

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

المرجع:.....

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم: القانون الخاص

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

دور القاضي في انتقال الملكية العقارية

التخصص: قانون خاص

تحت إشراف الأستاذ:

عبد اللاوي جواد

الشعبة: حقوق

من إعداد الطالب:

هباط مصطفى ياسين

أعضاء لجنة المناقشة

رئيسا

بن بدرة عفيف

الأستاذة)

مشرفا مقرر

عبد اللاوي جواد

الأستاذة)

مناقشا

حميدة فتح الدين

الأستاذة)

السنة الجامعية : 2023\2022

نوقشت يوم : 2023/06/21

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

1438

شكر و تقدير

الحمد لله الذي أنار لنا درب العلم والمعرفة وأعاننا على أداء هذا الواجب

ووفقنا إلى انجاز هذا العمل واتمامه، وعملاً بقول النبي ﷺ

«مَنْ لَمْ يَشْكُرِ النَّاسَ لَمْ يَشْكُرِ اللَّهَ»

أتقدم بالشكر إلى أساتذتي الأجلاء الذين لم يبخلوا علينا بما اعطاهم الله

من علم ومعرفة

كما أوجه الشكر إلى الأستاذ المشرف "عبد اللاوي جواد "

و كذا اخص بالذكر الأستاذ "بن بدرة عفيف" الذي لم يبخل علينا

بتوجيهاته و نصائحه فله جزيل شكر

كما اشكر أساتذة لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة

ونتقدم بجزيل الشكر إلى جامعة عبد الحميد بن باديس وأخص بالذكر

جامعتي- كلية الحقوق والعلوم السياسية.

الاهداء

أهدي ثمرة جهدي إلى من أنزل في حقها الرحمان قوله بعد

بسم الله الرحمن الرحيم

" وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه و بالوالدين إحسانا "

إلى من جعل الله تحت أقدامها الجنة،

منبع الحب والعطف و الرحمة والتضحية

و إلى أعلى شخص في حياتي،

على صاحب القلب الطيب ومصدر سعادتي ونجاحي،

أبي العزيز *أمي الحبيبة*

إلى كل من دعمني بالقوة والعزيمة

اخوتي *أصدقائي*

إلى كل من يحملهم قلبي ولا تحملهم هذه الورقة

قائمة المختصرات

قانون الاجراءات المدنية و الادارية	ق.ا.م.ا
قانون المدني الجزائري	ق.م.ج
قانون المدني	ق.م
قانون الاسرة	ق.أ
الجريدة الرسمية	ج.ر
طبعة	ط
صفحة	ص

المقدمة

ان للقضاء اهمية كبيرة في الحياة البشرية وصف منذ القدم بانه فريضة محكمة أي لا يمكن الاستغناء عنه في أي زمان او مكان مهما تطورت الحضارة البشرية، بحيث ان تلك الاهمية تتجسد في حماية الحقوق والحريات وللفضل ما بين المتخاصمين ومنعهم من اقتصاص حقهم بأنفسهم فالقضاء يختص دون غيره من سلطات الدولة في ذلك، إذ حدد الدستور الجزائري وظيفة السلطة القضائية في حماية المجتمع والحريات، وضمان للجميع ولكل واحد المحافظة على حقوقهم الأساسية وعلى رأسها حماية حق الملكية الخاصة إذ نص في مادته 60 أن "الملكية الخاصة مضمونة"، بما فيها ملكية العقار .

لهذا تعتبر الملكية العقارية من اكثر المواضيع التي اهتم بها المشرع الجزائري و ذلك من خلال اصداره العديد من التشريعات و القرارات التي تهدف الى ضبط الحفظ العقاري بما يتماشى مع فكرة حماية الملكية العقارية و ضمان استمراريتها و استقرارها ، و إعطاء ضمانات أكثر للتصرفات المبرمة بين الأشخاص المتضمنة نقل أو انشاء أو تعديل أو انقضاء الحق العيني العقاري ، و قدرة الدولة من احكام مراقبتها على السوق العقارية بهدف منع المضاربة الغير الشرعية والتي من شأنها تعميم الفوضى في المعاملات العقارية، و من اجل هذا و لتحقيق ذلك وضعت العديد من الآليات التي تعمل في نفس الاتجاه بما يكرس أكثر الثقة في التعاملات العقارية ويضمن استقرارها ومن بين هذه الآليات تدخل القاضي في نقل الملكية العقارية وذلك فصلا في المنازعات المطروحة عليه.

إن هذه المذكرة تهدف الى ابراز الدور الهام لتدخل القاضي في انتقال الملكية و ان كان يعتقد فعلا بأن هذه العملية من صميم إرادة الأطراف ، ولكنها تعزز عمليا نزاعات تقتضي تدخل القاضي للفصل فيها، فسيتغاضى عن هذه الإرادة بحكم أو قرار قضائي، ثم أن هذه الدراسة جاءت محاولة لتوضيح الأسس والفرصيات التي في ظلها يمارس القاضي هذا الدور الهام. وسواء تعلق الأمر بإصدار الأوامر أو التراخيص أو المصادقة أو الفصل في المزاد العلني وغيرها من المهام المنوطة به، فإن القاضي يمارس دوره من خلال الإيجاب أو الرقابة ولكن في إطار القانون، ثم أن القاضي بتدخله يفسر في هذا المجال، أحد أهم مبادئ القانون وهذا من خلال إعطاء لكل حقه و لكل ملكيته، لذلك فإنه يساهم بشكل فعال في ترتيب الحقوق وإنشاء المراكز القانونية بصورة عادية تماما.

لقد نتج عن المراحل المختلفة لتي غرقتها البلاد، تحرير وثائق وسندات معينة لنقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية المختلفة. و هذه الوثائق هي التي يتعين على المالكين القيام بتقديمها لإثبات ملكيتهم، ومن ثمة فهي الوثائق التي يجب أن يعتمد عليها القضاة ومسيري مصالح مسح الأراضي العام، ومصالح أملاك الدولة والشهر العقاري في إثبات الملكية العقارية و اصدار أحكام أو قرارات بشأنها ، و يمكن تعريف السند بأنه كل وثيقة أو محرر

يبين الوضعية القانونية للعقار في وقت معين، ويدل على ملكيته أو على حق عيني عقاري، و يحرر وفقا للإجراءات الشكلية التي حددتها النصوص السارية المفعول عند تاريخ تحرير السند، فوجود السندات الصحيحة التي تقبل في الإثبات له أهمية بالغة في استبعاد السندات الغير صحيحة نظرا لأنها مرت بتطورات حسب تغير القوانين وتطورها، وهو ما دفع بالدول إلى سن تشريعات وقوانين لتحديد الأطر و القواعد القانونية لتملكه وتبيان السندات الرسمية التي تنقل الملكية و تثبتها سواء كانت هذه السندات توثيقية أو عرفية أو إدارية أو قضائية وهذا كله من أجل حماية حق الملكية العقارية، المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات عمل على ضبط الملكية العقارية بنصوص قانونية من جهة و اجتهاد القاضي من جهة اخرى فصال في المنازعات القضائية المطروحة امامه في استنباط الحلول و ايجاد مخارج للفصل بين المتقاضين بعدل لاعتبار أن منازعات الملكية العقارية تعتبر أهم المشاكل المطروحة امام جهات القضاء العادي و الاداري في بلادنا بمختلف اسبابها و تنوع مظاهرها .

كما أن هذه السندات العقارية تعمل على إنارة القاضي في حكمه الفاصل في المنازعات المتعلقة بالملكية العقارية سواء تعلق الامر بمالكها و كيفية نقلها أو قوتها الثبوتية، غير أنه في بعض المنازعات يكون حكم القاضي في حد ذاته سندا لثبوت الملكية العقارية لصالح من صدر الحكم في المنازعة العقارية له و بالتالي يكون الحكم القضائي الذي اصدره القاضي هو الناقل للملكية

و يترتب على هذا الطرح عدة إشكالات عملية في نقل الملكية و من هنا تظهر أهمية هذا الموضوع إذ له فائدة عملية و نظرية بحيث انه من جهة يبين للقاضي كيفية التعامل مع القضايا المعروضة عليه في إطار نقل الملكية العقارية و إثباتها خصوصا في حالة انعدام هذا السند ، و من جهة أخرى إبراز مختلف القواعد العامة في نقل الملكية العقارية حسب كل فترة زمنية، و دوره في حالة عدم وجود السند الناقل للملكية العقارية كما هو الشأن في إثبات الملكية عن طريق التقادم المكسب ، أو في حالة النزاع حوله. لذلك كان التفكير في هذا الموضوع للبحث فيه و ذلك بعرض هذا النوع من الأحكام القضائية مبرزة الدور الذي يقوم به القاضي لنقل ملكية العقار من شخص إلى آخر ومتى و كيف يكون الحكم القضائي سند للإثبات نقل الملكية، و ذكر نماذج عن الأحكام القضائية الناقلة للملكية العقارية(أحكام قضائية و قرارات قضائية) التي تحل محل العقد الرسمي مدعمة ذلك باجتهادات المحكمة العليا الصادرة في هذا الصدد ، و تبيان القيمة القانونية لهذه الاحكام في نقل الملكية العقارية و اثباتها .

يعتبر هذا الموضوع من المواضيع المهمة اذ أنه يعالج مسألة قانونية تعيشها المنظومة القانونية والقضائية بصفة خاصة أمام عدم وجود قانون واحد يحكم هذه المادة بدقة و يضبط كيفية نقل الملكية العقارية و إثباتها بشكل دقيق.

بالإضافة إلى ما يحدث من نزاعات بخصوص الملكية العقارية سواء تعلق الأمر ببيعها جبرا أو قسمتها ثباتها أو ، كل هذا جعل من عمل القاضي السبيل الوحيد لنقل ملكية العقار امام جمود القاعدة القانونية، وقلة الدراسات القانونية المتخصصة لمعالجة هذا الموضوع .و تضارب الاجتهادات القضائية واثباتها . و عدم استقراره في كثير من الأحيان خصوصا إذا ما تعلق الأمر بوسائل نقل الملكية العقارية.

و ترجع اسباب اختيار الموضوع الى عدة اسباب منها :

يعتبر موضوع دور القاضي في نقل الملكية العقارية من المواضيع الحديثة والتي ظهرت نتيجة كثرة النزاعات المطروحة على القضاء، سيما أمام عدم كفاية السندات الناقلة والمثبتة للملكية العقارية أمام تعطل عملية المسح في العديد من المناطق ولجوء المتقاضين إلى استعمال طريق اكتساب الملكية العقارية عن طريق التصادم المكسب .

إن دور القضاء في العصر الحديث لم يعد يقتصر على إصدار الأحكام القضائية في الخصومات التي تعرض عليه نما او اصبح يمتد إلى اعتبار الاحكام القضائية المترتبة على بيع العقارات بالمزاد العلني والأحكام القضائية المثبتة للملكية عن طريق التصادم المكسب والمثبتة لحق الشفعة وللوعد بالبيع سبب من أسباب الملكية العقارية ، وذلك خالفا للأصل العام في نقل الملكية العقارية الذي يقوم على أساس حرية التعاقد والتملك التي تقضي بها القواعد العامة والدور الذي يلعبه القاضي في نقل الملكية ومساهمة في تحقيق الانتماء العقاري وتطهير الملكية العقارية فلم يعد دور القاضي كلاسيكي المتمثل في فض النزاعات نما وا تعداه إلى أن اصبحت أحكامه القضائية سندات ناقلة للملكية العقارية م ثلها مثل العقود الرسمية، لذلك كان من الواجب تدراك ذلك ومحاولة دراسة هذا النوع من اليات نقل الملكية العقارية التي تعتبر مخرجا مهما لتفادي وضعيات عقارية صعبة أمام انعدام سندات محكمة وثابتة لنقل الملكية العقارية ومحاولة لرصد أهم الاعتبارات التي يراعيها القاضي ويقوم بتداركها من خلال إصداره لهذه لأحكام.

والإشكالية التي تطرح نفسها من خلال هذا العرض تتمحور حول ما فيما يلي :

الى أي حد يمكن للقاضي ان يساهم في نقل الملكية العقارية في ظل الوجود الكثير من النزاعات المطروحة و عدم وجود الاليات القانونية الكفيلة بذلك؟

سوف أعتد خلال دراستي لهذه الاشكالية على المنهج التحليلي الوصفي وذلك في التطرق إلى النصوص القانونية و التنظيمية المتعلقة بنقل الملكية العقارية على وجه العموم و الدور الذي يقوم به القاضي اثناء فصله في المنازعات العقارية المتعلقة بنقل العقار و الحق العيني العقاري وكيف يساهم حكمه في حل النزاع المنصب على العقار في ظل وجود السند القانوني الناقل للملكية و عدم وجود السند هذا م ن جهة و نقله للملكية العقارية وحلول حكمه القضائي

محل العقد الرسمي من جهة ثانية ، و ذلك من خلال سرد مجموعة من الأحكام و القرارات القضائية المدعمة لذلك ابداء ما يمكن ابداءه من ملاحظات و ذكر نماذج عن الاحكام القضائية مبرزة دور القاضي العقاري.

و ككل بحث فقد اعترض طريقي صعوبات أثناء إعدادها أهمها اذكر:

- ندرة المراجع المتخصصة إن لم نقل شبه منعدمة و التي قد تتناول الموضوع من جانب محدد فقط أو بصفة سطحية وعامة ، و من جهة ثانية تذبذب التشريعات العقارية إذ انها تتغير من فترة الى اخرى حسب كل نظام تبنته الجزائر ،بالإضافة الى صدور ترسانة من القوانين و مراسيم متتالية مثال إلغاء المرسوم رقم 83-358 المتضمن إجراءات التقادم المكسب و اعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية ثم سن المرسوم التنفيذي رقم 91-254 الذي يحدد كيفية إعداد شهادة الحيازة و تسليمها ثم التحقيق العقاري مما يجعل من دراسات الباحثين غير خاضعة للتحنين وتفقد قيمتها القانونية و العلمية .

- قلة الأحكام والاجتهادات القضائية الحديثة في هذا الموضوع لذلك حاولت تناول الموضوع بناء على النصوص القانونية و بعض أحكام القضاء المنشورة والغير منشورة و التي تتناول الموضوع بشكل غير واضح للعيان (حكم تثبيت الشفعة ، حكم تثبيت الوعد بالبيع ... الخ) ، إلا أنه لا أخفي أن هذا الموضوع عرف تطبيقا واسع في الفترة الأخيرة أمام انعدام سندات ثابتة لنقل الملكية العقارية و عدم الانتهاء من عملية المسح الأمر الذي سيؤدي الى صدور عدة قرارات و اجتهادات قضائية فهذا المجال والتي سوف تؤدي إلى إبراز الدور الذي يلعبه القاضي في نقل الملكية العقارية و مساهمته من خلال أحكامه في تحقيق الائتمان العقاري.

اما فيما يخص خطة البحث فقد قسمت هذا البحث العلمي الى فصلين ،الفصل الاول خصصته في دور القاضي في انشاء الملكية العقارية فتطرق في فيه في المبحث الاول الى امر القاضي بالبيع في المزاد العلني و المبحث الثاني الى تثبيت الشفعة في العقار

اما الفصل الثاني فقد خصصته في دور القاضي في نقل الملكية العقارية فتناولت في المبحث الاول حكم القاضي بالكسب عن طريق التقادم و المبحث الثاني تثبيت القاضي للوعد بالبيع العقاري .

وانهت هذه الدراسة بخاتمة لخصت من خلالها الاستنتاجات و التحليلات التي توصلت اليها .

الفصل الأول

الفصل الاول

دور القاضي في انشاء حكم ناقل للملكية العقارية

أن دور القاضي أصبح دور ايجابي في الخصومة المدنية من خلال تركيزها والبت في النزاع وإعطاء لكل ذي حق حقه والفصل في زمن قياسي . فالقاضي وإن كان ليس مشرعا إلا أن له من سلطان التقدير بما يسير له أن يجعل أحكام القانون مقتضيات الظروف ، خصوصا اذا تعلق الأمر بعقار فتكون أحكام القانون بذلك أداة في يد متماشية مع القاضي يطور بها القانون تطويرا مستمرا ويواجهها ما يتغير من ملابسات وأحوال، فمن جهة فهو يفصل في المنازعات بما يتفق وصحيح القانون دون أن تصل هذه الحرية إلى حد وضع نصوص القوانين لأن هذا من صميم اختصاص المشرع وحده دون غيره، ومن جهة أخرى فالقاضي حينما يصدر أحكامه فإنها تصدر منه وفقا لسلطته القضائية فهو يقوم بعمل تقديري بهدف تحديد مضمون إرادة قانونية قائمة وتحقيق غاية العمل القضائي وهي المصلحة العامة وإزالة التجهيل الذي أحاط بالقاعدة القانونية وما تنظمه من مراكز قانونية.

إن جميع أسباب نقل الملكية تقرررت بحكم القانون، فلا تكفي إرادة الأفراد منفردة لنقل ملكية عقار ما، إنما يجب ان يتم ذلك في إطار الأسباب التي نص عليها المشرع .

وعلى هذا فإن التشريع وضع مجموعة من الطرق قد تتحقق إما بإرادة الأطراف أو بقوة القانون أو بتدخل القاضي في إطار فض النزاعات العقارية المعروضة عليه والتي يثار النزاع عليها أي بواسطة الأحكام القضائية المنشئة أو الكاشفة لنقل الملكية العقارية، والحقيقة أنه لا توجد احكام قضائية منشئة أو معدلة أو منهية لحق عيني أصلي لأن الأحكام هي في الأصل مقررة أو مصرحة للحقوق أو ناقلة لا منشأة أو معدلة ومنهية، غير ذلك توجد أحكام قضائية ناقلة للملكية والحقوق العينية، تنشئ في الحقيقة مراكز قانونية جديدة تنقل ملكية العقار أو الحق العيني منها حكم رسو المزاد في بيع العقار ، وفي هذا الإطار فإنني ارتأيت تخصيص دراستي لسلطة القاضي العقاري في نقل الملكية العقارية ودوره فذلك من خلال إصداره لأحكام قضائية تحل محل العقود الرسمية وتنقل الملكية العقارية وهذا من خلال عرض ما يلي:

المبحث الاول: امر القاضي بالبيع بالمزاد العلني.

المبحث الثاني : حكم القاضي بتثبيت الشفعة في العقار.

المبحث الاول: امر القاضي بالبيع بالمزاد العلني :

هناك طائفة من الأحكام القضائية تصدرها الجهات القضائية تخرج عن طبيعتها المألوفة المتعلقة بالفصل في المنازعات المعروضة عليها وإنما تتعدى الى قيام القاضي بنقل الملكية العقارية وهي تختلف وتتنوع بحسب موضوع الطلب القضائي.

ومن بين هذه الاحكام حكم رسو المزاد العلني في العقار الذي هو عبارة عن بيع لعقار أو حق عيني عقاري يقوم به القاضي العقاري في غالب الاحيان أو أي قاضي آخر يعينه رئيس المحكمة وبعد استيفاء جميع إجراءات رسو المزاد يكتسب الملكية بموجبه ويعتبر هو المشتري لهذا العقار، وهو ما سوف أتطرق له في المطلب الأول وهذا بعرض إجراءات البيع بالمزاد العلني وشروط صدوره بعد أن تم تحديد معناه بدقة من خلال الفصل الأول كما سبق الذكر.¹

المطلب الاول : إجراءات التحضيرية لجلسة البيع بالمزاد العلني العقاري

تناول المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الإجراءات التحضيرية الممهدة لبيع العقار من المادة 737 إلى المادة 741 المتعلقة بالإجراءات التحضيرية لبيع العقار المحجوز و المواد من 783 إلى 785 المتعلقة بالإجراءات التحضيرية في البيوع العقارية للمفقود و ناقص الأهلية و المفلس و المادتين 786 و 787 المتعلقة بالإجراءات التحضيرية في البيوع العقارية المملوكة على الشيوع و المادتين 788 و 789 المتعلقة بالإجراءات التحضيرية في البيوع العقارية المثقلة بتأمين عيني.²

وتبدأ هذه الإجراءات بإعداد قائمة شروط البيع من طرف المحضر القضائي، وإيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة، وإعلان إيداع هذه القائمة لإتاحة الفرصة لأصحاب الحقوق للاعتراض على قائمة شروط البيع بإبداء ملاحظاتهم أو لرفع دعاوى محددة قانونا وبناء على هذا يقسم هذا المطلب الى فرعين:³

¹-حيرش نور الدين، بيع العقارات المشهورة وفق ق.ا.م.ا، رسالة نبل شهادة الدكتوراه في القانون الاجرائي، جامعة مستغانم، السنة الجامعية 2015ص294 .

² -بوقندوز سليمان ، البيوع العقارية الجبرية القضائية ، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 2015 ص،103.

³ -عزوق صونية و عبد الحق كهينة ، بسع العقار المحجوز في المزاد العلني ، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة بجاية سنة 2016 ص04 .

الفرع الاول : اعداد قائمة شروط البيع

لم يعرف المشرع الجزائري في قانون ق.ا.م.ا قائمة شروط البيع وقد عرفها الفقهاء بأنها ورقة من الأوراق المحضر القضائي تتضمن بعض البيانات الأساسية للتعريف بالعقار و/أو الحق العيني العقاري المراد بيعه عن طريق البيع بالمزاد العلني، وذلك بتعيينه تعيينا دقيقا لاسيما نوعه وموقعه وحدوده ومساحته ومشمولاته والأعباء المثقل بها وجميع البيانات الأخرى حتى يتمكن كل من له مصلحة تقديم احتجاجاته عليها.

وبمفهوم المادة 737 من ق.ا.م.ا. تعتبر قائمة شروط البيع ورقة تتضمن كافة البيانات التي تؤدي إلى التعريف الكامل والدقيق للعقار المطلوب بيعه يعدها المحضر القضائي لإعداد العقار للبيع وتصفيته من كل الاعتراضات التي قد تعرقل إتمام البيع.

ولما كانت بيانات قائمة شروط البيع والوثائق المرفقة بها والأشخاص الواجب تبليغهم بها تختلف باختلاف نوع البيع، فيما إذا كان البيع جبريا أو بيعا قضائيا.¹

اولا//قائمة شروط البيع المتعلقة بالبيع الجبرية :

من خلال نص المادة 737 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية يمكن استخلاص جملة من الشروط و البيانات يجب التقيد بها لاجل اعداد قائمة شروط البيع:²

1- الاجال القانونية لتحرير قائمة شروط البيع :

اشتراط المشرع الجزائري لتحرير قائمة شروط البيع مضي مهلة 30 يوما من تاريخ تبليغ أمر الحجز إلى المحجوز عليه وهو ما جاءت به نص المادة السالفة الذكر بنصها إذا لم يتم المدين المحجوز عليه بالوفاء خلال اجل ثلاثين 30 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز يحزر المحضر القضائي قائمة شروط البيع ، وبالتالي لا يجوز تحريرها و إيداعها بالمحكمة قبل انتهاء هذا الأجل وإلا كانت باطلة³.

1- عزوق ضونية و عبد الحق كهينة ، مرجع نفسه، ص06.

2- القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جريدة الرسمية عدد21 صادر 23 افريل 2008.

3- المرجع نفسه.

2- الجهة القضائية المختصة لإيداع قائمة شروط البيع:

تودع قائمة شروط البيع بأمانة ضبط المحكمة التي يوجد في دائرة اختصاصها العقار المحجوز وفي حالة تعدد العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المحجوزة تودع قائمة شروط البيع في أمانة ضبط المحكمة التي يوجد فيها أحد هذه العقارات.¹

3- البيانات الأساسية لقائمة شروط البيع:

لكي تكون قائمة شروط البيع قانونية وجب تضمنها مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 737 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهي:

- اسم ولقب كل من الحاجز والمحجوز عليه والدائنين المقيدین وموطن كل منهم.
- **اسم الحاجز وموطنه :** لقد اوجب القانون ذكر اسم وموطن الحاجز على أساس انه الدائن صاحب الحق المطالب به فهو الشخص الذي باشر إجراءات التنفيذ ابتداء من المطالبة بالدين وفق إجراءات التكليف بالوفاء إلى طلب توقيع الحجز على عقار المدين ووضعه تحت يد القضاء إلى اتخاذ إجراءات بيع العقار المحجوز لأجل تحصيل دينه.
- **اسم المحجوز عليه وموطنه:** وهو المدين الذي امتنع عن تسديد دينه سواء اختياريا خلال مهلة التنفيذ الطوعي المقدرة ب 15 يوما للتكليف بالوفاء أو ظل ممتنعا عن الوفاء طيلة المدة التي اتخذت فيها إجراءات الحجز على المنقولات التي بحوزته إلا إنها كانت سلبية أو عدم كافية للوفاء بكل الدين والمصاريف وكذلك ظل ممتنعا عن الوفاء طيلة شهر من تاريخ تبليغه بأمر الحجز العقاري .
- **أسماء الدائنين المقيدین وموطنهم:** وهم الدائنين الممتازين الذين لديهم حق امتياز مشهر على العقار بحيث يصبح لهم حق تتبع العقار المرهون في يد أي حائز كان وكذلك لهم حق الأفضلية في تحصيل الدين أو الدائنين العاديين الذين لهم سندات تنفيذية.²

- **السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه ومبلغ الدين:** يجب ذكر مبلغ الدين وبيانات السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه، ويقصد بالسند التنفيذي، السند الذي يخول لصاحبه اللجوء إلى التنفيذ الجبري لاستعادة الحق المطالب به وقد أورد المشرع الجزائري السندات التنفيذية بالتفصيل بالمادة 600 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

¹ -المادة 737 من القانون رقم 08-09، المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر. عدد21صادر23افريل2008

² -بلقاسمي نور الدين ، حجز وبيع العقارات والحقوق العينية العقارية في النظام القانوني الجزائري دراسة نظرية وتطبيقية ، ص43

- أمر الحجز وتاريخ تبليغه الرسمي وتاريخ إنذار الحائز أو الكفيل العيني إن وجد: يعتبر بيان أمر الحجز من ضمن البيانات الأساسية لقائمة شروط البيع، ذلك لان أمر الحجز العقاري هو أساس البيع العقاري، الأمر الذي يشكل الركيزة الأساسية للإجراءات السالفة و اللاحقة للحجز العقاري، فيجب بالتالي ذكر تاريخ صدوره و رقم الفهرس و تاريخ تبليغه للمدين و إلى حائز العقار أو الكفيل العيني إن وجد.¹
- **تعيين العقار أو الحق العيني العقاري المحجوز تعيينا دقيقا:** لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وان كان العقار بناية يبين الشارع و رقمه و اجزاء العقارات.²
- **تحديد شاغل العقار وصفته وسبب الشغل أو انه شاغر :** يجب التأكد في حال تضمنت قائمة شروط البيع أن العقار مشغول وتحديد شاغله و صفته ، لاسيما إذا كان مستأجرا إيجارا مدنيا ، فيجب ذكر عقد الإيجار ومدته و تاريخه ، هل هو قبل سنة 2007 أم بعدها. ونفس الشيء إذا تضمن العقار محل البيع محلا تجاريا به قاعدة تجارية أنشأها مستأجر فلا بد من ذكر عقد الإيجار ومدته وتاريخه هل هو قبل سنة 2005 أم بعدها لأنه تترتب عليه آثار عند إخلاء العقار محل رسو المزاد وحتى لا يتغرر الراسي عليه المزاد لا بد أن يكون عالما بكل التصرفات التي تثقل العقار محل البيع بالمزاد.³
- **شروط البيع والتمن الأساسي والمصاريف:** يقصد بالتمن الأساسي في البيوع العقارية أو الحقوق العينية العقارية والذي يسميه البعض بالسعر الافتتاحي أو السعر المرجعي، تلك القيمة التقريبية للعقار سواء جملة أو على أجزاء، بما يقابله في السوق العقارية والتي سوف تكون السعر المرجعي لافتتاح جلسة المزاد العلني . بحيث لا يمكن أن تفتتح جلسة المزاد العلني والجلسة الموالية لها بقيمة تكون أقل من الثمن الأساسي وإلا أجلت جلسة البيع لجلسة لاحقة وهو ما نصت عليه المادة 739 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية بنصها يحدد الثمن الأساسي الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني و القيمة التقريبية له في السوق للعقار أو الحق العيني العقاري المحجوز ، جملة أو على أجزاء من طرف خبير عقاري يعين بأمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز بعد إثبات إيداع أتعاب الخبير بأمانة الضبط والمحددة مسبقا من طرف رئيس المحكمة.⁴

1 - بلقاسمي نورالدين، المرجع السابق ص44

2 - بوقندورة سليمان ، المرجع السابق، ص132

3 - المرجع نفسه ص132

4 - المادة 739 من القانون رقم 08-09، المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر. عدد

21 صادر 23 افريل 2008

- تجزئة العقار إلى أجزاء إن كان في ذلك فائدة أفضل عند البيع: لقد أجاز المشرع الجزائري إمكانية تجزئة بعض الفئات من العقارات محل البيع بالمزاد العلني إلى عدة أجزاء إذا كانت ذات مساحة شاسعة، واستثنى من إمكانية التجزئة إذا كان محل الحجز وحدة استغلال اقتصادية أو مجموعة فلاحية، مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء، وتوضيح الترتيب الذي سيجري فيه البيع عند الاقتضاء.¹
- بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع : يرجع الاختصاص إلى المحكمة التي يقع العقار و/أو الحق العيني العقاري محل البيع بالمزاد العلني بدائرة اختصاصها وفي حالة تعدد العقارات المحكمة التي يقع أحد العقارات و/أو الحق العيني العقاري محل البيع بالمزاد العلني ضمن دائرة اختصاصها.²

4- الوثائق المرفقة بقائمة شروط البيع:

ترفق مع قائمة شروط البيع الوثائق المذكورة في المادة 738 من ق.ا.م.ا.وهي:³

1. نسخة من السند التنفيذي الذي تم الحجز بمقتضاه.
2. نسخة من أمر الحجز.
3. نسخة من محضر تبليغ أمر الحجز للمحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد.
4. شهادة عقارية تتضمن القيود التي حصلت إلى غاية تاريخ الحجز.
5. مستخرج جدول الضريبة العقارية.

¹-بلقاسمي نور الدين ,مرجع سابق، ص44 .

² - المادة 737، من القانون رقم 08-09، المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .

³ - المادة 738 ، من القانون رقم 08-09، المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر. الرسمية عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .

ثانياً//قائمة شروط البيع المتعلقة ببعض البيوع الخاصة :

وفقا للمواد 783 و786 و788 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية نقسم البيوع الخاصة الى 3 فئات و هي :

1- قائمة شروط البيع المتعلقة بالمفقود وناقص الأهلية والمفلس:

لقد تم استحداث المادة 783 من ق.ا.م.ا امتدادا للشق الموضوعي الوارد في قانون الأسرة لاسيما المادتين 88 و 89 منه المتعلقةتين بضرورة الحصول على إذن قضائي قبل تصرف الولي في العقار وان يتم البيع بالمزاد العلني وقد نصت المادة 783 من ق.ا.م.ا " يتم بيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المرخص ببيعها قضائيا بالمزاد العلني، للمفقود وناقص الأهلية والمفلس، حسب قائمة شروط البيع، تودع بأمانة ضبط المحكمة، يعدها المحضر القضائي بناء على طلب المقدم أو الوصي أو الولي، أو يعدها وكيل التفليسة، حسب الحالة".

تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية:1

أ-الإذن الصادر بالبيع : يعتبر هذا البيان جوهريا وذلك قصد التأكد من حصول الإذن بالبيع الصادر من طرف (قاضي شؤون الأسرة بالنسبة للولي و الوصي أو المقدم وذلك بمنحهم الإذن بالتصرف في العقار و/أو الحق العيني العقار المملوك للمفقود أو ناقص الأهلية أو الإذن الصادر من طرف القاضي المنتدب في حالة بيع عقار المفلس.2

ب- التعيين الدقيق للعقار : يجب أن تشتمل قائمة شروط البيع على بيان العقار محل البيع و صفه و تعيينه تعيينا دقيقا نافيا للجهالة وذلك من خلال تحديد المكان الذي يقع فيه العقار مثل الحي و الشارع و الرقم و البلدية و الولاية و القسم المساحي و مجموعة الملكية ، وكذلك ذكر الحدود بدقة من جميع الجهات و ذكر نوع العقار ما إذا كان عقار صالح للبناء أو عقار فلاحي أو عقار صناعي و كذلك مشتملاته مثل العقار بالتخصيص وكذلك ذكر مساحته بدقة و ذكر القيود المتعل بها مثل حق الارتفاق.3

ج- شروط البيع و الثمن الأساسي : تشتمل قائمة شروط البيع جملة من الشروط يجب أن يتقيد بها المزايدين ومن بينها على سبيل المثال وليس الحصر ذكر الثمن الأساسي الذي سوف تبدأ به عملية المزايمة و مبلغ التدرج في المزايمة بين المزايدين و التزام الراسي عليه المزاد بإيداع خمس مبلغ رسو المزاد و المصاريف المستحقة للمحضر القضائي و حقوق التسجيل و

1 - حاشي زهرو نين نبيلة، البيوع العقارية الخاصة، في ظل قانون الاجراءات المدنية و لادارية ، مذكرة نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية تخصص قانون عقاري ، جامعة الشهيد حمه لخضر سنة 2016/2017 ص 32 .

2 - المرجع نفسه ص 32 .

3 - المرجع نفسه ص 32 .

الطابع و مصاريف الإشهار فوراً لدى كتابة ضبط المحكمة والباقي خلال مهلة ثمانية ايام و الا اعيد البيع على حسابه¹.

د- تجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك ، مع ذكر الثمن الأساسي لكل جزء.

ه- بيان سند الملكية : إن مستخرج سند الملكية يبين نوع الوثيقة المثبتة للملكية ماذا كان أمام موثق أو شهادة إدارية الخ عقد رسمي مبرم كما نصت المادة 784 من ق.ا.م.ا. على جملة من الوثائق كما يجب أن ترفق مع قائمة شروط البيع جملة من الوثائق وهي:²

1. مستخرج جدول الضريبة العقارية يبين معرفة ما إذا كان العقار مثقلاً بديون تجاه مصالح الضرائب لكي يتم تحصيلها بالأولوية.

2. مستخرج من عقد الملكية، يبين معرفة موقع العقار وحدوده ومساحته.

3. الإذن القضائي بالتصرف بالنسبة للمقدم أو الوصي أو الولي.

4. شهادة عقارية تبين معرفة القيود والتأمينات العينية المثقل به.

2- قائمة شروط البيع المتعلقة بالبيع العقارية المملوكة على الشيوخ:

لقد نصت المادة 786 فقرة 2 من ق.ا.م.ا. على أنه يجب أن تشمل قائمة شروط البيع فضلاً عن البيانات المذكورة في المادة 783 اعلاه على ذكر جميع المالكين على الشيوخ وموطن كل منهم ويرفق فضلاً عن الوثائق المذكورة في المادة 784 اعلاه ونسخة من الحكم أو القرار الصادر بالبيع.³

- مضمون قائمة شروط البيع : تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الآتية: الإذن الصادر بالبيع المذكور في المادة 784 يستبدل بالسند التنفيذي القاضي بالبيع (الحكم أو القرار) وضرورة تعيين العقار أو الحق العيني العقاري تعيناً دقيقاً لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه وإن كان العقار بناية يبين الشارع ورقم الأجزاء العقارات وشروط البيع والثمن الأساسي وتجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك مع تحديد الثمن الأساسي لكل جزء وبيان سند الملكية ومرفقات قائمة الشروط ترفق مع قائمة الشروط البيع بمستخرج جدول الضريبة

¹ - حاشي زهيرو نين نبيلة ، المرجع السابق ص33 .

² -المادة 784 من القانون 08-09 ، المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، ج.ر. عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .

³ -حيرش نور الدين ، المرجع السابق ص 273 .

العقارية، مستخرج من عقد الملكية الشهادة العقارية، نسخة من الحكم أو القرار الصادر بالبيع.¹

3- قائمة شروط البيع المتعلقة بالبيع العقارية المثقلة بتأمين عيني :

من خلال نص المادة نجد أن المشرع أجاز لمالك العقار و/أو الحق العيني العقاري المثقل بتأمين عيني ويرغب في الوفاء بديونه أن يطلب بموجب ب هاته المادة التي تمثل رخصة لمالك العقار و/أو الحق العيني العقاري بيعه عن طريق المزاد العلني للوفاء بالتزاماته إذا لم يسع الدائنون إلى طلب ديونهم. كما انه من الملاحظ من المادة أعلاه أنها لم تذكر لا البيانات التي يجب أن تتضمنها قائمة شروط البيع ولا المستندات التي ترفق بها، ولم تحل إلى أي نص قانوني وتركت ذلك محل اجتهاد للمحضر القضائي و لمن لهم الحق الاعتراض عليها .

وقياسا على النصوص السابقة ولاسيما المادة 783 المتعلقة بقائمة شروط البيع للبيع الجبرية يمكن أن تتضمن قائمة شروط البيع المتعلقة بالبيع العقارية المثقلة بتأمين عيني جملة من البيانات وترفق ببعض الوثائق، وتتمثل البيانات الأساسية في:²

1- اسم ولقب الطالب الراهن (المدين) و الدائن المرتهن وموطن كل منهما
2- أسماء و ألقاب الدائنين الذين لهم حق تخصيص أو حق امتياز وموطن كل منهم
3- عقد الرهن الرسمي أو حكم التخصيص أو قيد حق الامتياز الخاص على العقار الذي يتم البيع بمقتضاه ومبلغ الدين .

4- تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري، تعيينا دقيقا ، لاسيما موقعه و حدوده و نوعه و مشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها ، وعند الاقتضاء مفرزا أو مشاعا ، وغيرها من البيانات التي تفيد في تعيينه، وإن كان العقار بناية يبين الشارع و رقمه وأجزاء العقارات.

5- تحديد شاغل العقار وصفته وسبب الشغل أو انه شاغر.

6- شروط البيع و الثمن الأساسي.

7- بيان المحكمة التي سيتم أمامها البيع.

أما الوثائق الضرورية التي ترفق بالقائمة فتتمثل في: نسخة من طلب البيع المقدم إلى المحضر القضائي/نسخة من عقد الرهن الرسمي او حكم التخصيص/نسخة من عقد الملكية/شهادة عقارية/مستخرج من جدول الضريبة العقارية.

1 - حيرش نور الدين ، المرجع السابق ص 273 .

2-بوقندورة سليمان ، المرجع السابق ص 138 .

