

جامعة غرداية
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



النظام القانوني للبيع العقاري في التشريع الجزائري

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي
في مسار الحقوق تخصص: قانون عقاري.

إشراف الأستاذ:

لشقر مبروك.

إعداد الطالبين:

فرج الله صلاح الدين.

بوسنة قويدر.

أعضاء لجنة المناقشة :

الرقم	اسم و لقب الأستاذ	الدرجة العلمية	الجامعة	الصفة
01	خنان أنور	أستاذ مساعد - أ -	غرداية	رئيسا
02	لشقر مبروك	أستاذ مساعد -- أ -	غرداية	مشرفا ومقررا
03	جقاوة قادة	أستاذ مساعد - أ -	غرداية	مناقشا

السنة الجامعية :

1438 هـ - 1439 هـ / 2017 م - 2018 م

شكر و عرفان

الحمد والشكر لله الذي قدرنا على انجاز هذا العمل المتواضع وانعم علينا
من طيب جوده بنور العلم.

قال رسول الله ص: ﴿من لم يشكر الناس لم يشكر الله﴾

رواه الإمام عبد الله بن أحمد.

لا يسعنا في هذه المذكرة إلا أن نتوجه بجزيل الشكر و العرفان و بكل
أسمى معاني التقدير و الاحترام للأستاذ الفاضل والموقر لشقر مبروك
المشرف على تأطيرنا لما قدمه لنا من عون و أسداه إلينا من نصائح
و انتقادات وتوجيهات نفسية و نحن نشق طريق هذه المذكرة فله منا أسمى
آيات الإكبار و أنبل و أعظم سمات العرفان.

كما نتوجه بشكر خاص إلى أساتذتنا الذين درسونا بكل إخلاص وأمانة
كما نتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة الذين شرفونا بقبول مناقشة
المذكرة وتقييمها.

وإلى جميع أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية عامة وخاصة قسم الحقوق
ولا ننسى إدارة القسم.

و لا يفوتنا في آخر هذه الكلمة أن نتوجه بجزيل الشكر إلى كل من ساهم
في إنجاز هذه المذكرة من قريب أو من بعيد في السر و العلن و لو بكلمة
طيبة، فلهم منا أطيب المنى و أصدق الدعوات المباركة.

اهداء

أهدي ثمرة جهدي هذا إلى من قرن الله سبحانه وتعالى عبادته وطاعته بالإحسان إليهما
وبرهما .. إلى الضياء الذي ينير دربي .. إلى من رباني على حب العلم و الفضيلة وأسمى
القيم .. إلى الملجأ الذي احتمي فيه عند العسر .. إلى مصدر فخري واعتزازي

والدي العزيز.

إلى ملهمتي في الحياة .. إلى من تعجز كل الكلمات عن وصف حبي لها .. إلى القلب
الحنون الذي أحاطني بالدعاء طيلة درب الدراسي .. إلى الملاك طالما سهر على رعايتي.

أمي الغالية.

إلى بهجة حياتي إخوتي وأخواتي.

إلى كل من لم تسعهم ورقتي هذه ولكن الأكيد أن وجودهم منحوت في قلبي .. إلى كل
هؤلاء اهدي عملي

فرج الله صلاح الدين

اهداء

إلى من كلله الله بالهبة و الوقار .. إلى من علمني العطاء بدون انتظار.. إلى من أحمل اسمه بكل افتخار .. أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا قد حان قطافها بعد طول انتظار و ستبقى كلماتك نجوم أهدي بها اليوم و في الغد و إلى الأبد والدي العزيز.

إلى ملاكي في الحياة .. إلى معنى الحب و إلى معنى الحنان و التفاني.. إلى بسمه الحياة و سر الوجود إلى من كان دعائها سر نجاحي و حنانها بلمس جراحي إلى أغلى الحبايب أُمي الحبيبة.

إلى إخوتي الدين كانوا سندا لي في حياتي إلى كل أفراد العائلة و الأهل و الزملاء و الأصدقاء إلى كل من يحمل لواء العلم إلى هؤلاء جميعا أهدي ثمرة جهدي.

بوسنة قويدر

الملخص :

يعتبر العقار أداة للنهوض بالسياسة التنموية للدولة، و ذلك نظرا للبعد الاستراتيجي و تعدد استعمالاته سواء في الفلاحة أو الصناعة أو حتى السكن . لأجل ذلك سن المشرع الجزائري ترسانة من القوانين، لتنظيم هذا الحقل، خاصة تنظيم مجال نقل الملكية العقارية بواسطة عقد بيع العقار، إذ أوجب مجموعة من الشروط و التي يأتي على رأسها الشروط العامة الموضوعية إضافة الى شرط الرسمية الذي تتميز به عقود البيع المنصبة على العقارات، ولا تنقل الملكية دون احترام شرط الشهر العقاري هذا الأخير يمكن صاحب الحق من الاحتجاج ازاء الغير بكافة الحقوق المشهورة بعد توافر كل هذه الشروط يمكن مباشرة إجراءات نقل الملكية العقارية، هذه الإجراءات تمر عموما بمرحلتين مرحلة التسجيل التي تتم لدى مصلحة التسجيل و الطابع ثم مرحلة الشهر التي تجري على مستوى المحافظة العقارية، ولا يتم هذا الأخير إلا باحترام سلسلة من الشروط.

وقمنا بتسليط الضوء على صور البيع العقاري في شكلها القانوني فقد ترد ضمن البيوع القانونية كالبيوع التي تدخل ضمن قانون الترقية العقارية أو البيوع العقارية بحكم قضائي و قد ذكرنا منها البعض على سبيل المثال لا الحصر.

Summary:

The real estate is a tool to promote the development policy of the state, because of the strategic dimension and the multiplicity of uses, whether in agriculture, industry or even housing. For this purpose, the Algerian legislator enacted an arsenal of laws to regulate this field, in particular regulating the transfer of real estate through a contract to sell the property, which comes first and foremost the substantive general conditions, in addition to the formal requirement of contracts of sale based on real estate, and does not transfer property without respect to the condition of the month of real estate can the right of the right to protest against others with all rights registered after the availability of all these Conditions The procedures for the transfer of real property can be carried out. These procedures generally go through two stages of registration, registration and stamping, followed by the period of the month that takes place at the governorate level. We have highlighted the pictures of real estate sales in their legal form. They may be included in the legal sales such as those that fall under the law of real estate promotion or real estate sales by virtue of a court and we have mentioned some of them, for example, but not limited to.

يكتسي العقار أهمية بالغة على المستوى الاجتماعي و الاقتصادي لما له من دور فعال في مجال التنمية، حيث أصبحت الجزائر في العشرية الأخيرة ورشة عمل كبيرة وهذا نتيجة المشاريع الضخمة التي تعرفها الساحة الوطنية في مختلف المجالات حيث عرف سوق العقارات توسعا خرافيا ، ومن أجل ذلك سعى المشرع الجزائري الى مواكبة هذه الوتيرة بمجموعة من القوانين و النصوص خاصة بتنظيم المعاملات العقارية وبالتحديد تلك المتعلقة ببيع العقار.

ويعتبر الأمر 71-73 المؤرخ في 18/11/1971 المتضمن قانون الثروة الزراعية، أول قانون أقره المشرع الجزائري يهدف إلى تنظيم الثروة العقارية، و أتبع المشرع الجزائري هذا الأمر بجملة من النصوص التشريعية و التنظيمية الهدف منها دائما تنظيم الثروة العقارية وكذا المعاملات و التصرفات القانونية التي ترد على العقار والتي من أهمها البيع العقاري.

ومن بين هذه القوانين التي أصدرها المشرع الجزائري في اطار تنظيمه لثروة العقارية وكذا التصرفات الواردة عليها الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن التقنين المدني، الذي عالج في بعض نصوصه كيفية تنظيم العقار و الحقوق العينية العقارية و التي أدرجها ضمن الحقوق العينية الأصلية و الحقوق العينية التبعية، إلا أن هذه المواد التي تضمنها الأمر المذكور أعلاه تعتبر غير كافية لتنظيم الحقوق العينية العقارية ، و على اثر ذلك أصدر المشرع الجزائري الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الذي جاء ليحسم العديد من النزاعات الواردة على العقار التي تحكمها مواد التقنين المدني، وصاحبه عدة مراسيم تنفيذية من بينها المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25/03/1976 الذي يتضمن اعداد مسح الأراضي العام، وكذا المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25/03/1976 الذي يتضمن تأسيس السجل العقاري، وكذا المرسوم رقم 93-123 المؤرخ في 19/05/1993 الذي يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 76-63 المتضمن تأسيس السجل العقاري.

اما بعد التحول الذي شهدته الجزائر في أواخر الثمانينيات خاصة في المجال السياسي

و الاقتصادي أوجد المشرع قوانين ساهمت في تغيير المنظومة التشريعية لعقد بيع العقار، ومن بينها القانون رقم 90-25 المؤرخ في 18/11/1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري الذي عدل و تم بموجب الأمر رقم 95-26 المؤرخ في 25/09/1995، وكذا المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري و عدة قوانين أخرى أصدرها المشرع الجزائري منها ما ألغي و منها ما عدل بنصوص قانونية.

وقد تعددت أنواع البيع العقاري نتيجة لمواكبة مختلف التطورات التي شهدتها الحياة اليومية والتي فرضت على المشرع الجزائري إصدار عدة قوانين من شأنها تنظيم هذه البيوع باختلاف أنواعها القانوني منها و القضائي.

ولعل الأسباب التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع تتمثل في :

أسباب ذاتية نذكر منها : الرغبة الشخصية في الإلمام بموضوع البيع العقاري ودراسة هذا النوع من البيع دراسة أكاديمية و قانونية.

أسباب موضوعية نذكر منها: القناعة التامة بأهمية موضوع البحث بسبب مساهمته بواقع الناس و حاجاتهم و أيضا تسليط الضوء على التعديلات التي مست القوانين التي تضبط هذا النوع من البيع.

وتتبع أهمية دراستنا لهذا الموضوع كون العقار هو أحد المواضيع الكبرى و الشغل الشاغل و هو ضرورة حتمية و طلب مستمر لكل تجمع حضاري مهما كان حجمه أيضا مواكبة السياسة العقارية التي انتهجها المشرع الجزائري مؤخرا في إصداره لعدة قوانين تمس البيع العقاري.

وتهدف هذه الدراسة بشكل رئيسي الى تسليط الضوء على الأحكام العامة و التي لا تخرج عن القواعد العامة المذكورة في القانون المدني ، و الأحكام الخاصة بهذا العقد وفق لما هو مقرر بموجب نصوص خاصة يصدرها المشرع الجزائري الهدف منها معالجة كل شكل في إطار قانوني خاص به.

و لقد سبقت هذه الدراسة مجموعة من الدراسات نذكر منها :

- 1 - فان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تم مناقشتها على مستوى جامعة وهران سنة 2011-2012.
- 2 - بن كسيرات نجاة، مسعودي سلمى، البيع العقاري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة تم مناقشتها على مستوى جامعة يحي فارس بالمدينة سنة 2009- 2010.
- 3 - سارة بن زايط، الزهرة واكد، الرسمية و شهر التصرفات القانونية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري تم مناقشتها على مستوى جامعة يحي فارس بالمدينة سنة 2009 – 2010 .

ولقد واجهتنا عدة صعوبات أهمها تشعب و تعدد النصوص القانونية التي تحكم هذه المادة و كذا توالي التعديلات التي تطرأ على هذه النصوص وهو ما يعتبر عائق يعترض أي باحث قانوني هو بصدد معالجة إحدى مواضيع المادة العقارية، إضافة إلى نقص المراجع فيما يخص بعض المواضيع و ضيق الوقت.

من كل ما تقدم تتضح إشكالية موضوع البحث, و التي تتمحور أساسا حول ما يلي : الى أي مدى تمكن المشرع الجزائري من تنظيم البيع العقاري و الإحاطة بأحكام هذا البيع؟
تضم هذه الإشكالية في جوانبها أفكارا مترابطة يمكن تفصيلها في تساؤلات فرعية, تشكل كل واحدة منها محورا من المحاور الأساسية لهذا البحث, يمكن إجمالها فيما يلي:

- فيما تتمثل الأركان المتعلقة بعقد البيع العقاري؟
- وماهي آثار هذا العقد في مواجهة الأطراف و الغير؟
- و ماهي البيوع العقارية المتعلقة بقانون الترقية العقارية و بأحكام القضاء؟

و للإجابة على هذه التساؤلات سنعتمد على المنهج الوصفي التحليلي, لأن طبيعة الموضوع تتطلب الوصف و التحليل في آن واحد.

واعتبارا لما تقدم قمنا بتقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، نعالج في الفصل الأول الأحكام العامة اللازم توفرها لانعقاد البيع العقاري المتمثلة في الأركان العامة لانعقاد عقد البيع التي نعالجها في المبحث الأول وعالجنا في المبحث الثاني آثار عقد البيع في مواجهة الأطراف و الغير.

أما الفصل الثاني فنقوم بدراسة الأحكام الخاصة لانعقاد البيع العقاري نعالج فيه بعض الصور الخاصة للبيع العقاري، و التي نقوم بذكرها على سبيل المثال وليس الحصر، وذلك لتعدد صور البيع العقاري و تنوعها، مبينين في المبحث الأول بعض البيوع المتعلقة بقانون الترقية العقارية، و المبحث الثاني البيوع المتعلقة بحكم قضائي.

الفصل الأول : الأحكام العامة لانعقاد البيع العقاري

يعتبر عقد البيع أهم صورة لتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية¹، وهو الوسيلة القانونية لضبط العلاقة الإرادية بين الأشخاص ومنها من العقود التي لا تكفي الإرادة للتعبير عنها ومن أمثلتها البيع العقاري.

نصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري على تعريف البيع ، بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر مقابل ثمن نقدي"².

فهو التالي كالعقود المثيلة يتميز بالخصائص التالية :

أنه ملزم لجانبين، وأنه عقد رضائي، وأنه عقد عوض، ويرد على الأشياء الثابتة أو المنقولة وأنه من نوع خاص، وأنه ناقل للملكية³. ونصت المادة 683 من القانون المدني الجزائري على تعريف العقار في القسم الثاني من الفصل الأول في الباب الأول من الكتاب الثالث بأنه:

" كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك فهو شيء منقول "

ويعرف الفقهاء العقار أنه " الشيء الثابت غير القابل للنقل من مكان لآخر بدون تلف وهذا خلاف للمنقول الذي يعد بحكم طبيعته قابلا للنقل و الحركة"⁴.

¹ د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001، ص41.

² المادة 351 من القانون المدني.

³ د. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، "عقد البيع"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3، 2003 ص12.

⁴ حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 05.

ومما تقدم لا ينعقد عقد البيع العقاري مثله مثل بقية العقود إلا إذا توافرت أركانه العامة

و الخاصة وهو دراستنا في المبحث الأول الذي ينقسم إلى مطلبين أولهما الأركان الموضوعية العامة و المطلب الثاني باعتبار الشكلية عنصر إلزامي في تحرير العقد، وكل هذا ينطوي تحت عنوان المبحث الأول وهو أركان عقد بيع العقار، وباعتباره ملزماً لجانبين فإن له آثار يرتبها في ذمة طرفيه وهو المطلب الأول بالدراسة أما آثاره في مواجهة الغير فهي دراستنا في المطلب الثاني تحت عنوان آثار عقد بيع العقار.

المبحث الأول: أركان عقد بيع العقار

بما أن عقد بيع العقار هو وجه من أوجه عقود البيع فهو يتطابق مع العقود الأخرى في وجوب توافره على الأركان الموضوعية العامة من تراضي و محل و سبب، بكل ما يضمنه كل ركن من شروط، والتي أوردتها المشرع الجزائري في أحكام القانون المدني. في حين يختلف معها في وجوب توفر ركن الرسمية الذي فرضه المشرع الجزائري، حيث يجب أن تفرغ هذه المعاملات الواردة على العقارات في شكل رسمي.¹

المطلب الأول: الأركان العامة لعقد بيع العقار

لعقد البيع أركان ثلاثة طبقا للقواعد العامة، الرضا و المحل و السبب، فإذا انعدم ركن من هذه الأركان فلن ينعقد العقد، بل يكون باطلا بطلانا مطلقا .
وكذلك الحال إذا اختلف أحد هذه الأركان بعدم توفر شرط من الشروط التي يتطلبها القانون، كأن يختلف شرط تقابل الإيجاب و القبول مع تطابقهما أو تختلف في المحل شرط المشروعية، في كافة هذه الأحوال يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا، وإذا كان العقد من العقود الشكلية، فإن عدم إتباع الشكل الواجب، يترتب عليه الجزاء الذي نص عليه القانون وهو البطلان المطلق، كما هو الحال في بيع العقار²

الفرع الأول: التراضي

البيع عقد فهو لذلك لا يقوم إلا على أساس الرضا المتبادل بين طرفيه، أي البائع و المشتري. والمقصود بالرضا تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني. ومما لا خلاف فيه أن التراضي ركن انعقاد لا يتم العقد بدونه. ولكن إذا كان التراضي يلزم ويكفي، كقاعدة عامة، لانعقاد البيع. فإنه يجب أن يكون هذا التراضي صحيحا، بأن يكون صادرا عن ذي أهلية وأن

¹ مجلة الفقه و القانون، العدد الأول، نوفمبر 2012، ص 142 .

² د، سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل لطباعة و النشر و التوزيع، المدينة الجديدة، تيزي وزو، ص28.

تكون إرادة كل من طرفي عقد البيع " البائع و المشتري " سليمة غير مشوبة بأي عيب يؤثر في صحتها.¹

أولاً: تطابق الإيجاب بالقبول:

يتم عقد بيع العقار باقتران الإيجاب المتطابق مع القبول أو العكس وغالباً ما يتم هذا الاقتران في مجلس يجمع بين من صدر منهم الإيجاب ومن صدر منهم القبول.

أ- مجلس العقد: ذكر اصطلاح مجلس العقد في المادة 64 من القانون المدني الجزائري ويقصد به المكان الذي يجمع كلا أطراف العقد بحيث يسمع كل منهما للآخر كأن يكون مثلاً مكتب موثق أو المحكمة، ولا تشترط لتوافر ركن المكان أن يكون حقيقياً يكفي أن يكون صحيحاً التعاقد عن طريق الهاتف يسمع كلا منهما للآخر دون أن يجمعهما المكان.²

ب- الإيجاب: يعرف الإيجاب بأنه ذلك العرض الذي يبادر بتقديمه شخص إلى شخص آخر أو عدة أشخاص آخرين غرضه إبرام عقد ما، فإذا صدر قبول على هذا العرض بالشروط المطلوبة انعقد العقد. ويجب أن يتوفر العرض الذي يعتبر إيجاباً على طبيعة العقد المراد إبرامه وكذلك العناصر الأساسية اللازمة من أجل إبرامه.

ج- القبول: يعرف القبول بصفة عامة بأنه ذلك التعبير البات الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يقبل من خلاله العرض المقدم من طرف الموجب. والقبول بهذا الشكل هو الموافقة على تكوين العقد، بحيث إذا صادف و طابق الإيجاب مطابقة تامة نكون بصدد انعقاد العقد إذا توافرت جميع شروطه.³

ثانياً: صحة التراضي

وجود الرضا ركن في العقد إذا تختلف انهار العقد، ويشترط لصحة الرضاء أن يكون من صدر منهذ متمتعا بالأهلية ، و أن يكون رضائه خالياً من عيوب الإرادة التي هي الغلط و التدليس

¹ د، كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، دار الحامد لنشر و التوزيع، الأردن، عمان، ص91.

² لحسين ابن الشيخ آث ملويا، المنقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، 2006، طبعة 2، ص29

³ جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 40/39

و الإكراه و الاستغلال. وإذا فشروط صحة التراضي هي الأهلية و خلو الإرادة من العيوب.¹
أ- الأهلية :

المقصود هنا بالأهلية هي أهلية الأداء وهي صلاحية الشخص لأن يباشر التصرفات القانونية التي من شأنها أن تكسبه حقا أو تحمله بديون و بعبارة أخرى صلاحية الشخص لإعمال إرادته لإحداث الأثر القانوني الذي يقصده.

ومناطق أهلية الأداء التمييز. فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن كان تمييزه ناقصا نقصت أهليته، ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية.²

ثالثا : عيوب الرضا

عيوب الرضا في القواعد العامة هي الغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال. و الجزاء الذي يترتب عليها هو قابلية العقد للإبطال لمصلحة من لحق عيب بإرادته.³

أ - الغلط :

يمكن تعريف الغلط بأنه حلة تقوم بالنفس تحمل توهم غير الواقع. و غير الواقع إما يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها.⁴

وقد نص المشرع الجزائري على الغلط في المادة 81 من القانون المدني⁵ على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله.

ب - التدليس :

تنص المادة 86 م ج على العيب الثاني في الإرادة وهو التدليس بقولها " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث

¹ علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 8، 2008، ص 48

² د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، ص 50

³ د سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، طبعة 1، 2009، ص 64.

⁴ د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام/ دار احياء التراث العربي، لبنان، ص 289.

⁵ المادة 81 من القانون المدني.

لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

فالتدليس هو استعمال طرق احتيالية من شأنها أن تخدع المدلس عليه و تدفعه إلى التعاقد. فهو إذن يفترض قيام عنصرين، عنصر مادي، وهو استعمال حيل، و عنصر شخصي، وهو أن تكون هذه الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم المدلس عليه العقد. والحيل وسائل أو مظاهر خداعة، مثل إبراز أوراق مزورة، أو التظاهر باليسار، أو كتابة منشورات أو إعلانات كاذبة، وليس من اللازم أن تبلغ الحيل في التدليس ما يشترطه القانون الجنائي في النصب من أن تكون الحيل مادية، وأن تأخذ مظهرا خارجيا، بل يكفي أن تكون الحيل من شأنها أن تحمل المدلس عليه على التعاقد، ولو كان مجرد كذب أو كتمان للحقيقة.¹

ج - الإكراه: الإكراه ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد.² والى جانبي عيب الغلط و التدليس فقد تناول المشرع عيب الإكراه في المادتين 88 و 89 من القانون المدني الجزائري حيث نصت المادة 88 على أنه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

و تعتبر الرهبة قائمة على بينة إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محققا يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية و الصحية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه."³

¹ علي علي سليمان ، مرجع سابق ، ص 60-61.

² د عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق ، ص 334.

³ المادة 88 من القانون المدني.

د- الاستغلال :

نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من التزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة. ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.¹

ويتضح من هذا النص أنه لكي يمكن الطعن في عقد من عقود الاستغلال يلزم توافر عنصرين، الأول مادي أو موضوعي وهو عدم التعادل بين التزامات أحد المتعاقدين وما حصل عليه من فائدة بموجب العقد أو التزامات المتعاقد الآخر. وهذا هو الغبن. أما العنصر الثاني فهو عنصر نفسي أو شخصي وهو أن يكون عدم التعادل نتيجة استغلال أحد المتعاقدين طيش أو هوى دفع المتعاقد الآخر إلى التعاقد.²

الفرع الثاني: المحل

تقدم أن البيع عقد ملزم لجانبين، فهو متكون من إرادتين تلتزم كل منهما بالتزامات، وأهم التزامات البائع التزامه بنقل ملكية المبيع ثم التزامه بتسليم المبيع و بضمان الانتفاع به انتفاعا هادئا، ومحلها جميعا أعمال تتعلق بالمبيع فيمكن أن يعتبر المبيع تجوزا محلا لعقد البيع. ومن جهة أخرى أهم التزامات المشتري التزامه بدفع الثمن، فيعتبر الثمن كذلك محلا لعقد البيع. فتقضي دراسة محل البيع دراسة كل من المبيع و الثمن.³

¹ المادة 90 من القانون المدني.

