

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche
Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم: القانون الخاص
المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

طرق اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

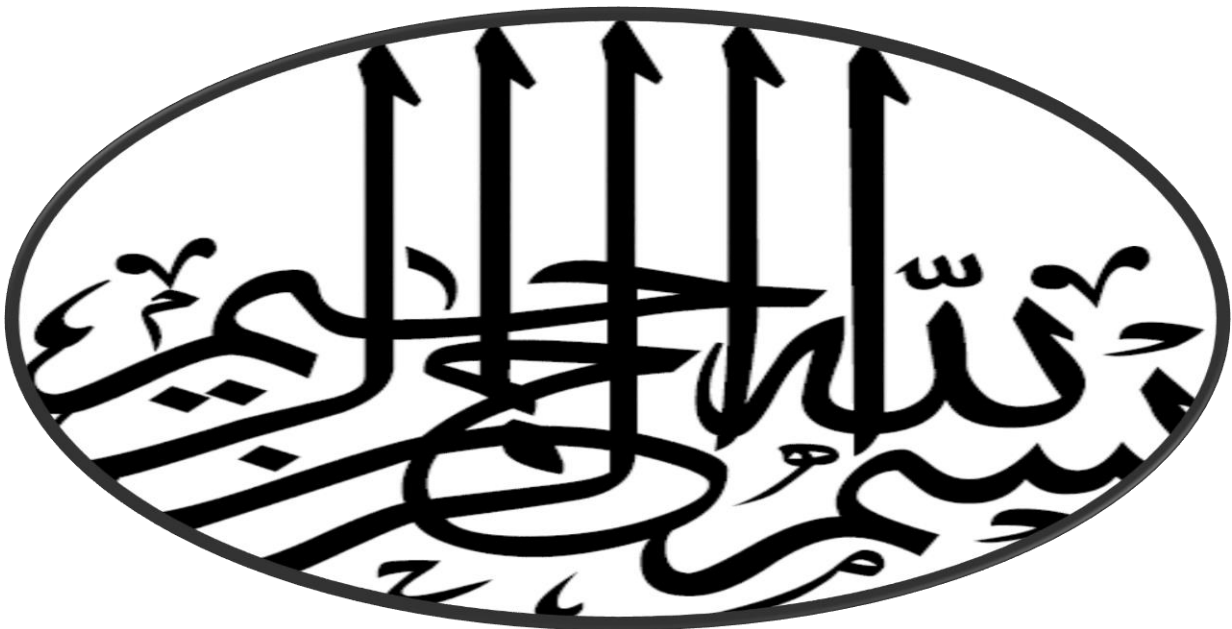
الشعبة: حقوق.
التخصص: قانون خاص
من إعداد الطالب(ة):
بوعدة محمد الأمين نور الدين
تحت إشراف الأستاذ(ة):
أ/ بافضل محمد بالخير

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة).....بوسحبة الجيلالي.....رئيسا
الأستاذة(ة)..... بافضل محمد بالخير.....مشرفا ومقررا
الأستاذ(ة).....بن بدره عفيف.....مناقشا

السنة الجامعية: 2023/2022

نوقشت يوم: 2023/07/04



الإهداء

إلى من هرفني بحمل اسمه من كان يصنع من هفائه سعادتني إلى الذي كلما طلبه
أعطاني مرتسما دون مقابل إلى سندي وموجهي ومسهل دريبي إلى الذي بطيبته وحذانه
الوافر وعطائه بدون حدود وطلبه إلى ما أنا فيه إلى من انتظر ثمرة جهدي والذي
مهما قلبه ووصفته لن أعطيه حقه

أبي الغالي أطال الله في عمره وأدامه.

إلى التي ليس لها مثيل وإلى حبا في قلبها كبير والتي تحزن لحزني وتفرح لفرحي إلى
التي يتسع صدرها حين تضيق بي الدنيا إلى التي شجعتني ولا تزال تشجعني على
المواصلة الدرب فاستحققت أن تكون الجنة تحت أقدامنا حفظنا الله وأبقانا سدا لي
أمي الحبيبة

وإلى من هو سر قوتي وسبب فرحتي وسندي في الحياة إلى من اقتسمت معمو الطو
والمرة

إخوتي الأعماء

إلى كل من علمني حرفه إلى كل من أضاءوا بعلمهم عقولنا أساتذتي الأفاضل أسأل الله
أن يحفظهم ويرحمهم ويجعلهم نورا الأمة

تشكرات

اللّٰهُ لا يطيب الليل إلا بشكره ولا يطيب النهار إلا بطاعتك... ولا تطيب الجنة اللعظات إلا بذكرك... ولا تطيب الآخرة إلا بعفوك... ولا تطيب الجنة إلا برويتك

فالحمد لله الذي أماننا وثبتنا لإتمام هذا البحث المتواضع حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد عليه أفضل الصلاة والسلام.

أتقدم بالشكر الجزيل للأستاذ المشرف " بأفضل محمد بلخير " الذي لم يبخل علي بإرشاداته وتوجيهاته ونصائحه فله مني الشكر والاحترام. وأشكر كل من ساعدني في هذا البحث من قريب ومن بعيد ولو بكلمة طيبة.

الى كل هؤلاء أرجو من الله العزيز القدير أن يجزيهم عنا خير الجزاء

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ص: صفحة

ط: طبعة

د.ط: دون طبعة

ب.ن: بلد النشر

س.ن: سنة النشر

باللغة الأجنبية:

p: p

I: ed

D.T.: Without a print

B.N.: Country of publication

SN: Year of publication

مقدمة

مقدمة:

تعتبر الملكية سبيل التصرف القانوني من أهم المواضيع التي تطرق لها المشرع الجزائري وانعقادها على الإطلاق ويظهر ذلك من خلال تعدد القوانين وتعديلها من فجر الإستقلال إلى يومنا هذا، كما أن المشرع لم يغفل على حماية هذا الحق لإعتبارها من الحقوق العينية الشخصية لكون أن الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين، فيرتب القانون عليها آثار. إن هذه الملكية لا تكتسب من العدم، حيث لا بدا من توفر أسباب شرعية نص عليها القانون مثل العقد الذي يقوم على تطابق إرادتين، وقد ينشئ الحقوق الشخصية أو يكسب الحقوق العينية، وأيضا الوصية التي هي تصرف قانوني يقوم على الإرادة المنفردة وتقضي الحقوق الشخصية والنزول عن حق إنتفاع أو حق إرتفاق أو عن حق رهن، أو تصرف بقوة القانون الذي يتمثل في الشفعة كسبب لإكتساب الملكية .

وبما أن مصطلح طرق اكتساب الملكية في التشريع هو أهم ما يميز عنوان المذكرة، والقيام بإجراء مقارنة مع التشريعات الأخرى المقابلة التي ترسم في مجملها إطارا دقيقا للموضوع بتقديم مختلف السبل التي تؤدي إلى اكتساب الملكية.

المقصود بالطرق اكتساب الملكية، هي تلك السبل التي وضعها وأقرها المشرع لاكتساب حق الملكية، وهذه الطرق تتجلى في عدة صور قد تكون بتصرف قانوني، بواقعة مادية، بحكم قضائي، بقرار إداري، العقد الإداري، ومنه نطرح الإشكالية التالية:

فيما تتمثل طرق اكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري؟

أهمية الموضوع:

تكمن أهمية الموضوع في إصرارنا الكبير في فهم و استيعاب طرق اكتساب الملكية في التشريع الجزائري خاصة الواردة على العقار وهذا راجع لأهمية الموضوع، وندرة الدراسة المعمقة في هذا المجال، وأغلبية الدراسات الأكاديمية تناولنا هذا الموضوع مع محاولة إقامته على دراسته مقارنة وشرحه وعرض مختلف الآراء والكشف عن تفاصيله الدقيقة لأهميته البالغة، كما وددنا تسليط الضوء على طرق اكتساب الملكية العقارية وانعكاساتها على كيفية انتقال الملكية وعلى وسائلها.

مقدمة:

أسباب اختيار الموضوع:

تم اختيار الموضوع بناء على:

أ- أسباب ذاتية:

- رغبة وميول شخصي لدراسة الموضوع

- موضوع يقع ضمن التخصص مناسب له.

ب- أسباب موضوعية:

- معرفة مدى فعالية النصوص القانونية الجزائرية في مجال اكتساب الملكية العقارية والطرق

الخاصة بها

- اثر المكنبة الوطنية بمراجع في الموضوع.

4- المنهج المتبع:

نزولا عند متطلبات البحث العلمي، كما هو متعارف عليه في المواضيع القانونية التي

تفرض علينا نوع المنهج المتبع، فقد اخترنا منها ما يلم بكل جوانب الموضوع هو المنهج الوصفي

التحليلي الذي يهدف الى الالمام بالموضوع محل الدراسة من كل جوانبه.

تقسيم البحث: تم تقسيم البحث وفق الخطة الثنائية الى:

الفصل الأول: اكتساب الملكية بالواقعة المادية

الفصل الثاني: اكتساب الملكية بالتصرف القانوني

الفصل الأول: اكتساب الملكية بالواقعة المادية

تمهيد:

إن الحديث عن الملكية العقارية بصفة عامة ذو أهمية كبيرة، على اعتبار أن محلها عقارا، ولعل الأهم من ذلك هو تحديد مفهوم الملكية العقارية، ذلك أنه كثرت الدراسات والنقاشات حول الملكية العامة، حيث خصت بنظريات وحماية قانونية خاصة، في حين كانت الملكية العقارية الخاصة للدول محل إهمال وتهميش كبيرين، على الرغم من أنها تمثل رصيذا عقاريا كبيرا.

المبحث الأول: اكتساب الملكية ما بين الأحياء

المطلب الأول: اكتساب الملكية بطريق الالتصاق

يعد التصاق من بين أحد الوقائع المادية المكسبة للملكية وهو الموضوع محل الدراسة، إذ القى أهمية كبيرة من قبل الفقهاء الذين حاولوا تفسير كيفية حدوثه بغض النظر عن التسميات التي أصطلح بها، في حين عملت مختلف التشريعات على تبنيه بما فيها المشرع الجزائري الذي قام بتنظيمه انطلاقا من سنة لمجموعة من المواد في تقنينه المدني تضمنت سلسلة من الأحكام والحلول المتعلقة بكل ما يخص هذا الموضوع، والتي كان لها الدور في تمييزه عن باقي الطرق المؤدية إلى كسب الملكية إضافة إلى العمل على تكييفه قانونيا مع مراعاة الحالات المتنوعة التي يكون عليها¹.

قدمت العديد من التعريفات والتسميات لواقعة التصاق، إذ حظي بأهمية واسعة من قبل فقهاء القانون الذين قاموا بشرحه من خلال تناول العناصر المشكلة له، على غرار فقهاء الشريعة الإسلامية الذين لم يتطرقوا إلى مفهوم خاص به. كما لم تتخلف التشريعات والتقنيات العربية والأجنبية عن الإحاطة به، حيث تعددت تسمياته حسب كل مشروع، ولا يمكن الجزم أيضا أن المشرع الجزائري، كذلك قد عالجه في قانونه المدني بسنه لمختلف الأحكام والنصوص القانونية التي ساهمت في تنظيمه والحفاظ على حقوق الأطراف الداخليين فيه.

¹ : عبد الرزاق الصنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج 9، 2000، ص 125.

نظرا لتشابه مفهوم التصاق مع باقي المفاهيم الأخرى، والتي تعد طرقا مكسبة للملكية كما هو الحال في التصاق، خصص عنصر ملم لها يتم فيه التعرض إليها بطريقة مختصرة ووجيزة مع توضيح التشابهات والاختلافات التي طرأت عليها وميزتها عن التصاق.¹

أولا: التعريف الفقهي

لم يعالج موضوع التصاق من المنظور الإسلامي رغم قدم حدوثه، حيث ترجع واقعة الالتصاق إلى ما تخلفه العوامل الطبيعية من تغيرات كتدخل السيل في نقل أرض بما عليها وإلصاقها بأرض أخرى مملوكة للغير، كما أن التدخلات البشرية تعد هي الأخرى عاملا رئيسا في حدوثه، كأن يقيم شخص بناء على أرضه بمواد وأدوات غيره.²

وانطلاقا من هذه الحالات، اعتمد فقهاء الشريعة الإسلامية على معالجة كل ما يتعلق بالالتصاق دون أن يقدموا له التسمية الصريحة التي أستخدم بها، حتى أنهم لم يفرده بباب خاص به، لكنهم أدرجوه في باب آخر جاء تحت عنوان باب الغصب.

فكلمة الالتصاق بهذه التسمية لم تكن موجودة عند الفقهاء الإسلاميين، حيث لم يتم تداولها صراحة رغم حدوث جميع الحالات التي تندرج ضمن معناها. فقد يحصل أن تتدخل الطبيعة في إحداث واقعة الالتصاق بشتى الطرق، كما قد يكون الإنسان السبب في نشوؤها، لهذا اعتبرت جميع هذه التغيرات كنوع من الاستيلاء على ملكية الغير بغير حق، وهو الحال

¹ : المرجع نفسه، ص126.

² : ليلي طلبه - الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري - دار هومة الجزائر، 2004، ص41.

الذي أدى بفقهاء الشريعة إلى ضمها مع باب الغصب، كما عمدوا إلى وضع سلسلة من الحلول الكفيلة بمعالجة المسائل التي يطرحها موضوع الالتصاق.

والتي تم الاعتماد عليها كمرجع يستند إليه لحل النزاع القائم والبحث في معناه بما

أنهم لم يعطوا أي تعريف له.¹

ويرجع عدم إقدامهم على وضع تعريف للالتصاق، إلى كونهم لم يعتبروه سببا من أسباب كسب الملكية بل اعتبروه مسألة سهلة الحل، فجاءت أحكامه متفرقة في مواضيع مختلفة ومنتشرة في جوانبه، آخذين بذلك مجموعة من المبادئ تعمل على حل المشاكل التي تكون بين مالك الأصل ومالك الفرع، والعمل على الموازنة بينهما دون إلقاء عبئ ذلك على أحد منهما مع احترام ملكية وأموال الأفراد، وبالتالي فإن موضوع الالتصاق لم يحظ بالتمام الكافي من قبل الفقه الإسلامي.²

ومدلوله يجمع بين حالاته التي يأتي عليها، إذ الفقهاء لم يقدموا تعريفا شاملا للالتصاقّ وعليه، فإن عملوا على معالجة كل ما يتعلق به، مستندين على جملة من المبادئ والأساسيات التي تهدف في مجملها إلى مراعاة حق الطرفين وحماية كل منهما،

¹ : حمدي باشا عمر - نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام - دار هومة الجزائر، 2008، ص 25.

² : حمدي باشا عمر - نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، المرجع السابق، ص 26.

فلا بد من سن الأحكام المتعلقة بالمشاكل التي يطرحها موضوع الالتصاق ووضع الحلول الممكنة التي تعمل على فض النزاع القائم بين صاحب الشيء الأصلي وصاحب الشيء التابع، وذلك من خلال التركيز على عدم السماح بإلحاق الشخص الضرر بنفسه أو بغيره، مع احترام أموال المالك وحقوقهم الخاصة¹.

ثانياً: التعريف القانوني

معظم التشريعات العربية قد أحاطت بموضوع الالتصاق رغم تنوع التسميات التي أطلقتها كل تشريع من التشريعات المذكورة قام بسن مواد خاصة ب عليه، فكما يلاحظ أنه حتى يعالج الواقعة الناشئة بغض النظر عن المصطلح الذي أرفق بها ودون أن تقدم تعريفاً خاصاً له، أي أن موضوع الالتصاق القى أهمية جلية من قبل باقي التقنيات حتى وإن اختلفت في تسمياتها له، ويكمن السبب في هذا التمايز الحاصل في المصطلحات المقدمة للالتصاق في تعدد وجهات النظر، إلا أنها لن تكون متباينة في شرح معناه كونه يرد وفق مفهوم واحد يشتمل على نفس العناصر.

غم تعدد هذه التسميات وتنوعها إلا أنها تقابل تسمية الإلحاق التي تعد الأقرب في ترجمة المصطلح الوحيد الوارد في التقنين المدني الفرنسي، وهو اللفظ الذي ورد له تعريف المادة 546 منه².

¹ : حمدي باشا عمر وزروقي ليلي- المنازعات العقارية، دار هومة - الجزائر، 2006، ص19.

² : حمدي باشا عمر وزروقي ليلي- المنازعات العقارية، المرجع السابق، ص20.

يمكن القول أن كلمة الإلحاق التي جاء بها المشرع الفرنسي في تقنينه هي المصطلح الأكثر دقة والأوفى¹ شردن من الواقعة الالتصاق، فقد أدرجه حتى يترجم الاتحاد المادي الحاصل في العقار أو المنقول، والذي بين خلاله الأثر المترتب عنه والمتمثل في إلحاق الشيء المتصل بكل ما لحق به جراء الطبيعة أو الإنسان.

أما المشرع الجزائري فقد اعتمد على تسمية الالتصاق وأوردها في قانونه المدني في القسم الثالث من الفصل الثاني المعنون بطرق اكتساب الملكية، ووروده كان تحت عنوان «الالتصاق بالعقار»، حيث خصصت له سلسلة من المواد القانونية من المادة 778 إلى 791، فاكتملت فقط بالنص على أهم المحاور التي تنظم حق الملكية باعتباره أحد أسباب اكتسابها، مبرزا الصور التي يأتي عليها، والأحكام الخاصة بكل حالة.¹

وقد وظف مصطلح الالتصاق ليعبر به على اتحاد شيئين مختلفين عن بعضهما، مؤكدا هذه التسمية في المادة 780 ق م² أثناء استعماله لعبارة " إن مالكي الأراضي الملاصقة ... " وأيضا في المادة 788³ في عبارة " الأرض الملاصقة ... " وأخيرا في

¹ : المادة 788 إلى 791 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 780 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : المادة 788 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

المادة 791¹ بقوله " إذا التصق منقولان ... " ، ومن خلال هذه الأمثلة يتوصل إلى أن المشرع اعتمد تسمية الالتصاق دون غيرها حتى يعبر بها عن الواقعة الحاصلة ويقوم بتوصيل معناها أكثر .

