم بيع حق من الحقوق المتجزئة عن حق الملكية كحق الانتفاع مثلا أو ملكية الرقبة.

-بالنسبة لأنواع البيوع،تجدر الإشارة إلى أن تنظيم المشرع لبعض المسائل في القانون المدني أصبح لا يتماشى مع التطورات الحاصلة ،ومثال على ذلك بيع ملك الغير ،فأمام التطور الحاصل في المجال العقاري ونحو تطهير الملكية العقارية من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني ،هذا البيع لا يمكن تصوره على العقار ،إلا إذا كان البيع بسند عرفي أو تم تزوير سندات الملكية أو التواطؤ من طرف الموثق والمحافظ العقاري مع البائع ،وهذا لا يمكن تصوره لما تترتب عليه من مسؤولية جزائية وتأديبية ومدنية وإدارية.

فبالرجوع إلى نص المادة 397 ق م والتي تنص على أنه: «إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه»،فالتساؤل الذي يطرح كيف يعقل أن يبرم الموثق عقدا على عقار مملوك للغير دون النظر في أصل الملكية أي بمجرد إشهاد بالتنازل ،وهو ما يسمى بعقد اللفيف وقيمته القانونية معروفة،والتساؤل الثاني،كيف يمكن للمحافظ العقاري أن يشهر أو يقبل إيداع عقد بيع لعقار مملوك للغير؟

-قد ورد في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أن بيع عقار ناقص الأهلية يتم تحت إشراف القضاء ،ومنه يطرح التساؤل هل استثنى المشرع بيع عقار عديم الأهلية ،أي أن هذا النوع من البيوع لا يتم تحت إشراف القضاء ،وهذا لم يقل به أحد وطبقا لقانون الأسرة فإن عديم الأهلية كالقاصر غير المميز فإنه يتم كذلك بيع أمواله بعد حصول وليه على إذن قضائي طبقا لنص المادة 88 ق أ،وبالنسبة للمحجور عليهم بسبب عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته ،كذلك يجوز لمن ينوب عنهم أي القيم أن يتصرف بالبيع في عقاراتهم بعد إذن قضائي.

-بالنسبة لقاعدة العلم الكافي بالمبيع والتي نصت عليها المادة 352 ق م والتي تتحقق برؤية المبيع ومعرفة أوصافه بما نسميه بالعلم بحالته المادية،فلابد أن تتحقق كذلك بمعرفة المبيع من الناحية القانونية أي ما إذا كان هذا المبيع مثقلا بأعباء أو حقوق وهي مسألة مهمة ،وهنا يتدخل طرف آخر وهو الموثق لتحقيق الاستقرار التعاقدي ويستعلم بذلك من المحافظة العقارية.

-لقد كرس المشرع الرسمية في جميع المعاملات العقارية ،نظرا لما توفره من استقرار قانوني وتعاقدي،لكن الواقع العملي كشف عن وجود تصرفات بعقود عرفية يجهل أصحابها خطورة تصرفاتهم،باعتبار هذه العقود لا تؤدي إلى التمليك من الناحية القانونية وباطلة في نفس الوقت،وما يترتب على التصرف الباطل من آثار ،والمشرع صريح في هذه النقطة،أو لربما هذا التهرب من الرسمية من أجل تفادي دفع رسوم التسجيل، أو بسبب مشكلة أخرى تعاني منها الجزائر وهي عدم تطهير الملكية العقارية باعتبار معظم الأراضي عبر القطر الجزائري بدون سندات تثبت ملكيتها ،لهذا يتم التعامل بها عرفيا،ورغم ذلك فالقضاء قد اعترف بالعقود العرفية وأعطاها مكانة غير مكانتها في التشريع الجزائري ،والخطورة من ذلك حتى بعد صدور قانون التوثيق بموجب الأمر رقم 70-91 المتضمن تنظيم التوثيق،فمن المفروض كان على قضاة الموضوع الحكم ببطلان هذه العقود،لأنها يمكن أن تخلق أوضاع يصعب تصحيحها مستقبلا.

-شهدت المنظومة القانونية في الجزائر تطور في مجال العقود بسبب التكنولوجيا والمعلوماتية مما أدى إلى الاعتراف بالعقود الالكترونية وإعطائها مكانة قانونية ،وربما هذا التطور سوف يلحق العقود التوثيقية بسبب الاعتراف والتنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني بموجب القانون رقم 15-04 سالف الذكر،ولهذا عرفت الجزائر لأول مرة إطلاق عقد توثيقي الكتروني في مجلس قضاء تيسمسيلت سنة 2016،لما ستحققه هذه التقنية من مزايا عديدة.

-بمجرد شهر البيع لدى المحافظة العقارية فإنه يترتب على ذلك نقل ملكيته قانونا للمشتري، وهذا يعتبر تسليم قانوني لا يحتاج إلى تسليم مادي كما في المنقولات.

-بالنسبة للضمان العشري والذي يلتزم به المرقي العقاري في مواجهة مقتني العقار ،والذي يعد خروجا عن الأصل العام في تطبيق هذا الضمان في عقد المقاولة ،والذي يلتزم به المقاول والمهندس المعماري طبقا للمادة 554 ق م في مواجهة رب العمل،وبالتالي هناك توسع في النطاق الشخصي لهذا الضمان،لكن ما يلاحظ أن محل هذا الضمان طبقا للقواعد العامة ما هو إلا تغطية للأضرار الناتجة عن التهدم الكلي أو الجزئي وحتى العيوب المؤثرة وهو ما لم ينص عليه المشرع في القانون رقم 11-04،وحتى أنه لم يشمل المنشآت الثابتة وإنما شمل البناء فقط.

-وفي إطار التزام المرقي العقاري بالضمان السنوي لم يحدد ماهية العيوب التي يشملها هذا الضمان،ومنه هل يفهم من ذلك كل ما يخرج عن الضمان العشري وضمان العيوب الخفية يكون محلا للضمان السنوي؟

-إن الثمن في بيع العقار له خصوصية ،إضافة إلى تنظيمه بموجب القواعد العامة في القانون المدني له قواعد خاصة تنظمه، سواء من حيث طريقة تقييمه خاصة إذا كان عقد البيع إداريا أو حتى قضائيا،أو من حيث كيفيات دفعه سواء بإيداع الخمس أمام الموثق بعدما كان يدفع أمامه النصف ،أو بواسطة وسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية وذلك إذا بلغت قيمة الشراء سقف معين حدده المشرع بنصوص تنظيمية،وحتى أن البيع القضائي وبيوع الترقية العقارية قد حدد المشرع طرق دفع الثمن فيها.

-طبقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين يمكن للبائع إدراج ما يراه مناسبا ولأسباب مشروعة من الشروط ومن بينها الشرط المانع من التصرف لمدة معقولة ،فعلى الرغم من عدم تنظيمه من طرف المشرع الجزائري فقد تم النص عليه في بعض التشريعات المقارنة من بينها المشرع المصري،ولكن بالرجوع إلى نص المادة 104 من المرسوم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري على أنه يتحقق المحافظ العقاري بأن البطاقة العقارية غير مؤشر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق ،وهذا ما يفيد ضمنا أنه يمكن اللجوء لمثل هذه الاشتراطات،وتجدر الإشارة إلى أن المشرع قد نظم الشرط المانع من التصرف بالنسبة للسكنات الممولة من طرف الدولة أو المستفيدة من إعانة الدولة وتم منع مستفديها من التنازل عنها وذلك بمقتضى قوانين المالية من سنة 2008 إلى قانون المالية الحالي،والذي يعتبر شرط قانوني وليس باتفاقي كما رأينا في التشريعات الأخرى.

-حسنا ما فعل المشرع عندما نص في المادة 06 من المرسوم رقم 01-105 على أنه لا يستفيد من صيغة البيع بالإيجار من يملك أو سبق له أن تملك هو أو زوجه ملكية كاملة لعقار،وبمفهوم المخالفة من يتملك أو سبق أن تملك لعقار ملكية مجزأة ،ومن تملك حصة شائعة ومن حاز عقارا بموجب شهادة حيازة لا يمكن إسقاطه من الاستفادة من هذه الصيغة.

- من المفروض أن المشتري في البيع بالإيجار هو المستفيد من الضمان العشري،ولكن الإشكال الذي يطرح هو حول طبيعة هذا العقد باعتبار أنه غير ناقل للملكية،والمستفيد من المسكن ما

هو إلا مستأجر ولم تنتقل إليه الملكية بعد إلا بعد تسديد جميع الأقساط والتي يمكن أن تمتد إلى 25 سنة وخلالها يمكن أن يتهدم البناء جزئيا أو كليا أو يصيبه عيب من شأنه التأثير عليه وعلى سلامته ،إذن هنا تثور إشكالية من هو المستفيد من الضمان العشري،وكذا نوع المسؤولية في حالة تضرر المستفيد من تهدم البناء خلال هذه الفترة .

ب-المقترحات:

أما عن المقترحات التي نقدمها في نهاية هذه الدراسة فتتمثل بعضها في:

- تعديل نص المادة 351 ق م والتي تعرف عقد البيع بما ويتماشى والتعريف الذي أخذ به المشرع الفرنسي على أنه: « عقد يلتزم بمقتضاه البائع بتسليم المبيع سواء كان عقارا أو منقولا إلي المشتري بمقابل ثمن نقدي يدفعه هذا الأخير».

-تعديل نص المادة 793 ق م،حتى يصبح عقد البيع ناقلا للملكية بذاته وليس بعد شهره ،من أجل درء مخاطر تصرف البائع في المبيع مرة أخرى ما بين فترة إبرام البيع ومرحلة شهره،وهو ما يتماشى مع نص المادتين 165 و792 ق م.

-بالنسبة للبيوع التي تتم بالمزاد العلني منها البيوع الجبرية والبيوع المتعلقة ببيع ناقص الأهلية والمفلس والمفقود ،فهذه الأخيرة لابد من أن تتم تحت إشراف الموثق وليس المحضرين القضائيين باعتبارها تتم في الحالات العادية وليس في حالات الحجوز،والتي لا تتطلب تلك الإجراءات الطويلة والتي نص عليها المشرع الجزائري باعتبارها بيوع تتطلب حالة الضرورة،ولهذا فعلى المشرع الفصل بين إجراءات البيوع الجبرية والبيوع القضائية الخاصة،كما فعل المشرع المغربي في ذلك.

-إن المشرع في القانون المدني قد تكلم عن نفاذ الإيجار في مواجهة المالك الجديد في حالة بيع العقار عن طريق عقد أو عن طريق القضاء وخصص البيع الجبري،ولم يتكلم عن البيوع القضائية الخاصة التي تم التطرق إليها سابقا والتي تتم بإذن من القضاء ،فهو بيع قضائي والذي لا يتم إلا بعد ترخيص من القضاء وتحت إشراف القضاء،وبالتالي كان على المشرع تدارك ذلك في نص المادة 469 مكرر 3 ق م على أن تصبح كالآتي: «إذا انتقلت ملكية العين المؤجرة إراديا أو قضائيا يكون الإيجار نافذا في حق من انتقلت إليه الملكية».

-كان من الأجدر على المشرع إضافة عبارة وكل من بلغ سن الرشد لتصبح المادة 42 ق م كما يلي:«لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر السن وكل من بلغ سن الرشد وكان مصاب بعته أو جنون »،وذلك كما أضافها في نص المادة 43 ق م،لأنه لا يحكم بالحجر على المجنون أو المعتوه إلا بعد بلوغه سن الرشد وهو مصاب بهذه العوارض ويتم تعيين مقدم .

-ضرورة تعديل نص المادة 783 ا م ا بما يتناسب مع ما نص عليه المشرع في قانون الأسرة في المواد 81 و88 و95 و100 والتي تفيد كلها على أن فاقد الأهلية وحتى ناقصها يخضعون لأحكام الولاية أو الوصاية أو التقديم،ويراعي كل من الولي والوصي والمقدم ما نصت عليه المادة 88 في حالة بيع العقار للأشخاص الذي يخضعون للوصاية أو الولاية أو التقديم ،على أن يتم الحصول على الإذن القضائي ويتم البيع بالمزاد العلني ،وبالتالي تصبح المادة على النحو التالي: «يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني للمفقود وناقص وعديم الأهلية حسب قائمة شروط البيع تودع بأمانة ضبط المحكمة.....».

-ضرورة تعديل نص المادة 397 ق م المتعلقة ببيع ملك الغير بما يتناسب مع النصوص القانونية التي تنظم الشهر العقاري باعتبار هذا الأخير له حجية -الشهر العيني-وباعتبار المحافظ العقاري يراقب مدى شرعية التصرفات المبرمة والتأكد من أصل الملكية،وهذا ما يؤدي بنا القول إلى تطبيق هذه المادة على المنقول المعين بالذات دون العقار.