الفرع الثاني : ايداع قائمة شروط البيع و الاعتراض عليها :

بعد الانتهاء من تحرير قائمة شروط البيع وفقا للشروط والبيانات القانونية المذكورة سالفا يتم إيداعها مرفقة بالوثائق اللازمة من طرف المحضر القضائي لدى أمانة ضبط المحكمة التي سوف يباع العقار فيها والتي يوجد في دائرة اختصاصها العقار محل البيع. ثم تبليغها لكل ذي مصلحة ونشر مستخرج منها.¹

اولا// ايداع قائمة شروط البيع و تبليغها و نشرها :

1- ايداع قائمة شروط البيع :

يقوم المحضر القضائي في حالة البيع الجبري للعقار بعد انتهاء مهلة 30 يوما من تاريخ التبليغ الرسمي لأمر الحجز دون وفاء من المدين ، بإيداع قائمة شروط البيع في 03 نسخ مختومة وموقعة منه بموجب محضر رسمي يسمى محضر ايداع قائمة شروط البيع أما في حالة البيوع القضائية الخاصة فانه لا توجد مهلة قانونية يلتزم بها المحضر القضائي لإيداع قائمة شروط البيع، ولكن فور استلامه للإذن بالبيع أو الحكم القاضي بالبيع أو طلب المدين الرهن، يقوم المحضر القضائي بتحرير قائمة شروط البيع و يرفقها بالسندات الضرورية و يودعها أمانة ضبط المحكمة، وفي كل الحالات يجب تسديد الرسوم التسجيل القضائية المقدرة بمبلغ 1000.00 دج.

يقوم رئيس كتاب الضبط بتسجيل قائمة شروط البيع في سجل خاص يسمى سجل البيوع العقارية و يمنح لها رقم تسلسلي.²

بعد تسجيل قائمة شروط البيع يقوم رئيس المحكمة بالتأشير على محضر ايداع قائمة شروط البيع ويحدد فيه تاريخ جلسة الاعتراضات وتاريخ وساعة جلسة البيع، وهو ما جاءت به المادة 737 / فقرة 11 بنصها :يؤشر رئيس المحكمة المختص إقليميا على محضر ايداع قائمة شروط البيع ويحدد فيه جلسة للاعتراضات وجلسة لاحقة للبيع وتاريخ وساعة انعقادها .

وتسلم للمحضر القضائي نسختين من قائمة شروط البيع مسجلتين وعليهما رقم تسلسلي حسب ورودها في سجل البيوع العقاري وكذلك يسلم له نسخة من محضر ايداع قائمة شروط البيع مؤشر عليه ومحدد فيه تاريخ وساعة جلسة الاعتراضات. ومن الملاحظ و المعمول به فان رئيس المحكمة لا يعين بمحضر ايداع قائمة شروط البيع تاريخ انعقاد جلسة البيع، وإنما تعين لاحقا بأمر على عريضة بعد الفصل في جميع الاعتراضات على قائمة شروط البيع.³

1 - طالب اعمارة ، اجراءات البيع بالمزاد العلني العقاري و اثاره في التشريع الجزائري ،مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر ، كلية الحقوق قسم القانون الخاص تخصص قانون اعمال ، جامعة الوادي،ص22.

2 -بلفاسمي نور الدين، المرجع السابق ص65 .

3 -المرجع نفسه ص 65 .

2- تبليغ قائمة شروط البيع : إن التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع يختلف باختلاف محل البيع بالمزاد العلني أي ما اذا كان العقار محجوزا أو مأذونا ببيعه قضائيا أو مرخصا ببيعه قانونا بالنسبة للأشخاص الواجب تبليغهم ويتفق من حيث أجال التبليغ.¹

أ-الأشخاص الواجب تبليغهم بإيداع قائمة شروط البيع :

- **حالة البيوع الجبرية :** يجب على المحضر القضائي أن يبلغ رسميا الاشخاص الآتية اسمائهم: المدين المحجوز عليه والكفيل والحائز للعقار أو الحق العيني العقاري إن وجد والمالكين على الشيوع ان كان العقار أو الحق العيني العقاري مشاعا والدائنين المقيدون كل بمفرده وبائع العقار أو مقترض ثمنه أو الشريك المقاسم والمقايض به إن وجد وفي حالة الوفاء يكون التبليغ الرسمي إلى الورثة هؤلاء بصفة جماعية دون تحديد الاسماء والصفات في موطنهم فإن لم يكن لهم موطن معروف ففي موطن المتوفى وهو ما أكدته المادة 740 فقرة اخيرة من ق.ا.م.ا .
- **حالة البيوع الخاصة بالمفقود و ناقص اهلية و المفلس:** يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن ايداع قائمة البيع إلى الدائنين وأصحاب التأمينات العينية والنيابة العامة وإخطار النيابة العامة الذي هو في الحقيقة مستمد من ق.ا.م.ا و ق.أ. لأنها تخطر بقضايا حالة الاشخاص التي فيها حماية لناقصي الأهلية والإفلاس والتسوية القضائية وكذا إخطار المالكين على الشيوع إن كان محل البيع مناب في عقار أو عقار مملوك على الشيوع .
- **حالة بيع عقار المشاع عن طريق حكم قضائي:** يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن ايداع قائمة شروط البيع إلى الدائنين اصحاب التأمينات العينية وجميع المالكين على الشيوع وكان من المفروض إضافة إلى تبليغ الدائنين العادين الذي سبق الإشارة ان لهم الحق في الاعتراض على قسمة العقار الشائع وعلى بيعه في المزاد العلني ويبلغون اعتراضهم إلى كل شريك في الشيوع .
- **حالة بيع عقار مثقل بتأمين عيني بطلب من المدين :** يتم التبليغ الرسمي عن ايداع قائمة شروط البيع الى اصحاب التأمينات العينية (الدائن المرتهن).²
- ب-اجال التبليغ الرسمي :** حتى يحقق التبليغ الرسمي غايته المتمثل في تمكين الأشخاص المبلغين بقائمة شروط البيع من تقديم اعتراضاتهم المحتملة فقد حدد القانون اجلا للتبليغ الرسمي من خلال استقراء النصوص المتعلقة بقائمة شروط البيع يتبين ان اجل التبليغ الرسمي يكون خلال 15 يوم الموالية لإيداع قائمة شروط البيع.³

1 -حيرش نور الدين ، المرجع السابق ص 273 .

2 -المرجع نفسه ،ص274 .

3-بوقندورة سليمان ، المرجع السابق ص142 .

3-نشر مستخرج من قائمة شروط البيع:

لم يكتف المشرع بالإعلان الخاص للأشخاص المذكورين في المادة 750 من ق.ا.م.ا. ، بل أوجب كذلك إعلان عام للجميع يتم عن طريق النشر والتعليق، فعلى المحضر القضائي أن يقوم خلال ثمانية 08 أيام لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة بنشر مستخرج من قائمة شروط البيع في جريدة يومية وطنية، أي نشر مستخرج القائمة ليس في جريدة يومية محلية أو جهوية بل في جريدة وطنية وأن تكون يومية لا أسبوعية والتعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة، وترفق صورة من الإعلان في الجريدة ونسخة من محضر التعليق مع ملف التنفيذ.¹

ثانياً//الاعتراض على قائمة شروط البيع :

بعد أن يتم التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع و نشر مستخرج منها بجريدة يومية وطنية والتعليق بلوحة إعلانات المحكمة ، يترتب عن ذلك آثار، وهي انه يحق لصاحب المصلحة أن يقدم اعتراضه على القائمة .

فما المقصود بالاعتراض وما هو النظام الإجرائي والموضوعي له.

1-مفهوم الاعتراض على قائمة شروط البيع:

يقصد بالاعتراض على قائمة شروط البيع، إنها منازعة موضوعية متعلقة بالتنفيذ على العقارات التي يبدي بها ذوي الشأن ملاحظاتهم ، بموجبه يتم التمسك ببطان إجراءات التنفيذ لوجود عيب شكلي إجرائي أو موضوعي، أو لتمسك بتعديل شروط البيع الواردة في القائمة، أو الاعتراض عليها لأي سبب آخر بشرط أن يكون هذا السبب مؤثرا في التنفيذ من ناحية صحته أو عدم صحته أو في جوازه أو عدم جوازه.

وتعتبر دعوى الاعتراض على قائمة شروط البيع خصومة قضائية في التنفيذ على العقار محل البيع، لها ميعاد محدد وقواعد استثنائية لرفعها. والغاية التشريعية من تقرير الاعتراض هو تطهير الإجراءات من كل العيوب التي قد شابتها وذلك بتصفية المنازعات المتصلة بالتنفيذ، سواء تعلقت ببطان إجراءاته أم تعلقت بالشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحة التنفيذ أم تعلقت بشروط البيع.²

1-بوقدورة سليمان , مرجع سابق ص143 .

2 -المرجع نفسه ص146 .

2-النظام الاجرائي للاعتراض :

حدد المشرع الجزائري الأشخاص الذين يمكنهم تقديم اعتراضاتهم على قائمة شروط البيع لدى المحكمة المختصة وفي مواعيد محددة قانونا .

أ-الأشخاص الذين لهم الصفة والمصلحة في الاعتراض: يجوز تقديم الاعتراض على قائمة شروط البيع حسب الحالة من طرف الأشخاص المذكورين في المواد 740 و 785 و 787 من ق.ا.م.ا.¹

ب-الجهة القضائية المختصة للفصل في الاعتراض: يختص بالفصل في الاعتراضات على قائمة شروط البيع رئيس المحكمة التي يقع العقار محل البيع في دائرة اختصاصها ، وان كان البيع يجري عقب إجراءات الحجز التنفيذي على عدة عقارات تقع في دوائر محاكم متعددة، كان الاختصاص لإحداها.²

ج-شكل الاعتراض: تقدم الاعتراضات بعريضة من طرف الأشخاص الذين تتوفر فيهم الصفة والمصلحة لتقديم الاعتراض على قائمة شروط البيع إلى السيد رئيس المحكمة، وتسجل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم، وطالما أن الاعتراض يسجل في سجل يمسك خصيصا على مستوى كتابة ضبط المحكمة، فهو إذا لا يتم بدعوى عادية، ولا يتم تكليف الخصوم بالحضور إلى يوم الجلسة، كما أن الجلسة تعقد بغرفة المشورة بحضور المعارض والمحضر القضائي.³

د-ميعاد الاعتراض: عملا بنص المادة 742 ق إ م إ يجب أن تقدم العريضة إلى كتابة ضبط المحكمة و تسجيلها قبل انعقاد جلسة الاعتراضات بثلاثة 03 أيام على الأقل وإلا سقط حقهم في الاعتراض على قائمة شروط البيع ، والغاية من تحديد هذا الميعاد هو تمكين أصحاب الشأن من الاطلاع على الاعتراضات قبل الجلسة وكذلك تمكين المحكمة من الاطلاع عليها قبل الفصل فيها.⁴

3- النظام الموضوعي للاعتراض: لقد أعطى المشرع الجزائري الحق في الاعتراض على قائمة شروط البيع، إلا انه لم يسرد نصوص قانونية خاصة تحدد أسباب الاعتراض. الا انه يمكن للاعتراض أن يتخذ بعض الصور التالية:

1 - عزوزق صونية و عبد الحق كهينة , المرجع السابق ص19 .
2 - المادة 742 ، من القانون 08-09 ، المؤرخ 25 فبراير2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جريدة الرسمية عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .
3 - عزوزق صونية و عبد الحق كهينة , المرجع السابق ص20 .
4 -المرجع نفسه .

أ-الملاحظات

يقصد بالملاحظات كل نقد يوجه إلى شروط القائمة بهدف تعديلها أو تغييرها أو إضافة شروط جديدة أو حذف بعضها ، فالملاحظات بالحذف قد يكون بحذف شرط مخالف للنظام العام و الآداب العامة ، كطلب حذف الفوائد الربوية أو طلب حذف شرط عدم رد الثمن في حالة استحقاق العقار أو طلب حذف شرط إجراء بيع العقار صفقة واحدة أما الملاحظات بالإضافة فيجوز لكل معترض أن يطلب إضافة ما يراه محققا لمصلحته من شروط، كما لو طلب المستأجر إضافة شرط سريان عقد الإيجار الخاص به.¹

ب- البطلان

نصت المادة 737 من ق إ م إ في فقرتها الخامسة انه في حالة ما إذا خلت قائمة شروط البيع من احد البيانات الجوهرية ، فإنها تكون قابلة للإبطال بناء على طلب كل ذي مصلحة ، خلال اجل أقصاه جلسة الاعتراضات وإلا سقط حقه في طلب الإبطال على عكس المادة 742 من ق إ م إ التي تنص أن اجل الاعتراض على قائمة شروط البيع يجب أن يقدم خلال اجل ثلاثة 03 أيام قبل جلسة الاعتراضات وعموما يمكن أن يثار بطريق الاعتراض البطلان لعييب في الموضوع ومن أمثلة ذلك عدم ملكية العقار محل البيع للمدين المحجوز عليه أو للكفيل العيني، أو عدم توفر الأهلية في مباشرة، الإجراءات، أو التنفيذ بموجب سند رسمي.²

1- عزوق صونية و عبد الحق كهينة , المرجع السابق ,ص23 .

2 المرجع نفسه .

المطلب الثاني : إجراءات المزايدة العلنية و حكم القاضي برسو المزاد :

بعد منح أصحاب الحق امكانية إبداء ملاحظاتهم واعتراضاتهم على قائمة شروط البيع وبعد الفصل فيها قام المشرع بتنظيم إجراءات بيع العقار بالمزايدة فيوجب الإعلان عنه وتنظيم إجراءات المزايدة، الى غاية صدور الحكم القاضي بإيقاع هذا البيع وقيده والملكية التي تنقل للمشتري بمقتضى هذا التسجيل.¹

يقصد بإجراءات المزايدة العلنية و حكم رسو المزاد ، إلى تلك القواعد القانونية التي تنظم مجريات المزايدة العلنية، و بالنتيجة صدور حكم رسو المزاد لأعلى عرض تقدم به آخر مزاد ، وهذا وفقا لأحكام قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ابتداء من المادة 747 التي تبين كيفية تحديد تاريخ ومكان و جلسة البيع ، يليها المادة 749 التي تبين إجراءات الإعلان الخاص و العام عن تاريخ ومكان جلسة البيع يليها المادة 751 التي تبين كيفية إمكانية الطعن بإلغاء إجراءات النشر و التعليق يليها المادة 752 التي تبين كيفية تحديد المصاريف التنفيذ ، يليها المادة 753 التي تبين تشكيلة جلسة البيع ووصولاً للمواد 754 و 755 و 756 و 757 اللاتي يحددن مجريات المزايدة العلنية وحالات تأجيلها و رسو المزاد .²

الفرع الاول :تحديد جلسة البيع و إجراءات سيرها:

بعد الانتهاء من القيام بتمهيد العقار للبيع يتم تحديد جلسة المزايدة لبيع العقار ويتم ذلك عن طريق الإعلان عنها ضمن قائمة شروط البيع وتجري المزايدة بجلسة المحكمة التي تمت فيها إجراءات البيع (التنفيذ) وهي محكمة وجود موقع العقار في التاريخ والمكان المحددين لها لتبدأ إجراءات المزايدة العلنية التي تقدم فيها العروض وتنتهي برسو المزاد على من يقدم أعلى عطاء.³

1- احمد هندي ، احمد خليل قانون التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية ، 1999 ص 505 .

2- طالب اعمارة ، المرجع السابق، ص 31 .

3 - احمد هندي ، احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ، المرجع السابق ، ص 505 .

اولا//تحديد جلسة البيع :

1- جلسة البيع :

يتم بيع العقار المحجوز بإتباع إجراءات المزايدة ضمن جلسة علنية يتم تحديد تاريخ ومكان انعقادها من طرف رئيس المحكمة في محضر إيداع قائمة شروط البيع وذلك طبقا للمادة 737 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بيد أنه في حالة عدم تحديد هذه الجلسة يكون عن طريق قيام المحضر القضائي أو أي طرف في الحجز بالتقدم بطلب إلى رئيس المحكمة المختص والذي يصدر أمرا على عريضة بتحديد تاريخ و مكان جلسة البيع بالمزاد العلني، غير أن هذا الأمر لا يصدر إلا بعد أن يقوم رئيس المحكمة بالتأكد من أنه قد تم الفصل في جميع ما عرضه من اعتراضات وهذا طبقا للمادة 747 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ذلك أن الاعتراض على قائمة شروط البيع يعتبر منازعة في صحة الإجراءات وينجر على تقديمه وقف إجراءات البيع الى غاية البت فيه وبالفصل في هذه الاعتراضات يصبح العقار مهياً للبيع بالمزاد العلني، والأصل أن البيع يجري بمقر المحكمة، إلا أنه قد يكون من المصلحة إجراء البيع في مكان آخر وبهذا يجب أن يتضمن الأمر الذي يصدره رئيس المحكمة هذا المكان وذلك بناء على طلب يتقدم به الدائن الحاجز أو المدين أوحى من كل ذي مصلحة.¹

وعلى هذا يجري بيع العقار في الجلسة المحددة لذلك غير أنه عدم تقديم طلب سابق للبيع فليس للقاضي أن يقوم بالبيع في اليوم المحدد له من تلقاء نفسه وإلا وقع هذا البيع باطلا، وذلك لأن المشرع يفترض أن عدم طلب البيع يجعل فرضية اتفاق أصحاب الشأن على ترك الإجراءات بسبب الوفاء أو تأجيلها لمزيد من التفاوض على التسوية أو لانتظار وقت أكثر ملائمة للبيع، فما دام أن جميع أصحاب الشأن يملكون طلب البيع ولم يتقدم أحدهم بذلك فمن الأفضل ألا يتم البيع وإن حل يومه، وحتى تنعقد جلسة البيع لا بد أن يسبقها إعلان عن البيع يقوم به المحضر القضائي لأطراف التنفيذ وكذا للجمهور الراغبين في الشراء.²

2- الاعلان عن جلسة البيع :

1- إخبار أطراف جلسة البيع: تنص المادة 747 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على المحضر القضائي إخطار جميع الدائنين المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد بتاريخ وساعة ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني في مهلة 8 أيام قبل انعقاد

1 - احمد هندي ، احمد خليل ، قانون التنفيذ الجبري ،المرجع السابق ، ص505

2 - حمدي باشا ، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، دار الهومة ،طبعة 2009 ،ص306

جلسة المزايمة على الأقل، غير أنه لم تشر المادة الى الجزاء المترتب في حالة عدم إخبارهم بهذا الموعد والأصل أن هؤلاء الأشخاص ليسوا بحاجة إلى معرفة تاريخ البيع أو حتى شروطه ذلك أن التبليغ الموجه إلى أطراف التنفيذ أو الأشخاص الذين حددتهم المادة 740 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يغني عن إعلامهم لاحقاً بجلسة البيع لأن البيع يتضمن تاريخ وساعة البيع بالمزاد العلني.¹

ب- الإعلان العام للجمهور عن البيع بالمزاد العلني للعقار: بعد أن يتم إخبار ذوي الشأن باليوم المحدد للبيع ومكانه يجب أن يتم إعلان الجمهور لكي يزيد عدد المشتركين في المزايمة ويقع التنافس للحصول على أعلى سعر للبيع فقد أوجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المادة 748 المحضر القضائي بعد إيداع قائمة شروط البيع القيام بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة وذلك خلال 8 أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة وترفق صورة من الإعلان في هذه الجريدة ونسخة من محضر التعليق في ملف التنفيذ وبهذا يجب على المحضر القضائي ان يقوم في اجل 30 يوم قبل جلسة المزايمة على الأكثر و 20 يوم على الأقل بتحرير مستخرج عن البيع من مضمون السند التنفيذي وقائمة شروط البيع ويكون موقعا من طرفه ويقوم بنشر الإعلان عن البيع على نفقة طالب التنفيذ ويتضمن هذا المستخرج المراد إعلانه فضلا عن البيانات المعتادة ما حددته المادة 749 من بيانات وبهذا فإن الإعلان عن البيع بالمزاد العلني للحضور يتم عن طريق التعليق والنشر ويثبت ذلك بتقديم صورة من الجريدة أو تأشيرة الموظف المؤهل لذلك طبقا المادة 750 من ق.ا.م.ا الأمكنة التي يتم التعليق والنشر بها.²

ثانيا: إجراءات سير جلسة المزايمة :

يعتبر البيع بالمزاد العلني من أهم المواضيع التي تم تنظيمها من طرف المشرع وقيدها بمجموعة من الشروط والضوابط القانونية وسلسلة من الإجراءات بهدف الحصول على أعلى ثمن ممكن.

وذلك من خلال وضع شروط يجب توافرها في الشخص المزايمة ومنع البعض من دخول المزاد، وأحكام تضبط إجراءات المزايمة وحالات تأجيلها وكيفية البيع وإجراءات صدور حكم رسو المزاد.³

1 - حمدي باشا عمر ، المرجع السابق ، ص306 .

2 - حماد رشيدة ، دور القاضي في نقل الملكية العقارية ، اطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه الطور الثالث ،كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة بلعباس ،2020 ص121 .

3 - طالب اعمارة ، المرجع السابق،ص 38 .

1- شروط المزايذة العلنية :

ا- أن يكون أهلا للتصرف : يشترط في المزايد أن يكون أهلا للالتزام وفقا للقواعد العامة في البيوع العقارية الرضائية طبقا لأحكام المادة 78 من القانون المدني التي تنص كل شخصا أهلا للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون والمقصود بالأهلية هي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية، ومناطقها التمييز و الإدراك وحرية الإرادة، وهو ما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني بنصها كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقوه العقلية ، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة ، أما إذا كان الشخص المتقدم للمزايذة ناقص الأهلية ، فيجب أن يمثله في المزايذة نائبه القانوني طبقا لأحكام المواد 87 و 92 و 99 و 104 و 111 من قانون الأسرة.¹

ب- أن يكون غير ممنوع من المزايذة: لقد حدد المشرع الجزائي عدة أشخاص ومنعهم من الشراء بسبب صفاتهم من خلال نصوص قانونية تضمنها القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، مثل الأمر 23/96 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي والقانون 03/06 المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي والأمر 96/02 المتضمن تنظيم مهنة محافظ البيع بالمزايذة

- المدين : وهو أول الممنوعين من الشراء و ذلك راجع إلى كونه بدلا من أن يشتري بالمزاد عليه أن يقوم بالوفاء بديونه طالما لديه نقود يدخل بها المزداد .
- القضاة والمدافعين القضائيين و المحامين و الموثقين و كتاب الضبط : يمنع عليهم تحت طائلة البطلان شراء الحقوق المتنازع فيها إذا كان النظر في النزاع يدخل ضمن اختصاص الجهة القضائية التي يباشرون أعمالهم في دائرة اختصاصها.²
- النائب : النائب عندما يكلف ببيع عقارات موكله فإنه يحضر عليه شراؤها باسمه أو بواسطة شخص آخر يعمل لصالحه ولو كان هذا البيع بالمزاد العلني.³
- الخبراء العقاريين : منع المشرع على الخبير الذي تعهد له مهمة تقييم العقار أو تحديد سعره الافتتاحي من الشراء وذلك خوفا من وضع تقييم بخس للعقار ثم يشتريه لنفسه ، وهو ما نصت عليه المادة 411 من الأمر 75/58 المتضمن ق.م.ج. .

1 - القانون 84-11، المؤرخ في 09 جوان سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، ج.ر، عدد 24، صادرة في 22 جوان سنة 1984 المعدل والمتمم.

2 - المادة 402 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم "لا يجوز للقضاة ولا للمدافعين القضائيين ولا للمحامين ولا للموثقين ولا لكتاب الضبط أن يشتروا لأنفسهم مباشرة ولا بواسطة اسم مستعار الحق المتنازع فيه كله أو بعضه إذا كان النظر في النزاع يدخل في اختصاص الجهات القضائية التي يباشرون أعمالهم في دائرتها ، وهذا تحت طائلة بطلان البيع".

3 - المادة 410 من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم " لا يجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق او نص قانوني أو قرار من السلطة المختصة أن يشتري باسمه مباشرة او باسم مستعار ولو بطريق المزداد العلني ما كلف بيعه بموجب النيابة ، كل ذلك ما لم تأذن به السلطة القضائية مع مراعاة الأحكام الخاصة و الواردة في نصوص القانونية أخرى".

2-تشكيلة جلسة المزاد العلني :

تخضع تشكيلة و مجريات جلسة البيع بالمزاد العلني لأحكام المادتين 754 و 755 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، كما يخضع تسييرها إلى القواعد الإجرائية العامة المتعلقة بسير الجلسات.

- رئيس المحكمة: وهو الشخص الذي يترأس جلسة البيع بالمزاد العلني العقاري، حيث تجري عملية المزايدة تحت إشرافه، كما يمكن لرئيس المحكمة أن يفوض بدل عنه قاضي من قضاة المحكمة، مثل رئيس القسم العقاري. يختص رئيس المحكمة أو القاضي المفوض بعدة مهام من بينها افتتاح الجلسة بصفته رئيسا لها، يقوم بمناداة الأطراف والتحقق من هويتهم، التحقق سلامة جميع إجراءات التبليغ و النشر و التعليق الفصل في الطلبات الرامية إلى إلغاء و إعادة إجراءات النشر و التعليق و طلب تأجيل المزاد و تحديد تاريخ لها، الحكم برسو المزاد.
- رئيس كتاب الضبط : هم موظفون عامون يؤدون وظائفهم لدى الجهات القضائية تحت إشراف رؤساء الجهة القضائية التابعين لها، وتتمثل مهامه في مسك سجل الجلسة وتسجيل وقائعها ومجرياتها ومساعدة القاضي.
- لمحضر القضائي: لم يحدد القانون اختصاصات المحضر القضائي في جلسة البيع بالمزاد العلني، واكتفى بذكر أن الجلسة تجري بحضور المحضر القضائي.¹

3-افتتاح جلسة المزايدة بأول جلسة:

بعد افتتاح الجلسة يتحقق القاضي من حضور أو غياب الأطراف و تمام إجراءات التبليغ الرسمي للأشخاص الواجب تبليغهم و إنذارهم بزمان و تاريخ و ساعة البيع ويتأكد من سلامة إجراءات النشر حيث يجب أن تتم بجريدة يومية وطنية وكذلك إجراءات التعليق المنصوص عليها قانونا ، كما يفصل القاضي في الطلبات الرامية إلى إلغاء إجراءات النشر و التعليق إذا سبق تقديمها من طرف أطراف الحجز أو الغير ، ويفصل كذلك في طلبات التأجيل ، وفي حالة قبول طلب التأجيل تعاد إجراءات النشر و التعليق على نفقة طالب التأجيل .²

1 - بلقاسمي نور الدين ، المرجع السابق ، ص74 .

2 - المادة 753 القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ،جريدة الرسمية عدد21صادر23افريل2008 " يجوز تأجيل البيع بالمزاد العلني بطلب من أطراف الحجز إذا كان للتأجيل أسباب جدية لاسيما قلة المزايد و ضعف العروض ، تعاد إجراءات النشر و التعليق على نفقة طالب التأجيل" .

بعد ذلك يأمر القاضي بافتتاح المزاد العلني و يذكر بشروط البيع و نوع العقار و/أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع و الثمن الأساسي و الرسوم و المصاريف ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار و/أو الحق العيني العقاري وفي جميع الأحوال لا يقل عن عشرة آلاف دينار جزائري في كل عرض.¹

بعدها يفتح المجال للمزايدين الراغبين في الشراء بعد التأكد من توفر النصاب للمزايدين المقدر بثلاثة 03 أشخاص والتأكد من هويتهم ومن الوثائق الرسمية ويسجلها أمين الضبط في سجل الجلسة²، من اجل تدوين عرض أو عطاء كل شخص أمام اسمه والمبلغ الذي عرضه انطلاقاً من الثمن الأساسي الذي تم ذكره³.

4-الشروع في عملية البيع:

ا- الجلسة الأولى : تبدأ عملية تقديم العروض من الأشخاص المشاركين في المزاد بتداء من الثمن الأساسي للعقار المحدد مسبقاً في قائمة شروط البيع من طرف الخبير وهكذا تبدأ المزايدة الفعلية و المنافسة الحقيقية بين المزايدين ، فكل عرض يقدم من طرف احد المزايدين يتم تسجيله وينادى به ثلاثة مرات متتاليات تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة ، إلى غاية أن يتبعه عرض آخر من طرف مزايدي آخر و هكذا تستمر عملية المزايدة في تقديم العروض ، وكل عرض يقدم من طرف احد المشاركين في المزاد يسقط العطاء والعرض الذي قبله، وإذا تناول البيع عدة عقارات و أو حقوق عينية عقارية تقع في دوائر محاكم مختلفة ، يتم البيع حسب تتابع قيد الحجز ، غير انه إذا كان الثمن الناتج من بيع عقار و/أو حق عيني عقاري واحد أو أكثر كافياً للوفاء بأصل الدين و المصاريف القضائية يأمر الرئيس الذي اشرف على البيع بالتوقف عن بيع باقي العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المحجوزة ورفع الحجز عنها تلقائياً.⁴

يجب على الراسي عليه المزاد أن يدفع حال انعقاد الجلسة خمس الثمن و المصاريف و الرسوم المستحقة و يدفع المبلغ الباقي في اجل أقصاه ثمانية 08 أيام بأمانة ضبط المحكمة.⁵

1 - المادة 754 القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر. عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .

2 - بوقندورة سليمان، مرجع السابق، ص 168 .

3 - عزوق صونية و عبد الحق كهيبة، مرجع السابق ، ص 49 .

4 - بداوي عبد العزيز، الحجز العقاري في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع الإدارة و المالية كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008، ص 126 .

5 - المادة 757/فقرة 2 من القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج.ر. عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .

لكن قد تعترض جلسة المزايمة عوارض تحول دون إتمامها، مما يؤدي إلى تأجيلها إلى تاريخ لاحق يحدده رئيس المحكمة¹ ، وهذا في حالة إذا لم يتوفر النصاب من المزايدين أو كان العرض اقل من الثمن الأساسي للمزايمة أو لم يتقدم احد بأي عرض خلال خمس عشرة 15 دقيقة، اثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة وقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي²، ويجب أن يحدد في الأمر الصادر بتأجيل البيع، تاريخ جلسة لاحقة للبيع خلال فترة لا تقل عن ثلاثين 30 يوما ولا تزيد عن خمسة وأربعين 45 يوما من تاريخ التأجيل، وفي هذه الحالة يعاد النشر و التعليق عن البيع بالكيفيات المنصوص عليها في المادتين 749 و 750 من ق.ا.م.ا.³

ب – الجلسة الثانية : بعد افتتاح الجلسة التأكد من صحة إجراءات إعادة النشر و التعليق و بنفس السعر الافتتاحي المذكور بقائمة شروط البيع ، وبغض النظر عن عدد المزايدين ، ينوه رئيس المحكمة أو قاضي البيوع العقارية المكلف بشروط البيع و نوع العقار المعروض للبيع و الثمن الأساسي و الرسوم و المصاريف القضائية و تحديد مبلغ التدرج في المزايمة ، وتبدأ إجراءات المزايمة بنفس الكيفيات المذكورة في جلسة البيع الأولى وفي حالة كانت العروض اقل من الثمن الأساسي و غير كافية لقيمة الدين و المصاريف، يقرر رئيس المحكمة تأجيل البيع مع انتقاص عشر 1/10 الثمن الأساسي مع إعادة النشر و التعليق وفقا لأحكام المادة 750 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية المذكورة سابقا.

ج – الجلسة الثالثة : بعد افتتاح الجلسة من طرف رئيس المحكمة و التأكد من صحة إجراءات إعادة النشر و التعليق، وبغض النظر عن عدد المزايدين والتذكير بالسعر الافتتاحي بعد انتقاص العشر، تبدأ إجراءات المزايمة بنفس الإجراءات المذكورة سابقا، وفي حالة كانت العروض اقل من الثمن الأساسي الجديد (بعد إنقاص العشر) و غير كافية لقيمة الدين و المصاريف، يأمر رئيس المحكمة بتأجيل البيع وبدون تحديد السعر الافتتاحي ولا عدد المزايدين .مع الأمر بإعادة إجراءات الإعلان عن المزااد العلني عن طريق إجراءات التعليق و النشر.⁴

1 - بلقاسم محمد أمين، أحكام البيع بالمزاد العلني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مذكرة تخري لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، سنة 2014، ص 72 .
2 - المادة 754/فقرة 2 من القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة الرسمية عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .
3 - المادة 755/فقرة 2 من القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة الرسمية عدد 21 صادر 23 افريل 2008 .
4 - المادة 754/فقرة 1 من القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة الرسمية عدد 21 صادر 23 افريل 2008، في الجلسات الموالية ، يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان اقل من الثمن الأساسي .

د - الجلسات الموالية خلال هاته الجلسات يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري بغض النظر عن عدد المزايدين، وحتى ولو كان العرض المقدم اقل من الثمن الأساسي، لكن في حالة ما إذا كان البيع جبريا عقب إجراءات الحجز، فإنه يمكن للدائن الحاجز أو الدائنين المتدخلين في الحجز استيفاء الدين عينا بالعقار أو الحق العيني العقاري بالثمن الأساسي المحدد.¹

أما في حالة البيع مأذون به قضائيا مثل بيع مناب القاصر وبيع العقار المشاع فهنا العقار و/أو الحق العيني العقاري لا بد أن يباع، لأنه لا يوجد دائن ومدين ويبيع بأي ثمن لأخر مزاد يرسو عليه المزاد.

5- حالات إعادة البيع بالمزاد العلني:

يعاد بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري حتى ولو رسا المزاد على أحد المزايدين وتم البيع في حالتين هما:

ا- عدم التزام الراسي عليه المزاد بإيداع الثمن كاملا: إذا لم يلتزم الراسي عليه المزاد بإيداع المبلغ الباقي كاملا في أجل أقصاه 08 أيام بأمانة ضبط المحكمة، وبعد اعذاره بالدفع خلال مهلة خمسة 05 أيام، يعاد الإعلان عن البيع بالمزاد العلني ويلزم الراسي عليه المزاد المتخلف عن دفع الثمن بدفع فارق الثمن إذا بيع بثمن اقل من الثمن الراسي به المزاد كما لا يحق له المطالبة بالزيادة إذا بيع بثمن أعلى.

ب- زيادة 6/1 سدس مبلغ رسو المزاد : من اجل الرفع من ثمن العقار لاستيفاء جميع حقوق الدائنين، فانه إذا بيع العقار و/أو الحق العيني العقاري بثمن اقل من المبلغ الأساسي، وخلال اجل ثمانية 08 أيام التالية لرسو المزاد، يحق لكل شخص تقديم عريضة يلتزم من خلالها إعادة البيع بالمزايدة مع تعهده الكتابي بزيادة السدس 6/1 على الأقل عن قيمة البيع الأول، مع إيداعه قيمة ثمن البيع الأول مع جميع المصاريف و الرسوم المستحقة بأمانة ضبط المحكمة.²

الفرع الثاني :حكم القاضي برسو المزاد العلني :

يصدر حكم رسو المزاد نهائيا غير قابل للطعن فيه بأي طريقة من طرق الطعن العادية و طرق الطعن الغير عادية، فهو يصدر مباشرة ممهورا بالصيغة التنفيذية، وبالتالي فهو من السندات التنفيذية التي ورد ذكرها في المادة 600 من ق.ا.م.ا كما يترتب على صدور حكم رسو المزاد مجموعة من الآثار تسري في مواجهة الراسي عليه المزاد و في مواجهة المنفذ

1 - خماج نبيل ، الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهورة و غير المشهورة ،مذكرة تحري لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، سنة(200-2010،ص47 .

2 - المرجع نفسه،ص48 .

عليه فيما يخص البيوع الجبرية أو في مواجهة أصحاب البيوع الخاصة مثل المالكين على شيوع و مالك العقار المثقل بتأمين عيني و الولي في حالة مناب ناقص الأهلية.¹

اولا//مفهوم هذا الحكم :

في نهاية إجراءات المزايدة العلنية يصدر رئيس جلسة البيع بالمزاد العلني للعقار المباع حكما برسو المزداد العلني العقاري ويكون الحكم برسو المزداد على من تقدم من المزايدين المشاركين في المزداد العلني بأعلى عرض وكان آخر مزايد حسب ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 757 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.²

ومن هذا المنطلق فإن قاضي البيوع العقارية في الحقيقة لا يفصل عند مباشرته لإجراءات البيع بالمزاد العلني للعقار المحجوز في جلسة المزايدة العلنية في خصومة بالمعنى الحقيقي لها، وإنما يتولى مراقبة الإجراءات التمهيدية السابق ذكرها وإرساء المزداد على من تقدم بأعلى عرض من بين المزايدين المشاركين في المزداد العلني والراغبين في شراء العقار المعروض.

وأن المشرع أرد أن تتم اجراءات البيع بالمزاد العلني عند ملكية العقار المحجوز جبرا عن صاحبه تحت إشراف القضاء ورقابته ذلك من أجل المحافظة على الثروة العقارية للمدين المحجوز عليه من جهة ورعاية مصالح أصحاب الشأن من جهة أخرى، بالإضافة إلى ضمان خلو الإجراءات المتخذة من كل ما يؤدي إلى بطلانها وانهارها، لذلك فإن حكم رسو المزداد لا يعتبر حكما فاصلا في خصومة قضائية لذا لا يلزم تسببيه من طرف القاضي وإنما مجرد محضر لبيان ما تم من إجراءات في جلسة البيع بالمزاد العلني للعقار المحجوز وإثبات إرساءه على من تقدم بأعلى عرض وبالتالي فهو عبارة عن قرار يصدره القاضي بما له من سلطة ولائيه.³

وما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 292327 الصادر في 29-01-2003⁴ فهو عمل ولائي لا يحتوي على أي منازعة أو مواجهة و، عليه فحكم رسو المزداد العلني هو ليس حكما فاصلا في الخصومة القضائية وإنما مجرد بيان ما تم من إجراءات في جلسة البيع بالمزاد العلني للعقار المباع.⁵

1 - طالب اعمارة، المرجع السابق، ص48

2 - حيرش نور الدين، المرجع السابق، ص 346

3 - حمدي باشا، المرجع السابق، ص314

4 - قرار المحكمة العليا رقم 2923327 الصادر بتاريخ 01-29-2003 المجلة القضائية العدد الاول سنة 2003 ص.203

5 - جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني قرارات المحكمة العليا الجزء الثالث، الطبعة الأولى، صفحة 1209

إذ بمجرد الانتهاء من إجراءات المزايدة يصدر القاضي القائم بالبيع حكم يقضي برسو المزايد فلا يعد اعتماد القاضي على العطاء على من تقدم بأكبر عرض حكما برسو المزايد وإنما هو إجراء من إجراءات المزايدة يقرر به القاضي العطاء الأكبر وإنهاء المزايدة ولا يعد المزايد الذي اعتمده عطاؤه مشتريا للعقار إلا بعد دفعه الثمن الراسي به المزايد والمصاريف لكتابة ضبط المحكمة ويترتب على هذا الحكم عدة آثار قانونية بالنسبة الراسي عليه المزايد وكذا بالنسبة للدائنين .