² د محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 62

³ د سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1980، ص 127

أولاً: المبيع

قد يكون للبائع حق الملكية، وهذا هو الغالب، وقد يكون حقا عينيا آخر متقرعا عن حق الملكية كحق الانتفاع وحق الرقبة، وحق الارتفاق، وحق الحكر كما قد يكون حقا شخصيا وقد يكون حقا معنويا كحق المؤلف.

وفي جميع الأحوال ينقل البيع الحق كما هو، بمقوماته و خصائصه، من البائع إلى المشتري طبقا للقواعد و الإجراءات التي قررها القانون فبيع الدار يترتب عليه نقل ملكية الدار إلى المشتري، وبيع حق الانتفاع (أو ملكية حق الانتفاع) وبيع الحق الشخصي يترتب عليه نقل ملكية الحق الشخصي وبيع حق المؤلف يترتب عليه نقل ملكية هذا الحق وهكذا، وهذا هو الذي نعنيه بنقل ملكية المبيع.¹

ويشترط المشرع الجزائري ثلاثة شروط خاصة بالمحل وهذا ما نصت عليه المواد من 92 إلى 97 قانون مدني وهي:

أ - أن يكون موجودا عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل.

ب - أن يكون معينا أو قابلا لتعيين.

ج - أن يكون مشروعاً .

أ - أن يكون موجودا عند إبرام العقد أو ممكن الوجود في المستقبل

يشترط لصحة البيع أن يكون المبيع موجودا وقت البيع أو قابلا للوجود في المستقبل.²

إذا وجد المبيع قبل العقد ثم انعدم كله أو بعضه وقت العقد، اقتضى الأمر الفصل فيما إذا كان البيع قد انعقد أو لم ينعقد وتحديد مركز كل من الطرفين في ضوء ذلك.

وإذا لم يوجد المبيع قبل العقد ولا وقت إبرامه وكان قابلا للوجود بعد ذلك. واتجهت إرادة الطرفين إلى التعاقد عليه على هذا الأساس، تعين البحث فيما إذا كان احتمال وجوده في

¹ د محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 176.

² د سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 68.

المستقبل يكفي لانعقاد البيع أو لا يكفي.¹

ب - أن يكون معينا أو قابلا لتعيين

التزام البائع في هذا الصدد تحكمه القاعدة العامة الواردة في كتاب الالتزامات في المادة 94 مدني جزائري (التي تقابلها المادة 133 مدني مصري) والتي تنص على أنه " إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره وإلا كان العقد باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعيين مقداره و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط" ويترتب على شرط التعيين بأن كان المبيع غير معين أو قابل لتعيين بطلان العقد بطلانا مطلقا.²

ج- أن يكون مشروعاً

فيجب أن يكون محل الالتزام مما يجوز التعامل فيه أي غير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة وقد نصت المادة 97 على ذلك بقولها إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو الآداب، كان العقد باطلا.

و الأشياء التي يعتبر التعامل فيها مخالفا للنظام العام أو الآداب، قد يكون التعامل فيها يتنافى و طبيعتها مثل الشمس أو ماء البحر أو الهواء، فهي أشياء عامة مشتركة بين الناس جميعا وغير قابلة لتعامل فيها بطبيعتها، غير أنه إذا استحوذ على جزء من ماء البحر أو من أشعة الشمس أو الهواء و حوله عن طبيعته، فانه يجوز له التعامل فيه. وقد تكون الأشياء غير قابلة لتعامل فيها لأن الغرض المقصود منها يتنافى مع التعامل فيها مثل أموال الدولة (الدومين العام) كالطرق العامة و الجسور والقلاع و الحصون، فهي مرصودة للمصلحة العامة ولا يجوز التعامل فيها، وقد نصت المادة 689 مدني جزائري على أنه " لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم".

¹ د سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 130.

² د محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ص 54.

و الأشياء التي لا يجوز التعامل فيها بحكم القانون مثل تحريم التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو برضاه (م 2/92) ومثل المخدرات و الصور المخلة بالآداب.¹

ثانيا: الثمن

حسب نص المادة 351 قانون مدني وجب أن يكون الثمن في عقد البيع نقديا، يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل التزام هذا الأخير بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري والاتفاق على الثمن يقتضي تعيينه أو بيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره، وهذا ما نصت عليه المادة 356 قانون مدني.²

و فضلا على ما تقدم لا بد لهذا الثمن من شروط واجب توافرها في عقد البيع العقاري وهي أن يكون الثمن نقدا، معينا أو قابلا لتعيين، جديا حقيقيا، كما أن الثمن يكون نقديا ولا يهم إذا كان معجلا دفعة واحدة أو بيع على أقساط أي مؤجلا.

أ - أن يكون الثمن نقدا :

إن نقدية الثمن هي ما يميز عقد البيع عن غيره من التصرفات الناقلة للملكية المشابهة كعقد المقايضة مثلا، وقد نصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن "البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي."³

ب - أن يكون الثمن مقدرا أو قابلا لتقدير:

إما أن يحدد ثمن البيع من طرف المتعاقدين ويعين تعيينا كافيا لا يدع مجالاً لمنازعة في مقداره مستقبلا.

تعيين الثمن و تقديره يرد بتعيين مبلغ محدد للشيء المبيع من طرف كلا المتعاقدين معا بهدف حماية مصلحتهما وعدم وقوع أحدهما في الغبن، والتقدير قد يكون فوريا أو بالاقتصار على الإشارة على الأسس التي سيقدر الثمن بناء عليها بعد إبرام العقد طبقا لنص المادة 356 من

¹ د علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 73.

² قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012، ص 21.

³ جمال بدري ، مرجع سابق، ص 53.

القانون المدني الجزائري" يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد."

و الثمن في عقد البيع أخضعه المشرع لعدة إجراءات خاصة مختلفة عن بيع المنقول نظرا لأهميته الاقتصادية، حماية لمصلحة الأطراف وتجنباً لوقوع الغبن لذلك أوجب إيداع خمس ثمن المبيع أمام مرأى وبين يدي الموثق محرر العقد تحت طائلة البطلان طبقاً لنص المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بالمادة 123 من قانون المالية لسنة 1998.¹

ج - أن يكون الثمن حقيقي و جدي :

لا يكفي أن يكون الثمن معيناً في العقد بالنقد، بل يجب أن يكون ثمناً حقيقياً أي جدياً، وإلا كان هو و العدم سواء.

والثمن الحقيقي أو الجدي هو الذي تكون إرادة الطرفين قد اتجهت إلى إلزام المشتري بأن يدفعه فعلاً باعتباره مقابلاً حقيقياً لا رمزياً للمبيع.

ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صورياً fictif أو تافهاً dérisoire أما الثمن البخس vil فهو ثمن حقيقي، وينعقد به العقد، ولو أنه يخول البائع في بعض الأحوال حق طلب تكملة الثمن.²

الثمن الصوري fictif :

هو الثمن الذي يظهر في العقد ولا يلتزم به المشتري فعلاً، ويكون الغرض استكمال شكل عقد البيع لستر عقد الهبة.

وقد يكون غرض المتعاقدين قيام اتفاق آخر في الخفاء بينهما لغرض ما وإذا كانت الصورية في الثمن لا تظهر في عقد البيع نفسه فإن إثباتها يخضع للقواعد العامة.

فإذا ذكر الثمن في العقد الثابت بالكتابة تعين على العاقد الذي يتمسك بصوريته أن يثبت ذلك بالكتابة أيضاً، أما غير العاقدين وكذلك وارث أحد المتعاقدين فإنه إذا طعن في تصرف مورثه

¹ د لحسين ابن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 77.

² د سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 173.

بأنه صدر إضرار بحقه في الميراث فيجوز له إثبات الصورية بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة و القرائن.¹

ال**ثمن التافه** dérisoire :

ويلحق بال**ثمن الصوري** الثمن التافه، وكما لا يتم البيع ب**ثمن صوري** كذلك لا يتم ب**ثمن تافه**. وال**ثمن التافه** هو مبلغ يصل من التقاهة في عدم تناسبه مع قيمة المبيع إلى حد يبعث على الاعتقاد بأن البائع لم يتعاقد للحصول على مثل هذا المقدار التافه، وإذا كان قد حصل عليه فعلا، فإذا باع شخص دار قيمتها ألف بعشرين مثلا، كان الثمن تافها، فلا يتم البيع. وإذا اعتبر العقد في هذه الحالة هبة، فإن الهبة تكون مكشوفة لا مستترة، وتجب فيها الرسمية في الأحوال التي يشترط القانون فيها ذلك.²

ال**ثمن البخس** vil prix :

هو الثمن الذي لا يتناسب مع قيمة المبيع دون أن يصل إلى حد التقاهة، فهو ثمن جدي كان الحصول عليه هو الباعث الدافع لدى البائع على الالتزام بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، فيعتد به كركن في عقد البيع يكفي لانعقاده.³

الفرع الثالث: **السبب في البيع العقاري** :

أولا : **تعريف السبب**

لم يعرف المشرع الجزائري السبب في العقد و لكن اكتفى بنص المادة 97 من القانون المدني، " إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو للأداب، كان العقد باطلا." ولقد عرف السبب نظريتين، تقليدية و حديثة.

وتعني النظرية التقليدية للسبب الغرض القريب المباشر الذي قصده الملتزم من وراء التزامه، فالبايع مثلا يقصد بتحملة بنقل ملكية المبيع أن يتحمل المشتري بالالتزام بدفع الثمن.

¹ د محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 157.

² د عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 385-386.

³ د محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 160.

أما النظرية الحديثة فتعتمد بالسبب الدافع و هو الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب ذمته الالتزام. فمن يشتري منزلا قد يكون الدافع له على الشراء هو الالتزام بدفع الثمن هو أن يستغل المنزل، أو أن يخصص لسكانه أو أن يجعل منه محلا لعمله.... الخ ونرى من ذلك أن الباعث يجمع الخصائص الثلاثة الآتية : هو شيء خارجي عن العقد، هو شيء ذاتي للملتزم، هو شيء متغير.¹

ويظهر أن المشرع قد اعتنق النظرية الحديثة في السبب والتي ترى أن سبب العقد هو أمر ذاتي خارج عن العقد ويختلف باختلاف شخص المتعاقد.²

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في السبب

1/ وجود السبب

ينصرف هذا الشرط على السبب القصدي وهو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها. وفي العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزام كل من العاقدين هو ارتقاب تنفيذ التزام العاقد الآخر، ففي عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري و سبب التزام المشتري بدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع.³

2/ صحة السبب

يجب أن يكون السبب صحيحا، فإذا كان موهوما أو صوريا فيكون السبب غير صحيح. فإذا تعهد الخلف العام أو الخاص بوفاء دين سلفه ثم اتضح أن هذا الدين انقضى، فهنا يكون السبب موهوما لأن المتعاقد قد وقع في غلط بشأن وجود السبب، ويبطل العقد. ويكون السبب صوريا إذا كان يخفي سببا آخر غير مشروع كما أن تعهد الشخص بدفع دين على أنه قرض وحقيقته أنه دين قمار.⁴

¹ بن كسيرات نجاه، مسعودي سلمى، البيع العقاري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، 2010/2011، ص 21 .

² جمال بدري ، مرجع سابق، ص 58.

³ د محمد حسنين، مرجع سابق ، ص 76.

⁴ بن كسيرات نجاه، مسعودي سلمى، مرجع سابق، ص 22.

3/ مشروعية السبب

ينصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع أي الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب الالتزام في ذمته فإذا كان الباعث للمتعاقدين معا باعثا غير مشروع كان العقد باطلا بطلانا مطلقا. أما إن كان الباعث لأحد المتعاقدين غير مشروع فنفرق بين ما إذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية هذا الباعث أو لا يعلم به. فإذا كان الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا.¹

المطلب الثاني : الشكلية في عقد البيع العقاري

إن للكتابة دور هام في إثبات التصرفات القانونية التي يقوم بها الأفراد في كافة المجالات، لاسيما العقارية منها لكونها تعتبر وسيلة أساسية في الحفاظ على الحقوق حين يتم إنكارها من أحد الأطراف المتعاقدة.

الفرع الأول : مفهوم الرسمية

لقد كان المشرع الجزائري على حد من الصراحة فيما يتعلق بالعقد الرسمي و شروطه إذ كان لابد من ذكرها كالاتي:

أولا : تعريف العقد الرسمي

لقد عرف المشرع الجزائري الورقة الرسمية في المادة 324 من القانون المدني بعد التعديل بالقانون رقم 10-05 على أنها " العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ماتم لديه أو ماتلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه." ويلاحظ على نص هذه المادة أنه عالج مسألة الإثبات، عندما عرف المشرع الورقة الرسمية بأنها عقد يثبت فيه الشخص الذي يعهد له تحريرها، كل ما يدور حول ذلك العقد، والحقوق التي يتضمنها وكذلك الالتزامات التي يرتبها.²

ثانيا : شروط العقد الرسمي و حجيته

¹ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 77.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم لنشر، الجزائر، 2008، ص 297.

وفقا لنص المادة 324 من القانون المدني الجزائري حتي يكتسب العقد صفة الرسمية يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط يمكن اجمالها في :

1- صدور العقد الرسمي ممن له صفة

2- سلطة و اختصاص محرر العقد

3- مراعاة البيانات المقررة في العقد قانونا.

أ - شروط العقد الرسمي

1 - صدور الورقة من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي :

الموظف العام :

يشترط في محرر العقد الرسمي أن يكون موظفا عاما، وهو كل من يشغل منصب دائم في مصلحة عمومية بغض النظر عن الأسلاك التي ينتمي لها، ويخضع لقانون الوظيفة العمومية، فيدخل في هذا المفهوم موظفي الجماعات المحلية ومستخدمي الشؤون الدينية و أساتذة الجامعات.

الضابط العمومي :

يقصد به كل شخص يخوله القانون سلطة تصديق على وإضفاء الرسمية على العقود أو الوثائق، كالمحضر القضائي الذي عرفته المادة 4 من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006 والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي في الجزائر بأنه " ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته....."

وكذلك يوجد ضمن الضباط العموميين الموثق وقد عرفته المادة 3 من القانون 06-02 المؤرخ في 20-02-2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في الجزائر، بأنه " كل ضابط عمومي يتولى تحرير العقود ويمارس مهامه عبر تفويض سلطة عمومية."

المكلفين بخدمة عامة:

يتمثلون في الأشخاص الذين يمارسون نشاطات تتعلق بتسيير مرافق عامة مثل ضباط الحالة المدنية الذين عرفتهم المادة 1 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970، والمتعلق بالحالة المدنية والتي تنص على أنه: "ضباط الحالة المدنية يتمثلون في رئيس المجلس الشعبي البلدي و نوابه، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية.¹"

2- أن يكون الموظف مختصا بتحرير الورقة :

لا يكفي في الورقة الرسمية أن تكون من موظف عام وإنما تتطلب المادة 324 م.ج أن يكون الموظف العام قد عمل في حدود سلطته و اختصاصه و يقصد بالسلطة في هذه الحالة أن يكون الموظف أو المكلف بالخدمة العامة ذا ولاية في تحرير الورقة من ناحية بأن يقوم قائما بعمله قانونا وقت تحرير الورقة فان كان قد عزل أو نقل زالت ولايته وفقدت الورقة صفة الرسمية ومن ناحية أخرى يجب أن تكون كتابة الورقة من اختصاصه فلا يجوز أن يقوم كاتب الجلسة في المحكمة بتحرير عقد رهن رسمي أو عقد زواج.²

3- مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تحرير الورقة :

بالرجوع إلى نص المادة 324 من ق.م.ج : "..... وذلك طبقا للأشكال القانونية... ونفهم من خلال نص المادة أن القانون يحدد لكل نوع من هذه المحررات الرسمية أشكال يستوجب على الموظف العام، أو المكلف بخدمة عامة أن يتبعها أثناء تحريره للمحرر، ومن بين الأشكال القانونية التي يستوجب توفرها في المحرر لكي يكتسب صفة الرسمية هي إخضاع المحرر لشكل رسمي وكذلك توقيعها من قبل الأطراف، وهناك بعض العقود يشترط حضور الشهود، وهذا ما نجده في المواد 324 مكرر 1 و 324 مكرر 4 من ق.م.ج، وزيادة على ذلك تضمنت

¹ زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم سياسية، 2012-2013 ص 33-34 .

² د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، طبعة 2009، ص 52.

المواد 26، 27، 28، 29، لقانون التوثيق تفصيلا للبيانات الواجب مراعاتها لتوثيق الأوراق الرسمية، ومن بينها أن تحرر العقود التوثيقية باللغة العربية في نص واضح وسهل القراءة دون اختصار أو نقص، وتكتب المبالغ واليوم والشهر والسنة و التوقيع على العقد بالأحرف، و تكتب التواريخ الأخرى بالأرقام، وكما يدرج في الوثيقة الأسماء و الألقاب وصفات الأطراف ومكان و زمان الإبرام، وتحديد الموضوع، وتعتبر الشروط سألغة الذكر معيار لقيام صفة الرسمية في المحررات وبالتالي، تخلف احدها يؤدي لا محال لفقدان هذه الصفة، فالأصل أن كل إخلال بشرط من هذه الشروط يؤدي لبطلان المحرر بوصفه محررا رسميا إلا أن المادة 326 مكرر 2 من ق.م.ج تنص " يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف." ، فإذا فقد المحرر صفة الرسمية بسبب تخلف أحد الشروط، فان ذلك لا يعني أنه فقد كل قيمته، فيقرر القانون في هذه الحالة انه إذا لم يكتسب صفة الرسمية، كان له قيمة المحرر العرفي، شرط أن يتم التوقيع عليه من قبل ذوي الشأن بإمضائهم، أو أختامهم أو ببصمات

الورقة الرسمية باطلة بطلانا مطلقا، وغير قابلة لأن تتحول إلى ورقة عرفية .¹

ب- حجية المحرر الرسمي فالإثبات:

يتمتع السند الرسمي بافتراض تقيده صحته قانونا كلما كان مظهره الخارجي يوحي بذلك وهذه القاعدة مكرسة بنص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني والتي تنص " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني." وهذه القرينة التي تتمتع بها الوثيقة الرسمية لا تحدث أثرها إلا إذا اتسمت بحالة ظاهرة من الصحة و المشروعية كما تقدم فإذا ظهر على شكلها أنها مشوبة بعيب ظاهر للعيان كأن تكون مشتملة على حشو أو محو أو تشطيب فان من حق المحكمة وبدون أن يطعن فيها بالتزوير

¹ جعيط وفاء، سيفر يسمينة، الكتابة كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية والوقائع المادية ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية ، كلية الحقوق و العلوم سياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015، ص 9.

مسبقاً أن تستبعضها من النزاع إذا تراءى للقاضي أن الفصل في الدعوى لا يتوقف على المستند المدعى بتزويره وهذا طبقاً لنص المادة 156 من قانون الإجراءات المدنية.¹

1 - حجية المحرر الرسمي بالنسبة لما دون فيه :

الورقة الرسمية حجة بما دون فيها ما لم يتبين تزويرها أو يقيم الدليل على خلاف ما هو مدون فيها.

وتفصيل ذلك أن الورقة الرسمية يساهم في تكوينها فريقان أصحاب الشأن الذين يدلون بما عندهم من بيانات و الموظف العام الذي يقوم بتحرير هذه البيانات ويضفي عليها صفة الرسمية فالورقة الرسمية تشتمل على عنصرين:

عنصر يأتي من الموظف العام و آخر يأتي من أصحاب الشأن و أول هذين العنصرين هو الذي يلحق به وصف الرسمية و يتحتم الادعاء بالتزوير لرفع حجيته أما الثاني فلا يصدق عليه هذا الوصف و يجوز نقضه بالطرق العادية دون حاجة إلى الادعاء بالتزوير.²

2- حجية المحرر الرسمي بالنسبة للأشخاص

من خلال نصون المواد 324 مكرر 5 " يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره...." كذلك المادة 324 مكرر 6 التي تنص " يعتبر العقد الرسمي حجة لمحتوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة و ورثتهم و ذوي الشأن..." وتتص المادة 324 مكرر 7 على " يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف حتى لو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء." وضع المشرع الجزائري قاعدة عامة مفادها أن المحرر الرسمي حجة على الناس كافة، أي فيما بين المتعاقدين وكذلك في مواجهة الغير ولا يجوز لذوي الشأن أو الغير نقض الحجية الرسمية للمحرر إلا بإثبات التزوير بالطرق المقررة قانوناً أما إذا كان ما يراد نقضه من البيانات لا تثبت له صفة الرسمية، إما لأنه صادر

¹ مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع، الصفحة 314.

² د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مرجع سابق، ص 58.

من ذوي الشأن أو لأنه صادر من الموظف العام ولكن خارج حدود اختصاصه فان هذه البيانات يمكن إثبات عكسها بالطرق العادية.¹

الفرع الثاني : موقف القضاء من القاعدة الرسمية :

لقد عرف الاجتهاد القضائي في الجزائر مواقف متباينة في تفسير النصوص و تطبيقها كلما تعلق الأمر بمعاملات عقارية أبرمت بواسطة محررات عرفية، فرغم صراحة النصوص القانونية إلا أن المحكمة العليا في كثير من الأحيان لم تسايرها بل تجاهلتها و أكدت صحة المحررات العرفية، فانقسم القضاء إلى فريقين يرى الفريق الأول ضرورة احترام نص المادة 12 من قانون التوثيق السابق والمادة 324 مكرر 1 مدني، بينما اعتبر الفريق الثاني العقود الرسمية وسيلة للتعبير عن الإرادة، وهو ما دعى إلى ضرورة انعقاد الغرف المجتمعة للمحكمة العليا طبقا لمقتضيات القانون 89-22 المتعلق بصلاحيات المحكمة وتنظيمها و تسييرها² قصد اتخاذ موقف توحد به الاجتهاد القضائي.

أولا - الموقف السابق للمحكمة العليا :

لقد كانت المحكمة العليا تعطي في ظل الاجتهاد القضائي القديم، للمحررات العرفية حجية كاملة في عملية نقل الملكية، مؤيدة اتجاه المحاكم التي تقضي بصحة هذه المحررات و إلزام البائع بالتوجه أمام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي مع المشتري، وفي حالة امتناع المطلوب قام الحكم مقام العقد، فلم تكن تعتبر الرسمية ركنا لانعقاد بل مجرد شرط للإثبات. هذا ما يتبين من خلال بعض القرارات من بينها القرار الصادر في 07-02-1990 الذي صرح أنه " إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع و المشتري وكانت أركانه كاملة من حيث الرضا و المحل و الثمن ولم ينكر البائع ذلك، ولم ينازع في أركانه فانه يتعين على

¹ جعيط وفاء، سيفر بيسمينة، مرجع سابق، ص 10.

² قانون رقم 89-22 مؤرخ في 12-12-1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها، جريدة رسمية ، العدد 53، المؤرخ في 13-12-1989 ص 1435 المعدل بالقانون العضوي رقم 11-12 المؤرخ في 12-07-2011، جريدة رسمية عدد 42، المؤرخة في 31-07-2011.