- تضييق المشرع في القانون رقم 11-04 من النطاق الموضوعي لمسؤولية المرقي العقاري،حيث حصرها فقط في مسؤوليته عن تهدم البناية سواء كليا أو جزئيا،وهذا ما يدعو إلى ضرورة تعديل نص المادة 46 من نفس القانون بما يتماشى مع نص المادة 554 ق م والتي تضيف المسؤولية عن العيوب المؤثرة عن متانة البناء والمنشآت الثابتة وحتى مع نص المادة 181 من الأمر 95-07 المتعلق بالتأمينات والتي تضيف صلابة عناصر التجهيز الغير القابلة للانفصال .

-ضرورة تعميم الالتزام بالإعلام في البيوع العقارية، وذلك تأمينا للبناءات التي ستقام على هذه الأراضي أو تأمينا للمستهلك العقاري،خاصة إذا كانت تلك الأراضي واقعة في مناطق زلزالية أو معرضة للكوارث الطبيعية وغيرها، كما فعل المشرع الفرنسي وذلك في إطار القانون رقم 2003-699 المؤرخ في 30-07-2003 والمتعلق بالوقاية من الأخطار التكنولوجية والطبيعية وإصلاح

الأضرار،وضرورة الإرفاق بملف البيع لدى الموثق بتشخيص تقني يبين حالة العقار ومدى تعرضه للأخطار مستقبلا .

– باعتبار العقد شريعة المتعاقدين يمكن للأطراف المتعاقدة إدراج ما يرونه مناسبا من شروط من بينها الشرط المانع من التصرف،وأمام عدم إدراج مادة صريحة في القانون المدني تنظم مثل هذا الشرط المانع وتبين شروطه كما فعل المشرع المصري ، يجب ألا يترك الأمر بدون تنظيم أمام وجود هذا الفراغ القانوني لهاته المسألة،وذلك من أجل حماية المتصرف له ،ومن أجل رقابة القاضي حول مدى توفر شروط صحة هذا الشرط من عدمه.

تم بعون الله وحمده

قائمة المراجع:

أولا-المراجع باللغة العربية:

1-المراجع العامة:

1) أحمد المليجي،محاضرات في مادة التنفيذ الجبري،1990،مطبعة الأمل الجديدة.

2) أحمد مليجي،التنفيذ وفقا لنصوص قانون المرافعات معلقا عليها بآراء الفقه وأحكام النقض،القسم الثالث،دار النهضة العربية،القاهرة.

3) أحمد سلامة،التأمينات المدنية،الرهن الرسمي،دار التعاون للطباعة والنشر،القاهرة،1966.

4) أعمر يحياوي،الوجيز في الأموال الخاصة التابعة للدولة والجماعات المحلية،دار هومة،طبعة 2009.

5) أنور طلبة،دعوى التعويض،المكتب الجامعي الحديث للنشر،الطبعة الأولى،2003.

6) حمدى المغاورى محمد عرفه،إجازة العقد القابل للإبطال،دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي دار الفكر الجامعي،الإسكندرية ،2013.

7) حمدي باشا،إشكالات التنفيذ وفقا للقانون 09-08،دار هومة، الطبعة الثانية، 2012 .

8) حمدي باشا،القضاء العقاري،على ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع،دار هومة.

9) حمدي باشا،دراسات قانونية مختلفة،دار هومة.

10) حوحو يمينة،عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري،الطبعة الأولى،دار بلقيس،الجزائر،2016.

11) خير الدين موسى فنطازي،عقود التبرع الواردة على الملكية الخاصة،الوقف،دار زهران للنشر والتوزيع،عمان، الطبعة الأولى،سنة 2012.

12) رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد البارئ،الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية،طبعة سبتمبر 2009،دون ذكر دار النشر.

13) رمضان أبو السعود،التأمينات الشخصية والعينية،الطبعة 2006،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية.

14) رمضان أبو السعود،العقود المسماة،عقد الإيجار،الأحكام العامة،دار المطبوعات الجامعية،طبعة 1999.

15) زهدور محمد،الوصية في القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية،الطبعة 1991،المؤسسة الوطنية للكتاب.

16) سلطاني عبد العظيم،تسيير وإدارة الأملاك الوطنية في التشريع الجزائري،دار الخلدونية.
17) سمير عبد السيد تناغو،أحكام الالتزام والإثبات،الطبعة الأولى،2009،مكتبة الوفاء القانونية.
18) عبد الحكم فودة،النظام القانوني لحماية الورثة من الوصايا المستترة،مرض الموت،الاحتفاظ بالحيازة والمنفعة،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،2006.

19) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،العقود الواردة على الملكية، البيع والمقايضة،الجزء الرابع،دار إحياء التراث العربي،بيروت ،ص 398.
20) عبد الرزاق السنهوري، شرح القانون المدني الجديد،العقود الواردة على العمل والوكالة والوديعة والحراسة،ج 01،ط 03،بيروت لبنان،1998.

21) عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني ،أسباب كسب الملكية ،الجزء التاسع، دار إحياء التراث العربي،بيروت،ص449.
22) عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،حق الملكية،الجزء الثامن،دار إحياء التراث العربي،بيروت.
23) عبد السلام ذيب،قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ترجمة للمحاكمة العادلة،طبعة ثانية منقحة،موفم للنشر.
24) عبد الفتاح عبد الباقي،نظرية العقد والإرادة المنفردة،دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي،1984،دون ذكر دار النشر.
25) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري،ديوان المطبوعات الجامعية.
26) فتحي والي،التنفيذ الجبري في القانون الكويتي ،مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة الأولى،سنة 1987 .
27) فتحي والي،التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات المدنية والتجارية وقانون الحجز الإداري،طبعة 1981،دار النهضة العربية.
28) محمد الحبيب التجكاني،نظام التبرعات في الشريعة الإسلامية،دراسة تأصيلية عن الإحسان الاختياري،طبعة 1983،دار النشر المغربية .
29) محمد بكر إسماعيل، أحكام البيع من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني،(دون ذكر دار النشر)،2011
30) محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف.
31) محمد سعيد جعفور،إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي،دار هومة.

32) محمد سعيد جعفور،مدخل إلى العلوم القانونية،الجزء الثاني،دروس في نظرية الحق،الطبعة الأولى،2011،دار هومة.
33) محمد سمارة،أحكام وآثار الزوجية،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع.
34) محمد عبد الخالق عمر،مبادئ التنفيذ،دار النهضة العربية،الطبعة الرابعة،1978.
35) محمودي عبد العزيز، حاج علي السعيد، إجراءات تفعيل الحيازة القانونية كآلية لتسليم عقود الملكية،الطبعة الأولى،منشورات بغدادي.
36) محمودي عبد العزيز،رد التحايل على أحكام الميراث في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، طبعة 2006.
37) نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الالتزامات وقانون الأموال، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية.
38) وجدي راغب،أحمد ماهر زغلول،مذكرات في إجراءات التنفيذ،سنة 1993.

2-المراجع الخاصة:

1) إبراهيم السيد أحمد،الشرط المانع من التصرف فقها و قضاءا، ،المكتب الجديد، الإسكندرية،مصر ، بدون رقم طبعة، 2004.
2) أحمد إبراهيم بك،واصل علاء الدين أحمد إبراهيم ، انتقال ما كان يملكه الإنسان حال حياته إلى غيره بعد موته،التركة والحقوق المتعلقة بها،المواريث علما وعملا،الوصية،تصرفات المريض مرض الموت،الجزء الثاني،مكتبة الأزهرية للتراث.
3) أحمد عبد العال أبو قرين،المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس،البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني،دراسة تطبيقية في ضوء الفقه وأحكام القضاء مع التعليق على شروط عقد المقاولات الهندسة المدنية،الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين،الطبعة الأولى،دار الثقافة الجامعية.
4) أدوار عيد،الأنظمة العقارية،التحديد والتحرير-السجل العقاري، بدون ذكر دار النشر ، الطبعة الثانية ،1996.
5) أشرف جابر سيد،مدى الاحتجاج بالشرط المانع من التصرف في مواجهة دائني المتصرف إليه،طبعة 2010،دار النهضة العربية.
6) أنور سلطان،العقود المسماة،البيع والمقايضة،دون ذكر دار النشر،1951.
7) أنور طلبة ،الشفعة والتحليل لإسقاطها،المكتبة القانونية،الطبعة 2004.
8) أنور طلبة،نفاذ وانحلال البيع،دار الكتب القانونية.
9) بوقندورة سليمان،البيوع العقارية الجبرية والقضائية،دار هومة،2015.

10) جعفر محمد جواد الفضلي،الوجيز في عقد البيع ،منشورات زين الحقوقية،بيروت،طبعة 2013.
11) جمال بوشنافة،شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري،دار الخلدونية،2006.
12) جميل الشرقاوي،شرح العقود المدنية،البيع والمقايضة،دار النهضة العربية،القاهرة، طبعة 1991.
13) جميلة زايدي،إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري،،دار الهدى.
14) حسنى محمود عبد الدايم، مرض الموت وأثره على عقد البيع،دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي،الطبعة الثانية،2011،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية .
15) حسني محمد جاد الرب،صور وأحكام التملك بالإيجار،دراسة مقارنة الفقه الإسلامي والقانون الوضعي،المركز القومي للإصدارات القانونية،طبعة 2009.
16) حمدي باشا ،حماية الملكية العقارية الخاصة،طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام،،دار هومة،الطبعة الثامنة 2012.
17) حمدي باشا،نقل الملكية العقارية، في ضوء آخر التعديلات،دار هومة،2009.
18) خلف محمد،عقد البيع على ضوء الفقه وأحكام النقض،دار الفكر والقانون.
19) خليل أحمد حسن قدادة،الوجيز في شر ح القانون المدني الجزائري،عقد البيع،الطبعة الرابعة،ديوان المطبوعات الجامعية،2001.
20) دوة أسيا،رامول خالد، الإطار القانوني لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري ،الطبعة الثانية ،دار هومة ،2009.
21) رمول خالد، المحافظة العقارية كآلية للحفظ العقاري في التشريع الجزائري، قصر الكتاب، (دون سنة النشر).
22) زاهية سي يوسف،الوجيز في عقد البيع،دراسة فقهية وقضائية ،دار هومة.
23) زنوش طاوس،البيع بالإيجار،ديوان المطبوعات الجامعية،(دون ذكر سنة الطبع)،.
24) سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي،ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع،دراسة مقارنة،(دون ذكر دار النشر)، طبعة 2008.
25) سمير عبد السميع الأودن،ضمان العيوب الخفية التي تقع على عاتق بائع العقار ومشيدي البناء المقاولين والمهندسين،مكتبة الإشعاع للطباعة والنشر، طبعة 2000.
26) سمير عبد السيد تناغو،عقد البيع،المعارف الإسكندرية، الطبعة 1984.
27) عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة في القانون المدني ،البيع والإيجار،دراسة مقارنة معززة بالتطبيقات القضائية،الطبعة الأولى،دار الثقافة للنشر والتوزيع،2009.

28) عبد الحفيظ بن عبيدة،إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري،دار هومة،2004.
29) عبد الرحمان أحمد جمعة الحلالشة،الوجيز في شرح القانون المدني الأردني،عقد البيع،دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية،الطبعة الأولى ،2009،دار وائل للنشر.
30) عبد الرزاق حسين ياسين،المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء،شروطها،نطاق تطبيقها، والضمانات المستحدثة فيها،دراسة مقارنة في القانون المدني،ط 1،دار المعارف الإسكندرية،1985.
31) عبد الله عبد النجار،مبادئ عقد البيع،دار النهضة العربية،1997.
32) فيصل ذكي عبد الواحد،البيوع القضائية وفكرة ضمان الاستحقاق وفقا للقانونين الكويتي والمصري،مطبوعات جامعة الكويت، طبعة أولى،سنة1999.
33) فيصل ذكي عبد الواحد،الطبيعة القانونية للبيوع القضائية وتحديد الطرف البائع وفقا للقانونين المصري والكويتي،دار النهضة العربية،القاهرة ،دون تحديد الطبعة.
34) لحسين بن الشيخ آث ملويا،المنتقى في عقد البيع،دراسة فقهية وقضائية مقارنة،نصوص للمطالعة،أعمال تطبيقية،دار هومة، الطبعة الثانية،2006.
35) مجيد خلفوني،شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري مدعم بقرارات قضائية،دار هومة.
36) محمد المنجي، عقد البيع الابتدائي، الآثار القانونية والعملية لعقد البيع غير المسجل، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثانية 1987.
37) محمد بكر إسماعيل، أحكام البيع من الكتاب والسنة على المذاهب الأربعة، الجزء الثاني،(دون ذكر دار النشر)،2011
38) محمد حسنين،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري،عقد البيع،الجزء الرابع،الطبعة 1983،ديوان المطبوعات الجامعية.
39) محمد حسين منصور،المسؤولية المعمارية،دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،2006.
40) محمد حسين منصور،شرط الاحتفاظ بالملكية،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2007.
41) محمد شتا أبو سعد،الشفعة والصورية،دار النهضة العربية،القاهرة، طبعة 1995.
42) محمد عزمي البكرى،الملكية الشائعة،الطبعة الأولى،دار محمود،القاهرة،2017،.
43) محمد كامل مرسي،عقد البيع والمقايضة،المطبعة العالمية،1953.
44) محمود السيد عمر التحيوى،البيع الجبري للعقار والحجز الإداري،دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية،طبعة 2001.

