



الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة زيان عاشور الجلفة
كلية الحقوق والعلوم السياسية

أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث

الشعبة : حقوق

التخصص : قانون عقاري

العنوان :

مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

من إعداد :

بن قدور آمال

نوقشت بتاريخ 2023/05/11، من طرف اللجنة المكونة من :

الصفة	الجامعة الأصلية	الرتبة العلمية	الإسم واللقب
رئيسا	جامعة الجلفة	أستاذ	منصور داود
مشرفا ومقررا	جامعة الجلفة	أستاذة	عسالي صباح
مشرفا مساعدا	جامعة الجلفة	أستاذة	خلدون عيشة
مدعوا	جامعة الجلفة	أستاذة	فيرم فطيمة الزهرة
ممتحنا	جامعة الجلفة	أستاذة محاضرة أ	فصيح خضرة
ممتحنا	جامعة سطيف 2	أستاذ محاضر أ	بونوة محمد
ممتحنا	جامعة بومرداس	أستاذة محاضرة أ	عبد اللالي سميرة

السنة الجامعية : 2022-2023 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت

وإليه أنيب"

الآية رقم 88 من سورة هود

الإهداء

إلى قلبي ، أمي و أبي...

بل قدوتي...

بل قوتي...

بل سندي...

وإذا ذكرت خصالهما ...

من أي فضل أبتدي...

ما جاد لي من دونهما أحد...

من بداية مولدي...

حسبي نعيمان في حياتي...

أن هذان أمي و أبي ..

رحمهما الله وأسكنهما فسيح جناته

أنوي هذا العمل صدقة جارية تضاف إلى صحائف حسناتهما

آمال بن قدور

شكر و عرفان

الحمد لله الذي يسر لنا دروب المعرفة و أعاننا بالصبر فكان العلم غاية
و العمل وسيلة، فشكرا للمولى العلي التقدير الذي هداني بنوره،
و أعانني بفضله على إتمام هاته الأطروحة،
وأصلي على الحبيب المصطفى عليه أفضل الصلاة و أزكى السلام ،
كما ليسعني إلا أن أتقدم بجزيل شكري وعظيم إمتناني للمشرفة على هذا العمل
الأستاذة: عسالي صباح،

معترفة لها بالجميل عما أسدته لي من نصائح و إرشادات و توجيهات مفيدة،
و في الوقت ذاته ليسعني إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل و التقدير الكامل لجميع
الأساتذة بكلية الحقوق و العلوم السياسية بجامعة زيان عاشور الجلفة،

وبشكل خاص إلى أعضاء لجنة المناقشة

وكل من ساعدني من بعيد أو من قريب

فإلى هؤلاء جميعا شكرا جزيلاً.

أمال بن قدور

قائمة أهم الإختصارات العربية والفرنسية

Liste des abbreviations

ج.ر	=	الجريدة الرسمية
ص	=	صفحة
ق.م.ج	=	القانون المدني الجزائري
ق.إ.م.إ	=	قانون الإجراءات المدنية والإدارية
ق.أ.ج	=	قانون الأسرة الجزائري
ق.م.ف	=	قانون المدني الفرنسي
ق.م.م	=	القانون المدني المصري
ق.م.أ	=	القانون المدني الأردني
ق.إ.م.ف	=	قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

a	=	article
cass.avis	=	avis de la cour de cassation
cass	=	cour de cassation
ibid	=	ibidem
op.cit	=	opera citato, ouvrage déjà cité
p	=	page
vol	=	volume
n	=	numero

مقدمة

إن مبدأ حسن النية، يعد من المبادئ ذات الأهمية البالغة ليس في مجال القانون المدني وحده وإنما في سائر فروع القانون الأخرى، حيث أنه يشتمل على مجموعة من المقتضيات الأساسية والمبادئ الفرعية المنبثقة عنه، والتي إلى حد ما تعتبر ثابتة في مجال التصرفات القانونية على إختلاف أنواعها وطبيعتها القانونية التي تختلف من تصرف قانوني لآخر.

ومبدأ حسن النية هو مبدأ قديم يضرب بجذوره في أعماق التاريخ، وتعتبر الشريعة الإسلامية الأساس الأول لهذا المبدأ، فيعتبر حسن النية ضمنها روح كل الأعمال، لقوله صلى الله عليه وسلم { إنما الأعمال بالنيات }¹، كما أن القرآن الكريم تضمن العديد من مقتضيات المبدأ في العديد من الآيات القرآنية كقوله تعالى { إن الله يأمر بالعدل والإحسان } صدق الله العظيم²، وقوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود } صدق الله العظيم³، وقوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } صدق الله العظيم⁴، وقوله تعالى { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها } صدق الله العظيم⁵، و قوله تعالى { وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون }⁶ صدق الله العظيم، وكذا قوله تعالى { إن الله يأمركم بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون }⁷ صدق الله العظيم.

فيظهر من خلال هذه الآيات الكريمة وغيرها من الآيات، أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالالتزام بحدود مبدأ حسن النية في المعاملات، فهو عندما يأمر بالعدل والإحسان والوفاء والأمانة والتعاون والإخلاص، فهو بذلك يأمر بصفة مباشرة بالالتزام المبدأ، عبر كل

¹ حديث صحيح متفق عليه، أخرجه البخاري ومسلم في الصحيحين، وهو من أحاديث الآحاد، لعدم رواية الحديث إلا عن طريق عمر بن الخطاب رضي الله عنه، فلم يصل حد التواتر.

² سورة النحل، الآية 90.

³ سورة المائدة، الآية 01.

⁴ سورة النساء، الآية 29.

⁵ سورة النساء، الآية 58.

⁶ سورة البقرة، الآية 280.

⁷ سورة النحل ، الآية 90

هذه القيم التي تمثل مظاهر حسن النية في تكوين وتنفيذ التصرفات،¹ ومنه فإن الفقه الإسلامي يعتبر المصدر الأول لتنفيذ التصرفات والمعاملات بحسن نية.²

ففي الشريعة الإسلامية يرتبط مبدأ حسن النية بالأخلاق هاته الأخيرة والتي تعتبر جزء لا يتجزأ من قواعدها ، فحسن النية ضمنها يعتبر أساسا لكافة التصرفات وهو لا يقتصر تجسيده بمرحلة معينة من مراحل التصرف وإنما يمتد ليشمل جميع مراحلها.

ومبدأ حسن النية هو مبدأ متعارف عليه أيضا في المجتمعات القديمة، فترجع أصوله إلى القانون الروماني فيعود أصل تسميته من الناحية اللغوية إلى مصطلح bona fides ، وكان المبدأ خلال هاته الفترة ذا مدلول ديني أخلاقي دون أن يكون له أي أساس قانوني.

ومبدأ حسن النية في القانون الروماني كان يحمل ثلاث معان، المعنى الأول يقصد به الجهل أو الخطأ، أما المعنى الثاني فيقصد به عكس الغش والخداع، أما المعنى الثالث فهو يرى أن المبدأ يشكل مبدءا قانونيا له كيانه وأصوله الخاصة به³، حيث أن الفقيه شيشرون Marcus Tullius Cicero⁴ يعتبر المفكر الذي أعطى لمبدأ حسن النية تفسيرا في القانون الروماني، حيث جسده في الوفاء بالعهد وفي السلوك الحسن للرجل النزيه.⁵

فحسن النية في القانون الروماني ظهر كقاعدة دينية أخلاقية ليتحول مع مرور الزمن ليصبح قاعدة قانونية، حيث أن المبدأ في ظل القوانين القديمة لم يكن شرطا ضروريا عند إبرام أي إتفاق ، بل كان مجرد التزام أخلاقي لا غير.⁶

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، حسن النية وأثرها في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 01، سنة 2004، ص 100.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2006، ص(ن).

³ - نفس المرجع، ص (م ، ن).

⁴ - يعتبر كاتب روماني وخطيب في روما القديمة، ولد سنة 106 ق م ، ويعتبر صاحب إنتاج ضخم يعتبر نموذجا مرجعيا، المصدر الموقع الإلكتروني ويكيبيديا، ar.m.wikipedia.org ، تاريخ الإطلاع : 2021/11/27، ساعة الإطلاع 19:20 .

⁵ - Milan A , études de droit romain public et privé, Guiffre editore, 1966, vol 01, p 260,261.

⁶ - فاطة الزهراء زيتوني، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2018/2017، ص 07.

ومبدأ حسن النية في تطوره إرتبط بدور الإرادة في التصرفات القانونية، فكانت عبارة حسن النية تطلق على العقود التي يتحتم أن تراعى فيها النوايا والثقة، حيث ظهرت العقود الجديدة إلى جانب العقود الشكلية والتي كانت تسمى عقود حسن النية، في حين سميت العقود الشكلية بعقود القانون الضيق.¹

وفي العصور الوسطى، أصبح حسن النية عنصرا مرادفا للتراضي في العقود بتشبيهه للعدالة، حيث طبعت الأخلاق مختلف التصرفات القانونية، فأخذت الدول الغربية بهذا المبدأ وتم الإعتراف به و تقنينه إبتداء من القرن 19 من طرف القانون الفرنسي لسنة 1804، والذي سادته أحكام القانون الطبيعي، فإنطلاقا من ظهور الرضائية وبفضل النظرية الحديثة للسبب والتي أعطت دفعا للبواعث والنيات، أصبح دور عظيم لمكانة النية في التصرفات القانونية.²

ومنه إهتم القانون الفرنسي بتكريس مبدأ حسن النية في التصرف خلال مرحلة التنفيذ وذلك بموجب نص المادة 1134 ق م ف، إلا أن المشرع الفرنسي تجاوز ذلك واتجه سنة 2016 إلى الإعتراف بمبدأ حسن النية بنطاق أوسع وأشمل للإلتزام، من خلال نص المادة 1104 والتي أكدت على وجوب أن يشمل المبدأ جميع مراحل التصرف من المفاوضات إلى التنفيذ.

كما أكد إصلاح القانون المدني الفرنسي على النص على الإلتزام العام بالإعلام من خلال نص المادة 01/1112 ق م ف، والذي يعتبر إلتزاما من الإلتزامات المفروضة خلال مرحلة المفاوضات، كما أن الإلتزام العام بالإعلام يعتبر إلتزاما ثانويا من الإلتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية، على إعتبار أنه يعد من بين المقترضات الأساسية لمبدأ حسن النية، ومنه فإن عدم الإلتزام القبلي به يعتبر من قبيل مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية، ومنه ينتج عن ذلك البطلان المطلق للعقد لتخلف شرط أساسي من شروطه.

¹ - فاطمة الزهراء زيتوني ، المرجع السابق، ص 09.

² - فريدة لجان ، مبدأ حسن النية في الإنعقاد، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2008/2009، ص 04.

أما المشرع الجزائري فقد إستمد مبدأ حسن النية من القانون المدني الفرنسي، ونص عليه صراحة وضمنا، وقد ربطه في العديد من المرات بالباعث، فإعتبر أن إلتزام المتعاقد لسبب غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب العامة، يجعل من العقد باطلا.

والمشرع الجزائري على الرغم من أنه لم يجعل من المبدأ مبدء عاما يغطي جميع مراحل التصرف أو العقد، إلا أن العديد من التطبيقات وخاصة في مجال التصرفات العقارية تؤكد وجوده عبر جميع المراحل التي يمر بها إبرام التصرف، كونه من المبادئ الأساسية والتي تهدف بالدرجة الأولى لتحقيق التوازن في الإلتزامات بين جميع أطراف التصرف، إضافة إلى أنه من المبادئ التي تحقق العدالة والإستقرار في المعاملات.

ومبدأ حسن النية يعتبر مبدءا قانونيا عاما، خاصة وأن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصرا، وهو بهذا الأساس يمكن أن يتم تكريسه من طرف القضاء دون حاجة إلى تدخل المشرع، كما يقول البعض " إن مبدأ حسن النية هو في الحقيقة وعلى غرار المبادئ القانونية الأخرى من إستنباط القضاء، ويستمد أساسه من سلطة القاضي".¹

ومبدأ حسن النية على إعتباره مبدءا قانونيا عاما، يفترض تواجده في جميع التصرفات القانونية، على إعتبار أن حسن النية من المضامين المرادفة للنزاهة والأمانة، والتي تهدف بالدرجة الأولى إلى تنظيم المعاملات القانونية بين جميع أفراد المجتمع الواحد، وهذا ما يؤدي إلى إختلاف مفهوم حسن النية من تصرف قانوني لآخر، فحسن النية في التصرفات التجارية ليس كحسن النية في التصرفات المدنية، هاته الأخيرة والتي بدورها يختلف مضمون حسن النية ضمنها بإختلاف نوع التصرف، والتي يعتبر التصرف العقاري أهمها، والذي يمكن تعريفه على أنه ذلك التصرف القانوني الوارد على العقارات، وهو يرتبط بإستعمال العقار أو إستغلاله أو التصرف فيه.

كما أنه ذلك التصرف القانوني الذي يفرض مزايا وسلطات مباشرة على الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية، وهو أيضا ذلك التصرف القانوني الوارد على عقار أو حق عيني مرتبط به، والذي خصه القانون بشروط وإجراءات خاصة كالرسمية في العقود، وكذا الشهر والتسجيل.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 94، 95.

و مبدأ حسن النية يحتل مكانة هامة في التصرفات العقارية، هاته المكانة والتي تهدف إلى حماية المالك و الحائز و الغير وكل من له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالعقار أو الحق العيني المرتبط به، فحسن النية مثلا يعتبر عنصرا مؤثرا على الملكية العقارية بصفة واضحة، ويظهر لنا ذلك من خلال إمكانية إكتساب العقارات عن طريق التقادم المكسب والذي يستمد قوته من خلال مدى توافر حسن النية في الحائز.

فالتصرفات العقارية على إعتبار أنها تعد أكثر التصرفات القانونية شيوعا، على إعتبار أن العقار يعتبر من المصادر المتجددة للثروة، كما أنه أساس الحياة في المجتمع، لإعتباره من أحد مصادر التنمية الاقتصادية للدول، فهو من أهم الأشياء التي يملكها الأشخاص، كما أنه من أخطر ما يمكن التعامل فيه، ومنه يفترض أن تقوم جميع التصرفات القانونية المرتبطة به، وعلى إختلاف أنواعها ومهما كانت طبيعتها على وجوب توافر حسن النية في التعامل، والذي يقوم على الأمانة والنزاهة وعدم الغش أو الإحتيال.

ولقد إعتنى المشرع الجزائري بهذه التصرفات، وسن العديد من النصوص القانونية في هذا الشأن، والتي تهتم بتنظيمها وفقا لما يتطلبه إستقرار المعاملات العقارية في المجتمع، وتحقيق التوازن في هذا النوع الخاص من التصرفات، فأوجب المشرع في إطار ذلك وجوب إخضاع التصرفات العقارية للرسمية، والتي قد تظهر لنا على أنها قيد على مبدأ حسن النية على إعتبار أن هذا المبدأ يرتبط بالإرادة، والشكلية تعد قيدا على هذه الإرادة، إلا أن الشكلية في التصرفات العقارية تتضمن العديد من المقتضيات التي تؤكد إرتباطها بمبدأ حسن النية، فهي تهدف لبعث الطمأنينة والثقة في المتعاملين ، كما أنها كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه، ومبدأ حسن النية عموما نجده مجسد ضمنا عبر جميع المراحل التي يمر بها إبرام التصرف، بدءا من مرحلة التفاوض إلى مرحلة التنفيذ، وحتى في حالة التنفيذ في الحالات الإستثنائية فنجد تطبيق لنظرية الظروف الطارئة، وكذا إدخال المرونة على الشرط الجزائي أو تخفيضه، إضافة لنظرية الميسرة، كونه يهدف لتحقيق العدل والإنصاف وتحقيق التوازن.

والمشرع الجزائري في التصرفات العقارية أولى عناية كبيرة بأطراف التصرف وكذا الغير ذوي النية الحسنة، فأعطى مبدأ حسن النية حماية قانونية لأطراف التصرف والغير، فأوجب القيام بعملية تسجيل المعاملات العقارية بمفتشية التسجيل والطابع، وذلك بغرض

تحصيل الرسوم الضريبية لصالح خزينة الدولة لتقادي الغش والتهرب، إلا أن عملية التسجيل لا ينجح عنها إلا نشأة حق شخصي فقط، ومنه وجب القيام بعملية الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية، و التي تعتبر من الضمانات الأساسية لحفظ وحماية حقوق كل من له علاقة بالعقار أو الحق العيني وفقا لما يتطلبه حسن النية، إضافة إلى دعمها للإئتمان في التصرفات العقارية، كما أن الشهر العقاري يمنح التصرفات المشهورة القوة والحجية في مواجهة الغير، هذا الأخير الذي منحه القانون حماية خاصة جدا في هذه التصرفات، وذلك بالنظر إلى حسن أو سوء نيته.

فالقانون إهتم بحماية كل من ليس طرفا في التصرف العقاري، والحماية المقررة للغير حسن النية هي تلك الحماية التي تكون في مواجهة صاحب الحق الأصلي، هذا الأخير الذي إكتسبه الغير حسن النية .

كما أن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يتمتع بحماية قضائية خاصة، و التي تتمثل في ذلك الحق القانوني المكفول لكل من تضرر من ذلك التصرف العقاري، سواء المتصرف، الغير وكذا الدولة، وكل من له علاقة بذلك التعامل العقاري والذي يتعارض وحسن النية.

ويظهر ذلك من خلال الدعاوى القضائية سواء المرتبطة بالتعويض نتيجة للمسؤولية التقصيرية الناجمة عن الأضرار التي تصيب الأشخاص نتيجة للتصرف العقاري، أو من خلال الدعاوى القضائية المرتبطة بالضمان، إضافة إلى دعاوى الفسخ وبطلان التصرفات العقارية.

فيعتبر الإلتزام بالضمان سواء ضمان عدم التعرض، أو الإستحقاق، أو ضمان العيوب الخفية من أهم الإلتزامات التي ترتبط بحسن أو سوء النية، وتعتبر مظهر من مظاهره خصوصا في التصرفات التي يكون محلها عقارا نظرا لأهمية العقار في المجتمع، كعقد البيع أو الجار، فالأصل في الضمان أنه يجوز الاتفاق على تعديل أحكامه متى كان صادرا عن حسن نية، إلا أن الحكم القضائي وكذا سلطة القاضي التقديرية تختلف متى كان المتعاقد سيء النية يهدف من وراء تصرفه إلى الغش والتحايل.

كما أقر المشرع دعوى الفسخ و دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تهدف لتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف والغير أيضا، كما أنهما يجسدان حماية فعلية قانونية لهذا المبدأ، عن طريق إقرار العديد من الحقوق.

أهمية الدراسة :

إن دراسة مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يحتل أهمية كبيرة، خصوصا وأن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تكريس هذا المبدأ ضمن هذا النوع الخاص من التصرفات القانونية، كون أنه في يفترض في التصرفات العقارية أن تتسم بالإستقرار، إضافة إلى وجوب ضمان سلامتها وحسن إبرامها وتنفيذها، فمشتري عقار يجب أن يطمئن إلى أن البائع يملك العقار كما أنه حسن النية، فإذا كان محل التصرف متقلا بعبء أو تكليف ينقص من قيمته وجب على المتصرف إخطار المتصرف الآخر، وذلك تجسيدا لمقتضيات مبدأ حسن النية.

ففي التصرفات العقارية قد يبدو لنا أن مبدأ حسن النية ضمنها وسيلة لغصب الحقوق باسم القانون، إلا أن الواقع غير ذلك إذ أن حسن النية يعتبر نظام قانوني أخلاقي أي من نتاج القواعد القانونية الأخلاقية، يفترض توافره في جميع التصرفات القانونية بما فيها العقارية، فمبدأ حسن النية لا غنى عنه في هاته الأخيرة، فهو يتمتع بأهمية كبيرة لقيامه على العديد من الإعتبارات الاقتصادية والإجتماعية، حيث يهدف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية إلى توازن وإستقرار المعاملات العقارية، مما ينتج عنه تحقيق التنمية الاقتصادية في هذا المجال.

كما أن أهمية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تظهر خصوصيته من خلال ضرورة توافر حسن النية لتحقيق الأمن العقاري وذلك بحماية الملكية العقارية وتنظيم تسييرها وإنتقالها، بما يضمن إستقرار المعاملات العقارية وفي نفس الوقت يعزز الحماية القانونية والقضائية المكفولة للمتصرفين ذوي النية الحسنة إضافة إلى تكريس حماية الغير حسن النية في نفس الوقت.

أهداف الدراسة :

تهدف دراستنا الموسومة بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، إلى الأهداف

التالية :

- دراسة مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، مع تحديدها لمفهوم التصرفات القانونية العقارية، دراسة تفصيلية بإعتبار مبدأ حسن النية مبدأ يحتل مكانة هامة في النظام القانوني إلا أن المشرع لم ينص على تجسيده صراحة ضمن التصرفات العقارية وإنما يتم الرجوع إلى القواعد العامة، إضافة لبعض النصوص القانونية ضمن القوانين الخاصة والتي تدل ضمناً على وجود هذا المبدأ ضمنها.

- دراسة نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، من خلال توضيحنا لمكانة مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية إضافة لتوضيحنا لفعالية المبدأ ضمنها، من خلال توضيح العوامل المجسدة لتكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، مع توضيح كيفية تكريس المبدأ عبر جميع مراحل التصرف.

- دراسة جميع التفاصيل المرتبطة بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، وذلك من خلال محاولة البحث عن إيجاد بعض النصوص القانونية الخاصة بالموضوع، سواء ضمن نصوص القانون المدني والتي تعتبر الشريعة العامة، أو ضمن نصوص القوانين الخاصة المرتبطة بالعقارات، مع لجوئنا لبعض التطبيقات القضائية من خلال تحليل القرارات القضائية الصادرة عن المحكمة العليا الغرفة العقارية، أو مجلس الدولة.

- توضيح ان الشكلية في التصرفات العقارية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة والمتمثلة في الرسمية والشهر بالمحافظة العقارية والتسجيل بمفتشية التسجيل والطابع، على الرغم من أنها تعتبر قيد على مبدأ حسن النية، إلا أن هناك العديد من النقاط تؤكد على أنها تعتبر تجسيد أو مقتضى من مقتضيات مبدأ حسن النية.

- توضيح النقاط أو العناصر التي تشكل حماية قانونية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، والمتمثلة في التسجيل والشهر، حماية الغير حسن النية، دعاوى الضمان المرتبطة بالعقارات، دعاوى فسخ وإبطال التصرفات العقارية.

- لا نهدف من خلال دراستنا هذه إلى الخوض في الجدل الفقهي حول مدى توافر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، إنما نهدف إلى توضيح النقاط التي تؤكد أن هاته التصرفات تقوم على وجوب توافر هذا المبدأ في العديد من العناصر، كما أنها ترتبط أيضاً بحسن أو سوء نية أطراف التصرف العقاري والغير حسن النية.

نطاق الدراسة :

إن دراستنا لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية لا يقتصر على دراسة نوع معين من هذه التصرفات دون إستطاعتنا أيضا لدراسة جميع التصرفات العقارية كل تصرف على حده نظرا لتعددتها، وإنما يشمل كل التصرفات العقارية بصفة عامة، أي كل ما يمكن أن يدخل تحت مضمون ونطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية على العموم، إضافة لتوضيح الحماية القانونية والقضائية المكرسة لحماية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية دون تخصيص تصرف معين.

ستكون الدراسة وفق أحكام القانون المدني الجزائري، وكذا وفق أحكام القوانين الخاصة المرتبطة بالعقارات في التشريع الجزائري، كما سنتطرق في هذه الدراسة لبعض الإجتهادات القضائية المرتبطة بالموضوع، سواء الصادرة عن المحكمة العليا أو مجلس الدولة.

إشكالية الدراسة :

يثير موضوع مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، العديد من الإشكالات أهمها أن العديد يعتقد أن هاته التصرفات تخلو من هذا المبدأ، كونها تقوم على ركن الشكلية (المباشرة والغير مباشرة) هاته الأخيرة والتي قد تكون قيذا على هذا المبدأ وفي ذات الوقت تعتبر تجسيدا ضمنيا لحسن النية كما أن القواعد التي تقوم عليها تعتمد على المقتضيات الأساسية لهذا المبدأ،

و مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يقوم على العديد من الوظائف أهمها حماية أطراف التصرف العقاري ذوي النية الحسنة، وكذا حماية الغير حسن النية، إضافة إلى حماية الملكية العقارية وتكريس إستقرار المعاملات، ومنه نتجه دراستنا للإجابة على الإشكالية التالي طرحها :

إلى أي حد كفل المشرع الجزائري من خلال إقراره الضمني لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، حماية أطراف التصرف العقاري والغير، وكذا حماية الملكية العقارية من خلال تكريس إستقرار المعاملات المرتبطة بها؟

ويتفرع عن هاته الإشكالية، الإشكاليات الفرعية التالية :

هل مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية حتمية فرضتها طبيعة التصرفات

العقارية، أم فرضتها خصوصية المبدأ؟

ما مدى فعالية تجسيد مبدأ حسن النية لتحقيق التوازن بين جميع أطراف التصرف

العقاري؟

ما مدى تكريس مبدأ حسن النية عبر جميع مراحل إبرام التصرف العقاري لتحقيق

التوازن بين مصالح الأطراف والغير ؟

منهج الدراسة :

و للإجابة على هذه الإشكاليات و معالجتها، ننتهج في هذه الدراسة المنهج

التحليلي الوصفي إنطلاقاً من النصوص القانونية المتعلقة بالموضوع على مختلف

مستوياتها، مع إعتقاد المنهج المقارن في بعض النقاط إذا إقتضى الأمر ذلك، إضافة إلى

الإعتماد على المنهج التاريخي أثناء دراستنا لتأريخ مبدأ حسن النية في التصرفات

العقارية.

خطة الدراسة :

وحرصاً على سهولة العرض ووضوحه، وبعد هذه المقدمة العامة ، أردنا أن نبسط

في :

الباب الأول : مضمون ونطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الأول : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الثاني : الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الأول : مكانة مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الثاني : فعالية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الباب الثاني : الحماية القانونية والقضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الأول : الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الأول : علانية التصرفات العقارية كآلية قانونية لحماية مبدأ حسن النية

المبحث الثاني : الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الأول : دعاوى التعويض ومخالفة أحكام الضمان كآلية لتجسيد مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن في التصرفات العقارية

المبحث الثاني : إمكانية فسخ التصرف العقاري وبطلانه لإنتفاء مبدأ حسن النية .

الباب الأول

مضمون ونطاق مبدأ حسن النية
في التصرفات العقارية

الباب الأول : مضمون ونطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة لجميع التصرفات القانونية والتي تعبر عن جميع الأعمال الإرادية المحضة التي تتوجه لإحداث آثار قانونية معينة قد تكون إنشاء حق أو تعديله أو إزالته، غير أن ما يهمننا في هاته التصرفات هي تلك المرتبطة بالعقارات والتي يمكن تعريفها بأنها جميع التصرفات القانونية المرتبطة بالعقارات والتي من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية أو التبعية والتي تهدف لنقل هذا الحق أو تغييره أو زواله كما أنها تعبر عن كل تصرف قانوني مقرر لأحد الحقوق العينية سواء كانت أصلية أو تبعية.

وتطبيق مبدأ حسن النية في إطار التصرفات العقارية يتسم بالتعقيد نوعا ما لخصوصية كل منهما، وكذلك كون المبدأ أصبح مكملا لأي التزام قانوني مفروض. ومع تطور مبدأ حسن النية عبر التشريعات القديمة والحديثة وكذا الشريعة الإسلامية أصبح من الصعب إنكاره ضمن القوانين وكذا التصرفات القانونية بشكل عام، فهو من المبادئ التي لا ينكر أحد أهميتها وضرورتها في جميع مراحل إبرام التصرفات القانونية والتي تعتبر التصرفات العقارية إحداها، سواء قبل إنشاء التصرف أو أثناء إنعقاده أو في مرحلة تنفيذ التصرف العقاري أيا كانت طبيعته القانونية سواء بإرادة أو بإرادتين..... إلخ فهو بذلك يكمل القاعدة المنصوص عليها في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري¹ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون.

والمشرع الجزائري إعتد مبدأ حسن النية كمبدأ عام في كافة التصرفات القانونية ونص على تطبيقه صراحة في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية هذا الأخير والذي قد يرتبط بعقار فيعتبر تصرفا قانونيا عقاريا، كما أنه أشار إليه ضمنا في بعض النصوص القانونية من خلال إعتباره مقتضى من مقتضيات هاته التصرفات.

¹ - الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 بتاريخ: 30/09/1975 ، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 07-05 المؤرخ في 13/05/2007 جريدة رسمية عدد 31 .

الباب الأول : مضمون ونطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومبدأ حسن النية يعبر عن الصدق والأمانة و الإخلاص في إبرام وتنفيذ التصرفات العقارية وهذا نظرا لأهمية المبدأ ومكانة العقار في المجتمع،

ومنه سنتطرق من خلال هذا الباب إلى مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات

العقارية ضمن الفصل الأول والذي سنتطرق من خلاله إلى :

المبحث الأول : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الثاني : الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

لنتطرق في الفصل الثاني لنطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، والذي قمنا

بتقسيمه هو الآخر لمبحثين وفق الآتي :

المبحث الأول : مكانة مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

المبحث الثاني : فعالية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

الباب الأول

الفصل الأول

مضمون مبدأ حسن النية

في التصرفات العقارية

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إن توضيح مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يقتضي منا بالضرورة التطرق لتأصيل هذا المبدأ والتطرق لتطوره التاريخي في التشريعات القديمة والحديثة عن طريق إبراز العوامل والظروف المحيطة به و التي أدت لنشأته عموماً سواء العوامل الدينية أو السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية أو الثقافية.

كما يقتضي منا أيضاً توضيح المضمون ضرورة التطرق للإطار المفاهيمي لهذا المبدأ في التصرفات القانونية عموماً والتصرفات العقارية خصوصاً باعتبارها أحد التصرفات، وذلك عن طريق توضيح مفهومه في التصرفات العقارية مع تحديد طبيعته القانونية في هذا النوع من التصرفات.

ومبدأ حسن النية مبدأ قديم عرفته التشريعات القديمة إنطلاقاً من أن فكرة حسن النية فكرة قديمة النشأة، ومنه فإن دراسة أصولها التاريخية يعتبر ضرورة لفهم المبدأ وتوضيح ما يتوافق معه بشكل أساسي في الواقع وفي التصرفات القانونية.

فالعودة إلى الجذور التاريخية لمبدأ حسن النية وتوضيح أصوله عبر التشريعات المختلفة وكذا الشريعة الإسلامية، يؤدي إلى تحديد مفهومه بشكل يتوافق مع تطوره وكذا تطور التصرفات العقارية التي تختلف ويختلف مفهومها من تصرف لآخر.

ومفهوم مبدأ حسن النية مفهوم تطور وإختلف من تشريع لآخر، فمع القرون تنوعت وتطورت وجهات النظر التي أثرت بشأن هذا المبدأ، فلم تبقى معتمدة على فكرة معينة بل تغيرت بسبب العديد من الأسباب أهمها إختلاف الفكر بين المجتمعات المختلفة، فهناك من يرى من مبدأ حسن النية مبدأ أساسي لجميع التصرفات القانونية بجميع أنواعها، وهناك من يرى منه مبدأ أساسي في بعض التصرفات القانونية دون البعض الآخر، وهناك من لا يعتمد هذا المبدأ أساساً في التصرفات القانونية، وكل هذا راجع إلى تأثير هذا المبدأ بالإرادة والتي تعتبر عاملاً أساسياً في نشأته.

وبناءً على ذلك تم تقسيم هذا الفصل لمبحثين وفق الآتي :

المبحث الأول : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

نتطرق من خلال هذا المبحث للتطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التشريعات القديمة ضمن متطلبات المطلب الأول، لنتطرق في المطلب الثاني لتطور المبدأ في ظل بعض التشريعات الحديثة.

المبحث الثاني : الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وسنتطرق من خلال هذا المبحث لمفهوم مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في المطلب الأول عن طريق تطرقنا لتعريف المبدأ مع التطرق للإتجاهات الفقهية المعروفة له وكذا تمييزه عما يشابهه، مع توضيحنا لخصوصية المبدأ في المطلب الثاني عن طريق توضيحنا لطبيعته القانونية وكذا توضيحنا للطابعين الشخصي والموضوعي له، إضافة إلى توضيح الأساس الذي يقوم عليه مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الأول : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إن مبدأ حسن النية يعتبر مبدأ متعارف عليه منذ التشريعات القديمة فقد عرف عند الرومان كما إهتم به فقهاء الشريعة الإسلامية، ولقد عرف هذا المبدأ تطورا من مجرد قاعدة دينية أخلاقية إلى قاعدة قانونية تحتل مكانة هامة في التشريعات الحديثة، الغرض منها تحقيق الاستقرار في التصرفات القانونية التي تعتبر التصرفات العقارية أهمها، ومنه فإن هذا المبدأ إنطلق بناء على أساس ديني أخلاقي ليتم تكريسه كمبدأ قانوني في أغلب التشريعات العربية والغربية.

فبمرور الزمن إنخفض أثر الأساس الديني الأخلاقي على الأفراد لأسباب متعددة، ما جعل من الإحساس بالزامية هذا المبدأ يتراجع رغم أن هذا الإحساس ضروري لإستقرار المعاملات، بالتالي لم يصبح الإعتماد على الوازع الديني أو الأخلاقي للأفراد كافي لضمان مواصلة إحترام هذا المبدأ الذي أصبح مكرسا بموجب القانون للحفاظ على إلزامية مضمونه.¹

وفكرة حسن النية كانت في بادئ الأمر تفرض على المتعاقد موقفا سلبيا بعدم إتخاذ سلوك ينطوي على غش أو سوء نية، وتطورت الآن وأصبحت تفرض عليه سلوكا إيجابيا بالتعاون وعدم الإكتفاء بالإمتناع عن سوء النية،² ففي التشريعات الحديثة أصبح مبدأ حسن النية يشكل أحد المبادئ الأساسية في المجال القانوني بشكل عام وفي مجال العقود بشكل خاص.³

ومنه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى التطور التاريخي لمبدأ حسن النية عموما في جميع التصرفات والتي تشمل أيضا التصرفات العقارية، بدءا من التشريعات القديمة كونه يجد أساسه ومرجعه ضمنها، لنتطرق إليه ضمن بعض التشريعات الحديثة كون هاته الأخيرة هي من عززت مكانته وكرسته ليكون قاعدة قانونية ثابتة في العديد من التصرفات، ومنه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين وفق الآتي :

¹ - بلال عثمانى ، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018/2019، ص 46.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص (ز).

³ نفس المرجع، ص (ح).

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل بعض التشريعات القديمة (المطلب الأول).
- التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل بعض التشريعات الحديثة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في ظل بعض التشريعات القديمة.

يرى أغلب الفقهاء أن مبدأ حسن النية يرجع إلى القانون الروماني، فيعود أصل المبدأ إلى التسمية من الناحية اللغوية (bona fides)، ومبدأ حسن النية في ظل التشريعات القديمة كان ذا مدلول ديني أخلاقي يقوم على الإعتقادات الدينية دون أن يكون مبني على أساس قانوني.

ومبدأ حسن النية ضمن القانون الروماني مر بمرحلتين أساسيتين كون أن هذا الأخير إرتبط بعصرين الأول إعتد الشكالية كضرورة لقيام العقد، أما الثاني خفف من مظاهر الشكالية.

كما أن القانون الكنسي تأثر هو الآخر بمبدأ حسن النية و ظهرت من خلاله مرحلة جديدة من مراحل الرضائية التي كانت قائمة على أساس الدين والأخلاق.¹ ويحتل المبدأ أيضا مكانة متميزة في الشريعة الإسلامية وذلك بالنظر لدوره في الحياة العامة، فتحرص الشريعة الإسلامية أن يكون جميع تعاملات الأفراد بحسن النية، وما يؤكد ذلك وجود العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية الشريفة والتي تؤكد ذلك .
ومنه سنتطرق من خلال هذا المطلب إلى :

- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل القانون الروماني (الفرع الأول).
- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل القانون الكنسي (الفرع الثاني).
- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل الشريعة الإسلامية(الفرع الثالث).

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل القانون الروماني.

لقد إهتم الكثير من المؤرخين ورجال القانون بالقانون الروماني، فمنهم من قال " أن روما فتحت العالم ثلاث مرات: المرة الأولى بجيشها، والثانية بدينها، والثالثة بقانونها...."، ومنهم من قال " أن القانون الروماني إنما هو قانون عالمي يمثل الوحدة الإنسانية وهو خير ما أثمرته عقول الرومان وهو خير ما بقي للعصور الحديثة من مدينتهم ".¹

غير أن تحديد ظهور مبدأ حسن النية يعتبر محل خلاف بين الفقهاء، إلا أن معظمهم يؤكدون أن تاريخ ظهوره يعود إلى القانون الروماني²، حيث أن الظهور الأبرز لمفهوم حسن النية يرجع إلى العصر الروماني الذي كان له الفضل والدور الكبير في ظهور عدة نظم قانونية مازالت موجودة لحد اليوم، فيرجع أصل المبدأ من الناحية اللغوية إلى الاسم الروماني bona fides ، وهذا المصطلح قبل أن يصبح ذا مدلول قانوني، فالمبدأ يتميز بأن له مدلولين الأول ديني أخلاقي والثاني قانوني، إلا أنه خلال هاته الفترة لم يكن مجال القانون مستقلا عن باقي المجالات خاصة عن الإعتقاد الديني.³

فولادة مبدأ حسن النية كان من رحم الديانة الوثنية التي كان يعتنقها الرومان قبل عصر المسيحية، إذ تستمد جذورها الأولى من آلهة النوايا أو الإخلاص fides ، ومنه فإن هذا المفهوم جاء من حيث كونه إيمان وإعتقاد بشعائر التعبد الاجتماعية.⁴

ومبدأ حسن النية في القانون الروماني لم يعرف في التصرفات القانونية بأنواعها، لا في مرحلة التكوين ولا في مرحلة التنفيذ كون أن عقودهم تبنى على الشكلية المطلقة

¹ - صالح فركوس، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، (دون طبعة)، الحجار ، عناية، 2001، ص 32.

² - Baud (J-P) , **la bonne foi depuis le moyen âge** , conférence a l'école doctorale des sciences juridiques de l'université de paris 5, NANTERRE, année 2001, p 1-3.

³ - رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخرجي، (مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية)، مجلة ديالي، جامعة ديالي، كلية القانون والعلوم السياسية، العدد 64، السنة 2014، ص 176.

⁴ - سفيان القرصي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود، في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، جامعة المنار، تونس، 2010/2011، ص 04.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والمتطرفة في ذلك الزمن وخلال تلك الفترة والتي تسمى بالعصر الأول والتي تمتد من تأسيس روما سنة 754 ق.م حتى عام 130 ق.م.¹

ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية مر في القانون الروماني بمرحلتين أساسيتين وهما :

- مرحلة العصر الأول.
- مرحلة العصر العلمي.

أولاً- مرحلة العصر الأول : (في الفترة الممتدة من 754 ق.م إلى غاية 130 ق.م)

وهو العصر الملكي *Période Royale* الذي نشأت فيه التقاليد العرفية الأولى والذي كانت فيه التقاليد أقرب للدين منها للقانون²، ولقد عرف الرومان تصنيف الأشياء إلى منقولات وعقارات وهو تصنيف كان ولا زال مستقرا في معظم الأنظمة القانونية، ولما كانت الأموال العقارية قديما من أهم الأشياء فقد وجدت عدة صور لها في العهد الروماني منها الملكية الرومانية والملكية البريتورية والملكية الإقليمية والملكية الفردية للأجنبي.³

وفي هاته المرحلة إرتبطت التصرفات العقارية بالشكلية، فلا ينعقد التصرف إلا إذا إتبعت مراسيم وأوضاع معينة، فلم يكن للنية أي دور فكانت الحقوق تمارس بصورة مطلقة بغض النظر عن نية صاحبها، إلا أنه ما يعاب على هاته الشكلية أنها قاصرة ولا مكان للإرادة فيها حيث ينعقد التصرف بمجرد إتمام الإجراءات الشكلية ولو كانت الإرادة معيبة.⁴

والشكلية في هاته الفترة وبالنسبة للتصرفات العقارية كانت تحد نوعا ما من مبدأ حسن النية آنذاك في بعض التصرفات، فكانت وفق الآتي :

¹ - صاحب عبيد الفتلاوي ، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 01، عمان الأردن 1998، ص 120.

² - عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الجزء الأول المقدمة التاريخية، الأشخاص، الملكية، الحقوق العينية المقررة على مال الغير ، مطابع البصير، الطبعة 02، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1954، ص17.

³ - منذر الفضل ، تاريخ القانون، منشورات آراس، مكتبة المديرية العامة للثقافة والفنون ، الطبعة 02، أربيل ، 2005، ص 133 و مايليها.

⁴ - عيسى جنان، حسن النية في التعاقد، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، الجزائر، 2018/2017، ص 09.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

1- الملكية العقارية الرومانية:

لم يعترف القانون الروماني بالملكية العقارية الفردية لأي شخص إلا إذا توافرت به ثلاث شروط¹:

- أن يكون المالك وطنيا رومانيا ومن الأحرار.
- أن يتم إستيفاء الشكلية القانونية المطلوبة لتملكه.
- إذا تم تملك الشيء دون توافر الشرطين يعتبر المشتري منتفعا .

2- الملكية البريتورية :

سميت بالملكية البريتورية لإقتران إسم البريتور بالملكية التي تكتسب عن هذا الطريق ولقد إرتبطت هاته الأخيرة بمبدأ حسن النية، فكان يتم نقل ملكية الأموال النفيسة كالعقارات الإيطالية دون حاجة إلى إستيفاء شكل معين أو إجراءات شكلية محددة، بشرط أن يكون ذلك مقرونا بحسن النية وأن تمضي على صاحب السلطة الفعلية فترة من الزمن.²

3- الملكية الإقليمية :

وهي الملكية التي إنصبت على الأراضي الواقعة خارج إيطاليا والمملوكة للدولة، والتي منح البريتور حق حيازتها والإنتفاع بها إذا قاموا بإستثمارها ، الأمر الذي أنشأ حقا مساويا للملكية،³ ويشترط في الحيازة والإستثمار حسن النية فيجب أن يكون الحيازة بنية الإستثمار .

4- الملكية الفردية للأجنبي :

يرجع السبب في ظهور هذه الصورة من الملكية إلى أن الأجنبي لم يكن متمتعا بحق التعامل في روما وبالتالي كان محروما من اكتساب حق الملكية الرومانية، فكان ما يمتلكه لا تحميه قواعد القانون المدني بل تحميه قواعد قانونه الوطني⁴ ، ومنه وجدت هذه الملكية عندما كان قائما التمييز بين الوطني الروماني الذي يخضع للقانون الروماني،

¹ - منذر الفضل ، المرجع السابق، ص 134.

² - نفس المرجع، ص 134.

³ - المرجع نفسه، ص 135.

⁴ - محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني في الأموال، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر، 1938، ص 147.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وبين الأجنبي الذي يخضع لقانونه الوطني أو قانون الشعوب، فقد كان الأجنبي لا يتمتع بحق التعامل في روما وبالتالي لا يحق له إكتساب الملكية الرومانية¹.

إلا أنه يجور للأجنبي القيام ببعض التصرفات العقارية الأخرى كالإيجار بشرط إرتباط تعاملاته بمبدأ حسن النية على الرغم من وجود بعض الشكليات الخاصة.

إلا أن جانب من الفقه يرى بأن الشكلية والتي كانت موجودة خلال هاته الفترة ليست متطرفة بل لها ما يبررها وهو أن المجتمع الروماني آنذاك كان مجتمعا زراعيا والنشاط التجاري فيه شبه معدوم، ومحدود الإتصال بالعالم الخارجي، ومنه لم تكن الحاجة ملحة لمبدأ حسن النية في العديد من المرات.²

والشكلية تكفي بإعتبارها تهدف لضمان الدقة والوضوح في تحديد أي إلتزام، وكذا تسهيل عملية الإثبات والفصل في أي نزاع دون الحاجة للبحث عن النية.

إلا أن الحال لم يبقى على ما هو عليه بسبب السرعة في المعاملات والتطورات السريعة التي شهدها المجتمع الروماني خاصة في نظام العقود، كما تأثر الفلاسفة الرومان بالفلسفة اليونانية القديمة القائمة على فكرة القانون الطبيعي والعدالة مما جعل للأخلاق دورا في النصوص القانونية وللإرادة.³

فلم تعد الشكلية تتناسب مع نمط المعيشة في المجتمع الروماني وبالتالي إستوجب الأمر تحرير العقد من القيود التي أصبحت تعطل مصالح الأفراد نتيجة لذلك تم الإتجاه نحو الإعتراف بحسن النية كمصدر لبعض الإلتزامات.⁴

ومن خلال المفاهيم السابقة من حيث كون مبدأ حسن النية مرتبط بإيمان وإعتقاد بشعائر التعبدية الاجتماعية الرومانية، ولدت بحسب الأستاذ فولاسكي VOLASKY.A الجذور الأولى لمفهوم مبدأ حسن النية في معاملات القانون الروماني المالية والشخصية على حد سواء ممثلة في مفهوم فايدس FIDES.⁵

¹ - منذر الفضل ، المرجع السابق، ص 135.

² - شير زاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، دار دجلة، الطبعة 01، الأردن 2008، ص 24.

³ - نفس المرجع ، ص 25.

⁴ -Charpentier Elise,(**le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat**), revue de droit de l'université de Sherbrooke, n 2 , vol 26, 1996, p302.

⁵ - Romain Loir, **les fondements de l'exigence de bonne foi en droit francais des contrats** , mémoire DEA, 2001/2002, Lille 2, p 23.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- مرحلة العصر العلمي : (في الفترة الممتدة من 27 ق.م إلى غاية 235 م)
يبدأ هذا العهد من حكم الإمبراطور أغسطس عام 27 ق م وينتهي بنهاية حكم الإمبراطور الكسندر عام 235 م، ويعتبر هذا العصر عصر المجد والرخاء، ومن الوجهة القانونية يعتبر العصر العلمي بمعنى الكلمة إذ إرتفع فيه شأن الفقه وأصبح أهم مصدر للقانون، فهو عصر كبار الفقهاء أمثال جايوس GAIUS ، بول PAUL ، اوليبيا ULPIEN ، بابيبيا PAPIEN.¹

تم خلال هاته المرحلة تحويل مبدأ حسن النية من مجال الدين والأخلاق إلى مجال القانون، ويرجع الفضل للفقهاء الروماني شيشرون في تحويل المبدأ لنطاق القانون، بفضل جهوده التي بذلها والتي على أساسها إعتبر واجبا قانونيا، إذ إعتبره أساسا للعدالة وكان ذلك نتيجة الحاجة الملحة وضرورة تطبيقه في مجال المعاملات الأجنبية، نتيجة إنفتاح المجتمع الروماني وإزدياد تعاملاتهم مع الأجانب، ومنه إقتنع الرومان بضرورة تطبيق مبدأ حسن النية في مجال القانون الداخلي.²

ولقد إستعان الرومان بمبادئ العدالة لتخفيف حدة الرسميات والشكليات التي كانت تسوده، لذا كان مبدأ حسن النية من أهم تطبيقات العدالة، فيفرض المبدأ على الشخص الوفاء بتعهداته حتى ولو لم يكن أفرغ في صيغة رسمية، وترتب على ذلك إلغاء العديد من التصرفات القانونية ذات الطابع الشكلي مثل عقد القرض الرسمي والتجاوز عن بعض الشروط الشكلية في بعض العقود.³

وترتب على ذلك أيضا نشأة الكثير من العقود الغير الرسمية كالعقود العينية والعقود الرضائية وغيرها من العقود الغير الرسمية، وأمكن قيام العقد بين غائبين كما ظهرت عقود حسن النية وهي أربعة عقود رضائية تتمثل في البيع والإيجار والشركة والوكالة، وبالتالي كان على القاضي في عقود حسن النية أن يفسر إرادة المتعاقدين طبقا لما تقتضيه مبادئ حسن النية وما يجري عليه العمل في المعاملات.⁴

¹ - عمر ممدوح مصطفى، المرجع السابق، ص 72.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 44.

³ - هدى بن يوب ، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهدي أم البواقي، 2012/2013، ص 12.

⁴ نفس المرجع، ص 12.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويندرج ضمن عقود حسن النية المذكورة أعلاه العقود المرتبطة بالتصرفات العقارية كبيع عقار أو إيجاره أو الشركة أو الوكالة المرتبطة بالحقوق العينية.

وفي هاته المرحلة وبالنسبة للتصرفات العقارية ظهرت العديد من القيود المرتبطة بحسن النية منها ما تقرر لصالح الزراعة ومنها ما هو مقرر للمصلحة العامة، ويتمثل أهمها في:¹

- حرمان صاحب الأرض من ملكيته للأرض الزراعية إذا ترك إستغلالها كما أجاز للأفراد إستغلالها بحسن نية وإستثمارها.

- جواز نزع الملكية من الأفراد لأغراض النفع العام لتوسيع أو فتح طريق عام أو قناطر مياه لأن المصلحة العليا أولى.

- المغالاة في إستعمال الحق منتهي الظلم، وهو مبدأ يعتبر أساسا لنظرية التعسف في إستعمال الحق والمرتبطة بمبدأ حسن النية.

ومن أهم مظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية خلال هاته المرحلة إكتساب الملكية عن طريق التقادم والذي من بين شروطه توافر حسن النية، والمقصود به أن يكون واضع اليد حائزا للمال وهو يجهل أنه يعتدي على حق غيره، أي أن من تصرف له هو مالك إما أصالة أو نيابة وهذا من واضع اليد.

والمهم أن يتوافر حسن النية عند بدء وضع اليد على العقار، والأصل هو إفتراض حسن النية في واضع اليد وعلى من يدعي عكس ذلك أن يثبت سوء النية بينما يقع على واضع اليد إثبات السبب الصحيح.²

كما يظهر مبدأ حسن النية من خلال حقوق الإرتفاق العينية والتي تقرر لشخص على مال غيره حيث ترتفق الأرض أو العقار على أرض أو عقار آخر وهي من أقدم الحقوق العينية، وتتمثل في حق الإنتفاع، حق الإستعمال، حق السكن، بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المقررة على مال الغير والمتمثلة في حق الحكر ، حق القرار أو المساطحة و الإجارة الطويلة.³

¹ - مندر الفصل ، المرجع السابق ، ص 137.

² - نفس المرجع، ص 143.

³ - المرجع نفسه ، ص 149، 150.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

فكل هاته التصرفات العقارية إرتبطت بمبدأ حسن النية، فلا يعتد بها إلا إذا كان المتصرف بها أو المنتفع منها أو مستثمرها حسن النية وقت قيام التصرف.

فعقود حسن النية هي عقود ملزمة لأطرافها وينشأ الإلزام فيها من إرادة المتعاقدين لا من شكلها، وعند تفسيرها لا يلتزم القاضي بألفاظها وعباراتها إنما يتجاوز هذه العبارات بحثا عن النية.¹

ومنه فإن التصرفات خلال هاته الفترة إنقسمت إلى تصرفات شكلية، وتصرفات رضائية وهي المرتبطة بحسن النية والتي تم تسميتها بعقود حسن النية.

فظهر مبدأ حسن النية في هاته الفترة لم يكن له دور كامل وشامل في جميع العقود هاته الأخيرة والتي تنقسم إلى عقود يعبر عنها بعقود حسن النية تقابلها عقود أخرى حرفية، الأولى يتسع دور القاضي فيها ويراعي ما تستلزمه العدالة وحسن النية بين المتعاقدين، أما الثانية يتقيد بها القاضي حرفيا دون ضرورة البحث عن نية المتعاقدين.²

وتطبيق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية محدد نطاقه بعقود معينة، وبسبب ذلك كان القانون الروماني يخلط بين العقود الملزمة لجانب واحد والعقود الملزمة لجانبين، فظهرت العقود الملزمة للجانبين الغير التامة، غير أن هذه النظرة لم يعد يوجد ما يبررها في العصر الحالي لأن نطاق تطبيق مبدأ حسن النية توسع ليشمل كل المعاملات ويطبق على العقود سواء كانت ملزمة لجانب أو جانبين.³

وفي الأخير يمكن القول بأن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل القانون الروماني مر بمرحلتين أساسيتين، المرحلة الأولى إعتبر فيها مبدأ حسن النية مبدأ مقيد بالشكلية المفروضة على جميع العقود وفي هاته المرحلة كان مرتبط بالوازع الديني الأخلاقي أكثر من الوازع القانوني، لينتقل هذا المبدأ ويتحرر نوعا ما في المرحلة الثانية وذلك بسبب التخفيف من حدة الشكلية وإعتماد الرضائية في بعض المعاملات العقارية، وظهر مايسمى بعقود حسن النية والتي إنقسمت إلى أربعة عقود وهي المرتبطة بالملكية

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 17.

² - عيسى جنان، المرجع السابق، ص 10.

³ - محفوظ لشعب، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 04، الجزائر،

2007، ص ص 137، 138.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والإيجار والشراكة والكفالة، وأصبح دور القاضي في هاته المرحلة أساسيا فقد أصبح القاضي يراعي نية المتعاقدين بدلا من التقيد الحرفي، ومنه فإن المبدأ أصبح يشكل مبدأ قانوني مستقل له كيانه وأصوله الخاصة .

الفرع الثاني : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل القانون الكنسي.

القانون الكنسي هو النظام الأساسي القانوني لمجموعة القوانين والأنظمة الصادرة أو التي تعتمد عليها السلطة الكنسية والمنظمات المسيحية وأعضائها، وهذه القوانين هي قواعد ملزمة تحكم علاقات الأفراد ومعاملاتهم، وقد تم استخدام القانون الكنسي في مختلف الدول الأوروبية وخصوصا وسط غرب أوروبا، ولقد تأثرت العديد من القوانين الحديثة بالقانون الكنسي مثل القانون الفرنسي، القانون الألماني والقانون الإيطالي¹.

والقانون الكنسي يعبر أيضا عن القانون الديني الذي أخذت به الكنيسة الكاثوليكية الغربية في أوروبا في العصور الوسطى، بعد أن أصبحت الكنيسة قوة عالمية تتمتع بمقامات الدولة القوية التشريعية والتنفيذية والقضائية، وكان الرئيس الأعلى لها هو البابا.²

ولقد تطور مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية بأنواعها في ظل القانون الكنسي ومر بمرحلتين أساسيين، الأولى تقيده بالشكلية وإرتباطه بالجانب الديني الأخلاقي في مرحلة تأثر القانون الكنسي بعقلية رجال الدين، والثانية مرحلة ظهور مبدأ سلطان الإرادة وتخلص المبدأ من الشكليات التي كانت تعتبر قيودا عليه.

أولا- تأثر القانون الكنسي بعقلية رجال الدين :

مع مطلع القرن السادس عشر (16) في فرنسا تأثر القانون الكنسي في مجال العقود، فكان رجال الكنيسة يفكرون بعقلية رجال الدين فيربطون بين الأعمال والنيات ويعتقدون بصدورها من قواعد العقائد التي تتطلب من المؤمن أن تكون نواياه متفقة مع مقاصد الشرع، ومنه أثر هذا التفكير على الإرادة ودورها في التصرفات بصفة خاصة.³

¹ - الموقع الإلكتروني : ar.m.wikipedia.org، تاريخ الإطلاع : 2021/08/20، ساعة الإطلاع : 22:20

² - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 15.

³ نفس المرجع، ص 15.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وفي هاته المرحلة أصبحت الكنيسة تمتاز بمقومات الدولة وتأثر رجالها بالمذاهب الفلسفية وخاصة ما تعلق منها بالأخلاق، وظهرت مرحلة جديدة من مراحل الرضائية والتي كانت قائمة على أساس الدين والأخلاق¹، فيرى الفقيه توماس الأكويني أن مبدأ حسن النية ماهو إلا إلزام أخلاقي مصدره القانون الطبيعي².

وما يعاب على مبدأ حسن النية خلال هاته الفترة أنه كان مقتصرًا على الجوانب الأخلاقية التي لم ترقى إلى تقرير مبدأ سلطان الإرادة، إلا أنه وعلى الرغم من هذا فإن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية وبالأخص في تكوين العقد وتنفيذه لم يكن مجردًا من الأفكار القانونية، فجاء بفكرة الغبن في التعاقد، وذلك من خلال إرساء قاعدة أن كل من حصل على منفعة مبالغ فيها من العقد يلتزم بتعويض الطرف المغبون ويكون العقد قابلاً للإبطال³.

كما أقر رجال الكنيسة عدم شرعية وبطلان العقود التي تبنى على أساس الغش والتدليس، وأكدوا رفضهم لقاعدة تشتري على مسؤوليتك⁴.

ومن أكثر القواعد التي يقوم عليها القانون الكنسي وساهمت في نشوء مبدأ حسن النية نجد وجوب الوفاء بالوعد، عدم تنفيذ الإتفاقات التي يكون غرضها غير مشروع، ضرورة الإخلاص، الواجب على كل إنسان⁵، وهذه الأصول تعكس وجوب تنفيذ أي تصرف قانوني وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية .

وبناءً على ما ذكر أعلاه أصبح القانون الكنسي يمثل مرحلة جديدة من مراحل الرضائية، إلا أن هاته الأخيرة كانت قائمة على أساس الدين والأخلاق، غير أن الاهتمام بالإرادة لم يكن إهتماماً خالصاً فبقي عنصر الشكل الذي لم ينعدم، لكنه تطور وظهر مع تطوره مبدأ سلطان الإرادة⁶.

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 22.

² - Charprentier Elise, op.cit, p314.

³ - شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية، (دون طبعة)، الإسكندرية، مصر، 2012، ص 272.

⁵ - عيسى جنان، المرجع السابق، ص 11.

⁶ - هدى بن يوب، المرجع السابق، ص 16.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- ظهور مبدأ سلطان الإرادة وتخلص مبدأ حسن النية من الشكليات:

خلال هاته المرحلة تم تحرير مبدأ حسن النية في التصرفات من القيود الشكلية التي تم وراثتها عن القانون الروماني، فأصبحت الإرادة في القانون الكنسي تكفي وحدها لإنشاء التصرف، إلا أنه تم ربطها بإشتراط مشروعية الغرض الذي تهدف إلى تحقيقه، ومنه بدأت فكرة السبب الباعث أو الدافع إلى التعاقد تظهر لدى الكنسيون، وإختفت النظرية التقليدية للسبب التي تجعل التصرف سببا في الالتزام المقابل.¹

فبتأثير الفلاسفة والفقهاء الذين ركزوا على حرية الإنسان وفرديته وتميزه بموهبة التقرير والالتزام أصبحت التصرفات تبتعد عن الشكليات التي كانت تشكل شرطا أساسيا لتكوينها، لتتصف بثمرة الإرادة الحرة التي ينبع منها الالتزام بالقوة ليسود مفهوم مطلق للإرادة الحرة وهو ما عرف بمبدأ سلطان الإرادة.²

ومبدأ سلطان الإرادة وما يتضمنه من شروط يقتضي أن يكون محاط بسياج ضامن لحسن النية وتوافقه مع القانون ومبادئ حسن النية والعدل والإنصاف والعرف.³

وتظهر مساهمة القانون الكنسي في إبعاد الشكلية من خلال جعله للأخلاق دورا هاما في التصرفات، فقد أوجب الوفاء بالتعهدات وتعادل الإلتزامات الناشئة بين المتعاقدين، وحرّم الغش والغبن والغرر والربا، وأجاز تعديل الإلتزامات بسبب تغير الظروف، كما أوجب أن يكون الباعث على التصرفات مشروعاً، وكل ذلك يدخل ضمن مبدأ حسن النية في تكوين العقد وتنفيذه.⁴

وبالنسبة للتصرفات العقارية وخلال هاته الفترة تراجعت المعاملات التجارية بشكل كبير، وتوجه الاهتمام نحو إمتلاك الأراضي والعقارات والحفاظ عليها، فإنصب القانون آنذاك على وضع القوانين الملائمة لحماية حق الملكية، ووجد ضالته من خلال فكرة

¹ - علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السابعة، الجزائر، 2007، ص 47.

² - مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الرابعة بيروت، لبنان، 2007، ص 86.

³ - نفس المرجع، ص 115.

⁴ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 22، 23.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

حيازة العقار وبحسن نية، والتي إستخدمها سلاحا لمواجهة النظام الإقطاعي العقاري الذي كان منتشرا في القرون الوسطى.¹

ومن أهم المبادئ التي تضمنها القانون الكنسي والتي تعد تكريسا لمبدأ حسن النية في التصرفات نجد وجوب الوفاء بالتعهدات، أن يكون هناك تعادل في الإلتزامات الناشئة في ذمة المتعاقدين، وضرورة أن يكون الباعث على التصرفات مشروعاً.²

ومنه يمكن القول بأن حسن النية خلال هاته الفترة أصبح مرادف للتراضي في العقود بتشبيهه للعدالة أين طبعت الأخلاق مختلف التصرفات، ولقد أثر القانون الكنسي على أغلب القوانين الغربية، حيث أخذت الدول الغربية بهذا القانون إلى أن تم الإعتراف وتقنين مبدأ حسن النية إبتداءاً من القرن التاسع عشر (19)، من طرف القانون الفرنسي لسنة 1804 والذي ساهم أحكام القانون الطبيعي.³

الفرع الثالث : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل الشريعة الإسلامية.

يعتبر مبدأ حسن النية من أرقى المبادئ الأخلاقية وأسماها في الشريعة الإسلامية السمحاء، فهو مبدأ يعود وقبل كل شيء إلى الشريعة الإسلامية، حيث جعل الله سبحانه وتعالى إيتاء العدل والإحسان والوفاء بالعهود من بين أوامره لعباده، لوجود العديد من الآيات القرآنية الكريمة التي تؤكد ذلك، كما أن سيد الخلق محمد صلى الله عليه وسلم أكد على مبدأ حسن النية في العديد من الأحاديث النبوية الشريفة.

فالشريعة الإسلامية كما إهتمت بالنية في العبادات، إهتمت كذلك بالنية في العقود والمعاملات المالية، بغض النظر إلى كون النية التي تأخذ بها باطنة أم ظاهرة أو كلاهما معا.⁴

إلا أن هناك من يرى أن النية لا تدخل في العقود بل هي تدخل في العبادات، ومنه فهي تقتصر على العبادات دون التصرفات، لأن الشريعة الإسلامية بينها نوعين من الأحكام، الأولى دينية تستند على النوايا وتتعلق بصلة الإنسان بربه، والثانية قضائية تقوم

¹ - فاطمة الزهراء زيتوني، المرجع السابق، ص 10.

² - نفس المرجع، ص 10.

³ - Béatrice Jaluzot, **la bonne foi dans les contrats étude comparative des droits français, allemand et japonais** ; édition Dalloz, 2001 , n 41 , p 13.

⁴ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

على الظاهر وتتعلق بصلة الانسان بالمجتمع، ولا يكون الحساب فيها على مجرد النية لتعذر الوصول إلى ما خفي ووقر في القلب.¹

وهناك من يرى أيضا أن الفقه الإسلامي لا يقيم وزنا و إعتبارا للنوايا الباطنية في إبرام العقود، فهو يأخذ بالمعيار الموضوع ولهذا لا يعتد بمبدأ حسن النية والذي هو أمر شخصي، وأن الفقه الإسلامي قريب في ذلك من النظام الإنجلوسكسوني.²

إلا أن الآراء المذكورة أعلاه لا تمت لمعنى النية الحقيقي بأية صلة، فالشريعة الإسلامية لا تعنى بالمظهر فقط وإهمال الباطن، بل تحرص أشد الحرص على أن تكون إستجابة أوامرها والإمتناع عن نواهيها عملا بالظاهر والباطن يحيا فيها جسم العمل بروحه ويلتقي الشكل بالمضمون ويتفق المعنى والصورة، لذلك كان حراما أن يتحايل الناس على أحكامها لينفلتوا من قيودها.³

فالأصل في المعاملات الإباحة متى كانت متطابقة مع مقاصد الشرع وتحقق مصالح العباد والتي تقوم على أساس الرضا صحيح والكامل.⁴

والشريعة الإسلامية حرصت على تنظيم العلاقات بين الناس على أسس واضحة مبناها العدل والحق، والابتعاد عن كل ما يضر بالآخرين أو بالمرتكزات التي بنيت عليها أحكامها لقوله صلى الله عليه وسلم { إنما الأعمال بالنيات }، وإعمالا للقاعدة الشرعية (العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني).⁵

والقرآن الكريم تضمن العديد من الآيات المرتبطة بمبدأ حسن النية في جميع المعاملات والتي يدخل من ضمنها التصرفات العقارية أيضا، وكذا السنة النبوية تضمنت

1 - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 22.

2 - نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 - المرجع نفسه ، ص ص 22، 23.

4 - مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، مطابع ألف باء، الطبعة 09 ، الأديب دمشق، 1968، ص 41.

5 - أسيد سليمان فطير، (عبد الناصر موسى أبو البصل، الدلالات التحوطية لضوابط العقود في المعاملات المالية)، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة اليرموك، أريد، الأردن، (دون ذكر السنة)، ص 18.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

العديد من الأحاديث المرتبطة بهذا الشأن أيضا بالإضافة إلى آراء الفقهاء الإسلاميين والتي أكدت قاعدة العبرة في العقود للمقاصد.

ويرتبط مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي بالأخلاق التي تعد جزء لا يتجزأ من قواعد الشريعة الإسلامية، وقد وضع الفقه الإسلامي حسن النية أساسا لكافة التصرفات ومنها العقود، ولم يقصره على مرحلة من مراحل العقد وإنما إمتد ليشمل جميع مراحل العقد.¹

أولا- مبدأ حسن النية في التصرفات في القرآن الكريم:

تضمن القرآن الكريم العديد من الآيات التي ترسخ مبدأ حسن النية في التصرفات بكافة أنواعها،² ومن بينها نجد قوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ³ }، ولقد فسّر الإمام بن كثير عبارة أوفوا بالعقود على وجوب إحترام المتعاقدان لما تم الاتفاق عليه في تنفيذ العقد، كما يرى الإمام الطبري في تفسيره للآية بضرورة الوفاء بالعهود مع عدم نقض العقود بعد توكيدها⁴، وكل هاته التفسيرات ترتبط بمبدأ حسن النية الذي يقوم على وجوب إحترام ما تم الاتفاق عليه وكذا ضرورة الإلتزام بالعهد في كافة التصرفات.

كما تضمن القرآن الكريم العديد من الآيات والتي تفرض النزاهة في المعاملات، ومن بينها نجد قوله تعالى { يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ⁵ }، وكذا قوله تعالى { إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها أهلها ⁶ }، وكذا قوله تعالى { وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان ⁷ } صدق الله العظيم.

¹ - سعد بن سعيد ذيابي، (مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة)، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، المملكة العربية السعودية، العدد 23، ربيع الآخر 1435 هـ، فبراير 2014، ص 17.

² - نفس المرجع، ص 19.

³ - سورة المائدة، الآية 01.

⁴ - بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 49.

⁵ - سورة النساء، الآية 29.

⁶ - سورة النساء، الآية 58.

⁷ - سورة المائدة، الآية 02.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

يتضح من خلال هاته الآيات الثلاث أن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالالتزام حدود مبدأ حسن النية في المعاملات، فعندما يفرض العدل والإحسان، والوفاء، والأمانة والتعاون والإخلاص، هو بذلك يأمر بصفة مباشرة بالالتزام مبدأ حسن النية، فكل هذه القيم تعبر عن المبدأ في حد ذاته.¹

بالإضافة إلى قوله تعالى { وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون }²، وكذا قوله تعالى { إن الله يأمركم بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى يعظكم لعلكم تذكرون }³ ، فكل هاته الآيات تعبر عن أسمى تعابير التعامل والتصرفات والتي تعتبر مظهرا من مظاهر مبدأ حسن النية الذي يقوم على هاته التعاليم.

ولعل أن أهم معنى من معاني الالتزام بحسن النية يتجلى لنا من خلال قوله تعالى { والذين تبوءوا الدار والإيمان من قبلهم يحبون من هاجر إليهم ولا يجدون في صدورهم حاجة مما أوتوا ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون }⁴، ففي معنى الآية نجد خاصية الإيثار أي حب الشخص للآخر كما يحب لنفسه، والإيثار يعتبر مصدرا للعديد من الإلتزامات التي ترتبط بمبدأ حسن النية، كالإلتزام بالتحذير والنصيحة.⁵

ثانيا - مبدأ حسن النية في التصرفات في السنة النبوية:

يوجد الكثير من الأحاديث النبوية والتي تأمرنا بحسن النية وتنتهي عن سوء النية في التصرفات، إذ أن حسن النية ليس أمرا داخليا قلبيا فحسب وإنما هو سلوك ومظهر في الواقع الخارجي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية السمحاء.⁶

ويظهر لنا من خلال دراسة الأحاديث النبوية أن رسولنا الكريم صلى الله عليه وسلم قد حث على التعامل وبحسن نية، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه

¹ - عبد الحليم عبد اللطيف القوني، المرجع السابق، ص 100.

² - سورة البقرة، الآية 280.

³ - سورة النحل ، الآية 90

⁴ - سورة الحشر، الآية 09.

⁵ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 50.

⁶ - سعد بن سعيد الذيابي ، المرجع السابق ، ص 20.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وسلم مر على صبرة طعام فأدخل فيها، فنالت أصابعه بللا ، فقال : ما هذا يا صاحب الطعام ؟ ، قال : أصابته السماء يا رسول الله، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أفلا جعلته فوق الطعام كي يراه الناس ؟، من غش فليس مني ¹.

يظهر من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن إستعمال الحيل من أجل الحصول على فائدة غير مستحقة، والمعنى القانوني لحسن النية يؤكد ذلك.² ولقد ورد عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله { إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته لله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه }، فالأصل هو حسن النية في جميع التصرفات فلقد إستدل بهذا الحديث على بطلان العقود التي ساءت فيها النية كالبيع بقصد الربا³.

وعن البخاري عن حكيم بن حزام عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنه قال { البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال حتى يتفرقا، فإن صدقا وبينا بورك لهما في بيعهما، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما ⁴ }.

يظهر من هذا الحديث أن نبينا الكريم نهى عن الكذب في البيع وحث على الصدق والأمانة، والصدق والأمانة من المظاهر الأساسية لمبدأ حسن النية وهذا ما يؤكدتها بالإضافة إلى العديد من الأحاديث، كقوله صلى الله عليه وسلم : { لا ضرر ولا ضرار }، فالحديث به نهى شامل لكافة الأعمال والتصرفات التي تحدث أضرار أي حثه على الإبتعاد عن سوء النية.

¹ - بلال عثمانى بلال ، المرجع السابق، ص 50.

² - نفس المرجع، نفس الصفحة.

³ - سعد بن سعيد الذيابي ، المرجع السابق ، ص 20.

⁴ - أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير ، بيروت، 2002، ص 501.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثاً- مبدأ حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي:

إن الأصل في التصرفات الرضائية في الفقه الإسلامي لقوله تعالى : { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم¹ }، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم { إنما البيع عن تراض منكم }.

والتصرفات العقارية كغيرها من التصرفات الأخرى الأصل فيها التراضي في الشريعة الإسلامية، إلا أن التمسك بحرفية الاتفاق قد يؤدي إلى الإجحاف في حق أحد الأطراف، ومنه وجوب تنفيذ التصرف وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية دون الإضرار بأي من طرف أطراف التصرف.

ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يفرض الإفصاح عن جميع العيوب في العقار أو الحق العيني محل المفاوضة، فالكتمان وعدم الصدق أو عدم الإفصاح يخل بمبدأ حسن النية في المعاملات.²

كذلك يمتد المبدأ إلى مرحلة تكوين وتنفيذ وتفسير التصرف، فأثناء مرحلة التكوين يجب إنتفاء أي وسيلة خداعية تجعل الشخص يقبل على التصرف، ويرضى به لولاه، لقوله صلى الله عليه وسلم { إذا بيعت فقل : لا خلاية، ولي الخيار ثلاثة أيام }، وصور الخلاية في التعاقد نجد التغير والتضليل والخيانة.³

والتغير والتضليل والخيانة تعتبر من مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات بأنواعها، فيجب أن يكون التصرف العقاري خال من أي من هذه الصور الثلاثة كونها تعترض ومبدأ حسن النية الواجب توافره في جميع مراحل إبرام التصرف الصحيح.

فبيع الغرر من البيوع المنهي عنها لتنافيها ومبدأ حسن النية، كون الغرر هو الخداع، أي ما له ظاهر محبوب وباطن مكروه، وكذا بيع المجهول والمعدوم ومعجوز التسليم والنجس والمنتجس والتسعير⁴ لتعارض كل هاته البيوع مع مقتضيات حسن النية.

¹ - سورة النساء، الآية 29.

² - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 22.

³ - نفس المرجع، ص ص 22، 23.

⁴ - صالح فركوس، المرجع السابق، ص ص 118، 119.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وبالنسبة لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، ويمتد المبدأ أيضاً إلى تنفيذ العقد كالتعاون بين الطرفين، وعدم التعسف في استعمال الحق، والوفاء بالحقوق، وتنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، كما لا يجوز تعديل شروط العقد دون علم الطرف الآخر، وعلى الدائن إمهال المدين المعسر.¹ كما أكد فقهاء الشريعة الإسلامية على أن النية الحسنة لا تبيح الدخول في الحرام، ومنه فإن التصرفات العقارية التي تقوم على القروض البنكية الربوية مبنية على أسس تقتصر للنية الحسنة ومنه يندم مبدأ حسن النية ضمن هاته التصرفات .

كما أكدوا على جواز طائفة من الخيارات في العقد، (وهو أن يكون المتعاقد الحق أو الإختيار بين إمضاء العقد وفسخه وإبطاله ويكون العقد غير لازم، وأجيز الخيار للحاجة الماسة حتى لا يطغى أحد على مصلحة أحد بدون تحقق رضاه، ولا يستغل عاقد حسن نية العاقد الآخر فيغبنه، وليتمكن كل عاقد من تفحص المعقود عليه، أو إكتشافه أثناء الخبرة أو التجربة، أو لتهيأ له فرصة للتروي والتثبت و المشورة لموازنة حقه مع إلتزامه).²

يلاحظ بأن الشريعة الإسلامية إهتمت بضبط جميع التصرفات بشكل عام بما فيها المعاملات الاقتصادية ذلك لضبط العلاقات التعاقدية بين الأفراد، ولقد تميزت بتعزيزها لمبدأ حسن النية في العلاقات بين الأفراد ضمن أسس ومعايير واضحة المعالم ومضبوطة بشكل صريح ودقيق، تهدف لتحقيق المقاصد الشرعية والمساهمة في تحقيق الأهداف الاقتصادية لجميع أفراد المجتمع.

ومنه يمكن القول أن مبدأ حسن النية في التصرفات بأنواعها مبدأ عرفته الفطرة الإنسانية، وانتقل عبر العصور والأجيال، وتطور مفهومه عبر العصور فمن مبدأ ديني أخلاقي إلى مبدأ قانوني ومن مبدأ مقيد بالشكلية إلى مبدأ يتماشى وسلطان الإرادة، ولقد تأثرت أغلب القوانين الحديثة بهذا المبدأ وإستقت مبادئه من الشريعة الإسلامية، وكذا من القانون الروماني والقانون الكنسي ليتطور في مضمونه ومقتضياته نوعاً ما وهذا ليتوافق

¹ - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق ، ص 23.

² - نفس المرجع، ص 24.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومتطلبات تطور المجتمعات وكثرة المعاملات الاقتصادية، وهذا ما سنتطرق له ضمن المطلب الثاني.

المطلب الثاني : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل بعض التشريعات الحديثة.

إنقل مبدأ حسن النية في التصرفات بأنواعها من التشريعات القديمة إلى التشريعات الحديثة التي تأثرت بأغلب معطياته ومضامينه التي كانت مطبقة ضمن القوانين القديمة، أين عرفته أغلب القوانين الحديثة سواء القوانين الغربية والتي تأثرت بالقانون الروماني والكنسي كالقانون الفرنسي لسنة 1804 والذي تأثرت أحكامه بالقانون الطبيعي، وكذا القوانين العربية والمستمدة أيضا من القوانين الغربية إلا أنه يغلب عليها الطابع الإسلامي وتأثرها بالشريعة الإسلامية .

ومع التطور الاقتصادي تطور المبدأ ليتماشى وتشجيع المعاملات الاقتصادية، إلا أن مضمونه يختلف من قانون لآخر، ومنه ونظرا لكثرة القوانين الغربية والعربية فإنه لايمكننا التطرق لها جميعا، ومنه تم إختيارنا لبعض القوانين لدراستها، فتم إختيار القانون الفرنسي كنموذج عن الدول اللاتينية، والقانون الإنجليزي كنموذج عن الدول الإنجلوسكسونية، والقانون المصري كنموذج عن دول المشرق العربي، القانون الإماراتي كنموذج عن دول الخليج، بالإضافة إلى القانون الجزائري، ومنه تم تقسيم المطلب إلى :

- تطور مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي (الفرع الأول).
- تطور مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون المصري والقانون الإماراتي (الفرع الثاني).
- تطور مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الجزائري (الفرع الثالث).

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي.

إن مفهوم حسن النية في القانون الفرنسي يختلف نوعاً ما عن مفهومه في القانون الإنجليزي ومن هذا المنطلق تم إختيارنا للقانونين، ومبدأ حسن النية في القانون الفرنسي القديم بالقانون الروماني، إلا أنه ومع بداية القرن الرابع عشر (14) عرفه القانون صراحة دون أن يفرد بنص خاص به بسبب تأثير مجموعة جاستينيان على القانون، وبقي الأمر على ما هو عليه حتى قيام الثورة الفرنسية.¹

أما في القانون الإنجليزي فبدأ حسن النية لا يحتل مكانة ثابتة بصفة عامة، فيعد فكرة المقابل أساساً كسبب لإبرام العقد، أي أنها فكرة ذات طابع مادي لا يعتد فيها بالنية بوجه عام كونها تعد أمراً خارجاً عن التصرف وبالتالي إنعقاد العقد بمجرد ما يقابله.²

أولاً- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الفرنسي :

على الرغم من أن مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي يحتل مكانة هامة كونه يعتبر صمام الأمان للعقود والتصرفات، إلا أنه يعطيه مرونة في نظامه كما أن يخفف من مبدأ سلطان الإرادة، حيث يمكن القول أنه يبدو مفهوماً أساسياً لقانون العقد، كما أنه لا يعني أنه مبدأ أصيل، فهو مر في القانون الفرنسي بمرحلتين أساسيتين.³

1- تأثير مبدأ حسن النية في القانون الفرنسي بمبادئ القانون الروماني :

ظل القانون الفرنسي القديم متمسكاً بالقاعدة الرومانية والتي تقضي أن الإنفاقات لا ترتب إلتزامات، وهاته الأخيرة حالت دون تقدم فكرة المقاصد والنيات في العقود والتصرفات⁴ بما فيها التصرفات العقارية.

والقوانين السائدة في فرنسا حتى القرن الثالث عشر (13) كانت مزيج من التقاليد التيتونية والقانون الروماني السابق على عهد جستينيان، حيث أنه وخلال هاته الفترة عرف القانون الفرنسي القديم مبدأ حسن النية ولكن بشكل غير مباشر، والعبرة في التصرفات

¹ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني في نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، مصر، 1981، ص 848.

² - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 26.

³ - رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص ص 183، 184.

⁴ - هدى بن يوب ، المرجع السابق ، ص 17.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

بنية المتعاقد، وعلى القاضي أن يكشف عن هاته النية ويبني عليها حكمه، ومن تطبيقات ذلك إبطال العقد الذي يتم بغش من أحد طرفيه للآخر، وحق فسخ عقد البيع إذا ظهر عيب خفي بالمبيع ولو لم ينص على هذا الحق في العقد.¹

إلا أنه وبعد هاته الحقبة برز دور الإرادة في التصرفات القانونية، الأمر الذي أدى بدوره إلى تقدم دور الباعث والنيات في التصرفات القانونية وبالأخص في ظل النظرية الحديثة للسبب والتي تناها القضاء في فرنسا، بعد أن تم هجر النظرية التقليدية، ومنه تقدم مبدأ حسن النية في التصرفات وأصبح الاهتمام بالباعث والنيات.²

2- إختفاء التقسيم الروماني الخاص بحسن النية في القانون الفرنسي وإعترافه بالمبدأ:

في القانون الفرنسي الحديث إختفى تقسيم القانون الروماني للعقود والتي كانت مقسمة إلى عقود حرفية وعقود حسن النية، وأصبحت كل التصرفات يجب أن تنفذ وفق مقتضيات حسن النية، أي أن كل العقود أصبحت عقود حسن النية، وبذلك لا يمكن لأي طرف التمسك بحرفية العقد، لأن قانون العقد يجب أن يطبق وفقا لروح العقد المفروضة والعادلة.³

وفي سنة 1804 صدر القانون المدني الفرنسي الذي كان متأثرا بنظرية القانون الطبيعي، حيث كان مبدأ حسن النية موضع إعتبار لدى واضعي هذا القانون بإعتباره مفهوما أساسيا لقانون العقد، حيث يرى الفقه الفرنسي أنه يجب الإعتداد بحسن النية في المعاملات وصحة العقد، ولقد نص القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1134 على أنه يجب أن تنفذ الإتفاقات بحسن النية.⁴

ومنه يلاحظ أن القانون الفرنسي إعتد بمبدأ حسن النية في جميع التصرفات حتى العقارية، وجعله مفهوم أساسي لقانون العقد في فرنسا.

¹ - رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي ، المرجع السابق، ص 184.

² - هدى بن يوب ، نفس المرجع، ص 17.

³ -Jean Carbonnier, **droit civil, les obligations** , Tome 4, 22 eme édition refondue, Collection thémis, droit privé, presses universitaires de France (PUF) , Paris, 2000, p226.

⁴ - رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص ص 184، 185.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والقانون الفرنسي لفترة طويلة لم يعتمد القضاء فيه على مبدأ حسن النية إلا نادراً، لدرجة أنه في العديد من المرات إعتبر المبدأ بدون أي فائدة¹.

وفي سنة 1984 ولأول مرة إعتدت محكمة النقض الفرنسية بنص المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي من خلال القرار الصادر في 20 مارس 1985، الذي جاء فيه أن شركة التأمين ليست حسنة النية إذا رفضت التعويض عن سرقة سيارة بحجة أن الجهاز الواقي من السرقة لم يكن من النوع المعتمد من طرفها، في حين أنه لم تقدم الشركة أنه قامت بإرشاد المؤمن له عن الأنواع المعتمدة، وأنها أخذت الأقساط لمدة ثلاث سنوات.²

وفي القانون الفرنسي ونتيجة للتطور أصبح التدليس عيب من عيوب الرضا وتم تجريمه مدنيا متميزا بذلك عن عيب الغلط كونه يتعرض في الوقت نفسه لمبدأ حسن النية التعاقدية والإستقامة التعاقدية وينم عن سوء نية واضحة³، فنص المشرع الفرنسي على مبدأ حسن النية ضمنا من خلال نص المادة 1116 من خلال ردع التصرف المخالف للنزاهة مثلما هو الحال بالنسبة لعيب التدليس⁴، ومنه فالمشرع لم يتجاهل المبدأ ونص عليه صراحة في نص المادة 1134، كما نص عليه ضمنا في العديد من النصوص القانونية.

بالإضافة إلى القانون المدني إعتد المشرع الفرنسي مبدأ حسن النية في العديد من القوانين الخاصة، من بينها قانون حماية المستهلك الذي يعتبر المبدأ منبعا للإلتزام في العقد، فنص المادة 1/111 من قانون المستهلك الفرنسي⁵ يفرض على المهني إلتزاما بالإعلام حول المنتجات والخدمات المعروضة عليه، قبل أن يتم تعميم هذا المبدأ في القانون المدني الفرنسي.⁶

¹ -Jean Carbonnier, *op.cit*, p 227.

² - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 18.

³ - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 12.

⁴ - بلال عثمانى ، المرجع السابق ، ص 55.

⁵ Code français de la consommation, 22 édition , dalloz , paris,2018.

« avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes..... »

⁶ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 56، 57.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما أن قانون العمل الفرنسي¹ أشار إلى الإلتزام بحسن النية في عقد العمل، وهذا ما نجده في نص المادة 6/1221 والتي تلزم المترشح لمنصب العمل على الإجابة وبحسن نية لأسئلة رب العمل، لجعله على بصيرة من إمكانياته ومدى قدرته على ممارسة الوظيفة.²

3- مبدأ حسن النية في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016:

تعتبر سنة 2016 السنة التي ستظل عالقة بذهن كل مهتم بالقانون المدني الفرنسي، كونه القانون العالمي الخالد الذي تجاوز حدود زمانه ومكانه ، ذلك أن هذا التعديل أحدث ثورة تشريعية مست أهم معالم هذا القانون الممثلة في أحكام نظرية الإلتزامات، هاته الأخيرة التي ظلت بدون تغييرات جذرية لقرنين من الزمن منذ صدور قانون نابليون سنة 1804.³

يظهر من خلال التعديل الجديد للقانون المدني الفرنسي لسنة 2016⁴ أن المشرع الفرنسي توجه إلى الإعتراف بنطاق أوسع للإلتزام بمبدأ حسن النية من خلال إدراج نص المادة 1104⁵ والتي جعلت من الإلتزام شاملا لجميع مراحل العقد من المفاوضات إلى التنفيذ بعدما كان يشمل مرحلة التنفيذ فحسب.⁶

فمن بين المسائل التي إستحدثتها تعديل القانون المدني هو تقنيته لمرحلة المفاوضات بصورة صريحة، وجعلها مرحلة مستقلة ومختلفة عن بقية المراحل تحكمها نصوص

¹ - Code français de travail , 80eme édition, dalloz, Paris, 2017-2018.

«le candidat est tenu de répondre de bonne foi a ces demandes d'informations. »

² - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 57.

³ - حمزة بن خدة ، (قراءة في أهم مستجدات القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد الثالث، الرقم 03، العدد 18 لسنة 2018 ، ص 417.

⁴ - Ordonnance n 2016/131, du 10 février 2016, portant réforme du droit de contrat du régime générale et de la preuve des obligations , JORF N 0035 du 11 février 2016. Publier sur le lien : [https:// www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do.jsessionid](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do.jsessionid)

⁵ « les contrats doivent être négociés , formés et exécutés de bonne foi. »

⁶ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 56.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

مستقلة بذاتها، في الوقت الذي كان في القانون المدني الفرنسي قبل التعديل مقتصرًا على مرحلتين أساسيتين وهما الإنعقاد والتنفيذ.¹

كما تبني المشرع الفرنسي الإلتزامات ما قبل التعاقدية كآلية لتحقيق التوازن بين المتعاقد المحترف والمتعاقد المبتدئ²، فأكد على التوجه نحو أخلة العقد بفرض إلتزامات عامة على الأطراف، تجد مصدرها في الإلتزام بحسن نية في العقد، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 1/1112³ والتي نصت على الإلتزام العام بالإعلام.⁴

ومنه تجدر الإشارة إلى أن مصدر الإلتزامات ما قبل التعاقدية هو القانون من خلال نصوص القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، وعليه فلا تخضع لإرادة أطراف العقد المزمع إبرامه، وعليه وبالنظر إلى القواعد المقررة له تعتبر إلزامية ولا يصح العقد إلا باستيفائها و لذلك فالبطلان الذي يلحق العقد هو البطلان المطلق لتخلف شرط جوهرى لصحة العقد.⁵

وعلى إعتبار أن الإلتزام بالإعلام من مقتضيات مبدأ حسن النية، فإن عدم الإلتزام القبلي به يخل بمقتضيات مبدأ حسن النية، ومنه ينتج عن ذلك البطلان المطلق للعقد لتخلف شرط أساسي من شروطه.

ومنه فإنه فيما يخص مبدأ حسن النية فإن المشرع الفرنسي وسع من هذا المبدأ ليشمل كل مراحل التعاقد بداية من مرحلة التفاوض، ولهذا لم يعد هذا المبدأ يثار مرحلة تنفيذ العقد فقط كما كان المشرع الفرنسي ينص عليه في آخر المادة الشهيرة القديمة المادة 1134 " الإتفاقات التي تمت على وجه شرعي تقوم مقام القانون لمن عقدها، ولا يمكن الرجوع عنها إلا برضاء متبادل أو لأسباب يجيزها القانون ، ويجب أن تنفذ بحسن نية "،

¹ - محمد حميداني، (مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي)، حوليات جامعة قلمة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 26، جوان 2019، ص 301.

² - حاتم مولود، (إدراج الإلتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري)، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 02، أكتوبر 2019، ص 74.

³ - « celle des parties qui connait une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer des lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance a son cocontractant. »

⁴ - بلال عثمانى ، المرجع السابق ، ص 56.

⁵ - حاتم مولود، المرجع السابق، ص 81.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وهو ما تبناه المشرع الجزائري، إلا أن أهمية المبدأ وعدالته تحتم مجازاة المشرع الجزائري للمشرع الفرنسي وجعله من العمومية التي يجب إحترامه في جميع مراحل العقد.¹

ثانيا- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الإنجليزي :

تظهر أهمية دراسة مكانة مبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي بالنظر إلى النزعة اللبرالية التي تمتاز بها الدول التي تبنت النظام الإنجلوسكسوني، ما يجعلها تميل إلى الحرية التعاقدية ومبدأ القوة الملزمة للعقد، وتجنب تدخل أي عنصر خارجي عن المتعاقدين من أجل ضمان إستقرار المعاملات.²

ويختلف القانون في الأنظمة الإنجلوسكسونية عن الأنظمة اللاتينية كونه يقوم على أحكام القضاء ومنه فإن القانون يعتبر جامد ومطلق ولا يهتم بالبحث عن النوايا³، ومبدأ حسن النية في التصرفات في القانون الإنجليزي مر بمرحلتين أساسيتين، الأولى لم يهتم فيها بمبدأ حسن النية أما الثانية فهي تقوم على ضرورة توافر مبدأ حسن النية في التصرفات.

1- عدم الأخذ بحسن النية كمبدأ هام في التصرفات في القانون الإنجليزي:

لا يحتل مبدأ حسن النية بصفة عانة مكانا ثابتا في القانون الإنجليزي، فتعد فكرة المقابل أساسا كسبب لإبرام العقد أي نشوء العقد بمجرد ما يقابله، وهي فكرة ذات طابع مادي بما يعني عدم الاهتمام بالنية بصفة عامة بإعتبارها أمر خارجي عن التصرف.⁴ حيث أشار الباحثون أن القانون الإنجليزي لا يعترف صراحة بمبدأ حسن النية في التصرفات، في حين أكد جانب آخر أنه لا وجود لمبدأ الإلتزام بحسن النية في العلاقات الاجتماعية.⁵

والمحاكم الإنجليزية تمتنع عن الإعتداد بمبدأ حسن النية، لعدم تماشيه مع قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ومنه في حال إتفاق الأطراف على شروط محددة فليس هناك ما

¹ - حمزة بن خدة ، المرجع السابق، ص 426.

² - بلال عماني ، المرجع السابق، ص 57.

³ - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - سعد بن سعيد الذيايي، المرجع السابق، ص 26.

⁵ - بلال عماني ، المرجع السابق، ص 58.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

يدعو لتعديلها أو تغييرها أو تعطيلها إستنادا لمخالفتها لحسن النية، فهي في نظر العدي من الفقهاء تعتبر شكل من أشكال السلوك لامتثل إلزاما أو واجبا قانونيا يجب إتباعه.¹ ويتبين أن القانون الإنجليزي يمتاز بخاصية عدم الإنحصار والغلق وذلك في البحث عن إيجاد مبادئ عامة غير جديدة تتعلق بإيجاد حلول للنزاعات المعروضة، وإنما يمتاز بالبحث عن إيجاد مجموعة من الحلول التي تعالج إشكالية الثقة أو المصلحة المنتظرة من العقد، ومنه فلا وجود لإعتراف صريح لمبدأ حسن النية في المفاوضات في القانون الإنجليزي.²

وكما أنه وفي مجال تفسير العقود فإن النهج الأكثر إتباعا من قبل القضاة هو التفسير الحرفي دون اللجوء للنية المشتركة للمتعاقدين بخلاف القانون الفرنسي والذي يعتمد على النية المشتركة للمتعاقدين في تفسيره للعقود، فكان من النادر إثارة المسؤولية ما قبل التعاقدية.³

وبالنسبة للتصرفات العقارية فقد صاحب رفض الإلتزام بمبدأ حسن النية في القانون الإنجليزي إجتهد قضائي سار على النهج نفسه، وفي هذا الصدد نشير إلى قرار الغرفة العليا في برلمان المملكة المتحدة والتي تعتبر أعلى جهة قضائية في بريطانيا، والتي رفضت الغرفة الأخذ بحسن النية في المفاوضات في قضية بيع عقار حيث أدرج الطرفين بند lock in agreement ، هذا الأخير الذي يمنع على البائع التفاوض مع طرف ثالث طيلة مرحلة المفاوضات بين الطرفين، حيث أن البائع لم يحترم هذا البند وباع العقار إلى شخص ثالث تفاوض معه في نفس الوقت مع المتفاوض الأول، مما أدى بعرض النزاع على القضاء للمطالبة بالتعويض لأن البائع مرتبط ببند ضرورة مواصلة المفاوضات بحسن نية وأن دخوله في مفاوضات مع طرف آخر يعد خرقا للشرط.⁴

¹ - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 26.

² - Tisseyre Sandrine, **le rôle de la bonne foi en droit des contrat(essai d'analyse a la lumière du droit anglais et du droit européen)** , P.U.A.M , Marseille,2012,p49.

³ - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 27.

⁴ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص ص 58، 59.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ولقد رفضت الغرفة العليا للبرلمان البريطاني طلبات المشتري وقضت بعدم مشروعية الشرط في التفاوض وبحسن نية إذا لم تقترن بأجل معين على إعتبار أنه لا يمكن للبائع البقاء على طاولة المفاوضات للأبد.¹

وعلى الرغم من الموقف الراض لمبدأ حسن النية في التصرفات والعقود العقارية، إلا أن القانون والقضاء قد تطلبا ضرورة توافر حسن النية في بعض العقود التي تتطلب الثقة والإلتزام كعقد التأمين، وعقد نقل البضائع، وعقد الوكالة، فهي من العقود التي تقوم على علاقة خاصة بين الطرفين والتي تتطلب منتهى حسن النية.²

2- الإعتراف بحسن النية كمبدأ عام في التصرفات في القانون الإنجليزي:

لم يساير القضاء القانون الإنجليزي، وأصبح يتعامل بمرونة في القضايا المطروحة عليه وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية، فكان أول ظهور لهذا المبدأ من طرف القضاء الذي أبطل الكثير من الإتفاقات والمعاملات المخالفة للنظام العام والآداب العامة إستنادا إلى عدم مشروعية المحل في بعض العقود، وهذا ما يؤكد أن مبدأ حسن النية في الصرفات القانونية في القانون الإنجليزي قام على يد القضاء.³

فظهرت في إنجلترا نوعان من المحاكم محاكم القانون ومحاكم العدالة هاته الأخيرة والتي تعد بمبدأ حسن النية، إذ كان مبدأ يعتمد عليه القضاة في هذه المحاكم، وهذا لا يعني أن القانون الإنجليزي يجهل كليا مبدأ حسن النية إذ يفرضه كواجب عام في بعض العقود لأن التنفيذ لا يعد تطبيقا لمبدأ حسن النية كإلتزام مفروض على عاتق الأطراف.⁴ كما أنه ظهر في القانون الإنجليزي العديد من المفاهيم والتي تقترب من حسن النية، تدخل أغلبها ضمن مفهوم شامل وهو equity ، مثل عبارة fiduciary relationship والتي يمكن إعتبارها حسب بعض المؤلفين كإلتزام بحسن نية والثقة بين المتعاقدين، فتستعمل هاته العبارة في العقود التي تكون الثقة عنصر جوهرى فيها كالعقد الذي يربط المحامي بموكله.⁵

¹ بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 59.

² - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 28.

³ - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 14.

⁴ - رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص ص 179، 180.

⁵ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 60.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

بالإضافة إلى وجود العديد من القوانين واللوائح التي تم سنها بهدف حماية المتعاقدين ضد الممارسات التعسفية، و التي تعد مظهرا من مظاهر سوء النية، ومن بينها:¹

- القانون الصادر سنة 1977 والمتعلق بالشروط التعاقدية المجحفة، حيث منح للمحاكم سلطات واسعة لإلغاء تلك الشروط أو تعديلها.

- التوجيه الصادر سنة 1986 عن المجموعة الأوروبية بالتنسيق مع الدول والخاص بضرورة الإعتداد بحسن النية في الأداء .

- القانون الإنجليزي سنة 1993 والذي إعتد بالتوجيه الأوروبي لسنة 1986.

- اللائحة الصادرة سنة 1994 والمتعلقة بالشروط التعسفية في عقود المستهلكين والتي تجيز إستبعاد أي شرط لم يتم التفاوض بشأنه ويتعارض ومبدأ حسن النية .

- مرسوم سنة 65/2002 والذي أضاف توجيهات جديدة بشأن الخدمات المالية التسويقية.

- كما تضمن القانون الإنجليزي صراحة مبدأ حسن النية في قانون حماية المستهلك الصادر سنة 1979 والذي يحتوي على توجيهات الوحدة الأوروبية بشأن حماية المستهلك²، كما أن قانون الشروط غير العادلة لتعاقدات المستهلك سنة 1999 والمسمى UTCCR نص على أن الشرط يعد غير عادل إذا كان يتعارض مع متطلبات حسن النية، أي أن الشرط لا يعد عادلا إذا لم يتم التفاوض عليه على حده وإذا كان يسبب عدم توازن واضح في حقوق والتزام الطرفين.³

وبعد دراسة كل من تطور المبدأ ضمن كل من القانونين الفرنسي والإنجليزي، يلاحظ أن القانون الإنجليزي أكثر ليونة من الفرنسي، على أساس أنه يعتمد في تطوره على رؤية جوهرية للقانون الروماني، فيتضح أن القضاء الإنجليزي وضع آلية قانونية خاصة تمكن

¹ - سعد بن سعيد الذيابي، المرجع السابق، ص 31، 32.

² - محمود فياض، (مدى إلتزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض في العقد)، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، سنة 2013، 224.

³ - أمير طالب هادي، (فعالية مبدأ حسن النية في إتفاقية فينا عام 1980)، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد 7، سنة 2018، ص 583.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

من فرض تنفيذ الوعد والحيلولة دون التراجع عن الوفاء به، وذلك رغبة منه في خلق جو من الثقة بين المتعاقدين تدعى ¹.promissory estoppel.

فالقضاء الإنجليزي هو من فرض مبدأ حسن النية ليصبح مبدءاً قانونياً بعد أن كان غير معترف به قانوناً وقضاءاً في الفترات الماضية.
الفرع الثاني : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون المصري والقانون الإماراتي.

لقد تبنت أغلب التشريعات العربية السياسة المنتهجة من طرف المشرع الفرنسي في العديد من القوانين، فأغلب القوانين المدنية العربية مستمدة من القانون المدني الفرنسي، بل في أغلب الأحيان نجد العديد من المواد مقتبسة حرفياً من هذا الأخير.

والمشرع الفرنسي نص على مبدأ حسن النية كمبدأ عام قبل تعديل القانون المدني الفرنسي لسنة 2016، فارتبط المبدأ بتنفيذ الإلتزام والحياسة فحسب، وهذا ما إعتمده العديد من التشريعات العربية من بينها القانون المصري وكذا قانون المعاملات المدنية الإماراتي مع وجود إختلاف جزئي كون التشريعات العربية ترتبط بالشرعية الإسلامية في العديد من المعاملات والتصرفات القانونية .

أولاً- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون المصري :

يعد مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي يعترف بها القانون المصري القديم والحديث، والذي تأثر بمبادئ الشريعة الإسلامية كما تأثر بالقانون الفرنسي (قانون نابليون) هذا الأخير الذي تأثر بالقانون الروماني، فهو يعتبر مبدأ مألوف ومن الصعب إنكاره سواء في القانون المدني المصري أو قوانين أخرى متفرقة، ولقد إمتاز القانون المدني المصري كغيره من القوانين المدنية العربية بعدم وجود تعريف صريح وواضح لمبدأ حسن النية، إلا أنه قد نص ضمناً على المبدأ في العديد من النصوص القانونية المختلفة والمتفرقة.