و جاءت المواد الأولى لتقدم مفهوما للالتصاق بعرض أنواعه الطبيعي والـ صناعي دون أن تتطرق إلى تعريف مخصص له، ومن بين هذه المواد تؤخذ المادة 778 كمثال عن ذلك ولا تي تنص على: « الأرض التي تتكون من طمي يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة تكون ملكا للمالكين المجاورين » لتبين من خلالها أن المشرع أعطى شرحا عن صورة الالتصاق الطبيعي وكيفية حدوثها، في حين نصت المادة 782² ق م على أن : « كل ما على الأرض أو تحتها من غراس أو بناء أو منشآت أخرى. غير أنه يجوز أن يعتبر من عمل صاحب الأرض و أقامه على نفقته ويكون مملوك ملكيةً لأجنبيٍّ صاحب الأرض قد أقام المنشآت على نفقته، كما يجوز أن تقام البيئة على أن أجنبي له الح بالمنشآت كانت قائمة من قبل في إقامة هذه المنشآت وفي تملكها » لتعرض الحالات التي من الممكن أن تحدث إثر بروز صورته الثانية المتمثلة في الالتصاق الصناعي.

¹ : المادة 791 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 782 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

التالي فإن المشرع الجزائري اكتفى بمعالجة الالتصاق في قانونه المدني دون أن يقدم له تعريفاً واضحاً ن معناه بطريقة غير مباشرة من خلال عرض صورته المتمثلة أساساً وشاملاً لكيفية حدوثه، لكنه بيد ن بذلك نظرة عامةً في الالتصاق الطبيعي والالتصاق الصناعي، مرفقاً إياها بالحالة التي تكون عليها، ليكون عن عملية نشوء الالتصاق ليتوصل من خلالها إلى استخلاص تعريف له¹.

خلاصة مما تقد ف فقهية وقانونية، يستنتج أن الالتصاق ما هو إلا امتزاج لشيئين مملوكين لشخصين مختلفين بفعل الظواهر الطبيعي حدثها الإنسان أو التدخلات، وذلك دون الموافقة المسبقة بين المالكين على هذا الاتحاد، مع صعوبة فصل الشيين عن بعضهما دون إلحاق أضرار أو خسائر جسيمة تمس أحدهما أو كالهما عد واقعة مادية عاجها القانون بوضع أحكام مدنية تنظم حق².

ومن هنا تستخلص مجموعة من الخصائص التي تميز الالتصاق عن غيره من الأسباب المكسبة للملكية تتمثل فيما يلي:

- أن يقع اندماج أو اتحاد بين شيئين ماديين مختلفين.
- أن يكون الشيطان مملوكان عند التصاقهما لشخصين مختلفين
- عدم وجود اتفاق سابق بين المالكين على هذا الالتصاق.

¹ : محمد أنيس - قاسم جعفر - النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية - الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية - الجزائر، 1983، ص 33.

² : المرجع نفسه، ص34.

- أن يتحد الشيئان على نحو يتعذر معه الفصل بينهما دون تلف
 - أن توجد بصدد شيئين أحدهما أكبر أهمية من الآخر، أي شيء أصلي وشيء تابع.
 الالتصاق كما سبق تعريفه هو اندماج شيئين مع صعوبة الفصل بينهما، وحتى
 نعتبره طريقة من طرق اكتساب الملكية العقارية لا بد أن تتوفر فيه سلسلة من الشروط
 والمقومات التي قام المشرع بفرضها ليطبقها على النزاع المعروض عليه والمتعلق بهذه
 الواقعة.¹

أ- الشروط المتعلقة بالأشياء:

مثل كل من البنايات، والمنقولات أشياء جديدة أدى اندماجها في الأرض إلى حدوث
 واقعة الالتصاق، التي تحرص على توفر شرطين مهمين في هذه الأشياء حتى يمكن القول
 بأنها سبب مكسب للملكية تتمثل في:²

أولاً: أن يكون الشيئان متمايزان أحدهما عن الآخر:

يكون هذا الشرط باتحاد شيئين مختلفين ببعضهما، فقد يلتصق الغراس أو البناء
 بالأرض ما يعني تمايزهما عن بعضهما البعض، فالأرض لا تشبه البناء أو الغراس المقام
 عليها، مع وجوب أن يكون هذين الشيئين مختلفين أيضاً من ناحية الملكية.

¹ : -بن دوحة عيسى - الإطار القانوني لتسوية وضعية البناء الغير مشروع في التشريع الجزائري - مذكرة لنيل
 شهادة الماجستير - البلدة، 2012، ص 20.

² : المرجع نفسه، ص 21.

بالنسبة للمصرفيات النافعة فقد تناولتها نفس المادة في فقرتها أم الثانية و
أحالت أحكامها إلى الالتصاق وذلك بتطبيق المادتين 784 و785 يعني أن المشرع قضى
بضرورة رد نفقات المصرفيات التي قام بها الحائز على أرض غيره، فإذا كانت المصرفيات
كالمالية وهي التي تنفق على العين دون أن تؤدي إلى الانتفاع الكلي لها، إذ ال يتلف العقار
عند عدم إنفاقها، كتوسيع حديقة الدار وإنشاء نافورة مياه فيها، وهذه المصرفيات تقدم قصد
تزيين العين وتجميلها، فلا يجوز للحائز أن يطالب مالك الأرض بردها، بينما يستطيع أن
ينزعها مقابل إعادة العين إلى حالتها الأولى على نفقته.

أما إذا كانت المصرفيات نافعة وهي النفقات التي يقوم بها الحائز بغية تحسين
وزيادة قيمة الشيء والإكثار من طرق الانتفاع به فهنا يملكها صاحب الأرض نظير دفع
تعويض لمالكها¹.

التالي فإن الأعمال التي تدخل في إطار التحسينات لا تعد بناءا جديدا مستقلا، ما
يعني عدم إخضاعها لأحكام الالتصاق، بل تطبق بشأنها القواعد القانونية الخاصة بها سواء
كانت عبارة عن مصرفيات كالمالية أو نافعة، حيث تعتبر مجرد إصلاحات لتعديل الشيء
وتجميله مع إضافة طرق للانتفاع به، وقد تزيد حتى في قيمته، إلا أنها من غير الممكن
الاعتبار بأنها شيء جديد اندمج بالعقار².

¹ : علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2005 ص 283.

² : أحمد محمد قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، طبعة سنة
2003 ، ص 155.

كما لا تسري أحكام الالتصاق إذا كان أحد الشئيين متولد منها كالمنتجات، عن الشيء وما كان جزء ليست مستقلة عن الشيء الأصلي بل هي متولدة عنها، فيكون مصدر تملكها إعمالاً بقاعدة الفرع يتبع الأصل.

يستلزم هذا الشرط وجوب تميز الشئيين المتلاصقين عن بعضهما، حيث من غير الممكن أن يتولد أحدهما عن الآخر، كحالة تولد الطماطم من الأرض أو كالثمار وغيرها من اللواحق الناتجة عنها، والتي لن تكون مستقلة عن الشيء بل هي جزء منه، كونها نتجت إثر تواجده. وبالتالي يمنح الحق للمالك بتملك الأشياء الناتجة كسند للملكية وليس كسبب جديد لها، ما يؤدي ذلك إلى عدم العمل بأحكام الالتصاق، وقد وردت المادة 676 ق م لتؤكد على هذا الخصوص بنصها على أنه: « لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته، ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك.¹

مالك الأصل يملك الشيء التابع بموجب القاعدة المذكورة أعلاه وعند القول بأن ذلك يحتم ضرورة تحد يد الشيء الأصلي من الشيء التابع، والذي يفرض العمل وفق وجهتين للنظر. فبالنسبة لوجهة النظر الأولى يلاحظ أنها تفرض أن الشيء الأصلي هو أكبر الشئيين قيمة، هذا إلا أن الفرض غير قابل للتحقق، لأن قيمة البناء تفوق قيمة الأرض، ومع ذلك فهو يظل تابع لها، وبالتالي فقد اعتبرت أن اندماج بين الشئيين نتج شيئاً جديداً تغلب عليه صبغة الشيء الأصلي، أي أن التمييز بين الشيء الأصلي والشيء

¹ : المادة 676 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الفرعي يقع على الشيء الأكثر أهمية، بحيث يعتبر هو الأصل الذي يغلب على الشئيين الملتصق تعد الأرض الشيء الأصلي بينما يعتبر البناء أو الغراس هو الشيء لا تابع لها، إذ لا يقاس الأمر على أساس الشيء الأكبر قيمة وإنما يرجع تحديد ذلك إلى طبيعة الشئيين، فالأرض هي الأصل لكل ما التصاق بها باعتبارها ثابتة لا تتغير، على غرار البناء والغراس التي مهما ظلت قائمة إلا أنها تعد مؤقتة بالنسبة للأرض، فتطغى عليها الصفة العقارية نتيجة اتصالها بالأرض، هذا ما يجعل الأرض تكون هي الأصل في ذلك.¹ بينما قضت وجهة النظر الثانية على اعتبار الأصل هو ما ال يمكن إزالته من الشيء الفرعي، وفي الأغلب تكون الأرض هي هذا الشيء، وعلى هذا الأساس أعطى المشرع الجزائري في المادة 785 ق م² من تقنينه المدني الخيار لصاحب الأرض في حال حسن نيته بين أن يدفع قسمة المواد وأجرة العمل أو أن يدفع ما زاد في قيمة الأرض دون أن يسمح له بطلب إزالتها. إلا أنه أجاز له أن يطلب تملك الأرض لصاحب المنشآت إذا أرفقه تسديد مستحققاتها مقابل تعويض عادل بينهما.

وعليه، فإن هذا الاعتبار يقضي بأن الأرض هي الشيء الذي لا يتصور نزعه من الشيء الفرعي، معتمدا على القرينة القانونية الموضحة في المادة، والتي تدل على أن الأرض هي الأصل لكل ما يقام عليها من محدثات.

¹ : أحمد محمد قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية، المرجع السابق، ص156.

² : المادة 785 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

ونظرا المباني بكثير على قيمة الأرض والتي صارت تساوي عشرات المرات قيمة الأرض يستحيل العمل بوجهة النظر الأولى بسبب سقوط أهمية الأرض بالنسبة للبناء، ما ذهب إليه المشرع أم انية فقد كان من الأصح أن يبرز صراحة والذي تم إدراجه في وجهة النظر من الشيء الفرعي لأنه أخذ مالك الأصل يمكنه تملك الشيء الملتصق بأرضه. رغم اختلاف وجهات النظر بشأن تحديد الشيء الفرعي من الشيء الأصلي، إلا أنها تشترك جميعا في اعتبار أن الأرض هي الأصل الذي يكسب صاحبه ملكية ما أقيم عليها، وعلى هذا الأساس تم الأخذ بقاعدة إلحاق الشيء التابع بالشيء الأصلي، لتبرز جميع القوانين مستندة في نصوصها على هذا الأساس ومناحة الحق لمالك الأرض بتملك جميع المحدثات المقامة على أرضه¹.

ثانيا: صعوبة الفصل بين الشئيين المندمجين دون تلف:

من المفروض أن يتعدّر الفصل بين الشئيين دون إحداث ضرر أحدهما أو كالهما، حيث يقضي هذا الشرط باتحاد شئيين مختلفين ببعضهما إتحادا يصعب فيه الفصل بينهما، إذ يلتصق الغراس والبناء كليا بالأرض لدرجة اعتبارهما شيئا واحدا، ولا يمكن إخضاع المواد الموضوعة على الأرض لأحكام الالتصاق إلا بعد أن تندمج بها.

¹ : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (اسباب كسب الملكية ، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية)، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، الجزء التاسع 1968، ص786.

فمن الممكن أن توضع المواد والأدوات على الرض بالتخصيص، أي إما لخدمة العقار أو استغلاله دون أن تندمج فيه، كالألات الزراعية، وبالتالي يلاحظ أنها لا تتوفر على الشرط المدرج أعلاه حيث لا يصعب فصلها من الأرض كونها تعد سهلة النقل.¹ ومنه يتوصل إلى أن إقدام صاحب الأرض على تخصيص منقول مملوك للغير لا يعني تصنيفه كحالة من الحالات المؤدية للالتصاق، لأن الغرض من التخصيص يكون بغية استعماله في خدمة عقاره لا غير، فالمنقول لم يتحداً في الأرض اتحاد يستحيل فيه الفصل بينهما، وهو ما يؤدي إلى عدم تطبيق أحكام الالتصاق.

وفي حالة اندماج المواد المخصصة لخدمة العقار في الأرض وتحولها أم عقار هنا البد من تطبيق قواعد الالتصاق مع اشتراط اختلاف مالك المواد عن مالك الأرض، كما أنه من الواجب أن يطلب كل مالك فصل ملكه عن الآخر وإلا أصبح الشيء على الشيوع مملوك ، وهذا ما أدى عبرها بشكّل المشرع إلى تقدي آخر ليجد أنها ستنتهي بنتائج اقتصادية غير مقبولة، ما جعله يسند ملكية الشيء كاملاً إلى أحد المالكين تاركاً إياها لمالك الأصل الذي ض مالكه عن فقد ملكيته² يتمك الشيء التابع على أن يعوض مالكه. جب أن تتحد المواد والأدوات أو البذور بالأرض مع ضرورة اختلاف المالكين حتى تقوم واقعة الالتصاق، فعند حدوث ذلك لا يجوز أن تؤول الملكية للمالكين معا على الشيوع

¹ : عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (اسباب كسب الملكية ، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية)، المرجع السابق، ص788.

نظرا لما سيلحقه من نتائج وخيمة، لهذا عمد المشرع إلى ضم ملكية الشيء التابع لملكية المالك الأصلي مقابل تقديم تعويض لمالك الفرع.¹

غير أن هذا الشرط يستلزم عدم القدرة على فصل الشئئين المندمجين عن بعضهما البعض دون إحداث تلف يمس أحدهما أو كلاهما، وهذا لا يمس حالة وجود الكنز في الأرض، فمن غير الممكن اعتبار أن المدفون في الأرض هو شيء ملتصق بها، لأن بالاستطاعة فصله دون إلحاق أي ضررٍ بأبي منهما².

يمكن التوصل إليه من هذه المادة حسب ما أجازها المشرع الجزائري لمالك الأصل تملكه ما لم تكن له قيمة تاريخية أو أثرية الأرض من خلال إعطائه الحق في تملك كل ما يوجد فوق وتحت أرضه، لهذا فإن الكنز حسب هذا الأساس سيدخل في إطار ملكية مالك الأصل كسند للملكية.

غير أنه إذا تعلق الأمر بوجود كنز مدفون في الأرض، فإنه لا يجوز تطبيق قواعد الالتصاق عليه، لأن طريقة نزعه من الأرض تتم ببساطة وسهولة لدرجة عدم مساسها بكل منهما، فلا يلحق الضرر لا بالأرض ولا بالكنز في حد ذاته. وعند العودة إلى كيفية تملكه

¹ : محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 29.

² : مصطفى محمد الجمال/ نظام الملكية، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبع سنة 1987، ص ص: 111.

فإن هذا الكنز يؤول إلى صاحب الأرض دون تفعيل أحكام الالتصاق أو إلى الدولة حسب ما اقتضى به القانون الوارد في حكمه.

والمشرع الجزائري أقر هذا في قانونه المدني حيث وقد أورد خصص المادة 783 ق م، ضرورة تعذر الفصل بين الشئيين دون تلف والتي جاء فيها أنه: « لصاحب الأرض، ما يحدث فيها خالصاً يكون ملكاً من غراس نزع هذه المواد دون أن أو بناء أو منشآت أخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يكن ممكن يلحق المنشآت ضرر جسيم¹.

تخلص أن هذا الشرط يقتضي حتمية استحالة إزالة الشئيين أثناء اندماجهما دون تلف، حيث تستثنى منه المواد والأدوات الموضوعة على الأرض بغية تخصيصها للقيام بغرض معين، إذ يسهل نقلها عند الانتهاء من استعمالها دون أن يسبب ذلك أية أضرار، كونها لم تتحد بالعقار، كما أن إيجاد الكنز في الأرض يبطل العمل بأحكام الالتصاق لعدم تحقق هذا الشرط فيه، حيث أنه بالرغم من اندماجه بالأرض، إلا أنه يسهل استخراجه من غير تلف، لذا فلا بد من استيفاء الشرط لنقطتين أساسيتين: صعوبة الفصل، إلحاق التلف.

2

يعني هذا أنه بتحقق شرط تعذر فصل الشئيين عن بعضهما البعض دون إلحاق ضرر يصيب أحدهما أو كالهما، تنشأ واقعة الالتصاق التي يتم إعمال أحكامها بإسناد

¹ : المرجع نفسه، ص112.

² : عمار علي/الملكية النظام العقاري في الجزائر، طبع دار هومة، سنة، 2004 ص ص95.

ملكية كل ما أقيم على الأرض إلى مالك العقار، لتفادي حدوث الخسائر الممكن حدوثها عند القيام بفصلهما عن بعضهما أو التقليل منها، كي لا تنشأ عواقب أخرى خاصة لو ترك كل شيء مملوكا لمالكة الحقيقي.

لهذا فالحكم الوارد بشأن الأشياء الملتصقة يعمل على جعل ملكية الغراس أو البناء أو المنشآت الأخرى التي يقيمها الغير تدخل تحت إطار ملكية مالك الأرض، فتكون بذلك مملوكة له عن طريق الالتصاق حتى لا يظل النزاع قائما بين المالك¹.

ب- الشروط المتعلقة بالأشخاص:

مالك الأشياء المندمجة ببعضها الأشخاص هم إن البعض الذين تلتصق أشياءهم على نحو يصعب فيه إزالتها عن بعضهما، إذ يقوم بينهم النزاع حول ملكية الشيء المتولد عن هذا الإدماج، وحتى لا يتم نفي واقعة التصاق البدن من توفر شرطان أساسيان آخران يتعلقان بمالك الأصل ومالك الفرع اللذان البدن من اختلافهما عن بعضهما، مع عدم وجود أي اتفاق سابق يجمعهما بخصوص التلاصق الحادث بين الشئيين، وعليه سيتم إيجاز كل من هذين الشرطين على حدى من خلال الآتي:

أولاً: كون الشئيين مملوكين لشخصين مختلفين:

¹ : مسعود شيهوب، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص.33.

يستوجب هذا الشرط أن يكون الشئيين مملوكين عند الاندماج المالكين مختلفين، فلو أقام مالك الأرض بناءاً مواد مملوكةً على أرضه مستخدم له فلا يجوز العمل بأحكام الالتصاق لأن الشئيين يعودان لمالك واحد وهو مالك الأصل.