45) مصطفى أحمد الزرقا،العقود المسماة في الفقه الإسلامي،عقد البيع،دار القلم،دمشق، الطبعة الثانية 2012.
46) مليكة بعاشي،الإجراءات التوثيقية الرسمية لعقد البيع،دار النعمان،2012.
47) منصور مصطفى منصور،مذكرات في العقود المسماة،البيع والمقايضة والإيجار،دون ذكر دار النشر،الطبعة 1958.
48) ميدي أحمد،الكتابة الرسمية كدليل إثبات في القانون المدني الجزائري،دار هومة،2005.
49) نبيل إبراهيم سعد،الحقوق العينية الأصلية،طبعة 2010منشورات حلبي الحقوقية.
50) نبيل إبراهيم سعد،الملكية كوسيلة للضمان،الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان،نقل الملكية على سبيل الضمان،طبعة 2007،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية.
51) هشام طه محمود سليم،ضمان الاستحقاق في البيوع،المكتب العلمي للبحوث ،الطبعة الأولى،2009.
52) وسيلة وزاني،وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري،دراسة قانونية تحليلية، دار هومة،طبعة 2009.

3-المقالات والمداخلات:

1) أحمد إبراهيم الحياري، حماية المشتري في بيع بناء تحت الإنشاء،دراسة مقارنة في القانونين الفرنسي والأردني،مجلة الحقوق، جامعة الكويت ،العدد الرابع،السنة 33،ديسمبر 2009.
2) أحمد سمير محمد سمير الجبوري،التنظيم القانون للبيع الجبري في قانون التنفيذ دراسة مقارنة،مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية،جامعة كركوك،دون ذكر عدد المجلة وتاريخ النشر.
3) إيمان طارق شكري،نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء،دراسة مقارنة،مجلة جامعة بابل،العلوم الإنسانية،المجلد 20،العدد2 ، سنة 2012.
4) بلجراف سامية ،ضمانات المشتري في عقد البيع على التصاميم،مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة ،عدد تجريبي،سنة 2013.
5) بن شريف سليمان،التفاضل بين وسائل الضمان،مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون،العدد 35 سبتمبر،2013.
6) بوراس نجية،شرط الاحتفاظ بالملكية،مدى الضمان الذي يقدمه في عقد الليزنغ،مجلة المحامي، منشورات دار المحامي،سيدي بلعباس ،العدد السابع،السنة السابعة، ،جويلية 2010.
7) بوستة إيمان،دعم الدولة غير المباشر لمشاريع الترقية العقارية ذات الطابع الاجتماعي،مجلة الحقوق والحريات،جامعة محمد خيضر،بسكرة، ع تجريبي،سنة 2013.

8) بوشربي مريم،بيع الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في ظل قانون الأملاك الوطنية في الجزائر،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،ع العاشر،جانفي 2017.

9) بوشنافة جمال،المنازعات الناشئة عن إيجار السكنات الاجتماعية،دراسة تحليلية على ضوء النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي الجزائري،دفاتر السياسة والقانون،العدد السابع،جوان 2012.

10) بوقرة أم الخير،صفة المالك المسؤول عن تهدم البناء طبقا لأحكام القانون المدني الجزائري،مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،العدد السادس عشر، ،ديسمبر 2017.

11) توفيق زيداني،استعمال الحق في الشفعة لفائدة الخزينة في مجال الجباية العقارية،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،العدد التاسع،جوان 2016.

12) ثروت بدوي،المعيار المميز للعقد الإداري،بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد3،السنة 27.

13) جمال بوشنافة،الأثر المنشئ للشهر وأثره على العقد كأحد أسباب كسب الملكية العقارية،دراسة تحليلية على ضوء التشريع والاجتهاد القضائي الجزائري،دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع،جانفي 2011.

14) حبيب ميرزا العماري،الشرط المانع في عقد الإيجار،دراسة مقارنة،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،العدد الأول،السنة الرابعة.

15) حنان موشارة،قيود الملكية العقارية الخاصة الواردة في صيغ بعض البيوع العقارية،مداخلة ألقيت مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها بالتشريع الجزائري،جامعة 08 ماي 1945 قالمة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،يوم 25 و26 سبتمبر 2013.

16) خليل أحمد قدادة،مدى شرعية القيود الإراديةّ التي ترد على حق الملكية،دراسة مقارنة بين القانون المدني الفرنسي والمصري والأردني،ومجلة الأحكام العدلية والمشروع التمهيدي للقانون المدني الفلسطيني،مجلة الجامعة الإسلامية(سلسلة الدراسات الإنسانية) المجلد الثاني عشر، العدد الثاني،يونيو 2014.

17) دراجي خدروش،أسباب الشفعة وإجراءاتها،مداخلة ألقيت بالملتقى الوطني حول الملكية العقارية الخاصة والقيود الواردة عليها بالتشريع الجزائري،جامعة 08 ماي 1945 قالمة،كلية الحقوق والعلوم السياسية،يوم 25 و26 سبتمبر 2013.

18) دغيش أحمد، تدخل الدولة لضمان استغلال العقار الفلاحي وعدم الإضرار به،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية،العدد الثالث،سبتمبر 2004.

19) رضا دغبار،النظام القانوني للبيع بالإيجار،في الشروط الموضوعية،مجلة العلوم الإنسانية،جامعة محمد خيضر،بسكرة،العدد 28/27،نوفمبر 2012

20) زايدي حميد،عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري،دراسة نقدية،المجلة النقدية،(دون ذكر العدد والسنة).

21) سي يوسف زاهية، إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته،مجلة الحقوق والحريات، ،كلية الحقوق والعلوم السياسة،جامعة محمد خيضر ،بسكرة ،عدد تجريبي،سنة 2013.

22) شكري محمود دواد السليم،المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني،دراسة فقهية مقارنة،مجلة الرافدين للحقوق،المجلد 14،العدد 49،السنة 16

23) ضحى محمد سعيد النعمان،صهيب عامر سالم،إيجار عقار القاصر،دراسة في القانون العراقي،مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية.

24) عز الدين زوبة،خصوصية عقد البيع على التصاميم،،مجلة الحقوق والحريات،جامعة بسكرة ،عدد تجريبي،سنة 2013..

25) علي بن شعبان،النظام القانوني للتنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة و دواوين الترقية والتسيير العقاري ،مجلة تشريعات البناء والتعمير،العدد الرابع ديسمبر 2017.

26) علي عبد العالي خشان ،النظام القانوني للشكل،مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية ،المجلد 14،العدد 02،سنة 2007.

27) عمور محمد،الإطار القانوني لمنح العقار الموجه لنشاط الترقية العقارية بالجزائر،مجلة البحوث العلمية في التشريعات البيئية،العدد التاسع،جوان 2017.

28) عياشي شعبان،خصائص عقد البيع على التصاميم،مجلة العلوم الإنسانية،العدد 48،المجلد ب،جامعة الإخوة منتوري،قسنطينة.

29) الغوثي بن ملحة،الحجز العقاري،بحث منشور بمجلة الاجتهاد القضائي،الغرفة العقارية،،الجزء الأول،قسم المحكمة العليا،سنة 2004.

30) فريدة مزياني،آمنة سلطاني،مبدأ حظر توجيه أوامر من القاضي الإداري للإدارة والاستثناءات الواردة عليها،مجلة المفكر،المركز الجامعي الوادي، العدد السابع.

31) فسيح جميلة،الأمن القانوني في المعاملات العقارية،الرسمية والأثر النسبي،مداخلة ألقيت في اليوم الدراسي حول المعاملات العقارية،نظرة تطبيقية،مخبر النشاط العقاري،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة جيلالي اليابس،يوم 02-12-2015.

32) فؤاد كامل، التزام المرقي العقار بضمان كمال إنجاز المنشأة العقارية،دفاتر السياسة والقانون،العدد 13،جوان 2015.

33) لعشاش محمد،موقف مجلس الدولة من إلغاء العقود المحررة خلافا لأحكام المرسوم 62-03 المتضمن منع التصرف في الأملاك الشاغرة،مجلة الدراسات القانونية، جامعة المدية،كلية الحقوق والعلوم السياسية، المجلد الخامس،ع الأول،جانفي 2019.

34) محمد بن محمد ،دور إدارة أملاك الدولة في الترقية العقارية،مداخلة ألقيت في الملتقى الوطني حول الترقية العقارية–الواقع والأفاق–جامعة قاصدي مرباح،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 17 و18– 02–2012.

35) محمد جمال مطلق ذنيبات،العقد الإداري،دراسة مقارنة،مكتبة القانون والإقتصاد،ذون ذكر السنة،الرياض

36) محمد عماد الدين عياض،نطاق تطبيق قانون حماية المستهلك وقمع الغش،دفاتر السياسة والقانون،العدد التاسع،2013.

37) مدين فاطمة الزهراء،شرقي حفصة، بيع الحقوق المتنازع فيها بين الشريعة والقانون،مجلة القانون والأعمال،العدد السادس،يونيو 2016.

38) نكاع عمر،الشروط القانونية في انتقال التركة العقارية في التشريع الجزائري،مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري،قسنطينة،العدد 44 ديسمبر 2015.

39) نواف حازم خالد،انقضاء الحق في الحبس للضمان بطريق أصلي،دراسة تحليلية مقارنة،مجلة الرافدين للحقوق،مجلد 1/السنة العاشرة،عدد 24، سنة 2005.

40) نويري عبد العزيز ،الاستثناءات الواردة على المعيار العضوي بشأن تحديد المنازعة الإدارية في الجزائر،دراسة تطبيقية،مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ،عدد أول خاص بالملتقى المغاربي المقاربة المغاربية لمعيار القانون الإداري،جانفي 2015.

41) هشام بن الشيخ،الاحتفاظ بالملكية ودوره التأميني،عقد الاعتماد الإيجاري كنموذج،دفاتر السياسة والقانون،العدد 16 ،جانفي 2017.

42) وهيبة عثامنة،الشهادة التوثيقية على ضوء القانون وتطبيقات القضاء الجزائريين،مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السابع، سبتمبر 2015.

4–المذكرات والرسائل الجامعية:

1) أحمد دغيش،حق الشفعة في التشريع الجزائري،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون،تخصص القانون الخاص،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2007–2008.

2) آسيا جرورو،المباني المقامة على أرض الغير في القانون الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع عقود ومسؤولية،جامعة الجزائر،كلية الحقوق،بن عكنون،2003–2004.

3) أمازوز لطيفة،التزام البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري،أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2011.

4) بن زواوي سفيان،بيع المحل التجاري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،فرع قانون الأعمال، جامعة منتوري ،قسنطينة ،كلية الحقوق ،2012-2013.

5) بن عبد القادر زهرة، نطاق الضمان العشري للمشيدين،دراسة مقارنة بين التشريعين الفرنسي والجزائري،بحث لنيل شهادة الدكتوراه العلوم،فرع قانون الأعم ال ، جامعة الحاج لخضر،باتنة ،كلية الحقوق والعلوم السياسية،سنة 2008-2009.

6) بن عودة ناجية،إثبات عقد الإيجار في التشريع الجزائري،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق،تخصص القانون المدني المعمق،جامعة مستغانم،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2018-2019.

7) تسبية أعمر،الآليات القانونية لحماية المشتري في عقد البيع على التصاميم،أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق،تخصص القانون الخاص،جامعة أدرار،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2018-2019.

8) خوادجية حنان سميحة،النظام القانوني للعقار الصناعي في الجزائر ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه،القانون الخاص، جامعة منتوري قسنطينة ،كلية الحقوق،2014-2015.

9) خوادجية سميحة حنان،قيود الملكية العقارية الخاصة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون الخاص،قسم القانون العقاري،جامعة منتوري، قسنطينة، كلية الحقوق .

10) ربحي محمد أحمد هزيم،ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع،دراسة مقارنة،مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص.جامعة النجاح الوطنية،نابلس فلسطين،كلية الدراسات العليا،سنة 2007.

11) رحايمية عماد الدين،الوسائل القانونية لإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه،تخصص قانون،جامعة مولود معمري،تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2013-2014.