المحكمة إتمام النقص المتمثل في الرسمية، أما أن تلغي عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه لشكليات الرسمية فهذا مخالف للقانون.¹

وجاء في قرار الغرفة المدنية بالمحكمة العليا تحت رقم 61796 بتاريخ 19-11-1990 غير منشور " حيث كان

على قضاة الموضوع مناقشة المادتين 351 و 361 وليس المادة 12 من الأمر 70/91 غير القابلة لتطبيق في قضية الحال.

و أن المشرع قد قصد فعلا تخصيص مكانة للعقد العرفي في العلاقات القانونية و يعد في نظر القانون مصدر التزامات بين الطرفين".

وقد أكد هذا الاتجاه قرار صادر عن نفس الغرفة بتاريخ 05-05-1995 تحت رقم 108/108 غير منشور.. " وأنه بإحالة الطرفين أما الموثق لإتمام إجراءات البيع النهائي فان قضاة الموضوع قد طبقوا القانون تطبيقا سليما، وأنه لا يمكن للمدعي الاحتجاج بخرق المادة 12 من الأمر 91/70 المؤرخ في 15/12/1970 التي جاءت في صالح الخزينة العمومية و الشهر العقاري فقط".

ونظرا لهذا التباين في قرارات المحكمة العليا و الإشكالات الناتجة عن تطبيق القواعد القانونية بخصوص الرسمية، فان ذلك قد استدعى انعقاد الغرف المجتمعة بالمحكمة العليا للنظر فيه وذلك بمناسبة عرض الملف رقم 136156 المؤرخ في 18-02-1997.²

ثانيا - موقف القضاء الحديث :

لقد تم التأكيد على الرسمية مؤخرا في قرارين صادرين عن مجلس الدولة الأول بتاريخ 14-02-2000 تحت رقم 186443، و الثاني بتاريخ 26-04-2000 تحت رقم 210419

¹ قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 07-02-1990 تحت رقم 57930 تطبيقات قضائية في المادة العقارية، ص 27-31.

² سارة بن زابط، الزهرة واكد، الرسمية و شهر التصرفات القانونية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010-2011 ص 16-17

(غير منشورين) وجاء في القرار الأخير " أن المادة 324 مكرر 1 مدني توجب تحرير العقود الناقلة للملكية العقارية في الشكل الرسمي، مع دفع الثمن للموثق، وأن الرسالة المحتج بها و العقد العرفي لا تعد عقد بيع من جهة، و من جهة أخرى لا يمكن الاستجابة لطلب المستأنفين الرامي إلى توجيه أوامر الإدارة و المتمثلة في إتمام إجراءات البيع و الشهر للعقد..." وما تجدر الإشارة إليه أن الحل القانوني التي أعطته الغرف مجتمعة يتعلق بمدى حجية العقود العرفية التي تتضمن بيع المحلات التجارية، لكن يمكن توسيع نطاق هذا القرار ليشمل أيضا جميع المعاملات الواردة في صلب المادة 324 مكرر 1 مدني خاصة تلك المتعلقة ببيع العقارات المبنية و غير المبنية.

فخلاصة القول أن قرار 18-02-1997 جاء في الوقت المناسب لكي يوحد الاجتهاد القضائي في نقطة قانونية حساسة و لتأكيد على ضرورة التطبيق السليم للقانون ويعتبر خطوة جديدة لتعزيز دولة القانون، لكونه يفرض على المواطنين احترام الشكل الرسمي في المعاملات العقارية حفاظا على حقوقهم وحقوق الدولة التي حرمت فترة من الزمن من إيرادات هامة.¹

¹ سارة بن زايط، الزهرة واكد، نفس المرجع، ص 19

المبحث الثاني : آثار عقد البيع في مواجهة الأطراف و الغير

أهم ما يميز عقد البيع العقاري أنه يترتب التزامات في ذمة المتعاقدين أي على عاتق البائع و المشتري، هذا كدرجة أولى من الأثر الذي لا يكفي لأن يكون البيع العقاري قد استوفى آثاره القانونية، لذا وجب كأثر لاحق آثار عقد البيع في مواجهة الغير وهي الإشهار و التسجيل، وعليه يتم تقسيم المبحث إلى مايلي :

المطلب الأول : آثار عقد البيع العقاري بين الطرفين .

المطلب الثاني : آثار عقد البيع العقاري في مواجهة الغير.

المطلب الأول : آثار عقد البيع العقاري بين الطرفين :

البيع عقد ملزم للجانبين، فلا آثار التي تترتب عليه هي التزامات في جانب البائع والتزامات مقابلة في جانب المشتري. ونبحث هنا التزامات البائع، ثم التزامات المشتري.

الفرع الأول : التزامات البائع

يلتزم البائع بموجب عقد البيع ذاته دون حاجة إلى اتفاق خاص، بالتزامات أربعة : نقل ملكية المبيع الى المشتري، تسليم المبيع له، ضمان التعرض و الاستحقاق، ضمان العيوب الخفية.¹

أولاً : الالتزام بنقل الملكية

نصت المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخرا في مقابل ثمن نقدي."²

و يقتضي النظر في قيام البائع بالتزامه بنقل الملكية التفرقة فيما إذا ورد البيع على منقول أو عقار، وكذلك تختلف طريقة انتقال الملكية في المنقول في حد ذاته بين إذا ما كان منقول معين بالذات أو بالنوع.

1 - نقل ملكية المنقول :

¹ د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت - لبنان، ط3، 2000، ص 405/404.

² المادة 351 من القانون المدني.

حتى نتبين كيف تنتقل الملكية إلى المشتري في المنقول، يجب التمييز بين الشيء المعين بذاته والشيء المعين بنوعه.¹

أ - انتقال الملكية في المنقولات المعينة بالذات :

تنص المادة 165 ق.م.ج وتقابلها المادة 204 ق.م.م و المادة 394 موجبات لبناني على أن " الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم قانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري.".

ويتضح من هذا النص أنه يجب أن تتوفر شروط لكي تنتقل ملكية المنقول أو الحق العيني محل البيع بمجرد العقد وهي:

- أن يكون الشيء معيناً بالذات.
- أن يكون البائع صاحب الحق المبيع.
- ألا يكون نقل الملكية معلقاً على حدوث أمر معين بنص القانون أو الاتفاق.²

ب - انتقال الملكية في المنقولات المعينة بالنوع :

يكفي لصحة البيع أن يكون المبيع قابلاً لتعيين ولكن ذلك لا يكفي لانتقال الملكية إلى المشتري بل يقتصر أثر البيع على إنشاء الالتزامات الشخصية ويلتزم البائع بأن يقوم بما هو ضروري لنقا الملكية طبقاً للمادة 361 مدني جزائري التي تقابلها المادة 428 مدني مصري ونصها " يلتزم البائع بأن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري و أن يتمتع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيراً أو مستحيلاً ". والقاعدة طبقاً لنص المادة 166 مدني جزائري أنه إذا ورد الالتزام بنقل حق عيني على شيء لم يعين إلا بنوعه فلا ينتقل الحق إلا بإفراز هذا

¹ د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص 425.

² د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 136-137.

الشيء تقابلها المادة 1/205 مدني مصري. فيكون على البائع أن يقوم بالإفراز إذا هو عمل ضروري لكي ينتقل الحق إلى المشتري.¹

- الإفراز:

الإفراز هو العملية التي يقصد بها تحديد المبيع، بحيث يتميز عن غيره من الأشياء التي من نوعه، فهو عملية يترتب عليها تعيين الشيء بذاته بعد أن كان معين بنوعه. ويتم الإفراز بالطريقة التي تناسب الشيء سواء بالوزن أو العد أو الكيل أو المقياس المصحوب بما يدل على أن الشيء الذي تم إفرازه هو المبيع كتجنبيه (وضعه جانبا)، وقد يحصل الإفراز دون فصل المبيع عن بقية أفراد نوعه وذلك بوضع علامات عليه تجعله مميزا عن باقي المقدار رغم أنه مختلط به، ككتابة اسم المشتري على الوحدات المباعة أو رسم علامته عليها. ويجب أن يتم الإفراز في المكان الذي يتفق على حصوله فيه فإذا لم يوجد اتفاق فيكون في مكان التسليم لأن الإفراز مقدمة للتسليم، كما يجب أن يتم في الوقت المتفق عليه فإذا لم يوجد اتفاق، فيكون حصوله واجبا وقت التسليم باعتبار أن هذا هو الوضع الغالب.²

- جزاء الامتناع عن الإفراز:

تجيبنا على ذلك المادة 166 ق م ج المقابلة للمادة 248 ق م م، في حالة امتناع البائع عن تنفيذ التزامه بالفرض، كان للمشتري أن يعذره، و بعد الاعذار، له أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة البائع بعد استئذان القاضي أو بدون استئذانه في حالة الاستعجال. كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلاله بحقه في التعويض. أما في القانون الأردني فيجبر المدين عند اعذاره على تنفيذ ما التزم به تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا (المادة 1/355 ق م) وإذا أصر على عدم تنفيذ التزامه، فإن المحكمة تقدر الضمان الذي تلزمه به مراعية في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن من عدم قيام المدين بالفرض.³

¹ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 84-85.

² د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 192-193.

³ د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق ص 145.

2- نقل الأموال أو الحقوق العقارية :

هي الحقوق العينية التي ترد على عقار ولا ينتقل الحق العيني العقاري المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد و لو كان العقار معينا بالذات و مملوكا للبائع، كذلك لا ينتقل الحق العقاري إلى المشتري بإفرازه و تعيينه بالذات إن كان العقار معينا بالنوع لأن التصرفات التي يراد بها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله يجب شهرها وليس للتصرفات غير المشهورة من أثر سوى الالتزامات الشخصية بين ذوي الشأن.

وتنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري (وتقابل المادة 943 من القانون المدني المصري) على أنه " لا تنقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون و بالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار." و لا يغير من هذا الحكم أن القانون الجزائري استلزم توثيق عقد البيع العقاري، فالتوثيق وظيفة هي انعقاد العقد، و للشهر وظيفة أخرى هي إحداث العقد لأثره العيني و لا يغني أحدهما عن الآخر.¹

ثانيا : الالتزام بالتسليم

يترتب على انعقاد البيع، التزام البائع بأن يسلم للمشتري المبيع و ملحقاته، ومع أن الالتزام بالتسليم ينشأ عن كل عقد يستهدف نقل حق عيني، كالمقايضة و الهبة، إلا أن أحكام الالتزام بالتسليم لم تفصل إلا في تنظيم عقد البيع.²

وجاء في نص المادة 167 من القانون المدني الجزائري أن " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء و المحافظة عليه حتى التسليم."³

1 - تعريف التسليم عناصره :

أ - تعريف التسليم

¹ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 86-87.

² د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 285.

³ المادة 167 من القانون المدني .

ان التسليم هو الاجراء الذي يقصد به تمكين المشتري من المبيع بحيث يستطيع أن يباشر عليه سلطاته كمالك دون أن يمنعه من ذلك أي عائق.

ويمكن تعريفه بأنه وضع المبيع تحت تصرف المشتري ليتمكن من قبضه و الانتفاع به دون عائق.¹

ب - عناصر التسليم

للتسليم عناصر تتضح من خلال نص المادة وهي:

- وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق، ولا يستلزم ذلك أن تنتقل الحيازة المادية فعلا إلى المشتري بحيث يتمكن من حيازته ماديا و أن ينتفع به دون عائق، فإذا وجد عائق بين المشتري و بين انتفاعه بالمبيع، فلا يتوافر العنصر الأول من العناصر المكونة للتسليم مثل : وجود المبيع في حيازة الغير الذي يدعي حقا عليه ويمانع في تسليمه.

- إعلام المشتري بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه، إذ لا يكفي مجرد علم المشتري وحده بأن المبيع قد وضع تحت تصرفه، بل يجب على البائع أن يعلمه بذلك منعا لكل لبس حول حقيقة علم المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه.

2 - أنواع التسليم :

للتسليم نوعان هناك تسليم قانوني و تسليم حكومي.

أ - التسليم القانوني

وهو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون أي عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء ماديا و البعض يرى أن التسليم القانوني هو التسليم الفعلي كما هو الأمر بالنسبة للمشرع الجزائري من خلال المادة 367 قانون مدني جزائري.

¹ د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص175.

إلا أن في الواقع التسليم القانوني ليس هو التسليم الفعلي لأن هذا الأخير يشترط حياة المشتري للمبيع و حياة مادية بينما في التسليم القانوني لا يشترط ذلك بل يتم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري و إعلامه بذلك.¹

ب - التسليم الحكمي :

وهو ما يسمى أيضا بالتسليم المعنوي، و يتحقق ذلك بمجرد تراضي المتعاقدين، وذلك بالاتفاق على تغيير صفة الحياة و نصت على ذلك المادة 2/435 مدني مصري، تقابلها المادة 2/367 م جزائري، و تقابلها المادة 2/242 م لبيي (و كلها مطابقة في الحكم) بقولها " ويجوز أن يتم التسليم بمجرد تراضي المتعاقدين إذا كان المبيع في حياة المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استبق المبيع في حياته بعد البيع لسبب آخر غير الملكية".

فقد يكون المشتري حائزا للمبيع قبل البيع حياة عرضية باعتباره مستأجرا، أو مستعيرا، أو مرتهنا رهن حياة، أو مودعا لديه، ثم يبرم العقد، فيكون المشتري حائزا فعلا للمبيع وقت صدور البيع، ولا يقضي الأمر استيلاء ناديا ليم التسليم، بل يقتضي اتفاق المتعاقدين، على أن يبقى المبيع في حياة المشتري بصفته مشتريا.

وقد يظل البائع حائزا للمبيع بعد البيع على سبيل الإيجار، أو العارية، أو الوديعة، فتتغير صفة حياته من حائز لحساب نفسه إلى حائز لحساب المشتري. ويسمى هذا التسليم تسليما مع استبقاء الحياة وفي كلتا الحالتين يعتبر التسليم قد تم بمجرد الاتفاق على تغيير صفة الحياة.²

3 - زمان و مكان التسليم :

أ - زمان التسليم

في غياب شرط مخالف في العقد أو نص قانوني مخالف، يترتب الالتزام بالتسليم فورا، لكن يقبل القضاء وجود ميعاد معقول حسب طبيعة المبيع.

¹ قارة سعاد، منجل فاطمة الزهراء، برميلة سمية، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012-2013، ص 29.

² د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 267-268.

وتبعا لذلك نصت المادة 281 من القانون المدني على أنه:

" يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ".
بغير ذلك "

وإذا حدد ميعاد وجب احترامه، ويقبل في المواد التجارية بأن ذلك الميعاد قد يكون مجرد تحديد تبعا للعادات وزيادة على ذلك يعتبر تعسفا كل شرط يعفي البائع من المسؤولية في حالة التأخر عن التسليم.

غير أنه باستطاعة البائع إعمال استثناء عدم التنفيذ و يرفض القيام بالتسليم مادام المشتري لم يدفع الثمن في البيوع الفورية على الأقل.¹

ب - مكان التسليم

الأصل أنه يجب أن يتم التسليم في المكان الذي يعينه المتعاقدان. أما إذا لم يتفقا على المكان الذي يتم فيه التسليم، ولم يوجد نص خاص وجب الرجوع إلى القواعد العامة.

وهنا يجب التمييز بين ما إذا كان المبيع معينا بالذات "قيما" أو كان "مثليا" أي معينا بالنوع. وهذا جاء في المادة 282 ق.م.ج

فإذا كان المبيع معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت إبرام العقد، أو المكان الذي ذكر في العقد أنه موجود فيه، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

أما إذا كان المبيع مثليا أي غير معين بالذات، وجب تسليمه في موطن البائع أو في مركز أعماله إذا كان البيع يتعلق بهذه الأعمال وذلك تطبيقا للقاعدة التي تنص بأن الدين يسعى إليه

ولا يسعى، أي على الدائن (المشتري) أن يسعى إلى استيفاء حقه دون أن يسعى المدين (البائع) إلى الوفاء.²

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ط 3، 2008، ص 334.

² د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 206-207.

4 - نفقات التسليم :

تقضي القواعد العامة بأن نفقات تنفيذ الالتزام تقع على عاتق المدين به إلا إذا اتفق على غير ذلك (المادة 283 مدني جزائري، التي تقابلها المادة 348 مدني مصري) و التي تنص على أن تكون نفقات الوفاء على المدين مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، وتشمل هذه النفقات كل ما يلزم لوضع المبيع تحت تصرف المشتري و إعلامه بذلك.

أما نفقات تسلم المبيع فهي على عاتق المشتري (المادة 395 مدني جزائري، التي تقابلها المادة 464 مدني مصري والتي تنص على أن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك. ومن ثم فلا يلزم البائع بالمصاريف اللازمة لنقل المبيع من مكان التسليم إلى أي مكان آخر.¹

5 - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم و تبعة الهلاك قبل التسليم :

أ - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

تبرأ ذمة البائع من التزامه بالتسليم بوضع الشيء المبيع مع كل ملحقاته تحت تصرف المشتري في الزمان و المكان المحددين في العقد، بشرط أن يكون المبيع مطابقا للمواصفات المتفق عليها. وإذا أخل البائع بالتسليم على النحو الذي قدمناه فامتنع عن التسليم أو سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت البيع أو تأخر عن التسليم في زمانه أو سلم المبيع في غير مكانه، أو ارتكب أي مخالفة أخرى لأحكام التسليم، فان للمشتري أن يطالب بالتنفيذ العيني إذا كان ممكنا كما يستطيع أن يطلب فسخ البيع و للقاضي السلطة التقديرية في إجابهته على طلبه، وله أن يطلب في الحالتين تعويضا عما عسى أن يكون قد أصابه من ضرر، من جراء إخلال البائع بالتزامه وهذا ما تقضي به القواعد العامة.²

ب - تبعة الهلاك قبل التسليم :

¹ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 112-113.

² د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 209.

جاء في نص المادة 369 ق م ج " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد للبائع فيه، سقط البيع و استرد المشتري الثمن، إلا إذا وقع الهلاك بعد أعمار المشتري بتسليم المبيع".¹

يجب أن نلاحظ أن الهلاك بالمعنى القانوني لا يلحق إلا بالمبيع المعين بذاته فهو وحده الذي يظهر فيه أثر الهلاك وهو استحالة التنفيذ. أما المعين بنوعه فقط، أي المثلي فهلاكه لا يعني استحالة تنفيذ الالتزام بتسليمه، لأن البائع يستطيع الحصول على مثل الهالك تماما من السوق ويسلمه للمشتري، ويعبر عن ذلك عادة بالقول أن المثليات لا تهلك.²

ثالثا : التزام البائع بضمان التعرض و الاستحقاق

التعرض هو قيام البائع أو الغير بأعمال من شأنها أن تحول دون انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعا هادئا و سليما، أو ادعاء بملكية المبيع ملكية تامة أو ناقصة فالتعرض المادي و القانوني الصادر من البائع يعد اخلالا منه بالتزامه بنقل الملكية وكذا التعرض القانوني الصادر من الغير يعد اخلالا من البائع بالتزامه بنقل الملكية الى المشتري، لأنه كان عليه أن ينقل الملكية الى المشتري خالية من أي حق يدعيه الغير عليها.

والاستحقاق فهو أن ينتهي التعرض القانوني الصادر من الغير الى ثبوت حق له على المبيع. ف ضمان التعرض، هو أن يلتزم البائع بالامتناع عن كل ما من شأنه حرمان المشتري من سلطاته على المبيع و انتفاعه به. و يلتزم أيضا بأن يمنع الغير من التعرض للمشتري.³

1 - ضمان التعرض الشخصي

يستند التزام البائع بالضمان إلى عقد بيع صحيح فلا التزام بالضمان إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا أو قضي بإبطاله في حالة البطلان النسبي وفحوى الالتزام بالضمان أن يتمتع البائع عن القيام بأي عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر يكون من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا، عملا بقاعدة من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض.

¹ المادة 369 من القانون المدني.

² د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 293.

³ د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 219.

- التعرض المادي:

هو الذي لا يستند فيه البائع إلى حق يدعيه، وقد يكون مباشر كاغتصاب البائع العين المباعة من المشتري، وقد يكون غير مباشر، كما إذا تسبب البائع في أن جهة الإدارة قرارا يحد من الانتفاع بالأرض المباعة وقد ينتج التعرض المادي عن عمل قانوني، كما لو أعاد البائع بيع الشيء مرة أخرى إلى مشتر آخر، فهذا تعرض مادي لأن البائع لا يستند إلى حق و هو تعرض غير مباشر لأن البائع قد تسبب بفعله في إنشاء حق للغير على العين المباعة.¹

- التعرض القانوني:

يعني الضمان القانوني المنصب على عاتق البائع عن فعله الشخصي، بأن يمتنع عن المنازعة في الحق الذي نقله للمشتري، وهو ما يتطلب بعض التوضيحات بالطبع باستطاعة البائع المنازعة في البيع نفسه، بواسطة دعوى البطلان أو الفسخ، فإذا قبلت قضت تلك الدعوى على حق المشتري، لكن فقط باعتبارها نتيجة لبطلان أو لفسخ البيع نفسه، وإذا اختفى البيع، فلا وجود لضمان منصب على عاتق البائع السابق.²

غير أن استناد البائع إلى حق مستمد له من عقد البيع ذاته لا يعتبر تعرضا كقيامه بالتنفيذ الجبري على المبيع استيفاء للثمن ، كذلك لا يتعارض مع التزام البائع بالضمان أن يطلب الفسخ لعدم دفع الثمن .

كما لا يعتبر تعرضا استناد البائع إلى حق مخول له من القانون كحق الشفعة و مثله أن يبيع المشتري العقار المبيع فيطلب البائع الأصلي الشفعة في هذا البيع الجديد مستندا إلى سبب من أسباب الشفعة ككونه شريكا في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي (المادة 795 مدني جزائري) لأن استعمال حق الشفعة لا يتضمن أي إنكار لحقوق المشتري الأصلي على البيع.³

¹ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 128.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 385.

³ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 129.

أ - خصائص الالتزام بضمان التعرض الشخصي:

1 - يعتبر التزام أودي: فلا يجوز للبائع أن يتعرض للمشتري مهما طال الزمن على انعقاد البيع ولو انقضت مدة التقادم القانونية ولو بعد مضي 15 سنة فلا يجوز للبائع أبداً أن ينازع المشتري في حقوقه التي استمدها من عقد البيع فالالتزام بالضمان من شأنه أن يمنع البائع من التمسك بالتقادم المكسب و المسقط سواء.

2 - عدم قابلية التجزئة: هو التزام بالانتفاع عن عمل فهو بطبيعته لا يقبل الانقسام و التجزئة إذ لا يتصور أن ينفذ منه جزء دون الآخر وإذا تعدد البائعون فلا يصح لأي منهم أن يتعرض للمشتري لأي جزء سواء كان تعرضاً مادياً أو قانونياً¹، فمثلاً لو كان شخصان يملكان منزلاً على الشيوع و باع الشخصان المنزل معا يلتزم كل منهما نحو المشتري بضمان التعرض الصادر منه في كل المنزل، وليس في النصيب الذي باعه².