إن الحكم برسو المزايد العلني في العقار يعتبر بمثابة سند منشأ لحق ملكية الراسي عليه المزايد للعقار أو الحق العيني العقاري المبيع وفق إجراءات قانونية تتم بجلسة المحكمة المنعقدة داخل دائرة اختصاص موقع العقار وتنتقل الى الراسي المزايد بمقتضى هذا الحكم كل الحقوق العينية العقارية المبيعة الراسي عليها المزايد ويكون له كذلك كل الارتفاقات العالقة بها ويعتبر سند للملكية كما تشير إليه المادة 761 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وذلك بعد أن يتم شهره بالمحافظة العقارية.¹

ثانياً // خصائص حكم رسو المزايد:

باعتبار أن حكم رسو المزايد ليس بحكم فاصل في نزاع قضائي إنما ينهي إجراءات البيع بالمزايد العلني، فهو حينئذ لا يخضع لوجوب تبليغه إلى أطراف الحجز، وغير قابل لأي طريقة من طرق الطعن العادية و الغير عادية ، كما صنفه المشرع الجزائري سندا تنفيذيا بمفهوم المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، وبالتالي يتم مهره بالصيغة التنفيذية و ينفذ جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 762 فقرة 07 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وهم المحجوز عليه و الحائز و الكفيل العيني والحارس، ويعتبر سندا للملكية.²

1- حكم رسو المزايد سندا للملكية:

اعتبر المشرع الجزائري حكم رسو المزايد بمثابة سندا للملكية إذا ما تم شهره بالمحافظة العقارية فهو ينقل إلى الراسي عليه المزايد حق الملكية، وكل الحقوق التي كانت للمدين وجميع الارتفاقات المثقلة بها، وهو ما نصت عليه المادة 762 من ق.ا.م.ا بنصها تنقل إلى الراسي عليه المزايد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزايد العلني وكذلك كل الارتفاقات العالقة بها ويعتبر حكم رسو المزايد سندا للملكية.³

1 - المادة 394 من ق.ا.م.ا.

2 - بربارة عبد الرحمن ، طرق التنفيذ ، دار بغدادي للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر سنة 2009 ص259

3 - طالب اعمارة ، المرجع السابق ، ص53

2- حكم رسو المزاد غير قابل للطعن:

سبق وان تطرقنا إلى أن حكم رسو المزاد ليس حكما فاصلا في خصومة قضائية، وإنما هو مجرد محضر لبيان ما تم من إجراءات في جلسة البيع واثبات إيقاعه، وهو قرار يصدر بما للقاضي من سلطة ولائية، وعليه فإن هذا الحكم يكون قابلا للطعن فيه بالبطلان وليس بطرق الطعن في الأحكام¹، وهو ما نصت عليه المادة 765 من ق.ا.م.ا بنصها حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن.

3- حكم رسو المزاد ينفذ جبرا:

لقد سبق وان قلنا أن حكم رسو المزاد يصدر نهائيا غير قابل للطعن و هو سندا تنفيذيا حسب نص المادة 600 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، كما أن المادة 764 من نفس القانون نصت على أن حكم رسو المزاد لا يبلغ لأطراف الحجز ويتم تنفيذه جبرا على الأشخاص المذكورين في المادة 763 / فقرة 07²، والأشخاص المذكورين في المادة 763 / فقرة 07 هم: المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني و الحارس .

1 - محمد حسين ، التنفيذ القضائي و توزيع حصيلته في قانون الاجراءات المدنية الجزائري مكتبة الفلاح ، بيروت ، طبعة 2، سنة 1986، ص137.

2 - المادة 764 من القانون 09/08 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية، جريدة الرسمية عدد 21 صادر 23 افريل 2008.

المبحث الثاني : حكم القاضي بتثبيت الشفعة في العقار :

إن الشفعة تعد من اهم الوقائع المادية التي ترتب أثرا قانونيا متمثلا في اكتساب الملكية العقارية وذلك بموجب شروط وإجراءات محددة بنصوص القانون .¹

ولقد نظم المشرع الجزائري الشفعة في المواد 794 إلى غاية 807 من ق.م. في الكتاب الثالث المتعلق بالحقوق العينية الاصلية ضمن الباب الأول المعنون بحق الملكية القسم الخامس من الفصل الثاني تحت عنوان طرق اكتساب الملكية"، إذ اعتبرها أحد الأسباب المكسبة للملكية العقارية المبنية منها والغير مبنية.

وهي تختلف عن غيرها باعتبار أن القائم بتثبيتها هو القاضي وتنفذ دون إرادة مالكة ومشتريه وفق شروط معينة، ومتى ثبت الحق في تملك الشفيع العقار المبيع، ولو جبرا على المشتري، بموجب حكم نهائي من القضاء، يعتبر عقدا حقيقيا حلت فيه سلطة القضاء محل الإرادة ، ومن ثم يخضع هذا الحكم للشهر حتى تنتقل الملكية من البائع مباشرة إلى الشفيع وقبل التطرق الى هذا الحكم الذي يصدره القاضي ويعتبر سند ناقل لملكية المشفوع له ، يتعين الوقوف على تحديد شروطها و اجراءاتها.²

المطلب الاول : الاخذ بالشفعة :

لا يمكن الأخذ بالشفعة إلا إذا وجد صاحبها في مركز قانوني يعطيه الحق في حمل صفة الشفيع ليخول له حق اكتساب ملكية العقار الذي قام مالكة ببيعه إلى مشتري آخر غير هذا الشفيع ليطلق عليه العقار المشفوع فيه.

حيث أن العقار المشفوع فيه يشترط فيه أن يكون متصلا بعقار آخر يملكه ذلك الشفيع ويصطلح عليه بالعقار المشفوع به، سواء كان هذا الاتصال ناجما من شركة على الشيوخ في نفس العقار وذلك إذا كان العقار المبيع جزء شائعا مع حصة الشفيع في عقار أو مسكن، أو كان الاتصال ناجما من تجزئة حق الملكية لذلك العقار بتحويل حق الانتفاع لشخص وبقاء ملكية الرقبة في يد شخص آخر وهو المالك الأصلي للعقار.³

1 - محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي بلعباس السنة الجامعية 2012، ص88 .

2 - حماد رشيدة، المرجع السابق، 127 .

3 - المرجع نفسه، ص128 .

الفرع الاول: شروط الاخذ بالشفعة :

انطلاقاً من أن الشفعة ذات طبيعة خاصة تختلف عن باقي العقود وتفيد من حرية التعاقد فإنه لا يمكن الأخذ بها إلا إذا وجد صاحبها في مركز قانوني معين وهو صفة الشفيع من أجل أن يخوله اكتساب صفة ملكية العقار الذي باعه مالكة الى مشتري لأخر، وقد أحاطها المشرع بجملة من الشروط والإجراءات القانونية أستخلصها من النصوص القانونية المنظمة لممارسة الحق الشفعة طبقاً للمادة 794 من القانون المدني وما يليها ومن نصوص أخرى تضمنت أحكاماً خاصة بالشفعة، ويمكن تلخيص هذه الشروط فيما يلي :

اولاً// الشروط المتعلقة بالمال المشفوع :

1- أن ترد الشفعة على عقار :

أن حق الشفعة يتم الأخذ به عند بيع العقارات فقط دون المنقولات لأن هذه الأخيرة يرد عليه حق الاسترداد بيد أنه لقواعد الاسترداد أحكام تختلف عن الشفعة باعتباره مستمد من القانون الفرنسي في حين قواعد الشفعة مستمدة من الفقه الاسلامي إلا أن طبيعة حق الاسترداد هي نفس طبيعة الأخذ بالشفعة لذلك فإن الفقه الحديث يرى بأن الشفعة ما هي إلا حق الاسترداد يثبت في العقار في أحوال خاصة وبشروط معينة¹.

لقد نصت المادة 794 من القانون المدني بصيغة : الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ... " ومنه نستنتج أن أحكام الشفعة تقتصر على العقار فقط دون المنقول وتنص المادة 683 من القانون المدني أن العقار هو : " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول . " فلا شفعة في بيع المنقول وإنما يمكن ممارسة حق الاسترداد وفقاً للمادة 721 من القانون المدني التي تنص : " للشريك في المنقول الشائع أو في المجموع من المال المنقول أو العقار أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعة التي باعها شريك غيره لأجنبي عن طريق التراضي".

كما يجب التنبيه أن العقارات التي تخضع لنظام الشفعة هي العقارات بطبيعتها كالأراضي والمباني أما العقارات بالتخصيص فلا تجوز فيها الشفعة إلا إذا بيعت تبعاً للعقار المتصلة به، أما إذا بيعت مستقلة عنه فتعتبر في حكم المنقول ولا شفعة فيها وكذلك الأمر بالنسبة للمنقولات بحسب المال فلا شفعة في بيع بناء الهدم أو غراس القلع².

1 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية، الجزء 2، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان 1986 ص 182.

2 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 128.

2- أن تقع الشفعة على عقد بيع:

لقد حصرت المادة 794 المذكورة أعلاه جواز حق الشفعة في عقد البيع فقط دون غيره من باقي العقود.

كما أن المواد 800 و 801 و 804 و 806 من ق.م. جاءت فيها أحكام متعلقة بالثمن والثمن لا يوجد إلا في البيع وعقد البيع تصرف قانوني صادر من جانبيين وناقل للملكية بعوض باعتبار أن المشرع الجزائري قد اشترط في البيوع العقارية التي تتضمن نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية القالب الرسمي¹، إذ يجب اخضاعها للشكل الرسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان المطلق الذي هو من النظام العام تثيره المحكمة من تلقاء نفسها.

ومن ثمة فقد اعتبرت الشكلية في العقارات ركن خاص، بالإضافة الى الأركان الأخرى الرضا والمحل والسبب وهو ما تنص عليه المادة 324 مكرر وما يليها من القانون المدني، بالإضافة إلى شهرها في المحافظة العقارية حتى تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري وذلك من أجل إعلام الغير بهذا التصرف وبتوافر الأركان السابقة يصبح عقد البيع قد تم وفق الشكل القانوني المطلوب الذي يخول بمقتضاه للشفيع أن يأخذ العقار المبيع بالشفعة حتى قبل شهره بالمحافظة العقارية.²

وفي هذا السياق فإن تحديد الطبيعة القانونية للتصرف الحاصل له دور مهم من حيث جواز الاخذ بالشفعة أو عدمها وعقد البيع هو العقد الوحيد الذي يكون محلا للشفعة، وقد أكد قضاء المحكمة العليا اقتصار حق ممارسة الشفعة على عقد البيع دون سواه في القرار رقم 130337 مؤرخ في 1995/01/10³ الذي استبعد الشفعة في عقد الوعد في البيع وما يمكن القول أن هناك من يرى المقصود هنا الوعد البيع من جانب واحد لأن الوعد بالبيع الملزم لجانبيين والمستوفي لجميع أركانه يعتبر أن الوعد بيعا ابتدائيا تجوز فيه الشفعة.⁴

1 - المادة 324 مكرر من القانون المدني المعدل و المتمم تنص على ان "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن و ذلك طبقا للإشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصاته".

2 - احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، سنة 2013، ص117

3 - قرار المحكمة الحكمة العليا رقم 13-337 المؤرخ في 10-01-1995 المجلة القضائية الصادرة في 1995 العدد الاول صفحة 196 .

4 - احمد دغيش، المرجع السابق، ص136.

إذ لا تثبت الشفعة في التصرفات الكاشفة كالقسمة والتصرفات التبرعية سواء كانت مضافة الى ما بعد الموت كالوصية أو كانت منجزة كالهبة¹، ويترتب على هذا الشرط استبعاد الشفعة في المقايضة.

كما أنه لا يمكن أن تكون الشفعة في الهبة ولا بقيمه العقار الموهوب لأن الواهب إنما وهب لاعتبارات شخصية في الموهوب له لا تتوفر في الشفيع ذلك أن تملك الشيء الموهوب من طرف الموهوب له يكون دون مقابل، كما أن الشفعة تستبعد كذلك إذا كان انتقال الملكية بمقتضى تصرف من التصرفات المقررة أو الكاشفة مثل عقد القسمة وعقد الصلح الذي نصت المادة 463 من ق.م. على أثره الكاشف ولو تم ببدل نقدي لأنه لا يعتبر ثمنا للعقار كما لا يجوز أن ينتفع الأجنبي بفائدة مقررة لمنفعة المتصالح.

كما أنه لا تجوز الشفعة في عقد الشركة، كما تستبعد الشفعة إذا انتقلت ملكية العقار بتصرف قانوني صادر من جانب واحد كالوصية أو بسبب من الأسباب لا يعد تصرفا قانونيا كالميراث أو الالتصاق أو التقادم، ولا تجوز الشفعة في الوفاء بمقابل إذا أعطى المدين للدائن عقارا في مقابل الدين.²

كما انه لا يؤخذ بالشفعة في عقد البيع الباطل ولا عقد البيع الصوري لأنه عقد لا الباطل، ومن هذا المنطلق كان لازما على قاضي الموضوع المختص (العقاري) بالفصل في المنازعات المتعلقة بالشفعة أن يقوم قبل كل شيء بتكييف التصرف القانوني المعرض عليه أمامه طبقا لما نصت عليه المادة 29 من ق.ا.م.ا ليتحقق من أنه عقد بيع طبقا لنصوص ق.م. سيما المادة 350 وما بعدها التي تحدد البيع وطبيعته القانونية، بالإضافة إلى وروده على عقار وأن تراعى في الاعتبارات الشخصية والخاصة المتعلقة بالقرابة وأن لا يكون حصل البيع بالمزاد العلني أو الحق المبيع مكان للعبادة (مسجد).³

3- أن يكون الشفيع مالكا للعقار أو الحق المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة :

حتى يتحقق ثبوت الحق الشفعة يجب أن يكون الشفيع مالكا للعقار أو الحق المشفوع به وقت قيام سبب الشفعة أي وقت البيع، فإذا كان الشفيع يشفع برقبة أو بحق انتفاع يجب أن يكون مالكا للرقبة أو حق الانتفاع وقت البيع وإن كان يشفع بحصة شائعة في عقار مملوك على الشيوع يجب أن يكون مالكا لهذه الحصة الشائعة إذ نصت المادة 795 من ق.م بقولها يثبت الحق في الشفعة لمالك الرقبة وللشريك في الشيوع ولصاحب حق الانتفاع وهو ما تم تأكيده من

1 - جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني و التشريعات الخاصة، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص، طبعة ثانية، الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، سنة 2010، ص70 .

2 - حماد رشيدة، المرجع السابق، ص130 .

3 - المرجع نفسه .

خلال قضاء الملكية العليا في قرارها المؤرخ في 09-05-2007 في الملف رقم 638-1402.

أنه من المقرر قانونا أن حق الشفعة يثبت للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي فإن الشركاء في الشيوع الذين توصلوا إلى قسمة قضائية بموجب أحكام قضائية نهائية بلغت للأطراف وتم وضع حد الشيوع وأن كل طرف تحصل على حصته وله حرية التصرف فيها .

وعليه فإن الشروط الواردة في المادة 796 من القانون المدني غير مستوفاة ويتعين رفض الطعن واشتراط الملكية يعني استبعاد المستأجر والمستعير لانتفاء صفة الملكية فيهما وكذلك لا تثبت الشفعة لمن جعل عقاره مسجدا لأنه لا يعود مالكا له كما يستبعد مالك القاعدة التجارية من الشفعة في بيع المحل لأنه لا يعد منتفعا ويشترط في ملكية الشفيع للعقار المشفوع به أن تكون سابقة على البيع الذي يؤخذ فيه بالشفعة وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قراراتها منها القرار المؤرخ في 09-02-1999 تحت رقم 181-039 والقرار المؤرخ في 11-11-1997 رقم 181-155².

وقد يكون حق الشفيع على عقاره الذي يشفع به ناشئا عن تصرف قانوني أو عن واقعة قانونية، فإذا كان هذا الحق ناشئا عن تصرف قانوني مثل عقد بيع صادر إليه مثلا وجب أن يكون هذا التصرف مشهرا وقت البيع المشفوع فيه حتى يثبت لصاحبه حق الشفعة ولا يكفي أن يكون هذا التصرف ثابت التاريخ قبل البيع، لأن التصرف القانوني لا ينقل أو ينشئ الحقوق العينية العقارية الأصلية إلا بالتسجيل في الشهر العقاري وبدون أثر رجعي³.

كما يمكن أن يكون حق الشفيع ناشئا عن واقعة قانونية فتكون العبرة بوجود الواقعة القانونية المنشأة لحق الشفعة قبل البيع المشفوع فيه.

فالمستأجر ليس له الحق في الشفعة لأن هذه الأخيرة لا تكون إلا في العقار المشاع المملوك لكن حق الأولوية في أن يعرض عليه الشراء قبل غيره وهو ما أكدته المحكمة العليا في احدي قراراتها المؤرخة 11-12-1989 ملفات رقم 56751 و 56752 و 4.356753⁴.

1- قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09-05-2007 في الملف رقم 638-402 المجلة القضائية، 2008 العدد الأول، صفحة 1993.

2- قرار المحكمة العليا رقم 039-181 المؤرخ في 09-02-1999 منشور بالمجلة القضائية لسنة 1999 العدد رقم 0

3- احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الطبعة الثالثة، سنة 2013، ص76

4- احمد خالدي، مرجع السابق، ص76 .

كما أن التاجر المستأجر لا يملك حق الانتفاع وإنما يملك حق شخصي وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلال قرارين :

- الأول من المقرر قانونا أن حق الشفعة يكون لصاحب حق الانتفاع اذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ومن ثم النعي على القرار المطعون فيه بمخالفته الإجراءات والخطأ في تطبيق القانون يعد غير وجيه، ولما كان الثابت في قضية الحال ان قضاة المجلس لما رأوا أن المستأجر لا يدخل ضمن الحالات الثلاث المنصوص عليها في المادة 795 من القانون المدني باعتبار ان حق الايجار هو حق شخصي في حين حق الانتفاع هو حق عيني ومن ثم فإنهم بقضائهم كما فعلوا قد طبقوا القانون تطبيقا سليما.¹

- أما القرار الثاني فجاء بالقول أن (من المقرر قانونا انه يكتسب حق الانتفاع بالتعاقد والشفعة وبالتقادم أو بمقتضى القانون ومن المقرر أيضا انه يثبت حق الشفعة: لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة وللشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع للأجنبي ولصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها ولما ثبت في قضية الحال بأن قضاة المجلس قرروا بأن صفة الطاعنين كمستأجرين للأمكنة لا تسمح لهم التمسك بأي حق من حقوق الشفعة ولا يمكن اعتبارهم كذلك كمنتفعين حسب مفهوم المادة 844 من القانون المدني فإنهم سببوا قرارهم تسببيا كافيا وبالتالي إن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الاسباب ليس في محله.²

كما لا تجوز الشفعة في نزع الملكية في العقارات من اجل المنفعة العمومية باعتبارها طريقة استثنائية لكسب الحقوق العقارية.³

4- أن يكون الشفيع حائزا على الأهلية الواجبة :

يجب أن يكون الشفيع حائز على الأهلية الواجبة وهي أهلية التصرف إذ أن الأخذ بالشفعة يعد في حكم شراء العقار المشفوع فيه فالشفعة من أعمال التصرف وليست من أعمال الإدارة فالبالغ غير المحجوز عليه له الحق في الأخذ بالشفعة بإرادته وبنفسه أو عن طريق وكيله وكالة خاصة وليست عامة وفقا للمادة 574 من القانون المدني، فإذا كان الشفيع قاصرا وله أب جاز للأب بصفته وليا أن يأخذ بالشفعة وكذلك الأمر بالنسبة للوصي والقيم ويجب في جميع الأحوال الحصول على الترخيص من القاضي المختص واستئذان المحكمة في ذلك.

1 - قرار المحكمة العليا رقم 54-388 المؤرخ في 25-12-1988 المجلة القضائية الصادرة في سنة 1992 العدد 3 ص 844.

2 - قرار المحكمة العليا رقم 100-150 المؤرخ في 19-11-1997 المجلة القضائية الصادرة في سنة 1997 العدد رقم 02 ص 55.

3 - القانون رقم 91-11 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالاوقاف المنشور بالجريدة الرسمية، لسنة 1991، رقم 21.

كما يجب أن يكون هذا الشفيع غير ممنوع قانونا من شراء العقار المشفوع فيه كالقضاة والمحامين الممنوعين من شراء الحقوق المتنازع | عليها طبقا للمادة 402 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية وكذا السماسرة والخبراء لا يجوز لهم شراء الأموال المعهودة اليهم ببيعها أو تقدير قيمتها طبقا للمادتين 410 و 411 من نفس القانون.¹

5- عدم جواز تجزئة الشفعة :

على الشخص الذي يرغب في الأخذ بالشفعة أن يطلب الشفعة في العقار المبيع برمته أي (عدم تجزئة الشفعة) بمعنى أن الشفعة غير قابلة للتجزئة ذلك أنه لا يمكن للشفيع أن يأخذ بالشفعة في بعض المبيع في صفقة واحدة دون البعض الآخر ذلك حتى لا تتفرق الصفقة على المشتري فيضار بذلك.²

وفي هذا الإطار لم يتضمن ق.م.ج نصا يضبط مبدأ عدم تجزئة الشفعة مما يستوجب الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية حسب المادة الأولى من القانون المدني لأنها المصدر المادي والتاريخي لأحكام الشفعة، فإذا تم بيع عقار واحد لمشتريين متعددين على الشيوع فإن الشفعة لا تجزأ إلا في العقار بأكمله حتى لا تتفرق الصفقة، أما إذا تم بيع العقار لعدة مشتريين واشترى كل منهم جزءا مفرزا منه، فإنه في هذه الحالة يمكن للشفيع أن يأخذ نصيب أحد المشتريين فقط ولا يكون في ذلك تفريق الصفقة لأنها حصلت متفرقة وأن تضمنها عقد واحد وإذا وجد بين المشتريين على الشيوع من لا يجوز الأخذ منه بالشفعة (مثل أصول البائع سقطت الشفعة بالنسبة إلى سائر المشتريين و في حالة ما إذا بيعت عدة عقارات لمشتري واحد فتميز بين ثلاث حالات:³

- إذا توفرت شروط الشفعة في جميع العقارات يجب على الشفيع أن يشفع في كل هذه العقارات إذا كانت متصلة ببعضها لتفادي تفريق الصفقة وكذلك الحال إذا كانت العقارات منفصلة ولكن مخصصة لعمل واحد.
- إذا وجدت في بعض العقارات شروط الشفعة دون العقارات الأخرى لا يجوز للشفيع أن يطلب الأخذ بالشفعة إلا في العقارات التي تتوافر فيها شروط الشفعة ويتم تقدير قيمتها بواسطة خبير ولكن إذا كان في ذلك إضرار بحق المشتري بحيث لا تقبل الصفقة التجزئة لطبيعة العقارات أو للغرض المقصود منها فإن الشفعة لا تجوز فيها إطلاقا.
- وإذا كانت العقارات منفصلة ولم تكن مخصصة لعمل واحد فإن الشفيع هنا لا يشفع إلا في العقارات التي توفرت في شأنها شروط الأخذ بالشفعة ويمكن ذلك دون الإخلال بمبدأ عدم تجزئة الشفعة نظرا لتعدد الصفقات .

¹-حماد رشيدة ، المرجع السابق ،ص132 .

² - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، 635

³ - احمد خالدي ، المرجع السابق ، ص182

ثانياً// الاشخاص الذين لهم الحق في ثبوت الشفعة:

إذا تحققت صفة الشفيع في الشخص فإنه يصبح بهذه الصفة صاحب حق في الأخذ بالشفعة أي يكسب مركز قانوني يخوله الحق في التمسك بالشفعة من أجل تملك العقار وهذا بحلوله محل المشتري في ذلك العقار أو بحلوله محل المشتري حق الانتفاع المصاحب للرقبة وهذه الحالات التي تثبت فيها الشفعة تسمى في الحقيقة بأسباب الشفعة.¹

إن الشفعة باعتبارها قيد على حرية التعاقد فإن المشرع ضيق من مجالها ولذلك فإن القانون يحدد من يثبت له حق الشفعة على سبيل الحصر وذلك في المادة 795 من ق.م. والقانون 90-25 المؤرخ في 1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري²، ونصوص أخرى إذ حدد القانون الجزائري من هو الشفيع بموجب نص المادة 795 من ق.م. كما يلي: لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي - لصاحب حق الانتفاع إذ بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

كما أن الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا كرس ذلك في العديد من القرارات بحيث استقر على أن الأشخاص الذين لهم الحق في الشفعة هو ثلاثة: لمالك الرقبة والشريك في الشيوخ وصاحب حق الانتفاع³، وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلال قرارها رقم 193704 الصادر بتاريخ 2000-04-26 (المستفيديون من حق الشفعة محددون في المادة 795 من القانون المدني على سبيل الحصر ومن بينهم مالك حق أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا وخطوا بين الانتفاع على وجه الايجار وبين الانتفاع حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية).⁴

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الانتفاع المناسب للرقبة : يثبت حق الشفعة لمالك الرقبة إذا كان حق الانتفاع المناسب لها مملوكا لشخص آخر وقام هذا الأخير ببيعه، وإذا كان حق الانتفاع مشاعا بين عدة أشخاص وباع أحدهم نصيبه كان لمالك الرقبة أن يشفع فيه دون باقي المشتافعين في حق الانتفاع ، وينجم على الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع وهو ما يحقق إعادة تجميع عناصر الملكية لتعود متكاملة للمالك وهذا هو الغرض الذي رخصت من أجله الشفعة لمالك الرقبة باعتباره أولى من مشتري حق الانتفاع ، وتعتبر هذه الحالة من الناحية العملية نادرة التحقق ولا يتطلب حسب القانون للأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلا أن يكون حق الانتفاع المبيع مناسباً للرقبة ويستوي أن يكون المبيع كل حق الانتفاع أو بعضه، وأن يكون مالك الرقبة أو صاحب حق الانتفاع واحداً أو متعدداً، فإذا كان مالك

1 - نبيل ابراهيم سعد، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة، بيروت لبنان، 1995 ص 12 .

2 - القانون 90-25 المؤرخ في 1990-11-18 المتضمن التوجيه العقاري ج.ر. الصادرة بتاريخ 1990-11-18 العدد 40 .

3 - قرار المحكمة العليا الغرفة العقارية، الصادر المؤرخ في 09-11-1997 ملف رقم 1007150 المجلة القضائية لسنة 1997 العدد الثاني ص 55 .

4 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم 193704 الصادر بتاريخ 2000-04-26 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 ص 255 .

الرقبة واحدا، والمنتفع واحدا، وباع المنتفع كل حقه أو بعضه فلمالك الرقبة الأخذ بالشفعة في هذا البيع¹.

أما إذا كان للرقبة ملاك متعددون على الشيوع رتبوا حق الانتفاع لشخص واحد، ثم باع المنتفع كل حقه أو بعضه، فللشركاء المشاعين معا أخذ الانتفاع المبيع بالشفعة، وإذا لم يأخذ بالشفعة إلا بعض الشركاء في الرقبة دون بعض، فيجب التمييز بين فرضيين :

فهي ما إذا كان المبيع بعض حق الانتفاع، وكان موازيا لحصصهم في الرقبة أو أقل، فلهم معا الأخذ بالشفعة، وأما إذا كان المبيع كل حق الانتفاع، أو كان بعضه ولكن مجاوزا لحصصهم في الرقبة، فالأصل أنه ليس للشركاء المطالبين إلا الأخذ بالشفعة في حدود حصصهم الشائعة في الرقبة لأن الانتفاع لا يناسب رقتهم إلا بقدر هذه الحصص، ولا يخولهم المشرع الشفعة فيما يجاوزها ، وإذا كان كل من الرقبة والانتفاع على الشيوع، وباع الشركاء في الانتفاع أو أحدهم حصة فيه فلكل الشركاء في الرقبة معا أخذ كل الحصة المبيعة بالشفعة، أما إذا لم يطالب بالشفعة إلا بعض الشركاء دون البعض الآخر ، فيحق لهم أخذها بالشفعة إذا كانت الحصة المبيعة توازي أو تقل عن حصصهم في الرقبة أما إذا زادت على تلك الحصص، فليس لهم الأخذ بالشفعة إلا فيما يوازي حصصهم دون ما يجاوزها².

- للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي : يتم تحقق صفة الشفيع للشريك في الشيوع إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي ويتحقق الشيوع بأن يكون العقار مملوكا ملكية تامة لعدد من الشركاء أو أن يكون حق الانتفاع مملوكا على الشيوع أو تكون الرقبة مملوكة على الشيوع، فإذا قسم الشركاء العقار إلى أجزاء مفرزة فلا تثبت الشفعة بسبب الشركة في الشيوع ، غير أن قسمة المهايأة لا تنهي حالة الشيوع وقد نظم القانون المدني أحكام الملكية الشائعة في المواد 713 إلى 742 من ق.م³ غير انه لا تكون الشفعة بالنسبة للملكية المشتركة وهو ما اكدته المحكمة العليا من خلالها قرارها المؤرخ في 21-06-2006 (لا شفعة في الملكية المشتركة)⁴.

1 - احمد دغيش ، حق الشفعة في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 200 .

2 - المرجع نفسه، ص208 .

3 - احمد خالدي ، المرجع السابق ، ص88-89 .

4 - قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 21-06-2006 ملف رقم 337852 المنشور بمجلة المحكمة العليا قسم الوثائق لسنة 2006، العدد، 02 ص205 .

إن تحقق حالة الشيووع في عقار يفترض هذا السبب قيام وضع من الشيووع في عقار بما يعني أن أصحاب الحق في العقار الشائع متعددون دون أن يكون لأي منهم جزءا مفرزا ومحددا فإذا باع أحد الشركاء في الشيووع حصته إلى أجنبي ثبت لشريكه أو لباقي شركائه حق الشفعة في هذا البيع، أما إذا انتهى وضع الشيووع بالقسمة التي تختص كل واحد من الشركاء بجزء مفرز من العقار المشاع الأصلي، فقد أصبح المتقاسم مالكا ملكية مفرزة للنصيب المقسوم له ولذلك لا يحق له الأخذ بالشفعة بسبب الشركة في الشيووع إذا باع متقاسم آخر نصيبه و قد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 09-05-2007 (لا شفعة بعد القسمة النهائية).¹

ويلزم لثبوت الشفعة للشريك في الشيووع أن يكون مالكا للحصة التي يشفع بمقتضاها وقت التصرف في الحصة الأخرى المراد أخذها بالشفعة، أي أنه يجب أن تكون ملكية الشفيع سابقة على البيع الذي حصل ولذلك إذا باع أحد الشركاء حصته في العقار الشائع، فلا تجوز الشفعة فيها لمن اشترى حصة أخرى فيه من شريك آخر إذا كان عقده غير مشهر وقت بيع الحصة المشفوع فيها وهو الأمر المؤكد من خلال القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 31-05-2000 (لا تكون الشفعة إلا للشركاء في الشيووع وعليه لا يحق طلب الشفعة ممن فرز نصيبه بقسمة رضائية ثابتة)²، ولا يعد شريكا في الشيووع من اشترى من أحد الشركاء جزءا مفرزا من العقار الشائع، فلا تجوز له الشفعة إذا باع أحد الشركاء من بعد حصته الشائعة في العقار.

وتجدر الإشارة أنه الناحية العملية، لا تتحقق شفعة الشريك في الانتفاع إذا بيعت حصة شائعة منه لأجنبي إلا إذا أحجم مالك الرقبة عن طلب أخذها بالشفعة وقد قضت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 31-05-2000 ملف رقم 194838 بما يلي (حيث إنه وبالرجوع إلى القرار محل الطعن يتضح أن قضاة الموضوع قد صرحوا بأن حق الشفعة لا يكون إلا للشريك على الشيووع وأن المدعين في الطعن يقرون أن ما اشتراه المدعى عليه في الطعن الأول مفرز بدليل عقد القسمة الرضائي المبرم بين والدهم المتوفى وعمهم المدعى عليه في الطعن الثاني وعلى هذا الأساس رفضوا طلب الشفعة المقدم من طرفهم وبقضائهم كما فعلوا، فإن قضاة الموضوع لم يخالفوا القانون).³

1 - قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 09-05-2007 ملف رقم 402638 المنشور بمجلة المحكمة العليا سنة 2008 العدد الاول ص 193 .

2 - قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 31-05-2001 ملف رقم 194838 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة 2004 ص 240.

3 - قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية بتاريخ 31-05-2000 ملف رقم 194838 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2000 .

- لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها : تتحقق صفة الشفيع لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها أما إذا كان البيع يتعلق بحصة شائعة في حق الانتفاع فإنه يشفع فيها كشریک في الشیوع وحق الانتفاع یختلف عن حق الإيجار ، فحق المنتفع حق عيني، أما حق المستأجر فهو حق الشخصي، وحق المنتفع ينقضي حتما بموته أما حق المستأجر فيورث عنه وحق المنتفع يكون بعوض أو بغير عوض، أما حق المستأجر فهو دائما بعوض وحق المنتفع يكون مصدره أي سبب من أسباب كسب الحقوق العينية أما حق المستأجر فمصدره هو العقد.

ولابد من هذا التمييز إذ أن حق الشفعة يثبت لصاحب الانتفاع ولا يثبت للمستأجر وهو ما سبق تأكيده من خلال قرارات المحكمة العليا السالف ذكرها اعلاه وكذا ... في القرار الصادر بتاريخ 26-04-2000 من المقرر قانونا أن يثبت حق الشفعة .

لصاحب حق الانتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها " وأنه من الثابت قانونا كذلك أن حق الانتفاع يسمح لصاحبه باستعمال الشيء والانتفاع بثماره مثله مثل المالك وهو يختلف عن حق الإيجار في مده وحدوده ومدته، ولما اعتبر قضاة المجلس أن حق الإيجار هو حق انتفاع واقرؤا للمستأجر بثبوت حق الشفعة فإنهم اخطأوا في تطبيق المادة 795 من ق.م.1.

ويؤدي الأخذ بالشفعة في هذه الحالة إلى انقضاء حق الانتفاع وبالتالي إلى تجميع كل عناصر الملكية بيد من كان له حق الانتفاع بما يحقق الغرض من إعطاء الشفعة، ويستوجب في شفعة المنتفع في بيع الرقبة أن تكون الرقبة المبيعة مناسبة لحق الانتفاع ويستوي أن يكون المبيع هو كل الرقبة أو بعضها وأن يكون صاحب حق الانتفاع أو مالك الرقبة واحدا أو متعددا.²

وجاء في قضاء المحكمة العليا في هذا الصدد ما ورد في القرار المؤرخ في 26/04/2000 ملف رقم 193704 الذي جاء فيه : المستفيدون من حق الشفعة محددون في المادة 795 من ق.م. على سبيل الحصر، ومن بينهم مالك حق الانتفاع ، وقد أخطأ قضاة الموضوع لما اعتبروا المستأجر منتفعا وخلطوا بين الانتفاع على وجه الإيجار وبين حق الانتفاع المتفرع عن حق الملكية).³

1 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26-04-2000 ملف رقم 198458 قضية (ع أ) ضد(ش ع) المنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق، صفحة 246.

2 - موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، مذكرة للحصول شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة سبعة عشر لسنة 2006، 2009- ص26

3 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 26-04-2000 ملف رقم 193704 منشور بمجلة المحكمة العليا لسنة 2000 .

الفرع الثاني : ترتيب الشفعاء عند تعددهم :

لقد نصت المادة 795 من ق.م. على الشفعاء بالترتيب الذي يتفاضلون به عند تزامهم وذلك لتوفر سبب الشفعة لأكثر من شخص واحد وطلبوها كلهم أو بعضهم (شريك في الشيوخ، جار،..). وذلك بنص المادة 796 التي جاء فيها: إذا تعدد الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة حسب الترتب المنصوص عليه في الفقرات التالية:

- إذا كان الشفعاء من طبقة واحدة استحق كل منهم الشفعة بقدر نصيبه.
- إذا كان المشتري قد توفرت فيه الشروط التي تجعله شفيعا بمقتضى المادة 795 فإنه يفضل على الشفعاء من طبقتهم أو من طبقة أدنى ولكن يتقدمه الذين هم من طبقة أعلى. فيكون مالك الرقبة في الطبقة الأولى إذا بيع حق الانتفاع والشريك في الشيوخ في الطبقة التي تليه وصاحب حق الانتفاع في الطبقة الأدنى إذا بيعت الرقبة، مثال ذلك عقار يملك عدة أشخاص رقبته في الشيوخ ويملك أشخاص آخرون حق الانتفاع المناسب على الشيوخ.
- فإذا باع أحد مالكي الرقبة نصيبه على الشيوخ تثبت الشفعة لأصحاب حق الانتفاع بموجب الفقرة الثالثة من المادة 795 من ق.م. كما تثبت الشفعة لباقي مالكي الرقبة - كل بقدر نصيبه- بصفتهم شركاء في الشيوخ ولذلك يفضلون على أصحاب حق الانتفاع لأن طبقة الشركاء في الشيوخ أعلى من طبقة أصحاب حق الانتفاع في بيع الرقبة شرط ألا يكون المشتري أحد الشركاء لأنه عند ذلك يفضل على الجميع.
- أما إذا باع أحد أصحاب حق الانتفاع نصيبه على الشيوخ فتثبت الشفعة لأصحاب حق الانتفاع بموجب الفقرة الثانية من المادة 795 من القانون المدني بصفتهم شركاء في الشيوخ في حق الانتفاع الذي تم بيعه إلا إذا كان المشتري هو أحدهم فعندئذ فإنه يفضل عليهم لأنهم من نفس طبقتهم وتثبت الشفعة أيضا لمالكي الرقبة كل في حدود نصيبه.¹
- ويفضلون على الشركاء على الانتفاع على الشيوخ لأن طبقة مالكي الرقبة عند بيع حق الانتفاع أعلى من طبقة الشركاء في الشيوخ وحتى لو كان المشتري أحد أصحاب حق الانتفاع يفضل عليه مالكو الرقبة، أما إذا كان المشتري أحد ملاك الرقبة في الشيوخ فإنه يفضل على الجميع وفقا لأحكام المادة 796 من ق.م. الفقرة الأخيرة.
- أما إذا كان العقار مملوكا ملكية تامة في الشيوخ فلا يكون هناك مجال لترتيب الشفعاء إذ أنهم كلهم من نفس الطبقة ولكن يشترط أن يكون المشتري أجنبيا أما إذا كان المشتري شريكا فإنه يفضل على باقي الشركاء ولا شفعة في هذه الحالة.²

1 - موساوي رضوان، المرجع السابق، ص 36 .