12) زردوم بن عمار صورية ،النظام القانوني للأملاك الوقفية في التشريع الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العقاري، جامعة الحاج لخضر،باتنة ،كلية الحقوق، ،2009-2010.

13) شرابن حمزة،الملكية كوسيلة لدعم الائتمان،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع قانون الأعمال،جامعة الجزائر،كلية الحقوق بن عكنون،2007-2008.

14) شيخ سناء،الشكلية في إطار التصرفات العقارية بين التشريع والقضاء،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة أبو بكر بلقايد،تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011-2012

15) عادل عبد العزيز عبد الحميد سماره،مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني،دراسة مقارنة،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،جامعة النجاح الوطنية في نابلس،فلسطين،كلية الدراسات العليا،2007.

16) عليوان راضية، حق الانتفاع العيني العقاري في القانون الجزائري،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص،ـــنخصص عقود ومسؤولية،جامعة الجزائر ،كلية الحقوق بن عكنون،2000-2001.

17) عياشي شعبان،عقد البيع على التصاميم دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والفرنسي،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة منتوري قسنطينة،كلية الحقوق،2011-2012.

18) فايز مثقال شجراوي،الطبيعة القانونية للبيوع القضائية والإدارية،دراسة مقارنة،رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق،جامعة عين شمس،كلية الحقوق،قسم القانون المدني،2016.

19) فسيح حمزة، لتنظيم القانوني لاستغلال العقار الصناعي في عملية الاستثمار،مذكرة لنيل شهادة الماجستير،فرع الدولة والمؤسسات العمومية، جامعة الجزائر ،كلية الحقوق ،2005.

20) لبيض ليلى،المرجع السابق،منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية،جامعة محمد خيضر،بسكرة،كلية الحقوق،2011-2012.

21) لخضر غويسم،آثار الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري،مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق،فرع عقود والمسؤولية،جامعة الجزائر،بن يوسف بن خدة،كلية الحقوق،2012-2013.

22) محمد زعموش،نظرية ا لعيوب الخفية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي،دراسة مقارنة،رسالة لنيل دكتوراه دولة،جامعة منتوري ،قسنطينة، كلية الحقوق 2004-2005.

23) منصور فؤاد عبد الرحمن مساد،الشفعة كسبب من أسباب كسب الملكية،دراسة مقارنة، أطروحة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص،جامعة النجاح الوطنية نابلس،فلسطين،كلية الدراسات العليا،2008.

24) موسى نسيمة،ضمانات تنفيذ عقد الترقية العقارية،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة الجزائر،كلية الحقوق،2015.

25) موهوبي محفوظ،مركز العقار من منظور قانون الاستثمار،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون،فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق بودواو ،جامعة أمحمد بوقرة،بومرداس،2008-2009.

26) ناصر لباد،النظام القانوني للسوق العقارية في الجزائر،رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه دولة،قسم القانون العام، جامعة باجي مختار،عنابة ،كلية الحقوق ،2004-2005.

27) نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص،جامعة الجزائر 1،كلية الحقوق،2012،2013.
28) وناس يحي،الآليات القانونية لحماية البيئة في الجزائر،أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام،جامعة أبي بكر بلقايد،تلمسان،،كلية الحقوق،2007.

5-النصوص القانونية والتنظيمية:

-الدساتير:

1) دستور 1996 المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي رقم 20-442 المؤرخ في 30-12-2020 يتعلق بإصدار التعديل الدستوري المصادق عليه في استفتاء أول نوفمبر 2020،ج ر،ع 82،المؤرخة في 30-12-2020.

-القوانين:

1) القانون رقم 81-01 المؤرخ في 07-02-1981 المتضمن التنازل عن الأملاك العقارية ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري أو الحرفي التابعة للدولة والجماعات المحلية ومكاتب الترقية والتسيير العقاري والمؤسسات والهيئات والأجهزة العمومية الملغى،ج،ع 06،المؤرخة في 1981.
2) قانون الأسرة رقم 84-11 المؤرخ في 09-06-1984 ج ر،ع 31،المؤرخة في 31-07-1984،المعدل والمتمم بالأمر 02-05 المؤرخ في 27-02-2005،ج ر،ع 15،المؤرخة في 2005.
3) قانون رقم 84-21 المؤرخ في 24-12-1984 المتضمن قانون المالية لسنة 1985،ج ر،ع 72،المؤرخة في 31-12-1984.
4) القانون رقم 86-07 المؤرخ في 04-03-1986 المتعلق بالترقية العقارية الملغى،ج ر،ع 10،المؤرخة في 05-03-1986.

5) القانون رقم 87-19 المؤرخ 08-12-1987 المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم الملغى، ج ر،ع 54،المؤرخة في 1987.
6) القانون رقم 88-14 المؤرخ في 3-05-1988 الذي يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني،ج ر،ع 18،المؤرخة في 4-05-1988.
7) القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12 يوليو 1988،الذي يتضمن تنظيم التوثيق الملغى، المؤرخ في 12 يوليو 1988،ج ر،ع 28 المؤرخة في 13 يوليو 1988.

8) القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن التوجيه العقاري ج ر،ع 49،المؤرخة في 1990.
9) القانون رقم 90-30 ،المؤرخ في 01-12-1990، يتضمن قانون الأملاك الوطنية،ج ر،ع 52،المؤرخة في 02-1-1990،المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008،ج ر،ع 44،المؤرخة في 03-08-2008.
10) القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27-10-1991 المتعلق بالأوقاف ج ر،ع 21،المؤرخة في 08-05-1991.
11) القانون رقم 97-02،المؤرخ في 31-12-1997،المتضمن قانون المالية لسنة 1998 ،ج ر،ع89، المؤرخة في 31-12-1997.
12) القانون رقم 2000-06 المؤرخ في 23-12-2000 المتضمن قانون المالية لسنة 2000 ،ج ر،ع 80،المؤرخة في 24-12-2000.
13) القانون رقم 01-21 المؤرخ في 22-12-2001 المتضمن من قانون المالية لسنة 2002، ج ر،ع 79،المؤرخة في23-12-2001.
14) القانون رقم 03-03 المؤرخ في 17-02-2003 يتعلق بالمناطق السياحية، ج ر،ع 11،المؤرخة في 19-02-2003.
15) القانون رقم 03-06 المؤرخ في 12 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21-05-2003 ج ر،ع 37،المؤرخة في 15-06-2003.
16) القانون رقم 03-10 المؤرخ في 19-07-2003 المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج ر،ع 43،المؤرخة في 19-07-2003.
17) القانون رقم 03-22 المؤرخ في 28-12-2003 المتضمن قانون المالية لسنة 2004،ج ر،ع83،المؤرخة في 29-12-2003.
18) القانون رقم 05-04 المؤرخ في 06-02-2005،المتضمن قانون تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين، ج ر،ع 12 ،المؤرخة في 13-02-2005، المعدل والمتمم بالقانون 18-01 المؤرخ في 30-01-2018، ج ر،ع 05،المؤرخة في 30-01-2018.
19) القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06-02-2005 الذي يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر،ع 11،المؤرخة في 09-02-2005.
20) القانون رقم 05-16،المؤرخ في 31-12-2005 ،المتضمن قانون المالية لسنة 2006،ج ر،ع85،المؤرخة في31-12-2005.

21) القانون رقم 06-03 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي المؤرخ في 20-02-2006، ج ر ، ع 14، الصادرة في08-03-2006.
22) القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20-02-2006،المتضمن تنظيم مهنة التوثيق،ج ر،ع المؤرخة في، ج ر،ع 14،المؤرخة في 08-03-2006.
23) القانون رقم 06-10 المؤرخ في 24-06-2006، المتضمن إلغاء الأمر 03-02 المتعلق بالمناطق الحرة ،ج ر،ع 42 المؤرخة في 25-06-2006.

24) القانون رقم 07-02 المؤرخ في 27-02-2007 يتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري ج ر،ع 15،الصادرة في 28-02-2007.
25) القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13-05-2007 الذي يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر ،ع 31،المؤرخة في ج ر ،ع 31،المؤرخة في 13-05-2007.
26) القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية،المؤرخ في 25-02-2008،ج ر،ع 21 المؤرخة في 22-04-2008.
27) القانون رقم 08-15 المؤرخ في 20-07-2008 المحدد لقواعد مطابقة البنايات وإتمام إنجازها، ج ر،ع 44، المؤرخة في 03-08-2008.
28) القانون رقم 08-16 المؤرخ في 03-08-2008 المتضمن التوجيه الفلاحي ،ج ر،ع 46،المؤرخة في 2008.
29) القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر،ع 15،المؤرخة في 08-03-2009.
30) القانون رقم 10-03 المؤرخ في 15-08-2010 الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة ج ر،ع 46،المؤرخة في 2010.
31) القانون رقم 11-04 المؤرخ في 17-02-2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج ر،ع 14،المؤرخة في 06-03-2011.
32) القانون رقم 11-11 المؤرخ في 1 يوليو 2011،والمتضمن قانون المالية التكميلي 11-407 المؤرخ في 29-11-2011 ،ج ر،ع 66،المؤرخة في 04-12-2011.
33) القانون 11-16 المؤرخ في 28-12-2011، المتضمن قانون المالية لسنة 2012 ج ر،ع 72،المؤرخة في 29-12-2011.
34) القانون رقم 13-07 المؤرخ في 29-10-2013 الذي يتضمن تنظيم مهنة المحاماة ،ج ر،ع 55،المؤرخة في 30-10-2013.

35) القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1-02-2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج ر،ع 06،المؤرخة في 10-02-2015.
36) القانون رقم 15-18 المؤرخ في 30-12-2015 والمتضمن قانون المالية لسنة 2016،ج ر،ع 72،المؤرخة في 31-12-2015.

37) القانون رقم 16-07 المؤرخ في 03-08-2016 الذي يتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة، ج ر،ع 46،المؤرخة في 03-08-2016،الذي ألغى الأمر 96-02 المؤرخ في 10-01-1996 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايدة.
38) القانون رقم 17-11 المؤرخ في 27-12-2017 الذي يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر،ع 76،المؤرخة في 28-12-2017 .
39) القانون رقم 18-09 مؤرخ في 10 يونيو سنة 2018 المعدل والمتمم للقانون 09-03،ج ر،ع 35،المؤرخة في 13 يوليو 2018.
40) القانون 18-18 المؤرخ في 27-12-2019 المتضمن قانون المالية لسنة 2019،ج ر،ع 79،المؤرخة في 30-12-2019.

41) القانون 19-14 المؤرخ في 11-12-2019 يتضمن قانون المالية لسنة 2020،ج ر،ع 81 المؤرخة في 30-12-2019.

ج-الأوامر:

1) الأمر رقم 70-91 المؤرخ في 15-12-1971 المتضمن تنظيم التوثيق الملغى،ج ر،ع 107،المؤرخة في 25-12-1971.

2) الأمر رقم 71-73 المتضمن قانون الثورة الزراعية الملغى، المؤرخ في 08-11- 1971، ج ر،ع ،97 المؤرخة في 1971.
3) الأمر رقم 74-26 المتضمن الاحتياطات العقارية البلدية الملغى،ج ر،ع 19، المؤرخة في 05-03-1974.
4) الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12-11-1975، المتضمن مسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، ج ر،ع 92،سنة 1975.
5) الأمر رقم 76-105 المؤرخ في 09-12-1976 المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم ،ج ر،ع 81،المؤرخة في 18-12-1977.

6) الأمر رقم 83-18 المؤرخ في 18-08-1983 المتعلق بحيازة الملكية العقارية الفلاحية ،ج ر،ع 34،المؤرخة في1983.

7) الأمر 95-07 المؤرخ في 25-01-1995 المتعلق بالتأمينات،ج ر،ع 13،المؤرخة في 08-03-1995،المعدل والمتمم بموجب لقانون 06-04 المؤرخ في 20-02-206،ج ر،ع 15،المؤرخة في 12-03-2006.

8) الأمر رقم 96-09 المؤرخ في 10-02-1996 الذي يتعلق بعقد الاعتماد الإيجاري ج ر،ع 03،المؤرخة في 14-01-1996.

9) الأمر رقم 96-23 المؤرخ في 09-07-1996 الذي يتعلق بالوكيل المتصرف القضائي، ج ر،ع 43،المؤرخة في 10-07-1996.

10) الأمر رقم 2 0-03 المؤرخ في 25-02-2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10-11-2001 ج ر، ع 15،المؤرخة في 28-02-2002.

11) الأمر رقم 03-02 المؤرخ في 18 يوليو 2003 المتعلق بالمناطق الحرة الملغى،ج ر،ع 43،المؤرخة في 20 يوليو 2003.

12) الأمر رقم 03-12 المؤرخ في 26-08-2003،المتعلق بإلزامية التأمين على الكوارث الطبيعية وبتعويض الضحايا ،الجريدة الرسمية،ع 52،المؤرخة في 27-08-2003.