¹ - نجوى الرويني، (مقارنة في أسس تكوين العقد)، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 03، 2019، ر د م د 2605-7476، ص11.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

1- عدم وجود تعريف صريح و واضح لمبدأ حسن النية في القانون المدني المصري: على الرغم من أن القانون المدني المصري نص في المادة 147¹ منه على أن " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون"، فقد نصت المادة 148 من القانون المدني المصري على أنه " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتهل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

هاته الأخيرة والتي تعتبر أساساً قانونياً يفرض على المتعاقدين على حد سواء تنفيذ العقد وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التصرفات، أي في النطاق الذي لا يتعارض مع ما يرسمه مبدأ حسن النية من مقتضيات.

فتقرر هذه المادة مبدأ حسن النية كميّار يحكم العلاقة بين المتعاقدين، فالمبدأ يقتضي عدم المساس بمقتضياته المرتبطة بالأخلاق والعرف والعدالة، والمتمثلة في العديد من العناصر كالإلتزام بالإعلام.

وعلى الرغم من تطبيق مبدأ حسن النية في القانون المدني المصري القديم، والنص عليه في القانون المدني الحالي وصدور العديد من الأحكام القضائية المشيرة إلى تطبيقه إلا أنها خلت من تعريف مبدأ حسن النية.²

ومنه حاول فقهاء القانون المصريين محاولة تبيان خصائصه والتي يمكن إجمالها في عنصرين:³

- يعتبر مبدأ حسن النية موقفاً إيجابياً بمعنى التعاون بين طرفي العقد على تكوينه وتنفيذه.

- يعتبر مبدأ حسن النية موقفاً سلبياً أيضاً بعد إتخاذ مسلك ينطوي على غش أو سوء نية.

¹ - قانون رقم 131 لسنة 1948 بإصدار القانون المدني، وفقاً لآخر تعديل صادر في 16 يوليو 2011.

² - رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص 185.

³ - يحي أحمد بني طه، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود (دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي)، عمان ، الأردن، ص28، بحث منشور على الموقع الإلكتروني : <http://www.mohamah.net/answer/78821/k>

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- مواطن مبدأ حسن النية في القانون المصري :

إقتصر المشرع المصري على ذكر مبدأ حسن النية في القانون المدني المصري على تنفيذ العقد والحيازة، مع الإشارة إليه ضمناً في نصوص متفرقة، فقد نصت المادة 148 منه المذكورة أعلاه على تنفيذ العقد وبحسن نية، كما وردت في نصوص عديدة مرتبطة بالحيازة، حيث نصت المادة 1/965 على أنه " يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير...."¹

كما حرص أيضاً قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، على ذكر مبدأ حسن النية والإلتزام به صراحة كما هو الحال في المادتين 96 و 98 أو ضمناً في المادة 101، حيث أن ذلك يكشف عن وظيفة مبدأ حسن النية والتي تتمثل في أنه الإطار العام والروح التي يجب أن تسود تفسير العقد وتنفيذه.²

ومبدأ حسن النية في القانون المصري كغيره من القوانين يعتبر قاعدة قانونية واضحة و ثابتة في ظل القانون ، وهذا ما أقرته محكمة النقض المصرية في العديد من قراراتها من بينها القرار الصادر في الطعن رقم 10761 لسنة 1977³ مبدأ حسن النية من المبادئ العامة التي تسود العقود جميعها، المادة 1/148 ضمن مواد القانون المدني التي أشارت إليه، مقتضاها تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبما يوجبه حسن النية." . القاعدة " المقرر أن من المبادئ العامة التي تسود العقود جميعها مبدأ حسن النية الذي أشارت إليه مواد القانون المدني في أكثر من موضع، كالمادة 1/148 التي توجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية."

¹ - نوري حمد خاطر، (وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985 - دراسة مقارنة -) ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، السنة الخامسة، العدد التسلسلي (17)، جمادى الآخرة 1438 هـ، مارس 2017 م ، ص 40.

² - رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص 186.

³ - الموقع الإلكتروني : <https://www.cc.gov.eg> ، تاريخ الإطلاع : 2021/08/25، ساعة الإطلاع :

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وبالنسبة للتصرفات العقارية نجد الطعن رقم 10093 لسنة 1984¹ ، الدوائر المدنية جلسة 2018/04/21، " الوضع الظاهر، نفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق، شرطه أن يكون صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا في ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق ". القاعدة: " المقرر في قضاء محكمة النقض أنه يشترط لنفاذ التصرف المبرم بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق قد أسهم بخطئه سلبا أو إيجابا في ظهور المتصرف على التو بمظهر صاحبه مما يدفع الغير حسن النية إلى التعاقد معه للشواهد المحيطة بهذا المركز والتي من شأنها أن تولد الاعتقاد الشائع بمطابقة هذا المظهر للحقيقة. ".

ومنه يظهر أن المشرع المصري والقضاء إعتدا مبدأ حسن النية في جميع التصرفات القانونية بما فيها التصرفات العقارية كون المبدأ يلعب دورا أساسيا ضمن هاتاه الأخيرة خصوصا فيما تعلق بالحياة.

ثانيا- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتية:

لا يختلف قانون المعاملات المدنية الإماراتي عن السياسة المنتهجة ضمن القانون المدني المصري فيما يخص مبدأ حسن النية، فقد إعتد نص المادة 148 من القانون المدني المصري حرفيا، حيث نصت المادة 1/246 على أنه² " يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. "، كما نصت المادة 1312 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه " يعد حسن النية من يحوز الشيء وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره."³

فمن هنا يلاحظ أن المشرع الإماراتي إعتد النصوص القانونية المصرية حرفيا والمرتبطة بمبدأ حسن النية ضمن القانون المدني، فهو لم يعرفه أيضا وإنما وضح

¹ - الموقع الإلكتروني : <https://www.cc.gov.eg>، تاريخ الإطلاع : 2021/08/25، ساعة الإطلاع : 19:49.

² - قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الإتحادي رقم 05 لسنة 1985 م ، والمعدل بالقانون الإتحادي رقم 01 لسنة 1987 م ، سلسلة كتيب الجيب القانوني 06، لتشريعات دولة الامارات العربية المتحدة، قسم الدراسات والبحوث، معهد دبي القضائي، 2017 م - 1438 هـ،.

³ - نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 40.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

مقتضياته، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي نص على العديد من المواد المرتبطة بمبدأ حسن النية ضمنا دون النص على المبدأ صراحة ضمنها.

ولقد إرتبط العديد من النصوص القانونية بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية أهمها :

1- حالة عدم علم المتعاقد بالتغيير الواقع على الآخر :

تنص المادة 190 من قانون المعاملات المدنية الإماراتية بأنه " إذا صدر التغيير من غير المتعاقدين وأثبت من غرر به أن المتعاقد الآخر كان يعلم بالتغيير جاز له فسخه .¹

والتغيير هو الخداع والغش الذي يمارس من طرف أحد المتعاقدين، وهو مفهوم مخالف لمقتضيات مبدأ حسن النية ومنه فإن المشرع الإماراتي يعترف من خلال هاته المادة وضمنا بمبدأ حسن النية لأن التغيير مصطلح مرادف لمفهوم سوء النية.

2- العلم المرتبط بالوضع الظاهر :

قد يخلق الوضع الظاهر إعتقادا بأنه هو الحقيقة التي يعترف بها القانون إما حماية للمدين حسن النية أو حماية للغير حسن النية والوكيل الظاهر، وفي هذا الإطار تنص المادة 320 من قانون المعاملات المدنية على أنه " من أدى شيئا ظانا أنه واجب عليه ثم تبين عدم وجوبه فله إسترداده ممن قبضه إن كان قائما ومثله إن لم يكن قائما."، ومنه يستطيع الدائن الدفع بعدم الرد إذا كان يعتقد وبحسن نية أن الوفاء تم بناء على أمر من المدين.²

3- العلم والبناء على أرض الغير :

وفقا لقانون المعاملات المدنية الإماراتي³ فإنه إذا أحدث شخصا بناء أو غراسا أو منشآت في أرض الغير معتقدا بحسن نية ملكيته للأرض، فإنه يتملك الأرض بثمن مثلها والمحدثات، طبقا لقواعد الإلتصاق إذا كانت الأخيرة أعلى قيمة من الأرض، أما إذا

¹ نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 47.

² نفس المرجع، ص ص 52، 53.

³ نص المادتين 1270، 1271 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المرجع السابق، ص ص 232، 233.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كانت أقل فله الحق في مطالبة المالك الحقيقي بقيمة المحدثات وهي قائمة، وقد عبر القانون الإماراتي عن حسن النية بالزعم الشرعي.¹

أما في حال ما إذا كانت الأرض مقيدة في السجل العقاري فإنه ليس من حق الشخص الذي ينشيء محدثات على الأرض أن يدعي حسن النية، لأن وجود القيد يعد إشهاراً كافياً لملكية الأرض للغير.²

ومن هنا يتضح أن الشهر يعتبر قيداً على مبدأ حسن النية في القانون الإماراتي، في حالى البناء على أرض الغير المشهورة .

4- الحيابة وحسن النية :

في حال ما إذا كان محل الحيابة عقاراً فيشترط مضي سبع سنوات شريطة أن لا يكون العقار مقيد في السجل العقاري طبقاً للمادة 1318، فإذا كان له قيد ينقلب الحائز سيء النية من وقت بدء الحيابة لأن التسجيل فيه معنى الإشهار ، فالعلم مفترض لدى الحائز بأنه يعتدي على حق الغير.³

ومن خلال ما ذكر أعلاه يتضح لنا أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي إعتد مبدأ حسن النية كمبدأ عام في تنفيذ العقود، حيث نص على ذلك صراحة دون تعريفه، أما بالنسبة للتصرفات العقارية فقد نص القانون الإماراتي على مبدأ حسن النية ضمناً في العديد من النصوص القانونية المرتبطة بالعقارات، سواء بالنسبة للملكية أو الحيابة أو البناء في ملك الغير، إلا أنه يلاحظ أن المبدأ مقيد بعملية القيد والشهر في السجل العقاري التي تخفف من فعالية المبدأ وتجعله مقيداً.

¹ نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 55.

² - نفس المرجع ، ص 55.

- المادة 1277 تقضي بأنه لا تنتقل ملكية العقار والحقوق العينية العقارية الأخرى إلا بالتسجيل.

³ - نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 56.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : تطور مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الجزائري
إن الجزائر قبل الاحتلال الفرنسي كانت خاضعة للحكم العثماني، ومنه كانت
الشريعة الإسلامية أساساً للتشريع على كل المستويات، على الرغم من وجود العديد من
الأعراف، ومنه فإن التصرفات القانونية بأنواعها وبما فيها العقارية كانت خاضعة لمبادئ
الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن مبدأ حسن النية كان يحتل مكانة هامة و بارزا بشكل
ملحوظ خلال هاته الفترة من منطلق أنه يعتبر من أسمى وأرقى المبادئ الأخلاقية التي
كرستها الشريعة الإسلامية في العديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية، بالإضافة إلى
آراء الفقهاء الإسلاميين.

ومع الاحتلال الفرنسي للجزائر سنة 1830، حاول هذا الأخير طمس الهوية
الجزائرية بإستبعاد الشريعة الإسلامية وتطبيق القوانين الغربية آن ذاك، أي تطبيق القانون
الفرنسي والذي كان متأثراً بالقانون الروماني، ومنه فإن مبدأ حسن النية في التصرفات
أصبح مبدأ قانوني.

وغداة الإستقلال صدر القانون 62-157¹ المؤرخ في 31 ديسمبر 1962
والمتضمن تمديد سريان العمل بالقوانين الفرنسية السارية المفعول ما لم تمس بالسيادة
الوطنية، حيث أنه بقي العمل بالقانون المدني الفرنسي مدة طويلة إلى غاية سنة 1975
أين تم إصدار القانون المدني الجزائري 58/75، والذي نص على مبدأ حسن النية
صراحة في نص المادة 106 منه، وضمنا في العديد من النصوص.

وما أثر على مبدأ حسن النية في التصرفات هو صدور الأمر 70-91² المؤرخ في
1970/12/15 المتضمن مهنة التوثيق، هذا الأخير الذي بدأ سريانه إبتداء من
1971/01/01، والذي جاء بنص المادة 12 التي نصت على الكتابة الرسمية في جميع
التصرفات المرتبطة بالعقار تحت طائلة البطلان المطلق.

ومنه ومن خلال هذا فإنه يمكن أن نقسم تطور مبدأ حسن النية في التصرفات
في القانون الجزائري إلى ثلاث فترات أساسية :

¹ - القانون 62-157، المؤرخ في 31/12/1962، الرامي إلى تمديد- حتى إشعار آخر- لمفعول التشريع النافذ إلى
غاية 31/12/1962، فيما عدا الأحكام المخالفة للسيادة الوطنية.

² - الأمر 70-91، المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن تنظيم التوثيق، جريدة رسمية العدد 107، لسنة 1970.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- قبل صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975 :

قبل صدور القانون المدني الجزائري مر مبدأ حسن النية في التشريع الجزائري بمرحلتين أساسيتين، فبداية بقي القانون المدني الفرنسي ساري المفعول ومنه فإن مبدأ حسن النية كما تطرقنا في الفرع السابق أن القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 كان متأثراً بنظرية القانون الطبيعي، حيث كان مبدأ حسن النية موضع إعتبار لدى واضعي هذا القانون بإعتباره مفهوماً أساسياً، حيث يرى الفقهاء أنه يجب الإعتداد بحسن النية في المعاملات وصحة العقد، ولقد نص القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1134 على أنه يجب أن تنفذ الإتفاقات بحسن النية.

ومنه يلاحظ أن القانون الفرنسي إعتد بمبدأ حسن النية في جميع التصرفات حتى العقارية، وجعله مفهوم أساسي لقانون العقد في فرنسا.

كما أنه خلال تلك الفترة إنتشرت الأفكار الإشتراكية ومناداتها بالعدالة الاجتماعية وحماية الفئات الضعيفة ومنع إستغلال الإنسان لأخيه الإنسان ومحاربة الإمبريالية، كانت ذات تأثير كبير على ذهنية المشرع جعلته يعتقد أن السبيل الوحيد لإقامة مجتمع جزائري عصري يعيش في رفاهية وإزدهار لن يتحقق إلا من خلال المنهج الإشتراكي.¹

ومبدأ حسن النية من المبادئ التي تقوم على العدالة الاجتماعية وحماية الفئات الضعيفة ومنع الإستغلال ومنه فإنه كان يعتبر من المبادئ الأساسية بالنسبة للجماعة دون الفرد.

وما يلاحظ على هاته الفترة تلك المفارقة العجيبة بين الخطاب السياسي الذي يقوم على التوجه الإشتراكي القائم على تقديس الجماعة على حساب الفرد، والقانون المدني الفرنسي الساري المفعول والذي كان مجسداً للتوجه الليبرالي القائم على النقيض أي تقديس الفرد على حساب الجماعة، وأحكام الشريعة الإسلامية والتي تقيم توازناً محكماً بين الأمرين.²

¹ - شوقي بناسي، (تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الإلتزامات أنموذجاً)، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 30، العدد 3، ص ص 147، 148.

² نفس المرجع، ص 148.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه فإن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تضارب خلال هاته الفترة بين النهجين الإشتراكي والليبرالي وكذا أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية السمحاء.

ثانيا- قبل صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975 وصدور الأمر 70-91:

خلال سنة 1970 صدر قانون التوثيق 70-91 المؤرخ في 15/12/1970، والذي بدأ سريانه من تاريخ 1971/01/01، إذ ألزمت المادة 12 منه إضفاء الطابع الرسمي على جملة من العقود، مما يعد إعادة نظر في مبدأ الرضائية، أي المساس بمبدأ الحرية التعاقدية، كما أن السلطة الجزائرية آنذاك أصدرت العديد من القوانين تعمل على تشييد المجتمع الإشتراكي، وفي ذات الوقت لا تتماشى والقانون المدني الفرنسي أهمها قانون الثورة الزراعية 71-73¹، والأمر 71-74² المتعلق بالتسيير الإشتراكي للمؤسسات³.

فوجد المادة 12 من قانون التوثيق تنص على أنه " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق."

ومنه فإن هاته المادة جعلت من الشكلية الرسمية ركنا أساسيا في العقود المرتبطة بالعقارات والحقوق العينية، وبالتالي فإن ذلك يعتبر مساسا بحرية التعاقد التي يعتبر مبدأ حسن النية ضمنها أساسا يمكن من خلاله الحد من التجاوزات التي تحدثها هاته الحرية.

¹ - الأمر 71-73، المؤرخ في 1971/11/08، المتضمن قانون الثورة الزراعية، جريدة رسمية عدد 97 لسنة 1971، المؤرخة في 1971/11/30.

² - الأمر 71-74، المؤرخ في 1971/11/16، المتضمن قانون التسيير الإشتراكي.

³ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 149.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثا- صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975 وإقرار مبدأ حسن النية صراحة وضمنا:

خلال سنة 1975 تم صدور القانون المدني الجزائري، والذي يعتبر نقلا عن القانون المدني الفرنسي، حيث أن واضعي القانون إعتمدوا النسخة الفرنسية للقانون المدني المصري، ثم قاموا بتعديلها من خلال حذف بعض الأحكام وفي نفس الوقت إضافة أحكام مهمة من قانون نابليون وبعض قرارات الإجتهااد القضائي الفرنسي، حيث إستعانوا في الترجمة إلى اللغة العربية بالنسخة العربية للقانون المدني المصري، فجاء القانون المدني الجزائري وفيها لتصورات قانون نابليون، ونقلا شبه حرفي عن القانون المدني المصري.¹ ومنه فإن مبدأ حسن النية في القانون الجزائري إستمد مكانته من القانون المدني الفرنسي، حيث يري الأستاذ علي علي سليمان (أن حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي (le bon père de famille).²

ومبدأ حسن النية في التصرفات يجد مكانته في القوانين التي تعطي دورا أساسيا للباعث، فعن طريق مراقبة مشروعية الباعث يفرض القانون الأخلاق على دائرة التعاقد بين الأفراد وفي معاملاتهم الخاصة، وهو بذلك يراقب مشروعية الباعث والنوايا،³ والمشرع الجزائري نص على فكرة الباعث في المادة 97 ق.م.ج (إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلا).

والمشرع الجزائري نص على مبدأ حسن النية صراحة ضمن نص المادة 107 من القانون المدني، على الرغم من نصه في المادة 106 على أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه ليس هناك عقود تحكم فيها المباني دون المعاني، وهو ما يؤكد إجتهااد المحكمة

¹ - شوقي بناسي، المرجع السابق، ص 150.

² - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 97.

³ - محمد حسين منصور، سمير عبد السيد تناغو، القانون والإلتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الإلتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد وأحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997، ص 85.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

العليا¹ (لمن السهل أن يتقدم المتقاضي أمام المحكمة يطلب فيها إبطال البيع بحجة عدم صياغته في الشكل التوثيقي بينما يكون هو الذي امتنع عن تطبيق أحكام المادة 361 ق م وعليه يجب القول أن البيع موضوع الخصام صحيح وأركانه متوفرة).²

ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون المدني الجزائري يرتبط بالعديد من النصوص القانونية وذكر في العديد من المواطن بطريقة غير مباشرة وتتمثل هاته النصوص في :

نص المادة 82 المرتبطة بالغلط الجوهري، المادة 85 والتي تنص على أنه ليس لمن يقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به مبدأ حسن النية، المادة 107 والتي تتمثل في وجوب تنفيذ العقد وطبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية، المادة 359 والتي تقضي في فقرتها الثالثة أن دعوى تكلمة الثمن بسبب الغبن لا تلحق ضررا بالغير حسن النية إذا كسب حقا عينيا على العقار المبيع، المادة 373 والتي تنص على أن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو إترف عن حسن نية بحق الغير، المادة 399 والمتعلقة بإبطال البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم ، المادة 409 والمتعلقة بالبيع في مرض الموت والتي تقضي أنه لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع، المادة 485 والتي نصت على المستأجر حسن النية، المادة 501 والتي نصت على المنقولات القابلة للحجز في العين المؤجرة والمثقلة بإمتياز، المواد 785، 788 و 791 والمنصوص عليها ضمن القسم الثالث والخاص بالإلتصاق بالعقار، المادة 814 والمتعلقة بإنتقال الحياة إلى الخلف العام بجميع صفاتها، المادة 819 والمتعلقة بدعوى إسترداد الحياة، المادة 824 والتي تنص على أنه يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير، المادة 825 والمتعلقة بزوال صفة الحائز حسن النية، المادة 828 والمتعلقة بوقوع الحياة على عقار أو حق عيني عقاري، المادة 842 والمتربطة

¹ - قرار المحكمة العليا رقم 116541، بتاريخ 1994/11/30، غير منشور، أشار إليه عمر بن سعيد، الإجتهد القضائي وفقا لأحكام القانون المدني، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2004، ص 233، 234 مقتبس عن بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 19.

² - بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 19.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

بالمسرولية في حالة الهلاك، المادة 885 والمتعلقة بالرهن الرسمي، المادة 933 والمتعلقة بإنقضاء الرهن الرسمي، المادة 985 والخاصة بحقوق الإمتياز، المواد 995،996 و997 والمتعلقة بحقوق الامتياز العامة.

وبمفهوم المخالفة لحسن النية تضمنت العديد من النصوص القانونية مصطلح سوء النية أهمها المادة 309 والمتعلقة بالتقادم المسقط، المادة 375 والخاصة بنزع اليد الكلي عن المبيع، المادة 540 والمرتبطة بالتزامات المعير، والمواد 814، 825، 843 المتعلقة بالحيازة.

بالإضافة إلى القانون المدني تم تكريس المبدأ ضمن قوانين أخرى متفرقة أهمها القانون 09-03¹ المعدل والمتمم سنة 2018 المتعلق بحماية المستهلك، والذي تضمن العديد من مقتضيات المبدأ.

¹ - القانون 09-18 ، المؤرخ في 10 يونيو 2018، المعدل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 35 لسنة 2018.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الثاني : الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إن مبدأ حسن النية مبدأ أخلاقي قانوني ظهر مفهومه في المجتمعات البدائية حيث كان مرتبطاً بسلوك الأفراد، ليصبح مع الوقت مبدءاً قانونياً متعارف عليه دولياً، ومفهوم مبدأ حسن النية يرتبط بالدور الأساسي المنوط به، فمفهومه في التصرفات يختلف باختلاف نوع التصرف.

وحسن النية في القانون يرد في ثلاثة مواضع فقد يرد في القانون المدني أو القانون الجنائي كما قد يرد في القانون الدولي، وهو في كل موضع من هذه المواضع له معنى يختلف عن الآخر¹، وما يهمنا في هاته الدراسة هو مفهوم مبدأ حسن النية في القانون المدني وتحديداً في التصرفات العقارية التي تختلف ويختلف مفهوم مبدأ حسن النية ضمنها، فمفهوم المبدأ يختلف من حالة لأخرى ووفقاً للمجال القانوني الذي يتمحور حوله، ففي مرحلة المفاوضات العقدية يقتضي الشرف والأمانة والثقة المتبادلة، أما في مرحلة التعاقد وكسب الحقوق فإنه يقتضي توافر عدم العلم بالعيب الذي يشوب التصرف، أما في نطاق التنفيذ فيعني الإستقامة والأمانة².

كما أن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يمتاز بخصوصية تجعل من مضمونه مختلفاً ضمنها ويظهر ذلك من خلال الطبيعة القانونية للمبدأ والمظاهر التي يقوم عليها والمتمثلة في الإستقامة والنزاهة، الثقة المشروعة، الأمانة والإخلاص ، بالإضافة إلى الطابعين الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية والتي ترتبط بالتصرفات العقارية من خلال حماية الحائز والغير حسني النية.

ومنه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية عموماً في جميع التصرفات والتي تشمل أيضاً التصرفات العقارية، من خلال محاولتنا توضيح مفهوم المبدأ وذلك عن طريق تعريفه، مع تطرقنا للإتجاهات الفقهية المحددة لمعايير مبدأ

¹ - حسن بن هندي بن محمد العماري، حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية، سلسلة الرسائل الجامعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ، 2008 م، ص 26 ، متوفر على الموقع الإلكتروني لمكتبة نور الإلكترونية.

² عهود أحمد حسين خليفات، (مدى إنسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية، دراسة تحليلية)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، مارس 2020، ص 579.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

حسن النية في التصرفات العقارية مع تمييزه عما يشابهه، مع توضيحنا لخصوصية هذا المبدأ في التصرفات العقارية وذلك عن طريق تطرقنا لطبيعته القانونية، مع تطرقنا للطابعين الشخصي والموضوعي له وكذا توضيح أساسه في هذا النوع من التصرفات، ومنه قسمنا هذا المبحث إلى :

- مفهوم مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الأول).

- خصوصية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : مفهوم مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية .

على الرغم من تطرق العديد من القوانين لمبدأ حسن النية كالقانون المدني و قانون حماية المستهلك، وغير ذلك من القوانين إلا أن القانون الجزائري كغيره من القوانين لم يتطرق لتعريف مبدأ حسن النية، وترك المجال للفقهاء للقيام بذلك.

وتحديد مفهوم مبدأ حسن النية له أهمية بالغة في معرفة الدور الذي يلعبه المبدأ في إطار التصرفات القانونية، كون أن القضاء الفرنسي إعتد عليه في الكثير من الأحيان لخلق إلتزامات جديدة، وينطلق الفقه من صعوبة إيجاد تعريف جامع مانع للمبدأ، ويرجع ذلك للعديد من الأسباب أهمها أن معنى المبدأ يتحدد بحسب الدور الذي يلعبه إلا أنه يتمتع مبدأ حسن النية بأدوار عدة متباينة مما يؤدي لإختلاف المعنى المقصود.¹

وبناء على ذلك قسمنا هذا المطلب إلى :

- تعريف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الأول).

- الإلتجاهات الفقهية المحددة لمعايير مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الثاني).

- تمييز مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عما يشابهه (الفرع الثالث).

¹ - فاطمة الزهراء زيتوني ، (بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد)، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016، ص 432.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : تعريف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

سنتطرق خلال هذا الفرع إلى تعريف مبدأ حسن النية إنطلاقاً من إعتباره مصطلحاً مركباً ضمن العنصر الأول، لنتطرق ضمن العنصر الثاني إلى التعاريف الفقهية المختلفة لمبدأ حسن النية، لنصل لتحديد تعريف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

أولاً- تعريف مبدأ حسن النية كمصطلح ثلاثي مركب:

إن مبدأ حسن النية مصطلح ثلاثي مركب يتكون من ثلاث مصطلحات أساسية، " مبدأ "، " حسن "، " النية "، كل مصطلح من هاته المصطلحات الثلاث يحمل معنى قانوني وكل منها يكمل الآخر، حيث نجد الإرتباط والتكامل بين المصطلحات الثلاث.

1- تعريف المبدأ:

إن مفهوم المبدأ يتحدد بالنظر إلى القانون، أو قاعدة قانونية في أن فكرة المبدأ تنطوي على معان كلية تصويرية عامة تتسم بالتجريد والإطلاق، كمبدأ حجية الشيء المقضي فيه، ومبدأ حسن النية، والقاعدة القانونية ينصرف مفهومها إلى معنى التحديد للمبدأ ووضعه في حيز قابل للتنفيذ.¹

والمبدأ هو فكرة غير محددة مسبقاً على من تطبق بخلاف القاعدة التي تنقل هذا المبدأ من مجرد فكرة إلى ميدان التطبيق العملي عن طريق تحديد من تطبق عليه مع تحديد الزمان والمكان، ومنه يمكن تصور مبدأ واحد تؤمن به كل الشعوب أو الدول كمبدأ حسن النية، إلا أن تطبيق هذا المبدأ ووضعه في قاعدة قانونية في الشكل المحدد في كل دولة يختلف من دولة لأخرى، كما يختلف معناه من زمن لآخر، ولكنه وعلى الرغم من ذلك يتسم بخاصية الثبات.²

¹ - الموقع الإلكتروني للمعهد المصري للدراسات: <https://eipss-eg.org>، تاريخ الإطلاع : 2021/08/28، ساعة الإطلاع : 23:05.

² - الموقع الإلكتروني للمعهد المصري للدراسات، المرجع السابق، تاريخ الإطلاع : 2021/08/28، ساعة الإطلاع : 23:10.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والمبدأ هو "القانون أو هو الأساس الذي تقوم عليه أفكارنا أو القاعدة التي يجب القيام بها، أو عادة هي التي ينبغي على الجميع إتباعها، مثل القوانين التي لوحظت في الطبيعة أو الطريقة التي يتم بها بناء نظام معين".¹

والمبدأ في القانون الداخلي يرتبط بالقاعدة القانونية الوطنية إرتباطاً وثيقاً، هاته الأخيرة التي تعمل على التوفيق بين مصالح الأفراد في المجتمع بما يخدم النظام العام، مع مرافقتها لجزاء تفرضه السلطة المختصة على من يخالف الإلتزامات التي تمليها ذات القاعدة القانونية، وبالتالي الحفاظ على حقوق الأفراد، فالغاية منها هو تنظيم السلوك وتقويمه مع العمل على توجيهه الوجهة الحسنة بما يخدم الصالح العام، فهي تتضمن أوامر أو نواهي يستوجب على السلوك الصادر أن يطابق أحكامه.²

ويمكن القول أيضاً أن المبدأ القانوني هو قاعدة عامة ملزمة قانوناً كونها مكتوبة في نص تشريعي، أو هو مجموعة القواعد المعترف بها من قبل الفقه القضائي، بصفتها ملزمة للأفراد، وقيمتها مساوية للقانون تماماً بحيث أنه لا يمكن للأفراد مخالفتها، وهي أيضاً المبادئ القانونية الغير المكتوبة لكن معترف بها في شتى الأنظمة القانونية.³

و منه فالمبدأ في التصرفات العقارية هو تلك القاعدة القانونية أو الضوابط الأخلاقية التي تتدرج ضمن نص قانوني، أو عدة نصوص قانونية متفرقة بقانون واحد أو عدة قوانين ، توضح أصل أحد التصرفات القانونية، وكيفية نشأتها وإبرامها مع توضيحها للضوابط من الخطأ بالإضافة إلى توضيح مشروعيتها هاته المعاملات، فالمبدأ هو الأساس الذي يحكم هاته التصرفات ويختلف من تصرف عقاري لآخر.

¹ - الموقع الإلكتروني : <https://ar.m.wikipedia.org> ، تاريخ الإطلاع : 2021/08/28 ، ساعة الإطلاع : 23:22.

² - مصطفى قروج ، (الإلزامية القاعدة القانونية على صعيد العلاقات الدولية)، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، الجزائر، المجلد، الخامس، العدد التاسع، رقم 1، ص 30.

³ - إبتسام القرام، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، 1998، ص 203.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- تعريف الحسن:

" الحسن لغة بالضم : الجمال ظاهره ترادفهما، وهو عبارة عن كل مستحسن مرغوب"، والحسن " نقيض القبح، والجمع محاسن على غير قياس، كأنه جمع محسن وحسنت الشيء تحسينا : زينته والحسنة خلاف السيئة، والمحاسن خلاف المساوي، والحسنى خلاف السوأى "¹.

والحسن معنى كلي له ضابطه الذي ينفرد كل فريق بتحديدته من حيث مصدره، وفي القانون يلاحظ أن للحسن ضابطا إجتماعيا، أي أن مصدره في القانون هو المجتمع، أي قيم المجتمع وأخلاقه وذلك لإرتباط الحسن بالأخلاق والقيم.²

والسؤال المثار حول معيار الحسن والقبح في الأعمال؟ فيقال أن الحسن كلمة تدل على كل ما هو جميل وممدوح ومحمود في نظر الشرع، أما السوء فهو كلمة تدل على كل ما هو قبيح ومذموم في نظر الشرع أيضا.³

وبالنسبة لضابط الحسن في المعاملات القانونية فهناك من يرى بأنه (الشعور الأخلاقي لمجتمع معين هو الذي يضبط لنا وصف الحسن من عدمه، إلا أن ذلك لا يعطي تفسيراً واضحاً لطبيعة هذا الضابط من حيث أنه عقلي أو شرعي - اعتقادي -، وذلك لإختلاف المجتمعات زماناً ومكاناً لذا فإنه من العسير جداً إعطاء جواب موحد مع هذا الإختلاف، لكن ومع ذلك يمكن أن يقال إنه في ظل القوانين الوضعية في الدول الغربية خاصة تلعب المعتقدات السائدة في الجماعة، وكذا العقل البشري والعرف المستند إليه، إلى جانب الهوى، تلعب دوراً كبيراً في ذلك).⁴

كما يرى البعض أن العقل الإنساني هو ميزان الحكم على كل ما هو صواب أو خطأ وعدل وظلم وحسن وقبح وخير وشر، فإن أحال المشرع القاضي إلى معيار معين بنص القانون فالقاضي ملزم بإتباع ذلك المعيار، أما إذا ترك المشرع سلطة تقديرية

¹ - حسن بن هندي بن محمد العماري، المرجع السابق، ص 23.

² - نفس المرجع ، ص 27.

³ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 30.

⁴ - حسن بن هندي بن محمد العماري، المرجع السابق، ص 28.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

للقاضي فإن عقل القاضي هو من سيحسم النزاع في النهاية، بعد مجموعة من التحليلات والإستنتاجات.¹

ومنه فإن المعقولية معيار من معايير تحديد الحسن، والسلوك المعقول هو الذي يوافق العقل ويعد عادلا في ظروف معينة ومناسب وملائم وهو معيار موضوعي، والمعقولية تعبر عن العديد من المقتضيات التي من الواجب إتباعها، منها ما هو متعلق بتوقعات الأطراف ومنها ما يتعلق بالوقت الذي ينجز فيه الإلتزام ومنها ما هو مرتبط بالمدة التي يجب التوصل فيها إلى إتفاق.²

وبالنسبة للتصرفات العقارية يمكن القول بأن الحسن في التصرفات العقارية هو ذلك الشعور الأخلاقي الذي ينبع من مالك العقار، أو المتصرف أو الغير، والمرتبط بالمعتقدات والأعراف السائدة في هذا المجال بالإضافة إلى ما يفكر به العقل البشري من تصرفات عقلانية تبتعد عن الهوى، وتتفق والمعقولية التي تعبر عن العديد من المقتضيات الأساسية في هاته التصرفات.

3- تعريف النية:

النية لغة صدر الفعل نوى، وهي من نوى الشيء أي قصده وعزمه وتوجه إليه، وهذا المعنى هو أحد المعنيين اللذين تدل عليهما هاته الكلمة، الأول مقصد الشيء، أما الثاني وهو عجم الشيء، وما يهمننا هو المعنى الأول أي مقصد الشيء.³

والنية يمكن تعريفها على أنها (عزم داخلي للتصرف في إتجاه معين) وهي (عنصر قصدي يتيح وصف بعض الحالات القانونية على وجه صحيح)، ومنه فهي تحمل معنيين مترادفين وهما العزم والقصد، وإن كان لفظ القصد أصدق في الدلالة من حيث اللغة على النية من لفظ العزم.⁴

¹ - هدى بن يوب ، المرجع السابق ، ص 31.

² - نفس المرجع، ص 31.

³ - حسن بن هندي بن محمد العماري، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - نفس المرجع، ص 29.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما يمكن تعريفها على أنها (قصد الإنسان بقلبه ما يريد به بفعله من باب العزوم والإرادات لا من باب العلوم والإعتقادات) وهي (إنبعاث النفس وتوجهها وميلها إلى ما ظهر لها أن فيه غرضها إما آجلا وإما عاجلا)¹.

إلا أنه وعلى الرغم من الدور الجوهرى الذي تلعبه النية في القانون المدنى، إلا أنه لا يوجد تعريف يحدد مدلولها على الرغم من أنها من الألفاظ المتكررة في العديد من النصوص، رغم أن إستلزام النية وهو الذي يميز التصرف القانونى عن كل من الواقعة القانونية والعمل القانونى الغير الإرادى.²

والنية والقصد مصطلحان مترادفان، وقد ظهرت عناية القوانين بمصطلح القصد أكثر من النية، ومنه يمكن تعريف النية بالتعريف الخاص بالقصد، وهو (إتجاه الإرادة نحو هدف)، أي أن القصد هو إرادة النتيجة دون الفعل، أما الإرادة فهي إرادة الفعل كما يعبر بها عن إرادة النتيجة، ومنه يمكن تعريفها على أنها (إرادة نتيجة الفعل)، هذا الأخير الذي يعتبر تعريفا للنية.³

والمشرع الجزائرى لم يعرف النية إلا أنه عبر على النية عموما في القانون بإستعمال مصطلحين أساسيين ألا وهما النية والقصد، فإعتمد مصطلح النية في العديد من النصوص القانونية من بينها نص المادة 107 ق م ج، كما إعتمد مصطلح القصد في العديد من النصوص أيضا كنص المادة 124 مكرر من ق م ج، ويلاحظ أن المشرع الجزائرى إعتمد مصطلح القصد في قانون العقوبات أكثر من القانون المدنى.

وبالنسبة للتصرفات العقارية فإستعمل المشرع الجزائرى المصطلحين معا، فتارة إعتمد المشرع مصطلح النية وتارة أخرى إعتمد مصطلح القصد، ومن بين النصوص القانونية في هذا المجال والمرتبطة بالتصرفات العقارية نجد:

نص المادة 124 مكرر ق م ج " يشكل الإستعمال التعسفى للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

¹ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 32.

² - نفس المرجع، ص 32.

³ - حسن بن هندى بن محمد العمارى، المرجع السابق، ص 30، 31.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،....." فالمرجع أراد بمصطلح القصد نية الإضرار بالغير .

أما بالنسبة لمصطلح النية فنجد العديد من المواد من بينها نص المادة 85 ق م ج والتي تنص على أنه " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية " ،

نص المادة 824 ق م ج والتي تنص على أنه " يفرض حسن النية من الحائز..... " ، نص المادة 825 " لا تزول صفة حسن النية " بالإضافة إلى العديد من النصوص القانونية المختلفة.

ومنه فإن المشرع الجزائري إستعمل مصطلح القصد في العديد من المواد المرتبطة بالإضرار بالغير، أو الغش الصادر من المدين للإضرار بالدائنين، وإستعمل مصطلح النية في التصرفات العقارية وكسب الحقوق العينية والحيازة.

وبعد تعريفنا لكل عنصر على حده، سنحاول ضمن العنصر الثاني التطرق لتعريفات مختلفة لمبدأ حسن النية كمبدأ قانوني مفروض في العديد من التصرفات القانونية بأنواعها.

ثانيا- تعريف مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني:

على الرغم من أن أغلب التشريعات إعتمدت مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية أو تكوين العقد وتنفيذه، إلا أنها لم تضع تعريفا محددًا لهذا المبدأ، حيث أنه ليس من مهام المشرع التعريف، كما أن مبدأ حسن النية يعد مبدأ عام ومنه لا يوجد تعريف ثابت لهذا الأخير، كما أنه يأخذ معناه من الوقائع الخاصة بكل قضية، ومنه فإن مفهومه ليس بالأمر اليسير فهو يختلف من تصرف لآخر ووفقا للمجال القانوني الذي يتمحور حوله.¹

وعلى الرغم أيضا من وجود النقص في تعريف المبدأ في القانون المدني، وصعوبة تعريف الفكرة ، إلا أن هذا المبدأ يتمتع بميزة التطور في التطبيق على المواقف والتطورات الجديدة.²

¹ - عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص 579.

² - Brigitte LEFEBVRE , la bonne foi : Notion protéiforme, R.D.U.S (1996),P 323.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه إتجه جانب من الفقه إلى محاولة تعريف مبدأ حسن النية وذلك بالإعتماد على العديد من المقتضيات التي يفرضها مبدأ حسن النية، كالأمانة والصدق والنزاهة والإستقامة، ومن بين هاته التعريفات نجد :

- يرى الفقيه ريبار Ripert أن مبدأ حسن النية هو إحدى الوسائل التي إعتدها المشرع، لإدخال القاعدة الأخلاقية إلى المجال القانوني، فالقواعد القانونية لا تنشأ إن لم ترعها الأخلاق.¹

- كما يرى جانب من الفقه بأنه (اليقين القائم على إعتقاد غير صحيح في أن تصرفا ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك آثار قانونية، من شأنها حماية كل ذي مصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية)²، ويرى آخرون أنه (تصوير لتلك النوايا المتتدة الخالية من الصرامة والعنف، وذلك الإتجاه الرصين المقترن بالإعتدال والعطف).³

- كما يرى البعض أن مبدأ حسن النية هو الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة، تكون مناط ترتيب آثار قانونية لازمة، ومنه يختلف الحكم القانوني الناتج عن ذلك إما بتحقق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة⁴، وبالمقابل فإن سوء النية ينجم عند تحقق العلم بتلك الواقعة أو ذلك الحادث أو الظرف على وجه الحقيقة واليقين⁵، وسوء النية هو عبارة عن الغش وسوء القصد فهو يشبه الخطأ وفقا لقواعد الأخلاق، وهو الذي يتمحور في تعمد الإضرار بالغير، فسوء النية هو تحقق يقين العلم بتلك الواقعة على وجه الحقيقة، أي معرفة كل عناصر الواقعة القانونية أو التصرف وما ينجر عنه من نتائج بالإضافة لإرادة الفعل والنتيجة.⁶

¹ - Georges Ripert, *la règle morale dans les obligations civiles*, 4 eme édition, LGDJ, Paris, 1949, p 31.

² - فاطمة الزهراء زيتوتي ، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 26.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ - ياسين محمد الجبوري، في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار الثقافة، الطبعة 01، عمان، الأردن، 2006، ص 36.

⁵ - عهد أحمد حسين خليفات، المرجع السابق ، ص 596.

⁶ - فاطمة الزهراء زيتوتي ، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 26.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- وهناك من يرى من الفقهاء الوضعيين في مصر وفرنسا أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا، ومنه فإنه وفقا لهذا الرأي يعتبر حسن النية حالة سلبية في الشخص ولا يمثل موقفا إراديا عمديا.¹

- كما يمكن تعريف مبدأ حسن النية بإعتباره نوعا من الجهل أو عدم العلم يرتب عليه القانون أثرا قانونيا، يختلف بتغير تحقق الجهل أو العلم بواقعة معينة²، إلا أن الإشكال يقع حول طبيعة العلم بالواقعة هل يقصد به العلم العادي البسيط أم العلم المؤكد المبني على أسس صحيحة لا يحوم الشك حولها، فالعلم العادي قد يؤدي إلا وجود إضطراب في العلاقات بين الأفراد، ومنه يفترض توفر العلم الأكيد المبني على معلومات أكيدة.

ومنه يمكن القول بأن مبدأ حسن النية هو مبدأ أخلاقي فرضته مبادئ الشريعة الإسلامية قبل أن تفرضه القواعد القانونية، هذا الأخير الذي لا نجد له تعريفا ضمنا للنصوص القانونية التي تطرقت لمقتضياته فحسب، ومنه حاول العديد من الفقهاء تعريفه معتمدين على العديد من المعايير والمقاييس والمتمثلة في النزاهة والأمانة و الصدق والشرف والإستقامة، إلا أن تعريفه يختلف من تصرف قانوني لآخر فهو يختلف باختلاف طبيعة المعاملات، إلا أنه عموما ذلك المبدأ الأخلاقي القانوني الذي يهدف إلى الأخذ بصدق الفرد ونزاهته مع الغير في التصرفات القانونية المبرمة من طرفه وكذا الوقائع القانونية، وهو أيضا ذلك المبدأ الذي يشمل العديد من القواعد الأخلاقية الأساسية غايتها الأساسية تنظيم المعاملات والتصرفات القانونية بين أفراد المجتمع، ومنه فإن خرقها يعد مساسا بمبدأ قانوني ألا وهو مبدأ حسن النية.

والتصرفات القانونية المدنية تختلف وتتنوع باختلاف محل التصرف وطبيعته القانونية، فقد ترتبط بمنقول كما قد ترتبط بعقار أو أحد الحقوق العينية العقارية فتصبح تصرفات عقارية، ومنه فتعريف المبدأ يختلف ويتنوع أيضا بحسب طبيعة التصرف، فتعريف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يختلف نوعا ما عن التعريف العام لمبدأ حسن النية ، وهذا ما سنحاول توضيحه والتطرق إليه من خلال العنصر التالي.

¹ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 39.

² - فاطمة الزهراء زيتوتي ، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 26.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثاً - محاولة إيجاد تعريف لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

يحتل مبدأ حسن النية مكانة هامة في التصرفات العقارية، تهدف إلى حماية المالك و الحائز و الغير وكل من له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالعقار أو الحق العيني المرتبط به، ومنه سنحاول ضمن هذا العنصر محاولة إيجاد تعريف مناسب لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية وذلك بالإعتماد على التعاريف السابقة وكذا بعض النصوص القانونية المرتبطة بهذا النوع من التصرفات والوقائع، ومنه فإن تعريف المبدأ في هذا المجال يختلف من حالة لأخرى كون مفهومه غير ثابت يأخذ معناه من الوقائع القانونية الخاصة بكل تصرف، فتعريف المبدأ في الملكية يختلف عن تعريف المبدأ في الحياة أو تعريفه في الإيجار إلى غير ذلك من التصرفات، ومنه :

- يمكن تعريفه على أنه ذلك المبدأ القانوني المبني على مجموعة من المقتضيات الأخلاقية والتي تجعل منه قاعدة قانونية تهدف لضمان إستقرار المعاملات العقارية، وتحقيق الأمن العقاري من خلال حماية حقوق مالك العقار أو المنتفع منه أو الغير وكل من له علاقة .

- ويمكن تعريفه على أنه ذلك المبدأ الذي يهدف لحماية المصالح المشروعة للأطراف المتعاقدة، مع محاولة تجنب الإضرار بأي طرف في العلاقة التعاقدية.

- كما يمكن تعريفه في التصرف في الملكية العقارية على أنه ذلك المبدأ الذي يعتقد فيه مشتري العقار أن البائع هو المالك الأصلي للعقار المتصرف فيه، فإنتهاء هذا المعنى يؤدي إلى إنتفاء حسن النية في هذا التصرف.

- يمكن تعريفه بناء على نص المادة 824¹ ق م ج، و التي تنص على أنه " يفرض حسن النية لمن يحوز حقا وهو **يجهل** أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم "، أنه ذلك المبدأ القانوني المبني على الجهل المبرر بواقعة محددة في إطار القواعد العامة للحياة، والمشرع الجزائري ربط الجهل بالخطأ الجسيم فينتقي مبدأ حسن النية بمقدار جسامته الخطأ.

¹ - تقابلها المادة 550 قانون مدني فرنسي، والمادة 965 قانون مدني مصري، أنظر فاطمة الزهراء زيتوني ، المرجع

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومبدأ حسن النية نجده في التصرفات العقارية يرتبط بالجهل في العديد من النصوص القانونية، كنص المادة 714 والمتعلقة بالملكية الشائعة والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه :

" و إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف إنتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان **يجهل** أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة"، فمن خلال نص هاته المادة يظهر أن مبدأ حسن النية هو ذلك المبدأ المبني على الجهل بواقعة معينة وهي جهل المشتري بأن البائع لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، ومنه وبمفهوم المخالفة يعتبر المشتري حسن النية إذا كان يجهل وقت البيع أن الملك المشاع المتصرف فيه مفرزا.

- و بالنسبة للبناء على أرض الغير وبناء على نص المادة 785¹ ق م ج التي تنص: " إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد أو أجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها"، يمكن تعريف مبدأ حسن النية أنه ذلك المبدأ الذي بناء عليه يعتبر حسن النية كل من قام بالتنشيد على أرض الغير وهو يعتقد أنه له الحق في ذلك.

فمبدأ حسن النية هو ذلك المبدأ الذي يفرض غياب سوء النية في التصرفات العقارية، والذي ينتهي في حال وجود أي إحتيال.

- ووفقا لنص المادة 469 مكرر ق م ج هو ذلك المبدأ الذي يكون فيه المستأجر غير عالما بأن المؤجر السابق لم يعد مالكا للإيجار أثناء الدفع المسبق له، وهو يعتقد أنه يدفع للمالك، فحسن النية هو ذلك المبدأ الذي يتدخل في هذه الحالة بسبب عدم علم المستأجر وقت الدفع بانتقال الملكية، كما يتدخل من أجل عدم إرهاب المؤجر السابق الذي تسلم

¹ - تقابلها المادة 555 قانون مدني فرنسي، والمادة 926 قانون مدني مصري، أنظر فاطمة الزهراء زيتوني ، المرجع السابق، ص 28.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

غير المستحق وهو يعتقد أن ما تسلمه حق له إذ لا يطالب إلا برد ما تسلم، دون الفوائد التي جناها طبقاً لنص المادة 147¹ ق م ج.²

- وفي مجال الملكية العقارية يمكن تعريف مبدأ حسن النية على أنه (قصد الإلتزام بالحدود التي يفرضها القانون) كما يمكن تعريفه أنه (إرادة مطاوعة القانون)، فالإلتزام البائع بنقل الملكية إذا كان محلها عقاراً لا ينفذ إلا بتسجيل العقد ، ومن ثم يكون الشخص حسن النية إذا قصد الإلتزام بحدود ما يفرضه القانون من تسجيل العقار محل العقد³، فإنتقال الملكية العقارية تقتضي إتمام عمليات الشهر والتسجيل فإذا لم يتم المتصرف بذلك يعتبر سيء النية لتقصيره في القيام بذلك.

بالإضافة إلى العديد من النصوص القانونية الأخرى والمرتبطة بالتصرفات العقارية، فمفهوم مبدأ حسن النية يختلف من نص لآخر، إلا أن غرضه الأساسي يكمن في حماية جميع الأطراف في التصرفات العقارية.

¹ - تقابلها المادة 185 قانون مدني مصري، أنظر فاطمة الزهراء زيتوني ، المرجع السابق، ص 29.

² - فاطمة الزهراء زيتوني ، مبدأ حسن النية في العقود ، المرجع السابق، ص 29.

³ - نفس المرجع، ص 30.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : الإتجاهات الفقهية المحددة لمعايير مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

على الرغم من أن العديد من الفقهاء سعوا جاهدين في إيجاد تعريف دقيق لمبدأ حسن النية، وذلك بالإستناد لمقتضيات المبدأ العامة كالأمانة والصدق، إلا أن هاته التعاريف كانت عامة و غير دقيقة، ومنه لم تصل إلى المعنى الذي يوضح مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني يوضح طبيعته وآثاره، ومنه ظهرت إتجاهات فقهية حاولت إيجاد تعريف قانوني دقيق لمبدأ حسن النية من خلال العديد من المعايير، ومنه سيتم التطرق ضمن هذا الفرع لهاته الإتجاهات مع محاولتنا لإيجاد تعاريف ترتبط ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية ضمن هاته الإتجاهات.

أولاً- الإتجاه الأول : التمييز بين ثلاث أنماط لمبدأ حسن النية

حاول أصحاب هذا الإتجاه التمييز بين ثلاثة أنماط لمبدأ حسن النية، فربطوا بين حسن النية وسوء النية وفرقوا بين ثلاثة معايير شخصية وموضوعية وقانونية.

1- حسن النية و المعيار الشخصي :

وهو الجهل بواقعة معينة أو بظرف محدد من الظروف، التي تكون مناط ترتيب الأثر القانوني، حيث يختلف الحكم التشريعي المترتب تبعاً لتحقق الجهل أو العلم بتلك الواقعة أو ذلك الظرف.¹

ومن هذا المنطلق يكون معنى سوء النية هو تحقق يقين العلم بهذا الظرف أو تلك الواقعة على وجه الحقيقة، أو تحقق إمكان العلم، حيث يقوم ذلك على سبيل الإفتراض حتى يثبت العكس، أي يقوم على إفتراض تشريعي.²

و الطبيعة الذاتية لحسن النية أو سوءها تكون متوفرة، حين يكون مناط الوصف متمثلاً في تحقق العلم أو الجهل الفعلي بالواقعة أو التصرف محل التعويل التشريعي في

¹ - روزان طالب محمود السويطي، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 1439 هـ/2018 م ، ص 8.

² - نفس المرجع ، ص 09.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ترتيب الحكم، أما من حيث مناطه هو إمكان العلم، فلا يوجد أي شك في أنها تتحقق في تلك الحالة، حيث لا يقوم إمكان العلم على معيار ذاتي.¹

ومنه فإن مدخل حسن النية أو سوء النية بالنسبة لهذا المعيار هو ذات الشخص المطلوب الحكم على تصرفه، فيجب البحث عن حقيقة الإتجاه الإرادي، وتحديد تحقق أحد الوصفين وفقا لما تشير إليه القرائن، ويتم إستخلاص ذلك من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع.²

فمن خلال نصوص المواد 105، 107، 141 و 187 ق م ج يتضح أن مبدأ حسن النية يخضع لمعيار ذاتي، يختلف من شخص لآخر، فالقاضي له سلطة التقدير في الرجوع على المتعاقد نفسه لمعرفة حسن أو سوء نيته، ويظر ذلك من خلال نظرية تحول العقد كأن يكون بيع عقار فيصبح عقد هبو عقار، أو نظرية تفسير العقد التي تخضع للعرف أو مبادئ العدالة على ضوء حسن النية.³

وبالنسبة للتصرفات العقارية فإن هذا المعيار يظهر في العديد من المواطن خصوصا ما إرتبط منها بالحياة والإلتصاق، كحالة الجهل التي نصت عليها المادة 824 ق م ج والتي تطرقنا إليها في الفرع السابق.

2- حسن النية و المعيار الموضوعي :

يقوم هذا المعيار على مدى مراعاة مقتضيات حسن النية أو عدم مراعاتها، حتى إذا أتى المتصرف بتصرفه وفق عدة مقتضيات كان حسن النية، أما إذا قام بأي تصرف مخالف لتلك المقتضيات كان سيء النية، وتقوم مقتضيات حسن النية على دعائم أخلاقية ثابتة، ولهذا ينظر إليها كمبادئ سامية تتصف بالعموم والتجريد، لتصل لمقام القواعد القانونية حتى ولو لم يتطرق لها نص تشريعي.⁴

¹ - بدوي السيد، نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1989، ص ص 73، 79.

² - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص ص 09، 10.

³ - محمد بن عمارة ، (المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري)، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 05، العدد 11، ص ص 55، 56.

⁴ - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 11.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

فوفقاً لهذا المعيار يتم النظر لهذا المبدأ و عنصري حسن وسوء النية من منطلق موضوعي مبني على العديد من المقتضيات الواجب توافرها في مبدأ حسن النية، وليس ضمنه أي اعتبار للجانب الشخصي بخلاف المعيار الشخصي المذكور أعلاه، أي أن المبدأ يتحقق بمجرد تطبيق مقتضياته وبمفهوم المخالفة يتوفر سوء النية بمجرد مخالفة المقتضيات الخاصة بحسن النية.

وأحسن مثال لذلك نجد حالة الغلط المنصوص عليها في نص المادة 81 ق م ج والتي تنص على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى وقت إبرام العقد أن يطلب إبطاله." ومنه يجوز إبطال العقد بالنسبة للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى دفعه للعقد، إلا أنه ووفقاً لنص المادة 85 ق م ج يجب أن لا يتعارض مع ما يقضي به مبدأ حسن النية، بالإضافة إلى العديد من النصوص القانونية والمرتبطة بهذا المعيار، كنص المادة 495 ق م ج والذي ينص " يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذله الرجل العادي" ، فمن خلال نص المادة يظهر تبني المشرع للمعيار الموضوعي الذي يقيس به القاضي مدى إلتزام المستأجر ببذل العناية في إستعمال العين المؤجرة والمحافظة عليها ومنه يعتد بالنية الظاهرة.¹

3- حسن النية و المعيار القانوني :

يعتمد هذا المعيار على فرضية تشريعية يتعين على المتصرف مراعاتها، حتى إذا أصاب حكم القانون كان حسن النية وإذا لم يصبه كان سيء النية بغض النظر عن الواقع، وما إذا كان المتعامل يجهل وجود قاعدة قانونية تخاطب تصرفه، وبصرف النظر أيضاً عن حقيقة مخالفته للقانون، ذلك أن حقيقة الإلتزام الذاتي فيما إذا كان المتعامل يقصد الإلتزام بأحكام القانون أم لا، ومنه طالما تحققت مخالفة القاعدة القانونية إنتفى مبدأ حسن النية.²

وفي مثل هاته الأحوال فإن مجرد القصد لا يكفي لتحديد معنى حسن النية، فلا يعبأ المشرع في تقرير حسن أو سوء النية، كما لا يعبأ في تقريرهما بموافقة أو مخالفة

¹ - محمد بن عمارة ، المرجع السابق، ص 58.

² - بدوي السيد، المرجع السابق ، ص 113.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

مقتضيات حسن النية، إذا ما هو ربط الوصف بثبوت تلك الظروف التي يراها قاطعة في الدلالة عليه أو بعدم ثبوتها.¹

ومنه ووفقا لهذا المعيار فإنه متى وضع المشرع مجموعة من القواعد الواجب إتباعها في التصرفات القانونية فإن مخالفتها يعتبر إخلالا بمبدأ حسن النية، ومثال ذلك في التصرفات العقارية وجوب القيام بعملية شهر العقود المرتبطة بالحقوق العينية وتسجيلها بمفتشية التسجيل والطابع ومنه فإن مخالفة ذلك يعد مساسا بمبدأ حسن النية، فالشهر يعد أداة لإنقال الملكية العقارية، فلا يكون إنتقالها نافذا في حق الغير إلا من يوم شهرها ومنه حماية المتصرف والغير حسني النية.

وما يلاحظ على هذا الإتجاه أنه إعتبر أن نية الإضرار ليست عنصرا متطلبا للقول بسوء النية، إذ يفترض السوء ولو لم يكن ثمة إتجاه للإضرار بالمتعاقدين الآخر أو الغير، وإنما يكفي أن يكون هناك إتجاه إرادي مقصود لإحداث الفعل أو الترك الغير مشروع فحسب.²

كما أن هذا الإتجاه حصر معيار حسن النية التنفيذي بالمعيار الموضوعي دون المعيار الشخصي، فكان هذا مما يعيب هذا الإتجاه، خاصة أن المشرع فرض على المتعاقد توخي اليقظة والتبصر وفقا لسلوك الرجل العادي، وهذا ما يؤكد أن قياس حسن النية من سوءها يعتبر شخصا، إذا ما إفتراض أن نية الإضرار من سوء النية دون الإستغناء عن المعيار الموضوعي.³

¹ - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 17.

² - بدوي السيد، المرجع السابق، ص 113.

³ - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 17.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانياً- الإتجاه الثاني : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية الجهل المبرر بواقعة معينة

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة محددة، يرتب عليها الشارع أثراً قانونياً كالجهل بالعيب الذي يجعل التصرف غير نافذ، كمن يشتري قطعة أرض وهو يجهل أنه يشتريها من غير ذي صفة فهو إعتقاد مغلوط.¹

وحيث أن سوء النية هو العلم بواقعة معينة يرتب الشارع أثراً قانونياً على مجرد العلم بها، أو من يتلقى حقاً وهو يعلم أنه يتلقاه من غير ذي صفة سواء كان العلم بسيطاً أو في صورة تواطؤ.²

كما أن سوء النية وفقاً لهذا الإتجاه يطابق الخطأ العدي وفقاً لقواعد الأخلاق، لأنه قد ينطوي على الخداع والغش وقواعد الأخلاق ترفض ذلك، كما يفترض هذا الإتجاه لإعتبار المتعاقد حسن النية أن ينتفي في جانبه أي خطأ سواء كان عمدياً أو غير عمدياً، إذ أن الخطأ بجميع صورته يتعارض ومبدأ حسن النية.³

وبالنسبة للتصرفات القانونية العقارية وبهذا المعنى نجد مبدأ حسن النية في العديد من النصوص القانونية، كنص المادة 824 ق م ج والتي تعتبر حسن النية الشخص الذي يحوز حقاً وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان الجهل ناتجاً عن خطأ جسيم.

أما الشخص المعنوي فتري المادة أن العبرة بنية من يمثله، ويفترض حسن النية دوماً حتى يثبت العكس.

¹ - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 17.

² - هدى بن يوب، المرجع السابق، ص 39.

³ - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 17.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثاً- الإتجاه الثالث : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية هو الغلط المبرر يرى أصحاب هذا الإتجاه أن حسن النية هو الغلط المبرر والمشروع، وحسن النية لا يتوافر إلا بإنتفاء الخطأ من جانب الغير، وهو بهذا المعنى يختلف عن الجهل الذي يكون فيه الشخص غير عالم بواقعة ما، بينما الغلط هو وهم وإعتقاد مخالف للحقيقة فهو يفترض غياب الحقيقة وحلول فكرة غير صحيحة محلها في ذهن الموهوم.¹

حيث أن المقصود بذلك الخطأ القانوني الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية، وهو يشمل إضافة إلى الخطأ بنوعيه قصد الإضرار أي تحقق في تصرفه معنى الغش، أي كل من تسبب في إصابة الغير بإهماله أو عدم إحتياطه، ويأخذ هذا الرأي بمعيار " رب الأسرة الحريص" بإعتباره معياراً موضوعياً، يتحدد به مضمون حسن أو سوء النية في حالة الجهل المبني على الإهمال أو عدم الحيطة.²

ومثال ذلك في التصرفات والوقائع العقارية نجد حالة التعسف في إستعمال الحق أو التعدي على الملكية العقارية.

رابعاً- الإتجاه الرابع : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية هو القصد على فعل ما

يقوم هذا الإتجاه على تحليل مصطلح حسن النية، حيث يرى أن النية هي القصد وعزم القلب على شيء معين، ومنه فهي إرادة باطنة طالما أن صاحبها لم يعبر عنها بقصد إنتاج أثر قانوني، ويتم الإستدلال عليها عندما يلابسها تصرف خارجي للشخص أي يطريق غير مباشر، وإلا فإن القانون لا يرتب عليها أثراً.³

ويضع هذا الإتجاه تعريفاً لمبدأ حسن النية وإن اختلفت عن المعنى الأخلاقي للمبدأ ويتمثل في (قصد الإلتزام بالحدود التي يفرضها القانون)، أي قصد الإلتزام وليس الإلتزام ذاته، إذ يقصد المرء الإلتزام بحدود القانون ورغم ذلك تقع منه المخالفة لعدم إدراكه لكل

¹ - يحي أحمد بني طه، المرجع السابق ، ص 10.

² - بدوي السيد، المرجع السابق ، ص ص 531، 532.

³ - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 17.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

حقائق الموضوع أو لجهله بالقانون، أو لأنه لم يتخذ كل ما يلزمه من احتياطات، فقصد الإلتزام شيء مستقل عن التحقيق الفعلي لهذا الإلتزام.¹

ومن خلال ما سبق يلاحظ على هذا الإتجاه أنه يخرج من إطار حسن النية حدوث الضرر للآخرين نتيجة الإهمال وعدم الإحتياط، حيث أن سوء النية يتحدد بأنه عدم قصد الإلتزام بحدود القانون فهو موقف عمدي يدخل فيه الغش وقصد الإضرار، كما يؤخذ عليه أنه يترتب عليه إغفال ما يفرضه القانون من إلتزام بالسعي نحو التحري والإستقصاء، وهو إلتزام قانوني ينزل المخل به منزل سوء النية.²

كما أن الإهمال وعدم الإحتياط وإن كان يشكل موقفا سلبيا إلا أنه كأى فعل بنية قد تكون حسنة كما قد تكون سيئة، رغم أن هاته النية لم تتجه لإحداث ضرر بالغير بشكل عمدي، إلا أنها قصرت وأهملت حين كان يفترض فيها أن تتخذ موقفا إيجابيا لذلك تتخذ صفة السوء.³

خامسا- الإتجاه الخامس : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية هو انتفاء القصد

يرى هذا الإتجاه أن مبدأ حسن النية يقوم على أساس إنتفاء العنصر المعنوي للخطأ بنوعيه العمدي والغير العمدي، فإذا كانت النية حسنة ولا تتضمن إضرارا بالغير أو المتعاقد الآخر فإن الخطأ العمدي ينتفي، ومنه يكون المتعاقد حسن النية لإنتفاء العنصر المعنوي للخطأ والمتمثل في نية الإضرار.⁴

ومنه فإنه وحتى يتصف المتعاقد بحسن النية لا يكفي أن تنتفي منه نية الإضرار بل عليه أن لا يهمل وأن يتيقظ ويتبصر بحيث لا يلحق ضررا بالمتعاقد الآخر دون قصد، أي إنتفاء الخطأ الغير العمدي من جانب ذلك المتعاقد.⁵

¹ - نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد الدراسات والبحوث العربية، القاهرة، 1977، ص 134 ، مقتبس عن روزان طالب محمود السويطي.

² - بدوي السيد، المرجع السابق ، ص ص 107، 108.

³ - روزان طالب محمود السويطي، المرجع السابق، ص 19.

⁴ - نفس المرجع ، ص 19.

⁵ - المرجع نفسه، ص ص 19، 20.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ووفقاً لهذا الإتجاه فإن حسن النية يقاس بمعياريين أساسيين الأول شخصي والثاني موضوعي، يتم اللجوء إلى المعيار الشخصي للكشف عن نية المتعاقد أي العنصر المعنوي للخطأ العمدي، فإذا توفر الخطأ العمدي عد المتعاقد سيء النية،¹ ويرجع بحسب هذا الرأي إلى شخص المتعاقد وظروفه أيضاً الخاصة بمعرفة حقيقة نيته، أما فيما يخص سوء النية القائم على الإهمال فيقاس بمعيار موضوعي، لا يرجع فيه إلى الظروف الشخصية للمتعاقد وإنما يقاس سلوكه بمقياس سلوك الرجل المعتاد.²

ومن خلال تطرقنا للإتجاهات الخمس والمتعلقة بتحديد مفهوم حسن النية في التصرفات القانونية، فإنه يلاحظ أن الإتجاه الأخير هو من وفق في ذلك لإعتماده على المعيارين الشخصي والموضوعي معا في تحديد مفهوم حسن النية، بخلاف الإتجاهات الأخرى التي إعتمدت على معيار دون الآخر على الرغم من أن كل منهما يكمل الآخر. حيث أن معيار حسن النية هو معيار ذاتي موضوعي معا، فتظهر الذاتية من خلال الوقوف عند نية الطرفين الباطنية وقت التنفيذ وهو أمر يصعب من خلاله الكشف عن النية وإستحالة إستقصائها، ومنه يتم الإستعانة بمعايير مادية كالعرف وقواعد المهنة ونزاهة التعامل، فيقاس حسن النية بمعياريين مكملين ذاتي يتم من خلاله الرجوع إلى نية المتعاقد، وموضوعي يتم الرجوع فيه إلى موضوع التصرف أو العقد يلجأ إليه عند العجز عن معرفة حقيقة نية الطرف الآخر.³

¹ - عبد الجبار ناجي صالح الملا، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، الطبعة الأولى، بغداد، 1974، ص ص 31، 49.

² - نفس المرجع ، ص 54.

³ - عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص ص 581، 582.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : تمييز مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عما يشابهه.

إن مبدأ حسن النية يحتل مكانة هامة في التصرفات العقارية كون هاته الأخيرة تحتل مكانة خاصة في المجتمع، حيث أن مفهومه يختلط ويتشابه و العديد من المفاهيم المرتبطة بها كالنظام العام ، الآداب العامة، العدالة، الإرادة، و الباعث، ومنه سنحاول من خلال هذا الفرع تمييز مبدأ حسن النية عن هاته المفاهيم.

أولاً- مبدأ حسن النية وقواعد النظام العام في التصرفات العقارية :

يعد النظام العام من المفاهيم القانونية الأقل دقة والأكثر غموضا في المجال القانوني، وكذا الأكثر نسبية وإختلافا بإختلاف الظروف الزمانية والمكانية،¹ إلا أنه يمكن القول أن " القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية وتتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد"²

وهو " مجموعة النظم والقواعد التي قصد بها المحافظة على حسن سير المصالح العامة في الدولة وإلى ضمان الأمن و الأخلاق في المعاملات بين الأفراد بحيث لا يجوز للأفراد أن يستبعدوها في إتفاقاتهم."³

والنظام العام في التصرفات العقارية يقتضي إحترام هذه الأخيرة لمجموعة من المقتضيات فمثلا في بعض العلاقات المالية بين أفراد الأسرة كالميراث والهبة والوقف يفرض القانون مجموعة من الأحكام تعتبر من النظام العام ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها وإلا وقعت تحت طائلة بطلان التصرف⁴، وهنا يتشابه ومبدأ حسن النية كون المبدأ يتضمن أيضا العديد من المقتضيات التي يجب إحترامها لنستطيع تأكيد حسن نية المتصرف، كما يتفق مبدأ حسن النية و قواعد النظام العام في أن كلاهما يفرضان إحترام العديد من المقتضيات تهدف إلى حماية أفراد المجتمع بالدرجة الأولى.

¹ - منصف بوعريوة ، (الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي)، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018، ص 51.

² - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الطبعة الثالثة ، الجزائر، 2013، ص 279.

³ - نفس المرجع ، ص 278. (أنظر الهامش)

⁴ - المرجع نفسه، ص 288.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

غير أن الفرق بينهما يكمن في أن مبدأ حسن النية عبارة عن قواعد أخلاقية تهدف إلى حماية المتصرف في العقار أو الغير الذي تربطه علاقة بذلك التصرف، إلا أن قواعد النظام العام كما ذكرنا عبارة عن قواعد تهدف لحماية المجتمع وتعلو على مصالح الأفراد.

ومبدأ حسن النية يستمد قواعده من مبادئ الشريعة الإسلامية والأخلاق وكذا القانون، بينما النظام العام يستمد قواعده من القانون أو المبادئ العامة للقانون، إلا أنه وعلى رغم من وجود هاتاه الإختلافات الطفيفة فإن كلاهما يهدف إلى ضمان حماية هاتاه التصرفات العقارية فالنظام العام قد يهدف إلى حماية العقار محل التصرف وتحقيق أمنه القانوني، أما مبدأ حسن النية يهدف إلى تحقيق التوازن في التصرفات المرتبطة به.

ثانيا- مبدأ حسن النية وقواعد الآداب العامة في التصرفات العقارية :

إن الآداب العامة هي " مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقا لقاموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية " ، وتهدف الآداب العامة إلى فرض مجموعة من المبادئ الأساسية التي يقوم عليها المجتمع و التي يجب على المتعاقد إحترامها.¹

كما أن الآداب العامة هي مجموعة الأسس الخلقية التي يقوم عليها النظام العام في المجتمع، وقد أكد القانون على إحترامها وصرحت نصوص القانون الجنائي والمدني على حمايتها.²

ومثال الإخلال بمبادئ الآداب العامة في التصرفات العقارية قيام صاحب عقار بتأجيرها ليكون مكانا للقمار، أو بيتا للدعارة، فمبادئ الآداب العامة تشترك ومبدأ حسن النية في فرض مجموعة من المقتضيات التي يجب أن يرتكز عليها التصرف وإلا كان باطلا، إلا أن الإختلاف يكمن في كون مبدأ حسن النية عبارة عن مبادئ أخلاقية قانونية تبررها الأخلاق، أما المبادئ العامة فإن قواعدها الأخلاقية لا تبررها الأخلاق في حد

¹ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 280.

² - نوارا العشي ، دور قاضي شؤون الأسرة في حفظ الآداب العامة، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الثاني، سنة النشر 2017، ص 272.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ذاتها وإنما قيمتها الاجتماعية، ويكون إحترام الأخلاق بالقدر الضروري فقط لضمان الأمن العام وسكينة المواطن وتجنب السلوك الأخلاقي المثير للفضى داخل المجتمع.¹ والمبادئ العامة والنظام العام لا يوجد فرق جوهري بينهما من حيث الوظيفة المسندة إليهما، والتمثلة في حماية المجتمع والمحافظة على النظام العام والسلم الاجتماعي، والفرق الوحيد بينهما يكمن في مجال كل منهما²، ومنه فإن الإخلال بقواعد النظام العام أو الآداب العامة يؤدي إلى البطلان المطلق للتصرف، أما الإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية يؤدي إلى التعويض.³

ثالثاً- مبدأ حسن النية وقواعد العدالة في التصرفات العقارية :

يمكن تعريف مبادئ العدالة على أنها تلك القواعد القائمة إلى جانب قواعد القانون الوضعي مؤسسة على وحي العقل والفكر السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس، والتي تهدف إلى تعديل قواعد القانون أو الحلول في مكانها، بفضل ما فيها من قوة معنوية مستمدة من سمو مبادئها.⁴

ومبدأ حسن النية لا يختلف كثيرا عن قواعد العدالة بالإشتراك في المعيار الموضوعي، إلا أن الإختلاف يكمن من حيث دور كل منهما في التصرف القانوني، فالعدالة تظهر كعامل أو وسيلة لإعادة التوازن المختل نتيجة الظروف الطارئة و الغير متوقعة بعد أن يصبح الإلتزام مرهقا للمدين طبقا للمادة 107 ق م ج، ومنه تتدخل العدالة لتكملة التصرف وفي كل الحالات ولعدم وجود نص يتدخل القاضي طبقا لنص المادة 01 من ق م ج⁵ مستندا في ذلك إلى قواعد العدالة، بينما نجد دور مبدأ حسن النية تكييف

1 - علي فيلالي، المرجع السابق ، ص 280.

2- نفس المرجع، نفس الصفحة.

3 - شير زاد عزيز سليمان ، المرجع السابق ، ص 211.

4 - مصطفى راتب، (قواعد العدالة والقانون الطبيعي)، مجلة الرؤية الإلكترونية، على الموقع الإلكتروني : <https://alroya.com>، تاريخ الإطلاع : 2021/09/01، ساعة الإطلاع: 20:38.

5 - " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة"

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الإلتزام وملائمته مع المعطيات الجديدة دون الخروج عن روح الإلتزام، كما أن مبدأ حسن النية يعتبر قيذا على القاضي يجب الرجوع إليه في تفسير الإلتزام وتكييفه.¹

رابعاً- مبدأ حسن النية والإرادة في التصرفات العقارية :

الإرادة ظاهرة نفسية تكمن في قدرة الكائن المفكر في إتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب و إعتبرات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة.²

والإرادة هي التي تنشئ وتعديل وتنقل وتنتهي وتنفيذ الإلتزامات، والحقوق التي قررتها إتفاقاً مع إرادة أخرى، فالرضى هو الصلب والركن لكل عقد³ والرضا لا يصدر إلا من إرادة حرة⁴، فمن إلتزم بشيء وكان حراً في إلتزامه لم يظلم نفسه، لأن الإنسان لا يظلم نفسه ولا يلتزم إلا بما يجده نافعا وصحيحا وعادلا.⁵

والرضا وحده بين المتعاقدين لا يكفي وحده لينتج التصرف القانوني أثره، بل لا بد من أن يكون صحيحا ولتحقق صحته يستلزم أن يكون صادرا من ذي أهلية لإبرام التصرفات القانونية، وعليه فإن صحة العقد تتحقق بتحقق صحة أركانه، والتي تنتظم بذات إطار القواعد العامة⁶.

والفقه عموما لا يفرق بين النية والإرادة وهما إتجاه القلب نحو المقصود المراد⁷، والإرادة في التصرفات العقارية مقيدة نوعا ما بالشكالية إلا أن هذا لا يمنع من توافرها هاته الأخيرة والتي يجب أن تكون صحيحة وخالية من أي عيب من عيوب الرضا والمتمثلة في

1 - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 33.

2 - علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 98.

3 - وهذا ما أكدته المادة 176 من القانون اللبناني، للإطلاع أكثر أنظر مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 111.

4 - مصطفى العوجي، المرجع السابق ، ص 111.

5 - نفس المرجع، ص 111.

6 - محمد هادي فرج الفهداوي، الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان ، الأردن، حزيران 2020، ص02.

7 - محمد شكري الجميل العدوي، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص 113.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال، وكل هاته العيوب يعتبر توفرها مساسا بمبدأ حسن النية، ومنه فإن الإرادة وحسن النية يرتبطان كون أن حسن النية يتوفر متى كان الرضا سليما وخاليا من أي عيب.

والإرادة لا يكون لها أثرا إلا إذا تم التعبير عليها وخرجت إلى الوجود، وكذلك حسن النية فلا يكون له أثر قانوني إلا إذا إتخذ الفرد في سبيل رغبته مسلك خارجي فيكون حسن أو سيء النية، إلا أنه وإن كان الأصل في العقد حرية الإرادة فإن الإتجاهات الاجتماعية التي تسود في الوقت الحاضر تجعلها غير قادرة على القيام بدورها وتورد لها الكثير من القيود كمبدأ حسن النية.¹

خامسا - مبدأ حسن النية والباعث في التصرفات العقارية :

إن الباعث هو الهدف من إبرام التصرف، أو هو السبب في التصرف، ولقد نص المشرع الجزائري على ركن السبب في المادتين 97، 98 من ق م ج ، والسبب والإرادة أمران متلازمان فإن وجدت الإرادة وجد السبب و إذا إنعدمت الإرادة إنعدم معها السبب، إلا أن هذا لا ينفي إستقلال كل منهما عن الآخر.²

والباعث يرتبط ومبدأ حسن النية في أن كلاهما أمرا داخليا مرتبط بنفسية الإنسان، فالباعث هو الذي يدفع إلى إبرام التصرف ويجعل من النية أمرا خارجيا بعد أن كانت كامنة في النفس، فيكون المتعاقد حسن النية إذا كان الهدف من إبرام التصرف مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ويكون سيء النية في حال مخالفته لذلك.

والباعث يختلف عن النية في أن الباعث الغير مشروع يعد إخلالا بالمصلحة العامة للمجتمع بشكل مباشر، لأن الشخص أخل بالنظام العام والآداب العامة، أما الإخلال بمبدأ حسن النية في التصرف يعد إخلالا بالمصلحة الخاصة، لأن الفرد يخل بالعلاقة القانونية القائمة بينه وبين الطرف الآخر في العقد، بالإضافة إلى إختلاف الأثر المترتب

¹ - عيسى جنان ، المرجع السابق ، ص 34.

² - علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 257.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

على الإخلال بكل منهما، فالإخلال بمشروعية الباعث يترتب عليه البطلان في جميع الحالات، أما الإخلال بمبدأ حسن النية فيترتب عليه التعويض.¹

والباعث في التصرفات العقارية يختلف باختلاف نوع التصرف ومجاله فقد يكون الهدف منه إمتلاك عقار أو تأجيره، إلى غير ذلك ومنه وجب أن يكون السبب مشروعاً وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ليكون المتصرف في العقار حسن النية ، فالباعث ما هو إلا موطن من مواطن تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية ويترتب على تخلفه بطلان التصرف.

¹ - غزوان عبد الحميد شويش، (سوء النية ودوره في سريان أثر العقد على الخلف العام والدائنين العاديين)، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 01، العدد01، الجزء 02، أيلول 2016، ذو الحجة 1437، ص 503.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الثاني : خصوصية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

رغم أن التصرفات العقارية جزء لا يتجزأ عن التصرفات القانونية عموماً، إلا أنها إنفردت وتميزت عن العديد من التصرفات القانونية الأخرى، فخصها المشرع بقواعد قانونية خاصة نظراً لإرتباطها بالعقار الذي يعد من المصادر المتجددة للثروة في المجتمع، كما أنه آلية من آليات التنمية الاقتصادية للدولة، وبالتالي خصه المشرع بحماية خاصة عن طريق وضع نصوص قانونية خاصة تحميه هاته الأخيرة التي تفرض مجموعة من القواعد والشروط الواجب إتباعها، وهذا ما يجعل مبدأ حسن النية متميزاً ومختلفاً في هذا النوع من التصرفات كما يجعله يتمتع بخصوصية تظهر لنا من خلال توضيح طبيعته القانونية، وكذا توضيح الطابعين الشخصي والموضوعي لهذا المبدأ مع توضيحنا للأساس الذي يقوم عليه.

ومنه وبناء على ذلك قسمنا هذا المطلب إلى :

- الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الأول).
- الطابعين الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الثاني).
- أساس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الثالث).

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

يشكل مبدأ حسن النية ركيزة أساسية في جميع التصرفات القانونية، وقد اختلف الفقه في إيجاد الطبيعة القانونية لهذا مبدأ فهناك من يرى أنه إلتزام قانونيا، وهناك من يرى أنه قاعدة قانونية وهناك من يعتبره مبدءا قانونيا، ومنه فالطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تتشابه وطبيعة المبدأ في التصرفات الأخرى مع وجود فروقات طفيفة، ومنه سنحاول من خلال هذا الفرع التطرق للطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية من خلال تطرقنا للإتجاهات الفقهية المرتبطة بالموضوع.

أولاً- مبدأ حسن النية إلتزاما قانونيا في التصرفات العقارية:

إعتمد الباحثون عبارة " إلتزام بحسن نية " ولا يزال هذا الإصطلاح معتمدا لحد اليوم، وقد إستند أحد الباحثين إلى الجزاء المترتب عن الإخلال بحسن النية من أجل إقرار بأن الوصف الصحيح هو " الإلتزام بحسن النية "، فعادة ما يتضمن الحكم الصادر في مخالفة أحد المتعاقدين هذا الإلتزام القضاء لمصلحة الدائن بالتعويض مع فسخ العقد في بعض الحالات وهو الجزاء المترتب عن الإخلال بإلتزام تعاقدى¹، وهو الموقف الذي تبناه فليب لوتورنو Philippe Le Touneau الذي ذكر في كتابه مسؤولية البائعين والمنتجين عبارة " الإلتزام بحسن النية " عند عرضه للإلتزامات الحديثة للبائعين والمنتجين، وهو الوصف الذي يعتبره الأصح بالنسبة لحسن النية.²

وحسن النية لا يتطلب فقط السلوك بل قد يتطلب الإمتناع عن السلوك، لأنه إلتزام والإلتزام قد يكون عمل أو إمتناع عن عمل، وهذا ما يراه أغلبية الفقهاء في القانون، إذ عندهم إلتزام حسن النية في العقود رغم أنه ذات طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون إلتزاما حقيقيا يترتب عنه إلتزامات لا تقل في العموم وفي التجريد وفي الإلزامية عن أي من الإلتزامات القانونية الأخرى.³

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق ، ص 64.

² -Le Tourneau Philippe, **la responsabilité des vendeurs et des fabricants**, 5 eme éd, Dalloz, PARIS ,2016,p 78.

مأخوذ عن عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 64.

³ - عبد المجيد قادري، (مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد)، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد 02، السنة 2020، ص 1000.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه يعتبر هذا الإلتزام القانوني إلتزاما بالمعنى الضيق، وليس مجرد واجب عام فهو إلتزام حقيقي له دائن ومدين، ومحل وسبب، كما يقابله في نفس الوقت حقا شخصا من الجانب الآخر، وله عناصره المحددة والمتمثلة في العنصر المادي والذي يكمن في مراعاة مقتضيات حسن النية والتي تستجمع في مراعاة المصلحة الخاصة المبررة المشروعة للطرف المقابل، والعنصر النفسي والمتمثل في توجيه الإرادة إلى مراعاة المصالح الخاصة المبررة للطرف المقابل، ومنه يستوجب توافر الإدراك والتمييز.¹

وحسن النية بوصفه إلتزاما قانونيا يتمتع بالعديد من الخصائص والمتمثلة في:²

- حسن النية إلتزاما مفروضا على أطراف العملية التعاقدية، أي أنه متبادل مفروض على جميع الأطراف المتعاقدة، فيكون كل منهما دائنا ومدينا في ذات الوقت بهذا الإلتزام.
- حسن النية إلتزام وقائي أو حمائي، فهو يفرض بغية الوقاية من وقوع الضرر.
- حسن النية إلتزام بتحقيق غاية وليس إلتزام ببذل عناية، إذ على جميع الأطراف إلتزام حسن النية وليس المحاولة في الإلتزام به، وإلا يعد الطرف الذي لم يتحقق الإلتزام في جانبه مخلا به.
- حسن النية إلتزام جوهري وأساسي في التصرف.
- حسن النية إلتزام ذو طبيعة ذاتية، لأن الحسن وصف يلحق بالنية في تحركها الإرادي، والنية خفية محلها مكامن الإنسان أين لا يمكن الإطلاع عليها من قبل الغير.
- حسن النية إلتزام سابق على التصرف، وقد يكون متزامنا مع إبرام التصرف إلى غاية تنفيذه.

وحسن النية في التصرفات العقارية بوصفه إلتزاما قانونيا يظهر من خلال أن هاته الأخيرة عبارة عن إلتزام حقيقي أيضا له دائن ومدين أي المتصرف أو المنتفع من العقار أو الحق العيني، وله محل يتمثل في العقار أو أحد الحقوق العينية المرتبطة به، وكذا سبب وهو الدافع لإبرام التصرف العقاري، بالإضافة إلى وجوب مراعاة مقتضياته ضمن هاته التصرفات والتي نهدف لمراعاة المصالح الخاصة المبررة المشروعة لجميع أطراف التصرف، فمثلا إلتزام حسن النية في عقد البيع العقاري هو إلتزام يفرض ضرورة أن يكون

¹ - عبد المجيد قادري ، المرجع السابق، ص ص 1000، 1001.

² - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص ص 182، 183.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

محل التعاقد أي العقار وكذا سبب التعاقد مشرعين وغير مخالفين للأداب والنظام العامة، كما يفرض على البائع إلتزام بشهر العقد لتنتقل الملكية ويحتج به إلا كان سيء النية، فهو إلتزام تعاقدي تترتب على مخالفته المسؤولية العقدية .

وعلى الرغم من الإنتقادات التي صاحبت إستعمال عبارة إلتزام بحسن النية، وعلى الرغم أيضا من صعوبة الفصل بين مصطلح إلتزام و واجب من الناحية القانونية، إلا أن وصف الإلتزام هو الأنسب من أجل التجسيد القانوني الفعلي لمبدأ حسن النية، سواء في الرحلة السابقة على التعاقد أو في مرحلة تنفيذ العقد، فإذا كانت كلمة " يجب " التي إعتدها المشرع الجزائري في نص المادة 107 ق م ج تزيل الشكوك حول إعتبار حسن النية إلتزاما حقيقيا في مرحلة تنفيذ التصرف، فإن المسؤولية التقصيري الناتجة عن إنحراف المتعاقد عن السلوك الحسن في المرحلة السابقة على التعاقد تؤكد أن المسؤول قد أحل بإلتزام قانوني و هو الإلتزام بحسن نية.¹

ثانيا- مبدأ حسن النية قاعدة قانونية في التصرفات العقارية:

تعتبر القاعدة القانونية الخلية الأساسية في القانون، وهي خطاب موجه إلى الأشخاص في المجتمع بصفة عامة ومجردة، أي أنها لا تخص شخصا معينا بذاته و تتعلق بموضوع محدد بذاته بل يجب أن تكون قابلة للتطبيق على كل من تتوافر فيه شروط تطبيقها، كما تعتبر واجبة الإحترام والتنفيذ من جميع المخاطبين بها ، ووجه الإلتزام يتجسد من خلال الجزاء الذي يحدده القانون على مخالفتها، كإبطال التصرف القانوني المخالف للقواعد الملزمة.²

وهي عبارة عن مجموعة القواعد الملزمة والصادرة عن السلطة المختصة، والتي سنت بغرض تنظيم العلاقات فيما بين الأشخاص، ويقتضي هذا التنظيم ترجيح القاعدة القانونية لمصلحة على حساب مصلحة أخرى، أي تقر حقا معينا وتعترف لصاحبه بمركز قانوني يخوله إمتيازا وسلطة في مواجهة الغير.³

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 65.

² - إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثامنة ، بن عكنون ، الجزائر، 2005، ص 32 وما يليها.

³ - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري ، جسر للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، المحمدية، الجزائر، 2007، ص 16.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والإجتهاد المعاصر يربط إلتزام الإستقامة وحسن النية المذكور في المادة 107 ق م ج المقابلة للمادة 1134 ق م ف، بفكرة كون الدائن يجب أن لا يتعسف في إستعمال حقه، فالتعسف مناقض لحسن النية كأن يتمسك بالبنود الفاسخة في شأن أخطاء طفيفة للحصول على نفع غير مسوغ.¹

وحسن النية في التصرف على الرغم من أنه ذا طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يمنع كونه قاعدة قانونية تامة الشروط وكاملة الخصائص في النظام الوضعي، وخصائص حسن النية في التصرف بإعتباره قاعدة قانونية تتمثل في:²

- حسن النية قاعدة سلوك إجتماعية، تفرض هاته الأخيرة على أطراف التصرف سلوكا معينا يتمثل بتنفيذ إلتزامات إيجابية وأخرى سلبية في علاقتهم القانونية.

- يعتبر حسن النية من القواعد الآمرة، أي أنه من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته فهو يهدف إلى حماية المصلحة العامة للمجتمع أي حماية النظام العام والآداب العامة، الذان يقتضيان مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز إنتهاكها والإخلال بها، ومنه يتمتع القاضي بسلطة تقديرية يستمدّها من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها، لأن مباشرة هاته السلطة تخضع لمبدأ المشروعية أي سيادة القانون.

إلا أنه وعلى الرغم من هذا الطرح فإنه يوجد العديد من الإنتقادات وجهت لهذا المفهوم:³

- إن قالب حسن النية لا يتفق فقط مع حسن النية التعاقدية، لأن هناك حالات يقع فيها إعتبار حسن النية الفردية.

- أن قالب حسن النية يفترض إعتقاد تعريف مسبق لنموذج السلوك الاجتماعي الوسط، وهذا لا يتوافق مع طبيعة حسن النية المتغيرة بل أن من الصعوبة مقارنة سلوك كل متعاقد مع هذا النموذج .

¹ - عبد المجيد قادري، المرجع السابق ، ص 1001.

² - نفس المرجع ، ص ص 1001، 1002.

³ - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص ص 28، 29.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثاً- مبدأ حسن النية مبدأ قانوني توجيهي في التصرفات العقارية:

إستعمل العديد من الباحثين مصطلح " المبدأ " للتعبير عن حسن النية لغرض منح صدى أوسع للمفهوم من ذلك الذي تمنحه بعض العبارات الأخرى، ويظهر أن هذا الجانب من الباحثين على صواب إلى حد ما بالرجوع إلى التشريعات المقارنة الحديثة التي تضع حسن النية ضمن القواعد العامة التي تحكم قوانينها، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي في المادة 1104 من القانون المدني في الباب الأول " الأحكام الأولية "، إلا أن طبيعة حسن النية تتحدد بحسب الجزاء المترتب عن الإخلال بها بصفة أولية، ونظرا لصعوبة تحديد الجزاء يتضح أن إستعمال عبارة مبدأ حسن النية لا يساهم في منح صبغة قانونية لحسن النية من الناحية العملية.¹

- وحسن النية مبدأ قانوني عام، وما يؤكد ذلك وجود العديد من الإعتبارات تتمثل في:²
- قائمة المبادئ العامة غير محددة حصرا.
 - وجود العديد من التطبيقات في القانون المدني تؤكد أخذ المشرع عند وضعه لهذا القانون حسن النية بعين الإعتبار.
 - العديد من الفقهاء يعتبرون حسن النية مبدأ قانوني عام، ويبررون ذلك بجمع كل الحلول المتعلقة بفكرة عامة واحدة سواء كانت هذه الحلول قانونية أو من إستنتاج القضاء، إعتقاد حسن النية كمبدأ للتمكن من تجاوز الصيغة الواردة في المادة 107 من القانون المدني الجزائري، إعتقاد حسن النية لتبرير جميع الحلول الخاصة الجديدة و استنباط فروع جديدة لحسن النية، وبما أن حسن النية في مجال التعامل هو مبدأ قانوني فهو بالتالي يتميز بصفات المبادئ القانونية المتمثلة في المرونة وعدم التحديد والإنتطاق على فروض وحالات عدة.³

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن للمبادئ التوجيهية للتصرفات القانونية ثلاث وظائف أساسية تتمثل في ⁴ :

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 62.

² - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 53.

³ - عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص ص 1002، 1003.

⁴ - شوقي بناسي ، (المبادئ التوجيهية للعقد)، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02، ص ص

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- **الوظيفة المعيارية:** تتجلى الوظيفة المعيارية في ثلاث نواح ، فمن الناحية التنظيمية قد تأخذ طابع الحضر كما هو الحال لحسن النية، وقد تأخذ طابع الإلزام كما هو الشأن بالنسبة للقوة الملزمة للعقد و حسن النية، كما قد تأخذ طابع الإباحة، ومن الناحية التكميلية تسمح المبادئ بتفسير القواعد القانونية التي تنظم التصرف في حال غموضه، وتسمح أيضا بسد الثغرات، ومن الناحية التقنية تساهم في تصحيح القواعد القانونية.

- **الوظيفة السياسية :** تظهر من خلال العمل على هيكلة قانون العقود، ويظهر ذلك من خلال المحافظة على الحقوق والحريات.

- **الوظيفة البيداغوجية:** تكمن في وضع نموذج قانوني ينظم أحكام العقد.

والمشرع الفرنسي في تعديله للقانون المدني سنة 2016، إرتقى بحسن النية إلى مصاف المبادئ التوجيهية للتصرف في المادة 1/1104 ق م ق والتي تنص " يجب أن يكون التفاوض على العقود وتكوينها وتنفيذها بحسن نية "¹، ولقد تأثر بمشروع الأستاذ Terré في ذلك، وحسن النية ليس بالأمر الجديد في التشريع الفرنسي وإنما الجديد هو جعله من المبادئ التوجيهية للعقد، وكذا عدم إقتصاره على التنفيذ فحسب بل إمتد ليشمل جميع المراحل التعاقدية.²

وبما أن حسن النية في مجال التصرفات القانونية بأنواعها هو مبدأ قانوني فإنه يتميز بذات الخصائص التي يتمتع بها والمتمثلة في المرونة وعدم التحديد والإنطباق على فروض وحالات عدة³، ومنه يمكن القول أن :

- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو مبدأ مرن، أي يتناسب وجميع التصرفات العقارية مهما كانت طبيعتها.

- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو مبدأ غير محدد، أي أن مفهوم المبدأ يتغير ويختلف باختلاف التصرف.

- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو مبدأ ينطبق على جميع التصرفات العقارية على الرغم من إختلاف مقتضياته من تصرف لآخر.

¹ - Art 1104 « les contrats doivent être négociés , formés et exécutés de bonne foi... ».

² - شوقي بناسي ، المبادئ التوجيهية للعقد ، المرجع السابق، ص 255.

³ هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 53.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومبدأ حسن النية كمبدأ قانوني مستمد من الفكرة العامة للوجود في مجتمع ما، كما يمكن إستقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع، وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئياً عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ، وهي تساهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام والآداب العامة، والتي بدورها تقيد الحرية التعاقدية.¹

رابعاً- مبدأ حسن النية واجب عام في التصرفات العقارية:

هناك من يرى من الفقهاء تفضيل إستعمال مصطلح واجب حسن النية، لإعتبارهم أن حسن النية واجب عام يقع على المتعاقدين يترتب عنه إلتزامات أو سلوك معين على الأطراف، سواء في المرحلة السابقة على التعاقد أو أثناء تنفيذ العقد، ويؤيد هذا الطرح القانون المدني لمقاطعة كيك في كندا، حيث تنص المادة 06 منه على ضرورة إستعمال الأفراد للحقوق المدنية وفقاً لمقتضيات حسن النية، من هذا الجانب يظهر حسن النية كمنهج حياة يومي بالنسبة للفرد.²

ولقد إستعمل القضاء الفرنسي عبارة واجب حسن النية في العديد من القرارات في هذا الصدد من بينها القرار الصادر عن الغرفة المدنية الثالثة والتي إعتبرت أن الطاعنة خالفت واجب حسن النية لما طلبت من المطعون ضده دفع مبلغ 30.000 يورو دفعة واحدة بعدما تم الاتفاق في وقت سابق على تقسيط هذا المبلغ.³

إلا أنه يمكن القول أن إعتبار حسن النية واجبا في التصرفات العقارية أي حصره في سلوك معين لأفراد التصرف لا يمكن الأخذ به وإعتماده ، بإعتبار أن هذا الطرح لا يتطابق ومقتضيات حسن النية والتي تفرض العديد من الإلتزامات والسلوكات كالإلتزام بالإعلام، فهو لا ينحصر في التصرفات العقارية في سلوك واحد وإنما يمتد ليتخذ العديد من السلوكيات فمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يتغير ويختلف باختلاف نوع التصرف القانوني، كما أن حسن النية في الوقائع القانونية كالحيازة يختلف عن حسن النية في التصرف، ففي العديد من الأحيان نجد من حسن النية شرطا لتحول الواقعة إلى تصرف قانوني كإكتساب الملكية عن طريق التقادم في الحيازة.

¹ - عبد المجيد قادري، المرجع السابق، ص 1003.

² - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 63.

³ - نفس المرجع ، ص 63.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : الطابعين الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

يشكل الطابعين الشخصي والموضوعي ثنائية تبرز مدى إرتباط المفهومين في التصرفات القانونية عموماً، ومبدأ حسن النية يمتاز كمبدأ بالطابعين الشخصي والموضوعي معا في التصرفات العقارية، وذلك لإرتباطه بذات أطراف التصرف القانوني، كما أنه يحمل العديد من المقتضيات الموضوعية والتي ترتبط بمحل التصرف وأطرافه وتختلف من تصرف لآخر، ومنه سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في العنصر الأول، لنتطرق في العنصر الثاني للطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

أولاً- الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

الطابع الشخصي ويقصد به الطابع الذاتي المرتبط بالشخص والمنسوب إليه، أي ما يتعلق بتفكير الشخص دون أن يكون للمؤثرات الخارجية أي تأثير على التفكير أو النية. وهناك من الفقه من يعرف الطابع الشخصي على أنه الطابع الذي " يكون لشخص العاقد إعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد إرتباط بموضوع العقد "، ويلاحظ على هذا التعريف عدم بيانه للمقصود من إرتباط صفة العاقد بموضوع العقد، كذلك جعل الإعتبار الشخصي يتسم بطابع موضوعي، حيث أنه ربط الإعتبار الشخصي بموضوع العقد، ولم يعطي أي وزن لإرادة المتعاقدين.¹

كما يمكن تعريفه بأنه " العقد الذي كانت شخصية أحد المتعاقدين أو صفة خاصة فيه قد روعيت في إبرام العقد، كالعقد المبرم مع فنان أو مقاول أو مع جراح ".²، وهو أيضا " الإعتداد بشخصية المتعاقد أو صفة من صفاته ويؤثر في إبرام العقد "، وما يلاحظ على هذين التعريفين عدم وضوحهما لحقيقة الإعتبار الشخصي.³

¹ - علي شاکر عبد القادر البدری ، (حماية المتعاقد جراء وفاة المتعاقد المعتبر الشخصية، دراسة مقارنة)، مجلة العلوم الاجتماعية، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد 6(5)، ماي 2019، ص 166.

² - محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، مصادر الإلتزام، ج1، مطبعة فالق، الطبعة 02، القاهرة، 1976، ص 251، مقتبس عن علي شاکر عبد القادر البدری، المرجع السابق، ص 161.

³ - علي شاکر عبد القادر البدری، المرجع السابق، ص 167.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه فالطابع الشخصي في مفهومه العام يقصد به " أن تكون شخصية المتعاقد المحور الرئيسي في التعاقد"¹

والطابع الشخصي عموما هو كل ما يرتبط بذات الشخص و إرادته دون أي تدخل لإرادة أو عوامل أخرى، وهو يحتل أهمية كبيرة في العديد من التصرفات العقارية وما يرتبط بها، فهو يركز فيها إما على إرادة أطراف التصرف أو وجود نص قانوني، أو مبدأ قانوني، وللطابع الشخصي مكانة هامة في مبدأ حسن النية في هذا النوع من التصرفات. والطابع الشخصي لمبدأ حسن النية، هو الذي يعتبر الشخص الذي يعتقد خطأ بوجود حالة أو واقعة قانونية عادية ومشروعة حسن النية في حين أن الواقع غير ذلك، فيتدخل القانون لمساعدة هذا الشخص رغم عدم مشروعية الحالة التي هو فيها، وقد إعتد التشريع و القضاء على حسن النية بإعتبارها إعتقاد خاطئ في العديد من الحالات.² والطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية نجده مرتبط كثيرا في العقود الواردة على الملكية وكذا العقود المرتبطة بالإنتفاع بالشيء، ولقد كرس المشرع الجزائري الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية ويظهر لنا في العديد من النصوص القانونية، من بينها نجد :

1- الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في عقد البيع على التصاميم³ :

بالنظر إلى نصوص القانون 11-04⁴ المتعلق بنشاط الترقية العقارية، نجد أن المشرع إعتد الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في عقد البيع على التصاميم، ويظهر

¹ - يوسف زروق، (حماية الإعتبار الشخصي في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي، الأغواط، الجزائر، العدد 06، جوان 2016، ص 13.

² - بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 66.