3 - انتقال الالتزام بالضمان إلى الورثة: فالقاعدة في القانون المدني الجزائري أن الديون تنتقل على الورثة إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون ولا يكون للمشتري الحق في مطالبة الورثة بضمان و لكن له أن يتبع تركة البائع مطالباً بالتعويض قبل أن تقول إلى الورثة و الالتزام بضمان عدم التعرض يهدف أولاً إلى أن يمتنع البائع عن كل ما من شأنه أن يحرم المشتري من الحياة الهادئة و من ملكية الشيء المبيع³.

4 - بطلان شرط عدم الضمان بالنسبة للتعرض الشخصي: تنص المادة 1/378 مدني جزائري التي تقابلها المادة 1/446 مدني مصري على أنه " يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزاع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك ". و حكم هذا النص ينصرف إلى الأعمال التي يأتيها البائع و يكون من شأنها تمكين الغير من التعرض للمشتري، كما لو كان البائع قد تصرف في المبيع قبل البيع أو تصرف فيه بعد البيع،

¹ قارة سعاد، منجل فاطمة الزهراء، برميلة سمية، مرجع سابق، ص 37.

² د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 236.

³ قارة سعاد، منجل فاطمة الزهراء، برميلة سمية، مرجع سابق، ص 37.

وكان التصرف نافذا في مواجهة المشتري، وترتب على ذلك استحقاق الغير للمبيع استحقاقا كليا أو جزئيا. كما أن حكم هذا النص ينصرف من باب أولى إلى كل فعل يتعرض به البائع مباشرة للمشتري¹

ب - البيع الذي ينشئ ضمان التعرض الشخصي:

وكل بيع ينشأ الضمان، فيتولد منه التزام في ذمة البائع بعدم التعرض للمشتري، يستوي في ذلك البيع المسجل و غير المسجل، ويستوي في ذلك أيضا بيع المساومة و بيع المزاد ولو كان بيعا قضائيا أو اداريا.

فإذا باع شخص عقارا، ثم باعه مرة أخرى الى مشتر ثان، وبادر المشتري الثاني الى التسجيل قبل المشتري الأول، فان البائع يكون ملتزما بضمان التعرض نحو المشتري الأول ولو أن البيع الصادر لهذا المشتري غير مسجل، وكذلك يكون البائع ملتزما بضمان التعرض اذا صدر هذا التعرض من دائنه في بيع غير مسجل. فإذا باع شخص عقارا، ولم يسجل المشتري البيع فبقي العقار مملوكا للبائع، وبادر دائن البائع الى التنفيذ على العقار فسجل تنبيه نزع الملكية قبل أن يسجل المشتري عقد البيع، فقد قدمنا أن للدائن أن يستمر في التنفيذ، ويبقى البائع ملتزما بالضمان نحو المشتري ولو أن البيع لم يسجل.²

ج - جزاء الاخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي:

يخضع جزاء اخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض الشخصي للمشتري للقواعد العامة، فالمشتري الحق في طلب التنفيذ العيني، أو التنفيذ بمقابل أو الفسخ.

ويكون التنفيذ العيني اذا كان ممكنا بمنع البائع من القيام بالفعل الذي يشرع فيه أو يمنعه من الاستمرار فيما بدأ فيه، أو بإزالة ما تم منه. فذا وضع البائع يده على الأرض المبيعة، طلب طرده منها، علاوة على تعويض المشتري عما أحدثه تعرض البائع من ضرر. وإذا كان التعرض قانونيا، كما اذا قام البائع ببيع العقار مرة أخرى لمشتري ثان و سبق المشتري الثاني

¹ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 133-134.

² د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص 635-636.

المشتري الأول الى تسجيل العقار، فلا مناص من تقديم المشتري الثاني على المشتري الأول، ويرجع المشتري الأول في هذه الحالة بالتعويض الصادر منه لأن الغير استمد حقه من البائع نفسه.

و اذا كان تعرض البائع القانوني بادعاء حق على المبيع فان التنفيذ العيني يتخذ صورة دفع يدفع به المشتري دعوى البائع، و دعوى المشتري مؤسسة على التزام البائع بالضمان بل أن البائع اذا لم يمتلك المبيع بعد البيع، لا يستطيع أن يطلب ابطال البيع الصادر منه للمشتري لأن في طلب ابطال البيع ضربا من التعرض للمشتري و البائع ملزم بعدم التعرض.¹

2 - ضمان التعرض الصادر من الغير

على خلاف ما هو الحال بالنسبة لضمان التعرض الشخصي و الذي يكون اما ماديا أو قانونيا، فان البائع لا يضمن تعرض الغير إلا اذا كان قانونيا، وقد ينصب التعرض الصادر من الغير على المبيع كله أو جزء منه، كما يجوز للمتعاقدان الاتفاق على مخالفة الأحكام القانونية وهذا اما بالزيادة أو الانقاص في الضمان أو اسقاطه كلية.

ولقد تناولت المادة 371 من القانون المدني ضمان التعرض الصادر من الغير بقولها " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في التمتع بالشيء المبيع كلية أو في جزء منه، سواء كان التعرض من فعله الشخصي، أو من فعل الغير و الذي يكون له وقت البيع حقا على الشيء المبيع يعارض به المشتري. ويكون البائع مطالباً بالضمان، حتى ولو كان حق ذلك الغير لاحقا للبيع، بشرط أن يؤول اليه مع البائع نفسه." ويلاحظ بأن هذه المادة تناولت شروط التعرض الصادر من الغير.²

أ - شروط التزام البائع بضمان تعرض الغير :

يقتصر التزام البائع بضمان التعرض القانوني الذي يقع من الغير للمشتري بأربعة شروط هي :

- أن يكون التعرض قانونيا أي بادعاء الغير حقا على البيع يستند الى سبب قانوني.

¹ د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 314.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 390-391.

• أن يكون سبب الاستحقاق سابقا على عقد البيع أو لاحقا له بشرط أن يكون ناشئا عن فعل البيع.

• أن يكون التعرض حالا أي وقع فعلا.

• ألا يكون سبب الضمان ظاهر أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري.¹

ب - المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير :

المدين في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير هو البائع أيضا، فهو ضامن للتعرض الصادر منه و ضامن في الوقت ذاته للتعرض الصادر من الغير. ولا ينتقل التزامه بضمان تعرض الغير الى الخلف العام، كما لا ينتقل التزامه بضمان تعرضه هو. كذلك لا ينتقل التزام البائع بضمان التعرض الصادر من الغير، كما لا ينتقل التزامه بضمان التعرض الصادر منه، الى الخلف الخاص. فلو أن شخصا باع عينا لمشتري أول و انتقلت اليه الملكية، ثم باع نفس العين لمشتري ثان ، فان البائع يكون مسئولاً عن الضمان نحو المشتري الثاني، ولا يكون المشتري الأول وهو الخلف الخاص للبائع على هذه العين مسئولاً عن الضمان.²

ج - الدائن في الالتزام بضمان التعرض الصادر من الغير :

الدائن في التزام البائع بضمان تعرض الغير، هو المشتري، و ينتقل هذا الحق الى الخلف العام فلو أن شخصا اشترى دارا ثم تركها لوارث، وتعرض أجنبي للوارث في الدار، كان للوارث أن يرجع على البائع، كما كان مورثه أن يرجع عليه.

وينتقل هذا الحق الى الخلف الخاص، فلو باع شخص دارا، ثم باع المشتري هذه الدار الى مشتر ثاني، فان البائع يكون ملتزما بضمان التعرض الصادر من الغير لا نحو المشتري الأول فحسب، بل أيضا نحو المشتري الثاني، وهو الخلف الخاص للمشتري الأول في الدار المباعة.³

د - البيع الذي ينشئ الضمان :

¹ فضيلة سي محمد، منال وعيلي، آثار عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدينة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011-2012، ص 24.

² د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص 652-653.

³ د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 330.

كل بيع ينشئ ضمان البائع للتعرض الصادر من الغير، كما أن كل بيع ينشئ ضمان البائع لتعرضه الشخصي، ويستوي في ذلك بيع المساومة و بيع المزاد ولو كان بيعاً قضائياً أو ادارياً.

هـ - جزاء الاخلال بالالتزام بضمان تعرض الغير :

1 - التنفيذ العيني : متى وقع التعرض من الغير، فإن التزام البائع قد تحقق، فيجب عليه أن ينفذ التزامه تنفيذاً عينياً، بأن يجعل الغير تعرض للمشتري مدعياً بحق على المبيع يكف عن تعرضه و ينزل عن ادعائه بهذا الحق. فإذا عجز البائع عن التنفيذ العيني بأن فاز الغير بإثبات ما يدعيه. وقضي له بالحق المدعى به، فقد وجب على البائع أن ينفذ التزامه بالضمان عن طريق التعويض فيعوض المشتري عما أصابه من ضرر لاستحقاق المبيع في يده طبقاً للقواعد التي قررها القانون و هذا هو ضمان الاستحقاق.¹

حقوق المشتري عند حصول التعرض :

تختلف حقوق المشتري باختلاف ما اذا كان من قام بإخطار البائع بدعوى الغير أو لم يقم به ، و نتناول كلا من الحالتين:

- حالة اخطار البائع :

نصت الفقرة الأولى من المادة 440 م مصري تقابلها المادة 372 م جزائري تقابلها المادة 429 م ليبي على أنه " اذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع و أخطر بها البائع، فإن على البائع، بحسب الأحوال ووفقاً لقانون المرافعات أن يتدخل في الدعوى الى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله...." فإذا حصل الاخطار ، فإما أن يتدخل أو لا يتدخل.

• حالة تدخل البائع

اذا تدخل البائع في الدعوى، فقد يؤدي تدخله و توليه الرد على دعوى المدعي الى رفض هذه الدعوى بذلك قد نفذ التزامه بدفع تعرض الغير تنفيذاً عينياً. أما اذا تم الحكم للمدعي

¹ د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 257-258.

بالاستحقاق كان البائع مخلا بالتزامه لأنه لم يحقق النتيجة فيكون ضامنا للاستحقاق أي ملتزما بالتعويض ويسمى في صورته هذه ضمان الاستحقاق.¹

• حالة عدم تدخل البائع

ان هو لم يتدخل رغم اخطاره و ترك المشتري وحده في دعوى التعرض و انتهى الأمر باستحقاق العين فانه يكون ضامنا و تسمى هذه الطريقة بالضمان الأصلي ويلتزم بتعويض المشتري إلا اذا أثبت أن الحكم الصادر في دعوى التعرض كان نتيجة لتدليس المشتري أو لخطأ جسيم منه، فلا يكفي أن يثبت أم المدعي لم يكن على حق في دعواه وأنه كان في استطاعته أن يدفع دعوى المتعرض بما يؤدي الى رفضها، فالرفض أن المشتري قد أخطره في الوقت الملائم، وذلك عملا بالمادة 372 مدني جزائري.²

- في حالة عدم اخطار البائع :

اذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وسار المشتري في الدعوى وحده، فإذا نجح في رد دعوى المتعرض، انتهى التعرض، وانتهى معه التزام البائع بضمانه أما اذا أقر المشتري بحق المتعرض أو تصالح معه، أو قضى للمتعرض بطلباته بموجب حكم نهائي و أراد المشتري الرجوع على البائع بالتعويضات بموجب ضمان الاستحقاق، فيدعي على أن المشتري قد قصر في عدم أخطار البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم، ولو فعل فقد يجوز أن يكون البائع قادرا على التدخل بما يؤدي الى رفض دعوى المتعرض، ولذلك لا يطلب من البائع لكي يدفع رجوع المشتري عليه بالضمان، اثبات تدليس المشتري أو الخطأ الجسيم كما في الحالة السابقة، بل يكفي أن يثبت أن تدخله في الدعوى، لو مكنه المشتري من ذلك في الوقت الملائم، كان يؤدي الى رفض دعوى الاستحقاق.³

- حالة افتداء المشتري للمبيع بدفعه مبلغا نقديا أو شيئا آخر للغير :

¹ د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 334-335.

² د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 140.

³ د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 337.

نصت المادة 374 من القانون المدني بقولها " عندما يتقاضي المشتري نزع اليد عن الشيء المبيع كله أو جزء منه بأن يدفع مبلغا من النقود أو بأداء شيء آخر، يكون باستطاعة البائع التخلص من نتائج الضمان ان رد للمشتري المبلغ المدفوع أو قيمة ما أداه من جميع المصاريف."

وبالإطلاع على المادة أعلاه توجد الملاحظات التالية :

أن النص يتكلم عن المصاريف، ويفهم من ذلك مصاريف الدعوى ، بمعنى أن يكون الغير قد رفع دعوى الاستحقاق على المشتري .أنه لا يهيم ان كان المشتري قد أعلم البائع أو لم يعلمه. لا يهيم أيضا أن يكون البائع قد تدخل في الخصومة بعد اعلامه أو لم يتدخل.¹

2 - التنفيذ بطريق التعويض (ضمان الاستحقاق) :

بحسب دراستنا السابقة فان للمشتري أن يرجع عل البائع بضمان الاستحقاق في عدة فروض مختلفة هي : (1) اذا كان المشتري قد أخطر البائع بدعوى الاستحقاق فتدخل البائع فيها ، ولكنه فشل في تدخله بأن صدر حكم بإثبات حق رافع الدعوى. (2) اذا كان المشتري قد أخطر البائع بدعوى الاستحقاق، ولكن البائع لم يتدخل فيها، وصدر حكم لمصلحة رافع الدعوى و لم يثبت البائع غش المشتري أو خطأه الجسيم. (3) اذا كان المشتري بعد اخطاره البائع بدعوى الاستحقاق ولم يتدخل فيها البائع، تصالح مع المدعي في هذه الدعوى و أقر له بحقه أو بعض حقه، ولم يثبت البائع أن المدعي لم يكن على حق في دعواه. (4) اذا لم يخطر المشتري البائع بدعوى الاستحقاق وخسر المشتري الدعوى ولم يثبت البائع أن تدخله كان يؤدي الى رفض هذه الدعوى. (5) اذا لم ترفع دعوى استحقاق ولكن المشتري اعترف للغير بحقه الذي يدعيه، ولم يثبت البائع أن المتعرض لم يكن على حق في دعواه.²

وتختلف أحكام التعويض بحسب ما اذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً:

- التعويض في حالة الاستحقاق الكلي :

¹ لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 411-412.

² د سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 266-267.

كما في حالة بيع ملك الغير ثم صدور حكم بالملكية للمالك الحقيقي أو حالة البيع لمشتري ثان اكتسب الملكية بالتسجيل في العقار أو بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية أو كان العقار مثقلا برهن و نفذ الدائن المرتهن بحقه و انتهى التنفيذ العقاري بالبيع بالمزاد العلني.¹ وقد بينت المادة 375 من القانون المدني عناصر التعويض التي يحق للمشتري أن يطالب بها البائع اذا ما استحق المبيع كله وهي كالآتي:

- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها الى المالك الذي استحق المبيع.
- المصروفات النافعة و الكمالية التي أنفقها المشتري على المبيع.
- مصروفات دعوى الضمان و دعوى الاستحقاق

ولم يكتفي المشرع بالعناصر التفصيلية السابقة بل أضاف في الفقرة 5 من المادة 375 من القانون المدني عبارة عامة تحيط بكافة عناصر التعويض و أراد بها تذكيرنا بالقواعد العامة وهي بوجه عام تعويضه عما لحقه من الخسائر و ما فاته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

- التعويض في حالة الاستحقاق الجزئي :

و المقصود بالاستحقاق الجزئي هو ثبوت ملكية الغير لجزء من العين المباعة سواء كان الجزء المستحق مفرزا أو حصة شائعة في العين كلها و المادة 376 من القانون المدني في حالة النزع الجزئي عن المبيع أو حالة وجود تكاليف عنه و كانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.²

رابعا : الالتزام بضمان العيوب الخفية

لا يكفي أن ينقل البائع للمشتري ملكية المبيع و يدفع عنه ما قد يقع من تعرض حتى يحوز المبيع بصفة هادئة، بل يلتزم الى جانب ذلك أن يحوز المبيع حيازة نافعة مفيدة، بحيث يمكن أن يحصل على الخدمات التي كان يصبو اليها عند شرائه المبيع. ولذلك كان على البائع أن

¹ د محمد حسنين، مرجع سابق، ص 143.

² قارة سعاد، منجل فاطمة الزهراء، برميلة سمية، مرجع سابق، ص 39-40.

يسلم للمشتري مبيعا سليما خاليا من كل عيب حتى نكون بصدد ملكية نافعة. وإذا وجد مثل هذا العيب كان البائع مسئولا عنه وهذا هو ضمان العيوب الخفية، وهذه العيوب قد تؤثر في الشيء المبيع اما بنقص قيمته أو بنقص منفعته.¹ وقد ذكر المشرع الجزائري في المادة 379 من القانون المدني الجزائري شروط معينة في العيب وهي :

أن يكون العيب مؤثرا: يكون العيب مؤثرا اذا كان ينقص من قيمة المبيع أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسب ماهو مذكور بعقد البيع أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله.

أن يكون العيب قديما: ان العيب من الشروط الواجب توافرها لكي يتحقق الضمان ويقع على المشتري اثبات هذا القدم ولذلك لا يكفي أن يكون العيب مؤثرا، بل يجب أن يكون قديما، و العيب يعد قديما في حالتين:

اذا كان البيع موجودا في المبيع قبل البيع، أي وجود العيب قبل الاتفاق على البيع، وإذا وقع خلاف بين البائع و المشتري عن وقت وجود العيب قديما على المشتري الرجوع الى كافة وسائل الاثبات.

اذا حدث العيب بعد البيع وقبل التسليم، وفي هذه الحالة يكون المبيع سليما قبل البيع و أثناء البيع و انتقال الملكية الى المشتري، لكن حدث به عيب بعد البيع و قبل التسليم حدث به عيب، ففي هذه الحالة يعتبر العيب قديما و يكون البائع مسئولا عنه.²

أن يكون العيب خفيا: بالإضافة الى شرطي التأثير و القدم، يشترط في العيب أن يكون خفيا وغير معلوم للمشتري. و العيب الخفي هو العيب الذي يكون موجودا وقت البيع و لكن ليس بوسع المشتري تبينه أو اكتشافه ولو فحص المبيع بعناية الرجل العادي، ومفاد ذلك أن الشخص المتوسط الفطنة لا يستطيع أن يكتشفه إلا اذا فحص المبيع، الخبير أو المحلل الفني

¹ د سي يوسف زاوية حورية، مرجع سابق، ص 277.

² قارة سعاد، منجل فاطمة الزهراء، برميلة سمية، مرجع سابق، ص 41.

أو الكيميائي أو الطبيب وهنا لا يطالب المشتري بإتباع هذه الوسائل لمعرفة العيب فلا يكون مقصرا اذا لم يسع الى كشفه بها ولذا يعتبر العيب بالنسبة له خفيا.¹

ألا يكون العيب معلوما للمشتري: علم المشتري بالعيب عند الشراء يمنع من رجوعه بالضمان على البائع، ويقع عبء اثبات هذا العلم على عاتق البائع لأن الأصل ألا يقدم المشتري على الشراء رغم علمه بالعيب فان ادعى البائع ذلك فهو يدعي أمرا على خلاف الأصل ومن ثم يكون عليه عبء الاثبات طبقا للقواعد العامة ومجال هذا الشرط انما يكون في بيع الأشياء المعينة بالذات.²

أ - الدائن و المدين في ضمان العيوب الخفية :

- المدين : المدين في ضمان العيوب الخفية هو البائع. ولا ينتقل التزامه الى وارثه، بل يبقى هذا الالتزام دينا في التركة. فإذا مات البائع، رجع المشتري بضمان العيب الخفي، لا على الورثة، بل على التركة ذاتها فإذا ما تقاضى منها التعويض المستحق، أخذ الورثة ما بقي من التركة بعد سداد جميع الديون ومن بينها الدين الخاص بضمان العيب الخفي.³

- الدائن : أما الدائن في الالتزام بضمان العيوب الخفية فهو المشتري. وحق المشتري ينتقل الى ورثته، وهو ينقسم بينهم، فلا يجوز لأي منهم أن يطالب البائع بالتعويض الا بقدر نصيبه في العين المبيعة. وحق المشتري ينتقل كذلك الى الخلف الخاص.⁴

ب - البيوع التي لا ضمان فيها :

نصت المادة 385 مدني جزائري التي تقابلها المادة 454 مدني مصري، على أنه " لا ضمان في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد. ويلاحظ أن البيوع القضائية تكون بالمزاد العلني. أما البيوع الادارية فلا يجوز أن يتم المزاد بطريقة غير علنية في مظاريف مغلقة و نظرا لإطلاق عبارة المادة فانه يتمتع الرجوع على

¹ د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 292-293.

² محمد حسنين، مرجع سابق، ص 155.

³ د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص 729.

⁴ د سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 299.

الإدارة بضمان العيب سواء كان المزاد علنياً أو في مظاريف مغلقة. كما أن المشرع يمنع الرجوع بضمان العيب في البيوع القضائية عامة.¹

ج - أحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية :

إذا توافرت شروط الالتزام بضمان العيوب الخفية السابق دراستها، فيجب على المشتري أن يخطر البائع بالعيب الموجود في المبيع، وأن يرفع دعوى الضمان عليه خلال مدة قصيرة وإلا يسقط بالتقادم.

1 - اخطار البائع بالعيب : نصت المادة 380 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة، فإذا لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب.

2 - دعوى ضمان العيوب الخفية : نصت المادة 381 من القانون المدني الجزائري على أنه " إذا أخبر المشتري البائع

بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان.²

د - الاتفاق على تعديل أحكام الضمان :

تنص المادة 384 ق م ج على مايلي " يجوز للمتعاقدين بمقتضى اتفاق خاص أن يزيديا في الضمان أو أن ينقصا منه، و أن يسقطا هذا الضمان، غير أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب في المبيع غشا منه." إذن إن أحكام ضمان العيب الخفي مثل أحكام ضمان التعرض و الاستحقاق ليست من النظام العام، إذ يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على تعديلها سواء بالزيادة أو بالتخفيف منها، أو إعفاء البائع منها.³

¹ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 159.

² المادة 381 من القانون المدني .

³ د سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 316.

1 - الاتفاق على زيادة الضمان : قد يتعلق هذا الاتفاق بأسباب الضمان أو بالتعويض المستحق عنه، ومن أمثلة الاتفاقات المتعلقة بأسباب الضمان، أن يضمن البائع للمشتري العيب ولو كان ظاهراً أو يمكن اكتشافه بملاحظة الشخص العادي.

2 - الاتفاق على انقاص الضمان : فهو أيضاً قد يتعلق بسبب الضمان أو بالتعويض، ومن هذا القبيل أن يشترط البائع عدم مسؤوليته عن عيب معين ولكن لا يجوز للبائع أن يشترط انقاص مدة التقادم، أما انقاص الضمان من ناحية التعويض أن يتفق على صورة معينة من التعويض كقيام باستبدال الأجزاء المعيبة من المبيع بأجزاء سليمة.

3- الاتفاق على اسقاط الضمان : فهو يتم باشتراط البائع عدم مسؤوليته عن أي عيب يظهر في المبيع، ويكون هذا الاتفاق صحيحاً بشرط ألا يكون البائع قد تعمد بطريق الغش إخفاء العيب عن المشتري.