13) الأمر رقم 06-01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ج ر،ع 11،المؤرخة في 28-02-2006.

14) الأمر رقم 06-03 المؤرخ في 15-07-2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة ،في ج ر، ع46، الصادرة في16-07-2006.

15) الأمر رقم 06-11 المؤرخ في 30-08-2006،المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز والتنازل عن الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية الملغى،ج ر،ع 53،المؤرخة في 30-08-2006.

16) الأمر رقم 08-04 المؤرخ في 01-09-2008 المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لانجاز مشاريع استثمارية، ج ر، ع 49،المؤرخة في 03-09-2008.

د-المراسيم:

1) المرسوم رقم 64-283 المؤرخ في 1964/10/07 المتضمن الأملاك الحبسية العامة ،ج.ر، ع 77، المؤرخة سنة 1964.

2) المرسوم رقم 73-45 المؤرخ في 18-02-1973 المتعلق بإنشاء لجنة استشارية الملغى،ج ر،ع 20 ،المؤرخة في 09-03-1973.

3) المرسوم رقم 76-28المؤرخ في 07-02-1976 المتضمن كيفيات ضبط الاحتياطات للخواص المالكين للأرض فيما يخص البناء الملغى،ج ر،ع 17،المؤرخة في 27-02-1976.

4) المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25-03-1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، ج ر،ع 30،المؤرخة في 13-04-1976.

5) المرسوم التنفيذي رقم 76-147، المؤرخ في 1976/10/23 ،المتضمن تنظيم العلاقات بين المؤجر و المستأجر لمحل معد للسكن و التابع لمكاتب الترقية و التسيير العقاري،ج ر،ع 12،مؤرخة في 1977.

6) المرسوم التنفيذي رقم 176-91 المؤرخ في 28 ماي 1991 المحدد لكيفيات تحضير شهادة التعمير ورخصة التجزئة وشهادة التقسيم وهادة المطابقة ورخصة الهدم وتسليم ذلك الملغى ،ج ر،ع 26،المؤرخة في 1991.

7) المرسوم رقم 83-352 المؤرخ في المؤرخ في 21-05-1983 المتضمن إجراءات إثبات التقادم المكتسب وإعداد عقد شهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ج ر،ع 21،المؤرخة في 04-05-1983

8) المرسوم رقم 83-666 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير العقارات الملغى، ج ر،ع 47،المؤرخة في 15-11-1983،المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 94-58 المؤرخ في 07-03-1994،ج ر،ع 13،المؤرخة في 09-03-1994.

9) المرسوم رقم 86-05 المؤرخ في 07-01-1986 المحدد لشروط بيع الأراضي العقارية التي تمتلكها الدولة والموجهة لانجاز برامج الاستثمارات الخاصة المعتمدة قانونيا ،ج ر،ع 1،المؤرخة في 08-01-1986 ،الملغى.

10) المرسوم رقم 86-38 الذي يحدد شروط الاكتتاب بإحدى عمليات الترقية العقارية وكيفياته ويضبط دفتر الشروط النموذجي الملغى، ج ر،العدد 10 مؤرخة في 05-03-1986.

11) المرسوم رقم 90-39 المؤرخ في 30-01-1990،المتعلق بمراقبة النوعية وقمع الغش ،الملغى، ج ر،ع 05،المؤرخة في 31-01-1990.

12) المرسوم التنفيذي رقم 90-405 المؤرخ في 22-12-1990، المتضمن قواعد إحداث وكالات محلية للتسيير والتنظيم العقاري الحضري، ج ر،ع 68 ،المؤرخة في 1990،المعدل و المتمم بموجب المرسوم 03-408 المؤرخ في 05-11-2003، ج ر،ع 68،المؤرخة في 09-11-2003.

13) المرسوم رقم 91-145 المؤرخ في 12-05-1991،المتضمن القانون الأساسي الخاص بالصندوق الوطني للسكن،ج ر،ع 25،المؤرخة في 29-05-1991.

14) المرسوم التنفيذي رقم 91-455 المؤرخ في 23 نوفمبر 1991 الذي يتعلق بجرد الأملاك الوطنية،ج ر عدد 60 ،المؤرخة في 1991.

15) المرسوم رقم 91-454 المؤرخ في 23-11-1991 والذي يحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها الملغى، ج ر،ع 60،المؤرخة في 24-11-1991.

16) المرسوم رقم 92-289 المؤرخ في06-07-1992 الذي يحدد شروط التنازل عن الأراضي الصحراوية في المساحات الاستصلاحية وكيفيات اكتسابها ج ر،ع 55،المؤرخة في 19-07-1992.

17) المرسوم رقم 93-03 المؤرخ في 01-03-1993 المتعلق بالنشاط العقاري الملغى،ج ر،ع 14،المؤرخة في 1993.

18) المرسوم رقم 93- 186 المؤرخ في 27 يوليو 1993 ،ج ر،ع 51 ،المؤرخة في 01-08-1993،الذي يحدد كيفيات تطبيق القانون 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة ،ج ر،ع 21،المؤرخة في 08-05-1991.

19) المرسوم رقم 93-184 المؤرخ في 27 يوليو 1993 الذي ينظم إثارة الضجيج، ج ر،ع 50،المؤرخة في 28 يوليو 1993.

20) المرسوم رقم 93-12 المؤرخ في 05-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار الملغى،ج ر،ع64،المؤرخة في 10-10-1993.

21) المرسوم رقم 94-58 المؤرخ في07-03-1994 والمتعلق بنموذج عقد البيع على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية الملغى ،ج ر ،ع 13،المؤرخة في 09-03-1994.

22) المرسوم رقم 96-87 المؤرخ في 24-02-1996 ، المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، ج ر،ع 15،المؤرخة في 28-02-1996.

23) المرسوم التنفيذي رقم 96-87 المتضمن إنشاء الديوان الوطني للأراضي الفلاحية المؤرخ في 24-02-1996 ج ر ،ع 15،المؤرخة في 28-02-1996.

24) المرسوم رقم 97-35 المؤرخ في 14-01-1997 الذي يحدد شروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها التي

أنجزتها دوواوين الترقية والتسيير العقاري بتمويل قابل للتسديد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها والمسلمة بعد شهر أكتوبر 1992 الملغى، ج ر،ع 04،المؤرخة في 15-01-1997.

25) المرسوم التنفيذي رقم 97-406 المؤرخ في 03-11-1997،المتضمن إحداث صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية، ج ر،ع 73،المؤرخة في 05-11-1997، المعدل والمتمم بموجب المرسوم 14-180 المؤرخ في 5 يونيو 2014،ج ر ،ع 37،المؤرخة في 19-06-2014.

26) المرسوم التنفيذي رقم 97-484،المؤرخ في 15-12-1997 المتضمن ضبط تشكيلة الهيئة الخاصة،وكذلك إجراءات إثبات عدم استغلال الأراضي الفلاحية ، ج ر،ع 83،المؤرخة في 17-12-1997،المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 12-83 المؤرخ في 20-02-2012،ج ر،ع 11،المؤرخة في 26-02-2012.

27) المرسوم رقم 97-483 المؤرخ في 15-12-1997 يحدد كيفيات منح حق امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية وأعباؤه وشروطه،ج ر،ع 83،المؤرخة في 1997.

28) المرسوم التنفيذي رقم 97-490 المؤرخ في 20-12-1997 الذي يحدد شروط تجزئة الأراضي الفلاحية ج ر، ع 84،المؤرخة في 21-12-1997.

29) المرسوم رقم 98-70 المتضمن إنشاء الوكالة الوطنية للتنمية السياحية وتحديد قانونها الأساسي،المؤرخ في21-02-1998،ج ر، ع 11،المؤرخة سنة 1998.

30) المرسوم رقم 01-105 المؤرخ في 23-04-2005 المحدد لشروط وكيفيات شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى في إطار البيع بالإيجار، ج ر،ع 25، المؤرخة في 29-04-2005.

31) المرسوم رقم 03- 269 المؤرخ في 07-08-2003 والذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل أول يناير سنة 2004'ج ر،ع 48،المؤرخة في 13 أوت 2003، بموجب المرسوم 15-211 المؤرخ في 11-08-2015 ،ج ر،ع 44،المؤرخة في 19-08-2015 الملغى.

32) المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المعدل والمتمم للمرسوم 01-105،المؤرخ في 02-11-2004،ج ر ،ع 69،المؤرخة في 03-11-2004.

33) المرسوم رقم 06-91 المؤرخ في 06-02-2006 الذي يحدد كيفية إشهار عقود التأجير التمويلي للعقارات ،ج ر،ع 10،المؤرخة في

34) المرسوم رقم 06-90 المؤرخ في 20-02-2006، الذي يحدد كيفيات إشهار عمليات الاعتماد الإيجاري للأصول المنقولة ،ج ر،ع 10،المؤرخة في
35) المرسوم رقم 06-385 المؤرخ في 28-10-2006 الذي يحدد كيفيات ممارسة الوكالة الوطنية لتنمية السياحة حق الشفعة داخل مناطق التوسع السياحي والمواقع السياحية، ج ر، ع 70،المؤرخ في 05-11-2006.
36) المرسوم رقم 07-23 الذي يحدد كيفيات بيع الأراضي الواقعة داخل مناطق التوسع والمواقع السياحية المؤرخ في 28-02-2007،ج ر، ع 08.المؤرخة 2007.
37) المرسوم رقم 08-142 المؤرخ في 11-05-2008 الذي يحدد قواعد منح السكن العمومي الإيجاري ،ج ر،ع 24،المؤرخة في 11-05-2008.
38) المرسوم رقم 08-147 المؤرخ في 19-05-2008 المتعلق بعمليات التحقيق العقاري وتسليم سندات الملكية ج ر،ع 26،المؤرخة في 25-05-2008.
39) المرسوم التنفيذي رقم 08-196 المؤرخ في 06 يوليو 2008،يحدد شروط إعادة التنازل عن السكنات الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لاكتساب الملكية،ج ر،ع 38،سنة 2008.
40) المرسوم رقم 08-409 المؤرخ في 24-12-2008،الذي يتضمن القانون الأساسي لمستخدمي أمانات الضبط الجهات القضائية، ج ر ،ع 73،المؤرخة في 28-12-2008.
41) المرسوم رقم 10-235 المؤرخ في 05-01-2010،الذي يحدد مستويات المساعدة الممنوحة من الدولة لاقتناء سكن جماعي أو بناء ريفي ومستويات دخل طالبي هذه السكنات وكذا كيفيات منح المساعدة،،ج ر،ع 58،المؤرخ في 07-10-2010 .
42) المرسوم رقم 10-131 المتضمن تحديد مناطق التوسع والمواقع السياحية والتصريح بها وتصنيفها،المؤرخ في 29-04-2010،ج ر،ع 30 ،المؤرخة في 2010.
43) المرسوم التنفيذي 10-326 المؤرخ في 23-12-2010، الذي يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الخاصة التابعة للدولة، ج ر، ع 79،المؤرخة في 29-12-2010.
44) المرسوم رقم 12-85 المؤرخ في 20 فبراير 2012،يتضمن دفتر الشروط النموذجي الذي يحدد الالتزامات والمسؤوليات المهنية للمرقي العقاري، ج ر،ع 11،المؤرخة 26-02-2012.
45) المرسوم رقم 12-427 المؤرخ في 16-12-2012 المحدد شروط إدارة الأملاك الخاصة والعامة التابعة للدولة وتسييرها ويضبط كيفيات ذلك ج ر،العدد 69،سنة 2012.
46) المرسوم رقم 12-432 المؤرخ في 25-12-2012 2014 المعدل والمتمم للمرسوم 01-105، ج ر،ع 71،المؤرخة في 26-12-2012.

47) المرسوم رقم 13-431 المؤرخ في 18-12-2013 الذي يحدد نموذجي عقد حفظ الحق وعقد البيع على التصاميم للأملاك العقارية وكذا حدود تسديد سعر الملك موضوع عقد البيع على التصاميم ومبلغ عقوبة التأخير وآجالها وكيفيات دفعها، ج ر،ع 66،المؤرخة في 25-12-2013.

48) المرسوم رقم 14-99 المؤرخ في 04-03-2014 يحدد نموذج نظام الملكية المشتركة المطبق في مجال الترقية العقارية الملغى،ج ر،ع 14،المؤرخة في 16-03-2014.

49) المرسوم رقم 14-181 المؤرخ في 05 يونيو 2014 يحدد شروط حلول صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في الترقية العقارية محل مقتني الأملاك العقارية المغطاة بضمان الترقية العقارية وكيفيات ذلك، ج ر،ع 37،المؤرخة في 19 يونيو 2014.