2 - حماد رشيدة، المرجع السابق، ص 138 .

المطلب الثاني: اجراءات الشفعة و صدور الحكم القاضي بتثبيتها :

من الثابت شرعا وقانونا أن الشفعة تؤخذ بالتراضي أو بالتقاضي، ومفاد أخذها بالتراضي هو تنازل المشتري عن العقار المشفوع فيه لصالح الشفيع دون الحاجة إلى اتخاذ إجراءات قضائية ودون نزاع يذكر، ويحل بذلك الشفيع محل المشتري، ويصبح متمتعاً بحقوق المشتري وتقع عليه التزاماته، ويصح التسليم في أي وقت، ومتى سلمت يبرم عقد البيع و يشرع في مباشرة الإجراءات الناقلة لملكية العقار المشفوع فيه إلى الشفيع، غير أنه قد يثور نزاع بينهما حول أحقية كل منهما في تملك العقار، وفي هذه الحالة كان اللجوء الى القضاء حتمية لا مفر منها .

وجدير بالذكر أن الشفعة مؤسسة على الإجراءات ، لذا سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق إلى معرفة إجراءات الشفعة وسنستطلع ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذا المجال، كما يجدر بنا أن نتطرق كذلك إلى دعوى الشفعة والحكم الفاصل فيها.¹

الفرع الاول : الاجراءات القانونية للاخذ بحق الشفعة :

أحاط المشرع الشفعة بإجراءات محددة وربطها بمواعيد صارمة وقصيرة ينبغي الالتزام والتقيدها بها وإلا سقطت الشفعة والإجراءات التي حددها المشرع ثلاثة نصت عليها المواد من 799 إلى 803 ق.م وهي إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة وإيداع الثمن لدى الموثق.²

اولا// إعلان الرغبة في الشفعة :

لقد اهتمت الشريعة الإسلامية بإعلان الرغبة في الشفعة و اعتبرته إجراء مهما رتب عليه السقوط في حالة عدم المطالبة به وهذا ما أقره المشرع من خلال القانون المدني حيث فرضت المادة 799 ق.م على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري وذلك في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وبينت المادة 800 ق.م مشتملات الإنذار المنصوص عليه في المادة 799، كما أوضحت المادة 801 ق.م كيفية إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده.³

1 -حمود خولة،الشفعة في القانون الجزائري،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص ادارة عامة،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم،سنة2019،ص49 .

2 -المرجع نفسه،ص50 .

3 - مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، دون سنة نشر، ص230 .

1- الإنذار الموجه إلى الشفيع:

يعتبر الإنذار باعتباره إجراء أولي الذي عرف بأنه ورقة تتم على يد المحضر القضائي يقوم به كل من البائع أو المشتري بتوجيهه عن طريق رسالة غير قضائية إلى الشفيع الثبات علمه بوقوع البيع الذي يطلب منه ابداء رغبته في أخذ العقار المبيع عن طريق اتخاذ إجراءات الشفعة في الأجل المنصوص عليها قانوناً، وعليه فإن الغرض منه هو إعلام الشفيع وتحفيزه على ابداء رغبته في الشفعة خلال مدة معينة والا سقط حقه في ذلك.

أما إذا تعدد الشفعاء وجب عليه انذار كل منهم بذلك سواء كانوا من طبقة واحدة أو من عدة طبقات.¹

لقد فرض المشرع الجزائري هذا الجراء في المادة 799 من ق.م.2. من خلال هذه المادة نجد أن المشرع لم يشترط الرسمية في الإنذار الذي يوجهه البائع أو المشتري للشفيع، إذ يمكن أن يتم شفيعاً أو كتابياً، وبالتالي يكون عالج هذا الإجراء في جانبه الموضوعي.

إلا أن عدم اشتراط الرسمية في الإنذار الموجه للشفيع من طرف البائع أو المشتري وان كان بهدف عدم التوسع أكثر في إجراءات الشفعة، فإن ذلك سيؤدي إلى فتح نزاعات سببها التبليغ الفوضوي لهذا الإنذار سواء بالكتابة العادية عن طريق البريد، أو بواسطة رسالة موصى عليها مع إشعار بالاستلام.

إضافة إلى التبليغ الشفوي الذي يفتح إشكالات كثيرة لاسيما أنه لا يوجد ما يثبت تاريخ الإنذار الذي يعتبر مسألة جد مهمة لتحديد بداية للأجل المحدد قانوناً لإبداء الرغبة في الشفعة، الأمر الذي يجعل إجراء إعلام الشفيع محل تلاعب من طرف البائع والمشتري، فيضيع حقه المقرر له قانوناً.

ان الغرض الأساسي من الإنذار بوقوع البيع هو دليل إثبات عن علم الشفيع بجدية حصول عملية بيع بطريقة مؤكدة وبقينية، وعليه إجباره و إلزامه باتخاذ إجراءات الشفعة، ومراقبة جميع الإجراءات والخطوات المنصوص عليها قانوناً لأن عدم اتخاذ أو إغفال أي إجراء في الأجل المحدد قانوناً، فإنه يترتب عليه سقوط هذا الحق.³

1- جبار جميلة، المرجع السابق، ص73

2- تنص المادة 322 على: "على من يريد الاخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها الى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوماً من تاريخ الانذار الذي يوجهه اليه البائع أو المشتري والا سقط حقه، ويزاد على ذلك الاجل مدة المسافة ان اقتضى الامر ذلك"

3- احمد دغيش، المرجع السابق، ص307 .

أما موقف القضاء من هذا الإجراء أكده من خلال قرار¹ الذي ثبت فيه أن لقضاة القانون أن كل من البائع والمشتري لم يقوما بتوجيه اذار للطاعن مما يجعل حقه في الشفعة لازال قائما وتوصلوا أن قضاة الموضوع أخطأوا في تطبيق القانون وخالفوه عند رفضهم دعوى الشفعة.

ولقد تم تأكيد هذا الموقف من خلال القرار الصادر أيضا عن المحكمة العليا بحيث أعابت المحكمة العليا القرار الصادر عن قضاة الاستئناف كونه لم يتم بحساب الأجل المنصوص عليها قانونا في المواد، 799، 801 و 802 من ق.م. حول العمليات التي قامت به الطاعنة وكذا الانذار الموجه للبائعة والمشتري حتى تبسط رقابتها عليها، وأنهم اقتصرنا على ذكر عموميات مما يجعل قرارهم القاضي برفض دعوى المدعية لسقوط حقه في الشفعة مشوب بالغموض والقصور في التسبيب.²

حيث أن القانون وضع شروط لصحة هذا الانذار و أن يتضمن بيانات جوهرية تحت طائلة البطلان وأن تخلفها يؤدي الى التصريح ببطلانه تتمثل في:

الشروط:

- أن يوجه الإنذار إلى الشفيع: ويقوم المشتري أو البائع بتوجيه هذا الإنذار إلى الشفيع، فإذا وجه أحدهما أغنى ذلك على أن يوجهه الآخر، كما يجوز أن يوجه هذا الإنذار إلى وكيل الشفيع إذا كان مفوضا في تمثيل موكله أمام المحاكم وفي أن يتسلم عنه الأوراق والأحكام.
- وفي حالة تعدد الشفعاء يجب توجيه الإنذار إليهم جميعا على اختلاف طبقاتهم في ترتيب الشفعاء دون الاكتفاء بإنذار شفعاء الطبقة الأعلى، وذلك لاحتمال ألا يرغب شفعاء هذه الطبقة في الأخذ بالشفعة مما يفتح باب الشفعة لمن هم أدنى منهم في الطبقة. وإغفال إنذار أي من الشفعاء يترتب عليه وقوع الإنذار باطلا ولا ينتج أثره، فلا يبدأ منه الميعاد المحدد للشفيع لإعلان الرغبة، وينبغي أن يتم إنذار الشفيع أو الشفعاء في موطن كل منهم أي محل إقامته المعتادة.
- أن يشتمل الإنذار على بيانات محددة: أوجب المشرع أن يشتمل الإنذار الموجه إلى الشفيع على بيانات محددة، مرتبا البطلان على تخلفها وذلك ما جاءت به المادة 800 ق.م. وهذه البيانات هي البيانات الأساسية المتعلقة بالبيع الجائر الشفعة فيه ولكن يجوز للشفيع توجيه أية بيانات أخرى إضافية يراها مفيدة.³

1 - القرار الصادر بتاريخ، 30-04-1990 الملف رقم، 64331 أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، القانون المدني نسا وتطبيقا طبقا لأحدث التعديلات بالقانون، 03/07 د.ط، دار الهدى، الجزائر، ص322-323 .

2 - مناد نعيمة، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون خاص معرق، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم، سنة 2014، ص59 .

3 حمدود خولة، المرجع السابق، ص51 .

- والبيانات الأساسية المحددة التي أوجب المشرع اشتغال الإنذار عليها هي الآتية :
- بيان العقار الجائز أخذه بالشفعة بياناً كافياً م 800/1 ق.م. ويراد بالبيان الكافي للعقار المبيع البيان الذي يكون من شأنه تعريف الشفيع بالعقار تعريفاً نافياً للجهالة، وهذه المسألة واقعية يقدر فيها قاضي الموضوع كفاية البيان.
- بيان الثمن والمصاريف الرسمية كمصاريف الشهر العقاري وشروط البيع واسم كل من البائع والمشتري ولقبه ومهنته وموطنه والأجل الذي قدره ثلاثون يوماً للإعلان المنصوص عليه في المادة 799 ق.م. وذلك ما نصت عليه المادة 800/2 ق.م.¹

2- إعلان الرغبة في الشفعة وميعاده:

أ- الرسمية في الإعلان:

طبقاً لنص المادة 801-1 من ق.م. نجد أن الإعلان بالرغبة من الشفيع إلى كل من البائع والمشتري يجب أن يتم بعقد رسمي يعلن أمام كتابة ضبط المحكمة الواقع في دائرة اختصاصها العقار، وإلا كان ذلك باطلاً بطلان مطلق إذ لا يمكن مقبولة إذا ما تم بالطرق العادية أو بموجب رسالة موصى عليها مع اشعار بالاستلام.²

حيث أن موقف القضاء جاء موافق ومطبق لما هو منصوص عليه قانوناً وهذا ثابت من خلال قراره³ إذ أن قضاة المحكمة العليا استندوا في حيثيات قرارهم أن المطعون ضدها أعلنت رغبتها في الشفعة بعقد رسمي عن طريق كتابة الضبط على أساس المادة 801 من ق.م. التي تشترط في طالب الشفعة تحرير رسم توثيقي عن طريق كتابة الضبط لتتوصل إلى أن قضاة الموضوع طبقوا القانون والتزموا به عند قضائهم بصحة التصريح بالشفعة.

هذا ما كرسته أيضاً في قراره⁴ الذي جاء فيه: "من الثابت قانوناً أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يكون بموجب عقد رسمي والإعلان به يتم عن طريق كتابة الضبط...".

لقد وضعت المحكمة العليا من خلال هذا القرار معياراً للتفرقة بين تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة المنصوص عليه في المادة 801 من نفس القانون الذي يجب أن يكون بعقد رسمي يحرره الموثق و الإعلان عن طريق كتابة الضبط وبين تاريخ إعلان تلك الرغبة إلى البائع والمشتري الذي يبدأ من تاريخ احتساب مدة ثلاثين يوماً عمال بالمادة 802 التي تقضي بأن أجل رفع الدعوى يكون خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإعلان المنصوص عليه في المادة 801

¹ حمدود خولة ، المرجع السابق، ص51-52 .

² -احمد دغيش، المرجع السابق، ص310 .

³ - قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 10-02-1985 ملف رقم 33030 أشار إليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 326 .

⁴ - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 16-06-1999 الغرفة العقارية، ملف رقم 1864332 المجلة القضائية، العدد 02، مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 1999، ص112.

،وعليه فان قضاة المجلس يكونوا قد خالفوا المادة 802 لما أخذوا في حساب الأجل بتاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة وليس بتاريخ الاعلان، مما استوجب نقض القرار المطعون فيه الذي جاء تطبيقاً لنص المادة 801-1 من القانون المدني.¹

حيث أن الاعلان بالرغبة في الشفعة يجب توجيهه الى كل من البائع والمشتري بمعنى اعلان أحدهما لا يعني عدم اعلان الآخر بل يجب اعلامهما ولا يشترط أن يتم ذلك في وقت واحد المهم أن يتم ذلك في الأجل المحدد قانوناً، وإذا ما تعددوا فالابد من اعلام كل واحد على حدى.

كما أن الادارة هي الأخرى عند ممارستها لحقها في الشفعة عليها أن تتبع جميع الإجراءات المفروضة على الشخص الطبيعي وفقاً للمادتين 801 و 802 من القانون المدني التي تبدأ من تاريخ التصريح بالرغبة هذا ما كرسته مجلس الدولة من خلال قراره الصادر في 2009-09-30.²

ب- الاجل المحدد لاعلان الرغبة في الشفعة:

يجوز للشفيع بمجرد علمه بوقوع البيع ولو قبل إنذاره بذلك أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة وهذا الى كل من البائع والمشتري بحيث أن هذا الاعلان ينتج آثاره القانونية اذ يسري من تاريخه ميعاد ثلاثين يوماً طبقاً للمادة 801-1 من ق.م. من أجل رفع دعوى الشفعة عملاً بالمادة 802 من نفس القانون .

مع العلم أنه بإمكان الشفيع أن يتجاوز هذا الاجراء ويقوم برفع دعوى الشفعة دون اتخاذ هذا الاجراء على أن يودع الثمن لدى الموثق عمال بالمادة 801-2 من نفس القانون.³

الا أن حرية الشفيع في اعلان الرغبة تنقيد من حيث الأجل المنصوص عليه قانوناً اذا ما وجه له انذار رسمي حينها يجب عليه اعلان رغبته خلال ثلاثين يوماً تسري من الانذار، أما اذا لم يتم انذاره لكن تم شهر البيع في المحافظة العقارية له أن يعلن رغبته في الشفعة خلال سنة من يوم الشهر عمال بالمادة 807-2 من ق.م.⁴

1 -مناد نعيمة ، الممرجع السابق ،ص62 .

2 - احمد خالدي ، الممرجع السابق ،ص316 .

3 - احمد محمود خليل، أحكام الشفعة فقه وقضاء، د.ط، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر، ص54-55 .

4 - عبد الرزاق السنهوري ، الممرجع السابق،ص634 .

أما اذا لم يتم انذار الشفيع ولم يتم شهر عقد البيع يكون له حق في اعلان رغبته طالما أن شفيعته لم تسقط بالتقادم طبقا للقواعد العامة المحدد بخمسة عشرة سنة من ابرام عقد البيع العرفي عمال بالمادة 308 من ق.م.¹

وعليه ومن خلال هذا المنطلق تمت وجود ثالث احتمالات حول سريان الأجل المحدد لاعلان الرغبة وهي:

• حالة إنذار الشفيع بوقوع البيع:

انطلاقا من نص المادة 799 ق.م، فإنه يجب على الشفيع إذا أنذره البائع أو المشتري بوقوع البيع وأراد أن يشفع، فعليه أن يعلن رغبته في الأخذ بالشفعة في خلال خمسة عشر يوما من تاريخ وصول الإنذار إليه بوقوع البيع. ولا يعتد بعلم الشفيع بوقوع البيع، بل وحتى إذا قام الدليل القاطع بأنه قد علم بالبيع في وقت معين فإن الميعاد مع ذلك لا يسرى من هذا الوقت، وإنما من وقت وصول الإنذار إليه.

وتجدر الإشارة إلى أن الميعاد المنصوص عليه في المادة 799 ق.م يعد من مواعيد السقوط وليس من مواعيد التقادم، ومن ثمة تسري على الغائبين وعلى من لم تكن لديه أهلية التصرف، وهي مدة لا تقبل الوقف أو الانقطاع.

• حالة عدم إنذار الشفيع بوقوع البيع وإشهاره :

إذا لم يتم البائع أو المشتري بإنذار الشفيع بوقوع البيع أو كان الإنذار باطلا، غير أن المشتري أشهر عقد البيع، فينفتح للشفيع في هذه الحالة ميعاد آخر يبدأ من تاريخ شهر عقد البيع، وهذا ما يفهم من نص المادة 807 ق.م والتي جاء فيها أنه لا يمارس حق الشفعة إذا مرت سنة من يوم تسجيل ويراد به الشهر) عقد البيع في الأحوال التي نص عليها القانون. فإذا لم يعلم الشفيع بوجود البيع وذلك لعدم إنذاره أو لكون إنذاره عد باطلا، ولكن سجل هذا البيع، فإن ذلك يعني أن الشفيع قد علم بهذا البيع بعد شهره، فعلى الشفيع أن يبادر إلى إعلان رغبته في خلال هذا الميعاد و إلا سقط حقه في الشفعة.

هذا وأن ميعاد السنة من تاريخ الشهر ، يعد مدة سقوط لا مدة تقادم وبالتالي لا ينقطع ولا يقف ويسري في حق الغائبين وغير كاملي الأهلية.²

¹ -مناد نعيمة ، المرجع السابق ،ص66 .

² -حمود خولة ، المرجع السابق،ص56 .

- حالة عدم إنذار الشفيح و عدم شهر عقد البيع:
قد يحدث ألا ينذر البائع أو المشتري الشفيح بوقوع البيع، وقد لا يقوم المشتري بشهر العقد، عندئذ لا يتصور سريان المواعيد السابق ذكرها في حق الشفيح. ولذلك يظل حق الشفيح في طلب الشفعة قائما طالما لم يسقط، وهو لا يسقط إلا بمضي خمسة عشر سنة من تاريخ وقوع البيع المشفوع فيه.
أما بالنسبة لشهر إعلان الرغبة في الشفعة، فإذا كان الشفيح يحل محل المشتري في حقوقه منذ إعلان الرغبة وكان من نتائج ذلك كف يد المشتري عن القيام بأعمال مادية تضر بهذا الحلول باعتبار إعلان الرغبة حجة على المشتري، فكان لابد من مواجهة التصرفات القانونية التي قد يقوم بها المشتري ويرتب بها حقوقا للغير على العقار المشفوع أو متعلقة به وكان طبيعيا عدم الاكتفاء بإعلان الرغبة لمنع نفاذ هذه التصرفات في حق الشفيح، إذ لا توجد وسيلة مؤكدة لعلم الغير بهذا الإعلان، ولذلك نص المشرع على أن: " إعلان الرغبة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مسجلا" تطبيقا لنص المادة 801-2ق.م.¹

ثانيا// ايداع الثمن و المصاريف :

بعد اعلان الشفيح رغبته في الأخذ بالشفعة في الأجل المنصوص عليه قانونا، كان له حق مواصلة باقي الاجراءات المتمثلة في ايداع الثمن وكذا المصاريف لدى الموثق عمال بالمادة 801-2 من ق.م. على شرط أن يتم ذلك قبل رفع دعوى الشفعة والا سقط حقه في ذلك.²

1- ايداع الثمن:

يعتبر ايداع الثمن من قبل الشفيح لدى الموثق اجراء جوهريا باعتباره يلي اجراء اعلان رغبته في الشفعة، هذا ما أكدته المادة 801-2 من ق.م.، والهدف من ذلك هو المحافظة على حقوق ذوي المصلحة وكضمان لجدية طلب الشفعة.³

1 - حمدود خولة ، المرجع السابق، ص57 .
2 - مناد نعيمة ، المرجع السابق، ص76.
3 - عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 647 .

حيث يعد ايداع الثمن اجراءا جوهريا يتطلبه القانون لقبول دعوى الشفعة وليس للبائع أن يعفيه منه حتى ولو كان هناك اتفاق بينهما على التأجيل ويكون للمحكمة عند عدم دفعه أن تقضي من تلقاء نفسها بسقوط حق الشفيع، وايداع كل الثمن يتقرر مراعاة لمصلحة من يكون له الحق فيه اذا ما تم ايداعه كله أو بعضه عند الحكم بالشفعة، سواء كان المشتري الذي عجل بالثمن أو البائع الذي لم يستوف الثمن كله أو بعضه، أم الدائنون الذين قيدوا حقوقهم.¹

حيث أن القضاء جاء موافق لما جاء به القانون كما هو ثابت من القرار الصادر عن المحكمة العليا القاضي بأنه لم يتم احترام الاجراء المتعلق بايداع ثمن البيع والمصاريف بين أيدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من التصريح بالرغبة، فان تمسك المطعون ضده بحق الشفعة جاء في غير محله، الأمر الذي يؤدي الى نقض القرار القاضي باثبات حقه في ذلك. حيث ما تجدر اليه الملاحظة في هذه المرحلة أن نص المادة 256 من قانون التسجيل المعدلة بموجب المادة 23 من قانون 02-97 المتضمن قانون المالية 1998 المؤرخ في 1997-12-31 التي تستوجب في العقود الرضائية العادية ايداع خمس الثمن بدلا من كل الثمن لدى الموثق، مما يجعل هذا الأخير في اشكال فهل يتم دفع خمس المبيع أم كله وفقا لنص المادة 2-801 المذكورة أعلاه؟ للجواب لا بد من التمييز بين حالتين:

أ- اذا كنا بصدد عقد بيع رضائي وعادي: فهنا تطبق المادة 97 من قانون المالية 8221 بمعنى أنه يتم ايداع خمس الثمن لدى الموثق وليس كله على أن يتم دفع الباقي خارج مجلس العقد وعلى الموثق الاشارة على ذلك.

ب- اذا كنا بصدد الأخذ بالشفعة: فهنا ايداع الثمن لا يتعلق بابرام عقد رضائي حيث يتم الاتفاق على تفاصيله وشروطه والكيفية التي يتم فيها تسديد الثمن بين البائع والمشتري، واما الأمر يتعلق بحالة استثنائية نص عليها القانون ووضع لها ضوابط و إجراءات دقيقة ومحددة، لا سيما أن مسألة ايداع الثمن تعتبر مرحلة تمهيدية لرفع دعوى الشفعة.²

2- ايداع المصاريف:

حيث بالرجوع الى المادة 2-802 من القانون المدني نجد أن المشرع قد ألزم الشفيع أيضا بايداع المصاريف لدى الموثق في نفس الميعاد القانوني لايداع ثمن العقار المبيع المشفوع فيه المحدد بثلاثين يوما من تاريخ اعلان التصريح بالرغبة في الشفعة، على أن يتم ذلك قبل رفع دعوى الشفعة كما تشترطه نفس المادة. الا أنه ما تجدر الاشارة الى أن المشرع الجزائري لم

1 - احمد خالدي ، المرجع السابق، ص339 .

2 - المرجع نفسه، ص341 .

يحدد في نص المادة 801-2 من ق.م. اذا ما كانت المصاريف رسمية أو غير رسمية،كون هذه العبارة جاءت عامة اذ تشملها كلها.¹

حيث أن المصاريف الرسمية تشمل رسوم توثيق عقد البيع المشفوع فيه ورسوم تسجيله لدى مصلحة التسجيل واشهاره لدى المحافظة العقارية ورسوم استخراج الشهادات العقارية،أما المصاريف غير رسمية كالسمسة وأتعاب المحامي ونفقات معاينة العقار المشفوع فيه.²

كما يجب على الشفيع أيضا أن يقوم بإيداع المصاريف التي أنفقها المشتري قبل اعلان الرغبة في الشفعة عمال بالمادة 805-2 من القانون المدني والمتمثلة في البناء والغراس الحاصل في العقار المشفوع فيه،ويترتب على ذلك أن الشفيع لو قام بدفع المصاريف الرسمية دون غير الرسمية قبل رفع دعوى الشفعة ولم يتدارك حتى مر الأجل المحدد في المادة 801-2 من ق.م. فان حقه في الشفعة يسقط.³

مع العلم أن للبائع أو المشتري التمسك بالسقوط في أي مرحلة كانت عليها الدعوى، وللمحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها سقوط هذا الحق وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى حتى ولو تنازل صاحب الحق صراحة عن التمسك بها،لأن مخالفة الإجراءات القانونية مسألة تتعلق بالنظام العام،لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

حيث في هذا الصدد نشير الى أن المحكمة العليا قد قضت في قرار لها بسقوط الشفعة اذا لم يحترم الشفيع الاجراءات المنصوص عليها قانونا لا سيما فيما يتعلق بمواعيد دفع الثمن والمصاريف،وهذا تدعيما لما نص عليه القانون خاصة المادة 801-2 من ق.م.،اذ أقرت المحكمة العليا في قرارها أنه من قانونا أن التصريح بالرغبة في الشفعة يجب أن يتم بإيداع ثمن البيع والمصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة،بشرط أن يكون هذا الايداع قبل رفع دعوى الشفعة و الا سقط الحق فيها.⁴

الفرع الثاني : دعوى الشفعة و حكم القاضي بتثبيتها للشفيع :

ن رفع دعوى الشفعة تعتبر آخر الاجراءات و المواعيد القانونية المرتبطة ببعضها ارتباطا وثيقا،والتي يشترط القانون اتباعها من طرف الشفيع والا سقط حقه في الشفعة،ولاستكمال هذه الاجراءات فانه وجب الوقوف على كيفية وميعاد رفع الدعوى وتحديد الأشخاص التي ترفع

1 - احمد دغيش ، المرجع السابق ، ص337

2 -مناد نعيمة ، المرجع السابق،ص82 .

3 - احمد دغيش ، المرجع السابق ، ص337 .

4 -مناد نعيمة ، المرجع السابق ،ص83 .

عليهم وكذا الجهة القضائية المختصة وهذا الى غاية الوصول الى صدور الحكم القضائي المثبت لهذا الحق.¹

اولا// رفع دعوى الشفعة :

أقرت الشريعة الإسلامية حق الشفيع في اللجوء إلى القضاء بصفته مدعيا للمطالبة بحقه في تثبيت الشفعة ومخاصمة المشتري في ذلك، غير أنها لم تهتم بالشكليات كما اهتم بها القانون الوضعي وبتصفح القانون المدني نجد المادة 802 .

وتثير هذه المادة عدة مسائل تتعلق بكيفية رفع الدعوى والمحكمة المختصة التي يتم رفع الدعوى أمامها وميعاد رفع الدعوى وجزاء مخالفة أحكام رفع الدعوى.²

1- كيفية رفع الدعوى :

لم يضع القانون المدني قواعد خاصة لكيفية رفع دعوى الشفعة مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة في رفع الدعاوى والمنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وقد قضت المحكمة العليا بخصوص شهر عريضة الدعوى المتعلقة بالشفعة في قرارها المؤرخ في 2000/04/26 تحت رقم 194437³ بما يلي :

وحيث فعلا أن قضاة المجلس استفسروا قضاءهم برفض دعوى الطاعنة شكلا على كون هذه الأخيرة لم تقم بإشهار عريضتها طبقا للمادة 85 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المعدل بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19، إلا أنه وبالرجوع إلى أحكام هذه المادة يتضح أنها تخص الدعاوى القضائية الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها والحال أن دعوى الطاعنة إنما تتعلق بدعوى الأخذ بالشفعة في بيع العقار المشاع بينها و بين أختها (هـ. ل. ق) والذي باعته هذه الأخيرة للمطعون ضدهما، وهي الدعوى التي خصها المشرع بأحكام خاصة وحدد شروط ممارستها المواد 794 إلى 807 من القانون المدني ، ولا تدخل بالتالي ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 أعلاه إلا أنه وبتعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 ولما كانت الشفعة حق عيني عقاري فالأجدر تطبيق نص المادة 17 منه والتي تنص على انه يجب اشهار عريضة

1 -نبيل ابراهيم سعد ، المرجع السابق، ص502

2 -حمود خولة، المرجع السابق، ص 63 .

3 - المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد 01 لسنة 2000، ص159.

رفع الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلق بعقار و/ أو حق عيني عقاري مشهر طبقا للقانون.¹

2- اطراف الدعوى:

ان الشفيع هو المدعي في دعوى الشفعة وباعتبار أن الأخذ بالشفعة يعتبر من أعمال التصرف لا الادارة لذلك يشترط فيه الأهلية الكاملة للتصرف ببلوغه 19 سنة وغير محجور عليه وله أن يوكل غيره برفعها بموجب وكالة خاصة عملا بالمادة 574 من القانون المدني، أما اذا كان قاصر أو محجور عليه فلا بد أن ترفع من طرف وليه أو وصيه أو القيم عليه باذن من المحكمة.²

حيث طبقا للمادة 802 من القانون المدني ترفع هذه الدعوى على كل من البائع والمشتري، بحيث لا تكون مقبولة اذا رفعت على أحدهما دون الآخر .

أما في حالة تعدد الباعين أو المشتري فانه لقبول الدعوى يجب مخاصمتهم جميعا في دعوى الشفعة ويتقرر ذلك أيضا في حالة الطعن بالاستئناف أو النقض .

وعليه فان أطرف دعوى الشفعة هم ثالث الشفيع، البائع والمشتري، مع الأخذ بعين الاعتبار حالة تعدد كل طرف من هؤلاء سواء الشفيع أو البائع أو المشتري.

ولقد استقر القضاء على أن الدعوى ال تكون مقبولة الا اذا كانت الخصومة القضائية قائمة على هذه الأطراف الثلاث سواء كان ذلك أمام المحكمة أو المجلس أو المحكمة العليا سواء كانت الدعوى أو الطعن مرفوع من الشفيع أو البائع أو المشتري، وعدم مخاصمة أحدهما فان المحكمة تقضي بعدم القبول من تلقاء نفسها وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى.

حيث أن رفع دعوى الشفعة على كل من البائع والمشتري لا يعد اجراء وجوبي متى سلم كل من البائع المشتري بشفعة الشفيع بحيث يتعين عليهم تحرير سند التراضي أمامالموثق وشهره بالمحافظة العقارية.³

1 -حمود خولة ، المرجع السابق ، ص64 .

2 -احمد محمود خليل ، المرجع السابق ، ص67 .

3 -احمد دغيش ، المرجع السابق، ص339 .

3- المحكمة المختصة بنظر الدعوى :

بالرجوع الى القانون المدني باعتباره قانون موضوعي لا سيما المادة 802 منه فان دعوى الشفعة ترفع أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار، والشفعة هي دعوى عينية يطالب فيها الشفيع ملكية العقار المشفوع فيه لذلك تعتبر سبب من أسباب كسب الملكية، لذلك فان الاختصاص يؤول الى المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها موقع العقار.¹ حيث أن موقف القضاء جاء من خلال القرار² الصادر عن المحكمة العليا الذي أقر مبدأ ما هو الا تطبيق لما هو منصوص عليه قانونا مفاده أنه من المقرر قانونا أن دعوى الشفعة ترفع على البائع والمشتري معا أمام المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها العقار.

أما فيما يتعلق بالاختصاص النوعي فقد نص عليه المشرع في المادة 79 من قانون الاجراءات المدنية والادارية التي تقضي بأن المحكمة هي الجهة القضائية صاحبه الاختصاص العام للنظر في جميع القضايا لاسيما القسم العقاري، الا أن المشرع لم يكتف بذلك بل استحدث أحكام خاصة بهذا القسم تماشيا مع تخصص القضاة، اذ نص القانون على صالحيات القسم العقاري في المادة 511 من قانون الاجراءات المدنية والادارية، كما خولت المادة 512-6 صالحية النظر في دعوى الشفعة الى القسم العقاري.³

4- ميعاد رفع الدعوى:

فيما يتعلق بالميعاد القانوني التي ترفع فيه الدعوى فانه طبقا لنص المادة 802 من القانون المدني يجب رفع الدعوى خلال ثلاثين يوما من تاريخ قيام الشفيع الاعلان بالرغبة في الاخذ بالشفعة الى كل من البائع والمشتري والا سقط حقه في ذلك.⁴

حيث أن القضاء أصدر عدة قرارات التي جاءت مطبقة ومكرسة لنصوص قانونية لا سيما المادة 802 المذكورة أعلاه والتي نورد منها ما يلي:

حيث ثبت من خلال قرار المحكمة العليا⁵ الذي يقضي بأن دعوى الشفعة ترفع في أجل ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الشفعة وأن أحكام هذا المبدأ تعد من الاشكال الجوهرية في الاجراءات وأنها تعتبر من النظام العام وتطبق تلقائيا، اذ ثبت أن الطاعنين لم يعلنوا رغبتهم في الاجل رغم علمهم بالبيع وتوصل قضاة القانون الى أن قضاة المجلس لما رفضوا طلبهم في الشفعة طبقوا القانون.

1 - مناد نعيمة ، المرجع السابق، ص87

2 - القرار الصادر بتاريخ، 19-11-1984 ملف رقم، 34331 أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص 328.

3 - مناد نعيمة ، المرجع السابق، ص87

4 - احمد محمود خليل ، المرجع السابق، ص70-71

5 - قرار الصادر بتاريخ، 19-11-1984 ملف رقم، 34331 أشار اليه أحمد لعور ونبيل صقر، المرجع السابق، ص328 .

5-جزء مخالفة أحكام رفع الدعوى:

شدد المشرع في فرض احترام الأحكام المتعلقة بالشفعة، حيث رتب جزاء سقوط الشفعة على مخالفة الأحكام التي أوردتها في شأن رفع الدعوى، وبناء على ذلك، يسقط الحق في الشفعة إذا رفعت الدعوى بها بعد الميعاد، أو إذا رفعت في خلال الميعاد ولكن مع اختصاص البائعين والمشتريين دون البعض الآخر أو مع رفع الدعوى إلى محكمة غير مختصة.¹

ويعتبر ترتيب جزاء سقوط الحق في الشفعة أمرا متعلقا بالنظام العام، بحيث يمكن الدفع بالسقوط في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، بل وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها إذا لم يتم التمسك به أو حتى ولو نزل عنه صاحب الحق في التمسك به .

هذا وتنتهي دعوى الشفعة بصدور الحكم فيها، فإذا رفعت بعد ذلك دعوى بطلب سقوط حكم الشفعة فلا يشترط لقبولها اختصاص البائع فيها، حيث يجوز للمشتري أن يقتصر فيها على مخاصمة الشفيع، وإذا طعن الشفيع بالنقض في الحكم الصادر بسقوط حقه في الشفعة المحكوم له بها جاز له أن يقتصر على مخاصمة المشتري، ذلك أن وجوب اختصاص البائع والمشتري في دعوى الشفعة إجراء أوجبه القانون على خلاف الأصل الذي يقضي بأن المدعي حر في توجيه دعواه إلى من يشاء، ومن ثم لا يجوز التوسع في مفهوم هذا الاستثناء.²

ثانيا// صدور الحكم القاضي بتثبيت حق الشفعة في العقار للشفيع :

عندما تتأكد الجهة القضائية المختصة من أن دعوى الشفعة مقبولة شكلا ومضمونا فانها تنتهي بصدور حكم قضائي نهائي يقضي بثبوت الشفعة لصالح الشفيع الذي يعتبر سند ملكيته لكن بعد شهره بالمحافظة العقارية، هذا ما أكده المشرع في المادة 803 من القانون المدني.³

حيث يتضح من نص المادة 803 المذكور أعلاه أن الحكم القاضي بحق الشفيع في الحل محل المشتري في تملك العقار المشفوع فيه يعتبر سبب قانوني منشئ لكن آثاره تبدأ من يوم صدور الحكم وشهره بالمحافظة العقارية، وعليه فهو ذا أثر فوري من وقت شهر هذا الحكم دون أن يكون له أثر رجعي.

حيث أن الحكم المثبت للشفعة يعتبر سند للملكية وهذا بعد شهره طبقا للمادة 803 من القانون المدني وكذا المادة 793 من نفس القانون.⁴

1 -حمود خولة ، المرجع السابق، ص 67 .

2 -المرجع نفسه ، ص 68 .

3 -مناد نعيمة ، المرجع السابق، ص 94 .

4 احمد محمود خليل ، المرجع السابق، ص 76 .

حيث موقف القضاء جاء مؤكداً ومطابقاً للقانون وهذا ثابت من خلال قرار المحكمة العليا¹ الذي جاء موافق لما هو منصوص عليه قانوناً وجاء تطبيقاً للمادتين 803 و 793 من القانون المدني إذ توصلت الى ان قضاة المجلس طبقوا القانون على أساس أن المادة 803 المذكورة أعلاه نص على أن الحكم بثبوت الشفعة يصدر نهائياً ويعتبر سنداً للملكية بمراعاة القواعد المتعلقة بالاشهار العقاري وكذا بتطبيقه للمادة 793 من نفس القانون.

كما أكدت المحكمة العليا أنه يترتب على الشفعة حلول الشفيع محل المشتري، وعليه يكون قضاة الموضوع على الصواب حين قضاوا بذلك ويعتبر قرارهم مؤسس قانوناً.

حيث ما تجدر الإشارة إليه أن المشرع اشترط شهر الحكم القاضي بثبوت الشفعة لانتقال الملكية فان ذلك يؤكد أن قبل القيام باجراء الشهر فان ملكية العقار المشفوع فيه لا تنتقل الى الشفيع، وأنها تنتقل من تاريخ الشهر سواء بالنسبة للشفيع أو في مواجهة الغير.²

حيث ما يمكن استخلاصه مما سبق التطرق إليه نجد أن المشرع الجزائري ألزم الشفيع الذي يريد الاخذ بالشفعة اتباع اجراءات قانونية نص على أغلبها في القانون المدني باعتباره قانون موضوعي الذي يقترض أنه لا يتضمن نصوص اجرائية، ومع ذلك فانه ترك بعض من هذه الاجراءات للقواعد العامة في القانون الاجرائي وهو ق.ا.م.ا.³

1 - قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 13-10-2011 الغرفة العقارية، ملف رقم، 683702 المجلة القضائية، العدد، 01 مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، سنة 2012 ص 194 .

2- عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق، ص 699 .

3 - احمد دغيش ، المرجع السابق ، ص 343 .