4 - الاتفاق على ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل : فهو كثير الوقوع في العمل عند بيع الآلات الدقيقة المعقدة كالراديو و التلفزيون و الساعة و السيارة و الثلاجة الكهربائية... الخ، وهذا الاتفاق ماهو إلا اتفاق على زيادة ضمان البائع. فالمشتري لا يقنع بالتزام البائع بضمان العيب الخفي المقرر في القانون و لكنه يريد أكثر من ذلك أن يطمئن أن المبيع صالح للعمل حتى و لو كانت عدم صلاحيته لا ترجع الى عيب معين يمكن تحديده.¹

الفرع الثاني : التزامات المشتري

تناولت التزامان المشتري المواد من 387 الى 395 من القانون المدني، وتعتبر الوضعية القانونية للمشتري أكثر بساطة من وضعية البائع، ومن بين التزامات المشتري نجد واحداً أساسياً، لا يمكن استبعاده أبداً، وبدونه يفقد البيع وصفه، ويتمثل في دفع الثمن، في حين تكون الالتزامات الأخرى تبعية لكونها تتوقف على شروط أو صمت في العقد، وتتمثل في الالتزام بتحمل تكاليف المبيع و الالتزام بمصاريف البيع وبتسليم المبيع.²

¹ د سميير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص 307-308-309.

² لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 497.

أولا : التزام المشتري بدفع الثمن

المشتري ملتزم بأن يفي للبائع بالثمن، وقد رتب القانون للبائع ضمانات مختلفة تكفل له الوفاء بهذا الالتزام وتكون جزاء على الإخلال به . فنبحث اذن التزام الوفاء بالثمن و جزاء الإخلال بهذا الالتزام.¹

1 - كيفية الالتزام بدفع الثمن :

أ - زمان الوفاء بالثمن : تنص المادة 1/388 ق.م.ج " يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك." ويتضح في هذا النص أن زمان الوفاء بالثمن يتحدد أصلا بما يتفق عليه الأطراف.

ب - مكان الوفاء بالثمن : تنص المادة 387 ق.م.ج على مايلي " يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسلّم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت استحقاقه الثمن." ويتضح من خلال هذا النص أن الأصل في مكان تحديد الوفاء بالثمن هو الاتفاق وقد فرق المشرع بين ما اذا كان الثمن مستحق الوفاء عند تسليم المبيع أو اذا كان الثمن غير مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع.²

2 - جزاء الإخلال بالالتزام الوفاء بالثمن :

اذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن رغم استحقاقه كان للبائع حسب القواعد العامة أن يستوفي حقه جبرا بالتنفيذ على أموال مدينه، كما أن له أن يتمتع عن تسليم المبيع الى المشتري ان لم يكن قد سلمه اليه وكذلك له الحق في فسخ العقد.

أ - التنفيذ على أموال المدين : البائع دائن للمشتري ومن حقه كسائر المدينين بمبلغ من النقود أن يستوفي حقه بالحجز على أموال مدينه وبيعها جبرا بالمزاد العلني و استيفاء حقه من الثمن

¹ د عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة، مرجع سابق، ص 770.

² زكي حسام، قنينش محمد، لحرش محمد الأمين، بيع العقار و طرق اثباته في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس

تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012-2013، ص 31.

الذي يرسو به المزاد، وذلك طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية في باب التنفيذ.

ب - حق البائع في حبس المبيع : إذا كان المبيع في يد البائع ولم يوفه المشتري حقه من الثمن فإن له أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بتسليم المبيع فيحبسه إلى أن يستوفي الثمن سواء كانت الملكية قد انتقلت للمشتري أو مازالت باقية له.¹

ج - الحق في الفسخ : إذا لم يقيم المشتري بدفع الثمن كان للبائع طلب فسخ البيع تطبيقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين والتي نصت عليها المادة 2/119 ق.م.ج وللفسخ أنواع وهي:

ج - 1 الفسخ الاتفاقي : وقد يتضمن عقد البيع اتفاقاً صريحاً على فسخ البيع عند عدم الوفاء بالثمن و هذا الاتفاق يجرّد القاضي من سلطته التقديرية، فالفسخ في هذه الحالة يكون اتفاقياً ويكون حكم القاضي في هذه الحالة مقرراً وليس منشئاً (المادة 120 ق.م.ج).

ج - 2 الفسخ القضائي : ان هذا الفسخ إلا بناء على حكم قضائي يصدر بناء على طلب البائع بعد قيامه باعذار المشتري بالوفاء بشرط أن يكون البائع قد قام بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد البيع أو مستعداً لتنفيذها و يكفي لطلب الفسخ أن يتخلف المشتري عن دفع الثمن كله أو بعضه، سواء كان ذلك في بيع العقار أو المنقول.

ج - 3 الفسخ القانوني : فهو الفسخ الذي يترتب على عدم وفاء المشتري بالثمن بقوة القانون دون حاجة لرفع دعوى لتقريره بحكم القضاء كما هو الحال في الفسخ الاتفاقي، بل بدون حاجة إلى اعذار المشتري لدفع الثمن بقصد وضعه موضع التأخير في تنفيذ الالتزام وهذا الحكم لم ينص عليه في القواعد العامة، بل هو حكم خاص بفسخ البيع في حالة معينة وهي حالة بيع العروض و المنقولات.

ثانياً : الالتزام بدفع مصروفات البيع وتكاليف المبيع

¹ سي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 346-347-348.

1 - مصروفات البيع : تنص المادة 393 مدني جزائري و التي تقابلها المادة 462 مدني

مصري على أن " نفقات التسجيل و الطابع (أي رسوم الدمغة) ورسوم الاعلان العقاري

و التوثيق وغيرها تكون على المشتري مالم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك.¹

2 - تكاليف المبيع : تنص المادة 389 ق.م.ج على مايلي " يستحق المشتري انتفاع و ايراد

الشيء المبيع، كما يتحمل تكاليفه من يوم انعقاد البيع هذا مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضيان

بخلاف ذلك." ويستخلص من المادة، انه اذا لم يوجد اتفاق أو عرف، فان المادة المذكورة هي

التي تطبق.²

ثالثا : الالتزام بتسلم المبيع :

اذا كان يقع على البائع التزامه بتسليم المبيع، فانه يقع على المشتري التزام مقابل له بتسلم

المبيع.³

1 - زمان و مكان تسلم المبيع : تنص المادة 394 ق.م.ج على مايلي " اذا لم يعين الاتفاق

أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه

المبيع وقت البيع و أن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسلم." أي أن

المشتري يلتزم بتسلم المبيع من البائع في نفس الزمان و المكان وقت البيع.

2 - نفقات التسلم : تنص المادة 395 ق.م.ج على مايلي " ان نفقات تسلم المبيع تكون على

المشتري، مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك." والمقصود بنفقات تسلم المبيع نفقات

انتقال المشتري الى مكان التسلم و نفقات نقل المبيع من مكان التسليم.⁴

3 - جزاء اخلال المشتري بالتزام التسلم : اذا امتنع المشتري عن تسلم المبيع، يكون قد أخل

بالتزامه و يسأل عن هذا الاخلال طبقا لأحكام المسؤولية العقدية.

¹ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 179.

² دسي يوسف زاهية حورية، مرجع سابق، ص 351-352.

³ د سمير عبد السيد تناعو، مرجع سابق، ص 343.

⁴ زكي حسام، قنينش محمد، لحرش محمد الأمين، مرجع سابق، ص 33.

و للبائع الخيار بين طلب اجبار المشتري على التنفيذ، و بين طلب الفسخ بسبب هذا الامتناع طبقا للقواعد العامة.

ويستطيع في سبيل اجبار المشتري على تنفيذ التزامه عينا أن يطلب من القضاء الحكم عليه بغرامة تهديدية عن كل يوم أو أسبوع أو شهر يتأخر فيه عن تسلم المبيع. ومن النادر عملا أن يطلب البائع فسخ العقد بسبب امتناع المشتري عن تسلم المبيع.¹

المطلب الثاني : آثار عقد البيع العقاري في مواجهة الغير

حتى يحقق عقد بيع العقار دوره بأكمله وجه يتعين تسجيل العقد و شهره ليكون حجة في مواجهة الغير لذلك قسمنا المطلب الثاني الى فرعين الأول هو التسجيل و الثاني هو الشهر.

الفرع الأول: تسجيل عقد بيع العقار

أ - تعريف تسجيل عقد بيع العقار :

يلاحظ من خلال تصفح النصوص القانونية الواردة في موضوع التسجيل، أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا جامعاً مانعاً لإجراء التسجيل، بل اقتصر على تبيان أهميته ولهذا السبب كان من الضروري الرجوع الى الفقه، هذا الأخير أورد عدة تعاريف لتسجيل المنقولات و العقارات في آن واحد.

فيعرف التسجيل على أنه " اجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يملكه موظفو التسجيل الذين الذين يقبضون من جراء ذلك رسماً جبائياً "، ويعرف أيضاً أنه " اجراء يتم من طرف موظف عمومي مكلف بالتسجيل حسب كفاءات محددة بموجب القانون".

كما يعرف أنه " اجراء ضريبي يتمثل في ادراج بعض الاجراءات و التصريحات في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للادارة المكلفة بهذه المهمة".

عرف كذلك أنه " اجراء يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة تهدف الى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة".

¹ د محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 453.

بناء على ماسبق يمكن تعريف اجراء تسجيل عقد بيع العقار أنه اجراء يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه محررات أو تصرفات قانونية واردة على عقار، ومن الناحية العملية يقبض حقوق التسجيل، وهو اجراء اجباري ينجر عن مخالفته خضوع المكلف لعقوبات جنائية.¹

ب - أهمية التسجيل :

الغرض من عملية تسجيل العقود الرسمية تمكين الضرائب من مراقبة وكتابة جميع التحويلات في الملكية خاصة العقارية، وإعادة تقويمها وتحصيل الرسوم و الضرائب المترتبة عليها.

ج - تمييز رسوم التسجيل عن غيرها من الأنظمة المشابهة لها :

1 - تمييز التسجيل عن الشهر العقاري :

الشهر العقاري هو أحد اجراءات نقل الملكية و الحقوق العينية العقارية، وعليه فرسم الشهر العقاري هو رسم يحصل بمناسبة اجراء الشهر في المحافظة العقارية ويقع هذا الرسم على العقود و القرارات القضائية و شهادات نقل الملكية عن طريق الوفاة و كل الوثائق الخاضعة للشهر العقاري.

ورغم أن الرسوم المتعلقة بالتسجيل و الاشهار مآلها للخزينة العمومية بالرغم من اختلاف الجهة التي تدفع فيها الرسوم إلا أن العمليتان تختلفان من عدة جوانب أهمها :

- رسوم التسجيل تؤدي بمناسبة عملية تسجيل فقط في حين تؤدي رسوم الاشهار أثناء عملية الشهر .
- رسوم التسجيل يلتزم بتحصيلها الموثق و المحضر و كاتب الضبط و كتاب الادارات المركزية و المحلية على عكس رسوم الاشهار التي يلتزم بتحصيلها المحافظون العقاريون و رؤساء المحافظة العقارية.

¹ قان كريم، مرجع سابق، ص 76-77-78.

- رسوم التسجيل تؤدي لدى مصلحة التسجيل و الطابع في حين تؤدي رسوم الاشهار أمام المحافظة العقارية.¹

2 - التسجيل و القيد :

استعمل المشرع الجزائري مصطلح التسجيل و القيد للتعبير عن معنى واحد يكمن في الاشهار العقاري. التسجيل في المحافظة العقارية يختلف عن التسجيل بمصلحة التسجيل و الطابع فهذا الأخير، يهدف الى تحصيل موارد مالية بنسب معينة يحددها المشرع الجبائي لفائدة الخزينة العمومية، وهو لايعطي الصفة الرسمية للعقود العرفية المسجلة ولا يعتبر اشهارا للحق الذي يحمله السند.

أما التسجيل و القيد بالمحافظة العقارية فهما اجراءان يتضمنان اشهار السند بإدارة الشهر العقاري الا أن بينهما اختلاف.

يكمن هذا الفرق في أن التسجيل يكون بالنسبة للحقوق العينية الأصلية أما القيد فيكون بالنسبة لشهر الحقوق العينية التبعية.²

د - مكان وزمان التسجيل :

- المكان التسجيل :

نصت المادة 75 من قانون التسجيل على أنه " لا يمكن للموثقين أن يسجلوا عقودهم إلا في مكتب التسجيل التابع لدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم. ويسجل أعوان التنفيذ التابعون لكتابات الضبط عقودهم، اما في المصلحة التابعة لمحل اقامتهم و اما في المصلحة التابعة للمكان الذي تم فيه اعداد هذه العقود.

¹ خوشي نوال، العربي أسماء، بوجمعة بلال، الشكالية في بيع العقار في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة الدكتور يحي فارس بالمدينة، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012-2013 ص 35-36.
² مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر الطبعة الثانية، 2008، ص 31-33.

ويسجل كتاب الضبط و كتاب الادارات المركزية و المحلية العقود التي يجب عليهم اخضاعها لهذا الاجراء في مكتب التسجيل التابع لدائرة أو عند الاقتضاء، في المكتب الموجود في نطاق الولاية التي يمارسون بها مهامهم."

• **زمان التسجيل :**

نصت المادة 60 من قانون التسجيل على أنه " يجب أن تسجل عقود الموثقون و أعوان التنفيذ التابعين لكتابات الضبط و كذلك القرارات القضائية خلال الشهر الذي يلي شهر إعدادها ونصت المادة 61 من نفس القانون على أنه " يجب أن تسجل العقود التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع للأموال المنقولة في أجل شهر ابتداء من تاريخها."¹

هـ- **الآثار المترتبة على عدم التسجيل :**

لا يترتب عن البيع الغير مسجل سوى التزامات شخصية بين البائع و المشتري لو أن العقد موثق لذلك ان التوثيق لا يغني عن التسجيل. فالتوثيق ركن من أركان العقد و يتكون به عقد البيع لكنه لا ينتج أثره الناقل للملكية سواء بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير الا بالشهر عملا بالمادتين 15 و 16 من قانون السجل العقاري.

اذ تنص المادة 15 على أنه " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم اشهارها في مجموعة البطاقات العقارية غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من وفاة أصحاب الحقوق العينية."

وتنص المادة 16 على أنه " العقود الادارية و الاتفاقات التي ترمي الى انشاء أو نقل أو تصريح أو تعديل أو انقضاء حق عيني لا يكون لها أثر بين الأطراف إلا من تاريخ نشرها في مجموعة من البطاقات العقارية."

فالتسجيل يحقق أثره الناقل للملكية منذ وقوع التسجيل في مواجهة الطرفين أما بالنسبة للوفاة فيحدث منذ وقوع الوفاة. أما بالنسبة للغير فيكون منذ تاريخ الشهر.²

¹ المادة 61 من قانون التسجيل.

² خوشي نوال، العربي أسماء، بوجمعة بلال، مرجع سابق، ص 42-43.

الفرع الثاني: الشهر في عقد البيع العقاري

تقدم في بيان تاريخ انتقال الملكية العقارية من طريق العقد أن العمل أظهر ضرورة احاطة هذا الانتقال بشيء من العلنية حتى يستطيع أن يعلم كل ذي شأن بالنسبة الى العقار الذي يريد التعامل عليه من هو مالكة الذي يصح التعامل معه بشأنه، مما اقتضى ايجاب شهر التصرفات الواردة على عقارات. لذلك عنيت البلاد المتقدمة اقتصاديا بنظام الشهر العقاري أكبر العناية، و سارت في سبيل احكامه شوطا كبيرا.

وهناك طريقتان أساسيتان تتنازعان حتى الآن نظم الشهر العقاري بين مختلف البلاد، الأولى يكون فيها نظام الشهر شخصيا، والثانية يكون فيها هذا النظام عينيا.¹

أ - نظام الشهر الشخصي و عيوبه :

نظام الشهر الشخصي وظيفته العلانية فقط وليس له أية قوة ثبوت اذ يشهر التصرف كما هو دون الاهتمام بصحة الحق الذي يرمي الى انشائه أو نقله ويتم الشهر على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم التصرفات ولذلك لا يكفي ليطمئن من يريد شراء عقار من شخص معين أن يجد اسم هذا الشخص المذكورا في السجلات كمتصرف اليه من آخر فقد يكون المالك الحقيقي شخصا غير المتصرف، ولا يكفي اثبات التصرف في السجل لحرمان المالك الحقيقي من استرداد ملكه، ذلك أن شهر التصرف لا ينقل الملكية نقلا باثباتا إلا اذا كان التصرف ذاته باثباتا غير مهدد لزوال. أما اذا كان التصرف باطلا أو قابل للإبطال و حكم بإبطاله أو بفسخه بعد الشهر فان أثر الشهر يزول بزوال التصرف ويظل مصير التسجيل مرتبطا بمصير التصرف، فالشهر وحده لا ينقل الملكية ولكن سبب نقل الملكية هو التصرف المشهر بشرط أن يكون التصرف صحيحا، والشهر الشخصي لا يصح التصرف الباطل، فهذا النظام لا يحقق استقرار الملكية العقارية، ويتم القيد الشخصي في نوعين معا من السجلات أحدها حسب الترتيب الزمني لتقديم المحررات للشهر و الآخر حسب الترتيب الأبجدي لأسماء الأشخاص.²

¹ د سليمان مرقس، مرجع سابق، ص 275-276.

² محمد حسنين ، مرجع سابق، ص 93-94.

تتجلى عيوب نظام الشهر الشخصي في عدة أمور تتمثل كما يلي:

أن مالك العقار من خلال تصرفه، لا يمنح ضمانات كافية للمتصرف اليه بثبوت حقه في ملكيته للعقار مما قد يكون مصدرا لعدة منازعات قضائية بشأنه، ويعرضه في أي وقت الى زوال الحق الذي اكتسبه، و يقلل من درجة الائتمان في المعاملات العقارية. أن تحقق الشخص المستفيد (المتصرف اليه) من حالة العقار المتعامل فيه، يقضي البحث و الاستكشاف عن شخص المالك الحقيقي لهذا العقار من أجل التعرف على هويته كاملة، من اسم و لقب و هوية واسم الوالد و هويته واسم أصوله بالكامل و أسماء المالكين السابقين و غير ذلك. وهي عملية شاقة و متعبة.¹

ب - نظام الشهر العيني و خصائصه :

وهي الطريقة المعروفة باسم نظام السجل العيني أو العقاري، فلا يكون الشهر فيهل على أساس أسماء الأشخاص الصادرة منهم تصرفات بل على أساس العقارات ذاتها بمعنى أن السجل الذي يتم فيه الشهر لا يمسك بحسب أسماء الأشخاص بل بحسب أرقام العقارات حيث نفرّد لكل عقار صحيفة خاصة في السجل يدون فيها كل ما يرد على هذا العقار من تصرفات قانونية فالملكية العقارية لا توجد لا بالنسبة للمتعاقدين أو الغير إلا نتيجة القيد في السجل فكل ما هو مقيد في السجل العيني هو الحقيقة بالنسبة للغير ولا تقيد في السجل إلا الحقوق المشروعة ويشرف على السجل العقاري قاضي أو موظف آخر من حملة شهادة الحقوق، و هو الذي يدقق في طلبات الشهر المقدمة فيأمر بعد الفحص و التدقيق بالتسجيل.²

ويتميز نظام الشهر العيني بعدة خصائص ويعتبر المشروع الذي تطمح اليه الكثير من الدول من خلال تعميم تطبيقه للحفاظ على الملكية العقارية وعلى الحقوق العينية.

¹ مجيد خلفوني، مرجع سابق ص 15.

² خوشي نوال، العربي أسماء، بوجمعة بلال، مرجع سابق، ص 47.

● قاعدة التخصيص : مفاد هذه القاعدة أنه في نظام الشهر العيني يخصص لكل تصرف وارد على عقار سواء كان منشئاً أو معدلاً أو ناقلاً لحق الملكية العقارية بطاقة عقارية عينية تقيد فيها جميع المعاملات الواردة عليه

- الشهر العقاري مصدر الشهر العيني.
- مبدأ القيد المطلق أو القوة الثبوتية.
- مبدأ المشروعية.
- حظر التقادم المكسب.
- الشهر العقاري ناقل للملكية العقارية.
- اعلام المتعاملين بالعقارات.¹

ج - موقف المشرع الجزائري من نظامي الشهر العقاري :

موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر العيني :

تبنى المشروع الجزائري نظام الشهر العيني بمقتضى أحكام الأمر رقم 74/75 وبمقتضى مراسيمه التنفيذية الصادرة لتفعيل هذا النظام.

إن الغاية من صدور الأمر 74/75 إنما بهدف الشروع في تعميم عملية المسح العام للأراضي قصد تأسيس نظام جديد للإشهار العقاري يقوم على أساس السجل العقاري فالمادة 02 من هذا الأمر تنص على أن مسح الأراضي هو الذي يعرف النطاق الطبيعي للعقارات ويكون أساساً مادياً للسجل العقاري الذي يحدد الوضعية الحالية القانوني للعقارات وكما يبين كافة الحقوق المتداولة عليه بحيث يشكل لكل عقار بطاقة عقارية خاصة ويبين كافة الحقوق العينية الأصلية والتبعية وفقاً لما تنص عليه المادة 13 من نفس الأمر : " يجب على المعنيين بالأمر أن يودعوا لزوماً من أجل تأسيس مجموعة البطاقات العقارية لدى المصلحة المكلفة بالسجل العقاري جدولاً محرراً على (البطاقات العقارية) نسختين حسب الخالة من موثق كاتب عقود

¹ مجيد خلفوني، مرجع سابق ص 22.

إدارية أو كاتب الضبط وهذا الجدول مرفق بجميع السندات والعقود المثبتة لملكية العقارات أو الحقوق العينية الأخرى المقدمة للإشهار يجب أن تتضمن :

- وصف العقارات العينية بالاستناد إلى مخطط مسح الأراضي.
- هوية أهلية أصحاب الحقوق.
- الأعباء المثقلة بها هذه العقارات.

- تحد حقوق الملكية العينية ومختلف الحقوق العينية الأخرى بناء على وثائق مسح الأراضي المودعة لدى المحافظة العقارية و شهرها بالسجل العقاري بحيث لا يمكن لأي شخص الادعاء بوجود حق على العقار ما لم يكن السند الذي بيده مشهرا كما يستفاد من نص المادتين 15 و 16 من الأمر رقم 75/75 و بعد الانتهاء من عملية مسح الأراضي و ترقيم العقارات الممسوحة من قبل المحافظ العقاري يسلم للمالكين دفترا عقاريا يشكل سند ملكيته. نظرا لأن عملية المسح العام لأقاليم البلديات عملية شاقة تستدعي وقتا طويلا و الدقة في التحديد المادي للعقارات، فإن الشهر العيني لا يمكن تحقيقه واقعا إلا على سبيل التدرج مما يتطلب حتما العمل بنظام الشهر الشخصي في المناطق غير الممسوحة.¹

موقف المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي :

في انتظار تعميم عملية المسح في أراضي الجمهورية وذلك بالحصص الدقيق للملكيات العقارية، فإن المشرع الجزائري وضع قواعد خاصة و شروط تهدف الى تنظيم عملية الاشهار العقاري و تسييره و الحفاظ على استقرار الحقوق العينية العقارية.

من أجل ذلك تقضي المادة 27 من الأمر رقم 74/75 بتمديد العمل بنظام الشهر الشخصي بحيث أن العقود و القرارات القضائية التي تكون موضوع اشهار في محافظة عقارية و التي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلديات لم يعد فيها بعد مسح الأراضي، فتفهرس بصفة انتقالية من مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم.

¹ عائشة ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، <http://www.droit-dz.com> ، 2018/04/18 .