50) المرسوم رقم 14-288 المؤرخ في 15-10-2014 المعدل والمتمم للمرسوم 01-105،ج ر،ع 61،المؤرخة في 16-10-2014.

51) المرسوم رقم 15-19 المؤرخ في 25-01-2015 الذي يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها المعدل والمتمم، ج ر،ع07، المؤرخة في 12-02-2015.

52) المرسوم رقم 15-153 المؤرخ في 15-06-2015 الذي يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع الكتابية عن طريق القنوات البنكية والمالية ،ج ر ،ع 33،المؤرخة بتاريخ 22-06-2015،الذي ألغى المرسوم رقم 10-181 يحدد الحد المطبق على عمليات الدفع التي يجب أن تتم بوسائل الدفع وعن طريق القنوات البنكية والمالية،،ج ر،ع 43،بتاريخ 14-06-2010.

53) المرسوم الرئاسي رقم 15-270 المؤرخ في 19-10-2015 الذي يؤسس محيطات الحماية لمقر رئاسة الجمهورية والإقامات الرئاسية ويحدد القواعد الأمنية المطبقة عليها، ج ر،ع 55،المؤرخة في 21-10-2015.

54) المرسوم رقم 15-281 المؤرخ في 26 أكتوبر 2015 في المحدد لشروط وكيفيات منح الامتياز القابل للتحويل إلى تنازل على الأراضي التابعة للأملاك الدولة الخاصة الموجهة لإنجاز المشاريع الترقوية ذات الطابع التجاري،ج ر،58،المؤرخ في 04-11-2015.

55) المرسوم 15-328 المؤرخ في 22-12-2015 المعدل والمتمم للمرسوم 01-105،ج ر،ع 68،المؤرخة في 27-12-2015.

56) المرسوم التنفيذي رقم 16-68 المؤرخ في 22-02-2016 ليحدد حدود محيط الحماية لمقر رئاسة الجمهورية، ج ر،ع 10،المؤرخة في 22-02-2016.

57) المرسوم رقم 16-279 المؤرخ في 02-11-2015 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 01-105 2016،ج ر،ع 65،المؤرخة في 06-11-2016.

58) المرسوم رقم 16-310 الذي يحدد شروط نقل الإيجار المتعلق بالسكن العمومي الإيجاري الذي تسيره دواوين الترقية والتسيير العقاري وكيفياته ، ج ر ،ع 70،المؤرخة في 08-12-2016، المعدل والمتمم بالمرسوم رقم 18-01 المؤرخ في 4-01-2018 ، ج ر،ع 01،المؤرخة في 07-01-2018.

59) المرسوم رقم 18-153 المؤرخ في 4 جوان 2018 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري،ج ر،ع 33،المؤرخة في 06 جوان2018.

60) المرسوم رقم 20-342 المؤرخ في 22-11-2020 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 15-19،يحدد كيفيات تحضير عقود التعمير وتسليمها،،ج ر،ع 71،المؤرخة في 02-12-2020.

-المناشير والقرارات الوزارية:

1) القرار الوزاري المؤرخ في 15-05-1988 المتعلق بكيفيات ممارسة وتنفيذ الأشغال في ميدان البناء وأجر ذلك ،ج ر،العدد 43،الصادرة بتاريخ 26-11-1988.

2) القرار الوزاري المؤرخ في 05-03-1997،الذي يحدد البنود والشروط المطبقة في بيع العقارات التابعة للأملاك الوطنية الخاصة بالمزايدات العلنية ،ج ر،ع 55،المؤرخة في 20-08-1997.

3) القرار الوزاري المؤرخ في 20-02-1999 الذي يؤهل أعوان إدارة أملاك الدولة والحفظ العقاري لتمثيل الوزير المكلف بالمالية في الدعاوى المرفوعة أمام العدالة، ج ر،ع 20،المؤرخة في 24-03-1999.

4) القرار رقم 2 الصادر عن وزارة السكن والعمران مؤرخ في 23 يونيو 2001،والذي يحدد شروط معالجة طلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، ج ر، 52،المؤرخة في 16-09-2001.

5) القرار الصادر عن وزير السكن رقم 85،المؤرخ في 01-08-2001،الذي يحدد تشكيلة لجنة الطعن الخاصة بطلبات شراء المساكن في إطار البيع بالإيجار.

6) منشور وزاري إلى مديري الضرائب بالولايات،مديري أملاك الدولة،مديري الحفظ العقاري،رقم 101،صادر بتاريخ 12-08-2009،متعلق بممارسة حق الشفعة للدولة،وزارة المالية.

7) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 15-05-2011 الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة من طرف الدولة، ج ر،ع 51،المؤرخة في 14-11-2011، المعدل والمتمم بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25 أوت 2015، ج ر،ع 70،المؤرخة في 29-12-2015.

8) القرار 13 المؤرخ في 22 يوليو 2013 ،الذي يعدل ويتمم القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001،ج ر،ع 49،المؤرخة في 02-10-2013.

9) مذكرة المنشور الوزاري الصادر عن وزارة السكن والعمران والمدينة رقم 1 المؤرخة في 8 أفريل 2018 التي تعدل وتتمم مذكرة منشور رقم 01 المؤرخ في 16 أكتوبر 2014 المتعلق بإقصاء بصفة استثنائية بعض الفئات من المستفيدين من المراقبة الإيجابية في البطاقة الوطنية للسكن ومن القواعد المرجعية الأخرى.

10) المنشور الوزاري المشترك وبين إجراءات ذلك رقم 1839 المؤرخ في 14-12-2017،الذي يتضمن الاستفادة من العقار الفلاحي التابع للأملاك الخاصة التابعة للدولة والمخصص للاستثمار في إطار استصلاح الأراضي عن طريق الامتياز.

11) القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 25-04-2018، الذي يحدد شروط وكيفيات التنازل عن قطع أرضية تابعة لأملاك الدولة الخاصة وموجهة لإنشاء برامج السكنات المدعمة،ج ر ،ع 58،المؤرخة في 23-10-2018،

12) قرار وزاري مشترك مؤرخ في 10 يونيو2020 يحدد معايير تحديد القيمة التجارية في إطار التنازل عن الأملاك العقارية التابعة للدولة والأملاك المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري،ج ر،ع 59،المؤرخة في 04-10-2020.

-التعليمات المذكرات العملية:

1) المذكرة رقم 689 الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية، المؤرخ في 29-03-1994،وزارة المالية.

2) مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،حول يوم دراسي حول الإشهار العقاري،رقم00689،بتاريخ 12-02-1995،وزارة المالية.

3) مذكرة رقم 03439 صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،حول العملية التقليدية لأملاك الدولة،الترخيص المسبق،الجزائر،22 أوت 1998.

4) مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،رقم 01479،بتاريخ 28-03-2000،حول دور المحافظ العقاري في نظر بعض الأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالتعمير والبناء،وزارة المالية.

5) المذكرة الصادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،رقم 6508 المؤرخة في 21-08-2007 المتعلقة بمنازعات-التمثيل أمام الجهات القضائية.

6) مذكرة صادرة عن المديرية العامة للأملاك الوطنية،تحت رقم 04270،المتضمنة إشهار العقود المتضمنة التنازل عن حقوق مشاعة على أراضي فلاحية،بتاريخ 21-04-2014.

7) التعليمة الوزارية المشتركة بين وزارة المالية ووزارة السكن والعمران والمدينة،رقم 201،المؤرخة في 05-01-2016،التي تتضمن وضع حيز التطبيق للأحكام الجديدة التي احتواها المرسوم 15-211،المؤرخ في 11 أوت 2015 المتعلق بالتنازل عن الأملاك العقارية المسيرة من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري المستلمة أو الموضوعة حيز الاستغلال قبل الفاتح جانفي 2004.

6-القرارات القضائية:

1) قرار المحكمة العليا تحت رقم 49838 مؤرخ في 31-05-2000،م ا ق،غ ع،الجزء الأول،2004،ص 240.

2) قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12-09-2000،ملف رقم 245195،م ق،ع الثاني،ص 137.

3) قرار المحكمة العليا تحت رقم 311138 مؤرخ في 23-11-2005،م م ع،ع الثاني،،ص 09.

4) قرار مجلس الدولة تحت رقم 19270غ الثالثة،مؤرخ في 29-11-2005 ،ص 03.

5) قرار المحكمة العليا تحت رقم 363794،م م ع،2006،ع 2،ص 461.

6) قرار المحكمة العليا تحت رقم 375903 ،مؤرخ في 13 -12-2006، غ ع م م ع،ع الثاني 2008،ص245.

7) قرار المحكمة العليا تحت رقم 391371،غ م،م م ع،ع الثاني 2008،ص 167.

8) قرار المحكمة العليا تحت رقم 517491،المؤرخ في 08-04-2008،غ ع،م م ع، ،ع الثاني 2009،ص 248

9) قرار المحكمة العليا تحت رقم 435190،المؤرخ في 24-12-2008،غ م،م م ع،ع الثاني،2009،ص 127.

10) قرار المحكمة العليا تحت رقم 581896،المؤرخ في 09-12-2010،م م ع،ع الأول،2012،ص276.

11) قرار المحكمة العليا رقم 654448،بتاريخ 19-05-2011،غ م،م م ع،ع الثاني 2011.

12) قرار المحكمة العليا تحت رقم 606633 المؤرخ في 16-09-2011، غ ع ،م م خ، ع الثاني،،قسم الوثائق،دار القصبة للنشر،ص 232-235.

13) قرار المحكمة العليا تحت رقم 586766،غ م،م م ع،ع الأول 2011.

14) قرار المحكمة العليا تحت رقم 654219،غ ع،م م ع،ع الثاني 2012،ص 359.

15) قرار المحكمة العليا تحت رقم 698546،غ ع،م م ع،ع الثاني 2012،ص 381.

16) قرار المحكمة العليا تحت رقم 0798583 ،المؤرخ في 09-05-2013،غ ع،م م ع،ع الأول 2013،ص306

17) قرار المحكمة العليا تحت رقم 0785447 المؤرخ في 13-06-2013،غ ع،م م ع،ع الأول 2015.

18) قرار المحكمة العليا تحت رقم 0812732 ،غ ع،م م ع،ع الأول 2014،ص 350.

19)

20) قرار المحكمة العليا تحت رقم 0845202، المؤرخ في 10-07-2014غ ع، م م ع،ع الثاني 2014.

21) قرار المحكمة العليا،تحت رقم 0859091،المؤرخ في في 10-07-2014،م م ع، ع لثاني 2014.

22) قرار المحكمة العليا تحت رقم 0982892 ،المؤرخ في 16-07-2015،غ ع،م م ع،ع الثاني 2015،ص127.

ثانيا-المراجع باللغة الأجنبية:

1-Les ouvrages généraux:

1) Béatrice Bourdelois, Droit civil, les contrat spéciaux,2 édition,Dalloz.

2) Jérôme HUET, Traité de droit civil, les principaux contrats spéciaux, 2éme édition, L.G.D.J, Paris, 2001.

3) M.Planiol et G.Ripert, Traité pratique de droit civil Français, par J. Hamel, 1956.

4) Malaurie Philippe et Aynes Laurent et Gauthier Pierre Yves, droit civil. les contrats spéciaux,2e ed, L,G,D,J, Défrénois ,Paris, 2005,

2-Les ouvrages spéciaux :

1) Corinne Saint-Alary-Houin,Roger-Saint-Alary,droit de construction,10 édition, Dalloz.

2) Ghestin jacques et Désché Bernard, traité des contrats, la vente, éd L, G, D, J, paris, 1990.

3) Malinvaud Philippe- gastaz Philippe- Patrice Jourdain- Olivier Tournafon Droit de la promotion immobilière, Dalloz, édition, Paris, France, 2009.

4) Marianne Faure-Abbad، l'essentiel du droit de construction, 2007,Gualino éditeur.

5) Stéphane Piedeliévre،traité de droit civil،la publicité foncière،L.G.D.J, delta, 2000.

3-Les thèses:

1) Mélanie MORNET, L'immeuble face aux risques,Thèse pour le Doctorat, Discipline : Droit,Université du Maine, le 26 novembre 2009.

2) Sabine BOURRELLE, CONSOMMATEUR D'IMMEUBLE, thèse pour obtenir le grade de DOCTEUR DE L'UNIVERSITE DE REIMS CHAMPAGNE-ARDENNE ,2015.

4-Les publications :

1) Bulletin d'information, diffusion jurisprudence doctrine et communication, publication bimensuelle ,n 370, 1 er novembre 2010.

2) C. Dreveau, La responsabilité du vendeur qui n'a pas souscrit d'assurance dommages-ouvrage, publié le 17 mars 2011,sur Dalloz Actualité,Éditions Dalloz 2016,(http://www.dalloz-actualite.fr),

3) C. Dreveau,Dalloz actualité, Éditions Dalloz 2016,

4) Chevreaux notaires, les diagnostics obligatoire en vente, fiche pratique , ,2013 :www .chevreaux-notaires.