الفصل الثاني

الفصل الثاني

دور القاضي في تثبيت الملكية العقارية

إذا كان الأصل هو أن القاضي يصدر الاحكام القضائية فصلا في الخصومات التي تكون قائمة بين الأشخاص و ذلك بعد عرضها على الجهات القضائية المختصة قصد انصافهم وحماية حقوقهم ومراكزهم القانونية إلا أن دوره في بعض الأحيان يتعدى ذلك، إذ يصدر أحكام و هو بصدد نظره في النزاعات لكن يكون لها أثر اخر يتمثل في حماية الملكية العقارية مصرحا من خلال حكمه بنقل ملكية عقار من شخص إلى الأخر وفق لشروط و إجراءات معينة يشترطها القانون وبالتالي يكشف عن مركز قانوني كان قائم يتعلق بالعقار أو حق عيني عقاري ومن بين هذه الأحكام الحكم القاضي بتثبيت ملكية العقار عن طريق التقادم المكسب الذي يحضى بمكانة خاصة في النظام القانوني الجزائري باعتباره سبب مباشر من أسباب كسب الملكية ووسيلة هامة من وسائل إثباتها، لذلك حرص المشرع الجزائري على تناول أحكامهما والوقوف على شروطهما وذلك ضمن القانون المدني الجزائري، و كذلك الوعد بالبيع العقاري الذي يعتبر من أشهر العقود التمهيدية التي تسبق عقد البيع العقاري، و ذلك الاعتبارات كثيرة قد تتعلق بأطراف العقد أو بالعقد ذاته، و هو ما سوف نعرضه من خلال ما يلي :

المبحث الأول: حكم القاضي بالكسب عن طريق التقادم

المبحث الثاني: تثبيت القاضي للوعد بالبيع العقاري

المبحث الأول: حكم القاضي بالكسب عن طريق التقادم

لقد شرعت الجزائر منذ تبنيها نظام الشهر العيني بمقتضى الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري¹ و المراسيم التطبيقية له في مسح مجموعة كبيرة من البلديات على مستوى التراب الوطني لكن هذه العملية لم تتقدم كثيرا و لا تزال مساحات شاسعة من الأراضي لم تمسحها بعد عمليات المسح و سبب ذلك أن هذه عملية مكلفة للغاية، إذ تتطلب نفقات باهظة لكي يتم مسح كامل للتراب الوطني و عدم تزويد الفرق العاملة في الميدان بالمخططات الجوية اللازمة من طرف المصالح الجهوية لمسح الأراضي و غيرها من العراقيل.²

كل هذه المعطيات و أخرى جعلت من المشرع الجزائري يتدخل في سنة 1983 بالمرسوم 83-352 المؤرخ في 21-05-1983 الذي يسن اجراء اثبات التقادم المكسب واعداد عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية لتحفيز و تشجيع المواطنين الذين يحزون على أراضي لم تشملها بعد عملية المسح تسوية وثائقها.³

ومن جهة اخرى و نظرا لاتساع رقعة مسح الأراضي التي لم تشملها عملية المسح العقارية لجأ المشرع الجزائري كذلك عن طريق القانون رقم 90-25 المتضمن التوجيه العقاري⁴ إلى دفع المواطنين الذين يحزون بالمناطق التي لم يشملها بعد عملية المسح العقاري إلى الحصول على سند حيازي يسمى شهادة الحيازة .

غير ان الجدير بالذكر أن هاتين الآليتان التي سنهما المشرع الجزائري غير كافيتان لتحقيق هذه الغاية خصوصا أمام كثرة المنازعات المتعلقة بالعقارات و انعدام ما يثبتها لذلك غالبا ما يتم اللجوء الى القضاء باعتباره حامي حقوق المواطنين بهدف حماية حقوقهم العينية و عقاراتهم، و من ثم يقوم القاضي بتكريس ملكية الحائز عن طريق التقادم المكسب إذا ما توافرت الشروط القانونية اللازمة في الحيازة وهو ما أقرته المحكمة العليا في قرارها رقم 300815 المؤرخ في 18-05-2005 (يقوم اكتساب الملكية العقارية عن طريق التقادم المكسب على الحيازة وشروطها و مدتها ولا فرق بين العقارات من حيث توفر أو انعدام السند).⁵

1 - أمر 74-75 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18-11-1975 .

2 - حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة عقد الشهرة شهادة الحيازة، دار هومة، طبعة سنة 2004، ص 13 .

3 - حماد رشيدة ، المرجع السابق، ص 150 .

4 - قانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 49 سنة 1990 المعدل و المتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 26-09-1995 الجريدة الرسمية العدد 55.

5 - قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة العقارية رقم 300815 المؤرخ في 18-05-2005 منشور بمجلة المحكمة العليا العدد الخاص للغرفة العقارية الجزء الثالث، ص 268 .

وهذا لا يتسنى إلا بعد رفع دعوى يفصل فيها القاضي المختص (العقاري) بموجب طلب قضائي يضمنه رافع الدعوى - حائز العقار - على منازعه ليصبح الحكم المثبت للحيازة عن طريق التقادم المكسب محل العقد الرسمي و هو ما اكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها منها القرار المؤرخ في 12-10-2005 ملف رقم 321463 (إذا كان لا يمكن التمسك بالحيازة في دعوى الملكية فإن التمسك بالتقادم المكسب يعد دفعا بالملكية على اعتبار أن الحيازة في هذه الحالة، سبب من اسباب الملكية لاقترانها بالمدة الطويلة المقررة).¹

و عليه سوف أتطرق إلى شروط و إجراءات الحكم القاضي بتثبيت التقادم المكسب لصالح حائز العقار أو الحق العيني العقاري كما يلي :

المطلب الاول : الشروط العامة للتقادم المكسب للملكية

تشتترط كل أنواع التقادم الثلاثة المنصوص عليها في المواد 827، 829، 828 من القانون المدني على شرطين أساسيين و هما شرطي الحيازة و المدة ، فلا بد أن يحوز الشخص الحق حيازة قانونية مشتملة على عنصرها المادي والمعنوي ، و أن تكون الحيازة خالية من العيوب و أن تستمر لمدة معينة من الزمن يحددها القانون.²

الفرع الاول: شرط الحيازة

لابد لاكتساب الحق بالتقادم حيازة قانونية صحيحة مستوفية لعنصرها المادي والمعنوي، وان توجد سيطرة مادية فعلية وان يظهر بمظهر المالك صاحب الحق، ويكسب الحائز بالتقادم ما حازه، فإذا حاز الشخص حق الانتفاع يكسب بالتقادم حق الانتفاع فقط أي ذات الحق الذي انصبت عليه حيازته فلا يمكنه كسب حق الملكية مثلا.³

ويجب أن يكون الحائز حائزا حيازة قانونية لا عرضية فلا يمكن الحائز العرضي أن يكسب بالتقادم إلا إذا تغيرت صفة حيازته إلى حيازة أصلية وذلك إما بفعل الغير أو بفعل يعارض به حق المالك.⁴

1 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 12-10-2005 ملف رقم 321463 منشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية الجزء الثالث، ص 177 .

2 - ضيف احمد ، اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في ضوء مستجدات القانون الجزائري ، اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، سنة 2016 ، ص 103 .

3 - محمدي فريدة، الحيازة والتقادم المكسب، ديوان المطبوعات الجماعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، ط 2000، ص 89 .

4 - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر ، 1968، ص 784

ولا يمكن أن نتصور قيام حيازة على عمل من أعمال التسامح أو الرخصة أو بشكل عرضي، ماعدا تلك الحالة التي تتغير فيها الحيازة العرضية إلى حيازة قانونية.¹

ويشترط أيضا في الحيازة التي تؤدي إلى كسب الملكية بالتقادم أن تكون خالية من العيوب فالحيازة المعيبة بالإكراه أو الخفاء أو اللبس غير صالحة لأن تترتب عليها آثار قبل من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة إلا من وقت الذي يزول فيه العيوب.²

و عليه فان للحيازة اركان و شروط متمثلة في م يلي :

أولا//إثبات اركان الحيازة لثبوت للتقادم المكسب :

إن مسألة الحيازة تثير إشكالات عديدة لاعتبار أن الأصل في المسائل المدنية تقيد الإثبات، وعلى هذا فان إثبات الحيازة يقتضي إثبات ركنيها بجمع طرق الإثبات حسب اجتهاد المحكمة العليا في قرار المؤرخ في 22-11-2000 (الحيازة واقعة مادية يتم اثباتها بجميع الطرق القانونية).³

إذ أن الحيازة لها عنصرين، عنصر مادي متمثل في السيطرة المادية على الشيء وعنصر معنوي وهو نية التملك أي الظهور بمظهر المالك والأصل أن الحيازة تثبت بتوافر عنصريهما، لكن بالرجوع إلى المادة 822 من القانون المدني الجزائري والتي تنص إذا تنازع أشخاص متعددون في حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من كانت له الحيازة المادية إلا إذا كان قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التدليس " نجد المشرع نص على توافر العنصر المادي فقط لأن الأصل في الحائز انه يحوز لحساب نفسه لكن هذه القرينة بسيطة يجوز اثبات عكسها، بأن يثبت الطرف الآخر عدم توافر العنصر المعنوي.

كما يشترط في الحيازة أن تكون صحيحة خالية من كل العيوب وعلى اعتبار الحيازة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات بما فيها البنية والقرائن وما يستخلصه القاضي، وبما إنها تثير إشكالات مختلفة من حيث مسألة الإثبات ووسائله، وكذلك سلطة القاضي في تقدير مسألة الإثبات ووسائله من خلال التطرق لركنا الحيازة المادي والمعنوي.⁴

1 - سليمان مصطفي، يوسف جلول، الحيازة كسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في

القانون العقاري، جامعة أدرار، سنة 2014 ص 37.

2 - محمدي فريدة، المرجع السابق، ص 90

3 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 22-11-2000 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية

الجزء الثاني قسم الوثائق 2004، ص 283 .

4 - حماد رشيدة، المرجع السابق، ص 173 .

ويقع على المدعي عبء إثباتها وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ 2004-06-23 (لا يعد حائز مساحة زائدة على ما هو ثابت في عقد ملكية حائز عرضيا، يجب في حالة تمسك بالتقدم المكسب البحث في مدى توفر الحيازة على شرطها المادي والمعنوي واستمرارها المدة المحددة قانونا)¹، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 2007-07-26-2000 (الحيازة المؤدية إلى التملك بالتقدم المكسب التي تثبت بالعقود الرسمية، بل تخضع لجميع وسائل الإثبات وعليه فإن ترجيح قضاة المجلس لحيازة المطعون ضده الثابتة وفقا للقانون على العقود المحتج بها من المطعون ضدهم فهو تطبيق سليم للقانون)².

1- إثبات الركن المادي للحيازة:

قد يأخذ الركن المادي للحيازة إحدى الصور الأربعة، فقد تكون حيازة فعلية أو على الشيوع، أو حيازة بالوساطة أو الوكالة أو بالاستخلاف وتثبت الحيازة الفعلية عن طريق إثبات الأعمال المادية التي يباشرها الحائز، بنفسه على العين، وتختلف هذه الأعمال باختلاف الحقوق العينية التي يدعيها الحائز فإذا كان الحق المدعي به حق الملكية فإن هذه الأعمال يجب أن تكون بما يباشرها المالك على ملكه عادة، ويجعل له السيطرة المادية عليه كاستعمال والتصرف المادي فيه كالحائز الذي يدعي حيازته الفعلية لأرض زراعية أن يثبت مثلا، حرثها، بذرها وزرعها تسميدها وحصد المحصول أو جنيه بعد نضجه، وإذا كانت تتعلق بعين منزلا، فإن الحيازة الفعلية تثبت لمن يدعي ذلك بالسكن فيه أو قيامه بأعمال الترميم أو الهدم فيه أو البناء عليه.³

الأصل أن حيازة الشيء تفترض حيازة توابعه ما لم يثبت العكس، وإذا كان الشيء محل الحيازة غير قابل للانقسام فإن حيازة جزء تكون بمثابة حيازة كل الشيء.

ولا تثبت الحيازة الفعلية إلا بثبوت مباشرة أعمال السيطرة المادية بالفعل، ذلك أن وضع اليد واقعة مادية العبرة فيه بما يثبت قيامه فعلا فلا يكفي أن يثبت تمكن الشخص من القيام بهذه الأعمال دون مباشرتها بالفعل.

ولا يكفي لإثبات الحيازة الفعلية تقديم سند الملكية المصحوب بتسليم العقار دون وجود أفعال مادية للحيازة كما أن وجود مفتاح الشقة شخص دون تمكنه من السيطرة المادية عليها لا تعتبر معه حائزا فعليا للشقة.⁴

1- قرار صادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا بتاريخ 2004-06-23 ملف 271312 المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث سنة 2010، ص 262 .

2 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 2000-07-26 منشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني سنة 2004، ص 347 .

3 - الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر، طبعة 2015، ص 16 .

4 - عبد الناصر توفيق العطار، إثبات الملكية بالحيازة وبالوصية في قضاء محكمة النقض المصرية، دراسة مقارنة، توزيع دار الفكر العربي، ط 1978، صفحة 189، 190 .

وتثبت الحيازة بجميع الطرق وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 448006 المؤرخ في 14-05-2008 (لا يحول التصريح ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع عقار دون استئناس قضاة الموضوع به لإثبات تاريخ بداية الحيازة باعتبارها واقعة مادية يجوز اثباتها بكل الطرق).¹

وحتى تقوم الحيازة الفعلية يجب أن يثبت للقاضي من خلال الملف وما يجريه من تحقيق ووثائق أنها مستمرة ويقصد بالاستمرار أن تباشر أعمال السيطرة المادية على العين بصفة منتظمة أو في فترات متقاربة، وفقا لما يباشره صاحب الحق وبحسب طبيعة العين، أن تكون هذه الأعمال من الأهمية والتكرار بحيث تدل على السيطرة المادية على العين .

وتثبت الحيازة بالوساطة بثبوت قيام الوسيط بأعمال السيطرة المادية وبثبوت العلاقة التي أدت إلى هذه الوساطة، ومتى ثبتت الحيازة بالوساطة فإنها تحسب لصالح الحائز الأصلي حتى لو لم يكن يعلم بها، فحيازة التابع أو الوكيل مثلا تحتسب لصالح المتبوع أو الموكل حتى قبل أن يعلم بهذه الحيازة الوقتية، والحيازة الوصي أو الوالي أو القيم تحتسب لصالح عديم الأهلية أو ناقصها سواء علم بهذه الحيازة أو لم يعلم .²

وتثبت الحيازة بالاستخلاف بإثبات الرابطة القانونية بين حيازة السلف وحيازة الخلف ففي ضم حيازة السلف إلى خلف عام كالوارث أو الموصي له بنسبة من التركة، ويقضي الضم ثبوت الوراثة أو الوصية وإثبات استطاعة الخلف العام الاستحواذ على العين.

كما تثبت الحيازة على الشيوع بكافة طرق الإثبات ذلك انه كما تكون الملكية شائعة ، تكون الحيازة كذلك شائعة، ويباشر الحائز على الشيوع اعمال السيطرة المادية لحسابه شائعة مع غيره لا خالصة لنفسه، حتى لا يحول دون قيام شركائه، أو يزرع الأرض معهم بل وله أن يستأثر بنصيب مفرز من العين إلى أن تتم القسمة بين الشركاء.³

2- الركن المعنوي عند ثبوت الحيازة المادية :

نص المشرع الجزائري في المادة 822 من القانون المدني "إذا تنازع أشخاص متعددون في الحيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة فإن الحائز هو من كانت له الحيازة المادية إلا إذا كان قد اكتسب هذه الحيازة عن طريق التدليس".⁴

1 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا رقم 448006 المؤرخ في 14-05-2008 المنشور بمجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث، رقم 107 .

2 - عبد الناصر توفيق العطار، المرجع السابق، ص 202-203 .

3 - المرجع نفسه ، ص 206 .

4 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 176 .

كما أكد المشرع الجزائري من خلال المادة 823 من القانون المدني أن الحائز " لحق يفرض انه صاحب لهذا الحق حتى يتبين خلاف ذلك".

ويلاحظ من خلال استقراء هذين النصين أن المشرع افترض الركن المعنوي للحيازة بمجرد توافر الركن المادي لها فمتى أثبت الحائز أن له السيطرة على الشيء حتى يفترض أنه يحوزه لحساب نفسه واعتبرت بالتالي حيازته قانونية تجمع بين الركنين المادي والمعنوي إلى أن يثبت العكس، فلا يكلف من له السيطرة المادية على الشيء عبء إثبات أنه يحوز نفسه وإنما يقع على من ينازعه عبء إثبات أنه حائز عرضي مثلا يحوز لحساب غيره لا لحسابه التقدام المكسب نفسه.

كما يمكن للأشخاص الاعتبارية أن تكسب الحيازة عن طريق نوابها فهي تأخذ على قياس الصبي المميز فله إرادة وبالتالي يجوز أن تتوافر لديه النية، إذ لا يشترط لتوافرها كمال الأهلية بل يكفي التمييز لأن الحيازة واقعة مادية وليست تصرفا قانونيا حتى يشترط فيها كمال الأهلية.

وإذا استند الحائز إلى حيازته في التملك بالتقدم المكسب، فلا يلزم أن يعتقد أن يده على ملك نفسه أو على ملك غيره، طالما انه يحوز لحساب نفسه وقد جاء في قرار الغرفة الادارية 129947 المؤرخ في 09-03-1998 غير منشور (المادة 827 من القانون المدني لا تشترط جهل المالك الحقيقي للأرض موضوع التقدم المكسب، ويكفي حيازة الحائز تدوم المدة المذكورة في المادة 827 وأن المالك الاصلي للأرض لم يقم بأي اجراء من شأنه وقف حيازة الحائز).¹

والأصل في الحائز أنه يحوز لحساب نفسه، أي افتراض العنصر المعنوي عند ثبوت الحيازة المادية، ومن يدعي خلاف هذا الأصل عبء إثبات ما يدعيه، ومن هنا يظهر أنه يكفي الحائز إثبات الحيازة المادية حتى يفترض أنه يقوم بها لحساب نفسه، ومن الأمثلة التي تضرب لتخلف الركن المادي مع توافر الركن المعنوي، حالة البائع الذي يمتنع عن تسليم المبيع إلى المشتري بعد انتقال ملكية له منتويا حيازته لحساب نفسه، ويثبت تخلف الركن المعنوي بإثبات علاقة الوساطة، أو أن وضع اليد قائم على التسامح.²

1 - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء احدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار طبعة جديدة مزيدة باحدث القرارات الى غاية 2012، ص295 .

2 - عبد الناصر نوفيقي عطار ، المرجع السابق ، ص 218 .

3- إثبات خلو الحيازة من عيوبها:

الحيازة تتكون من عنصرين عنصر الحيازة المادية وعنصر القصد ويكفي في إثباتها مبدئياً إثبات عنصر الحيازة المادية وعلى مدعي الحيازة أن يثبت أيضاً خلوها من العيوب، ويرى الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري أنه يجب على من يدعي الحيازة أن يثبت خلوها من العيوب وأنها مستمرة علنية هادئة غير غامضة.¹

وقد جعل المشرع الجزائري من الحيازة المادية قرينة على الحيازة القانونية في نص المادة 823 من القانون المدني فمن أثبت أن له الحيازة المادية بشروطها افتراض أنه الحائز القانوني، وباعتبار أن الحيازة لا تكون صحيحة إلا إذا توفرت جميع شروطها، فإنه يجب على من يدعي الحيازة أن يثبت أنها خالية من العيوب والتمثلة في عدم الاستمرار (التقطع) والخفاء (عدم العلانية) والإكراه (عدم الهدوء) والغموض (اللبس) وقد جاء في قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13-04-2014 ملف رقم 0844873 لا يحمي القانون الحيازة العرضية لافتقادها الركن المعنوي، يحمي القانون استثناء الحيازة العرضية للمستأجر).²

وقد نص المشرع الجزائري في المادة 2808 من القانون المدني: "إذا اقترنت الحيازة بإكراه أو حصلت خفية أو كان فيها التباس فلا يكون لها أثر اتجاه من وقع عليه الإكراه أو أخفيت عنه الحيازة أو التباس عليه أمرها إلا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب.

ثانياً//الشروط المتعلقة بالحيازة:

1- شروط صحة ممارسة الحيازة :

● شرط الهدوء: إن الحيازة التي يعتد بها القانون هي الحيازة الهادئة غير المقترنة بعيب الإكراه. ويقصد بالهدوء تمكن الحائز من استعمال الشيء محل الحيازة والانتفاع به دون اللجوء إلى العنف أو القوة حتى لا تتحول حيازته إلى حيازة مغتصبة. ومعنى ذلك أيضاً أن تقترن الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها، وتعتبر الحيازة هادئة إذا اكتسبت دون إكراه مادياً كان أو أدبياً. فإذا ما حصل عليها صاحبها بالقوة أو التهديد وبقي محتفظاً بهذه الصفة (استمرت كذلك)، دون أن ينقطع عنها وصف القوة والتهديد عدت الحيازة حيازة معيبة بعيب الإكراه.³

1 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، جزء 2 ، المرجع السابق ،ص952

2 - قرار المحكمة العليا المؤرخ في 13-04-2014 ملف رقم 0844873 منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2014 .

3 - رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002 ،ص304 .

- **شرط الظهور العلني**: يشترط القانون في الحيازة لنتج آثارها القانونية أن تكون ظاهرة علنية، لأن من يحوز الحق يجب أن يستعمله كما لو كان صاحبه وصاحب الحق يستعمل حقه علنا وأمام مرأى الناس جميعا.
- ويقصد بالظهور المجاهرة وهي أن يجاهر الحائز بأن الشيء الثابت في حيازته هو ملك له دون غيره من الناس ويتمسك بذلك إذا ما نازعه فيه منازع، كما يقصد بظهور الحيازة مباشرة الحائز لأعمال حيازته على مشهد ومرأى من الناس أو على الأقل على مشهد من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله.¹
- **شرط الوضوح**: يشترط في الحيازة لكي ترتب آثارها القانونية أن تكون واضحة ويقصد بوضوح الحيازة (الا يوجد أمر يلبس حيازة الحائز للعقار على نحو يفسر حيازته تفسيراً آخر) وتكون الحيازة واضحة إذا كان لا يشوبها عيب اللبس والغموض، وتكون الحيازة مشوبة بعيب الغموض إذا اشتبه أمرها فيما يتعلق بعنصر القصد بحيث لا يتضح للغير هل الحائز يحوز لحسابه أم لحساب غيره أم أنه يباشر هذه الحيازة على سبيل عمل من أعمال التسامح.²
- **شرط الاستمرار**: رغم أن نص المادة 808 من ق.م.ج لم ينص على شرط استمرارية الحيازة صراحة، إلا أنه توجد مجموعة من النصوص القانونية أشارت وبوضوح إلى هذا الشرط.
- واعتبار الاستمرار شرطا من شروط الحيازة القانونية الصحيحة لم يكن متفقا عليه فقهاء، ذلك أنه هناك من الفقهاء من اعتبر شرط الاستمرار هو نفسه الركن المادي للحيازة.
- ويقصد باستمرار الحيازة أن تتوالى أعمال السيطرة المادية التي يباشرها الحائز على محل الحيازة في فترات متقاربة ومنتظمة وقاطعة الدلالة على حصول انتفاع الحائز بمحل الحيازة مما يجعل الحائز متصلا اتصالا مباشرا بالعقار المحاز ويستعمله من وقت لآخر وكلما دعت الحاجة لذلك.
- ويشترط في الحيازة الاستعمال المستمر للشيء المحاز ولكن يختلف ذلك حسب طبيعة الشيء، مثال ذلك حيازة حق الارتفاق بالمرور فهو لا يتطلب من الحائز المرور المستمر بل المرور في الاوقات المألوفة لذلك.
- ويمكن القول بأن الحيازة تكون مستمرة عندما تستعمل في كل الظروف والاقوات التي يلزم فيها الاستعمال.³

1 - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص43 .

2 - المرجع نفسه ، ص859 .

3 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص37 .

2- شروط المتعلقة بالعقار محل الحيازة :

أ-الشروط الذي تتعلق بالمنطقة التي يقع فيه العقار:

• عدم خضوع الأرض المحازة للمسح العام للاراضي: يعرف هذا النظام بأنه عملية تحديد الملكيات العقارية و الحالة المدنية لها و معرفة حدود الملكية و محتوى المادة (العقار) المتمثل في المخططات، حيث حددت المادة 2 من الامر رقم 74-75 بعد النظام المتمثل في إعلام الجمهور بكل التصرفات القانونية المنصبة على العقار مهما كانت طبيعة التصرف أو مصدر العقد.

بحيث تهدف عملية المسح تحديد في كل بلدية المساحة المادية و ضبط المعلومات الخاصة بالعقار والمالك والحائزين على سندات و الحائزين الظاهرين لحقوق العينية المعترف بها ، و من ثم حتى تكون الحيازة القانونية سببا للتملك لا بد الا يكون العقار واقعا في بلدية خضعت لإجراءات المنصوص عليها في الامر رقم 74-75 المتضمن مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، والتي تنتهي بحصول الحائزين على الدفتر العقاري ، لانه هذا الاخير يعد بمثابة سند قانوني ذو حجة قوية.¹

• ان لا تكون ملكية الحائز ثابتة بسند رسمي : السند الرسمي كل ما يحرره موظف عام مختص وفقا لأحكام قانونية مقررة و قد قضت الغرفة الادارية للمحكمة العليا أنه " لا يخضع العقار المملوك بسند رسمي و مشهر بالمحافظة العقارية إلى التقادم المكسب العقار الذي ليس له مالك بسند رسمي هو الذي يكون محال للتقادم ".²

الا أن المبدأ الذي إنتهى إليه القرار يتناقض و فكرة الحيازة التي من أهدافها حماية الاوضاع الظاهرة، و بالتالي يحق لمن إستغل و خدم العقار طيلة 15 سنة وفقا لقواعد ق.م ، أن يتمسك بملكية هذا العقار وهو ما تقضي به المادة 827 من ق.م دون أن تستثني العقار المملوك بسند رسمي ومشهر بالمحافظة العقارية .

و من جهة أخرى ، فإن المرسوم رقم 32-73 المتعلق بإثبات الملكية العقارية الخاصة سيما ما تعلق بإثبات إنعدام الشكلية يعد إستثناء من الاصل ، فبعدما نصت المادة 4 منه على إعتبار السندات الرسمية كوثائق صحيحة لإقامة الحجية في شأن الملكية العقارية الزراعية. فإن المادة 4 منه تعتبر العقود غير الرسمية المسجلة و المشهورة وسيلة صحيحة لإقامة الحجية في شأن الملكية العقاري.³

1 - ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، سنة 2007، ص 43 .

2 - قرار رقم : 47-1299 المؤرخ في 09-03-1998 لمحكمة العليا ، الغرفة الادارية ، (منشور) ، المجلة القضائية سنة 1998 العدد 92 المؤرخة في 15-04-1999 .

3 - ميسون زهوين ، المرجع السابق، ص 44 .

ب- الشروط الذي تتعلق بالطبيعة القانونية للعقار :

- أن تكون الارض المحازة من نوع الملك : وهو ما نصت عليه المادة الاولى من المرسوم 83-352 « كل شخص يحوز في تراب البلدية عقارا من نوع الملك» وكذا المادة 2 من المرسوم 91-254 بقولها «.....لا تقبل العروض الا إذا كانت الحيازة وكان الامر متعلق بأراضي الملك».
- وأراضي الملك يقصد بها الأمالك العقارية الخاصة، والتي يسري عليها حق التمتع والتصرف والاستغلال وبالرجوع إلى القانون المدني فان الملكية الخاصة نظمتها أحكام المواد 674 وما يليها وهي أما أن تكون تامة تستجمع السلطات الثلاث، أو مجزئة يتنازل مالكها عن حقه في استعمال الشيء أو استغلاله لصاحب حق الانتفاع.¹
- عدم قابلية الاملاك الوطنية والوقفية والعرفية لواقعة الحيازة : لقد وضع المشرع الجزائري حدا للخلاف الحاصل بالتمييز بين الاملاك الوطنية العمومية غير القابلة للتصرف ولا للتقادم ولا الحجز طبقا للمادة 04 من قانون 30-90«الاملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف فيها ولا للتقادم ولا للحجز» .
- و بالتالي لا يجوز الاقرار بملكية واضع اليد على عقارات ملك للدولة أو مجموعاتها الاقليمية.
- أما أراضي العرش فقد اتضح مصيرها بعد تعديل المادة 85 من القانون 90-25 المتضمن قانون التوجيه العقاري سنة 1995 طبقا لأحكام المادة 18 بقولها « تبقى ملكا للدولة أراضي العرش».
- أما الاراضي الوقفية أو أراضي الحبس كانت ملكية تامة رصدت أساسا لمؤسسة خيرية أو لمصلحة عامة، فلقد كرسست قرارات المحكمة العليا هذا الحظر والمنع عن قابلية الحيازة والسيطرة المادية والتقادم المكسب على هذا الصنف من العقار، بقولها « حيث انه لايجوز التمسك بالتقادم في استغلال الاراضي المحبوسة لانعدام نية التملك » وكذلك القضاء بإبطال عقد الشهرة المتضمن الاعتراف بالملكية على أساس التقادم المكسب.²

1 - ميسون زهوين ، المرجع السابق، ص48

2 - المرجع نفسه ، ص49 .

الفرع الثاني: شرط المدة :

الحياسة المؤهلة لكسب الحق يجب أن تستمر فترة زمنية، وتختلف هذه المدة باختلاف أنواع التقادم.

إن التقادم نوعان تقادم طويل و تقادم قصير ، و يكون قصيراً إذا توافرت لدى الحائز شروط خاصة بالإضافة إلى الشروط العامة التي أسلفنا ذكرها و التي تشترك فيها كل أنواع التقادم، و تتمثل الشروط الخاصة للتقادم القصير أو التقادم العشري إذا توافرت لدى الحائز النية الحسنة السند و الصحيح.

تكون مدة التقادم العشري أو القصير أقصر من مدة التقادم الطويل فهي عشر سنوات (10) في القانون الجزائري بالنسبة للعقار أو إلى الحق العيني، بينما التقادم الطويل فيكون خمسة عشر سنة .

و يتبين من نص المادة 829 من ق.م.ج. ، بأن هناك نوعاً ثالثاً من التقادم مدته 33 سنة و هو تقادم الحقوق الميراثية و هو بخلاف أغلب التشريعات و التي أقرت نوعان فقط، حيث وقع المشرع الجزائري في خطأ عندما أقرّ ذلك حيث أنه في الواقع أن تقادم حقوق الإرث المذكورة في النص هو تقادم مسقط لا مكسب.

و كل أنواع التقادم المكسب تقتضي توافر شرطي الحياسة و المدة، و شرط الحياسة قد سبق و أن تناولناه سابقا بالتفصيل.¹

و المدة المتصلة بالتقادم بأنواعه تعتبر من النظام العام فلا يجوز الاتفاق على تعديلها، لا بالإطالة ولا بالتقصير ، حيث تنص المادة 322 من ف.م.: (لا يجوز التنازل عن التقادم قبل ثبوت الحق فيه، أما لا يجوز الاتفاق على أن يتم التقادم في مدة تختلف عن المدة التي عينها القانون وإنما يجوز لكل شخص يملك التصرف في حقوقه أن يتنازل ولو ضمنا عن التقادم بعد ثبوت الحق فيه غير أن هذا التنازل لا ينفذ في حق الدائنين إذا صدر إضرارا بهم).

و لقد حددت أحكام القانون المدني أنواع المدد بموجب نصي المادتين 827 و 829 القانون المدني، و الحياسة المؤهلة لكسب الحق يجب أن تستمر فترة زمنية و هذه الفترة يقدرها المشرع ليتاح للمالك الوقت الكافي لتقديم اعتراضات على الحياسة من طرف الغير و العمل على استردادها.²

1 - ضيف احمد ، المرجع السابق ، ص172 .

2 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في سرح القانون المدني ، جزء 9، المرجع السابق، 1013

أولاً//كيفية حساب المدة في التقادم :

إن المدة هي أساس التقادم، و لما كان من المقرر قانوناً سريان قواعد و أحكام التقادم المسقط على التقادم المكسب وذلك بالكيفيات التي لا تعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب، و ذلك ما نصت عليه المادة: 832 بنصها على : (تسري قواعد التقادم المسقط على التقادم المكسب فيما يتعلق بحساب المدة ووقف التقادم وانقطاعه والتمسك به أمام القضاء والتنازل عنه والاتفاق على تعديل المدة وذلك بالقدر الذي لا تتعارض فيه هذه القواعد مع طبيعة التقادم المكسب ومع مراعاة الأحكام التالية).¹

و تبدأ مدة التقادم بالحساب طبقاً لأحكام المادة 314 مدني : (تحسب مدة التقادم بالأيام لا بالساعات، ولا يحسب اليوم الأول وتكمل المدة بانقضاء آخر يوم منها) ، و تحسب هذه المدة بالأيام و ليس بالساعات، أي من يوم إلى اليوم الذي يليه، و ذلك ابتداء من منتصف الليل الموالي، و ذلك لتعذر حساب الأيام من خلال الساعات و ينفرع من ذلك أن اليوم الأول الذي تبدأ فيه الحيابة لا يدخل في الحساب لأنه يكون في الغالب يوماً منقوصاً ولو أدخلناه في الحساب لقلنا أن الحساب يكون بالساعات .²

و سبب عدم احتسابه لأنه يكون في الغالب غير كامل ويبدأ الحساب باليوم الموالي، و يدخل في الحساب ما يعرض أثناء المدة من العطل الرسمية التي يتعذر فيها اتخاذ إجراء بقطع التقادم.

ويكون حساب مدة التقادم وفقاً للتقويم الميلادي وليس الهجري، وذلك طبقاً لنص المادة 3 من القانون المدني حيث تنص على (تحسب الأجل بالتقويم الميلادي ما لم ينص القانون على خلاف ذلك) ، حيث الأمر يختلف بين التقويمين فالسنة الميلادية تزيد عن السنة الهجرية بإحدى عشر يوماً، وبالتالي فإن مدة التقادم الطويل مثلاً بالتقويم الميلادي تساوي 365 يوماً وهذا فارق كبير له دور فعال في التقادم المكسب من حيث الآثار والأحكام التي ترد عليه.

ثانياً//وقف مدة التقادم:

يقصد بوقف التقادم عدم حساب المدة التي يقوم خلالها عذر من الأعدار القانونية أو الموضوعية التي تمنع الحق من القيام بالأعمال التي يترتب عليها قطع التقادم الساري ضده، على أن يستأنف التقادم سيره بعد زوال العذر فتضاف المدة السابقة إلى المدة اللاحقة.³

1 - ضيف احمد ، المرجع السابق ،ص175 .

2 - عبد المنعم فرج الصدة ، اسباب اكتساب الملكية ، الحيابة ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالمية ، القاهرة ، سنة 1964 ، ص 581 .

3 - المرجع نفسه ، ص594 .

و من هنا يختلف وقف التقادم عن انقطاعه، إذ أنّ الانقطاع يؤدي إلى سقوط المدة الفاتئة و عدم احتسابها و بالتالي يبدأ تقادم جديد.

و وقف التقادم ليس له مدة معينة فقد يتم في بداية التقادم و مثاله أن ترد الحيازة منذ بدايتها على عقار مملوك لقاصر ليس له ممثله القانوني، فيقف التقادم إلى حين بلوغ القاصر سن الرشد كما قد يقف التقادم بعد بدء سريانه.

ووقف التقادم أمر اقتضته العدالة بحيث يقف لصالح أشخاص تعذر عليهم رفع الدعوى في مدة زمنية لأسباب معينة ، و لقد نص المشرع الجزائري على وقف التقادم كلما وجد مانع لدى المالك بمقتضى الفقرة 1 من المادة 316 مدني التي تنص : (لا يسري التقادم ألما وجد مانع مبررا شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب) ، و تنص أيضاً المادة 833 مدني : (يوقف التقادم المكسب أيا كانت مدته إذا وجد سبب لوقفه)، و سنتعرض إلى أسباب وقف التقادم و اثاره¹.

1- أسباب وقف التقادم :

● الأسباب العامة لوقف التقادم : هي ظروف أو موانع خارجية يتعذر معها على صاحب الحق أن يطالب بحقه فيقف سريان التقادم ، هذه الأسباب لم يحددها المشرع على وجه الحصر وهذا ما يفهم من نص المادة 833 من ق.م. ج التي تنص على ما يلي : « يوقف التقادم أيا كانت مدته إذا وجد سبب لوقفه».

و عليه يرجع سبب الوقف إلى مانع مادي، كأن لا يستطيع صاحب الحق إقامة دعوى على الحائز بسبب تعطل أعمال المحاكم نتيجة لحرب أو بسبب تعذره للوصول إلى مقر المحكمة. كما قد يرجع سبب الوقف إلى مانع أدبي كالعلاقة الزوجية أو القرابة بين الحائز و المالك .²

و أيضا يكون المانع قانونيا كحالة اتحاد الذمة فإذا أصبح الحائز مالكا لفترة من الزمن ثم زال الاتحاد لسبب من الأسباب فإن المدة التي قامت خاليا اتحاد الذمة لا تدخل في مدة التقادم . سواء كان المانع ماديا أو أدبيا أو اتفاقيا أو قانونيا فهي أسباب عامة لا تتعلق بإرادة وأهلية الحائز .³

1 - ضيف احمد ، المرجع السابق ، ص 180 .

2 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 94 .

3 - أبو عمرو نادية . عماروشن سو هيلة، اكتساب العقارات عن طريق التقادم المكسب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، سنة 2018، ص 33 .

• الأسباب الخاصة لوقف التقادم : هي الأسباب التي ترجع إلى حالة الشخص من حيث الأهلية و ما يلحق عنها من أوضاع بحيث تنص المادة 316 من ق.م. ج على ما يلي: « لا يسري التقادم كلما وجد مانع مبررا شرعا يمنع الدائن من المطالبة بحقه، كما لا يسري فيما بين الأصيل والنائب.

ولا يسري التقادم الذي تنقضي مدته عن خمس سنوات في حق عديمي الأهلية والغائبين والمحكوم عليهم بعقوبة جنائية إذا لم يكن لهم نائب قانوني ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته عن خمس سنوات في حق الأشخاص المذكورين في الفقرة السابقة و لو كان لهم نائب قانوني طيلة مدة عدم أهليتهم».

خلافًا لما جاء في نص المادة 316 من ق م ج فإن التقادم المكسب يقف أيا كانت مدته في حالة توفر لذلك، سبب ،، وهذا ما نصت عليه المادة 833 ق م ج المذكورة أعلاه.