ويلاحظ مما سبق أن أعمال قواعد الالتصاق يستلزم وجوب اختلاف المالكين عن بعضهما، فعند الافتراض أن صاحب الأرض قد شيد بناءاً على أرضه بمواد وأدوات مملوكة له، فإن ذلك لا يؤخذ على أنه حالة من حالات الالتصاق، إذ تعود ملكية البناء لمالك الأرض نفسه كونه يعد هو الباني والمالك في نفس الوقت، لذا لا بد من أن يكون صاحب الأرض شخصاً آخر غير مقيم المنشآت.¹

وهو أمر في غاية المنطقية لأن في ملكه الملكية ستكون ملكية كاملة وتامة لمالك الأرض لأنه أقام بناءاً بأمواله الخاصة وتحت نفقته ما يؤدي إلى ملكه للبناء مباشرة دون تطبيق أحكام الالتصاق وعليه، لا يمكن القول أن للملكية مكسباً يعد سبباً لالتصاق عندما تكون الأرض والبناء الذي أقيم عليها مملوكان لشخص واحد، حيث يشترط أن تكون المواد المستخدمة في البناء مملوكة لشخص آخر حتى يمكن ملكية الأرض مستقلة عن ملكية البناء.²

¹ : صنوبر أحمد رضا، الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2016 ص.278.

² : المرجع نفسه، ص.279.

وكاختصار لمضمون هذا الشرط يمكن القول أنه حتى تقوم واقعة الالتصاق لا بد من اختلاف الشخصين المالكين للشيئين الفرعي والأصلي عنه يمتلك قابله مالك آخر يختلف كلياً هناك مالك الأرض أي أن الشيء الفرعي سواء كان بناءاً أو غراساً أو منشآت أخرى لأنه لا يجوز إطلاق مصطلح الالتصاق على إحداث الشخص لغراس أو بناء بمواد مملوكة له على أرض يعدها مالك الأصلي.

ثانياً: عدم وجود اتفاق سابق بين المالكين

لن تسري قواعد الالتصاق الاتفاق سابق بين المالكين بل سيكون التكييف القانوني إذا تم الاندماج وفق قواعد الاتفاق هي التي تسري بينهما، فإذا وجد اتفاق الواجب الأخذ به مستتباً من ذلك الاتفاق، أي أن صريح أو ضمني بين صاحب الأرض ومن أقام المنشآت وجب إعمال بنوده مع استبعاد العمل بقواعد الالتصاق.¹

عني ذلك أنه إذا وقع أي اتفاق أو ثبت وجود أي دليل يوحي إلى إبرامه بين الطرفين انتفى الاندماج وتعين على ذلك استبعاد تطبيق قواعد الالتصاق، فلو اتفق على سبيل المثال صاحب الأرض مع صاحب المنشآت على أن تكون المحدثات المقامة ملكاً لمقيمها، أو ملكاً لصاحب الأرض أو حتى ملكاً شائعاً بينهما فإن قواعد هذا التقاف هي التي تسري

¹ : عبد المنعم البدراوي، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة السيد عبد الله وهبه، مصر، 2000، ص630.

بينهما، وبالتالي لا بد أن يستتبط الحكم الواجب العمل به من اتفاق الطرفين المنعقد مسبقاً ولا مجال لإعمال أحكام الالتصاق.

وهو الحال بالنسبة للصانع الذي اتفق مع رب العمل على دمج المادة التي يستخدمها مع مادة أخرى من عنده ليصبح شيئاً واحداً، فيتملك رب العمل هذا الشيء بعقد المقاوله لا بالالتصاق، نظراً لوجود اتفاق سابق بينهما.¹

كما أن الاتفاق حول مصير المنشآت المقامة قد يكون ضمناً في الحالة التي يتفق فيها المؤجر مع المستأجر على قيام هذا الأخير بإقامة بناء على نفقته والتزامه بدفع الضريبة العقارية المفروضة على هذا البناء، ليستخلص من خلال هذه الظروف أنهما اتفقا ضمناً على تملك المستأجر لهذه المنشآت، وبالتالي لا يتم اللجوء إلى أحكام الالتصاق لتطبيقها على هذه الحالة، بل لا بد من العمل وفق ما جاءت به بنود هذا الاتفاق.

وقد أقر المشرع في هذا الخصوص سلسلة من المواد جاءت لإثبات ضرورة توفر شرط انعدام الاتفاق المسبق بين المالكين حول شيء ما، حتى نستطيع العمل بأحكام الالتصاق التي تم إيجازها في المواد 784 و785 و786 من ق م ج.

وعليه، فإن هذا الشرط جاء ليؤكد على ضرورة عدم وجود أي اتفاق مبرم يجمع بين المالكين حول مصير ملكية المنشآت، فإذا تحقق الشرط فإن النزاع الناشئ سيؤدي إلى

¹ : عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة دار النهضة العربية، لبنان، د.س.ن، ص. 666.

العمل بأحكام الالتصاق الواردة في ذلك لتؤول بموجبه الملكية لصاحب الأرض، أما إذا وجد بين الطرفين اتفاق فإن ذلك سيحل وفق ما اتفق عليه¹.

المطلب الثاني: اكتساب الملكية بالحيازة والتقدم

أولاً: الحيازة

قد خص المشرع الجزائري الحيازة العقارية باعتبارها خاصة كوسيلة فعالة وناجعة للتطهير العقاري الشامل وتصفية التركة الموروثة عن العهدة الاستعمارية وما يترتب عنها من نتائج عملية لها أثارها الخطيرة على العقار كضرورة اقتصادية واجتماعية و أمنية.

وقد نظمها الحيازة على نحو يدل على مدى أهميتها ، بالنظر للحقوق العينية الأصلية والتبعية على حد سواء فاعتد بالحيازة في حد ذاتها متى توافرت لها الشروط والعناصر القانونية وأوجب حمايتها ، ولو ادعى الغير بملكيتها للعين محل الحيازة ، وجعل منها قرينة على ملكية الحائز للعين التي في حيازته ، وان كانت قرينة قانونية بسيطة تقبل إثبات العكس إلا أن الحائز يستفيد منها إذ لا يتحمل عبء إثبات ملكيته التي تشهد القرينة بها وإنما يلقي بعبء الإثبات على الخصم الذي يدعي ملكيته للعين محل الحيازة.²

¹ : عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الاصلية، المرجع السابق، ص 667.

² : مصطفى مجدي برجة، التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيازة، دار الفكر العربي ،مصر 1993 ، ص 07.

لم يورد المشرع الجزائري مفهوما للحيازة لا في القانون المدني ولا في القوانين الأربعة الخاصة بالحيازة العقارية، غير انه يمكن استقراءه من أحكام المادة 815¹ "تزول الحيازة إذا تخلى الحائز عن سيطرته الفعلية بأنها السيطرة الفعلية على الحق".

وعلى غرار المشرع الجزائري، لم يضع المشرع المصري في القانون المدني تعريفا للحيازة تاركا ذلك للفقه، رغم أن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد جاء في المادة 1339 منه "الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه و يستعمل فعلا حقا من الحقوق " حيث يستفاد من هذا التعريف أن الحيازة هي وضع ينتج عن السيطرة الفعلية على حق من طرف شخص، سواء كان صاحب الحق أو لم يكن، ويكون ذلك عن طريق ممارسته أعمال مادية يستلزم منها مدلول الحق المراد، إلا أن هذا التعريف لم يعتمد وتم حذفه بسبب ما وجه إليه من اعتراض بأنه ناقص ولا يشير إلى نية التملك، إذ تناول الحيازة المادية فقط.²

غير أن بعض التشريعات العربية أوردت في صلبها تعريفات للحيازة مثل ما جاء به المشرع العراقي، بأنها وضع مادي يسيطر به الشخص بنفسه أو بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق، "وهو تقريبا

¹ : المادة 815 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية، 2007، ص18.

نفس نص المادة 1339 من المشروع التمهيدي للقانون المصري الذي لم يحظ بالمصادقة واستبعد، فوقع في نفس الإشكال إذ أن هذا التعريف يبرز الجانب المادي فقط من الحياة. تتمثل عناصر الحياة في عنصرين أساسيين هما العنصر المادي والمعنوي:

1- مفهوم العنصر المادي:

لم يضع المشرع الجزائري تعريفاً محدد للركن المادي، إلا أنه قد أكد على وجوبه بلفظ السيطرة المادية أو الفعلية، الذي هو عبارة عن مجموع الأعمال المادية التي يقوم بها الحائز أو حب الحق على الحق موضوع الحياة سواء كان هذا الحق حق ملكية حقا عينيا آخر أو يقتضيه مضمون الحق موضوع الحياة، وقد كانت هناك محاولات فقهية لذلك، حيث عرفه بعض الفقهاء ومنهم " فيليب بير " هو مجموعة الأعمال التي يباشرها صاحب الحق على الشيء كإحرازه بالاستئثار به ماديا واستعماله والانتفاع به طبقا لما يسمح به طبيعة الشيء. وعرفه البعض بأنه وضع اليد على الشيء أو على الحق عن طريق السيطرة الفعلية عليه واستعماله والتصرف فيه.¹

لا يشترط أن يكون الشيء محل الحياة دائما تحت يد الحائز، فالأمر يختلف تبعا لمضمون الحق موضوع الحياة، فإذا كانت مباشرة السلطات التي تخوله الحق تقتضي وضع الشيء تحت يد صاحب الحق وجب أن يكون الشيء تحت يد الحائز حتى يتوافر العنصر المادي، أما في حالة ما يكون الحق ارتقاقا فالأمر مختلف حيث

¹ : امحمدي فريدة(زواوي)، الحياة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2000ص 19.

ينطوي هذا الحق على تحميل العقار المرتفق به بعبء لفائدة العقار المرتفق تحد يد من يباشر حق الارتفاق، لذا يكفي لتوافر الركن المادي قيام الحائز بمباشرة الأعمال المادية المعبرة عن حق الارتفاق.¹

يتحقق الركن المادي إلا بقيام الحائز بالأعمال المادية الداخلة في مضمون الحق العيني الذي يظهر به الحائز بمظهر المالك، ويشترط في هذه الأعمال:

- أن تكون من الكثرة والأهمية بحيث لا تدع مجالاً للشك عند الغير بأن القائم بهذه الأعمال هو صاحب الحق على الشيء المحاز

- التصرفات القانونية كالبيع، الرهن، الإيجار والهبة لا تكفي وحدها لقيام العنصر المادي، لأنه قد يقوم بها شخص لا تتوفر عنده الحيابة والمطلوب في الحيابة السلطة الفعلية لا القانونية على العقار

- ويشترط في الأعمال المادية المكونة للركن المادي أن تكون مطابقة للحق الذي يدعيه الحائز، وبالتالي تتفاوت بتفاوت الحقوق العينية التي يريد الحائز اكتسابها، وتختلف باختلاف مضمونها²

- الحائز على العقار بوصفه مالكا، تتحقق حيابته بالقيام بجميع الأعمال التي تدخل في مضمون حق الملكية، والتي يقوم بها المالك عادة من هدم واستغلال للعقار والانتفاع به. أما صاحب حق الارتفاق الذي يحوز العقار، فيجب عليه القيام بكل الأعمال المادية

¹ : امحمدي فريدة(زواوي)، الحيابة والتقادم المكسب، المرجع السابق، ص20.

² : المرجع نفسه، ص21.

التي تدخل في مضمون هذا الحق والتي تحمل معنى التعدي على ملكية الغير وذلك بتحميل العقار المرتفق به عبئاً استثنائياً لصالح عقار الحائز.¹

ولا يشترط في الأعمال المادية التي يباشرها الحائز أن تكون متواصلة في كل لحظة ودقيقة، وإنما يكفي أن تكون متجددة في الأوقات والظروف المناسبة، بحيث تكون متسلسلة ومتقاربة ومنظمة تظهر الحائز بمظهر المالك الحقيقي، وتقدير تحقق السيطرة المادية بالقيام هذه الأعمال من عدمه مسألة موضوعية، تخضع لتقدير قاضي الموضوع حسب ظروف ووقائع الدعوى.

وقد يتحقق العنصر المادي ابتداءً دون أن ينتقل إلى الحائز من غيره، وقد يتحقق انتقالاً من الغير والذي كان مالكا للشيء ثم نقل حيازته إلى الحائز، كما قد يباشر الشخص هذه السيطرة بنفسه، وهو الأصل وقد يباشرها بواسطة شخص آخر، وهو ما يسمى بالسيطرة المادية بالوساطة كما تجوز السيطرة المادية على الشيوع وهو ما سنتناوله في البند الموالي:

2- تعريف العنصر المعنوي:

وهو أن تتوافر لدى الحائز الذي يباشر السيطرة المادية على الشيء نية الظهور بمظهر المالك أو صاحب الحق: أي انه يقوم بالأعمال المادية لحساب نفسه، فإذا كان

¹ : قديري عبدالفتاح الشهاوي، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص48.

محل الحيازة حق الملكية فإن العنصر المعنوي يتمثل في قيام الحائز بالأعمال كمالك أو بنية التملك.

وعليه لا تقوم الحيازة بسبب الأعمال التي يقوم بها الشخص على أنها مجرد رخصة أو بسبب أعمال يتحملها على سبيل التسامح، وكذلك إذا اقترنت الحيازة بعيب من هذه العيوب: الإكراه، الإخفاء، واللبس ففي هذه الحالات لا يكون له اثر اتجاه من وقع عليه لإكراه، أو أخفيت عليه الحيازة أو ألتبس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.¹

غير أن المشرع أورد استثناء على شرط العنصر المعنوي يتمثل في الإقرار بحيازة المستأجر وحماتها بجميع دعاوى الحيازة، رغم أن حيازة هذا الأخير تقتصر على القيام بالأعمال المادية دون توفر شرط القصد لأنه يجوز لحساب غيره.²

ثانياً: التقادم

إن التقادم المكسب هو مؤدى الحيازة الهادئة والمستمرة وجوهر مقتضياتها الأساسية وأهم آثارها، كونها تؤدي إلى كسب الملكية والحقوق العينية التي يمكن ان تكون محلا للحيازة، وهو ما كرسه المشرع الجزائري ضمن أحكام القانون المدني حيث تناول التقادم تحت عنوان آثار الحيازة.

¹ : قدرى عبدالفتاح الشهاوي، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، المرجع السابق، ص49.

² : بيان يوسف رجب، دور الحيازة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2004، ص52.

إن كلمة التقادم في مدلولها اللغوي مشتقة من تقادم، والقدم نقيض الحدث، قدم يقدم وقدامة وتقادما فهو قديم.

أما اصطلاحا فالمشرع الجزائري حذا حذو الكثير من التشريعات حيث لم يقدم تعريفا للتقادم واكتفى باعتباره أثرا للحيازة المكسبة للملكية العقارية وتناوله كسبب من أسباب كسب الملكية في القسم الخاص بالحيازة في الفصل الثاني المخصص لطرق اكتساب الملكية.

ولقد حاول بعض الفقهاء تعريف التقادم المكسب، حيث عرفه الدكتور عبد المنعم فرج الصدى " بأنه وسيلة يكتسب بها الحائز ملكية شيء أو حقا عينيا آخر عليه بمقتضى حيازة تظل مدة زمنية معينة"¹.

عرفه الدكتور ادوراد عيد " ان التقادم المكسب هو وسيلة اقرها القانون لكسب الحائز ملكية العقار او حقا عينيا آخر عليه بمقتضى حيازة معينة."²

ومن ذلك فالتقادم إما تقادم مكسب وإما تقادم مسقط وما يهمننا في دراستنا هو التقادم المكسب للملكية العقارية، والذي يبدو من خلال التعاريف السابقة، وكأنه ينافي العدالة والأخلاق، ويؤدي الى تدعيم المراكز غير المشروعة حيث يجعل الغاصب مالكا بعد حيازته للشيء مدة معينة من الزمن ويحرم الشخص من حقه دون مسوغ مشروع³.

¹ : المرجع نفسه، ص53.

² : محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج على سعيد ، اجراءات تفعيل الحيازة العقارية كألية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، منشورات البغدادي ، الطبعة الاولى ، سنة ، 2011 ص14.

³ : المرجع نفسه، ص15.

المبحث الثاني: الاستيلاء على الملكية بقرار اداري

المطلب الأول: ماهية الاستيلاء الشرعي

لقد جاء الفقه بتعريفات مختلفة عن الاستيلاء ولكنها تشترك في جوهرها على مجمل

قواعده المتفق عليها، ومن التعريفات نذكر:

- عرف الاستيلاء على أنه إجراء قانوني مؤداه إمكانية استيلاء الإدارة مؤقتاً على عقارات

مملوكة للأفراد في الحالات الطارئة والمستعجلة بعد إتباع إجراءات معينة في مقابل

تعويض عادل

- عرفه فقيه آخر على أن الاستيلاء إجراء استثنائي تلجأ إليه الإدارة للحصول على الأموال

والخدمات من الأفراد في حالات الضرورة والاستعجال وذلك عندما لا تسمح طرق القانون

المألوفة بتحقيق الغاية المرجوة¹.

في الأخير يمكن القول بأن التعريف الذي أورده الأستاذ مسعود شيهوب جاء شاملاً

لمفهوم الإستيلاء حيث جاء فيه " الاستيلاء المؤقت هو إجراء استثنائي تلجأ إليه الإدارة

للحصول على الأموال و الخدمات من الأفراد في حالة الضرورة و الاستعجال، وذلك عندما

لا تسمح طرق القانون المألوفة بتحقيق الأهداف المرجوة و هو أكثر الإجراءات خطورة لأنه

لا يتضمن ضمانات لصالح الأفراد مقارنة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية مع أنه

¹ : محمد حسين قاسم ، موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2005

يتشابه مع هذه الأخيرة في أنه يقع بموجب قرار إداري مكتوب و يهدف إلى تحقيق المصلحة

العامة ومقابل تعويض ، ومن ثم فهو إجراء مبدئياً مشروع عكس الغصب.¹

من المتعارف عليه أن المشرع القانوني لا يعرف، لذي لم يتم تعريف الاستيلاء ولكن

جاءت العديد من المواد القانونية تنص عليه، فنجد أن التشريع الكويتي اصطلح عليه

الاستيلاء المؤقت من المادة 25 من القانون رقم 33 لسنة 1964 المتعلق بنزع الملكية و

الاستيلاء المؤقت²، كما أن المشرع اللبناني اصطلح عليه من قانون الاستملاك في المادة

44 منه الأشغال المؤقت و أجاز بذلك وضع اليد على العقار وتملك منفعتة للمصالح

العامة في مقابل تعويض عادل.