³ - وفقا لنص المادة 28 من القانون 11-04 هو العقد الذي يتضمن ويكسر تحويل حقوق الأرض وملكية البنائيات من طرف المرقى العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال، وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز.

⁴ - قانون رقم 11-04، مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1423 الموافق لـ 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، منشور بتاريخ 06 مارس 2011، جريدة رسمية عدد 14.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ذلك من خلال العديد من النصوص أهمها ما تعلق بشخص المرقى العقاري¹ حيث نصت المادة 4 منه على أنه " يرخص للمرقين العقاريين المعتمدين والمسجلين في السجل التجاري، بالمبادرة بالمشاريع العقارية.

لا يمكن أن يدعي صفة المرقى العقاري أو يمارس هذا النشاط ما لم يكن حاصلًا على اعتماد ومسجلًا في الجدول الوطني للمرقين العقاريين حسب الشروط و الكيفيات المحددة في القانون ."، من خلال نص هاته المادة يلاحظ أن المشرع وضع إعتبار لشخص المرقى العقاري في هذا النوع من العقود فيجب أن يكون حاصلًا على اعتماد ومسجلًا في السجل التجاري، وكل ذلك حفاظًا على التوازن العقدي وحماية للمكتب والذي يفترض فيه المشرع حسن النية، ومنه متى توافرت هاته الشروط في المرقى العقاري توفر مقتضى من مقتضيات مبدأ حسن النية.

2- الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في عقد الحفظ² :

ونفس الشيء بالنسبة لعقد حفظ الحق، فقد كرس المشرع الجزائري الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية من خلاله، ويظهر ذلك في العديد من النصوص القانونية ضمن القانون 04-11، من بينها نص المادة 29 والتي تؤكد على أنه لا يمكن إبرام عقد حفظ الحق لعقار مقرر بناؤه أو في طور البناء إلا من طرف المرقى العقاري، هذا الأخير والذي يؤكد الطابع الشخصي ضمن هذا العقد الذي يبرم بين مكتب ومرقى عقاري حفاظًا على توافر مبدأ حسن النية لضمان تحقيق التوازن العقدي في هذا النوع من العقود.

3- الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في حماية الغير حسن النية :

يظهر لنا ذلك من خلال العديد من النصوص القانونية ضمن القانون المدني ، كنص المادة 409 والتي جاءت في الجزء المتعلق بالبيع في مرض الموت، والتي تنص

¹ - " يعد مرقيا عقاريا في مفهوم هذا القانون ، كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل ، أو تجديد أو إعادة هيكلة، أو تدعيم بنايات تتطلب أحد هذه التدخلات، أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها أو تأجيرها." أنظر نص المادة 03 من القانون 04-11.

² - وفقا لنص المادة 27 من القانون 04-11 عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقى العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنهائه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

على أنه " لا تسري أحكام المادة¹ 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع " ، ويلاحظ من خلال هاته المادة أن المشرع الجزائري إعتد بالطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في مثل هذا النوع من التصرفات العقارية والتي تتم من شخص مريض مرض الموت لفائدة الغير حسن النية. والطابع الشخصي لمبدأ حسن النية يظهر لنا من خلال تفحص العديد من النصوص القانونية ضمن القانون المدني، أو ضمن قوانين متفرقة إلا أننا إقتصرنا على النصوص القانونية المذكورة أعلاه، كوننا لا نستطيع ذكر جميع النصوص القانونية المرتبطة بالطابع الشخصي بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

ثانيا- الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

الطابع الموضوعي وهو الطابع المرتبط بموضوع التصرف دون أن يكون له صلة بذات أو شخص أطراف التصرف أي مجرد من أي طابع شخصي. كما أنه الطابع الذي لا ينظر فيه إلى أطراف التصرف، وإنما يرتبط بالعديد من مقتضيات الموضوعية المرتبطة بحسن النية كالكفاءة و القدرة. والطابع الموضوعي وعلى نقيض الطابع الذاتي يركز على واجب ملقى على عاتق المتعاقدين، يلزمهما بتنفيذ إلتزاماتهما بحسن النية، أي ضرورة أن يراعي كل منهما تجاه الآخر في تنفيذ إلتزامه سلوك الأمانة والنزاهة وشرف التعامل بعيدا عن كل غش أو تحايل.²

ويظهر الطابع الموضوعي لحسن النية أكثر أهمية بالنسبة لقانون العقود عن المظهر الشخصي³ ، لأنه يمنح القاضي سلطة فرض جزاءات مختلفة على المتعاقدين الذي خالف سلوكه النزاهة والثقة الواجبة بين الأطراف، ولا يمكن فصل حسن النية عن ضدها

¹ - تنص الفقرة الثانية من المادة على أنه "إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

إذا تتم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه و من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال "

² - بن عزوز درماش ، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013، ص 239.

³ - FABRE-MAGNAN Muriel, de l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, LGDJ-Lexetensio édition , Paris, 2015, p 96.

مقتبس عن بلال عثمانى ، المرجع السابق ، ص 70.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أي سوء النية بإعتبارها معيار لتقدير سلوك الفرد لذلك ميز المشرع في العديد من الحالات بين المتصرف حسن النية والمتصرف سيء النية بالنظر إلى سلوكه.¹ و إعتبر الباحثون أن مجرد إتجاه النية إلى الإضرار بالمتعاقدين الآخر غير كاف للإقرار بسوء نيته، بل يجب أن ترتبط بعنصر آخر موضوعي وهو خروج السلوك عن العقلانية، أو ميله إلى الإفراط.²

والطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يختلف أيضا من تصرف لآخر وقد يجتمع والطابع الشخصي في نفس التصرف، ويظهر لنا من خلال العديد من المقترضات المرتبطة بالتصرف والتي ينتج من خلالها التمييز بين المتصرف حسن النية والمتصرف سيء النية .

ولقد كرس المشرع الجزائري الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في العديد من النصوص القانونية ضمن القانون المدني أو ضمن قوانين متفرقة، ومن بين هاته الحالات نجد :

1- الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في عقد البيع على التصاميم :

لقد كرس القانون 04-11 الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في عقد البيع على التصاميم في العديد من النصوص القانونية، من بينها نص المادتين 48 و 49، حيث تنص المادة 48 على أنه " يجب على المرقي العقاري أن يتخذ كل التدابير التقنية والقانونية الضرورية من أجل تسهيل التكفل بتسيير العقار المنجز وضمان الحفاظ عليه"، كما تنص المادة 49 على أنه " يجب على المرقي العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه.

ويتعين عليه بهذه الصفة مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة"، ومنه فإن مخالفة المرقي العقاري لهاتين المادتين يعتبر منه سيء النية ومنه مخلا بجزء من الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في هذا النوع من العقود.

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 70.

² - نفس المرجع ، ص 73.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في عقد حفظ الحق :

ويظهر ذلك من خلال العديد من النصوص القانونية من بينها نص المادة 50 من القانون 04-11 والتي تنص " يتعين على المكتب في مشروع عقاري كما هو منصوص عليه في هذا الفصل، إحترام بنود نظام الملكية المشتركة وتسدّد كل المساهمات التي تقع على عاتقه بعنوان التسيير و الحفاظ على العقار الذي يملكه، وتبقى مسؤوليته كاملة تجاه كل شخص يشغل العقار بمحض إرادته."، فيظهر من خلال هاته المادة الطابع الموضوعي والذي يتجسد في المقتضيات المرتبطة بحسن النية من نزاهة وإحترام الواجب إتباعها من طرف المكتب في مواجهة المكتتبين معه في الملكية والبنائيات المشتركة.

3- الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في إلتزامات البائع :

تنص المادة 373 ق م ج " إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو إعترف عن حسن نية بحق الغير أو تصالح معه دون أن ينتظر حكما قضائيا متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه"، فالمشرع الجزائري إعتد على حسن نية المشتري مع الغير وما تضمنه من مقتضيات النزاهة والإستقامة في سلوكه، فيكون المشتري حسن النية إذا لم يكن سيء النية مع الغير ولم ينحرف عن سلوك المتعاقد النزيه.

كما تضمنت المادة 377 ق م ج سوء نية البائع في إخفاء حق الغير، بنصها في فقرتها الثالثة على أنه " ويكون باطلا كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه إذا تعمد البائع إخفاء حق الغير " ومنه فتعمد إخفاء البائع حق الغير يعد مساسا بالطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في هذا النوع من التصرف.

وفي الأخير يمكن القول بأن الطابعين الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية وجهان لعملة واحدة ، فكل منهما يكمل الآخر ومفهومهما يختلف من تصرف لآخر وهذا ما يؤكد خصوصية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : أساس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

إن الأساس في مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو القوام الذي يركز عليه المبدأ عموماً في هذا النوع من التصرفات، فهو مجموعة القواعد التي يبنى عليها المبدأ وتشكل حلاً قانونياً للعديد من المسائل، وأساس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية قد يختلف نوعاً ما عن أساسه في التصرفات القانونية الأخرى ويعود ذلك للخصوصية التي تتمتع بها هاته التصرفات دوناً عن الأخرى، ومنه سنتطرق من خلال هذا الفرع إلى بعض الأسس التي يقوم عليها مبدأ حسن النية والمرتبطة بالتصرفات العقارية والمتمثلة في الأخلاق والواقع في عنصر أول، التشريع في عنصر ثان، عدم العش في عنصر ثالث، عدم التعسف في استعمال الحق في عنصر رابع، لنتطرق في العنصر الخامس لعدم الإخلال بالتوازن العقدي .

أولاً- الأخلاق والواقع كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

إن الأخلاق والواقع يعتبران من أهم الأسس التي يبنى عليها مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، ويظهر ذلك من خلال العديد من الإعتبارات المرتبطة بكليهما.

1- الأخلاق ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

إن الأخلاق عموماً هي المثل الأعلى الذي يرى الناس من خلاله ما ينبغي إتباعه كالإلتزام الصدق وإجتئاب الكذب ومساعدة الضعيف وإيثار الغير على النفس، وهي تختلف من مجتمع لآخر ومن هنا تبدو العلاقة واضحة بين الأخلاق والقانون في أن محل كل منهما هو الإنسان.¹

و الأخلاق في التصرفات العقارية هي مبادئ السلوكيات التي يجب أن يلتزم بها أطراف التصرف القانوني في ممارساتهم، فهي التي تحكم العلاقة بين المتصرف في العقار وكذا الغير أيضاً، وينبغي أن تكون هاته الأخلاق مبنية على حسن النية في جميع التصرفات.

وتهدف الأخلاق إلى ضبط التصرفات القانونية بغية الحفاظ على مصالح الأفراد وعدم تعرضهم للغش والخداع في أي جانب من جوانب التصرف، ومبدأ حسن النية يرتبط

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 37.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إرتباطا وثيقا بالأخلاق فهاته الأخيرة تشكل أساسا له وترتبط به إرتباطا وثيقا ويظهر ذلك في العديد من الإعتبارات.

فالأخلاق في التصرفات العقارية تفرض وجوب الإستقامة والنزاهة كقيام البائع في بيع عقار بإعلام المشتري بجميع العيوب الخفية، كما تفرض التعاون والتضامن بين أطراف التصرف.

2- الواقع ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

يرى العديد من الفقهاء أن الواقع يعتبر أساسا لمبدأ حسن النية، حيث أن هذا الأخير يجد أساسه من الواقع الذي يعتبر قريب من مدلول حسن النية ويشمل جميع حالاته وهو متروك تقديره للقاضي المطروح عليه النزاع، الذي يحدد العناصر المستخلصة من ظروف القضية على حده والتي يستخلصها من الواقع دون رقابة عليه من قضاة الموضوع، فيقدر حسن النية حسب ظروف كل قضية مطروحة أمامه.¹

ومنه فإن الواقع كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يظهر كثيرا من خلال التطبيقات القضائية فالقاضي العقاري المطروح عليه النزاع يستخلص النتائج من الوقائع المطروحة ومن الواقع المعاش فيقدر حسن النية حسب ظروف كل قضية، فمثلا القاضي المطروح أمامه نزاع حول عقار متخذ بيت للقمار أو الدعارة يأخذ بالواقع المعاش وظروف الحال في فصله في القضية.

¹ - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 38.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- التشريع كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

إن التشريع هو مجموعة القواعد القانونية العامة والمجردة والملزمة لجميع أفراد المجتمع، وهو يعتبر من أهم الأسس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية إلا أن هناك من يرى أنه مبدأ يسمو على التشريع والتصرف معا.

1- الأساس التشريعي لحسن النية في القانون المدني:

لقد نص المشرع الجزائري على مبدأ حسن النية صراحة في نص المادة 107 ق م ج والتي تنص على وجوب تنفيذ العقد طبقا لما إشتهل عليه وبحسن نية، ومنه يعتبر هذا النص أساسا لمبدأ حسن النية داخل نظرية العقد، كما نص المشرع على حسن النية في العديد من النصوص الأخرى ضمنا والتي تهدف إلى إبرام التصرف وبحسن النية، كالنصوص القانونية المرتبطة بالغلط، التدليس، الإكراه، الإستغلال، إلتزامات المشتري في عقد البيع، الإلتصاق، الحيازة إلى غير ذلك من النصوص القانونية .

كما أنه يمكن أن نعتبر أيضا نظرية الخطأ أساسا لمبدأ حسن النية طبقا لنص المادة 124 ق م ج والتي تنص على أنه " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فمبدأ حسن النية يهدف أيضا إلى وجوب عدم الإضرار بالغير .

2- الأساس التشريعي لحسن النية في قوانين مختلفة:

بالإضافة إلى القانون المدني، هناك العديد من القوانين الأخرى والتي كرست مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية ولو بطريقة ضمنية غير مباشرة، كقانون حماية المستهلك الذي أسس الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد على وجوب تنفيذ العقد وبحسن نية، القانون 04-11 والمتعلق بنشاط الترقية العقارية والذي نص في العديد من النصوص على العديد من الشروط والتي تهدف لفرض مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن العقدي، القانون 04¹-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، حيث أكد هذا القانون على شهادة التصديق الإلكتروني هاته الأخيرة والمرتبطة بمبدأ حسن النية والذي يقتضي

¹ - القانون 04-15 المؤرخ في 01 فيفري 2015، المحدد للقواعد العامة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 06 لسنة 2015.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الوضوح في التعبير عن الإرادة والذي يجب أن يتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه¹، بالإضافة إلى العديد من القوانين الأخرى والمرتبطة بهذا الشأن.

ثالثاً - عدم الغش كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

إن توضيح عدم الغش كأساس لمبدأ حسن النية يقتضي منا ضرورة التطرق لتعريف الغش أولاً قبل تطرقنا لعلاقته بحسن النية.

1- تعريف الغش :

الغش لغة نقيض النصح، إظهار الشخص خلافاً لما أضمره، أو زين له غير المصلحة أظهر له غير ما أضمر.²

والغش في الفقه الإسلامي هو محاولة خداع البائع للمشتري بأي وسيلة من الوسائل ليحصل على ترويج سلعته، فقد عرفه الحنفية على أنه " إشتمال المبيع على وصف نقص لو علم المشتري به لإمتنع عن شرائه"، كما عرفه المالكية على أنه " إبداء البائع ما يوهم كمالاً في مبيعه كاذباً أو كتم عيب" وعرفه الحنابلة على أنه " إشتمال المبيع ونحوه على وصف نقص لو علم به المشتري لإمتنع عن شرائه".³

كما عرف العديد من الفقهاء الغش على أنه " كل تصرف أو عمل يباشر بنية الخداع للتهرب من التزام تعاقدية أو قانونية"⁴، كما عرفه البعض على أنه " حيل مقرونة بسوء نية بهدف الإضرار بالغير"⁵.

¹ - آمال بن قدور، صباح عسالي ، (مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في الإيجاب والقبول للعقد الإلكتروني)، مجلة دفاثر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السليسية، جامعة ورقة، المجلد 13، العدد 03، سنة 2021، ص 393.

² - ياسر محمد إبراهيم درباله، (أثر الغش في الإعلان التجاري في الفقه الإسلامي)، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد العاشر، جانفي 2018، ص 107.

³ - نفس المرجع، ص 107.

⁴ - يوسف سنييه، غش الخصوم كسبب للطعن بإلتماس إعادة النظر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص 104،

مقتبس عن جاسم مجبل الماضي القعود

⁵ - السروي محمد محمد، الغش في المعاملات المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2004، ص 45.

مقتبس عن جاسم مجبل الماضي القعود

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- علاقة الغش بحسن النية:

إن الغش بمختلف صورته يدل على توافر سوء النية، لأنه يقوم على رغبة داخلية خبيثة، وهو ما دعا البعض إلى القول بأن الغش هو مرادف لسوء النية، فليس كل سوء نية غشاً، إلا أن المؤكد أن الغش يقوم على سوء القصد وسوء النية.¹

والغش في العقود يعتبر خروجاً عمدياً على حدود القوة الملزمة للعقد، من منطلق أن الغش حالة إرادية تتضمن نية الإضرار، وذلك عندما تتجه نية المتعاقد الغاش إلى الإضرار بالمتعاقد الآخر، ويفترض هنا توافر سوء النية ورغبة المتعاقد في عدم الإلتزام بموجبات القوة الملزمة للعقد، وذلك من خلال لجوئه إلى التحايل أو التضليل أو ما شابه ذلك.²

وإستخدام المتعاقد التحايل أو التضليل أو أية وسيلة تشكل غشاً يجسد سوء النية لدى مرتكب الغش ويدل على قصده المساس بحدود القوة الملزمة للعقد وبالتالي خروجه على أحكام القانون وإلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر أو بالغير.³

والغش بوصفه حالة من حالات سوء النية يتخذ صوراً عدة متعارضة مع مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية كقيام بائع العقار بإخفاء العيوب الخفية على المشتري كالحالة التي يكون فيها سقف المنزل مشقوقاً، أو قنوات الصرف الخاصة بالمنزل معطلة،.....، إلى غير ذلك من حالات الغش الأخرى.

ومنه يمكن القول أن الغش الذي ينافي مبدأ حسن النية هو ذلك الغش الذي يكون على درجة مؤثرة من الجسامه، فليس كل فعل أو كتمان يعتبر غشاً، وعلى الرغم من أن العلاقات التي يجب أن يسودها الصدق والأمانة إلا أن القانون منع الكذب والكتمان، كالدعاية التي يقوم بها التاجر خلافاً للحقيقة من أجل منتجاته،⁴ أو الدعاية والإعلانات

¹ - جاسم مجبل الماضي القعود، أثر مبدأ حسن النية على أحكام عقد التأمين، رسالة مقدمة إبتكماً لامتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الخاص، ملية القانون، جامعة عمان العربية، 2011، ص 20.

² - نفس المرجع، ص 21.

³ - بني طه يحي أحمد، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن، ص 112، 113. مقتبس عن جاسم مجبل الماضي القعود.

⁴ - جاسم مجبل الماضي القعود، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

التي يقوم بها مرقي عقاري من أجل سكناته خلافا للحقيقة كوجود امرأة تنظيف، مصعد، ساحات للعب الأطفال، مساحات خضراء.

رابعاً- **عدم التعسف في استعمال الحق كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:**

تقوم فكرة عدم التعسف في استعمال الحق في القوانين العقارية على ضرورة تصرف الفرد في ملكه بشكل لا ينحرف به عن الوظيفة الاجتماعية للحق، وإذا ما حصل ذلك الإنحراف عد مخطئاً مجبراً على التعويض.¹

والأصل أن استعمال الحق من جانب صاحبه يعتبر فعلاً مشروعاً مادام يلتزم فيه مضمون الحق وحدوده كما رسمها القانون.²

ولقد نص المشرع الجزائري على التعسف في استعمال الحق في نص المادة 124 مكرر ق م ج والتي تؤكد أنه " يشكل الإستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات الآتية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ للغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة." ، ومنه فإن المشرع الجزائري حدد الحالات التي يعتبر فيها استعمال الحق تعسفياً، وهي الحالات الثلاثة المذكورة بالمادة أعلاه.

1- التعسف في استعمال الحق في التصرفات العقارية:

يظهر التعسف في استعمال الحق في التصرفات العقارية من خلال العديد من التطبيقات، كمضار الجوار المنصوص عليها في المادة 691³ ق م ج " يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار"، حالات التعسف في

¹ - حكيمة السباعي، (التعسف في استعمال الحق في القوانين العربية)، مجلة دراسات إسلامية، المجلد 12، العدد 01، السنة 2017، ص35.

² - جاسم مجبل الماضي القعود، المرجع السابق، ص 22.

³ - يقابلها نص المادة 807 ق م مصري " لا يجوز للجار الغلو في استعمال حقه وليس للجار أن يرجع على جاره بمضار الجوار الألوقة بل له أن يطلب إزالة الضرر إذا تجاوز الحد المألوف ويراعي في ذلك العرف وطبيعة العقار والغرض الذي خصص له ولا يحول الترخيص الصادر من الجهة المختصة دون استعمال الحق".

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

حقوق الإرتفاقات كالتعسف في حق المرور والمنصوص عليها ضمن القسم الثالث والمتعلق بالقيود التي تلحق حق الملكية المواد 690 ق م ج وما يليها.

2- العلاقة بين التعسف في إستعمال الحق وحسن النية :

إذا كان إستعمال الحق لا ينطوي على إساءة أو تعسف من قبل صاحبه فنستطيع أن نقول أنه يتوافق ومبدأ حسن النية، فهو غاية أساسية من الغايات التي يهدف لتحقيقها، ومنه إعتبر عدم التعسف في إستعمال الحق أحد الأسس التي يقوم عليها مبدأ حسن النية، فالذي يستعمل حقه قاصدا الإضرار بالغير يعد سيئ النية، وهذا ما يؤكد العلاقة المباشرة بينهما، والتي تهدف لإبقاء الأفعال والتصرفات في نطاق المشروعية، فعدم التعسف في إستعمال الحق هو تطبيق ضمني لوظيفة من وظائف وإهتمامات مبدأ حسن النية.¹

ومبدأ حسن النية يهدف إلى إنتفاء التعسف في إستعمال الحق، وأن يستعمل صاحب الحق حقه دون تعسف وإساءة للغير، ومعنى هذا أن نظرية التعسف في إستعمال الحق أداة من الأدوات التي يستعملها مبدأ حسن النية في أثناء رقابته على العقود.²

¹ - جاسم مجبل الماضي القعود، المرجع السابق، ص 23.

² - بني طه أحمد يحي، المرجع السابق، ص ص 124، 125.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

خامسا- عدم الإخلال بالتوازن العقدي كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

يعتبر عدم الإخلال بالتوازن العقدي من أهم الأسس التي يقوم عليها مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية بالإضافة إلى الأسس الأخرى، فهو أحد الأهداف التي يسعى لتحقيقها.

1- تعريف التوازن العقدي:

يقصد بالتوازن الموضوعي أو المالي للعقد أن تكون حقوق والتزامات الأطراف وقت إبرام العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوازنة ماليا، كما يقصد به تلك المعادلة الشريفة بين الحقوق والتزامات والتي أخذت في الاعتبار.¹

ومنه فإن التوازن العقدي هو ذلك الذي يؤدي إلى تحقيق التوازن بين الإيرادات التي تكون العقد، وتهدف للحفاظ على التوازن بين المنافع التي تنتج عن العقد والمحافظة أيضا على التوازن بين الإلتزامات التي ينشأها العقد، كي لا تطغى مصلحة على أخرى، ولا يثري أحد على حساب آخر.²

2- تحقيق التوازن العقدي ومبدأ حسن النية :

إن مبدأ حسن النية يشارك بطريقة مباشرة في إيجاد الثقة، وذلك عن طريق تجسيد أخلاق تعاقدية تسود الإلتزامات الإيجابية والتي تقع على عاتق المتعاقدين خاصة واجب النزاهة وواجب التعاون.³

والمشرع عموما في العديد من النصوص القانونية يهدف لتحقيق التوازن العقدي، من بينها نص المادة 90 ق م ج والتي تنص على أنه " إذا كانت إلتزامات المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل

¹ - عرارة عسالي ، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014/2015، ص 03.

² - جاسم مجبل الماضي القعود، المرجع السابق، ص 30.

³ - فطيمة نساخ بولقان ، (أخلة العلاقة العقدية)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 04، ص 302.

الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد."، وبما أن الإستغلال يتعارض ومبدأ حسن النية فإن المشرع الجزائري وتحقيقا للتوازن العقدي أجاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو يعيد التوازن لهذا العقد.

كما يظهر حرص المشرع على تحقيق التوازن العقدي في عقود الإذعان والتي يسلم فيها القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل مناقشته فيها، وذلك فيما تعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة فيه محدودة النطاق.¹

وبالإضافة إلى القانون المدني فإن التشريعات العقارية الأخرى تهدف أيضا إلى فرض مبدأ حسن النية والعديد من القواعد القانونية وكل ذلك بهدف تحقيق التوازن العقدي، كت تحقيق التوازن العقدي في عقد البيع على التصاميم وعقد حفظ الحق، والذان تم تكريسهما بموجب القانون 04-11، فالهدف الأول أو الغاية الأساسية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تهدف أساسا لتحقيق التوازن في التصرف القانوني.

وللتوضيح فإن جميع الأسس المذكورة أعلاه تعتبر مهمة وأساسية في فرض مبدأ حسن النية وتكريسه، فكل منها يكمل الآخر فقواعد الأخلاق ترتبط بالواقع وتتأفي والغش والتعسف في إستعمال الحق، و تهدف لتحقيق التوازن العقدي بالدرجة الأولى، وكل ذلك يجد أساسه في التشريع الذي كرس مبدأ حسن النية صراحة وضمنا.

¹ - جاسم مجبل الماضي القعود، المرجع السابق، ص 32.

الباب الأول
الفصل الثاني
نطاق مبدأ حسن النية
في التصرفات العقارية

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

تعتبر التصرفات العقارية من أهم الوسائل القانونية التي تربط الأفراد في معاملاتهم المختلفة والمرتبطة بعقار أو حق عيني أصلي أو تبعي، ونظرا لأهميتها في الحياة العامة فإن القانون الجزائري كباقي دول العالم كفلها بموجب العديد من النصوص القانونية، وأحاطها بإطار قانوني مشمول بالعديد من المبادئ يأتي في مقدمتها مبدأ حسن النية. ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يهدف أساسا لضمان تحقيق الاستقرار والنزاهة في المعاملات العقارية عموما، كما يهدف إلى أخلاقة العلاقة العقدية في التصرفات القانونية بإرادتين أي العقود عن طريق تحقيق و إعادة التوازن العقدي، فهو آلية منصوص عليها في إطار القواعد العامة وفقا لنص المادة 107 ق م ج والتي تعتبر الشريعة العامة لمبدأ حسن النية، إضافة إلى الآليات الأخرى والتي كرسها المشرع خدمة لمبدأ حسن النية كالإلتزام بالإعلام.

والتصرفات العقارية تختلف باختلاف طبيعة ونوع التصرف، فقد يكون تصرف قانوني بإرادة منفردة كالوصية والهبة والقرار الإداري، وقد يكون تصرف قانوني بتوافق إرادتين أي العقد، وفي كل هاته التصرفات كرس المشرع مبدأ حسن النية صراحة أو ضمنا، بدءا من نشوء التصرف القانوني إلى غاية تنفيذه وحتى تفسيره

ومنه فإن توضيح نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يقتضي منا بالضرورة أولا التطرق لتوضيح المقصود بالتصرفات العقارية، وذلك عن طريق توضيحنا لمفهوم التصرف القانوني عموما وتمييزه عن الوقائع القانونية ثم توضيحنا للمقصود بالعقار والحقوق العينية لنصل لأنواع التصرفات العقارية، مع تطرقنا لبعض تطبيقات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

كما يقتضي منا أيضا توضيح النطاق التطرق لفعالية و تكريس المشرع لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، هذا الأخير الذي يصاحب التصرف القانوني في جميع مراحل بدء من نشوء التصرف إلى مرحلة تنفيذه، وحتى خلال مرحلة التفسير، دون أن ننسى تطرقنا للوظائف والدور المنوط بمبدأ حسن النية.

وبناء على ذلك تم تقسيم هذا الفصل لمبحثين وفق الآتي :

المبحث الأول : مكانة مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

نتطرق من خلال هذا المبحث للإطار المفاهيمي للتصرفات العقارية ضمن متطلبات المطلب الأول والذي سنوضح من خلاله مفهوم التصرفات العقارية بناء على تعريفنا للتصرفات القانونية وتوضيحنا للفارق بينها وبين الوقائع القانونية مع توضيحنا لأنواع التصرف القانوني وآثاره المختلفة، لنتطرق في المطلب الثاني لمبدأ حسن النية كعنصر مؤثر في التصرفات العقارية عن طريق تطرقنا لبعض التطبيقات المرتبطة بمبدأ حسن النية في بعض التصرفات العقارية.

المبحث الثاني : فعالية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وسنتطرق من خلال هذا المبحث للعوامل المجسدة لتكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية من خلال تطرقنا لمظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، مع توضيح مبررات تكريس المبدأ ضمن هذا النوع من التصرفات، إضافة لتوضيح وظائفه ضمنها، لنتطرق في المطلب الثاني لتكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عبر جميع المراحل التي يمر بها التصرف من تفاوض وإبرام وتنفيذ.

المبحث الأول : مكانة مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

تتعدد التصرفات القانونية وتتنوع وفقا لطبيعة التصرف، فهي تختلف باختلاف محله فمتى إرتببت بعقار أو حق عيني أصبحنا أمام ما يسمى بتصرف عقاري سواء كان التصرف صادر عن إرادة واحدة أو صادر بتوافق إرادة شخصين أو أكثر، والتصرفات العقارية تهدف لإحداث آثار قانونية تتعلق إما بإنشاء حقوق، أو نقلها، أو تعديلها، أو إنهاؤها، ولتحقق هاته الآثار على النحو الذي يرتضيه القانون ويخدم مصلحة كل الأطراف دون تمييز طرف عن الآخر يظهر مبدأ حسن النية الذي يخدم هاته التصرفات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة.

ومن هذا المنطلق نص المشرع الجزائري على حسن النية وربطه بالعديد من التصرفات، كما منع سوء النية في هذا النوع من التصرفات، ويظهر لنا ذلك من خلال العديد من التطبيقات كالإلتصاق، الحيازة، انتقال الملكية، الإيجار، الرهن الرسمي إلى غير ذلك من التطبيقات.

ومنه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى تعريف التصرفات العقارية وتحديد أنواعها من خلال تطرقنا أولا لمفهوم التصرفات القانونية عموما وتمييزها عن الوقائع القانونية ، لنتطرق بعد ذلك لتطبيقات مبدأ حسن النية في بعض التصرفات العقارية المهمة والتي يظهر من خلالها معالم مبدأ حسن النية والتي تظهر في شكل قاعدة قانونية ثابتة ، ومنه قسمنا هذا المبحث إلى :

- الإطار العام للتصرفات العقارية (المطلب الأول).
- حسن النية كعنصر مؤثر في مجال بعض التصرفات العقارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول : الإطار العام للتصرفات العقارية.

تتعقد التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة أو بتوافق إرادتين، فلا تقوم من دون إتجاه إرادة شخص لإحداث آثار قانونية معينة، والتصرفات القانونية إذا إرتبطت بعقار أو حقوق عينية أصلية أو تبعية إعتبرت تصرفات قانونية ذات طبيعة عقارية، هاته الأخيرة التي تتنوع وتختلف بإختلاف طبيعة التعامل فقد تكون تصرفات منشئة أو كاشفة أو مقررّة.

ومنه ولنصل لإيجاد تعريف مناسب للتصرفات العقارية وتوضيحها يجب منا في البداية التطرق لمفهوم التصرفات القانونية عموما عن طريق توضيحنا لتعريف التصرف القانوني وتمييزه عن الواقعة القانونية ،

مع تطرقنا لشروطه ضمن متطلبات الفرع الأول، لنتطرق في الفرع الثاني لتعريف التصرفات العقارية عن طريق تعريف العقار والحقوق العينية، مع تطرقنا لأنواع التصرفات العقارية وآثارها في الفرع الثالث،

وبالتالي تم تقسيم المطلب إلى :

- مفهوم التصرفات القانونية (الفرع الأول).
- مفهوم التصرفات العقارية (الفرع الثاني).
- أنواع التصرفات العقارية وآثارها (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مفهوم التصرفات القانونية

لم يتطرق المشرع الجزائري شأنه شأن المشرع الفرنسي لنظرية التصرف القانوني وإنما إكتفى بتنظيم نوع واحد من التصرفات القانونية ألا وهو العقد، خلافا للمشرع الألماني الذي خصص لها ما يفوق الثمانين فقرة،¹ هذا ما جعل العديد من فقهاء القانون العام والخاص في فرنسا يجتهد لإيجاد أحكام عامة تطبق على التصرفات القانونية بوجه عام، وعلى رأسهم الفقيه دوجي الذي يرى أن القانون هو الذي ينشئ الآثار القانونية وليس الإرادة.²

أولاً- تعريف التصرفات القانونية :

إن التصرفات القانونية يقصد بها العقود التبادلية كعقود البيع والإيجار وعقود العمل والوكالة إلى غير ذلك، وكذلك يقصد بها التصرفات بإرادة منفردة كالوصية والتبرع والوعد بجائزة،³ ويمكن تعريفها على أنها:

التصرف القانوني هو إتجاه الإرادة إلى إحداث آثار قانونية، سواء كان هذا الأثر يهدف إلى إنشاء الحق كالهبة أو نقله أو تعديله أو إنهائه.⁴ كما يمكن تعريفه على أنه كل تعبير عن الإرادة موجه لإحداث آثار قانونية فهو سلوك إرادي.⁵

ولقد عرف الفقه الكلاسيكي التصرف القانوني على أنه " كل واقعة قانونية إرادية مطابقة لإرادة منشئها ومرتببة لآثار قانونية"، فيكفي وجود الإرادة لمنح وصف التصرف القانوني للواقعة، ويلاحظ على هذا التعريف أنه يوسع من دائرة التصرفات القانونية على حساب الوقائع القانونية فهو يجعل من كل واقعة إرادية تصرفاً قانونياً.⁶

¹ - CABRILLAC Rémy, *l'acte juridique conjonctif en droit privé français*, L.G.D.J, PARIS, 1990,p5.

مقتبس عن نسير رفيق.

² -DUGUIT Léon , *traité de droit constitutionnel* , 3 eme éd,FONTEMOIG ,PARIS, 1927, p 324.

³ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 320.

⁴ - عبد القادر الغار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، عمان، الأردن، 2006، ص 135.

⁵ - رفيق نسير ، (الإرادة في التصرفات القانونية)، المجلة النقدية، (دون ذكر سنة النشر) ص 306.

⁶ - نفس المرجع، ص 307.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وفي مفهوم القانون العام يعتبر التصرف القانوني هو ذلك التصرف الذي تتجه فيه الإدارة وتفصح عن إرادتها ونيتها في ترتيب أثر قانوني، سواء بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم، أو إلغاء ذلك المركز القانوني.¹

والتصرف القانوني هو ذلك الصنف من الإرتباطات والعلاقات القانونية المترتبة على توافق إرادة الإدارة العامة مع إرادة طرف آخر حول موضوع يتعلق بمرفق عام، مع لجوء الإدارة إلى إستعمال إمتيازات السلطة العامة من خلال إستعمال وسائل القانون العام.² فالتصرف القانوني وفقا للقانون العام هو ذلك التصرف الذي يمر بثلاث مراحل أساسية وهي:³

- مرحلة توافق الإرادات، أي توافق إرادة الإدارة مع طرف آخر وفق إجراءات وشكليات معينة ، وهاته هي مرحلة التكوين أو الإنعقاد أو الإبرام.
- مرحلة ترتيب التصرف لنتائج القانونية المتمثلة في الحقوق والإلتزامات المتولدة عنه حيال طرفيه وما قد ينجم من منازعات، وهي ما يعبر عنها بمرحلة الآثار والتنفيذ.
- مرحلة زوال وإنحلال الرابطة والعلاقة التعاقدية بين الطرفين ما يؤدي إلى إنقضاء آثاره.

والتصرف القانوني في القانون العام قد يكون أيضا عبارة عن قرار إداري، والذي يعرف على أنه ذلك التصرف القانوني الصادر بالإرادة المنفردة، والذي يهدف لترتيب أثر قانوني، فقد يهدف إلى إحداث مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم، أو إلغاء مركز قانوني قائم.⁴

فالتصرف القانوني في القانون العام قد يتخذ شكل عقد إداي أو قرار إداري، ويهدف لإحداث آثار قانونية عدة.

وما يهمنا هو التصرفات القانونية في القانون الخاص والتي يعتبر قوامها الإرادة والتي تهدف أيضا لإحداث آثار قانونية، فينشأ الحق مستندا إليها بحيث تكون المرجع في تحديد هذا الحق ومداه، ففي هذا المجال يعتبر التصرف القانوني تعبير عن إرادة متجهة

¹ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، (دون طبعة)، عنابة، 2005. ص 04.

² - نفس المرجع، ص 05.

³ - المرجع نفسه، ص 05.

⁴ - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، (دون طبعة) عنابة، 2005، ص 09.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

لإحداث أثر قانوني معين فيترتب هذا الأثر ضمن إطار ما يقره القانون على النحو الذي تحدده الإرادة.¹

ومنه فالتصرفات القانونية هي تلك التصرفات التي تصدر بالإرادة الواحدة أو توافق إرادتين أو أكثر، وتهدف لإحداث آثار قانونية، وقد تكون منشئة أو كاشفة أو مقررّة.

ثانيا- تمييز التصرفات القانونية عن الوقائع القانونية :

إن الوقائع القانونية قد تختلط بالتصرفات القانونية كما أنها قد تتحول لتصبح أعمالا قانونية وهذا ما دفعنا إلى ضرورة التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية لوجود ارتباط وثيق بينهما.

ويمكن تعريف الوقائع القانونية على أنها كل تعبير يقصد به كل حدث مادي أو كل فعل أو عمل مادي يرتب القانون على وقوعه آثارا قانونية بغض النظر عما إذا كانت إرادة الشخص قد إتجهت لإحداثها أم لم تتجه لذلك، ولهذا يعبر عنها بالمصادر غير الإرادية للحق أي التي لا يتوقف نشوء الحق فيها على إرادة أطراف العلاقة القانونية.² والواقعة القانونية هي " أمر أو حدث يرتب عليه القانون أثرا فيما يتعلق بإنشاء حق أو تغييره أو إنقضائه"³، وهي إما أن تكون طبيعية أو غير إردادية كالوقائع المتصلة بحياة الإنسان أو التقادم، وإما أن تكون إختيارية أو إردادية تقع بإرادة الإنسان كالحيازة.⁴ ومنه يمكن تعريف الوقائع القانونية على أنها على فعل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بإرادة الإنسان ويرتب عليه القانون آثارا قانونية، كإنشاء حق أو نقله أو تغييره أو تعديله أو زواله، وهي تنقسم إلى وقائع طبيعية بفعل الطبيعة كالإلتصاق، ووقائع إختيارية تقع بفعل الإنسان كالحيازة.

¹ - عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007، ص 61.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 306.

³ - العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة السادسة، بن عكنون الجزائر، 2014، ص 5.

⁴ - نفس المرجع، ص 5.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والواقعة القانونية تقابل التصرف القانوني الذي هو إرادة محضة تتجه إلى إحداث آثار قانونية معينة كالبيع والإيجار والشركة والوكالة والقرض والهبة والوصية والرهن كلها تصرفات قانونية وغيرها.¹

ومنه فإن الفرق بين التصرفات القانونية والوقائع يظهر من خلال العديد من العناصر أهمها:

- الإرادة تعتبر أساس التصرفات القانونية، بينما الوقائع القانونية في جزء منها لا يوجد أي اعتبار للإرادة كالوفاة ويكون ذلك في الوقائع الطبيعية، غير أن الإرادة تجد مكانها في الوقائع الاختيارية كالحيازة، وهنا يشترك هذا النوع من الوقائع مع التصرفات القانونية.

- ترتيب الأثر القانوني في التصرفات القانونية ينجم عند اتجاه الإرادة لإحداثه فالأثر يرتبط بالتصرف أي تحقيق النتيجة، بينما الأثر القانوني في الوقائع القانونية فيترتب بقوة القانون سواء وجدت الإرادة أو لم توجد، فالقانون هو من يرتب الأثر بغض النظر عن الإرادة.

- من حيث الإثبات، التصرفات القانونية لا يجوز إثباتها إلا كتابة خصوصا التصرفات العقارية، أو في حال تجاوزها مبلغ معين، بينما الوقائع القانونية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات كشهادة الشهود، الإقرار، القرائن إلى غير ذلك.

ومنه يمكن القول بأن الفارق الجوهرى بين التصرفات القانونية والوقائع القانونية يكمن في الإرادة والأثر القانوني والإثبات، غير أن الإرادة تعتبر أهم فارق بينهما فلا يمكن تصور تصرف قانوني دون توافر الإرادة بيد أن الأثر القانوني ينتج آثاره بمجرد إبرام التصرف أي أن الإرادة هي من إتجهت لإحداثه، ولأهميتها الكبيرة خصوصا تلك المرتبطة بالعقارات فإنه لا يجوز إثباتها إلا كتابة.

¹ العربي بلحاج ، المرجع السابق، ص 5.

ثالثاً - شروط التصرفات القانونية:

حتى يوجد التصرف القانوني وينتج آثاره فإنه يشترط توافر مجموعة من الشروط الموضوعية والشروط الشكلية والمتمثلة في :

1- الشروط الموضوعية :

- تعتبر الإرادة من أهم الشروط الموضوعية الواجب توافرها، فوجودها شرط ضروري كونها تلعب دوراً أكبر من تواجدها،¹ ويمكن تعريفها على أنها ظاهرة نفسية تتمثل في قدرة المفكر في إتخاذ موقف أو قرار يستند إلى أسباب وإعتبارات معقولة، مما يستدعي وجود الإدراك وحسن التدبير عند صاحب الإرادة.²

والإرادة الجدية هي التي يعتد بها وهي التي تصدر من شخصية قانونية مؤهلة وتهدف لإحداث آثار قانونية، والشخصية القانونية هي صلاحية الشخص لإكتساب الحقوق وتحمل واجبات وهي نوعان الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، ويشترط في الشخصية القانونية أن تكون أهلاً للتعاقد³ أي تقاس بقدرة الفرد على القيام بتصرفات قانونية صحيحة بوعيه.⁴

أما إنصراف الإرادة لإحداث آثار قانونية هو أن تنصرف إرادة الشخص إلى إحداث آثار قانونية، أي أن يكون راغباً في الارتباط بحالة قانونية، فالإرادة الجدية هي التي يسعى الفرد من خلالها إلى تحمل واجبات نحو شخص آخر أو إكتساب حقوق على الغير أو التنازل عن حقوق مكتسبة فيلتزم بواجبات تنفذ جبراً.⁵

والإرادة يشترط أن تكون صريحة حتى لا يقع لبس فيها ، ووفقاً لنص المادة 60 ق م ج قد تكون باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، كما قد تكون الإرادة بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، وقد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً.

¹ - رفيق نسير ، المرجع السابق، ص 308.

² - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 98.

³ - تنص المادة 40 ق م ج " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة."

⁴ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص ص 98، 99.

⁵ - نفس المرجع، ص 102.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما يشترط في الإرادة أن تكون خالية من أي عيب من عيوب الرضا كالغلط والتدليس أو الإكراه أو الإستغلال وكذا الغبن في البيوع العقارية.

كما يشترط أن يكون محل التصرف موجودا ومعينا أو قابلا للتعين، كما يشترط أن يكون مشروعاً، ومحل العقد يختلف عن محل الإلتزام، فمحل العقد هو العملية القانونية التي ترضاها الطرفان على تحقيقها كعملية البيع، أما محل الإلتزام فيتمثل في الأداء الذي تعهد به المدين من إلتزام بمنح أو إلتزام بفعل أو إلتزام بعد فعل شيء ما وقد يتمثل في تحقيق نتيجة أو بذل عناية.¹

والمحل في جميع التصرفات القانونية يشترط فيه أن يكون موجوداً أو قابلاً للوجود ، ان يكون ممكناً ، كما تشترط مشروعيتها أي أن يكون قابلاً للتعامل فيه بحكم طبيعته أو بحكم القانون.²

كما يشترط في السبب أيضاً أن يكون موجوداً وصحيحاً وغير مخالف للنظام العام، والمقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القسدي، أي الغاية المباشرة أو الغرض المباشر من التصرف القانوني، أما في النظرية الحديثة فيقصد به الباعث أو الدافع إلى التعاقد.³

ويشترط في السبب وفقاً لنص المادة 97⁴ ق م ج أن يطون مشروعاً غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة.

2- الشروط الشكلية :

بالإضافة إلى الشروط الموضوعية للتصرفات القانونية، توجد بعض الشروط الشكلية يجب توافرها في بعض التصرفات القانونية.

والشكلية في التصرفات قد تكون شكلية مباشرة وهي التي تكون ركناً في التصرف وتتصل مباشرة بتكوين التصرف القانوني حيث يرتب المشرع على تخلفها إنعدام

¹ علي فيلاي، المرجع السابق ، ص 236.

² - تنص المادة 93 ق م ج " إذا كان محل الإلتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً"

³ - علي فيلاي، نفس المرجع ، ص ص 206 ، 267.

⁴ - تنص المادة 97 " إذا إلتزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام أو للآداب العامة كان العقد باطلاً ."

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

التصرف، والشكلية المباشرة تتمثل في صورتان، فتمثل الصورة الأولى في الكتابة الرسمية، أما الصورة الثانية فتمثل في فعل أو إجراء ما وهي التي يجب توافرها في العقود العينية كأن يشترط تسليم الشيء بالنسبة لعقد العارية والقرض الإستهلاكي والرهن الحيازي والوديعة¹.

أما الشكلية الغير مباشرة فتمثل في الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام التصرف بغية تحقيق أغراض مختلفة، وقد سميت بالغير مباشرة لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني فهي لا تؤثر على صحته ولكنها تحد من فعاليته ونفاذه²، وتتمثل هاته الشروط في قواعد الإثبات، قواعد الشهر، الإجراءات الإدارية و الجبائية كالترخيص المسبق والتصريح الإجباري والتسجيل، وترتب على تخلف هاته الشكليات في العديد من الأحيان بطلان التصرف القانوني.³

ومنه ومن خلال تطرقنا لمفهوم التصرفات القانونية سنحاول بناء على ما ذكر أعلاه، محاولة توضيح مفهوم التصرفات العقارية وإيجاد تعريف مناسب لها.

¹ - علي فيلاي ، المرجع السابق، ص 303 و مايليها.

² - نفس المرجع، ص 319.

³ - المرجع نفسه، ص 320، و مايليها..

الفرع الثاني: مفهوم التصرفات العقارية

يمكن القول أن التصرفات العقارية هي تلك التصرفات القانونية الواردة على العقارات وهي ترتبط عموماً بإستعمال العقار أو إستغلاله أو التصرف فيه. كما يمكن القول بأنه يقصد بها أيضاً التصرفات القانونية التي تفرض مزايا وسلطات مباشرة على الحقوق العينية سواء كانت الأصلية أو التبعية.

وهي أيضاً التصرفات القانونية الواردة على عقار أو حق عيني مرتبط به، والتي خصها القانون بشروط وإجراءات الخاصة كالرسمية في العقود، وكذا الشهر والتسجيل. ولقد عرفها مشروع نظام ضريبة التصرفات العقارية الصادر عن الهيئة العامة للزكاة والدخل بالمملكة العربية السعودية على أنه ذلك " التصرف الناقل لحق ملكية عقار أو لحق حيازته بغرض تملكه أو تملك منفعته أو أي حق مشابه آخر، ويشمل التصرف العقاري نقل حصص في الشركات أو الكيانات التي تكون المالك الفعلي أو الاقتصادي - بشكل مباشر أو غير مباشر - لعقار في المملكة، أو التي تتمتع بحقوق مشابهة لحق تملك العقار في المملكة وذلك وفقاً لما تحدده اللائحة " ¹.

كما يمكن تعريفه وفقاً للدليل التفصيلي لضريبة التصرفات العقارية ² على أنه ذلك التصرف الذي ينتج آثار قانونية ويتمثل في نقل حق ملكية عقار أو حيازته لغرض تملكه ، أو تملك منفعته من شخص لآخر ، وقد يكون التصرف موقوفاً عن تلاقي إرادة طرفي المعاملة مثل البيع، أو بناءً على إرادة منفردة من قبل المتصرف مثل الوصية، كما تشمل على سبيل المثال لا الحصر:

- الهبة أو التنازل
- المقايضة
- التأجير التمويلي
- الإجارة المنتهية بالتمليك
- نقل حصص في شركات عقارية

¹ - مسودة مشروع نظام ضريبة التصرفات العقارية، الهيئة العامة للزكاة والدخل بالمملكة العربية السعودية، 2020/11/26، ص 1.

² - الهيئة العامة للزكاة والدخل، الدليل التفصيلي لضريبة التصرفات العقارية، النسخة الأولى، نوفمبر 2020، المملكة العربية السعودية ، ص 5.

- عقود الإنتفاع طويلة الأمد.

ومنه ومن خلال التعاريف المذكورة فإن التصرف القانوني ليتصف بأنه تصرفا عقاريا يجب أن يرتبط أو يكون محله عقارا أو أحد الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، وهذا ما يدفعنا لضرورة التطرق لمفهوم العقار والحقوق العينية.

أولا- العقار كأساس لإعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا:

تنص المادة 1/683 ق م ج " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول "، ومنه فإن العقار هو كل شيء مستقر في مكانه ولا يمكن نقله دون تلف كالمباني والأراضي.

ولقد نص القانون المدني على أن العقارات ثلاث أنواع، وهي عقارات بطبيعتها وعقارات بتخصيصها وعقارات بحسب موضوعها أو عقارات غير مادية.¹

1- عقارات بطبيعتها :

وفقا لنص المادة 683 ق م ج العقار هو شيء مادي يكون ثابت ومستقر بحيزه، بحيث يستحيل نقله من مكان إلى آخر دون أن يتضرر ذلك الشيء أو يضيع فيتلف، فهو كل شيء ثابت في مكانه متصل بالأرض إتصال قرار، وهو معد أصلا للبقاء مستقر في حيزه ثابت فيه ولا يحتمل التحويل أو النقل من مكان إلى آخر وإلا هلك وضاع وتغيرت هيئته فأصبح شيئا آخر.²

والعقارات بطبيعاتها تشمل³:

- الأراضي أيا كان نوعها فلاحية أو صناعية أو عمرانية أو ريفية أو حضرية، وينصرف مدلول الأرض إلى سطحها دون ما وجد عليه من مباني وجسور.....إلخ.
- الأبنية والتي يقصد بها مختلف المنشآت التي تقام على سطح الأرض من عمارات وجسور وآبار وخزانات للمياه وسدود وطرقا أيا كان حجمها وطريقة تشييدها أو الشخص الذي شيدها.

- المقالع والمناجم والتي هي عبارة عن أماكن طبيعية.

¹ - خوية محمد بن قادة، (النظام القانوني للعقارات ذات الطبيعة الخاصة)، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص 24.

² علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 348.

³ نفس المرجع ، ص 348 وما يليها.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- النباتات والتي يقصد به كل أنواع النباتات سواء كانت أعشابا أو أشجارا مثمرة أو غابية أو زروعا أو خضروات من غرس الإنسان.

2- عقارات بالتخصيص :

وفقا لنص المادة 2/683 ق م ج يعتبر عقارا بالتخصيص كل منقول وضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو إستغلاله، ومنه ولكي يعتبر المنقول عقارا بالتخصيص يشترط فيه أن يكون مالك العقار والمنقول واحد، وأن يرصد المنقول لخدمة العقار.

والمنقول يجب أن يرصد بغرض خدمة هذا العقار أو إستغلاله و ليس لخدمة صاحب العقار، فالمنقول يصبح عقارا بالتخصيص ومن ثمة يخضع للأحكام التي تسري على العقار لأنه تابع.¹

ومنه فالعقار بالتخصيص هو عبارة عن منقول مرتبط إرتباطا وثيقا بعقار بطبيعته، لأن مالكة قام بتخصيصه لهذا العقار، من أجل خدمته أو المساعدة في إستغلاله.²

3- الأموال العقارية :

تنص المادة 684 ق م ج على أنه يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.

¹ - علي فيلاي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 353

² - خويبة مجد بن قادة، المرجع السابق، ص 23.

ثانيا- الحقوق العينية كأساس لإعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا:

والحق العيني يعرفه الفقهاء على أنه " الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء من الأشياء كحق الملكية أو حق الانتفاع"⁽¹⁾.

كما عرفه الدكتور عبد الرزاق الصنهوري على انه "سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية".⁽²⁾

فالحق العيني سلطة قانونية معترف بها للشخص صاحبه، تنصب مباشرة على شيء معين، ومثاله النموذجي حق الملكية، ويثبت الحق العيني لصاحبه في مواجهة الكافة، وهذا هو المقصود بالطابع المطلق للحق العيني.³

ولقد نظم المشرع الجزائري الحقوق العينية في الكتابين الثالث والرابع من القانون المدني بعد تقسيمها إلى حقوق عينية أصلية وأخرى تبعية .

1- الحقوق العينية الأصلية كأساس لإعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا:

يمكن تعريفها على أنها تلك الحقوق التي تكون مستقلة من حيث وجودها، فهي حقوق قائمة بذاتها ولا تستند أو تتبع حق آخر، كما هو الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية.

ولقد تضمن الكتاب الثالث من القانون المدني هاته الحقوق، فذكر في الباب الأول حق الملكية، وخصص الباب الثاني للحقوق المترتبة على تجزئة الملكية من حق الانتفاع، الاستعمال، السكن وحق الارتفاق⁽⁴⁾.

- **حق الملكية:** عرف المشرع الجزائري الملكية ضمن القانون المدني المادة 674 على أنها " الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة " ، كما عرفها في نص المادة 27 من قانون التوجيه العقاري⁵ 90-

1 - علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 59 .

2- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن ، ص 182 .

3 - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 24.

4 - علي فيلالي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 79 .

5 - القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية رقم 49 ، المعدل و المتمم بموجب الامر 95-26 بتاريخ 25 سبتمبر 1995 الجريدة الرسمية رقم 55 .

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

25 بتاريخ 1990/11/18 على أنها "الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية ، من اجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها."

- كما انه قد ينشأ عن تجزئة حق الملكية للغير :

- **حق الانتفاع وحق الاستعمال وحق السكن** ، ولقد نص المشرع الجزائري على هذه الحقوق ضمن الفصل الأول من الباب الثاني الكتاب الثالث في المواد 844 ، 855 من القانون المدني، وحق الارتفاق في الفصل الثاني المادة 867 ق.م.ج. بالإضافة إلى :

- **حق التمتع الدائم على الأراضي الفلاحية**¹ هذا الأخير الذي يمتاز بأنه حق عيني عقاري على الشيوع وبالتساوي بين أعضاء الجماعة، كما أنه حق دائم قابل للانتقال².

- **الامتياز على الأراضي الفلاحية** والخاضع للقانون 10-03 المؤرخ في 05 غشت 2010 المحدد لشروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة³ .

- **حق انتفاع الموقوف عليه**، والمنظم بموجب قانون الأوقاف رقم 91-10 المعدل و المتمم⁴ .

- **حق الحكر**، هذا الحق المقتصر على الأراضي الموقوفة دون غيرها والمنصوص عليه في قانون الأوقاف 10-91، المادة 26"يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض للبناء و/أو الغرس مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المشتري بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد" .

¹ - قانون 98-19، بتاريخ 1987/12/08 ، المتضمن ضبط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ، الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 1998 .

² - علي فيلاي، نظرية الحق، المرجع السابق ، ص 111 .

³ - قانون 10-03 ، بتاريخ 2010/08/15، المحدد لشروط وكيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، جريدة رسمية رقم 46 لسنة 2010 .

⁴ - قانون رقم 91-10 المؤرخ في 1991/04/27 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية 1991 ، العدد

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومن هذا الأساس يعتبر حق الحكر حق عيني عقاري، قابل للتصرف والحجز كما ينتقل للورثة.

2 - الحقوق العينية التبعية كأساس لإعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا:

ويقصد بالحقوق العينية التبعية الحقوق العينية التي تهدف إلى تأمين أو ضمان الوفاء بحق شخصي ضمانا خاصا.

وقد سميت بالحقوق العينية التبعية ، كونها تابعة لحق شخصي محل الضمان ،حيث لا يمكن تصور وجود حق عيني تبعي بصفة مستقلة من دون حق شخصي يضمّنه، وتعتبر الحقوق العينية التبعية ضمانا خاصا للدائن لاستقاء حقه، ومالم يكن للدائن مثل هذا الحقوق⁽¹⁾.

فيعتبر حقا عقاريا كل حق تبعي يقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص، ومن هذه الحقوق ما لا يقع إلا عقار كحق الرهن الرسمي، ومنها ما يقع على عقار أو منقول كرهن الحياة².

ويرى الفقه بانه يوجد بعض الحقوق العينية لا ترد إلا على عقار دون منقول كحق الارتفاق العيني، وحق السكن والرهن العقاري، في حين قد يرد بعضها الآخر على عقار أو منقول دون التمييز كحق الملكية، وحق الانتفاع وحق الاستعمال، ومرد أهمية هذا التقسيم هو اختلاف الأحكام التي تسري على كل صنف فيشترط على سبيل المثال في نفاذ الحقوق العينية العقارية دون الحقوق العينية المنقولة مراعاة إجراءات الشهر العقاري طبقا للمادة 793ق.م.ج. وبناء على هذا فإن مباشرة الدعوى العقارية تكون في حالة ما إذا كان مساس بحق عيني عقاري سواء كان اصلي أو تبعي⁽³⁾.

لقد نص المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية على الحقوق العينية التبعية وهي ما يلي:

¹ - علي فيلالي، نظرية الحق ، المرجع السابق، ص 118.

² - سليمان بوقندورة، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، (دون طبعة)، الجزائر، 2015، ص 62.

³ - علي فيلالي، نظرية الحق ، المرجع السابق ، ص 78.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- الرهن الرسمي المادة 882"الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حق عيني على عقار لوفاء دينه....".

- حق التخصيص المادة 937"يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين، أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف".

- الرهن الحيازي المادة 966، ومايهمنا الرهن الحيازي الوارد على العقار.

- حقوق الامتياز المادة 982 وما يليها "الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته و لا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص القانون" ، و كما تنص المادة 984

"ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول و عقار"
وفي الأخير فإنه متى إرتبط التصرف القانوني بعقار أو حق عيني مرتبط به إعتبر تصرفا قانونيا عقاريا، يخضع للإجراءات والشروط الواجب مراعاتها في هذا النوع من التصرفات وذلك نظرا لطبيعة العقارات وخصوصيتها.

الفرع الثالث : أنواع التصرفات العقارية وآثارها.

تنقسم التصرفات القانونية إلى تصرفات قانونية بإرادة منفردة وتصرفات قانونية بإتفاق إرادتين وأكثر، وهو ذات التقسيم الذي يسري على جميع التصرفات مهما كانت طبيعتها ومن بينها التصرفات العقارية، مع وجود بعض الإختلافات المرتبطة بخصوصية العقار والحقوق العينية، ونفس الشيء بالنسبة للآثار القانونية والتي تختلف أيضا من تصرف قانوني لآخر.

أولاً- أنواع التصرفات القانونية العقارية :

التصرفات العقارية هي تلك الأعمال القانونية الإرادية المحضة، التي تتجه لإحداث آثار قانونية، فينشأ العديد من الحقوق بناء على ذلك، حيث أن الإرادة تعتبر هي الأساس الأول في تكوينها، والتصرفات العقارية قد تصدر بالإرادة المنفردة كما قد تصدر بإتفاقا العديد من الإرادات، كما أنها قد تكون تصرفات منشئة أو كاشفة.

1- أنواع التصرفات العقارية بالنظر لعدد أطراف التصرف:

تنقسم التصرفات العقارية بالنظر لعدد أطراف التصرف إلى تصرفات عقارية صادرة بالإرادة المنفردة، وتصرفات عقارية صادرة بتوافق إرادتين أو أكثر.

- التصرفات العقارية ذات الإرادة المنفردة:

الإرادة المنفردة هي نوع من التصرفات القانونية التي تتم بإرادة واحدة،¹ ومنه فإن التصرفات العقارية بالإرادة المنفردة هي التي تتجه فيها إرادة واحدة للقيام بالعمل القانوني كالوصية في العقار، الهبة في العقار، والتبرع والوقف في العقارات.

والتصرف بالإرادة المنفردة يكون صحيحا بإرادة الملتزم وحده وينشأ الحق لمتلقي الوصية أو التبرع دون التوقف على رضائه، والمشرع الجزائري إشتراط الرسمية في شكل العقد ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 191 من القانون 84-11 و المتضمن قانون الأسرة الجزائري² والتي نصت على أنه " تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك " .

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 328.

² - قانون 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 بتاريخ 2005/05/04، المتضمن الموافقة على الأمر 05-02 بتاريخ 2005/02/27.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما يدخل ضمن هذا الصنف القرارات الإدارية العقارية والصادرة عن الإدارة كقرار إنتزاع الملكية العقارية للمنفعة العامة فهو يصنف أيضا تصرفا عقاريا صادر بإرادة واحدة ألا وهي إرادة الإدارة، فتنص المادة 02 من القانون 91-11¹ "يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية طريقة إستثنائية لإكتساب أملاك أو حقوق عقارية"².

والقرار الإداري كتصرف عقاري يعرف على أنه ذلك العمل القانوني الإفرادي الصادر عن مرفق عام والذي من شأنه إحداث أثر قانوني تحقيقا للمصلحة العامة"³. كما يمكن تعريفه على أنه " إفصاح الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وذلك بقصد إحداث مركز قانوني معين متى كان ذلك ممكنا وجائزا قانونا وكان الباعث عليه إرتغاء مصلحة عامة ". وهو أيضا ذلك " العمل القانوني الإفرادي الذي يصدر بإرادة إحدى السلطات الإدارية في الدولة ويحدث أثارا قانونية بإنشاء وضع قانوني جديد أو تعديل أو إلغاء وضع قانوني قائم ".⁴

ومن هنا يختلف دور مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة في القانونين العام والخاص، فهو يهدف في التصرفات العقارية في القانون الخاص إلى حماية المصلحة الخاصة للأفراد، أما في القانون العام فهو يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، فالمصلحة العامة أولى من المصلحة الخاصة.

- التصرفات العقارية الصادرة بتوافق إرادتين:

وهي التصرفات القانونية العقارية ذات الإرادة المزدوجة ، وتظهر أكثر في التصرفات القانونية التي تؤدي إلى إلتزامات متبادلة بين جميع أطراف التصرف، وتظهر لنا في الحياة العملية من خلال العقود.

¹ - القانون 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، متمم بالقانون 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005.

² - القرار رقم 40549 المؤرخ في 08/04/1987، المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 03، ص 12.

³ - محمد الصغير بعلي، القرارات الإدارية، المرجع السابق، ص 8.

⁴ - عمار عوايدي، القانون الإداري، الجزء الثاني : النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، 2000، ص 92.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ولقد عرف المشرع الجزائري العقد في نص المادة 54¹ ق م ج على أنه " العقد إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما "، ومن خلال نص المادة يظهر لنا أن العقج إتفاق يهدف لإحداث آثار قانونية.

والعقد هو توافق إرادة شخصين أو أكثر على إحداث آثار قانونية تتعلق بإنشاء الحقوق والإلتزامات المقابلة لها أو نقلها أو تعديلها أو إنهائها، ونطاق العقد ينحصر في دائرة المعاملات المالية التي تنظمها قواعد القانون الخاص.²

أما بالنظر إلى القانون العام فالعقد الإداري الصادر عن الإدارة قد يرتبط بتصرفات عقارية، عقد الأشغال العامة على عقار، والذي يقصد به إتفاق الإدارة مع متعاقد آخر (المقاول) قصد القيام ببناء (مساكن، سد،) أو ترميم (جسر قديم، منشآت أثرية.....)، أو صيانة (دهن مباني إدارية....) منشآت عقارية تابعة لها.³

ومنه فالعقد العقاري هو ذلك العقد الذي يكون محله عقارا أو حقا عينيا عقاريا سواء كان أصليا أو تبعا، فتنوع العقود العقارية وتتعدد وفقا لطبيعة التصرف، فقد يكون عقد ناقل لملكية عقار، قد يكون عقد تأسيس شركة، كما قد يكون عقد إيجار محل، إلى غير ذلك من العقود.

والمشرع الجزائري نظم العديد من العقود إبتداء من تلك المتعلقة بالملكية، فقد نظم عقد البيع في الفصل الأول من الباب السابع، وكذا عقد المقايضة، عقد الشركة، القرض، الصلح، وهي العقود التي ترتبط بالملكية، ولم يذكر المشرع ضمن هذا الباب عقد الهبة على الرغم من أنه أحد عقود الملكية، كما فعل المشرع المصري، وإنما نظم أحكامه ضمن قانون الأسرة الجزائري في المواد من المادة 202 لغاية المادة 212.⁴

¹ - يقابلها نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 321.

³ - محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ص 21، 22.

⁴ - خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجزائرية، الطبعة الرابعة، بن عكنون، الجزائر، 2005، ص 7.

- التصرفات العقارية الصادرة بتوافق أكثر من إرادتين :

ويشكل العقد التصرف الثنائي بإمتياز، إذ يتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين، غير أن هذا لا يمنع من أن يكون العقد موضوع تلاقي أكثر من إرادتين فقد تتلاقى فيه ثلاث إرادات أو أكثر، ويطلق بعض الفقهاء مصطلح التصرفات القانونية متعددة الأطراف على مثل هذا النوع من التصرف، وتعدد الأطراف لا يؤثر على طبيعة هذا الأخير، ومنه فهاته التصرفات عبارة عن عمليات قانونية ثلاثية الأطراف.¹ ويقصد بالتصرفات القانونية الثلاثية الأطراف كل العمليات التي تنتج عن إتفاق واحد يخلو من أي تمثيل لأحد الأشخاص الثلاثة من قبل الشخصين الآخرين، سواء كان ذلك في مرحلة الإرام أو الآثار فهي عملية تفترض تشابك العلاقات القانونية بين الأشخاص الثلاث، وبهذا تتميز العملية القانونية الثلاثية الأشخاص عن العقد متعدد الأطراف من ناحية المركز القانوني للأطراف و ناحية تكوين التصرف.²

2- أنواع التصرفات العقارية بالنظر لآثارها القانونية:

تتقسم التصرفات العقارية بالنظر إلى آثارها القانونية إلى تصرفات منشئة وتصرفات كاشفة، وتصرفات بين الأحياء وتصرفات مضافة إلى ما بعد الموت.

- تصرفات عقارية منشئة :

يقصد بالتصرفات القانونية المنشئة تلك التصرفات التي تنشئ حقوقا لم تكون موجودة من قبل أو تنقلها من شخص لآخر، فهو تصرفا يخلق حقوقا لم تكن موجودة من قبل، ونلمس ذلك في الوقائع القانونية التي تتحول لتصبح تصرفات قانونية كالإلتصاق الذي يكتسب بموجبه حقا، وكذا الحياة.

وإنشاء الحق هو دليل على أن هذا الأخير لم يكن موجودا من قبل، غير أن التصرف هو الذي كان سببا في ظهوره وإنشائه،³

¹ - رفيق نسير ، محاولة من أجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 9.

² - نفس المرجع، ص9.

³ - إنجي هند زهدور، (التصرفات الخاضعة للشهر العقاري الحقوق العينية والحقوق الشخصية)، حوليات كلية الحقوق، المجلد السادس، العدد 01، ص171.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

فالتصرفات المنشئة هي التي من شأنها إنشاء حق لشخص من الأشخاص، ابتداءً بخلق حق جديد أو بنقله إليه من غيره.¹

- تصرفات عقارية كاشفة :

ويقصد بها تلك التصرفات القانونية التي ينتج عن إبرامها الكشف عن حقوق قائمة من قبل لكنها محدودة الفعالية، ونلمس ذلك كثيرا في الملكية المشاعة وخاصة فيما تعلق بقسمتها.

والتصرفات الكاشفة هي التي تقتصر على الكشف على حق قائم من قبل لكن محدود الفعالية، فتقرر وجوده وفعاليتها بإزالة ما كان يحيطه من غموض أو ما كان يعتريه من عقبات.²

ومنه فإن التصرفات المصرحة بالحقوق العينية العقارية الأصلية تكون كاشفة للحق العيني ومؤكدة له، بمعنى أن الحق العيني كان موجودا من قبل ومنه فهي لا تنشئه ولا تنقله وتتمثل في القسمة والصلح وعقود الشهرة وشهادة الحيازة.³

- تصرفات عقارية ناقلة للملكية:

ويقصد بها التصرفات القانونية التي تنقل ملكية العقار من البائع إلى المشتري، والتي تخضع لأحكام عقد البيع والمنصوص عليها في المادة 354 ق م ج وما يليها والتي تنص " البيع عقد يلزم بمقتضاه، البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر مقابل ثمن نقدي.".

والتصرفات الناقلة للملكية ووفقا لنص المادة 16 من الأمر 75-74 بقصد بها التصرفات الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية، كل التصرفات التي تؤدي إلى إنتقال الملكية والحقوق العينية الأخرى من شخص لآخر وذلك بغض النظر عن صفة المتصرف.⁴

¹ - عبد المجيد زعلاني، المرجع السابق، ص 64.

² - نفس المرجع، ص 64.

³ - إنجي هند زهدور ، المرجع السابق، ص 178.

⁴ نفس المرجع ، ص 172.

- تصرفات عقارية فيما بين الأحياء :

وهي الأصل في التصرفات القانونية، فالمبدأ العام أن تتم التصرفات القانونية بين الأحياء.

- تصرفات عقارية مضافة إلى ما بعد الموت :

وهي التصرفات التي تعلق آثارها ونفاذها إلى ما بعد الموت كالوصية العقارية التي تعتبر تملك مضاف إلى ما بعد الموت وبدون عوض.

ثانياً- آثار التصرفات القانونية العقارية :

ينجم عن التصرفات القانونية عموماً العديد من الآثار القانونية والتي يشترك فيها كل التصرفات القانونية، كما أن التصرفات العقارية تنفرد بمجموعة من الآثار تميزها عن التصرفات الأخرى.

1- الآثار العامة للتصرفات القانونية:

تتمثل أهم الآثار القانونية العامة الناتجة عن التصرفات القانونية في :

- تنص المادة 106 ق م ج " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون"، كما تنص المادة 107 ق م ج " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن نية"،
ومنه فإن التصرفات القانونية وآثارها تتعلق بأطراف التصرف فقط دون أن يكسب الغير حقاً ما أو إلزام معين.

- تنص المادة 108 ق م ج " ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد العامة المتعلقة بالميراث"، ومنه فإن آثار التصرفات تنصرف إلى المتعاقدين وكذا إلى الخلف العام، دوناً عن الإلزامات التي تتحملها التركة.

- كما تخلق التصرفات القانونية آثاراً قانونية عن طريق إنشاء مراكز قانونية عامة أو خاصة لم تكن موجودة وقائمة، وتعديل وإلغاء مراكز قانونية عامة أو خاصة كانت موجودة وقائمة.¹

¹ - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص 93.

2- الآثار الخاصة والمرتبطة بالتصرفات العقارية:

تتمثل أهم هاته الآثار في :

- بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية العقارية :

تنص المادة 793 ق م ج على أنه " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي بنص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار "، فالملكية العقارية لا تنتقل بمجرد إنعقاد التصرف ولو كان رسمياً وإنما تنتقل بالشهر وذلك حتى بالنسبة للغير.¹

كما تنص المادة 165 ق م ج " الإلتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً بالذات بملكية الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري ".

- بالنسبة للتصرفات الغير الناقلة للملكية:

والأمر نفسه في التصرفات الغير الناقلة للملكية، ففي الرهن الرسمي مثلاً والذي هو عقد يكسب به الدائن حقاً عينياً على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في إستقاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان، لا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير إلا إذا تم قيده.²

وكل هاته الآثار القانونية المذكورة ترتبط إرتباطاً وثيقاً بمبدأ حسن النية، ونلمس ذلك من خلال العديد من التطبيقات، والتي سنحاول أن نتعرض لبعض منها على سبيل المثال لا الحصر ضمن متطلبات المطلب الثاني.

¹ - رفيق نسير، محاولة من أجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المرجع السابق، ص 350.

² نفس المرجع، ص 351.

المطلب الثاني : حسن النية كعنصر مؤثر في مجال بعض التصرفات العقارية

يعتبر حسن النية في بعض التصرفات العقارية ذا طبيعة ذاتية بحسب الأصل، لأن الوصف يلحق النية في تحركها الإرادي، ووصف التصرفات بالحسن أو السوء يأخذ ذات الطبيعة الخاصة بالنية، وكما تقوم القرائن على وجود النية من عدم وجودها تقوم كذلك القرائن على وصفها بالحسن أو السوء.¹

كما يعتبر حسن النية في تصرفات أخرى موقفا عمديا، لأن الحسن وصف للنية، فقصد الأمان والصدق والإخلاص في التصرفات تعتبر مواقف عمدية يقصدها المتصرف، كما أن الغش والخيانة والتغريب والاستغلال والاكراه تعتبر كذلك مواقف عمدية يقصدها المتصرف عند تعامله بعد عزمه عليها، ومن ثم كان وصف القرار الخارجي من وصف النية الدافعة إليه.²

وحسن النية يعتبر عنصر مؤثر في بعض التصرفات العقارية، والتي يرتبط بها ارتباطا وثيقا ويعتبر جزء لا يتجزأ عنها، كبعض الوقائع القانونية والتي لا تتحول إلى تصرفات قانونية إلا إذا ارتبطت بحسن النية كالحيازة والإلتصاق، بالإضافة إلى مختلف التصرفات العقارية الأخرى والتي يلعب حسن النية دورا كبيرا فيها كعقد الإيجار، الشفعة، بيع المال المشاع إلى غير ذلك من التصرفات، ومنه ونظرا لكثرة التصرفات العقارية فإننا سنحاول من خلال هذا المطلب التطرق لأهم التصرفات العقارية المرتبطة بمبدأ حسن النية، وتقسيمها إلى ثلاث أصناف، تصرفات عقارية ناشئة عن وقائع مادية، تصرفات عقارية بالإرادة المنفردة، تصرفات عقارية بإتفاق إرادتين أو أكثر، وبناء على ذلك تم تقسيم المطلب إلى :

- حسن النية كعنصر مؤثر في بعض الوقائع المادية لينشأ عنها تصرفات قانونية عقارية (الفرع الأول)

- حسن النية كعنصر مؤثر في بعض التصرفات العقارية بالإرادة المنفردة (الفرع الثاني)

¹ - رابح بن غريب، النزعة الخلقية وأثرها في التصرفات العقدية، في الفقه الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011، ص 665.

² - نفس المرجع، ص 665.

- حسن النية كعنصر مؤثر في بعض التصرفات العقارية بإتفاق إرادتين أو أكثر (الفرع الثالث).

الفرع الأول : حسن النية كعنصر مؤثر في بعض الوقائع المادية لينشأ عنها تصرفات قانونية عقارية

في العديد من المرات تكون الوقائع الطبيعية في ذاتها مصادر مباشرة لإنشاء وقيام حقوق، بحيث لا تكون لإرادة الأشخاص أي أثر قانوني في وجودها بل ينشأ الحق مباشرة بوقوع حدث من الأحداث الطبيعية لا غير، كما أن العمل المادي الذي يقوم به الإنسان قد يكون أيضا مصدرا للحق إذا كان القانون يرتب عليه آثارا قانونية¹، وفي كلتا الحالتين قد تتحول الوقائع القانونية إلى تصرفات قانونية فتؤدي إلى إكتساب حقوق أو إنشائها أو تعديلها، ولكن في جميع الحالات يجب توافر حسن النية، هذا الأخير والذي يؤثر في الواقعة القانونية لتتحول إلى تصرف قانوني، ونلمس ذلك في الوقائع المادية والتي تعد سبب من أسباب كسب الملكية العقارية، والتي يعتبر أهمها الإلتصاق والحيازة.

أولا- الإلتصاق في العقار ومبدأ حسن النية :

لقد تناول المشرع الجزائري الإلتصاق ضمن الفصل الثاني بعنوان طرق إكتساب الملكية، وخصه بأربعة عشر مادة ضمن القسم الثالث، إبتداء من نص المادة 778 ق م ج إلى نص المادة 791 ق م ج²، ولالإلتصاق صورتين الصورة الأولى وهي الإلتصاق بالعقار والذي خصه المشرع ب 13 مادة ، أما الإلتصاق بالمنقول فقد خصه بمادة واحدة. وما يهمننا في دراستنا الإلتصاق بالعقار والذي بدوره قد يكون إلتصاقا طبيعيا كما قد يكون إلتصاقا صناعيا، هذا الأخير والذي يرتبط بحسن أو سوء النية وخصه المشرع الجزائري بالمواد من 783 ق م ج إلى 790 ق م ج.

والإلتصاق عموما يمكن تعريفه على أنه " إندماج شيئين متميزين أحدهما عن الآخر، ومملوكين لمالكين مختلفين دون الاتفاق بينهما على هذا الإندماج، ويترتب على هذا الإندماج أن يمتلك مالك أحد الشيين الشيء الآخر بقوة القانون أو بحكم القاضي"³.

¹ - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 309، 310.

² - نجد القانون المدني المصري تضمن أحكام الإلتصاق في المواد من 918 ق م م إلى غاية 931 ق م م .

³ - نبيل أو كيد ، (الإلتصاق بالعقار كطريق لإكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري)، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 05، العدد 02، ديسمبر (2020)، ص 30.

كما يعتبر الإلتصاق طريقة لإكتساب الملكية العقارية عندما يتحد شيء مملوك لشخص بشيء مملوك لشخص آخر بفعل الإلتصاق الطبيعي للعقار، أو بفعل الإلتصاق الصناعي للعقار، ويتعذر الفصل بينهما دون تلف والتي تعد من بين إحدى الوقائع المادية.¹

والإلتصاق الصناعي يعتبر الأكثر إرتباطا بحسن النية أو سوءها، وهو الذي يحدث بفعل الإنسان دون أي تدخل للطبيعة، ومفاده أن يرتبط منقول بعقار إرتباطا وثيقا يصعب معه الفصل بينهما دون تلف، وهو ثلاث صور² :

- المنشآت أو الغراس التي يقيمها صاحب الأرض بمواد مملوكة لغيره .
 - المنشآت أو الغراس التي يقيمها صاحب المواد في أرض غيره .
 - المنشآت أو الغراس التي يقيمها شخص على أرض غيره بمواد مملوكة للغير .
- وفي جميع الصور الثلاث فرق المشرع بين سوء نية مقيم المنشآت وكذا حسن نية مقيم المنشآت.

1- سوء نية مقيم المنشآت:

تنص المادة 784 ق م ج على أنه " إذا أقام شخص المنشآت بمواد من عنده على أرض يعلم أنها ملك لغيره دون رضاه صاحبها، فلصاحب الأرض أن يطلب في أجل سنة من اليوم الذي علم فيه بإقامة المنشآت إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض عن الضرر إذا إقتضى الحال ذلك، أو أن يطلب إستبائها مقابل دفع قيمتها أو قيمتها في حالة الهدم أو دفع مبلغ يساوي ما زاد في ثمن الأرض بسبب وجود المنشآت بها. ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بأرض ضررا إلا إذا إختار صاحب الأرض إستبائها طبقا لأحكام الفقرة السابقة "

من خلال نص هاته المادة فإن المقصود بسوء النية في هاته الحالة هو علم مقيم المنشآت بأنه يقيمها على أرض الغير دون علم صاحبها، وهنا يجتمع المعيارين الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية، ونص المادة لا يطبق إلا في حال سوء النية

¹ - نبيل أوكيد، المرجع السابق ، ص 30.

² - نفس المرجع، ص 34.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

لأن مسألة العلم متوفرة من قبل الشخص مقيم المنشآت، والعلم يعتبر قرينة تعبر على سوء النية.

ومنه تتحقق حالة سوء النية إذا أقام الباني المنشآت في أرض الغير وهو على علم بأنه يتعدى على حق الغير، وليس له الحق في إقامة البناء أو الغراس فيها وعلى من يدعي النية إثباتها.¹

والمشروع وفقا لنص المادة منح لصاحب الأرض الخيار بين أن يطلب إزالة المنشآت أو الإبقاء عليها، وذلك خلال مدة سنة من تحسب إبتداء تاريخ علمه بهاته المنشآت، وفي حالة طلبه للإزالة فإن النفقات تقع على عاتق الباني مع التعويض عن الأضرار ومنه لا تطبق أحكام الإلتصاق .

" إذا كان مقيم المنشآت حسن النية، فلا حق لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة، ولكن له الخيار في أن يدفع قيمتها إذا لم يطلب هذا الأخير نزعها، وإما أن يدفع قيمة المواد وأجرة اليد أو

تخصيص المطعون ضدها تلقائيا بملكية المساحة الغير المباعة بدون رضاء المالك خرق للمادة المذكورة.²

2- حسن نية مقيم المنشآت:

تنص المادة 785 ق م ج على أنه " إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 ق م ج يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد أو أجرة العمل أو مبلغا يساوي مازاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها.

غير أنه إذا كانت المنشآت قد بلغت حدا من الأهمية وكان تسديدها مرهقا لصاحب الأرض جاز له أن يطلب تملك الأرض لمن أقام المنشآت نظير تعويض عادل"³، ومنه

¹ - سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة الداودي، الطبعة الثالثة، دمشق 1980، ص 262.

² - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، ، الطبعة الثامنة، الجزائر، ص 211.

- القرار رقم 26244 مؤرخ في 1983/04/27، م إ ق 1987، ص12.

³ - المادة 925 ق م مصري.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

فإن المقصود بحسن النية في هاته الحالة هو إعتقاد الباني بأن له الحق في إقامة المنشآت، كمن يبني على أرض معتقدا أنه يرثها.

ومعيار التفرقة بين حسن النية وسوء النية هو مسألة العلم فهي التي تحدد ذلك، والعبارة بتوافر النية وقت إقامة المنشآت، ووفقا لنص المادة 824 فإنه يفترض حسن النية إلى غاية إثبات العكس.

" من المقرر قانونا أن كل من نال عن حسن نية من عمل الغير أو عن شيء له منفعة ليس لها ما يبررها يلزم بتعويض من وقع الإثراء على حسابه بقدر ما إستفاد من العمل أو الشيء.¹"

" يجب تحت طائلة نقض وإبطال القرار المطعون فيه، إبراز حسن نية مقيم المنشآت في أرض الغير²."

والمشروع الجزائري منح لصاحب الأرض في الحالة التي تكون فيها المنشآت باهضة الثمن أن يطلب تملك أرضه لمن أقام المنشآت عن حسن نية، وترجع السلطة التقديرية للقاضي وفقا لظروف القضية المطروحة عليه.

كما نصت المادة 788 ق م ج على أنه " إذا كان مالك الأرض وهو يقيم بناء قد تعدى بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة جاز للمحكمة إذا رأت محلا لذلك أن تجبر صاحب الأرض الملاصقة على أن يتنازل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء مقابل تعويض عادل."، ويلاحظ من خلال هاته المادة أن المشروع راعي أيضا حسن النية بالنسبة لمقيم المنشآت وجعلها مسألة تقديرها أمر متروك للقاضي المعروض عليه النزاع.

¹ - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، 212.

- القرار رقم 50888، مؤرخ في 1987/10/21، المجلة القضائية 1993، العدد 02، ص 09

² - جمال سايس، الإجتهااد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الثاني، منشورات كليك، الطبعة الثانية، المحمدية، الجزائر، 2013، ص 809.

- القرار رقم 643997، مؤرخ في 2011/03/10، مجلة المحكمة العليا، 2011، العدد، ص 141.

ثانيا- الحيابة في العقار ومبدأ حسن النية :

الحيابة هي سيطرة فعلية للشخص على شيء أو حق عليه، والظهور عليه بمظهر المالك من خلال التصرف فيه ، ومن ثم فإن الحيابة تقوم على عنصر مادي يتمثل في السيطرة المادية على الشيء من خلال مباشرة جميع التصرفات المادية عليه كاستغلاله واستعماله، وعنصر معنوي يتمثل في إرادة الحائز في الظهور على الشيء بمظهر المالك¹، وهي الإستتار بشيء أو حق يمارسها شخص يظهر وكأنه المالك الفعلي².
وكتعريف دقيق للحيابة يمكن القول أنها السيطرة الفعلية لشخص على شيء أو إستعماله لحق عيني بإعتباره مالكا للشيء أو صاحب الحق العيني عليه مع مرور مدة في الزمن يجعل واضع اليد مالكا له³.

والحيابة تعتبر سبب من أسباب كسب الملكية ومن هذا المنطلق تعتبر وضع اليد على عقار مع مرور مدة التقادم المكسب للملكية فيؤدي إلى إمتلاك واضع اليد له، ووضع اليد هنا يرتب عليه القانون أثرا مكسبا وهو كسب الملكية العقارية، طبقا لأحكام المادة 827 ق م ج ، وهذا ما وصلت إليه أيضا المحكمة العليا إذ أكدت على أنه "ما دام المستأنف عليهم يحوزون الأرض محل النزاع منذ سنة 1966 بصفة هادئة ومستمرة وإن دفعهم بالحيابة المنصوص عليه في المادة 827 مدني مؤسس مما يتعين القول بتأكيد ما يطالبون به"⁴.

1- حسن النية في إكتساب الملكية عن طريق الحيابة في العقارات :

تنص المادة 824 ق م ج " يفترض حسن النية لمن يحوز حقا وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل ناشئا عن خطأ جسيم.
وإذا كان الحائز شخصا معنويا فالعبرة بنية من يمثله.

¹ - سليمان بارش، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري- ا لخصومة القضائية أمام المحاكمة- الجزء الأول ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر، ص52.

² - حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيابة، (عقد الشهرة وشهادة الحيابة)، دار هومة، طبعة 2004، الجزائر، ص 31.

³ - الحاج هني جوهر، الحيابة فقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2015، ص 9

⁴ - مزيان مجد أمين، (طرق إكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري)، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 02، العدد 01، ص 09.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويفترض حسن النية حتى يقوم الدليل على العكس"، ومنه يعد حسن النية من يحوز الحق وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، وحسن النية مبدأ مفترض تمليه الأصول العامة التي يتحدد في ضوئها عبء الإثبات، ذلك أن الأصل هو توافر حسن النية، وعلى من يدعي غير ذلك أن يقيم الدليل على حسن نيته، أي إعتقاده وقت تلقي الحق أنه يتعامل مع المالك الحقيقي، حيث يقوم الافتراض لصالحه، ولمن يدعي سوء النية إثبات ذلك.¹

وإثبات سوء النية وفقا لنص المادة 825 ق م ج يكون في حالة إثبات الحالات التالية:²

- أن الحائز كان يعلم أن حيازته إعتداء على حق الغير أي كان يعلم بالعيب الذي لحق السند الناقل.
 - إثبات أن جهل الحائز كان مبنيا على خطأ جسيم.
 - أن الحائز قد إغتصب الحيازة بالإكراه من غيره.
 - أنه أعلنه بعيوب حيازته في عريضة الدعوى.
- " من المقرر أنه في التقادم الطويل حسن النية غير مطلوب، وفي التقادم القصير بعشر سنوات، حسن النية والسند الصحيح ضروريان".³
- ومنه فإن إدعى المالك الحقيقي أن الحائز لم يكن حسن النية، فالمفروض فيه أصلا أنه حسن النية وأنه يعلم وقت تلقي الملكية أن المتصرف غير المالك، فعليه إثبات ذلك وله أن يثبت سوء نية الحائز بجميع طرق الإثبات لأن سوء النية واقعة مادية ويجوز إثباتها بالبينة والقرائن.⁴

¹ - الحاج هني جوهر، المرجع السابق ، ص 107.

² - نفس المرجع ، ص ص 107، 108.

³ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، ص 221.

- القرار رقم : 201978، مؤرخ في 26/07/2000، مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، 2004، ص 331.

⁴ - عبد الرزاق بوضياف، (مفهوم التقادم المكسب للملكية العقارية في القانون الجزائري)، مجلة المعيار، المجلد 07، العدد 14، سنة 2007، ص 178.

2- معيار حسن النية في إكتساب الملكية عن طريق الحيازة في العقارات:

تنص المادة 825 ق م ج " لا تزول صفة حسن النية من الحائز إلا من الوقت الذي يعلم فيه أن حيازته إعتداء على حق الغير."، ومنه يعتبر الحائز في التقادم العشري حسن النية إذا كان يجهل أنه يعتدي على حق الغير، أي على أساس إعتقاد الحائز أنه يتعامل مع مالك العقار أو صاحب حق عيني على العقار، بحيث إذا إرتاب الحائز أدنى شك كان سيء النية.¹

فيلاحظ أن المشرع الجزائري أخذ بالمعيار الشخصي وهو جهل الحائز أنه يعتدي على حق الغير، وكذا المعيار الموضوعي وهو عدم إرتكاب الحائز لخطأ جسيم² لأنه يلحق بسوء النية.

وينتفي حسن النية إذا كان الحائز قد إغتصب الحيازة بالإكراه من غيره، حتى ولو كان حسن النية وفقاً للمعيارين السابقين، فإذا كان الحائز قد إشتري العقار من شخص معتقداً أنه المالك، ولم يكن إعتقاده هذا مبنياً على خطأ جسيم، وكان العقار في حيازة شخص ثالث رفض تسليم العقار فأغتصب المشتري هذه الحيازة بالإكراه فيعتبر سيء النية، وبالتالي ليس له أن يتمسك بالتقادم العشري في مواجهة المالك الحقيقي.³

ج - توافر حسن النية طوال المدة المفروضة لإكتساب الملكية عن طريق الحيازة :

تنص المادة 826 ق م ج " تبقى الحيازة محتفظة على الصفة التي كانت عليها وقت كسبها ما لم يتم الدليل على خلاف ذلك "، ومنه متى بدأت الحيازة بحسن نية يفترض أنها إستمرت على ذلك، ونفس الشيء بالنسبة لسوء النية، ما لم يثبت الحائز ما طرأ من أسباب جعله حسن النية كأن يثبت أنه أثناء حيازته إشتري العقار من شخص يعتقد أنه هو المالك الحقيقي له.⁴

كما تنص المادة 828 ق م ج على أنه " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستتدة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات.

¹ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 108.

² - الخطأ الجسيم وهو الخطأ الذي لا يتركبه شخص قليل العناية.

³ - الحاج هني جوهر، المرجع السابق، ص 108، 109.

⁴ - نفس المرجع، ص 109.

ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق.

والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم ويجب إشهار السند.، ومنه فإنه يشترط توافر حسن النية وقت تلقي الحق، ولقد اختلف الفقهاء حول وقت تلقي الحق فهناك من يرى أنه وقت إبرام التصرف، والرأي الغالب أنه لا يكفي توافر حسن النية وقت إبرام التصرف بل يجب أن يتوافر وقت تسجيل التصرف على أساس أنه الوقت الذي تنتقل فيه الملكية لو أن التصرف صدر من المالك.¹

وفي الأخير يمكن القول أن حسن النية في الحياة كسبب من أسباب إكتساب الملكية في العقارات يرتبط بالتقادم القصير أي التقادم العشري، فالتقادم الطويل لا يشترط به حسن النية، ومنه فإن الحائز حسن النية يكتسب الملكية ويتملك العقار بمرور عشر سنوات إذا كان لديه سند صحيح، كما يتملك الحائز الثمار بمجرد قبضها دوناً عن الحائز سيء النية.

¹ - الحاج هني جوهر، المرجع السابق، ص 110.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني: حسن النية كعنصر مؤثر في بعض التصرفات العقارية بالإرادة المنفردة
إن التصرفات القانونية بالإرادة المنفردة عموما هي التصرفات الإرادية التي تصدر عن شخص ما بإرادته المنفردة دون الحاجة لتدخل إرادة أخرى، وهي تهدف لإحداث آثار قانونية متنوعة، والتصرفات العقارية في هذا الصدد تتنوع فقد تؤدي إلى نقل ملكية عقارية أو حقوق عينية كالوصية والوقف، كما قد تؤدي إلى إزالة حق عيني كالتنازل، ومبدأ حسن النية كمبدأ قانوني مفروض يفترض أن يتوافر أيضا في هذا النوع من التصرفات الإرادية المنفردة كغيرها من التصرفات القانونية، ومن خلال هذا الفرع سنقتصر على التطرق لتطبيقات مبدأ حسن النية في مجال الوصية وكذا الوقف، وذلك من خلال محاولة إستخلاصنا للنصوص القانونية والتي تهدف لضمان حسن النية في هذا النوع التصرفات.

أولا- الوصية في العقار ومبدأ حسن النية :

تعتبر الوصية سببا من أسباب كسب الملكية العقارية وبعض الحقوق العينية الأصلية بسبب الوفاة في التشريع الجزائري، فقد نص عليها القانون المدني ضمن الفصل الثاني بعنوان طرق إكتساب الملكية، ضمن متطلبات القسم الثاني بعنوان الوصية في المواد 775، 776 و 777 ق م ج .

ووفقا لنص المادة 775 أحال المشرع أحكام تطبيقها لقانون الأحوال الشخصية بنصها " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية والنصوص القانونية المتعلقة بها"، كما أنه لم يخصها بقانون خاص بها، إنما أورد أحكامها بالقانون 84-11 والمتضمن قانون الأسرة الجزائري، وذلك في المواد من 184 إلى 201 ضمن الكتاب الرابع بعنوان التبرعات (الوصية - الهبة - الوقف)، ولقد خص الوصية بالفصل الأول والذي تضمن كل ما يتعلق بالموصي والموصى له، الموصى به، إثبات الوصية، أحكام الوصية .

1- تعريف الوصية في العقارات :

يمكن تعريف الوصية عموما على أنها " إسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد الموت"، أو هي " ما أوجبه الموصي في ماله تطوعا بعد موته أو في مرضه الذي مات فيه " .¹

¹ - محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1988 ، ص 11 .

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما يمكن تعريفها على أنها " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" وهو أصح التعريفات بإعتباره تعريفا جامها مانعا يشمل كل شيء يوصي به الشخص بعد وقاته كما يشمل قيام الوصي على أولاده الصغار ورعايتهم.¹

والمشرع الجزائري عرف الوصية في نص المادة 184 ق أ ج على أنها " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، ومنه فالوصية تعتبر من التصرف المضافة إلى ما بعد الموت وهي من أعمال التبرع إلا أنها تختلف عن الهبة والوقف.

ولقد إعتد القضاء الجزائري نفس التعريف بحيث قضت المحكمة العليا في القرار الصادر عنها بتاريخ 1995/05/02 بما يلي " من المقرر قانونا أن الوصية هي تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"، وهذا التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري وأيده القضاء قاصر من كونه حصر الوصية في كل ما يعتبر تملك فقط دون أن يشمل الإسقاطات لتكاليف معينة مثل الإبراء من الدين أو تأجيله.²

فيستفاد من نص المادة 184 ق أ ج أن الوصية تصرف في المال عقارا كان أو منقولاً، لا ينفذ إلا بعد موت الموصي، كما أنه تصرف بإرادة منفردة، كما يكفي لإنعقادها توافر إرادة الموصي فقط، وإن تطلب الأمر موافقة الموصى له لتنفيذها بعد وفاة الموصي، فإذا رفضها الموصى له فترد على ورثة الموصي.³

كما نصت المادة 776 ق م ج على أنه " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف"، فيلاحظ أن المشرع الجزائري إعتبر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت بمثابة الوصية وتسري عليها نفس الأحكام.

¹ - العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2004، ص 230.

² - سناء شيخ، (شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري)، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 02، جوان 2013، ص 174.

- المشرع المصري عرف الوصية بأنها تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت، ويعتبر تعريفا شاملا حين سماها تصرفا إذ تشمل الوصية بالملكية وغيرها من الحقوق العينية أنظر شيخ سناء، المرجع السابق، ص 174.

³ - ريمة أبو ديل، نورة حمليل، (القيمة القانونية للسند الصحيح في مجال كسب الملكية بالتقادم القصير)، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02، عدد خاص، 2020، ص 189.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والوصية في التصرفات العقارية تعتبر تصرفا قانونيا صادر من جانب واحد ناقلا للملكية، ولا تنتج آثارها إلا بعد وفاة الموصي، والوصية في هذا الشأن ترتبط وحسن النية في العديد من الأحكام والتي سنحاول إستخلاصها من خلال النصوص القانونية في هذا الشأن.

2- حسن النية وحماية الورثة في الوصية:

تتمثل أركان الوصية في الموصي والموصى له ، المحل والسبب بالإضافة إلى الشكلية وفي كل هاته الأركان يظهر حسن وسوء النية، والذي نستشفه في العديد من العناصر والشروط المرتبطة بها، فهاته الأخيرة فرضها المشرع حماية للورثة ذوي النية الحسنة.

تنص المادة 186 ق أ ج " يشترط في الموصي أن يكون سليم العقل ، بالغا من العمر تسع عشرة¹ سنة على الأقل " ، ومنه فوصية المجنون تعتبر باطلة، وكذا وصية ناقص الأهلية، كما يشترط توافر شرط الرضا في الموصي أثناء إنشائه للتصرف القانوني فيجب أن لا يكون مكرها أو مجبرا على ذلك ويكون بكامل إرادته ورضاه أي النية الصادقة والصريحة في إبرام التصرف دون أن يكون سيء النية تجاه الورثة.

كما نصت المادة 188 ق أ ج " لا يستحق الوصية من قتل الموصي عمدا"، فقاتل الموصي لا يستحق الوصية لإنثناء حسن النية، فمن يقوم بقاتل الموصي عمدا يعتبر سيء النية لتسريع حصوله على الشيء الموصى به، ومنه يستبعد القتل الخطأ كون الركن المعنوي للجريمة ينعدم أي نية القتل.

و نصت المادة 189 ق أ ج " لا وصية لوارث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصي "، و يعتبر نص المادة حماية من المشرع للورثة ذوي النية الحسنة، ونص المادة يتماشى وبعض القواعد الفقهية والتي من بينها " درء المفاسد مقدم على جلب المصالح " وكذا " الحكم يتبع المصلحة."²

¹ - تنص المادة 40 ق م ج " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة "

² - نسيم شيخ ، أحكام الرجوع في التصرفات التبعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر، ص ص 210، 211.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما أن المشرع الجزائري في نص المادة 185 ق أ ج نص على " تكون الوصية في حدود ثلث التركة، وما زاد على الثلث توقف على إجازة الورثة"، ومنه فإن تحديد المشرع لمقدار الشيء الموصى به وربطه بثلث التركة يعتبر من مظاهر تكريس مبدأ حسن النية في الوصية، كما أن ما يؤكد ذلك هو أنه في حال تجاوز الشيء الموصى به الثلث يجب على الورثة أن يجيزوا هذا التصرف.

فالوصية تكون صحيحة في حدود التركة، وتنفذ دون حاجة إلى إجازة الورثة سواء كانت لوارث أو غير وارث، غير أنه إذا زادت على ثلث التركة لا تنفذ في حق الورثة إلا إذا أجازوا الزيادة على الثلث¹، إذا كان الموصي حسن النية.

كما نصت المادة 190 ق أ ج على أنه " للموصي أن يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة " ومنه فإن جميع ما يصح تملكه من الأموال المباحة عينا كانت أو منفعة يجوز أن يكون محلا للوصية ويجب أن تكون مشروعة وغير مخالفة للنظام العام والآداب العامة ومما يصح تملكه وإلا عبرت عن سوء نية الموصي.

وبالنسبة لشكل الوصية والذي فرضه المشرع حماية للموصى له حسن النية وكذا الورثة والغير ذوي النية الحسنة تنص المادة 191 ق أ ج على أنه " تثبت الوصية :

- 1) بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك،
- 2) وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم، ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

ومنه فإن الوصية تثبت أصلا بموجب عقد رسمي يحرره الموثق، وإستثناء بحكم قضائي يؤشر به على هامش أصل الملكية.²

والوصية بهذا ليست تصرفا شكليا وإنما تصرفا رضائيا لأن الكتابة المتطلبة هي وسيلة للإثبات، والمشرع لم يرتب البطلان على تخلفها، وهذا ما أكده القضاء في العديد من إجتهاداته من بينها ما قضت به المحكمة العليا في القرار الصادر بتاريخ 23 ديسمبر 1997 والذي جاء فيه " من المقرر قانونا أنه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام

¹ - أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، طبعة 2014، ص 417.

² - سناء شيخ ، المرجع السابق، ص 182.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الموثق وتحريير عقد بذلك، وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية.