5) Chevreaux notaires, les diagnostics obligatoire en vente, fiche pratique , 2013 :, www .chevreaux-notaires.fr

6) de particulier a particulier Belgique la vente d immeuble (bâtis ou non bâtis)،COLLECTION DES GUIDES PRATIQUES DU LOGEMENT.

7) Didier NOURISSAT,Intervention a titre : Le rôle du notaire dans le transfert de la propriété des biens immobiliers, colloque PASEMD ,sur le thème la sécurité au service du développement économique, a Erevan(Armenie),02 au 04 octobre 2008.

8) Gabriel Neu-Janicki,La mauvaise isolation phonique n'est pas un motif d'annulation de la vente, http://www.neujanicki.com.dimanche 8 mars 2015.

9) Jacques Pourciel, la protection de l'environnement et l'acte de vente d'Immeuble,: www.legiscompare.fr.

10) Jean-Pierre Laval, disparition* sans fleurs ni couronnes* des conservateurs des hypothèques,solution notaires,le mensuel,n 03,mars 2013 .

11) Notaires de Paris Ile-de-France, les obligation du vendeur d un bien immobilier, le parcoure de vent, mai 2016.

12) Notaires de Paris Ile-de-France ,les obligations du vendeur d un bien immobilier, le parcoure de vent, mai 2016.

13) Notaires de Paris Ile-de-France,l acte de vente, le parcours de la vente, Mai 2014.ouvrage, publié le 17 mars 2011,sur Dalloz Actualité,Éditions Dalloz 2016, http://www.dalloz-actualite.fr,

14) Pascal collin,un diagnostic obligatoire pour la vente de logements,actualités intercommunales،07 avril 2015:http://www.pap.fr/conseils.

15) R.Rainfray et N. Giraud, Le droit de préemption et le congé pour vente,

5-LES LOIS:

1) Décret n°55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, Modifié par Loi n° 98-261 du 6 avril 1998 portant réforme de la réglementation comptable et adaptation du régime de la publicité foncière JOR 7 avril 1998 en vigueur le 1er juillet 1998 .

2) **Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis,** Modifié par la loi . Ordonnance n° 2019-1101 du 30

octobre 2019 portant réforme du droit de la copropriété des immeubles bâtis JOR n°0254 du 31 octobre 2019.

3) La loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, JORF n° 175 du 31 juillet 2003

4) Le décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires a été pris le 10 août 2005, JOR n°186 du 11 août 2005 , Texte n° 34.

5) Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JOR n° 160 du 13 juillet 2010

6) Ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, JOR n°0133 du 11 juin 2010, Texte n° 23.

7) la directive n°2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

6- Les ARRETS JURISPRUDENTIELLES

1) 3e Civ., 20 octobre 1981, pourvoi n° 80-10.660, Bull. 1981, III, n° 168, www.legifrance.gouv.fr.

2) Cass. 1re civ., 13 nov. 1991, n° 89-15.011, Bull. 1991 I N° 310 p.202:https://www.doctrine.fr/d/CASS/1991/JURITEXT000007027226

3) 3e Civ., 20 décembre 1995, pourvoi n° 94-14.887, Bull. 1995, III, n° 268:https://www.legifrance.gouv.fr .

4) 1 re Civ., 25 juin 2008, pourvoi n° 07-18.108, Bull. 2008, I, n° 184.

Cass, 3eme civ, 23 sep 2008 07-16.462: https://www.legifrance.gouv.fr

الفهرس

شكر وعرفان

الإهداء

قائمة أهم المختصرات

المقدمة: 01

الباب الأول: ماهية بيع العقار وأنواعه 12

الفصل الأول:ماهية البيع العقاري وتمييزه عن غيره من التصرفات القانونية: 14

المبحث الأول: ماهية البيع العقاري: 15

المطلب الأول: تعريف البيع 16

الفرع الأول: تعريف عقد البيع 16

الفرع الثاني:تعريف البيع القضائي وطبيعته القانونية: 19

البند الأول:تعريف البيع القضائي: 19

البند الثاني:الطبيعة القانونية للبيع القضائي: 20

أولا–النظرية العقدية: 21

ثانيا– نظرية القرار القضائي: 24

البند الثالث:حالات وأسس البيع القضائي للعقار: 26

المطلب الثاني:تعريف الملكية العقارية 38

الفرع الأول:تعريف الملكية وأصنافها: 39

البند الأول:تعريف حق الملكية: : 39

البند الثاني:أصناف الملكية: 40

أولا–الأملاك الوطنية: : 40

ثانيا–الأملاك الخاصة: 43

ثالثا–الملكية الوقفية: 46

الفرع الثاني:تعريف العقار وأنواعه: 48

البند الأول:تعريف العقار: 49

البند الثاني:أنواع العقارات : 50

أولا–أنواع العقارات حسب القانون المدني : 50

ثانيا–أنواع العقارات وفقا لقوانين متفرقة: 52

المبحث الثاني:تمييز بيع العقار عن غيره من التصرفات القانونية: 59

المطلب الأول: تمييز عقد بيع العقار عن الوعد ببيع العقار وعقد التنازل: 59

الفرع الأول: تمييز عقد بيع العقار عن الوعد ببيع العقار: 59

الفرع الثاني:تمييز عقد البيع عن عقد التنازل: 61

المطلب الثاني:تمييز عقد بيع العقار عن بيع المحل التجاري: 65

المطلب الثالث:تمييز عقد بيع العقار عن الهبة والوصية: 67

الفرع الأول:تمييز عقد بيع العقار عن الهبة: 67

الفرع الثاني:تمييز عقد بيع العقار عن الوصية:: 70

المطلب الرابع:تمييز عقد بيع العقار عن عقد الاعتماد الإيجاري العقاري وعقد الإيجار: 76

الفرع الأول:تمييز عقد بيع العقار عن عقد الاعتماد الإيجاري العقاري: 76

الفرع الثاني:تمييز عقد بيع العقار عن عقد الإيجار: 79

الفصل الثاني:أنواع البيوع العقارية والمنازعات التي تثيرها: 82

المبحث الأول:البيوع العقارية الواردة في القانون المدني 83

المطلب الأول:بيع العقار المشاع: 83

الفرع الأول:تصرف الشريك في العقار الشائع وأثر ذلك على حق شركائه: 84

البند الأول: بيع الشريك منفردا حصته الشائعة في العقار: 84

أولا–حكم بيع الشريك حصته الشائعة: 85

ثانيا–أثر ذلك على حقوق شركائه: 86

البند الثاني:بيع الشريك منفردا جزء مفرز من العقار الشائع 88

أولا–حكم هذا البيع وأثره على الشركاء على الشيوع: 89

ثانيا– حكم هذا البيع بالنسبة للمشتري: 90

البند الثالث:بيع الشريك منفردا كل العقار الشائع: 92

أولا– حكم جهل المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع: 92

ثانيا– حكم علم المشتري أن البائع شريكا في العقار الشائع: 93

الفرع الثاني: بيع الشركاء العقار الشائع: 94

البند الأول: بيع الشركاء مجتمعين العقار الشائع: 94

البند الثاني:بيع أغلبية الشركاء العقار الشائع: 94

أولا–شروط التصرف الصادر من الأغلبية: 95

ثانيا–حقوق الأقلية وسلطة المحكمة: 95

المطلب الثاني:بيع العقار في مرض الموت وبيع العقار المتنازع فيه: 97

الفرع الأول:بيع العقار في مرض الموت 98

البند الأول:ماهية مرض الموت وأساس تقييد تصرفات المريض مرض الموت 98

أولا–تعريف مرض الموت: 98

ثانيا–أساس تقييد تصرفات مريض مرض الموت: 101

البند الثاني:حكم بيع العقار في مرض الموت: 102

أولا–حكم البيع الصوري في مرض الموت: 102

ثانيا–حكم البيع الحقيقي في مرض الموت: 105

الفرع الثاني:بيع العقار المتنازع فيه: 107

البند الأول:مفهوم بيع الحق المتنازع فيه: 107

البند الثاني:رخصة الاسترداد في الحق المتنازع فيه: 109

البند الثالث:مناط بطلان بيع الحقوق المتنازع فيها: 111

المبحث الثاني: البيوع العقارية الواردة في قوانين خاصة 113

المطلب الأول: البيوع الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة: 114

الفرع الأول:البيوع الواردة في القانون رقم 90–30 المتعلق بالأملاك الوطنية : 114

البند الأول:طريقة البيع بالمزاد العلني: 115

أولا–الإجراءات التحضيرية: 115

ثانيا–إعداد دفاتر الشروط: 116

ثالثا–إجراء عملية البيع: 116

البند الثاني :البيع بالتراضي وفقا للأحكام العامة: 117

أولا–البيع لفائدة الولايات والبلديات والهيئات العمومية والمؤسسات العمومية الاقتصادية والجمعيات: 118

ثانيا–البيع المقرر لفائدة الخواص: 118

ثالثا– البيع المقرر لفائدة الهيئات الدولية التي تكون الجزائر عضوا فيها و للبعثات الدبلوماسية والقنصلية المعتمدة بالجزائر بشرط مراعاة مبدأ المعاملة بالمثل: 121

البند الثالث:طريقة البيع وفقا للأحكام الخاصة: 121

أولا-كيفية التنازل: 122

ثانيا-جزاء الإخلال ببنود دفتر الشروط: 126

الفرع الثاني:البيوع الواردة على الأملاك الوطنية الخاصة في قوانين أخرى 127

البند الأول:التنازل عن السكنات التابعة للدولة ولدواوين الترقية والتسيير العقاري طبقا للمرسوم رقم 03-269 وكذا في إطار المرسوم رقم 18-153: 127

أولا-شروط التنازل عن الأملاك العقارية: 129

ثانيا-إجراءات التنازل: 131

ثالثا-الهيئات الإدارية المختصة للفصل في منازعات التنازل: 135

البند الثاني :التنازل عن الأراضي التابعة للدولة والموجهة لمشاريع الترقية العقارية ذات الطابع التجاري: 136

أولا-إجراءات الحصول على الإمتياز القابل للتحويل إلى تنازل: 137

ثانيا-المنازعات التي يثيرها الإمتياز القابل للتحويل: 139

الفرع الثالث: الاختصاص القضائي في منازعات التنازل عن الأملاك العقارية الوطنية الخاصة : 140

البند الأول:طبيعة منازعات الأملاك الوطنية الخاصة: 141

البند الثاني:متابعة الدعاوى والتمثيل القضائي : 142

المطلب الثاني:بيوع الترقية العقارية: 143

الفرع الأول:كيفيات البيع الواردة في إطار القانون رقم 11-04 والمنازعات التي يثيرها 144