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده لم يورد تعريفا للاستيلاء بل نص عليه في

مجموعة من نصوص قانونية عديدة منها ما جاء في دستور³ 1963 حيث نص على

حماية الملكية الخاصة للأفراد، كذلك ما ورد في نصوص القانون المدني في المواد من

679 الى 681 مكرر.⁴

والمستنتب من نصوص هذه المواد، أنه أجاز الاستيلاء عند الحاجة والضرورة على

مال الغير أي العقار، وتعويضه عما لحقه من ضرر بسبب الاستيلاء، لأن ولاية الدولة

¹ : محمد حسين قاسم، موجز الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص346.

² : المادة 25 من القانون رقم 33 لسنة 1964 المتعلق بنزع الملكية والاستيلاء المؤقت.

³ : دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963.

⁴ : المواد من 679 الى 681 مكرر من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر

سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

صرفها في أموال الملكية العقارية الخاصة للأفراد هدفه المصلحة العامة ويجب بذلك تحمل الأفراد للضرر من أجل دفع ضرر عام.¹

نستنتج مما سبق في تعريف الاستيلاء أن له العديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من الأنظمة والتي تجعل منه إجراء متميزا ومن أبرز خصائصه نذكر التالي:

- الاستيلاء المؤقت إجراء إداري استثنائي:

بالمفهوم القانوني العام للقرار الإداري، فهو عبارة عن إعلان من الإدارة بقصد إحداث أثر قانوني إزاء الأفراد يصدر عن سلطة إدارية في صورة تنفيذية أو في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر، وبذلك لا يصدر إجراء الاستيلاء المؤقت على العقار إلا ضمن قرار إداري صادر عن الجهة المختصة قانونا، وفقا لما قرره العديد من التشريعات، فهو من امتيازات السلطة العامة المخولة للإدارة لذي تكون بموجب قرار إداري صادر عن شخص معنوي عام

إذا الاستيلاء هو طريق شرعي جبري يمكن للإدارة اللجوء إليه متى توافرت إحدى أسبابه، وبهذا الشكل يكون قرار الاستيلاء قرار إداري مرتب لثأره القانونية وخاضعا لرقابة القضاء.²

¹ : حسن القصاب، مادة الحقوق العينية، الفصل الخامس، د ط، جامعة القرويين، كلية الشريعة، المغرب، 2015، ص. 44.

² : بد المنعم بد اروي، حق الملكية (توجه عام وأسباب كسبها)، د ط، الجهات المركزية للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية، القاهرة/ مصر، 1978، ص. 48.

ترجع الطبيعة الاستثنائية إجراء الاستيلاء المؤقت، إلى درجة الخطورة التي يشكلها على الملكية العقارية الخاصة لو استخدم دون أي قيد قانوني ، وهذه الظروف الاستثنائية يتلخص مضمونها في كون أول ما يجب على الدولة أن تلتزم وتقوم به هو أن تعمل على المحافظة على النظام العام و أن تكفل السير المنظم وحسن المرافق العامة . لذلك قررت أغلب التشريعات أن الاستيلاء ذو طبيعة استثنائية خاضع لضوابط وشروط تكفل عدم المساس بالملكية العقارية الخاصة للأفراد حين تحميها في استعماله من تعسف الإدارة .

فَلا يتقرر بذلك الاستيلاء المؤقت على العقار إلا الحالات استثنائية جدا قررتها أغلب التشريعات حسب ما ورد في نصوصها القانونية¹.

- الاستيلاء المؤقت منصب على عقار لتحقيق المنفعة العامة مقابل تعويض:

يرد الاستيلاء المؤقت على العقارات دون المنقول، فهو مقصور عليها فقط التي تقرر لزومها للمنفعة العامة، فهو امتياز مقصور ومحصور على العقارات المادية فقط، أما العقارات الحكيمة كالحقوق العينية الأصلية مثل حقوق الارتفاق لا يجوز أن يقع عليها الاستيلاء.

كما أنه إذا جاز الاستيلاء على ملكية العقارات المادية فيجب أن يتناول تلك الرض

والبناء.

¹ : نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها و مصادرها)، د ط، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 332.

ومن المتفق عليه أن الاستيلاء لا يرد في الأصل على العقارات التي يملكها أفراد أو الهيئات الخاصة ، ومع ذلك فقد نثار تساؤل عن إمكانية الاستيلاء على العقارات المملوكة للأشخاص المعنوية العامة ، وقد أجاب الفقه على ذلك بأنه يجب التفرقة بين الأموال العامة و الأموال الخاصة المملوكة للأشخاص العامة ، فبالنسبة للأموال المملوكة ملكية خاصة لهذه الأشخاص فإنه يجوز الاستيلاء عليها مؤقتا ، ولكن يختلف الأمر بالنسبة للأموال العامة المملوكة للأشخاص العامة إذ أن الرأي السائد في الفقه و القضاء في فرنسا و في مصر أنه لا يجوز الاستيلاء عليها جبرا ، نشير الى ان المَلِك الوقفية مستثنيات من الاستيلاء¹.

يهدف إجراء الاستيلاء المؤقت على العقار لتحقيق النفع العام و إلا ما تقرر هذا لأشخاص القانون العام في إطار ضمان حماية الملكية العقارية الخاصة، ولإدارة سلطة تحديد العقارات التي ترى أنها مكملة لأغراض المشروع، وعلى هذا الأساس فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في اختيار العقار الملائم لتحقيق المنفعة العامة لكي تعمل على الاستيلاء ، وإذا كانت المنفعة العامة لا بد أن تكون هي الهدف من وراء إجراءات الاستيلاء فإنه وعلى هذا الأساس لم يتم تقييد سلطة الإدارة بأية قيود في تحديد تلك المنفعة ولم يحدد لها صورا وأنواع.

¹ : المرجع نفسه، ص333.

وأهم ما يلاحظ هنا أنه لا يمكن التذرع من جانب مالك العقار بأن الإدارة لم تختار عقار آخر أكثر صلاحية من العقار الذي وقع عليه اختيارها لكن يطعن في قرارها من جهة أخرى، وللإدارة كامل الحرية في تقدير المساحة التي تلزم لإنشاء المشروع المحقق للاستيلاء، كما لها أن تتوسع وتقوم بالاستيلاء على عقارات أخرى بالإضافة إلى العقارات اللازمة للمشروع الأصلي.¹

- الاستيلاء يكون بمقابل تعويض:

يعد إجراء الاستيلاء المؤقت على العقار ماساً بحق الملكية العقارية الخاصة وعليه فقد ألزم المشرع على الإدارة القائمة بفعل الاستيلاء على التعويض حيث يتم تقديم تعويض عادل نهاية عملية الاستيلاء بعض الأحيان قد تلجأ الإدارة إلى استبدال نزع الملكية بالاستيلاء الشرعي غير أن قضاء أغلب التشريعات أعتبر هذا العمل خرقاً بالإجراءات.² معظم التشريعات أجمعت على أن الاستيلاء المؤقت على العقار لا يكون على إطلاقه تستعمله الإدارة متى شاءت كامتياز مقرر من امتيازات السلطة العامة، ولكن يلجأ إلى الاستيلاء وفق حالات محددة قانوناً وهذا ضماناً لحماية الملكية العقارية الخاصة، حيث نجد هناك من يقسم أسبابه إلى سببين وهناك من يضيف ثالث.³

¹ : علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية التبعية)، الطبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان/الأردن، 2013 ص 88.

² : محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المنفردة عنها (أسباب كسب الملكية)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية/ مصر، 2003 ص 387.

³ : محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المنفردة عنها (أسباب كسب الملكية)، المرجع السابق، ص 388.

البند الأول: حالة الضرورة:

لقد ترك القانون تقدير قيام حالة الضرورة الملحة إلى الجهة طالبة الاستيلاء الإدارة فلإدارة حرية تقدير حالات الضرورة والتصرف على ضوء هذا التقدير وذلك تحت رقابة قضاء باعتبار أن قرار الاستيلاء المؤقت من قبيل القرارات الإدارية التي تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء.

وتتمثل حالات الضرورة في الحالات الاستثنائية الطارئة التي تكشف عن ظرف قهري يتطلب التدخل السريع، كما في حالات الغرق أو قطع الجسور أو تفشي أوبئة أو أعمال الترميم أو الوقاية وغيرها وهي حالات على سبيل المثال يتم القياس عليها لتحديد باقي حالات الضرورة.¹

البند الثاني: حالة لزوم عقار لخدمة مشروع ذي منفعة عامة.

قد تحتاج الإدارة أثناء قيامها بمشروعات لإنجاز بعض المرافق العامة حاجتها لعقار أو عقارات مجاورة للمشروع من أجل خدمة المشروع فهنا تقوم عملية الاستيلاء على هذا العقار حيث يتم تسخيره لخدمة هذا المشروع، وبمجرد انتهاء المشروع يتم رد العقار المستولى عليه إلى مالكه، وهذا بدل اللجوء إلى نزع الملكية بصفة نهائية كما في حالة الاستيلاء

¹ : المرجع نفسه، ص339.

على أرض فضاء مملوكة لبعض الأفراد لاستخدامه في إعداد مواد البناء اللازمة لإقامة مباني أحد المرافق العامة.¹

البند الثالث: حالة الاستيلاء لضمان التموين:

أخذت معظم التشريعات العربية بحالة الاستيلاء من أجل ضمان التموين، حيث نجد المشرع المصري قد عمل بها ضمن نصوصه قانونية في إطار الاستيلاء منها المادة 15 من القانون رقم 10 لسنة 1990 حيث نصت على أنه " للوزير المختص بناء على طلب الجهة المختصة في حالة حصول غرق أو قطع جسر أو تفشي وباء وسائر الأحوال مؤقتاً من الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء على العقارات اللازمة لإجراء أعمال الترميم وقاية أو غيرها، ويحصل هذا الاستيلاء بمجرد انتهاء مندوبي الجهة المختصة من إثبات صفة العقارات ومساحتها وحالتها دون حاجة التخاضل إجراءات أخرى.²

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للاستيلاء على العقار

أ- إجراءات الاستيلاء المؤقت على العقار وطرق تنفيذه:

قبل تنفيذ قرار الاستيلاء المؤقت على العقار لابد له أن يمر على مجموعة من الإجراءات المهمة قبل الوصول لمرحلة تنفيذه وهي ما سيتم ذكرها كالاتي:³

¹ : محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المنفردة عنها (أسباب كسب الملكية)، المرجع السابق، ص340.

² : محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد (حق الملكية)، المجلد الثاني عشر، د ط، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة/ مصر، د س ن، ص 192.

³ : المرجع نفسه، ص193.

- إجراءات الاستيلاء المؤقت على العقار

- تعد الإجراءات التي يتطلب توفرها لتنفيذ قرار الاستيلاء المؤقت على العقار من الأهمية البالغة، حيث تعد ضماناً لحماية الملكية العقارية الخاصة للأفراد، فمتى تقرر الاستيلاء المؤقت فإنه يكون بهدف تحقيق المنفعة العامة، لكن لا يكون على إطلاقه، وهذا حتى لا تتعسف الإدارة في استعماله كامتياز من امتيازات السلطة العامة المقررة لها. حيث يبقى قرار الاستيلاء قرار استثنائي جداً، تلجأ إليه الإدارة حسب نصوص القانون الخاصة بذلك، لدى التزامها بإجراءاته أمر ضروري حتى لا يتعرض قرارها للطعن فيه، وأهم الإجراءات هي¹:

- أولاً- صدور قرار الاستيلاء في شكل قرار إداري مكتوب وموقع:

كما أشرنا سابقاً لا تكون أعمال الإدارة مشافهة، فمتى تقرر الاستيلاء على عقار يحقق النفع العام لمشروع معين على الإدارة المخول لها قانوناً، أن تصدر قراراتها في شكل مكتوب وموقع حتى يتم منحه الصيغة التنفيذية .

ثانياً- أن يتم تسجيل قرار الاستيلاء: حيث تقوم الإدارة بتسجيله في سجلات خاصة بذلك ضمن إجراءات روتينية عادية، تقوم بها الإدارة في مثل هذه القرارات.

ثالثاً: - يتم تبليغ قرار الاستيلاء للمعني:

¹ : بد الر ازق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، الجزء الثامن، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت/ لبنان، 2010 ص589..

اعتبار القرارات الإدارية لا تكون سارية المفعول في مواجهة الأفراد إلا عند تبليغ المعني بالأمر، وهذا البلاغ يكون محرراً للإثبات وهو لا يتضمن شكلية معينة فيه، لكن يجب أن يحتوي لزوماً على مقومات تتمثل في، ذكر مضمون القرار والجهة الصادر عنها، أن يوجه له شخصياً.

وتظهر أهمية التبليغ في هذا الإطار كونه لا يمكن للإدارة الاستفادة أن تحتج بأي قرار ذي طابع إداري فردي على المواطن المعني إلا إذا سبق تبليغه إليه قانوناً.¹

رابعاً- أن يتم إعداد جرد سابق ولاحق

يتم إعداد جرد سابق لعملية الاستيلاء متى تقررت وجرى بعد نهاية عملية الاستيلاء وهذا ما استقر عليه المشرع الجزائري.

البند الثاني: طرق تنفيذ قرار الاستيلاء المؤقت على العقار

تباشر الإدارة أعمالها وتنفيذها عن طريق القرارات التي تقوم بإصدارها، فالإدارة لا تصدر القرار مشافهة وبذلك يكون في شكل مكتوب ذو طابع تنفيذي من أجل أن يكون منتجاً لتأثيره القانونية التي أصدر من أجلها، ويفرض على الإدارة احترام القرارات الصادرة

¹ : المرجع نفسه، ص 590.

عنها، كما أنها تتمتع في مجال تنفيذ قراراتها الإدارية بامتياز التنفيذ المباشر، الذي يتيح لها تنفيذ القرارات التي تصدرها بنفسها.¹

و لكن ليس كل ما تقوم به الإدارة العامة من تصرفات و أعمال يعد قرار من القرارات الإدارية وحتى يعتبر التصرف أو العمل الصادر عنها قرارا إداريا، يجب أن يكون عملاً قانونيا أي صادر يقصد ترتيب أثر قانوني.

وتتمتع الإدارة بامتياز آخر باعتبارها طرف مدعى عليه في الوضع الغالب، فعلى الطرف المدعي إثبات عدم شرعية القرار بإبراز وجه مخالفة القانون فيه ويلزم الأفراد بالامتثال لمضمون القرار و ان صدر مخالف لقانون أو تنظيم قائم .

وعلى المعني أن يثبت العكس ويطلب الإدارة أو جهة القضاء بإلغاء هذا القرار أو وضع حد له، وعليه فالتنفيذ الاختياري هو الأصل والجبري هو الاستثنائي.²

أولا-التنفيذ الاختياري:

لذي هو الأصل في تنفيذ القرارات الإدارية، ويرتبط تنفيذ القرار الإداري بالقوة التنفيذية التي يتمتع بها، فإذا كان تنفيذ القرار يقصد به إظهار أثاره في الحقيقة، والواقع إخرجه إلى حيز العمل والتطبيق، فإن هذا التنفيذ عبارة عن نتيجة حتمية للقوة التنفيذي.

ثانيا-التنفيذ الجبري:

¹ : عماد رحايمية، الوسائل القانونية الإثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، د/ بن شويخ الرشيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص. 63.

²: المرجع نفسه، ص 64.

إذا تعذر على الإدارة التنفيذ الاختياري، فلها أن تلجأ في هذه الحالة إلى الطريق الاستثنائي وهو التنفيذ الجبري.

يعرف التنفيذ الجبري بأنه استعمال القوة في اقتضاء الحق بواسطة السلطة العامة بإجبار المدين على تنفيذ التزامه، وذلك وفقا للنظام المتبع في التنفيذ فلإدارة الحق في تنفيذ قراراتها بصفة جبرية في حالة رفض الأفراد تنفيذها اختياريًا، دون الحاجة إلى إذن من سلطة أخرى، ويعتبر التنفيذ الجبري مظهرًا من مظاهر ممارسة السلطة العامة.¹

ولما كان التنفيذ الجبري وسيلة بين يدي الإدارة تمارسها لتنفيذ قراراتها، إلا أنه إلى جانب ذلك يبقى ينطوي على خطورة كبيرة، إذ قد تستعمل الإدارة هذا الامتياز للإضرار بالآخرين ومساس بالمراكز القانونية للأفراد.

لذا فالتنفيذ الجبري يكون مقيد بشروط:

حتى يكون قرار الإدارة صحيحًا يجب أن يكون في إطار المشروعية أي:

- مستند إلى نص قانوني أو تنظيمي.
- يمتنع الفرد عن التنفيذ إداريًا أو اختياريًا
- وأن تلتزم الإدارة في الأخير حدود التنفيذ الجبري.²
- التنفيذ عن طريق القضاء:

¹ : عماد رحايمية، الوسائل القانونية الاثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص65.

² : عماد رحايمية، الوسائل القانونية الاثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص66.

قد تلجأ الإدارة إلى تنفيذ قراراتها عن طريق القضاء من خلال طريقتين الإداري

والجزائي:

- **الدعوى الجزائية:** تنص المادة 459 من قانون العقوبات¹ على ما يلي:

يعاقب بغرامة من 3000 دج الى 6000 دج ويجوز أن يعاقب بالحبس لمدة ثلاثة أيام على أكثر كل من خالف المراسيم أو القرارات المتخذة قانونا من طرف السلطة الإدارية إذا لم تكن الجرائم الواردة بها معاقب عليها بنصوص خاصة أن حُلل نص المادة الصريح يحق للإدارة اللجوء إلى تنفيذ قراراتها التي امتناع الأفراد عن تنفيذها، وبعد تعذر التنفيذ الاختياري أو الإداري لها أن تلجأ للقضاء من أجل تنفيذها، طبقا لنص المادة 459 السابق ذكرها من قانون العقوبات عن طريق دعوى جزائية.

وهذا بطلبها من وكيل الجمهورية لدى المحكمة المختصة أن يحرك دعوى عمومية موضوعها الامتناع عن تنفيذ قرار إداري، الفعل المجرم والمعاقب عليه بنص المادة السابق 459 من قانون العقوبات .