ومن ثم فإن قضاة المجلس بقضائهم بإستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صحيح القانون مما يستوجب فض الطعن¹.
والشكلية التي فرضها القانون كأداة للإثبات تهدف بالدرجة الأولى لحماية حق الموصى له حسن النية، وبما أن التصرفات العقارية ترتبط بالشهر فإن عملية الشهر تتم بعد وفاة الموصي لكي يتم إنتقال الملكية للموصى له ويحتج بها في مواجهة الغير.

ثانيا- الوقف في العقار ومبدأ حسن النية :

يعتبر الوقف من العقود التبرعية الصادرة بالإرادة المنفردة، التي تتم دون مقابل فلا ينتظر الواقف مقابلا على وقفه، وهذا ما أكدته المادة 04 من القانون 91-10 المتعلق بالأوقاف² "الوقف عقد التزام بتبرع صادر عن إرادة منفردة"، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في العديد من قراراتها³، والوقف قد يكون وقفا عاما كما قد يكون وقفا خاصا وفي الصنفين يفترض حسن النية، والذي يتجلى لنا في العديد من العناصر.

1- تعريف الوقف في التشريع الجزائري:

لقد تطرق المشرع الجزائري للوقف في ثلاث قوانين مختلفة وعرفه في كل منها، فعرفته المادة 213 من الأمر 84-11 المتضمن قانون الأسرة على أنه "حبس المال عن التملك لأي شخص على وجه التأييد والتصديق".

كماعرفته المادة 03 من القانون 91-10 المؤرخ في 27\04\1991 المتعلق بالأوقاف المعدل والمتمم على أنه "الوقف هو حبس العين عن التملك على وجه التأييد والتصديق بالمنفعة على الفقراء أو على وجه من وجوه البر والخير".

¹ - سناء شيخ ، المرجع السابق ، ص 185.

- قرار المحكمة العليا ، غرفة الأحوال الشخصية ، ملف رقم 160350، مؤرخ في 23/12/1997، منشور بالإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001، ص 295.

² - القانون رقم 91-10 المؤرخ في 27 أفريل 1991، يتعلق بالأوقاف، المعدل والمتمم بموجب القانون 01-07 المؤرخ في 22/05/2001، وكذا القانون 02-10 المؤرخ في 14/12/2002، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي 03-51 المؤرخ في 04/02/2003، المحدد لكيفيات تطبيق نص المادة 08 مكرر من القانون 91-10.

³ - قرار المحكمة العليا رقم 137567 مؤرخ في 05/05/1996، المجلة القضائية سنة 1996، عدد 02، ص 147 "حيث يتضح من عقدي الحبس"

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وعرفت المادة 31 من قانون التوجيه العقاري 90-25 الأملاك الوقفية بنصها "الأملاك الوقفية هي الأملاك العقارية التي حبسها مالكها بمحض إرادته ، ليجعل التمتع بها دائما تنتفع به جمعية خيرية أو جمعية ذات منفعة عامة، سواء أكان هذا التمتع فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور".

ومنه فإن الهدف الأساسي للوقف هو حبس المال هذا الأخير الذي قد يكون عقارا أو منقولا ، و هو حبس العين أيضا وفقا لنص المادة 03 من قانون الأوقاف ، والعين يقصد بها العقار بخلاف المنفعة التي يقصد بها منفعة منقول أو عقار ، و نص المادة 31 من قانون التوجيه العقاري عرف صراحة الأملاك الوقفية العقارية وبالتالي الوقف على العقار ، والتمتع بهذا الوقف سواء فوريا أو عند وفاة الموصين الوسطاء الذين يعينهم المالك المذكور.

2- حسن وسوء نية الواقف :

يعتبر الواقف حسن النية متى كان وقفه صحيحا وفقا لنص المادة 10 من قانون الأوقاف والتي تنص " يشترط في الواقف لكي يكون وقفه صحيحا ما يأتي :

- 1- أن يكون مالكا للعين المراد وقفها ملكا مطلقا،
- 2- أن يكون الواقف ممن يصح تصرفه في ماله غير محجور عليه لسفه أو دين."، ومنه متى إنعدمت هاته الشروط توفر عنصر سوء النية، كما تنص المادة 13 من ذات القانون على أن " الموقوف عليه في مفهوم هذا القانون هو شخص معنوي لا يشوبه ما يخالف الشريعة الإسلامية."، ومنه وبمفهوم المخالفة متى كان بالموقوف عليه ما يشوبه من صفات تخالف الشريعة الإسلامية توافر ما يتعارض ومبدأ حسن النية على إعتبار أنه هذا الأخير يعتبر قاعدة أخلاقية مستمدة من الشريعة الإسلامية التي تتعارض مع الغش والخداع.

كما تنص المادة 32 من قانون الأوقاف على أنه " يحق للدائنين طلب إبطال وقف الواقف في مرض الموت وكان الدين يستغرق جميع أملاكه "، ومنه فإن نص المادة أعطى للدائنين الحق في إبطال وقف المريض مرض الموت، إذا كان الدين يستغرق جميع أمواله وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من إجتهاداتها " حيث أن المادتين 204، 215 من قانون الأسرة تنص على بطلان الحبس في مرض الموت وأن

حالة (ع.م) الذي أقام الحبس موضع النزاع في أوت 1987 كان يعاني منذ سنة 1985 من مرض خطير لازمه إلى يوم وفاته.¹

كما أن المشرع أقر هاته المادة حماية للورثة من تصرفات الواقف الذي يحرر عقد الحبس بسوء النية، وهو ما أقرته المحكمة العليا أيضا في العديد من إجتهاداتها " عقد الحبس الذي يحرر بسوء نية بقصد حرمان أحد الورثة من الميراث يعد باطلا بغض النظر عن وقوعه في مرض الموت من عدمه".²

3- حسن وسوء نية مسير الوقف :

تنص المادة 36 من قانون الأوقاف " يتعرض كل شخص يقوم بإستغلال ملك وقي بطريقة متسترة أو تدليسية أو يخفي عقود وقف أو وثائقه أو مستندات أو يزورها، إلى الجزاءات المنصوص عليها في قانون العقوبات."، ومنه فإن من يقوم بإستغلال الملك الوقفي بطريقة متسترة أو تدليسية أو يقوم بإخفاء عقود أو وثائق أو مستندات يعتبر سيء النية، كون هذه المظاهر والمتمثلة في الغش والتدليس والإخفاء تتعارض ومبدأ حسن النية في الإستغلال، ومنه فإنه في حال إنعدام مبدأ حسن النية في إستغلال الملك الوقفي يتعرض الشخص سيء النية للعقوبات المنصوص عليها في قانون العقوبات.

وهذا وبالإضافة إلى العديد من النصوص القانونية الأخرى المرتبطة بحسن وسوء النية في الوقف على العقار، كنص المادة 41 والتي تنص " يجب على الوقف أن يقيد بعقد لدى الموثق وأن يسجله لدى المصالح المكلفة بالسجل العقاري الملزمة بتقديم إثبات له بذلك وإحالة نسخة منه إلى السلطة المكلفة بالأوقاف "، فتقييد العقد لدى الموثق يعتبر حفاظا على مصالح الغير حسن النية وكذا يعتبر حماية للورثة من سوء نية مورثهم الواقف.

¹ - قرار رقم 96675، مؤرخ في 1993/11/23، الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 302.

² - قرار رقم 230617، مؤرخ في 1999/11/16، مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001، ص 331.

الفرع الثالث : حسن النية كعنصر مؤثر في بعض التصرفات العقارية بإتفاق إرادتين أو أكثر.

التصرفات العقارية بإتفاق إرادتين أو أكثر هي التصرفات القانونية المرتبطة بعقار أو أحد الحقوق العينية المرتبطة به، والصادرة بإرادة أحد الأطراف وبإتفاق إرادة أخرى، وتتجه الإرادات إلى إحداث نتائج قانونية معينة دون الحاجة إلى الإقتران بفعل مادي، وتتعدد التصرفات العقارية في هذا الشأن، ومنه سنحاول أن نتطرق ضمن هذا الفرع لتطبيقات من تطبيقات مبدأ حسن النية في هذا الشأن، وهي حالة بيع عقار مملوك للغير ضمن متطلبات العنصر الأول، وكذا حالة البيع في مرض الموت ضمن متطلبات العنصر الثاني.

أولاً- بيع عقار مملوك للغير ومبدأ حسن النية:

إن المراد بملك الغير هو كل عقار يملكه الغير بموجب سند رسمي مشهر، أو يكون العقار في حيازة الغير حيازة مشروعة¹، ويعتبر تصرف الشخص في ملك غيره بالبيع بدون إذنه بمثابة إعتداء على ملكية الغير، الشيء الذي يتعارض ومبدأ حسن النية، ومنه يعتبر هذا النوع من البيوع من الحالات المرتبطة كثيرا بمبدأ حسن النية، كون أن القانون في العديد من النصوص القانونية سعى لحماية المتصرف والمشتري والغير ذوي النية الحسنة، ومنه سنتطرق بداية لتوضيح مفهوم هذا النوع من البيوع، ثم سنحاول إبراز بعض النقاط المرتبطة بحسن وسوء النية في هذا المجال.

1- مفهوم بيع ملك الغير كتصرف عقاري :

بيع ملك الغير في التشريع الوضعي يقابله في الإصطلاح الفقهي للشريعة الإسلامية " بيع الفضولي "، ولقد نظم المشرع الجزائري أحكامه في المواد 397، 398 و 399 ق م ج دون التطرق لتعريفه تاركا ذلك للفقهاء، كنص المادة 1/397 تضمنت عناصره هاته الأخيرة التي إستند الفقهاء عليها عند تعريفهم لهذا البيع²، فتنص المادة 1/397 على أنه

¹ - الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، دار هومة، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2008، ص 20.

² - بسمة مطالبي، أمينة شودار، (أحكام بيع ملك الغير - دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقهاء الإسلامي)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، 2020، ص 1074.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

" إذا باع شخص شيئاً معيناً بالذات وهو لا يملكه فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك ولو وقع البيع على عقار أعلن أو لم يعلن بيعه."

و يعرف عقد بيع ملك الغير بأنه " عقد يبيع الشخص بمقتضاه مالا معيناً بالذات مملوكاً للغير، وبدون سابق توكيل من له الحق الشرعي في ذلك، ويقصد من هذا البيع نقل ملكية المبيع في الحال إلى ذمة المشتري".¹

ومنه ولكي ينعقد البيع صحيحاً منتجا لكل آثاره لا بد من أن يكون البائع مالكا للشيء المبيع حتى يترتب أهم أثر للعقد وهونقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري، فإذا لم يكن المبيع مملوكاً للبائع إعتبر البيع قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري عندما يقع على عين معينة بالذات.²

والمشرع إشتراط ملكية المبيع للبائع في حالة بيع الشيء المعين بالذات، والمقصود بذلك حالة بيع حق الملكية المترتب على شيء معين بالذات أو بيع حق عيني آخر وارد على شيء معين بالذات، والملاحظ أن في الحالة الأخيرة المقصود هو أن يكون الشيء مملوكاً للبائع بل يكفي أن يكون الحق العيني المترتب على الشيء ثابتاً للبائع على الشيء المملوك لغيره.³

ومنه ولكي يعتبر البيع بيعاً لملك الغير كتصرف عقاري لا بد من توافر الشروط التالية :

- يجب أن يكون الهدف من البيع نقل ملكية عقار غير مملوك للبائع إلى المشتري، مقابل ثمن نقدي يدفعه هذا الأخير.

- أن يكون المبيع معيناً بالذات على إعتبار أن المبيع المعين بالنوع لا تنتقل فيه الملكية إلا بعد عملية الفرز، وبالتالي إذا باع البائع شيئاً معيناً بالنوع ولم يكن يملكه وقت البيع، فهذا البيع ليس قابلاً للإبطال لمصلحة المشتري.⁴

¹ - بسمة مطالبي، أمينة شودار، المرجع السابق، ص 1075.

² - خيرة علي خوجة، (بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري)، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 02، سنة 2018، ص 226.

³ - نفس المرجع ص 226.

⁴ - المرجع نفسه، ص 227.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومشتري العقار من غير المالك إذا كان حسن النية يملك العقار بالتقادم المكسب القصير إذا دامت الحياة مدة عشر سنوات.¹

2- إبطال البيع لصالح المشتري حسن النية :

تنص المادة 399 ق م ج على أنه " إذا أبطل البيع في صالح المشتري بمقتضى حكم وكان المشتري يجهل أن البائع كان لا يملك المبيع فله أن يطالب بالتعويض ولو كان البائع حسن النية "، ومنه ووفقا لنص المادة فإن جهل المشتري بأن البائع لا يملك المبيع يجعل منه حسن النية، وبالتالي يحق له طلب إبطال البيع مع المطالبة بالتعويض حتى ولو كان البائع حسن النية ويعتقد أنه مالكا للمبيع.

غير أنه لإستحقاق التعويض يشترط أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع فإذا كان يعلم وقت البيع أن المبيع غير مملوك للبائع فلا يحق له طلب التعويض ولكن يحق له طلب الإبطال ولا أثر لسوء أو حسن نية البائع فالنص صريح في أن للمشتري الحق في طلب التعويض ولو كان البائع حسن النية.²

3- بيع عقار مملوك للغير مكتسب عن طريق الحياة كتطبيق لمبدأ حسن النية:

تنص المادة 828 ق م ج " إذا وقعت الحياة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات.

ولا يشترط توافر حسن النية إلا وقت تلقي الحق.

والسند الصحيح هو تصرف يصدر عن شخص لا يكون مالكا للشيء أو صاحبا للحق المراد كسبه بالتقادم، ويجب إشهار السند "، ومنه فإنه وكتطبيق لنص هاته المادة فإنه في الحالة التي يكتسب شخصا ملكية عقار عن طريق الحياة بالتقادم المكسب ويبيعه بإعتباره مالكا حقيقيا لشخص آخر حسن النية، فإن هذا الشخص جدير بالحماية قانونا، فهو غير معرض لمقاضاة المالك الحقيقي للعقار، فالتقادم المكسب شرع لحماية الحائز حسن النية، والسند الصحيح وهو الذي ينجم عن التصرف القانوني من غير

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة الجديدة، لبنان، 1998، ص 1011.

² - خيرة علي خوجة، المرجع السابق، ص 228.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المالك فيتعاقد بالأصالة عن نفسه ولا يهتم العيوب الأخرى اللاحقة عن التصرف، وبالتالي لولا هذا الحق لظل معرضا لتعرض المالك الأصلي دعوى إستحقاق خلال مدة خمسة عشر سنة وهي مدة التقادم الطويل.

ثانيا- بيع عقار في مرض الموت ومبدأ حسن النية:

قد يتصرف الشخص في مرض الموت ويلحق ضرارا بحقوق الدائنين والورثة، وذلك بإدخال النقص في تركته من عقود بيع فيها محاباة لبعض الورثة أو لغير الورثة من الأجانب، وللمتضرر من هذا التصرف إثبات ذلك مع إمكانيته طلب إبطال العقد إذا كانت المحاباة في التركة تزيد عن الثلث ليستطيع الورثة الحصول على حقهم في التركة و التصرف فيها بعد إيفاء الديون¹، ويتربط هذا النوع من البيوع بمبدأ حسن النية في العديد من العناصر، ومنه سنوضح المقصود بهذا النوع من البيوع، مع توضيح مدى إرتباطه بحسن وسوء النية.

1- المقصود بالبيع في مرض الموت :

لقد نص المشرع الجزائري على هذا النوع من البيوع ضمن القسم الثاني بعنوان : أنواع البيع، ضمن العنصر الرابع بعنوان : البيع في مرض الموت، المادتين 408 و 409.

لم يتطرق المشرع الجزائري لتعريف مرض الموت بخلاف المشرع الأردني والذي عرفه في المادة 543 قانون مدني على أنه " المرض الذي يعجز فيه الإنسان عن متابعة أعماله المعتادة، ويغلب فيه الهلاك ويموت على تلك الحال قبل مرور سنة فإن إمتد مرضه وهو على حالة واحدة دون إزدياد سنة أو أكثر تكون تصرفاته كتصرفات الصحيح".²

ولقد حاول الفقهاء تعريفه على أنه " المرض الذي يغلب فيه خوف الموت ويعتبر معه المريض عن رؤية مصالحه خارجا عن داره إن كان من الذكور وعن رؤية مصالحه داخل داره إن كان من الإناث، ويموت على ذلك الحال قبل مرور سنة سواء كان صاحب

¹ - سارة خضر أرشيدات، البيع في مرض الموت، مذكرة مقدمة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014، ص(ط).

² - نفس المرجع ، ص 2.

- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.

فراش أو لم يكن، وإن إمتد مرضه ومضت عليه سنة وهو على حال واحدة ، كان في حكم الصحيح وتكون تصرفاته كتصرفات الصحيح مالم يشتد مرضه ويتغير حاله ومات قبل مضي سنة يعد حاله إعتباراً من وقت التغيير إلى الوفاة مرض الموت¹.

ومنه فإن بيع العقار من المريض مرض الموت هو ذلك التصرف الذي يصدر عن شخص مريض مرض الموت ويغلب عليه الهلاك، ويهدف من خلال تصرفه إلى نقل ملكية عقار لوارث أو لشخص آخر لا يدخل ضمن دائرة الورثة فتتص المادة 408 ق م ج على أنه " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزاً إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه ومن أجل ذلك يكون قابلاً للإبطال."

2 - الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت :

تتص المادة 409 ق م ج " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير الحسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع."، ومنه فإن المشرع الجزائري وعلى الرغم من منحه الورثة حق إبطال بيع المريض مرض الموت أو حق إجازته وفقاً لنص المادة 408 المذكور أعلاه، إلا أنه قيد هذا الحق بحسن نية الغير، وبالتالي لا تسري أحكام المادة على الغير الذي كسب بعوض حق عيني على الشيء المبيع بشرط أن يكون ذا نية حسنة.

فالغير حسن النية في هذا المجال يقصد به من إكتسب حقا بمقتضى سند وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، والمشتري حسن النية هو الذي يجهل ملاسبات البيع من أساسه، إبتداءً من البيع الأول والذي تم بين المريض مرض الموت والمشتري الأول². وحسن النية في هذا المجال ينطلق من عدم علمه الكافي بوجود حقوق للغير على المبيع، ويرجع سببه للمشتري الأول من المريض وبالتالي فإنه من غير المعقول وليس من

¹ - نريمان خمار ، حورية لشهب ، (تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية)، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 20، العدد 02، 2020، ص 739، 740.

² - سارة خضر أرشيدات، المرجع السابق، ص 75.

- تتص المادة 1176 من القانون المدني الأردني " يعد حسن النية من يحوز الشيء، وهو يجهل أنه يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية ما لم يعم الدليل على غيره."

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

العدل أن يتحمل الشخص حسن النية تبعات الضرر الواقع، وكل هذا يرتبط بالإلتزام بالتبصير والذي يجب أن يرافق جميع مراحل التصرف القانوني.¹

ولاعتبار الشخص حسن النية يشترط توافر الشروط التالية:²

- أن يكون حسن النية يجهل العيب اللاحق بالسند.

- أن يكون قد كسب بعوض حقا عينيا على العين المبيعة كالمشتري الثاني والدائن المرتهن.

والمشرع الجزائري وفقا لنص المادة 409 ق م ج يشترط توافر الشرطين الأساسيين التاليين:

- يجب أن يكون إكتسابه لملكية العقار بعوض، وإلا كان الورثة أولى بالحماية في حالة التبرع.

- أن يكون الغير الذي إكتسب الحق العيني على المبيع من المشتري حسن النية، ولا يعلم أن للمشتري ورثة ولهم حق على العقار.

ومنه لا يجوز فسخ بيع المريض مرض الموت بمواجهة حسن النية حتى ولو لم يجزه الورثة أو الدائنين، لأنه مادامت توافرت حسن النية في شخص معين فإن حق هذا الشخص أصبح ثابتا بمواجهة الورثة والدائنين حتى ولو تم فسخ العقد، ومثال ذلك المستأجر حسن النية والذي يستأجر من شخص كان قد إشتري من مريض مرض الموت، وفسخ العقد بمواجهة هذا الشخص فإن حسن النية بالنسبة للمستأجر لا يتأثر من هذا الفسخ لأنه إكتسب حقا وهو حسن النية ولا يعلم عن ظروف البيع.³

والمشرع الجزائري حمى الغير حسن النية في بيع المريض مرض الموت، وذلك للحفاظ على إستقرار المعاملات العقارية التي تستلزم حماية الغير من الضرر الذي يصيبه جراء هذا التصرف العقاري.

¹ - سارة خضر أرشيدات ، المرجع السابق، ص ص 75، 76.

² - نفس المرجع ، ص 78.

- نص المادة 547 من القانون المدني الأردني

³ - سارة الخضر أرشيدات، المرجع السابق، ص 80.

المبحث الثاني : فعالية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إن مبدأ حسن النية هو المبدأ الذي يفرض التعامل بصدق وإستقامة وشرف بين أطراف التصرف القانوني، ومع الغير أيضا بصورة تجعل من ممارسة الحق ضمن غايته المفيدة والعادلة والتي نشأ بسببها وإلتزم بها كل أطراف التصرف، حيث يفترض أن هذه التصرفات لا تؤدي إلى المساس بمصالح الغير، وتوصل كل ذي حق إلى حقه بأمانة.¹ ومبدأ حسن النية يعتبر من أهم المبادئ الأخلاقية المستقرة في القانون²، وهو يعتبر مبدأ قانوني عام كرسه المشرع الجزائري في العديد من النصوص القانونية، ولكي تكون لهذا الأخير فعالية في التصرفات القانونية عموما يجب توافر مجموعة من العوامل المرتبطة به والتي تتركز وتضمن تطبيقه في هذه التصرفات.

ومنه سنتطرق من خلال هذا المبحث إلى العوامل المكرسة لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية من خلال تطرقنا لمظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية مع تطرقنا لمبررات تكريس المبدأ ضمن هذا النوع من التصرفات، إضافة لتطرقنا لوظائف هذا المبدأ ضمن هاته التصرفات ، لنتطرق بعد ذلك لتكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية وعبر جميع المراحل التي يمر بها ، ومنه قسمنا هذا المبحث إلى :

- العوامل المجسدة لتكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الأول).

- تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عبر جميع مراحلها (المطلب الثاني).

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 123.

² - محمد عدنان باقر، (قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد)، مجلة جامعة بابل، كلية العلوم الإنسانية، العراق، المجلد 22، العدد 04، 2014، ص 871.

المطلب الأول : العوامل المجسدة لتكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.
يقصد بالعوامل المكرسة لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تلك العوامل المساعدة في تجسيد هذا المبدأ، فتتمثل في عاملين أساسيين، العامل الأول وهو المظاهر التي ينفرد بها المبدأ دون عن المبادئ الأخرى كالإستقامة والنزاهة، الصدق، الشرف.....إلخ، أما العامل الثاني فيتمثل في الوظائف التي يؤديها المبدأ لتجسيد تكريسه في هذه التصرفات.

ومنه وحتى نستطيع توضيح تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عبر جميع مراحلها، يجب منا في البداية التطرق للعوامل المجسدة لتكريس هذا المبدأ في التصرفات العقارية عموماً عن طريق توضيحنا لأهم مظاهر مبدأ حسن النية والمرتبطة بالتصرفات العقارية متطلبات الفرع الأول، لنتطرق في الفرع الثاني لمبررات تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، مع تطرقنا في الفرع الثالث لوظائف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية ، وبالتالي تم تقسيم المطلب إلى :

- مظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الأول).
- مبررات تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الثاني).
- وظائف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

يتمتع مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية بالعديد من المظاهر المساعدة في تكريس هذا المبدأ ضمنها، فمبدأ حسن النية يتجسد في شكل العديد من الإلتزامات التي يفرضها القانون على جميع أطراف التصرف القانوني، وتتخذ هاته الإلتزامات العديد من المظاهر، والتي سنتطرق لأهمها والمرتبطة بمجال التعامل في العقارات من خلال عناصر هذا الفرع.

أولاً- واجب النزاهة والإستقامة في التصرفات العقارية :

إن حسن النية في هذا المجال يشمل مظهران، الأول يتمثل في حالة نفسية مجردة، تكمن في الإعتقاد أنه حسن النية أو معرفة الواقع أنه سيء النية، والمظهر الثاني يتمثل في القيمة الخارجية السامية لنفسية المتعاقد، إنطلاقاً من العادات الشريفة في التعامل وإلى قاعدة خلقية للسلوك، ومن هنا يظهر أن مبدأ حسن النية يتطلب النزاهة في التصرفات الذي تحدد درجته من قبل الممارسات العقدية أو من قبل المشرع أو من قبل الإجتهد في حالة النفي.¹

ويمكن تعريف النزاهة عموماً يمكن تعريفها على أنها " مجموعة من المبادئ الإيجابية التي تعزز السلوك الشريف والأخلاقي وتشجع ممارسات العمل الإيجابية"².

ويقصد بها أيضاً أن يتمتع المتعاقد عن كل غش وتدليس، يجعل تنفيذ الإلتزام عسيراً أو مستحيلاً، كم ينبغي لأطراف العلاقة التعاقدية أن يكونوا على قدر من الإستقامة والشرف، الشيء الذي يجعل من حق كل واحد منهما أن يثق في الآخر لما يفترضه فيه من نزاهة وشرف.³

والنزاهة لا تتنافى ومبدأ تعارض المصالح في العقود، المبدأ الذي يجعل لكل طرف أن يحتفظ لنفسه بأشياء تحقق له أكبر فائدة، على أساس أنه كان الإحتفاظ بهذه الأشياء

¹ - سماح جبار ، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2018/2017، ص 39.

- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ، بيروت، 2000، ص 270، مقتبس عن جبار سماح ، المرجع السابق.

² - دليل تنمية النزاهة، مصلحة الجمارك المصرية، 2014، ص 8.

³ - بن عزوز درماش ، المرجع السابق، ص 248.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

حقا غايته تحقيق أكبر قدر من النفع، ومنه فإن هذا الحق مقيد بقواعد العدالة وحسن النية.¹

والمشرع الجزائري خصص فصلا رابعا من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية بين من خلاله الممارسات التجارية الغير نزيهة، ومن خلال هاته النصوص يظهر التأثير الواضح للجانب الأخلاقي في روح هاته النصوص.² أما النزاهة في التصرفات العقارية يقصد به تنفيذ التصرف بإستقامة وإخلاص بصفة تمكن من تحقيق الغرض الذي يرمي إليه التصرف العقاري مهما كانت طبيعته القانونية، دون وجود لأي غش أو تدليس يمنع تنفيذ التصرف وفقا للغرض الذي أبرم لأجله، فبائع العقار يفترض أن يكون نزيها في تصرفه الذي يجب أن لا يتعارض والمبادئ الأخلاقية النزاهة والشفافة كإعلام المشتري بجميع العيوب الخفية.

والإستقامة يقصد بها " التحلي بأحسن الفضائل في القول والفعل كالصدق وحسن المعاملة"³، ولقد إقترنت الإستقامة بعبارة سلامة النية التي يعتبر القصد منها هو قصد الخير، غير أن النزاهة تبدو مظاهرها دوما ذات طبيعة سلبية فهي تفرض تجنب التغيرير وجميع أنواع الغش أثناء إبرام وتنفيذ التصرف لأنها تعتبر مظاهر لسوء النية ومنه تعد سلوك مخالف للقانون.⁴

ومنه فإن واجب النزاهة والإستقامة في التصرفات العقارية يقتضي الشفافية في التعامل، و إتجاه إرادة الأطراف إلى إحداث الآثار القانونية التي يريدها أطراف التصرف ووفقا لما تكنه النية الحقيقية لجميع الأطراف، ويكرس القانون النزاهة والإستقامة من خلال إبطال التصرف بسبب عيوب الرضا والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال.

¹ - بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص 248.

² - نفس المرجع، ص 249.

³ - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 40.

⁴ - نفس المرجع، ص 40.

ثانيا- واجب الصدق في التصرفات العقارية :

يرتبط الصدق بالنزاهة، فهو يتمثل في أن المتعاقد خلال مرحلة إبرام و تنفيذ التصرف ملزم بإعلام الطرف الآخر بكل التفاصيل الضرورية من أجل التنفيذ الحسن للتصرف.¹

وهذا الواجب يعني كل أطراف التصرف، فهو يفرض على المدين تنفيذ تعهداته بكل وفاء وأمانة ونزاهة وإخلاص²، والإلتزام بالتنفيذ الحسن للعقد بالنسبة للمدين أي أنه مطال بتنفيذ مطابق لتعهدده بكل إستقامة وأمانة ونزاهة.³

ويفرض القانون هذا الواجب في العديد من النصوص القانونية، كنص المادة 15 من الأمر 95-07 الخاص بالتأمينات⁴ والتي تنص " يلزم المؤمن له بالتصريح عند إكتتاب العقد بجميع البيانات والظروف المعروفة لديه ... بدفع القسط أو الإشتراك... بالتصريح المسبق للمؤمن بتغير الخطر أو تفاقمه ... بإحترام الإلتزامات التي إتفق عليها مع المؤمن وتلك التي يفرضها التشريع الجاري به العمل،... بتبليغ المؤمن عن كل حادث ينجر عنه الضمان بمجرد إطلاعه عليه وفي أجل لا يتعدى (07) أيام، إلا في الحالة الطارئة أو القوة القاهرة، وعليه يزوده بجميع الإيضاحات الصحيحة التي تتصل بهذا الحادث وبمداه كما يزوده بكل الوثائق الضرورية التي يطلبها منه المؤمن ،..."، ومنه فإن حسن النية يقتضي أن يقوم المؤمن له بإخبار وإعلام المؤمن بكل المعلومات التي تهم الخطر الذي هو محل التأمين.⁵

¹ - عبد القادر علاق، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون

الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007، ص 18.

² - TERRE F, SIMILER Ph, et LEQUETTE Y , **droit civil, les obligations** , D09 éd , PARIS , France ,p 443.

مقتبس عن عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 18.

³ - LEGIER G, **droit civil, les obligations**, DALLOZ , PARIS, France, 17 éd, 2001, p92.

مقتبس عن عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 1995/01/25 والمتعلق بالتأمينات، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ

1995/01/25، عدد 13، المعدل والمتمم بموجب القانون 06-04 المؤرخ في 2006/02/20.

⁵ - عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 19.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والصدق في التصرفات العقارية يرتبط بالنزاهة إرتباطاً وثيقاً، فكلاهما يهدفان إلى تحقيق مبدأ حسن النية ويشتركان في العديد من الأمور فيمكن التعبير عن الصدق بالنزاهة وكذا النزاهة بالصدق.

ثالثاً- واجب الثقة المشروعة في التصرفات العقارية :

تعتبر التصرفات العقارية من بين التصرفات التي تعتبر أداة لتبادل الأموال والخدمات، ومنه يرى الأستاذ carbonnier أن هذا النوع من التصرفات تحميه الثقة طيلة حياته، ومنه يتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى إعتبار تكريس الثقة كمبدأ تنظيمي للسلوك العقدي.¹

والثقة يمكن تعريفها بأنها " حالة ذهنية واقعية لدى المخاطب بالإرادة، تقوم على أساس إلترام صاحب الإرادة بحسن النية في العقد، الذي يتطلب منه الأخذ بعين الإعتبار الثقة المتولدة لدى الطرف المقابل والتي تنشأ لما يفترضه فيه من نزاهة وشرف، وإشترط مشروعية الثقة يعد من الأمور المهمة لأن عدم مشروعيتها يدل على عدم وجود عنصر المفاجأة لدى المتعاقد".²

والثقة المشروعة تعد أحد العناصر الأساسية والمكونة لمعيار المعاملة العادلة أو التصرف العادل، ويتمثل هدفها الأساسي في حماية الثقة التي تولدت بين الأشخاص في الأنظمة القانونية القائمة في مواجهة تغيير تشريعي أو إداري يشكل تهديدا لهذه الثقة.³ كما أنها تعني إلزام الدولة بعدم مباغطة الأفراد ومفاجئتهم بما تصدره من قوانين وقرارات فردية تخالف توقعاتهم المشروعة والمبنية على أسس موضوعية مستمدة من القواعد القانونية، ومنه يشترط في النص القانوني توفر السهولة والفهم والثبات وكل ذلك لتحقيق الجودة ، وانه تعزيز ثقة المخاطبين به وإستقرار وإحترام الحقوق المكتسبة.⁴

والثقة المشروعة في التصرفات العقارية تقتضي التصرف بمعقولية وإتباع السلوك الموافق للعقل والعدل في ظروف معينة، وكذا مراعاة الأعراف والتقاليد المعروفة والمقبولة

¹ - سماح جبار، المرجع السابق، ص 40.

² - نفس المرجع، ص 40، 41.

³ - بواب بن عامر، هنان علي، (الحق في التوقع المشروع (الثقة المشروعة) كأحد ركائز الأمن القانوني)، مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد 07، العدد 01، مارس 2020، ص 66.

⁴ - نفس المرجع ، ص 57.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

في التجارة¹، وضرورة تكريس الثقة المشروعة كمظهر من مظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات تدعمها أساسية تتمثل في ضمان التقليل من الأضرار العقدية وإستمراية العقود، والثقة وإن كانت مهمة إلى أنه في العديد من الأحيان قد يغلب عليها فكرة الأمن القانوني في العديد من الظروف كحالة عدم مطابقة الإرادة الحقيقية للمدين والثقة المشروعة للدائن²، إلا أنه وعلى الرغم من هذا فإن الثقة المشروعة تعتبر الروح لمبدأ الأمن القانوني ، حيث أن هذا الأخير يهدف لحماية وتسهيل توقعات الأشخاص المبنية مسبقا، وأيضا حق الأشخاص في بناء توقعات في المستقبل، فالثقة المشروعة هي التفكير في حدوث أمر معين في المستقبل بناء على شواهد وأدلة في الحاضر كما أنها تمثل حالي للمستقبل.³

والثقة المشروعة في الآثار والتصرفات القانونية تتمثل أيضا في الأمن القانوني بالنسبة لأشخاص القانون حيث يقول الفقيه باتيفول " أن الأمن لا يختلط مع الحماية البسيطة للفرد وحرية بل هي تمثل وبدقة أن نطمح في نظام قوانين أكيدة ، لأن مثل هذا التأكيد يستجيب للحاجة الماسة لإمكانية التوقع، يجب أن يتمكن كل واحد من توقع آثار تصرفاته ويحدد فيما بعد أنه يمكنه أو يستوجب عليه أن يفعل أو لا يفعل، يجب أن يتمكن كل واحد أيضا من توقع بأنه يمكن للآخرين أن يفعلوا و لا يفعلوا من أجل ضبط تصرفاتهم حسب تلك الآثار ."⁴

ويرى جانب من الفقه أن " تفضيل معيار الثقة العقدية كأساس لحسن النية العقدية وتبريرا للإلتزامات الجديدة، فيه من الركازة للخروج بدعامتين، الأولى بأن الثقة العقدية أكثر واقعية من حسن النية، والثانية تجعل حسن النية نفسه تابعا لمقتضيات الثقة، مما يخلص بأن الثقة المشروعة هي نتيجة مباشرة لحسن النية"⁵، ويرى جانب آخر من الفقه

¹ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، 149.

² - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 41.

³ - بواب بن عامر، هنان علي، المرجع السابق، ص 65.

⁴ - نفس المرجع، ص 69.

- صيرينة بوزيد، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، مكتبة دار الوفاء، الطبعة الأولى، الإسكندرية ، مصر، 2018، ص 65.

⁵ - جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014، ص 334.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرنسي أنه يكفي منح مبدأ حسن النية تفسيراً موسعاً حتى تفرض مستلزمات النزاهة والإخلاص والثقة، وهو ما يجعل من غير المهم تكريس مبدأ الثقة في القانون المدني¹، ومنه فإن الرأي الأقرب للصواب والذي نتفق معه هو رأي الفقه الفرنسي فلا يمكن أن تصور أن الثقة العقدية أكثر واقعية من حسن النية أو أن حسن النية نابع عن الثقة وإنما الثقة المشروعة هي التي تعتبر مقتضى من مقتضيات مبدأ حسن النية وبالتالي مظهر من مظاهر وليس العكس.

رابعاً- واجب الأمانة و الإخلاص في التصرفات العقارية :

يقصد بالأمانة والإخلاص في التصرفات القانونية إجتناّب الغش والخديعة في إبرام التصرف، والأمانة تعني أيضاً النزاهة في تنفيذ الإلتزام بإخلاص بصفة تمكن من تحقيق الهدف الذي يرمي إليه العقد، وهو أمر يفرض تجنب التدليس أثناء إبرام التصرف والقيام بتنفيذ كافة الإلتزامات المترتبة عنه.²

والأمانة تتمثل في الإمتناع عن كل تصرف من شأنه أن يؤخر المتعاقد الآخر من تنفيذ إلتزاماته أو يجعل من التنفيذ مرهقاً ومستحيلاً بالنسبة له، والأمانة توجب أيضاً على المدين تنفيذ إلتزاماته بإخلاص، إلا أن الإخلاص في التنفيذ لا يجب أن ينظر إليه من منظور الصرامة، فقد يقصر المدين في تنفيذه للعقد بحيث يكون مخلاً بواجب الإخلاص، ولكن دون أن يؤدي ذلك لسوء النية.³

¹ - N'Diaye (f), faut – **il introduire un principe de confiance dans le livre III du titre du code civil** ?acte de coll univ de versailles, Dalloz , Paris ; 2008, p 138.

- سماح جبار ، المرجع السابق، ص 42.

² - نفس المرجع، ص 43.

³ - المرجع نفسه، ص 43.

خامسا - واجب التعاون في التصرفات العقارية :

يعتبر الإلتزام بالتعاون من أهم مظاهر حسن النية في تنفيذ العقود، من منطلق أن مبدأ حسن النية والعدالة يفرضان على أطراف العلاقة التعاقدية أن يتعاونوا سويا ويرفضان أن يستأثر أحدهما بفائدة على حساب الآخر، فلكي يصل العقد إلى أفضل نتيجة لا بد على كل طرف أن يحاول بكل جهده أن يسهل على الآخر تنفيذ إلتزامه.¹ و يمتد مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية طوال الفترة التي يمر بها إبرام التصرف وتنفيذه، ومنه يجب أن يتماشى الإلتزامات ومبدأ حسن النية تحقيقا لمصلحة جميع أطراف التصرف العقاري، والتي لا تتحقق إلا بوجود التعاون بينهم. ويقصد بالتعاون عموما التعاون الإيجابي وهي الرغبة في تحمل جميع مخاطر التصرف، ففي الشركات يتمثل التعاون في السهر على تحقيق الغرض الذي نشأت الشركة من أجله وعن طريق بذل جهد ومباشرة نشاط مشترك.² كما يتمثل واجب التعاون في ضرورة تسهيل تنفيذ العقد ومنه إتخاذ جميع الإحتياطات التي تمليها المعاملات وحسن النية³، ومنه فإن التعاون لا يبرز إلا ضمن التصرفات التي تتعدد بإرادتين وهي بهذا الشأن في التصرفات العقارية يقتضي التعاون بين جميع أطراف التصرف ومنه محاولة إتخاذ كل ما يلزم في هذا الشأن والذي يؤكد حسن نية كل طرف.

والمشرع الجزائري لم ينص على واجب التعاون إلا أنه يمكن أن نستشفه من العديد من النصوص القانونية من بينها نص المادة 02/86 ق م ج " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "، ومنه فإن الإعلام بتلك الواقعة يدخل ضمن مقتضيات التعاون، كما نستشفه أيضا من نص المادة 416 ق م ج " الشركة عقد بمقتضاه يلتزم شخصان طبيعيين أو إعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة

¹ - بن عزوز درماش ، المرجع السابق، ص 249.

² - إيمان زكري ، (مبدأ حسن النية في الشركات التجارية مظاهره وآثاره)، مجلة المنار للبحوث والدراسات القانونية والسياسية، جامعة يحي فارس المدية، العدد الرابع، مارس 2018، ص 03.

³ - عبد القادر علاق، المرجع السابق، ص 19.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

من عمل أو مال أو نقد، بهدف إقتسام الأرباح الذي قد ينتج أو تحقيق إقتصاد أو بلوغ هدف إقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك"، ومنه ومن خلال نص هاته المادة يظهر من خلال تعاون الشركاء في تحمل المخاطر أي تحمل الأرباح والخسائر معا. ومنه فإن واجب التعاون قد نجد مصدره إرادة المشرع أي نجده ضمن نص قانوني، أو في إرادة المتعاقدين الصريحة أو المفترضة في التعاقد ، وأن الصورة الثانية تؤدي إلى نتيجتين¹:

- النظر إلى كل متعاقد على أنه خصم لمن تعاقد معه، وهي نظرة تخالف الحقيقة التي تبرر من خلال النصوص، فالعقد يجب أن ينفذ بحسن نية .

- الإلتزامات المفروضة على الدائن والمكاملة لمبدأ التعاون تعتبر إلتزامات قانونية. وكخلاصة فواجب التعاون في التصرفات العقارية بوجه عام يظهر من خلال التصرفات العقارية المبرمة بإتفاق إرادة طرفين أو أكثر فيتجسد كثيرا من خلال العقود العقارية والمرتبطة بعقار أو حق عيني، ويقصد به في هذا المجال وجوب تسهيل إبرام وتنفيذ التصرف في الحدود التي يفرضها مبدأ حسن النية في هذا المجال، دون أن يسعى كل متعاقد إلى حماية مصالحه الخاصة والفردية فقط، بل يجب السعي لتحقيق المصالح المشتركة فيجب على كل طرف أن يسعى لذلك، فمبدأ حسن النية يسعى لتنفيذ التصرف بما تتحقق به مصلحة جميع الأطراف وكذا الغير، وفقا للقانون والعرف والعدالة، وكذا مع وجوب توافر المظاهر الأخرى من نزاهة و إستقامة، صدق، ثقة مشروعة و أمانة وإخلاص.

¹ - بن عزوز درماش ، المرجع السابق ، ص ص 250 ، 251.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : مبررات تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

قد ينجم عن تطبيق أحد القواعد العامة ظلم يفرض على حالة معينة، هذا الأخير الذي يؤدي إلى حدوث ضرر أو نشوء إلتزام لا مبرر له، ومنه يتدخل العنصر الأخلاقي والذي يعتبر مبدأ حسن النية أحد عناصره للتخفيف من حدة القواعد العامة وتحويلها إلى قاعدة مرنة تلائم تلك الحالة الخاصة¹، كحالة نزع الملكية العقارية تكريسا للمصلحة العامة ومنه يجب التدخل لحماية المصلحة الخاصة وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

كما أن تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات القانونية جاء تطبيقا لفكرة تحقيق العدل والإنصاف إذ يرى الأستاذ سمير عبد السيد تناغو أن "الإنصاف هو نوع من العدل، وهو أفضل درجات العدل في الحالات الخاصة التي قد لا يتلاءم معها حكم القواعد الجامدة، ولذلك فإن القاضي ينبغي عليه في هذه الحالات الخاصة أن يراعي ظروفها الواقعية ليحكم فيها بمقتضى الإنصاف، والحكم بالإنصاف يكون عن طريق تطويع القواعد العامة على الحالات الخاصة، وهو لا يمكن القيام به إلا إذا كانت صياغة القاعدة ذاتها مرنة تسمح للقاضي بأن يستخلص منها الحكم المنصف للنزاع."²

ويظهر أن الصياغة الجامدة للقواعد القانونية لا يمكن لها أن تحقق العدالة، كما أنه لا يمكن لها أن تحقق العدالة و الإنصاف، ولذلك يرى أرسطو أن دور العدالة هو تصحيح القانون عندما يتبين نقص بسبب عموميته، ومن هنا نتصور وظيفة مبدأ حسن النية كوظيفة أخلاقية للقواعد القانونية المنظمة للتصرفات القانونية.³

وبناء على ذلك فإن مبررات تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تتجلى لنا من خلال:

¹ - سماح جبار ، المرجع السابق ، ص 43.

² - نفس المرجع، ص 44.

- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1986، ص 54.

³ - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 44.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً - مبدأ حسن النية كعنصر مكمل للقواعد القانونية المرتبطة بالتصرفات العقارية :
ويظهر إنطلاقاً من أن مبدأ حسن النية عنصراً أخلاقياً، ينجم عنه العدالة والإنصاف
الذان يساهمان في تكملة القانون من عدة جوانب.
فتنص المادة 01 ق م ج " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في
لفظها أو في فحواها.
وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم
يوجد فبمقتضى العرف.
فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

فوفقاً لنص المادة المذكور فإن مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة تعتبر المصدر
الرسمي الأخير من مصادر القانون، والإحالة إليها يعني إلزام القاضي أن يجتهد رأيه
حتى يصل إلى حسم النزاع المعروض عليه وحتى يقطع عليه سبيل النكال عن القضاء.¹
والعدالة كمصدر إحتياطي للقانون مرتبط بمبدأ حسن النية و يهدف إلى المساواة في
الحكم على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الإعتداد بالجانب
الإنساني، وكذا الظروف الشخصية التي تحيط بالفرد²، وهذا يسري ويطبق على
التصرفات العقارية باعتبارها أحد المعاملات القانونية المهمة والتي تقتض توافر وتكريس
مبدأ حسن النية ضمنها.

كما تنص المادة 107 ق م ج على " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتمل عليه وبحسن
نية.

ولا يقتصر العقد على إلتزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من
مستلزماته وفقاً للقانون، والعرف و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام"³،

كما نصت المادة 110 ق م ج على " إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن
شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها،

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص ص 180، 181.

² - إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 160.

³ - Art 107/2 « il oblige le contractant non seulement à ce qui y est exprim é , mais encore à tout ce que la loi, l'usage et l'équité considérant comme une suite nécessaire de ce contractant d'après la nature de l'obligation »

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وذلك وفقا لما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك¹، والمقصود بالعدالة من خلال نص المادتين 107 و 110 هو الإنصاف المؤسس على المساواة، ومنه فالعدالة المقصودة هي الإنصاف وهذا ما إعتمده المشرع في صياغة النص باللغة الفرنسية *équité*.²

ومن هنا يظهر إرتباط مبدأ حسن النية بالقاعدة القانونية والذي يهدف لتهدئتها عن طريق إعمال قواعد العدالة ضمنها.

كما أنه في العديد من الحالات الخاصة، العدالة لا تعوض النقص الموجود في القانون، وإنما تساهم في تحقيق شروط تطبيق الحكم التشريعي³، فالقاضي لا يلجأ لقواعد العدالة إلا إذا إستعصى عليه تطبيق نص تشريعي، ولم يجد حكما لموضوع النزاع في مبادئ الشريعة الإسلامية، وكذلك لم يجد قاعدة واجبة التطبيق في العرف، فيلجأ لقواعد العدالة كمصدر رابع، ومنه عليه أن يجتهد في التوصل إليه بعقله ومشاعره الإنسانية مع مراعاة الظروف الشخصية التي أوجدت الحالة موضوع النزاع.⁴

¹ -Art 110 « lorsque le contrat se forme par adhésion, le juge peut , si le contrat contient des clauses léonines , modifier ces clauses ou en dispenser la partie adhérente et cela conformément aux règles de léquité.toute convention contraire est nulle. »

² - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 46.

³ نفس المرجع ، ص 46.

⁴ إسحاق إبراهيم منصور، المرجع السابق، ص 161 .

ثانيا- مبدأ حسن النية كعنصر مهذب للقاعدة القانونية:

إن القانون مجرد أداة وليس غاية، وإن كانت غايته تحقيق العدالة فإن وظيفة العنصر الأخلاقي تكمن في إضفاء البعد الإنساني على أحكام القانون ورفع الظلم أو التخفيف منه، ولكي يهذب العنصر الأخلاقي القاعدة القانونية يفترض وجود عدة قضاة تتوفر فيهم مقتضيات النزاهة والإستقامة والحياد وكذا التخصص.¹

ومبدأ حسن النية بإعتباره عنصرا أخلاقيا فإنه يساهم في تهذيب القانون وتلطيف أحكامه متى إستدعت الضرورة ذلك، كما في حال غموض القاعدة القانونية والتي تحتاج لتفسير، فالغموض الذي يعتري صياغة النص يؤدي إلى الإختلاف في فهمه وتطبيقه، والتفسير المقصود هو التفسير القضائي الذي يهدف أساسا إلى تحديد معنى القاعدة القانونية المعنية بهدف تطبيق حكمها على تصرف معين، غير أن القاضي قد يتعدى ذلك إلى تهذيب القاعدة أو توجيهه في الإتجاه الذي يحقق العدالة ويرفع الظلم عن أحد الأطراف.²

وتظهر أهمية المساواة في التصرف العقاري إذا ما إقترنت بفكرة التوازن الواجب توفرها، والتي تعني توازن الإلتزامات حيث تكون الإلتزامات متكافئة، إلا أنه قد يغيب التوازن لعدة أسباب ومنه يصبح التنفيذ مرهقا لأحد أطراف التصرف العقاري، وبالتالي يفترض تدخل القاضي الذي يتدخل لمراجعة التصرف، ومنه يعتبر مبدأ حسن النية عنصرا مهذبا لأحكام التصرف العقاري وكذا تدخل القاضي.

ويظهر لنا هذا الجانب أيضا في حالة الإستغلال والتي نص عليها المشرع في المادة 90 ق م ج " إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع إلتزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد إستغل فيه طيشا بين أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص إلتزامات هذا المتعاقد.

ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، وإلا كانت غير مقبولة.

¹ - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 47.

² - نفس المرجع، ص 47.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن".

وكذا تظهر لنا من خلال نظرية الظروف الطارئة والتي يتدخل من خلالها القاضي لتحقيق العدالة في التصرف القانوني ،وفقا لنص المادة 2/107 والتي تنص على " غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى ، وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

فكل هذا يوضح الرؤية التي تحقق العدالة المثالية على حالات واقعية خاصة لم تستطع عدالة القواعد القانونية تحقيقها ومنح الحل المناسب لها، ومنه يعتبر دور القاضي تقويميا يسعى من خلاله في البحث عن إيجاد توازن خاص بين المصالح المتضاربة في التصرفات¹.

ومنه وبعد تطرقنا لمبررات إرساء مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، فإنه يجب التطرق لوظائف مبدأ حسن النية في هذا النوع من التصرفات لنستطيع التطرق لتكريس المبدأ ضمنها.

¹ - سماح جبار، المرجع السابق، ص 48.

الفرع الثالث: وظائف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

إن نص المادة 3/1134 من القانون المدني كان خلال القرن 19 في حالة من الخمول، فرأى البعض أنها مجرد مبدأ لتفسير الإتفاقيات والتي ترتبط بنص المادة 1156 ق م ف، وبفضل دراسة الفقيه رينيه ديموغ الذي في أطروحته عن الالتزامات بشكل عام، إستتبط فروعاً جديدة ترتبط بحسن النية ، وخلال سنة 1956 إعتنق الفقيه بيرت المفهوم ونظم الوظائف التي يمكن تخصيصها لمبدأ حسن النية عموماً.¹

وظائف مبدأ حسن النية تتمثل في أنه الإطار العام والروح التي يجب أن تسود تفسير العقد وتنفيذه، فإذا تعددت معاني العبارات كان على النفاذ أن يختار المعنى والطريق الذي تقتضيه الأمانة والعدالة والإستقامة، بطريقة تكفل حماية الشخص وتمنحه حقاً لم تكن لتسمح به القواعد العامة.²

ومنه تتجلى النية الحسنة من خلال العديد من الوظائف المختلفة في التصرفات العقارية، والتي تبين مكانتها البارزة، وهاته الوظائف قد تكون تفسيرية، تكميلية، تحيدية أو تكييفية.

أولاً - الوظيفة التفسيرية لمبدأ حسن النية :

هناك العديد من الفقهاء يرون أن الوظيفة التفسيرية لمبدأ حسن النية من الوظائف المهمة، وهذا ما يتطلب من القاضي السعي وراء النية المقصودة للطرفين، فيجب تنفيذ التصرف وفقاً لروحه وليس فقط وفقاً لنصه، والوظيفة التفسيرية تمنح القاضي دور في التفسير المعياري، وبموجب المبدأ لم يعد للقاضي يقتصر على السعي وراء النية المشتركة للأطراف بل سيكون عليه أيضاً تحديد نطاق الالتزامات التعاقدية والسعي إلى ما يريده الطرفان مع مراعاة محتوى الإتفاقية وروحها والأهداف التي تنص عليها.³

¹ - Jean Van Zuylen, fautes ,(**bonne foi et abus de droit ; convergences et divergences**), annales de droit de louvain , vol 71, n 03 , année 2011, p 271.

² - رعد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، المرجع السابق، ص 186.

³ - Jean Van Zuylen Jean Van Zuylen ; op,cit, p 272.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والتفسير القضائي هو التفسير الذي يقوم به القضاة وهم يفصلون في القضايا المعروضة عليهم حتى يجسدوا حكم القانون على الوقع التي بين أيديهم ويقومون بهذا العمل دون حاجة لأن يطلب منهم الخصوم ذلك لأن التفسير من صميم عمل القضاة.¹ وبالنسبة لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية فإن مجرد البحث في حالة غموض العبارات على النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند حرفية الكلمات يكرس وظيفته التفسيرية، وهو ما أكده الفقيه جون كاربونييه الذي يرى أن حسن النية تمنع على أي طرف التعنت في التمسك بحرفية بنود التصرف، بل يجب الوصول إلى روحه ومعناه النهائي، فبالرجوع إلى النصوص القانونية المتعلقة بالتفسير نجدها ترشد القاضي أولاً في حالة غموض العبارة، إلى البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على حرفية العبارات.²

وهذا ما أكده نص المادة 111 ق م ج والذي ينص " إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الإنحراف عنها من طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات."، كما يتضح من خلاله أن القاضي يستند في تفسيره على المقترضات المرتبطة بمبدأ حسن النية كالأمانة والثقة، ومنه تظهر وظيفته التفسيرية.

والوظيفة التفسيرية تظهر من خلال العديد من الحالات:³

- **حالة النص السليم** : ومنه يقتصر دور القاضي على إستخلاص معنى النص من ألفاظه، أو إستخلاص معنى النص عن طريق الإشارة كنص المادة 398 ق م ج⁴، إستخلاص المعنى عن طريق دلالة النص.

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 221.

² - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 74.

³ - عمار بوضياف ، المرجع السابق، ص 231 و مايلها.

⁴ - تنص المادة 398 ق م ج " إذا أقر المالك البيع سرى مفعوله عليه وصار ناجزا في حق المشتري.

وكذلك يعتبر البيع صحيحا في حق المشتري إذا إكتسب البائع ملكية المبيع بعد انعقاد البيع "

- فيلاحظ أن في النص إشارة أن الإقرار الصادر عن البائع يصحح بيع ملك الغير.

- حالة غموض النص : في حالة غموض النص يكون الاختلاف في تفسيره أمر وارد بل مؤكد.

- حالة النقض : يكون في حالة إغفال لفظ في النص لا يستقيم الحكم إلا به، وينجم في هذه الحالة التناقض أو التعارض، وكذا تعارض الأحكام في التشريع الواحد، تعرض الأحكام بين تشريع وآخر.

وبالنسبة لمبدأ حسن النية إمتد الجدل الفقهي حول الوظيفة التفسيرية له ، فكانت الآراء الفقهية كالتالي :¹

- هناك من يرى ضرورة حث القاضي على ضرورة التوصل إلى النية المشتركة للأطراف وفقا لحسن النية المفترضة بينهما، لأن التنفيذ يتم بالطريقة التي يريدها أطراف التصرف دون الوقوف عند المعنى الحرفي.

- ويرى جانب آخر أن الوظيفة التفسيرية لحسن النية تسمح للقاضي بتحليل تصرف المتعاقدين في مرحلة التنفيذ لمراقبة مدى تطابق التصرف مع الهدف المراد من إبرامه، حيث يتم التحليل بصفة موضوعية وفقا لمقتضيات حسن النية وليس بالنظر لإرادة المتعاقدين.

ومنه فإن دور القاضي يقتصر في دراسة تصرف المتعاقدين بصفة موضوعية في حالة حصر الوظيفة التفسيرية لمبدأ حسن النية، ويبحث القاضي في هذا المجال عن الطريقة التي يجب بها تفسير التصرف بحسب السير العادي للأمر، فيقوم بتحليل تصرف الطرفين والحرص على عدم الخروج عن مقتضيات حسن النية، وهو ما تبناه المشرع الألماني في نص المادة 157 ق م أ، والتي ألزمت القاضي بتفسير العقد وفقا لحسن النية وبحسب العرف في مجال الأعمال، أي أن وظيفة القاضي عند تفسير التصرفات القانونية أو العقد هي التركيز على التصرف في حد ذاته لا المتعاقدين، وهذا ما يبرر خوف المشرع الألماني على الأمن القانوني للعقد².

كما أن نص المادة 1188 من القانون المدني الفرنسي يحاول إرشاد القاضي في حالة عدم التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين ، بالقيام بتفسير التصرف على النحو

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 75.

² - نفس المرجع، ص ص 75، 76.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الذي كان أي شخص يتعاقد به لو كان طرفا فيه، وذلك يدل صراحة على إتخاذ المعيار الموضوعي في التفسير في مبدأ حسن النية.¹

ثانيا - الوظيفة التكميلية لمبدأ حسن النية :

إن الوظيفة التكميلية كمعيار للسلوك ، هي التي يكون لحسن النية تأثير تكميلي ضمنها، ففتيح هذه الوظيفة للقاضي أن يفرض على الأطراف المتعاقدة إلتزامات إيجابية وسلبية إضافية، على الرغم من أن هذه الإلتزامات غير المتوقعة و الغير مرغوب فيها من قبل الأطراف لم يتم ذكرها في العقد ولم يتم دمجها فيه، وتجد الوظيفة التكميلية أساسها في نظرية العالم الصغير التعاقدية، لديموغ.²

ومنه يعترف لحسن النية بالوظيفة التكميلية حين يمنح للقاضي سلطة تكملة البنود المتفق عليها بين الطرفين عن طريق إلتزامات وواجبات من أجل تنفيذ التصرف على أكمل وجه³، إلا أن بعض الفقهاء المعارضين يرون أنها تسمح للقاضي بإضافة إلتزامات لم يتفق عليها الأطراف عند إبرام التصرف، مما قد يؤدي إلى فقدان العقد لطبيعته.⁴

والوظيفة التكميلية تستند إلى فكرة التضامن بين أطراف التصرف والتي تؤكد المادة 1135 ق م ف ، ومنه يجب تنفيذ الإلتزامات وفقا لنية الأطراف والغرض المعيشي، وكذلك القواعد التي ينطوي عليها السلوك الصادق والمخلص⁵، ويرى البعض أنه من الممكن تحديد مبدأ الآثار المتنوعة للتنفيذ بحسن نية، بدء من مبدأ الأداء حسن النية، فيري ديموغ أنه من الضروري تقييم أداء الإلتزام التعاقدية مع مراعاة الغرض من هذا الإلتزام بين الطرفين، وبذلك يكون المدين ملزما بضمان تحقيق الهدف المتأصل في إلتزامه.⁶

ولقد إستأثر القضاء الفرنسي بالوظيفة التكميلية لحسن النية لفرض إلتزامات جديدة على أطراف التصرف، وتعدد قرارات محكمة النقض الفرنسية في هذا الشأن، ومن بينها

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 76.

² -Jean Van Zuylen Jean Van Zuylen ; op,cit, p 272.

³ -LEFEBVRE Brigitte, op cit , p 344.

⁴ - Ibid,p344.

⁵ - Jean Van Zuylen Jean Van Zuylen ; op,cit, p 273.

⁶ -Ibid, p 274.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

القرار¹ الذي فرض على رب العمل إلتزام بأقلمة منصب أحد العمال، من منطلق أنه يقع على رب العمل إلتزام بأقلمة منصب العمال تطبيقا للإلتزام بحسن النية في تنفيذ العقد.² ومنه يتضح أن محكمة النقض الفرنسية وفي ظل غياب النص القانوني الصريح الذي يلزم رب العمل بذلك، إشتقت من الإلتزام بتنفيذ العقد بحسن نية وإعمالا للوظيفة التكميلية إلتزام يقع على رب العمل تكوين العامل للقيام بوظيفته نظرا لمؤهلاته وهو ما إتبره الفقه إلتزام أكبر لدائرة الإلتزامات الناتجة عن حسن النية في تنفيذ العقد.³ والوظيفة التكميلية تفرض إلتزام التعاون بفكرة أنه يجب على الأطراف الإمتناع عن أي إساءة في إستخدام كل طرف لحقه، ومنه إستخدام التصرف وفقا للغرض الذي أنشئ من أجله، ويتم تأسيس العديد من الواجبات التي يتم تفويضها لمساندة الوظيفة التكميلية لحسن النية، كالولاء والتعاون والإعتدال والتي تهدف لإنهاء التصرف القانوني بنجاح، ومنه تنشأ إلتزامات مختلفة تأتي لزيادة وظيفة إلتزامات التصرف العادية والتي ولدت من الإلتفاقية.⁴

وينجم عن الوظيفة التكميلية العديد من الواجبات والتي تتمثل في :

1- واجب الولاء والتعاون :

هذا الأخير الذي ينجم منه العديد من الواجبات ، فيحظر على كل أطراف التصرف الإعتداء على حقوق وواجبات التصرف، ويتم تنفيذه بشكل متبادل وبأمانة وإخلاص، مع تزويد كل الأطراف بالدعم اللازم لتنفيذ التصرف على الوجه الحسن " أن مبدأ حسن النية يتضمن علاقة ذات طبيعة أخلاقية أولا، ثم علاقة قانونية على الرغم من أن تنفيذ العقد قد يكون مؤلما في تنفيذ إلتزام المدين، ومنه حظر أي سلوك من شأنه أن يمنع الطرف الآخر من سحب المنفعة العادية للعقد."⁵

ويظهر واجب الولاء أيضا في ممارسة الحق عند إنهاء العقود الغير محددة المدة، وهذا الحق في الإنهاء يعتبر نظاما عاما لأنه يحمي الحرية الفردية ومع ذلك لا يمكن

¹ - CASS.SOC.25 /02/1992.N 89-41-634 .

² - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص ص 76 ، 77.

³ - نفس المرجع، ص 77.

⁴ -Jean Van Zuylen Jean Van Zuylen ; op,cit, p 274.

⁵ - Ibid, p 275.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ممارسته في الوقت الخطأ وبطريقة تتعارض مع متطلبات حسن النية، ومنه فإن الإنهاء الذي يمارسه أحد الأطراف بتعسف يعتبر معرضاً لواجب الولاء.¹

2- واجب الإعتدال :

يمكن إعتدال هذا الواجب بناء على العديد من المبررات المرتبطة بظروف التصرف، إلا أنه من الصعب تصنيف هذا الواجب في فئة معينة، على إعتبار أن الحدود بين الوظائف المختلفة لحسن النية صعبة الفصل، ومنه يمكن أن نربط واجب الإعتدال بالتصرف الصحيح ، ومنه عدم التعسف في إستعمال الحقوق وبالتالي تعتبر هاته الأخيرة أهم تطبيقاته، وواجب الإعتدال يمنع من المطالبة بالتنفيذ الدقيق للعقد بمجرد أن يفي الملتزم بالتزاماته بموجب شروط التصرف²، ويحق للقاضي في هذه الظروف أن يمنع الدائن من تأكيد حقوقه بالكامل وبالتالي الخروج عن قانون العقد، وكذا القوة الملزمة للعقد فيما يتعلق بالسلوك المخالف بشكل خاص لمتطلبات مبدأ حسن النية، طالما أن الممارسة المقصودة للحق التعاقدية لا تتوافق مع الممارسة المعقولة والعادلة في مثل هذه الظروف.³

¹ -Jean Van Zuylen Jean Van Zuylen ; op,cit, p 277

² - Ibid,p 277.

³ -Idem,p279.

ثالثا - الوظيفة التحديدية لمبدأ حسن النية :

تهدف الوظيفة التحديدية لحسن النية إلى وضع حد لأي تجاوز من طرف المتعاقد في استعمال حقه على نحو يميل فيه نحو التعسف، حيث تهدف هذه الوظيفة إلى تكريس نوع من الموازنة والوسطية في استعمال المتعاقد لحقوقه، ولقد إعتمدت العديد من التشريعات هاته الوظيفة على غرار القانون المدني الكبي في المادة 07 منه¹ والتي تنص :

« aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi. »².

ومنه ومن خلال هاته الحالة يجب التمييز في الوظيفة التحديدية لحسن النية بين الحالة التي تتجه فيها نية الشخص مباشرة إلى الإضرار بالغير، وفي هذه الحالة سوء نية المتعسف ثابتة بالنظر إلى إرادته وهو ما كرسه المشرع في المعيار الأول من معايير التعسف في استعمال الحق من خلال نص المادة 124 مكرر ق م ج والتي نصت على الحالة التي تتجه فيه نية الشخص إلى الإضرار بالغير ورغم ذلك فإن تصرفه يعتبر تعسفي بالنظر إلى مخالفته لحسن النية حيث تظهر أهمية الوظيفة التحديدية لحسن النية في هذه الحالة، بإعتبارها أداة لتوقيع الجزاء على أي خروج عن الإعتدال.³ ويظهر في العديد من قرارات النقض الفرنسية أن محكمة النقض إعترفت في الواقع بوظيفة التقييد أوالتحديد لحسن النية والتي تهدف لوضع قيود على ممارسة الحقوق التي تعتبر في هذه الحالة حقوق تعاقدية.⁴

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 77.

² -Code civil de la province du Québec.

³ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 77، 78.

⁴ - Jean Van Zuylen; op,cit, p 280.

رابعا - الوظيفة التكميلية لمبدأ حسن النية :

يقصد بالوظيفة التكميلية لحسن النية تكييف التصرف مع المتغيرات التي قد تطرأ أثناء تنفيذه وأفضل صورة لهذه الوظيفة نظرية الظروف الطارئة والمكرسة في نص المادة 107 الفقرة الثالثة من القانون المدني الجزائري،¹ والتي تنص " غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ويترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى إن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك."

والوظيفة التكميلية لمبدأ حسن النية تسعى إلى إعادة التوازن الاقتصادي للتصرف، والمحافظة على المصلحة المنتظرة من إبرامه بالنسبة للمدين، إلا أن أعمال هذه النظرية يستوجب تدخل القاضي في إلتزامات المتعاقدين وهو ما يبرر التردد في الإعتراف بالوظيفة التكميلية لحسن النية من أجل المحافظة على الأمن القانوني للعقد وإستقرار المعاملات.²

خامسا - الوظيفة المكملية التحديدية لمبدأ حسن النية :

قد تجتمع الوظيفة التكميلية والوظيفة التحديدية ضمن وظيفة واحدة، فيعتبر الوظيفتان وجهان لعملة واحدة، فكلاهما محدد لحسن النية إلى حد معين من خلال طلب الإعتدال والذي يعتبر أول مؤشر يدعم التوفيق بين الوظيفتين، فمن المناسب وجود بعض الصفات و التي تشهد على تماسك هاتين الوظيفتين.³

فتقليديا يجب على القاضي سد الثغرات التي تؤثر على ما إتفق عليه الطرفان في إطار إتفاقهما، فيجب أن يضيف إلتزامات معينة مستمدة من حسن النية، على الرغم من أن الوظيفة التحديدية أو المقيدة تعتبر ثغرة قانونية أي أنه يجب إزالة الشرط التعاقدى أو تقليله بقدر ما يتناسب وظروف الحال، أي كما تم ممارستها ووفقا لمقتضيات حسن النية.⁴

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 78.

² - نفس المرجع، ص 79.

³ - Jean Van Zuylen Jean Van Zuylen ; op,cit, p 283.

⁴ - ibid, p 283

المطلب الثاني : تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عبر جميع مراحلها.
يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية الواجب توافرها ضمن التصرفات القانونية، فيلعب دورا مهما وبارزا في التصرفات العقارية سواء في المرحلة السابقة عن إبرام التصرف أو عند إبرامه أو في مرحلة تنفيذه ، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري ضمن نص المادة 107 من ق م ج ، وعلى الرغم من أن هاتاه الأخيرة نصت على أن المبدأ يسود مرحلة التنفيذ فحسب بخلاف المشرع الفرنسي الذي نص في المادة 1104 ق م ف على أنه يجب أن يتم العقد في تفاوضه وتكوينه وتنفيذه بحسن نية ، إلا أنه ضمنا يمتد ليشمل جميع مراحل التصرف، فإضافة إلى وجوب توافره في مرحلة التنفيذ نجده مطلوب ضمن مرحلة التفاوض كما نجده مطلوب ضمن مرحلة التعاقد ، فمبدأ حسن النية لا يمكن الإستغناء عنه حال وجود التصرف العقاري.

ومبدأ حسن النية في مرحلة تكوين التصرف ،والإتفاقات الممهدة وكذا مرحلة تنفيذه يفرض قانونا بهدف حماية جميع أطراف التصرف وحماية الإرادة التعاقدية وإحاطتها بمضمون التعامل القانوني، وعناصره الأساسية من كل الجوانب، ومنه حماية الرضا و ضمان معرفة جميع العيوب المرتبطة بالتصرف ومنه تحقيق التوازن العقدي أو أخلقة العلاقة العقدية.

ومنه وحتى نستطيع توضيح تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عبر جميع مراحلها، يجب منا التطرق لتكريس مبدأ حسن النية ضمن المرحلة السابقة على إبرام التصرفات العقارية ضمن متطلبات الفرع الأول، لنتطرق في الفرع الثاني لتكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة إبرام التصرفات العقارية، مع تطرقنا في الفرع الثالث لتكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة تنفيذ التصرفات العقارية ، وبالتالي تم تقسيم المطلب إلى :

- تكريس مبدأ حسن النية ضمن المرحلة السابقة على إبرام التصرفات العقارية (الفرع الأول).
- تكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة إبرام التصرفات العقارية (الفرع الثاني).
- تكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة تنفيذ التصرفات العقارية (الفرع الثالث).

الفرع الأول : تكريس مبدأ حسن النية ضمن المرحلة السابقة على إبرام التصرفات العقارية.

تعد المرحلة السابقة على التصرف أو مرحلة المفاوضات العقدية السابقة على التعاقد من أهم مراحلها وأخطرها على الإطلاق، لما تحتويه من تحديد لعناصر العقد المزمع عقده، ولأهم ومعظم إلتزامات وحقوق طرفي العقد، وبما ينشأ عنها من مشكلات قانونية.¹ ومبدأ حسن النية يعتبر من بين الإلتزامات المفروضة أثناء مرحلة التفاوض²، فهو يهدف لتحقيق توازن التصرف، كما أنه يفرض قانونا الإلتزام بالإعلام والإدلاء بكافة البيانات للطرف الآخر، وكذا حماية حريته التعاقدية، وحماية الرضا وسلامته من العيوب³.

فيقع على الأطراف إلتزام بحسن نية في المرحلة السابقة على التعاقد، من خلال إرساء العديد من القواعد والتي تهدف إلى معالجة عدم التكافؤ في المراكز القانونية للأطراف ولو كان على حساب مصالحهم الشخصية، ومنه يفرض سلوك متجانس على الطرفين يهدف لمنع أي تصرف يضر بالطرف الآخر⁴، ومنه و لتوضيح تجسيد مبدأ حسن النية في هاته المرحلة يفترض منا بداية أن نتطرق لتوضيح المقصود بهاته المرحلة، ومن ثم توضيح المقصود بمبدأ حسن النية خلال هاته المرحلة، لتتطرق للإلتزامات المرتبطة بالمبدأ والتي تعتبر من مقتضياته ضمن هاته المرحلة.

¹ - العربي بلحاج ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 17.

² - مرحلة التفاوض ترتبط بالتصرفات العقارية المبرمة بإتفاق إرادتين أو أكثر، ومنه لا تعنى بها التصرفات بالإرادة المنفردة على إعتبار أنه لا توجد بها مفاوضات عقدية بين أطراف التصرف القانوني.

³ - العربي بلحاج ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني وأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، طبعة جديدة ، مزينة ومنقحة وفق آخر التعديلات 2017، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017، ص 87.

⁴ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 158.

أولاً- المقصود بالمرحلة السابقة على التصرف أو مرحلة التفاوض :

يقصد بمرحلة التفاوض المرحلة السابقة على التعاقد، وهي " كل الأعمال التمهيدية التحضيرية بين طرفي العقد، والتي تكون بغرض الوصول إلى إيجاب مشترك لإبرام عقد معين"¹، ومنه يدخل في ذلك الدعوة إلى الإيجاب وتعديلاته وكذا المناقشات والمباحثات والمساومات والخطابات المتبادلة والإستفسارات والإتفاقات المبدئية والعقود التمهيدية، وكل ما من شأنه أن يؤدي إلى تحديد ملامح وعناصر العقد المنشود.²

كما يقصد بها تبادل وجهات النظر حول موضوع العقد وشروطه، ومناقشة لها وتعبير عن مواقف من العروض والعروض المقابلة يتخذها المفاوضون تمهيدا للوصول إلى إتفاق نهائي³.

كما أنها " المناقشة والمحاورة وتبادل الرأي بين ذوي الشأن ، بهدف الوصول إلى إتفاق أو تسوية لحل مشكلة، وهي تتطوي على الحوار المباشر والمشاركة بين الأطراف سعيا للتلاقي بينهم حول موضوع معين أو لحل خلاف أو نزاع بينهم."⁴

والأصل في المفاوضات قبل العقدية هو مبدأ الحرية والإختيار إلا أن يكون أحد الطرفين قد ألزم نفسه بإتفاق بالدخول في مفاوضات عقدية، بإعتبار أن العقد في القانون المدني الجزائري لا يرتب حقوق ولا إلتزامات قانونية بين أطرافه قبل إنعقاده نهائيا⁵، بخلاف المشرع الفرنسي الذي نظم مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد⁶، فقد أخضع مرحلة المفاوضات لمبدأين أساسيين وهما مبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية، والقاعدة

¹ - العربي بلحاج ، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 25.

² - نفس المرجع، ص 25.

³ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص ص 164، 165.

⁴ - العربي بلحاج ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني وأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 20.

⁵ - نفس المرجع، ص 19.

- المواد 106، 107، 160 وما بعدها من ق م ج.

⁶ - Art 1112 « l'initiative, le dériurement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres.Ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi. »

- " البدء، السير وقطع المفاوضات السابقة على التعاقد تكون حرة، يجب أن تخضع لإلزاما لمقتضيات حسن النية "

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

هي مبدأ حرية التعاقد أما مبدأ حسن النية فيعد قيوداً على ذلك بإعتباره يمثل ضابطاً لسلوك الأطراف خلال المفاوضات العقدية.¹

ثانياً- المقصود بمبدأ حسن النية خلال المرحلة السابقة على التصرف أو مرحلة التفاوض :

يقصد بمبدأ حسن النية في التفاوض أو الإلتزام بالتفاوض بحسن نية أن تتوفر لدى الطرفين المتفاوضين الرغبة الصادقة والاستعداد الجيد للتفاوض بهدف الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وهو مبدأ يحكم كل أنواع التصرفات سواء الخاضعة للقانون الداخلي أو العقود الدولية.²

كما يقصد به إعمال مبادئ الصدق والأمانة والثقة والصراحة والشفافية وعدم الغش والإحتيال، والنزاهة في التصرفات عموماً، صيانة لمصلحة الأطراف في إدارة المفاوضات والإستمرار فيها لإنجاحها بشتى الوسائل، وإحترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض.³

ويكون إعمال مبدأ حسن النية خلال هاته المرحلة إنطلاقاً من الإلتزام بالإعلام، ويكون عن طريق تقديم البيانات الصحيحة لا سيما المرتبطة بمحل التعاقد، وكذا التشريعات الوطنية التي تحكم عملية التعاقد إذا كان أحد المتعاقدين يحمل صفة الأجنبي، ومنه فإن هذا الإلتزام يأتي في مقدمة صور الإلتزام بالتفاوض بحسن نية.⁴

كما أن مبدأ حسن النية يرتبط أيضاً بالتفاوض الإلكتروني⁵ والذي يعتبر ضمنه إلتزام إلتزام أساسي وجوهري، ويعد مطلباً ضرورياً لنجاحها فيجب على الطرف المتفاوض أن يتسم بسلوك الرجل الشريف والأمين بالتعاون، لأن حسن النية هو شكلاً إيجابياً وليس

¹ - يوسف شندي، (دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والإلتزام بالإعلام)، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية، المجلد 05، ملحق خاص، العدد 02، الجزء الثاني، نوفمبر 2017، ص ص 449، 450.

² - محمد حميداني، المرجع السابق، ص 303.

³ - العربي بلحاج، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني وأحدث إجتهاادات المحكمة العليا، المرجع السابق، ص 87.

⁴ - محمد حميداني، المرجع السابق، ص ص 303، 304.

⁵ - التفاوض الإلكتروني العقدي هو تبادل الآراء وتقريب وجهات النظر بين المتفاوضين بإستعمال وسائل إلكترونية قصد الوصول إلى العقد النهائي المزمع إبرامه. أنظر بلاوي عبد القادر، أقصاصي عبد القادر.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

سلبيا، فهو مجموعة من الإلتزامات الإيجابية المتمثلة في الولاء وصدق التعاون والمعلومات.¹

كما أنه في هذا المجال يعتبر ذلك المبدأ الذي يقتضي من الأطراف التفاوض بشرف وأمانة وتجنب كل ما يعيق المفاوضات أو يؤدي إلى إبطالها أو محاولة إفشالها بإستخدام الحيل والمراوغة أو الإضرار بالغير²، ويشترط في التفاوض الإلكتروني نفس الشروط المرتبطة بالتفاوض التقليدي وفقا للقواعد العامة ومنه فهو يقوم أيضا على حرية التعاقد كأصل عام، ومبدأ حسن النية كقيد على ذلك الأصل.

ثالثا- مظاهر تجسيد مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد :

يظهر تجسيد مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات ، من خلال العديد من المظاهر والتطبيقات والتي تعكس الإلتزام بحسن نية من قبل المتعاقد وإما الإخلال بهذا المبدأ ، و تتمثل في :

1- حسن النية شرط أساسي للدخول في المفاوضات :

لا يمكن للمتفاوض الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر إذا لم تكن له نية صريحة منذ البداية، فيعتبر ذلك من مظاهر مخالفة الإلتزام بحسن النية مما يؤدي إلى إيهام الطرف الآخر بإمكانية إبرام العقد دون أن يكون ذلك صحيحا.³

وكمثال لتطبيق مبدأ حسن النية خلال مرحلة التفاوض في التصرفات العقارية، راقبت محكمة النقض الفرنسية بصفة أولية مدى وجود نية صادقة للمتفاوض عند الدخول في المفاوضات بإعتبارها شرط أساسي لصحتها⁴، في قضية تتلخص وقائعها أن أحد البلديات دخلت مفاوضات من أجل بيع قطعة أرضية مع شركة مدنية عقارية، وقد إشتطت منذ بداية المفاوضات مبلغ 250 فرنك للمتر المربع، الثمن الذي تم إعتباره مبالغ فيه مما أدى إلى فشل المفاوضات، إلا أنه بعد مدة تم بيع القطعة بمبلغ 120 فرنك

¹ - دليلة معروز ، (التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)) ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، السنة 2020، ص 289.

² - عبد القادر بلاوي ، عبد القادر أقصاصي، (النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية)، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 08، العدد 01، السنة 2020، ص 159.

³ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 161.

⁴ - نفس المرجع، ص 163.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

للمتر مربع، مما أدى بالشركة إلى رفع دعوى قضائية معتبرة أن البلدية لم يكن لها نية صادقة في إبرام العقد منذ البداية، وإستجابت محكمة النقض لطلبات الشركة وإعتبر أن إشتراط مبلغ 250 فرنك يعتبر تعنت من البلدية¹.

2- الإلتزام بحسن نية أثناء سير المفاوضات :

ويظهر ذلك من خلال أهمية حسن النية والتي تظهر أثناء سير المفاوضات، عن طريق مراقبة سلوك المتفاوضين وردع أي سلوك يتنافى مع النزاهة والثقة اللازمة خلال هاته المرحلة،² فلقد أضحى الإلتزام بحسن النية أساس لردع السلوك غير النزيه للمتفاوض عن طريق عيوب الرضا³، كما أنه يجب محاربة السلوك المنافي لحسن النية عند سير المفاوضات، فقد تخرج بعض تصرفات الأطراف عن مجال عيوب الإرادة غير أنه لا تخرج من دائرة الرقابة القضائية، إلا أن إستحالة حصر هذه التصرفات تبرر ضرورة التركيز على ما إستقر عليه الفقه والقضاء الفرنسيين في هذا المجال، في ظل إغفال المشرع الجزائري لتنظيم مرحلة المفاوضات.⁴

3- إستحالة التفاوض مع عدة أطراف بنية التعاقد مع طرف واحد:

تعتبر الحرية في إختيار المتعاقد حقا مكفولا كرسه مبدأ سلطان الإرادة، وتناوله التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي من خلال نص صريح وهو نص المادة 01/1102 والتي تنص " كل شخص حر في التعاقد أو عدم التعاقد، وكذلك إختيار المتعاقد وتحديد مضمون العقد وشكله وذلك في إطار الحدود التي يحددها القانون"، ومنه فإن إختيار المتعاقد المستقبلي والمعني بعملية التفاوض هو حق يجب أن تتم ممارسته بشكل يتوافق ومبدأ حسن النية، ومنه فإن إختيار أكثر من متعاقد في نفس الوقت يعتبر أمرا مقبولا إذا كان الغرض مشروعاً، وهو الحصول على أفضل عرض.⁵

¹ - قرار نقض رقم 95-10574، 04 جوان 1997، أنظر عثمانى بلال، المرجع السابق، ص 163.

² - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 166.

³ - Martinez-Cardens Betty Mercedes, **la responsabilité précontractuelle ; étude comparative des régimes colombien et francais**, thèse de doctorat en droit, université Paris II Panthéon Assas, 2013, p 180.

⁴ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 180.

⁵ - محمد حميداني، المرجع السابق ، ص 310.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- ويعد التفاوض مع أكثر من طرف مخالفا لمبدأ حسن النية في حالتين:¹
- إشتراط الطرف المفاوض لهذا الشخص حصرية التفاوض معه، أي إشتراط عدم دخول الغير طوال مدة المفاوضات .
 - إذا وقع التفاوض ووصل إلى مرحلة تقتضي حتمية توقيع العقد ما بين الطرفين على نحو لا يقبل التراجع أو الشك ومثال ذلك الاتفاق على جميع المسائل والشروط الجوهرية والغير جوهرية للعقد.

4- مبدأ حسن النية والقطع التعسفي للمفاوضات :

تنتهي المفاوضات إما بإبرام العقد النهائي، وإما تنتهي بالفشل ومن دون التوصل إلى تحقيق أي نتيجة، وقد تنتهي بقطعها من قبل أحد الأطراف إذا تبين أن الصفقة تحتوي على مخاطر جسيمة أو أن نتيجتها غير مربحة ولا فائدة من الإستمرار في عملية التفاوض²، فتعتبر النزاعات المتعلقة بقطع المفاوضات من بين أهم القضايا المعروضة أمام القضاء بالمرحلة السابقة على التعاقد، وهو ما أكده القضاء الفرنسي في العديد من قراراته³.

ويظهر الإلتزام بحسن النية بصفة واضحة عند قطع المفاوضات، عندما يمنع على المتفاوض التعسف في إستعمال هذا الحق على نحو يتعارض مع النزاهة التي يجب التحلي بها خلال هذه المرحلة، كما يترتب عن تعسف المتفاوض في قطع المفاوضات قيام مسؤوليته لتعويض الأضرار لمصلحة الطرف الآخر، إلا أن الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية في هذه الحالة ضلت محل نقاش رغم حسم الجدل من طرف إجتهاادات محكمة النقض الفرنسية⁴.

ويعتبر قطع المفاوضات تعسفيا ومخالفا لمبدأ حسن النية في الحالات التالية⁵ :

- قطع المفاوضات دون أي سبب جدي.
- قطع المفاوضات بعد إيهام الطرف الآخر بقرب إبرام العقد.

¹ - محمد حميداني، المرجع السابق ، ص 310، 311.

² - نفس المرجع، ص 311.

³ - بلال عثماني ، المرجع السابق، ص 184.

⁴ - نفس المرجع، ص 185.

⁵ - لتوضيح أكثر أنظر بلال عثماني ، المرجع السابق، ص 186 وما يليها.

- القطع الفجائي للمفاوضات.
- تأثير صفة المتفاوض على تقدير التعسف في قطع المفاوضات.
- غير أنه توجد حالات أخرى لا يعتبر فيها قطع المفاوضات تعسفا مخالف لمبدأ حسن النية وهي¹:
- يجب على القاضي أن يبحث قبل الحكم بالمسؤولية عن مدى وجود سبب أو مبرر مشروع لقطع المفاوضات.
- قطع المفاوضات ولو جاء في مرحلة متقدمة يمكن أن يكون له سبب أو مبرر مشروع.
- لا يمكن تكيف قطع المفاوضات على أنه غير مشروع أو تعسفي، طالما تم إحترام مبدأ حسن النية وخلا من المراوغات التدليسية أو سلوك غير نزيه.

رابعاً- الإلتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد :

يفرض مبدأ حسن النية خلال مرحلة المفاوضات العديد من الإلتزامات المرتبطة به والمتفرعة عنه، والتي تعتبر من مقتضياته، ولقد نص عليها المشرع ضمن القواعد العامة بالقانون المدني والذي يعتبر الشريعة العامة وكذا ضمن العديد من النصوص الخاصة كقانون حماية المستهلك، على الرغم من أن هذه الإلتزامات من خلق القضاء، ويتمثل أهمها في :

1- الإلتزام بالإعلام :

الإلتزام بالإعلام هو إلتزام سابق على التعاقد يرتبط بالإلتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم يجعل منه على علم بكافة تفاصيل التصرف، ويرجع ذلك للعديد من الإعتبارات والمرتبطة إما بطبيعة التصرف أو محله أو صفة أحد أطرافه، أو طبيعة محله أو أي إعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يلم ببيانات معينة.²

والمشرع الجزائري لم ينظم الإلتزام بالإعلام صراحة في القانون المدني، إنما نص عليه ضمناً فهو يستند إلى نظرية عيوب الرضا، فقد إعتبر كتمان واقعة مؤثرة في التعاقد

¹ - يوسف شندي ، المرجع السابق، ص 456.

² - علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة ، الجزائر، 2011، ص 398.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

تدليسا تجيز للمدلس عليه إبطال العقد وهو ما نصت عليه المادة 02/86 ق م ج¹ والتي تنص " ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة ."، وبالتالي يفهم من نص هاته المادة تكريس الإلتزام بالإعلام ضمنيا بمفهوم المخالفة للسكوت العمدي.

وكذا يظهر تكريسه من خلال نص المادة 01/358 ق م ج والتي نصت " ويعتبر العلم كافيا إذا إشتمل العقد بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه "، وهنا تظهر حالة إلزام البائع المشتري بحالة المبيع علما كافيا.

والمشرع الفرنسي إعترف صراحة بوجود إلتزام عام بالإعلام وإستحدثه من خلال تعديل سنة 2016 ضمن نص المادة 1/1112 من القانون المدني الفرنسي المعدل، وهو ما إعتبره بعض الفقهاء تكريسا لما ناد به جانب من الفقه منذ زمن وفرضه القضاء على الأطراف، إلا أنه جاء من أجل زرع الطمأنينة بين مؤيدي الحرية التعاقدية وتحرير العقد من الشكليات.²

ويشترط في الإلتزام بالإعلام العديد من الشروط إلا أن أهمها يتمثل في³ :

- معرفة المعلومات من قبل المدين بالإعلام.
 - الجهل بالمعلومات من قبل الدائن بالإعلام.
 - أن تكون المعلومات ذات أهمية وتأثير على رضا الطرف الآخر.
- ويشير تنفيذ الإلتزام بالإعلام العديد من الإشكالات في ظل غموض النصوص القانونية وتزايد الإجتهدات القضائية، وهو ما أدى بالفقه إلى التركيز في عملية تنفيذه على درجات مختلفة للإلتزام بالإعلام ، تتمثل في الإلتزام بالنصيحة والحرص على النزاهة في تقديمها وكذا الإلتزام بالتحذير⁴، فيعتبر سلوكا إيجابيا عن المدين بالإعلام.

¹ - عبد المجيد قادري، مراد عمراني، (إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد 04، العدد 02، 2019، ص 797.

² -FAGES Bertrand, **droit des obligation** ; 6eme éd, LGDJ-Lextenso éditions , Paris, 2016, p102.

³ - يوسف شندي، المرجع السابق، ص 464.

⁴ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 216 وما يليها.

أما بالنسبة لإنتهاك الإلتزام بالإعلام في التصرفات العقارية فإنه عموماً يترتب عليه إعلان مسؤولية المدين بالإعلام ، وكذا إمكانية الحكم ببطلان العقد إستناداً لنظرية عيوب الرضا لاسيما إستناداً لعيب الغلط أو التغيرير، وهو ما نص على المشرع الفرنسي في المادة 1/1112 على أنه " عدا عن مسؤولية الطرف المخل فإن إنتهاك الإلتزام بالإعلام يمكن أن يؤدي إلى بطلان العقد وفق الشروط الواردة في المواد 1130 وما يليها " ومنه يمكن إيقاع أحد الجزاءين أو كلاهما في حالة الإخلال به.¹

إلا أنه يفترض أن لا يكون سلوك الدائن بالإلتزام سلبياً وإنما يجب أن يقوم بالإستعلام وإلا إعتبر مقصراً.

2- الإلتزام بالإستعلام :

إذا كان إلتزام الإعلام على عاتق المدين فإنه يقع على عاتق الدائن وجوب الإستعلام، فحدود إلتزام الإعلام يقف عندما يبدأ موجب الإستعلام المفروض على كل متعاقد لأن القانون لا يحمي من يهمل مصالحه متى كان راشداً وذا أهلية للتعاقد والإلتزام، فإذا كانت المعرفة مفترضة للمدين بموجب الإعلام، فإنها تفترض عدم توافرها للدائن بهذا الإلتزام، شرط أن يكون عدم المعرفة هذه مبرراً بصورة مشروعة.²

ويرتبط الإلتزام بالإستعلام بمسألة الغلط بإعتبار أن المدين إذا لم يقوم بواجب الإستعلام الذي يفرضه التعاقد الذي عمد إليه وكان متسامحاً بدلاً من الإمتناع عن التعاقد ومنه يعتبر قد إرتكب خطأً جسيماً فلا تقبل دعواه للغلط لأن الإجتهد الفرنسي يشترط أن يكون الغلط مغتوراً.³

ويرتبط بهذا الإلتزام إلتزاماً آخر يتمثل في الإستعلام للإعلام، حيث يصبح المدين ملزم بضرورة إستعلام الدائن للإعلام خاصة عندما يكون مدين له بخبرة وإختصاص بأصول مهنته في هذا المجال الذي لا يمكنه الادعاء بجهله⁴، كحالة التعامل مع مرقى عقاري غي إطار عقد البيع على التصاميم أو عقد حفظ الحق.

¹ - يوسف شندي، المرجع السابق، ص 471.

² - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 67.

³ - نفس المرجع، ص 68.

⁴ - المرجع نفسه، ص 68.

3- الإلتزام بالمحافظة على السرية :

تبرز أهمية هذا الإلتزام في العقود التي تتطلب إلتزام البائع بتزويد المشتري بجميع المعلومات المتعلقة بالمبيع التي تميزه عن غيره، كي يتمكن المشتري من تقدير المنافع التي سيحصل عليها من عملية التعاقد، أو كي يتمكن البائع من تسويق المنتج إلى طرف آخر.¹

ومضمون الإلتزام بالمحافظة على سرية البيانات أو المعلومات هو أن يمتنع المتفاوض عن إفشاء هذه المعلومات السرية أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها، وأن يمتنع أيضا عن إستغلالها لحسابه بدون إذن ورضا صاحبها، ومنه يقصد به إلتزام المتفاوض بإعتبار ما كان قد علمه كأن لم يكن.²

وبالنسبة للتصرفات الإلكترونية فقد نص قانون التجارة الإلكترونية الجزائري³ رقم 05-18 في نص المادة 03/26 منه على " ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات" والمقصود بهذا نظام التشفير الإلكتروني لمنع الغير من الإطلاع على المعلومات والمنظمة بموجب نص المادة 02 / 08، 09 من القانون⁴ 04-15، ومنه يعتبر واجبا عاما في نطاقه ومدته.⁵

4- الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات :

متى بدأت المفاوضات فإنه لا يجوز لأي طرف أن يتراجع، لنشوء علاقة بين الأطراف المتفاوضة ومنه وجوب أن يتم التفاوض بجدية وبحسن نية، وأن لا يقصد من هذه المفاوضات الإشهار والدعاية، فإذا كان المقصود هو مجرد الإستطلاع إعتبر المعني بذلك سيء النية.

¹ - محمود فياض ، المرجع السابق، ص 256.

² - عبد المجيد قادري، مراد عمراني، المرجع السابق، ص 799.

³ - القانون رقم 05-18، المؤرخ في 10/05/2018، والمتضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائرية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 28 بتاريخ 16/05/2018.

⁴ - القانون 04-15، المؤرخ في 01/02/2015، والمتضمن التوقيع والتصديق الإلكتروني ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 06، بتاريخ 10/02/2015.

⁵ - دليلة معزوز، المرجع السابق، ص 294.

الفرع الثاني : تكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة إبرام التصرفات العقارية.

تنتهي مرحلة المفاوضات بمجرد إقتران الإيجاب بالقبول، ومنه تبدأ مرحلة ثانية وهي مرحلة إبرام التصرف العقاري، وبالتالي فإن توافق الإيجاب بالقبول يعتبر الفيصل بين المرحلتين، والذي يؤدي لنشأة أهم ركن من أركان التصرف العقاري بإرادتين ألا وهو التراضي، إضافة إلى المحل والسبب والشكلية.

ومبدأ حسن النية هو سلوك أخلاقي يجب أن يسود مرحلة الإبرام كغيرها من المراحل التي يمر بها التصرف، على اعتبار أن إقصاءه يؤدي إلى إفتقار التصرف لجوانب الأخلاق ومنه إختلال التوازن العقدي أو عدم أخلقة التصرف العقاري.

وعلى الرغم من خلو القوانين المدنية العربية من النص صراحة على هذا المبدأ ضمن مرحلة إبرام التصرف بإستثناء القانون اللبناني الذي نص صراحة في المادة 221 من قانون الموجبات والعقود اللبناني على " إن العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين، ويجب أن تفهم وتفسر وتنفذ وفقا لحسن النية و الإنصاف والعرف"، إلا أن القانون الفرنسي بموجب تعديل سنة 2016 أكد على إرساء هذا المبدأ وإعتبره مبدأ عام لإبرام التصرفات العقدية يشمل مجال تطبيقها، مرحلة التفاوض، والإبرام والتنفيذ والتفسير¹، وهو ما إتبعه أغلب الفقهاء العرب وإستندوا إلى أن مبدأ حسن النية يجب أن يتوافر حين إبرام العقد على أساس أن السكوت عمدا عن واقعة أو ملاحظة يعتبر تدليسا، وكذا إستندوا على أن الأساس القانوني موجود في نص القانون المدني على إلتزام الأمانة والثقة في تفسير العقد، وأن التنفيذ لا يتم بحسن نية إلا إذا كان العقد مبنيا على حسن النية من بدايته.²

والتصرف العقاري يعتبر منعقدا بمجرد تلاقي إرادة الأطراف المتعاقدة، إلا أنه يجب أن يكون وفقا للأشكال التي يتطلبها القانون، كإفراغ العقد في شكل رسمي، تسجيل العقد لدى مفتشية التسجيل والطابع، شهر العقد لدى المحافظة العقارية بالنسبة للتصرفات الناقلة للملكية أو المعدلة أو المنشئة.

¹ - عهود أحمد حسين خليفات، المرجع السابق، ص 585.

² - نفس المرجع، ص 585.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويرتبط حسن النية في إبرام التصرفات العقارية بجميع أصنافها سواء بإرادة منفردة أو بإرادتين أو أكثر ، بخلاف مرحلة الاتفاق والتي تقصر على التصرفات العقارية التي تتطلب توافق إرادتين.

أولا - مبدأ حسن النية وركن التراضي في إبرام التصرفات العقارية:

إن من خصائص الإلتزام القانوني أن يكون كل طرف في العلاقة دائنا ومدينا، ومبدأ حسن النية بوصفه مبدأ عام يفرض على كل أطراف العملية التعاقدية الإلتزام به، فيلتزم كل واحد وهو في فترة الإبرام بهذا المبدأ سواء كان موجبا أو قابلا¹، ويظهر ذلك من خلال العديد من النصوص القانونية أهمها نص المادة 59 ق م ج والتي تنص على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وكذا نص المادة 60 ق م ج والتي تنص على أن " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"، فيظهر أن المشرع ألزم تجنب الغموض في التعبير عن الإرادة حتى وإن كان بإتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته، ومنه فإن المشرع الجزائري كرس تجسيد مبدأ حسن النية ضمنيا خلال مرحلة الإبرام من خلال نص المادتين 59 و 60 من القانون المدني الجزائري إضافة إلى العديد من النصوص القانونية الأخرى والتي تؤكد ذلك .

كما أنه ما يؤكد مبدأ حسن النية نص المادة 68 ق م ج والتي تنص على أنه " إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"، ويبرز حسن النية من خلال هاته المادة على إعتبار أنه ليس من العدالة والإنصاف أن يلتزم الشخص بعقد لا يعلم به مادام أن تطابق

¹ - فريدة لبنان، المرجع السابق، ص 42.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الإيجاب والقبول يكفي لإنعقاد العقد، والنزاهة تقتضي أن لا يفرض عقد على شخص ربما لا يعلم إطلاقاً بصدور الإيجاب.¹

ونص المادة 714 ق م ج يعتبر كتجسيد لمبدأ حسن النية في إبرام التصرفات العقارية والذي ينص على أنه " وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة "، فيلاحظ من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري أجاز للمتصرف إليه طلب إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، ويرجع ذلك إلى أن إرادة كل من الطرفين لم تتجه لنفس المحل، فإرادة الموجب إتجهت إلى إبرام العقد على المحل الذي يكون من نصيبه بعد القسمة، أما القابل فإن إرادته إتجهت نحو المحل الذي تم التعاقد عليه بالذات، وهو ما جعل المشرع الجزائري يعطي إمكانية طلب الإبطال، فيرجع سبب قابلية الإبطال لسوء نية الموجب الذي لم يعلم القابل عن عدم إمتلاكه للعين مفرزة، أي أنه يمكن أن لا تقع العين المتعاقد عليها من نصيبه، على إعتبار أنه لو لم يكن المحل متضمن في إرادة الموجب لكان هناك بطلان مطلق لعدم تطابق الإيجاب والقبول.²

¹ - فريدة لبنان، المرجع السابق ، ص 46.

² - نفس المرجع ، ص 47.

ثانيا - مبدأ حسن النية وعيوب الرضا في إبرام التصرفات العقارية:

تعتبر صحة الرضا شرط من شروط العقد، والعبرة فيه بسلامة رضاء المتعاقد من عيوب الإرادة والمتمثلة في الغلط، التدليس والإكراه، والتي أدخل عليها المشرع تعديلات تتماشى والمتطلبات الجديدة، فقد أدرج حالة جديدة لم يحصل الاتفاق بعد بشأن تكيفها أو تسميتها، فهناك من يقول أنها إستغلال، وهناك من يقول أنها غبن.¹

ونظرية عيوب الإرادة المنصوص عليها في القانون المدني تعكس إعترافا ضمنيا من المشرع على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية عند الإبرام، والذي يبدو من خلال أخذه بالإرادة الباطنة التي هي ضرورة أخلاقية تفرضها العدالة، التي لا تسمح بالأخذ بالإرادة الظاهرة مع أنها لا تعكس الإرادة الحقيقية متى شابها عيب من العيوب.²

ويرى أحد الفقهاء أن عيوب الإرادة المذكورة في الفصل المخصص لصحة العقد تقترب جميعها من مفهوم حسن النية، فالمشرع قصد إدراج هذا المبدأ عند الإنعقاد، وبأن القضاء عندما عاقب سوء نية المتعاقد عند الإنعقاد يكون قد جعل منه شرطا لصحة العقد.³

ولقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني على عيوب الإرادة في القسم الثاني : شروط العقد، المواد من 81 حتى 85 فيما يخص عيب الغلط، المادتين 86 و 87 فيما يتعلق بعيب التدليس، المادة 89 نصت على عيب الإكراه، أما الإستغلال أو الغبن الإستغلالي فنصت عليه المادتين 90 و 91 ، ويلاحظ أن المشرع أعطى للغلط أهمية عن باقي العيوب فقد نص عليه ضمن 05 نصوص قانونية، ويرى بعض الفقهاء أن هذا التوسع يرجع إلى كون أن هذا العيب يرتبط بالتدليس والذي قيل أنه لا يشكل سببا للإبطال إلا لكونه يدفع المتعاقد الآخر إلى الوقوع في غلط.⁴

¹ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 173.