البند الأول: عقد بيع عقار مبني: 144

أولا-تعريف عقد بيع عقار مبني: 145

ثانيا-خصائص عقد بيع عقار مبني: 145

البند الثاني:عقد بيع عقار في طور الإنجاز: 148

أولا- مفهوم عقد حفظ الحق وخصائصه: 148

ثانيا-تعريف عقد البيع على التصاميم وخصائصه: 154

البند الثالث:مسؤولية المرقي العقاري بين القواعد العامة والخاصة 159

أولا- مسؤولية المرقي العقاري الخاصة خلال مرحلة الانجاز: 159

ثانيا-مسؤولية المرقي الخاصة بعد انجاز البناية: 161

ثالثا-مدى صمود مسؤولية المرقي العقاري وفقا للقواعد العامة: 172

الفرع الثاني:البيع بالإيجار 175

البند الأول: تعريف عقد البيع بالإيجار وطبيعته القانونية: 176

البند الثاني:شروط الاستفادة من عقد البيع بالإيجار: 179

أولا-الشروط الواجب توافرها في المستأجر المستفيد: 180

ثانيا-الشروط الواجب توافرها في المؤجر البائع: 185

البند الثالث:إجراءات إبرام عقد البيع بالإيجار: 186

أولا-تقديم طلب اقتناء سكن في إطار البيع بالإيجار: 186

ثانيا-تبليغ قرار القبول للمستفيدين: 187

ثالثا-تحرير عقد البيع بالإيجار: 188

رابعا-تحرير عقد البيع النهائي: 189

البند رابع:المنازعات التي يثيرها عقد البيع بالإيجار: 190

أولا-الدعاوى التي يرفعها المؤجر: 190

ثانيا-الدعاوى التي يرفعها المستأجر: 193

الفرع الثالث:الاختصاص القضائي في منازعات بيوع الترقية العقارية 197

البند الأول:الاختصاص النوعي: 197

البند الثاني:الاختصاص الإقليمي: 199

الباب الثاني:نقل الملكية في البيع العقاري وآثاره القانونية 200

الفصل الأول:مراحل وإجراءات نقل الملكية في البيع العقاري: 201

المبحث الأول:إضفاء الرسمية على البيع العقاري: 202

المطلب الأول:إبرام عقد البيع العقاري: 202

الفرع الأول:أركان عقد البيع العقاري 203

البند الأول:الأركان الموضوعية 203

أولا-التراضي 203

ثانيا-ركني المحل والسبب: 214

البند الثاني: ركن الشكل الرسمي: 217

أولا-مفهوم الشكل الرسمي: 218

ثانيا-الأشخاص المؤهلين لإضفاء الرسمية على عقد البيع العقاري: 220

ثالثا-بطلان عقد البيع لتخلف الشكل الرسمي: 223

الفرع الثاني: الضوابط الشكلية والموضوعية لإبرام عقد البيع العقار 228

البند الأول:الضوابط الشكلية: 228

أولا-سلطة محرر العقد: 229

ثانيا-مراعاة قاعدة الاختصاص الإقليمي والنوعي: 231

البند الثاني:مراعاة الضوابط الموضوعية: 232

أولا-الشروط الخاصة بالبائع: 233

ثانيا-الشروط الخاصة بالمشتري: 244

ثالثا–الشروط الخاصة بالعقار: 248

المطلب الثاني:مراحل وإجراءات البيع القضائي–البيع بالمزاد العلني–: 248

الفرع الأول:إجراءات البيع التمهيدية 249

البند الأول:تحديد الثمن الأساسي: 249

البند الثاني:إعداد قائمة شروط البيع وتبليغها: 250

أولا–قائمة شروط البيع في حالة البيع الجبري: 250

ثانيا–قائمة شروط البيع في البيوع القضائية الأخرى: 253

البند الثالث:تبليغ قائمة شروط البيع والاعتراض عليها وطلب وقف بيع العقار: 256

أولا–تبليغ قائمة شروط البيع والاعتراض عليها: 256

ثانيا–طلب وقف بيع العقار: 259

الفرع الثاني:إجراءات البيع النهائية: 263

البند الأول:الإعلان عن جلسة البيع وإجراءاتها: 263

البند الثاني:في جلسة المزايدة وطلب تأجيلها: 264

أولا–طلب التأجيل: 265

ثانيا–في افتتاح المزاد العلني: 266

البند الثالث:رسو المزاد ومدى الطعن فيه: 267

أولا–في حكم رسو المزاد : 267

ثانيا– مدى الطعن في حكم رسو المزاد: 269

المبحث الثاني:تسجيل وشهر البيع العقاري والمنازعات التي يثيرها: 274

المطلب الأول:تسجيل البيع العقاري والمنازعات التي يثيرها 275

الفرع الأول:مفهوم التسجيل وإجراءاته 275

البند الأول:تعريف التسجيل وأهميته 275
أولا- تعريف التسجيل: 276
ثانيا-أهمية التسجيل: 277
البند الثاني :إجراءات التسجيل: 278
أولا-تسجيل العقود التوثيقية: 278
ثانيا-تسجيل حكم رسو المزاد: 283
الفرع الثاني:منازعات تسجيل البيع العقاري: 284
البند الأول:عدم التسجيل أو التأخير في التسجيل: 284
البند الثاني:الإخفاء: 285
أولا-فرض عقوبات جبائية وجزائية 285
ثانيا-إعادة تقويم العقار: 286
ثالثا-استعمال حق الشفعة: 288
البند الثالث:الغش الجبائي 290
البند الرابع:إنشاء رهن القانوني من أجل التحصيل 290
البند الخامس:منازعات متعلقة بالوعاء: 290
المطلب الثاني:شهر بيع العقار والمنازعات المتعلقة به : 294
الفرع الأول:مفهوم الشهر وآثاره القانونية: 294
البند الأول:تعريف الشهر العقاري وأنواع أنظمة الشهر العقاري: 294
أولا-تعريف الشهر العقاري 295
ثانيا-أنواع أنظمة الشهر العقاري: 295
البند الثاني:آثار شهر بيع العقار : 298

أولا–الأثر المنشئ للشهر العقاري: 298

ثانيا–الأثر المطهر للشهر: 300

ثالثا–حجية الشهر فيما بين المتعاقدين والغير: 301

الفرع الثاني:القواعد الأساسية لشهر البيع العقاري وإجراءات ذلك: 301

البند الأول:القواعد الأساسية لشهر البيع العقاري ودور المحافظ في ذلك : 302

أولا–التحقيق من هوية الأطراف والتصديق عليها: 302

ثانيا:مراقبة القواعد المتعلقة بالعقارات 305

ثالثا–قاعدة الشهر المسبق–الأثر النسبي– والاستثناءات الواردة عليها: 308

البند الثاني:تنفيذ عملية الشهر العقاري وإجراءاتها: 311

أولا–الإيداع القانوني وتنفيذ عملية الشهر: 311

ثانيا–رفض الإيداع أو الإجراء: 319

الفرع الثالث:المنازعات التي يثيرها شهر البيع العقاري: 322

البند الأول:دعوى الإلغاء ضد قرارات المحافظ العقاري: 322

البند الثاني:دعوى المسؤولية عن أخطاء المحافظ العقاري: 324

البند الثالث:الطعن في الحقوق والتصرفات المشهرة: 326

الفصل الثاني:الآثار القانونية لبيع العقار 329

المبحث الأول:آثار بيع العقار بالنسبة للبائع 330

المطلب الأول:التزامات البائع الواردة في القانون المدني 330

الفرع الأول:التزام البائع بنقل الملكية والتسليم: 330

البند الأول: الالتزام بنقل الملكية: 331

أولا–التزام الموثق بنقل الملكية المبيع: 331

ثانيا–تزاحم المشترين في حالة البيوع المتتالية: 333

البند الثاني:التزام البائع بالتسليم: 335

أولا–مفهوم التسليم: 335

ثانيا–طرق التسليم: 336

ثالثا–مشتملات تسليم المبيع: 340

رابعا–حالة المبيع وهلاكه: 350

خامسا–مقدار المبيع: 353

الفرع الثاني:التزام البائع بالضمان 356

البند الأول:الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق 356

أولا–الالتزام بضمان التعرض: 356

ثانيا–ضمان الاستحقاق ونطاقه: 361

البند الثاني:الالتزام بضمان العيوب الخفية: 379

أولا–مفهوم العيب الخفي الموجب للضمان وشروطه: 379

ثانيا–آثار ضمان العيوب الخفية: 387

البند الثالث:الالتزام بتكاليف وأعباء الملكية المشتركة: 390

أولا–تحديد الأجزاء الخاصة والأجزاء المشتركة وتكوينها 390

ثانيا–الأعباء التي تقع على المالك في الملكية المشتركة: 392

المطلب الثاني:التزامات البائع بموجب قوانين خاصة: 394

الفرع الأول:الالتزام بالإعلام في عقد بيع العقار: 394

الفرع الثاني:التزام البائع بمواصلة الانجاز وبالمطابقة في عقد البيع على التصاميم 402

الفرع الثالث:التزام البائع بإدارة وتسيير الأملاك المشتركة والتزامه بضمان العزل الصوتي: 407

البند الأول:التزام المرقي العقاري بإدارة وتسيير الأملاك المشتركة:: 407

البند الثاني:الالتزام بضمان العزل الصوتي: 408

المبحث الثاني:آثار البيع العقاري بالنسبة للمشتري والقيود الواردة على تملك المشتري للعقار: 410

المطلب الأول:آثار البيع العقاري بالنسبة للمشتري 410

الفرع الأول:التزام المشتري بدفع الثمن وجزاء الإخلال بذلك 411

البند الأول:مفهوم الثمن: 411

البند الثاني:شروط الثمن: 412

أولا–أن يكون الثمن حقيقيا وجديا: 412

ثانيا–أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا للتقدير: 414

البند الثالث:كيفية دفع الثمن: 419

أولا–كيفية دفع الثمن في عقد البيع وفقا لأحكام القانون المدني: 420

ثانيا–كيفية دفع الثمن في البيع القضائي: 423

ثالثا–كيفية دفع الثمن في بيوع الترقية العقارية: 423

البند الرابع:أهم المنازعات التي يثيرها دفع الثمن 425

أولا–الضمانات القانونية لأداء الثمن: 426

ثانيا–الغبن في بيع العقار وشروط تحققه 429

الفرع الثاني:الالتزام بنفقات البيع وتكاليفه 433

المطلب الثاني:القيود الواردة على تملك المبيع والتصرف فيه من طرف المشتري 434

الفرع الأول:الشفعة كقيد قانوني يرد على حرية التملك 435

البند الأول:مفهوم الشفعة والحكمة التشريعية منها: 435
أولا–مفهوم الشفعة وطبيعتها القانونية: 436
ثانيا–الحكمة التشريعية من الشفعة: 438
البند الثاني:شروط الأخذ بالشفعة 439
أولا–شروط التصرف المشفوع فيه: 439
ثانيا–شرط توافر صفة الشفيع والتزاحم بين الشفعاء: 444
البند الثالث:الإجراءات القانونية لممارسة الشفعة: 459
أولا–إعلان الشفيع لرغبته في الأخذ بالشفعة وكيفية هذا الإعلان: : 459
ثانيا–إيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق: 462
ثالثا–رفع دعوى الشفعة وصدور حكم الشفعة: 463
الفرع الثاني:الشرط المانع من التصرف وشرط الاحتفاظ بالملكية كقيدين إراديين: 466
البند الأول:الشرط المانع من التصرف: : 466
أولا–مفهوم الشرط المانع من التصرف وتطوره القانوني والقضائي: 467
ثانيا–شروط صحته وآثار تخلفها: 470
ثالثا–آثار الشرط المانع من التصرف: 474
رابعا–تطبيقات الشرط المانع من التصرف في التشريع الجزائري وآثاره على البيوع العقارية: 478
البند الثاني:شرط الاحتفاظ بالملكية وتطبيقاته في البيع العقاري: 483
أولا –مفهوم شرط الاحتفاظ بالملكية وطبيعته القانونية: 484
ثانيا– الأهمية القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية وتطبيقاته في البيع العقاري: : 487
الخاتمة: 490
المراجع: 497
الفهرس 526

الملخص(بالعربية):

يعتبر بيع العقار والمنازعات المتعلقة به من المواضيع التي تجمع بين النظري والتطبيقي الإجرائي،ويتعلق بتحديد وبيان بيع العقار سواء تم عن طريق العقد أو عن طريق القضاء ،وكذا تبيان أنواع هذه البيوع.وهذه الأخيرة تتشابك وتتنوع النصوص القانونية التي تنظمها من القانون المدني إلى القانون رقم 90-30 المتعلق بالأملاك الوطنية المعدل والمتمم والمراسيم التطبيقية له ،وكذا قانون الترقية العقارية رقم 11-04،إضافة إلى قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 08-09 إذا تم البيع عن طريق المزاد العلني وتحت إشراف القضاء.

تظهر أهمية هذا الموضوع من خلال تبيان مسألة مهمة وهي مسألة نقل الملكية في بيع العقار ،والتي تمر بدورها عبر مراحل،فلكل مرحلة أهميتها القانونية وكذا إجراءاتها الخاصة بها.

الكلمات المفتاحية:بيع عقاري،عقد،مزاد علني،نقل الملكية.

Résumé (en Français) :

La vente immobilière et ses contentieux sont des sujets qui combinent théorie et pratique. Elles portent sur la détermination et la déclaration de la vente immobilière que ce soit par contrat ou par voie judiciaire, ainsi que sur ses types . Ces derniers sont étroitement liés et les textes juridiques qui les régissent vont du Code civil à la Loi n° 90-30 Loi nº 90-30 portant loi domaniale modifié et complété et aux décrets d'application y afférents, ainsi qu'à la loi, fixant les règles régissant l'activité de promotion immobilière ,*Ajout au Code de procédure civile et administrative n° 08-09 si la vente est effectuée par adjudication et sous* la supervision du pouvoir judiciaire.

L'importance de ce sujet est démontrée par la détermination d'un point important concerne le transfert de la propriété qui passe par des étapes, Chaque étape a sa propre importance juridique ainsi que ses propres procédures.

Les mots clés: La vente immobilière ,un contrat, vente aux enchères transfert de la propriété

Abstract (en Anglais) :

The sale of real estate and the disputes related to it are among the topics that combine theoretical and practical procedural issues, and it is related to identifying and defining the sale of real estate, whether through contract or through the judiciary, as well as clarifying the types of these sales. 30-90 related to the amended and supplemented national properties and its implementing decrees, as well as the Real Estate Promotion Law No. 11-04, in addition to the Civil and Administrative Procedures Law No. 09-08 if the sale was made by public auction and under the supervision of the judiciary. The importance of this topic is shown by clarifying an important issue, which is the issue of transferring ownership in the sale of real estate, which in turn passes through stages, each stage has its legal importance as well as its own procedures.

Keywords: real estate sale, contract, public auction, transfer of ownership.