وبمجيء المرسوم التنفيذي رقم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، تم تقرير أحكام انتقالية من الباب السادس تتضمن صراحة تمديد العمل بنظام الشهر الشخصي بحيث يقوم المحافظون العقاريون بمسك بطاقات عقارية في الأراضي التي لم تشملها عملية المسح ويتم اشهارها باسم المالكين للعقارات وهو ما تشير اليه المادة 113.¹

د - حجية الشهر العقاري

ترتب التصرفات العقارية آثارها من تاريخ قيدها في السجل العقاري و ليس من تاريخ صدورها، مما يعطي حجية لشهر العقاري بين الأطراف أولا و في مواجهة الغير ثانيا.

1 - حجية الشهر العقاري في ما بين الأطراف :

الاعتداد بتاريخ القيد في السجل العقاري يعني أنه في الفترة الممتدة من تاريخ إبرام التصرف الى غاية قيده في السجل العقاري، يبقى الحق العيني على حاله قبل إبرام التصرف ففي حالة إبرام عقد بيع يبقى العقار ملكا للبائع الذي يتمتع بكافة مزايا ملكيته و ترتب عليه كافة التكاليف المتعلقة بالعقار، فلا يمكن للمشتري التنفيذ على العقار محل البيع الا من تاريخ قيد عقد البيع في السجل العقاري، ولا يعتد بتاريخ إبرام عقد البيع في حين أن دائن البائع بإمكانه التنفيذ على البائع طالما أن عقد البيع لم يتم شهره بالمحافظة العقارية.

وبهذا فان عقد البيع المبرم بين الطرفين و الغير المشهر، يرتب جميع آثاره ما بين الطرفين متى توافرت أركانه المتمثلة في المحل و الرضا و السبب اضافة الى افرغه في الشكل الرسمي كما نصت على ذلك المادة 1/324 من القانون المدني.

فيرتب التزاما اتجاه المشتري بتسديد ثمن العقار، في مقابل التزام شخصي من البائع بتسليم العقار، ويتم هذا بعد اشهار عقد البيع في المحافظة العقارية، وحينها تنتقل ملكية العقار ويتمتع المشتري بكافة امتيازات حق الملكية.²

¹ مجيد خلفوني، مرجع سابق ص 35.

² طلحة محمد غليسي، الشهر العقاري كآلية لحماية الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر - بسكرة، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2013-2014، ص 104.

2 - حجية الشهر العقاري اتجاه الغير :

نصت المادة 15 من الأمر 74/75 المتضمن اعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري على " كل حق للملكية و كل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم اشهاره في مجموعة البطاقات العقارية...."، والغير كل شخص لا يعد من أطراف العقد، أي أن مجموعة الأشخاص الذين يمكن أن تكون لهم مصلحة في العقار وليسو أطرافاً في العقد المقيد في السجل العقاري، وبالعودة الى نص المادة 15 من الأمر 74/75 يتضح أن كل حق للملكية أو أي حق عيني آخر متعلق بعقار و لم يشهر بالمحافظة العقارية، يعتبر أمام الغير كأنه لم يتم أصلاً، و يهدف المشرع من هذا الاجراء الى المحافظة على استقرار المعاملات العقارية بين الأفراد، فكل تصرف غير مشهر لا يمكن للغير الاطلاع عليه. كما أكدت المادة 87 من المرسوم 63/76 بالنسبة لكل القيود على حق التصرف أو المنع من التصرف اذا أبرمت عقود خاصة فلا تكون نافذة في حق الخلف الخاص الذي أشهر حقه إلا اذا تم اشهارها مسبقاً عن الاشهار الذي اكتسب به حقه.¹

¹ غالم كهيبة، تنظيم عملية الشهر العقاري في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون عقاري، جامعة عبد الرحمان ميرة- بحاية، كلية الحقوق، قسم قانون الأعمال، السنة الجامعية 2015-2016 ص 64.

الفصل الثاني : الأحكام الخاصة لانعقاد البيع العقاري

يعتبر القانون رقم 10-04 المؤرخ في 17/02/2011 ذو أهمية في تحديد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية كونه عقد رسمي بمقتضاه ينقل المرقى العقاري الملكية الى المستفيد ، بمقابل تسديد المبلغ المتفق عليه اثناء ابرام العقد.

ويقع تحت طائلة البطلان العقد ان تخلف احد شروط عقد البيع ، من رضى واتفاق ومقابل ، اضافة الى الشروط التقنية الوظيفية المطلوبة اثناء انعقاد هذا العقد، في مجال قابلية السكن وتهيئة المحلات ذات الاستعمالات المختلفة سواء اكان هذا المشروع موجه الى السكنات او موجه الى التجارة او الصناعات الحرفية.

سعى من المشرع الجزائري الذي حاول تنظيم مهنة المرقى العقاري لأنه يعتبر واسطة بين الحكومة والمواطن في مجال السكن والعمران ، حيث يكتسي أهمية نقل الملكية بينهما ، وفق الشروط المنصوص عليها .

المبحث الأول : البيوع العقارية ضمن قانون الترقية العقارية

يعتبر موضوع الترقية العقارية ذو أهمية بالغة من خلال ما أتاحه المشرع الجزائري له، حيث مر نشاط الترقية العقارية عبر مراحل من خلال مجموعة من القوانين ، حيث جاء القانون 86-07 الصادر سنة 1986 المتعلق بالترقية العقارية الملغى بموجب المرسوم التشريعي رقم 93-03 الصادر سنة 1993 المتعلق بالنشاط العقاري وكذا القانون رقم 11-04 الصادر سنة 2011 الذي يبين القواعد المنضمة لهذا النشاط كما جاء في نص المادة 02 فقرة 01 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري من انجاز او التجديد التي تكون على الاملاك العقارية لهدف البيع او الايجار او تلبية حاجيات خاصة ، او حاجات المشاركين في الترقية العقارية¹ ومن هنا يمكننا ان نرى بوضوح ، التصرفات الواردة على الاملاك العقارية في اطار الترقية العقارية بصفة خاصة من خلال طرق عدة اعتمدها المشرع الجزائري في بيع العقار .

نتطرق من خلالها لكل من البيع بالإيجار والبيع على التصاميم ، حيث نحاول دراسة وتفصيل لكل منهما في مطلب لحاله.

المطلب الأول: عقد البيع بالإيجار

يعتبر المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 03/04/2001 الذي تم استحداثه لاحقا والذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في اطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك حيث تم تعديله عدة مرات اخرها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 04-340 المؤرخ في

¹ انظر المادة 02 فقرة 01 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري.

12004/11/02¹ ، وقد صدرت العديد من القرارات الوزارية لتنفيذ، وعلى ضوء المرسوم 01-105 المعدل والمتمم سوف نتطرق الى هذا النوع من البيوع العقارية ضمن فرعين وهما .

الفرع الأول : مفهوم عقد البيع بالإيجار

أ-التعريف الفقهي: ولقد قام الفقه بتعريف عقد البيع بالإيجار بعدة تعريفات منها :

عرف الدكتور محمد حسين منصور على ان عقد البيع بالإيجار انه عقد يريد فيه المتعاقدان الايجار والبيع معا فهو ايجار الى ان يتم الوفاء بالثمن كاملا ، وبيع حين يتم الوفاء² والغرض من ذلك هو ضمان عدم التصرف في العقار قبل الوفاء لكافة الاقساط باعتبار الايجار من عقود الامانة .

ب-التعريف القانوني: اشار المشرع الجزائري من خلال المادة 363 من القانون المدني³ اذا كان ثمن المبيع مؤجلا ، للبائع ان يشترط ان لا يكن نقل الملكية الى المشتري موقفا على الثمن كله ولم يتم تسليم الشيء المبيع ."

غير ان المشرع الجزائري جاء بتعريف عقد البيع بالإيجار بموجب المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 97-35 المؤرخ في 14/01/1997 الذي يحدد كيفية وشروط بيع الاملاك ذات الاستعمال السكني وايجارها ، والبيع بالإيجار ، وكذا بيع الاملاك ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها .

ومن خلال هذه التعريفات يمكننا ان نعرف عقد البيع بالإيجار على انه عقد يتم ابرامه بين المتعامل في الترقية العقارية او الشخص الذي يكتسب صفة البائع مع المستفيد من المشروع او الشخص الذي يكتسب وصف المشتري .

¹ الجريدة الرسمية العدد 69 المؤرخة في 03/11/2004.

² ايمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى، 2011، ص 127.

³ المادة 363 من القانون المدني.

الفرع الثاني : شروط عقد البيع بالإيجار

أولاً : الشروط المتعلقة بالسكن :

أ - الشروط العامة: وهي الشروط الواجب توفرها في محل عقد البيع ، بحيث يكون مناسباً أو معيناً أو قابل للتعيين ، أو مما يمكن التعامل فيه ، وهي تخضع للقواعد العامة للقانون المدني.

ب - الشروط الخاصة : والتي نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المعدل والمتمم والذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية ، في إطار البيع بالإيجار وكيفية ذلك وهي:

- أن يكون السكن منجز بأموال عمومية أو مصادر بنكية أو أي تمويلات أخرى : جاء في المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 03-35 " تطبق هذه الأحكام على المساكن المنجزة بواسطة ميزانية الدولة ، أو الجماعات المحلية أو بواسطة مصادر بنكية أو تمويلات أخرى وفقاً لمعايير المساحة والرفاهية المحدد سلفاً " ، فقد كان سابقاً يقتصر التمويل على الأموال العمومية للإنجاز مسكن ومع تعديل ذلك تم فسح المجال أمام البنوك وهو ما تم فعلاً من خلال ظهور مشاريع في إطار البيع بالإيجار ممولة من طرف الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط.

- أن يكون السكن منجزاً في إطار البيع بالإيجار :

حيث يتم شراء المساكن المنجزة في إطار عقد البيع بالإيجار وفقاً لأحكام المرسوم 01-105 المعدل والمتمم ، أي أن أول عقد يخضع له شراء هذه المساكن هو عقد البيع بالإيجار¹.

ثانياً : الشروط المتعلقة بالمستفيد من السكن :

تعتبر كل الشروط والالتزامات الأخرى مشتركة بالنسبة إلى العقارات ذات الاستعمال السكني أو المهني أو التجاري التي انجزت من طرف دواوين الترقية والتسيير العقاري، إلا أن هناك

¹ بوسنة إيمان ، المرجع السابق، ص 134.

شرط خاص نص عليه المشرع الجزائري من خلال مرسوم 01-105 ، يتمثل ان بيع المسكن يكون لمن لم يملك ولم يسبق ان تملك عقارا ذا استعمال سكني ، ولم يستفد من مساعدات مالية من الدولة لبناء مسكن او شرائه ، وهذه الشروط هي كالاتي:

- ان لا يكون طالب الاستفادة قد سبق له الاستفادة من المساكن المنجزة في اطار البيع بالإيجار .

- يجب على طالب الاستفادة من عقد البيع بالإيجار ان يقوم بتسديد دفعة اولى لاتقل على 25% من ثمن المسكن حسب نص المادة 07 من المرسوم التنفيذي 01-105 المعدلة والمتممة بالنص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 04-137¹.

- ان يقسم المبلغ الباقي من ثمن العقار الاجمالي حسب الكيفيات المحددة للعقد البيع بالإيجار ، موزعة على المدة المتفق عليها .

- ان يسددا طالب الاستفادة للبائع اقساط شهرية حسب رزنامة استحقاق الاقساط ، تحت طائلة تطبيق غرامة التأخير عن كل قسط مستحق غير مدفوع .

- عند انتهاء مدة عقد البيع بالإيجار وتسديد كل الاقساط المالية يحرر عقد البيع في شكل رسمي لدى الموثق ، ويخضع للإجراءات التسجيل والإشهار .

المطلب الثاني: عقد البيع بناء على التصاميم

جاء في مواد 09، 10، 11، 12، 18، 10، 11، 12، 18 من المرسوم التشريعي 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري على ما يلي " بإمكان المتعامل في مجال الترقية العقارية ان يبيع الى احد المشتري بناية او جزء منها قبل اتمام الإنجاز شريطة تقديم ضمانات تقنية تامة وكاملة لحماية المشتري من تعسف البائع لتتيح المجال امام المتعاملين في مجال الترقية العقارية، بالأخص لإبرام عقود البيع على

¹ انظر نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 04-137 التي تحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في اطار البيع بالإيجار .

العقارات قبل انجازها ،ومن خلال التنظيم القانوني والممارسة الميدانية ، يعتبر عقد البيع بناء على التصاميم صيغة مستحدثة منجزة ، حيث صدر في المرسوم التشريعي 93-03 الصادر سنة 1993 المتعلق بالنشاط العقاري ، بحيث ان عقد البيع على التصاميم لم يكن معروفا في السوق الجزائرية قبل صدور هذا المرسوم، الذي جاء لتنظيم النشاط العقاري.

الفرع الأول: مفهوم عقد البيع على التصاميم

يمكن تعريف عقد البيع على التصاميم على انه عقد بيع عقاري محله عقار في مرحلة التشييد يلتزم بمقتضاه المرقي العقاري أي البائع بان يتم بناءه او تشييده في الآجال المتفق عليها ووفق المواصفات المطلوبة، وينقل ملكيته الى المشتري ، الذي يلتزم بان يدفع للبائع اثناء التشييد دفعات من ثمن البيع، حيث يتم تحديد قيمتها وطريقة آجال دفعها بالاتفاق بين الطرفين¹.

ومن خلال هذا التعريف يمكن القول بان عقد البيع بناء على التصاميم يختلف عن عقد البيع العادي، خاصة من حيث الحيازة والاستغلال التي لا تتم إلا بعد اجل المحدد للإنجاز².

ومن خلال صدور القانون رقم 11-04 الصادر سنة 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط المرقي العقاري بموجب المادة 20 منه ، والتي تطرق المشرع الجزائري من خلالها الى تعريف عقد البيع بناء على التصاميم ، بحيث انه لم يتطرق الى تعريف هذا النوع من البيوع العقارية إلا من خلال المادة السالفة الذكر والتي جاء فيها ، ان عقد البيع بناء على التصاميم للبناءية او جزء من بناية مقرر بناؤها او في طور البناء ، هو العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الارض وملكية البناءات من طرف المرقي العقاري ، لفائدة المكتسب موازاة مع تقدم الاشغال وفي المقابل يلتزم المكتسب بتسديد السعر كلما تقدم الانجاز.

¹ ويس فتحي، المسؤولية المدنية والضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، رسالة ماجستير (غير منشورة)، جامعة البلدة، ص 49 .

² بوستة ايمان ، المرجع السابق، ص 75.

اولاً: شروط عقد البيع بناء على التصاميم

تضمن المرسوم التشريعي الصادر تحت رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المتضمن النشاط العقاري على انه " يجب ان يشتمل عقد البيع بناء على التصاميم ، الذي يحدد نموذجه عن طريق التنظيم تحت طائلة البطلان، على ما يأتي زيادة على الصيغ المعتادة :

- العناصر الثبوتية للحصول على رخصة البناء المنصوص عليها في التنظيم الجاري العمل به .
- وصف بيانات المبيع او جزء من بناية المبيع ، ومشمطات ذلك .
- اجال التسليم وعقوبات التأخير المرتبطة بها، في حالة عدم الاحترام هذه الآجال.
- السعر التقديري وكيفيات مراجعته ان اقتضي الامر .
- شروط الدفع وكيفياته .

طبيعة الضامات القانونية ، وضامات حسن الانتهاء والضمانات الأخرى التي يعطيها المتعامل في الترقية العقارية للمشتري ، مقابل تسبيقات و سلف ودفعات مجزئة والمنصوص عليها في العقد ، ودعم الالتزامات التعاقدية الأخرى .

وجاء في محتوى هذا النص الاشارة الى العقد النموذجي ، ذلك ان البيع بناء على التصاميم ينبغي ان يفرغ في قالب خاص ، محدد بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07/03/1994 المتعلق بالنموذج عقد البيع ، بناء على تصاميم الذي يطلق في مجال الترقية العقارية، وذلك بموجب المادة الاولى منه.¹

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد البيع بناء على التصاميم

¹ المادة 01 من المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المؤرخ في 07/03/1994 الذي يتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في مجال الترقية العقارية، عملاً بأحكام المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المؤرخ في 01/03/1993 المذكورة اعلاه " تتم عملية البيع بناء على التصاميم بعقد رسمي وفق نموذج المرفق لهذا المرسوم".

يعتبر عقد البيع بناء على التصاميم عملا تجاريا بالنسبة للبائع (المتعامل في الترقية العقارية) إذ أن المادة 03 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ، ترى أن المتعامل في الترقية العقارية تاجرا كما ان المادة 09 صراحة بتجارية عقد البيع بناء على التصاميم اما بالنسبة للمستفيد او المشتري فان عقد البيع بناء على التصاميم يعتبر عملا مدني إلا ان قام بشراء من اجل البيع كحرفة يمتنها ويترتب على تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة للفصل في النزاعات وكذا معرفة وسائل الاثبات.

الفرع الثاني: الشكلية في عقد البيع بناء على التصاميم

يتميز عقد البيع بناء على التصاميم بأنه عقد شكلي خلافا لعقد البيع العادي الذي يعتبر عقد رضائي وان كان القانون يشترط الشكلية في بيع العقار الا انها تعتبر شرط للإثبات وليس شرط لانعقاد ، اما عقد البيع بناء على التصاميم فهو عقد شكلي والشكلية تعتبر شرط فيه لانعقاد ، فلا ينعقد صحيحا الا اذا افرغ في الشكل المحدد قانونا حسب النموذج المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 94-58 المتضمن نموذج عقد البيع بناء على التصاميم الذي يطبق في المجال الترقية العقارية، فيجب التقيد بالبيانات الالزامية وإرفاق العقد بالوثائق المرجعية الخاصة به المذكورة في النموذج، وضرورة توفر شروط المنصوص عليها في المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري ومراعاة ما تنص عليه المادة 13 من نفس المرسوم التشريعي ، الى جانب الزامية الشهر والتسجيل بناء على التصاميم في عقد البيع¹.

أولا : البيانات الالزامية في عقد البيع بناء على التصاميم

نصت المادة 10 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 على ضرورة توفر بعض البيانات الالزامية لقيام عقد البيع بناء على التصاميم وسوف نوضح هذه البيانات كالاتي:

أ- العناصر الثبوتية على الحصول على رخصة البناء:

¹ انظر نص المادة 09 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المرسوم التشريعي.

رخصة البناء هي قرار اداري الصادر من السلطة المختصة قانونا تمنح بمقتضاها الحق للشخص سواء كان طبيعي او اعتباري لإقامة بناء جديد او تغيير بناء من البدء في أعمال البناء التي يجب ان تحترم قواعد قانون العمران¹، ومن هذا التعريف فان رخصة البناء تشترط من اجل تشييد البناء الجديدة مهما كان استعمالها وكذلك تحديد البناءات الموجودة ولتغيير البناء الذي يمس الجدران الضخمة منه او الواجهة المفضية على الساحات العمومية ولانجاز جدار صلب للتدعيم أو لتسييج².

فرخصة البناء هي التي تثبت حصول المتعامل في الترقية العقارية على رخصة ادارية تسمح له ببناء العقار محل العقد على التصاميم ، كما يشترط في عقد البيع بناء على التصاميم حصول البائع على رخصة البناء اضافة الى ضرورة ارفاق العقد برخصة البناء ويهدف كل هذا الى حماية المشتري، من احتمال قيام البائع ببيع العقار الغير مرخص ببنائه اصلا مما يعرضه الى هدم عقاره.

ب - وصف البناءة ومشمولاتها :

من خلال ذكر وصف البناءة ومشمولاتها في عقد البيع بناء على التصاميم في باب التعيين ، يجب من جهة اخرى ارفاق العقد بالتصاميم التي سينجز المشروع بناءا عليها وقد ميز المشرع الجزائري بين البناءات الجماعية والبناءات الفردية ن اما بالنسبة للبناءات الفردية فيجب ان توصف وصفا دقيقا من خلال تعداد التجهيزات التي تشتمل عليها، اضافة الى

¹ بوسنة ايمان ، المرجع السابق ، ص 77.

² انظر المادة 52 الفقرة 01 من القانون رقم 90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير المؤرخ في 01/12/1990 ، الجريدة الرسمية العدد 52 .

وصف مجموعة القطع الارضية التي بنية عليها، البناية الفردية (المساحة ، رقم الجزء، المبنية في القرار المتضمن رخصة التجزئة)¹.

أما في ما يخص البنائات الجماعية يتم وصف البناية المباعة او جزء منها بدقة مع التجهيزات الخاصة التي يشتمل عليها الملك محل العقد ، ويتم كذلك تحديد جميع اجزاء الملكية المشتركة لبيان الكشف الوصفي لتقسيم الملكية المشتركة الذي يرفق بالعقد.

ج- آجال التسليم وعقوبات التأخير :

في حالة عدم احترام آجال التسليم المتفق عليها وذلك تحت طائلة البطلان ، والزامية تحديد آجال التسليم² ، وعقوبة التأخير لحماية المشتري من تماطل المتعامل في عملية الانجاز والتسليم، كما انه يؤخر رفع القيد لعدم التصرف في العقار المبوع على المشتري الذي استفادة من اعانة الدولة .

د - السعر التقديري وكيفيات مراجعة الثمن :

يجب تحديد الثمن وكيفيات مراجعته في هذا العقد ككل عقود البيع بحيث يجب ان يتضمن عقد البيع بناء على التصاميم الثمن كما انه يتميز هذا العقد بثمن تقديري اي انه ليس نهائي بل قابل للمراجعة ، كما ان المشرع ترك مراجعته لاتفاق الاطراف مع ضرورة تبيان النسبة التي لا يجب ان يتجاوزها مبلغ المراجعة³.

هـ - شروط الدفع وكيفيته:

¹ انظر المادة 01 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي 58-94 .

² - المادة 571 من القانون رقم 90-29 " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنين او عدت قطع من ملكية عقارية واحدة او عدت ملكيات مهما كان موقعها تحضر رخصة التجزئة وتسلم في الاشكال وبالشروط والآجال التي يحددها التنظيم "

³ انظر نص المادة 05 و 06 من نموذج عقد البيع بناء على التصاميم الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 58-94 .

بما ان عقد البيع بناء على التصاميم يرد على عقار في طور لانجاز فان دفع الثمن فيه يكون تدريجيا في شكل دفعات ، مجزئة يتم تسديدها تبعا لمراحل تقدم الاشغال .

ثانيا: الوثائق المرجعية الملحقة بعقد البيع بناء على التصاميم:

لقد اشترط المشرع الجزائري بعض الوثائق التي يعتبرها من البيانات الالزامية التي يجب الاشارة اليها في عقد البيع بناء على التصاميم و اشار اليها المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم .

أ- الوثائق المرجعية في حالة البناية الجماعية :

- عقد الملكية وهو العقد الذي يثبت ملكية البائع للقطعة الارضية.
- رخصة البناء التي ترفق مع عقد البيع.
- التصاميم الملحقة التي تعتبر مرجع اساسي في مدى تنفيذ البائع لالتزاماته للانجاز والمطابقة¹ ، كما انها تجعل التصاميم بمثابة عناصر التعيين التي تمنع الخطأ حيث تجعل المشتري على العلم بالمبيع.
- كشف وصفي للتقسيم مشهر الذي يتم بموجبه تعيين حصص المتضمنة في العقار المبني للتقسيم لإجراء الشهر لذلك فان عقد البيع بناء على التصاميم يجب ان يحتوي على المعلومات العامة للعقار (نوعه، اسم البلدية والشارع ، رقم القسم، رقم القطعة).
- استكمال ذلك بأي وثائق مرجعية اخرى اذا اقتضاء الامر.