² - فريدة لبنان ، المرجع السابق ، ص 48.

³ - نفس المرجع، ص 48.

⁴ - شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظامين القانونيين المصري والفرنسي، دار الفكر العربي ، القاهرة 2002، ص 106. مقتبس عن لبنان فريدة، المرجع السابق، ص 48.

1- مبدأ حسن النية وعيب الغلط :

إن الغلط وإن شرع لحماية الرضا الواقع فيه أحد أطراف التصرف، فإنه يحمي أيضا المتعاقد الآخر حسن النية، إذا كان غلط الضحية غير معذور، ويتعلق الأمر بإجتهد لإعادة التوازن بين المصالح المشتركة للمتسبب في الغلط ، وهذا ما يشرع ويترجم علاقة التنازع بين سلطان الإرادة ومبدأ حسن النية والذان يحكمان مرحلة إبرام التصرف، وحسن النية لا يسمح بأن يستفيد الشخص من إهماله، ويترتب عن ذلك أنه لا يستحق الحماية إذا لم يكن في مركز ضعف وكان يكفيه بعض الحيطة لتجنب الغلط.¹

ونص المادة 85 ق م ج جاء بتطبيق حي لمبدأ حسن النية في هذا المجال حيث نصت " ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.

ويبقى بالأخص ملزما بالعقد قصد إبرامه إذا أظهر الطرف الآخر إستعداده لتنفيذ هذا العقد " .

ومن خلال نص المادة يظهر أن المشرع ساوى بين حماية ضحية الغلط و الطرف الآخر في التصرف، مع ضرورة مراعاة ما يتطلبه مبدأ حسن النية من مقتضيات لحماية جميع الأطراف، فالنية الحسنة تقتضي تخل المتعاقد الذس وقع في الغلط عن طلب إبطال العقد من جهة، وأن يلتزم بالعقد الذي أراد إبرامه إذا كان المتعاقد الثاني راغبا في تنفيذ هذا العقد من جهة أخرى.²

2- مبدأ حسن النية وعيب التدليس :

يرتبط التدليس بسوء النية وهو ما يرتبط بالحيل التي يستعملها أحد المتعاقدين والتي تعتبر إخلالا بمبدأ حسن النية في الإبرام، حيث نصت المادة 86 ق م ج " يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.

ويعتبر التدليس السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة" ، ومنه فإن إستعمال الوسائل

¹ - فريدة لبنان ، المرجع السابق، ص ص 49، 51.

² - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 186.

التدليسية والحيل يعتبر إخلالا بمبدأ حسن النية في إبرام التصرف، فينظر إلى حسن أو سوء النية بالنسبة إلى الشخص المدلس وما يستعمله من حيل تبعد التصرف عن الجانب الأخلاقي، كما أن المشرع من خلال الفقرة الثانية إعتبر السكوت عمدا عن واقعة معينة تدليسا وربط هذا السكوت بالعلم، لأن تبادل الرضا يجب أن لا يعتريه أي غموض مع ضرورة أن يتسم بالوضوح والشفافية.

والمشرع الجزائري لم يقتصر الحماية على متعاقد دون آخر، بل حرص على أن تشمل الحماية كل أطراف التصرف، وهذا ما أكدته نص المادة 87 ق م ج والتي أكدت على أن التدليس الصادر عن الغير لا يمكن أن يؤدي إلى إبطال العقد، إلا إذا كان المتعاقد سيء النية، ذلك أن حسن النية لا يسمح بإهدار حقوق من لم يرتكب أي خطأ يعاقب عليه، أما إذا كان عالما بالتدليس الواقع من الغير أو كان من المفروض عليه أن يعلم به فإنه يكون مخلا بالالتزام بحسن النية، لأنه في هذه الحالة إما أن يكون متواطئا وهذا يعني أنه مشاركا فيه¹، فإبرام العقد وفقا لما تقتضيه النزاهة التعاقدية وبعيدا عن كل تدليس يعتبر تطبيقا صريحا لمبدأ حسن النية في الإبرام.²

3- مبدأ حسن النية وعيب الإكراه :

إن مبدأ حسن النية بإعتبار أن له دور حمائي، فإنه يفرض عدم ممارسة أي إكراه على رضاء المتعاقد الآخر، ويبطل العقد للإكراه كون رضاء المتعاقد لم يكن حرا إضافة إلى أن هناك خطأ في إنتزاع قرار المتعاقد الآخر، وهذا ما يتنافى ومبدأ حسن النية الذي يقتضي أن تكون إرادة جميع أطراف التصرف حرة.³

والمشرع الجزائري يبطل التصرف إذا تم تحت سلطان رهبة بينة، وهو ما يتوفر في حالة الضرورة، وبناء عليه يرى الأستاذ محمد حسنين أن القانون الجزائري مثله مثل القانون المصري يسمح بإبطال العقد للإكراه في حالة الضرورة ، من منطلق أنه لم يفرق بين إكراه يهيئه شخص وإكراه يتهيأ مصادفة متى كان العاقد الذي إستغل حالة الضرورة سيء النية⁴، وقد ينجم الإكراه أيضا في العديد من الحالات نتيجة لحالة التبعية تجاه المتعاقد

¹ - فريدة لبنان ، المرجع السابق، ص 54.

² - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق ، ص 11.

³ - فريدة لبنان ، المرجع السابق، ص 55.

⁴ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 212.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الآخر، مما يؤدي إلى الإخلال في المراكز القانونية للأطراف، وبالتالي فإن الإرادة تكون معيبة بسبب تعسف الطرف القوي وهي صورة حديثة للإكراه¹، ووفقا لما يقتضيه حسن النية فإنه يجب أن لا يتعسف الطرف القوي في إستغلال الوضعية، لأن التعسف ينجر عنه فائدة مفرطة لفائدة الطرف القوي.²

ووفقا لنص المادة 89 ق م ج والتي تنص " إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا ثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه" ، إذا لم يكن يعلم المتعاقد بهذا الإكراه الصادر من الغير ولم يكن في وسعه العلم به فإنه حسن النية ،ونقتضي العدالة التعاقدية أن تكون الحماية لصالحه.³

4- مبدأ حسن النية وعيب الإستغلال أو الغبن :

إن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو مبدأ يضمن علاقات عادلة بين الأطراف، وهنا يظهر الربط بين مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن العقدي والذي يعتبر أحسن تطبيق لنظرية الإستغلال، على غرار ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 90 ق م ج والتي تهدف من خلالها إلى حماية المتعاقد المغبون من سوء نية الغابن المتجسدة في نية الإضرار، كونها ترفضها الأخلاق وتتنافى ومبدأ حسن النية.⁴

وما يجسد مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن بين إلتزامات الأطراف في إبرام التصرفات العقارية نجد أيضا حالة الغبن المنصوص عليها بموجب المادة 358 ق م ج والتي تنص " إذا بيع عقار بغبن يزيد عن خمس فللبائع الحق في طلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل.

¹ -Cattalano-Cloarec Garance, **la validité du contrat** , AJ contrat , n 6, 16/06/2018, p 259. ART 1143 du code civil francais.

² -Mouly Clémence , PUIG Pascal, Seube Jean –Baptiste , **travaux dirigé de droit des obligation** , 8eme éd, Lexis Nexis , Paris , 2017, p 28.

³ - فريدة لبنان ، المرجع السابق، ص 56.

⁴ - نفس المرجع، ص 56، 57.

- وهذا ما يبرر الرأي القائل بأن مبدأ حسن النية هو أداة في خدمة التوازن العقدي والتي إنتقدها البعض، بحجة أن المبدأ يتعلق بسلوك الأطراف بينما التوازن يتعلق بمحتوى العقد، وأن مبدأ حسن النية لا يمكن أن يشكل أساسا لمبدئي التناسب والتناسق.أنظر لبنان فريدة، المرجع السابق، ص 57.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويجب لتقدير ما إذا كان الغبن يزيد عن الخمس أن يقوم العقار بحسب قيمته وقت البيع".

ومنه فإن مبدأ حسن النية يضمن سلامة رضاء المتعاقد من خلال الدور الحمائي الذي يلعبه في نظرية عيوب الرضاء.

ثالثا - مبدأ حسن النية والنيابة في إبرام التصرفات العقارية:

يقصد بالنيابة " حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع إضافة آثاره إلى شخص الأصيل"¹، ومقتضيات حسن النية في النيابة بإبرام العقود هي نفس المقتضيات التي يجب مراعاتها في التعاقد أصلا، إلا أنه قد يتطلب القانون بعض الحالات الإضافية، ومن بينها ضرورة بيان الشخص لصفته عند التعاقد، فحسن النية يفرض على النائب أن يبين شخصيته للطرف المقابل، ويعلمه بأنه يتعاقد لحساب شخص آخر ونيابة عنه لا سيما في العقود بين الغائبين²، وهو ما يؤكد نص المادة 75 ق م ج. ويسري على إبرام التصرفات العقارية بالنيابة ما يسري عليها في الحالات العادية، فيجب أن تتنفي عيوب الإرادة في إرادة النائب وفقا لما ذكر في العنصر الثاني أعلاه والمتعلق بمبدأ حسن النية وعيوب الإرادة.

ونفس الشيء بالنسبة للتصرفات الإلكترونية ففي هذه الحالة حسن النية يقتضي من المنشئ عند إعداد البرمجة أن يبين للمتعاقدين معه بأن الذي يجيب على طلباتهم وعروضهم وسيط أو وكيل إلكتروني مؤتمن وليس شخصا طبيعيا.³

ومبدأ حسن النية في هذا النوع من التصرفات يرتبط بأثر العلم ببعض الظروف أو عدم العلم بها أو إفتراض العلم بها، وفقا لما نصت عليه المادة 73 ق م ج " إذا تم العقد بطريقة النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الإعتبار عند النظر في عيوب الرضاء، أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة، أو إفتراض العلم بها حتما.

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 144.

² - شير زاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص ص 297، 298.

³ نفس المرجع، ص ص 299، 300.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

غير أنه إذا كان النائب وكيلًا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة من موكله، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو، أو كان من المفروض حتما أن يعلمها.".

كما أنه من مقتضيات حسن النية أيضا وفقا لنص المادة 74 ق م ج أنه في حال نشأ عن العقد حقوقا، فإن تعتبر إلتزامات تضاف إلى الأصل، كما أنه وفقا لنص المادة 76 ق م ج وتطبيقا لمبدأ حسن النية فإن حالة جهل النائب ومن تعاقد معه بإنقضاء النيابة تجعل العقد صحيحا وتجعل أثره يضاف إلى الأصل وخلفائه، كما أن الترخيص بالنيابة والمنصوص عليه في المادة 77 ق م ج يعتبر هو الآخر من مقتضيات حسن النية ضمن مرحلة إبرام التصرفات العقارية.

رابعا - مبدأ حسن النية والشكلية في إبرام التصرفات العقارية:

يقصد بالشكلية في هذه الحالة الشكلية المباشرة التي تكون ركنا رابعا في إبرام التصرف العقاري، وتتصل مباشرة بتكوينه، حيث يترتب على تخلفها إنعدام التصرف¹، فتنص المادة 324 مكرر ق م ج على أنه "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".

والمشرع الجزائري أقر الشكلية تكريسا لحسن النية من أجل بعث الطمأنينة والثقة في المتعاملين ، هاته الأخيرة والمتمثلة في الكتابة الرسمية والشهر والتسجيل، إلا أننا سنتطرق ضمن هذا العنصر للكتابة الرسمية من منطلق أننا سوف نتطرق للشهر والتسجيل ضمن مقتضيات الباب الثاني.

فالشكلية وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه، حيث يلزم الموثق بإرشاد ونصح المتعاقد، ليكون على بينة من أمره، فهي تشجع على

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ، ص 303.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الإلتزام إذ تجنب المتعاقد إحتمال إنكار أو نسيان العقد، كما تمثل أفضل وسيلة لإعلام الغير بالتصرف.¹

كما أن ضمان الموثق لحسن تكوين العقد يعتبر أحد المقتضيات الأساسية لمبدأ حسن النية، فبهدف تحقيق هذا الضمان ألزم المشرع الجزائري الموثق عند تحريره للورقة الرسمية مراعاة مجموعة من الضوابط تتمثل في²:

- التأكد من صحة طلبات المتعاقدين.
- التأكد من هوية الأطراف ورضاهم.
- تقديم نصائح للأطراف المتعاملة.
- شرح الآثار المترتبة على العقد.

كما يقوم الموثق بعد الإنتهاء من عملية التوثيق بحفظ أصول العقد وتسليم الصور لأصحاب الشأن ، كما يمنع على مكاتب التوثيق نقل الأصول والدفاتر والوثائق المتعلقة بها.³

ومنه فإنه تجسيدا لمبدأ حسن النية وعلى الرغم من أن الشكالية قد تعد قيدا على هذا الأخير، إلا أن العديد من العناصر تؤكد مدى الإرتباط الوثيق بينهما، فيعد قانون التوثيق أهم ضمانة قانونية لتحقيق الأمن العقاري قاطعة للإستيلاء الذي يعبر عن سوء النية، فالعقد الرسمي يخلق الثقة لدى المتعاملين في العقارات⁴ وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

¹ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 302.

² - محمد علياتي ، (فعالية نظام التوثيق ودوره في تحقيق إستقرار المعاملات العقارية)، دفاثر البحوث العلمية، المجلد 09، العدد 01، السنة 2021، ص 421.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

⁴ - المرجع نفسه، ص 424.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث: تكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة تنفيذ التصرفات العقارية.

إن لمبدأ حسن النية دورا فعالا في تنفيذ التصرفات العقارية بأنواعها، هاته الأخيرة والتي يسري عليها نص المادة 107¹ ق م ج على الرغم من إرتباطها بالعقد بوجه عام، فنصت المادة في فقرتها الأولى على " أنه يجب تنفيذ العقد وفقا لما إشتمل عليه وبحسن نية".

فيعتبر الإلتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ التصرف أداة للموازنة بين حقوق والتزامات أطرافه، والسعي إلى ضمان فعاليته الاقتصادية، وهاته الغاية قد تتجلى من خلال نظرية الظروف الطارئة بإعتبارها النموذج الأمثل لتكريس الإلتزام بحسن النية بمفهوم التضامن الواجب بين الأطراف.²

ومبدأ حسن النية خلال هاته المرحلة يكشف عن النية الحقيقية والهادفة من وراء التصرف، حيث تزول كل الشكوك والظنون حول الهدف من التعاقد، كما أنه يحدث الإنتقال من حسن النية الذاتي إلى حسن النية الواقعي، إضافة إلى أن هاته المرحلة هامة من خلال إرتباطها بنظامين متناقضين في نظرية العقد، وهي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وفقا لنص المادة 106 ق م ج وتنفيذ العقد وفقا لمقتضيات حسن النية وفقا لنص المادة 107 ق م ج.³

¹ - يقابلها نص المادة 1104 من القانون المدني الفرنسي والتي تؤكد في فقرتها الثانية على أن تنفيذ الإلتزام بحسن نية من النظام العام، وهذا ما لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة.

-ART 1104 C C F« les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.
Cette disposition est d'ordre public »

² - بلال عثمانى ، المرجع السابق ، ص 241.

³ - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 77.

أولاً - مبدأ حسن النية وتنفيذ التصرفات العقارية في الحالات العادية :

مهما كانت أوجه التنفيذ، فإنه محكوم بقاعدة أساسية وهي المنصوص عليها بنص المادة 107 ق م ج ، وهي وجوب إجراء التنفيذ وفقاً لمبادئ حسن النية والإنصاف والعرف، وذلك حتى يكون تنفيذ التصرف قد أوفى كل طرف فيه حقوقه بصورة كاملة وعلى الوجه الذي أراده، كما أن هذه القاعدة تفرض إحترام حقوق الغير حسن النية.¹ وحسن النية في التصرفات العقارية كغيرها من التصرفات قاعدة أخلاقية، يؤدي أعمالها إلى قيام توازن عقدي وتميل التشريعات اليوم إلى تحقيق نوع من العدالة بين المتعاقدين يكون أساساً لهذا المبدأ.²

1- حسن النية وتحقيق التوازن في التصرفات العقارية:

إن مبدأ حسن النية يفرض على أطراف التصرف القانوني التحلي بالصفات الفاضلة، وصولاً إلى غاية كبرى تتمثل في تنفيذه في ظروف تسود فيها قيم الأمن والثقة، ولعل في حسن النية تجسيد لتصرفات قانونية بمكونات أخلاقية ، والقاضي هو من يقوم بتفعيلها فله مجال في التخفيف من مبدأ سلطان الإرادة والذي يؤدي تطبيقه إلى نتائج مفرطة.³

و أعمال مبدأ حسن النية يوفر أساساً ما يمكن أن يستند إليه القاضي لتحديد مضمون العقد على وجه يسمح بحماية الطرف الضعيف، فيجب على كل طرف أن ينفذ الإلتزامات الملقاة عليه وفقاً لمضمون التصرف مع مراعاة حسن النية فلا يجيز القانون للمتعاقد القيام بتنفيذ العقد بطريقة تدل على سوء النية، أو بطريقة يكون فيها متعسفاً في استعمال حقه.⁴

ومنه فإن مبدأ حسن النية يلعب دوراً مهماً في تحقيق توازن التصرف القانوني العقاري بإرادتين أو أكثر، فالنية الحسنة مفترضة لدى كل طرف ما لم يثبت من له مصلحة العكس، كما أن التوازن يجب أن يمس أيضاً حماية الغير حسن النية.

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 564.

² - لخضر حليس، مكانة الإرادة في ظل تطور تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015، ص 69.

³ - نفس المرجع، ص 69.

⁴ - المرجع نفسه ، ص 69.

2- آليات تحقيق حسن النية في تنفيذ التصرفات العقارية في الحالات العادية:

إن لحسن النية آليات لتحقيق العدالة كالنزاهة والتعاون الذي يعتبر أهم عامل لتكريس المبدأ، فنص المادة 01/107 ق م ج أكد على أن مبدأ حسن النية يكرس النزاهة عموماً في تنفيذ العقود لتحقيق العدالة،¹ ومن بين النصوص القانونية والتي تعتبر تفعيل لمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية نجد نص المادة 361 ق م ج والتي تنص " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا "، كما أن البائع كقاعدة عامة يلتزم بالضمان في جميع الأحوال بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته، وبالنسبة للمشتري فإن حسن النية له أثر كبير في تحديد مدى رجوعه بالضمان من عدمه كحالة رجوع المشتري على البائع بسبب وجود أعباء وتكاليف على المبيع أو إستحقاق الغير للمبيع.²

كما أن الإلتزام بالتعاون كآلية من آليات مبدأ حسن النية يساهم في إزدهار العقد، فمن خلاله يتعاون أطراف التصرف ويحاولون التنسيق بين مصالحهم المتبادلة، وقد سمح المبدأ بإدخال العديد من المعايير الأخلاقية³، فيظهر التعاون في عقد بيع عقار مثلا من خلال إعلام البائع المشتري بجميع عيوب المبيع وتقديم النصائح وتسليمه جميع الوثائق الضرورية لإنتقال الملكية.

¹ - عبد الحكيم بن عيسى، (مبدأ حسن النية في العقد)، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والاجتماعية ، المجلد 04، العدد 01، 2021، ص 182.

² - دراجي سعيداني، بن عمارة محمد، (حسن النية وأثره على الحق في الضمان في بعض العقود)، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 05، العدد 02، 2020، ص ص 631، 632.

³ - عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 182.

ثانيا- دور حسن النية في مرحلة تنفيذ التصرفات العقارية:

تظهر وظائف حسن النية في مرحلة التنفيذ من خلال الدور الذي يقوم به القاضي عند التفسير، إذ يستند إلى حسن النية لتحديد المضمون العقدي، إضافة إلى الدور الذي يقوم به أيضا عند تعديل ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين أو لمراقبة سلوك الطرفين والعمل على ردع أي إنحراف عن الإستقامة والوفاء الواجب بينهما في مرحلة التنفيذ.¹

1- إرتباط تفسير التصرف بمبدأ حسن النية :

تنص المادة 2/111 ق م ج على أنه " أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ ، مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات."، يلاحظ من نص المادة أنه على الرغم من عدم إستعمال المشرع لعبارة حسن النية بصفة صريحة إلا أنه إستعمل العديد من الألفاظ المرتبطة بحسن النية كالأمانة والثقة، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أن المشرع يعتبر حسن النية معيار أساسي لتفسير التصرف.²

ومن خلال نص المادة تتعدد مظاهر مبدأ حسن النية في تفسير القاضي، ويعتبر أهمها البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين في حال غموض العبارة دون الوقوف على حرفية العبارات، بالإضافة إلى ضرورة إستعانتها بمبادئ الأمانة والثقة وفقا للعرف الجاري العمل به.

كما أن تفسير التصرف طبقا لحسن النية، يقتضي من القاضي الإلتزام بمعياريين، شخصي يرتبط بوسائل داخلية مثل الأمانة والثقة، وموضوعي يرتبط بوسائل خارجية كالتقانون والعرف والعدالة، إضافة إلى ضرورة توافر العديد من المقننات أهمها:³

- وجوب البحث عن النية الحقيقية، وهي قاعدة تطبق على جميع أنواع العقود.
- التفسير الواسع لصالح المدين حسن النية، وهنا يتجه القاضي لحماية المدين حسن النية وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

¹ - بلال عثمانى ، المرجع السابق، ص 242.

² - نفس المرجع ، ص 243.

³ - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 91 و مايلها.

2- إرتباط تعديل ما تم الاتفاق عليه بمبدأ حسن النية :

إن تعديل العقد هو مراجعة بنوده أو إعادة النظر في بعض عناصره، من خلال حذف شرط أو إضافة آخر، أو تعديل إلتزامات المتعاقدين أو شروط تنفيذها، والتعديل أشد خطورة من النقص ومنه فهو حالة إستثنائية الأمر الذي يتطلب مبررات قانونية، ومنه فإن التعديل يتم بصفة تلقائية بموجب القانون وهذا كل ما دعت إليه المصلحة العامة، كما قد يتم من طرف القاضي وبسعي من أحد المتعاقدين، أو بموجب ترخيص من القانون أو إتفاق الأطراف معا.¹

ويجوز للقاضي التدخل من أجل تعديل إتفاق الطرفين عند تنفيذ التصرف، ونظرا لخطورة التصرف الذي يعيد النظر في مبدأ القوة الملزمة، تم تحديد مجال تدخل القاضي بصفة دقيقة، فبالرجوع إلى النصوص القانونية فإن القاضي يتدخل لتعديل التصرف في حالتين أساسيتين وهما:²

- تعديل العقد نتيجة للتنفيذ الجزئي للإلتزامات، وفقا لنص المادة 02/119 ق م ج " ويجوز للقاضي أن يمنح أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات."، ففي هذه الحالة يتدخل القاضي بتعديل التصرف من أجل تجنب وفسخه وحماية للمدين الذي لم ينفذ العقد على الوجه الصحيح.³

- كما يتدخل القاضي بسبب إختلال في توازن الإلتزامات في مرحلة التنفيذ، على أساس الإلتزام بحسن نية، ومن أجل مراقبة توازن الإلتزامات في حالة تحديد المقابل المالي للخدمة بصفة منفردة.⁴

ومنه فإن تدخل القاضي في التصرف نتيجة التنفيذ الجزئي للإلتزامات أضحى وسيلة معترف بها من أجل محاولة إنفاذ العقد من الزوال، إلا أن هذه السلطة تجد لها حدود عديدة أهمها ضرورة تنفيذ العقد في معظمه، تدخل القاضي لتعديل إلتزامات الطرفين⁵،

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص ص 381، 382.

² - بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 258.

³ - نفس المرجع، ص 258.

⁴ - المرجع نفسه، ص 264.

⁵ - المرجع نفسه، ص 261.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وبالتالي فإن التعديل شرع حماية لجميع أطراف التصرف القانوني وتحقيق للتوازن وفقاً لمقتضيات حسن النية، وتعتبر أهم حالات التعديل الحالة التي يقوم فيها القاضي بإلغاء الشروط التعسفية أو التخفيف من حدتها، إضافة إلى ملائمة الإلتزامات الثانوية للإلتزام الرئيسي.

ثالثاً - مبدأ حسن النية وتنفيذ التصرفات العقارية في الحالات الإستثنائية :

قد يطرأ على إبرام التصرف ظروف خارجة عن إرادة أطرافه تحول دون تنفيذه، إلا إذا تكبد المدين خسارة كبيرة تقلب التوازن الاقتصادي الذي قام عليه العقد¹، كحالة المرقى العقاري الذي يلتزم ببيع شقة على التصاميم ومن ثم بسبب زيادة أسعار مواد البناء يصبح الثمن لا يغطي التكلفة الكاملة للشقة، ومنه قد يتدخل القاضي في هذا المجال.

ومنه يسمح حسن النية في تنفيذ التصرف بمكافأة المدين عن حسن نيته، وبالمقابل يقتضي سوء النية التشدد مع المدين سيء النية.²

1- جزاء الإلتزام بمقتضيات حسن النية في تنفيذ التصرفات في الحالات الإستثنائية

تتمثل هذه الجزاءات في تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إدخال المرونة على الشرط الجزائي أو تخفيفه، وكذلك إعطاء حسن النية نظرة الميسرة.

- تطبيق نظرية الظروف الطارئة :

لقد كرسست نظرية الظروف الطارئة بكل وضوح معاني وأهداف الإلتزام بحسن النية في مرحلة تنفيذ العقد³، ويمكن تعريفها على أنها " إختلال توازن العقد بسبب عوامل لم يكن بوسع المتعاقدين توقع حدوثها عند إبرام العقد"⁴، والظرف الطارئ حالة إستثنائية عامة تطرأ خلال مرحلة تنفيذ العقد وتؤثر على توازنه، حيث تجعل من تنفيذ الإلتزامات مرهقة تتطلب تدخل القاضي لإعادة التوازن.⁵

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 734.

² - هدى بن يوب، المرجع السابق، ص 175.

³ - بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 279.

⁴ - Mouralis Jean Louis, « imprévision », Rep, Civ , septembre 2003, p2.

مقتبس عن بلال عثمانى، المرجع السابق، ص 281.

⁵ - نفس المرجع، ص 281.

ونظرية الظروف الطارئة نص عليها المشرع الجزائري ضمن نص المادة 03/107 ق م ج والتي تنص " غير أنه إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك."، ولقد تم تكريس هذه النظرية من طرف القضاء تطبيقا لنص المادة، والإلتزام بمراجعة العقد حسب ما ورد في القضاء الفرنسي هو من بين الإلتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية بين المتعاقدين في تنفيذ العقود، كما أن إعادة النظر في إلتزامات الأطراف من قبل القاضي يستند إلى عدالة العقد وحسن النية، وبالتالي يمكن تعديل التصرف بسبب الظروف الطارئة لصالح الشخص حسن النية.¹

وفي التصرفات العقارية الإدارية كعقد الصفقة العمومية بإعتباره عقد إداري كرس كل من المشرع والقضاء الحفاظ على التوازن المالي للعقد والذي يستند في جوهره إلى مبدأ الإستمرارية وذلك بإعمال نظرية الظروف الطارئة، بتدخل الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لسد و منع أي إختلال في التوازن المالي للعقد من خلال تحمل كل أو جزء من الأعباء المالية الإضافية نظير ما تتمتع به من حقوق وسلطات.²

- إدخال المرونة على الشرط الجزائي وتخفيفه:

إن الشرط الجزائي هو الاتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له، عن الضرر الذي يلحق به إذا لم ينفذ الآخر ما إلتزم به أو تأخر في تنفيذه،³ الأصل أن القاضي هو الذي يحدد طبيعة قيمة التعويض عن الأضرار اللاحقة بالأطراف، إلا أنه يمكن للمتعاقدين أن يتفقا مقدما على مقدار التعويض المستحق للدائن

¹ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 177.

² - محمد الصغير بعلي، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار، عنابة، 2004، ص ص 232، 233.

³ - العربي بلحاج ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا ، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 221.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وذلك في حال تأخر وعدم تنفيذ المدين لإلتزاماته، وسلطة القاضي في تعديله تعتبر خروجاً عن المبدأ العام وهو القوة الملزمة للعقد.¹

ونص المادة 184 ق م ج منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي في حدود ما جاءت به المادتين 02/184 و 185 ق م ج، ولقد ربط بين الشرط الجزائي والضرر الذي أصاب الدائن وللمدين أن يثبت عدم وقوع الضرر للتخلص من الشرط الجزائي و تخفيضه، والغاية من ذلك حماية المدين حسن النية²، فالهدف الأساسي يتمثل في تحقيق العدالة والتوازن بين التعويض والضرر اللاحق هذا من جهة، ومن جهة أخرى أن معظم التشريعات قد فرضت الرقابة القضائية على الشرط الجزائي كون هذا الأخير يعتبر تطبيقاً من تطبيقات سلطان الإرادة وأصبح يستعمل كوسيلة للإستغلال وهذا ما أدى في كثير من الأحيان إلى الإضرار بالمدين حسن النية.³

- حسن النية ونظرة الميسرة⁴:

لقد نص المشرع الجزائري على أحكام نظرة الميسرة أساساً في المادة 281 ق م ج ، وهي تطبق بصرف النظر عن محل الإلتزام أو مصدره، فتمنح للإلتزامات الإرادية والغير الإرادية، غير أن مجال تطبيقها يظهر أكثر بروزاً في العقد الذي تم تعديله أثناء تنفيذه⁵، حيث تنص المادة 02/281 على أنه " غير أنه يجوز للقضاء نظراً لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالاً ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه مدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها."، ومنه متى رأى القاضي

¹ - عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 183.

² - نفس المرجع، ص 184.

- المشرع الفرنسي بموجب تعديل سنة 2016 بموجب نص المادة 5/1231 ق م ف منح القاضي سلطة إعادة النظر في الشرط الجزائي إما بتخفيضه في حالة الإفراط، أو الزيادة في حال ما إذا كان نافها ولا يعود على الدائن بمنفعة.

³ - العيد بورنان ، (الرقابة القضائية على الشرط الجزائي)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، المجلد 02 ، العدد 01، ص 77.

⁴ - لم يعرف المشرع الجزائري نظرية الميسرة ونص عليها ضمناً ضمن نص المادتين 02/119 و 02/281 ق م ج، وهي مقررة في الشريعة الإسلامية لقوله تعالى في سورة البقرة الآية 280 " وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون "، وقوله صلى الله عليه وسلم " من يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة "، ومنه فإن الشريعة الإسلامية كانت السبابة في ذلك.

⁵ - نورية طرطاق ، (سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة)، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والاقتصادية، تامنغست، المجلد 03، العدد 01، ص 124.

أن المدين حسن النية وأن عدم تنفيذه لإلتزامه يعود لظروف خارجة عن إرادته، أن أن ما لم ينفذه يعتبر قليل الأهمية بالنسبة للإلتزام الكلي، أو أن الدائن لم يصبه ضرر كبير نتيجة هذا التأخر، فإن القاضي يرفض الحكم بفسخ العقد ويمنح المدين نظرة الميسرة، إلا أنه يجب على المدين أن يلتزم بالمدة المحددة لذلك.¹

كما تطبق في حالة وقوع ظرف طارئ، فللقاضي أن يقوم بوقف تنفيذ إلتزام المدين حسن النية في حال ما إذا كان الظرف الطارئ مؤقت ولم يكن وفي وقن التنفيذ ضرر جسيم للدائن فيكون ذلك نوع من نظرة الميسرة التي نص عليها المشرع.²

2- جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية في تنفيذ التصرفات :

ويقصد به جزاء الإخلال بمقتضيات حسن النية التنفيذي، ومنه فسوء النية يببر المسؤولية العقدية للمدين أو فسخ العقد ، كما أن هناك جزاءات أخرى تتمثل في :³

- رد الثمار من طرف الحائز سيء النية، والذي كان يعلم بالعيوب التي كانت في التصرف ومنه يلزم برد الثمار لسوء نيته.

- عدم إمكانية المطالبة بالحقوق الناشئة عن التصرف

- إبطال العقد لسوء النية في تعيين الثمن.

- إبطال تأثير الشروط الفاسخة إذا كان الدائن سيء النية.

- جزاءات مدنية خاصة بسوء النية والمتمثلة في الغش والخطأ الجسيم، وتتمثل في التعويض عن الأضرار المباشرة والغير متوقعة، إمتناع إمهال المدين في حالة إرتكاب الغش أو الخطأ الجسيم، كون نظرة الميسرة تمنح للمدين حسن النية، بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم، عدم جواز التأمين عن المسؤولية الناتجة عن غش المؤمن له، جواز المطالبة بالتعويض الاتفاقي وفقا لنص المادة 185 ق م ج، و جواز المطالبة بتعويض تكميلي وفقا لنص المادة 454 ق م ج إضافة لجزاء أخرى.⁴

¹ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 178.

² - عبد الحكيم بن عيسى، المرجع السابق، ص 184.

³ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 179.

⁴ نفس المرجع، ص 182 ومايلها.

الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- جزاءات مقررة لمخالفة أحكام الضمان، والمتمثلة في مخالفة الإلتزام في ضمان عدم التعرض والإستحقاق وضمان العيوب الحفية خاصة في عقود البيع والإيجار¹، وهذا ما ستطرق إليه ضمن متطلبات الفصل الثاني من الباب الثاني.

¹ - هدى بن يوب، المرجع السابق، ص 185.

الباب الثاني

الحماية القانونية والقضائية

لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الباب الثاني الحماية القانونية والقضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

قد يظهر لنا أن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يعتبر مبدأ يتعارض وما تمتاز به هاته الأخيرة من إجراءات شكلية تتمثل في الكتابة الرسمية التوثيقية، الشهر العقاري، والتسجيل بمفثشية التسجيل والطابع، إلا أن حسن النية كما تطرقنا بالبواب الأول يعتبر مبدأ قانوني أخلاقي لا غنى عنه في مجال التصرفات العقارية على إختلاف أنواعها، فهو يحتل مكانة هامة جدا نظرا للإعتبارات الاقتصادية والإجتماعية المختلفة التي يقوم عليها، والتي بدورها تؤدي إلى إستقرار التصرفات العقارية عن طريق تحقيق الأمن القانوني العقاري، وما ينتج عنه من تشجيع لتحقيق التنمية الاقتصادية للدولة.

ومنه فإن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يحتاج إلى الوقاية والحفظ والصيانة من جميع التصرفات التي قد تتعارض و مقتضياته في هذا المجال، وذلك لا ينجم إلا عن طريق فرض آليات حماية خاصة، هاته الأخيرة والتي قد تكون عبارة عن حماية قانونية أو حماية قضائية.

وتهدف الحماية القانونية إلى حماية حقوق جميع أطراف التصرف العقاري وكذا الغير من جميع الإنتهاكات التي تتعارض وحسن النية، بالإضافة أيضا إلى حماية حقوق الدولة من الغش والتهرب من دفع مستحقات الرسوم الواجبة إلى خزينة الدولة والتي تعتبر من النظام العام وتهدف لتشجيع الإستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية، وتتمثل هاته الآليات في عملية الشهر العقاري التي تعتبر من الضمانات الأساسية لحفظ وحماية حقوق كل من له علاقة بالعقار أو الحق العيني، إضافة إلى دعمها للإئتمان في التصرفات العقارية، أما الآلية الثانية فتتمثل في تسجيل التصرفات العقارية والذي يكتسي أهمية بإعتباره من مراحل إنتقال الملكية العقارية على الرغم من وجوبه في جميع التصرفات الواقعة على عقار سواء تعلق الأمر بنقل الملكية العقارية بعوض أو عن طريق الوفاة، و عمليات القسمة، التبادل....إلخ، وهو يهدف إلى أيضا إلى تحقيق الاستقرار العقاري في إمكانية الإحتجاج بالعقود المسجلة إضافة إلى دوره في تحقيق حقوق الدولة.

أما الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية فتتمثل في ذلك الحق القانوني المكفول لكل من تضرر من ذلك التصرف القانوني العقاري، سواء المتصرف، الغير وكذا الدولة، وكل من له علاقة من قريب أو من بعيد بذلك التعامل العقاري والذي يتعارض وحسن النية، وتتم عن طريق إقامة دعوى قضائية أمام محكمة موطن العقار،

الباب الثاني الحماية القانونية والقضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وقد تأخذ أحد صور الدعاوى المتمثلة في دعوى التعويض، دعوى الإستحقاق، دعوى الفسخ أو دعوى البطلان.

ومنه سنتطرق من خلال هذا الباب إلى الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية ضمن الفصل الأول، والذي سنتطرق من خلاله إلى :

المبحث الأول : علانية التصرفات العقارية كآلية قانونية لحماية مبدأ حسن النية

المبحث الثاني : الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية.

لنتطرق في الفصل الثاني للحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية،

والذي قمنا بتقسيمه هو الآخر لمبحثين وفق الآتي:

المبحث الأول : طلب التعويض والضمان كآلية لتجسيد مبدأ حسن النية وتحقيق

التوازن في التصرفات العقارية.

المبحث الثاني : إمكانية فسخ التصرف العقاري وبطلانه لإنتفاء مبدأ حسن النية .

الباب الثاني

الفصل الأول

الحماية القانونية لمبدأ

حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الأول : الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إن موضوع الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يرتبط عموماً بطبيعة الحماية وخصوصيتها، والتي تقتضي البحث عن قواعد قانونية تهدف لصون حقوق أطراف التصرف العقاري، الغير وكذا حقوق الخزينة العمومية لإرتباطها بالنظام العام والعدالة.

والحماية القانونية عموماً هي عبارة عن صفة قانونية تثبت للتصرف العقاري بعد وجوده وتعتبر عنصراً من عناصره، وبمقتضى هاته الصفة يتمكن صاحب التصرف من حماية تصرفه بموجب العديد من النصوص القانونية والتي تهدف لذلك.

ومبدأ حسن النية بإعتباره من المبادئ المكرسة في التصرفات العقارية، فإن المشرع كفل حمايته بواسطة مجموعة من الآليات والتي فرضت لتجسيده على أرض الواقع، وأهمها علانية التصرفات العقارية والتي لا تتحقق إلا بعد القيام بعملية التسجيل لدى مفتشية التسجيل والطابع، وكذا عملية الشهر العقاري لتصبح التصرفات علنية ويستطيع التصرف الإحتجاج بها في مواجهة الكافة.

ومبدأ حسن النية كما يهدف لحماية أطراف التصرف العقاري من أي غش أو خداع، فهو يهدف أيضاً لحماية الغير شرط توافر حسن النية في هذا الأخير، والغير في المجال العقاري يختلف عن الغير وفقاً للقواعد العامة، فالغير في التصرفات العقارية هو الذي لا يكون طرفاً في التصرف إلا أن هذا الأخير قد يكون نافعا له أو مضرًا مما يستطيع التدخل وفقاً لمصلحته الخاصة، وقد منحه المشرع حماية قانونية خاصة كحماية الحائز للعقار حسن النية، حماية الغير حسن النية المكتسب حق عيني على أموال التركة المدينة، حماية الغير الذي إكتسب حقاً على مال مرهون، إضافة إلى العديد من مظاهر الحماية إضافة إلى العديد من الإلتزامات الملقاة على عاتقه.

وبناء على ذلك تم تقسيم هذا الفصل لمبحثين وفق الآتي :

المبحث الأول : علانية التصرفات العقارية كآلية قانونية لحماية مبدأ حسن النية

نتطرق من خلال هذا المبحث لتسجيل التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية ضمن متطلبات المطلب الأول، لنتطرق في المطلب الثاني لشهر التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الثاني : الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية

وسنتطرق من خلال هذا المبحث لمفهوم الغير حسن النية في التصرفات العقارية في المطلب الأول، لنتطرق في المطلب الثاني لمظاهر حماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية.

المبحث الأول : علانية التصرفات العقارية كآلية قانونية لحماية مبدأ حسن

النية

تعتبر التصرفات العقارية أهم التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد وكذا الدولة، نظرا للمكانة الهامة التي يحتلها العقار في المجتمع، مما جعل الدولة تسعى لتنظيم هاته التصرفات الواردة عليه من أجل تكريس إستقرار المعاملات العقارية وتحقيق الإلتزام العقاري وكذا إنعاش إقتصاد الدولة عن طريق الرسوم التي تدفع نتيجة لهاته التصرفات، وكل هذا لا يتحقق إلا عن طريق تجسيد وتكريس مبدأ حسن النية في هذه التصرفات، والذي لا يتحقق دون وجود نصوص قانونية تهدف لذلك، على الرغم من أنها قد تعتبر قيديا شكليا على هذا المبدأ.

وعلانية التصرفات العقارية تعتبر أهم ضمانة لذلك، فهي تهدف لتجسيد حماية هاته التصرفات العقارية من جميع أنواع التعرض و الإعتداءات، وهاته العلانية لا تتحقق إلا بعد أن يتم تسجيل التصرف العقاري وشهره بالمحافظة العقارية، فتنص المادة 793 ق م ج " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار".

فيعتبر التسجيل هو المرحلة الأولية لشهر التصرفات العقارية فهو يلي مرحلة الكتابة الرسمية للعقد لدى الموثق ويسبق مرحلة الشهر لدى المحافظة العقارية، وعملية التسجيل نظمها الأمر 76-105 المؤرخ في 09/12/1976 والمتضمن قانون التسجيل¹.

ويليه عملية الشهر العقاري، هاته الأخيرة التي نظمها الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري².

¹ - الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 81 لسنة 1976.

² - الأمر رقم 75-74، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، منشور بالجريدة الرسمية عدد 92 لسنة 1975.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومراسيمه التطبيقية المنظمة له، المرسوم التنفيذي¹ رقم 76-62، والمرسوم التنفيذي² رقم 76-63.

ولقد أقر المشرع عمليتي التسجيل والشهر نظرا للعديد من الإعتبارات المرتبطة بالعدالة في التصرفات العقارية وكذا مقتضيات النظام العام، والمتمثلة في تحقيق الاستقرار القانوني العقاري و حماية أطراف التصرف العقاري والغير، إلا أنه وعلى الرغم من أنهما قد يعتبران قيذا على مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية كونهما يعتبران شكلية غير مباشرة على هذا النوع من التصرفات فهو تحول من الحرية العقدية المطلقة إلى التقييد، إلا أنهما يرتبطان بمقتضياته إرتباطا وثيقا، ويجسدان حماية فعلية قانونية لهذا الأخير، عن طريق العديد من الشكليات والمظاهر وكذا الأهداف، وبناء على ذلك تم تقسيم المبحث إلى :

- تسجيل التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية (المطلب الأول).
- شهر التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية (المطلب الثاني).

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 76-62، المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بمسح الأراضي المعدل و المتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 30 لسنة 1976 .

² - المرسوم التنفيذي رقم 76-63، المؤرخ في 25 مارس 1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 30 لسنة 1976 .

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الأول : تسجيل التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية.

لقد فرض المشرع الجزائري على التصرفات القانونية الواقعة على العقارات نظرا لمكانة العقار نفسه وحفاظا على المراكز القانونية وتقديرا للإئتمان، زيادة على الأركان العامة في كل العقود ركن الشكلية، كما أوجب تسجيل هذه العقود لدى مصلحة التسجيل والطابع.¹

والتسجيل يقع على جميع التصرفات العقارية سواء تعلق الأمر بنقل الملكية العقارية بعوض أو عن طريق الوفاة وكذا عمليات القسمة والتبادل²، وهو إجراء ذا طبيعة إلزامية، فهي تضيف نوعا من الحصانة للعقد الرسمي فضلا على أنها تحقق مصلحة للمصلحتين، مصلحة عامة للدولة والمجتمع إلى جانب تحقيق المصلحة الخاصة للمتعاقدين³.

كما تخضع لإجراءات التسجيل طبقا للأمر 76-105 الأحكام والقرارات القضائية، وعقود الموثقين، والعقود الناقلة للملكية العقارية، وعقود الشركات، وكذلك بعض العقود العرفية، ويترتب على إغفاله بطلان التصرف القانوني⁴.

والتسجيل يرتبط بمبدأ حسن النية كونه يهدف لتحقيق العدالة الاجتماعية والحفاظ على حقوق أطراف التصرف بجعل هذا الأخير علانيا لحمايته من جميع حالات الغش والتحايل، كما أنه يتعارض وسوء النية في حالة التصريحات الجرفية التي تتعارض و القيمة الحقيقية للعقار، ولتوضيح مدى إرتباط مبدأ حسن النية والتسجيل بإعتبار هذا الأخير حماية قانونية، تم تقسيم هذا المطلب إلى :

- مفهوم التسجيل كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الأول).
- إرتباط دور التسجيل بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الثاني).
- تنفيذ تسجيل التصرفات العقارية وحالات حسن أو سوء النية (الفرع الثالث).

¹ - صم بوعافية محمد، (تسجيل التصرفات العقارية في التشريع الجزائري)، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 06، العدد 02، 2018، ص 89.

² - نفس المرجع ، ص 88.

³ - مقني بن عمار، (القواعد المتعلقة بتسجيل التصرفات العقارية في ضوء القانون الجزائري)، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 03، العدد 01، (دون ذكر سنة النشر)، ص 16.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 325، 326.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : مفهوم التسجيل كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

إن تسجيل التصرفات العقارية يعتبر شكلية غير مباشرة، تنجز من طرف الموظف العمومي المكلف بالتسجيل، وتطبق على العقود وكذا التحويلات الغير ناتجة عن العقد، مما يسمح بالحصول على رسم التسجيل والذي وفقا لنص المادة 02 من قانون التسجيل قد يكون ثابتا أو نسبيا أو تصاعديا، وذلك وفقا لطبيعة التصرف العقاري، والتسجيل يختلف مفهومه عن مفهوم العديد من المصطلحات المشابهة له.

أولا - تعريف تسجيل التصرفات العقارية وفقا لمبدأ حسن النية :

إن المشرع الجزائري وإن كان قد خص التسجيل بقانون خاص، وضمنه مختلف المسائل القانونية الخاصة بالملكية العقارية، إلا أنه لم يعرف التسجيل كإجراء عام أو خاص، وهذا في الحقيقة لا يعد عيبا أو قصورا، لأن مسألة تعريف المصطلحات القانونية هي من إختصاص الفقهاء¹.

يعتبر التسجيل إجراء قانوني يفرضه القانون على كل التصرفات الرسمية، لا سيما الواردة على العقارات والحقوق العينية العقارية، كما يفرض التسجيل على العقود والإتفاقات الرسمية ، وتستوفى بموجبه ضريبة تسمى رسم التسجيل والذي يعتبر مبلغ مالي يدفع لصالح الخزينة العمومية²، فهو إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الإجراءات والتصريحات في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة.³

ويمكن تعريفه على أنه " عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل".⁴

¹ - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 90.

² - مقني بن عمار، المرجع السابق، ص 17.

³ - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 90.

⁴ - آسيا دوة ، خالد رمول ، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، دار هومة ، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2011، ص 19.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وحق التسجيل هو ذلك الحق الذي يفرض على كل العقود التي تخضع لإجراءات التسجيل، وتشمل العقود الرسمية الصادرة عن الموثق، العقود القضائية المحررة عن كاتب الضبط، العقود المحررة من طرف محافظ البيع بالمزاد العلني، العقود المحررة من طرف مصالح أملاك الدولة، العقود المحررة من طرف الأمناء العاملون للبلديات والولايات، والعقود المحررة من طرف المحضر القضائي لتبليغ الأحكام.¹

كما أن التسجيل هو " إجراء يقوم به موظف عمومي طبقا لإجراءات مختلفة تهدف إلى تحليل التصرف القانوني وإظهاره في دفاتر مختلفة وحسب هذه التحاليل يمكن تحصيل الضريبة."²

كما يمكن تعريفه على أنه " إجراء يتمثل في تدوين عقد في سجل رسمي يمسكه موظفوا التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا".³

وتسجيل العقارات هو " ذلك الإجراء الذي يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات أو التصرفات القانونية الواردة على العقار، حيث يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل، وهو إجراء ملزم وفي حالته مخالفته يخضع المكلف بحقوق التسجيل لغرامة جبائية".⁴

و التسجيل كمقتضى من مقتضيات مبدأ حسن النية أو كحماية قانونية مقررة لهذا المبدأ يمكن تعريفه على أنه ذلك الإجراء القانوني الإداري الذي يقع على التصرفات العقارية، ويقوم به موظف عمومي (مفتش التسجيل) بإدارة الضرائب (مفتشية التسجيل والطابع)، ويهدف لحماية التصرف القانوني وإعلانه، إضافة إلى حماية حقوق الخزينة العامة عن طريق رسم التسجيل أو الإشهار الذي يودع في هذا الإطار، فإذا قام به المتصرف يعتبر حسن النية.

أو أنه إجراء إداري جبيري، مفروض على التصرفات العقارية، ويؤدي إلى إستقاء حقوق التسجيل التي تنجم عن التصرفات القانونية العقارية التالية:

¹ - عتيقة بن طاطة ، النظام الضريبي في كل سوريا والجزائر، مذكرة ماجستير تخصص إقتصاد، كلية الإقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2008/2009، ص 40.

² - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 19.

³ نفس المرجع ، ص 19.

⁴ المرجع نفسه، ص 22.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- **نقل الملكيات بعوض** : وهي تلك العمليات المنجزة عن طريق تقديم مقابل الملكية للمالك من طرف المالك الجديد، ويمكن أن تكون التحويلات موضوع نقل الملكية كلياً كعقد بيع العقارات والتي تتعلق خصوصاً بالملكية المبنية أو الغير المبنية (بنايات أو أراضي)¹، كما قد تكون متعلقة بتحويلات الإنتفاع (الإيجار، التنازل وإلغاء الإيجار، الإيجارات الثانوية والتنازل عن حق الإيجار) أو ملكية الرقبة، إضافة إلى التمتع بالحيازة.²

- **نقل الملكية مجاناً** : وهي تلك العمليات المرتبطة بنقل الملكية عن طريق الوفاة، الهبات العادية، والتحويلات بدون عوض متعاقبة.³

- **عمليات القسمة العادية والمحضة**، وكذا القسمة بفرض أو بفائض القيمة.⁴

- **عمليات التبادل** : عقار مقابل عقار، عقار مقابل منقول.

- **عقود إنشاء الشركات**، وكذا حل وقسمة الشركات.

وينجم عن التسجيل رسم التسجيل الذي يفرض على مختلف المعاملات العقارية بين أطراف التصرف، إثر العمليات المختلفة المذكورة أعلاه، والتي تحرر بموجب عقد رسمي محرر من طرف الموثق وهو المؤهل قانوناً بذلك، ويفترض أن يكون العقد أو التصرف العقاري مبرماً وفقاً لمبدأ حسن النية، والذي يعتبر من أساسيات التصرف العقاري، هذا الأخير الذي يتم إيداعه للتسجيل تكريساً لحسن نية المتصرف، وبعد أن يتم تسجيله يعتبر هذا الأخير حماية لمبدأ حسن النية.

فالمعيار القانوني لمبدأ حسن النية كما تطرقنا له ضمن مقتضيات الباب الأول ، هو ذلك المعيار الذي يعتمد على قواعد تشريعية خاصة مفروضة يتعين على جميع أطراف التصرف القانوني مراعاتها، فإذا تم تنفيذها وفقاً لهذا الأساس تجسد حسن النية وإذا لم

¹ - إن عقد بيع العقار يخضع لإجراء مزدوج، يتمثل في التسجيل بمفتشية التسجيل وإشهار البيع لدى المحافظة، والإشهار العقاري يسمح بتحصيل رسم يسمى رسم الإشهار بنسبة 01 % وفقاً لنص المادة 353-1 قانون التسجيل، والعقود الموثقة التي لا يترتب عليها تدفق مالي نقدي ليست معنية بهذه الأحكام. (أنظر الدليل الجبائي للتسجيل لسنة 2017، ص 10).

² - وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، مديرية العلاقات العمومية، الدليل الجبائي للتسجيل لسنة 2017، ص 09، 02.

³ - الدليل الجبائي للتسجيل، المرجع السابق ، ص 02.

⁴ - نفس المرجع، ص 03.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

تتخذ تجسد سوء النية، والتسجيل يرتبط بمبدأ حسن النية وفقا لهذا المنطلق، فعلى المتصرف القيام بعملية التسجيل تكريسا منه لمبدأ حسن النية، إضافة إلى أنه يعد حماية قانونية أيضا لهذا المبدأ عن طريق إمكانية الإحتجاج بالتصرف، تحقيق الأمن العقاري، تحقيق العدالة، وتجسيد لقاعدة قانونية ترتبط بالنظام العام.

ثانيا - خصائص تسجيل التصرفات العقارية والمرتبطة بالحماية القانونية لحسن النية :
إن تسجيل التصرفات العقارية يمتاز بالعديد من الخصائص، منها ما يرتبط بمبدأ حسن النية والتمثلة في :

- يعتبر التسجيل عنصرا مجسدا لحسن نية أطراف التصرف، بمجرد قيام الأطراف بإجراءات تسجيل التصرف العقاري.

- يعتبر التسجيل إجراء إداري، يتم على مستوى مفتشية التسجيل التابعة للمديرية الولائية للضرائب .

- إجراء يقوم به موظف عمومي، ومنه فإن عملية التسجيل وفقا لنص المادة 180 من قانون التسجيل، لا يجوز لأي موظف آخر ليست له صفة مفتش التسجيل القيام بها ، ويقع في هذه الحالة التسجيل تحت طائلة البطلان¹، وهذا البطلان يعتبر تطبيقا ضمنا لمبدأ حسن النية.

- يعتبر التسجيل إجراء بمقابل، فمفتش التسجيل بمفتشية التسجيل والطابع يقطع الحقوق في شكل نقدي، وهذا تجسيدا لمبدأ العدالة القانونية والمساهمة في تغطية الأعباء العامة للدولة².

والعدالة الضريبية يقصد بها أن يكون خضوع الممولين للضريبة قائما على أساس عادل يراعي القدرة التكليفية لكل منهم³.

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 20.

² - نفس المرجع، ص 20.

³ - محمد عماد عبد الوهاب السنباطي، الإصلاح الضريبي مع التطبيق على الإدارة الضريبية ، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى ، الإسكندرية 2014، ص 199.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ولقد إتجه أغلب فقهاء المالية إلى تحديد مفهوم العدالة الجبائية¹ على مبدأي أساسيين وهما الإنتفاع والقدرة على الدفع.²

ومبدأ الإنتفاع وتكريسا لمبدأ حسن النية هو ذلك المبدأ الذي يقتضي أن الأفراد المنتفعين من التصرفات العقارية هم المسؤولون عن دفع تكاليف التسجيل. ومبدأ القدرة على الدفع هو الآخر يرتبط بمبدأ حسن النية من منطلق عدم تحميل الأفراد ضرائب ورسوم تفوق قدرتهم على الدفع.

- يعتبر التسجيل إجراء ذو طابع إجباري ونهائي، فهو يهدف إلى إجبار المكلف بحقوق التسجيل لأدائها بطرق إدارية، وفي حالة التخلف عن هذا الإجراء يتعرض المكلف سيء النية لعقوبات جبائية بهدف إلزامه بدفعها.³

- يمتاز التسجيل وتطبيقا لمبدأ حسن النية وفقا لنص المادة 6 من قانون التسجيل بعدم تعدد الرسوم فتتص المادة على أنه " عندما يتضمن عقد تدبيرين يختلفان في التعريفة ولكن، نظرا لإرتباطهما، ليس من طبيعتهما أن يترتب عنهما الحق في تعدد الرسوم، فإن التدبير الذي يكون أساسا لتحصيل الرسم هو التدبير الذي يتضمن التعريفة القصوى".

- تجسيدا لمبدأ حسن النية ووفقا لنص المادة 91 من قانون التسجيل توزع الرسوم بالتضامن بين أطراف العقد توزيع عادل ومنصف، فتتص المادة على أنه " يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الإنتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون، بالتضامن مع أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل ومنصف.

غير أنه عندما يستفيد أحد طرفي العقد ، المشتري أو البائع من إعفاء بموجب حكم هذا القانون لا يتحمل إلا نصف حق الملكية الذي يتحمله الطرف الآخر".

¹ - وفقا لنص المادة 64 من الدستور على أن كل المواطنين متساوون في الضريبة، ويجب على كل واحد أن يشارك في تمويل التكاليف العمومية، حسب قدرته الضريبية.

- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 76 بتاريخ 1996/12/08، المعدل بموجب القانون 02-03 المؤرخ في 2002/04/10، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 25 بتاريخ 2002/04/14، وكذا القانون 08-19 المؤرخ في 2008/11/15، منشور بالجريدة الرسمية عدد 63 بتاريخ 2008/11/16، والمعدل بموجب الإستفتاء الدستوري بتاريخ 2020/11/01.

² - عبد الله الصعدي، دور الضرائب في تحقيق التنمية، دار النهضة العربية، 2006، ص 123.

³ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 21.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- تسجيل التصرفات العقارية تتعدد أهدافه، كما تتعدد نسبه من تصرف عقاري لآخر، وفقا لطبيعة وأهمية التصرف.

- يعتبر التسجيل حماية قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، وتعتبر هاته الحماية أهم خاصية من خصائص التسجيل في التصرفات العقارية .

ثالثا- تمييز تسجيل التصرفات العقارية عن الأنظمة المشابهة له:

إن تسجيل التصرفات العقارية يعتبر إجراء يتم من طرف مفتش التسجيل، حيث يقوم هذا الأخير بتسجيل جميع التصرفات التي أخضعها القانون لإجراء التسجيل، أو التي أراد أصحابها إعطائها تاريخا ثابتا¹، ومنه و بناء على ذلك سيتم تمييز التسجيل عن غيره من المفاهيم القانونية المشابهة له، لوجود تداخل وترابط بينها قد يؤدي إلى الخلط بين المفاهيم.

1- تمييز التسجيل عن الشهر العقاري:

الشهر العقاري يعتبر أيضا إجراء إداري يهدف لعلانية التصرفات العقارية، فهو مجموعة الإجراءات القانونية التي يتخذها ويبشرها موظف عام يدعى المحافظ العقاري، والغاية من هذا الإجراء إعلام الجمهور بمجمل التصرفات القانونية الواقعة على العقارات.²

ويختلف التسجيل عن الشهر العقاري، كون التسجيل يتم لدى مفتشية التسجيل، أما الشهر العقاري فيتم لدى المحافظة العقارية، والشخص الملّف بعملية التسجيل هو مفتش التسجيل، أما الملّف بعملية الشهر فهو المحافظ العقاري.³

والتسجيل لا يعطي صفة الرسمية للعقود العرفية إنما يمنحها تاريخا ثابتا فحسب، كما أنه لا يعتبر إشهارا للحق الذي يحمله السند بالمحافظة العقارية، والتسجيل نظمته قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر 76-105 أما الشهر العقاري نظمته الأمر 75-74 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، والشهر العقاري يعتبر الأساس القانوني للنظام العقاري.⁴

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 22.

² - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 90.

³ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - نفس المرجع، ص ص 23، 24.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

غير أن التسجيل والشهر يشتركان كونهما تكريس لحسن نية أطراف التصرف العقاري، إضافة إلى أنهما يشكلان حماية قانونية لمبدأ حسن النية، كما يشتركان في أنه ينتج عن كل منهما دفع رسوم لصالح الدولة، وهي رسم التسجيل طبقاً لنص المادة 01 من قانون التسجيل " تحصل رسوم التسجيل حسب الأسس وتبعاً للقواعد المحددة بموجب هذا القانون "، وكذا رسم الإشهار العقاري طبقاً لنص المادة 14-353 من قانون التسجيل " يكلف المحافظون العقاريون ورؤساء مكاتب المحافظة بتحصيل رسم الإشهار العقاري".

2- تمييز التسجيل عن القيد:

القيد هو إجراء قانوني تابع لعملية الشهر العقاري، بحيث يتم قيد التصرفات القانونية لدى إدارة الشهر العقاري أي المحافظة العقارية، ويكون القيد بالنسبة للحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي، الرهن الحيازي، حق التخصيص وحق الإمتياز.¹ ومنه فالقيد يتم على مستوى المحافظة العقارية بالنسبة للحقوق العينية التبعية وهو من إختصاص المحافظ العقاري، والتسجيل يتم لدى مفتشية التسجيل بالنسبة للحقوق العينية الأصلية.

3- تمييز التسجيل عن التوثيق:

يشكل التوثيق أهم ضمانات لحفظ الحقوق وقطع المنازعات وإستقرار المعاملات العقارية، فيعتبر السبيل لتقوية الحق وصيانته وضمان إستيفائه كما أنه يبحث في كيفية إثبات العقود والتصرفات والإلتزامات على وجه يصلح للإحتجاج بها.² والتوثيق يهدف لإضفاء الطابع الرسمي على التصرفات العقارية، والتي أقرها المشرع بغية بعث الطمأنينة والثقة في المتعاملين، ويقوم بهاته الوظيفة الموثق وذلك عملاً بنص المادة 03 من القانون 06-02 المنظم لمهنة التوثيق والذي ألزم إفراغ العقود في قالب رسمي، أي أنه جعل الرسمية ركناً للإنعقاد.³

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 24.

² - محمد علياتي ، المرجع السابق، ص ص 412، 413.

³ - نفس المرجع، ص 414.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والفرق بين التسجيل والتوثيق أن هذا الأخير يقوم به ضابط عمومي يتمثل في شخص الموثق، بخلاف عملية التسجيل والتي تتم من طرف موظف عام وهو مفتش التسجيل، ومفتش التسجيل يقوم بتسجيل التصرفات مقابل دفع حقوق التسجيل،¹ والتسجيل يعتبر مرحلة من مراحل العقد التوثيقي، فهو يتبع هذا الأخير بالنسبة للتصرفات العقارية، والتي إشتراط المشرع الجزائري أن تكون مفرغة في طابع رسمي تطبيقاً لنص المادة 324 مكرر 1 ق م ج، وكذا المادة 12 من قانون التوثيق.² كما أن الموثق هو الذي يتولى القيام بعملية التسجيل ودفع حقوقها، طبقاً لنص المادة 93 من قانون التسجيل، ومن هنا تظهر العلاقة بينهما فالموثق هو الذي يلتزم بتسجيل العقود في الآجال المقررة وإلا تعرض لعقوبات جبائية.³

4- تمييز التسجيل عن الرسم والضريبة:

إن التسجيل هو عبارة عن إجراء قانوني مفروض على التصرفات العقارية، أما الرسم فهو إقتطاع مالي يؤدي مقابل خدمة معينة مقدمة، فبمقابل التسجيل يتم إقتطاع الرسم، فحقوق التسجيل تدفع في شكل رسم. أما الضريبة فيمكن تعريفها على أنها " مساهمة مالية إلزامية من الأفراد حسب قدرتهم التكليفية وبصفة نهائية، وبدون مقابل في تحمل الأعباء العامة للدولة نظير إنتفاعهم بطريقة غير مباشرة من الخدمات العامة، ولتحقيق أهداف مختلفة"⁴، فهي عبارة عن مبلغ من المال تفرضه الدولة بصورة جبرية في سبيل تغطية النفقات العمومية أو في سبيل تدخل الدولة فقط، ومنه فإن التسجيل هو إجراء يهدف لإقتطاع حق التسجيل عن طريق رسوم، إضافة إلى أن مبالغ التسجيل هي ضريبة غير مباشرة لأنها ظرفية ومتقطعة ولا تتميز بالثبات والإستقرار وفقاً لمعيار الثبات، كما أنه يتم تسديدها بطريقة

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص ص 26، 27.

² - نفس المرجع ، ص 27.

³ - المرجع نفسه، ص 27.

⁴ - عبد الكريم بريشي، دور الضريبة في إعادة توزيع الدخل الوطني، دراسة حالة الجزائر خلال الفترة (1988-2011)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، التسيير والعلوم التجارية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2013/2014، ص 67.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

غير مباشرة لأن العلاقة غير مباشرة بين المكلف بالضريبة والإدارة الضريبية ويتم فرضها بمناسبة واقعة أو تصرف وفقاً للمعيار القانوني.¹

وهي تعتبر من الضرائب العينية والتي تفرض على مداخل الأفراد دون الأخذ بعين الاعتبار ظروفه الشخصية مثل الضريبة الناجمة عن تملك العقارات، وتتميز بسهولة تقدير وعائها لأن إدارة الضرائب يكون مجهودها منصب على الوعاء الضريبي دون الرجوع للظروف الشخصية، إضافة إلى غزارة حصيلتها.²

ومنه فإن حقوق التسجيل هي جزء من الضرائب الغير مباشرة، وهي عبارة عن مورد مالي تحصل عليه الدولة ممن يكون في حاجة إلى خدمة تنفرد الدولة بأدائها، ويشترك الرسم مع الضريبة كونه مبلغاً من المال يدفع جبراً للدولة ويختلف عنها أنه يكون مقابل خدمة تؤديها الدولة لدافع الرسم.³

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق ، ص ص 25، 26.

² - عبد الكريم بريشي، المرجع السابق، ص 93.

³ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص 83.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : إرتباط دور التسجيل بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

إن تدخل الدولة لتحقيق أغراض تتعلق بالنظام العام الحمائي الاقتصادي، وأمام إنفتاح السوق وتنوع الأنشطة، فرضت الضرورة إلى وضع نظام رقابي فعال، دقيق ودائم، يرمي إلى إضفاء الشفافية وتحقيق المساواة الفعلية في المراكز العقدية وتجنب التعاملات التعسفية،¹ ومن بين هذه الآليات الحمائية نجد إجراء تسجيل التصرفات العقارية والذي يهدف أيضا لإضفاء الشفافية وتحقيق المساواة في التصرفات العقارية.

والتسجيل في التصرفات العقارية يهدف إلى تحقيق العديد من الوظائف والتي قد ترتبط في كثير من الأحيان بمبدأ حسن النية، فهو يؤدي دور جبائي، ودور قانوني، إضافة إلى دور إثباتي بالنسبة للعقود العرفية.

أولاً- الدور الجبائي لتسجيل التصرفات العقارية وحسن النية:

إن من نتائج تطور وظائف الدولة إتساع نشاطها لتصبح دولة متدخلة تستطيع أن تمارس كافة السلطات التي يمارسها الأفراد المكونين لها، لذلك إزدادت أهمية الضرائب وتعاطم دورها في الأنظمة المالية، فلم يعد تمويل الخزينة العمومية الهدف الوحيد المرتجى، بل أصبح هدفا تقليديا تقف إلى جانبه أهداف سياسية وإقتصادية وإجتماعية.² ولقد ترتب على ذلك إسباغ المشرع على حق الدولة في فرض وجباية الضريبة تضمين النصوص الجبائية أحكاما ردعية للمخالفين وتصويب إنحرافهم في حال توافر سوء النية، وتنبههم بضرورة إحترام التشريع الجبائي حيث ألزم هذا الأخير محرري العقود المتضمنة تصرفات عقارية دفع رسوم تدعى حقوق التسجيل.³

ومنه فإن الهدف الأساسي للتسجيل يكمن في حصول الدولة على المداخل التي تغطي بها نفقاتها وحاجاتها عن طريق فرض ضرائب ورسوم، وحقوق على الأفراد بمناسبة تصرفاتهم العقارية، وهذا ما يساهم في تحقيق إيرادات الدولة، ويقوم بهاته العملية الموثق

¹ - لطيفة بوراس ، (نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية)، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14-2020، ص 8.

² - الشريف بغني ، (حقوق التسجيل المطبقة على التصرفات العقارية في التشريع الجزائري)، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 04 لسنة 2020، ص 124.

³ - نفس المرجع، نفس الصفحة.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الذي تولى إبرام العقد، ويظهر ذلك من خلال العديد من النصوص القانونية كنص المادتين 58، 93 من قانون التسجيل¹.

1- الدور المالي كدور جبائي لتسجيل التصرفات العقارية:

إن الضرائب والرسوم في العصر الحالي يغلب عليها الصفة النقدية، وهذا تماشيا مع الدور الجديد للدولة، حيث يتعين على هذه الأخيرة إقتطاع الضرائب والرسوم من الأفراد في شكل نقدي، وهذا كي تتمكن من تغطية الأعباء العامة².

فالمشرع فرض على عاتق كل من يرغب في إمتلاك عقار العديد من النفقات تتمثل أساسا في نفقات التسجيل والطابع وكذا رسوم الشهر العقاري³.

ويتم ذلك وفقا لمقاييس العدالة الضريبية، التوفيق بين الهدف المالي والإجتماعي، إضافة إلى تخفيف العبء الضريبي على الأفراد⁴.

والتسجيل يتم مقابل إقتطاع حقوق، هاته الأخيرة تشكل ضريبة غير مباشرة يؤديها الشخص الذي يود إستعمال الخدمات الخاضعة للضريبة، فتدفع بمناسبة واقعة أو تصرف قانوني فتأتي الضريبة بأهداف في مقدمتها الدور التمويلي بإعتباره مصدرا هاما للإيرادات العامة للدولة⁵.

والدور المالي للتسجيل يظهر لنا بوضوح من خلال التعديلات المتكررة للقانون المنظم له، فهو يعدل ويتم مرتين في السنة بموجب قانون المالية وقانون المالية التكميلي⁶.

إلا أن الدور المالي يرتبط بحسن النية في العديد من النقاط، فقد سعى المشرع من خلال العديد من النصوص القانونية إلى تجسيد حماية قانونية للطرف حسن النية، ومن بينها نص المادة 06 قانون التسجيل والتي تؤكد على أنه في حال تضمن العقد تدبيرين يختلفان في التعريف فإنه لا يترتب عن ذلك تعدد الرسوم، المادة 91 من قانون التسجيل والتي تنص على أنه "يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي

¹ - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 92.

² - عبد الكريم بريشي، المرجع السابق، ص 67.

³ - إسماعين شامة، النظام القانوني الجزائري للتوجيه العقاري، دار هومة، طبعة 2003، ص 154.

⁴ - عبد الكريم بريشي، المرجع السابق، ص 93.

⁵ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 28.

⁶ - نفس المرجع، ص 29.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

تتضمن نقل الملكية أو حق الإنتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون، بالتضامن مع أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل ومنصف. غير أنه عندما يستفيد أحد طرفي العقد، المشتري أو البائع، من إعفاء بموجب حكم من أحكام هذا القانون ، لا يتحمل إلا نصف الملكية الذي يتحمله الطرف الآخر.¹، إضافة إلى العديد من النصوص القانونية الأخرى.

2- الدور الاقتصادي كدور جبائي لتسجيل التصرفات العقارية:

إن تطور وظيفة الدولة التي أصبحت تتدخل في الميدان الاقتصادي وتتحكم في تسييره وتوجيهه، وبالمقابل تقوم بحماية المتصرف الضعيف إجتماعيا، إقتصاديا، وثقافيا، جعل منها تتدخل وتشارك في إرادتين الطرفين¹، وفرض عملية التسجيل تحقيقا للتوازن الاقتصادي للتصرفات أيضا.

والدور الاقتصادي لتسجيل التصرفات العقارية يظهر من خلال السعي إلى تحقيق التوازن والإستقرار الإقتصادي عن طريق تشجيع الإدخار وتحفيز الإستثمار لهذا إستوجب في تقديرها وضبطها مراعاة البنية الاقتصادية للبلاد،² دون المساس بتحقيق التوازن في التصرفات العقارية.

وإقتطاع الحقوق يشجع الإستثمار وكذا يعمل على توسيع الإعفاءات الجبائية والإمتميازات الممنوحة لقطاعات خاصة معينة، فتعفى الدولة من جميع رسوم التسجيل فيما يخص العقود المتعلقة بمبادلة وشراء الأموال من كل نوع ، وكذلك المتعلقة بإقتسام الأموال مع الخواص، طبقا لنص المادة 271 من قانون التسجيل³، كما تعفى الشراءات بالمناطق المراد ترقيتها طبقا لنص المادة 272 مكرر 3 من قانون التسجيل، إضافة للإعفاءات الجبائية المنصوص عليها بموجب المواد 273، 274، 275، 276 من قانون التسجيل.

¹ - لطيفة بوراس ، المرجع السابق، ص 5.

² - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص ص 29، 30.

³ - نفس المرجع، ص 30.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

3- الدور الاجتماعي كدور جبائي لتسجيل التصرفات العقارية:

إن رؤوس الأموال من أهم أساسيات التنمية الاقتصادية، حيث تحاول الدولة توفيرها بجميع السبل، وتعتبر رسوم التسجيل من بين تلك الطرق التي تساعد على تشجيع الإدخار والإستثمار وتوسيع الإعفاءات الجبائية، غير أن هذا لا يعني أن الدولة في تطبيقها لهذه السياسة لا تسعى إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، فهي تستعمل هذه المداخل في تحسين وضعية أفراد المجتمع.¹

ثانيا- الدور القانوني لتسجيل التصرفات العقارية:

يظهر الدور القانوني لتسجيل التصرفات العقارية، في كونه يعتبر مرحلة من مراحل إنتقال الملكية العقارية، فهو يتوسط مرحلتي التوثيق والإشهار العقاري، كما أنه إجراء ملزم بإعتبار أن حقوق التسجيل يجب أن تدفع، و بالنسبة لإنتقال الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل القيام بهذا الإجراء² ، وهذا ما أكدته المادة 81 من قانون التسجيل والتي تنص على أنه " إن رسوم وعقود نقل الملكية عن طريق الوفاة تدفع قبل التسجيل حسب المعدلات والحصص المحددة بموجب هذا القانون"، كما أنه طبقا لنص المادة 393 ق م ج " إن نفقات التسجيل، والطابع ورسوم الإعلان العقاري، والتوثيق وغيرها تكون على المشتري مالم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك".

وعليه لا بد من إجراء التسجيل بالنسبة للتصرفات العقارية و التي أخضعها القانون لذلك بموجب العديد من النصوص القانونية، كنص المادة 29 من قانون التوجيه العقاري والتي تؤكد على أنه تثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية والحقوق العينية بعقد رسمي وتخضع لقواعد الإشهار العقاري.³

¹ - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 93.

² - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 31.

³ - نفس المرجع، ص 31.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثا- الدور الإثباتي لتسجيل التصرفات العقارية بالنسبة للعقود العرفية:

تنص المادة 327 ق م ج " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبغه مالم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار وبكفي أن يهلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، فالعقد العرفي هو ذلك المحرر الذي يقوم بإعداده الأطراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل إثبات تصرف قانوني، ويتم توقيعه من قبل المتعاقدين والشهود إن وجدوا، دون تدخل موظف عام أو ضابط عمومي مختص.¹

وتنص المادة 328 ق م ج على أنه " لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون تاريخ العقد ثابتا ابتداء :
- من يوم تسجيله،

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

- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص،

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

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفض تطبيق الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة".

وما يهمننا في هاته المادة هو تسجيل الورقة العرفية، فعادة ما يقدمون الأطراف إلى مصلحة التسجيل نسخ من العقود، وهي تحتفظ بواحدة منها في السجل المعد لذلك، وتعيد الأخرى إلى الأطراف بعد أن تسجل عليها تاريخ الإيداع، وهذا مقابل أداء رسوم، ويكون للورقة العرفية تاريخ ثابت منذ تاريخ الإيداع.²

ولتسجيل العقارات أهمية بالنسبة للعقود العرفية المنصبة على التصرفات العقارية، حيث يتعرف على تاريخ العقد ومدى صحة ثبوته عن طريق التأكد من عبارة التسجيل

¹ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، دار هومة، الطبعة العاشرة، الجزائر، 2014، ص 15.

² - الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2001، ص 49.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المقيدة على العقد من طرف هيئة التسجيل¹، إلا أن غاية ما يعطيه هذا التاريخ هو صحة ثبوت السند العرفي وهذا قبل صدور قانون التوثيق، وبالنسبة للعقود العرفية غير ثابتة التاريخ فإنه يجب إحالتها للعدالة لتبت فيها وفي مدى صحتها.²

ومنه فإن العقود العرفية الغير الثابتة التاريخ لا يمكن إثبات حجيتها إلا عن طريق القضاء وهو ما أكدته المذكرة رقم 1251 الصادرة عن المديرية العامة للأموال الوطنية بتاريخ 1994/03/29، وكذا قرار الغرفة العقارية للمحكمة العليا تحت رقم 198674 المؤرخ في 2000/04/26 " إن قضاة المجلس بقضائهم بإلزام الطاعنين بالحضور أمام الموثق لتحرير عقد رسمي عن البيع المنعقد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1963/07/01 طبقوا صحيح القانون."³

ومنه فإنه يكتسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا إما بنقل صورة كاملة منه في سجل عام معد لذلك، أو عن طريق إعادة مضمونه أو ملخصه في سجل معد لذلك أو عن طريق التصديق على التوثيق، ويتم التسجيل عن طريق إيداع نسختين عن الورقة العرفية لدى موظف التسجيل بمصلحة الضرائب، وهذا شرط لازم لانتقال الحقوق العينية الأصلية العقارية، وبهذا يصبح للورقة العرفية المثبتة للتصرف العقاري تاريخا ثابتا، وهو تاريخ التسجيل وليس تاريخ تحريرها.⁴

ولقد أكد قضاة المحكمة العليا على أن " تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسمية، بل أقصى ما يفيد التسجيل هو إثبات التاريخ فقط.

أما مضمون العقد فيبقى بعيدا كل البعد عن الرسمية."⁵

ومنه فإن التسجيل وعن طريق الدور المناط به يشكل حماية قانونية غير مباشرة لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، على الرغم من أن ذلك لا يظهر جليا إلا أنه يشترك ومقتضيات مبدأ حسن النية فهو يهدف إلى حماية أطراف التصرف العقاري، الغير، ويظهر ذلك جليا من خلال دوره الإثباتي بالنسبة للعقود العرفية.

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص ص 31، 32.

² - نفس المرجع، ص 32.

³ - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، المرجع السابق، ص 22.

⁴ - صم بوعافية محمد، المرجع السابق، ص 94.

⁵ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 375.

- القرار رقم 62624، مؤرخ في 1990/09/24، المجلة القضائية لسنة 1992، عدد 02، ص 24.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : تنفيذ تسجيل التصرفات العقارية وحالات حسن أو سوء النية.

إن تسجيل التصرفات العقارية يهدف إلى تثبيت هاته الأخيرة، إضافة لكونه يعد موردا من موارد الخزينة العمومية،¹ وما يهمننا في ذلك هو خاصية تثبيت التصرفات القانونية والذي يجب أن يتم وفقا لإحترام مبادئ ومقتضيات حسن النية أي أنه يجب أن يتم وفقا للقواعد والإجراءات القانونية، وإلا نجم عن ذلك الإخلال بحالات حسن النية، ومنه وحماية لمبدأ حسن النية في تسجيل التصرفات العقارية نص المشرع على العديد من الحالات والتي تعبر على سوء نية صاحبها، كما نص أيضا إلى جانب ذلك على مجموعة من العقوبات لردع هاته التجاوزات.

أولاً- القواعد والشروط المجسدة لمبدأ حسن النية في تسجيل التصرفات العقارية

حتى تتم عملية تسجيل التصرفات العقارية على أكمل وجه، إشتراط المشرع مجموعة من القواعد والشروط بالنسبة للتصرفات الواقعة على العقارات، والتي تكون خاضعة لعملية التسجيل.²

1- إفراغ التصرف القانوني الخاضع للتسجيل في شكل رسمي:

لقد إشتراط المشرع الجزائري ضمن نص المادة 324 مكرر 1 ق م ج ضرورة تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية في شكل رسمي، والعقد الرسمي وفقا لنص المادة 324 ق م ج هو ذلك العقد الذي يثبت فيه موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة العامة، ماتم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وفقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته وإختصاصه.

حيث أقر قضاة المحكمة العليا " أن الشكلية تعد ركنا في عقد بيع العقار يتعين على المتعاقدين أن يقوموا بإستيفائه بمحض إرادتهما، ولا يجوز للقضاء أن يلزم أحدهما على الوقيع لأن ذلك يتناقض وسلطان الإرادة."³

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 32.

² - نفس المرجع ، ص 32.

³ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 374.

- القرار رقم 302316، المؤرخ في 2005/05/25، الغرفة المدنية، غير منشور.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وباعتبار التسجيل حماية قانونية فإنه لا يفرض إلا على العقود الرسمية المرتبطة بالتصرفات العقارية والتي تكون محررة طبقاً لمقتضيات حسن النية، وإلا رفض مفتش التسجيل القيام بإتمام الإجراءات كون العقد مخلاً بذلك.

2- الشروط القانونية الواجب توفرها في الوثائق الرسمية الخاضعة لتسجيل التصرفات العقارية:

للتسجيل العديد من الأهداف القانونية، أهمها إعطاء تاريخ ثابت للتصرفات القانونية الواردة على الحقوق العقارية من جهة، ومن جهة أخرى تحصيل رسوم التسجيل على هذه التصرفات¹، ومن أجل تحقيق هذه الأهداف على وجه لا يتعارض ومبدأ حسن النية يجب أن تتضمن الوثائق الخاضعة للتسجيل لمعلومات رسمية وأكيدة، تتضمن حقيقة التصرف العقاري ووضعيته القانونية وكذا حقيقة الأطراف.

- الشروط المرتبطة بتعيين الأطراف :

لقد نصت المادة 138 من قانون التسجيل على أنه " يجب أن يذكر في أي عقد أو تصريح يقدم للتسجيل تاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسياتهم، وذلك تحت طائلة رفض الإجراءات.

وبالنسبة لأصحاب بطاقة التعريف الوطنية، فإن هذا البيان يكون متبوعاً بذكر رقم هذه البطاقة ومكان تسليمها، فضلاً عن ذلك فإن المصريحين المولودين بالخارج يجب عليهم أن يقدموا كل وثيقة أخرى أو بيان تطلبه إدارة الضرائب"، وعناصر التعيين تختلف باختلاف التصرفات العقارية باعتبار أن هذه الأخيرة إما أن تكون بإرادة أو بإرادتين أو أكثر، ومنه يختلف أطراف الحق حسب طبيعة التصرف فيستطيع أن يكون طرفاً واحداً أو عدة أطراف².

وتجسيدا للحماية القانونية لمبدأ حسن النية، يجب أن يتم تعيين الأطراف تعييناً صحيحاً كون حسن النية يفترض ذلك، ففي حال التصريح بمعلومات غير صحيحة يعتبر الطرف سيئ النية، ومنه فإن مفتش التسجيل يقوم بالتأكد من المعلومات المصرح بها.

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق ، ص 39.

² - نفس المرجع ، ص 40.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- الشروط المرتبطة بتعيين العقارات :

حيث أن لتعيين العقارات دور كبير لتيسير عملية التسجيل، وعلى أساسها يمكن لمفتش التسجيل تحصيل الحقوق، ومنه يجب وصف العقار وصفا دقيقا منافيا للجهالة، وقانون التسجيل لم ينص صراحة على كيفية التعيين، وبكن بالرجوع للقواعد العامة يجب على الموثق ذكر كل المعلومات الضرورية المتعلقة بالعقار الذي هو محل التصرف، كما أنه يجب تحديد الثمن والذي يعتبر ضروريا من أجل إقتطاع حقوق التسجيل،¹ فأخفاء الثمن الحقيقي يعتبر إخلالا بمبدأ حسن النية في التسجيل، وتهربا من دفع المبلغ الحقيقي الواجب دفعه.

ثانيا- إجراءات تسجيل التصرفات العقارية بحسن نية:

لقد نص المشرع الجزائري على ضرورة تسجيل التصرفات العقارية، وفقا للقواعد والشروط المنصوص عليها في قانون التسجيل وكذا القواعد العامة ووفقا لمقتضيات حسن النية:

1- إجراءات تسجيل التحويلات العقارية:

تتمثل التحويلات في نقل الملكية بعوض وكذا نقل الملكية مجانا، وجميع التحويلات ترتبط بمجموعة من الشروط تهدف لحماية مبدأ حسن النية في التصرف العقاري.

- نقل الملكية بعوض :

يعتبر نقل الملكية بعوض من بين التصرفات القانونية العقارية الملزمة لجانبين، ويكون نقل الملكية إما كليا أو جزئيا،

ولقد حدد المشرع الجزائري شروطا لنقل الملكية بعوض ، حيث أنه يجب أن تحرر في شكل رسمي تحت طائلة البطلان، كما يجب أن يدفع الثمن لدى الضابط العمومي المكلف بإعداد هذا العقد وتحريره، والعبارة من أن الثمن يسدد لدى محرر العقد هو إستقاء حقوق التسجيل من هذه العملية فور تنفيذها²، ومن بين عقود نقل الملكية بعوض نجد عقد بيع عقار، عقود التصرف في الملكية الشائعة.

أما نقل جزء من حق الملكية فيرتبط بالتحويلات التالية :

¹ - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق ، ص ص 43، 44.

² - الشريف بغني ، المرجع السابق، ص 125.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

تحويلات حق الإنتفاع، والتي تحدد القيمة فيها بالثمن المعبر عنه مع إضافة جميع الأعباء لحق الإنتفاع أو لملكية الرقبة، مع الأخذ ببيعين الإعتبار للثمن المعلن عنه أو التقدير الذي كان أساسا لحساب الرسم النسبي أو التصاعدي إذا كان يقل عن القيمة التجارية الحقيقية لحق الانتفاع أو الملكية الرقبة، وتخضع التحويلات بعوض للملكية أو حق الإنتفاع لنفس الرسوم المطبقة على الأملاك¹.

نقل ملكية الإنتفاع، والتي تتمثل في عقود الإيجار، التنازلات، إلغاء عقود الإيجار والإيجارات الثانوية، وقاعدة الفرض الضريبي تطبق على عقود الإيجار لفترة محددة المدة أو طويلة الأمد،² وتخضع تسجيل الإيجارات لنص المادتين 138، و 209 من قانون التسجيل.

حقوق الإمتياز، لقدد حدد المشرع عدة صيغ لمنح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة التابعة للدولة، وهذا سعيا منه لتوفير المناخ المناسب الملائم للإستثمار وكذا إستقطاب رؤوس أموال المستثمرين للمساهمة في تنمية الاقتصاد، والأمر الأكثر تداولاً هو الأمر 04-08 المؤرخ في 2008/09/01، المحدد لشروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية³، إضافة إلى القانون 09-16 المتعلق بترقية الإستثمار.⁴

والمشرع الجزائري وسعيا منه في إستقطاب المستثمرين، كرس جملة من التسهيلات والتحفيزات الجبائية لم يتطرق إليها قانون التسجيل وإنما تم النص عليها ضمن قوانين خاصة، كنص المادة 36 من القانون 12-12 المتضمن قانون المالية لسنة 2013،⁵ والتي عدلت المادة 09 من الأمر 03-01 المتعلق بتطوير الإستثمار، حيث تم الإعفاء

¹ - شريف بغني، المرجع السابق، ص 131.

² - نفس المرجع، ص 133.

³ - الأمر 04-08، المؤرخ في 2008/09/01، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 2008/09/03.

⁴ - الشريف بغني، المرجع السابق، ص 135.

- القانون 09-16، المؤرخ في 03 غشت 2016، يتعلق بترقية الإستثمار، يتعلق بترقية الإستثمار، منشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 2016/08/03.

⁵ - الأمر 12-12، المؤرخ في 26 ديسمبر 2012، والمتضمن قانون المالية لسنة 2013.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

من حقوق التسجيل ومصاريف الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الإمتياز على الأملاك العقارية المبنية وغير المبنية الممنوحة الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية .

- نقل الملكية بدون عوض :

نقل الملكية بدون عوض هي التحويلات التي تتم دون دفع أي مقابل مالي، وتتمثل في نقل الملكية عن طريق الوفاة وكذا الهبات.

نقل الملكية عن طريق الوفاة يتم من خلال إجراء قانوني يخضع للشهر والتسجيل وهو الشهادة التوثيقية، والتي يمكن تعريفها على أنها " الوسيلة والأداة الفنية لشهر حق الإرث في مجموعة البطاقات العقارية عن طريق شهادة تحرر من قبل الموثق تفيد إنتقال الملكية العقارية من المالك إلى الورثة أو الموصى لهم"¹.

وتتضمن تصفية الحقوق بالنسبة لنقل الملكية عن طريق الوفاة تحديد حصة كل صاحب حق، وذلك بالالتزام الورثة بتقديم عقد الفريضة والذي يحدد الحصة الصافية لكل وريث، ليتم بعد ذلك حساب الضريبة بعد تطبيق النسب على الحصة الصافية، مع تطبيق التخفيض أو الإعفاء.²

وبالنسبة للهبات يرتبط إستحقاق رسم التسجيل بوجود عقد توثيقي، أي أن يكون هذا العقد تم إبرامه في حالة لم يكن فيها الواهب مريض مرض الموت وإلا إعتبرت الهبة وصية، ويتكون الوعاء الضريبي لحقوق الهبات من الممتلكات المعطاة.³

2- تسجيل التصرفات المرتبطة بعمليات القسمة والمبادلات :

بالنسبة لعمليات القسمة يشترط لإستحقاق دفع حق التسجيل في القسمة وجود عقد قسمة، وجود تبرير للشيوخ ووجود قسمة حقيقية، وتستخدم الأصول الصافية المقسمة كوعاء للرسم بالنسبة لقسمة الأموال المنقولة والعقارية بين الشركاء في الإرث والشركاء مع الغير مهما كانت صفتها.⁴

¹ - حمدي باشا عمر، ليلي زروقي، المنازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2014، ص 229.

² - الشريف بغني، المرجع السابق، ص 137، 138.

³ - نفس المرجع، ص 139.

- المادة 234 من قانون التسجيل.

⁴ - الشريف بغني، المرجع السابق، ص 141.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أما بالنسبة للمبادلة فإنه عند إيداع محرري العقود لعقد المقايضة بمفتشية التسجيل وبعد تلقي كل الوثائق يقوم الموظف بتحليل العقد من أجل إستيفاء رسم التسجيل، لذا يجب التمييز بين حالتين حالة مبادلة عقار بعقار أو حالة مبادلة عقار بمنقول، وبالنسبة لمبادلة عقار بعقار يكون لمفتش التسجيل السلطة في تقدير الحصتين المتبادلتين وفق إجراءات محددة قانونا، أما بالنسبة لمبادلة عقار بمنقول فإن الأموال العقارية تعتبر أملاكا مباحة أما الأموال المنقولة فتكون الثمن ، أما إذا كانت قيمة الأموال العقارية هي الأعلى فإنها تستعمل كأساس لتصفية حق التحويل بعوض للعقار.¹

ثالثا- جزاء الإخلال بمبدأ حسن النية في تسجيل التصرفات العقارية:

يفرض القانون إحترام إجراءات التسجيل وتمكين إدارة الضرائب من إستيفاء حقوقها، وهذا بعد تقدير الحقوق وفقا لمعايير تتناسب ومقتضيات حسن النية، إلا أنه يجب على الخاضعين للتسجيل الإلتزام بتمكين مصلحة التسجيل من إستيفاء الحقوق لأجل تحقيق أغراضها في تمويل خزينة الدولة، ويترتب على الإخلال بذلك مجموعة من العقوبات الجبائية إضافة إلى ضمانات ممنوحة للدولة.²

1- العقوبات الجبائية كجزاء لسوء نية الخاضعين:

تنص المادة 113 من قانون التسجيل على أنه "1- يكون باطلا وعديم الأثر كل إتفاق يهدف إلى إخفاء جزء من ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري أو زبائن وكل جزء من فارق ناتج عن تبادل أو قسمة بتمامه أو جزء منه يتضمن أموالا عقارية أو محلا تجاريا أو زبائن.

2- يمكن إثبات إخفاء الثمن بثتى وسائل الإثبات المقبولة في مادة التسجيل.

3- كل إخفاء في ثمن بيع عقارات أو تنازل عن محل تجاري أو زبائن والفارق الناتج عن التبادل أو قسمة، يعاقب عليه بغرامة تساوي ضعف الحقوق والرسوم المتملص منها من دون أن تقل هذه الغرامة عن 10.000 دج ويدفع الغرامة الأطراف المتضامنون ماعدا توزيعها بينهم بالتساوي.

¹ - الدليل الجبائي للتسجيل، المرجع السابق، ص 39.

² - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 94.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

4- يتعين على الموثق الذي يعمل لحسابه الخاص، والذي يتلقى عقد بيع أو مبادلة أو قسمة، أن يقوم بتلاوة هذا العقد على الأطراف، وذلك تحت طائلة غرامة مالية تقدر بـ 500 دج.

ويشير في العقد بأن هذه التلاوة قد تمت ويؤكد تحت طائلة نفس العقوبة، حسب معلوماته، بأن هذا العقد لم يعدل وغير متناقض مع أي سند مضاد يحتوي على زيادة في الثمن أو المعدل.

5- كل شخص تم التأكد بأنه شريكا بأي طريقة كانت في ممارسات تهدف إلى التملص من دفع الضريبة يخضع شخصيا، زيادة عن العقوبات التأديبية إذا كان موظفا مؤهلا لتلقي العقود إلى غرامة تساوي أضعاف الحقوق والرسوم المتملص منها من دون أن تقل هذه الغرامة عن 10.000 دج.

6- إن الموظفين المشار إليهم في المقطع 5 أعلاه، المتهمين بأي طريقة كانت، بأنهم شركاء في المناورات التي تهدف إلى التملص من دفع الضريبة يعزلون، في حالة العود، من دون المساس بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في المادتين 123، 124 من قانون العقوبات في حقهم."

كما تنص المادة 116 من قانون التسجيل على أنه " عندما يلاحظ وجود سند عرفي مضاد، غير السندات المضادة المتعلقة بالإخفاء المشار إليه في المادة 113 أعلاه، والذي يهدف إلى زيادة في الثمن المشترط في عقد عمومي أو في عقد عرفي مسجل سابقا، تطبق غرامة مساوية لضعف العقود والرسوم المتملص منها دون أن تقل هذه الغرامة عن 10.000 دج "

ولقد حددت المادة 108 من الأمر 95-27 المتضمن قانون المالية لسنة 1996¹، الغرامة المنصوص عليها في المواد 113-3 و 116-5 من قانون التسجيل، حيث نصت المادة " تحدد الغرامة المنصوص عليها في المادتين 113-3 و 116-5 من قانون التسجيل والمطبقة في حالة إخفاء الثمن، بضعف الحقوق المتملص منها دون أن يقل مبلغ هذه الغرامة عن 100.000 دج."

¹ - الأمر 95-27، المؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما تنص المادة 117 من نفس القانون على أنه " عندما يعترف بصفة ودية أو يثبت قضائياً بأن الطابع الحقيقي لشروط العقد أو الاتفاق قد تم إخفاؤه تحت مظهر شروط تعطي الحق في رسوم أقل إرتفاعاً، فإنه يترتب عن ذلك رسم زائد مضاعف ويتحمل هذه العقوبات جميع الأطراف المتعاقدين بصفة تضامنية."

كما نص قانون التسجيل ضمن القسم الخامس على حالات سوء النية والمرتبطة بالغش الجبائي، في المواد من 119 حتى نص المادة 121، وما يهنا الحالة المنصوص عليها بالمادة 119 وهي حالة سوء النية المرتبطة بالتملص كلياً أو جزئياً من وعاء الضريبة أو تصفيتهما أو دفع الضرائب أو الرسوم التي هو خاضع لها بإستعماله طرق تدليسية.

2 - الضمانات والإمتيازات الممنوحة للدولة:

تهدف حقوق التسجيل مقابل إجراء التسجيل إلى تمويل صندوق الخزينة العمومية للدولة، كما تلعب دور هام في تنمية الاقتصاد الوطني وتشجيع الإستثمار، فيلتزم المكلف بأدائها وتعتبر بمثابة دين في ذمته للدولة، وهذا ما يمنح هاته الأخيرة ضمانات وإمتيازات من أجل إستيفاء هذه الحقوق، وتتبع في ذلك الدولة مجموعة من الإجراءات القانونية كالرهن القانوني¹ على عقارات مدينة بالضرائب، وكذا حق الشفعة كإمتياز بسبب التصريح الكاذب من الأطراف²، فإذا تبينت الإدارة من أن الثمن المعبر عنه أو القيمة المصرح بها أقل من القيمة التجارية الحقيقية للعقار فإنه بإمكانها ممارسة هذا الحق³.

فتنص المادة 2/366 من قانون التسجيل على أنه " وللخزينة فضلاً عن الإمتياز المشار إليه أعلاه، أن تستعمل الرهن القانوني على عقارات التركة لتحصيل رسوم نقل الملكية عن طريق الوفاة، ويسري أثر هذا الرهن من يوم تسجيله في المحافظة العقارية ضمن الشكل والطريقة المحددين بموجب القانون."

¹ - الرهن القانوني هو رهن يتقرر بقوة القانون يخصص بموجبه عقار للمدين ضماناً للوفاء بالديون المستحقة للدولة، ولقد تضمنه قانون المالية لسنة 2003، في نص المادة 96 منه.

² - آسيا دوة ، خالد رمول ، المرجع السابق، ص 98.

³ - جميلة زايدي، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، (دون طبعة)، عين مليلة، الجزائر، 2014، ص 86.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما تنص المادة 367 على أنه " للخبزينة رهن قانوني على جميع الأملاك العقارية التابعة للمدينين بالضريبة وذلك من أجل تحصيل مختلف الضرائب والغرامات الجبائية المشار إليها في هذا القانون، ويسري أثر هذا الرهن عند تاريخ تسجيله في المحافظة العقارية.

ولا يمكن تسجيل هذا الرهن إلا ابتداء من التاريخ الذي إستحق فيه المدين بالضريبة زيادة أو عقوبة لعدم الدفع."

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الثاني : شهر التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية .

إن شهر التصرفات العقارية يعتبر خير ضمان لتدعيم إستقرار الملكية العقارية والإئتمان العقاري معا، فالإستقرار والإئتمان يوجدان حيث توجد الثقة، وهاته الأخيرة لا تتحقق إلا عن طريق علانية التصرفات وفقا لحسن النية والتي تعتبر أفضل وسيلة لبعث الثقة بين أطراف المعاملات العقارية وكذا الغير¹.

فالشهر العقاري يعمل على تحقيق الثقة اللازمة في المعاملات العقارية، كما يضمن إستقرارها وإستمرارها، فهو يختص بإعلام الغير عن الوضعيات القانونية للعقارات، ويختلف دوره وفقا لنظام الشهر المتبع، فالعقار الواقع في منطقة ممسوحة يخضع للأمر 74-75 المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري، والمراسيم التطبيقية له.²

ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو الآخر يرتبط إرتباطا وثيقا بالثقة، فوفقا لطبيعته القانونية والمقتضيات التي يقوم عليها والمتمثلة في النزاهة، الإستقامة والثقة المشروعة، يحتاج إلى سند قانوني أو حماية قانونية تهدف لحماية هاته الثقة وتكريسها، وهذا لا يتحقق إلا عن طريق الشهر العقاري.

ومنه فالشهر العقاري وعلى الرغم من أنه يعتبر قيد مشروع على حسن النية، إلا أنه يرتبط بطريقة غير مباشرة بمبدأ حسن النية، كونه يهدف لتحقيق التوازن وإيجاد الثقة عن طريق الحفاظ على حقوق أطراف التصرف وكذا الغير، وهذا لا يتحقق إلا بجعل هذا الأخير علانيا لحمايته من جميع حالات سوء النية، إضافة إلى أنه يشكل رقابة قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، فلا تتم عملية الشهر إلا إذا كان التصرف مبنيا على أسس قانونية صحيحة، ولتوضيح مدى إرتباط مبدأ حسن النية والشهر بإعتبار هذا الأخير حماية قانونية، تم تقسيم هذا المطلب إلى :

- مفهوم الشهر العقاري كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الأول).

¹ - فتحي ويس ، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، 2010/2011، ص 07.

² - ريم مراحي، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغداددي، الجزائر، 2009، ص 78.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- الإختلافات الفقهية حول دور حسن النية في مجال الشهر العقاري (الفرع الثاني).

- مبدأ حسن النية والشهر العقاري في التشريع الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول : مفهوم الشهر العقاري كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

إن الهدف الأساسي للشهر العقاري هو تسجيل مختلف التصرفات العقارية بالمحافظة العقارية لإعلام الكافة بها، إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها، وتهدف عملية الشهر إلى تنظيم الملكية العقارية وتأمين إستقرار المعاملات العقارية، ومنع المضاربة وتحقيق الثقة اللازمة¹ وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية.