-**الدعوى الإدارية:** في حال امتناع مالك العقار عن التخلي عن العقار المستولى عليه لا يمكن للإدارة استعمال القوة العمومية في ذلك هذا يعد تعدي وتجاوز لحدود السلطة، وهذا على اعتبار أن القضاء هو وحده المختص بالإخراج من السكنات .²

¹ : المادة 459 من القانون رقم 21-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021 المتضمن تعديل قانون العقوبات.

² : المرجع نفسه، ص67.

ومن ثم فإنه على الإدارة المعنية اللجوء للقضاء المدني ورفع دعوى مضمونها

الإخلاء ثم السعي في تنفيذ هذا الحكم أو القرار ولو باستعمال القوة العمومية.

ب- **الجهة المختصة بإصدار قرار الاستيلاء المؤقت على العقار:**

إن الأهمية وراء تحديد الجهة المختصة بإصدار هذا القرار وتنفيذه تعود إلى أن

الاختصاص مسألة أساسية في ركائز القرار الإداري، فالاختصاص هو القدرة على مباشرة

عمل إداري، هذه القدرة التي يحدد إطارها القانون بتوزيع المهام والوظائف والأدوار.¹

البند الأول: الوالي.

من نص المادة 680 من القانون المدني فقد خولت الاختصاص في إصدار قرار

الاستيلاء المؤقت على العقار للوالي، الذي هو أعلى سلطة تنفيذية في إقليم الولاية وله

سلطات باعتباره هيئة تنفيذية وكذلك باعتباره ممثل للدولة حيث يمثل الولاية في جميع أعمال

الحياة المدنية والإدارية حسب أشكال و الشروط المنصوص عليها في القوانين والتنظيمات

المعمول بها ، ويؤدي باسم الولاية طبقاً لحكام هذا القانون كل أعمال الإدارة المملك و الحقوق

التي تتكون منها ممتلكات الولاية ويبلغ المجلس الشعبي اللوائي بذلك.

إلا أنه ونظراً للطابع الاستعجالي للاستيلاء، فقد مدد المشرع الاختصاص في إصدار

هذا القرار إلى هيئات أخرى وجهات إدارية أخرى.

البند الثاني: كل سلطة مؤهلة قانوناً

¹ : عماد رحايمية، الوسائل القانونية الاثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص68.

نصت المادة 1680¹ على أنه لكل سلطة مختصة قانوناً إصدار قرار الاستيلاء ولقد نص قانون البلدية المعدل والمتمم في مادته 91 على إجراء الاستيلاء المتعلق بتسخير الملك " في إطار مخططات تنظيم وتقديم الإسعافات يمكن لرئيس المجلس الشعبي البلدي القيام بتسخير الأشخاص والممتلكات طبقاً للتشريع المعمول به. ويخطر الوالي بذلك. نستخلص من نص المادة أن المشرع أجاز لرئيس المجلس الشعبي البلدي وفي إطار الاستعجال أن يصدر قرار الاستيلاء على العقار وهذا في حدود التشريع المعمول به ويخطر الوالي بذلك وهذا من خلل تسخير ممتلكات المواطنين وأموالهم.

قانون الولاية رقم 12/07 المؤرخ في 21/02/2012، المتضمن قانون الولاية المعدل و المتمم²: لقد تم النص على الاستيلاء من في نصوص قانونية من قانون الولاية ومنها:

نص المادة 116 على أنه " يمكن للوالي عندما تقتضي الظروف الاستثنائية ذلك أن يطلب تدخل قوات الشرطة و الدرك الوطني المتواجدة على إقليم الولاية عن طريق التسخير "...و المقصود من المادة أن الوالي باعتباره سلطة إدارية له صلاحياته أن يطلب تدخل الهيئات الأمنية و الدفاعية المتمركزة بإقليم الولاية اتخاذ أي إجراء لتسخير الأموال و الأشخاص حفاظاً على النظام وأمن العام وذلك في حالة الظروف الاستثنائية..

¹ : المادة 680 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : قانون الولاية رقم 12/07 المؤرخ في 21/02/2012، المتضمن قانون الولاية المعدل و المتمم.

الفصل الثاني:

اكتساب الملكية بالتصرف القانوني

تمهيد:

لمعالجة مختلف الوسائل التي يمكن أن تكون عنوانا لإثبات الملكية العقارية الخاصة في الأراضي غير المسموحة الأمر الذي أدى في نهاية المطاف الى اللجوء الى عدة حلول ظرفية تملئها في بعض الأحيان المصلحة الخاصة للأفراد، وأحيانا أخرى مصلحة البلاد.

وكننتيجة لعدم تبني نظام عقاري واضح اتجاه تحديد ملكية الأشخاص وأصحابها نتج نشوء فوضى في مجال اثبات الملكية العقارية ما استدعى ضرورة توفر وسائل قانونية.

المبحث الأول: اكتساب الملكية بالإرادة

المطلب الأول: اكتساب الملكية بالبيع والهبة

أولاً: البيع

تعرف المادة 351 من القانون المدني الجزائري¹ البيع بأنه: " عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي"، يتضح من هذا التعريف أن عقد البيع يتمثل في:

- أنه ملزم الجانبين أي أنه يرتب التزامات متقابلة في ذمة (البائع والمشتري)، فالبائع يلتزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي آخر، والمشتري يلتزم بدفع الثمن

- أن عقد البيع هو عقد معاوضة، حيث أن البائع يحصل على مقابل لما ينقله الى المشتري

- هو عقد رضائي، إذ يكفي لانعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري دون اشتراط

افراغه في شكل معين إذا تعلق الأمر بالمنقولات، أما بالنسبة للعقارات فقد اشترط المشرع

الجزائري كتابة عقد بيع العقارات وتوثيقه وإلا كان باطلا بطلانا مطلقا.²

وهو عقد يرد على الأشياء وعلى الحقوق المالية الأخرى أي أنه لا يقتصر على حق

الملكية وإنما يرد كذلك على سائر الحقوق المالية العينية، الشخصية، والذهنية، ومن ثم

¹ : المادة 351 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، والدخل الدائم، الصلح)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002، ص55.

يتضح أن يكون محله حقا شخصيا، كما في حوالة الحق التي تعتبر بيعا كلما توافرت فيها

بقية مقوماته، قد يكون محله بالحقوق الذهنية كالملكية الصناعية والأدبية.¹

وعقد البيع ينقل الملكية من البائع إلى المشتري في حالة ما إذا كان محله منقولاً

معينا بالذات، أما إذا كان شيء معين بالنوع فإن دور عقد البيع يقتصر على إنشاء التزام

في ذمة البائع بنقل الملكية، أما الملكية فتترتب على عمل مادي وهو الإفراز، كذلك الأمر

إذا كان محل العقد عقارا أو إحدى الحقوق العينية الأصلية الواردة على العقار فإن العقد لا

ينقل الملكية وإنما تنتقل بموجب الشهر.

من خلال هذه التعاريف يتضح لنا عدة خصائص لعقد البيع أهمها:²

1. عقد البيع رضائي:

حيث تكفي لانعقاده تطابق إرادة البائع مع إرادة المشتري، فالقانون لا يشترط لانعقاده

أن يفرغ بشكل معين كقاعدة عامة.

لكن يشترط المشرع الشكلية كركن رابع إضافة إلى الأركان الكلاسيكية للعقد الرضائي

(التراضي، المحل، السبب) بنص خاص، وهنا يتحول عقد البيع من عقد رضائي إلى عقد

شكلي بقوة القانون فإذا تخلفت تلك الشكلية كان العقد باطلا بطلانا مطلقا، كما هو الحال

في البيوع المنصبة على العقارات.³

¹ : أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، والدخل الدائم، الصلح)، المرجع السابق، ص56.

² : محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان 2006، ص71.

³ : المرجع نفسه، ص72.

2. عقد البيع عقد ملزم للجانبين:

حيث يرتب التزامات متقابلة في ذمة كل من الطرفين، أهمها نقل الملكية بالنسبة

للبيع، ودفع الثمن بالنسبة للمشتري.¹

3. عقد البيع عقد معاوضة:

كل طرف في العقد سيأخذ مقابل لما سيمنحه للطرف الآخر.

4. عقد البيع عقد محدد:

حيث يعلم كل متعاقد حدود الصفقة ككل بعكس العقد غير المحدد أو عقد الغرر،

إلا أن البيع يمكن أن يكون غير محدد إذا كان المقابل فيه مرتب لمدى الحياة.

5. عقد البيع من أعمال التصرف:

ذلك أن من يبيع يجب أن يكون مالكا له سلطة التصرف في ملكه بإخراجه كليا أو

جزئيا من يده في مقابل ثمن نقدي، كما يمكن أن يكون البيع من أعمال الإدارة متى ثبت

أن الشخص (البائع) ليس مالكا بل يدير أعمال غيره، عليه فهو عقد يستوجب أهلية

التصرف.²

¹ : مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة) الأعمال التجارية، التجار، المؤسسة التجارية الشركات التجارية، الملكية الصناعية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2006، ص139.

² : سعد نبيل إبراهيم النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2004، ص212.

6. البيع ناقل للملكية أو ينشئ التزاما بنقلها:

لعل أهم خصائص عقد البيع أنه عقد ينقل الملكية من البائع إلى المشتري مقابل ثمن نقدي لكن هذه الميزة لعقد البيع منحصره في حالة ما يكون محل عقد البيع منقولاً محددًا بالذات، أما إذا كان محددًا بالنوع فإن دور عقد البيع يقتصر على انشاء التزام في ذمة البائع بنقل الملكية التي لا تنتقل إلا بالفرز، كذلك الحال إذا كان الشيء المبيع عقاراً إذ أن الملكية لا تنتقل إلا بالشهر، وبالتالي فلا ينشأ عقد البيع إلا التزاماً في ذمة البائع بنقلها.

وإذا كان المبيع شيء مستقبلي فالملكية لا تنتقل إلا بوجود ذلك الشيء¹.

7. عقد البيع يرد على الأشياء وعلى أي حق مالي:

يرد البيع عادة على الأشياء من منقولات وعقارات، كما يصح أن يرد على حق عيني أصلي كحق الملكية وكذا حق الانتفاع، كما يجوز أن ينصب على حق شخصي كحوالة الحق بمقابل، كما يجوز أن ينصب على حق ذهني كبيع حقوق المؤلف، وإن كان التصرف في مثل هذه الحقوق منظم بقوانينها الخاصة.

أما بالنسبة للحقوق العينية بالتبعية متمثلة في الرهون، فهي لا تباع مستقلة عن الشيء المضمون به، كذلك حقوق الارتفاق تباع متصلة بالعقار الخادم².

¹ : سعد نبيل إبراهيم النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص213.

² : المرجع نفسه، ص214.

8. مقابل في عقد البيع نقدي:

هي الصفة الجوهرية التي تميز عقد البيع عن باقي التصرفات، ولا تهم العملة المستخدمة مادام يمكن صرفها، والشئ الوحيد الذي يستعاض به عن النقود هي الأوراق التجارية. أما الأسهم والسندات كأوراق مالية وكذا الأحجار الكريمة والمعادن الثمينة ال يمكن أن تحل محل النقود في عقد البيع، الأحكام التي تستشف من تعريف عقد البيع في المادة 351.¹

ويشترط في عقد البيع ما يلي:

أولاً: التراضي

يعد عقد البيع من العقود الرضائية وتقضي القواعد العامة بأن " يتم العقد بمجرد أن يتبادل لطرفا التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرر القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد " المادة 59 من القانون المدني الجزائري² ولركن الرضا حكم خاص إذا يجب توافر التمييز لدى العاقدين وتقابل الإيجاب والقبول مع تطابقهما وشرطين لصحته وهما: استكمال كل من العاقدين.....الأداء وهي 19 سنة كاملة ولم يتوافر أحد الشرطين الأول والثاني فلا ينعقد العقد ويكون باطلا بطلانا مطلقا أما تتوافر أحد الشرطين الاخرين فإن العقد يكون باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال بالنسبة للعاقد وحده .

¹ : المادة 351 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 59 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

والبطلان النسبي يحكم به القاضي بناء على طلب العاقد الذي يقرر البطلان لمصلحة ولهذا العاقد أن يتنازل عن طلب البطلان ويجير العقد وطالما أنه لم يحكم بإبطال العقد الباطل بطلانا نسبيا فالعقد قائم ومنتج لأثاره.¹

1. وجود التراضي:

لكي يوجد التراضي في عقد البيع يجب أولا أن يكون صادرا عن إرادة مميزة أما اشتراط الثاني فهو مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة وفي هذا الأمر يتم تطبيق القواعد العامة في نظرية العقد فإذا تخلف الشرط من هذين الشرطين فإنه لا يحق التراضي، وبالتالي يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا.²

تطابق الإيجاب والقبول:

لا ينعقد عقد البيع إلا بتطابق إرادة البائع مع المشتري بكل الأشياء التي تدخل ضمن عناصر عقد البيع كطبيعة العقد المراد إبرامه وعلى الشيء المبيع والتمن.³

1 التراضي على طبيعة العقد:

فالإتفاق على طبيعة العقد من قبل المتعاقدين يعتبر أولى موضوعات أو عناصر أو عناصر عقد البيع الذي يجب أن تتطابق إدارة كل من البائع والمشتري عليه فينعقد عقد

¹ : نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الحادية عشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011، ص229.

² : نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، المرجع السابق، ص230.

³ : نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع تونس، سنة 2008، ص65.

البيع إذا قال أحد المتعاقدين للآخر أنا أبيعك هذه السيارة فيجب عليه الطرف الآخر أنا أقبل شراء هذه السيارة ففي هذه الحالة تتوفر تطابق الإيجاب مع القبول لكن إذا قال أحد الأشخاص لآخر خذ هذه الدار وأعطني عشرة آلاف دينار جزائري قاصدا رهن بهذا المبلغ فقبل الآخر هذا الإيجاب معتقدا أن صاحب الدار ينقل إليه ملكيتها لا رهنها ففي هذه الحالة لا يستطيع القول بتوافر تطابق الإيجاب مع القبول.

وإنما كان قصد الموجب شيء وقصد القابل شيء آخر أحدهما يقصد الرهن والآخر

يقصد البيع ومن ثم لا يبرم عقد رهن ولا عقد بيع.¹

2 التراضي على الشيء المبيع:

ويعتبر الاتفاق على شيء المبيع والذي يمثل محل عقد البيع أمرا واجب لانعقاده عقد البيع ويقع ذلك إذا اتجهت إدارة البائع والمشتري وجب تطابق إدارة المشتري والبائع على الاتفاق على هذا العقار دول غيره، وبالتالي إذا كان لأحد الأشخاص سيارتين واحد من نوع (فيات) و الآخر من نوع (بيجو) وارد أن يبيع سيارة (الفيات) فعرضها للبيع فإذا قبل أحد الأشخاص ذلك ولكن اتجهت إرادته لسيارة (البيجو) دون الفيات فلا ينعقد عقد البيع لا بالنسبة لسيارة (الفيات) لعدم توافر تطابق الإيجاب والقبول على هذه السيارة ولا ينعقد كذلك بالنسبة لسيارة (البيجو) أيضا وذلك لعدم توافر تطابق الإيجاب والقبول عليها.²

¹ : المرجع نفسه، ص66.

² : أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007، ص91.

التراضي عن الثمن:

ولا يكفي لانعقاد البيع الإنفاق على نوع العقد والشيء المبيع وإنما يجب أن يتفق كذلك المتعاقدان على الثمن للشيء المبيع وعلى مقداره وبتالي إذا طلب البائع في الشيء المبيع عشرة آلاف دينار جزائري فقبل المشتري شراء الشيء بتسعة آلاف دينار جزائري فإن عقد البيع لا ينعقد لأن الإيجاب والقبول لم يتطابقا.

وخلاصة القول إنه يجب الإنفاق على المبيع والثمن وطبيعة العقد.¹

يخضع إثبات عقد البيع للقواعد العامة وبتالي ينتج اشتراط الكتابة في القانون الفرنسي في كل البيوع غير التجارية التي يتجاوز الثمن فيها خمسة آلاف فرنكا أو ما يقابله بالأورو ومبلغ ألف دينار (1000 دج) في القانون المدني الجزائري لكن مع مراعاة الحالات العادية لوجود بدء في الإثبات بالكتابة وكذا الاستحالة لا يشترط الكتابة في بعض الأوساط مثل العادات المتداولة في سباقات الخيل.²

و يجب على من يقع عليه عبئ الإثبات أي الذي يقول بوجود العقد كالبائع للحصول على دفع الثمن أو المشتري للحصول على تسليم المبيع إقامته الحجة على وجود كل عناصر البيع ويشمل ذلك عبئ إثبات الثمن المتفق عليه و بخصوص المادة 333 من القانون المدني الجزائري³ المتعلقة بإثبات التصرف القانوني الذي تتجاوز قيمته ألف دينار

¹ : جعفر محمد جواد القضيلي، الوجيز في عقد البيع، المكتبة زين الحقوقية، والأدبية، بيروت، 2013، ص32.

² : جعفر محمد جواد القضيلي، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص33.

³ : المادة 333 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(1000دج) بالكتابة فقط ذهبت المحكمة العليا الى كون ذلك النص من النظام العام خاصة و أن نص المادة جاء أمرا وليس مكملا لإدارة الطرفين مادام أنه يسمح لهما بالاتفاق على مخالفته وتبعاً لذلك جاء قرار للغرفة التجارية و البحرية للمحكمة العليا المؤرخ في 07 يوليو 1992 ما يلي "حيث أنه بالرجوع إلى القرار المعاد يتبين أن القضاة أسسوا حكمهم على أن الإنذار قرينة قاطعة على صحة وجود دين وبالإضافة اعتراف بوجود الدين".¹

وحيث بالرجوع إلى القرار نفسه ذكر الطاعن القرض المرسوم ولم يذكر أنه سدد القرض في شكل تزويد بل كان هذا الأخير يدفع له 400دج عن كل شاحنة من المشروبات ولكن لم يعترف الطاعن أبدا بالقرض المرسوم وحيث أن الإنذار الموجه من طرف المحامي الدائن المرسوم لا يكفي الإثبات الدين و أن عدم الرد على إنذار الدفع لا يعني أم المرسل اليه معترف بأنه مدين وأنه لا يمكن لأحد أن يحرر سنداً لنفسه وكان على القضاة أن يحققوا من وجود الالتزام المرسوم بصفة قانونية وأن يطبقوا المواد 333وما بعدها من القانون المدني الجزائري وعندما حكموا كما جاء قرارهم فإذن قضاة المجلس خرقوا القانون وعرضوا حكمهم للنقض.²

¹ : فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، 2006، ص158.

² : فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص159.

بعد وجود التراضي بالشروط السابقة فإنه يشترط أيضا أن يكون التراضي صحيحا

ولكي يكون كذلك يجب توفر شرطين:¹

يجب أن تكون إرادتا المتعاقدين خالية من عيوب الرضا والمتمثلة والغلط والإكراه

والتدليس والاستغلال إذا أن وجود عيب من هذه العيوب في إدارته أحد المتعاقدين يجعل

العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد المعينة إرادته.

فالحديث عن صحة التراضي سنقسمه إلى قسمين القسم الأول نخصص لدراسة

أهلية المتعاقدين والقسم الثاني ندرس فيه عيوب الرضا في عقد البيع.

القسم الأول: أهلية المتعاقدين: يجب حتى ينعقد البيع صحيحا أن يكون كل من

البائع والمشتري أهلا للبيع والشراء والمقصود بذلك أهلية الأداء وهي القدرة على التعبير عن

الإدارة تغييرا منتجا لأثاره القانونية في ذمة الشخص الصادر عن التعبير والأهلية بهذا

المعنى مناتها التمييز وهي تختلف عن الولاية على المال وهي صلاحية للتصرف في مال

الغير.²

والأهلية مناتها التمييز وهي توجد أو تنقص أو تتقدم بحسب ما إذا كان التمييز

كاملا أو ناقصا أو منعدما والأصل أن التمييز مرتبط بالسن وتعني أهلية الأداء صلاحية

الشخص المباشر التصرفات القانونية على وجه الذي يعتد به القانون أيا كان نافعا به مناتها

¹ : محمد حسن القاسم، عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1999، ص144.

² : المرجع نفسه، ص145.

التمييز أي أن الشخص لابد وأن يتبين تصرفه وما إذا كان نافعا به أم ضار وهي تختلف من هذا الجانب عن أهلية الوجوب التي ترتبط بالتمييز.

وأهلية الأداء تختلف من تصرف الاخر فهناك التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول الهبة والتصرفات الضارة ضرراً محضاً كالنزول عن الدين والتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيحقق فيها الربح والخسارة كالبيع والإيجار ففي هذا النوع من التصرفات يشترط التصرف وأهلية الإدارة.¹

هذه الأنواع المتقدمة من التصرفات القانونية يستطيع إجرائها أي شخص بلغ سن الرشد أي 19 سنة وكان متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجز عليه طبقاً للمادة 40 من القانون المدني الجزائري.²

أما من انعدمت أهليته بسبب صغر سن (أقل من 13 سنة) وبسبب عوارض أهلية المعدمة كالجنون والعنة فإنه لا يستطيع أن يباشر أياً من هذه التصرفات.

وهذا ما نصت عليه المادة 42 من ق. م. ج.³ ومباشرة لهذه التصرفات تقع باطلة مطلقاً أما من كان ناقص الأهلية كالصبي المميز (أي بلغ 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة أو كان سفيهاً أو ذا غفلة (عوارض الأهلية المتصفة) فإنه طبقاً لما جاء في المادة 43 ق. م.

¹ : محمد حسن القاسم، عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، المرجع السابق، ص 146.

² : المادة 40 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : المادة 42 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

ج¹. له أن يقوم بإجراء التصرفات النافعة نفعاً محصاً دون الضارة ضرراً محصناً أما دائرة بين هذا وذلك فهي موقوفة على إجازة الوالي أو الوصي أو أن يجيزها ناقصاً الأهلية نفسه بعد اكتمال أهليته.

القسم الثاني: عيوب الرضا في عقد البيع: يجب لكي يكون الرضاء صحيحاً أن

يكون خالياً من العيوب وأن يكون صادراً عن ذي أهلية وإلا كان العقد قابلاً للإبطال.

الغلط: هو وهم يقوم في ذهن يجعل المتعاقد يتصور المبيع على غير حقيقته والغلط

فيه المتعاقد حال تكوين إدارته فهو عين يصيب الإدارة فيتوهم أمراً على غير حقيقة فعند

أن تتطابق إدارته إلى إبرام العقد فمن يشتري تحفة على أنها أثرية ثم يتبين أنها عادية

يتعاقد وقد عاب الغلط إدارته، فالغلط يقع في صفة جوهرية في المبيع دفعت المشتري إلى

التعاقد لأن هذه محل اعتبار من جانب المشتري بغض النظر عن أنها تنتقل بالعرض الذي

أعد له الشيء أم لم تتصل، فالمعيار في الغلط معيار شخصي أو ذاتي أي يكفي أن تكون

الصفة الجوهرية في المبيع دافعة للمشتري بالذات إلى التعاقد ويصرف النظر عن اتصالها

بالعرض المعد له الشيء أو عدم اتصالها بذلك كما أن معيار بصدد الغلط أكثر تشدداً إذا

يلزم أن يكون الغلط جوهرياً بمعنى أن يصل إلى حد من الجسامه بحيث يتمتع معه المشتري

عن إبرام العقد ولو لم يقع في الغلط.²

¹ : المادة 43 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975

والمتمضمّن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : ادم وهيب النداوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة البيع والايجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان، 2000،

ص204.

المبادئ العامة إبرام العقد الغلط: لا محل هنا لبحث النظرية التقليدية في الغلط والانتقادات التي وجهت إليها لأن مكان ذلك كتب الالتزامات وسنقتصر على دراسة المبادئ العامة الأساسية للغلط وفقا للنظرية الحديثة.

تستبعد هذه النظرية من نطاق الغلط ما يسمى المانع أو الحائل وهو الغلط الذي يقع في ماهية العقد أو في ذاتية الشيء أو في سبب الالتزام لأن هذا الغلط يمنع من انعقاد العقد وتقتصر النظرية على الغلط المفسد للرضاء لأن الغلط لا يتعلق بتكوين العقد بل هو يفترض أن العقد قد استوفى أركانه وأن التطابق بين الإدارتين قد تم ولكن إحدى هاتين الإدارتين عجزت عن تحقيق عرضها بسبب وهم قام في ذهن صاحبها حملة على اعتقاد غير الواقع بالنسبة إلى الدافع الرئيسي الذي حفزه على التعاقد، أما إذا لم يتناول الغلط الدافع الرئيسي التقنين الجديد يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يتمتع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.¹

التدليس: هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالاتجاه إلى الحيلة والخداع لحمله على التعاقد ويقترّب التدليس من الغلط فإذا كان الأخير وهما تلقائيا فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى التغليف أي الإيقاع في الغلط ومثال التدليس أن يقدم شخص لآخر

¹ : ادم وهيب الندوي، شرح القانون المدني، العقود المسماة البيع والايجار، المرجع السابق، ص205.

شهادة كاذبة توهم بمثابة منزل بكثرة إيراده ويصل ذلك إلى حملة على شريانه فالتدليس يؤدي إلى الإيقاع المتعاقد في الغلط ولذا فهو يعين الرضا.

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام التدليس في المادتين 78/68 ق. م. ج.¹

شروط التدليس: أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد حتى يشوب الرضا وتقضي

المادة 86²/1 بقولها " يجوز إبطال العقد التدليس إذا كانت الحيل التي تلجأ إليها أحد

المتعاقدين أو النائب عنه من جسامه، بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد فإذا ثبت

أن التدليس لم يكن الدافع للتعاقد بأن لم تبلغ الحيل المستعملة فيه من الجسامه إلى حد

تضليل المتعاقد أو وصلت إلى ذلك الحد ولذلك الطرف المضلل كان ليرضى العقد وبنفس

الشروط حتى ولو لم يضل فلا يكون هنا للتدليس أثر على صحة العقد يلتزم أن تكون

الطرق الاحتيالية صادرة من المتعاقد أو نائبة أو أن يكون على الأقل عالما بها أو كان من

المفروض حتما أن يكون كذلك فتقضي المادة 87 قانون مدني جزائري على أنه " إذا صدر

التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت

أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس".³

¹ : المادة 78/68 الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 1/86 الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : المادة 87 الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الإكراه:

هو إجبار شخص يغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ويكون ماديا أو معنويا ويشترط في الإكراه لكي يكون عيبا من عيوب الرضا شرطان الأول إجبار شخص يغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه.

الثاني: أن يكون المكره قادر على إيقاع ما هدد به وأن يغلب على ظن المكره وقوع الإكراه عاجلا إن لم يفعل ما أكره عليه.

وإذا تم إبرام عقد البيع نتيجة الإكراه فإن هذا العقد لا يكون نافذا في حق من وقع عليه الإكراه وينفذ هذا العقد إلا بإجازته (صراحة أو دلالة) من المكره أو ورثة بعد زوال الإكراه.¹

ومن الجدير بالذكر أن تسجيل عقد البيع متى كان شكليا لا يمنع من فسخه بوجود الإكراه فمن باع سيارة و هو تحت تأثير الإكراه يستطيع فسخ هذا العقد ولو سجل في دائرة الترخيص المختصة حسب الأصول ويسري نفس الحكم على عقود البيع العقارية فإذا أبرم من وقع عليه الإكراه عقد بيع لعقار تمت فيه الأعمال التسوية وتم تسجيل هذا البيع تحت تأثير الإكراه جاز له فسخه بالرغم من حصوله أمام مأمور التسجيل ويتم تصحيح السجل

¹ : العايب سمير، حميطوش زكريا، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012، ص63.

بعد اكتساب القرار القضائي الخاص بالفسخ الدرجة القطعية ولقد أكدت محكمة التمييز الأردنية هذا المبدأ أي العديد من قراراتها.¹

الاستغلال:

هو عيب من عيوب الإدارة وهو يقوم أساساً على انتهاز شخص لناحية من نواحي الضعف الإنساني التي يوجد فيها شخص آخر لكي يحصل من على مزايا لا تتعادل النية مع ما يعطيه في مقابلها ولكن هذا الاستغلال وما يحدث عنه من عدم تعادل تام ما بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذ بمقتضى العقد قد يختلط بالعين باعتباره مجرد عدم التعادل بين ما يأخذ العاقد وبين ما يعطيه عند إبرام العقد لكن الاستغلال يعتبر في المقام الأول أمراً نفسها و أن عدم التعادل الناشئ عنه ليس إلا نتيجة استغلال الضعف النفسي لدى المتعاقد الآخر وعليه فإن الاستغلال هو انتهاز أحد المتعاقدين ما لدى المتعاقد الآخر من طيش بين وهوى جامح عند إبرام العقد، وذلك للحصول منه على مزايا دون مقابل أو على مزايا لا تتناسب النية مع ما يحصل عليه هذا المتعاقد وهذا ما نصت عليه المادة 90 ق. م. ج.

2

¹ : العايب سمير، حميطوش زكريا، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، المرجع السابق، ص64.

² : المادة 90 الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

عناصر الاستغلال كالأستغلال عنصرين هما عنصر مادي أو موضوعي وهو اختلال التعادل أو انعدامه وعنصر نفسي يتمثل في استغلال حالة الضعف النفسي الطيش البين أو الهوى الجامع لدى المتعاقد الآخر.¹

ثانياً: المحل

إن البيع عقد ملزم لجانبين وأهم التزامات البائع هي نقل ملكية المبيع، وأهم التزامات المشتري هي نقل ملكية الثمن، وعليه فإن محل البيع هو الملكية، إلا أننا هنا ننظر للشيء محل التزام وهو المبيع عادة والثمن في جانب المشتري.

أولاً: المبيع

يشترط في المبيع ما يشترط في محل العقد وفقاً للقواعد العامة، وحتى ينتقل حق الملكية يجب أن يتوفر في الشيء 3 شروط يترتب على تخلفها أو تخلف بعضها البطلان المطلق للعقد، هي:

1 - أن يكون موجوداً أو محقق الوجود في المستقبل:

والعبرة بوجود الشيء بوقت إبرام العقد، فقد يكون الشيء موجوداً قبل ذلك لكنه يهلك كلياً أو جزئياً وقت العقد، وقد يكون المبيع شيئاً محقق الوجود في المستقبل.²

- هلاك المبيع وقت العقد:

¹ : العايب سمير، حميطوش زكريا، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، المرجع السابق، ص64، ص65.

² : المرجع نفسه، ص66.

إن مسألة هالك المبيع لا تطرح إلا إذا كان الشيء محل العقد قيميا أي معينا بالذات، فإذا كان معينا بالنوع فلا مجال للحديث عن تبعة الهالك لأن المثليات لا تهلك، إذ يحل بعضها محل بعض في الوفاء المادة 686 من القانون المدني¹، الهالك إما أن يكون كليا أو جزئيا.

فإذا هلك الشيء المبيع كليا وقت إبرام العقد، فالعقد لا ينعقد لانعدام المحل، ولا يمكن للمشتري أن يطالب البائع بالتعويض إلا إذا كان الهالك معلوما لدى هذا الأخير، فإذا كان الهالك معلوما لدى المشتري دون البائع واستطاع البائع اثبات ذلك فلا يحق للمشتري طلب التعويض ولا استرداد الثمن إذا كان قد دفعه، أما إذا هلك المبيع جزئيا: فإذا كان الهالك جسيما، بحيث لو علمه المشتري لما أقدم على التعاقد، لا يجبر نفسه من الصفقة كلها، أما إذا كان المشتري على إبرام العقد وله الحق في استرداد ما دفعه من ثمن الهالك طفيفا يجوز أن ينعقد العقد وللمشتري حق المطالبة بإنقاص الثمن بما يناسب القدر الذي هلك من المبيع إن أراد إبرام العقد.

غير أن المشتري وإذا كان المبيع متكون من أشياء مختلفة وهلك بعضها دون الآخر لا يكون له هذا الخيار إلا إذا كان حسن النية، فالجوز للمشتري طلب إقالته من العقد إلا إذا أثبت وجود اتفاق يقضي بارتباط الأشياء ببعضها واعتبارها غير قابلة للتجزئة.²

¹ : المادة 686 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : عبد المنعم البداري، الوجيز في عقد البيع، مطبعة الكيلاني للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1980 . ص 228.

جدير بالذكر أن مسألة الهالك الجزئي لم يتطرق لها المشرع، لذا يبقى الأمر في حال المنازعة القضائية في يد القاضي، فله إعمال سلطته في تقدير فيما إذا كان تحديد مقدار الهالك الجزئي طفيفاً أو جسيماً من جهة، وفيما إذا كان للمشتري حق إقالته من العقد أو إنقاص الثمن من جهة أخرى¹.

- إمكانية أن يكون المبيع غير موجود وقت العقد لكنه محقق الوجود في المستقبل:

نصت المادة 92 من القانون المدني² على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً"، يجب أن يرتبط وجود الشيء بافتراض تحققه لا على محض المجازفة، ولم يأخذ المشرع الجزائري بالمجازفة فيما أخذ بها المشرعين المصري والفرنسي. وأبرز تطبيقاً عصرية تؤكد جواز أن يكون المبيع شيئاً مستقبلي مادام محقق الوقوع هو البيع على التصاميم أي بيع عقار بناء على تصميم فقط دون وجوده الفعلي، وهو بيع منظم عبر احكام القانون 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الذي ألغى كل النصوص السابقة التي نظمت البيع على التصاميم أولها المرسوم التشريعي 03/93 لسنة 1993.

والعقد المنصب على الأشياء مستقبلية محققة الوقوع، فاستثناء لا يجوز التعامل في شركة إنسان حي، الحكم الواضح في الفقرة 02 للمادة 92 من القانون المدني³.

¹ : مورييس نحلة، شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، الجزء الخامس، ص55.

² : المادة 92 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : المادة 1/92 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

2- أن يكون معينا أو قابلا للتعين:

يتم التمييز بين المبيع المعين بالذات (القيميات) والمعين بالنوع (المثليات):

- تعيين المعين بالذات:

يتم تعيينه بتحديد صفاته الأساسية تحديدا ينفي الجهالة عنه، فإذا كان المبيع سيارة يكون معينا إذا حدد نوعها وصفها ولونها وسنة أول استعمال لها ورقمها التسلسلي في الطراز وقوتها وعدد الأمكنة فيها. إذا كان منزلا يكون معينا إذ عين موقعه، مساحته، عدد الغرف، عدد الطوابق.

- تعيين المعين بالنوع:

إذا كان المبيع معينا بنوعه، فيتعين بنوعه ومقداره ودرجة جودته، والمقدار إما أن يحدد بالوزن أو الكيل، بالعد أو بالقياس، فإذا كان قمحا نقول: نوعه: قمح، مقداره 100 قنطار، درجة جودته: جيد¹.

ولا يشترط أن يكون الشيء المعين بالنوع قد اجتمع فيه تحديد النوع والمقدار والصنف، فقد يكون معينا إذا وجد ما يدل على تعيين مقداره فقط كأن يطلب المشتري من البائع عددا من البيض بعدد الأطفال الموجودين في الحضانة².

إن البيع وفقا لأحكام السابقة هو بيع بالتقدير يقابله بيع الجزاف:

وبيع الجزاف، هو بيع ما يكال أو يقاس أو يعد دون كيل أو عد أو قياس، أي جملة واحدة مقابل مبلغ من النقود كأن يقول البائع بعثك كل كمية السكر الموجودة في مخزني مقابل 50000 دج.³

¹ : مورييس نحلة، شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص56.

² : عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص147.

³ : نجيدة علي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003، ص171.

العبرة في بيع الجراف هو عدم تقدير المبيع نفسه لا عدم تقدير الثمن، إذ يبقى جرافاً ولو كان تحديد الثمن متوقف على تقدير المبيع، مثال: بعتك كل القمح الموجود في مخزني مقابل 5000 دج للقنطار، وهي الأحكام التي أقرها المشرع في المادة 362 فقرة 2 ق م¹. وهناك من الفقهاء من قام بتمييز بيع التقدير عن بيع الجراف، من حيث انتقال الملكية وتبعية الهالك، وهو مجرد تزيد إذ لا فرق في كيفية انتقالها في البيعين إذ تنتقل الملكية في الجراف بنفس الطريقة التي تنتقل بها الملكية في الشيء المعين أي في بيع التقدير وفقاً للمادة 362 ق م² على النحو الذي سيأتي بيانه في التزام البائع بنقل الملكية، وفيما يتعلق بتبعية الهالك فعلى البائع في البيعين ما لم يعذر المشتري بالتسلم كما سيتم بيانه في التزام البائع بالتسليم. ولعل الاختلاف الوحيد يكمن في حالة وجود زيادة أو نقصان في مقدار المبيع، فلا يطالب بها أي من المتعاقدين في بيع الجراف، أما البيع المقدر فتحكمها المادة 365 من القانون المدني³.