ب- الوثائق المرجعية في حالة البناية الفردية :

- عقد الملكية الذي يجب ان يثبت الملكية للمتعامل في الترقية العقارية.
- رخصة التجزئة للارض التي تشكل الوعاء العقاري للمشروع والتي تسلم طبقا للقانون رقم

¹ ويس فتحي، المرجع السابق، ص 70.

90-29 المتعلق بالتهيئة والتعمير¹.

- رخصة البناء .

- التصاميم الملحقة وهي دائما تتبع رخصة البناء

الفرع الثالث: تسجيل واشهار عقد البيع بناء على التصاميم :

يحرر عقد البيع بناء على التصاميم في شكل رسمي ويخضع لإجراءات التسجيل والإشهار حسب ما نصت المادة 12 من المرسوم التشريعي رقم 93-03 المتعلق بالنشاط العقاري حيث جاء فيها " يحرر عقد البيع بناء على التصاميم في شكل اصلي ويخضع للشكليات القانونية في التسجيل والإشهار، كما يشتمل في آن واحد على البناية وعلى القطعة الارضية التي شيدت البناية المنشأة فوقها". كما ان هذه الاجراءات لا تخص عقد البيع بناء على التصاميم بل كل البيوع العقارية، وكما ان عقد البيع بناء على التصاميم يجب تسجيله لدى مصلحة الطابع والتسجيل المختصة خلال الاجال القانونية المحددة وكذلك اشهارها لدى المحافظة العقارية .

غير أن عقد البيع بناء على التصاميم معفى من رسوم الطابع والتسجيل والإشهار العقاري كما جاء في المادة 22 من القانون رقم 04-21 المؤرخ في 29/12/2004 يتضمن قانون المالية لسنة² 2005، حيث نصت على مايلي " تعفى من رسم الشهر العقاري العقود المتضمنة بيع المحلات ذات للاستعمال السكني الجديدة التي انجزها المتعهدون للترقية العموميون او الخواص، في اطار برامج السكن المستفيدة من الدعم المالي من الخزينة العمومية ولا سيما السكن الاجتماعي التساهمي والسكن في اطار البيع بالايجار والسكن الريفي".

¹ المادة 571 من القانون رقم 90-29 " تشترط رخصة التجزئة لكل عملية تقسيم لاثنين او عدت قطع من ملكية عقارية واحدة او عدت ملكيات مهما كان موقعها تحضر رخصة التجزئة وتسلم في الاشكال وبالشروط والاجال التي يحددها التنظيم"
² الجريدة الرسمية العدد 58 المؤرخة في 30-12-2004.

المبحث الثاني: البيوع القضائية بحكم القضاء

استطاع المشرع الجزائري في مجال البيوع العقارية تنظيم هذا المجال بطريقة مفصلة من خلال النصوص القانونية افردها على سبيل الاستثناء من جهة القضاء اصدار احكام قضائية وقرارات قضائية تكون مصدر اثبات هذه الحقوق حتي في مجال الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الاخرى ، غير ان تدخل القاضي في هذه الدعوى يعتبر محددًا جدا بحيث يستمد حكمه من نصوص تشريعية بطريقة مباشرة تقرر له هذه الصلاحيات والى تعرض حكمه للإلغاء ، ومن هنا سنتناول من خلال هذا المبحث الاملاك العقارية بحكم القضاء وسنتطرق الى مطلبين يتم بواسطتهما نقل الملكية العقارية بموجب حكم قضائي وهما انتقال الملكية عن طريق المزاد العلني و انتقالها بموجب حق الشفعة.

المطلب الاول: البيع عن طريق المزاد العلني

يعتبر البيع بالمزايدة من البيوع العقارية الجائزة شرعا وقانونا حيث انه لا يختصر فقط على الافراد ولكن اتخذه الحكومات والإدارات كذلك سبيلا لظفر بأكبر الارادات ويعني ذلك تحصيل قدر اكبر من الاموال لخزينة الدولة من خلال اتاحة الفرصة للمتزايديين للتنافس من خلال طرح التعاقد في مزاد عام ، لذلك فان الامر يستدعي الوقوف عند مفهوم البيع عن طريق المزاد العلني ، ثم معرفة هذا النوع من التصرفات موضحين اجراءات التي نص عليها المشرع الجزائري .

الفرع الاول: مفهوم البيع عن طريق المزاد العلني ومشروعيته:

ان التوصل الى وضع تعريف محدد ودقيق للبيع بالمزايدة يقتضي الحصول على فكرة اولية ولو من الناحية اللغوية ثم التطرق الى التعريف الذي وضعه الفقهاء للشريعة الاسلامية ، ثم التطرق الى تعريف القانوني او الوضعي وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع .

أولاً: التعريف اللغوي

المزاد: مصدر زاد، يزيد، فهو زائد، قال ابن فارس (الزأ و الياء و والذال ، اصل يدل على الفضل ، يقولون زاد الشيء يزيد فهو زائد).

وتزايد اهل السوق على السلعة ، اذا بيعة فيمن يزيد واستزدته : طلبت منه الزيادة ، وزايدا احد المتبايعين الاخر مزايده فالمزايده مفاعلة من زايده غيره اذا اعطي زيادة في سلعة معروضة على اخر، ويقال : زايده : نافسه في الزيادة، وفي ثمن السلعة ، و ثمن المزاد: الثمن الذي رسا به المزاد.¹

ثانياً: تعرف البيع بالمزاد في الفقه الاسلامي

لم يضع اكثر الفقه الاسلامي تعريفاً محدداً للبيع المزاد ، ولكنهم بين صورة البيع بالمزاد في نصوصهم الفقهية وسيتبين ذلك فيما يلي :

أ - عند الحنفية: بين الامام الزيلعي صورة البيع بالمزاد بقوله (ان يظهر من البائع ما يدل على عدم الرضى بالبيع ، فيأتي اخر فيزيد عليه).

ويقول الامام بدر الدين النعيمي هو (عدم ركون البائع الى السائم ، وعدم رضاه للثمن فيزيد في السلعة حتى تصل الى ما يريد البائع).

ب - عند المالكية: يعتبر المذهب المالكي اكثر المذاهب تعرضاً لبيع المزاد ، وذكر في كتبهم تعريفات عديدة للبيع بالمزاد منها:

عرفه الامام الباجي بقوله (بيع المزايده، هو الرجل يعرض سلعته في السوق يمشي بها على من يشتري تلك السلعة ويطلب الزيادة من يزيد فيها).

¹ زكي زكي حسن زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، دار الكتاب القانوني، جامعة طنطا

وعرفه العلامة ان رشد الجد بقوله واما بيع المزايده: فهو ان يطلق الرجل سلعة في النداء ويطلب الزيادة فيها ، فمن اعطى فيها شيئاً لزمه الا ان يزداد عليه فيبيع البائع منا الذي زاد عليه.

وعرفه ابن عرفة (بيع لم يتوقف ثمن مبيعه المعلوم قدره على اعتبار ثمنه في بيع قبله ان التزم مشتريه ثمنه على قبول الزيادة).

وعرفه ان جزى بقوله) و أما المزايده : فهي ان ينادى على السلعة ويزيد الناس فيها بعضهم على بعض حتى تقف على آخر زائد فيه فيأخذها).

وعرفه الشيخ احمد النفراوي بقوله(وحقيقة البيع بالمزايده : ان يطلق الرجل سلعته في يد الدلال للنداء عليها فمن اعطي فيها ثمناً لزمه ان رضيا مالکها وله ان لا يرضى ويطلب الزيادة).¹

ج- عند الشافعية: جاء في مجموع ما يلي(وبيع من يزيد: سوم رجل على سوم اخيه، ولكن البائع لم يرضى السوم الاول حتى طلب الزيادة).

وقال الامام الماء وردي (بيع المزايده موضوع بطلب الزيادة).

وعرفه العلامة زكريا الانصاري بقوله(ان يزيد الشخص على غيره في ثمن ما يريد شراءه قبل استقرار الثمن).

ويقول الامام الرافعي في النهي على السوم على السوم(وصورته : ان يأخذ شيء ليشتره ، فيجياً غيره اليه ويقول : رده حتى ابع منك خيراً منه بأرخص ، او يقول لمالكه: استرده لا شتره منك بالكثير وانما يحرم ذلك بعد استقرار الثمن ، فأما ما يطاف به فيمن يزيد وطلبه طالب ، فلغيره الدخول عليه والزيادة في الثمن).

د- عند الحنابلة: يقول الشيخ منصور الباهوتي في شرحه قول الرسول صلى الله عليه وسلم(لا يسمو الرجل على سومي اخيه ، وهو - اي السوم- ان يتساوما في غير المناداة ، فأما المزايده

¹ علي محمد قاسي، بيع المزايده في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، نصر، 2002،

في المناذاة فجانزة).

ويقول ابن قدامة في شرحه للحديث (ولا يخلو من اربعة اقسام :... والثاني: ان يظهر منه ما يدل على عدم الرضى فلا يحرم السوم، لان النبيء ص ، باع في من يزيد...).

مما سبق يمكن ان يستتبط تعريف المزايدة عند الحنابلة بأنها (المناذاة على السلعة حتى تصل الى الثمن الذي يرضاه البائع).

والمعامل في تعريفات الفقهاء، يجد انها في جملتها تهتم بالجانب الشكلي ، وانها خصت البيع بالذكر ، لا نه الغالب والشامل ولكن لا يمنع هذا ممارسة المزايدة في غير البيع، من إيجازه وعقود عمل وغير ذلك ، اذ ان المزايدة ماهي إلا وسيلة تتناسب مع بعض العقود فهي مشروعة¹.

ولعل تعريفات المالكية اكثر وصف ووضوحا من تعريفات غيرهم، حيث بينت بان البيع بالمزاد قد يتم عن طريق صاحب السلعة وقد يتم عن طريق الدلال وهو ما يعرف بالمزاد الاختياري والمزاد الجبري كما ان تعريف ابن جزى يفهم منه ان المزايدة قد تكون في غير البيع ، كما يفهم منها ان المزايدة قد تتم عن طريق المظاريف المغلقة .

ثالثا: تعرف البيع بالمزاد في القانون

عرفها بعض فقهاء القانون الاداري بأنها طريقة بمقتضاها تلتزم الادارة باختيار افضل من يتقدمون بالتعاقد معها شروطا، سواء من الناحية المالية او من ناحية الخدمة المطلوب اداءها.

وعرفها بعض فقهاء القانون المدني " طرح التعاقد في مزاد عام ، لكي يتمكن من الحصول على اعلى عطاء".

وعرفها بعض الفقهاء في القانون التجاري بأنها (البيع بالتنافس بين عدة اشخاص ، بحيث تعطى الصفقة لمن يقدم اعلى ثمن، ويكون المزاد علنيا اذا كان مفتوحا للجمهور أو على الاقل

¹ زكي زكي حسن زيدان، مرجع سابق، ص23.

بطائفة من الأشخاص دون ان يقتصر على اشخاص معينين مقصودين بذواتهم مهما كثر عددهم).

مما سبق يتبين لنا ان الفقهاء القانون الاداري والقانون المدني والقانون التجاري هم الذين تعرض للبيع او التاجر بالمزاد العلني ، لان القانون الاداري ينضم كيفية بيع او تأجير اموال الدولة وفضل وسيلة لذلك هي البيع او التاجر بالمزاد العلني ، وكذا القانون المدني فقد نحتاج الى بيع او تأجير اموال القاصر ، والقانون المدني هو الذي ينضم كيفية البيع او تأجير اموال القاصر ، وكذا القانون التجاري فانه في حالة الحكم بإفلاس التاجر فان امواله تباع لسداد ما عليه ووسيلة البيع في هذه الحالة هي البيع بالمزاد العلني.¹

ويمكن القول ان البيع بالمزاد عبارة عن :

عقد بمقتضاه يتم بيع اموال معينة بإجراءات محددة بعد اعلان السعر المحدد وطلب الزيادة فيه فعندما نقول : عقد فمعني ذلك لابدا فيه من ايجاب وقبول.

سواء تم البيع بين صاحب المال والمشتري وهو ما يعرف (بالبيع الاختياري)، او تم بين المشتري و النائب عن صاحب المال وهو ما يعرف(بالمبيع الجبري)، كبيع الحاكم اموال المفلس او بيع الوصي اموال القاصر التي يخشى عليها الهلاك.

وقولنا (يتم بمقتضاه بيع اموال معينة)، فهذا يشمل جميع الاموال التي تباع بالمزاد سواء برضى صاحبها ام جبرا عنه.

وقولنا (بإجراءات معينة محددة)، لان البيع بالمزاد يسبقه توافر عدة اجراءات .

وقولنا(بعد اعلان السعر المحدد وطلب الزيادة)،فان هذا من شأنه ان يميز البيع بالمزاد عن البيع العام ، اذ البيع له اقسام عديدة ،ويقول الفقيه أحمد النفراوي (وينقسم البيع الاعم الى اربعة اقسام: مساومة ومزايدة وهنا جائزان اتفاقا ، وبيع مرابحة وهو جائز جوازا مرجوحا لاحتياجه الى الصدق المتين ، وبيع استأمان واسترسال ...) ².

¹ علي محمد قاسي، المرج السابق ، ص 25.

² زكي زكي حسن زيدان، مرجع سابق، ص34.

رابعاً: مشروعية البيع بالمزاد العلني

اختلف الفقهاء في حكم البيع بالمزاد على ثلاثة أقوال

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول جواز البيع بالمزاد وإلى هذا ذهب جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء من الحنفية والمالكية و الشافعية و الحنابلة والظاهرية والزيدية و الامامية والاباضية .

القول الثاني: يرى أصحابه كراهية البيع بالمزاد ، وإلى هذا ذهب ابراهيم النخعي .

القول الثالث: يرى أصحابه عدم جواز البيع بالمزاد إلا في الغنائم والمواريث فقط وإلى هذا ذهب عطاء ومجاهد والاوزاعي واسحق بن راهوية و محمد بن سيرين¹.

ومن خلال آراء العلماء وادلتهم ومناقشتها يتبين ان الرأي الراجح هو قول جمهور الفقهاء والقائل بان البيع بالمزاد جائز ، وذلك لقوة ادلتهم وسلامتها من كل ما اورده المعارضون من المناقشات ، وتفنيدهم لرأي المخالفين لهم ، ولموافقتها لما كان يتم في زمن رسول الله ص واجمع عليه المسلمون في اسواقهم².

خامساً: مشروعية البيع بالمزايدة في القانون الوضعي

اعتبرت القوانين المعاصرة المزايدة طريقاً من طرق التعاقد ، فنصت عليها في قوانينها ففي القانون المدني المصري نصت المادة 99 على أنه، (لا يتم العقد في مزايدات إلا برسو المزاد ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطل) .

ثم وجدت عدت نصوص في القانون المدني المصري تبين احكام البيع بالمزاد منها على سبيل المثال نص المادة 467 على أنه "لا يجوز الطعن بالغبن في البيع ثم كنص القانون بطريق المزاد العلني".

ومنها نص المادة 454 التي تقول "لا ضمان للعيب في البيوع القضائية ولا في البيوع الادارية اذا كانت بالمزاد".

¹ نزية نعيم شلالة، دعاوى البيع بالمزاد العلني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الاولى سنة 2006، بيروت، ص 23.

² نفس المرجع ، ص 45.

وقد اخذت قوانين الدول العربية ايضا بهذه الوسيلة في البيع نذكر منها : القانون المدني الكويتي، وقد نصت المادة 78 على انه (في المزادات يبقى المتزايد ملتزم بعطائه الى ان يتقدم متزايد اخر بعطاء افضل او الى ان يقفل باب المزاد).

وأيضاً في القانون المدني العراقي ، فقد نصت المادة 89 على انه (لا يتم العقد في المزادات إلا برسو المزاد، ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطل).

الفرع الثاني: اقسام البيع بالمزاد العلني

وينقسم الى مزيدة اختيارية ومزيدة اجبارية.

أولاً : المزيدة الاختيارية

وهي الطريقة التي يلجا اليها المتعاقدان طوعاً منها واختياراً ، كما لو نضم شخص مزاد يجريه بنفسه او بواسطة اخر ينوب عنه في اجرائه، لبيع منقولاته او تأجيرها وهذا ما تفعله الجهات الحكومية حينما تبيع او تاجر عقاراتها .

ثانياً: المزيدة الاجبارية

وهي التي تقع عن طريق الادارة ، والاشخاص المعنوية فيقوم القاضي او السلطات الادارية المختصة ببيع مال من ثبت افلاسه بطريق المزيدة ،وكذا بيع اموال القصر بالمزاد العلني. ومما سبق ذكره ان الفقه الاسلامي والقانون الوضعي يتفقان على تقسيم المزيدة الى مزيدة اختيارية ومزيدة اجبارية ، فكلاهما يتم بيع او تاجير عن طريقهم كما ان القانون الوضعي يقسم المزيدة الى مزيدة علانية ومزيدة سرية ، اما فقهاء الاسلام فقد تحدثت عن المزيدة العلنية فقط ، اذ هي الوسيلة التي عرفت منذ عهد الرسول(ص) الى يومنا هذا¹.

المطلب الثاني: البيع عن طريق حق الشفعة

ان الشفعة تعتبر أحد الأسباب المكسبة للملكية العقارية المبنية و غير المبنية ولها طريق خاص لتملك هذه العقارات يختلف عن الأسباب و الطرق القانونية الأخرى ، وذلك لأنها حق تملك

¹ زكي زكي حسن زيدان، مرجع سابق، ص 55.

قسري لتلك العقارات ينفذ دون ارادة مالكة و مشتريه معا ويتم ذلك عبر خصم العقار المبيع الى ملك الشفيع بشروط محددة ويتم بقوة القانون.

اولا: تعريف الشفعة لغة

مأخوذة من الشفع بمعنى الضم والزيادة بعد الطلب وشفعت الشيء اي ضمته اليك اي تضيفه الى ما عندك فيتقوى به ويصير زوجا ، والشفع : خلاف الوتر وفي التنزيل والشفع والوتر ، قال الاسود بن يزيد الشفع : يوم الاضحى والوتر : يوم عرفة وقال عطاء الوتر هو الله والشفع هو خلقه ، وقال ابن عباس الوتر ادم شفيع بزوجته والشفع بالملك معروفة وهي مشتقة بالزيادة.

ثانيا: تعريف حق الشفعة اصطلاحا

عرفها الامام زين الدين ابن ابراهيم المشهور بابن نجيم الحنفي وقال : هي تملك البقعة جبرا على المشتري لما قام عليه ، كما عرفت المادة 950 من مجلة الاحكام العدلية بقولها(الشفعة هي تملك الملك المشتري بمقدار الثمن الذي قام عليه المشتري). كما عرفها ابن الحاجب المالكي بقوله : بانها اخذ الشريك حصة شريكه جبرا شراء ، وعرفها بعض الفقهاء المالكية هي استحقاق شريك اخذ ما عاوض به شريكه من عقار بثمنه او قيمته الذي باع به بصيغة¹.

ثالثا: تعريف حق الشفعة قانونا

وهي رخصة قانونية للشفيع الحلول محل المشتري ، في بيع العقار اذا توافرت حالاتها وشروطها ، والشفعة في ذلك ليست حق شخصي او عيني وانما هي حق مالي².

¹ احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2013، ص21.

² السيد عبد الوهاب عرفة، الشامل في الشفعة، المكتب الفني للموسوعات القانونية ، الاسكندرية، سنة 2005 ، ص 13.

رابعاً: التكييف القانوني للشفعة

اما التكييف القانوني للشفعة فإنها تجمع بين جوهر الواقعة القانونية فيما تستند اليه من واقعة تفوق عناصر الملكية او الشيوخ، ومن واقعة بيع عقار المشفوع فيه، التي تمثل واقعة مادية بالنسبة الى الشفيع وبين جوهر التصرف القانوني ، فيما تطلبه من اتجاه ارادة الشفيع للأخذ بالشفعة ووجوب اعلانه ذلك ، وهذا الجمع بين جوهر القاعدة القانونية وجوهر التصرف القانوني ، هو الذي جعل من الشفعة مصدرا مركب يمس حرية التعاقد وحق التصرف وحقوق المشترين وحق الملكية على السواء لما يعنيه من احلال الشفيع محل المشتري الذي اختاره البائع، وبما ينته اليه من اخذ الشفيع للعقار المبيع جبرا على المشتري ، ولذلك فهو نظام استثناء يجب التشدد في شروطه واجراءاته والتضييق من نطاقه .

وقد اختلف شراح القانون المدني حول طبيعة الحق في الشفعة، وذهب البعض الى اعتباره حق عينيا مصدره الحق العيني للملكية العقار المشفوع فيه ، وذهب البعض الاخر الى اعتباره حق شخصيا، ومعنى ذلك ان الشفيع لا يستعمل دعوى عينية انما حق شخصيا لصيقا به وهو الحق ان يصير مشتريا بالأفضلية، وذهب فريق ثالث الى اعتباره حقا شخصيا عينيا ، فهو حق شخصي بالنسبة للشفيع وحق عيني بالنسبة للعقار المشفوع فيه .

والراجح هو ان الشفعة ليست حقا عينيا ولا حق شخصيا بل واقعة قانونية طبيعية وسبب من اسباب كسب الملكية، فهي ليست حقا بل هي مصدر للحق ولكن جوهر التصرف القانوني فيها وهو اعلان الشفيع ارادته في الاخذ للشفعة اساسي بحيث لا يمكن تغليب الوقائع القانونية فيها عليه.

وقد استمد المشرع الجزائري نظام الشفعة من الشريعة الاسلامية ، فهذه الشريعة هي المصدر المادي او التاريخي لأحكام الشفعة، ومن ثما يكون الرجوع في تفسيري هذه النصوص والأحكام الى الفقه الاسلامي¹.

¹ احمد خالدي، مرجع سابق، ص 30.

الفرع الثاني: الاجراءات القانونية للأخذ بالشفعة

إذا طلب الشفيع اخذ العقار المبيع بالشفعة ، وادعن المشتري لحكم القانون وسلم بها فإنه يتملك العقار بالتراضي دون الحاجة الى اجراءات قضائية ، وإذا لم يدعن المشتري ولم يسلم بالشفعة وجب على الشفيع ان يتخذا اجراءات معينة حتي يصل الى تملك العقار المشفوع فيه بالشفعة بحكم من القضاء.

اولا: الانذار الرسمي في القانون المدني الجزائري

فرض المشرع هذا الاجراء في المادة 799 من القانون المدني التي تنص على " على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في اجل 30 يوما من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع او المشتري والا سقط حقه ، ويزيد على ذلك الاجل مدة المسافة اذا اقتضى الامر ذلك " ، كما تنص المادة من القانون المدني بانه " يجب ان يشتمل الانذار المنصوص عليه في المادة 799 على البيانات التالية والا كان باطل :

- 1- بيان العقار الجائز اخذه بالشفعة بيانا كافيا .
- 2- بيان ثمن ومصاريف الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والاجل الذي قدره 30 يوما للاعلان المنصوص عليه في المادة 799¹.