أولا- تعريف الشهر العقاري وفقا لمبدأ حسن النية:

إن الشهر العقاري إصطلاحا هو " مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية لشخص معين أو أشخاص معينين تجاه الغير، ومن شأن هذه القواعد تنظيم قيد هذه الأخيرة مع حق الملكية أو الحقوق العينية الأخرى الواردة عليها في سجلات معدة لإطلاع الكافة فيكتسب الحق المسجل على الوجه قوة ثبوتية مطلقة، ويستطيع الغير أن يتعامل بشأن أي من العقارات المسجلة مع صاحب الحق فيه بكل ثقة وطمأنينة راکنا إلى وجود هذا الحق وصحته، فلا يتردد عندئذ من إكتسابه عن طريق الشراء، أو أي طريق آخر بمقابل أو بدون مقابل، كما يقبل بإنشاء حقوق عينية تبعية لمصلحته عليه كحق الرهن مثلا".²

كما يمكن تعريفه على أنه " ذلك النظام الذي يرمي إلى شهر التصرفات القانونية التي ترمي إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها و إسقاطها".³

¹ - مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2002، ص 13.

² - ليلي لبيض ، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2012، ص 22.

³ - ريم مراحي ، المرجع السابق، ص 79.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما أنه " تأسيس قانون تؤمن بواسطته الإجراءات التي تختص بتنفيذها مصلحة عامة من أجل حماية الملكية العقارية وحماية حقوق عقارية أخرى ".¹

وعرفه آخرون بأنه " ذلك النظام الذي يكون مجموعة من الإجراءات والشكليات التي يقع تنفيذها على عاتق مصلحة عمومية تتكفل بالإعلام على الحقوق الموجودة على العقارات، والهدف منها هو حماية الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية، وإخطار الجمهور على كل الحالات التي قد تطرأ على العقارات أو الحقوق العقارية الأخرى سواء نقل الملكية أو إنشاء حق عيني أو على أعباء قد تثقل حق الملكية العقارية كالرهون والتسجيلات".²

وهو أيضا " شهر حقوق الملكية والحقوق العينية الأخرى اللصيقة بالعقارات وبالتحديد شهر بعض التصرفات المتعلقة بهذه الحقوق، هذه التصرفات القانونية المتسببة في تشوئها، نقلها وفي تخصيصها....." وهو " العلانية التي تكفل للكافة وسيلة العلم بكل ما يتعلق بالعقار ".³

والشهر العقاري هو ذلك النظام الذي يجعل حدا للعيوب التي تلحق التصرفات العقارية، بجعله حق الملكية العقارية والحقوق العينية الأخرى ثابتة على وجه مطلق لمن قيدت على إسمه، الأمر الذي حمل الغير على الإطمئنان لهذه الحقوق فيقبل إنتقالها بدون تردد بطريق الشراء أو أي طريق آخر، كما يمنح الإئتمان لصاحبها مفرزا لديه القدرة على الإستثمار وعلى إجراء التحسينات الملائمة فيها.⁴

والمشرع الجزائري لم يفرق بين الشهر والقيد والتسجيل، فإستعمل عبارة الشهر في المواد 15، 16، 17 من الأمر 74-75، وكذا في المواد 85، 86، 87 من المرسوم التنفيذي رقم 63-76، وإستعمل عبارة التسجيل للتعبير عن شهر الحقوق العينية التبعية في المواد 93، 94، 95، 96، 97، 98 من المرسوم التنفيذي 63-76، كما إستعمل

¹ - عبد الله باحماوي ، (الشهر العقاري كآلية لحفظ وحماية الملكية العقارية في الجزائر)، مجلة الحقيقة، العدد 32، ص 315.

- تعريف الدكتور محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب بالجزائر، طبعة 1986.

² - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 80.

³ - نفس المرجع، ص 80.

⁴ - جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، الجزائر، ص ص 06، 07.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

مصطلح القيد ضمن أحكام القانون المدني في المواد 904، 905، 906 للتعبير عن الإجراء الذي يتم بموجبه شهر الحقوق العينية التبعية.¹

والتسجيل هو صورة من صور الشهر العقاري، يكون بنقل صورة العقد من دفاتر مخصصة معدة لذلك، وتخضع له التصرفات المنشئة والتصرفات المقررة أو الكاشفة لحقوق عينية أصلية على عقار والأحكام المتعلقة بها.²

والقيد يعتبر أيضا صورة من صور الشهر العقاري، وهو بذلك يتعلق بشهر الحقوق العينية التبعية وجميع التصرفات المنشئة والكاشفة أو المقررة لحقوق عينية عقارية تبعية³، ومنه فقد يحصل الشهر بالنسبة إلى بعض الحقوق، بطريقة ذكر بيانات معينة أوردها القانون، ويسمى هذا النوع قيда inscription ، والقيد يرتبط بالرهن الرسمي وحق الإختصاص، وحقوق الإمتياز العقارية.⁴

ومنه فالشهر العقاري هو ذلك النظام المكون من مجموعة القواعد القانونية والتي تهدف لتنظيم هوية كل عقار، بحيث توضح على وجه الدقة معالمه وأوصافه، ويعرف مالكة وطريق إنتقال العقار إليه، ويعين ما على العقار من حقوق عينية كإرتفاق أو إنتفاع أو رهن، أو من حقوق شخصية خاضعة للشهر كالحقوق المستمدة من عقد الإيجار، كل ذلك مع ذكر إسم المالك وأسماء أصحاب الحقوق المترتبة على العقار.⁵

ومن خلال هاته التعريفات يظهر إرتباط الشهر العقاري بمبدأ حسن النية، فكل التعريفات أكدت على أن الشهر العقاري يهدف إلى إحاطة الكافة وعلى الأخص من له مصلحة علما بالوضع القانوني للعقار والحقوق التي ترد عليه، وبالتالي تنظيم هوية لكل عقار⁶، وكل ذلك وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية والذي يعتبر الإلتزام بالإعلام من أهم

¹ - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 23.

² - نفس المرجع، ص 22.

³ - المرجع نفسه، ص 23.

⁴ - محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، شهر التصرفات العقارية، العقد كسبب لكسب الملكية، الجزء السابع، تنقيح محمد علي سكيكر، معزز كامل مرسي، لمواكبة أحدث ما توصلت إليه التشريعات والفقهاء القضاء وأحكام المحكمة العليا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 430.

⁵ - مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، التحفيظ العقاري، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الطبعة الثانية، الرباط، المغرب، 1987، ص 09.

⁶ - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 81.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الإلتزامات المتفرعة والمنبثقة عنه، ومنه فالشهر العقاري يعتبر مقتضى من مقتضيات حسن النية بإعتباره يهدف للإعلام، كما أنه حماية قانونية للمبدأ وذلك عن طريق التأكد من مدى توافر المبدأ في جميع المراحل التي يمر بها التصرف العقاري وإلا إعتبر باطلا. **ثانيا- أنظمة الشهر العقاري ومبدأ حسن النية :**

إن أنظمة الشهر العقاري تنقسم إلى نظام الشهر الشخصي، ونظام الشهر العيني، إضافة إلى النظام المختلط والذي يجمع بين النظامين وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، ودور الشهر العقاري في حماية مبدأ حسن النية يختلف باختلاف النظام المحدد، فهناك من يتعارض ومبدأ حسن النية، وهناك من يتفق والمبدأ، وهناك من يجمع بينهما أي أنه قد يكون قيذا على المبدأ وفي ذات الوقت حماية .

ومنه فتحقيق الشهر العقاري لإستقرار المعاملات العقارية وتدعيمه للإئتمان و تحقيق الأمن العقاري يجعل حمايته القانونية تتفاوت من حيث نوع الشهر شخصا كان أو عينيا أو النظام المعمول به في شهر التصرفات العقارية.¹

1- نظام الشهر الشخصي وتعارضه نسبيا والحماية القانونية لأطراف التصرف حسني النية:

هو ذلك النظام الذي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها، وليس طبقا للعقار ومن هنا جاءت تسميته، والشخص في هذا النظام يعد محل إعتبار في التصرفات العقارية، إذ يتخذ من إسم الشخص أساسا لشهر التصرفات العقارية التي تصدر عنه²، وهذا ما يؤكد إعتقاد هذا النظام على مبدأ حسن النية إلا أنه لا يوفر الحماية القانونية اللازمة له على الرغم من تكريسه.

و نظام الشهر الشخصي يتعارض نسبيا والحماية القانونية لمبدأ حسن النية، ويظهر ذلك من خلال العديد من العيوب الناجمة عنه والتي تتعارض وحسن النية وهي :

- إن نظام الشهر الشخصي عاجز عن تحقيق الغرض الذي من أجله تأسس الشهر العقاري، وهو تحقيق الاستقرار العقاري وتقوية الإئتمان.³

¹ - أمينة بن يمينة ، كوثر فراحي ، السهلي زهدور ، (إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري طبقا للتشريع الجزائري)، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، العدد الخاص ماي 2018، ص 147.

² - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 15.

³ - نفس المرجع ، ص 18، 19.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار.¹
- خطر تعارض سندات ملكية عقار معين، أو خطر ضياع الملكية بالتقادم المكسب، وقابلية التصرفات المسجلة للطعن.²

ومنه فإن نظام الشهر الشخصي يقر حسن النية في التصرفات إلا أن الحماية القانونية للتصرفات الميانية على حسن النية منعدمة تماما لإنعدام الحجية المطلقة للشهر ضمن هذا النظام، وبالتالي تتعدم الحماية القانونية لأطراف التصرف.

2- نظام الشهر العيني وتقاربه نسبيا ومبدأ حسن النية بالنسبة لأطراف التصرف دون الغير:

ويعتبر ضمن هذا النظام العقار محل إعتبار، فيقتصر على إشهار بيانات العقار، وهو نظام يبسر للمستفيد أو المتصرف إليه، معرفة حقيقة العقار أو الملاك الذين تعاقبوا عليه، بحيث لا يتم إجراء الإشهار العقاري إلا بعد التحري عن صحة السند المراد إشهاره، ومراقبة مدى إستفائه لشروطه الشكلية والموضوعية³، ويظهر تقارب هذا النظام نسبيا والحماية القانونية لمبدأ حسن النية بالنسبة لأطراف التصرف العقاري، من خلال المزايا التي يتمتع بها وهي:⁴

- توفير الحماية القانونية للمتعاملين.
- تفادي وعدم تأثير العيوب والأخطار الناجمة عن تشابه الأسماء.
- سهولة معرفة المالك الحقيقي للعقارات، و تجنب خطر التقادم.
- عدم تعارض سندات الملكية.
- تحقيق إستقرار الملكية وتوفير الثقة في صحة الحقوق المشهورة وسلامتها، الأمر الذي يسهل الحصول على الإئتمان المطلوب.⁵

¹ - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 84.

² - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص ص 20، 21.

³ - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 16.

⁴ - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص ص 34، 35.

⁵ - نفس المرجع، ص 36.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ونظام الشهر العيني يحقق الحجية المطلقة في مواجهة طرفي العقد وكذا الغير، وحتى يحقق هذه الحجية يشترط في التصرف أن لا يكون مشوبا بعيب يتعلق بوجوده، صحته، مع ضرورة حسن نية أطرافه.¹

إلا أن هذا النظام قد يتعارض وحماية مبدأ حسن النية من خلال إغتصاب حقوق المالك الحقيقي، حيث يمكن لشخص تقييد حق عيني لا يملكه حقيقة فيصبح هو المالك له ولا يمكن للمالك الحقيقي منازعته²، ومنه على الرغم من إستبعاد حسن النية ضمن هذا النظام إلا أنه يجسد حماية قانونية فعلية للتصرف العقاري المبرم وفقا لحسن النية.

3- موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري:

لقد تبني المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بمقتضى أحكام الأمر 74-75، وبمقتضى مراسيمه التنفيذية، إلا أنه ونظرا لأن عملية المسح العام لأقاليم البلديات عملية شاقة، تستدعي وقتا طويلا والدقة في تحديد العقارات، فإن نظام الشهر العيني لا يمكن تحقيقه واقعا إلا على سبيل التدرج، مما يجب العمل بنظام الشهر الشخصي في المناطق الغير الممسوحة³ وهذا ما أكدته نص المادة 27 من الأمر 74-75 والتي نصت على " إن العقود والقرارات القضائية التي تكون موضوع إشهار في محافظة عقارية والتي تخص عقارات أو حقوقا عينية ريفية موجودة في بلدية لم يعد فيها بعد مسح الأراضي تفهرس بصفة إنتقالية في مجموعة بطاقات عقارية مؤقتة تمسك على الشكل الفردي طبقا لكيفيات تحدد بموجب مرسوم"، وهو ما أكدته أيضا المادة 113 من المرسوم التنفيذي 63-76، مع إعتقاد نظام الشهر العيني في البلديات والمناطق التي شملتها عملية المسح العقاري. ومنه فإن المشرع الجزائري أخذ بنظام الشهر العيني كأصل عام، وفي إنتظار إستكمال تعميم المسح العقاري يعتمد على نظام الشهر الشخصي كإستثناء، ومنه فنظام الشهر العقاري في الجزائر مختلط.⁴

¹ - عبد الله باحماوي ، المرجع السابق، ص 321.

² - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص ص 36، 37.

³ - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 32، 33.

⁴ - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 88.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثا- أهداف الشهر العقاري والمرتبطة بمبدأ حسن النية:

يهدف الشهر العقاري إلى حماية التصرفات العقارية وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية عن طريق تحقيق الثقة العامة، حماية المتعامل في العقار، سهولة تداول العقارات، ضبط الملكية العقارية، وإستقرار الملكية العقارية، وكل ذلك تفاديا لحدوث أو نشوء أي حالة من حالات سوء النية والتي تؤدي إلى عدم إستقرار الملكية العقارية وبالتالي حدوث العديد من المنازعات العقارية في هذا الشأن، وتتمثل هاته الأهداف في :

1- تحقيق الثقة العامة وفقا لمقتضيات حسن النية :

إن تحقيق الثقة العامة وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية يقتضي من الشهر العقاري أن يعمل على تأمين كل مالك ضد أي مضايقة وهو يستعمل حقه، وتثبيت حق الملكية بإعتباره شرطا أساسيا لكل إستغلال مثمر للعقار الذي ينصب عليه، كما أنه يهدف من أجل تأمين الاستقرار القانوني والثقة في المعاملات العقارية على إختلاف أنواعها، فتنظيم الشهر العقاري يجب أن يأخذ في الإعتبار الأوضاع الظاهرة ويسمح بالإعتداد بها فيما يتعلق بالغير.¹

2- حماية المتعامل في العقار حسن النية:

إن التصرفات العقارية التي تقيد في ظل نظام الشهر العيني، يصبح قيدها قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني أو العقار للمتصرف إليه، وأن هذا التصرف يصبح سليما خاليا من كل العيوب التي تلحق التصرف العقاري²، فالشخص الذي يؤول إليه العقار بعد تسجيله بإدارة الشهر العقاري يكون مطمئنا كون الملكية تصبح ثابتة ومستقرة لا يمكن زعزعتها كون العقار قد تظهر من كل حالات العيوب وسوء النية وذلك لدقة الإجراءات المتبعة في الشهر.³

3- تسهيل تداول العقارات :

لقد عنيت العديد من الدول بوضع نظم تكفل ثبوت الملكية العقارية وما يرد عليها من قيود وما يترتب عليها من حقوق لصالح الغير ثبوتا أكيدا يبعث الثقة في نفس المالك ذاته ويوفر الطمأنينة لمن يتعاملون معه، وسلكت في ذلك وجوب شهر التصرفات التي

¹ - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 25.

² - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 89.

³ - نفس المرجع، ص 89.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

تترتب عليها، بحيث يتاح لكل ذي مصلحة في عقار معين أن يحيط علما بكافة التصرفات التي تناولت هذا العقار والحقوق المترتبة عليه، فيستطيع أن يرتب تعامله مع صاحبه وهو على بينة تامة بحقيقة مركزه المالي فيما يتعلق بهذا العقار.¹

ومنه فإن هدف الشهر العقاري هو إحاطة الكافة، وعلى الأخص من له مصلحة قانونية من قريب أو من بعيد، علما بالوضع القانوني للعقار وكذا الحقوق التي ترد عليه، إذ يتمكن من الوقوف على مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشوئها وكل ما يتعلق به، ومنه فهو يهدف إلى إحداث تنظيم قانوني للعقارات عن طريق وضع هوية لكل عقار تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص.²

4- ضبط الملكية العقارية بناء على أسس حماية حسن النية :

إن الشهر العقاري يضبط حالة العقار باسم مالكة بصفة حقيقية، على أسس وقواعد سليمة متينة تقضي بإسناد الملك العقاري إلى مالكة الحقيقي، فالبيانات الواردة بالسجل العقاري تعتبر حجة على ما تضمنته وهي الحقيقة التي لا يكتنفها غموض أو شك، وهي الحقيقة التي لا يكتنفها غموض أو شك، فمن يقدم إلى إبرام عقد مع صاحب الحق العيني يكون على يقين منذ البداية بأنه هو مالكة الحقيقي، وهو على علم بخلو العقار من الأعباء العالقة به.³

5- إستقرار الملكية العقارية تكريسا لمبدأ حسن النية:

يضمن الشهر العقاري عدم تعارض سندات الملكية، وذلك على أساس أنها تستخرج من مصدر واحد وهو البطاقة العقارية، والتي يتم إنشاؤها بعد التحري عن صحة المعلومات المقدمة تحريا دقيقا، وذلك حتى لا يقيد أي حق عقاري إلا بعد تثقيته من كل شائبة، ليكون مطابقا للمعلومات الحقيقية وعنوانا لها، وهو ما يؤكد الثقة في صحة

¹ - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 26.

-Ginossar , droit réel , propriété et créance (élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux), paris, LGDJ, p137.

² - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 26.

³ - ريم مراحي، المرجع السابق، ص ص 89، 90.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الحقوق المشهورة وسلامتها ويرفع من قيمة العقارات، ومنه ينجم تنشيط الإلتزام العقاري وبالتالي تحقيق إستقرار الملكية.¹

6- حماية التصرفات العقارية وحماية الغيرية:

إن الشهر العقاري يهدف لحماية التصرفات العقارية وحماية الغيرية حتى تستقر الثقة العقارية إستقرارها السليم الذي يتعاصر مع الطمأنينة وتتعاصر معه ، وحتى يطمأن المشتري إلى ملكية يرضاها سليمة لا تشوبها شائبة معينة² أو يعتريها العديد من الحالات التي تتنافى وحسن النية.

¹ - ريم مراحي، المرجع السابق ، ص 90.

² - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 27.

- عبد السلام ذهني ، في الغش التواطؤ التدليسي والتسجيل في نقد النقض، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، مصر، 1944، ص 20.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : الإختلافات الفقهية حول دور حسن النية في مجال الشهر العقاري.

لقد نشب العديد من الخلافات الفقهية حول دور حسن النية في مجال الشهر العقاري، وكذا أثره على حجية الحقوق المقيدة والتصرفات العقارية المشهورة، حيث ظهر ثلاث إتجاهات فقهية، الأول يستبعد مبدأ حسن النية من مجال الشهر العقاري، ويستند إلى العديد من الأسس القانونية لإستبعاد حسن النية أهمها مبدأ القوة الثبوتية المطلقة، أما الثاني فهو يؤيد دور حسن النية في مجال الشهر العقاري، على أساس الإعتداد بحسن النية كمبرر للطعن في الحقوق المشهورة، ويستند إلى قوة الثبوت النسبية، أما الثالث فهو الإتجاه الذي حاول التوفيق بين الإتجاهين.

أولاً- نظرية إستبعاد مبدأ حسن النية من مجال شهر التصرفات العقارية:

تقوم النظرية على أساس أن الشهر العقاري ينشئ الحق ويمنحه حجية مطلقة في مواجهة الغير، ومنه لا وجود للحق العقاري قبل شهره، وإذا ما أشهر لا يمكن الطعن في حجيته، وتتميز الحجية كونها مطلقة وعمامة بحيث تسري على الغير بمعناه العام بخلاف الحجية التي تعدد بدور حسن النية، ولقد نشأت النظرية نتيجة للنقد الموجه للتيار الفقهي الفرنسي الذي تبني مبدأ حسن النية كوسيلة مفاضلة بين الحقوق المشهورة.¹ ويرى أنصار هذه النظرية أنه بإستبعاد حسن النية في مجال حجية الحقوق المشهورة، يوفرون حكماً موحداً للحق المشهر، مما يجنب الدخول في تعقيدات المفاضلة بين الحقوق المتزاحمة والبحث في نوايا الأشخاص.

ومنه فإن إعمال النظرية يقتضي القول بأن قيد حق معين أو شهر تصرف ما أو أي محرر آخر يمنح الحق المشهر حجية مطلقة في مواجهة الغير بصرف النظر عما قد يسببه الشهر من ضرر للغير ودون حاجة إلى نية الطرف الذي أشهر حقه.²

¹ - فتحي ويس ، (أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، دراسة مقارنة)، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02 (العدد التسلسلي 24)، أكتوبر 2020، ص 557.

² - نفس المرجع، ص ص 557، 558.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

1- آثار إستبعاد مبدأ حسن النية في شهر التصرفات العقارية:

ينجم عن إستبعاد مبدأ حسن النية في شهر التصرفات العقارية، وفقا للنظرية التي تقول بإستبعاد حسن النية في الشهر العقاري، العديد من الآثار والنتائج تتمثل في:

- بمجرد شهر التصرف العقاري، يتمتع بحجية مطلقة في مواجهة الغير، حيث أنه لا يمكن لهذا الأخير الإحتجاج بوجود أي حق مزاحم على نفس العقار، حتى ولو كان من أشهر حقه أولا سيء النية، إذ يصبح الحق المقيد بذلك محصنا من الطعن فيه.¹
- الأخذ بمبدأ حسن النية كوسيلة للطعن في الحقوق المشهورة يؤدي إلى إنتشار الملكية الخفية وإضطراب المعاملات وعدم التوافق بين السجل العيني والوضعية الحقيقية للحقوق العقارية، ومنه فإن إستبعاد دور حسن النية كفيل بحمل الأشخاص على قيد حقوقهم ما يجعل بيانات السجل العيني دقيقة ومحل ثقة الأمر الذي يسمح بنشر الإئتمان العقاري²، فمن يقدم على التعامل في العقارات مستندا على هذه البيانات يكون في مأمن من أي إدعاء لاحق بوجود أي حق على العقار، حتى ولو تم القيد لمصلحة شخص سيء النية.³
- المتعامل لا يخشى من أي دعوى يرفعها ضد الغير من أجل إبطال أو بطلان التصرف الذي كان طرفا فيه، أو التصرف السابق الذي إكتسب بموجبه المتصرف حقه، وهذا ما يؤكد الحماية الكبيرة للمتعاملين بناء على أن الشهر يطهر التصرفات من العيوب حتى وإن كان التصرف معيبا أو باطلا أو تم بسوء نية، وحتى لو كان الحق المشهر قد إكتسب بطرق غير مشروعة.⁴

- أن من يلجأ إلى بيانات سجل القيد لا يكون بحاجة إلى التحقق من إستقرار الحق لسلفه، كما أنه لا يكون مضطرا إلى التحري عن صحة التصرف أو السند الذي أجري على أساسه الشهر، حيث أن هذا التحقيق والتحري يقوم به مأمور السجل العيني، عملا

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 558.

² - علي بن عزان بن علي الهشامي، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعماني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010، ص 24، مقتبس عن فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 558.

³ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 558.

⁴ - نفس المرجع، ص 558.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

بمبدأ المشروعية الذي يتميز به نظام الشهر العيني الذي يستبعد نظريا فكرة حسن النية كذريعة للمزاحمة والظعن في الحقوق المشهورة.¹

- منع الظعن في الحقوق المشهورة، حتى ولو كان التصرف المشهر قد تم بنية الإضرار بصاحب الحق الحقيقي، وهو ما أشارت إليه محكمة النقض المصرية في حكم بتاريخ 12/12/1935، أكدت من خلاله أنه لا يعتد بسوء النية أو التواطؤ، فلا يقبل من أي إنسان لم يكن عقده مسجلا، أن ينازع من آل إليه ذات العقار أو الحق العيني العقاري وسجل عقد، وأنه لا يقبل مطلقا الاحتجاج بسوء النية والتواطؤ على صاحب العقد المسجل الذي إنتقلت إليه الملكية فعلا بالتسجيل.²

2- الأسس القانونية لنظرية إستبعاد مبدأ حسن النية في الشهر العقاري:

يقوم هذا الإتجاه على مجموعة من الأسس التي تؤكد أن الشهر العقاري يبتعد عن مبدأ حسن النية على الرغم من أنه يهدف إلى نشر الثقة والإئتمان العقاري.

- الفكرة الرومانية لإنتقال الملكية :

لقد إنتقلت أحكام القانون الروماني فيما يتعلق بإنتقال الملكية إلى القانون الفرنسي القديم، فكان البيع لا يكفي وحده لنقل الملكية ولا يرتب إلتراما بنقلها، بل لا بد من أن يتم القبض والإشهاد والتنازل القضائي،³ فإننتقال الملكية يحكمه فكرتان الفكرة الفرنسية والفكرة الرومانية، حيث تستند الأخيرة على النص الوارد في دستور ديوكلتيان، والذي ينص على أن نقل الملكية هو التسليم وليس الاتفاق، أي تجزئة التصرف إلى تصرفين الأول منشئ والثاني ناقل للحق، حيث ينصب الشهر على الثاني فيتم مستقلا عن التصرف الأول ومن ثم لا تنتقل إليه عيوبه، وتأخذ بهذه الفكرة الدول التي تأخذ بنظام الشهر العيني كألمانيا وسويسرا.⁴

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة ، ص 558.

² - شمس الدين الوكيل، (أثر الغش على الأسبقية في التسجيل)، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة فاروق الأول، السنة 1958/1959، القاهرة، ص 82، مقتبس عن ويس فتحي، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 574.

³ - ليلي أبيض ، المرجع السابق، ص 41.

⁴ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 559.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه فإن هاته الفكرة تعني أن عملية نقل الحق تشكل كيانا مستقلا عن التصرف، يعمل بقوته الذاتية ومستقلا عن عيوب التصرف المنشئ له وهذا ما يمنح الشهر حجية مطلقة بعد شهره ومنه لا يجوز الطعن في الحق.¹

- مبدأ القوة المطلقة :

يعتبر هذا المبدأ مكملا لمبدأ مشروعية التسجيل الذي يهدف إلى التحري والتدقيق قبل إجراء أي تسجيل حتى لا يقيد في السجل العقاري إلا الحقوق المشروعة والتي تستند إلى سبب صحيح، فالتصرف الذي يتم تسجيله بعد التحري عن صحته تكون له حجية كاملة، إذ تنتقل الملكية والحقوق العينية بمجرد القيد ولو علقت به شائبة.²

ويترتب على هذا المبدأ نشوء قرينة قاطعة لا تقبل إثبات العكس على ملكية العقار أو الحق العيني للمتصرف إليه، وأن هذا التصرف صحيح وخال من العيوب التي قد تلحق به، لأن من شأن الشهر في ظل هذا النظام تطهير التصرفات من كل العيوب مهما كان مصدرها فيصبح المتصرف إليه في مأمن من كل دعوى ترفع عليه بشأن التصرف الذي قام به³، فيقوم مبدأ القوة المطلقة على مبدأ الأثر التطهيري والغرض من إحداثه هو إعطاء القوة والمتانة للسند العقاري تدعيما للإئتمان العقاري وتسهيل تداوله بين الناس بشكل يجعل من الإستحالة إهدار أو زعزعة الحقوق الثابتة بالسجل العقاري.⁴

وتقرير القوة المطلقة للقيد يوفر الثقة في بيانات السجل العيني⁵ وهو من السمات المميزة لهذا النظام ، وأي إستثناء على ذلك يضعف الثقة الواجب توافرها.⁶

ولقد أثار البعض عدم شرعية الأخذ بالمبدأين لتعرضهما مع مبادئ أساسية مسلم بها قانونا، من قبيل المبدأ المشهور الذي يقضي بأن الغش يفسد كل شيء، وفي هذا الإطار تمنح جل التشريعات المتضرر الحق في طلب التعويض⁷.

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة المرجع السابق، ص 559.

² - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 44.

³ - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 30، 31.

⁴ - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 24.

⁵ - إذا كان الشهر منذ البداية مبنيا على حسن النية فإن مبدأ القوة المطلقة يعتبر حماية قانونية لهذا المبدأ، إلا أنه يعتبر معارضا له في حال ما إذا توافر سوء النية في ابرام التصرف العقاري منذ البداية.

⁶ - ليلي لبيض ، المرجع السابق ، 45.

⁷ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 560.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- النظرية المؤيدة لدور حسن النية في شهر التصرفات العقارية:

على خلاف النظرية السابقة فإن هاته النظرية تعتد بحسن النية في شهر التصرفات العقارية، وذلك كمبرر للطعن في الحقوق المشهورة، وتحرم صاحب الحق المشهر من الإحتجاج بحقه إذا ثبت أنه كان سيء النية، ويستند أنصارها على مجموعة من الأسس القانونية والأخلاقية .

ويؤدي الشهر العقاري وفقا لهذه النظرية دورا آخر غير الدور الذي تمنحه له النظرية الأولى وهو دور المفاضلة بين الحقوق المتزاحمة، إذ تكون الأفضلية لمن شهر حقه أولا، ولكن يستثنى من هذه الأفضلية من يرتكب أثناء شهر حقه خطأ من بين الأخطاء التي تجعله في حكم سيء النية.¹

1- آثار الأخذ بمبدأ حسن النية في شهر التصرفات العقارية:

- إن القانون الفرنسي الذي اتبنى هاته النظرية وضع قاعدة جوهرية تشكل إعترافا بدور حسن النية وأثرها في حجية الشهر ، وذلك من خلال حديثه عن الغير الذي يحرم من المزاحمة بحقه، فخلافا للقاعدة العامة في المفاضلة بين الحقوق المشهورة المتزاحمة، يحرم الغير من الإحتجاج بحقه ومزاحمة المتلقي لنفس الحق إذا ثبت أنه سيء النية ، ويستند القانون الفرنسي في ذلك إلى دوافع أخلاقية تتعلق بنبذ الغش في التصرفات.²

وعملا بهاته النظرية تنص المادة 30 فقرة 1 نبذة 2 من مرسوم 04 جانفي 1955 المتعلق بالشهر العقاري في فرنسا والذي لا يزال ساريا، على أحد هؤلاء الأشخاص المحرومين من الإحتجاج بحقوقهم المشهورة، ويتعلق الأمر بالغير الذي كان مكلفا بإجراء الشهر لحساب صاحب الحق المزاحم وذلك مظهر من مظاهر تغليب القواعد الأخلاقية على القواعد الشكلية للشهر العقاري³، كما أضاف القضاء الفرنسي حالة الغير الذي يتوصل إلى إشهار حقه بسوء نية، حيث يتم تقرير حرمانه من الدفع بعدم شهر الحقوق المزاحمة أو التي تأخر شهرها بناء على سوء نيته، قبل أن يتحول هذا المبدأ القضائي

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة ، المرجع السابق، ص 561.

² - نفس المرجع، ص 561.

³ - المرجع نفسه ، ص 561.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إلى نص تشريعي بموجب المادة 1198 في التقنين المدني الفرنسي بموجب المرسوم المؤرخ في 10/02/2016.¹

- إستفادة صاحب الحق المشهر الحسن النية من قاعدة عدم حجية الحقوق المزاحمة الغير مشهورة، ومنه إذا ثبت أنه سيء النية أثناء إشهار حقه فإنه لا يستفيد من قاعدة عدم الحجية ولا يجوز له أن يدفع بعدم إشهار الحقوق المزاحمة لحقه أو التي تأخر إشهارها.²

2- الأسس القانونية للأخذ بمبدأ حسن النية في شهر التصرفات العقارية:

يقوم هذا الإتجاه على مجموعة من الأسس التي تؤكد أن الشهر العقاري يرتبط بمبدأ حسن النية وهو يهدف لحماية الأطراف والغير.

- الفكرة الفرنسية بشأن إنتقال الحقوق :

لقد ظهرت معالم الشهر الشخصي في فرنسا بصدور القانون المدني الفرنسي لسنة 1804، والذي إستبعد التصرفات الناقلة للملكية من أحكام الشهر العقاري والذي إختصت أحكامه الهبات والإستبدالات الوصائية والرهن.³

ووفقا لهاته الفكرة فإن العقد يقوم بذاته دون حاجة إلى تصرف لاحق بنقل الحق، ومنه فإنه يشكل التصرف المنشئ للالتزام والتصرف الناقل للحق تصرفا واحدا، ومنه فإن الشهر كعمل لاحق على التصرف ليس له أي أثر على الحق المشهر، فصاحب الحق لا ينقل إلى خلفه إلا حقه كما هو بعيوبه ومخاطره، وبذلك يقتصر أثر الشهر هنا على إعلان الحقوق كما هي.⁴

- قوة الثبوت النسبية للشهر :

أي أن الشهر ما هو إلا قرينة بسيطة على صحة الحق، وأن تلك القرينة تقبل إثبات العكس، حيث يظل الشخص المسجل بإسمه الحق مفترضا أنه هو صاحب الحق، ويظل التصرف المنشئ لهذا الحق مفترضا صحيحا، ويفترض أن أطراف العلاقة كانوا حسني

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة ،المرجع السابق، ص 561.

² - سالم حماد شعبان الدحدود، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1997، ص 103، مقتبس عن فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 575.

³ - ليلي أبيض ، المرجع السابق، ص 41.

⁴ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 562، 563.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

النية في تعاملهم، ما لم يثبت العكس، فتحصين الحقوق المشهورة من الطعن يفتح الباب واسعا للغش والتحايل¹.

3- عيوب النظرية المؤيدة لدور حسن النية في شهر التصرفات العقارية:

- إن الأخذ بهذه النظرية ينجم عنه العديد من العيوب تتمثل في :
 - حرمان صاحب الحق من الإحتجاج بحقه ، مع مراعاة حقوق الغير أكثر من مراعاة حقوق أطراف التصرف ومنه إنعدام الحماية القانونية لحسن النية.
 - تغليب القواعد الأخلاقية على القواعد القانونية.
 - وجوب إثبات حسن النية من طرف أطراف التصرف، ومنه حسن النية ليس مفترضا.
 - إقتصار الشهر العقاري على إعلان الحقوق فحسب .
 - ليس للشهر سوى دور واحد وهو تحديد صاحب الأفضلية.

ثالثا- محاولة التوفيق بين نظرية إستبعاد حسن النية ونظرية الأخذ بحسن النية في مجال شهر التصرفات العقارية:

إن مبدأ حسن النية في شهر التصرفات العقارية يرتبط أساسا بنظام الشهر المتبع، حيث أنه يختلف باختلاف طبيعته شخصيا أو عينيا أو مختلطا يمزج بين النظامين، ومنه إتجه جانب من الفقه لمحاولة إيجاد نظرية للتوفيق بين النظريتين المرتبطتين بحسن النية في شهر التصرفات العقارية، على أساس أن هاته الأخيرة ترتبط إرتباطا وثيقا بمبدأ حسن النية في العديد من المجالات.

1- تقييد مبدأ حسن النية بشروط في مجال شهر التصرفات العقارية:

إن المبادئ التي تميز أي نظام من أنظمة الشهر تعتبر مجرد مبادئ نظرية، فتبني نظام شهر معين لا يعني بالضرورة الأخذ بكل مبادئه، وفي مجال أعمال مبدأ حسن النية للإحتجاج بالحقوق والتصرفات العقارية المشهورة فإن بعض التشريعات وعلى الرغم من تبنيها لنظام الشهر العيني إلا أنها جعلت لحسن النية أثرا على حجية الحقوق والتصرفات المشهورة، ولكن بشكل مقيد بشروط وضمن نطاق محدود².

ويظهر ذلك من خلال التلطيف من حدة آثار عملية الشهر العقاري، كحالة تشديد الرقابة القبلية على قيد الحقوق وشهر التصرفات وفتح باب الإعتراض الإداري ضد أعمال

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 563.

² - نفس المرجع، ص 564.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الترقيم أو القيد الأول، ثم باب الطعن القضائي في القيد الأول بنوعيه المؤقت والنهائي، كما تمنح بعض التشريعات مأمور السجل العيني سلطة تصحيح الأخطاء المادية والتوفيق بين المتخاصمين.¹

وبالنسبة لنظام الشهر الشخصي فإنهم في العديد من الحالات لا يعطون لمبدأ حسن النية نفس الأثر في كل التصرفات والحقوق العقارية المشهورة، ففي فرنسا تقوى حجية القيد لما تتعلق بالتصرفات والمحركات الخاضعة للشهر من نوع الشهر المقرر بهدف الحجية، في حين تضعف الحجية لما تتعلق بالتصرفات والمحركات الخاضعة للشهر بهدف الإعلام.²

2- إستبعاد فكرة حسن النية وتوفير ضمانات للحماية القانونية :

إن نظام الشهر العيني ومن أجل خلق توازن بين المصالح وعدم المساس بحقوق الغير حسن النية يضع شروطاً دقيقة يجب توفرها في المحرر المقدم للشهر، كما يمنح لمأمور الشهر أو المحافظ العقاري سلطة رقابة واسعة قبل قيد الحقوق وشهر التصرفات.³ وتتمثل أهم هذه الضمانات في⁴ :

- إعطاء المكلف بالشهر سلطات واسعة تمكنه من مراقبة عملية القيد الأول أو الترقيم.
- منح الغير حق الاعتراض على نتائج القيد الأول بنوعيه المؤقت والنهائي.
- التشدد بشأن الشروط الشكلية التي يتطلبها شهر التصرفات العقارية كشرط الرسمية، وقاعدة الشهر المسبق.

ويهدف فرض الشروط إلى الحد من تزامم الحقوق والدخول في متاهة المفاضلة بين أصحاب تلك الحقوق والبحث في معيار تلك المفاضلة التي تقوم في الغالب على مبدأ حسن النية.⁵

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة ، المرجع السابق، ص 567.

² - فتحي ويس ، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية - دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 507، 543.

³ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 565.

⁴ - نفس المرجع، ص 565.

⁵ - المرجع نفسه، ص 565.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : مبدأ حسن النية والشهر العقاري في التشريع الجزائري.

لقد أخضع المشرع الجزائري جميع التصرفات القانونية الواردة على العقار لوجوب عملية الشهر العقاري، حيث أنه لا يكون لها أثر بالنسبة للأطراف ولا حجية بالنسبة للغير إلا من تاريخ شهرها بالمحافظة العقارية، فتنص المادة 29 من القانون 90-25 والمتضمن قانون التوجيه العقاري على أنه " يثبت الملكية الخاصة للأملاك العقارية، والحقوق العينية عقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري ".

والمشرع الجزائري أولى أهمية كبرى لهاته التصرفات حيث سن العديد من الأحكام التي تهدف إلى تحقيق علانيتها، بالإضافة إلى وجوب توافق الإيرادات وإفراغ ماتم الاتفاق عليه في محرر رسمي، وشهر المحرر بالمحافظ العقارية لتحقيق إستقرار الملكية العقارية مهما كانت طبيعتها ودعم الإئتمان.¹

والشهر العقاري بالجزائر يقوم على نظامين أساسيين وهما النظام الشخصي و النظام العيني، على الرغم من تبني المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني صراحة بموجب الأمر 74-75، إلا أنه يظهر لنا من خلال العديد من النصوص القانونية تكريس المشرع لمبدأ حسن النية في عملية الشهر ، مع وجود حماية قانونية للتصرف العقاري المبرم وفقا لمقتضيات المبدأ المذكور.

¹ - محمد الأمين مستاري ، عبد القادر ضامن ، (الشهر العقاري كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري)، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 03، سبتمبر 2018، ص 290.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- مظاهر التكريس الضمني لمبدأ حسن النية في عملية الشهر العقاري :

يظهر ذلك من خلال تكريس العديد من الضمانات لأطراف التصرف العقاري والغير، وتتمثل أهمها في :

1- جواز الطعن في الحقوق المشهورة الناتجة عن الترقيم النهائي تكريسا لمبدأ حسن النية :

لقد أجاز المشرع الطعن في الحقوق المشهورة تكريسا لمبدأ حسن النية بموجب العديد من النصوص القانونية، والمتمثلة في نص المادة 16 من المرسوم التنفيذي 63-76 والتي تنص على أنه " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12، 13، و 14 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء. وإذا كانت الدعوى ترمي إلى تغيير الحقوق الناتجة عن ترقيم لا يزال مؤقتا تطبيقا لأحكام المادتين 13، 14 أعلاه فإن هذا الترقيم يحافظ على طابعه المؤقت إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي."، حيث أن نص المادة أجاز الطعن في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي بموجب دعوى قضائية.

والترقيم النهائي وفقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 63-76 هو ذلك الترقيم الذي يرتبط بالعقارات التي يحوز مالكوها سندات أو عقود أو كل الوثائق الأخرى المقبولة قانونا لإثبات حق الملكية، فهو يرتبط بنوعية السند المقدم وحجيته.¹

إلا أن الدعوى القضائية في هذا الشأن يجب أن تشهر وفقا لأحكام المواد 85 من المرسوم التنفيذي 63-76 والتي تنص " أن دعوى القضاء الرامية إلى النطق بفسخ أو إبطال أو إلغاء أو نقض حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها، لا يمكن قبولها إلا إذا تم إشهارها مسبقا....."،

وكذا نص المادة 17 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية² الذي يؤكد على أنه على أنه يجب إشهار عريضة الدعوى لدى المحافظة العقارية إذا تعلقت بعقار أو حق عيني مشهر ، وتقديمها في أول جلسة تحت طائلة عدم قبولها شكلا ،

¹ - ريم مراحي، المرجع السابق، ص 106.

² - القانون رقم 08-09، المؤرخ في 23 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008 .

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما أنه بصدر قانون المالية لسنة 2019¹ وبموجب نص المادة 35 منه سعى المشرع الجزائري إلى ضبط إجراءات التصرف في العقار بإستحداث المادة 16 مكرر من الأمر 74-75 المتضمن إعداد المسح العام للأراضي وتأسيس السجل العقاري، والتي تنص على أنه يجب كل عريضة رفع دعوى تتعلق بعقار أو حق عيني مشهر سنده، بعد تسجيلها بأمانة ضبط المحكمة، كما تؤكد المادة على أنه لا يترتب عن إشهار عريضة رفع الدعوى القضائية العقارية تجريد أو تعليق أو منع التصرف في العقار أو الحق العيني العقاري.

2- جواز إلغاء الترقيم الذي تم بناء على سوء النية :

تنص المادة 18 من القانون 02-07 المتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري² على أنه " في حالة إكتشاف ترقيم تم على أساس تصريحات غير صحيحة أو تقديم وثائق مزورة يقوم مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي برفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء الترقيم العقاري المعني، ويقدم شكوى أمام وكيل الجمهورية لتحريك الدعوى العمومية"، ومنه فإنه وفقا لنص المادة المذكور يجوز إلغاء الترقيم الذي جاء مبنيًا على الغش والخداع ومخالفا لمبدأ حسن النية، فالتصريحات الغير الصحيحة والوثائق المزورة تعتبر من مظاهر سوء النية، ومنه فإنه حماية لمبدأ حسن النية في شهر التصرفات العقارية منح المشرع مسؤول مصالح الحفظ العقاري الولائي برفع دعوى قضائية للمطالبة بإلغاء الترقيم، مع إمكانيته تحريك دعوى عمومية لمتابعة الطرف سيء النية جزائيا.

¹ - القانون رقم 18-18، المؤرخ في 27 ديسمبر 2018 ، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 79، بتاريخ 30 ديسمبر 2018.

² - القانون 02-07، المؤرخ في 27 فيفري 2007، والمتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، منشور بالجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 28 فيفري 2007.

- تتوقف عملية تسليم سندات الملكية على إجراءات التحقيق العقاري بطلب من أي شخص طبيعي أو معنوي يمارس حياة على عقار بنفسه أو بواسطة شخص آخر، أو يحوز سند ملكية يعود تاريخه إلى ما قبل 01 مارس 1961، وفقا لنص المادة 04 من القانون 02-07، كما يمكن للدولة عن طريق هيئاتها أن تبادر بالتحقيق الجماعي في إطار إنجاز برنامج بناء أو تهيئة عقارية، ريفية، أو حضرية من أجل تسليم سندات الملكية لشاغلي المناطق المعنية بهذا البرنامج، أنظر لبيض ليلى، المرجع السابق، ص 91.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

3- الإعتراض على نتائج أعمال الترقيم تكريسا لمبدأ حسن النية :

وفقا لنصوص المرسوم التنفيذي 62-76 المتعلق بالمسح العام، يتم فتح سجل للإعتراضات داخل الإختصاص الإقليمي لنفس المحافظة العقارية، يسلم لها من طرف المديرية مؤشرا وموقعا من طرف المدير، وتتعلق الإعتراضات المسجلة في هذا السجل بالترقيم المؤقت أو الترقيم النهائي للعقارات، وتبلغ هاته الإعتراضات كتابيا إلى المحافظ العقاري والطرف الخصم¹، وفقا لنص المادة 15 من المرسوم التنفيذي 63-76 والتي تنص " يبلغ كل إحتجاج متعلق بالترقيم المؤقت في السجل العقاري الذي يثار خلال المدة المحددة في أحكام المادتين 13 و 14 أعلاه، بموجب رسالة موصى عليها، إلى المحافظ العقاري وإلى الطرف الخصم ويمكن أن يقيد المعنيون هذا الإحتجاج في سجل يفتح لهذا الغرض لدى كل محافظة عقارية.

تكون للمحافظ العقاري سلطة مصالحة الأطراف وتحرير محضر عن المصالحة، وتكون لإتفاقات الأطراف المدرجة في هذا المحضر قوة الإلزام الخاص. وفي حالة ما إذا كانت محاولات المصالحة بين الأطراف عديمة الجدوى، يحرر المحافظ العقاري محضر عدم المصالحة ويبلغه إلى الأطراف.

وتكون للطرف المدعي مهلة ستة (6) أشهر إبتداء من تاريخ التبليغ الذي يتلقاه من المحافظ العقاري ليقدم تحت طائلة رفض الدعوى، كل إعتراض أمام الجهة القضائية. تشهر الدعاوى القضائية والتي يجب تبليغها إلى المحافظ العقاري في نفس المهلة وفقا لأحكام المادة 85 أدناه"، وفقا لنص المادة فإن الإعتراض على نتائج أعمال الترقيم يتم بالطريقتين الإداري والقضائي، على الرغم من الصعوبات العملية التي يثيرها الطعن في الترقيم بنوعيه المؤقت والنهائي، إلا أنه لا يشترط في الطعن أن يكون التصرف المطعون فيه قد تم بسوء نية أو بالغش أو التدليس، لكن لا مانع من الإستناد على ذلك في الطعن.²

ولا يتعارض مبدأ جواز الطعن ونص المادة 23 من الأمر 74-75 والتي تنص على تحمل الدولة تعويض المتضررين من الخطأ في الشهر، إذ لا أساس من الناحية

¹ - ريم مراحي ، المرجع السابق، ص ص 114، 115.

² - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 567.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

القانونية لإلزام المتضرر أن يسلك أحد الطريقين أي إما أن يطالب بالتعويض، وإما أن يطعن في الحق المشهر.¹

ثانياً- أثر حسن النية في مجال شهر التصرفات العقارية :

إن أثر حسن النية في مجال شهر التصرفات العقارية، يظهر لنا من خلال حالتين، الأولى بموجب نص المادة 86 من المرسوم التنفيذي 63-76 وتتعلق بالأثر الرجعي الناجم عن فسخ حقوق عينية، أو إبطالها، أو إلغائها أو نقضها، أما الحالة الثانية وهي التي جاءت بها المادة 87 من نفس المرسوم والمتعلقة بالخلف الخاص لصاحب الحق العيني العقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت حقه.

1- الحالة الأولى وفقاً لنص المادة 86 من المرسوم التنفيذي 63-76 :

تنص المادة 86 من المرسوم التنفيذي 63-76 على أنه " أن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثراً رجعياً لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر، إلا إذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض قد تم إشهاره مسبقاً أو كان هذا الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض، بحكم القانون، تطبيقاً للقانون "، ومنه فإن الأثر الرجعي الناجم عن فسخ الحقوق العينية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها لا يكون حجة على من اكتسب الحق، إلا إذا كان عالماً بسبب الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء عن طريق الشهر، ومنه فإنه وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية يعتبر في حكم من اكتسب الحق بحسن نية.

2- الحالة الثانية وفقاً لنص المادة 87 من المرسوم التنفيذي 63-76 :

تنص المادة 87 من المرسوم التنفيذي 63-76 على أنه " أن الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص لا يمكنه الاعتراض على العقود بين الأحياء والتي تم إعدادها بصفة متميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لحق التصرف، أو على القرارات القضائية المثبتة أو المطالبات القضائية التي ترمي إلى الحصول على القرارات المذكورة، قد تم إشهارها مسبقاً عن الإشهار المعطى لحقه الخاص." ويرتبط نص المادة بالشرط المانع للتصرف والذي يمكن تعريفه على أنه " قيد إرادي يرد في تصرف

¹ - فتحي ويس ، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 567.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

قانوني لا يجوز بمقتضاه للمتصرف إليه التصرف في المال الذي إنتقلت إليه ملكيته بموجب هذا التصرف مدة من الزمن حماية لمصلحة مشروعة¹ " أو هو " إلتزام قانوني أو إشتراط عقدي يقع بين طرفي التصرف القانوني، مفاده تقييد حرية المتصرف إليه الذي آل إليه مال معين من التصرف في هذا المال لمدة معينة، ولغرض تحقيق مصلحة شخصية خاصة مشروعة"².

ومنه فإن نص المادة يتعلق بحجية الشرط المانع من التصرف أو المقيد لسلطة المالك، إذ لا يكون لذلك الشرط أو القيد أي حجية في مواجهة الخلف الخاص، الذي يتلقى حقه من المالك المقيد أو الممنوع من التصرف، ما لم يكن عالما بوجود الشهر، حيث أن عدم علمه يقوم مقام النية الحسنة.³

والمرشح لم يفصل شروط صحة الشرط المانع من التصرف مكتفيا بشرط واحد والمتمثل في شرط التأقيت، دون أن يحدد مدة معينة ودون تحديد طبيعة العقود التي يصح فيها، مما يجعل الشرط يصح في عقود المعاوضة أو التبرع عكس ما ذهب إليه التشريع الفرنسي.⁴

ونص المادة 87 مأخوذ من نص المادة 28-2 من المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 04 يناير 1955، الخاص بالشهر العقاري، حيث يعتبر هذا الأخير أول إعتراف تشريعي صريح في فرنسا بشرط المنع من التصرف الذي ألزمت من خلاله الإرادة التشريعية في فرنسا بوجود تسجيل التصرفات فيما بين الأحياء التي تتضمن شروطا مانعة مؤقتة من التصرف.⁵

وإضافة لما سبق فإن المشرع الجزائري حماية للمتصرف، المتصرف إليه، والغير ذوي النية الحسنة ولضمان إستقرار المعاملات العقارية وتحقيق الثقة والإئتمان، أوكل للمحافظ العقاري العديد من المهام والمرتبطة بفحص ومراقبة السندات المرتبطة بالتصرفات العقارية المشهورة، وكل ذلك يعتبر حماية قانونية لحسن نية الأطراف في هذا

¹ - محمود كربوب، (شرط المنع من التصرف، دراسة مقارنة)، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01 (2021)، ص 654.

² - نفس المرجع، ص ص 654، 655.

³ - فتحي ويس، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، المرجع السابق، ص 568.

⁴ - محمود كربوب، المرجع السابق، ص 667.

⁵ - نفس المرجع، ص 668.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

النوع من التصرفات، ومنه فإن المشرع الجزائري وعلى الرغم من إعتباره للشهر قيدا على التصرفات العقارية إلا أنه ضمنه العديد من القواعد والشروط والتي تعتبر من بين مقتضيات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

المبحث الثاني : الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية

إن التصرفات العقارية هي تلك التصرفات القانونية التي تتجه فيها إرادة أو إرادتين أو أكثر إلى إحداث آثار قانونية معينة مرتبطة بعقار أو أحد الحقوق العينية، وأي إرادة تساهم في إبرام التصرف العقاري يعتبر صاحبها طرفا في ذات التصرف، ومنه فإن الآثار القانونية تتصرف إلى أطراف التصرف دون الغير، مع وجوب تسجيلها وشهرها ليستطيع الأطراف الإحتجاج بها في مواجهة الكافة.

ومنه فإنه وتكريسا لمتطلبات حسن النية والتي تقتضي توفير الحماية القانونية للغير، فإن القانون عني بحماية كل من ليس طرفا في التصرف العقاري، فليس من العدالة أن يرتبط بالتصرف العقاري بما ينجم عنه من آثار قانونية سواء بالنفع أو الضرر.

والحماية المقررة للغير حسن النية هي تلك الحماية التي تكون في مواجهة شخص يسمى صاحب الحق أو الأصل، الذي يخرج عن كونه مالكا للحق الذي إكتسب عليه الغير حسن النية حقا أو دائئا لمن أجرى معه الغير حسن النية تصرفه، وتؤدي هاته الحماية إلى سريان آثار التصرف الذي كان الغير حسن النية طرفا فيه في مواجهة صاحب الحق على الرغم من كونه أجنبيا عنه، أو لم تتجه إليه إرادته الحقيقية.¹

والغير في التصرفات العقارية يختلف عن الغير في التصرفات القانونية الأخرى، ففي التصرفات العقارية يرتبط الغير بالتسجيل والشهر في العديد من النصوص القانونية فنجد المادة 15 من الأمر 74-75 تنص على أنه " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية....."، كما تنص المادة 85 من المرسوم التنفيذي 63-76 على ضرورة شهر الدعاوى العقارية لإمكانية الإحتجاج بها على الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار موضوع الطلب القضائي الذي تم شهره بعد شهر الدعوى.²

ومبدأ حسن النية يعتبر من أهم المبادئ القانونية التي تقوم عليها فكرة حماية الغير، فلقد إعتبره المشرع في العديد من الحالات شرطا أساسيا لكي يتمتع الغير بالحماية المقررة

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون المدني، كلية الدراسات العليا، جامعة آل البيت،الأردن، آب 2003، ص(س).

² - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 241.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

له قانوناً، فأصبح مبدأ حسن النية مطلباً مهماً من أجل حصول الغير على حكم قضائي لصالحه، والذي يتحدد وجوده وقت إبرام التصرف،¹ ومبدأ حسن النية ساهم في حماية الغير هذا الأخير و الذي يختلف مفهومه طبقاً لطبيعة التصرف القانوني، كما أن تكريس حمايته يختلف أيضاً والذي يظهر لنا من خلال تحديد التزامات الغير حسن النية، جواز الإحتجاج على الغير بالحقوق العقارية المشهورة إضافة إلى مظاهر الحماية القانونية والتي تتعدد، وبناء على ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى :

- مفهوم حماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الأول).
- تكريس الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الثاني) .

¹ - إيمان زكري ، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2016/2017، ص 06.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الأول : مفهوم حماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية.

يعتبر الغير من أقدم المصطلحات القانونية فقد ظهر في التشريعات القديمة، حيث إستعمله الرومان في العبارة الشهيرة « res inter alios acta aliis neque nocere neque prodessz »، وتعني أن العقود وأحكام القضاء لا تتعدى أطرافها بالنفع أو الضرر، ولقد إستعملته المجموعة المدنية الفرنسية وتبعتها في ذلك بقية القوانين الحديثة.¹ ومصطلح الغير يعتبر من المصطلحات التي تستخدمها التشريعات دون أن تحدد معناها، وهذا ما ينطبق على أغلب التشريعات كالتشريع الجزائري، والمصري والفرنسي، وأمام هذا السكوت أصبح تحديد معنى الغير مهمة فقهية،² وفي التصرفات العقارية يرتبط مفهومه بحسن أو سوء النية فالغير حسن النية يتمتع بحماية قانونية خلافا للغير سيء النية، ومقتضى حسن النية هو جهل شخص ما دخوله طرفا في تصرف قانوني ، ما يجعل هذا الشخص بحاجة لحماية كي لا يفقد ما إكتسبه.³

ومفهوم الغير حسن النية يختلف عن الطرف حسن النية في العديد من الجوانب القانونية المرتبطة بالتصرف العقاري، ويستند التمييز إلى العديد من المعايير كمعيار الإرادة، معيار المصلحة وفقا للمفهوم الضيق أو المفهوم الواسع.

كما أن أشخاص الغير في التصرفات العقارية تختلف باختلاف نوع التصرف وطبيعته القانونية، فقد يكون الغير مطلقا وهو الغير الأجنبي تماما عن التصرف ويكون ذلك وفقا للمفهوم التقليدي للغير، وقد يكون الغير نسبيا وهو الخلف العام.⁴

ولتوضيح مفهوم الغير حسن النية في التصرفات العقارية، تم تقسيم هذا المطلب

إلى :

- المقصود بحماية الغير حسن النية وتمييزه عن الغير سيء النية في التصرفات العقارية (الفرع الأول).

¹ - ربعة حلبي ، الغير في العقد دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016/2017، ص 01.

² - نفس المرجع ، ص 13.

³ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 03.

⁴ - ربعة حلبي ، المرجع السابق، ص 17.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- تمييز الغير عن الطرف في التصرفات العقارية والأدوار الوظيفية لحماية الغير (الفرع الثاني).

- أشخاص الغير حسن النية في التصرفات العقارية وقوام حماية الغير (الفرع الثالث).

الفرع الأول : المقصود بحماية الغير حسن النية وتمييزه عن الغير سيء النية في التصرفات العقارية.

إن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري هي شهر المعاملات المتعلقة بكل عقار، لتمكين الغير من الإطلاع عليها، والإحاطة بحالة العقار الحقيقية في حال أراد إجراء إتفاق بشأنه ولذا فرض القانون قيد كل ما للعقار من حقوق، وكل ما عليه من أعباء حتى يتمكن من الإحتجاج بها على الغير.¹

ويكتسب تحديد المقصود بالغير حسن النية وتمييزه عن الغير سيء النية في التصرفات العقارية أهمية كبيرة، كونه يحدد لنا المقصود بالغير عموماً وكذا الغير الواجب حمايته قانوناً والذي يفترض فيه حسن النية، ومنه وجب أيضاً توضيح المقصود بسوء النية في الغير عن طريق التمييز بينهما، وتعريف الغير في التصرفات العقارية يعتبر من بين المفاهيم المحددة لمبدأ حسن النية مما يجعله يتميز عن مفهوم الغير في التصرفات القانونية الأخرى، كونه يرتبط أيضاً بالشهر والتسجيل في هذا النوع الخاص من التصرفات.

¹ - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 329.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- المقصود بحماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية :

إن تحدد المقصود بحماية الغير حسن النية يقتضي منا ضرورة التطرف لمفهوم كل الغير، وكذا حسن النية كل على حده، لئتم الوصول لتعريف جامع وبما أنه تم التطرق لتعريف حسن النية ضمن متطلبات الباب الأول فإننا سنتطرق لتعريف الغير، لنصل لتوضيح المقصود بحماية الغير حسن النية.

1- تعريف الغير في التصرفات العقارية:

لم يحدد المشرع ما يقصده بلفظ الغير (tiers)، ومنه وجب الرجوع إلى المبادئ العامة للقانون التي تعتبر من الغير جميع الأشخاص الذين لم يكونوا أطرافاً في العقد، أو التصرف غير المشهر في السجل العيني وقد تحققت لهم مصلحة في إستبعاده بالإستناد إلى حق عيني مترتب لهم على العقار أو إلى أي سبب آخر مشروع.¹

ويعرف جوسران الغير بأنه الشخص الذي لا تربطه أية علاقة إلتزام بأحد أطراف العقد لا في الحاضر ولا في المستقبل، إلا أن هذا التعريف منتقد لأنه لو كان الغير هو من لا علاقة له بالمتعاقدين لما إحتاج المشرع إلى نص يقرر فيه أن العقد لا ينفذ ولا يضر الغير.²

كما يقصد بالغير كل شخص أجنبي عن التصرف أي كل من لم يوجد في التصرف بنفسه أو بواسطة من يمثله ومن لا يعتبر من الخلف الخاص أو من الخلف العام، فالمتعاقدان و الخلف ينصرف إليهم في الأصل أثر التصرف ويجب عليهم إحترامه ويدخل في ذلك الدائنون ولكن تلك الطائفة تصبح من الغير في حالات معينة فلا تنصرف إليها أثر العقد ويمكنها تجاهله ففي هذا الشأن تقرر المادة 191 من ق م ج أنه يحق للدائن العادي رفع دعوى عدم نفاذ وهي دعوى مقررة لصالح الغير، ومنه فإن المشرع الجزائري إعتبر الدائن العادي من الغير.³

ومفهوم الغير في قانون الشهر العقاري يحمل معنى خاص، لأن الغير وفقاً للقواعد العامة لا يتمتع بأية صفة للمطالبة بحق غير مسجل أو الإعتراض عليه، غير أنه في

¹ - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 239.

² - ربيعة حليمي ، المرجع السابق، ص 13.

³ - العيد بورنان ، عبد القادر ضامن ، (التكييف القانوني للغير والتعهد عن الغير)، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد الثاني، العدد 26، ص 403.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

حالة الشهر هو كل شخص من غير المتعاقدين وورثتهما يكون بينه وبين أحد المتعاقدين علاقة قانونية تجعل له مصلحة في التمسك بالعقد المسجل.¹

ومنه يعد من الغير الذين لا تسري عليهم الحقوق الغير المشهرة في السجل العيني الخلفاء الخصوصيين الذين إكتسبوا حقوقا على العقار، وكذلك الدائون العاديين وأيضا جماعة الدائنين في حالة إفلاس صاحب الحق في العقار، ذلك أن الدائن العادي يستطيع التمسك بعدم نفاذ التصرف الجاري على عقار المدين وغير المشهر في السجل العقاري.² والغيرية في التسجيل هي أسلوب لحل التزاحم بين تصرفات عقارية زبن تصرف واجب التسجيل وهو أسلوب مقرر لحماية من يكتسب حقا عينيا على عقار، أو ما في حكم هذا الحق ضد التصرف الواجب التسجيل، حيث لو قام الشخص الذي تلقى ذلك الحق العيني بشهر حقه بالطرق المقررة قانونا، فإنه يملك بهذا الوصف أن يتمسك بغيريته بالنسبة للتصرف المزاحم الواجب التسجيل، فلا يسري في حقه هذا التصرف طالما أنه لم يكن قد سجل بعد في التاريخ الذي قام فيه هذا الغير بشهر حقه ولو سجل بعد ذلك.³

2- تعريف الغير حسن النية في التصرفات العقارية:

إن الغير حسن النية في التصرفات العقارية، هو الشخص الذي أراد المشرع حمايته عن طريق إجراء التسجيل، وهو كل شخص تلقى حقا عينيا عقاريا على أساس الثقة التي وضعها في قيود الشهر، وما كان ليقدم على التصرف لو إتضح له من واقع الإطلاع على سجلات الشهر أن ثمة تسجيلا سابقا يزاحمه، ويستوي في هذا أن يكون هذا الغير صاحب حق عيني أصلي كمشتري أو موهوب له أو صاحب حق عيني تبعي كدائن مرتهن، فالغيرية هنا تحمي كل حق واجب الشهر سواء بواسطة التسجيل أو القيد.⁴ والغير حسن النية في القانون المصري بالمعنى الخاص أو الضيق، هو كل صاحب حق عيني مبني على سبب صحيح مسجل، أي هو من ترتب له حق عيني على العقار

¹ - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 330.

² - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص ص 239، 240.

³ - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 330.

⁴ - نفس المرجع، ص 330.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

محل الدعوى وقام بتنفيذه وفقا للقانون ومثاله المشتري الثاني لعقار سبق أن بيع إذا كان قد سجل عقد بيعه.¹

ومنه فإن حسن النية وفقا لهذا المعنى يقصد به مشروعية وإستقامة موقف الغير الذي يكسب حقا على عقار، وهو ذو مدلول شخصي حيث يقوم على أن الجهل المبرر بواقعة معينة أو بظرف محدد من الظروف يكون مناط بترتيب الأثر القانوني، بحيث يكون الخروج على الحكم التشريعي تبعا لتحقق الجهل بتلك الواقعة أو ذلك الظرف.²

وحسن النية يتصل بشخص الغير، ولا يبحث عنه خارج إطاره، غير أن هذا لا يغني عن تلمس الأثر الموضوعي في بيان ما إذا كان الغير حسن النية أم لا، وذلك للتحقق من مدى أثر الشواهد والوقائع المادية على نشوء جهل الغير في واقعة معينة أو ظرف معين دفعه إلى إجراء تصرف نجم عن وقوعه موقع التنازع مع صاحب الحق.³

3- الشروط الواجب توافرها لحماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية:

لم يتطرق المشرع الجزائري لمفهوم الغير في التصرفات العقارية غير أنه تطرق إليه في العديد من النصوص القانونية، وفي مجال شهر التصرفات العقارية يعتبر نص في المادة 86 من المرسوم التنفيذي 76-63 خير تطبيق لذلك والذي ينص على أنه " إن فسخ الحقوق العينية العقارية أو إبطالها أو إلغائها أو نقضها عندما ينتج أثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر إلا إذا كان الشهر الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ أو الإبطال أو الإلغاء أو النقض بحكم القانون، تطبيقا للقانون." يتضح من خلال نص المادة أن المشرع أولى حماية خاصة للغير وبشروط محددة إضافة للشروط الأخرى.

- يعتبر حسن النية من أهم الشروط الواجب توافرها لدى الغير، فحتى يمكن إسباغ الحماية عليه إذا تمت منازعته في حق إكتسبه يجب أن يتوفر فيه حسن النية.

¹ - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 333.

² - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 62.

³ - نفس المرجع، ص 62.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- أن يكتسب الغير حقا مزاحما على ذات العقار من نفس المتصرف إليه، أي أن يكون الحق الذي تلقاه الغير حقا عينيا، ومنه لا يعتبر الدائن العادي من الغير بالمعنى المقصود في قانون الشهر العقاري.¹

- أن يكون تاريخ العقد سابقا على إنتقال الشيء إلى الخلف الخاص، أما العقود التي برمها السلف في شأن الشيء المستخلف فيه بعد إنتقاله إلى الخلف، فيعتبر الأخير من الغير بالنسبة لها ولا يسري أثره عليه، و أن تكون الحقوق والإلتزامات الناشئة عن العقد من مستلزمات الشيء الذي إنتقل إلى الخلف، وتعتبر الحقوق من مستلزمات الشيء إذا كانت مكملة له.²

- علم الخلف بالحق أو الإلتزام وقت إنتقال الشيء إليه، فلا تنتقل الإلتزامات إلى الخلف الخاص إلا إذا كان عالما بها وقت إنتقال الشيء إليه، ويشترط علمه اليقيني لا مجرد إستطاعة العلم.³

4- محاولة تحديد المقصود بحماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية:

إن مقتضى حسن النية أن يجهل شخصا ما دخل طرفا في تصرف قانوني، ما يثور حول قابلية هذا التصرف للزوال إما لبطلان أو فسخ أو عدم إجازة، وهذا ما يجعله بحاجة إلى حماية كي لا يفقد ما إكتسبه من حقوق بمقتضى ذلك التصرف، وكي لا يلحقه ضررا جراء زوال آثار ذلك التصرف، وهاته الحماية تنقرر في مواجهة شخص يسمى الأصل أو صاحب الحق وسبب تسميته بذلك مرده أن التصرف القابل للزوال قد جرى على ماله دون علم أو إرادة وأن هذا التصرف قد مس حقا مكتسبا.⁴

فحماية الغير حسن النية هي تلك الحماية التي تتمثل في ترجيح مركز الغير على مركز صاحب الحق حتى لو كان مركز هذا الأخير أقوى من مركز الغير أو يوازيه،⁵ فتنجسد الحماية في إنشاء حق للغير حسن النية يوازي في قوته حق صاحب الحق أو الأصل، ويتحقق هنا الدور الإنشائي لها في تصحيح التصرف الجاري بين الغير حسن

¹ - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 331.

² - نفس المرجع، ص 336.

³ - المرجع نفسه، ص 336.

⁴ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 3.

⁵ - نفس المرجع، ص 15.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

النية وصاحب الوضع الظاهر المتصرف معه، وذلك بإعتبار التصرف صحيحا كما لو أنه تم بين الغير وصاحب الحق.¹

ثانيا - الغير سيء النية في التصرفات العقارية:

إن النية عموما هي عمل قانوني صادر من جانب واحد، وبهذا الإعتبار تستطيع أن تحدث بعض الآثار القانونية، كالإيجاب الملزم، إجازة العقد الموقوف، كما أنها قد تكون سببا لكسب الحقوق العينية كحالة الوصية، وسبا في سقوطها كما في النزول عن حق إرتفاق أو رهن، ويمكن لها أن تنهي رابطة ناشئة عن عقد كما في الوديعة.²

والنية ترتبط بأطراف التصرف العقاري، كما قد ترتبط بالشخص الأجنبي عن التصرف وهو الغير، وقد تكون النية حسنة كما قد تكون سيئة، فالنية الحسنة مفترضة و هي التي ترتبط بالأخلاق والعدالة وتهدف لتحقيق التوازن في التصرف كما تم التطرق إليه، بخلاف النية السيئة، وما يهمننا في هذا العنصر هو سوء النية .

1- تعريف سوء نية الغير في التصرفات العقارية:

إن سوء النية يعتبر مسألة كامنة في النفس يستهدي إليها القاضي عن طريق الإرادة الباطنة، وهي من الأمور الأساسية في القوانين المدنية وتحديدًا في التصرفات العقارية، ويعتبر البناء على أرض الغير من أهم تجسيدات سوء النية في التصرفات العقارية، وهذا ما يؤكد نص المادة 783 ق م ج والذي يدل على مفهوم سوء النية بالعلم في مكنون الباني وعدم الرضا لدى صاحب الأرض فقط، دون التطرق لتعريفه.³

وسوء نية الغير في التصرفات العقارية هو ذلك التصرف الناجم عن الطرف الأجنبي عن التصرف القانوني أو الغير ويكون مبنيا على التضليل والخداع كالشخص الذي يقوم بالبناء في أرض الغير وهو يعلم بأن الأرض ملك لشخص معين .

كما أن سوء نية الغير هو ذلك العمل الصادر من الغير بنية غير سليمة وصادقة يهدف من خلاله إلى الإضرار بأطراف التصرف العقاري، ومنه فإن مصطلح سوء النية

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق ، ص 16.

² - محمد جمال زعين، ورود خالد محمد، (قراءة جديدة لسوء النية وأثرها في البناء على أرض الغير،) دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والجزائري))، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 05، العدد 02، ص45.

³ - نفس المرجع ، ص 41.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

يرتبط بالغش والخداع وكذا العلم، ومنه فإنه ولإعتبار الغير سيء النية يجب توافر نية التواطؤ من أجل الإضرار بمصالح أطراف التصرف العقاري.

2- إثبات سوء نية الغير المكتسب لحق عيني متعلق بعقار مشهر :

في هذا الإطار نشب خلاف فقهي يتعلق بإثبات سوء النية الغير المكتسب لحق عيني لعقار مشهر، حيث ظهرت ثلاث اتجاهات فقهية.

- الإتجاه الأول :

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن مجرد علم المشتري الثاني أن عقده لاحق من حيث الزمن لعقد بيع آخر سبق وأنه أجراه مالك العقار، فإن ذلك يشكل قرينة كافية على توافر سوء النية وترتيب أثر عدم الإحتجاج بتسجيله.¹

- الإتجاه الثاني :

يعتبر أن مجرد علم المشتري بوجود عقد سابق بين البائع وبين مشتر آخر لا يثبت سوء نيته، بل إن المشتري الأول هو الذي أهمل وتراخى في تسجيل حقه بالرسم العقاري، إلا أنه يشترط لثبوت سوء النية لدى المشتري الثاني تحقق العلم عند تسجيل حقه العيني بالعيوب والشوائب التي تشوب سند أو رسم من تلقى الحق عنه.²

- الإتجاه الثالث :

يرى أصحابه أن مجرد العلم وحده بسبقية الشراء غير كاف لثبوت سوء نية المشتري الثاني، بل يجب أن يقترن هذا العلم بوسائل تدليسية، أو وجود تواطؤ بين المشتري والبائع من أجل الإضرار بحقوق المشتري الأول.³

- محاولة التمييز بين الغير حسن النية والغير سيء النية في التصرفات العقارية:

يعتبر التسجيل والشهر العقاري من القرائن القانونية القاطعة لوجود الحق العقاري، فالتصرف العقاري لا يمكن الإحتجاج به في مواجهه الغير إلا إذا تم شهره، إلا أن هذا لا يعتبر قرينة قاطعة كما ذكرنا سابقا وإنما يجوز لكل من له مصلحة الإحتجاج والطعن.

¹ - حسن فتوح، إثبات، (سوء النية في دعاوى إبطال التصرفات العقارية)، مجلة مغرب القانون ، على الموقع الإلكتروني : [https:// www.maroclaw.com](https://www.maroclaw.com) ، تاريخ الإطلاع : 2021/10/15، ساعة الإطلاع : 15:01.

² - نفس المرجع.

³ - المرجع نفسه.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وحجية الشهر العقاري في مواجهة الغير، هي التي تدفعنا لضرورة التمييز بين الغير حسن النية وسيء النية، فالغير حسن النية هو الذي يرتبط بمركز قانوني يستحق الحماية القانونية بخلاف الغير سيء النية والذي يتمتع بهاته الحماية القانونية نظرا لسوء نيته المبنية على الغش والخداع والمنافية لمقتضيات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، والمشرع الجزائري منح الغير حسن النية في العديد من النصوص القانونية سواء ضمن القانون المدني أو ضمن القوانين الخاصة.

والغير سيء النية هو الذي يعلم بالعيوب المرتبطة بالحق المشهر كما أنه يعلم عند تقييده الحق العيني بإسمه في الرسم العقاري بجميع العيوب والشوائب التي تشوب السند أو رسم من تلقى الحق عنه.¹

كما أن الوضع الظاهر لا يحمي سوى الغير حسن النية، فلا ينتج أي أثر في علاقة صاحب الظاهر الوكيل بصاحب الحق الموكل، إذ لصاحب الحق الرجوع على صاحب الظاهر بالتعويض عن كل ما أصابه من ضرر من جراء تصرفه القائم على الظاهر، وهذا التعويض يتوقف على حسن أو سوء نية صاحب الظاهر.²

ومنه فإن معيار التفرقة بين الغير حسن النية والغير سيء النية في التصرفات العقارية المشهورة هو الحماية القانونية والتي كفلها المشرع للغير حسن النية دوناً عن الغير سيء النية، ومنه فإنه وليتمتع الغير حسن النية بالحماية الكافية يشترط مايلي :

- أن لا يكون الغير طرفاً في التصرف العقاري المشهر والمعيب قانوناً.
- أن يكون الغير قد اكتسب حقاً عينياً على ذات العقار المشهر وبحسن نية.
- أن يكون الحق العيني المكتسب مقيداً.

¹ - مأمون الكزبري، المرجع السابق، ص 170.

² - فاطمة الزهراء زيتوني ، (أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة)، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، العدد 02 ، سنة 2016، ص 131.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : تمييز الغير عن الطرف في التصرفات العقارية والأدوار الوظيفية لحماية الغير .

إن الأصل في التصرفات القانونية العقارية عدم إنصراف أثرها للغير، ومنه فإن أثر التصرف القانوني ينصرف لأطرافه فقط دوناً عن الغير إلا في حالات إستثنائية منصوص عليها قانوناً، والحماية القانونية ترتبط بطرف التصرف العقاري وتتمثل غالباً في الشهر العقاري وعملية التسجيل، إلا أنها قد تمتد للغير حسن النية في بعض المرات، والذي لا يحتج بالتصرف العقاري في مواجهته إلا إذا كان مشهراً بالمحافظة العقارية أو مقيداً، ومنه فإنه في حال توافر حسن نية الغير توافر متزامناً معها وظيفة الحماية القانونية، ومنه يستوجب منا بداية أن نتعرض لتوضيح التمييز بين طرف التصرف والغير الأجنبي عن التصرف لنستطيع أن نتطرق للوظيفة الحمائية للغير حسن النية.

أولاً- تمييز الغير عن الطرف في التصرفات العقارية :

يختلف الغير عن الطرف في التصرف العقاري في العديد من الجوانب القانونية التي تميز بينهما، غير أن الفقه إنقسم في محاولة التمييز بينهما، فنجد الإتجاه التقليدي الذي يستند في التمييز على معيار الإرادة بمفهومها الضيق، وكذا معيار المصلحة، إضافة إلى الإتجاه الذي يميز بينهما وفق نظرية المجموعة العقدية التي توسع في مفهوم الطرف وعدم تحديده بالطرف المبرم للتصرف العقاري وإنما تمتد لتشمل كل من ساهم في تنفيذ التصرف حتى وإن لم يساهم في إبرامه، إضافة إلى الإتجاه الحديث.

1- التمييز بين الغير والطرف وفق الإتجاه التقليدي:

يقوم هذا الإتجاه في التمييز بين الغير والطرف على معيارين أساسيين وهما معيار الإرادة بالمفهوم الضيق، ومعيار المصلحة.

- معيار الإرادة بالمفهوم الضيق للتمييز بين مفهوم الغير والطرف :

لقد إستقر الفقه التقليدي مدة طويلة من الزمن على إعتبار القوة الملزمة للعقد لا تلزم إلا المتعاقدين، أي الأطراف التي تبادلت الرضا والقبول بالعقد مباشرة أو بواسطة، مع أنه من الممكن إلحاق البعض بأطراف العقد ولو أنهم لم يشاركوا، ومنه فإن الإرادة هي أساس القوة الملزمة للعقد وهي أساس مبدأ نسبية أثر العقد.¹

¹ - كهيبة يوسفى ، عبد الله سليم ، (التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد)، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، 2019، ص 62.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه ووفقا لهذا الإتجاه فإن الأطراف في التصرفات العقارية هم الذين تبادلوا الرضا والقبول مباشرة أو بواسطة وكالة، ونتيجة لذلك فإن الغير في هذا النوع من التصرفات هم الأشخاص الذين لم يعبروا عن إرادتهم في إبرام التصرف القانوني العقاري، وبالتالي ووفقا لهذا الإتجاه فإن كل من يساهم في إبرام التصرف العقاري يعتبر طرفا فيه، أما غير ذلك فينتمون لدائرة الغير الأجنبي عن التصرف.

ولقد حاول العديد من الفقهاء طرح عدة تعاريف لتحديد الطرف في التصرف القانوني ركزت على معيار الإرادة فيعرف الأستاذ ويل weill الأطراف في التصرف على أنهم من ينشيء التصرف بموجب إتفاق إرادتهم، وكذلك من يساهم في العقد لأنه يريد ذلك، كما يرى الأستاذ فلور flour أنه غير وليس طرفا كل شخص له رضا بالتصرف.¹

ووفقا لمعيار الإرادة بالمفهوم الضيق يكون طرفا الشخص الذي أبرم التصرف والغير هو كل من لم يبرم التصرف، مما يجعل هذا التمييز غير واضح، بسبب وجود فئة من الأشخاص تكون مراكزهم القانونية متقاربة من مركز الأطراف، ويدخل ضمن هذه الفئة الخلف سواء كانوا خلفا عاما أو خلفا خاصا، وكذا الدائنون العاديون.²

ولقد وجه لهذا الإتجاه العديد من الإنتقادات أهمها أنه ليس صحيحا أن يرتبط الطرف بمرحلة تكوين التصرف، حيث يجوز أن يعد طرفا على مستوى التنفيذ، كما أن الإرادة لا تكون دوما هي الأساس في تعريف الطرف، بل إن القاعدة القانونية يمكن أن تلحق بعض الأشخاص بدائرة الأطراف في التصرف دون أن تكون لهم أية علاقة بالتصرف القانوني المبرم.³

- معيار المصلحة للتمييز بين الطرف والغير في التصرف:

إنطلاقا من الإنتقادات الموجهة لمعيار الإرادة في التمييز بين أطراف التصرف القانوني والغير الأجنبي عنه، حاول الفقه الإعتماد على معيار المصلحة للترقية بين أطراف التصرف القانوني والغير الأجنبي عن التصرف، بناء على أن الإرادة لا تمثل

¹ - كهينة يوسف ، عبد الله سلام ، المرجع السابق، ص 63.

² - رفيق نسير ، محاولة من أجل : نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المرجع السابق، ص 162.

³ - كهينة يوسف ، عبد الله سلام ، المرجع السابق، ص 64.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

سوى وسيلة شكلية أو عنصرا شكليا في عملية التعاقد، أما المصلحة فتعتبر عنصرا جوهريا في ذلك.¹

ومنه وفقا لهذا المعيار فإن الطرف هو كل من يبرم العقد بحثا عن مصلحة ذاتية له متميزة عن غيرها أيضا، وبذلك لا يعد كل من يرد ذكره في العقد متعاقدا ما دام أنه لم تكن له صلة بالعقد من ناحية ترتيب الأثر القانوني الذي يدور حوله النزاع القائم بسبب العقد.²

ومنه فإنه وفقا لهذا الأساس يعد طرفا في التصرف العقاري كل من له مصلحة في إبرام التصرف، وبالتالي وبمفهوم المخالفة يعتبر من الغير كل من لا ينتظر مصلحة من هذا التصرف.

ولقد إنتقد هذا المعيار كونه يقوم على عنصر تناقض المصلحة مع غيرها في تحديد مفهوم الطرف، ومنه لا توجد إلا مصلحتان متناقضتان في العقد ولو إشتمل على ثلاثة أشخاص³، إضافة إلى توسيعه من مفهوم الطرف ليشمل فئة من الأشخاص ممن لا يعبرون عن رغبتهم في إنشاء التصرف حيث يثبت وصف الطرف بهذا المفهوم للخلف العام لأنهم يرثون مصلحة مورثهم ، كما تثبت أيضا للخلف الخاص لأن له مصلحة في التصرف بإعتبار أن الحقوق والإلتزامات من مستلزمات الشيء الذي إنتقلت إليه، كما يؤدي لثبوت صفة الطرف للمحال إليه لأن مصلحة المحيل إنتقلت إليه بموجب حوالة.⁴

2- نظرية المجموعة التقليدية وتمييز الطرف عن الغير :

لقد حاول أصحاب هذه النظرية إعطاء مفهوم جديد للطرف، حيث نادوا بضرورة توسيع مفهوم العاقد وعدم قصره على من أسهم في إبرام العقد فحسب بل يجب أن يتسع ليشمل من ساهم في تنفيذ العقد حتى وإن لم يساهم في إبرامه، وذلك بإعتباره طرفا مستفيدا من العقد، ويعتبر الفقيه تيسي teyssie أول من أشار إلى هذه النظرية وبين

¹ - رفيق نسير ، محاولة من أجل : نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المرجع السابق، ص 185.

² - كهينة يوسف ، عبد الله سلام، المرجع السابق، ص 65.

³ - نفس المرجع، ص 65.

⁴ - رفيق نسير ، محاولة من أجل : نظرية التصرف القانوني الثلاثي، المرجع السابق، ص 158.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أهميتها ودعا الفقه والقضاء إلى تطبيقها، وبناء على ذلك أصبحت هذه النظرية تمثل حقيقة قانونية يفرضها الواقع الاجتماعي والإقتصادي.¹

ومنه فإن جميع أشخاص المجموعة العقدية أطرافاً وليس من الغير، إذ يعد الأشخاص المشاركون في تنفيذ العلاقة التعاقدية أطرافاً لأنهم المتأثرين بأحكامه، أي على اعتبار أن جميع هؤلاء الأشخاص يمتد لهم أثر العقد الأصلي، وأن أي إخلال بالالتزامات التعاقدية من قبل أي طرف سيؤثر على الأطراف الآخرين في المجموعة.² ومنه ووفقاً لهذا الأساس فإن الغير في التصرفات العقارية هو الذي ليس طرفاً في المجموعة العقدية، وبمفهوم المخالفة يجرى من هذا الوصف (الغير) كل طرف في هاته المجموعة .

كما أن المجموعة العقدية تصلح كأساس لتقرر بموجبه دعاوى عقدية مباشرة ومتبادلة بين المتعاقدين البعيدين أو الغير مباشرين، فالمشتري الثاني له أن يرجع مباشرة بالضمان على البائع الأصلي، وكذا لمشتري العقار أن يرجع بالضمان على المقاول الذي كان البائع قد تعاقد معه، كما أن للمؤجر دعوى مباشرة ضد المستأجرين من الباطن يطالبه بمقتضاها بالأجرة المستحقة على عاتقه³، ففي هذا النوع من التصرفات ووفقاً للفقهاء نيريه néret يستطيع المتعاقد الأصلي الرجوع مباشرة على المتعاقد من الباطن بدعوى عقدية، على اعتبار أن كل منهما يعد طرفاً في مجموعة عقدية واحدة.⁴ إلا أن هذا الإتجاه منتقد للعديد من الإعتبارات أهمها أن معنى الطرف واسع على نحو يمد صفة الطرف إلى أشخاص مازال التشريع والفكر القانوني مستقر على إعتبارهم أغياراً على العقد.⁵

¹ - كهيبة يوسفى ، عبد الله سلايم ، المرجع السابق، ص ص 66 ، 67.

-Teysié Bernard, **les groupes de contrats** , thèse , L.G.D.J , Paris , 1957, p 08.

² - كهيبة يوسفى ، عبد الله سلايم ، المرجع السابق، ص 67.

³ - نفس المرجع، ص 68.

⁴ - Néret (J), **le sous – contrat** , thèse ,L.G.E.J, 1979 ; p 406 et 411.

- كهيبة يوسفى ، عبد الله سلايم ، المرجع السابق، ص 68.

⁵ - نفس المرجع، ص 69.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

3- التمييز بين الطرف والغير وفق الإتجاه الحديث :

يعتمد الإتجاه الحديث على ثلاث معايير أساسية للتمييز بين الطرف والغير تتمثل في :

- معيار الإرادة بالمفهوم الواسع للتمييز بين الطرف والغير :

حاول الفقهاء وضع معيار جديد بالتوسيع من دور الإرادة في تحديد المركز القانوني للطرف والغير، إذ يشترط لإكتساب صفة الطرف توافر شرطان، أولهما أن يتحمل أثرا من آثار التصرف القانوني، ثانيهما أن يكون قد عبر عن إرادته من أجل إنشاء هذا الأثر القانوني، أما الغير فهو الشخص الذي لم يعبر عن إرادته لا في تكوين التصرف ولا بعد ذلك من خلال الإرتباط به، وهو بهذا الأساس ينقسم إلى الغير النسبي كالمقاول من الباطن والغير المطلق والذي لم يرتبط بالعقد بنص القانون، إلا أن هذا المعيار تم إنتقاده كونه يوسع من معيار الإرادة إضافة إلى معيار تحمل آثار العقد للتمييز بين الطرف والغير.¹

- معيار الإرادة والتشريع للتمييز بين الطرف و الغير :

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى إعتقاد معيار التشريع للتمييز بين الطرف والغير، فيعتبر طرفا في التصرف القانوني لا لأنه أراد ذلك و إنما التشريع قضى بذلك، ومنه منح التشريع إلى جانب الإرادة إعطاء صفة الطرف.²

- معيار المماثلة مع المركز القانوني للطرف المتعاقد :

يهدف هذا المعيار إلى منح صفة الطرف للأشخاص الذين لهم مركز قانوني مماثل للأطراف المتعاقدين، أو للذين حلوا محلهم، على أن تكون لهم ذات الإمتيازات التي يتمتع بها الطرف المتعاقد بالنسبة للعقد، ومنه لا تثبت صفة الطرف إلا للأشخاص الذين تعاقدوا بأنفسهم أو عن طريق ممثل قانوني، كما تثبت أيضا للأشخاص الذين ينتقل إليهم المركز القانوني للمتعاقد.³

¹ - كهينة يوسفى ، عبد الله سلام ، المرجع السابق، ص 71.

² - نفس المرجع ، ص 73.

³ - المرجع نفسه، ص 73، 74.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

4- موقف المشرع الجزائري في التمييز بين الطرف والغير :

لم يحدد المشرع الجزائري المقصود بالطرف في التصرف، إلا أنه من خلال العديد من النصوص يلاحظ أن الطرف في التصرف هو الشخص الذي رضي بالعقد أصالة أو نيابة، إتفاقا أو قانونا، فهو الذي حضر بشخصه تكوين التصرف وكذلك هو الشخص الذي كلف الغير بتمثيله، ولقد ألحق القانون الخلف العام (الورثة)¹، و الخلف الخاص² بدائرة الأطراف بنص صريح.³

كما أنه ووفقا لنص المادة 106 ق م ج فإنه وفقا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فإن الطرف في التصرف هو الذي يحق له نقض العقد أو تعديله إتفاقا أو بموجب نص القانون.

ثانيا - الأدوار الوظيفية لحماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية :

بعد تطرقنا للتمييز بين الطرف والغير في التصرف القانوني، فإنه وجب علينا أيضا ضرورة توضيح الأدوار الوظيفية لحماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية كونها تختلف عن الأدوار الوظيفية لحماية أطراف التصرف.

1- الدور الإنشائي للحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية :

يتحقق هذا الدور بإنشاء حق للغير حسن النية، في الحالات التي يصطدم فيها مركز الغير الواقعي بمركز صاحب الحق القانوني، أي في جميع الحالات التي يثور فيها التنازع بين القانون والواقع، فمركز الغير الواقعي لا يقوى على الوقوف في مواجهة مركز صاحب الحق القانوني، وأن التصرف الصادر للغير على خلاف المقتضى القانوني فليس من شأنه أن يكسبه حقا في مواجهة صاحب الحق، ومنه فإن الحماية لا يكون لها أي جدوى إذا لم تهدف لإكساب الغير حسن النية حقا في مواجهة صاحب الحق.⁴

وفي مقابل ذلك يلزم الغير بكل ما يفرضه التصرف من إلتزامات كدفع ثمن المبيع أو الوفاء بأجرة السكن، كما أن إعتبار التصرف صحيحا بالنسبة لصاحب الحق يتمثل في تحمله النتيجة الأساسية للتصرف وهي إكتساب الغير للحق مما يعني فقدانه بالنسبة إليه،

¹ - نص المادة 108 ق م ج .

² - نص المادة 109 ق م ج .

³ - كهينة يوسفى ، عبد الله سلايم ، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - حسن مجلي فارس المجالي، المرجع السابق ، ص 16.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه فإن صاحب الحق لا يفقد الحق كأثر مباشر للتصرف المبرم بين الغير وصاحب الوضع الظاهر، ذلك أنه ليس طرفاً في التصرف.¹

والدور الحمائي الإنشائي يرتبط ونظرية الأوضاع الظاهرة، حيث يؤدي الوضع الظاهر إلى الدور الإنشائي المتمثل بإنشاء حق للغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق عن طريق الإعراف بالتصرف الجاري فيما بين الغير وصاحب الوضع الظاهر وإعتباره صحيحاً في مواجهة صاحب الحق.²

2- الدور التفضيلي للحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية :

تظهر هذه الوظيفة في الحالات التي يكون فيها مركز الغير حسن النية مساوياً في قوته ووجاهته لمركز صاحب الحق، حيث لا يفضل حق على آخر لإستناد كل منهما إلى تصرف قانوني صحيح، إلا أن الحماية التشريعية للغير حسن النية تأتي لتفضل حقه على حق مزاحمه والذي لا يعدو أن يكون دائناً للمتصرف مع الغير، وتظهر هذه الحماية في تفضيل الحق الذي إكتسبه الغير حسن النية على أموال التركة المدينة على حق الدائن لهاته التركة.³

كما تبدو هذه الحماية في تفضيل ما إكتسبه الغير حسن النية من حقوق على المال المرهون تأميناً أم حيازة على حق الدائن المرتهن لهذا المال بعد زوال سبب إنقضاء رهنه.⁴

3- الدور الوقائي للحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية :

تعتبر الصورية من أبرز تطبيقات هاته الحماية المقررة للغير حسن النية، حيث يتجسد أثر هذه الحماية في وقاية الغير المتعامل بحسن نية مع أحد أطراف التصرف الصوري من آثار هذا التصرف إذا كان ضاراً لمصلحته، عن طريق إعطائه حق التمسك بأي من العقدين الحقيقي أو الصوري أيهما محققاً لمصلحته وتنطوي هذه الوظيفة على

¹ - حسن مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 17.

² - محسن عبد الحميد البنيه، نظرية الوارث الظاهر، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة 1993، ص 11.

³ - حسن مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 18.

⁴ - نفس المرجع، ص 18.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إهدار الإرادة الحقيقية للمتعاقدين إذا كان من شأن العقد الحقيقي المستند أن يلحق الضرر بالغير حسن النية.¹

وعموماً كل هاته الأدوار الوظيفية للحماية القانونية للغير حسن النية ترتبط بتحقيق التوازن بين حقوق أطراف التصرف والغير الأجنبي عن التصرف شرط أن يكون هذا الأخير حسن النية على إعتبار أن سوء النية يؤدي إلى إستبعاد هاته الحماية.

والحماية القانونية للغير حسن النية تتحقق بصورة مباشرة وتلقائية دون الحاجة إلى واسطة لإقتضاءها، وهي تعفي الغير حسن النية من اللجوء إلى القواعد العامة لإقتضاء حقه، ذلك أنه لو لم تتقرر هذه الحماية له بحيث تقرر بطلان أو عدم نفاذ التصرف الذي أجراه مع شخص لا يملك أي سند قانوني، لكان يتعين عليه اللجوء إلى القواعد العامة لإقتضاء حقه، كأن يلجأ إلى دعوى ضمان الإستحقاق، أو حتى تقديم شكوى جزائية يبين من خلالها أنه وقع ضحية إحتيال.²

¹ - حسن مجلي فارس المجالي، المرجع السابق ، ص 18.

² - نفس المرجع ، ص ص 20، 21.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : أشخاص الغير حسن النية في التصرفات العقارية وقوام حماية الغير.

إن معايير تمييز الغير عن الطرف تتنوع وتختلف من معيار لآخر، وعموما الغير هو الشخص الذي ليس طرفا في التصرف العقاري ومنه لا تتصرف آثار هذا الأخير إليه، غير أنه قد تتصرف آثار التصرف القانوني للغير نسبيا ومنه فإن أشخاص الغير تختلف فقد يكون الغير متفق عليه كما قد يكون مختلف فيه، ومنه فإن حدود الحماية وقوامها تختلف أيضا وتتنوع وذلك وفقا للطبيعة القانونية للغير.

أولا- أشخاص الغير حسن النية في التصرفات العقارية :

تستخدم عادة في تحديد أشخاص الغير طريقة يطلق عليها الإستبعاد، والتي تستبعد المتعاقدين عن فئة الأشخاص التي لا يطبق عليها مبدأ نسبية أثر العقد لنصل إلى أولئك الذين يطبق عليهم المبدأ، وتجدر الإشارة إلا أنه لا يوجد بين فئة الطرف وفئة الغير حاجزا غير قابل للتجاوز، بل قد يخرج الشخص من فئة ليدخل إلى أخرى، وعليه في حال تم التعرف على المعيار الذي يعتمد عليه في تحديد الطرف في العقد سوف نعرف متى يبقى الغير في فئته ومتى يخرج منها.¹

1- الغير المتفق عليه :

يميل جمهور من الفقهاء إلى القول بأنه لا ينصرف أثر التصرف إلى طائفتين من الأشخاص، الأولى تضم أشخاصا ليسوا أطرافا في العقد فلم يشتركوا فيه ولم يكونوا ممثلين فيه، فلا تربطهم بأحد طرفيه صلة خلافة أو دائنية وهو الغير الأجنبي، أما الثانية فتشمل أشخاصا ليسوا أطرافا أصليين في التصرف ولكن تربطهم بأحد طرفيه صلة، والأصل أن ينصرف إليهم الأثر في بعض الحالات الخاصة.²

والغير المتفق عليه قيد يكون مطلقا، كما قد يكون نسبيا وفق الحالات التالية :

- الغير المطلق :

الغير المطلق وهو الغير الأجنبي تماما عن التصرف العقاري، وهو الشخص الذي لا تربطه أي علاقة بأحد أطراف التصرف لا في الحاضر ولا في المستقبل، وبناء على ذلك نصت المادة 1165 من ق م ف على أن العقد لا ينفع الغير ولا يضره.³

¹ - ربيعة حللمي ، المرجع السابق، ص 16.

² - نفس المرجع ، ص 18.

³ - Josseland L , cours de droit positif francais , T2,2ED , sirey, Paris, 1933, p 259.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويرى الأستاذ عبد الرزاق الصنهوري أن الغير فريقان، الأول وهو الخلف والدائنون في أحوال إستثنائية، والخلف العام هو غير عن عقد البيع أو الهبة إذا أبرمه السلف في مرض الموت، والخلف الخاص غير عن العقد إلا إذا أثبت أن العقد سابق على إنتقال الشيء إليه وأن الحق الناشئ عن العقد مكمل للشيء أو أثبت من يريد تحميله أثر العقد السابق على إنتقال الشيء وأن الإلتزام المتولد عنه محدد للشيء، أما الفريق الثاني فهو الغير الأجنبي أصلا عن العقد.¹

- الغير النسبي :

يعتبر الخلف العام من الأشخاص الذين يتأرجحون بين مركزين قانونيين، فتارة يأخذ حكم الطرف وتارة يصبح من الغير بالنسبة للعقود التي يجريها سلفه، وهو الذي يتفق الفقه حول إعتباره من الغير النسبي، ويقصد به كل شخص على قيد الحياة يخلف شخصا متوفى في كل ذمته المالية أو في جزء منها كالوارث لكل التركة أو لجزء منها، والموصى له بجزء من التركة.²

ولقد نص المشرع الجزائري على حكم الخلف العام بالنسبة للعقود في نص المادة 108 ق م ج والتي يقابلها المادة 145 قانون مدني مصري، 146 قانون مدني سوري، 142 قانون مدني عراقي و 206 قانون مدني أردني، والمشرع الفرنسي نص في المادة 1122 على أن الشخص يشترط لنفسه ولورثته وللخلف.³

والرأي الفقهي الغالب يرى أن الخلف يظل محتفظا بصفته، ولا يعتبر غيرا إلا بالنسبة للتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، والخلف العام يتأثر بما ينشأ عن التصرف من أثر وإن لم يلزم به ما دام هذا الأثر يزيد أو يقلل من أحوال التركة، ولكن لا يتأثر بالعقد إذا تجاوز أثره ثلث التركة كما لو أبرمه المريض بمرض الموت، وفي هذه

¹ - عبد الرزاق أحمد الصنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص ص 860، 861.

- حليلة ربيعي ، المرجع السابق، ص 21.

² - نفس المرجع ، ص 23.

³ - المرجع نفسه، ص 23.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الحالة مادام الوارث لم يجز هذا العقد فإنه من الغير ويتلقى التركة دون أن يقلل منها العقد.¹

والمشرع الجزائري إعتبر الوارث غيرا فيما يخص التصرفات التي يجريها المورث وتضرر به إذ هو يتمسك بحقه الشخصي وبحسن نية، ويتضح لنا من خلال العديد من المواد أهمها نص المادة 776 ق م ج والتي تنص " كل تصرف قانوني يصدر عن شخص في حال مرض الموت بقصد التبرع يعتبر تبرعا مضافا إلى ما بعد الموت، وتسري عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التي تعطى إلى هذا التصرف".

2- الغير المختلف فيه :

لقد ثار خلاف فقهي فيما يخص الخلف الخاص والدائن العادي، فيما إذا كان وصف الغير يشملهما، أم يشتمل عليهما المعنى الواسع للمتعاقد، حيث إنقسم الفقه إلى فريقين، الأول يستبعدهما من طائفة الغير، أما الثاني فيرى أنهما من الغير، وكانت آراء الفريقين عبارة عن مناقشت نظرية مدعمة بأمثلة عملية توضيحية.²

- مدى إعتبار الخلف الخاص من الغير :

لقد اختلفت الآراء الفقهية في هذا الشأن، حيث يتجه البعض إلى عدم إعتبار الخلف الخاص من الغير، كون أن مبدأ نسبية أثر العقد الذي يحول دون إنصراف أثر العقد إلى الغير لا يخص الخلف، أي أن هذا الأخير لا يكون من الغير ومنه لا يطبق بشأنه إلا نص المادة 1122 من القانون المدني الفرنسي، والخلف بهذا المعنى يشمل الخلف العام والخلف الخاص، ومنه يتعاقد الخلف الخاص وبموجب هذا يبرر إنصراف بعض الآثار الناشئة عن تعاقد السلف إلى خلفه الخاص.³

أما البعض وهو الإتجاه السائد في الفقه الفرنسي فيرون أن الخلف الخاص هو من الغير سواء بالنسبة للحق أو الإلتزام الذي يترتب عن العقد الذي أبرمه السلف بشأن الحق الذي إنتقل إليه السلف، حيث يرى أنصار هذا الإتجاه أن الخلف الخاص هو من الغير

¹ - صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2001، ص 49.