يترتب على وقف التقادم إسقاط المدة التي وقف التقادم خلالها من حساب مدة التقادم وذلك سواء وقع سبب الوقف في بداية التقادم أو أثناء سريانه أو في نهايته. أثر وقف التقادم نسبي، بمعنى أنه لا يستطيع أن يتمسك به إلا من توفر فيه سبب من أسباب الوقف، فهو كان التقادم ساريا في مواجهة شخص توفي عن ولدين أحدهما قاصر و الآخر كامل الأهلية، فإن التقادم يقف بالنسبة للقاصر فقط¹

ثالثا//انقطاع مدة التقادم:

الانقطاع هو العقبة الثانية التي تعترض التقادم بعد الوقف، و انقطاع التقادم يعني الإلغاء النهائي لما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها نتيجة لسبب معين على أن تبدأ مدة تقادم جديدة من وقت زوال السبب الذي أدى إلى الانقطاع، أي أنه لا تحسب مدة التي سبقت الانقطاع، و هذا ما يميز انقطاع التقادم عن وقفه ، إذ أنه بالنسبة لوقف التقادم بحسب المدة التي سبقت الوقت.

فالتقادم ينقطع إما بزوال الحيازة هذا ما و يسمى بالانقطاع الطبيعي و الذي نص عليه المشرع الجزائري في المادة 834 مدني بقوله: (ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها ولو بفعل الغير. غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد)، و إما مطالبة صاحب الحق بحقه و هذا ما يعرف بالانقطاع المدني، و التي نص عليه في المواد 317 إلى 319 من ق.م.ج. و هو ما سنتناوله كالآتي:²

1 - أبو عمرو نادية، عماروشن سوهيلة، المرجع السابق، ص34

2 - رمضان ابو السعود ، المرجع السابق ، ص382 .

● الانقطاع الطبيعي: يكون الانقطاع طبيعياً بتخلي الحائز عن حيازة العقار، أو فقدها أي إزالة وضع يده قهراً، ولا يعتبر الحائز متخلياً عن حيازته إلا إذا تخلى عن عنصرها المادي والمعنوي، أما إذا امتنع عن الانتفاع فقط من العقار فهنا يعتبر محتفظاً بالعنصر المعنوي ولا يترتب انقطاع. وهذا ما تنص عليه المادة 834 ق.م.ج إذ جاء نصها كما يلي: « ينقطع التقادم المكسب إذا تخلى الحائز عن حيازته أو فقدها ولو بفعل الغير.

غير أن التقادم لا ينقطع بفقد الحيازة، إذا استردها الحائز خلال سنة أو رفع دعوى باستردادها في هذا الميعاد». ويتبين أيضاً من نص المادة أن المشرع يعطي للحائز الذي يفقد الحيازة دعوى استردادها شريطة أن يرفعها خلال سنة من فقدها. وأما إذا استرد الحيازة فتكون حيازته مستمرة غير منقطعة هذا فيما يتعلق بالعقار.¹

● الانقطاع المدني: هو ذلك الانقطاع الذي يكون سببه أعمالاً قانونية صادرة ممن يسري التقادم ضده أو ممن يسري لمصلحته.

تنص المادة 317 ق.م.ج: « ينقطع التقادم بالمطالبة القضائية و لو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة بالتنبيه أو بالحج، و بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليسه المدين أو في توزيع أو بأي عمل يقوم به الدائن أثناء مرافعة لإثبات حقه».

يتبين أن في نص المادة أنه الانقطاع المدني صادر من المالك²، بحيث يمكن لو أن يقطع التقادم المكسب بالمطالبة القضائية، بأن يطالب الحائز بحق أيا كان شكل أذه المطالبة و أيا كان وقتها و ينقطع التقادم من وقت المطالبة و لو رفعت الدعوى إلى محكمة غير مختصة. كما ينقطع التقادم بالتنبيه وهو تكليف المدين بالوفاء قبل بدء التنفيذ الجبري بموجب سند تنفيذي.³

ينقطع التقادم المكسب أيضاً بفعل الحائز بإقراره بحق المالك هذا ما نصت عليه المادة 318 ق.م.ج: « ينقطع التقادم إذا أقر المدين بحق الدائن إقراراً صريحاً أو ضمناً. و يعتبر إقراراً ضمناً، أن يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهوناً رهناً حيازياً تأميناً لوفاء الدين». الإقرار في هذه الحالة هو تصرف قانوني و هو ليس نزوال عن الحق بل يعتبر نزوال عما انقضى من مدة فقط، لان الحائز لم يكتسب بعد هذا الحق ليعتبر متنازلاً عنه، و الإقرار يتم بالإرادة المنفردة أي إرادة الحائز وحدها و لا يجوز له سحب إقراره⁴. ولقد نصت المادة 341 على الإقرار.

1 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 97 .

2 - المرجع نفسه ، ص 98 .

3 - أبو عمرو نادية، عماروشن سوهيلة، المرجع السابق، ص 36.

4 - عبد المنعم البدرأوي، الحقوق العينية الأصلية، الملكية و الحقوق المتفرعة عنها و أسباب كسبها ، الطبعة الثانية ، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1968 ص 606.

إذا تحقق انقطاع التقادم المكسب بسبب من الأسباب السابقة فإنه يترتب على ذلك أن ما مضى من مدته السابقة يسقط، وإذا بدأ تقادم جديد فإنه يبدأ من وقت صدور الحكم في دعوى المطالبة بالحق، ولو كان حكماً بعدم الإختصاص، ومن يوم التنبيه أو الإقرار بالحق إذا انقطع التقادم بسبب منها. تنص المادة 319/1 ق م ج على: « إذا انقطع التقادم، بدأ تقادم جديد يسري من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع و تكون مدته هي مدة التقادم الأول»¹.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة و دعوى التقادم المكسب :

الفرع الاول :الشروط الخاصة بالتقادم المكسب :

راينا فيما سبق ان القاعدة العامة في اكتساب الملكية العقارية و بعض الحقوق العينية الأخرى بالتقادم انها تقوم أساسا على وجود توافر الحيابة و اشراطها و كذلك المدة و شروطها ، و لقد تعددت مدة التقادم بشكل عام و اختلفت باختلاف أنواعه و تم تفصيل ذلك مما سبق المتعلق بمدة الحيابة.

إلا أن مدة التقادم القصير ، فهي عشر سنوات و اشترط فيها وجوب أن تقترن بالسند الصحيح مشفوعا بحسن النية ، و مدة العشر سنوات لا تبدأ إلا باجتماع السند الصحيح مع الحيابة ، فان سبق أحدهما الآخر فان مدة التقادم القصير (التقادم العشري) لا تسري إذ لا بد من اجتماعها معاً و تنص المادة 828 على أحكام التقادم القصير بنصها: (إذا وقعت الحيابة على عقار أو على حق عي عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات.

ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق والسند الصحيح تصرف يصدر شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند).

و الظاهر من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري استوجب حسن النية السند و الصحيح بالإضافة إلى شرطي التقادم الطويل و هما الحيابة و المدة ، و بالتالي فان التقادم القصير يستلزم أربعة شروط هي المدة ، الحيابة ، و حسن النية و السند الصحيح.²

أولا/حسب النية :

إن المقصود بحسن النية هو الشخص الذي يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئاً جسيم.³

1 - ابو عمرو و نادية، عماروشن سو هيلة، المرجع السابق، ص37 .

2 - ضيف احمد ، المرجع السابق، ص213 .

3 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص162 .

حسن النية افتراضاً تمليه الأصول العامة التي يتحدد في ضوءها عبء الإثبات ذلك أن الأصل هو توافر حسن وعلى من يدعي غير ذلك أن يقيم الدليل على حسن نيته أي اعتقاده وقت تلقي الحق أن يتعامل مع المالك الحقيقي حيث يقوم هذا الافتراض لصالحه وإذا ادعى الخصم أن الحائز كان سيء النية وقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء¹، فحسن النية هو إذن غلط يقع في الحائز يدفعه إلى الاعتقاد بأنه تلقى الملكية أو الحق العيني من المالك أو صاحب الحق وعرفته المادة 824 فقرة 1 من القانون المدني بأنه يفرض حسن النية لمن يحوز²، وإثبات سوء النية يكون مرهوناً بإثبات إحدى الحالات الأربعة طبقاً للمادة 825 من القانون المدني وهي:

أما إن كان الحائز يعلم أن حيازته اعتداء على حق الغير أي كان يعلم بالعيب الذي لحق سند الناقل، وأما بإثبات أن جهل الحائز كان مبيناً على خطأ جسيم، أو أن الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه من غيره، أو بأنه أعلنه بعيوب حيازته في عريضة الدعوى.

ويتحدد الأساس في حسن النية طبقاً لنص المادة 825 من القانون المدني إذ يعتبر الحائز في التقادم العشري حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير أي على أساس اعتقاد الحائز أن يتعامل مع مالك العقار أو صاحب حق عيني على العقار ويلاحظ أن تقدير توافر حسن النية أو عدم توافر مسألة واقعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، فإذا كان الحكم اذن في حسن النية عن المشتري قد اتخذ من اهماله تحري ملكية بئعه قرينة أضافها إلى القرائن الأخرى التي أوردتها واستخلص من مجموعها أنه لم يكن حسن النية كما لو كان شخصاً معنوياً فإن العبرة تكون بنية من يمثله قانوناً وقد نصت على ذلك صراحة المادة 824 / 2 من القانون المدني التي تنص على أنه " إذا كان الحائز شخصاً معنوياً فالعبرة بنية من يمثله"³.

1-الوقت الذي يشترط فيه توافر حسن النية :

إن المبدأ العام هو أن الحيازة تبقى على حالها محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقم الدليل على عكس ذلك فمتى بدأت بحسن النية افترض أنها استمرت دائماً بحسن نية وكذلك إذا بدأت بسوء نية استمرت كذلك ما لم يثبت الحائز ما طرأ من أسباب جعله حسن النية كأن يثبت أنه في أثناء حيازته اشترى العقار من شخص يعتقد أنه المالك الحقيقي له.

1 -الحاج هني الجوهر ، المرجع السابق ، ص107 .

2 -محمدي فريدة ، المرجع السابق، ص111 .

3- الحاج هني الجوهر ، المرجع السابق ، ص108-109

فإذا كان المورث سيء النية ولكن الوارث كان حسن النية وأراد أن يتمسك بالتقادم العشري فإنه يجب على الوارث في هذه الحالة أن يثبت حسن نية وفق لما نصت عليه المادة 814 من ق.م. إذ أن حيازة الوارث في هذه الحالة أن يثبت حسن نية وفق لما نصت عليه المادة 814 من ق.م. إذ أن حيازة الخلف العام تعتبر مقترنة بسوء نية كذلك فإذا ادعى الخلف أنه حسن النية وقع عليه عبء إثبات هذا الادعاء وحسن النية يزول حتما من وقت اعلان الحائز بعيوب حيازته في عريضة الدعوى (المادة 825 من ق.م.) من اليوم الذي يرفع فيه المالك الحقيقي دعوى استرداد على الحائز وتعلن اليه يصبح الحائز فريضة فإن هذا يصبح سيء النية.¹

ويكفي توفر حسن النية وقت تلقي الحق ولا يهم أن يصبح الحائز فيما بعد سيء النية وما أن الحق في القانون الجزائري ينتقل بالشهر يكفي توافر حسن النية عند الشهر فقط،² فوقت اظهار حسن النية قرره المادة 2/828 من ق.م. بأن حسن النية اللازم توافره لاكتساب الملكية بالتقادم العشري لا يشترط توافره إلا في وقت تلقي الحق.

إن الرأي الغالب يقضي أنه لا يكفي توافر حسن النية وقت ابرام التصرف بل يجب أن يتوافر وقت تسجيل هذا التصرف لأن الحقوق العينية الأصلية على العقارات لا تنشأ ولا تنتقل بين العاقدين أو بالنسبة إلى الغير إلا بالتسجيل فيكون وقت التسجيل هو وقت تلقي الحق الذي يلزم توافر حسن النية عنده.³

2- اثبات حسن النية :

نصت المادة 824: (يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل انه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم وإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله، ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على العكس) ، و مؤدى ذلك أن الحائز الذي يتمسك بالتقادم القصير أو العشري مفترض فيه حسن النية و ليس عليه إثبات ذلك ، و يستوي في ذلك أن يكون جهل الحائز بأن من تعامل معه غير مالك راجع إلى غلط في الواقع أو إلى غلط في القانون.⁴

1 - الحاج هني الجوهر ، المرجع السابق ، ص109 .

2 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص113 .

3 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص164 .

4 - عبد الرزاق السنهوري ، شرح الوسيط في القانون المدني ، جزء 9 ، المرجع السابق ، ص1113 .

و على الرغم من أن هذا الأمر يبدو متعارضاً مع المبدأ القائل بأنه ليس لأحد أن يدعي بجهل القانون ، إلا أنه يبقى حسن النية لدى الحائز مفترضاً¹.

و بالتالي لا يكلف الحائز بإثبات حسن النية ، أي اعتقاده وقت تلقي الحق أن التصرف صدر إليه من المالك الحقيقي، بل يقع عبء ذلك على خصم الحائز أي المالك أو صاحب الحق، و ذلك لإقامة الدليل على أن الحائز كان سيء النية وقت تلقيه الحق و ذلك بكل وسائل الإثبات المتاحة له كون أن الحيازة واقعة مادية تثبت بكافة طرق الإثبات (الكتابة، الشهود و القرائن)².

و إثبات سوء نية الحائز لا يخرج عن إحدى الطرق الثلاثة التالية و التي حددتها المادتين 824 و 825 مدني و هي:

- أن يثبت أن الحائز كان يعلم وقت تلقي الحق أن من تصرف إليه غير مالك.
- إثبات بأن جهل الحائز بعدم ملكية المتصرف كانت ناشئة عن خطأ جسيم لا يغتفر.
- إثبات أن الحائز قد اغتصب الحيازة بالإكراه.

و كلها وقائع مادية يجوز إثباتها بكل وسائل الإثبات.

ويجدر التنبيه إلى أن الحيازة قد تتغير صفتها ، علماً بأن القاعدة العامة تقضي بأن الحيازة تبقى محتفظة بالصفة التي بدأت بها وقت كسبها ما لم يقع الدليل عكس ذلك، كما هو منصوص عليه في المادة 826 مدني التي تنص على : (تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يقيم الدليل على خلاف ذلك)³.

و على ذلك فإذا كانت الحيازة قد بدأت قبل بدء سريان التقادم القصير بسوء نية كما لو كان الشخص واضعاً يده على العقار و هو عالم بأنه ليس مملوكاً له ثم اشتراه بعد ذلك و أشهر البيع فتبقى حيازته بسوء نية و عليه أن يقيم الدليل على عكس ذلك بأن يثبت أنه أصبح حسن النية وقت الشهر.

و تقدير حسن النية أو سوءها هو مسألة واقع يترك لقاضي الموضوع حرية تقديرها هذا و التقدير لا يخضع لرقابة المحكمة العليا على أن للمحكمة العليا حق الرقابة فيما يعود لتعليل الحكم أو تسوية الوقائع و تكييفهما القانوني⁴.

1 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص113-114 .

2 - ضيف احمد ، المرجع السابق ، ص223 .

3 - المرجع نفسه ، ص223 .

4 - عبد المنعم فرج الصدة ، المرجع السابق، ص641 .

ثانيا // السند الصحيح

يشترط المشرع الجزائري لكسب الملكية و الحقوق العينية بالتقادم القصير اقتران حسن النية بالسند الصحيح ، و طبقاً لنص المادة 828/1 مدني التي تنص على : (إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر (10) سنوات) ، و تنص الفقرة الثالثة من نفس المادة (828/3) على : (والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحباً للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند).¹

1 - إذ حدد الفقه شروط السند الصحيح على أساس ان موضوع هذا التصرف يتمثل نقل الملكية إلى الحائز كما يلي :

أ- أن يكون عملاً قانونياً : كالبيع والهبة الاحكام الناقلة للحق كالحكم رسو المزاد.²

ب- يجب ان يكون السند الصحيح ناقلاً أي عملاً قانونياً من طبيعته نقل الملكية أو الحق العيني كالبيع الأحكام الناقلة للحق فحكم رسو المزاد الذي يؤدي الى نزع الملكية للمدين بناء على طلب دائنيه يعتبر سنداً صحيحاً إذ هو ينقل الحق الى الشفيع حيث يحل محل المشتري في البيع المشفوع فيه³، ومن ثمة يكون بمثابة بيع وعلى هذا لا يعتبر اسباباً صحيحة التصرفات التالية:

- التصرف الكاشف عن الحق او المقرر له مثل القسمة .
 - التصرف الغير مسجل نصت المادة 828/2 من القانون المدني على أن "السند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحب للحق المراد كسبه بالتقادم.
 - التصرف الباطل أو القابل للإبطال : ليس للتصرف الباطل أي وجود قانوني لهذا لا تنتقل الملكية أو الحق العيني بموجبه ولو كان مسجلاً ومن ثمة فإنه لا يصلح سنداً صحيحاً ويجوز للمالك أن يتمسك ببطلانه إذ أن البطلان المطلق لا يحق لكل ذي مصلحة أن يتمسك به المادة 102 من القانون المدني .
- أما التصرف القابل للإبطال فإنه يقع صحيحاً ومنتجاً لآثاره ويظل كذلك إلى أن يحكم بإبطاله ولا يجوز للمالك أن يتمسك بهذا الابطال لأن الحق في طلب الابطال لا يثبت إلا للعائد الذي شرع الإبطال لمصلحته وتصح أن تكون سنداً صحيحاً يكسب الملكية بالتقادم القصير قبل الحكم بإبطالها.⁴

1 - ضيف احمد ، المرجع السابق ، ص224-225 .

2 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص106 .

3 - الحاج هني الجوهر ، المرجع السابق ، ص112 .

4 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 107-108 .

- التصرف الصوري: إذا كان العقد الذي يستند اليه الحائز عقدا صوريا أي عقد غير موجود في الحقيقة وتثبت صورية العقد بجميع الطرق.
- التصرف الظني: هو ذلك التصرف الذي يعتقد الحائز بوجوده ولكنه في الحقيقة ليس له وجود أو لم يعد له وجود لذلك لا يصلح سنداً صحيحاً ومثال ذلك الوصية التي رجع فيها الموصي قبل وفاته دون علم الموصي له.¹
- التصرف المعلق على شرط: لا يعتبر سنداً صحيحاً التصرف المعلق على شرط واقف فلا يكون نافذ إلا من وقت تحقق الشرط فلا يصلح كسند صحيح إلا من وقت تحقق الشرط.

ج- أن يكون صادراً من غير مالك

د- يجب ان يكون السند الصحيح مشهراً طبقاً للمادة 828 فقرة 3 من القانون المدني فالعقد الغير مشهر لا ينقل الملكية فهو لا يصلح ان يكون سنداً صحيحاً لان المراد بالسند الصحيح هو الذي يؤدي الى نقل الملكية والذي كان ينقلها فعلاً لو أن ناقل الملكية كان فعلاً مالك للشئ.²

2 - اثبات السند الصحيح:

إن إثبات السند الصحيح لاكتساب ملكية العقار بالتقادم القصير يقع عبئه على الحائز ، و ذلك خلافاً لما هو عليه الحال في المنقول، إذ يعتبر حيازته للمنقول في ذاتها على توافر السند الصحيح.

و لما كان السند الصحيح عبارة عن تصرف قانوني وارد على حق عيني عقاري، فان إثباته لا بد أن يتم بموجب ورقة رسمية مشهورة كما وضحنا سابقاً في شروط السند الصحيح طبقاً ، للمادة 324/ مكرر 01 التي تنص على : (زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها ، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد) ، و طبقاً للمادة 828/03 التي اشترطت الشهر العقاري، و كذلك المواد 15 ، 16 من الأمر 75/74 المذكور سابقاً.³

1 - الحاج هني الجوهر ، المرجع السابق ، ص 113 .

2 - محمدي فريدة ، المرجع السابق ، ص 108-109 .

3 - ضيف احمد ، المرجع السابق ، ص 237

و بالتالي فان التصرف القانوني الذي يمكن اعتباره بمثابة السند الصحيح لا بد و أن يكون في شكل رسمي تحت طائلة البطلان وذلك بخلاف حسن النية الذي يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات.

و إذا كان حسن النية مفترضاً لدى الحائز و يقع عبء إثباته على المالك الحقيقي أو صاحب الحق، فان شرط السند الصحيح واجب الإثبات و لا يفترض، و يقع عبء إثباته على عاتق الحائز لأنه شرط مستقل عن شرط حسن النية و هذا خلافاً لحائز المنقول، و مسألة ماهية السند الصحيح و شروطه هي مسألة قانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.¹

الفرع الثاني : رفع دعوى التقادم المكسب

أولاً// دعوى التقادم المكسب

يقوم حائز عقار الذي تتوفر حيازته على الأركان المادية والمعنوية للحيازة السابقة الذكر وكذا الشروط العامة المقررة لرفع الدعوى والمنصوص عليها في ق.ا.م.ا لا سيما المادة 13 منه برفع دعوى قضائية طبقاً للمادة 827 من القانون المدني أمام القسم العقاري لدائرة اختصاص المحكمة الواقع بها العقار.²

وذلك وفق للقواعد العامة المعروفة في رفع الدعوى بموجب عريضة افتتاحية للدعوى تحتوي على جميع البيانات المنصوص عليها في المادتين 14 و 15 من ق.ا.م.ا .

ويكون ذلك في حالة وجود شخص ينازع المدعي في حيازته للعقار الذي تملكه بمرور المدة الواجبة لسريان التقادم المكسب ويطلق على هذه الدعوى كذلك بأنها دعوى ثبوت ملكية العقار بالحيازة³، وبعد تقييد الدعوى على القاضي المعروض عليه النزاع أن يحرص على مراقبة الملف التقني الذي يلزم المدعي بإحضاره اذ يأمره بذلك إذا أغفل ذلك في إطار الدور الايجابي الذي يقوم به طبقاً لقواعد قانون الاجراءات المدنية والإدارية وتتمثل الوثائق اللازمة في :

- المخطط البياني للعقار محل النزاع معد من طرف خبير معتمد سواء كان خبير عقاري أو مهندس عقاري أو خبير في نفس القياس أو حتى مكتب الدراسات وهذا من أجل الوقوف على المساحة الحقيقية للعقار محل دعوى التقادم المكسب بدقة ومدى احترام الملكيات المجاورة والارتفاقات إن وجدت والبنائيات التي يحتويها .

1 - ضيف احمد ، المرجع السابق ، ص237-238 .

2 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص169 .

3 - عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الاسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق الاسكندرية، سنة 2007، ص10 .

- شهادة مسلمة من البلدية تثبت بأن العقار محل النزاع لا يندرج ضمن املاك البلدية أو احتياطاتها العقارية.

- شهادة مسلمة من إدارة أملاك الدولة يثبت من خلالها الحائز الطبيعة القانونية للعقار مع ضرورة الإشارة فيها أن كان يدخل ضمن املاك الدولة أم لا شهادة مسلمة من المحافظة العقارية تحدد الوضعية القانونية الراهنة للعقار والقول إن سبق أن حرر بشأنه عقد ملكية مشهر لفائدة الغير أم لا.¹

ومن الأفضل أن يقوم القاضي بالانتقال ميدانيا إلى العقار محل النزاع للاستماع إلى تصريحات الملاك المجاورين بخصوص العقار محل النزاع لأنهم أدري بالحائز الفعلي وهم من بين الشهود الذين قد يحضرهم المدعي لإثبات وضعه لان الحيازة عبارة عن واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق بما في ذلك العقود العرفية وهو ما ذهبت اليه المحكمة العليا من خلال اجتهادها في قرارها رقم 448006 الصادر في 14-05-2008 من خلال تكريس مبدأ مفاده (لا يحول دون التصريح ببطلان العقد العرفي المتضمن بيع عقار دون استئناس قضاة الموضوع به لإثبات تاريخ بداية الحيازة باعتبارها واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق).²

وتجدر الملاحظة من الناحية العملية أن بعض المحاكم ترفض الدعاوي التي ترفع من قبل المتقاضين الذين يطالبون بتثبيت الملكية على أساس التقادم المكسب بحجة أن التقادم مرهون بإجراء عقد الشهرة وهذا رأي غير سليم³، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها رقم 180876 المؤرخ في 30-09-1998⁴ الذي جاء فيه ما يلي "حيث أن قضاة الاستئناف جعلهم التقادم المكسب مرهونا بإجراء عقد الشهرة والحال أن القانون لا يشترط ذلك فهم بذلك أساءوا تطبيق القانون فأفقدوا قرارهم الأساس القانوني".

كما أنه بالرجوع إلى المادة 827 من القانون المدني فإنها لا تميز بين العقارات المشهورة وسندات ملكيتها والعقارات غير المشهورة سندات ملكيتها بالمحافظة العقارية بل اكتفت المادة بالنص على أنه "من حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقارا دون أن يكون مالكا أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع .

كما أن المرسوم رقم 83-352 الملغي جاء في الحقيقة تطبيقا لهذه المادة.⁵

1 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 170 .

2 - اجتهاد المحكمة العليا الغرفة العقارية رقم 448006 الصادر في 14-05-2008 منشور في عدد خاص الجزء الثالث، ص 107 . .

3 - حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الطبعة 2009 ، ص 38-39 .

4 - قرار رقم 180.876 المؤرخ في 30-09-1998 مجلة قضائية ، سنة 1998 عدد 02 ص 33 .

5 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق، ص 42 .

وهو ما كرسته المحكمة العليا في اجتهادها القضائي للغرفة العقارية في القرار رقم 423832 المؤرخ في 16-07-2008 (من الثابت قانونا أن كل من حاز عقارا أو منقولاً أو حقا عينيا على منقول أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع ولا يمنع توفر العقار على دفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم).¹

والحكمة من تشريع التقادم المكسب هو مجازاة المالك الذي يهمل عقار مدة معينة دون أن يسعى إلى استرداده والحيلولة دون فقده وبالتالي فلا مجال للتفريق بين العقارات التي اشهرت سنداتها والعقارات التي لم تشهر سنداتها، إن التقادم المكسب يعد في التشريع الجزائري سبب من أسباب اكتساب الملكية العقارية وما ذهب إليه الاستاذ السنهوري إلى القول أن التقادم المكسب ليس مجرد قرينة قانونية غير قابلة لإثبات العكس على أن الحائز مالك للعين بل هو سبب مباشر لكسب الملكية.²

لكن تجدر الإشارة أنه مادام لا يوجد نص خاص في القانون الجزائري يستثني العقارات المشهورة سنداتها من - مبدأ التقادم المكسب - فلا مجال للخروج عن القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 827 وفي هذا السياق نصت المادة 45 من قانون التوجيه العقاري³ على أنه في حالة ظهور المالك الحقيقي فإنه يستطيع أن يرفع دعوى المطالبة بالعقار ويقصد بها دعوى الاستحقاق (دعوى تثبيت الملكية) للمطالبة بإلغاء شهادة الحيازة واسترداد العقار الذي تحصل بموجبه الحائز على هذه الشهادة.⁴

وقد اصدرت الغرفة المدنية للمحكمة العليا عدة قرارات اعترفت من خلالها بمبدأ التقادم المكسب دون تمييز بين العقار المملوك بسند رسمي أو ليس سند رسمي بموجب القرار المؤرخ في 14-04-1982⁵، وقرار آخر مؤرخ في 10-11-1993⁶، وكذا القرار رقم 479371 المؤرخ في 15-10-2008 والذي أكدت من خلاله المحكمة العليا مبدأ مفاده "لا يستثني القانون المدني العقارات المشهورة عقودها من اكتسابها بالتقادم".⁷

1 - القرار رقم 423832 المؤرخ في 16-07-2008 الصادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا، المنشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص الغرفة العقارية، الجزء الثالث، صفحة 274 .

2 - حمدي باشا عمر ، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 42 .

3 - قانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18-11-1990 العدد 40 .

4 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية ، المرجع السابق ، ص 67 .

5 - قرارا صادر عن الغرفة المدنية بالمحكمة العليا بتاريخ 14-04-1982 ملف رقم 23.782 مجلة قضائية لسنة 1990 عدد 01 ص 12 .

6 - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 10-11-1993 رقم 104.967 مجلة قضائية لسنة 1994 عدد 01 ص 43 .

7 - قرار المحكمة العليا رقم 479371 المؤرخ في 15-10-2008 المنشور في مجلة المحكمة العليا عدد 2 لسنة 2008 ص 273 .

وفي قرار آخر رقم 423832 مؤرخ في 16-07-2008¹ أقرت المحكمة العليا بمبدأ مفاده (لا يمنع توفر العقار على الدفتر عقاري من اكتسابه بالتقادم المكسب، وفي قرار آخر صادر بتاريخ 22-05-2002 رقم 232 683 (تقوم الملكية على أساس التقادم المكسب عند توفر شروط الحيازة بغض النظر عما اذا كان العقار المحاز له بسند ملكية أو ليس له سند وحيث ان القانون المدني لا يفرق في التقادم المكسب بين الملكية التي لها سندات والتي ليس لها سندات).²

يجوز لصاحب شهادة الحيازة إثارة مدة التقادم المكسب أثناء تصفية الوضعية القانونية للعقارات المعنية بشهادة الحيازة في اطار عملية المسح العقاري المادة 2014 من المرسوم التنفيذي رقم 91-254 المحدد لكيفيات اعداد شهادة الحيازة وتسليمها يجوز للحائز أو الحائزين عند انقضاء الأجل القانوني المحدد في هذا المجال إثارة مدة الحيازة المشار اليها في الشهادة للاحتجاج بالتقادم المكسب)، ويسلم له بعد ذلك الدفتر العقاري وفي هذا السياق صدرت تعليمة عامة عن وزارة المالية بتاريخ 06-07-1994 تتعلق بعملية المسح صفحة رقم 44 و 4 أكدت على أن الحائز على شهادة الحيازة لا يتم التحقيق في مدة حيازته بل يعتبر حائز حسن النية بسند ويعامل معاملة الحائز الذي اتم المدة القانونية لاكتساب الملكية بالتقادم المكسب.

علما أن المرسوم التنفيذي رقم 91-254 يشترط مهلة سنة واحدة فقط لتسليم شهادة الحيازة وتعتبر هذه المدة قصيرة جدا بالمقارنة مع المدة المشترطة في القانون المدني للتمسك بالتقادم المكسب للملكية والتي تحدد بمهلة 15 سنة في المادة 827.³

وقد جاء في اجتهاد المحكمة العليا في قرارها رقم 201978 المؤرخ في 26-07-2000 استعمال التقادم المكسب وسيلة لإثبات الحق في الملكية مع تقديم شهادة حيازة مستخرجة طبقا للمادة 39 من قانون التوجيه العقاري لا حقا لا يعد رفعا لدعوى الحيازة و بالتالي لا وجود لخرق المادة 418 من ق.ا.م.ا).⁴

1 - قرار صادر عن المحكمة العليا عدد خاص بالغرفة العقارية الجزء الثاني رقم 423832 مؤرخ في 16-07-2008 .

2 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا صادر بتاريخ 22-05-2002 رقم 232-683 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2003 عدد رقم 01 ص 326 .

3 - حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2015 ص 98 .

4 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا تحت رقم 201978 المؤرخ في 26-07-2000 والمنشور بمجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني سنة 2004 ص 331 .

ثانيا // صدور الحكم المثبت للملكية عن طريق التقادم المكسب:

بعد ان يقوم القاضي بدراسة الملف من الناحية الشكلية والموضوعية وبعد قبول الدعوى شكلا ينظر في موضوع التقادم المكسب وذلك من خلال التأكد من شروطه وأركان الحيازة والمدة اللازمة قانونا.

ويجري تحقيق بجميع طرق الاثبات طبقا للمادة 75 من ق.ا.م.ا وذلك بسماع الشهود وتعيين خبير لمعاينة القطعة الأرضية وحتى الاعتماد على العقود العرفية وإذا ثبت للمحكمة توافر كل الشروط السابقة اللازمة للحياة وأن التحقيق المنجز من طرف القاضي إيجابي يصدر هذا الاخير حكم يثبت الملكية عن طريق التقادم المكسب محددًا بذلك هوية الحائز وموقع العقار بدقة ومساحته وحدوده وجميع البيانات الخاصة بالعقار (وصفه القول أن كان عقار مبني أو غير مبني ومحتوياته" ..)¹.

والجدير بالذكر أن الاحكام الصادرة في دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب احكام مصرحة وكاشفة للحقوق لأنها ملكية الحق العيني العقاري للشخص الحائز كانت ثابتة من قبل وانتقلت إلى مالكةا بوضع اليد واكتسابها بالتقادم المكسب الطويل المدة وقد نصت المادة 827 من القانون المدني على أنه (من) حاز منقولا أو عقارا أو حقا عينيا منقولا كان أو عقار دون أن يكون مالكا له أو خاص به صار له ذلك ملكا إذا استمرت حيازته له مدة 15 سنة بدون انقطاع.

وعليه يستنتج أنه يشترط لكي يمتلك واضع اليد العقار بالتقادم المكسب تستمر حيازته له مدة 15 سنة على أن تتوفر في الحيازة كافة الشروط السابق ذكرها كما أنه يجب أن يكون العقار موضوع الحيازة غير واقع في البلديات التي تمت بها عملية المسح ، ولما كانت الحقوق العينية العقارية التي تكتسب بالتقادم لا يمكن شهرها لعدم وجود محرر يثبتها حتى يمكن شهره فإن على من اكتسبها أن يرفع على المالك السابق أو على من يعتدي على هذا الحق دعوى تثبيت الملكية عن طريق التقادم المكسب مصرحا بحقه العقاري هذا الحكم يجب شهره لكي ينتج شهره في نقل لملكية للحائز ولإمكانية الاحتجاج به على الغير.²

1 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 180 .

2 - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، طبعة سنة 2006 ، ص 88 ، 89

المبحث الثاني : تثبيت القاضي للوعد بالبيع العقاري :

هناك نوع آخر من الأحكام القضائية يصدرها القاضي مصرحا بنقل الملكية العقارية، وتعتبر هي الأخرى بمثابة سندات تثبت الملكية العقارية وتنقلها من شخص إلى آخر ويتعلق الأمر بحكم القاضي بتثبيت الوعد بالبيع في العقار بعد نكول الواعد عن بيع العقار.

إذ قد يتم انتقال الملكية العقارية بواسطة التصرف القانوني كالبيع و هو الغالب في الحياة العملية والأداة المثلى في التعاملات العقارية، غير أنه أحيانا يمر البيع بعقود تمهيدية،¹ مثل الوعد بالبيع العقاري الذي هو في الواقع بيع حقيقي ناقل للملكية في ظل التطورات الاقتصادية والاجتماعية إذا ما استوفت جميع أركانه الموضوعية والشكلية التي يشترطها القانون و يعتبر الحكم الذي يصدر بتثبيت الوعد بالبيع العقاري سند قانوني رسمي و هو ما سوف أتطرق له من خلال هذا المبحث كما يلي:

المطلب الأول: الشروط اللازمة لإبرام عقد الوعد بالبيع العقاري :

إن الوعد بالبيع يتكون من الإيجاب والقبول وكذلك الوعد بالشراء، ولذا يعتبر عقدا تاما لا مجرد إيجاب أو مشروع تعاقد ولكنه لا يكون عقد بيع بل عقدا متميزا عن عقد البيع يدخل في طائفة العقود غير المسماة، ذلك أن البيع ينشئ في ذمة البائع التزاما بنقل الملكية وينشئ في ذمة المشتري التزاما بدفع الثمن و يشمل نقل الملكية في العقار تسجيله و شهره بالمحافظة العقارية، أما الوعد بالبيع فال ينشئ شيئا من هذا بل يقتصر على إلزام الواعد بأن يعقد عقد البيع إذا طلب الطرف الآخر منه ذلك في مدة معينة.

فمن هذا المنطلق فإن الوعد بالبيع العقاري يتطلب لانعقاده توافر شروط أساسية و مسائل جوهرية على غرار باقي العقود و أن تخلف أي منها يؤدي إلى بطلانه ويمكن تقسيم هذه الشروط إلى شروط موضوعية و الشروط شكلية.²

الفرع الأول: الشروط الموضوعية للوعد بالبيع العقاري :

لكي ينعقد الوعد البيع ويتم صحيحا يجب توفر الشروط الموضوعية لصحته والتي يراقبها القاضي في حالة النكول وكذا الموثق في حالة إبرام العقد وتنقسم هذه الشروط إلى:

1 - بدري جمال ، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع و القضاء الجزائري، دار هومة، طبعة، 2013، ص11 - 12 .

2 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 181-182 .

أولاً// الشروط المتعلقة بالمتعاقدين:

يشترط لانعقاد الوعد بالبيع العقاري، اتفاق الواعد والموعود له على كافة المسائل الجوهرية، فمثال يتفقان على المدة التي يجب فيها على الموعود له إظهار رغبته في الشراء، وتتمثل هذه المسائل الجوهرية في أركان البيع وشروطه، وهي الاتفاق على طبيعة الوعد، الثمن و المدة. هذا ما سوف نفضله كمايلي:

1-التراضي في عقد الوعد بالبيع العقاري:

إن انعقاد الوعد بالبيع العقاري يقتضي أن يتبادل طرفا العقد التعبير عن إرادتهما، أي وجود إيجاب وقبول مطابق له، واقتران الأخير بالأول، أي وصوله إلى علم الموجب.¹ وسوف ندرس في هذه المواضيع في نقطتين أساسيتين وهما: مطابقة الإيجاب للقبول، وموضوعات التراضي.

أ- مطابقة الإيجاب للقبول: يعتبر الإيجاب في عقد الوعد بالبيع العقاري ذلك العرض الذي يصدر أولاً من الواعد و الذي يتوجه به إلى الموعود له بغية بيعه بثمن معين. وإذا رضي الشخص بالإيجاب الموجه له و المتمثل في الوعد ببيع عقار معين في مدة محددة فنكون هنا أمام القبول الذي ينعقد به العقد²، وذلك بدون إضافة أو تحفظ.

ب- موضوعات التراضي : تتجلى موضوعات التراضي في عقد الوعد بالبيع العقاري في الاتفاق على العناصر الجوهرية للوعد بالبيع العقاري وهي : طبيعة العقد، المبيع ، الثمن و كذلك الاتفاق على المدة.

- التراضي على طبيعة العقد : يجب على الواعد و الموعود له أن يتفقا على طبيعة العقد الذي يقصدان إبرامه، وهو الوعد بالبيع العقاري، و بالتالي، فإذا صاحب دار مثلاً وهو الواعد وعد بالبيع فقبل الموعود له ضنا منه انه وعده بإيجارها له ، فان الإيجاب و القبول لم يتطابقا لا على الوعد بالبيع ولا على الوعد بالإيجار.³
- التراضي على المبيع : لا بد في انعقاد الوعد بالبيع العقاري من حصول الاتفاق على المبيع، و المتمثل في العقار و بالتالي، فيجب أن يكون الاتفاق منصبا على ذات العقار، أي تطابق الإيجاب و القبول تطابقا تاما فيما يتعلق بالعقار.⁴

1- طالبي ياسمين و اهروش كهينة، البيع العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة، 2012ص26 .