وعليه فان اجراءات الشفعة تفتح عادة لهذا الانذار الرسمي ، الذي يوجهه البائع او المشتري الى الشفيع ويطلب منه في الانذار المذكور ان يبدي رغبته في حالة ما اذا كان يريد ان يأخذ العقار المبيع بالشفعة ، فهذا الاجراء يقصد به تحفيز الشفيع على ان يبديا رغبته في ميعاد معين وإلا سقط حقه في الشفعة ويجب ان يشمل الانذار على بيانات محددة وهي:

أ - بيان العقار المشفوع فيه بيانا كافيا : ويكون ذلك بتعيين موقعه وحدوده ومساحته ، وكذلك اي بيان اخر من شأنه ان يرفع الجهالة عن العقار ، وان مسالة التقدير ما اذا كان بيان

¹ انظر المادة 799 من القانون المدني الجزائري.

العقار المبيع كافيا او غير كافي، هي مسألة موضوع متروك تقديرها للقاضي فمتى اقام قضاؤه على اسباب سائغة فلا معقب عليه من المحكمة العليا .

ب - بيان الثمن والمصاريف الرسمية و شروط البيع:

- بيان الثمن الذي يبيعا به العقار والمصاريف الرسمية ، ويقصد المصاريف الرسمية رسوم التوثيق و التسجيل وما يماثلها ،اما المصارف الاخرى كأتعاب المحاماة و السمسرة فليس من الواجب ذكرها حيث يمكن ان تكون محل للمطالبة مستقلة ، وإذا طلبت هذه المصاريف اثناء سير الدعوى فلا تبطل الانذار .

- بيان شروط البيع في العقار المشفوع فيه ، ويقصد بشروط البيع التي استلزم القانون بيانها في الانذار هي شروطه الاساسية التي لا بد من علم الشفيع بها ، حتي يستطيع ان يوازن بين ان يقدم على طلب الاخذ بالشفعة او لا يقدم واذا كان شرط منح المشتري اجل للوفاء ببعض الثمن، لا يتوقف عليه تقدير صاحب الحق في الشفعة لموقفه من حيث الاخذ بها او تركها ذلك انه ملزم في جميع الاحوال طبقا لأحكام المادة 801¹فقرة 2 من القانون المدني ايداع كل الثمن الحقيقي الذي حصل البيع به بين يدي الموثق وذلك خلال 30 يوما من تاريخ التصريح بالرغبة فلأخذ بالشفعة .

- بيان اسم كل من المشتري و البائع ولقبه ومهنته وموطنه ، وذلك حتى يتعين تعيين كافي وحتى يمكن للشفيع ان يعلن رغبته بالأخذ بالشفعة اذا رغبة في ذلك .

- يجب ان يكون الانذار بإيداع الرغبة رسميا ، حيث يجب ان يعلم الشفيع بواسطة المحضر القضائي فلا يغني عن ذلك خطاب مسجل او موصى عليه مع العلم بالوصول، وكل اعلان لا يقع بهذا الشكل الرسمي المستقل لا يعد انذارا حتى ولو اشتمل على جميع البيانات المطلوبة ، وبناء على ذلك لا يصح التذرع بإعلان الشفيع لإبداء رغبته في صحيفة دعوى اخرى كان طرفا

¹ انظر المادة 801 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

فيها كدعوى صحة التعاقد ، اذا ان ذلك لا يعد انذارا بالمعنى الذي توجبه المادتان :799 و800 من القانون المدني .

- يجب ان يوجه الاعلان الرسمي الى الشفيح في موطنه اي يجب ان يوجه هذا الانذار الرسمي الى الشفيح في المكان الذي يقيم فيه عادة ، لا في المكان الذي يباشر فيه تجارة او حرفة حيث لا يعد هذا المكان موطن له الا بالنسبة الى ادارة الاعمال المتعلقة بهذه التجارة او الحرفة ، فاذا لم يشتمل الانذار على بيان من البيانات المتقدمة او لم يكن رسمي بمفهوم السابق او اعلن بالشفيح في غير موطنه فان هذا الانذار يعد باطل ولكن البطلان هذا الانذار لا يؤدي الى سقوط حق الشفعة اذا لم يعلن الشفيح رغبته فيها خلال المدة القانونية.¹

ثانيا: التصريح بإعلان الرغبة فالأخذ بالشفعة :

اذا وقع بيع العقار الذي تجوز الشفعة فيه وتوافرت شروط الاخذ بالشفعة يفتح ذلك بمن قام به سببها، خيار الشفعة في هذا العقار بإرادته المنفردة ،استعمال هذا الاخير بإعلان الارادة هو العنصر الاساسي والجوهري الذي يحقق الشفعة، وقد تطلب المشرع في هذا الاعلان شروط من حيث الشكل والأشخاص الموجه اليهم الاعلان والمواعيد التي ينبغي التقيد بها، وسنتعرض الى هذه الشروط فيما يلي:

شروط اعلان الرغبة : استباقا من جدية الشفيح في الاخذ بالشفعة فان المشرع قد اشترط شروطا محددة من حيث الشكل ومن حيث الأشخاص الذين يوجه اليهم الاعلان و الميعاد الذي يتم فيه وذلك على النحو التالي.

أ - شكل اعلان الرغبة حيث اشترط المشرع ان يكون اعلان الرغبة بالشفعة رسميا وإلا كان باطلا وذلك وفق احكام المادة 801 من القانون المدني التي تنص على انه " يجب ان يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط وإلا كان هذا التصريح

¹ احمد خالدي ، المرجع السابق ، ص314.

باطلا ، ويقتضي وجود اعلان الرغبة اعلانا رسميا على يد محضر قضائي بحيث يقع باطلا الاعلان بطريقة غير رسمية، وإعلان الرغبة الرسمي يكون بعقد توثيقي خاضع للتسجيل والشهر العقاري ، فهو الذي تفتتح به اجراءات الاخذ بالشفعة".

ب - الاشخاص الذين يوجه اليهم اعلان الرغبة حيث اشترط المشرع في المادة 799 من القانون المدني " على من يريد الاخذ بالشفعة ان يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري ...ومعنى ذلك ان اعلان الرغبة يجب ان يوجه الى كل من البائع والمشتري ، فاذا تعدد البائعون او المشترون وجب اعلانهم جميعا بالرغبة في الشفعة في الميعاد القانوني ، فاذا وجه الاعلان الى احدهم فقط او وجه الاعلان الى احدهم في الاخر بعد فواته كان اعلان الرغبة باطلا وجازا لمن وصل اليه الاعلان متأخر ان يتمسك بسقوط حق الشفيع في الشفعة ، ولما كان هذا الحق لا يتجزأ فان السقوط بالنسبة الى احد يسقط بالنسبة للأخرين الذين اعلنوا اعلانا صحيحا .

ميعاد اعلان الرغبة من الثابت ان الشفيع اذا علم بوقوع البيع فانه يستطيع ان يبادر الى اعلان رغبته في الاخذ بالشفعة، لكل من البائع والمشتري دون انتظار ان يصله اذار رسمي المشار اليه في المادة 799 من القانون المدني¹.

ولكن حرية الشفيع في اعلان رغبته تتقيد من حيث الميعاد اذا ما انذر اذارا رسميا ، حيث يجب عليه ان يعلن رغبته خلال 30 يوما من هذا الانذار واذا لم يحصل هذا الانذار وسجل البيع فهو لا يستطيع الان رغبته الا في خلال سنة من يوم تسجيل البيع وذلك من خلال ما نصت عليه المادة 807 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري .

ثالثا: ايداع ثمن البيع والمصاريف امام الموثق :

¹ انظر المادة 801 من القانون المدني الجزائري.

للاستباق من جدية الاخذ بالشفعة ولتضييق منها على السواء فقد اوجب المشرع على من يريد الاخذ بالشفعة، ان يودع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق في ميعاد محدد ولا سقط حق الاخذ بالشفعة لقد نصت المادة 801 الفقرة 2 من القانون المدني على انه " يجب اداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال 30 يوما على الاكثر من تاريخ التصريح بالرغبة بالشفعة ، بشرط ان يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة فان لم يتم الايداع في هذا الاجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة".

ان المشرع قد جعل من مسقطات الشفعة عدم قيام الشفيع بإيداع ثمن البيع والمصاريف لدى الموثق حيث الزم هذا الشفيع بان يقوم بالإيداع قبل رفع الدعوى مما يتعين قوله بان المشرع قد اشترط بقبول دعوى الشفعة ان يقوم الشفيع بإيداع كل الثمن والمصاريف لدى الموثق قبل رفع الدعوى ، ويقصد بالمصاريف رسوم التوثيق لعقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله وشهره لدي المحافظة العقارية ورسوم استخراج الشهادات العقارية والتوثيقية¹.

رابعاً: رفع دعوى الشفعة

نص المشرع في المادة 802 من القانون المدني على انه " يجب رفع دعاوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الوقع في دائرتها العقار في اجل 30 يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 والا سقط الحق".

أ - كيفية رفع الدعوى وميعادها : لم يضع المشرع الجزائري قواعد خاصة لكيفية رفع دعوى الشفعة في القانون المدني مما يتعين معه الرجوع الى قواعد قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تقضي بان رفع دعاوى عموما يخضع لأحكام المواد: 13 وما بعدها من نفس القانون وعليه فان رفع دعوى الشفعة ، يكون بقيام الشفيع بإعداد وتحرير عريضة افتتاحية مؤرخة وموقع عليها من المدعى او وكيله او محاميه ، يضمنها بعد الدباجة الشكل والموضوع بحيث

¹ عبد الوهاب عرفة، المرجع السابق، ص 89.

يلخص الطلب ومستنداته و ان تكون مصحوبة بعدد من النسخ بقدر عدد المدعى عليهم ، ويقدمها الى كتابة الضبط المحكمة المختصة ،وان يكون ذلك امام القسم العقاري فيقوم الكاتب بقيد الدعوى في اليوم نفسه في سجل خاص معد لذلك مع بيان اسماء اطراف وان يعطي للقضية رقم حسب ترتيبها وقيدتها في السجل وان يحدد لها تاريخ الجلسة.

ب - الاشخاص الذين ترفع عليهم الدعوى : نص المشرع الجزائري المادة 802 من القانون المدني على انه " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل 30 يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 وإلا سقط الحق "، ان الاخذ بالشفعة يعد عمل من اعمال التصرف وليس من اعمال الادارة ولذلك يشترط في الشفيع اهلية التصرف فإذا كان كامل الاهلية لبلوغه سن الرشد القانوني المنصوص عليه في المادة 40 من القانون المدني غير محجور عليه، فيجوز له ان يرفع دعوى الشفعة سواء بنفسه او بواسطة وكيله ويشترط ان تكون الوكالة خاصة طبقا لأحكام المادة 574 من القانون المدني¹ التي تنص على انه "لابد من وكالة خاصة لكل عمل ليس من اعمال الإدارة لاسيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والإقرار و التحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة امام القضاء...".

ج - المحكمة المختصة في النظر في دعاوى الشفعة وإجراءات رفعها : وضع المشرع الجزائري في المادة 802 من القانون المدني حكم خاص يحدد المحكمة المختصة للنظر في دعوى الشفعة اذ نصت على انه " يجب رفع دعوى الشفعة على البائع والمشتري امام المحكمة الواقع في دائرتها العقار في اجل 30 يوما من تاريخ الاعلان المنصوص عليه في المادة 801 والا سقط الحق".

كما اوجبت المادة 40 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بان ترفع الدعاوى امام الجهات لقضائية المبينة ادناه دون سواها في المواد العارية او الاشغال المتعلقة بالعقار .

¹ - احمد خالدي، المرجع السابق، ص 342.

وقيد ذلك الحكم بالمادة 511 من نفس القانون : بقولها ينظر القسم العقاري في المنازعات المتعلقة بالأموال العقارية ، وحصر ذلك في المادة 512 من ذات القانون بقولها : ينظر القسم العقاري على الخصوص في القضايا الآتية وذكر منها حق الشفعة وتجدر الملاحظة الى ان رفع دعوى الشفعة يجب قبل كل شيء ان يخضع لأحكام المادة 13 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية التي تنص على " لا يجوز الى اي شخص التقاضي مالم تكن له صفة وله مصلحة قائمة او محتملة يقرها القانون ، ويثير القاضي تلقائيا انعدام الاذن اذا ما اشترطه القانون"¹.

¹ انظر المادة 511 من قانون الاجراءات المدنية والادارية.

الخاتمة:

يعتبر عقد بيع العقار كباقي العقود الأخرى حيث يتكون من الأركان العامة لعقد البيع من التراضي و المحل و السبب، غير أنه كذلك يجب أن يتوفر على ركن أساسي و جوهري في عقد البيع العقاري و هو ركن الشكلية أو الرسمية، حيث يتميز هذا النوع من البيوع بهذا الركن على سبيل الاستثناء عن باقي عقود البيع الأخرى، لذلك يعد الركن الرابع لانعقاد عقد البيع العقاري كما أن مختلف التشريعات القانونية أولت اهتماما كبيرا و خاصا لهذا النوع من البيوع نظرا لأهمية هذا التصرف القانوني في حماية الملكية العقارية.

ومن جهة أخرى نجد أن البيع العقاري لا يكفي لانعقاده توافر أركانه الأربعة المذكورة ضمن الأركان العامة السابقة الذكر، بل يجب أن يمتد أثره الى الغير حتى يكون حجة على المتعاقدين فيما بينهم من جهة و ذلك بترتيبه التزامات على عاتق كل طرف، و حجة في مواجهة الغير من جهة أخرى و ذلك لا يتم إلا بالقيام بإجراءات خاصة حتى يكتسب عقد البيع أثره من خلال تسجيله لدى المحافظة العقارية طبقا لقواعد خاصة و اجراءات دقيقة معمول بها على مستوى هذه الأخيرة حتى يحوز العقد لصفة القانونية اللازمة و يكتسب التصرف المتمثل في البيع الوارد على العقار السلامة من الناحية القانونية، وتسمى هذه العملية الأخيرة بعملية شهر العقار. وقد تختلف صور البيع العقاري في شكلها القانوني فقد ترد ضمن البيوع القانونية كالبيوع التي تدخل ضمن قانون الترقية العقارية التي سبق و قمنا بعرضها من خلال دراستنا لأهم صور عقد بيع العقار و التي ذكرناها على سبيل المثال لا على سبيل الحصر لتعددتها

وتنوعها و منها عقد البيع عن طريق الايجار و عقد البيع بناء على التصاميم، كما قد ترد هذه البيوع بحكم قضائي أي ملكية العقار لا تنتقل بالإجراءات العادية المنصوص عليها في عقد البيع، و انما تنتقل عن طريق اجراءات خاصة عالجها المشرع الجزائري بناء على نصوص خاصة و من بينها البيع عن طريق المزاد العلني أو ما يسمى البيع بالمزايدة أو البيع عن طريق حق الشفعة.

قد تختلف هذه البيوع من حيث صيغة و شكل إبرامها انما تشترك في أن ملكيتها لا تنتقل إلا بشهر و تسجيل عقد البيع الوارد عليها لدى مصلحو المحافظة العقارية حتى يكتسب العقار أثره القانوني المتمثل في انتقال الملكية من البائع الى المشتري.

الخاتمة

وفي نهاية هذه الدراسة خلصنا إلى مجموعة من الاقتراحات التي نرى أن من شأنها تنظيم و ضبط عقد البيع الوارد على العقار وهي :

- ضرورة تنشيط عملية المسح العقاري و تعميمه على كافة التراب الوطني مع مراعاة القواعد القانونية التي تنظم الشهر العقاري.
 - تعديل المادة 11 من الأمر 74/75 و المادة 105 من المرسوم 63/76 المتضمن تأسيس السجل العقاري، فهذه الأخيرة تمنح صلاحيات واسعة للمحافظ العقاري لا يتمتع بها قانونا إلا القاضي و التي تتمثل في فحص مشروعية السندات العقارية .
 - إلغاء المادة 85 من المرسوم 63/76 و التي تجيز الطعن في التصرفات المشهورة و هذا ما يتناقض مع مبادئ نظام الشهر العيني التي تقضي بعدم جواز الطعن في التصرفات المشهورة.
 - ضرورة قيام المشرع بالتشديد في الجزاءات إذا ما أخل المرقى بالتزاماته.
- و في الأخير نتمنى ان شاء الله أن نكون قد وفقنا في دراستنا المتواضعة و نسأل الله التوفيق في سائر الأعمال و السلام عليكم و رحمة الله تعالى و بركاته.

القوانين :

المراسيم التشريعية:

الأمر 105-76 المؤرخ في 17 ذي الحجة عام 1396 الموافق ل 9 ديسمبر 1976 يتضمن قانون التسجيل.

قانون رقم 22-89 مؤرخ في 12-12-1989، المتعلق بصلاحيات المحكمة العليا و تنظيمها و سيرها، جريدة رسمية.

القانون رقم 29/90 المؤرخ في 01/12/1990 المتعلق بالتهيئة و التعمير.

المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01 مارس 1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

الأمر 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون 07-05 المؤرخ في 2007/05/13.

القانون رقم 04-11 المؤرخ في 17 فبراير 2011 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.

المراسيم التنفيذية:

قرار صادر من المحكمة العليا بتاريخ 07-02-1990 تحت رقم 57930 تطبيقات قضائية في المادة العقارية.

المرسوم التنفيذي رقم 58-94 المؤرخ في 07 مارس 1994 المتعلق بنموذج عقد البيع بناء على التصاميم، الذي يطبق في مجال الترقية العقارية.

المرسوم التنفيذي رقم 35-97 المؤرخ في 14 يناير 1997 الذي يحدد شروط و كفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني و ايجارها و بيعها بالإيجار و شروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري و المهني و غيرها التي أنجزتها دواوين الترقية و التسيير العقاري.

قائمة المراجع

المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المؤرخ في 23 أبريل 2001 الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك.

القرار الوزاري المؤرخ في 04 مايو 2004 الذي يعدل القرار المؤرخ في 23 مايو 2001، المتضمن نموذج عقد البيع.

المؤلفات :

- 1 - أحمد خالدي، الشفعة، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2013.
- 2 - السيد عبد الوهاب عرفة، الشامل في الشفعة، المكتب الفني للموسوعات القانونية، الاسكندرية، 2008.
- 3 - ايمان بوسنة، النظام القانوني للترقية العقارية، دراسة تحليلية، دار الهدى، 2011.
- 4 - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2001.
- 5 - جمال بدري، الوعد بالبيع العقاري، دار هومة، الجزائر، 2014.
- 6 - حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 7 - د. خليل أحمد حسن قداة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، "عقد البيع"، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، ط3، 2003.
- 8 - زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي، دار الكتاب القانوني، مصر، 2009.
- 9 - سليمان مرقس، عقد البيع، عالم الكتب، القاهرة، الطبعة الرابعة، 1980.
- 10 - سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، طبعة 1، 2009.
- 11 - سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل لطباعة و النشر و التوزيع، المدينة الجديدة، تيزي وزو.

قائمة المراجع

- 12 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، دار احياء التراث العربي، لبنان.
- 13 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، البيع و المقايضة ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، ط3، 2000.
- 14 - علي فيلالي الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم لنشر، الجزائر، 2008.
- 15 - علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، طبعة 8، 2008.
- 16 - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر الطبعة الثانية، 2008.
- 17 - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر.
- 18 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر.
- 19 - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الإثبات في المواد المدنية و التجارية، دار الهدى، عين مليلة- الجزائر، طبعة 2009.
- 20 - كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، دار الحامد لنشر و التوزيع، الأردن، عمان.
- 21 - لحسين ابن الشيخ آث ملويا، المنقى في عقد البيع، دار هومة، الجزائر، طبعة 2، 2006 .
- 22 - نزية نعيم شلالا، دعاوى البيع بالمزاد العلني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2006.

المذكرات :

- 1 - سارة بن زايط، الزهرة واكد، الرسمية و شهر التصرفات القانونية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010-2011.

قائمة المراجع

- 2 – بن كسيرات نجاة، مسعودي سلمى، البيع العقاري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، 2011/2010.
- 3 – فضيلة سي محمد، منال وعيلي، آثار عقد البيع، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2011-2012.
- 4 – زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق و العلوم سياسية، 2012-2013.
- 5 – ركي حسام، قنينش محمد، لحرش محمد الأمين، بيع العقار و طرق اثباته في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012-2013.
- 6 – قان كريم، نقل الملكية في عقد بيع العقار في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2012-2013.
- 7 – قارة سعاد، منجل فاطمة الزهراء، برميلة سمية، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة يحي فارس المدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012-2013.
- 8 – خوخي نوال، العربي أسماء، بوجمعة بلال، الشكلية في بيع العقار في ظل التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الليسانس تخصص قانون عقاري، جامعة الدكتور يحي فارس بالمدية، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012-2013.
- 9 – طلحة محمد غليسي، الشهر العقاري كآلية لحماية الملكية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر- بسكرة، قسم الحقوق، السنة الجامعية 2013-2014.
- 10 – جعيط وفاء، سيفر يسمينة، الكتابة كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية والوقائع المادية، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، كلية الحقوق و العلوم سياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015.

قائمة المراجع

11 – ويس فتحي، المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، رسالة ماجستير (غير منشورة)، جامعة البليدة.

المجلات :

1 - مجلة المنتدى القانوني، العدد السابع.

مواقع الكترونية :

عائشة ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، <http://www.droit-dz.com> ،
2018/04/18.

01.....	مقدمة
05.....	الفصل الأول : الأحكام العامة لانعقاد البيع العقاري
07.....	المبحث الأول : الأركان المتعلقة بعقد البيع العقاري
07.....	المطلب الاول : الأركان العامة لعقد البيع العقاري
07.....	الفرع الاول : التراضي
11.....	الفرع الثاني : المحل
16.....	الفرع الثالث : السبب
18.....	المطلب الثاني : الشكلية في عقد البيع العقاري
18.....	الفرع الاول : مفهوم الرسمية
23.....	الفرع الثاني : موقف القضاء من القاعدة الرسمية
26.....	المبحث الثاني : آثار عقد البيع العقاري في مواجهة الأطراف و الغير
26.....	المطلب الاول : آثار عقد البيع العقاري بين المتعاقدين
26.....	الفرع الاول : التزامات البائع
47.....	الفرع الثاني : التزامات المشتري
51.....	المطلب الثاني : آثار عقد البيع العقاري في مواجهة الغير
51.....	الفرع الاول : التسجيل العقاري
55.....	الفرع الثاني : الشهر العقاري

64.....	الفصل الثاني : الأحكام الخاصة لانعقاد البيع العقاري
65.....	المبحث الأول : البيوع العقارية المتعلقة بقانون الترقية العقارية
65.....	المطلب الأول : عقد البيع بالإيجار
66.....	الفرع الأول : مفهوم عقد البيع بالإيجار
67.....	الفرع الثاني : شروط عقد البيع بالإيجار
68.....	المطلب الثاني : عقد البيع بناء على التصاميم
69	الفرع الأول : مفهوم عقد البيع بناء على التصاميم
71.....	الفرع الثاني : الشكلية في عقد البيع بناء على التصاميم
75.....	الفرع الثالث : تسجيل و اشهار عقد البيع بناء على التصاميم
76.....	المبحث الثاني : البيوع العقارية بحكم قضائي
76.....	المطلب الأول : البيع عن طريق المزاد العلني
76.....	الفرع الأول : مفهوم بيع المزايمة
82.....	الفرع الثاني : أقسام البيع بالمزاد العلني
82.....	المطلب الثاني : البيع عن طريق حق الشفعة
83.....	الفرع الأول : مفهوم حق الشفعة
85.....	الفرع الثاني : الاجراءات القانونية للأخذ بالشفعة
93.....	الخاتمة