3- أن يكون المبيع مشروعاً:

عادة شرط المشروعية مفاده عدم مخالفة المبيع للنظام والآداب العامين، أو تطبيق أحكام المادة 62 من القانون المدني⁴ على أنه: "كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محالاً للحقوق المالية".

¹ : المادة 2/362 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 362 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : المادة 365 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

⁴ : المادة 62 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

الثن في عقد البيع هو عبارة عن مبلغ نقدي يلتزم المشتري بدفعه للبائع مقابل نقل البائع ملكية المبيع إليه، ويشترط في الثمن أن يكون: نقدا، مقدرا أو قابلا للتقدير، جديا (حقيقيا):¹

أ- أن يكون نقدا:

هذا ما ورد في المادة 351 من القانون المدني²، ولا يشترط أن يكون معجلا، بل يمكن أن يكون مؤجلا أو مقسما، ولا يصح أن يكون الثمن أسهما أو سندات أي أوراقا مالية غير النقد، ويجوز أن تحل محل النقود الأوراق التجارية من شيك، سفتجة أو سند لأمر في الوفاء بالثمن، وهي نفس الأحكام التي سبق وأن تطرقنا لها في خصائص البيع بأن يكون المقابل فيه نقود.

ب- أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير:

الأصل في تقدير الثمن أن يتم بناء على اتفاق المتعاقدين معا، ولا يشترط فيه أن يكون مقدرا، بل يكفي أن يكون قابلا للتقدير متى اتفق الأطراف على ذلك، وقد يقتصر عقد البيع على مجرد بيان أسس تقديره التي بموجبها يكون الثمن بالتأكيد معلوما.

وفي كل الأحوال يجب أن يتم الاتفاق على كيفية تقدير الثمن، وإلا كان باطلا

بطلانا مطلقا، غير أن هذه القاعدة -التحديد الاتفاقي للثمن- ترد عليها استثناءات هي:³

- نزع الملكية

¹ : نجيده علي، الوجيز في عقد البيع، مرجع سبق ذكره، ص172.

² : المادة 651 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : باسي كاتية، يونسى صبرينة، التزامات البائع والمشتري في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة بجاية، الجزائر، 2013، ص26.

- حالة البيع بالمزاد العلني
- البيوع بالتسعيرة الجبرية
- البيع الذي يحدد ثمنه المنتج كوضع الثمن على علبة العصير أو مشروب أو حليب
- **البيع في عقود الإذعان.**

أما بالنسبة لامكانية أن يكون الثمن قابلا للتقدير، فإن هذا يقودنا لتعريف الطالب بؤس تقديره، فإذا لم يكن الثمن مقدرا في العقد جاز أن يكون قابلا للتقدير، وهو المبدأ الذي نص عليه المشرع في المادة 356 فقرة 1⁰¹، وقد أوجد أساسا للتقدير هما سعر السوق والذي نظمه في المادة 356 فقرة 02² والسعر المتداول في التجارة أو الذي جرى عليه التعامل بينهما والذي بين أحكامه من خلال المادة 357 من القانون المدني.

ج- أن يكون الثمن جديا:

والمراد بهذا الشرط أن تتجه إرادة الطرفين إلى التزام المشتري بدفعه باعتباره مقابلا حقيقيا للمبيع، ولا يكون الثمن جديا إذا كان صوريا أو تافها، أما الثمن البخس فينعقد به العقد.

والثمن الصوري هو الثمن المسمى شكال بين الأطراف لكن لا يلتزم به الأطراف لذلك لا ينعقد البيع متى ثبتت صورية الثمن، والثمن التافه هو الثمن الذي لا يتناسب أصلا مع قيمة المبيع³.

¹ : المادة 1/356 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 2/356 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : باسي كاتية، يونسى صبرينة، التزامات البائع والمشتري في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص27.

أما الثمن البخس فهو الثمن الذي يقل بكثير عن قيمة المبيع لكن دون أن يصل لحد اعتباره تافها، كما أنه ثمن حقيقي اتجهت إرادة البائع إلى قبوله كعوض عن المبيع، وإرادة المشتري إلى دفعه كمقابل لحصوله على المبيع، ومن أهم تطبيقاته الغبن في بيع العقار، وهو ما سيتم التطرق إليه فيما يلي¹:

- الغبن في بيع العقار كتطبيق في الثمن البخس:

يجوز أن يكون الثمن بخسا مادام حقيقيا، أي اتجهت إرادة البائع إلى اعتباره مقابلا للمبيع إلزام المشتري بدفعه، إلا أن المشرع قد قرر منح حماية للبائع إذا ظهر أن الثمن كان بخسا لحد ن المبيع عقارا معين، حيث نصت المادة 358 من القانون المدني² على أنه: "إذا بيع عقار بغبن يزيد عن الخمس للبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل، ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع". وجاء في المادة 359 من القانون المدني³ ما يلي: "تسقط بالتقادم دعوى تكملة الثمن بسبب الغبن إذا انقضت ثلاث سنوات من يوم انعقاد البيع. وبالنسبة لعديمي الأهلية فمن يوم انقطاع سبب العجز.

ولا تلحق هذه الدعوى ضررا بالغير الحسن النية، إذا كسب المبيع حقا عينيا على

العقار المبيع وتتنص المادة 360 على ما يلي⁴:

"لا يجوز الطعن بالغبن في بيع تم بطريق المزاد العلني بمقتضى القانون."

¹ : محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، 2003، ص 80.

² : المادة 358 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : المادة 359 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

⁴ : المادة 360 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

من خلال هذه النصوص، فإن الحماية التي منحها المشرع للبائع لعقاره بثمن بخس، هي إمكانية رفع دعوى والمطالبة بتكملة الثمن، ويمكن استخراج شروط قبول دعوى الغبن من هذه النصوص، وهي:

1- أن يكون المبيع عقارا: والمقصود هنا هو العقار بطبيعته، ويستوي في ذلك أن يرد البيع على حق الملكية ذاته أو على حق عيني آخر على العقار، أما المنقولات، فلا يجوز فيها الطعن بالغبن ولو كانت منقولا بحسب المآل، كما أن العقارات بالتخصيص ليست محال لدعوى الغبن إلا إذا بيعت مع العقار بصورة متصلة، فيلحق الغبن البيعة كلها¹.

2- ألا يكون البيع قد تم بالمزاد العلني: أنه بيع من نوع خاص، متوقف على أعلى عطاء.

3- أن يكون التصرف بيعا.

4- أن يكون صاحب العين المبيعة كامل الأهلية أو ناقصها: وهذا يستفاد من المادة 359 من القانون المدني. أما المشرع المصري فاشتراط أن يكون البائع غير كامل الأهلية لأنه يرى أن كامل الأهلية حر في أن يبيع ماله بأي ثمن شاء، فإذا باعه بثمن قليل لم يؤثر في سالمته البيع مقدار الغبن الذي ألحق به مهما كان الغبن فاحشا، مادام الثمن جديا قصد البائع أن يحصل عليه.

5- أن يزيد الغبن عن الخمس 5/1 من قيمة العقار: والمقصود بهذه النسبة أن يكون ثمن البيع أقل من قيمة العقار الحقيقية وقت البيع بأكثر من الخمس، أي بأقل من أربعة أخماس قيمته الحقيقية، والعبرة في التقدير بوقت البيع لا بوقت رفع الدعوى، وفقا للفقرة 2 من المادة 358 من القانون المدني².

¹ : محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، مرجع سبق ذكره، ص 81.

² : المادة 2/358 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

دعوى الغبن لا تشهر لأنها تتعلق بحق شخصي، الصفة في رفع الدعوى تثبت للبائع دون المشتري، كما يجوز أن يرفعها خلفه العام، فالبائع هو المدعي في الخصام والمشتري هو المدعى عليه، يجب أن ترفع دعوى الغبن في أجل 3 سنوات من يوم انعقاد البيع، أما بالنسبة لناقص الأهلية فثلاث سنوات من يوم انقطاع هذا عجز.

ودعوى الغبن الفاحش هي دعوى تكملة الثمن، يتمحور موضوع هذه الدعوى هو المطالبة بحق شخصي وللبائع إذا نجح في دعواه أن ينفذ بهذا على جميع أموال المشتري بما فيه العقار المبيع ذاته، فالبائع صاحب حق امتياز على العقار بموجب المادة 999 من القانون المدني¹.

يقوم القاضي بتقدير فيما إذا كان البائع قد وقع في غبن أو لا، وله أن يستعين بخبير في تقدير ثمن العقار، والعبرة بتقدير الغبن المادي في العقار بوقت البيع لا بوقت رفع الدعوى، ويقع على المدعي عبئ إثبات وقوعه في غبن بكافة طرق الإثبات.

ولا مجال للمطالبة بإبطال العقد كما هو معروف في القواعد العامة، فالغبن الوارد في المادة 358 يختلف عن الغبن الوارد في المادة 90 من القانون المدني².

قد أكدت المحكمة العليا الفرق بين الغبنيين في قرارها رقم 249694 ، بتاريخ 20 جوان 2001 ، الذي جاء فيه ما يلي: " المستفاد من القرار المطعون فيه أن قضاة الموضوع لما رفضوا دعوى الطاعنين الرامية إلى تكملة ثمن بيع العقار بعدم اثبات الغبن فإنهم يكونون قد وقعوا في خلط بين دعوى الغبن ودعوى الاستغلال، فدعوى الغبن تقوم على أساس مادي لا يكلف فيها البائع بإثبات أنه وقع في غلط أو كان ضحية غش، بل يثبت فقط توافر

¹ : المادة 999 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 90 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

شروط الغبن لأنها ترجع في طبيعتها إلى فكرة التعادل بين المبيع والتمن، عكس دعوى الاستغلال القائمة على الأساس الشخصي.

وبقضائهم كما فعلوا فإن قضاة الموضوع يكونون قد شوهوا قرارهم بالخطأ في تطبيق القانون".

على أن المشرع قد خول البائع الذي لم ينجح في دعوى تكملة الثمن الحق في الفسخ: فيسترد المبيع من عند المشتري أي يعاد الحال إلى ما كان عليه قبل البيع، فإذا كان المشتري في الفترة ما بين البيع والمطالبة القضائية قد رتب للغير حقوقا عينية على العقار، وكان هذا الغير حسن النية، يسترد البائع العقار مثقال بحق الغير حسن النية، حسب المادة 359 فقرة 102¹، مع إمكانية مطالبة المشتري الأول بالتعويض طبقا لقواعد الفسخ، أما إذا كان التصرف هو الملكية التامة فلا مجال للاسترداد إلا إذا ثبتت سوء نية المشتري.²

ثالثا: السبب

لا يختلف السبب في البيع عن السبب في القواعد العامة لذا نحيل الطالب لما تمت دراسته في القواعد العامة، ويشترط في السبب شرط وحيد هو أن يكون مشروعاً. قد عالج المشرع فكرة صورية السبب في المادة 98 من القانون المدني³، فعلى من يدعي صورية السبب اثبات ذلك، إذ يعتبر السبب المذكور في العقد حقيقياً إلى حين إثبات عكس ذلك.

¹ : المادة 2/359 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، عقد البيع، دراسة مقارنة، دار وائل للنشر والتوزيع، سنة 2008، ص244.

³ : المادة 98 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

يشترط في السبب شروط تتمثل فيما يلي:

1. وجود السبب: يتصرف هذا الشرط إلى السبب القسدي وهو الغاية التي يقصد الملتزم الحصول عليها وفي العقود الملزمة للجانبين يكون سبب التزام كل من العاقدين هو ارتقاب تنفيذ التزام العاقد الآخر وفي عقد البيع يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو ارتقاب الحصول على الثمن من المشتري وسبب الالتزام المشتري يدفع الثمن هو ارتقاب الحصول على ملكية المبيع من البائع ولذلك فالالتزام كل من البائع و المشتري مرتبط بالأخر بحيث إذا اختلف التزام أحدهما عند الاتفاق فلا ينشأ التزام الآخر وبالتالي لا يوجد عقد بيع وإذا اختلف أحد الطرفين عن تنفيذ التزامه بعد انعقاد العقد كان للأخر أن يتمتع عن تنفيذ التزامه وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ كما أن له أن يطلب الفسخ ليتخلص من العقد نهائياً وإذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً فإن الالتزام يقتضي وينقضي معه الالتزام المقابل ويفسخ العقد من تلقاء نفسه.¹

بالنسبة لوجود السبب فإن المشرع الجزائري أخذ بالنظرية التقليدية والتي تشترط لانعقاد العقد وجود الالتزام والسبب وفقاً لهذه النظرية هو اتفاقية القرنية التي يستهدفها المتعاقد من وراء التزامه وتطبيقاً لهذا يكون سبب التزام البائع بنقل الملكية هو التزام المشتري بدفع الثمن فإذا كان الثمن تافهاً فإن التزام البائع يكون بدون سبب ومن ثم فلا ينعقد البيع.² كما يجب أن يكون صحيحاً فإذا كان السبب موهوماً أو صورياً فإنه غير صحيح فإذا تعهد وارث بوفاء دين على مورثه ثم اتضح أن هذا الدين قد انقضى بسبب من أسباب الانقضاء فهنا نجد صورة السبب الموهوم لأن المتعاقد وقع في غلط في وجود السبب ويبطل العقد ومن الأمثلة أيضاً اتفاق الوارث مع الموصي به دفع مبلغ من النقود لتنفيذاً لوصية ثم يتضح أن الموصي قد رجع في وصيته فالعقد هنا يبطل لعدم صحة السبب.³

¹ : آدم وهيب البنداوي، العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، بغداد، العراق، سنة 1999، ص59.

² : آدم وهيب البنداوي، العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، المرجع السابق، ص60.

³ : المرجع نفسه، ص61.

ينصرف هذا الشرط إلى السبب الدافع أي الباعث الذي دفع الملتزم إلى أن يرتب الالتزام في ذمته فإن كان للباعث 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 مشروعيته الباعث لدى المتعاقد معه فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا وبالعكس إذا الطرف الآخر يعلم بعدم مشروعية الباعث لدى المتعاقد معه فلا يكون العقد باطلا ويبرر هذا الحكم الحرص على استقرار التعامل فلا يبطل عقد البيع إذا كان المشتري دار لتخصيصها للدعاوي كان البيع لا يعلم بهذا الباعث وكل ما تقدم هو تطبيق للقواعد العامة في السبب على العقد أخذ المشرع الجزائري بالنظرية الحديثة بالنسبة لمشروعية السبب ومفهوم سبب العقد وفقا لهذه النظرية يتمثل في الدافع (الباعث) إلى التعارض قد فتشترط أن يكون دافع المتعاقدين غير متعارض مع النظام العام و الآداب العامة فإذا كان الدافع مشتري العقار هو تخصيصه لممارسة الدعارة وكان دافع البائع هو استعمال الثمن في شراء المخدرات كان سبب العقد في هذه الحالة غير مشروع ومن ثم يكون العقد باطلا.¹

رابعا: الشكالية

زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد، كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد، والمادة 324 مكرر²

¹ : فايز احمد عبد الرحمان، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، سنة 2006، ص48.

² : المادة 1/324 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد.

وإذا كان بين الأطراف أو الشهود من لا يعرف أو لا يستطيع التوقيع يبين الضابط العمومي في آخر العقد تصريحاتهم في هذا الشأن ويضعون بصماتهم ما لم يكن هناك مانع قاهر، وفضلا عن ذلك، إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف، يشهد على ذلك شاهدان بالغان تحت مسؤوليتهما استنادا المادة 324 مكرر 3: ¹ يتلقى الضابط العمومي، تحت طائلة البطلان، العقود الرسمية، بحضور شاهدين طبقا المادة 324 مكرر 4²: يبين الضابط العمومي في العقود الناقلة أو المعلنة عن ملكية عقارية، طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان صفة وتاريخ والتحويلات المتتالية .

والشكلية إفراغ العقد غي شكل معين يستلزمه القانون فهي ركن في التصرف القانوني أي ثبوت الإرادة بمقتضى القانون ومن دون الشكل التصرف باطل في العقود الشكلية، وهي خروج مباشر لمبدأ الوصائية وتتطلب شكل معين كشرط أساسية لقيام العقد الشكلي.

ثانيا: الهبة

تنص المادة 206 من قانون الاسرة الجزائري³ على " الهبة تمليك بل عوض ويجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف تماما على انجاز الشرط".

¹ : المادة 3/324 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

² : المادة 4/324 من الأمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

³ : المادة 206 من الأمر، 02/05 المؤرخ في 27 فيفري، 2005، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، ج ر، العدد 15، سنة 2005.

وينقل ملكيته دون مقابل سواء كان عقارا أو منقولا، والشيء الموهوب لا يكون بالضرورة حق الملكية في العقار أو المنقول، حيث يجوز أن يكون حق انتفاع. وقد نصت المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري بأن "الهبة تملك بلا عوض، فالواهب إذن يتصرف مباشرة في ماله فينقل للموهوب له ملكية الشيء الموهوب، ويجوز أن يكون ذلك المال أي حق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة في الملكية. إن عقد الهبة شأنه شأن العقود الأخرى، تتطلب ثلاث أركان لإنشائها " الرضا والمحل والسبب"، لما كان عقدا رسميا استوجب ركن الشكل وعدم توافر هذه الأركان يؤدي إلى بطلان العقد المطلق، أما إذا نقص شرط من شروط الصحة فيصبح قابلا للإبطال ولما كانت من العقود الرسمية فتستوجب ركنا آخر وهو التحرير في ورقة رسمية وإلا كان العقد باطلا.

المطلب الثاني: اكتساب الملكية بالمبادلة والمزاد العلني

أولا: المبادلة

المبادلة عقد يلتزم بموجبه كل من المتعاقدين أن ينقل للأخر، على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود، وفي تعرف اخر المبادلة هي عقد يلتزم بموجبه كلا المتعاقدين أن ينقل الى الاخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود. وتسري المبادلة على أحكام البيع بالقدر الذي تسمح به طبيعة المقايضة، ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتريا للشيء الذي قايض عليه.¹

¹ : علوي عمار، الملكية و النظام العقاري في الجزائر ، الجزائر ، دار هومه، 2004، 72.