2 - بدري جمال ، المرجع السابق،ص26 .

3 - عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ،4، عقد البيع و المقايضة، منشورات حلبى الحقوقية، لبنان، ص 41 .

4 - سي يوسف زاهية ،عقد البيع، ط ،4 دار الامل،سنة 2000 ، ص 60 .

- التراضي على الثمن : وانما يجب أن لا يكفي لانعقاد الوعد بالبيع العقاري، الإتفاق على نوع العقد و الشيء المبيع، يتفق كذلك الواعد و الموعد له على ثمن ذلك العقار، و على مقداره .
- التراضي على المدة : تعتبر المدة التي ينبغي على الموعد له إبداء رغبته في الشراء، ركنا من أركان الوعد بالبيع العقاري، و الإتفاق على المدة ال يشترط فيه أن يكون صريحا، و إنما يجوز أن يكون الاتفاق ضمنيا .
- و لقد نصت المادة 17 من القانون المدني على ضرورة تعيين المدة بحيث نصت على أن: "الاتفاق الذي يعد له كالمتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، و المدة التي يجب إبرامها فيها". و في حالة تخلف الإتفاق على تحديد المدة، معناه تخلف عنصر جوهري في عقد الوعد، مما يؤدي الى بطلانه¹.

2- شروط صحة التراضي في البيع العقاري:

يجب أن يكون التراضي صحيحا، و ذلك بتوفر الأهلية اللازمة لممارسة التصرفات القانونية إضافة إلى خلو إرادة طرفي العقد من عيوب الإرادة.

1- الأهلية: يشترط لصحة الإيجاب و القبول أن يكون صادرا من ذي أهلية، ومعنى ذلك أن تتوفر في الواعد و الموعد له الأهلية التي تسمح لهما بالقيام بهذا التصرف القانوني. و لدراسة مسألة أهلية المتعاقدين، يستلزم الفصل بين أهلية الواعد في الوعد بالبيع العقاري وأهلية الموعد له.

- أهلية الواعد في الوعد بالبيع العقاري: إذا كان الوعد بالبيع العقاري ملزما لجانب واحد، فإن المنطق يقتضي أن تتوفر في الواعد الأهلية الكاملة، والتي تكون ببلوغه سن 19 سنة كاملة، حتى يسمح له القانون بإدارة أمواله و التصرف فيها كما يشاء . كما أنه ال ينبغي أن يصاب بعارض من عوارض الأهلية المتمثلة في الجنون، العته، الغفلة و السفه، بحيث تجعل الواعد ناقص الأهلية أو فاقد لها.
- فيجب إذا أن يكون الواعد كامل الأهلية عند إبدائه للوعد و لا يهم بعد ذلك أن يتغير حاله، كأن يحجر عليه مثلا².

1 - سعدو جمال الدين، الوعد بالبيع العقاري في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة قانون الاعمال، تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، سنة 2015، ص 18 .

2 - بدري جمال، المرجع السابق، ص 31 .

• اهلية الموعود له: أما بشأن أهلية الموعود له، فإن أهليته تقدر وقت إبرام العقد النهائي لا وقت إبرامه للوعد، بالتالي يصح أن يكون قاصرا وقت الوعد لكن يشترط أن يكون متمتعا بأهلية التصرف عند إعلان رغبته في الشراء.¹

ب- سلامة الرضا من العيوب : لسلامة عقد الوعد بالبيع العقاري، لا بد أن يكون خاليا من عيوب الرضا، فيجب أن تكون الإرادة من الواعد و الموعود له غير مشوبة بغلط ، تدليس، إكراه أو استغلال.

و لقد منح القانون لمن عيبت إرادته بإحدى هاته العيوب، الحق في طلب إبطال العقد، إذن يجب أن تكون إرادة الواعد خالي من عيوب الإرادة منذ انعقاد عقد الوعد بالبيع العقاري، أما بالنسبة للموعود له، فيجب أن يكون رضاؤه سليما وقت الوعد بالبيع و كذلك وقت العقد النهائي.²

ثانيا //الشروط المتعلقة بعقد الوعد بالبيع العقاري:

لقيام عقد الوعد بالبيع العقاري، يستوجب توفر جميع الشروط الضرورية لانعقاده و المتمثلة في محل عقد الوعد البيع، السبب و المدة، هذا ما سوف نحاول تفصيله:

1- محل عقد الوعد بالبيع العقاري:

إن عقد الوعد بالبيع العقاري كغيره من العقود، يترتب عليه التزامات على عاتق كل من الواعد و الموعود له، و من أهمها إلزام الواعد بنقل ملكية المبيع في حالة إبداء الموعود له رغبة الشراء في المدة المحددة، مقابل إلزام هذا الأخير بدفع الثمن، لذلك يكون للوعد بالبيع العقاري محلا مزدوجا هو المبيع و الثمن.

ا- المبيع في الوعد بالبيع العقاري : يتمثل المبيع في الوعد بالبيع العقاري، العقار الموعود ببيعه، فيمكن إن يكون قطعة أرض منزل للسكن أو غير ذلك.³

و بالرجوع إلى المواد 37 إلى 34 من القانون المدني الجزائري، نجد المشرع الجزائري نص على مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في العقار محل الوعد بالبيع، و تتمثل هذه الشروط في:

1 - خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج،4 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000، ص38 .

2 - زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص36 .

3 - طالبي ياسمين و أهروش كهينة، مرجع السابق، ص11 .

- أن يكون العقار موجودا وقت الوعد أو قابل للوجود في المستقبل: نصت المادة 37 من القانون المدني الجزائري على: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا و محققا". لذلك يجب أن يكون المبيع موجودا وقت إبرام عقد البيع أو يكون قابل للوجود في المستقبل، وهو نفس الشيء بالنسبة للوعد بالبيع العقاري، بحيث يجب أن يكون العقار الموعود به موجود وقت الوعد أو قابل للوجود بعد الوعد. فقد يحدث أن يهلك العقار قبل إبرام العقد أو وقت إبرامه، ففي هاته الحالة لا ينعقد العقد لانعدام محل العقد المتمثل في العقار، و قد لا يكون العقار الموعود به موجودا قبل الوعد ولا وقت إبرامه و لكنه يكون قابل للوجود في المستقبل، فهنا قد يكون العقد صحيحا بشرط أن يكون هذا المحل محققا عملا بنص المادة 92 السالفة الذكر.
- كما يمكن أن لا يكون الواعد مالك للعقار محل الوعد عند إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري لكن عندما يبدي الموعود له الرغبة في إبرام العقد النهائي فهنا يشترط القانون أن يكون الواعد مالك لذلك العقار.¹
- أن يكون العقار محل الوعد بالبيع العقاري معين أو قابل للتعيين: بالرجوع إلى نص المادة 44 من القانون المدني الجزائري نجدها تنص على: "إذا لم يكن محل الإلزام معين بذاته وجب أن يكون معين بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا". من خلال شرح هاته المادة يجب أن يكون المبيع محددًا تحديدا ينفى جهالته، بحيث إذا كان العقار متمثل في دار وجب ذكر موقعها و بيان أوصافها الأساسية التي يمكن أن تخصصها عن المنازل الأخرى.²
- و إذا كان العقار أرضا، وجب ذكر موقعها ، مساحتها و حدودها.³
- أيضا إذا كان الوعد بالبيع العقاري على تصاميم أوجبت المادة 10 فقرة 2 من المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 27 مارس 1993، المتعلق بالنشاط العقاري على ما يلي: <<وصف البناية المبنية أو جزء البناية المبيع و مشتملات ذلك >>.
- أن يكون العقار مشروعا : عملا بنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري، يجب أن لا يكون المحل مخالفا للنظام العام والآداب العامة، بحيث يمنع على المتعاقدين إجراء اتفاقات تمس بهما.
- فإذا كان محل الوعد لا يتنافى مع النظام العام و الآداب العامة كان مشروعا و قام العقد، و ما عدا ذلك فهو غير مشروع و باطل.

1 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص34 .

2 - أمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1398 الموافق 26 سبتمبر، 1975 يتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78، صادر في 30-09-1975 المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 88-14 مؤرخ في 04-05-1988 ج ر عدد 75، صادر في 04-05-1988 .

3 - قدارة خليل أحمد حسين، المرجع السابق، ص81 .

- بحيث لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية إذا تبين أن العقار محل الوعد موجود ضمن تركة إنسان على قيد الحياة، فيكون مصيره باطلاً.
- و من الأموال التي لا يجوز التعامل فيها:
- التركات المستقبلية .
 - الأموال الموقوفة .
 - الحقوق المتنازع عليها.
 - محل عقد الوعد بالبيع عقار عام .
 - محل عقد الوعد بالبيع عقار دار للقمار أو الدعارة.¹

2- الثمن في الوعد بالبيع العقاري:

يشترط أن يكون الثمن باعتباره محلاً ثانياً في عقد الوعد بالبيع مبلغاً من النقود معيناً أو قابلاً للتعيين و أن يكون جدياً و حقيقياً، وهو كذلك في عقد الوعد بالبيع العقاري.

أ / الثمن مبلغ من النقود : يجب أن يكون الثمن الذي يتفق عليه الواعدة الموعود له نقداً، يلتزم المشتري بدفعه للبائع في مقابل التزام هذا الأخير بنقل ملكية العقار له، وفي حالة عدم الاتفاق على الثمن فإن عقد الوعد بالبيع العقاري يبطل.²

ب / أن يكون الثمن محددًا أو قابلاً للتحديد : لانعقاد الوعد بالبيع العقاري يجب أن يكون الثمن محددًا فيه، أو على الأقل أن يكون قابلاً للتحديد من خلال أساس قانوني يتضمنه العقد ويكون محل اتفاق المتعاقدين .

وجاء في قرار المحكمة العليا رقم 33528 المؤرخ في 199/03/26 انه : " من المقرر قانوناً أن البيع عقد يلزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء في مقابل ثمن نقدي وان الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له اثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيه "³

ج/ أن يكون الثمن جدياً و حقيقياً : من شروط صحة الثمن أن يكون جدياً و حقيقياً، يعبر عن القيمة الحقيقية للمبيع المتمثل في العقار، و الا كان باطلاً .

و كذلك يكون الثمن غير حقيقي إذا كان سورياً أو بخس.⁴

1 - سعدو جمال الدين ، المرجع السابق ،ص23 .

2 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص 36 .

3 - قرار رقم 106776 المؤرخ في 22-12-1989 مجلة قانونية لسنة 1994 عدد رقم 2 ،ص 27 أيضا :حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحداث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة و المحكمة العليا ومحكمة التنازع،المرجع السابق ، ص 143 .

4 - طالبي ياسمين و اوهروش كهينة، المرجع السابق، ص 18.

3- السبب في الوعد بالبيع العقاري :

- يعتبر السبب شرط لانعقاد عقد الوعد بالبيع العقاري و لقيامه يجب أن يتوفر 3 شروط هي :
- أ/ وجود السبب: يتمثل السبب في عقد الوعد بالبيع العقاري في التزام الواعد بنقل ملكية العقار، مقابل حصوله على ثمن من الموعود له، بحيث إذا تخلف التزام احدهما فلا ينشئ التزام آخر، وبالتالي لا ينعقد عقد الوعد بالبيع .
- ب/ صحة السبب: يجب أن يكون السبب صحيحا، فإذا كان موهوما أو صوريا فان عقد الوعد بالبيع العقاري يكون باطلا، فمثال إذا تعهد الحلف العام أو الخاص بوفاء دين سلفه ثم اتضح أن هذا الدين انقضى، فهنا يكون السبب موهوما .¹
- ج/ مشروعية السبب: يشترط أن يكون دافع المتعاقدين لا يتعارض مع النظام العام و الآداب العامة، فإذا كان سبب التزام الواعد له هو الحصول على العقار بعد دفعه للثمن لتخصيصه في ممارسة الدعارة وكان دافع الواعد هو استعمال ذلك الثمن لشراء المخدرات، كان سبب العقد في هذه الحالة غير مشروع، و من ثم يكون العقد باطلا .
- أما في حالة ما إذا كنا أمام دافعين احدهما مشروع والآخر غير مشروع، فانه اعتبارا لاستقرار المعاملات فعند عقد الوعد بالبيع العقاري لا يعتبر باطلا في هذه الحالة، إلا إذا كان المتعاقد الذي قام عنده الدافع المشروع عالما بالدافع الغير مشروع للمتعاقدين الأخر.²

4- المدة في الوعد بالبيع العقاري:

يجب أن يتفق المتعاقدين عند إبرامهما لعقد الوعد بالبيع العقاري على المدة التي يجب أن يبدي فيها الرغبة في شراء العقار الموعود به وهذه المسألة جوهرية لا ينعقد العقد بدونها وهذا ما أكدته بالمادة 71 من ق.م. وقد يكون تحديد المدة في عقد الوعد بصفة صريحة كما قد يكون ضمنيا.³

1 - طالبى ياسمين و اوهروش كهينة، المرجع السابق، ص 22.

2 - سعدو جمال الدين ، المرجع السابق ،ص 25 .

3 - زاهية سي يوسف ، عقد البيع، المرجع السابق، ص 40 .

وهذا لا يؤثر على إبرام عقد الوعد معين في المستقبل مادام يمكن استنتاج المدة من ظروف الحال وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرار (أن قضاة الموضوع قد طبقوا المادة 71 من القانون المدني الجزائري تطبيقاً سليماً عندما اعتبروا أن عقد الوعد بالبيع المحرر بتاريخ 15-08-1995، قد تم فيه تحديد أجل إبرام عقد البيع عندما ذكر أن البيع سيتم إثر تسوية وضعية الأموال العقارية للبائعة وحصولها على قسمة نهائي ذلك لأنه ليس بالضرورة لتحديد المدة يجب إبرام عقد البيع فيها ان يكون ذلك في تاريخ معين كما يدعي محامي الطاعنة بل قد يكون الاتفاق على هذه المدة اتفاقاً ضمناً أو حصول أمر معين كما هو الشأن في دعوى الحال وعليه فالوجه غير مؤسس ويتعين رفضه ومعه رفض الطعن).¹

وهو مؤكد في قرار آخر صادر بتاريخ 24-05-2000 (المستفاد من القرار المطعون فيه ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري الطاعن مهلة ليعلن من خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء ، مما جعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهو تصرف سليم من الناحية القانونية).²

وتجدر الإشارة أنه يترتب على تحديد المدة في عقد الوعد بالبيع ان يبقى الواعد ملزماً خلال هذه المدة بإبرام العقد النهائي إذا أبدى الموعد شراء العقار وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرار المؤرخ في 24-05-2000 (ان المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت المشتري الطاعن مهلة ليعلن من خلالها عن رغبته في الشراء وبعد فوات المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء مما يجعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر وهو تصرف سليم من الناحية القانونية).³

الفرع الثاني: الشروط الشكلية للوعد بالبيع العقاري:

قد تبنى المشرع الجزائري مبدأ الرضائية في تكوين وقيام جميع العقود كقاعدة عامة غير أنه اشترط في بعض الحالات على وجه الاستثناء شكلاً معيناً للانعقاد.⁴

1 - قرار صادر عن المحكمة العليا، مؤرخ في 23-05-2001 تحت رقم، 247607 منشور بمجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة، 2004 ص 119 .

2 - قرار صادر بتاريخ 24-09-2003 عن المحكمة العليا ملف رقم 223852 منشور بالمجلة القضائية لسنة 2001 عدد رقم 01 ، ص 138 .

3 - قرار صادر عن المحكمة العليا، صادر بتاريخ 24-05-2000 الحامل لرقم 223852 المنشور في المجلة القضائية لسنة 2001 العدد، 1 ص 138 .

4 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 188 .

إذ تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية ... " وعملا بأحكام المادة 71 من القانون المدني يجب افرغ عقد الوعد بالبيع العقاري المتعلق بأحد العقود المذكورة في المادة 324 مكرر 1 في الشكل الرسمي وإلا كان الوعد باطل¹.

ولما كان عقد الوعد بالبيع العقاري عقدا شكليا فإنه يخضع لنفس الاجراءات التي تخضع للعقود المتعلقة ببيع العقار مع ضرورة تسجيله لدى مصلحة التسجيل غير أنه وقع الجدل حول ضرورة شهر الوعد بالبيع العقاري من عدمه.

إذ جاء قرار المحكمة العليا (من المقرر قانونا أنه يشترط في العقد الرسمي أن يكون محرر من الموثق محتوي على أصل الملكية مكرس لاتفاق الطرفين محدد للمحل تحديدا نافيا للجهالة معين لتسديد المبلغ أمام الموثق مسجل ومنشور لدى مصالح الشهر العقاري)².

إذن لتكوين الوعد بالبيع في العقار يجب افرغها في عقد رسمي محرر عند الموثق المختص وعدم إجراء ذلك يؤدي إلى بطلان العقد بطلان مطلق فالرسمية ركن للانعقاد وهو ما أكدته المحكمة العليا بقولها في القرار المؤرخ في 18-02-1997 (من المقرر قانونا أن كل بيع اختياري أو وعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط أو عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا).

أولا// شكلية الوعد بالبيع العقاري:

إن المشرع الجزائري اشترط الشكلية لانعقاد عقد البيع الوارد على عقار، و هذا ما أكدته نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني و الذي جاء فيها : زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عينية... في شكل رسمي، و يجب دفع الثمن لدى ضابط العمومي الذي حرر العقد.³

إذن في الوعد بالبيع العقاري، يجب على الواعد و الموعد له التوجه للموثق المختص لإفراغ الاتفاق الذي توصلوا له في قالب رسمي.

1 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ،ص188 .

2 - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18-02-1997 الحامل لرقم 136156 منشور في المجلة القضائية لسنة 1997 العدد رقم 01 صفحة 10 .

3 - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1398 الموافق 26 سبتمبر، 1975 يضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78، صادر في 30-09-1975 المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 88-14 مؤرخ في 03-05-1988 ج ر عدد 18 صادر في 04-05-1988 .

و لقد عرفت المادة 324 من ق.م. العقد الرسمي، بحيث نصت على : العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، و ذلك طبقا للأشكال القانونية و في حدود سلطته و اختصاصه.¹

ويعرف الموظف العام بأنه الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل مدير أمالك الدولة، الوالي...الخ. أما الشخص المكلف بخدمة عامة مثل الخبراء الذين تعينهم المحكمة. أما الموظف العمومي، مثل الموثق، المحضر القضائي...²

يتضح من خلال نص المادة السالفة الذكر أنه لما يكون العقد الرسمي صحيحا، يجب أن يقوم بكتابته الموظف أو شخصا مختصا من حيث الموضوع، و من حيث المكان، و أن يراعي في عمله الأوضاع التي قررها القانون.

و لقد اشترط المشرع الجزائري في العقد الرسمي بالنسبة للعقارات التابعة للأفراد، أن يكون محرر من طرف الموثق. ويكون هذا الأخير هو الذي يسهر على استكمال بقية الإجراءات.³

هذا ما أكدته المادة 3 من قانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، بحيث نصت على : الموثق ضابط عمومي، مفوض من قبل السلطة العمومية، يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصبغة الرسمية، و كذا العقود التي يرغب الأشخاص إعطائها هذه الصبغة.

1- يضي على العقود المتعلقة بالعقارات طابع المشروعية و الرسمية، مما يجعلها حجية قاطعة في الإثبات و هذا ما نصت المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري.

2- يبين للمتعاقدين مدى أهمية التصرف الذين هم مقبلين عليه.

3- العقد الموثق هو عنوان للحقيقة، فهو مطهر من التدليس و التزوير.

4 - لذلك اشترط المشرع الجزائري على عقد الوعد بالبيع الوارد على عقار، على ضرورة إفراغه في شكل رسمي.

و عدم احترام هذا الإجراء الجوهري، يؤدي حتما إلى بطلان هذا التصرف بطلانا مطلق و لن يكون له أي أثر و هو ما جاء في نص المادة 72 من القانون المدني.⁴

1 - أمر رقم 58-75 المؤرخ في 20 رمضان 1398 الموافق 26 سبتمبر، 1975 يضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30-09-1975 المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 88-14 مؤرخ في 03-05-1988 ج ر عدد 18 صادر في 04-05-1988 .

2 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002 ص 107 .

3 - سعدو جمال الدين، المرجع السابق، ص 28 .

4 - بدري جمال، المرجع السابق، ص 51 .

ثانياً// تسجيل الوعد بالبيع العقاري:

إضافة إلى تحرير العقد على شكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الإرادة، يجب تسجيله حتى ينتج الأثر الناقل للملكية. و التسجيل هو إجراء يتم من خلاله نقل صورة كاملة من العقد المحرر بين الطرفين إن كان رسمياً، أو يحفظ الأصل ذاته الموقع بين الطرفين إذا كان العقد عرفياً .

و تتجلى وظيفة التسجيل في نقطتين أساسيتين هما:

تحصيل الدولة للجانب الضريبي لصالح الخزينة العمومية، و هذا ما جاءت به نص المادة 40 من القانون 02/06 المتضمن تنظيم مهنة الموثق. إضافة إلى إثبات تاريخ العقود العرفية، و ذلك لكون العقد العرفي ال يكون حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.¹

وإجراءات الشهر التي رسمها قانون تنظيم الشهر العقاري لا تقل في الدقة عن الإجراءات التي رسمها لإجراء التسجيل. بل هي أكثر منها حجية. كما أن بالرجوع إلى نص المادة 75 من قانون التسجيل العقاري ، فإن الموثق ملزم بتسجيل العقود الخاصة للشهر العقاري في مصلحة السجل و الطابع المختصة إقليمياً. و طبقاً لنظام الشهر العيني الحالي التطبيق في الجزائر، فإن التسجيل وحده ينقل الملكية سواء بالنسبة للمتعاقدين، أو بالنسبة للغير.²

ثالثاً// شهر الوعد بالبيع العقاري:

لم يكتفي المشرع الجزائري بقاعدة الرسمية فقط، فقد تدخل بإصدار العديد من التشريعات التي تهدف إلى تنظيم و تسيير الشهر العقاري بما يتماشى و فكرة حماية الملكية العقارية و ضمان استمرارها.

و يعتبر الشهر العقاري عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقار بإدارة الشهر العقاري، و هي المحافظة العقارية و ذلك لإعلام الكافة بها و إظهار وجودها. و بالتالي إذا تم إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري أمام الموثق، فإن القانون أوجب على هذا الأخير أن يقوم بإشهار ذلك العقد.³

1 - طالبي ياسمين و و اهروش كهينة، المرجع السابق، ص 35.

2 - بدري جمال ، المرجع السابق، ص53 .

3 - طالبي ياسمين و و اهروش كهينة، المرجع السابق، ص 49.

و هذا تطبيقاً لنص المادة 90 من مرسوم رقم 63-76 المتعلق بتأسيس السجل العقاري بنصها: ينبغي على الموثق و كتاب الضبط و السلطات الإدارية أن يعملوا على إشهار جميع العقود أو القرارات القضائية الخاضعة للشهر...¹

و يعتبر الشهر العقاري في الجزائر اجراء ضروريا لترتيب الآثار القانونية و من أهمها الأثر العيني المتمثل في نقل الملكية العقارية .²

و لما كان الوعد بالبيع العقاري عقدا شكليا يتطلب الرسمية لانعقاده و هو ما نص عليه القانون، يبقى التساؤل حول شهر هذا التصرف، أي هل يعتبر عقد الوعد بالبيع العقاري موضوع الشهر في المحافظة العقارية أم لا ؟

فثار جدل كبير حول ذلك، و انقسمت آراء الفقهاء في ذلك، فهناك من يؤيد هذا الإجراء بحيث يرى بضرورة شهر الوعد بالبيع العقاري، ذلك لاعتبارات من بينها أن شهر هذا التصرف، يمكن الموعد له من المحافظة على حقه بالرغم من التصرفات التي قد يجريها الواعد خلال الفترة التي تسبق إعلان الموعد له رغبته في شراء العقار.

أما الرأي القائل بعدم ضرورة شهر عقد الوعد بالبيع العقاري، يرى أنه لا يوجد ضرورة لإشهار هذا الوعد لأن الشهر لا يكون إلا للحقوق العينية، و حق الموعد له قبل إبداء رغبته في الشراء ما هو إلا حق شخصي.

و هذا ما استدعى تدخل المشرع الجزائري لينهي هذا الجدل، و ذلك عند إصداره لقانون المالية لسنة 2004 .³

و بالنظر لخاصية قوة الإثبات التي يميز بها القانون العقد المشهر لدى المحافظة العقارية فهذا الأخير لا يكون موضوع احتجاج إلا عن طريق القضاء، وبالتالي فإن الدعاوى القضائية التي من شأنها إلغاء أو إبطال أو تغيير أو تصحيح حقوق عينية عقارية لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا لدى المحافظة العقارية ، وهو ما أكدته نص المادة 519 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية وذلك بنصها على : ترفع الدعوى أمام القسم العقاري و ينظر فيها حسب الإجراءات الواردة في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الخاصة بشهر دعاوى الفسخ أو الإبطال أو التعديل أو نقض حقوق قائمة على عقود تم شهرها.⁴

1 - مرسوم رقم 63-76 يتضمن تسجيل السجل العقاري، المؤرخ في 25-03-1976 المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-123 مؤرخ في 19-05-1993 ج ر عدد 34 الصادرة في 23-05-1993.

2 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 122 .

3 - بدري جمال، المرجع السابق ، ص 63 .

4 - قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفري 2008، متضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر عدد 21 لسنة 2008.

كما أن كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار، لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ إشهاره بالمحافظة العقارية.

و تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني الذي يركز في شهر التصرفات على العقار محل التصرف، و يتميز بمسك سجل خاص لدى مصلحة الشهر، تخصص صفحة أو أكثر لكل عقار، تعتبر كبطاقة تعريفية تدون فيها جميع المعلومات حول العقار و ما يرد عليها من تصرفات.¹

المطلب الثاني: آثار الوعد بالبيع العقاري و صدور الحكم المثبت للعقد:

إن الغرض المرجو من إبرام عقد وعد بالبيع العقاري، هو التمهيد لإبرام عقد بيع نهائي لهذا العقار فيما بعد وذلك نظرا لظروف معينة تجعل من المتعاقدين لا يبرمانه في الحال كأن يكون الواعد ليس مالكا للعقار ملكية تامة أو أن الثمن المقترح من الموعد له زهيد وغيرها من الظروف التي تجعل الطرفين يقرمان بإبرام عقد وعد بالبيع وليس عقد بيع تام.

ومن ثمة فإن مصير إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري يتميز بحق الخيار وهو حق مميز للموعد له.²

إما يكون بتنفيذه بعد المدة المتفق عليها بإبرام عقد البيع النهائي، إما أن يقع مانع يحول دون إبرامه ويجعل الواعد يتراجع عن إبرام عقد البيع النهائي وللموعد له في هذه الحالة أن يلجأ للقضاء لمطالبة الواعد بإتمام إجراءات البيع فإن استحال ذلك طالبه بالتعويض عن هذا النكول، وهناك حالة أخرى أين يعفى فيها الواعد من التعويض رغم عدم إمكانية إتمام إجراءات البيع وهي حالة نزع الملكية للمنفعة العامة.³

الفرع الأول: السير نحو آثار الوعد بالبيع العقاري :

إن آثار الوعد بالبيع العقاري تختلف باختلاف مرحلتين اثنتين، ففي مرحلة ما قبل إبداء الموعد له الرغبة في شراء العقار محل الوعد بالبيع، فهنا لا رغبة بالشراء أعلنت ولا المدة المتفق عليها قد حلت. فالواعد يبقى مالكا للعقار و ليس للموعد له اتجاه الواعد سوى حق شخصي هو أبداء الرغبة.⁴

1 - سعدو جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 33 .

2 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص 98-99 .

3 - حماد رشيدة ، المرجع السابق، ص 195 .

4 - سعدو جمال الدين ، المرجع السابق ، ص 36 .

أما في مرحلة ما بعد إعلان الموعد له الرغبة في شراء العقار محل الوعد بالبيع فهنا للموعد له أن يستعمل حقه في الشراء فيكون الطريق مهيناً لانعقاد عقد البيع النهائي، وله ان يترك مدة الوعد بالبيع تنقضي دون إبداء الرغبة في الشراء فينقضي عقد الوعد بالبيع.¹

أولاً//الرغبة في شراء:

تتوقف الآثار القانونية لعقد الوعد بالبيع بحسب المرحلة التي يكون فيها ذلك إذ أنه توجد مرحلتين قبل ابداء الرغبة من طرف الموعد له في شراء العقار الموعد به فانه يبقى مخير بين القبول أو الرفض طيلة هذه المدة فهو حق مميز لأن الموعد له له حق الخيار في اتمام البيع من عدمه، بعكس الواعد يبقى ملتزماً بوعده اتجاه الموعد له خلال تلك المدة المحددة في عقد الوعد بالبيع العقاري وأن يمتنع عن القيام بأي تصرف يحول دون إبرام العقد النهائي إذ يبقى مالكا للعقار الموعد به والمحافظة عليه وان يمتنع عن التصرف فيه عن طريق البيع او وعد آخر لصالح الغير، فطبيعة الالتزام خلال هذه المرحلة هو التزام شخصي يمثل في قيام الواعد بعمل او الامتناع عن عمل .

أما حق الموعد له قبل ابداء رغبته في الشراء فهو الآخر عبارة عن حق شخصي.²

ذلك لأنه لا يكسب حق عيني على العقار وإنما حق شخصي يخوله مواجهة الواعد ومطالبته بإبرام عقد البيع النهائي إذا رغب في شراء العقار خلال هذه الفترة و يبقى طيلة هذه الفترة يملك حق الخيار اما الشراء أو يمتنع عن ذلك وتعتبر هذه الخاصية اهم خصائص الوعد بالبيع.

وعليه يجوز للموعد له أن يتصرف في حقه الشخصي وذلك عن طريق حوالة الحق المتمثلة أساساً في قبول الواعد لها وإعلانه بها وذلك ما لم يتبين أن الشخص الموعد له هو محل اعتبار في عقد الوعد، كما يمكن للموعد له أن يحصل على تأمينات شخصية أو عينية لضمان حقه خلال هذه الفترة كما أنه ينتقل عن طريق الميراث إلى الورثة ما لم يتفق على خلاف ذلك أو لم يتبين من ظروف الحال ان الحق الخاص بالشخص الموعد له.³

1 - سعدو جمال الدين ، المرجع السابق ، ص36 .

2 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق ، ص 47.

3 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص105-106 .

فبالتالي لا ينتقل هذا الحق إلى ورثة الموعود له في هذه الحالة ويحمل فيه الواعد تبعه الهلاك الكلي للعقار الموعود به بفعل القوة القاهرة قبل ابداء الموعود له رغبته في الشراء في المدة المحددة، كما أنه لا يستطيع الموعود له أن يطالب المالك بنقل الملكية خلال هذه المدة، بالإضافة إلى أنه في حالة نزع الملكية من أجل المنفعة العامة يكون ثمن نزع الملكية لصالح الواعد لأنه المالك.¹

كما تجدر الإشارة أنه بعد انتهاء المتفق عليها ولم يقم الموعود له بإبداء أي رغبة في إبرام العقد فإنه ينقضي عقد الوعد بالبيع وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ 25-05-2000 ان المطعون ضدها التزمت بالبيع وأعطت للمشتري مهلة ليعلن رغبته في الشراء وبعد فوات هذه المهلة المتفق عليها في الوعد بالبيع لم يعلن المشتري عن نيته في إتمام الشراء مما يجعل المطعون ضدها تتصرف في العقار بالبيع لشخص آخر هو تصرف سليم من الناحية القانونية.²

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 23-05-2001³ ويترتب عن عدم شهر الواعد لعقد الوعد بالبيع العقاري بالمحافظة العقارية بعد انعقاده أثري هما:

• **حالة عدم تصرف الواعد في العقار محل الوعد:** يمكن للموعود له من أجل القيام بالحفاظ على العقار الموعود له خلال هذه الفترة المطالبة بمنع الواعد من هدم العقار الموعود به أو باستعمال حقوق الواعد عن طريق الدعوى غير المباشرة طبقاً للمادة 189 من ق.م.

كما يجوز للموعود له باعتباره دائناً أن يحصل على تأمينات عينية أو شخصية لضمان حقه في طلب التعويض إذا كان لا يهيمه التنفيذ العيني أي الحصول على العقار الموعود به⁴ ويكون من مصلحته الإسراع في إبداء الرغبة في شراء العقار الموعود إذا اكتشف الموعود له أن الواعد يقوم بتصرفات تضر به وله أن يطلب التنفيذ إما ودياً طبقاً للمادة 164 من ق.م. أو عن طريق اللجوء إلى القضاء.⁵

1 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص 108 .

2- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 24-05-2000 ملف رقم 223852 المجلة القضائية العدد الاول سنة 2001، ص 138 .

3 - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 23-05-2001مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق عدد 02 سنة 2004، ص 119 .

4 - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، سنة 2000 ، ص 120 .

5 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص 112 .

• في حالة ما إذا تصرف الواعد في العقار محل الوعد :وقام ببيع العقار الموعود به وانتقلت الملكية إلى مشتري آخر بفعل الشهر يصبح الوعد بالبيع العقاري بدون أي أهمية لعدم إمكانية الموعود بالاحتجاج به في مواجهة الغير وهو نفس الشيء إذا قام الواعد برهن العقار ولا يبقى أمام الموعود له إلا أن يباشر دعوى عدم نفاذ التصرف من أجل استرجاع العقار فيه الواعد اضرار به ويكون طلبه القضائي عدم نفاذ التصرف.¹

وهو نفس الحل في حالة ما إذا قام الواعد بالتصرف الذي ينقص من قيمة العقار الموعود به كرهنه ونفاذ هذا الرهن في حالة مواجهة الموعود له ويجب أن تتوفر في هذه الدعوى شروط أساسية يترتب على تخلفها عدم قبول الدعوى شكلاً وهي ان يكون حق الموعود له مستحق الاداء أي عند ابداء رغبته في الشراء واتصالها بعلم الواعد وأن يكون من شأن ذلك اعسار الواعد وكان ذلك بناء على غش منه.

وتجدر الإشارة أنه من الصعب حماية حق الموعود له بالاستناد على الدعوى البولصية فيجوز للموعود له أن يرفع دعوى عدم نفاذ التصرف على أساس الغش الذي يفسد كل شيء والذي عادة ما يصطدم بصعوبة تطبيق الغش على التصرفات التي تم شهرها.²

ثانياً// الرغبة في إبرام العقد النهائي:

وذلك بعد قيام الموعود له إبداء رغبته في إبرام العقد النهائي وشراء العقار الموعود به اذ تعتبر اللحظة التي يبدي رغبته في المدة المحددة قبولا³ الذي يجعل من عقد البيع النهائي مهياً للانعقاد إذا رعيت جميع الشروط القانونية السابق ذكرها في هذا الشأن وأهم تلك الشروط افرغ التراضي الخاص في ورقة رسمية لدى الموثق المختص ويشترط أن يكون القبول متطابقاً تماماً مع الايجاب فلا يجوز أن يغير أو يعدل في أي شرط من الشروط التي تم الاتفاق عليها مسبقاً فإذا وجدت شروط جديدة لا ينعقد العقد النهائي إلا إذا قبل الواعد ذلك.⁴

كما يتم في هذه الحالة إبرام عقد البيع النهائي بناء على عقد الوعد بالبيع ذلك أن عقد الوعد بالبيع العقاري ينشئ التزاماً شخصياً في ذمة الواعد، يتمثل في التنفيذ العيني لما اتفقا عليه المتعاقدان، وذلك بإتمام عملية البيع النهائي خلال المدة المحددة والمتفق عليها لإعلان الرغبة في التعاقد.

1 - خليل احمد حسن قداة ، المرجع السابق ،ص41

2 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص 115-116 .

3 - زاهية سي يوسف ، المرجع السابق ، ص39 .

4 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص121-122 .

ولا يشترط في الموعود له أن يعلن عن رغبته في الشراء شكلاً معيناً إلا أن يكون خلال المدة المتفق عليها حتى يتمكن من التنفيذ العيني لهذا العقد، والأصل أن يتم هذا التنفيذ طواعية بمحض إرادة من الواعد بمجرد إعلان رغبة الموعود له في الشراء وضمن الأجل المحدد لذلك، فيلجأ إلى إتمام إجراءات البيع بإبرام عقد بيع نهائي قائماً بذاته ومتوافر على كافة شروطه الشكلية منها والموضوعية ويجب أن تتوفر في البائع أهلية البيع إن كان قد وعد بالبيع أو أهلية الشراء إن كان قد وعد بالشراء، وذلك وقت انعقاد الوعد، فإن أبدى الموعود له رغبته انعقد البيع دون حاجة إلى تعبير جديد عن الإرادة من جانب الواعد.¹

لقد اثبتت الواقع العملي المعاش وجود مرحلة في تنفيذ الوعد بالبيع العقاري تلي الوعد بالبيع وتسبق إبرام عقد البيع النهائي وهي البيع الابتدائي وتعرف هذه المرحلة على أنها المرحلة التمهيديّة التي تسبق عادة إبرام العقد النهائي للبيع، كتحضير مستندات الملكية التي التزم بتقديمها في هذا العقد الابتدائي ومن أجل ذلك يكون له مصلحة هو أيضاً في تأخير إبرام العقد النهائي للبيع.

فالبيع الابتدائي اتفاق على البيع ومن ثمة يجب توافر شروط انعقاد وشروط صحة عقد البيع لينشأ صحيحاً، وفي هذا العقد يبقى تنفيذ الالتزامات المترتبة عليه موقوفة إلى حين إتمام إجراءات العقد النهائي للبيع في الوقت المحدد لذلك.

وهذا الالتزام من شأنه أن يعطي الحق لأحد الأطراف في إجبار الطرف الآخر باتخاذ إجراءات العقد النهائي للبيع إذا هو أهمل أو قصر في ذلك، عن طريق استصدار حكم قضائي بوقوع البيع أو بصحة التعاقد.

ويقوم هذا الحكم مقام العقد النهائي، وتنتقل ملكية العقار منذ تسجيله وشهره.²

وبعد الانتهاء من هذه المرحلة نكون بصدد المرحلة النهائية لتنفيذ الوعد بالبيع وهي إبرام عقد البيع النهائي، هذا الأخير الذي ينسخ عقد البيع الابتدائي ويحل محله فيعتبر البيع الابتدائي كأن لم يكن و ينتج عن ذلك النتائج التالية:

- أن يكون تاريخ البيع هو تاريخ عقد البيع النهائي، إذ لا تنتقل ملكية العقار بمجرد انعقاد العقد النهائي وإنما تمتد إلى غاية شهر عقد البيع في المحافظة العقارية لإنتاج الأثر الناقل للملكية .