ان الكثير من عقود مبادلة العقارات التي تقدم للمناقشة أمام المحكمة ترد في شكل عرفي، خاصة بالنسبة للأراضي الزراعية في المناطق الريفية، لكن المحاكم تتصدى لها بالرفض لعدم افرأها في قالب توثيقي، وتأسيسا لنص المادة 415 من القانون المدني التي أكدت على أنه تسري أحكام عقد البيع على عقد المبادلة، حيث يعتبر كل متقايضين بائعا للشيء الذي كان مملوكا للطرف الاخر، وقايض هو عليه، وبما أن الشكلية المطلوبة في عقد البيع هي الكتابة الرسمية، فإن عقد المبادلة يخضع بدوره هو الاخر للكتابة الرسمية، وبالتالي وجوب اثباته بعقد رسمي محرر أمام موثق عمومي يكون موضوع اشهار لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا، لكي ينتج آثاره القانونية على الغير.¹

ثانيا: المزاد العلني

يحتل البيع مكانة كبيرة في المجتمع، كونه محل معاملات يومية للأفراد، وفي الوقت الحاضر نجد أن هذه البيوع متعددة بناء على طبيعة المتغيرات منها البيع بالمزاد العلني، وهو عملية بيع وشراء العقارات والمنقولات عن طريق المزايدة في السعر من قبل المشتري للوصول بها الى أعلى ربح، وهذه الطريقة يستلزمها القانون في بعض الأحوال كبيع أموال المدين جبرا، كما قد يكون اختيارا، كما لو نظمت مؤسسة مزادا، ويكون محل المزاد بيع منقولات أو عقارات.

يحتاج البيع بالمزايدة إلى إجراءات عديدة يتم بها إبرام هذا النوع من العقود، والأمر المهم في مثل هذه البيوع معرفة الوقت الذي يتم فيها الايجاب والقبول لأن افتتاح المزاد ولو كان على أساس سعر معين لا يعتبر إيجابا وإنما هو دعوى الى التقاعد فقط وإعطاء المزايدة المزايدة يعتبر إيجابا، ويلتزم بالبقاء عليه حتى يتقدم آخر بعباء أفضل.

¹ : المادة 415 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

وفي هذه الحالة يسقط العطاء السابق، ويتم إرساء المزايدة على أكبر عطاء، وبما أن للبيع بالمزاد العلني ضوابط وقواعد قانونية، فلقد وضع المشرع الجزائري عدة نصوص تشريعية و تنظيمية لضبط مراحل وإجراءات البيع عن طريق المزاد العلني سواء الاختيارية أو الاجبارية، واعتبار البيع بالمزايدة عملا تجاريا بحسب الموضوع في القانون التجاري طبقا للمادة الثانية منه.¹

المزايدة أو البيع بالمزاد العلني هو أن يطرح عين البيع فيتزايد في ثمنه الراغبون في شرائه فيثبت للزائد الأخير الذي يمنح أكبر مبلغ.²

المبحث الثاني: اكتساب الملكية بقوة القانون

المطلب الأول: اكتساب الملكية بطريق الشفعة

الشفعة لغة هي عملية إضافة شيء الى اخر، أما بالنسبة للاصطلاح القانوني فالشفعة سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، وهي رخصة يمنحها القانون لشخص معين تتوفر فيه شروط معينة، تجيز له الحلول محل المشتري في بيع العقار بدفع الثمن الذي قام عليه العقد، وهي لا تنصب الا على العقار، وهي حق تملك العقار المبيع ولو جبرا على المشتري بما أداه من ثمن والنفقات ويثبت الحق في الشفعة بتمام المبيع الشفعة تعتبر رخصة تجيز الحلول محل المشتري العقار في أحوال معينة إذا توفره الشروط التي نص عليها القانون".³

ولما كانت الشفعة حق استثنائي وفيه خروج عن القاعدة التي تقضي بأنه: "لا ينزع من المالك ملكه دون رضاه"، لذلك كان لا بد من شروط واضحة للشفعة باعتبارها استثناء وعلى ذلك سنعرض الشروط على النحو التالي:

¹ : علوي عمار، الملكية و النظام العقاري في الجزائر، المرجع السابق، ص73.

² : علوي عمار، الملكية و النظام العقاري في الجزائر، المرجع السابق، ص74.

³ : بن عبيدة (عبد الحفيظ): إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري الجزائر ، دار هومه 2003، ص94.

1- لا شفعة الى في البيع:

لا تجوز الشفعة الا في البيع، ولا تجوز في المنقولات وإنما محلها العقارات، وعلى ذلك يجب استبعاد ما عدا البيع من تصرفات قانونية، لكن هناك بعض البيوع لا يجوز الأخذ بالشفعة فيها مثل البيع بالمزاد العلني.¹

2- البيع بين الأصول والفروع:

إن وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين، أو بين الأقارب حتى الدرجة الرابعة أو بين الأصهار حتى الدرجة الثانية.

3- البيع لمحل عبادة:

إذا كان العقار قد بيع ليجعل محل عبادة أو ليلحق بمحل عبادة أو للمنفعة العامة وعليه فإن البيع الذي يجوز الأخذ به في الشفعة يجب أن تتوفر فيه الشروط التالية:²

- يجب أن يكون للبيع وجودا قانونيا

- يجب أن يكون البيع حقيقيا

- يجب أن يكون البيع تام.

المطلب الثاني: اكتساب الملكية بطريق الميراث

إذا لم تكن التركة محملة بدين فإن التركة تنتقل من المورث الى الوارث بمجرد الوفاء. أما إذا كانت التركة محملة بالديون، فقد وجد خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد الوقت الذي تنتقل فيه التركة الى الورثة فمنهم من يرى ان التركة تضل على ذمة الموروث ولا تنتقل الى الورثة الا بعد سداد الديون، وهذا هو الراجح، ومنهم من يرى أن التركة تنتقل الى الورثة فور وفاة الموروث وهي محملة بالديون.

¹ : المرجع نفسه، ص95.

² : منصور (محمد حسين) : الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ، الدار الجامعية 2006، ص279.

ولحماية حقوق دائني الشركة فقد أوجد القانون طريقتين يتم من خلالها استيفاء حقوق

من لهم ديون على الشركة، هاتين الطريقتين هما:¹

- الطريقة الأولى: طريقة الإجراءات الفردية

وهي الطريقة المألوفة وهي الأصل، وفيها يستوفي الدائنون حقوقهم، من أموال الشركة بموجب إجراءات فردية يتولاها كل دائن لنفسه، فيتخذ من الإجراءات التحفظية والتنفيذية ما يكفل له استيفاء حقه.

- الطريقة الثانية: طريقة الإجراءات الجماعية

هو أمر استثنائي لا يجوز الالتجاء اليه الا عند ضرورة، ذلك أن نظام التصفية الجماعية ينطوي على إجراءات طويلة، ويقتضي تكاليف كبيرة، فلا يصح أن يكون نظاما اجباريا تخضع له كل الشركات، بمعنى أنه يجوز لذوي الشأن أن يطبقوه متى شأؤوا، وإنما هو نظام وضع لتصفية الشركات الكبيرة اذا أثقلتها الديون وتعقدت شئونها، والقاضي وحده هو الذي يقدر ما إذا كان يستجيب لطلب اخضاع الشركة لنظام التصفية، إذا وجد من ظروف الشركة ما يبرر ذلك.

إن العقد التوثيقي المتضمن الشهادة التوثيقية والذي يتضمن البيانات السابق الإشارة

اليها يكون محل اشهار لدى المحافظة العقارية المختصة إقليميا.²

¹ : المرجع نفسه، ص280.

²: منصور (محمد حسين): الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص281.

الختامة

الخاتمة:

وعليه تعتبر الملكية العقارية موضوعا خصبا ومتعدد الشعب نظرا للأهمية البالغة التي تلعبها في شتى المجالات سواء ما تعلق منها بالحياة الاقتصادية أو السياسية أو الاجتماعية. ولما كان العقار - و هو كل شيء ثابت في حيزه لا يمكن نقله أو تحويله دون تلف- من أهم الأشياء التي ترد عليها الحقوق خصه المشرع بحماية قانونية واسعة فنظم أحكامه و بين أسسه و حدد قواعد تسييره و حفظه و أنشأ هيئات إدارية و قضائية تدير على التنفيذ الحسن لمختلف النصوص المنظمة للعقار.

ولقد اعتبر المشرع الجزائري التصرفات الواردة على العقارات من التصرفات التي تقتضي أهمية كاملة، هذه الأخيرة التي تعتبر خاصة من خصائص الشخصية القانونية للإنسان باعتباره شخص من أشخاص الحق.

النتائج:

- يتم اكتساب الملكية العقارية بالطرق المادية أو القانونية
- اعطى المشرع الجزائري اهتمام منقطع النظير لموضوع الملكية العقارية وطرق اكتسابها

التوصيات:

- ضرورة مسايرة التطورات التشريعية الحاصلة في مجال العقار
- ضرورة تبني رزمة تشريعية تتميز بسهولة الإجراءات

قائمة المصادر و المراجع

أولاً: القوانين والأوامر

- 1.دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية لسنة 1963.
- 2.القانون رقم 33 لسنة 1964 المتعلق بنزع الملكية والاستيلاء المؤقت.
- 3.القانون رقم 21-14 المؤرخ في 28 ديسمبر 2021 المتضمن تعديل قانون العقوبات.
- 4.قانون الولاية رقم 12/07 المؤرخ في ،21/02/2012 المتضمن قانون الولاية المعدل و المتمم.
- 5.الأمر،02/05 المؤرخ في 27 فيفري ،2005 ، المتضمن لقانون الأسرة الجزائري، ج ر، العدد ،15 سنة .2005.
- 6.الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

ثانياً: الكتب والمؤلفات

- 1.أحمد محمد قاسم ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، طبعة سنة 2003 .
- 2.أدم وهيب البنداوي، العقود المسماة في القانون المدني، البيع والإيجار، بغداد، العراق، سنة 1999 .
- 3.ادم وهيب النداي، شرح القانون المدني، العقود المسماة البيع والإيجار، الطبعة الأولى، دار الثقافة عمان، 2000.
- 4.امحمدي فريدة(زواوي)، الحياة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، 2000،
- 5.أمير فرج يوسف، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والشركة، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، سنة 2007.
- 6.أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني (البيع المقايضة، الهبة، الشركة، القرض، والدخل الدائم، الصلح)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2002.
- 7.بن عبيدة (عبد الحفيظ): إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري الجزائر ، دار هومه 2003.

8. بيان يوسف رجب، دور الحياة في الرهن الحيازي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2004.
9. جعفر محمد جواد القضيلى، الوجيز في عقد البيع، المكتبة زين الحقوقية، والأدبية، بيروت، 2013.
10. حسن القصاب، مادة الحقوق العينية، الفصل الخامس، د ط، جامعة القرويين، كلية الشريعة، المغرب، 2015 .
11. حمدي باشا عمر - نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام - دار هومة الجزائر، 2008.
12. سعد نبيل إبراهيم النظرية العامة للالتزام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية سنة 2004.
13. عباس العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2009 ..
14. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال)، الجزء الثامن، د ط، دار إحياء التراث العربي، بيروت/ لبنان، 2010 .
15. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (اسباب كسب الملكية ، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية)، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، الجزء التاسع 1968.
16. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - ج 9، 2000.
17. عبد المنعم البدروي، الحقوق العينية الأصلية، مكتبة السيد عبد الله وهبه، مصر 2000،
18. عبد المنعم البداري، الوجيز في عقد البيع، مطبعة الكيلاني للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 1980 .
19. عبد المنعم بدروي، حق الملكية (توجه عام وأسباب كسبها)، د ط، الجهات المركزية للكتب الجامعية والمدرسية والوسائل التعليمية، القاهرة/ مصر ، 1978 .
20. عبد المنعم فرج الصده، الحقوق العينية الأصلية، دون طبعة دار النهضة العربية، لبنان، د.س.ن.

21. عدنان سرحان، شرح أحكام العقود المسماة، عقد البيع، دراسة مقارنة ، دار وائل للنشر والتوزيع، سنة 2008.
22. علوي عمار، الملكية و النظام العقاري في الجزائر ، الجزائر ، دار هومة، 2004.
- علي فيلاي، الالتزامات - النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، الطبعة الثانية، سنة 2005 .
23. علي هادي العبيدي، الوجيز في شرح القانون المدني الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية-الحقوق العينية التبعية)، الطبعة العاشرة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان/الأردن، 2013 .
24. عمار علي/الملكية النظام العقاري في الجزائر، طبع دار هومة ،سنة 2004.
- فايز احمد عبد الرحمان، عقد البيع، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، سنة 2006 .
25. فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المسماة، عقد البيع، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، منشأة توزيع المعارف، الإسكندرية، 2006.
26. قدري عبدالفتاح الشهاوي، الحيازة كسب من أسباب كسب الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
27. ليلى طلبه - الملكية العقارية الخاصة وفقا لأحكام التشريع الجزائري - دار هومة الجزائر ، 2004.
28. محمد أنيس - قاسم جعفر - النظرية العامة لأملاك الإدارة والأشغال العمومية - الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية - الجزائر ، 1983.
29. محمد حسن القاسم، عقد البيع دراسة مقارنة في القانون اللبناني والمصري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة 1999 .
30. محمد حسين قاسم ،موجز الحقوق العينية الأصلية، منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2005 .
31. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية الملكية والحقوق المتفرعة عنها (أسباب كسب الملكية)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية/ مصر ، 2003 .

32. محمد حسين منصور، الحقوق العينية الأصلية والحقوق المتفرعة عنها، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
33. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد (حق الملكية)، المجلد الثاني عشر، د ط، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة/ مصر، د س ن.
34. محمد يوسف الزغبى، العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، عمان 2006.
35. محمودي عبد العزيز، المرحوم حاج على سعيد ، اجراءات تفعيل الحيابة العقارية كآلية لتسليم عقود الملكية في القانون العقاري الجزائري، منشورات البغدادى ، الطبعة الاولى ، سنة 2011 .
36. مسعود شيهوب، النظرية العامة للمنازعات الإدارية، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ، 1999 .
37. مصطفى كمال طه، أساسيات القانون التجاري (دراسة مقارنة) الأعمال التجارية، التجار، المؤسسة التجارية الشركات التجارية، الملكية الصناعية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2006.
38. مصطفى مجدي برجة، التنظيم القانوني الجديد لمنازعات الحيابة، دار الفكر العربي ، مصر 1993 .
39. مصطفى محمد الجمال/ نظام الملكية، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبع سنة 1987. منصور (محمد حسين): الحقوق العينية الأصلية ، بيروت ، الدار الجامعية 2006.
40. نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، الطبعة الحادية عشر، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2011.
41. نبيل سعد إبراهيم، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها و مصادرها)، د ط، منشأة المعارف للنشر، الإسكندرية، مصر، ، 2002 .
42. نجيدة علي، الوجيز في عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، سنة 2003 .
43. نذير بن عمو، العقود الخاصة، البيع والمعاوضة، الطبعة الأولى المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع تونس، سنة 2008.

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. باسي كاتية، يونسى صبرينة، التزامات البائع والمشتري في القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، جامعة بجاية، الجزائر، 2013 .
2. بن دوحه عيسى - الإطار القانوني لتسوية وضعية البناء الغير مشروع في التشريع الجزائري - مذكرة لنيل شهادة الماجستير - البليدة، 2012.
3. صنوبر أحمد رضا، الحماية القانونية لحق الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، كلية الحقوق، تلمسان، 2016 .
4. العايب سمير، حميطوش زكريا، ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بجاية، 2012.
5. عماد رحايمية، الوسائل القانونية الاثبات الملكية العقارية الخاصة في التشريع الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، د/ بن شويخ الرشيد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014 .
6. محمدي سليمان، محاضرات في عقد البيع، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2002، 2003.
7. ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، فرع القانون العقاري، كلية الحقوق، جامعة الأخوة منتوري قسنطينة، السنة الجامعية، 2007.

الفهرس

الواجهة

الإهداء

تشكرات

قائمة المختصرات

مقدمة

الفصل الأول: اكتساب الملكية بالواقعة المادية

تمهيد: 4

المبحث الأول: اكتساب الملكية ما بين الأحياء 5

المطلب الأول: اكتساب الملكية بطريق الالتصاق 5

المطلب الثاني: اكتساب الملكية بالحيازة والتقدم 24

المبحث الثاني: الاستيلاء على الملكية بقرار اداري 31

المطلب الأول: ماهية الاستيلاء الشرعي 31

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للاستيلاء على العقار 38

الفصل الثاني: اكتساب الملكية بالتصرف القانوني

تمهيد: 48

المبحث الأول: اكتساب الملكية بالإرادة 49

المطلب الأول: اكتساب الملكية بالبيع والهبة 49

المطلب الثاني: اكتساب الملكية بالمبادلة والمزاد العلني 79

المبحث الثاني: اكتساب الملكية بقوة القانون 81

المطلب الأول: اكتساب الملكية بطريق الشفعة 81

المطلب الثاني: اكتساب الملكية بطريق الميراث 82

الخاتمة 85

قائمة المصادر و المراجع

الفهرس



ملخص مذكرة الماستر

من خلال بحثنا هذا حاولنا التطرق إلى موضوع يمكن القول عنه من الموضوعات الحالية التي تستقطب اهتمام الحقوقيين وكذا الاقتصاديين، وبما أن الملكية من أهم الحقوق العينية التي تخضعها القوانين في كل مرة بنصوص تنظمها متى استدعت الحاجة ذلك، ومن بين هذه القوانين، القانون المدني الجزائري الذي أورد عدة طرق لاكتساب الملكية.

الكلمات المفتاحية:

- الملكية العقارية - الطرق المادية - الطرق القانونية - القانون المدني.

Abstract of Master's Thesis

Through our research, we tried to address a topic that can be said about from the current topics that attract the attention of jurists as well as economists, and since ownership is one of the most important rights in rem that laws are subject to every time with texts that regulate it when the need arises, and among these laws, the Algerian Civil Code Which listed several ways to acquire ownership.

key words:

- Real estate ownership - physical methods - legal methods - civil law.