1 - محمد حسنين ، المرجع السابق ، ص33 .

2 - المرجع نفسه ، ص48 .

- جواز تعديل شروط البيع الابتدائي من طرف البائع أو المشتري وقت تحرير عقد البيع النهائي ويكون ذلك باتفاقهما، لا يشترط في الموعد له أن يكون كامل الأهلية عند إبرام عقد الوعد بالبيع العقاري غير أنه ابداء الرغبة في إبرام العقد يجب أن تتوفر فيه الأهلية كاملة ، ولا يمكن الحديث عن الغبن العقاري بمجرد انعقاد عقد الوعد فإنه يمكن ذلك بعد انعقاد البيع النهائي العقاري النهائي وذلك بعد توافر شروط الغبن وفقا لما تنص عليه المادة 35 من القانون المدني¹، وهو ما أكدته المحكمة العليا من خلال قرارها المؤرخ في 20-06-2001² وفي قرار اخر صادر بتاريخ 12-09-2000³

ثالثا// جزاء التراجع عن الوعد بالبيع العقاري:

بعد أن يتم انعقاد عقد الوعد بالبيع العقاري صحيحا قد يبدي الموعد له رغبته ونيته في إبرام عقد البيع النهائي في المدة المحددة، كما قد يمتنع الواعد عن إتمام الإجراءات اللازمة لانعقاد البيع بينه وبين الموعد له، كأن يرفض التوجه الى الموثق الى تحرير ورقة رسمية بشأن هذا العقد وهذا من شأنه أن يكون سببا لعدم انعقاد العقد بينهما بفعل اخلال الواعد بالتزامه فالأصل انه إذا كان البائع قد وعد بالبيع وكان هذا الوعد يستوفي جميع الشروط القانونية السابق بيانها بما فيها الأركان الشكلية والموضوعية، فإنه يكون ملزم بتنفيذه فإذا أبدى عدم رغبته في التنفيذ نكون في حالة إخلال الواعد بوعدته⁴.

ويترتب على حالة إخلال الواعد بوعدته فرضيتين، أولهما أن ينكل الواعد عن تنفيذ العقد بفعل الواعد وبدون أي وجه حق، وثانيهما أن يخل بوعدته بسبب قيام الواعد بتصرفه في العقار لشخص

1- استحالة التنفيذ العيني (استحالة إبرام العقد النهائي) :

ويكون ذلك إذا قام الواعد بالتصرف في العقار محل الوعد أثناء مدة الوعد المتفق عليها أو بعد رغبة الموعد له في الشراء وانتقلت ملكية هذا العقار الى الغير بعد القيام بجميع الاجراءات القانونية سيما الشهر.

فيمتنع الواعد في هذه الحالة عن تنفيذ وعد وإبرام العقد النهائي لصالح الموعد له، إذ يصبح تنفيذ الواعد لإلزامه مستحيلا ويكون اللجوء إلى القضاء لأجل حكم يكون مقام العقد في هذه الحالة بدون جدوى ولا يبقى للموعد له في هذه الحالة سوى الرجوع على الواعد بالتعويض

1 - بدري جمال ، المرجع السابق ،ص125 و 126 .

2 - قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية رقم ،24969 صادر بتاريخ20-06-2001 المنشور بالمجلة القضائية، سنة 2002 العدد 01 ص157 .

3 - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 12-09-2000رقم 245195 المنشور بالمجلة القضائية سنة 2001 العدد الاول صفحة 137 .

4 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص127

على أساس الإخلال بإلزام شخص وهو ما كرسته المحكمة العليا من خلال القرار الصادر بتاريخ 2002-01-30 (إذا تصرف الواعد في العقار الموعود به وانتقلت ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية لا يبقى للموعود له سوى دعوى الرجوع على الواعد بالتعويض استنادا إلى أحكام المادة 176 من ق.م.ج.¹، كما يجوز للموعود له أيضا أن يقوم يرفع دعوى ضد الدولة ومطالبته بالتعويض على أساس قيام مسؤولية المحافظ العقاري الذي أهدر حقه المشهر مسبقا في المحافظة العقارية.²

2- امكانية التنفيذ العيني:

وإذا قام الواعد بالإخلال بالتزامه لكن يكون بإمكانه التنفيذ كأن عقد يبرم بيع عرفي على العقار الموعود به فهنا عقد البيع باطل بطلان مطلق ويجوز للموعود له أن يطلب من الواعد إتمام إجراءات البيع النهائي في حالة قبل ذلك ينعقد العقد في قالب رسمي و يشهر بالمحافظة العقارية وتنقل الملكية إلى الموعود له ويكون قد نفذ التزامه عينا .

في حالة رفض الواعد إتمام إجراءات البيع النهائي بينه وبين الموعود له جاز للموعود له أن يلجأ للقضاء المختص وأن يرفع دعوى ضد الواعد من أجل استصدار حكم يقوم مقام العقد طبقا لأحكام المادة 72 من القانون المدني،³ وباعتبار أن عقد الوعد بالبيع العقاري منشئ التزاما شخصيا في ذمة الواعد، يتمثل في التنفيذ العيني لاتفاق المتعاقدين وذلك بإتمام عملية البيع النهائي خلال المدة المحددة لإعلان الرغبة في التعاقد.

فإذا أمتنع الواعد عن تنفيذ ما اتفق عليه دون وجه حق، يكون أمام الموعود له طريق آخر هو اللجوء للقضاء من أجل إجبار الواعد على تنفيذ العقد وذلك باستصدار حكم قضائي من الجهة المختصة (القسم العقاري بالمحكمة) بإلزام الواعد الذي يكون في الحكم مدعى عليه بإتمام عملية البيع النهائي متى تبين للقاضي صحة الوعد بالبيع وثبوت ملكية العقار 5 الموعود به لمالكة أي الواعد.⁴

1- قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 2002-01-30 تحت رقم 258113 المجلة القضائية للمحكمة العليا العدد رقم 02 سنة 2002 ، ص 120 .

2 - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر سنة 2007، ص 133-134 .

3 - بدري جمال ، المرجع السابق، ص 130 .

4 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 200 .

ويقوم هذا الحكم مقام العقد طبقاً للمادة 72 من ق.م. والمادة 171 من ق.م. التي تنص على أنه (في الالتزام بعمل قد يكون حكم القاضي بمثابة سند للتنفيذ إذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام مع مراعاة مقتضيات القانونية والتنظيمية)، وعندما يكون هذا الحكم نهائياً، حائزاً لقوة الأمر المقضي به تعين على الموعود له - وهو الذي تكون له مصلحة - أن يتقدم أمام المحافظة العقارية التي يقع بدائرة اختصاصها العقار محل التصرف، للتأشير بهذا الحكم بمجموعة البطاقات العقارية حتى يولد حقا عينيا عقاريا لفائدته، ويكون حجة على الطرفين وعلى كافة المتعاملين في العقارات وذلك بإخراج ملكية هذا العقار من الواعد ونقلها للموعود له بالشهر، ويولد الحق العيني العقاري بصدور هذا الحكم القضائي وصورته نهائياً.¹

الفرع الثاني: صدور الحكم المثبت لعقد الوعد بالبيع العقاري

بعد تأكد القاضي من ملكية العقار محل الوعد للواعد، يصدر الحكم الذي يقوم مقام العقد وبصدور هذا الحكم وحيازته لقوة الشيء المقضي فيه، يصبح المجال مهيناً لانتقال الملكية للموعود له وذلك بعد شهر هذا الحكم في المحافظة العقارية المختصة إقليمياً.

و بعدها يرد الأثر القانوني المتمثل في نقل ملكية العقار الموعود به للموعود له الذي يصبح مشترياً، و يصبح الواعد بائعاً، و يكون بذلك العقد النهائي قد رتب جميع آثاره بعد إنقضاء الوعد بالبيع العقاري.²

أولاً/رفع دعوى صحة التعاقد:

و يطلق على هذه الدعوى بدعوى صحة و نفاذ عقد البيع و التي يستعملها عادة المشتري للحصول على حكم بثبوت البيع العقاري يقوم مقام العقد و بصدوره وشهره في المحافظة العقارية تنتقل ملكية العقار إليه دون تدخل البائع.

و قد نصت المادة 72 من القانون المدني على أنه إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد و كانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق بالشكلية متوافرة قام مقام العقد .

فعندما يبدي الموعود له رغبته في الشراء العقار الموعود به في المدة المحددة ويرفض الواعد إتمام إجراءات البيع رغم إمكانية التنفيذ العيني يصبح من حق الموعود له في هذه الحالة اللجوء الى القضاء من أجل استصدار حكم يقوم مقام العقد.³

1 - خماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص 201 .

2 - سعدو جمال الدين ، المرجع السابق، 51 .

3 - بدري جمال ، المرجع السابق ، ص 132 .

ويتطلب اللجوء إلى القضاء من استصدار حكم قوي مقام العقد رفع دعوى امام الجهة القضائية المختصة وفقا للشروط والإجراءات المنصوص عليها قانونا كما سبق ذكرها و بعدها تسير الخصومة إلى غاية صدور حكم في الموضوع و قد يتطلب صدور ذلك الحكم مرور زمن قد يقوم الواعد خلاله إلى إهدار حق الموعد له بطريقة ما كان يتصرف فيه بالبيع أو بغيره من التصرفات الأخرى المنقصة لقيمته و هو ما يستدعي التساؤل حول حماية حق الموعد خلال هذه الفترة و عليه فإن الحاجة تدعو إلى حماية هذا الحق منذ رفع الموعد له للدعوى إلى غاية صدور حكم في الموضوع ولن يكون ذلك إلا بشهره لتلك الدعوى في المحافظة العقارية كما يلي:¹

• **ضرورة شهر الدعوى العقارية الخاصة بصحة التعاقد:** إن الواقع التطبيقي المعاش قضائيا يدعو الى ضرورة شهر دعوى الموعد له لأجل اضعاف الحماية القانونية لحقه. فإنه من الناحية القانونية قد يرفض المحافظ العقاري شهر تلك الدعوى نزولا عند مقتضيات المادة 85 من المرسوم 63-76 السالف الذكر ولكن القبول بهذا الوضع قد ينتج عنه ضياع حق الموعد له من تاريخ رفع دعوى صحة التعاقد إلى غاية صدور الحكم الذي يقوم مقام العقد، وهو ما يستدعي تدخل المشرع لحماية مثل هذه الحقوق. فالحاجة الملحة إذ ينص المشرع الجزائي على شهر هذه الدعوى لأنه من تاريخ ذلك الشهر فقط يكتسب حق الموعد له حماية خاصة وذلك إلى غاية صدور الحكم الذي يقوم مقام العقد كما أنه من ذلك التاريخ لا يحتج على الموعد له بالتصرفات التي قد يجريها الواعد على العقار الموعد به إذا تم شهرها بعد شهر دعوى صحة التعاقد فتصرفات الوعد خلال الفترة التي تسبق صدور الحكم النهائي و التي يتم شهرها في المحافظة العقارية بعد شهر الدعوى لا يكون نافذة تجاه الموعد له أي من تاريخ التأشير على دعواه.²

و قد صارت المحكمة العليا في اتجاه معاكس وفصلت في إحدى قراراتها الصادرة بتاريخ 12-12-2013 ملف 0809194 (لا يتطلب القانون شهر عريضة افتتاح دعوى إتمام إجراءات عقد الوعد بالبيع)³، إن حماية حق الموعد له قبل صدور الحكم النهائي يجعل من شهر الدعوى صحة التعاقد أمرا ملحا فمن تاريخ ذلك الشهر يكون الغير على علم بأن العقار محل الوعد هو كذلك محل نزاع أمام القضاء⁴

1 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص202 .

2 - بدري جمال، المرجع السابق ، 136 .

3 - قرار صادر عن الغرفة العقارية بالمحكمة العليا بتاريخ 12-12-2013 ملف 0809194 منشور بمجلة المحكمة العليا، العدد الثاني ،سنة2013 ص337 .

4 - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص126 .

ثانياً// صدور الحكم الذي يقو مقام العقد:

لما يقوم الموعد له برفع دعواه الرامية لاستصدار الحكم الذي سيقوم مقام العقد فإن الجهة القضائية المختصة تقوم بالتأكد من ملكية الواعد للعقار الموعد به ويرجع ذلك إلى أنه لا يمكن أن يكون الحكم الذي سيصدر تنتقل به الملكية إذا تم شهره في المحافظة العقارية مع أن الواعد لا يملكه أصلاً.¹

و كما جاء في حيثيات القرار السابق رقم 258113² ، وعليه فإن القاضي يمنع عليه إصدار حكم يقوم مقام العقد في حالة عدم ثبوت ملكية الواعد للعقار محل الوعد كان يكون قد تصرف في العقار الموعد به و انتقلت ملكيته بفعل الشهر إلى الغير، فإذا رأى القاضي بعد معاينته خلو ملف الدعوى من سند يثبت ملكية الواعد للعقار فيتعين عليه إصدار حكم برفض الدعوى لعدم التأسيس وذلك لاستحالة التنفيذ العيني للعقد.³

أما إذا توافرت كل الشروط و تأكد القاضي من ملف الدعوى كاملاً و أن الواعد مالك للعقار الموعد به فإنه يصدر حكمه الذي يقوم مقام العقد وبصدور هذا الحكم وحيازته لقوة الشيء المقضي فيه يصبح المجال مهيباً أمام انتقال الملكية إلى الموعد له إذا تم مراعاة ما يتطلبه القانون في مثل هذه الحالات وهو الشهر العقاري، فعقد البيع إذا تم بالشروط الموضوعية و الشكلية السابقة ذكرها اعتبر عقد تام ومستقل وقائم بذاته نظراً لما ينتج عنه من آثار قانونية باعتباره تصرف قانوني .

أما إذا كان الوعد بالبيع العقاري غير مشهر لا يرتب سوى التزامات شخصية بين المتعاقدين إذا لم تنفذ عينا تنفذ بطريق التعويض ، فالوعد بالبيع ينشئ في ذمة الواعد التزاماً شخصياً بتحرير عقد البيع النهائي، ونقل ملكية العقار إلى الموعد له فيبقى البائع أو الواعد مالكا للعقار محل الوعد بالبيع، لأن الملكية العقارية لا تنتقل فيما بين المتعاقدين أو الغير إلا بواسطة الشهر في المحافظة العقارية، فإذا انتقلت الملكية للمتصرف إليه لا يعتبر الواعد قد تصرف في ملك الغير بل تصرف فيما يملك.⁴

ويبقى للموعد له أن يطالب الواعد بتعويض وفقاً لأحكام المادة 176 من القانون المدني، نظراً لاستحالة تنفيذ التزامه عينا، و أن المالك تصرف في ملكه خاصة وان الشهر شرط أساسي لنفاذ الوعد بالبيع العقاري وبدون توفر هذا الشرط لا يمكن للقاضي أن يحكم بإتمام إجراءات البيع بناء على وعد بالبيع غير مشهر.⁵

1 - مجيد خلفوني ، المرجع السابق ، ص180 .

2 - قرار صادر عن المحكمة العليا بتاريخ 30-11-2002 المجلة القضائية العدد 2 سنة 2002، ص120.

3 - مجيد خلفوني ، المرجع السابق ، ص180 .

4 - حماد رشيدة ، المرجع السابق ، ص180 .

5 - قرار رقم 223852 مؤرخ في 24/05/2000 مجلة قضائية 2001 عدد 01، ص138 .

الختامة

ختاما لدراستي هذه أتمنى أن أكون قد وفقت في اختيار العناصر التي تناولتها في هذا البحث العلمي المتواضع للإجابة و لو بجزء قليل عن الإشكالية الأساسية التي أثيرت ، وذلك من خلال الإحاطة قدر الإمكان بعدة جوانب نظرية وتطبيقية بصفة خاصة والحلول التي يجدها القاضي في كثير من الأحيان لحل النزاعات العقارية المتعلقة بنقل الملكية العقارية و إثباتها ودوره الفعال في وضع قواعد محكمة لنقل الملكية العقارية مساهمة منه في إرساء السياسة العقارية التي تبناها المشرع الجزائري .

حيث ان نقل الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية يطرح اشكالات قانونية وعملية كثيرة بالنظر إلى حجم المنازعات المطروحة على الجهات القضائية والتي استدعت ضرورة تدخل القاضي دون أدنى شك في كثير من الأحيان من أجل ايجاد الحل الملائم والمناسب للعديد من الحالات والوضعيات الشائكة وذلك من خلال اجتهاده فضلا في النزاعات المعروضة عليه وتطبيقا لمختلف قواعد نقل الملكية العقارية، إذ أن ملكية العقار تعد أهم و أعز حق يملكه الإنسان، و في هذا الصدد فإن حق الملكية بصفة عامة كرسه الدستور الجزائري على غرار باقي الدساتير العالمية وكذا مختلف المعاهدات والاتفاقيات الدولية و العديد من القوانين بما فيها القانون المدني الامر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم باعتباره الشريعة العامة ومجموع النصوص القانونية الأخرى المتعلقة بالعقار منها القانون رقم 90-25 لمتعلق بالتوجيه العقاري و القانون رقم 90-30 المتعلق بالأموال الوطنية و القانون 07-02 المتضمن تأسيس إجراء معاينة حق الملكية وتسليم سندات الملكية عن طريق التحقيق العقاري والقانون رقم 11-04 المحدد لقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية وغيرها من القوانين الأخرى.

و عليه فإن الحقيقة أن أهمية تدخل القاضي ودوره في نقل الملكية العقارية غير منصوص عليه بشكل واضح للعيان في النصوص القانونية سواء العامة أو الخاصة و انما جاء متفرق في عدة نصوص ونفس الشيء بالنسبة للاجتهادات القضائية الصادرة عن قضاة المحكمة العليا و مجلس الدول

إن التشريع وضع مجموعة من الطرق تنقل الملكية العقارية قد تتحقق بواسطة إرادة الأطراف أو بقوة القانون أو بتدخل القاضي في إطار فض النزاعات العقارية المعروضة عليه و التي يثار النزاع عليها أي بواسطة الاحكام القضائية المنشئة أو الكاشفة لنقل الملكية العقارية، والحقيقة أنه لا توجد أحكام قضائية منشئة أو معدلة أو منهيبة لحق عيني أصلي لأن الأحكام هي في الأصل مقررة أو مصرحة للحقوق أ و ناقلة لا منشأة أو معدلة ومنهيبة، غير أنه و مع ذلك توجد أحكام قضائية ناقلة للملكية و الحقوق العينية تنشئ في الحقيقة مراكز قانونية جديدة تنقل ملكية العقار أو الحق العيني، حيث خلصت من خلال الدراسة التي قمت بها في هذا البحث المتواضع المنصب حول "دور القاضي في انتقال الملكية العقارية" إلى العديد من الاستنتاجات والملاحظات والتي استخلصتها من خلال بحثي في الموضوع و قراءتي

لنصوص القانونية المختلفة المتعلقة بال عقار و الاجتهادات القضائية المتعلقة بالموضوع الصادرة عن المحكمة العليا بصفة خاصة وكذا مجلس الدولة والتي ارتأيت تقديمها كالتالي:

النتائج :

- إن القاضي يتدخل في نقل ملكية العقار للموعد له كما نصت عليه المادة 72 من القانون المدني، إذ دوره ظاهر في نقل ملكية العقار للموعد له في حالة نكول الواعد عن البيع ويحل حكمه محل السند الرسمي شريطة أن يكون عقد الوعد بالبيع العقاري قد احترمت فيه أركانه من تحديد كافي للعقار و الثمن و المدة و الرسمية وشهر فإنه يكتسب حجية على عاقيه في هذه الحالة، بالإضافة إلى شرط أن يكون الواعد لم يتصرف في العقار الموعد به إذ القاضي يقوم بحماية الموعد له من تلاعب الواعد فإن كان وان لم هذا الأخير قد تصرف في العقار وكان عقد الوعد بالبيع مشهر تقرر للموعد له التعويض يتصرف الواعد في العقار ألزم من طرف القاضي بإتمام إجراءات البيع النهائي و في حالة الرفض يحل الحكم محل عقد البيع ويشهر بالمحافظة العقارية ويعتبر سند ملكية الموعد له للعقار المباع .

- إن القاضي يتدخل من خلال نقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزداد العلني في بيع العقار في حالات معينة منها الحجز العقاري واستحالة القسمة العينية و بيع أموال القصر، إذ يعتبر حكم رسو المزداد العلني سند لإثبات الملكية بعد شهره في المحافظة العقارية مع الملاحظة أنه لا يشترط في المحافظة العقارية أثناء قيده ذكر أصل الملكية كما هو الحال بالنسبة للعقد الرسمي كون أن العقار المرسي عليه المزداد العلني قد يكون لا يحوز على سند الملكية المشهر ألن المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون الإجراءات المدنية والإدارية أجاز الحجز على العقارات الغير مشهرة كما هو منصوص عليه في المادة 766 منه.

- إن القاضي يقوم بدور آخر كذلك من خلال نقل ملكية العقار إلى الشفيع إذ يتم تثبيت ملكيته بعد ايداع الثمن، كما وقوفه على مختلف الاجراءات التي أوجب القانون على الشفيع القيام بها منها الانذار و سبق الذكر في البحث والمنصوص عليها قانونا في المادة 794 من القانون المدني إذ أن القاضي بإصداره هذه الحكم يعتبر بمثابة موثق إذ تحل إرادته محل إرادة الأطراف ويقوم بتثبيت الشفعة في العقار ونقل ملكيته لصالح الشفيع غير أنه يقع على الشفيع تسجيل العقد وشهره حتى تنتقل له ملكية العقار إذ ترتب آثارها من وقت تسجيل الحكم النهائي في الشهر العقاري و هو ما ينسجم مع الأحكام العامة المتعلقة بانتقال ملكية العقارات منها نص المادة 793 من القانون المدني.

إن دور القاضي في نقل الملكية العقارية يتجسد كذلك من خلال قيامه ب نقل ملكية العقار إلى الحائز عن طريق التقادم المكسب وتدخله في تثبيت ملكية عن طريق التقادم المكسب بعد قيامه بالتحقيق القضائي اللازم في إثبات الحيازة وشروطها و أركانها ومدتها للحائز للعقار وهذا بعد

سماع الشهود والملاك المجاورين واعداد الخبرات اللازمة المثبتة لساحة العقار و حدوده من جمع المعلومات اللازمة ووضع المخططات البيانية للعقار محل الحيابة.

أخيرا يمكن القول أن الهدف من خلال هذا البحث المتواضع هو تسليط الضوء على نظرة القاضي إلى كيفية نقل الملكية العقارية الخاصة في الأراضى غير الممسوحة والتي لا يحوز مالكةا سندات رسمية تثبت ملكيتهم من جهة ونقل الملكية العقارية في الاراضى الممسوحة أي كيف يشارك القاضي في حماية الملكية العقارية بصفة عامة والملكية العقارية الخاصة بصفة خاصة من خلال ضمان نقلها لمالكها بموجب سند رسمي على اعتبار أن العقار سواء كان ملكا للخواص أو ملكا عاما فهو متعدد الوظائف فحتى الطابع الجمالي للعقار يلعب دورا أساسيا في رسم صورة الدولة المتحضرة والمتقدمة، وال يسع للقاضي أن يحيط علما بكل الوظائف والأدوار الأساسية التي يلعبها العقار في إطار التنمية المستدامة حتى يتم الفهم الصحيح و تتوحد النظرة إلى السياسية العقارية بالجزائر .

قائمة المصادر و المراجع

أولاً// النصوص القانونية

1. القانون 84-11، المؤرخ في 09 جوان سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، جريدة رسمية، عدد 24، صادرة في 22 جوان سنة 1984 المعدل والمتمم
2. قانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 المتضمن التوجيه العقاري المعدل و المتمم المنشور في الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 18-11-1990 العدد 40 .
3. قانون 90-25 المؤرخ في 18-11-1990 المتضمن قانون التوجيه العقاري الصادر في الجريدة الرسمية، العدد 49 سنة 1990 المعدل و المتمم بالامر رقم 95-26 المؤرخ في 26-09-1995 الجريدة الرسمية العدد 55
4. القانون رقم ،91-11 المؤرخ في 27-04-1991 المتعلق بالاقواق المنشور بالجريدة الرسمية، لسنة 1991، رقم ،21.
5. القانون 08-09 المؤرخ 25 فبراير 2008 المتضمن القانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، جريدة الرسمية عدد 21 صادر 23 افريل 2008
6. أمر 75-74 المؤرخ في 12-11-1975 المتضمن اعداد مسح الاراضي العام وتأسيس السجل العقاري الجريدة الرسمية العدد 92 المؤرخة في 18-11-1975
7. أمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1398 الموافق 26 سبتمبر ،1975 يضمن القانون المدني ، ج ر عدد ،78 صادر في ،30-09-1975 المعدل و المتمم بموجب قانون رقم 88-14 مؤرخ في 03-05-1988 ج ر عدد 18 صادر في 04-05-1988
8. مرسوم رقم ،76-63 يتضمن تسجيل السجل العقاري، المؤرخ في ،25-03-1976 المعدل و المتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم ،93-123 مؤرخ في ،19-05-1993 ج ر عدد ،34 الصادرة في 23-05-1993

ثانياً// الكتب و المؤلفات العامة

9. احمد هندي ،احمد خليل قانون التنفيذ الجبري، دار المطبوعات الجامعية ،1999
10. احمد خالدي، الشفعة بين الشريعة الاسلامية والقانون المدني الجزائري على ضوء اجتهاد المحكمة العليا ومجلس الدولة، دار هومة، الطبعة الثالثة، سنة 2013
11. أحمد لعور ونبيل صقر، القانون المدني نصا وتطبيقا طبقا لأحدث التعديلات بالقانون ،03/07 د.ط، دار الهدى، الجزائر

12. احمد دغيش، حق الشفعة في التشريع الجزائري، دار هومة، الطبعة الثانية، سنة 2013
13. بدري جمال ، الوعد بالبيع العقاري على ضوء التشريع و القضاء الجزائري، دار هومة، طبعة، 2013
14. بلقاسمي نورالدين ، حجز وبيع العقارات والحقوق العينية العقارية في النظام القانوني الجزائري دراسة نظرية و تطبيقية
15. جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في القضاء المدني قرارات المحكمة العليا الجزء الثالث، الطبعة الأولى
16. جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، طبعة سنة 2006
17. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء احدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا، دار طبعة جديدة مزيدة باحدث القرارات الى غاية 2012
18. حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة عقد الشهرة شهادة الحيازة، دار هومة، طبعة سنة، 2004
19. حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الاحكام، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2002
20. حمدي باشا ، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، دار الهومة ، طبعة 2009
21. حمدي باشا، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الطبعة 2009
22. حمدي باشا عمر، آليات تطهير الملكية العقارية الخاصة ، دار هومة، الطبعة الثالثة، 2015
23. خليل احمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، ج، 4 ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000
24. سي يوسف زاهية ، عقد البيع، ط، 4 دار الامل، سنة 2000
25. سليمان ، البيوع العقارية الجبرية القضائية ، دار الهومة للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر، سنة 2015
26. عبد الرحمن ، طرق التنفيذ ، دار بغدادى للطباعة و النشر و التوزيع ، الجزائر سنة 2009
27. عبد المنعم فرج الصدة ، اسباب اكتساب الملكية ، الحيازة ، جامعة الدول العربية ، معهد الدراسات العالمية ، القاهرة ، سنة 1964

28. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني اسباب كسب الملكية، الجزء 2، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان
29. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، عقد البيع و المقايضة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 1986
30. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، (أسباب كسب الملكية)، الجزء التاسع، دار النهضة العربية ، القاهرة مصر، 1986
31. عبد المنعم البدر اوي، الحقوق العينية الاصلية ، الملكية و الحقوق المنفرعة عنها و أسباب كسبها ، الطبعة الثانية ، مطابع دار الكتاب العربي، القاهرة، 1968
32. عدلي امير خالد، اكتساب الملكية العقارية بالحيازة في الفقه الاسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، كلية الحقوق الاسكندرية، سنة 2007
33. محمدي فريدة، الحيازة والتقدم المكسب، ديوان المطبوعات الجماعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، طبعة 2000
34. محمود خليل، أحكام الشفعة فقه وقضاء، د.ط، منشأة المعارف بالاسكندرية، القاهرة، بدون سنة النشر
35. رمضان أبو السعود، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2002
36. هني جوهر، الحيازة فقه و تطبيقا، دار الهدى للطباعة و النشر، طبعة 2015

ثالثا// الاطروحات و المذكرات الجامعية

37. أبو عمرو نادية .عماروشن سو هيلة، اكتساب العقارات عن طريق التقدم المكسب في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص القانون العقاري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، سنة 2018
38. بداوي عبد العزيز، الحجز العقاري في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع الإدارة و المالية كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008
39. بلقاسم محمد أمين، أحكام البيع بالمزاد العلني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مذكرة تخري لنيل شهادة الماستر كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، جامعة البويرة، سنة 2014
40. جبار جميلة، نظام الشفعة في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة بين القانون المدني و التشريعات الخاصة، مقال منشور بمجلة المحكمة العليا، عدد خاص، طبعة ثانية، الجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثالث، سنة 2010

41. حاشي زهيرو نين نبيلة، البيوع العقارية الخاصة، فيظل قانون الاجراءات المدنية و لإدارية ، مذكرة نيل شهادة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية تخصص قانون عقاري ، جامعة الشهيد حمه لخضر سنة 2017
42. حماد رشيدة ، دور القاضي في نقل الملكية العقارية ، اطروحة للحصول على شهادة الدكتوراه الطور الثالث ،كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم القانون الخاص، جامعة بلعباس ،2020
43. حمدود خولة، الشفعة في القانون الجزائري ،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص ادارة عامة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم ،سنة 2019
44. حيرش نور الدين ،بيع العقارات المشهورة وفق قانون الاجراءات المدنية والإدارية ،رسالة نيل شهادة الدكتوراه في القانون الاجرائي ،جامعة مستغانم ،السنة الجامعية 2015
45. خماج نبيل ، الحجز التنفيذي على العقارات و الحقوق العينية العقارية المشهورة و غير المشهورة ،مذكرة تخري لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، سنة 2010
46. سعدو جمال الدين ،الوعد بالبيع العقاري في التشريع الجزائري ،مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق شعبة قانون الاعمال ، تخصص القانون العقاري،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية ،سنة 2015
47. سليمان مصطفي، يوسف جلول، الحيازة كسبب لكسب الملكية العقارية الخاصة، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون العقاري، جامعة أدرار، سنة 2014
48. ضيف احمد ، اكتساب الملكية العقارية بالتقادم في ضوء مستجدات القانون الجزائري ،اطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان ، سنة 2016
49. طالب اعمارة ، اجراءات البيع بالمزاد العلني العقاري و اثاره في التشريع الجزائري ،مذكرة تخرج تدخل ضمن متطلبات الحصول على شهادة الماستر ، كلية الحقوق قسم القانون الخاص تخصص قانون اعمال ، جامعة الوادي،سنة 2018
50. طالبي ياسمين و اهروش كهينة، البيع العقاري، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، سنة 2012
51. عزوق صونية و عبد الحق كهينة ، بسع العقار المحجوز في المزاد العلني ، مذكرة شهادة الماستر في الحقوق قانون خاص ، كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة بجاية 2016
52. محمودي فاطمة الزهراء، انتقال الملكية العقارية في التشريع الجزائري ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص جامعة سيدي بلعباس السنة الجامعية 2012
53. مناد نعيمة، مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر في الحقوق ،تخصص قانون خاص معمق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مستغانم ،سنة 2014

54. موساوي رضوان، الشفعة في القانون الجزائري، مذكرة للحصول شهادة المدرسة العليا للقضاء، دفعة سبعة عشر لسنة 2009

55. ميسون زهوين، اكتساب الملكية العقارية الخاصة عن طريق الحيازة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير كلية الحقوق ، جامعة الاخوة منتوري قسنطينة، سنة 2007

رابعاً//المجلات القضائية

56. المجلة قضائية لسنة عدد 01 1990
57. المجلة القضائية العدد 03 سنة 1992
58. المجلة قضائية عدد 01 سنة 1994
59. مجلة قانونية عدد رقم 02 سنة 1994
60. المجلة القضائية العدد 01 سنة 1995
61. المجلة القضائية العدد 01 سنة 1997
62. المجلة القضائية العدد 02 سنة 1997
63. المجلة القضائية العدد 02 سنة 1998
64. المجلة القضائية العدد 01 سنة 1999
65. المجلة القضائية، العدد ،02 مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، 1999،
66. مجلة المحكمة العليا لسنة 2000
67. المجلة القضائية لسنة 2000.
68. المجلة القضائية، قسم الوثائق بالمحكمة العليا، العدد 01 لسنة ،2000
69. المجلة القضائية العدد 01 سنة ،2001
70. المجلة القضائية، العدد 01 سنة 2002
71. المجلة القضائية العدد 2 سنة ،2002
72. المجلة القضائية العدد 01 سنة 2003
73. مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الاول قسم الوثائق سنة ،2004
74. مجلة الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية الجزء الثاني قسم الوثائق 2004
75. مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق، عدد 02 لسنة ،2004
76. مجلة المحكمة العليا قسم الوثائق العدد 02 سنة ،2006
77. المجلة القضائية ،العدد 01 سنة 2008
78. مجلة المحكمة العليا العدد 01 سنة 2008
79. مجلة المحكمة العليا عدد 2 لسنة 2008
80. مجلة المحكمة العليا عدد خاص الغرفة العقارية ، الجزء الثالث سنة 2010
81. مجلة القضائية، العدد ،01 مجلة تصدر عن قسم الوثائق بالمحكمة العليا، سنة 2012
82. مجلة المحكمة العليا، العدد 02 سنة 2013
83. مجلة المحكمة العليا، العدد 02 سنة 2014

الفهرس

1	المقدمة
5	الفصل الاول
7	المبحث الاول: امر القاضي بالبيع بالمزاد العلني :
7	المطلب الاول : اجراءات التحضيرية لجلسة البيع بالمزاد العلني العقاري
8	الفرع الاول : اعداد قائمة شروط البيع
15	الفرع الثاني : ايداع قائمة شروط البيع و الاعتراض عليها :
20	المطلب الثاني : اجراءات المزايمة العلنية و حكم القاضي برسو المزاد :
20	الفرع الاول : تحديد جلسة البيع و اجراءات سيرها:
27	الفرع الثاني : حكم القاضي برسو المزاد العلني :
31	المبحث الثاني : حكم القاضي بتثبيت الشفعة في العقار :
31	المطلب الاول : الاخذ بالشفعة :
32	الفرع الاول: شروط الاخذ بالشفعة :
42	الفرع الثاني : ترتيب الشفاء عند تعددهم :
43	المطلب الثاني: اجراءات الشفعة و صدور الحكم القاضي بتثبيتها :
43	الفرع الاول : الاجراءات القانونية للاخذ بحق الشفعة :
51	الفرع الثاني : دعوى الشفعة و حكم القاضي بتثبيتها للشفيع :
57	الفصل الثاني
59	المبحث الأول: حكم القاضي بالكسب عن طريق التقادم
60	المطلب الاول : الشروط العامة للتقادم المكسب للملكية
60	الفرع الاول: شرط الحيابة
69	الفرع الثاني : شرط المدة :
74	المطلب الثاني: الشروط الخاصة و دعوى التقادم المكسب :
74	الفرع الاول : الشروط الخاصة بالتقادم المكسب :
80	الفرع الثاني : رفع دعوى التقادم المكسب

85	المبحث الثاني : تثبيت القاضي للوعد بالبيع العقاري:
85	المطلب الأول: الشروط اللازمة لإبرام عقد الوعد بالبيع العقاري :
85	الفرع الأول: الشروط الموضوعية للوعد بالبيع العقاري:
92	الفرع الثاني: الشروط الشكلية للوعد بالبيع العقاري:
97	المطلب الثاني :أثار الوعد بالبيع العقاري و صدور الحكم المثبت للعقد:
97	الفرع الأول: السير نحو آثار الوعد بالبيع العقاري :
104	الفرع الثاني: صدور الحكم المثبت لعقد الوعد بالبيع العقاري
107	الخاتمة
111	قائمة المصادر و المراجع

ملخص مذكرة الماستر

إن نقل الملكية العقارية لا يتم دائما عن طريق التصرف القانوني أو الواقعة المادية فقط ، لأن الواقع الميداني اثبت أن هاتين الأليتان غير كافيتان لتغطية ذلك أمام كثرة النزاعات المطروحة على الجهات القضائية، ومن أجل ذلك فإنه يعتبر الحكم القضائي الذي يصدره القاضي فصلا في المنازعات العقارية المعروضة عليه في بعض الحالات بمثابة سند ناقل للملكية العقارية مثله مثل العقد الرسمي و ذلك من خلال الدور الذي يقوم به القاضي ومساهمته الفعالة في نقله للملكية العقارية، ومن بين هذه الأحكام القضائية التي يصدرها القاضي وتصلح سندا لنقل الملكية العقارية، هناك الحكم القضائي القاضي برسو المزداد العلني في العقار و الحكم القضائي المثبت للشفعة في العقار وهناك الحكم القضائي المثبت للملكية عن طريق التقادم المكسب و الحكم القضائي المثبت للوعد للبيع العقاري بعد نكول الواعد، فهذه الأحكام القضائية كلها إذن تعتبر ناقلة للملكية العقارية، اذ تحل محل العقد الرسمي في نقل الملكية العقارية.

الكلمات المفتاحية:

1/ القاضي 2/ الجهات القضائية 3/ الاحكام القضائية 4/العقار 5/ الملكية العقارية

Abstract of Master's Thesis

The transfer of real estate ownership does not always take place through legal disposition or material fact only, because the field reality has proven that these two mechanisms are not sufficient to cover that in the face of the large number of disputes presented to the judicial authorities, and for that reason, it is considered the judicial ruling issued by the judge as a ruling in the presented real estate disputes. In some cases, it serves as a transfer document for real estate ownership, similar to the official contract, through the role played by the judge and his effective contribution to the transfer of real estate ownership. In real estate and the judicial ruling establishing pre-emption in real estate, there is the judicial ruling establishing ownership through statute of limitations and the judicial ruling establishing the promise for real estate sale after the promising refusal, so all of these judicial rulings are then considered a transfer of real estate ownership, as it replaces the official contract in the transfer of real estate ownership

.Keywords:

1/ the judge 2/Judicial authorities 3/ Judicial decisions 4/ real estate
5/ Real estate property