- حليلة ربيعي ، المرجع السابق، ص 26.

² - نفس المرجع، ص 27.

³ - صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 121.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

بالنسبة للعقد الذي يبرمه سلفه، لأن مبدأ نسبية أثر العقد يطبق عليه فلا ينصرف إليه أثر العقد إلا بموجب إرادته أو بموجب القانون، فإذا لم يتدخل المشرع لفرض إنصراف أثر العقد إلى هذا الخلف فإن إرادة كل من السلف وخلفه هي وحدها التي تبرر إنتقال الحق إلى الخلف.¹

إلا أن هناك إتجاه يرى بإزدواجية الوصف بالنسبة للخلف الخاص، فيرون أن الخلف الخاص لا يعتبر من الغير بالنسبة للحق، لأنه إذا كان يجوز طبقاً للمنطق والعدالة أن يجد الخلف الخاص نفسه ملزماً بعقد لم يساهم في إنعقاده، فالعقد له إذا نشأ حقاً فمن المنطق أن يستفيد من هذا الحق عندما يصبح مالكا للشيء،² ودعماً لهذا الرأي تم إضافة حجة مؤداها أنه طالما لا يجوز أن يفرض على الدائن اغيير المدين فإن هذا يستلزم بالضرورة عدم جواز إلزام الخلف الخاص إلا بالإتفاق،³ إلا أنهم يرون أن الخلف الخاص يعتبر من الغير بالنسبة للإلتزام، والقضاء الفرنسي إعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة للإلتزام الناشئ عن العقد الذي يبرمه السلف، حيث جاء في بعض قراراته أن الخلف الخاص لم يلزم بقوة القانون بالإلتزامات الشخصية لسلفه، وأن هذا المبدأ يطبق أيضاً على الإتفاقات التي أبرمها السلف بشأن الشيء الذي ينتقل إلى الخلف.⁴

- مدى إعتبار الدائن العادي من الغير :

قد يتأثر الدائن العادي بتصرفات مدينه من حيث أنها تنقص أو تزيد من ذمته المالية وهذا ما جعل وصف الدائن في الفقه يكون محل خلاف شديد، فهناك من يرى أن الدائن العادي خلفاً، غير أنهم إختلفوا في تحديد وصفه بأن يكون خلفاً عاماً أو خلفاً خاصاً.⁵

وهناك من الفقه من يرى أن الدائن العادي من الغير، حيث أنه لا يمكن أن تنتقل آثار العقود التي يبرمها المدين إليه ، والدائن العادي هو من الغير بالنسبة لتصرفات المدين الضارة به، وهو كذلك لا يتأثر بالعقود التي يبرمها المدين إلا بالقدر الذي تؤثر

¹ - ربيعة حلومي ، المرجع السابق، ص 30.

² - نفس المرجع، ص 32.

³ - صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 117.

⁴ - ربيعة حلومي، المرجع السابق، ص 34.

⁵ - نفس المرجع، ص 36.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

فيه على الضمان العام لديونه، فهو لا يكتسب حقوقا ولا يتحمل إلتزامات عن طريق هذه العقود، وهذا ما أقرته معظم التشريعات.¹

وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 188 ق م ج والتي تنص على " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حالة عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون إتجاه هذا الضمان."

ثانيا- قوام حماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية

إن قوام حماية الغير حسن النية تظهر لنا من خلال توضيح جوهر الحماية القانونية للغير حسن النية مع ضرورة توضيحنا لحدود هاته الحماية.

1- جوهر حماية الغير حسن النية :

إن جوهر الحماية القانونية للغير يتحقق كأثر لازم لمعرفة الهدف الأساسي لهذه الحماية والمتمثلة في ضرورة التوفيق بين مصالح الأطراف ومصالح الغير على نحو لا يهدر معه أي حق، ولا يحتاج الغير لأي حماية إلا إذا كان هناك حق آخر يوازيه.² والمواجهة بين الغير حسن النية وصاحب الحق تستوجب المفاضلة بين أحدهما والرجوع إلى فكرة التفاضل، والإستعانة بها في سبيل تفضيل أحد الحقين على الآخر، إنما يعبر عن جوهر فكرة حماية الغير حسن النية والمتمثل في التنازع بين المصالح المتعارضة، فلا يثار أمر حماية الغير حسن النية وبصورة أدق لا يكون بأي حاجة إلى هذه الحماية إلا إذا وجد من ينازعه فيما إكتسبه من حقوق.³

والتنازع الذي ينشأ بسبب التصرف القانوني العقاري يترتب عليه منطقيا إكتساب الغير حسن النية على العقار موضوع التصرف مركزا واقعيًا وهو مركز المتصرف مع الغير أو صاحب الوضع الظاهر الذي نشأ خلافا لحكم القانون، ومنه يعتبر هذا المركز مركزا قانونيا ثابتا بمقتضى القانون سواء كان صاحب الحق مالكا للمال الذي ترتب عليه حق الغير حسن النية أو دائئا للمتعامل معه.⁴

¹ - ربيعة حلبي، المرجع السابق، ص 41.

² - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 8.

³ - نفس المرجع، ص 09.

⁴ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص ص 09، 10.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويظهر ذلك في العديد من نصوص القانون المدني الجزائري أهمها :

نص المادة 585 ق م ج والمرتبطة بالوكالة¹ والتي تنص " تطبق المواد 74 إلى 77 الخاصة بالنيابة في علاقات الموكل والوكيل بالغير الذي يتعامل مع الوكيل "، ومنه وفي هذا المجال تنص المادة 76 ق م ج² على أنه " إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معا وقت العقد إنقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه، حقا كان أو إلزاما يضاف إلى الأصل أو خلفائه ".

نص المادة 409 ق م ج³ والتي تنص " لا تسري أحكام المادة 408 على الغير حسن النية إذا كان الغير قد كسب بعوض حقا عينيا على الشيء المبيع "، وتنص المادة 408 ق م ج على أنه " إذا باع المريض مرض الموت لوارث فإن البيع لا يكون ناجزا إلا إذا أقره باقي الورثة.

أما إذا تم البيع للغير في نفس الظروف فإنه يعتبر غير مصادق عليه من أجل ذلك يكون قابلا للإبطال ".

إضافة إلى العديد من النصوص القانونية والتي يظهر من خلالها أن المشرع الجزائري قد إترف بآثار التصرفات القانونية العقارية والصادرة للغير حسن النية من أشخاص غير مخولة قانونا أو لا تملك أي سندات، فيستطيع الغير حسن النية الإحتجاج بهذه التصرفات.

ومنه يمكن القول أن تنوع التنازع قد يحدث فرقا كبيرا في تحقيق الحماية القانونية للغير حسن النية من الناحية العملية، وبالتالي على الرغم من أن حماية الغير حسن النية تقوم بشكل عام على فكرة الترجيح بين الحقوق المتنازعة فإن إسباغ الحماية على الغير في الأحوال التي يستند فيها لمركز واقعي تبدو أكثر صعوبة مما لو كان مركزه قانونيا⁴، وبناء على ذلك سعى الفقه والقضاء إلى إيجاد مرتطز نظري يتم اللجوء إليه في كل حالة

¹ - تنص المادة 571 ق م ج على أن " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل أو بإسمه ".

² - يقابلها نص المادة 114 من القانون المدني الأردني والتي تنص " إذا كان النائب ومن تعاقد معه مجهلان معا وقت إبرام العقد إنقضاء النيابة، فإن أثر العقد الذي يبرمه يضاف إلى الأصل وخلفائه."

³ - يقابلها نص المادة 547 من القانون المدني الأردني والتي تنص " لا يجوز فسخ بيع المريض إذا تصرف المشتري في المبيع تصرفا أكسب من كان حسن النية حقا في عين المبيع لقاء عوض."

⁴ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 14.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

يثار فيها التنازع بين المركز القانوني الذي يستند إليه صاحب الحق والمركز الواقعي الذي يستند إليه الغير حسن النية، ونتيجة لذلك ولدت نظرية متكاملة الأركان عرفت بنظرية الأوضاع الظاهرة والتي تظهر أهميتها في أنها تضحى بمصلحة صاحب المركز القانوني الحقيقي بهدف إستقرار المعاملات وتحقيق الثقة، فتصح التصرف الذي يصدر من شخص يظهر بمظهر صاحب الحق.¹

ثالثا - حدود الحماية القانونية للغير حسن النية :

إن تفضيل حق الغير حسن النية على الرغم من إستناده لمركز واقعي ات بد أن يكون مؤسسا على أساس قانوني فيجب عليه عدم التقصير، والإهمال في الإستعلام عن قانونية المراكز، ويجب أن يؤخذ بعين الإعتبار كافة الظروف التي تشهد بمشروعية الإنداع بالوضع الظاهر، ومن ذلك الصفات الشخصية للمتعاقد ومدى أهمية التصرف القانوني، أي أن تتحقق ظروف خارجية تشهد بحسن نية الغير.²

فثقة الغير في الظاهر يجب أن تكون ثقة مشروعة، وأن يكون الغلط الذي وقع فيه الغير غلطا مشروعاً، بأن يكون الظاهر قويا ومستقرا، حيث لا يدع مجالاً للشك في مخالفته للحقيقة، ويجب أن يؤخذ بعين الإعتبار كافة الظروف التي تشهد بمشروعية الإنداع بالوضع الظاهر.³

ومنه وجب على الغير الإستعلام والتحري عند التعاقد حتى يعد حسن النية، ويقع عليه عبء إثبات قيامه بهذا الواجب القانوني، فالإعتداد بالوضع الظاهر يشترط فيه حسن النية، وحسن النية ليس سندا للمقصرين والمهملين ويقع على الغير حسن النية إثبات وجود المظهر المضلل ،⁴ والمبني على الغش وسوء النية والذي لا يتوافق ومقتضيات مبدأ حسن النية الواجب توافرها في التصرفات العقارية.

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق ، ص 15.

² - فاطمة الزهراء زيتوني ، أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة، المرجع السابق، ص 132.

³ - نفس المرجع، ص ص 132، 133.

⁴ - المرجع نفسه، ص ص 133، 134.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الثاني : تكريس الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية

ترتكز حماية الغير حسن النية في كافة حالاتها وصورها على فكرة التنازع، فالحماية لا تثار إلا عندما يصطدم حق الغير حسن النية بحق آخر يوازيه أو أقوى منه، والتنازع يأخذ مظهرين فهو تارة ينازع بين حق صاحب الحق المستند إلى مركز قانوني، وحق الغير حسن النية المستند إلى مركز واقعي، وتارة أخرى ينازع بين مركز صاحب الحق القانوني و مركز الغير حسن النية القانوني، وفي كل الحالات جسد المشرع الحماية القانونية للغير حسن النية.¹

و حماية الغير لا ترتكز على من كان أجنبيا عن تصرف قانوني عقاري معين فحسب، إنما تمتد لطائفة أخرى من الأعيان نشئت عن إزدحام العلاقات القانونية وتشابكها وبالتالي تداخل العلاقات والتصرفات القانونية التي تظل محتفظة بصفاتها إلا أنها تكون في وضع تحتاج معه إلى الحماية، ومنه فإن إعتبار طرفا ما في تصرف قانوني غيرا يحتاج إلى الحماية القانونية لا تثار إلا عندما يكون هذا الغير حسن النية²، وليكون الشخص حسن النية يفترض فيه أن يقوم بجميع الإلتزامات المفروضة عليه والمرتبطة بمقتضيات مبدأ حسن النية، عن طريق تكريس الأخلاق التعاقدية كالنزاهة، والثقة، والتعاون، إضافة إلى وجوب إحترام الغير لمبدأ حسن النية في تنفيذ التصرفات العقارية، ويظهر ذلك خصوصا في إلتزام الغير القابل للتعهد بحسن نية، وإلتزام الغير القابل للإشتراط بحسن نية .

كما أن الحماية القانونية للغير حسن النية تتجسد لنا من خلال عمليتي التسجيل والشهر، الذان يهدفان لحماية الطرف والغير في التصرف العقاري، فيجوز الإحتجاج على الغير بالحقوق المشهورة في السجل العقاري، إلا أن هذا الإحتجاج على الرغم من أنه على الغير، إلا أنه يجسد حماية قانونية فعلية للغير كحالة القيام ببيع عقار مثقل بقيد الرهن لفائدة الغير، فشهر العقار يجعل من الغير على علم بوضعية العقار .

وتتعدد مظاهر الحماية القانونية للغير في التصرفات القانونية عموما في القانون المدني الجزائري، فلقد أعطى المشرع الحماية للغير المتعامل مع الوكيل، والمالك الظاهر، كما أعطى المشرع حماية خاصة للغير في التصرفات العقارية وهو الغير الذي يستند

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص (س).

² - نفس المرجع، ص 02.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

على مركز قانوني أي الذي إكتسب حقا عينيا، كحالة إكتساب حق عيني على أموال تركة مدينة، أو حقا على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين إنقضاء الرهن وعودته من جديد.¹

ولقد جسد المشرع مظاهر حماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية، في العديد من النصوص القانونية سواء ضمن القانون المدني والذي يعتبر الشريعة العامة، أو ضمن قوانين خاصة متعددة.

ومنه ولتوضيح تكريس الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية، تم تقسيم هذا المطالب إلى :

- إلتزامات الغير حسن النية كأساس لتجسيد الحماية القانونية (الفرع الأول) .
- جواز الإحتجاج على الغير بالحقوق المشهورة كحماية قانونية للغير حسن النية (الفرع الثاني) .
- مظاهر الحماية القانونية للغير حسن النية ذا المركز القانوني في التصرفات العقارية (الفرع الثالث) .

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق ، ص ف.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : إلتزامات الغير حسن النية كأساس لتجسيد الحماية القانونية .

إن الإلتزام قانونا هو رابطة قانونية ومالية بين شخصين أو أكثر يستطيع بمقتضاها شخص أن يلزم آخر بالقيام بعمل أو بالإمتناع عنه أو بمنح شيء ما، والإلتزام قد ينشأ بسبب واقعة قانونية، أو تصرف قانوني¹، غير أن ما يهنا هنا هو الإلتزامات المرتبطة بالغير والتي تنجم عن التصرفات القانونية العقارية ، وهي عموما تلك الإلتزامات الواجبة عليه تجاه أطراف التصرف، والتي يجب عليه القيام بها والمداومة عليها حيث لا يمكنه إغفالها.

وإلتزامات الغير حسن النية تتنوع، فهناك منها من يخضع للقانون وهناك إلتزامات مدنية تخضع للمسؤولية إضافة إلى الإلتزامات الطبيعية الأهلاقية والتي تهدف لتحقيق هدف معين، والإلتزامات الأخلاقية المرتبطة بمبدأ حسن النية هي تلك الإلتزامات النابعة من الإرادة، والتي تلزم الغير بالإبتعاد عن كل ما هو محظور تجاه أطراف التصرف العقاري.

وإلتزامات الغير حسن النية في التصرفات القانونية قد تكون عبارة عن تكريس للأخلاق التعاقدية كمظاهر لحسن النية، كما قد تكون عبارة عن إلتزام الغير بإحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ التصرفات كحالة الغير القابل للتعهد، أو الغير القابل للإشترط، وفي كل الحالات يجب توافرها ليحتج هذا الأخير بالحماية القانونية والتي كرسها المشرع حماية له من جميع الأضرار الناجمة عن التصرف.

¹ - عبد الرزاق دريال ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عناية، 2014، ص 07.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- تكريس الأخلاق التعاقدية كمظاهر لحسن نية الغير في التصرفات العقارية :

إن العلاقات الناجمة عن التصرفات القانونية، ليست تبادلاً مادياً فحسب وإنما تبادل أخلاقي لتأمين منافع مادية تعود على الأفراد والمجتمع بالخير وتحميه من الفساد، والمشرع الجزائري وعلى غرار المشرع الفرنسي إتجه نحو إقرار قواعد الأخلاق وجعلها أساساً لتصرفات الأشخاص وأعمالهم، وبذلك يكون قصد حماية كل من له علاقة بالتصرف القانوني.¹

والقيم والمبادئ الأخلاقية لم تعد بالنسبة للتصرفات قيماً مثالية ومبادئ نصح وإرشاد، بل حقائق تتوقف عليها سلامة المعاملات بين الأفراد بإعتبارها وسيلة لتحقيق العدل الذي يمثل غاي القانون، مع الأخذ بعين الإعتبار الأمن والإستقرار القانوني، هذا الأخير الذي يقصد به أن تكون القاعدة القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية، وأن تضمن تأمين النتائج بحيث يستطيع كل فرد أن يتوقع هذه النتائج ويعتمد عليها.²

والقيم والمبادئ الأخلاقية لا تعني أطراف التصرف العقاري فحسب، بل تفرض أيضاً إلتزامات على الغير والذي تربطه علاقة بالتصرف العقاري ولو كانت غير مباشرة، فوفقاً لمبدأ حسن النية يفترض في الغير توافر كل المفاهيم الواجب مراعاتها تكريساً لمبدأ حسن النية.

فيجب على الغير أن يلتزم بالإستقامة والنزاهة، والتي تعني عن الإبتعاد عن الخداع والغش تجاه أطراف التصرف العقاري، وتستلزم النزاهة والإستقامة شفافية الغير في التعامل والتي تعني العلانية والوضوح بالمعنى الشكلي، وإتفاق التعبير عن إرادة الشخص مع ما يبطنه بالمعنى الموضوعي.³

إضافة إلى وجوب توافر الثقة المشروعة والتي تعتبر واقع داخلي في نفس الغير تفرضه القواعد الأخلاقية، حيث يفترض أن يثق الغير في جميع أطراف التصرف العقاري، إضافة إلى إلزامية توافر الأمانة والإخلاص والتي تفرض وجوب تجنب الغير

¹ - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 04.

² - نفس المرجع ، ص 05.

³ - شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 148.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

لكل مظاهر سوء النية والقيام بكل ما من شأنه أن يحقق الهدف المرجو من التصرف القانوني.

ونطاق إلتزام مراعاة الثقة والأمانة العقدية قد يصل في الكثير من الأحيان إلى مفهوم الأخوة العقدية، التي ينادي بها الفقه الفرنسي كأساس للمفهوم الحديث له، ما يحقق فكرة أخلة العقد، حيث أنه قد يصل إلتزام الدائن بإظهار موقف التسامح إزاء عجز مدينه عن الوفاء بإلتزامه، فالإلتزام بالأمانة يفرض التضامن في عدم تحصيل منفعة أنانية من التصرف بالتضحية بمصالح العقد، وذلك حفاظا على الثقة القائمة¹ بين الأطراف والغير.

كما أن التصرف العقاري يفرض على الغير الذي علم بوجوده واجبا سلبيا مقتضاه الإمتناع عن الإخلال بهذا التصرف الذي يعلمه، وهذا يعني أن في هذه الصورة صورة من صور المسؤولية ، يتمتع بتحديد مفاده أن الغير لا يعد مسؤولا إلا إذا أخل بتصرفات يعلم بوجودها مسبقا، وقام بفعل أو تصرف قانوني أدى إلى الإخلال بها، والغير لكي يكون مسؤولا عن الإخلال بالتصرف يجب أن يعلم به وقت تعاقد مع المدين.²

ومنه فإن الغير أيضا كباقي أطراف التصرف العقاري يفترض فيه الإلتزام بمقتضيات مبدأ حسن النية ، والمتمثلة في النزاهة، الثقة، التعاون، الإعلام والإستعلام، وعدم الإخلال بالتصرف وكل ذلك ليستطيع أن يحتج بالحماية القانونية والتي كرسها المشرع حماية للغير حسن النية.

¹ - أحمد محمد الرفاعي، الإلتزام بالتسامح، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة 1996، ص 19.

² - الصادق عبد القادر، خليل إيمان، (المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية) ، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي آفلو، المجلد الرابع، العدد 02، ديسمبر 2020، ص 50، 51.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- إلتزام الغير بإحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ التصرفات :

إذا كان التصرف لا يكسب الغير حقوقا ولا يحمله إلتزامات، فإنه لا يستطيع تجاهل وجوده لأن الصفات التي يكتسبها الأطراف تسري في مواجهة الجميع، فيكون التصرف بإعتباره واقعة مادية نافذا في حق الغير، أي يحتج به نحوه وله أن يحتج به لصالحه، فبإعتباره واقعة إجتماعية أيضا يلزم الغير بإحترامه مما يعني أنه نافذ في مواجهته دون أن يكون له حق مطالبة الأطراف بتنفيذ الإلتزامات المترتبة عنه.¹

ومنه أجاز القانون لإعتبارات العدالة وإستقرار المعاملات، الخروج على المبدأ العام الذي يقضي بإقتصار آثار العقد على أطرافه، حيث نص على إمكانية إكتساب الغير لحق إشتراط لمصلحته في تصرف لم يبرمه، وإمكانية ترتيب إلتزام في ذمة الغير عن طريق التعهد عن الغير، ومتى إنصرفت آثار التصرف إلى الغير كان من البديهي أن يلتزم هذا الغير بما يوجبه مبدأ حسن النية الذي يحقق الأمن القانوني، فقبول الغير التعهد ينعدد بينه وبين المتعهد له عقدا جديدا يلزمه بحسن نية، كما أن القانون يقرر حماية لحق الغير حسن النية عن الإشتراط لمصلحة الغير.²

1- إلتزام الغير القابل للتعهد بالتنفيذ بحسن النية :

تنص المادة 114 ق م ج على أنه " إذا تعهد شخص عن الغير فلا يتقيد الغير بتعده، فإن رفض الغير أن يلتزم، وجب على المتعهد أن يعرض من تعاقد معه ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو بنفسه بتنفيذ ما إلتزم به. أما إذا قبل الغير هذا التعهد، فإن قبوله لا ينتج أثرا إلا من وقت صدوره، ما لم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمنا أن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذي صدر فيه التعهد"، ومنه فإن المشرع الجزائري لم يعرف التعهد عن الغير والذي يمكن تعريفه على أنه معالجة موقف لا يمكن فيه الحصول على رضا من ذي شأن لسبب ما، فيلتزم عنه غيره مثل شركاء في الشروع يتصرفون في الشيء المشترك بينهم وفيهم قاصر أو محجوز عليه أو غائب، لا يمكن إنتظاره خوفا من ضياع الصفقة، ففي هذه الحالة يتعاقد الشركاء أولا

¹ - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 249.

² - نفس المرجع، ص 249.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

عن أنفسهم وثانيا ملتزمين عن غيرهم، مما لا يمكن التعاقد معه مباشرة لسبب من الأسباب.¹

والتعاريف الفقهية أجمعت أن التعهد عن الغير هو إلتزام المتعاقد بأن يحمل الغير على الإلتزام بأمر معين نحو المتعاقد معه،² ويشترط في التعهد عن الغير مايلي :

- يقتضي التعهد عن الغير أن يتعهد المتعاقد بإسمه ولحسابه الخاص، وليس باسم أو لحساب الغير، وهذا ما يميز المتعهد عن الغير عن الوكيل والفضولي والكيل، فالوكيل يعمل باسم ولحساب الموكل الذي يتحمل الواجبات ويكتسب الحقوق التي رتبها تصرف الوكيل، في حين أن المتعهد يتعاقد باسمه ولحسابه، على عكس الفضولي الذي يتعاقد باسم ولحساب رب العمل للقيام بأمر عاجل، وأما الكفيل فهو ضامن لتنفيذ إلتزام موجود أو سوف يوجد.³

- أن يكون الغرض من التعهد أن يلزم المتعهد نفسه، علما وأنه لا يستطيع أن يلزم الغير من دون إرادته طبقا للمادة 113 ق م ج والتي تنص على أنه " لا يرتب العقد إلتزاما في ذمة الغير، ولكن يجوز أن يكسبه حقا "، ومنه يعد باطلا كل إتفاق يرمي إلى إلتزام الغير.⁴

أما إلتزام الغير فليس مصدر عقد التعهد بل مصدره عقد آخر يتم بإقرار الغير للمتعهد عنه، ومنه يظهر أن التعهد عن الغير ليس فيه خروج عن القاعدة التي تقضي بأن العقد لا ينصرف أثره إلى الغير فإن هذا التعهد لم يلزم الغير بل ألزم نفس المتعاقد.⁵

- يتمثل موضوع التعهد في حمل الغير على الإلتزام نحو المتعاقد الثاني، أي قبول التعهد، وهذا الإلتزام هو إلتزام بتحقيق غاية، حيث يسأل المتعهد إذا لم يتحصل المتعاقد الثاني على قبول التعهد من قبل الغير.⁶

ووفقا لهاته الشروط وكذا نص المادة 114 ق م ج يتضح أن المشرع يضع حكيمين لفرضيين مختلفين، يتمثل الأول في رفض الغير للتعهد وهنا لا يتحمل أية مسؤولية حتى

¹ - العيد بورنان ، عبد القادر ضامن ، المرجع السابق، ص ص 404، 405.

² - نفس المرجع، ص 405.

³ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 444.

⁴ - نفس المرجع، ص 444.

⁵ - العيد بورنان ، عبد القادر ضامن ، المرجع السابق، ص ص 404، 405.

⁶ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 445.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

لو كان سيء النية طالما أن التعهد لم يرتب في ذمته أي التزام، أما المتعهد فيكون قد أخل بإلتزامه المتمثل في حمل الغير قبول التعهد، لذلك تقوم مسؤوليته فيلتزم بتعويض المتعهد له عما أصابه من ضرر طبقاً للقواعد العامة، إلا أن المشرع أجاز له التخلص من المسؤولية بأن يقوم بتنفيذ الإلتزام الذي رفضه الغير أي الإلتزام موضوع التعهد.¹

أما الفرض الثاني فيكمن في قبول الغير للتعهد، ومنه يصبح ملتزماً به في مواجهة المتعهد له من يوم قبوله للتعهد ما لم يقصد هو نفسه أن يرجع بأثر القبول إلى الوقت الذي تم فيه التعهد، ويكون المتعهد قد أوفى بإلتزامه فتبرأ ذمته حتى إذا لم يوف المتعهد عنه فيما بعد بما قبله، وبقبول الغير التعهد ينعقد بينه وبين المتعهد له عقد جديد يختلف عن عقد التعهد نفسه، وفي هذا العقد الجديد يلتزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بكل ما ورد فيه وبكل مستلزماته وفقاً لما يمليه مبدأ حسن النية.²

ومنه يتعين على الغير الذي قبل التعهد وفقاً لما يتطلبه مبدأ حسن النية أن يخطر المتعهد له الدائن بكل الظروف الجديدة التي تطرأ عند التنفيذ، حيث يتفقان على الوسائل المناسبة لتحقيق مصلحتهما معاً، وحسن النية يقتضي أيضاً الإلتزام برد النفقات في حال قام المدين بأعمال معينة اضطرتته إلى بعض النفقات أو المصروفات، وهو إلتزام ينشأ من العقد ذاته طالما أن المدين كان مضطراً على القيام بتلك الأعمال التي تمت لمصلحته، وهذا لإعادة التوازن بين الأطراف بعدما إختل بسبب تلك النفقات.³

2- إلتزام الغير القابل للإشتراط بالتنفيذ بحسن النية :

تنص المادة 116 ق م ج على أنه " يجوز للشخص أن يتعاقد بإسمه على إلتزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الإلتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية.

ويترتب على الإشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الإشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المدين أن يحتج ضد المنتفع بما يعارض مضمون العقد.

¹ - سماح جبار ، المرجع السابق، ص 251.

² - نفس المرجع، ص 251.

- نص المادة 114 من ق م ج.

³ - سماح جبار، المرجع السابق، ص 252.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويجوز كذلك للمشتراط أن يطالب بتنفيذ ما إشتراط لمصلحة المنتفع، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذي يجوز له ذلك.¹، والإشتراط لمصلحة الغير يعد من أهم الإستثناءات التي ترد على قاعدة عدم إنصراف آثار العقد إلى غير أطرافه،² ويمكن تعريفه على أنه عقد بين شخصين يرمي إلى إنشاء حقوق لفائدة شخص ثالث أجنبي عن العقد، وخلافا لمبدأ نسبية العقد يكتسب الغير حقوقا من عقد لم يكن طرفا فيه.³

وإضافة إلى الشروط العامة الواجب توفرها في العقود، تتطلب صحة الإشتراط لمصلحة الغير بعض الشروط الخاصة منها ما يتعلق بالمشتراط، ومنها ما يتعلق بالمنتفع، ومنها ما يتعلق بالمتعاقدين⁴، وهي :

- أن يتعاقد المشتراط مع المتعهد بإسمه لا باسم المستفيد، وفي هذه يختلف الإشتراط عن النيابة أو الفضالة، حيث يتم إبرام العقد باسم شخص آخر ولحسابه، ومنه كان لا بد من رضاء المستفيد لأنه لم يكن طرفا في التصرف.⁵

- أن ينصب الإشتراط على إنشاء حق خاص مباشر لمصلحة الغير المستفيد، فإذا كان الحق الذي إشتراطه إنما إشتراطه لنفسه على أن تعود فائدته على الغير، فلا نكون بصدد إشتراط لمصلحة الغير.⁶

- أن يكون للمشتراط مصلحة شخصية أو أدبية من هذا الإشتراط، والمتمثلة في الفائدة محل التعاقد والتي بدونها يبطل التعاقد، إذ لا نكون بصدد إشتراط لمصلحة الغير، وإنما مجرد فضالة تطبيقا للقواعد العامة.⁷

وفي الإشتراط لمصلحة الغير يجب على المتعاقدين المشتراط والتعهد الإلتزام بما يفرضه مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ عقد الإشتراط، من عدم الغش أو التعسف وغيرها من

¹ - يقابلها نص المادة 145 من القانون المدني المصري، والمادة 1121 من القانون المدني الفرنسي.

² - بومدين بلباقي ، (المركز القانوني للغير في إتفاق التحكيم التجاري، دراسة في ضوء فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي)، مجلة القانون والتنمية المحلية، مخبر القانون والتنمية المحلية، أدرار، المجلد 02، العدد 01، جانفي 2020، ص 122.

³ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 446.

⁴ - نفس المرجع، ص 447.

⁵ - بومدين بلباقي ، المرجع السابق، ص 122.

⁶ - نفس المرجع، ص 122.

⁷ - المرجع نفسه، ص 123.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

مظاهر سوء النية، فيفترض في المشتري أن تكون له مصلحة مشروعة من الإشتراط أي وجود باعث مشروع وإلا إعتبر سيء النية.¹

ولا يقتصر إلتزام إحترام مبدأ حسن النية على أطراف عقد الإشتراط، وإنما يمتد إلى الغير المنتفع من هذا العقد إذا قبله، فيلتزم بالعديد من الإلتزامات أهمها:²

- إلتزامه هو أو ورثته بحسن النية إتجاه المشتري.
- الإلتزام بالقيام بالأعمال التي يتم بها الوفاء إذا قصد المشتري المعاوضة.
- الإلتزام بالتعاون ومساعدة المتعد وفقاً لمتطلبات حسن النية.
- تجنب إلحاق الضرر بالمشتري.
- عدم جواز التعسف في إستعمال حقه الشخصي المباشر، لأنه إن تعسف فيه يكون سيء النية إتجاه المتعهد مما يعطيه الحق في الإحتجاج ضده وفقاً لنص المادة 02/116 ق م ج .

ومنه فإن القوة الملزمة للعقد وإن كانت تتأسس على مبدأ سلطان الإرادة و ما يقتضيه من حرية فردية، إلا أنها تتطلب إقرار مبدأ حسن النية لجميع أطراف التصرف وحتى الغير، وهذا لتهديب آثار الأخذ بمبدأ حسن النية على إطلاقه، ما يحدث نوعاً من التوافق بين المبادئ التي يقوم عليها التصرف عموماً وبالتالي تحقيق العدالة التي يتطلبها الأمن القانوني في هذا النظام الخاص.³

¹ - سماح جبار ، المرجع السابق، ص ص 253، 254.

² - نفس المرجع، ص ص 245، 255.

³ - المرجع نفسه، ص 256.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : جواز الإحتجاج على الغير بالحقوق المشهورة كحماية قانونية للغير حسن النية.

إن التصرف القانوني العقارية قد تكون حجة للغير كما قد تكون في الوقت ذاته حجة على الغير، وهاته الحجة تفرض عليه إحترام الحقوق والواجبات التي رتبها أي تصرف عقاري مهما كانت طبيعته القانونية، فيجب عليه الإمتناع عن كل فعل أو تصرف من شأنه أن يمس بهذه الحقوق المكتسبة وكل ذلك ليتمتع بالحماية القانونية المفروضة. فالغاية من إنشاء السجل العيني هو شهر الحالة القانونية وحتى المادية للعقار، لتمكين الغير الذي يريد التعاقد بصدده أو القيام بأي تصرف حوله من الوقوف على حقيقة وضعه وماهية ومدى الحقوق العائدة له والأعباء المترتبة عليه، ومنه لتحقيق هاته الغاية ينبغي شهر جميع الحقوق المكتسبة للعقار أو ما عليه من أعباء بحيث أن الحق العيني المتعلق به والغير المشهر لا يمكن الإحتجاج به في مواجهة الغير والعكس صحيح.¹ ولقد نص المشرع الجزائري ضمن القوانين الخاصة بالشهر والمتمثلة في الأمر 74-75 والمرسوم التنفيذي 62-76، والمرسوم التنفيذي 63-76، وكذا ضمن القوانين الخاصة الأخرى والمتمثلة في القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية على ضرورة شهر كل إجراء أو تصرف ليكون نافذا في حق الغير، كما أكد الحماية القانونية للغير حسن النية ضمنها.

¹ - جمال بوشنافة ، المرجع السابق، ص 239.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- التصرفات القانونية والإجراءات الواجبة الشهر لتكون نافذة في حق الغير وفقاً للقوانين الخاصة بالشهر:

تنص المادة 15 من الأمر 74-75 على أنه " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إظهارهما في مجموعة البطاقات العقارية"،

وتنص المادة 17 من ذات الأمر على أنه " الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إظهارها"،

كما تنص المادة 85 من المرسوم التنفيذي 63-76 على ضرورة شهر الدعاوى العقارية لإمكانية الإحتجاج بها على الغير الذي كسب حقا عينيا على العقار موضوع الطلب القضائي الذي تم شهره بعد شهر الدعوى.¹

ومنه فإن المشرع الجزائري أخضع إنتقال الحقوق العينية العقارية وبعض الحقوق الشخصية إلى إجراءات خاصة تستهدف حماية أصحاب العلاقة والغير في آن واحد، لأن الغاية الأساسية من إنشاء السجل العقاري هي شهر المعاملات المتلقة بكل عقار، وتمكين الغير من الإطلاع عليها، والإحاطة بحالة العقار الحقيقية إذا ما شاء إجراء أي إتفاق بشأنه، ولذلك فرض القانون تسجيل كل ما للعقار من حقوق وكل ما عليه من أعباء حتى يمكن الإحتجاج بهذه الحقوق وتلك الأعباء على الغير.²

1- مبدأ الأسبقية في القيد حماية للغير حسن النية :

يتم الفصل في المنازعات التي تثار من طرف الغير بموجب قاعدة الأسبقية في التسجيل، حيث أنه كثيرا ما يثار التنازع بين مشتريين لذات العقار سارع ثانيهما إلى تسجيل عقد شرائه بسوء نية قبل الأول، ومنه فإن مجال أعمال قاعدة الأسبقية في التسجيل هو الفرض الذي يثور فيه التنازع بين مشتريين لذات العقار المبيع، بموجب عقدي شراء صحيحين على التوالي، صادريين من ذات البائع مالك العقار حيث تكون الأفضلية لمن يسارع إلى تسجيل عقد شرائه بغض النظر عن أسبقية تاريخ الإنعقاد.³

¹ - جمال بوشنافة ، المرجع السابق ، ص 241.

² - ليلي أبيض ، المرجع السابق، ص 329.

³ - نفس المرجع، ص 340.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويمكن القول أن القاعدة تقضي بأنه إذا تعارض عقدان يتعلقان بعين واحدة من مالك واحد لشخصين مختلفين، وجب تفضيل العقد المسجل على غير المسجل، أما إذا تلقى المشتريان المبيع من بائعين مختلفين، فإنه يجب البحث عن المالك الحقيقي منهما إذ الحكم بالمبيع لمن تلقاه من هذا المالك بصرف النظر عن التسجيل وبصرف النظر أيضا عن حسن النية.¹

2- إعمال مبدأ الحجية المطلقة للقيود لحماية للغير حسن النية:

إن حماية مصالح الغير في السجل العقاري مقترنة بمبدأ حماية الوضع الظاهر، وما يقتضيه نظام السجل العيني من الإحترام الكامل لإعلام الغير بالوضع القانوني للحقوق العينية العقارية من خلال القوة الثبوتية،² ولقد أخذ العديد من التشريعات المقارنة بهذا المبدأ وعلى رأسها القانون الأسترالي، وكذا القانون السويسري الذي يرى أن ثقة الغير حسن النية تؤدي إلى تحصين حقه بشكل مطلق، وتؤدي إلى معالجة آثار إنعدام سلطة المالك الظاهر في التصرف وبالتالي خلق إستثناء على مبدأ المشروعية المادية.³

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 16 من المرسوم التنفيذي 63-76 على أنه " لا يمكن إعادة النظر في الحقوق الناتجة عن الترقيم النهائي الذي تم بموجب أحكام المواد 12-13-14 من هذا الفصل إلا عن طريق القضاء.

وإذا كانت الدعوى القضائية ترمي إلى تغيير الحقوق الناتجة عن ترقيم لا يزال مؤقتا تطبيقا لأحكام المادتين 13، 14 أعلاه فإن هذا الترقيم يحافظ على طابعه المؤقت إلى غاية صدور حكم قضائي نهائي"، ومنه يتضح أنه لم يجعل للشهر قوة ثبوتية مطلقة ما دام أنه سمح بمراجعتها أمام القضاء، وبذلك فإن هذه الحجية هي حجية نسبية وليست مطلقة، وبالتالي فإنه إنطلاقا من هذه القوة النسبية فإنه يمكن أن يهدد الغير بالطعن في حقه المسجل بموجب دعوى إبطال سنده أو نقضه أو فسخ الحقوق المشهورة أو إلغائها.⁴

¹ - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 341.

- محمد كامل مرسي باشا، المرجع السابق، ص 297.

² - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 344.

³ - نفس المرجع، ص ص 342، 343.

⁴ - المرجع نفسه، ص 344.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- التصرفات القانونية والإجراءات الواجبة الشهر لتكون نافذة في حق الغير وفقا للقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية :

إن نظام الشهر العيني يجعل أصحاب الحقوق المشهورة وكل من يتعامل معهم على أساس الشهر في مأمن من أي تصرف يتم دون شهره، ويغير في الحقوق أو سلطة أصحابها عليها، وقد نص القانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية أيضا على ضرورة شهر التصرفات العقارية لتكون نافذة في مواجهة الغير.¹

1- حق الشفعة والغير حسن النية :

لقد نص المشرع الجزائري على الشفعة في المواد من 794 إلى 807 من القانون المدني الجزائري، والتي عرفها ضمن نص المادة 794 على أنها " الشفعة رخصة تجيز الحلول محل المشتري في بيع العقار ضمن الأحوال والشروط المنصوص عليها في المواد التالية"، كما يمكن تعريفها على أنها " تملك العقار المبيع كله أو بعضه، ولو جبرا على المشتري بنا قام عليه من الثمن والمؤن".²

كما نصت المادة 795 على أنه " يثبت حق الشفعة و ذلك مع مراعاة الأحكام التي ينص عليها الأمر المتعلق بالثروة الزراعية :

- لمالك الرقبة إذا بيع الكل أو البعض من حق الإنتفاع المناسب للرقبة،
- للشريك في الشيوخ إذا بيع جزء من العقار المشاع إلى أجنبي،
- لصاحب حق الإنتفاع إذا بيعت الرقبة كلها أو بعضها.

وتنص المادة 797 على أنه " إذا إشتري شخص عقارا تجوز الشفعة فيه ثم باعه قبل أن تعلن أي رغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيل هذه الرغبة طبقا للمادة 801 فلا يجوز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني وحسب الشروط التي إشتري بها."

وتنص المادة 799 على أنه " على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلن رغبته فيها إلى كل من البائع والمشتري في أجل ثلاثين يوما من تاريخ الإنذار الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري إلا سقط حقه، ويزاد على ذلك الأجل مدة المسافة إن إقتضى الأمر ذلك."

وبالنسبة للغير تنص المادة 801 على أنه " يجب أن يكون التصريح بالرغبة في الشفعة بعقد رسمي يعلن عن طريق كتابة الضبط، وإلا كان هذا التصريح باطلا.

¹ - جمال بوشنافة، المرجع السابق، ص 240.

² - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 209.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ولا يحتج بالتصريح ضد الغير إلا إذا كان مسجلا.

يجب إيداع ثمن البيع و المصاريف بين يدي الموثق خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ التصريح بالرغبة في الشفعة بشرط أن يكون هذا الإيداع قبل رفع دعوى الشفعة. فإن لم يتم الإيداع في هذا الأجل على الوجه المتقدم سقط الحق في الشفعة."، ففي هذا السياق فإن التصريح بالرغبة في الشفعة لا يحتج به ضد الغير إلا إذا كان مشهرا، وهذا لإعلام الغير بأن العقار مشفوع ويمكن إبطال أي بيع لغير الشفيع.¹

ومنه فإن إشتراط تسجيل التصريح بالرغبة في الشفعة مرده إلى أنه قد تترتب عليه آثار بالنسبة للغير، فقد يتعامل المشتري مع الغير رغم إعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة، فيحصل الغير بحسن نية على حقوق عينية، فإذا لم يسجل الإعلان فإنه لا توجد وسيلة يعلم بها الغير بحق الشفعة الذي يهدده، وتبقى الحقوق التي حصل عليها صحيحة، ولكن بعد تسجيل إعلان الرغبة لا يحتج بحقوق الغير على الشفيع.²

والقانون المدني لم تفرض أحكامه شهر عريضة رفع دعوى الشفعة وإكتفى بوجود تسجيل الرغبة في الشفعة حماية للغير وكذا بوجود شهر الحكم القضائي النهائي الصادر بثبوت الشفعة، وهذا ما أكدته المحكمة العليا في العديد من قراراتها، من بينها القرار رقم 194437 المؤرخ في 2000/04/26 " لا تدخل دعوى الشفعة ضمن الدعاوى المذكورة على سبيل الحصر في المادة 85 من المرسوم التنفيذي 63-76 ، ومادام القرار المطعون فيه صرح برفض دعوى الطاعنة شكلا بسبب عدم شهر عريضة دعوى الشفعة فإنه أخطأ في تطبيق مقتضيات المادة المذكورة."³

إن التسجيل والتصريح في الرغبة في الشفعة وشهر الحكم القضائي النهائي الصادر في الشفعة يترتب عليه أثر هام وهو إنتقال ملكية العقار المشفوع فيه من البائع إلى الشفيع نتيجة لحلول الشفيع محل المشتري، وبذلك فإن الحكم الصادر نهائيا بثبوت الشفعة يعتبر سندا لملكية الشفيع ويجب تسجيل هذا الحكم.⁴

¹ - ليلي زروقي، حمدي باشا عمر، المتازعات العقارية، دار هومة، الجزائر، 2002، ص ص 73، 74.

² - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 209.

³ - نفس المرجع، ص 210.

- الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الأول، 2004، ص 176.

⁴ - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 210.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- المخالصات والحوالات والغير حسن النية :

تنص المادة 897 ق م ج على أنه " لا تكون المخالصة بالأجرة مقدما لمدة لا تزيد على ثلاث سنوات ولا الحوالة بها كذلك نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا كان تاريخها ثابتا وسابقا لتسجيل تنبيه نزع الملكية.

وإذا كانت المخالصة أو الحوالة لمدة تزيد على ثلاث سنوات فإنها لا تكون نافذة في حق الدائن المرتهن إلا إذا سجلت قبل قيد الرهن، وإلا خفضت المدة إلى ثلاث سنوات مع مراعاة المقتضى الوارد في الفقرة السابقة."

والمخالصة هي تلك المبالغ التي تدفع مقدما إلى مالك العقار كثمن إيجار العقار لمدة تزيد عن ثلاث سنوات، أما الحوالة فهي حوالة المنتفع من الإيجار الذي دفع ثمنه مقدما إلى شخص آخر ليحل محله في العقار المؤجر، وفي كلتا الحالتين سواء كان الأمر مخالصة أو حوالة فإن كلاهما يتقل العقار وينقص من قيمته ومنه وجب أن يعلم به كل من الحائز والدائن المرتهن قبل بدء سريان عقد الإيجار.¹

وفي هذا الشأن تنص المادة 904 ق م ج على أنه " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس.

لا يصح التمسك تجاه الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي."

3- قيد أمر الحجز العقاري والغير حسن النية :

تنص المادة 725 ق م ج على أنه " يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي لأمر الحجز إلى المدين، وإذا كان العقار و/أو الحق العيني العقاري مثقلا بتأمين عيني للغير، وجب القيام بالتبليغ الرسمي بأمر الحجز إلى هذا الأخير مع إخطار إدارة الضرائب بالحجز.

¹ - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 211.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ينذر المدين بأنه إذا لم يدفع مبلغ الدين في أجل شهر واحد (1) من تاريخ التبليغ الرسمي، يباع العقار و/أو الحق العيني العقاري جبرا عليه.

يودع أمر الحجز على الفور، أو في اليوم الموالي للتبليغ الرسمي كأقصى أجل في مصلحة الشهر العقاري التابع لها العقار، لقيّد أمر الحجز، ويعدّ العقار و / أو الحق العيني العقاري محجوزا من تاريخ القيد".

ويلاحظ من خلال الفقرة الأخيرة أن المشرع الجزائري حدد طريقة القيد الذي يتم به شهر تنبيه نزع ملكية العقار، وذلك قصد رعاية الغير ليعلم بما حل في العقار أو الحق العيني للعقار موضوع أمر الحجز فيمتنع من التعامل فيه.¹

وينجم عن القيد العديد من الآثار الخطيرة والتي رتبها المشرع حماية لمصلحة الحاجز لا المدين، إلا أن هذا لا يعني أن حق التمسك بالبطلان يكون للغير فقط، إنما يمتد للمدين الذي يحق له التمسك به، حتى لا يظل المدين مهددا فترة طويلة بسبب تعنت دائنه.²

4- قيد إنذار حائز العقار والغير حسن النية :

إذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني وانتقلت ملكيته بعقد رسمي مشهر إلى الغير قبل قيد أمر الحجز، وجب إنذار الغير الحائز وتكليفه بدفع مبلغ الدين أو تخليته العقار، وإلا بيع العقار جبرا عليه وفقا لنص المادة 735 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.³ ويقصد بحائز العقار، كل شخص آلت إليه ملكية العقار بعقد مسجل قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، وكانت ملكية هذا العقار محملة بحق عيني نافذ في حق الغير، ويكون من آلت إليه الملكية مسؤولا مسؤولية شخصية عن هذا الدين، والحائز هو من إنتقلت إليه حيازة العقار المثقل بالتأمين العيني.⁴

¹ - ريم مراحي، (السندات والحقوق الواجب شهرها حسب القوانين الخاصة)، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي آفلو، المجلد 01، العدد 02، ص 271.

- ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 211.

² - محمد المنجي، موسوعة الشهر العقاري، (أوراق متفرقة واجبة الشهر)، المجلد الخامس، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2007، ص 27.

³ - ريم مراحي، السندات والحقوق الواجب شهرها حسب القوانين الخاصة، المرجع السابق، ص 271.

⁴ - ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 212.

- ريم مراحي، السندات والحقوق الواجب شهرها حسب القوانين الخاصة، ص 271.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويشترط لإعتبار الشخص حائزا أن يتوفر الشروط التالية¹:

- أن يكون قد كسب ملكية العقار المرهون كله أو بعضه أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، أي حق يصح بيعه بالمرزاد كحق الإنتفاع مثلا.
- أن يكون قد كسب الحق بعد قيد الرهن وقبل تسجيل تنبيه نزع الملكية، لأنه لو كسب حقا وقام بشهره قبل الرهن فإن الرهن لا ينفذ في حقه وبالتالي لا يكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يده.
- يجب أن لا يكون من كسب الحق العيني على العقار مسؤولا مسؤولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن العقاري.

5- حكم رسو المزاد :

وهو الحكم الذي يصدر في دعاوى البيوع العقارية، لإستيفاء الدين المستحق للدائن على المدين وذلك عن طريق بيع عقاره جبرا عنه، وتنتهي إجراءات نزع الملكية العقارية بإيقاع البيع على المشتري بالمزاد الأكبر ثمنا.²

ويعرف أيضا أنه الحكم الصادر نتيجة بيع بالمزاد العلني في جلسة فرع البيوع العقارية بالمحكمة، وتكون تحت رئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي ينتدب لهذا الغرض.³

وينتقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الإرتفاقات العالقة بها، يعتبر حكم رسو المزاد سند ملكية عقارية.⁴

ويجب على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من أجل إشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره وفقا لنص المادة 762 من ق إ م إ.⁵

¹ - ليلي أبيض ، المرجع السابق، ص 213.

² - نفس المرجع، ص 213.

³ - حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون

الإجراءات المدنية والإدارية، دار هومة، بدون طبعة، الجزائر، 2012، ص 144.

⁴ - ليلي أبيض ، المرجع السابق، ص 213.

⁵ - نفس المرجع، ص 213.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : مظاهر الحماية القانونية للغير حسن النية ذا المركز القانوني في التصرفات العقارية.

في العديد من المرات تثار الحماية القانونية للغير حسن النية والذي يستند إلى مركز واقعي، إلا أن الواقع العملي يتضمن أوضاعاً يكون فيها الغير حسن النية مستندا إلى مركز قانوني، ومع ذلك يتطلب الأمر حمايته، لوقوع مركزه موقع تنازع مع موقع آخر ينافسه، والأصل أن التنازع فيما بين المراكز القانونية نادراً ما يثار لوجود قواعد قانونية تنظم الحقوق حيث لا يطغى حق على آخر.¹

إلا أنه يمكن تجاوز القواعد القانونية التي تنظم الأفضلية في المراكز القانونية، وذلك إذا ما تطلب الأمر مراعاة جوانب حسن النية وإستقرار التعامل، وهو ما يتجلى في حالتين حالة حماية الغير حسن النية الذي إكتسب حقا عينيا على أموال التركة المدينة، والحالة الثانية هي حالة حماية الغير حسن النية الذي إكتسب حقا على المال المرهون في الفترة ما بين إنقضاء الرهن وعودته.²

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 215.

² - نفس المرجع، ص ص 215، 216.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- حماية الغير حسن النية الذي إكتسب حقا عينيا على أموال التركة المدينة :

يعتبر الميراث سببا لكسب وإنتقال الملكية عموما، وبما أن العقار صنف من الملكية فهو ينتقل بالميراث وذلك إستنادا إلى واقعة مادية وهي الوفاة وهذا ما أكدته المادة 774 ق م ج والتي تنص على أنه " تسري أحكام قانون الأحوال الشخصية على تعيين الورثة وتحديد أنصبتهم في الميراث وعلى إنتقال أموال التركة"، ومنه فإن كل ما خلفه الهالك ينتقل إلى من حدده الشرع والقانون وهم الورثة.¹

حيث أنه ب وفاة الشخص ينشأ للورثة الحق في تركة مورثهم وهو الميراث، والحقوق التي تنتقل إلى الورثة هي الحقوق المالية، فتنقل إليهم ملكية التركة وكذلك الحقوق العينية الأصلية إلا ما كان منها ينقضي بالوفاة كحق الإنتفاع وكذا الحقوق العينية التبعية كالرهن الرسمي وحق التخصيص.²

والملكية العقارية في الوفاة تنتقل بواسطة الشهادة التوثيقية والتي أوجب المشرع الجزائري شهرها بموجب نص المادة 15 من الأمر 74-75 والتي تنص على أن " كل حق للملكية وكل حق عيني آخر يتعلق بعقار لا وجود له بالنسبة للغير إلا من تاريخ يوم إشهارهما في مجموعة البطاقات العقارية، غير أن نقل الملكية عن طريق الوفاة يسري مفعوله من يوم فاة أصحاب الحقوق العينية."،

كما نصت المادة 91 من المرسوم التنفيذي 63-76 على أنه " كل إنتقال أو إنشاء أو إنقضاء لحقوق عينية عقارية بمناسبة أو بفعل الوفاة ضمن الآجال المحددة في المادة 99 يجب أن يثبت بموجب شهادة موثقة، وينبغي على الموثقين أن يحرروا الشهادات ليس فقط عندما يطلب منهم ذلك الأطراف ولكن أيضا عندما يطلب منهم إعداد عقد يهم كل أو جزء من تركة... ".

وبمجرد إنتقال الملكية يترتب على تملك الوارث لأموال التركة عموما حتى المدينة، إمكانية التصرف فيها بحيث يقع تصرفه صحيحا على إعتبار أنه صادر من مالك لهذا المال، وإذا كانت التركة غير مدينة فإن تصرف الوارث بأموالها لا يثير إشكالا أو تنازعا بين دائني التركة والمتصرف إليه، أما إذا كانت التركة مدينة فإن من شأن تصرف الوارث

¹ - عمار نكاع ، (الشروط القانونية في إنتقال التركة العقارية، (في التشريع الجزائري))، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، عدد 44، ديسمبر 2015، ص ص 51، 52.

² - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 201.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

في أموالها أن يثير تنازعا وتعارضاً بين مصلحة دائني المورث الذين تعلقت حقوقهم بأموال الشركة ومصلحة الغير المتصرف إليه.¹

ولقد نص المشرع الجزائري على بيع الشركة في المواد من 404 إلى 407 من القانون المدني، حيث نصت المادة 405 على أنه " إذا بيعت شركة فلا يسري البيع في حق الغير إلا إذا قام المشتري بالإجراءات الواجبة لنقل كل حق إشتملت عليه الشركة فإذا نص القانون على الإجراءات لنقل الحقوق المذكورة بين المتعاقدين وجب أيضا أن تتم هذا الإجراءات "، والمشرع الجزائري إشتراط لإنتقال ملكية العقارات في الشركة إلى الورثة وجوب شهر الحق الإرث بواسطة الشهادة التوثيقية والتي تعتبر وثيقة رسمية تعد من طرف الموثق وفقا لما تم ذكره في المواد أعلاه.

وأهمية شهر حق الإرث تظهر في تحديد نطاق حماية الغير حسن النية وبالأخص الذي إكتسب حقا عينيا على أموال الشركة المدينة التي لم تخضع للتصفية، لأن إكتسابه حقا عينيا على عقارات هذه الشركة دون تسجيلها يجعل منه دائنا عاديا لا يقوى على مزاحمة دائني المورث، في حين إذا إكتسب حقا عينيا على عقار بموجب تصرف تم تسجيله فإن هذا التسجيل يجعله في مأمن من مزاحمة دائني المورث له.²

وحماية الغير حسن النية لا تثار إلا حينما يكتسب الغير حقا عينيا على أموال شركة مدينة، ولقد قرر المشرع الجزائري حماية الغير ودائني الشركة ضمنا بموجب نص المادة 405 ق م ج.

ولتمتع الغير بالحماية يشترط مايلي:

- أن يكون الطرف المتنازع معه دائنا عاديا، ومنه لا يجوز له الإحتجاج في مواجهة كل دائن تقرر له تأمين عيني على أموال الشركة المدينة كالدائن المرتهن.³
- تحقق صفة الغيرية في المتصرف إليه، والورثة يعدون من الغير بالمعنى المقصود في هذا المظهر، فلو صدر التصرف إلى أحد الورثة فإنه يعد غيرا بالنسبة لدائن الشركة،

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص ص 216، 217.

² - نفس المرجع، ص 222.

³ - المرجع نفسه، ص 228.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وأوضح ما يكون أحد الورثة غيرا بالنسبة لدائني الشركة هو حالة التخارج أو البيع بين الورثة.¹

- توافر حسن النية في جانب الغير، ويقصد بحسن النية في هذه الحالة هو عدم علم الغير وقت التصرف بأن المبيع الذي ترتب له حقا عينيا عليه تتعلق به حقوق الدائنين لكونه يعد جزءا من مشتريات شركة مدينة، ويكفي علم الغير بأن الشركة مدينة حتى يتوافر سوء النية في جانبه إذا أقدم على التعامل مع أحد الورثة.²

ومنه وفي هذا الإطار فإنه لا يسري أحكام نص المادة 188 ق م ج والتي تنص على أنه " أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه. وفي حال عدم وجود حق أفضلية مكتسب طبقا للقانون فإن جميع الدائنين متساوون إتجاه هذا الضمان."

ثانيا- حماية الغير حسن النية الذي إكتسب حقا على المال المرهون في الفترة ما بين إنقضاء الرهن عودته :

لقد نص المشرع الجزائري على التأمينات العينية ضمن الكتاب الرابع من القانون المدني ابتداء من نص المادة 882 والتي تعرف الرهن الرسمي على أنه " عقد يكسب به الدائن حقا عينيا، على عقار لوفاء دينه، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التاين له في المرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان"، والرهن التأميني هو تأمين عيني لا يتخلى فيه المالك عن حيازة العقار المرهون فهو رهن طليق، ويخول للدائن عند حلول الأجل حق توقيع الحجز على ذلك العقار وبيعه وهو في حيازة أي شخص كان، وأن يوفي حقه بالأفضلية من الثمن.³

والرهن التأميني لا يكون نافذا في حق الغير إلا إذا تم تقييده وهو ما نصت عليه المادة 904 ق م ج والتي تنص على أنه " لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس.

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق ، ص 228.

² - نفس المرجع، ص ص 228، 229.

³ - محمد حسنين، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص 111.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

لا يصح التمسك تجاه الغير بتحويل حق مضمون بقيد ، ولا التمسك بالحق الناشيء من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالإتفاق، ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي."، ومنه فإن القيد شرط لنفاذ الرهن على الغير لا في صحة الرهن ويترتب على ذلك أنه إذا وقع القيد باطلا فلا يؤثر ذلك على صحة الرهن ويجوز إجراء قيد جديد بموجب الرهن ذاته الذي يظل صحيحا ولكن لا يحتج بهذا الرهن على الغير إلا من تاريخ إجراء القيد الصحيح، كما ينجم على أن القيد لا أثر له في صحة العقد أن الراهن لا يجوز له أن يتمسك ببطلان القيد.¹

ويعتبر من الغير كل من يلحقه ضرر من مباشرة الأفضلية أو التتبع فهو كل دائن له تأمين عيني على العقار المرهون كبائع العقار الذي لم يقبض ثمنه فهو صاحب حق إمتياز للوفاء بالثمن، وكل دائن مرتهن آخر، وكذا كل دائن عادي، كذلك كل من يتلقى ملكية العقار أو أي حق عيني آخر قابل للرهن ، فمشتري العقار يعتبر من الغير بالنسبة لأحكام القيد.²

وما يهمننا في هذا الجانب هو الغير الذي إكتسب حقا على المال المرهون في الفترة ما بين إنقضاء الرهن وعودته، وهو ما أشار إليه المشرع الجزائري في المادة 933 ق م ج والتي تنص على أنه " ينقضي حق الرهن الرسمي بإنقضاء الدين المضمون، ويعود معه إذا زال السبب الذي إنقضى به الدين، دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية كسبها في الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته."³

¹ - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 134.

² - نفس المرجع، ص ص 135، 136.

³ - تنص المادة 1419 قانون مدني أردني على أنه " ينقضي الرهن الحيازي بإنقضاء الدين الموثق ويعود معه إذا زال السبب الذي ينقضي به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة مابين إنقضاء الدين وعودته"

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

كما أشار المشرع إلى هذا النوع من الحماية ضمن نص المادة 964 ق م ج والمرتبطة بالرهن الحيازي¹ والتي تنص " ينقضي حق الرهن الحيازي بإنقضاء الدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي إنقضى به الدين دون الإخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا في الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته."، غير أن ما يهمننا هو الرهن الرسمي بإعتباره جزء من التصرفات العقارية.

ومنه فإنه حماية للغير حسن النية أقر المشرع في نص المادة 933 أن الرهون التأمينية المشطوبة تصير غير قابلة للإحتجاج بها على الدائنين الذين قيدوا رهونهم فيما بين الشطب وإعادة إنشاء القيد.²

ولتكريس الحماية القانونية للغير الذي إكتسب حقا على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين إنقضاء الرهن والوقت الذي إكتسب فيه الغير حقه على المال المرهون، وبالغير ذاته، لا بد أن تتحقق فيه صفة الغيرية، فضلا عن لزوم توافر حسن النية في جانبه،³ ومنه يشترط :

- أن يكون الرهن قد إنقضى بصفة تبعية، وفي هذا الشأن يعتبر جميع أسباب إنقضاء الدين الأصلي الموثق به الرهن أسبابا لإنقضاء الرهن بصفة تبعية، ويشترط أن يكون الدين قد إنقضى بصورة كلية، أما في حالة بقاء جزء منه فإن الرهن يبقى بأكمله لضمانه طبقا لمبدأ عدم تجزئة الرهن.⁴

والمشرع الجزائري نص على إنقضاء الرهن الرسمي في المواد من 933 إلى 936 ق م ج، فينقضي طبقا لنص المادة 933 بإنقضاء الحق الذي يضمنه إنقضاء كليا، كما ينقضي إذا تمت إجراءات التطهير وفقا لنص المادة 934، كما ينقضي وفقا لنص المادة 936 إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني.

¹ - تنص المادة 948 ق م ج على أن " الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين أو الدائنين التاليين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون ."

² - محمد حسنين، المرجع السابق، ص 179.

³ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 230.

⁴ - نفس المرجع، ص 230.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- أن يكون إكتساب الغير حقه على المال المرهون في الفترة الواقعة ما بين إنقضاء الرهن وعودته من جديد، ويختلف الأمر في تحديد وقت إكتساب الغير حقا على المال المرهون بين ما إذا كان الرهن تأمينيا أو حيازيا، فإذا كان الحق الذي إكتسبه الغير على المال المرهون رهنا تأمينيا فيتم التثبيت من تاريخه من خلال الرجوع إلى تاريخ تسجيله، أما إذا كان الحق الذي إكتسبه الغير على مال مرهون رهنا حيازيا فإن التثبيت من تاريخه يتحدد من خلال تاريخ العقد الذي إكتسب بموجبه الغير حقا على المال المرهون.¹

- تحقق صفة الغيرية في مكتسب الحق على المال المرهون، حيث يشمل كل من لا يحتج عليه بآثار الرهن الأصلي عند عودته لزوال سبب إنقضائه بأن كان أجنبيا عن الرهن الأصلي، ومنه يستبعد طرفا العقد وخلفهما العام ومن كان ممثلا في عقد الرهن الأصلي بأحد طرفيه.²

- أن يكون الغير حسن النية، ومقتضى حسن النية إعتقاد الغير الجازم بزوال الإلتزام الأصلي نهائيا وإنقضاء الرهن تبعا له والناشيء عن جهله بالعيب الذي يشوب سبب إنقضاء الرهن أو عدم علمه بسبب إبطال الدين المضمون بالرهن، فإذا كان الغير عالما بإمكانية زوال السبب الذي إنقضى به الدين المضمون فيعد سيء النية ومنه لا يمكن إصباغ الحماية عليه.³

والمشروع الجزائري ضمن نص المادة 933 ق م ج لم يبين مضمون حماية الغير حسن النية الذي إكتسب حقا في الفترة ما بين إنقضاء الرهن وعودته، كما أنه لم يبين طبيعة الحق حيث أن الغير قد يكتسب حقا عينيا أصليا كحق الملكية ، كما أنه قد يكتسب حقا عينيا تبعا كحق الرهن مثلا.

إلا أنه عموما إذا كسب الغير حسن النية حقوقا خلال هاته الفترة ما بين إنقضاء الحق وعودته فإن حق الغير حسن النية يسري في مواجهة الدائن المرتهن وينبغي على

¹ - حسان مجلي فارس المجالي ، ص 233.

² - نفس المرجع ، ص ص 233، 234.

³ - المرجع نفسه، ص ص 234، 235.

- المشروع الجزائري في نص المادة 933 ق م ج أكد على حماية الغير حسن النية في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته.

- المادتين 1364، 1419 من القانون المدني الأردني.

الفصل الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الأخير إحترامه، فلا يجوز له أن يحتج على الغير بعودة الرهن من جديد، وهذا ناشئ عن إعتبار حق الغير سابقا على حق الدائن المرتهن وهو المضمون الجوهري للحماية.¹

والحماية القانونية للغير حسن النية تعطل ميزة التتبع المقررة للدائن المرتهن، كما تعطل ميزة التقدم الناشئة عن أسبقية القيد وذلك إذا ما تعلق الأمر بحق عيني تبعي إكتسبه الغير حسن النية على المال المرهون ما بين إنقضاء الرهن وعودته.²

¹ - حسان مجلي فارس المجالي، المرجع السابق، ص 237.

² - نفس المرجع، ص 238.

الباب الثاني

الفصل الثاني

الحماية القضائية لمبدأ

حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إن الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية فرضها القانون عموماً لتنظيم هاته الأخيرة، حيث أنه بمقتضى هاته الحماية يمكن تنظيم التصرفات العقارية خدمة للمصالح التي بحاجة للحماية، وبمقتضى مبدأ حسن النية سمح المشرع بتوقيع الجزاء على كل متصرف سيء النية، أي محاربة كل السلوكات الغير نزيهة، والتي تهدد الأمن القانوني للتصرفات القانونية، والتي تكون سبباً في إنهاء العلاقة بين جميع أطراف التصرف، فحارب الغش والتدليس مثلاً بإعتبارهما يجسدان سوء النية وهذا ما يتعارض مع مفهوم الأخلاق والتي يقوم عليها حسن النية.¹

و الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تتمثل في ذلك الحق القانوني المكفول ، ومنه فإنها تتم عن طريق إقامة دعوى قضائية ، هاته الأخيرة والتي تعتبر وسيلة تحريك القضاء لحماية الحق ، وليست في ذاتها حق آخر إلى جوار الحق الذي تحميه يضاف إلى ذمة صاحب الحق، إذ هي من عناصره ، حيث انه قد نتصور وجود عدة دعاوى لحماية حق واحد⁽²⁾.

ولقد عرفها المشرع الفرنسي بخلاف العديد من التشريعات، حيث نصت المادة 30 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي ، والتي تنتمي للباب الثاني بعنوان الدعوى⁽³⁾، على أنها "الدعوى هي حق صاحب الإدعاء ليستمع له في موضوع إدعائه، وذلك من أجل قبوله أو رفضه من طرف القاضي".

ومبدأ حسن النية بإعتباره من المبادئ المكرسة في التصرفات العقارية، فإن المشرع كفل حمايته بواسطة القضاء، حيث تنص المادة 03 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه "يجوز لكل شخص يدعي حقاً رفع دعوى أمام القضاء للحصول على ذلك الحق أو حمايته ، يستفيد الخصوم أثناء سير الخصومة من فرص متكافئة لعرض طلباتهم ووسائل دفاعهم" ، ولا يتم ذلك في التصرفات العقارية إلا عن طريق إقامة دعوى

¹ - فطيمة نساخ بولقان ، المرجع السابق، ص 310.

⁽²⁾ - نبيل صقر ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية ، دار الهدى ، عين مليلة الجزائر، 2008 ص 22.

⁽¹⁾ - nouveau code de procédure civil, quatre vingt huitième Edition- Dalloz-2012.

Art30 : « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée.

Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention »

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

قضائية عقارية، و التي تتعلق بحق عيني وارد على عقار سواء كان حقا عينيا أصليا أو حقا عينيا تبعا.

كما قد ترتبط الدعوى العقارية بمال عقاري، هذا الأخير الذي نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 684 ق م ج⁽¹⁾ والذي يدخل ضمنه كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية أو كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.

ومراعاة لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، فإن المشرع الجزائري قد أقر حماية خاصة لأطراف التصرف وكذا الغير ذوي النية الحسنة، وهذا عند تقرير القاضي للتعويض بسبب الأضرار لتحقيق التوازن، أو عند فصله في دعاوى الضمان المرتبطة بعدم التعرض، الإستحقاق و ضمان العيوب الخفية، إضافة إلى الدعاوى المرتبطة بفسخ التصرف العقاري أو بطلانه، والحماية القضائية لهذا المبدأ يستفيد منها كل من له علاقة مباشرة أو إرتباط بالتصرف العقاري.

وبناء على ذلك تم تقسيم هذا الفصل لمبحثين وفق الآتي :

المبحث الأول : دعاوى التعويض ومخالفة أحكام الضمان كآلية لتجسيد مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن في التصرفات العقارية

نتطرق من خلال هذا المبحث لدعوى التعويض عن الأضرار كآلية لتجسيد مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن في التصرفات العقارية ضمن متطلبات المطلب الأول، لنتطرق في المطلب الثاني للدعاوى المرتبطة بمخالفة أحكام الضمان كآلية لتجسيد مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن في التصرفات العقارية.

المبحث الثاني : إمكانية فسخ التصرف العقاري وبطلانه لإنتفاء مبدأ حسن النية .

وستتطرق من خلال هذا المبحث لدعوى الفسخ كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في المطلب الأول، لنتطرق في المطلب الثاني لدعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

¹- تنص المادة 684 من ذات القانون "يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية، وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار"

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الأول : دعاوى التعويض ومخالفة أحكام الضمان كآلية لتجسيد مبدأ

حسن النية وتحقيق التوازن في التصرفات العقارية

إن مقتضيات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تقوم على موجب الإعلام والإستعلام، والذي يرتبط بالإستقامة والنزاهة في التعامل، بحيث يكون كل طرف في التصرف على بينة تماما بما يلتزم به وبما وعد به، وأن ما وعد به مطابقا لما ينتظره من منفعة.¹

وفعالية مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن في التصرفات العقارية تظهر من خلال الدور الذي يلعبه المبدأ في علاج الضرر الواقع، والمترتب عن الإخلال بواجبي الإعلام والإستعلام، إذ يكون للمتضرر حلول عديدة تمكنه من جبر ما أصابه² إما عن طريق دعوى التعويض أو دعوى الإستحقاق.

ودعوى التعويض قد ترتبط بإبطال التصرف، كما أنها قد تكون مستقلة عن الإبطال، وهي حق مقرر للطرف الذي تعرض لضرر من جراء الإخلال بمبدأ حسن النية، ففي هذه الحالة يجوز له اللجوء لطلب التعويض عما أصابه من ضرر بالرغم من عدم توفر شروط الإبطال.³

ومخالفة أحكام الضمان يترتب عليها مجموعة من الجزاءات ترتبط إما بدعوى ضمان التعرض، الإستحقاق، ضمان العيوب الخفية، فكل هاته الحالات ترتبط إرتباطا وثيقا بحسن النية ومدى تكريسه ومنه فإن الإخلال بمقتضياته يعبر عن سوء نية الأطراف ومنه يحق لمن له مصلحة اللجوء للقضاء بسبب التعرض سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا، أو في حالة وجود عيب خفي أخفاه المتصرف عمدا عن المستفيد من التصرف العقاري كوجود عيب بجدران المنزل.

أما دعوى الإستحقاق فهي الدعوى التي يطالب فيها بملكية العقار، والتي يرفعها المالك على الحائز، كدعاوى الإستحقاق التي يرفعها المالك ضد الوارث الظاهر، ومنه فهي التي يكون الهدف منها المطالبة بملكية العقار، كالدعوى التي ترفع على الغير الحائز لملكية عقارية لا تخصه.

¹ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 26.

² - فريدة لبنان، المرجع السابق، ص ص 126، 127.

³ - عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 31.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ولقد أقر المشرع دعوى التعويض ودعاوى أحكام الضمان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تهدف لتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف والغير أيضاً، كما أنهما يجسدان حماية فعلية قانونية لهذا المبدأ، عن طريق إقرار العديد من الحقوق، وبناء على ذلك تم تقسيم المبحث إلى :

- دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الأول).
- دعاوى مخالفة أحكام الضمان الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الثاني).

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الأول : دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية.

إن مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يتسع مجاله ليشمل جميع المراحل التي يمر بها التصرف العقاري، ويظهر لنا ذلك جليا من خلال العديد من النصوص القانونية والمظاهر التي تكرر ذلك، إضافة إلى وجود العديد من القواعد القانونية التي تؤكد ضرورة الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية و الأساسية في التصرف القانوني.

ومنه فإن الإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية والذي يترتب عليه ضرر كأصل عام ينجم عن المسؤولية التقصيرية وفقا لنص المادة 124 ق م ج والتي تنص " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض."، ومنه اللجوء إلى طلب التعويض عن طريق دعوى قضائية أمام القسم المدني بالمحكمة أو أمام المحكمة الإدارية أي دعوى القضاء الكامل إذا إرتبط الأمر بتصرف عقاري مرتبط بعقد أو قرار إداريين.

واللجوء لدعوى التعويض يهدف لإعادة التوازن في التصرف العقاري الذي نجم عن ضرر بسبب الإخلال بمقتضيات حسن النية، إلا أن هناك حالات عديدة يرتبط فيها الإخلال بمسؤولية عقدية ويتمثل ذلك في الإخلال بالتزام عقدي يتميز بالإلتزام بحسن نية في إبرام التصرف العقاري، إلا أن المسؤولية المدنية عموما سواء كانت تقصيرية أو عقدية لا يجوز المطالبة بالتعويض فيها سوى عن الضرر المباشر أو المتوقع لعدم الإلتزام بمبدأ حسن النية.

ولتوضيح دعوى التعويض الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية، والتي تهدف أساسا لجبر الضرر عموما وتحقيق التوازن في التصرف، تم تقسيم هذا المطلب إلى :

- مفهوم التعويض كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الأول).
- شروط إستحقاق التعويض الناجم عن الإخلال بمقتضيات حسن النية (الفرع الثاني).
- حسن النية وتقدير التعويض في التصرفات العقارية (الفرع الثالث).

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : مفهوم التعويض كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية. إذا ما ثبتت مسؤولية المدعى عليه في دعوى التعويض عما لحق المدعى من ضرر نتيجة للتصرف العقاري، فإنه يتعين على القاضي أن يلزم المسؤول عن الضرر بما يعوض المضرور ويجبر الضرر الذي أصابه وفقا لنص المادة 124 ق م ج في حال إرتبط الأمر بمسؤولية تقصيرية¹، ونفس الأمر في حال نجم الضرر عن الإخلال بمسؤولية عقدية.

فمن المقرر أن كل خطأ سبب ضررا للغير ينشأ عنه حق للمضرور في التعويض، ويضمن المتسبب في الضرر هذا التعويض، ووسيلة المطالبة بهذا التعويض تكون عن طريق القضاء حيث يعجز المتضرر من إستيفائه بالتراضي ومنه إقامة دعوى مدنية الهدف منها طلب التعويض²، والمطالبة بالتعويض من إختصاص القسم المدني كقاعدة عامة، ومنه وعلى الرغم من إرتباطها بالتصرفات العقارية إلا أن القاضي المختص هو القاضي المدني وليس القاضي العقاري ومنه لا ينظر فيها أمام القسم العقاري بالمحكمة أو الغرفة العقارية بالمجلس، وبناءا على ذلك فإن هاته الدعوى لا تنطبق عليها الشروط الخاصة والتي تمتاز بها الدعوى العقارية والتي أهمها عملية الشهر العريضة الإفتتاحية. والمسؤولية المدنية عموما أيا كانت عقدية أو تقصيرية لا يجوز المطالبة بالتعويض فيها سوى عن الضرر المباشر لعدم الإلتزام بمقتضيات حسن النية في التفاوض، وفي حالة المسؤولية العقدية فإنه يتم طلب التعويض عن الضرر المباشر والمتوقع فقط، بينما تشمل المسؤولية التقصيرية الضرر المباشر والغير متوقع على حد سواء.³

ومنه ولتوضيح المقصود بالتعويض يفترض منا التطرق لتعريفه مع التطرق لوظائفه والمرتبطة وتجسيد حسن النية.

¹ - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 262، 263.

² - محمد هشام فريجة ، (المجني عليه ودعوى جبر الضرر في القانون الجزائري)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة المسيلة ، العدد 09، المجلد 02، مارس 2018، ص 03.

³ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 123.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- تعريف التعويض :

لم يعرف المشرع الجزائري التعويض وإنما إقتصر على توضيح الوسائل التي يمكن للمدين أو المتضرر إعتماؤها للمطالبة به، فنص المادة 124 ق م ج إعتبر التعويض أثراً ناجاً عن الضرر المرتكب من طرف الغير.

أما الفقه فقد ذهب إلى أن مفهوم التعويض يرتبط إرتباطاً وثيقاً بالضرر بإعتباره مجرد وسيلة لجبره، وقام بتعريف التعويض بأنه " مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كان نتيجة طبيعية لوقوع الضرر."¹

كما يمكن تعريف التعويض على أنه " مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو أن المتعاقد الآخر نفذ إلتزامه على النحو المتفق عليه، أو على النحو الذي يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس."²، إلا أنه ما يعاب على هذا التعريف أنه إعتبر التعويض مبلغاً من النقود يساوي المنفعة أي أنه ربط التعويض بالنقود، إلا أن التعويض قد لا يكون نقوداً في العديد من الحالات التي يكون فيها عينياً أي غير نقدي.

كما عرفه بعض الفقه على أنه " وسيلة القضاء لجبر الضرر سواء بمحوه أو التخفيف من وطأته إذا لم يمكن محوه، وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدمًا ، ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه ، فينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون زيادة أو نقصان."، غير أنه ما يعاب على هذا التعريف أنه على الرغم من إشارته إلى طرق التعويض إلا أنه ركز على جهة التقدير ، فالتعويض وإن كان في الأصل يتولى القاضي تقديره إلا أنه أحياناً قد يتولى القانون أو الأطراف تقديره³.

¹ - صابرينة بيطار ، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية أدرار، 2015، ص 10.

² - نفس المرجع، ص 10.

³ - المرجع نفسه، ص 11.

- زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2004، ص 155، مقتبس عن صابرينة بيطار ، المرجع السابق.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومن الفقهاء من ربط فكرة التعويض بأركان المسؤولية المدنية بنوعيتها، بقولهم أن التعويض هو جزاء توافر أركان المسؤولية سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، وأن المقصود من التعويض هو إعادة التوازن الذي إختل التصرف القانوني بسبب الضرر الذي وقع، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي من المفترض والمتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر، فالتعويض هو " كل ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر."¹

ومنه فإن التعويض عموماً هو الجزاء الذي ينجم عن المسؤولية التقصيرية كحالة الشخص الذي يتضرر من وقوع مبنى تكون فيه معايير البناء مخالفة للمقاييس المعتمدة، أو الذي ينجم عن الإخلال بالالتزام عقدي أي المسؤولية العقدية، وفي كلتا الحالتين يعتبر جبراً للضرر الذي أصاب المدعي، وقد يكون التعويض نقداً أو عيناً، وفي جميع الحالات يعتبر نتيجة حتمية للضرر الذي نجم عن الإخلال بمقتضيات حسن النية الواجب مراعاتها في التصرفات العقارية.

ثانياً - تمييز التعويض كجزاء عن العقوبة :

إن العقوبة كجزاء تنجم عن المسؤولية الجنائية والتي تنشأ بسبب فعل موجه ضد المجتمع، أما التعويض كجزاء ينجم عن المسؤولية المدنية والتي تنشأ بسبب الفعل الضار الذي يصيب الفرد، ويترتب على هذا الفارق الأساسي عدة نتائج أهمها:²

- أساس المسؤولية الجنائية هو الفعل الضار الذي يصيب المجتمع ويتمثل في الجريمة الجنائية، أما الأساس في المسؤولية المدنية فهو الفعل الضار الذي يصيب أحد الأفراد والذي يتمثل في إخلال الشخص بالالتزام يقع عليه.
- موضوع المسؤولية المدنية هو المطالبة بالتعويض عن الضرر، ومن ثم فالجزاء هو إلزام المسؤول بتعويض الشخص المضرور الذي له وحده الحق في المطالبة بالتعويض، أما الجزاء في المسؤولية الجنائية فهو العقوبة التي وضعها قانون العقوبات.³

¹ - صابرينة بيطار ، المرجع السابق، ص 10.

² - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 10.

³ - نفس المرجع، ص 10.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- المسؤولية المدنية تركز على القاعدة العامة المقررة في القانون المدني والتي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من إرتكبه بالتعويض، أما المسؤولية الجنائية تنهض في جميع الأحوال التي ينص فيها القانون على التجريم والعقاب.¹

- المسؤولية المدنية لا تقوم إلا إذا أصيب شخص معين بضرر إذ أن مهمتها هي الإلزام بتعويض الضرر، فهي ترتبط بالضرر وجوداً وعدماً، فالتعويض يتحدد على أساس الضرر والقاضي هو الذي يقدره.²

وعموماً التعويض هو جزء المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أو تقصيرية، ويهدف إلى جبر الضرر، أما العقوبة فالغاية منها معاقبة الجاني عن الفعل المرتكب بهدف رده، والتعويض يقدر وفقاً للضرر ويعود للسلطة التقديرية للقاضي، أما العقوبة فهي محددة قانوناً وفقاً لخطورة الفعل المرتكب.

ثالثاً - وظائف التعويض و مبدأ حسن النية :

إن المسؤولية المدنية وفقاً لمقتضيات حسن النية تقوم بوظيفتين أساسيتين تكمل كل منهما الأخرى، الوظيفة الأولى وظيفة عقابية تهدف لردع المتسبب في وقوع الضرر، أما الوظيفة الثانية فهي وظيفة إصلاحية تهدف لجبر الضرر وتكريس حسن النية.

1- الوظيفة العقابية للتعويض :

إن التعويض يقوم على أساس مبدأ الضمان والذي هو الإلتزام بالتعويض المالي عن الضرر الذي أصاب الغير في نفسه أو في ماله، وبذلك نشأت فكرة التضمين أو ما يسمى بالمسؤولية المدنية في القوانين الوصعية على أساس العدالة، إنطلاقاً من قوله تعالى { وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به }³ وقوله تعالى { وجزاء سيئة سيئة مثلها، فمن عفا وأصلح فأجره على الله إنه لا يحب الظالمين }⁴، وقوله صلى الله عليه وسلم { لا ضرر ولا ضرار }⁵.

1 - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ، ص 11.

2 - نفس المرجع، ص 11.

3 - سورة النحل، الآية 126.

4 - سورة الشورى، الآية 40.

5 - رواه أبو داود و ابن ماجه عن ابن عباس رضي الله عنه.

- العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 43.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والتعويض العقابي هو ذلك التعويض الذي يهدف لمعاقبة المسؤول أكثر من أن يهدف إلى تعويض المضرور، فهو ليس بتعويض جابر للضرر بل هو تعويض يتقرر بصفة إستثنائية عندما يرتكب المدعي عليه سلوكا عدوانيا أو مشوبا بسوء النية أو يكون سلوكا مائلا للإيذاء أو سلوكا تعسفيا، ويسفر عن معاقبة المدعي عليه بغض النظر عن أي تناسب مع الضرر الذي وقع فعلا.¹

فتتجسد الوظيفة العقابية للتعويض في ردع وجزر المعتدي ومعاقبته على الأفعال التي إرتكبها وألحقت ضررا بالآخرين، وفي نفس الوقت تعويض المضرور تعويضا عادلا وذلك بهدف منع الإضرار بالغير، والردع يكون من خلال تقدير التعويض بالنظر إلى جسامة الخطأ المنسوب إلى المسؤول، ففي كل مرة ينسب إلى المسؤول إعتداء جسيم، تزول الإعتبارات التي دعت إلى عدالة التعويض ويزول كل مبرر لتخفيف مسؤولية هذا الأخير ويرفع التعويض.²

والغرض من الوظيفة العقابية للتعويض تتمثل في:³

- العقاب : وهو ما يسمح للمحكمة بالتعبير بشكل ملموس عن إستنكارها لسلوك المدعي عليه، بحيث تتحول جسامة خطئه وسوء نيته إلى عقوبة مباشرة.⁴
- الردع : حيث يستهدف تحذير المخالف من الإستهانة مرة أخرى بحقوق الضحية، وإعطاء درس للمواطنين الآخرين الذين يرغبون في التصرف على نحو مشابه.⁵
- التجريد من الأرباح : حيث يجوز إستعمال التعويض العقابي كوسيلة لتجريد مرتكب السلوك التعسفي أو المشوب بسوء نية من الأرباح التي حققها بسلوكه المشين، عندما لا

¹ - حسيبة معامير ، محمد رحموني ، (دور ومجال كلا من التعويض الإصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية)، مداخلة في إطار الملتقى الوطني الخامس حول حماية المستهلك ، مشكلات المسؤولية المدنية، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، يومي 09، 10 ديسمبر 2015، ص 11.

² - صابرينة بيطار ، المرجع السابق، ص 12.

³ - حسيبة معامير ، محمد رحموني ، المرجع السابق، ص 11.

- حدد القضاء الكندي الغرض من التعويض العقابي، سواء في أقاليم القانون العام أو في إقليم كيبك، كما يعتبر القانون الروماني منشأ التعويض العقابي حيث كان يعاقب على جريمة الإكراه على التعاقد بتعويض إضافي علاوة على تعويض الضرر الذي وقع حيث يقدر بأربعة أمثال مبلغ التعويض عن الضرر الذي لحق المضرور المكروه. (أنظر معامير حسيبة، رحموني محمد، المرجع السابق، 11).

⁴ - نفس المرجع، ص 11.

⁵ - حسيبة معامير ، محمد رحموني ، المرجع السابق ، ص 11.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

يمثل مبلغ التعويض الجابر للضرر بالنسبة له سوى تكلفة كغيرها من تكاليف المشروع التي تتيح له زيادة أرباحه ولو مع الإستهانة بحقوق الغير.¹

2- الوظيفة الإصلاحية للتعويض وحسن النية :

إن الغرامة المالية في القانون الروماني إقتربت من فكرة التعويض القائم على جبر الضرر، فقد سعى في هذا النهج إلى جبر الضرر قدر الإمكان بحيث لا يتعرض المضرور إلى خسارة،² فالعديد من الفقهاء أكدوا أن وظيفة التعويض كانت وظيفة إصلاحية تهدف لجبر الضرر الناجم عن المساس بالتوازن العادل، فالضرر في نظرهم ضد العدل، وهذا ما يقتضي إعادة ما إختل من توازن بين الذم بغض النظر عن صفة الفاعل الذي أدى إلى الضرر.³

أما بالنسبة للقانون الفرنسي والذي نص في المادة 1382 من القانون المدني على أنه " كل من يحدث بفعله الخاطئ ضررا للغير يلتزم بتعويض ذلك الضرر " ومنه فالمسؤولية المدنية تقوم وفقا لهذه المادة بمجرد ارتكاب فعل خاطئ يترتب عليه ضرر حتى و لو كان يسيرا، يلزم محدثه بتعويض الضرر الذي ينجم عنه، ومقدار التعويض هنا لا يتغير بإختلاف درجة الخطأ، بل يلزم القاضي المسؤول بتعويض الضرر دون زيادة أو نقصان.⁴

أما بالنسبة للقانون الجزائري، فمن خلال نص المادة 124 يظهر أن المسؤولية تقوم على الخطأ الواجب الإثبات ومنه فإن وظيفة التعويض هي جبر الضرر أي وظيفة إصلاحية، ويظهر ذلك أيضا من خلال نص المادة 131 والتي تنص " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملازمة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من

¹ - حسيبة معامير ، محمد رحموني ، المرجع السابق ، ص 11.

² - باسل محمد يوسف قبها، **التعويض عن الضرر الأدبي**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 49.

³ - صابرينة بيطار ، المرجع السابق، ص 13، 14.

⁴ - نفس المرجع، ص 15.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

جديد في التقدير " ، كما يؤكد ذلك نص المادة 182 ق م ج والذي يؤكد على أنه " ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب".

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري إعتبر الجزاء المترتب على المسؤولية المدنية هو التعويض الإصلاحي، فإذا كانت المسؤولية المدنية تقوم نتيجة الإعتداء أو المساس بحق أو مصلحة المضرور، فإن التعويض الإصلاحي هو جزاء يتمثل في إزالة أثر الإعتداء على حق أو مصلحة المضرور.¹

والوظيفة الإصلاحية للتعويض تكون عن طريق التعويض عينا كان أم نقدا وهو مصطلح عام يشمل تعويض الأضرار المادية وغير المادية التي تصيب المضرور، غير أنه إذا كان التعويض عن الأضرار المادية يهدف إلى إعادة إسترجاع مال المضرور إلى ما كان عليه، فإنه في حالة الضرر المعنوي يقصد به تحقيق نوع من الترضية المالية ، أي إعطاء بعض المزايا للمضرور من أجل تهدئته وترضيته، لأن هذا النوع من الضرر لا يمكن معه إرجاع المضرور إلى ما كان عليه قبل وقوع الضرر.²

فالوظيفة الأولى والأساسية للمسؤولية المدنية هي تعويض الضحية عما أصابه من ضرر جراء السلوك الذي أتاه المسؤول، وأما المقصود بالتعويض هو إعادة التوازن الذي إختل بسبب الضرر.³

¹ - حسيبة معامير ، محمد رحموني ، المرجع السابق، ص 05.

² - نفس المرجع ، ص 05.

³ - علي فيلاي، (تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه)، حوليات جامعة الجزائر 01، العدد 31، الجزء 01، ص 11.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : شروط إستحقاق التعويض الناجم عن الإخلال بمقتضيات حسن النية.

يعتبر التعويض أساس المسؤولية المدنية وأثرها، ومنه فإنه يشترط لإستحقاقه توافر الشروط العامة الواجب توافرها في المسؤولية المدنية ألا وهي الخطأ ، الضرر والعلاقة السببية، إضافة إلى الشرط الخاص المتمثل في وجوب الإعذار بالنسبة للمسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية.

أولاً- الخطأ الناجم عن الإخلال بحسن النية :

إن المشرع إتخذ من غش المتعاقد المدين أو خطئه الجسيم دلالة أو قرينة واضحة على سوء نيته في الإضرار بالمتعاقد الآخر الدائن بالإلتزام، ومنه فإن المتعاقد في هاتين الحالتين ليس جديراً بأي رعاية أو حماية يقررها القانون للمتعاقد حسن النية جزاء له على سوء نيته.¹

1- إرتباط تعريف الخطأ بمخالفة القواعد الأخلاقية وسوء النية :

لم يختلف الفقهاء في أمر كإختلافهم في تعريف الخطأ، حيث تباينت تعريفاتهم، فهناك من يعرف الخطأ على أنه " إخلال بالإلتزام سابق"، ومنهم من عرفه على أنه "إخلال بالإلتزام سابق نشأ عن العقد أو عن القانون أو قواعد الأخلاق"، ومنهم من عرفه على أنه " إخلال بواجب كان بالإمكان معرفته ومراعاته"².

يتضح من هذه التعاريف أن الخطأ هو إخلال المرء بالإلتزام ما، غير أن الصعوبة تكمن في تحديد طبيعة ومصدر الإلتزام محل الإخلال، فهناك إلتزامات محددة ومعينة بدقة لا تثير أية صعوبة بشأنها ومن ثم وجود الخطأ إذا إقتضى الأمر، كإلتزام المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر، غير أنه توجد حالات أخرى يصعب فيها تحديد الإلتزام المخل به، خاصة وأن مفهوم الخطأ ينطوي لا مجال على عنصر أخلاقي.³ والخطأ عموماً هو شرط أساسي لإستحقاق التعويض، ويتمثل الخطأ في المسؤولية العقدية بالإخلال بالإلتزام عقدي، أما في المسؤولية التقصيرية فيتمثل في الإخلال بقاعدة أخلاقية أو إلتزام قانوني.

¹ - محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 472.

² - علي فيلاي، الإلتزامات ، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2012، ص 53.

³ - نفس المرجع، ص ص 53، 54.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- عناصر الخطأ :

إن الخطأ عموماً هو إنحراف في سلوك الشخص مع معرفته لهذا الإنحراف في السلوك، وانه فإن الخطأ يقوم على عنصرين أساسيين، الأول مادي، أما الثاني فهو العنصر المعنوي

- العنصر المادي للخطأ والإخلال بمقتضيات حسن النية :

إن العنصر المادي للخطأ يتمثل في التعدي أو الإنحراف، والتعدي هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي هو كل إنحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص إلتزامها في سلوكه، ذلك أن القانون يفرض واجبات معينة تلزم المكلف بالقيام بأعمال محددة أو بالإمتناع عن أعمال معينة¹، كالإلتزام بمبدأ حسن النية في التصرفات القانونية بأنواعها.

وتتمثل مجالات التعدي المرتبطة بالخطأ في الإخلال بواجب أو بقاعدة قانونية كالإخلال بالنصوص القانونية الآمرة والمتعلقة بسلوك الفرد، والتصرفات القانونية بمختلف أنواعها مصدراً للواجبات القانونية كالإلتزامات التي يتحملها بائع العقار، أو الشريك في عقد الشركة، أو المستأجر بمقتضى عقد الإيجار.....²

كما أن التعدي قد يكون ناجماً عن التعسف في استعمال الحق، والذي يعتبر خطأ عمدي بإعتبار أن القصد الوحيد الذي إنصرفت إليه نية صاحب هذا الحق هو الإضرار بالغير.³

- العنصر المعنوي للخطأ:

ويتمثل العنصر المعنوي للخطأ في الإدراك، أي ضرورة القصد أو على الأقل التمييز، فيجب لقيام الخطأ أن يكون من وقع منه التعدي مدركاً، أي قادراً على التمييز بين الخير والشر، فلا مسؤولية لعدم التمييز أياً كان نوع المسؤولية.⁴

¹ - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 64 .

² - علي فيلاي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص ص 57، 58.

³ - نفس المرجع، ص 64.

⁴ - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 73 .

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والعبرة بالتصور الشخصي للخطأ أي أن الشخص يسأن عن الخطأ الذي يأتيه من خلال سلوكه، غير أن العدل والأخلاق لا يسمحان بذلك ما لم يكن الشخص حراً، يتمتع بحرية الاختيار، فله أن يأتي بهذا السلوك أو يمتنع عن ذلك.¹

3- درجات الخطأ والمرتبطة بسوء النية :

إن درجات الخطأ والمرتبطة بسوء النية تختلف ، فقد يكون الخطأ عمدياً، جسيماً ، والخطأ الغير معذور .

- الخطأ العمدي :

وهو الذي يقصد به المرء الإضرار بالغير حيث يخل الشخص بالواجب القانوني ليس بمحض إرادته الحرة فقط بل رغبة منه في إلحاق الضرر بالغير، كالبائع الذي يتعمد إخفاء حق الغير على المبيع أو المالك الذي يستعمل حقه في إسترداد الأماكن المؤجرة بنية الإضرار بالمؤجر أو الشاغل.²

- الخطأ الجسيم :

لقد ألحق المشرع الغش والتدليس بالخطأ الجسيم، والذي يعتبر درجة من درجات الخطأ بإهمال إلى جانب الخطأ اليسير والخطأ التافه، غير أن المشرع سوى في بعض الأحكام منها على سبيل المثال المادة 185 ق م ج والمادة 372 ق م ج بين الغش أو التدليس والخطأ الجسيم، حيث أصبح هذا الأخير يشبه الخطأ العمدي، والغش والتدليس يتطلبان وجود نية الغش و الخداع لدى الفاعل.³

- الخطأ غير المعذور :

لقد عرف المشرع هذا النوع من الخطأ في المادة 45 من قانون 15/83 المؤرخ في 1983/07/03 المتعلق بنزاعات الضمان الاجتماعي على أنه " يتمثل الخطأ غير المعذور الصادر عن صاحب العمل في توفر إحدى الشروط التالية:

¹ - علي فيلاي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 73.

² - نفس المرجع، ص ص 83، 84.

³ - المرجع نفسه، ص 85.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

خطأ ذو خطورة إستثنائية، حطر ينجم عن فعل أو عن تغاض متعمد، خطأ ينجم عن إدراك صاحب العمل بالخطر الذي يسببه، عدم إستحلال صاحب العمل بأي فعل مبرر.¹

ثانيا- الضرر الناجم عن سوء النية:

إن الضرر يعتبر من القواعد العامة الواجب توافرها لإستحقاق التعويض الناجم عن الخطأ في المسؤولية المدنية، ومنه يشترط توافره مع بقية الشروط الأخرى.

1- تعريف الضرر :

يرتبط التعويض وجودا وعدما وزيادة ونقصانا بالضرر، فلا يتقرر ولا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر، فلا يكفي لإستحقاق التعويض إخلال المدين بالتزامه بل يتعين إلى جانب ذلك أن يلحق الضرر بالمضرور نتيجة الإخلال بالتزام أو نتيجة فعل ضار.² والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة أو هو بمعنى آخر إخلال بمصلحة مشروعة سواء كانت مصلحة مادية أو معنوية.³

كما يمكن تعريفه على أنه ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن.⁴

2- أنواع الضرر :

قد يكون الضرر ماديا كما قد يكون معنويا، أو مرتدا.

- الضرر المادي :

وهو ما يصيب الشخص في جسمه أو ماله، فيتمثل في الخسارة المالية التي تترتب على المساس بحق أو بمصلحة سواء كان الحق ماليا أو غير ذلك، ويقع الضرر

¹ - علي فيلاي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 87.

² - صابرينة بيطار، المرجع السابق، ص 21.

³ - العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 143.

⁴ - صابرينة بيطار، المرجع السابق، ص 22.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

بالإخلال بمجرد مصلحة مالية للمضرور ويشترط أن تكون المصلحة مشروعة فإذا كانت غير مشروعة لا يعتبر الإخلال بها ضرر يستوجب الحكم بالتعويض.¹

- الضرر المعنوي :

وهو الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو في شعوره أو في شرفه أو عاطفته.....، وقد توسع القضاء في مفهوم المصلحة الأدبية فإعتبر ضررا أدبيا ما يصيب الشخص من جراء السب أو القذف، والمشرع الجزائري لم ينص صراحة على التعويض عن الضرر الأدبي إلا أن نص المادة 124 ق م ج جاء مطلقا.²

- الضرر المرتد :

وهو الضرر الذي يرتد أو ينعكس على أشخاص آخرين يصيبهم شخصيا بوقوع أضرار أخرى، ويسمى بالمرتد لأنه يقع بطريق الإرتداد لضرر آخر ويكون نتيجة له، ويعتبر ضررا مباشرا يتعين التعويض عنه، ومثاله الضرر الذي يصيب الخلف نتيجة للضرر الذي أصاب السلف جرا الحادث سواء كان وارثا أو غير وارث.³

3- شروط الضرر الموجب للتعويض :

لتحقق الضرر الموجب للتعويض يشترط توافر الشروط التالية :

- أن يكون الضرر محققا، أي كان ماديا أو جسديا أو معنويا، يجب أن يكون مؤكدا في حدوثه ولا يكون كذلك إلا إذا كان قد وقع بالفعل أي حالا، أو سيقع حتما وبصورة أكيدة أي مستقبلا.⁴

- أن يمس الضرر بحق أو بمصلحة مالية للمضرور، ويستوي في هذا أن يكون الحق ماليا أو مدنيا أو سياسيا فالقانون الجزائري يتولى حماية هذه الحقوق جميعها وما يتفرع عنها.⁵

¹ - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 145، 147.

² - نفس المرجع، ص ص 148، 151.

³ - المرجع نفسه، ص ص 155، 156.

⁴ - صابرينة بيطار ، المرجع السابق، ص 23.

⁵ - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ، ص ص 157، 158.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- أن لا يكون الضرر قد سبق تعويضه، فلا يجوز أن يحصل المضرور على أكثر من تعويض لإصلاح وجبر الضرر بعينه، فإذا قام المسؤول بما عليه لإصلاح الضرر إختياريا يكون في حكم الموفي بالتزامه، ولا محل بعدئذ لمطالبته بتعويض آخر عن نفس الضرر.¹

- أن يكون الضرر شخصا، وهذا الشرط ينصرف القصد فيه إلى أنه إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا، فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصا من ضرر، وإذا كان طلب التعويض بصفة أخرى فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلقى الحق عنه.²

ثالثا- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر :

إضافة إلى الخطأ و الضرر لا بد من توافر العلاقة السببية التي تربط بين الخطأ والضرر في المسؤولية المدنية عموما.

1- النظريات المرتبطة بالعلاقة السببية :

تتمثل في نظرية تكافؤ الأسباب أو نظرية السبب المنتج.

- نظرية تكافؤ الأسباب :

ومفاد هذه النظرية أنه يجب الإعتداد بكل الأسباب التي إشتكرت في إحداث الضرر، ولو كان لبعضها علاقة بعيدة عن الضرر، طالما أنها شرط ضروري في تحقيق الضرر.³

- نظرية السبب المنتج :

مفادها أنه عند تدخل أسباب عدة في إحداث ضرر ما، لابد من فرزها والتمييز بين تلك التي تعتبر منتجة للضرر وتلك التي تكون عرضية فقط، ولا يؤخذ في الإعتبار إلا الأسباب المنتجة أو الفعالة، ويقصد بالسبب المنتج كل فعل يكون بإمكانه إحداث عادة مثل الضرر الذي أصاب المضرور وهذا بغض النظر عن كل الإعتبارات الشخصية.⁴

¹ - صابرينة بيطار ، المرجع السابق، ص 26.

² - العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص ص 166، 167.

³ - علي فيلاي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 314.

⁴ - نفس المرجع، ص ص 315، 316.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- مفهوم علاقة السببية في التشريع :

هناك إجماع على أن التشريع الجزائري ساير التشريعات العربية فيما يتعلق بالسببية، وحجتهم في ذلك نص المادة 182 ق م ج والتي تنص " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام أو للتأخر في الوفاء به،"، والذي يؤكد الإعتداد بالضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالتزام يعني بالنسبة للفقهاء أن المشرع أخذ حتماً بنظرية السبب المنتج.¹

3- إثبات العلاقة السببية ونفيها :

إن الأصل أن عبء الإثبات يقع على عاتق المضرور، فهو الذي يتحمل عبء إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وإلا كانت دعواه غير مقبولة، إلا أن حماية الطرف المضرور دفعت بالمشرع في بعض الأحيان إلى إفتراض علاقة السببية، كما إستخلص القضاء في بعض الحالات وجود قرينة، وعملاً بالقواعد العامة التي تحكم الإثبات فيجوز إثبات علاقة السببية بجميع وسائل الإثبات.²

أما نفيها فإنه يتم وفقاً للحالات التي أكدتها المادة 127 ق م ج والتي تنص على أنه " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة قاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، مالم يوجد نص قانوني أو إتفاق يخالف ذلك."، ومنه فإن علاقة السببية تنتفي ويسقط الحق في التعويض في حالة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، خطأ المضرور، إضافة إلى خطأ الغير.

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، المرجع السابق، ص 318.

² - نفس المرجع، ص 321 ومايليها.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

رابعاً - الإعذار كشرط خاص لإستحقاق التعويض في بعض الحالات :

تنص المادة 179 ق م ج " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين مالم يوجد نص مخالف لذلك"، كما تنص المادة 180 ق م ج على أنه " يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على إتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر."

ومنه فالإعذار يعتبر إجراء يقصد به وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ إلتزامه، إن لم يوف به فوراً، وذلك عن طريق مطالبته رسمياً بتنفيذ إلتزامه، أي بمعنى إنذاره وإخطاره، والتنبيه عليه إلى أنه مقصر في الوفاء بإلتزامه، وأنه سيصبح مسؤولاً قانوناً عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه¹، غير أنه لا محل للإعذار في المسؤولية التقصيرية وهو واجب لإستحقاق التعويض في حالة المسؤولية العقدية²، ويظهر لنا ذلك من خلال الحالات المنصوص عليها في نص المادة 181 ق م ج والتي تقضي أنه " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الإلتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين،
- إذا كان محل الإلتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر،
- إذا كان محل الإلتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ إلتزامه."

ويترتب على الإعذار على العديد من النتائج القانونية الهامة والمتمثلة في إستحقاق التعويض عن جميع ما لحق الدائن من ضرر وخسائر من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه، إنتقال تبعة الهلاك في الحالات التي كانت تقع على الدائن وفقاً للمواد 1/168 و 270 ق م ج، وفسخ العقد الملزم للجانبين إضافة إلى التعويض³.

¹ - العربي بلحاج ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 188.

² - نفس المرجع، ص 196.

³ - المرجع نفسه، ص 197 وما يليها.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : حسن النية وتقدير التعويض في التصرفات العقارية.

قد لا تتوافر شروط إبطال أو فسخ التصرف العقاري، كما أنه قد ينجم الضرر نتيجة فعل شخصي، كما أنه قد يختار المتضرر التعويض مع الإبقاء على التصرف العقاري، ومنه فإن اللجوء لدعوى التعويض أمر ضروري نتيجة لطبيعة الإلتزام بحسن نية في التصرفات العقارية، ومنه فإن دعوى التعويض قد تكون نتيجة إخلال بمسؤولية عقدية، كما أنها قد تكون نتيجة لمسؤولية تقصيرية.

والقاضي هو الذي يتولى تقدير التعويض في هذه الحالة، فهو الذي يحدد طبيعته وفقا للضرر، وهذا بناء على ضوابط وأسس محددة قانونا أو ضمنا، ويشترط لإستحقاق التعويض القضائي توافر الشروط القانونية المذكورة أعلاه .

أولا - طبيعة التعويض القضائي الناجم عن الإخلال بحسن النية:

إن التعويض القضائي الناجم عن الإخلال بمقتضيات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، قد يكون تعويضا عينيا كما قد يكون تعويضا نقديا يراعى فيه قيمة المال مع ما لحق المتضرر من ضرر .

1- التعويض العيني :

قد يحكم القاضي بالتعويض العيني إذا طلبه الدائن، وكان ممكنا، من غير إرهاب كبير للمدين، ومثال ذلك أن يحكم القاضي بإزالة البناء الذي أقامه المدين مخالفة للإلتزام يمنعه من إقامته، وهو ما سار عليه إجتهد المحكمة العليا، إذ أنها في قرار مشهور قضت بأن¹ " إحداث المستأجر تغييرات في العين المؤجرة دون موافقة المؤجر، لا يترتب عنها قانونا فسخ العقد، و إنما يتعين على المستأجر إعادة العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها قبل إجراء هذه التغييرات، مع حق المؤجر في التعويض إن إقتضى الحال. ولذلك يستوجب نقض القرار الذي قضى بطرد المستأجر من العين المؤجرة، تأسيسا على إحداث تغييرات أضرت بحقوق المؤجر"².

¹ - العربي بلحاج ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 206.

² - نفس المرجع، ص 206.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1985/10/28، ملف رقم 36466، المجلة القضائية 1989، العدد 01، ص 200.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ولقد نص المشرع الجزائري على التنفيذ العيني ابتداء من نص المادة 164 ق م ج والتي تنص على أنه " يجبر المدين بعد إعداره طبقاً للمادتين 180 و 181 على تنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً، متى كان ذلك ممكناً"، كما تنص المادة 165 ق م ج على أنه " الإلتزام بنقل الملكية، أو أي حق عيني آخر من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني، إذا كان محل الإلتزام شيئاً معيناً يالذات يملكه الملتزم، وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري".

ففي التصرفات العقارية يرتبط مبدأ حسن النية في العديد منها بالتنفيذ العيني، كوجوب تسليم العين المؤجرة وفقاً للحالة التي كانت عليها مراعاة لحسن نية المؤجر، وإذا لم يتم التنفيذ عينياً فإن القاضي يحكم بالتعويض وفقاً لنص المادة 175 ق م ج والتي تنص " إذا تم التنفيذ العيني، أو أصر المدين على رفض التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض الذي يلزم به المدين مراعيًا في ذلك الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي بدأ من المدين".

2- التعويض النقدي :

إذا كان التعويض العيني غير ممكناً، أو كان فيه إرهاباً للمدين جاز للقاضي أن يحكم للمضروب بالتعويض النقدي عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ الإلتزام، ويراعى فيه قيمة المال، وما لحق الدائن من خسارة حقيقية، وما فاتته من كسب مؤكد وقت صدور الحكم القضائي دون أن يعتبر ذلك قضاء بما لم يطلبه الخصوم.¹

وفي هذا الإطار تنص المادة 176 ق م ج على أنه " إذا إستحال على المدين أن ينفذ الإلتزام عينياً حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ إلتزامه، ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه".

كما تنص المادة 182 ق م ج على أنه " إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفا بالإلتزام أو للتأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

¹ - العربي بلحاج ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 206.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

غير أنه إذا كان الإلتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد.¹

ولقد أشارت المحكمة العليا في قرار مؤرخ في 2001/01/30 بأن :

" تصرف الواعد في العقار الموعود به، وانتقال ملكيته إلى الغير عن طريق شهر هذا التصرف في المحافظة العقارية، لا يبقي للموعود له سوى الرجوع على الواعد بالتعويض إستناداً لأحكام المادة 176 ق م ج ."¹

فالواعد ببيع عقار أو تأجيريه يعتبر في هذه الحالة قد أخل بمقتضيات مبدأ حسن النية والمتمثلة في ضرورة الوفاء بوعده، ومنه الحفاظ عليه عن طريق نقل ملكية العقار للموعود له أو تأجيريه للمعني، ومنه فبيعه لشخص آخر يعبر على سوء نيته مما يستوجب من الموعود له إقامة دعوى قضائية للمطالبة بالتعويض وفقاً للإخلال بمقتضيات حسن النية.

ثانياً - مقاييس تقدير التعويض وفقاً لحسن النية :

إن الغرض من التعويض هو جبر الضرر الذي أصاب المضرور، وقد يتم ذلك عن طريق التعويض بمقابل فيلزم المسؤول بدفع مبلغ نقدي للضحية ، وقد يكون التعويض عينياً من خلال إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل حدوث الضرر.²

وإذا كان المشرع قد فضل التنفيذ العيني على التنفيذ بمقابل وفقاً لنص المادة 164 ق م ج فإن الأمر يختلف بالنسبة للتعويض فقد فضل التعويض النقدي على التعويض العيني ويظهر ذلك من خلال المادتين 132، 182 ق م ج .³

1- طريقة التعويض :

إن طريقة التعويض يقدرها القاضي تبعاً للظروف، ونظراً لجسامة الخطأ أو الغش المرتكب ، وكذا وفقاً لحجم الضرر الناشئ عنه والخسائر المترتبة، ويتجلى لنا ذلك من خلال العديد من النصوص القانونية، ففي هذا الشأن تنص المادة 131 ق م ج على أنه

¹ - العربي بلحاج ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق ، ص ص 206، 207.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 2001/01/30، ملف رقم : 258113، المجلة القضائية 2001، العدد 02، ص 120.

² - علي فيلاي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه، المرجع السابق، ص 15.

³ - نفس المرجع، ص 15.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

" يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و 182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضروب بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير."

كما تنص المادة 132 ق م ج على أنه " يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف، ويصح أن يكون التعويض مقسطاً، كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدر تأميناً."

ويقدر التعويض بالنقد، على أنه يجوز للقاضي، تبعا للظروف وبناء على طلب المضروب، أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو أن يحكم وذلك على سبيل التعويض، بأداء بعض الإعانات تتصل بالفعل غير المشروع."

وتنص المادة 133 ق م ج على أنه " تسقط دعوى التعويض بإنقضاء خمس عشرة (15) سنة من يوم وقوع الفعل الضار."

2- التعويض الكامل للضرر وفقاً لمبدأ التكافؤ بين التعويض والضرر:

يسري هذا المبدأ بالأساس على التعويض الذي يتم تقديره من قبل القاضي في إطار المسؤولية التقصيرية، ومفاده أنه لا بد من وجود تكافؤ بين التعويض والضرر، ولقد تمخض عن هذا المبدأ ثلاث قواعد أساسية، الأولى تتمثل في قاعدة التعويض الشامل لكل الأضرار سواء كانت مادية أو معنوية، الثانية تتمثل في تجاهل المركز الاجتماعي لأطراف التعويض أي أن يكون معادلاً للضرر الذي أصاب الضحية، أما القاعدة الثالثة فتكمن في منع الجمع بين التعويضات من منطلق أن الغاية من التعويض هي جبر الضرر وليس وسيلة للإغتناء.¹

3- تعويض الضرر المتوقع في المسؤولية العقدية :

يقتصر التعويض في المسؤولية العقدية بموجب الفقرة الثانية من نص المادة 182 ق م ج على " الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت العقد"، وهذا ما لم يرتكب المدين غشاً أو خطأً جسيماً، والمقصود بالضرر المتوقع هو ذلك الذي توقع المتعاقدان حدوثه في حالة عدم تنفيذ العقد وقت إبرامه أو كان من الممكن توقعه في

¹ - علي فيلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه، المرجع السابق، ص 15 وما يليها.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ضوء الظروف المعروفة، ويستند ذلك إلى المصدر المنشئ للإلتزامات العقدية التي تم تحديدها من قبل المتعاقدين بالنظر إلى توقعاتهما.¹

ثالثاً- حدود التعويض القضائي طبقاً لحسن وسوء النية :

إن التعويض يشمل قانوناً ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، وهو الضرر المباشر من جراء إخلال المدين بالالتزامه لعدم التنفيذ أو التأخر فيه، وفقاً للمادة 182 ق م ج، وهذا يعني أن يكون الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالالتزام كلياً أو جزئياً أو التأخير في تنفيذه، كما يجوز إلى جانب التعويض المطالبة بالفوائد القانونية المنجزة عنه.²

ولقد رتب المشرع الجزائري جزاءات خاصة بسوء النية والمتمثلة في الغش والخطأ الجسيم، كما رتب القانون أحكاماً خاصة في هذا المجال :

1- التعويض عن الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة:³

يتم التعويض عن الضرر المادي المباشر المتوقع أي الضرر الواقع والحاصل وفقاً للمواد 131، 175، 182، 182 مكرر من القانون المدني الجزائري، وأما الضرر غير المتوقع فلا تجوز المطالبة به إلا في حالة الغش أو الخطأ الجسيم وفقاً للمواد 02/172، 178، 02/182 من القانون المدني، غير أنه في حالة المسؤولية التقصيرية فتتم المطالبة بالضرر المباشر كله المتوقع وغير متوقع.⁴

2- بطلان الاتفاق على إعفاء المدين العقدي عن غشه أو خطئه الجسيم:⁵

وفي هذا الشأن تنص المادة 178 ق م ج على أنه "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعية الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة.

وكذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ إلتزامه التعاقدية، إلا ما ينشأ عن غشه، أو خطئه الجسيم غير أنه يجوز للمدين أن

¹ - علي فيلالي، تطور الحق في التعويض بتطور الضرر وتنوعه، المرجع السابق، ص 19.

² - العربي بلحاج، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 207، 208.

³ - محمد شكري الجميل العدوي، المرجع السابق، ص 472.

⁴ - العربي بلحاج، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 210.

⁵ - هدى بن يوب، المرجع السابق، ص 183.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

يشترط إعفائه من المسؤولية الناجمة عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه.

ويبطل كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية الناجمة عن العمل الإجرامي".

3- مسؤولية المدين عن غشه أو خطأه الجسيم حتى ولو كان إلتزامه إلتزاما ببذل عناية يقاس بمعيار الرجل المعتاد:¹

وفي هذا الشأن تنص المادة 172 ق م ج على أنه " في الإلتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشيء، أو أن يقوم بإراته أو أن يتوخى الحيطة في تنفيذ إلتزامه فإن المدين يكون قد وفى بالإلتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود، هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على خلاف ذلك.

وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولاً عن غشه، أو خطئه الجسيم".

4- جواز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية أو الإتفاقية وجواز تخفيضها أو عدم القضاء بها إطلاقاً:²

القانون المدني يجيز المطالبة بتعويض تكميلي يضاف إلى الفوائد القانونية إذا ثبت أن الضرر الذي يتجاوز الفائدة قد تسبب فيه المدين بغش منه أو بخطئه الجسيم، كما أن الفوائد يجوز تخفيضها أو عدم القضاء بها إطلاقاً، إذا ثبت أن الضرر الذي يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بغشه أو خطئه الجسيم،³ وفي هذا الشأن تنص المادة 187 ق م ج على أنه " إذا تسبب الدائن بسوء نيته ، وهو يطالب بحقه، في إطالة أمد النزاع فللقاضي أن يخفض مبلغ التعويض المحدد في الاتفاق، أو لا يقضي به إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر".

5- تمييز المشرع بين مضمون ومشمولات التعويض طبقاً لحسن أو سوء نية المدين:
فرق المشرع في مضمون ومشمولات التعويض طبقاً لحسن أو سوء نية المدين، فعلى سبيل المثال في التعويض عن عيوب المبيع يفرق المشرع بين حسن نية وسوء نية البائع، فإذا كان هذا الأخير حسن النية فإنه لا يلزم إلا بالأضرار التجارية وهي عدم

¹ - هدى بن يوب ، المرجع السابق ، ص184.

² - نفس المرجع، ص 184.

³ - المرجع نفسه، ص 184.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

صلاحية المبيع للإستعمال، أما البائع سيء النية فيلزم بجميع المصروفات أي حتى التعويضات التي تصيب المشتري والغير.¹

وتجدر الإشارة أنه خروجاً عن القواعد العامة للتعويض، إذا كان الضرر الذي لحق الدائن خارج عن إرادة المدين كقوة قاهرة، أو حادث فجائي فإن المدين سيء النية يصبح مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالدائن من جراء ذلك، إذا ارتكب غش أو خطأ جسيم يلحق بسوء النية، وقد أجازت المادة 178 ق م ج إشتراط الإعفاء من المسؤولية عن الأفعال التي تلحق بالدائن من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ إلتزامه.²

1 - عيسى جنان ، المرجع السابق، ص 149.

2 - نفس المرجع، ص 149.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الثاني: دعاوى مخالفة أحكام الضمان الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية

إن العديد من التصرفات العقارية تلقي على عاتق أحد أطرافها التزاما بالضمان، سواء تعلق الأمر بالتزام ضمان التعرض، إلتزام الإستحقاق، أو الإلتزام بضمان العيوب الخفية، ونلاحظ ذلك كثيرا في التصرفات العقارية والمرتبطة ببيع العقارات أو تأجيرها، ولقد نص المشرع الجزائري على العديد من الجزاءات الناشئة عن الإخلال بالإلتزام بالضمان، والتي يتم تكريسها في حالة مخالفتها عن طريق دعوى قضائية مما يجعلها تندرج ضمن الحماية القضائية.

وأحكام الضمان ترتبط كثيرا بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، فهي تجسيد فعلي لمقتضيات هذا المبدأ، ومنه فإن مخالفتها يعبر عن سوء نية الشخص الذي فرض عليه الضمان، مما يحق للطرف المستفيد منه المطالبة به مستندا في ذلك على سوء نية المتصرف الملزم.

والقوانين لم تفرق بين علم المشتري بأسباب الضمان بصفة عامة، وبين علم البائع، فحسن أو سوء النية كشرط للرجوع بالضمان على البائع، لا يثور إلا بالنسبة للمشتري بحسب ما إذا تعلق الأمر بضمان التعرض والإستحقاق أم بضمان العيوب.¹

غير أنه بالنسبة لإشتراط حسن نية المشتري في ضمان العيوب الخفية فإنه لا صعوبة في هذا الصدد حول أثر علم المشتري بالعيب، ذلك أنه إذا كان العيب ظاهرا لا يتحقق معه الضمان، كما أنه إذا كان خفيا وعلم به المشتري فلا يكون له الرجوع بالضمان كذلك، أي أنه يلزم أن يكون العيب خفيا، وغير معلوم له، وعلى ذلك فإن شرط حسن النية يعتبر شرطا لازما للرجوع بالضمان في حالة ظهور عيب في المبيع.²

والضمان عموما يقع مهما بلغ حسن النية أو حرص الملزم به، إلا أنه عموما يعتبر إقرار من المشرع على تكريس مبدأ حسن النية في بعض التصرفات العقارية، فالمتصرف الملزم بالضمان حسن النية يتخذ جميع ما يلزم لتوفيره وتنفيذ الإلتزام، إما إذا لم يلتزم بتنفيذ الإلتزام عمدا أو أخفى عيب بالعقار محل التصرف عن الطرف الآخر فإنه يعد سيء النية عموما، مما يحق إقامة دعوى قضائية على الملزم به لتنفيذ إلتزامه مع

¹ - هدى بن يوب ، المرجع السابق، ص 185.

² - نفس المرجع، ص 185.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

التعويض إن إقتضى الأمر ذلك، كإقامة دعوى قضائية ضد مرقى عقاري نتيجة لوجود عيوب خفية بالعقار .

ولتوضيح دعاوى مخالفة أحكام الضمان الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية، والتي تعتبر جزءا ناجم عن سوء النية، كما تهدف في ذات الوقت إلى تحقيق التوازن في التصرف، تم تقسيم هذا المطلب إلى :

- جزء مخالفة الإلتزام بضمان التعرض في التصرفات العقارية وحسن النية (الفرع الأول).
- جزء مخالفة الإلتزام بضمان الإستحقاق في التصرفات العقارية وحسن النية (الفرع الثاني).
- جزء مخالفة الإلتزام بضمان العيوب الخفية في التصرفات العقارية وحسن النية (الفرع الثالث).

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : جزاء مخالفة الإلتزام بضمان التعرض في التصرفات العقارية وحسن النية.

إن الهدف الأساسي من التصرف العقاري يكمن في إنتفاع أحد الأطراف من العقار أو الحق العيني، والتمتع بكافة السلطات التي يتمتع بها المالك وإنتفاعه به إنتفاعاً هادئاً مستمراً، ومنه فإنه لا يكفي لتحقيق ذلك أن يلتزم المتصرف بنقل ملكية العقار إلى المشتري وتسليمه إليه، بل يلزم فضلاً عن ذلك أن يضمن للمشتري ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة¹، تجسيدا لمقتضيات مبدأ حسن النية.

والتزام البائع بالضمان يعد في حقيقة الأمر إلتزاماً مزدوجاً، فهو من ناحية يلزم البائع بعدم التعرض شخصياً للمشتري سواء في ملكيته أو حيازته للمبيع، ويعتبر هذا إلتزاماً سلبياً أي إلتزاماً بالإمتناع، ومن ناحية أخرى يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر عن الغير، أي التعرض الصادر من أجنبي عن العقد يدعي بحق على العقار محل التصرف ويعتبر هذا إلتزاماً إيجابياً،² وفي حال مخالفته فإن الملزم به يتعرض لجزاءات نتيجة لسوء نيته عن طريق إقامة دعوى قضائية من طرف المتضرر من هذا التعرض.

وفي هذا المجال تنص المادة 371 ق م ج على أنه " يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الإنتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالباً بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه."

¹ - محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع، في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 258.

² نفس المرجع، ص 258.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- ضمان التعرض الشخصي وحسن النية:

وفقا لمقتضيات حسن النية يلتزم المتصرف حسن النية بأن يضمن عدم تعرضه شخصيا للمتصرف إليه في ملكيته أو حيازته للعقار والانتفاع به، فيمتنع عن القيام بأي عمل من شأنه أن يؤدي إلى عرقلة الإستفادة من العقار على النحو الذي أعد له، ويجب أن يضمن المتصرف جميع أنواع التعرض سواء كان ماديا أو قانونيا، جزئيا أو كاملا، مباشرا أو غير مباشر.

ويستند الإلتزام بالضمان إلى وجوب أن يكون التصرف صحيحا، فلا إلتزام بالضمان إذا كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا أو قضي بإبطاله في حالة البطلان النسبي، ومقتضى الإلتزام بالضمان أن يمتنع المتصرف عن القيام بأي عمل مادي أو قانوني مباشر أو غير مباشر يكون من شأنه حرمان المتصرف الآخر من الإنتفاع بمحل التصرف كليا أو جزئيا.¹

1- ضمان التعرض المادي أو القانوني :

إن البائع أو المؤجر للعقار ضامن لتعرضه الشخصي عموما، فلا يجوز له أن يأتي فعلا ينازع به المشتري أو المستأجر في ملكيته للعين أو إنتقاعه به، أو يعكس صفو حيازته بأية طريقة من الطرق، وسواء كان هذا التعرض واقعا على العين كلها أو على بعضها، والتعرض محظور عموما سواء كان تعرضا ماديا، أو تعرضا قانونيا.²

- التعرض المادي :

هو كل فعل يقوم به المتصرف ويترتب عليه حرمان المتصرف إليه من الإنتفاع بالعين حرمانا كليا أو جزئيا دون أن يستند إلى حق يدعيه على العين محل التصرف، ويقسم الفقه التعرض المادي إلى قسمين، قسم يقوم على أعمال مادية بحتة يأتيها المتصرف بغير حق، وقسم آخر قوامه تصرف قانوني صادر من المتصرف إلى شخص

¹ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 1994، ص 128.

² - سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع والإيجار)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة 2007، ص 154.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

آخر، كما غتصاب الأرض المباعة كلها أو بعضها، وكذا إعادة بيع العقار مرة ثانية وقيام المشتري الثاني بتسجيل عقده قبل المشتري الأول حسن النية.¹

فالتعرض المادي في التصرفات العقارية، سواء كان ناجماً عن أعمال مادية محضة أو أعمال مادية ناتجة عن تصرفات قانونية يعبر على سوء نية المتصرف مالك العقار كالقيام ببيع العقار مرتين.

- التعرض القانوني :

هو الفعل الذي يأتيه المتصرف في العقار ويستند فيه إلى حق يدعيه على العين محل التصرف، كأن يكون بائع العقار غير مالكا له وقت البيع، لكن بعد ذلك يصير مالكا بالميراث أو التقادم المكسب، فيطالب المشتري برد المبيع له بناء على أنه صار مالكا، فهذا يعتبر تعرضاً قانونياً، أي إخلالاً بالالتزام الضمان ومنه لا تقبل دعواه بإسترداد المبيع، لأن من إلتزم بالضمان إمتنع عليه التعرض.²

ومثال ذلك أيضاً أن يكون للبائع وقت البيع حق إرتفاق على العقار المبيع لصالح عقار آخر يملكه، فإذا كان هذا الإرتفاق غير ظاهر ولم يعلم به المشتري فلا يجوز للبائع أن يتمسك به بعد البيع لأن ذلك ينطوي على تعرض للمشتري، وذلك بإنقاص المزايا التي يخولها له المبيع وفقاً للوضع الظاهر وقت البيع، كما يعتبر تعرضاً مطالبة بائع العقار بعقد لم يسجل بإسترداد العقار المبيع إستناداً إلى حق ملكيته عليه نظراً لعدم تسجيل العقد بعد، وعدم إنتقال الملكية إلى المشتري.³

2- خصائص الإلتزام بضمان التعرض الشخصي :

للإلتزام بضمان التعرض الشخصي العديد من الخصائص، تتمثل في :

- عدم القابلية للإنقسام :

الإلتزام بضمان التعرض الشخصي إلتزام بإمتناع عن عمل، أي الإمتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون إنتفاع المشتري بالمبيع إنتفاعاً هادئاً، ومنه فهو لا يقبل الإنقسام بطبيعته، " ذلك لأن الإمتناع سلب والسلب لا يمكن أن يتجزأ، فالحياسة إما أن تكون هادئة

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 288، 289.

² - سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص 155.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 289.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أو غير هادئة، والتعرض للمشتري ولو في جزء من المبيع من شأنه أن يجعل حيازته غير هادئة.¹

- الدائن والمدين في الإلتزام :

الدائن في الإلتزام بالضمان عموماً هو من يقع عليه التعرض عادة، ففي عقد البيع العقاري هو المشتري أما في عقد الإيجار فهو المستأجر، وينتقل الحق في الضمان إلى الخلف العام لأن القاعدة هي إنتقال الحقوق من السلف إلى الخلف العام، كذلك ينتقل الحق في الضمان إلى الخلف الخاص، ففي حالة توالي البيوع مثلاً يلتزم البائع بضمان التعرض ليس فقط في مواجهة المشتري منه بل كذلك في مواجهة من يشتري من المشتري.²

والمدين في الإلتزام بالضمان هو البائع أو المؤجر، ولا ينتقل هذا الإلتزام إلى الخلف العام، ذلك أن الورثة لا يسألون شخصياً، كما أنه لا ينتقل أيضاً إلى الخلف الخاص للبائع كالمشتري أو الموصى له، فإذا باع شخص عينا وانتقلت الملكية إلى المشتري ثم عاد وباعها إلى مشتر ثان، فإن البائع هو الذي يلتزم بالضمان.³

- الإلتزام بعدم التعرض الشخصي لإلتزام مؤبد :

يعتبر الإلتزام بعدم التعرض الشخصي لإلتزام أبدياً لا يسقط ولو إنقضى على التصرف أكثر من مدة 15 سنة، فيبقى إلتزامه قائماً⁴، ومنه يجوز إقامة دعوى الضمان حتى بعد إنقضاء مدة التقادم المكسب.

- بطلان شرط عدم ضمان التعرض الشخصي :

وفي هذا الشأن تنص المادة 378 ق م ج على أنه " يبقى البائع مسؤولاً عن كل نزاع يد ينشأ عن فعله ولو وقع الاتفاق على عدم الضمان ويقع باطلاً كل إتفاق يقضي بغير ذلك.

1 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 294.

2 - نفس المرجع، ص 294.

3 - المرجع نفسه، ص ص 295، 296.

- المادة 378 ق م ج.

4 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 296.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير فإن البائع يبقى مطالباً قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو أنه اشتري تحت مسؤوليته".

ومنه فإن شرط الإعفاء من الضمان يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً، ولا يكون له أي أثر في التصرف العقاري المبرم وفقاً لنص المادة المذكور.

3- دعوى الإخلال بالالتزام بضمان التعرض الشخصي وحسن النية :

في حال وقوع التعرض الشخصي في التصرفات العقارية من طرف المتصرف في العقار، فإنه من حق المتضرر اللجوء إلى القضاء عن طريق دعوى قضائية للمطالبة بإيقاف التعرض إضافة إلى العديد من الطلبات الأخرى والتي ترتبط بطبيعة التعرض وكذا الضرر الناجم، غير أنه يجب توافر العديد من الشروط.

- شروط إقامة دعوى ضمان التعرض الشخصي :

إضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في الدعوى القضائية، والمتمثلة في الصفة والمصلحة والأهلية، وكذا شهر عريضة إفتتاح الدعوى القضائية المرتبطة بعقارات وحقوق عينية مشهورة، فإنه يجب توافر الشروط الخاصة التالية :

- وجوب وقوع التعرض فعلاً، فيجب أن يقع التعرض حقيقة وليس وهماً، ومنه وجوب القيام بأعمال مادية أو قانونية تحول دون الإستفادة من العقار محل التصرف، غير أنه تسقط دعوى ضمان التعرض الشخصي بعد مرور مدة 15 سنة من وقوع التعرض.

- يجب أن يؤدي التعرض إلى حرمان المالك أو المؤجر ... للعقار من الإنتفاع من محل التصرف العقاري، إنتفاعاً كلياً أو جزئياً.

- جزاء تخلف ضمان التعرض الشخصي في التصرفات العقارية :

إن موضوع دعوى التعرض الشخصي هو إزالة جميع الأعمال التي تمت في مواجهة محل التصرف العقاري مهما كان نوعه، وتستوي أن تكون الأعمال التي تمت مادية أو قانونية.

ويجب تعيين موضوع الدعوى القضائية تعييناً منافياً للجهالة، بأن يبين المدعي طبيعة الأعمال التي تهدد إستفادته من العقار محل التصرف القانوني، فالقاضي عند نظره في الدعوى يبحث في طبيعة التعرض ومدى توافر شروطه القانونية إضافة إلى وقت نشوئه.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

والجزاء المترتب على الإخلال بالضمان يختلف باختلاف طبيعة التعرض، فإذا كان التعرض ماديا كان الجزاء وقف جميع الأعمال المادية والتي تشكل تعرضا شخصيا، إضافة إلى جواز طلب التعويض، وللقاضي سلطة تقديرية في تحديد قيمة التعويض. أما إذا كان التعرض قانونيا كأن يطالب البائع لملك الغير بإسترداد المبيع من المشتري، بعد أن صار البائع مالكا له، فإن للمشتري أن يدفع هذه الدعوى بدعوى بالتزام البائع بالضمان فلا تقبل دعوى الإسترداد، كما أن للمشتري طلب فسخ التصرف مع التعويض عن التعرض، وهاته الدعوى هي دعوى قابلة للسقوط بالتقادم بمرور مدة 15 سنة طبقا للقواعد العامة.¹

كما أنه وفقا لنص المادة 375 ق م ج للمشتري أن يطلب من البائع مصاريف دعوى الضمان وتعويضه عما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب، وعلى الرغم من أن المشرع لم ينص على ذلك صراحة فإن هذا يعتبر تجسيدا غير مباشر لمقتضيات مبدأ حسن النية، فهو يعبر عن حسن أو سوء نية المتصرف مالك العقار.

ثانيا - ضمان تعرض الغير وحسن النية:

يلتزم المتصرف إلى جانب إلتزامه بعدم التعرض الشخصي، بضمان عدم التعرض الصادر من الغير أي بفعل أجنبي يكون له حق على محل التصرف، فهنا يلتزم أيضا بدفع تعرض الغير وإلتزامه في هذه الحالة يعتبر إلتزام بعمل، وهو إلتزام إيجابي بخلاف إلتزامه بعدم التعرض الشخصي وهو دفع التعرض، وإلتزامه هنا هو إلتزام بتحقيق نتيجة وليس إلتزام ببذل عناية، وإذا أخفق في ذلك كان ضامنا للإستحقاق.²

والتعرض الصادر من الغير هو ذلك التعرض القانوني الذي يدعي فيه الغير حقا معيناً على محل التصرف، كحق ملكية أو حق متفرع عنه، فيكون البائع ملزماً بالضمان لكن إذا كان التعرض ماديا مثلا كتعرض المغتصب فهنا البائع غير مسؤول، فيقوم المشتري بدفع هذا التعرض بنفسه بكافة الوسائل التي كفل بها القانون حق الملكية وحيارة الأموال.³

¹ - سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص ص 155، 156.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 299.

³ - سليمان مرقس، العقود المسماة، عقد البيع، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، القاهرة، 1980، ص 373.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

1- شروط ضمان التعرض الصادر من الغير :

لكي يعتبر التعدي تعرضا صادرا من الغير، يشترط توافر مجموعة من الشروط، من منطلق أنه ليس كل تعرض صادرا من الغير كضمونا من طرف البائع.

- أن يكون التعرض قانونيا :

إن التعرض الصادر من الغير يجب أن يكون تعرضا قانونيا، يستند إلى حق يديعه، فالتعرض المادي الصادر من الشخص الأجنبي كإغتصاب الأخير العين المبيعة، لا يضمنه البائع وإنما يقع على المشتري عبء دفعه بما كفله القانون له من وسائل مختلفة.¹

والتعرض المادي الذي لا يضمنه البائع هو التعرض الذي يحصل للمشتري بعد التسليم، أما إذا وقع التعرض قبل التسليم وجب عليه الضمان إنطلاقا من وجوب تنفيذ للإلتزام بتسليم المبيع بوضعه تحت تصرف المشتري للإنتفاع به دوه عائق.²

والتعرض القانوني قد يكون في صورة دعوى ترفع من الغير على المشتري، أو دون دعوى متى وقع التعرض فعلا، ولا يلزم أن يكون الحق الذي يدعيه الغير ثابتا، فالبائع هو الذي يتحمل عن المشتري إظهار عدم صحة إدعاءات الغير.³

- أن يكون الحق الذي يدعيه الغير سابقا على التصرف العقاري، أو يكون تاليا له ولكنه مستمد من المتصرف:

لا يكفي لنشوء الحق في الضمان المرتبط بتعرض الغير، أن يدعي هذا الغير بحق له على العين محل التصرف، وإنما يجب إضافة لذلك أن يكون الحق المدعى به سابقا على التصرف، حتى يكون المتصرف مسؤولا عن دفع هذا التعرض، ومتى كان الحق المدعى به سابقا في نشوئه على التصرف فلا يهم سبب إكتساب الغير له، فقد يكون مكتسبا بتصرف قانوني، كدائن مرتهن تلقى حقه من البائع قبل البيع، أو كان سببه واقعة قانونية كالتقادم أو الميراث.⁴

1 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 300.

2 - نفس المرجع، ص 300.

3 - المرجع نفسه، ص 301.

4 - سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص 160.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- أن يكون التعرض حالاً :

يجب أن يكون التعرض حالاً لكي يضمن المتصرف تعرض الغير، أي أن يكون قد وقع بالفعل من الغير ما يكون من شأنه أن يؤدي إلى إخلال حال بالإنتفاع بالعين، أو أن يؤدي إلى إخلال وشيك الوقوع بهذا الإنتفاع، فلا يكفي مجرد الخشية من وقوع التعرض، حالاً لمجرد وجود رهن على العقار المبيع.¹

وفي التصرفات العقارية الأصل أن يتم هذا التعرض عن طريق الإلتجاء للقضاء للمطالبة بالحق الذي يدعيه الغير، كدعوى إستحقاق كلي للمبيع أو دعوى إستحقاق جزئي يدعي فيها ملكية جزء من المبيع، أو دعوى المطالبة بدين مضمون برهن على المبيع، أو دعوى من المستأجر يطالب فيها إثبات علاقة إيجارية في مواجهة المشتري ونفاذ الإيجار الصادر من البائع للغير.²

وقد يكون في العديد من المرات الغير حسن النية، مما يستوجب حماية كل من الغير والمتصرف إليه أيضاً حسن النية، كونهما تعرض لغش وخداع المتصرف ومنه توافر سوء النية.

2- آثار الإخلال بالتزام ضمان تعرض الغير وحسن النية :

تنص المادة 372 ق م ج " إذا رفعت على المشتري دعوى إستحقاق المبيع كان على البائع حسب الأحوال ووفقاً لقانون الإجراءات المدنية أن يتدخل في الخصومة إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله إذا أعلم البائع في الوقت المناسب ولم يتدخل في الخصام وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن الحكم الصادر في الدعوى كان نتيجة تدليس، أو خطأ جسيم صادر من المشتري.

فإذا لم يخبر المشتري البائع بدعوى الإستحقاق من الوقت المناسب وصدور عليه حكم حائز لقوة الشيء المقضي به فإنه يفقد حق الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن التدخل في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الإستحقاق."

كما تنص المادة 373 ق م ج على أن " إن الرجوع بالضمان هو حق يثبت للمشتري ولو إترف عن حسن نية بحق الغير، أو تصالح معه دون أن ينتظر حكماً

1 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 303.

2 - نفس المرجع، ص 304.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

قضائياً متى أخبر البائع بالدعوى في الوقت المناسب ودعاه يحل محله فيها دون جدوى، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الغير لم يكن على حق في دعواه¹.

ومنه فإنه وفقاً لنص المادتين قد يتدخل البائع في دعوى الإستحقاق، عن طريق إدخاله في الخصومة وفقاً لنص المواد 199، 200، 204 و 205 من ق م إ ، عن طريق دعوى الضمان الفرعية وهذا أثناء سير الدعوى الأصلية وفقاً لنص المادة 200 ق م إ كما يجب إدخال البائع في الآجال القانونية وذلك قبل إقفال باب المرافعات¹.

إلا أنه قد لا يتدخل البائع في دعوى الإستحقاق، ومنه فإنه قد تكون الدعوى لصالح المدعى عليه أي المشتري وذلك برفض طلبات الغير في حال كان الغير سيء النية وثبت حسن نية المدعى عليه، قبول دعوى المدعي ومنه ثبوت إخلال البائع بالتزام ضمان التعرض ومنه يعتبر سيء النية وبالتالي رجوع المشتري على البائع بدعوى التعويض إلا إذا ثبت أن الحكم كان نتيجة التدايس أو الخطأ الجسيم من المشتري وفقاً لنص المادة 02/372 ق م ج ومنه يعتبر المشتري في هذه الحالة سيء النية، كما أنه قد يقر المشتري بحق الغير ومنه الرجوع على البائع سيء النية بالتعويض.

¹ - سائح سنقوقة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص ص

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : جزاء مخالفة الإلتزام بضمان الإستحقاق في التصرفات العقارية وحسن النية.

إن التعرض في التصرفات العقارية قد يكون تعرضا شخصيا سواء كان ماديا أو قانونيا، كما أنه قد يكون تعرضا صادرا عن الغير هذا الأخير والذي قد يكون حسن النية كما قد أنه يكون سيء النية، وبائع العقار ملزم بضمان التعرض الصادر عن الغير وإلتزامه يعد إلتزاما بتحقيق نتيجة أي دفع التعرض وليس إلتزاما ببذل عناية.

فإذا نجح الغير في تعرضه للمشتري وتعذر على البائع دفع التعرض عينا وإستحق المبيع للغير، كان البائع مسؤولا عن هذا الإستحقاق، ويكون للمشتري أن يرجع عليه بضمان الإستحقاق لتعويضه عن الأضرار التي أصابته¹ نتيجة لسوء نية البائع وغشه، ويرجع المشتري على البائع بضمان الإستحقاق بدعوى فرعية أو دعوى أصلية، يكون الهدف منها المطالبة بالتعويض وتوفير الحماية للمشتري أو الغير حسني النية.

أولا- مفهوم ضمان إستحقاق العقار وحسن النية :

إن الإلتزام بضمان التعرض والإستحقاق لا يقتصر على عقد بيع العقار فحسب، بل يوجد في جميع عقود المعاوضة التي ينشأ منها إلتزاما بنقل الملكية، فهو يسري على المقايضة²، القرض³، الشركة، الوفاء بمقابل⁴، وكذا العقود التي بموجبه يتم تمكين أحد المتعاقدين من الإنتفاع بالعقار كعقد الإيجار⁵.

فقد يتعرض الغير في العديد من المرات لمشتري العقار حسن النية أو مؤجره، مما يؤدي إلى حرمانه من الإنتفاع بالعقار محل التصرف القانوني، وذلك نتيجة لعدم إستطاعة البائع أو المؤجر سيء النية رد الإعتداء الصادر عن الغير، والإستحقاق قد يكون كليا كما قد يكون جزئيا.

1 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 310.

2 - نص المادة 415 ق م ج.

3 - نص المادة 452 ق م ج .

4 - نص المادة 286 ق م ج.

5 - نص المادة 483 ق م ج.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

1- تعريف الإستحقاق في التصرفات العقارية :

يمكن تعريف الإستحقاق عموماً بأنه نزع ملكية المبيع كله أو بعضه من تحت يد المشتري بحكم قضائي، كما يدل على ذلك الأصل اللغوي لكلمة eviction أي الهزيمة في منازعة قضائية، غير أن معنى الإستحقاق لا يقف عند هذا الأصل اللغوي، بل يتناول جميع الحالات التي يحرم فيها المشتري فعلاً من المبيع، لأي سبب سابق على البيع لم يكن له يد فيه، أو ليس في مقدوره دفعه.¹

ويشمل الإستحقاق ما يأتي²:

- إحتفاظ المشتري بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع، كما لو ورثه عن المالك الحقيقي.
- وجود المبيع في حيازة أجنبي يتعرض للمشتري في محاولة وضع يده عليه.
- إمساك المشتري المبيع بعد تخلصه بدفع الدين من تعرض الدائن المرتهن الذي قاضاه مطالباً بإخلاء العقار.
- إعتراف المشتري وهو حسن النية للأجنبي بحقه، أو تصالحه معه على هذا الحق، ودون إنتظار صدور حكم في الإستحقاق.

والإستحقاق في العقار هو حرمان المشتري من حيازة المبيع والإنتفاع به كلياً أو جزئياً، نتيجة لعدم قدرة البائع على رد تعرض الغير الذي ينازع في ملكية العقار، ومنه يلتزم المتصرف بدفع التعرض جراء الأضرار التي قد تصيب الطرف الآخر في التصرف العقاري.

ومنه فالإستحقاق في التصرفات العقارية لا يترتب إلا على التعرض القانوني الصادر من الغير، لأنه لا نستطيع أن تصور التعرض الصادر من البائع أو المتصرف في العقار كون من وجب عليه الضمان إمتنع عليه التعرض.

¹ - وليد تركي ، ضمان التعرض والإستحقاق في عقدي البيع والإيجار، طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، شعبة العقود المدنية والتجارية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010/2011، ص 13.

² - نفس المرجع، ص 13.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- خصائص الإستحقاق في العقار:

يمتاز ضمان الإستحقاق في العقار بمجموعة من الخصائص تميزها عن باقي الضمانات، تتمثل في :

- ضمان الإستحقاق هو إلتزام بمنع الغير من التعرض :

أي أن إلتزام الشخص الملزم بالضمان هو إلتزام بعمل وهو منع الغير من التعرض للمنتفع بالعقار سواء كان مشتريا أو مؤجرا، بخلاف الإلتزام بعدم التعرض أي إمتناعه من القيام بأي عمل يحول دون الإنتفاع الكامل من العقار.

- ضمان الإستحقاق هو إلتزام قابل للتجزئة :

أي أنه يقبل الإنقسام على كل من له علاقة بالعقار، ففي حالة تعدد بائعي العقار مثلا فإنه يمكن الرجوع على كل بائع بحسب حصته في العقار المملوك على الشيوع، إلا في حال وجود شرط يفرض التضامن بين جميع البائعين، فيحق للمشتري الرجوع على أحدهم، هذا الأخير الذي يرجع على باقي البائعين في حال قيامه بالتعويض.

- ضمان الإستحقاق إلتزام غير مؤبد :

بما أنه إلتزام فإنه يسري عليه نص المادة 308 ق م ج والتي تنص " يتقادم الإلتزام بإنقضاء خمسة عشر سنة فيما عدا الحالات التي ورد فيها نص خاص في القانون وفيما عدا الإستثناءات الآتية ".

كما تنص المادة 309 ق م ج على أنه " يتقادم بخمس سنوات كل حق دوري متجدد ولو أقر به المدين كأجرة المباني، والديون المتأخرة، والمرتببات والأجور، والمعاشات. غير أنه لا يسقط الربيع المستحق في ذمة الحائز سيء النية، ولا الربيع الواجب أدائه على متصرف المال المشاع للمستحقين إلا بإنقضاء خمسة عشر سنة".

كما تنص المادة 310 ق م ج " تتقادم يسنتين حقوق الأطباء، والصيداللة، والمحامين، والمهندسين والخبراء ووكلاء التفلسة، والسماصرة، والأساتذة، والمعلمين بشرط أن تكون هذه الحقوق واجبة لهم جزاء عما أدوه من عمل مهنتهم وعما تكبوه من مصاريف".

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

3- صور الإستحقاق في العقار وسوء النية:

قد يكون الإستحقاق كلياً أي حرمان المنتفع من العقار حرماناً كلياً، كما قد يكون جزئياً أي حرمانه في جزء منه.

- الإستحقاق الكلي:

والإستحقاق الكلي يقصد به نزع المبيع من المشتري لثبوت حق الغير المتعرض، سواء بحكم قضائي أو بدونه، كأن يكون المبيع عقاراً مرهوناً رسمياً، ويقوم الدائن المرتهن بالتنفيذ على العقار تحت يد المشتري، أو كأن يكون سند ملكية البائع باطلاً أو قابلاً للإبطال أو صدر حكم بفسخ العقد الذي إكتسب البائع على أثره ملكية المبيع ثم تقرر البطلان.¹

كما يقصد به أن يحكم للغير المتعرض بأحقية في المبيع كله، ونقصد بالمبيع كله كامل الحق الذي تلقاه المشتري من البائع بمقتضى عقد البيع.²

كما يقصد به حرمان المشتري من المبيع كلياً، كما لو قضى بملكية المبيع للغير، أو باع المبيع لمشتري ثانٍ إكتسب ملكية المبيع لسبق تسجيل عقده إذا كان المبيع عقاراً.³ والإستحقاق الكلي للعقار يرتبط في العديد من الحالات بسوء نية المتصرف البائع أو المؤجر، ونلاحظ ذلك كثيراً في حالة بيع عقار مملوك للغير، بيع العقار مرة ثانية، عدم تسجيل العقار المرهون وتنفيذ الدائنين عليه.

- الإستحقاق الجزئي للعقار :

يقع الإستحقاق الجزئي للمبيع في حالة نجاح الغير أن ينزع من المشتري جزءاً من المبيع مفرزاً كان أم شائعاً، أو أن يحكم له بحق إرتفاق أو إستعمال أو سكن أو بمال يعتبر من ملحقات المبيع.⁴

فالإستحقاق الجزئي هو ثبوت ملكية الغير لجزء من المبيع سواء كان هذا الجزء شائعاً أو مفرزاً، أو ثبوت تكليف على العين من شأنه أن ينقص من قيمتها، كظهور حق إنتفاع أو حق حكر على المبيع أو إرتفاق غير ظاهر أو لم يكشف عنه البائع للمشتري،

¹ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 160.

² - سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص 160.

³ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 310، 311.

⁴ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 168.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أو وجود عقد إيجار نافذ في مواجهة المشتري أو تبين للمشتري عدم وجود حق إرتفاق لصالح المبيع أكد البائع وجوده.¹

ولقد نص المشرع الجزائري على الإستحقاق الجزئي ضمن نص المادة 376 ق م ج " في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع، أو في حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد. كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الإنتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا إختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع."، ونص المادة 376 ق م ج يقابله نص المادة 444 من القانون المدني المصري.

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 317.

- المشرع المصري نص على الإستحقاق الجزئي في نص المادة 444 من القانون المدني " 1-إذا استحق بعض المبيع، أو وجد مثقلا بتكليف، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه.

2- فإذا إختار المشتري إستبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المبين في الفقرة السابقة، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الإستحقاق." فيلاحظ أن المشرع المصري لم يفرق في حكم الإستحقاق الجزئي بين ما إذا كان الإستحقاق جسيما، أو غير جسيم، أو يسير نفس المرجع، ص 317.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا - آثار الإخلال بالتزام ضمان تعرض الغير وحسن النية :

في حال تم تعرض الغير في التصرفات العقارية، وتمكن الملمزم به من دفع التعرض فإنه بذلك يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا، أما إذا تدخل ولم يفلح في رد التعرض الصادر عن الغير فإنه في هذه ملزم بدفع التعويض للشخص المفروض لصالحه الإلتزام، ويكون ذلك بناء على دعوى قضائية يقيمه المتضرر قد تكون دعوى إستحقاق أصلية كما قد تكون دعوى إستحقاق فرعية، وللقاضي سلطة تقديرية في تقدير التعويض مراعيًا في ذلك نوع الإستحقاق وكذا حسن وسوء نية الملمزم برد التعرض وكذا حسن وسوء نية المستفيد من الإلتزام إضافة أيضا إلى حسن وسوء نية الغير.

1- دعوى الإستحقاق:

وترفع هذه الدعوى في حالة وجود غير ينازع المالك في ملكيته، فيقيم دعوى أمام القضاء تسمى " دعوى إستحقاق " ، مطالبا فيها بتثبيت ملكيته على العقار محل المطالبة القضائية¹.

ودعوى الاستحقاق هي التي يرفعها المالك للمطالبة بملكته التي يكون قد استولى عليها الغير، وهي لا تسقط بمضي مدة التقادم².
"حيث انه يستخلص من قراءة القرار المطعون فيه بأن الدعوى المرفوعة من طرف المدعى عليهم في الطعن هي دعوى استحقاق، ترمي إلى إخراج المدعي في الطعن من القطعة الارضية العائدة لهم، وان المدعين في الطعن أثاروا كوجه دفاع الوجه المأخوذ من التقادم المكسب، متمسكين بانهم يمارسون حيازة على القطعة الأرضية المتنازل عليها منذ أكثر من 50 سنة ، و أن قضاة الاستئناف لم يناقشوا هذا الوجه سواء لرفضه أو لتبنيه. وأن انعدام الإجابة يشكل انعدام الأسباب وهو ما يؤدي إلى نقض القرار المطعون فيه"³.
وما يهمنا في هذا الاجتهاد ، هو أن قضاة الموضوع وفي دعوى الاستحقاق وبمجرد تأكيد الخبرة على أن الأرض ملك المطعون ضدهم ، وعلى الرغم من حيازة الطاعنين لها لأكثر من 50 سنة قضت بإخلاء الأرض موضوع النزاع.

1 - حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، طبعة ثانية، الجزائر، 2008، ص 87.

2 - نفس المرجع، ص 87.

3 - جمال سايس، الإجتهد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الأول، منشورات كليك، الطبعة الثانية، المحمدية، الجزائر، 2013، ص 555.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وأن قضاة القانون لم ينقضوا القرار لأحقية الطاعنين، وإنما لعدم مناقشة قضاة الاستئناف لموضوع حيابة الطاعنين للأرض المتنازع فيها .

ويرى الأستاذ حمدي باشا عمر، في كتابه حماية الملكية العقارية الخاصة ، أنه للأسف الشديد تمت الملاحظة من خلال الممارسة القضائية إصراف بعض السادة القضاة في تعيين خبراء لتحديد المالك الحقيقي للعقار المتنازع في ملكيته، ويعد في رايه تهربا من الفصل في القضية ، كون ان مسألة تحديد المالك الفعلي هي مسألة قانونية محضة تدخل في صميم عمل القاضي، ولا تعد مسألة فنية حتى يتم اللجوء إلى الخبرة¹.

كما أن بعض الجهات القضائية تخطئ في التكييف القانوني بناء على عقد يلزمه بردها كدعوى المعير ضد المستعير لرد الشيء ودعوى المؤجر.

"متى كان من الثابت - في قضية الحال- ان قضاة الموضوع ألزموا الطاعنين بإثبات صفتهم كمالكين مع أن العارية يمكن إثباتها بكل الوسائل القانونية ، ولا تستلزم أن يكون المعير مالكا للعين المعارة ، فإنهم يكونون قد تطرقوا لدعوى الملكية و بالتالي فإنهم اخطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للنقض." (2).

قرار رقم 180020 مؤرخ في 13\07\1999 .

وبما أن نص المادة 28 من قانون التوجيه العقاري ينص على أن الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية تثبت بموجب عقد رسمي ، وتخضع لقواعد الإشهار العقاري، فإن ممارسة هذه الدعوى تقتضي إثبات الملكية ، هاته الأخيرة التي لا تثبت إلا بموجب سند رسمي ومشهر³.

1 - حمدي باشا عمر ، ، حماية الملكية العقارية الخاصة ،المرجع السابق، ص88.

2 - نفس المرجع ، ص88 .

3 - عرف المشرع الجزائري بموجب نص المادة 324من القانون المدني الجزائري العقد الرسمي "العقد الرسمي يثبت فيه موظف أو ضابط أو شخص مكلف بخدمة، عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته و اختصاصه" .

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- إرتباط آثار إستحقاق العقار بحسن أو سوء النية :

تختلف آثار إستحقاق العقار بحسب ما إذا كان الإستحقاق كلياً أو جزئياً، وهي ترتبط إرتباطاً وثيقاً بمبدأ حسن النية.

- آثار إستحقاق المبيع إستحقاقاً كلياً ومبدأ حسن النية :

تنص المادة 375 ق م ج " في حالة نزع اليد الكلي عن المبيع فللمشتري أن يطلب من البائع :

- قيمة المبيع وقت نزع اليد،
- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها إلى الملاك الذي نزع يد المشتري عن البيع،
- المصاريف النافعة التي يمكنه أن يطلبها من صاحب المبيع وكذلك المصاريف الكمالية إذا كان البائع سيء النية،
- جميع مصاريف دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق بإستثناء ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أعلم البائع بهذه الدعوى الأخيرة طبقاً للمادة 373،
- وبوجه عام تعويضه عما لحقه من خسائر وما فاتته من كسب بسبب نزع اليد عن المبيع.

وكل ذلك ما لم يقم المشتري دعواه على طلب فسخ البيع أو إبطاله."

لما كان للشخص الواجب لصالحه الضمان أن يرجع بدعوى ضمان الإستحقاق، لا بدعوى البطلان أو الفسخ فإن أول عناصر التعويض هي قيمة العقار محسوبة وقت نزع الملكية، تماشياً مع أحكام فكرة المسؤولية العقدية والتنفيذ بمقابل والتي تقضي أن يحسب التعويض على أساس قيمة الضرر¹ تجسيدا لمبدأ حسن النية وتحقيق العدالة في التصرفات القانونية.

وبالنسبة لقيمة الثمار فإن الأصل أن يكون للمشتري الحق في ثمار المبيع من وقت البيع ما لم يتفق على خلاف ذلك، لكن إذا إستحق المبيع للغير فإن المشتري يكون حائزاً للمبيع دون أن يملكه ومنه يكون له الثمار أيضاً إذا كان حسن النية وفقاً لنص المادة 837 ق م ج، أما إذا كان سيء النية أي يعلم بحق الغير فإنه يلزم برد الثمار.²

¹ - خليل أحمد حسن ققادة، المرجع السابق، ص 162.

² - نفس المرجع، ص 163.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وبالنسبة للمصاريف، فإذا كانت هاته الأخيرة ضرورية وهي التي أنفقت على المبيع وصيانته، فيستطيع المشتري الرجوع بها على المستحق للمبيع،¹ أما المصاريف النافعة والتي تؤدي لزيادة قيمة المبيع وجب التفرقة بين المشتري حسن النية والمشتري سيء النية، فإذا كان المشتري حسن النية فللمستحق للمبيع أن يختار بين أن يدفع للمشتري قيمة المصروفات أو أن يدفع له مبلغا من المال يساوي ما زاد في قيمة المبيع، أما إذا كان المشتري سيء النية كان للمستحق أن يطلب من المشتري إزالة هذه المنشآت مع التعويض، كما يجوز له أن يطلب إستبقائها،² أما المصاريف الكمالية فيتحملها المشتري دون الرجوع على المستحق وترتبط أيضا بحسن وسوء نية البائع.³

وبالنسبة لمصاريف دعوى الضمان ودعوى الإستحقاق، فتشمل جميع ما تكبده المشتري من مصروفات في سبيل دفع دعوى الاستحقاق التي رفعها عليه المستحق، غير أن البائع لا يتحمل ما كان للمشتري أن يتقيه منها لو أخطره بهذه الدعوى في الوقت المناسب.⁴

أما بالنسبة لما لحق المشتري من خسارة وما فاتته من كسب فإن المشرع أراد بذلك أن يشمل التعويض كل ما لا يمكن دخوله ضمن العناصر السابقة⁵، ويعتبر هذا من أهم ضمانات مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن العقدي.

- آثار إستحقاق المبيع إستحقاقا جزئيا ومبدأ حسن النية :

وفقا لنص المادة 376 ق م ج فرق المشرع الجزائري بين حالتين، الحالة التي يكون فيها الإستحقاق الجزئي قد بلغ حدا من الجسامة حيث لو علمه المشتري قبل التعاقد لما أبرام العقد، فيكون للمشتري أن يعتبر أن البائع لم ينفذ إلتزامه ومنه له أن يرد الجزء الباقي ويطالب بالتعويض على أساس عدم الوفاء الكلي للإلتزام وفقا لمقتضيات نص المادة 375 ق م ج.⁶

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 313، 314.

² - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 165.

³ - نفس المرجع، ص ص 165، 166.

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 314.

⁵ - خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 167.

⁶ - نفس المرجع ، ص 168.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أما الحالة الثانية وهي التي لا يبلغ فيها الإستحقاق الجزئي حداً من الجسامة، أو إذا إختار المشتري إستبقاء المبيع في الحالة الأولى رغم الضرر الجسيم، لا يكون له إلا المطالبة بقيمة التعويض عما أصابه من ضرر بسبب نزع جزء من المبيع، إضافة لذلك يجوز له أن يطالب بما فاتته من كسب وفقاً للأحكام العامة.¹

¹ - خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق ، ص 168.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : جزاء مخالفة الإلتزام بضمان العيوب الخفية في التصرفات العقارية و حسن النية

إن التصرفات العقارية كغيرها من التصرفات القانونية الأخرى تفترض أن يكون محلها أي العقار خالياً من أي عيب خفي، وهي تخضع بذلك للقواعد العامة التي يخضع لها عقد بيع وفقاً لنص المادة 379 ق م ج¹ والتي تنص على أنه " يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من إنتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسبما يظهر من طبيعته أو إستعماله، فيكون البائع ضامناً لهذه العيوب ولو لم يكن عالماً بوجودها.

غير أن البائع لا يكون ضامناً للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في إستطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها عنه غشاً".

وفقاً لنص المادة يتضح أن ضمان العيوب الخفية يرتبط ومبدأ حسن النية ذلك أن الملزم بضمان العيب الخفي في العقار ملزم بتنفيذ إلتزامه بحسن نية، كما أنه قد لا يكون عالماً بالعيب الخفي ومنه لا يعتبر سيء النية، ومنه فإنه وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية ملزم بالإفشاء بكافة المعلومات المرتبطة بالعقار محل التصرف أو الحق العيني.

¹ - المادتين 447 و 448 قانون مدني مصري.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- مفهوم العيب الخفي في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية :

يلتزم المتصرف في العقار فضلاً عن ضمان حيازة العقار حيازة هادئة أن يضمن له حيازة نافعة، وهذا يقتضي أن يكون العقار خالياً من العيوب التي تنقص من قيمته أو نفعه،¹ بشكل يتطابق ومقتضيات مبدأ حسن النية، وضمان العيوب الخفية يرتبط إرتباطاً وثيقاً وحسن النية، على اعتبار أن المتصرف الذي يخفي العيوب يعتبر سيء النية.

1- تعريف العيب الخفي في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية:

العيب عموماً بالمفهوم التقليدي وفقاً لمحكمة النقض المصرية هو " الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع"، أي أنه عيب لا يوجد عادة في محل التصرف كضعف أساس المنزل، وضمان العيوب الخفية لا يقتصر على هذا البيع، وإنما يشمل فوات الوصف ويقصد به تخلف صفة معينة في محل التصرف.²

والعيب يتعارض ومقتضيات مبدأ حسن النية فهو بمعنى الرداءة والتي تتعارض والخلق السليم، ولقد عرف المشرع العراقي العيب على خلاف المشرع الجزائري، في نص المادة 558 من القانون المدني العراقي والتي تنص على أن " العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو يفوت به غرضاً صحيحاً"³.

والعيب الخفي يرتبط إرتباطاً وثيقاً بالالتزام بالإعلام الذي يقع على المتصرف في العقار والذي يعتبر أحد الإلتزامات الأساسية والمنبثقة عن مبدأ حسن النية.

ومثال العيب الخفي في التصرفات العقارية حالة الأرض المباعة والتي ثبت فيها أملاحاً تجعلها غير صالحة للزراعة، أو المتجر المباع والذي كانت قد سحبت رخصة وجوده قبل البيع.⁴

والعيب الخفي في التصرفات العقارية هو تلك الصفة أو العلة الموجودة بشكل خفي في محل التصرف العقاري والتي تتعارض ومقتضيات مبدأ حسن النية، كإجراء بناء به تشققات أو عيب في التصميم، فالعلة تكمن في كون المتصرف ملزم بضمان العيوب

1 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 327.

2 - سعيد سليمان جبر، المرجع السابق، ص 183

3 - مروان عضيبة عزت حمد، (إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العراقي)، مجلة العلوم

القانونية والإجتماعية، المجلد الخامس، العدد الرابع، ديسمبر 2020، ص 185.

4 - خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 173.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الخفية وفقا لما يفرضه حسن النية في التصرف أي الإدلاء بجميع المعلومات المرتبطة بمحل التصرف.

2- شروط العيب الخفي الموجب للضمان وفقا لمبدأ حسن النية :

يجب أن يتوفر في العيب مجموعة من الشروط ليكون قابلا للضمان وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية، وتتمثل هذه الشروط في :

- أن يكون العيب خفيا :

أي أن الشخص المستفيد من التصرف العقاري لا يعلم به وقت التنفيذ، أو لم يستطع تبينه لو أنه فحص محل التصرف بعناية، ومنه إذا كان العيب ظاهرا أو كان يعلم به المشتري أو المؤجر أو المقايض فلا يلتزم الملزم بضمان العيب الخفي بالضمان¹، والمعيار الذي إعتمده المشرع الجزائري هو معيار موضوعي يتمثل في معيار أو قدرة الرجل العادي، على الرغم من أن العديد من العقارات تقتضي أن يتم الفحص من طرف خبراء عقاريين ومهندسين معماريين.

والشخص الذي يجب لصالحه الضمان يجب أن يكون حسن النية أي لا يكون عالما بالعيب، حتى يمكنه الرجوع على الملزم به، ومما يدخل في سوء النية أن يتم طلب ضمان عيب يعلمه وقبله من طرف الشخص الذي آل إليه العقار، ويقع على الملزم بالضمان عبء إثبات العلم بالعيب لأن الأصل هو حسن النية أي عدم العلم بالعيب.²

- أن يكون العيب قديما :

أي أن يكون العيب موجودا في محل التصرف وقت التسليم، فالملزم بالضمان يضمن خلو العقار من العيوب إلى حين تمام عملية التسليم، أما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب فلا ضمان فيه يقع على الملزم³، وهذا ما أكده المشرع الجزائري ضمن نص المادة 379 ق م ج " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من الإنتفاع به.".

¹ - خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 174.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 333، 335.

³ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 153.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- أن يكون العيب مؤثرا :

والعيب المؤثر هو ذلك العيب الذي ينقص من قيمة العقار أو من منفعته بحسب الغاية المقصودة منه، وتستفاد هذه الغاية مما هو مبين في التصرف أو مما هو ظاهر من طبيعة محل التصرف أو الغرض الذي أعد له.¹ والمشرع الجزائري في نص المادة 379 ق م ج لم يحدد مقدار النقص الذي يعتبر عيبا مؤثرا، ومنه يعتبر موجبا للضمان، ومنه لا مناص من الإستعانة بالمعيار الذي أخذ به المشرع الفرنسي بالمادة 1641 قانون مدني فرنسي، والذي يقضي بأن العيب يكون مؤثرا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علمه المشتري لإمتنع عن الشراء.²

- أن يكون المشتري على غير علم به وقت التسليم:

وفي هذا الإطار تنص المادة 379 في الفقرة الثانية " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع"، ومنه إذا كان مشتري العقار على علم بالعيوب حتى ولو كان خفيا لا يمكنه الرجوع على البائع بدعوى الضمان.³

3- التصرفات العقارية المستبعدة من ضمان العيب الخفي :

لقد وردت أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، إلا أنها لا تستقر على البيع فحسب و إنما تسري أحكامه على جميع عقود المعاوضات ، كما تسري في عقود الإيجار، ويقوم ضمان العيوب الخفية بالنسبة لبيع العقارات أو تأجيرها، ومن حيث المبدأ يضمن البائع العيب الخفي، غير أن المشرع إستبعد مجموعة من البيوع من هذا الضمان.⁴

فتنص المادة 385 ق م ج " لا ضمان للعيوب في البيوع القضائية، ولا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد"، والبيوع القضائية هي البيوع التي تتم بالمزاد العلني تحت

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 343.

² - خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 176.

³ - نفس المرجع، ص 177.

⁴ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 346، 347.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إشراف القضاء، ومنها يكون تدخل القضاء فيها حتميا بنص القانون¹، أما البيوع الإدارية وهي البيوع التي يحتم القانون فيها على الإدارة إجرائها بطريق المزاد سواء تم المزاد علنا أو بطريقة غير علنية في مظاريف مغلقة.²

ثانيا- أحكام ضمان العيوب الخفية في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية :

متى توافرت الشروط الواجب توافرها لضمان العيوب الخفية، ومتى تخلفت الصفات الواجب توافرها في العقار، وجب الضمان على الشخص الملزم به وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية.

1- فحص العقار محل التصرف العقاري وإخطار الملزم بالضمان بالعيوب :

تنص المادة 380 ق م ج على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل التجارية، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل أعتبر راضيا بالمبيع.

غير أنه إذا كان العيب مما لا يظهر بطريق الإستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا أعتبر راضيا بالمبيع بما فيه من عيوب"، وتتطبق هذه القاعدة على جميع التصرفات العقارية عدا التصرفات المستثناة من الضمان. ومنه يجب على الشخص والذي أقر المشرع الضمان لصالحه أن يقوم بفحص محل التصرف العقاري، والتأكد من صلاحيته للإستغلال والإنتفاع به، فإذا وجد عيبا وجب عليه إخطار الملزم بالضمان وإلا أعتبر راضيا بوجود العيب ومنه لا يحق له طلب الضمان.

والمشرع الجزائري لم يحدد شكلا خاصا بطريقة الإخبار، ومنه قد يتم شفاهة كما قد يتم كتابة عن طريق محضر قضائي.

1 - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 347.

2 - نفس المرجع، ص 348.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- دعوى ضمان العيوب الخفية تجسيدا لمقتضيات حسن النية :

لقد أحال المشرع الجزائري في نص المادة 381 ق م ج إلى نص المادة 376 ق م ج، وهي الخاصة بالإستحقاق أو نزع اليد الجزئي، منه وجب التفرقة بين العيب الجسيم والعيوب الغير جسيم.¹

ودعوى ضمان العيوب الخفية في التصرفات العقارية هي دعوى قضائية عقارية ناجمة عن وجود عيب خفي بمحل التصرف العقاري، والمدعي هو الشخص الذي أقر المشرع لصالحه الضمان، أما المدعى عليه فهو الشخص الذي فرض عليه المشرع إلتزاما بضمان العيب الخفي، وينتقل الحق إلى الخلف العام وكذا الخلف الخاص.

ويشترط في الدعوى وجوب توافر الشروط العامة في الدعوى القضائية، إضافة على وجود مجموعة من الشروط الخاصة تتمثل في وجوب الإخطار بالعيوب، وفقا لما تم التطرق إليه، إضافة إلى وجوب إثبات العيب، فالأصل أن التصرف العقاري ينعقد مع إفتراض خلو محله من أي عيب خفي، ومنه وفقا للقاعدة عامة يقع عبء الإثبات على من يدعي وجود العيب، ويجوز له إثبات ذلك بجميع وسائل الإثبات على إعتبار أنها تعتبر واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة وسائل الإثبات.

وإذا كان العيب جسيما يكون للشخص الذي أقر المشرع لصالحه الضمان الخيار بين رد العقار وأن يرجع على الملزم بالضمان بالتعويض الكامل والمطالبة أيضا بالتعويض عما لحقه من خسارة وما فاتته من كسب، كما يجوز له الإحتفاظ به والمطالبة بالتعويض.²

أما إذا لم يكن العيب جسيما فلا يكون للشخص الذي أقر المشرع لصالحه الضمان أن يرد العقار، بل يقتصر حقه على المطالبة بتعويض الضرر الذي أصابه بسبب العيب.³

¹ - محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 161.

² - محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص ص 351، 352.

³ - نفس المرجع ، ص 352.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ويزيد التعويض أو ينقص بحسب ما إذا كان الشخص الملزم بالضمان سيء النية، يعلم بوجود العيب، أو حسن النية لا يعلم بذلك، فالشخص سيء النية يلتزم بتعويض الضرر المباشر المتوقع والغير متوقع، أما الحسن النية فإنه يلتزم فقط بتعويض الضرر المباشر المتوقع، والأصل هو إعتبار الشخص الملزم بالضمان حسن النية ويقع على الطرف الآخر الذي فرض لصالحه الضمان عبء إثبات سوء النية.¹

وتنص المادة 382 ق م ج على أنه " تبقى دعوى الضمان مستمرة ولو هلك الشيء المباع بأي سبب كان "، كما تنص المادة 383 ق م ج على أنه " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد إنقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى و لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد إنقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول.

غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم متى تبين أنه أخفى العيب غشا منه "، ومنه فإنه وفقا لنص المادة تسقط دعوى الضمان بمرور سنة إذا كان الملزم بالضمان حسن النية، غير أنه وفقا للفقرة الثانية من ذات المادة فإن إخفاء العيب عن طريق الغش والتدليس يسقط عن الشخص الملزم بالضمان حقه في التمسك بالسنة المقررة قانونا لإعتبار دعوى ضمان العيب الخفي قد تقادمت، كون هذا الغش يعبر عن سوء نية هذا الأخير، ومنه فإنه نتيجة لسوء نيته في هذه الحالة أقر المشرع أن دعاوى ضمان العيوب الخفية تتقادم عموما وفقا للقواعد العامة بمرور 15 سنة من تاريخ إبرام التصرف ، ونفس الشيء يسري على التصرفات العقارية ومنه فإن دعاوى ضمان العيوب الخفية في العقارات والتي تم إخفائها غشا تتقادم بمرور 15 سنة أيضا لتوافر سوء النية.

¹ - محمد حسن قاسم، المرجع السابق ، ص 352.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المبحث الثاني : إمكانية فسخ التصرف العقاري وبطلانه لإنتفاء مبدأ حسن النية.

إن أهمية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية فرضت على المشرع وجوب مراعاة هذا المبدأ ومقتضياته عن طريق إقرار حماية قضائية خاصة للمتصرف في العقار و وكذا الغير حسني النية، وذلك عند النظر في دعوى الفسخ أو دعوى البطلان، فحسن النية هو الإستقامة والنزاهة في التعامل والتي مردها عدم الإضرار بالغير في معرض إستعمال حق من الحقوق والإلتزام بمبادئ العدل والإنصاف¹، فيرى ريبير أن حسن النية هو الوسيلة التي يلجأ إليها المشرع أو المحاكم لإدخال القاعدة الأخلاقية ضمن القانون الوضعي². والفسخ في التصرفات العقارية يكون مقيدا بمدى إلتزام الطرف المدين وكذا الطرف الدائن المتضرر من التصرف، فقد يكون الفسخ إتفاقيا أي أنه يحق للدائن إما أن يختار الفسخ أو التنفيذ، كما قد يكون قضائيا والقاضي ليس ملزما بالإستجابة لطلب الفسخ، فهذا الأخير سلطة تقديرية إما بالقبول أو الرفض، والقاضي ينظر في إقرار الفسخ إلى مدى مراعاة مبدأ حسن النية في التنفيذ، إضافة إلى حسن نية المدين أو سوء نيته.

ودعوى الفسخ هي حق مقرر للطرف الذي تعرض لضرر من جراء الإخلال بمبدأ حسن النية في تنفيذ الإلتزامات، فممارسة الحق محاطة بإطار حسن النية الذي لا يمكن تجاوزه والقاضي رقيب على ذلك فإذا تجاوزت الممارسة هذا الإطار العام وقف القاضي حائلا دون ذلك ورد المتجاوز إلى حدود الإستقامة³، ومنه فإن القاضي قد يرى أن المدين حسن النية وبالتالي لم يصدر منه أي غش أو خطأ جسيم يستدعي القضاء بالفسخ وهو ما أقره المشرع من خلال الفقرة الثانية من المادة 119 ق م ج والتي تنص " ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات ".

أما البطلان القضائي بخلاف الفسخ هو الجزاء الذي قرره المشرع نتيجة لتخلف ركن من أركان التصرف القانوني عموما أو شرط من شروط الصحة، والتصرف العقاري الباطل يختلف باختلاف نوع البطلان، فالبطلان المطلق لا يصح أن يكون سببا صحيحا

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 727.

² - نفس المرجع، ص 728.

³ - المرجع نفسه، ص 729.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

بخلاف النسبي الذي يجوز إعتبره كذلك، فبيع القاصر أو بيع ملك الغير الذي يشوبه الغلط والتدليس والذي جاء نتيجة لتوافر سوء النية يبقى صحيحا إذا أجاز من تقرر البطلان لصالحه ذلك.

و دعوى البطلان هي حق مقرر لكل من له مصلحة في ذلك وفقا لنص المادة 102 ق م ج والتي تنص " إذا كان العقد باطلا بطلانا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولا يزول البطلان بالإجازة". ولقد أقر المشرع دعوى الفسخ و دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تهدف لتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف والغير أيضا، كما أنهما يجسدان حماية فعلية قانونية لهذا المبدأ، عن طريق إقرار العديد من الحقوق، وبناء على ذلك تم تقسيم المبحث إلى :

- دعوى الفسخ كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الأول)
- دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (المطلب الثاني).

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الأول : دعوى الفسخ كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
إن التصرفات العقارية كغيرها من التصرفات القانونية تلقي على عاتق أطرافها العديد من الإلتزامات في التنفيذ مع ضرورة أن يتم تنفيذها وفقا لمبدأ حسن النية، فإذا تبين أثناء التنفيذ أن أحد الأطراف قد أخل بالإلتزاماته سواء لم يتابع العمل الملتزم بإتمامه أو أساء تنفيذه، حق للمتعاقد الآخر فسخ العقد وإنهاء لعلاقة التعاقدية مع الطرف الآخر المخل بالإلتزامه، كما يحق له طلب التعويض.¹

وأحكام الفسخ ترتبط كثيرا بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، فهي تعبر عن فكرة الضمان سواء من الناحية النظرية أو من الناحية العلمية، فلم يعد يشغل الدائن فكرة نشوء الحق في ذمة مدينه بقدر ما تشغله الضمانات التي تضمن له الوفاء بالحق.² وحيث أن الرابطة التعاقدية التبادلية تنشئ إرتباطا في الآثار التي تنشئها بحيث يستطيع أي من طرفيها ضمان حقه في الحصول على التنفيذ المتوقع وبحسن نية من مدينه خلال إستعمال آلية الفسخ التي يعطيها المشرع للدائن الذي يواجه إخلالا من مدينه سيء النية بتنفيذ الإلتزامات التي فرضها التصرف.³

إلا أنه ليس للقاضي الإستجابة لطلب الفسخ، إذا لم يجد مبررا قانونيا له، فيمكن أن يأمر الملتزم بمتابعة الأشغال إذا كانت متوافقة مع أحكام التصرف، أو أن يصلح الخلل الحاصل إذا كان إصلاحه ممكنا أو أن يلزم البائع بتسجيل العقار المبيع على إسم الشاري إذا تبين له أن هذا الأخير لم يخل بأي من شروط العقد⁴ مراعيًا في ذلك لمبدأ حسن النية.

والضمان في الفسخ عموما يقع عند الإخلال بتنفيذ التصرف بحسن نية، ومنه يعتبر إقرار من المشرع على تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، فالمتصرف ملزم بتنفيذ جميع إلتزاماته و بحسن نية، مع وجوب إتخاذه لجميع ما يلزم لتنفيذ التصرف، إما إذا لم يلتزم بتنفيذ الإلتزام عمدا فإنه يعد سيء النية عموما، مما يحق إقامة دعوى قضائية

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 698.

² - سليمان براك دايج، (الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ)، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، كلية القانون، الفلوجة، ص 100.

³ - نفس المرجع، ص ص 100، 101.

⁴ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 699.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ضده للمطالبة بالفسخ مع التعويض إن إقتضى الأمر ذلك وللقاضي سلطة تقديرية في ذلك، كإقامة دعوى قضائية ضد مرقي عقاري لم يتم بتنفيذ إلتزاماته.

ولتوضيح دعوى الفسخ كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، والتي تعتبر جزءا ناجم عن سوء النية، كما تهدف في ذات الوقت إلى تحقيق التوازن في التصرف، تم تقسيم هذا المطلب إلى :

- مفهوم الفسخ في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية (الفرع الأول).
- الفسخ كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية (الفرع الثاني) .
- الآثار الناجمة عن فسخ التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية (الفرع الثالث) .

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : مفهوم الفسخ في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية.

يعتبر الفسخ في التصرفات العقارية بإرادتين حقا ممنوحا للطرف الدائن حسن النية والذي يتمثل في حل الرابطة العقدية الناشئة عن التصرف كجزاء لإخلال أحد طرفي التصرف بأحد إلتزامته الناشئة ، فتتص المادة 119 ق م ج على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك".

أولاً- تعريف الفسخ في التصرفات العقارية :

يعرف الفسخ لغة بأنه التفريق والنقض، أما إصطلاحا فإنه يقصد به إنحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي في العقود المازمة للجانبين عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ إلتزامه، فهو زوال جميع آثار العقد في الماضي والمستقبل أي بأثر رجعي مع التعويض إن إقتضى الأمر ذلك وفقا لطبيعة الحال، والذي يتفق و المسؤولية التقصيرية بأن كلاهما جزاء لعدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه.¹

والفسخ هو حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية إذا لم يوف المتعاقد الآخر بإلتزامه، فيتحرر بدوره من الإلتزامات التي تحملها بموجب العقد محل الفسخ، ويمكن للمتعاقد بمقتضى نص المادة 119 أن يتمسك بتنفيذ العقد وله أن يجبر المتعاقد الآخر على ذلك وفق الطرق المحددة قانونا أو يطالب بفسخ العقد.²

والفسخ هو الحق المقرر للدائن في الرجوع على الطرف المخل بتنفيذ إلتزامه إضافة إلى حقه في المطالبة بالتعويض، فالفسخ دائما متاح مقارنة مع التعويض الذي ينعدم في بعض الحالات، كحدوث قوة قاهرة نظرا لإنتفاء المسؤولية العقدية، نتيجة لإنقطاع العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة متبقيا أمامه خيار الفسخ بقوة القانون.³

فالفسخ هو الجزاء المترتب عن عدم قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ إلتزامه في العقود الملزمة للجانبين مع إستعداد طالب الفسخ على تنفيذ ذلك الإلتزام، فهو زوال العقد بجميع آثاره في الماضي والمستقبل وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ مع التعويض إن كان

¹ - هبة حازم خضر كوبري، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، رسالة مقدمة لإستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2021، ص 22.

² - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 457.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 23.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

له مقتضى، والفسخ إنتقل من القانون الكنسي إلى القانون الفرنسي في المادة 1184 من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على أن الشرط الفاسخ مقدر دائماً في العقود التبادلية في حالة عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزامه.¹

ولقد عرف الفقهاء المسلمون الفسخ بأنه نقض الرباط التعاقدي لما يبرره من أسباب ذاتية أو عرضية و إعتبار إبطال العقود من تطبيقات الفسخ.² من خلال التعاريف السابقة يظهر لنا أن الفسخ في التصرفات العقارية يتمتع بالخصائص التالية :

- الفسخ يرتبط بالتصرفات العقارية بإرادتين (العقود العقارية بإرادتين).
- ينجم الفسخ عن إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه بحسن نية.
- الفسخ حق للمتعاقد المتضرر من عدم تنفيذ الإلتزام.
- قد يرتبط الفسخ بالتعويض كما قد يكون مستقلاً عنه.
- الفسخ يعتبر حماية قضائية مجسدة لمقتضيات مبدأ حسن النية.

¹ - ضحى مثنى داود، (فسخ العقد في القانون المدني)، مجلة كلية الرافدين الجامعة، قسم القانون، ص 03، منشور على الموقع الإلكتروني : [https:// www.iasj.net](https://www.iasj.net) ، تاريخ الإطلاع : 2021/11/16، ساعة الإطلاع : 22:20.

² - نفس المرجع، ص 03.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا - مبدأ حسن النية كأساس لنظرية الفسخ :

إن أساس نظرية الفسخ يعود لإعتبارات عادلة مرتبطة بمبدأ حسن النية، فتنتمثل أهميته في أنه يؤدي إلى إنهاء العقد حتى يخفف من تضرر الدائن فيضع حدا لإهمال وتقصير الطرف المدين.¹

والفسخ نجده في العقود التي تقتضي طبيعتها بأن يكون إلتزام أحد المتعاقدين مرتبطا بإلتزام المتعاقد الآخر، ففي الإلتزامات المتقابلة في العقود الملزمة لجانبين إن لم يقم الطرف الآخر بتنفيذ إلتزامه وفقا لمقتضيات حسن النية ولو بجزء منه، فليس من العدل بأن يطالب المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه، ومنه فإن له الحق في أن يتحلل من إلتزامه بالفسخ، ولا يمكن إعتبار أن أساس الفسخ هو الشرط الفاسخ الضمني، إذ لا يقع الفسخ من تلقاء نفسه.²

فالأصل في العقود أن يتم تنفيذها بحسن نية، فتحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذه للعقد أمرا بالغ الأهمية، فحسن النية يلعب دور المحرك في العلاقة العقدية، والنية الحسنة مفترضة لدى كل متعاقد ما لم يثبت من له مصلحة عكس ذلك،³ فمن النزاهة أن لا يدفع المتعاقد بعدم التنفيذ طبقا لنص المادة 123 ق م ج⁴ لمجرد أن المتعاقد معه قد واجهته بعض الصعوبات الموضوعية في تنفيذ إلتزامه، بل يجب أن يستند دفعه إلى إعتبارات أكثر جدية، ويتم تقدير نزاهة المتعاقدين في تنفيذ إلتزاماتهما في ضوء سلوك الرجل العادي، كما أشار المشرع إلى ذلك في المواد⁵ 495 ، 544 ، 592 قانون مدني وغيرها.⁶

1 - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 23.

2 - نفس المرجع، ص 24.

3 - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 392.

4 - " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الإلتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يتمتع عن تنفيذ إلتزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما إلتزم به ".

5 - تنص المادة 495 على أنه " يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة وأن يحافظ عليها مثلما يبذلها الرجل العادي.

وهو مسؤول عما يلحق العين أثناء إنتقاعه بها من فساد أو هلاك غير ناشئ عن إستعمالها إستعمالا عاديا. " - تنص المادة 544 " على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله بشرط أن لا يكون إهتمامه به أدنى من عناية الرجل العادي "

6 - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 393.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

فالإمتناع عن التنفيذ يعبر عن غش و تدليس المتعاقد الممتنع، إلا في الحالات التي يكون فيها تنفيذ إلتزامه عسيرا أو مستحيلا.¹

ومنه فإن فسخ التصرفات العقارية بإرادتين يرتبط إرتباطا وثيقا بحسن النية أو سوء النية، كون ينجم عن عدم قيام أحد طرفي التصرف بتنفيذ إلتزامه، ومنه يحق للمتضرر المطالبة بالفسخ مع التعويض إذا كان ناجم عن غش وتدليس يعبر عن سوء النية، شريطة توافر مجموعة من الشروط.

ثالثا- شروط الفسخ في التصرفات العقارية :

يخضع حق المتعاقد في طلب الفسخ إلى عدة شروط، منها ما يتعلق بالعقد المراد فسخه والذي يشترط فيه أن يكون تبادليا أي ملزما للجانبين، ومنها ما يتعلق بالمتعاقد الآخر ويتمثل في إمتناعه عن تنفيذ الإلتزامات المترتبة عليه بموجب العقد، ومنه ما يرتبط بالمتعاقد الذي يطالب بفسخ العقد إذ يجب عليه أن لا يكون مقصرا في تنفيذ إلتزاماته.²

1- أن يكون العقد محل الفسخ ملزما للجانبين :

وهو الشرط المنصوص عليه قانونا بموجب نص المادة 119 ق م ج ، حيث يفترض بأن يكون من العقود التي ترتب إلتزامات على عاتق كلا من المتعاقدين، كعقود المعاوضة والتي أبرزها نجد عقود البيع وعقود الإيجار، أما في العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة فلا يكون أمام الدائن سوى المطالبة بالتنفيذ عينا، أو التعويض فلا يكون هناك أي مصلحة للطرف الآخر بأن يطالبه بالفسخ.³

وشرط العقد الملزم للجانبين هو أمر بديهي ومنطقي إذ لا فائدة للدائن في العقد الملزم لجانب واحد من فسخ العقد، بل تقتضي مصلحته العكس، أي إبقاء العقد والمطالبة بالتنفيذ، وأما مصلحة الدائن فقد تقتضي في العقد الملزم لجانبين فسخ العقد⁴ ، لأن الدائن هو في نفس الوقت مدين، وطالما بقيت العلاقة العقدية قائمة فهو مطالب بتنفيذ ما تحمل

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 392.

² - نفس المرجع ، ص ص 457، 458.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 24.

⁴ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 458.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

من إلتزامات بموجب العقد، ومن ثمة يستطيع الدائن عن طريق الفسخ أن يتخلص من هذه الإلتزامات ما لم ينفذ المتعاقد الآخر ما إلتزم به.¹

ونظرية الفسخ تقوم على فكرة السبب بمفهوم النظرية التقليدية، حيث يكون إلتزام كل متعاقد هو سبب إلتزام المتعاقد الآخر، وهذا الإرتباط الموجود بين الإلتزامات المتقابلة والمتصلة بعضها ببعض يقتضي أن يتحلل المتعاقد من إلتزامه إذا إمتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ إلتزامه.²

والفسخ يرد على جميع العقود التبادلية ومنه يرد على جميع العقود التبادلية المرتبطة بالتصرفات العقارية، كعقد بيع عقار، عقد إيجار عقار،إلخ.

2- إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزامه :

فيشترط أن يكون الطرف الآخر قد أخل بتنفيذ إلتزامه أو قصر في ذلك، وكان الإمتناع عنه كلياً أو جزئياً، ناتج عن خطأ منه أو لقوة قاهرة أو كان التنفيذ معيباً، فإذا كان عدم التنفيذ يعود لقوة قاهرة ونتج عنها إستحالة التنفيذ يجب التفريق بين الإستحالة المطلقة والنسبية، فالإستحالة المطلقة تمنع وقوع الفسخ كون العقد يصير باطلاً، أما الإستحالة النسبية فتجعل العقد قابلاً للفسخ، غير أن للقاضي سلطة تقديرية في ذلك.³

ولقد أشارت المادة 119 ق م ج إلى هذا الشرط صراحة، فالفسخ هو جزء إمتناع المتعاقد عن تنفيذ إلتزامه، وبالتالي لا يحق للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إلا إذا أخل المتعاقد الآخر بتنفيذ إلتزامه، والمقصود بعدم التنفيذ هو الإنعدام الكلي لتنفيذ الإلتزام، وكذلك التنفيذ الجزئي أو التأخير في التنفيذ، وكذا التنفيذ السيء، ويكون المتعاقد قد أخل أيضاً بإلتزامه حتى ولو تعلق الأمر بإلتزامات تبعية أو ثانوية.⁴

ويقتضي فسخ العقد بإعتباره جزء إخلال المتعاقد بإلتزامه أن يكون هو المتسبب في عدم التنفيذ، ولا مجال لفسخ العقد إذا لم يكن المتعاقد الذي أخل بإلتزامه هو المسؤول عن ذلك، أي أن عدم التنفيذ يرجع إلى خطأ صدر عنه.⁵

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 458.

² - نفس المرجع، ص 458.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 24، 25.

⁴ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 459.

⁵ - نفس المرجع، ص 459.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

3- ألا يكون طالب الفسخ مقصرا في تنفيذ إلتزامته أو مستعدا لذلك:

فليس من العدل أن يكون الدائن وهو طالب الفسخ مقصرا أيضا في تنفيذ إلتزاماته، ويطالب الطرف الآخر بالتنفيذ، بل يجب عليه أن يكون مستعدا للتنفيذ أو قام بتنفيذه.¹ وهذا الشرط لم يرد في نص المادة 119 ق م ج ، إلا أنه من غير المعقول أن يتمسك المتعاقد بفسخ العقد بسبب عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لإلتزامه إذا لم يبادر هو بتنفيذ ما عليه من إلتزامات، فيجب أن لا يكون طالب الفسخ مقصرا هو الآخر ، وهذا يقتضي أن يكون قد وفى بما تعهد به، أو أن يكون مستعدا للوفاء به، أما إذا أخل بدوره بإلتزامه فإن سلوكه مثل سلوك المتعاقد الآخر ومنه لا نرى مبررا يجعلنا نفضل حماية مصلحته عن طريق الحق في فسخ العقد.²

وقد يظن البعض أن خيار الفسخ متاح فقط للطرف الدائن، ولكن فعليا قد نجد بأن المدين ما منعه عن تنفيذ إلتزامه هو بفعل الدائن، وفي هذه الحالة يستطيع المدين الإمتناع عن التنفيذ ريثما يقوم الدائن بتنفيذ إلتزامه وهو ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، ويمكنه أيضا المطالبة بالفسخ والتعويض.³

ومنه فإن الفسخ خيار متاح لأحد طرفي العقد ، عند قيامه بتنفيذ إلتزامه و إمتناع الطرف الآخر عن تنفيذ ما يقابله من إلتزام.⁴

4- قدرة الدائن على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد وإعذاره للمدين :

وهو ما يقتضيه الأثر الرجعي للفسخ، حيث يعود الوضع لما كان عليه قبل التعاقد، بحيث يكون الدائن قادرا على رد ما أخذه، ففي حال كان قد إستلم شيء بموجب العقد وباعه لغيره فلا يمكنه المطالبة بالفسخ، ولكن إن كان المدين من إستحال عليه إعادة الوضع إلى أصله فإن ذلك لا يمنع من الفسخ، ولكن يقضى عليه بالتعويض لما تعذر إرجاعه إلى ما كان عليه الحال قبل التعاقد، غير أن الفسخ في العقود الزمنية لا يمس ما سبق تنفيذه.⁵

¹ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 25.

² - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية لعامة للعقد، المرجع السابق، ص 460.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 25

⁴ - نفس المرجع، ص 25.

⁵ - المرجع نفسه، ص 26.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

رابعاً - صور الفسخ :

ينقسم الفسخ إلى فسخ إتفاقي وفسخ قضائي، غير أنه قد يقع بقوة القانون وهو ما يصطلح عليه بالإنفساخ، وفي كل حالة من حالات الفسخ تختلف الأحكام المرابطة بتقريره وفقاً للسلطة التقديرية للقاضي، إضافة إلى تحديد التعويض.

1- الفسخ الإتفاقي :

تنص المادة 120 ق م ج على أنه " يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً بحكم القانون عندم عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي.

وهذا الشرط لا يعفي من الإعذار، الذي يحدد حسب العرف عندم عدم تحديده من طرف المتعاقدين."، ومنه قد يتضمن العقد محل الفسخ طبقاً للمادة المذكورة شرطاً يقضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه بسبب عدم التنفيذ، وعموماً يحدد المتعاقدان بمقتضى هذا الشرط المسمى بالشرط الفاسخ الإتفاقي، الشرط الفاسخ الصريح أو الشروط التي يتحقق معها الفسخ.¹

وهناك درجات متفاوتة للشرط الفاسخ الصريح الذي يتفق عليه الأطراف، والذي بإختلافه تختلف الآثار المترتبة عليه، فقد يكون الاتفاق بأن يكون العقد مفسوخاً، أو الاتفاق بأن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، أو الاتفاق بأن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم، أو الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار.²

2- الفسخ القضائي :

يقصد به أن حل الرابطة التعاقدية لا يقع من تلقاء نفسه، كقاعدة عامة نظراً لما هذا الإجراء من خطورة بالغة على التصرف، وهو الفسخ الذي يطالب به الدائن أمام القضاء دون أن يكون منصوصاً عليه في العقد،³ ويعتبر الفسخ القضائي هو الأصل، فهو الطريق الذي يتم اللجوء إليه للفسخ إن لم يكن هنالك أي إتفاق بهذا الشأن.⁴

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 461.

² - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 26.

³ - ليلي أبيض، المرجع السابق، ص 192.

⁴ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 28.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وهو الجزاء المترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته التعاقدية في العقد الملزم للجانبين بموجب حكم قضائي، ويشترط فيه ذات شروط الفسخ إضافة إلى ضرورة صدور حكم قضائي يقضي بالفسخ.¹

وإقامة الدعوى أمام القضاء لا تعني أن القاضي ملزماً بالحكم بالفسخ لصالح الدائن، وإن توافرت جميع شروطه، لوجود السلطة التقديرية للقاضي والتي يتمتع بها مراعيًا لظروف الدعوى.²

3- الفسخ بحكم القانون (الإنفساخ) :

تنص المادة 121 ق م ج على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا إنقضى إلتزام بسبب إستحالة تنفيذه إنقضت معه الإلتزامات المقابلة له، وينفسخ العقد بحكم القانون."، أي أن إستحالة التنفيذ تؤدي إلى إنقضاء الإلتزام الذي يؤدي بدوره إلى إنفساخ العقد بقوة القانون، والإستحالة يقصد بها أن يتعذر على المدين تنفيذ إلتزامه بسبب خارج عن إرادته كأن تتسبب في ذلك قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو فعل الضحية أو فعل الغير، والإنفساخ هو إحلال العقد التبادلي بقوة القانون تبعاً لإنقضاء الإلتزام لسبب أجنبي³، إلا أن هذا لا يقصد به أن يكون القضاء بمنأى عن العقد، بل قد يترافع الطرفان أمام القاضي لإثبات إستحالة التنفيذ.⁴

¹ - محمد جبار ، نظرية بطلان التصرف القانوني، في القانون المدني الجزائري وفي الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986، ص 317.

² - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 29.

³ - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 466.

⁴ - ليلي لبيض ، المرجع السابق، ص 193.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : الفسخ كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية .

بمجرد نشوء التصرف القانوني صحيحا يجب على أطرافه تنفيذه وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية، إلا أنه قد يخل أحد الأطراف بذلك، ومنه فإن الفسخ يعتبر الجزاء المنصوص عليه قانونا لمن يخل بتنفيذ الإلتزامات القانونية المفروضة عليه.

أولاً- مفهوم الإخلال بالإلتزام التعاقدية وسوء نية المدين:

إن أحكام الإلتزام هي مجموعة النتائج القانونية الناجمة عن التصرف ، أي ما يترتب عليه من آثار وقواعد مطبقة على كافة صورته، من لحظة نشأته إلى حين إنقضائه، والأثر الجوهري للإلتزام بعد نشوئه صحيحا من مصدره هو وجوب تنفيذه من طرف المدين به طبقا لما إشتمل عليه وبحسن نية.¹

وعدم تنفيذ المدين لإلتزامه بعد إعداره يعتبر خطأ يترتب عليه المسؤولية المدنية ، والتي لا يستطيع دفعها قانونا إلا بإثبات قيام السبب الأجنبي الذي تنتفي به العلاقة السببية،² أو إثبات أن عدم تنفيذه لإلتزامه غير ناجم عن الإخلال بمبدأ حسن النية.

1- تعريف الإخلال بالإلتزام نتيجة سوء نية المدين :

إن الإخلال بالإلتزام العقدي عموما يقصد به عدم الوفاء به، والوفاء قانونا بمفهوم المخالفة هو تنفيذ الإلتزام سواء الإلتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الإمتناع عن عمل، والوفاء تصرف قانوني يجب أن يتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في هذا الأخير، وقد يكون الوفاء بسيطا وهي الصورة العادية له، كما قد يكون الوفاء مع الحلول.³ أما عدم تنفيذ المدين لإلتزامه يمكن القول بأنه ذلك الفعل أو الإمتناع الصادر عنه والذي يجعل التنفيذ غير ممكن، وهو يعني توافر الخطأ العقدي من جانب الطرف المدين.⁴

¹ - العربي بلحاج ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 17.

² - نفس المرجع ، ص 17.

³ - نصره بن ددوش، إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2010/2011، ص 02.

⁴ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 32.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وهو أيضا إخلال الشخص بالتزامه مع إدراكه بهذا الإخلال أي إنحراف عن سلوك الرجل العادي، وهو شخص مجرد يمثل وسط بين الأشخاص من حيث الحرص والعناية والذكاء والعلم¹، وهو ما يتعرض مع ما يقتضيه حسن النية.

والإخلال بالإلتزام يؤدي لنشوء المسؤولية العقدية، هاته الأخيرة والتي تقوم حين يخل أحد أطراف التصرف بما إلتزم به قبل الغير قانونا أو إتفاقا، أي وقوع خطأ أدى لنشوء ضرر لأحد أطراف التصرف العقاري، فالمسؤولية العقدية أثر للإلتزام تنشأ نتيجة الإخلال به.²

والخطأ العقدي يرجع لفعل المدين نفسه سواء كان هذا الإلتزام بتحقيق نتيجة أو وسيلة، ففي الإلتزام بتحقيق نتيجة يكون المدين ملزما بتحقيق نتيجة معينة بغض النظر عن الوسائل المتبعة من قبله لتحقيق هذه النتيجة كإلتزام المقاول ببناء منزل وفق معايير معينة ومواصفات متفق عليها، فتقوم مسؤولية المدين بمجرد ثبوت عدم التنفيذ أو التأخر في عملية التنفيذ.³

أما بذل العناية فهو لا يلزم المدين بتحقيق نتيجة معينة، وإنما يجب عليه بذل جهد معين وإن لم يبلغ النتيجة فهي ليست بالأمر المؤكد، فيكون إلتزامه كامنا في بذل العناية المطلوبة منه دون أن يلزم بتحقيق النتيجة المقصودة من بذل هذه العناية.⁴

والإخلال بالإلتزام في التصرفات العقارية الناجم عن سوء نية أحد الأطراف والملزم به قانونا، هو ذلك الإمتناع عن تنفيذ الإلتزامات الواجبة في التصرفات العقارية نتيجة غش أو خداع مما يؤدي لحدوث خطأ عقدي عمدا، كإمتناع المرقى العقاري في عقود البيع على التصاميم من تنفيذ بعض إلتزاماته، ويكون هذا الإخلال عمدا أي ناجم عن سوء نيته، وكذا إمتناع المستأجر عن دفع بدل الإيجار في السكنات الاجتماعية مما قد ينجم عنه الفسخ مع التعويض.

¹ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 32.

² - العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 14.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 33.

⁴ - نفس المرجع، ص 33.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- صور الإخلال بالالتزام :

قد يكون الإخلال بالالتزام في صورة عدم التنفيذ الكامل للالتزام، كما قد يكون بشكل جزئي مما يمنح الدائن الحق في طلب الفسخ.

- عدم التنفيذ الكامل :

يقصد به عدم قيام المدين بتنفيذ كامل إلتزاماته، أي الإخلال بكافة الإلتزامات المترتبة عليه بموجب التصرف المبرم بينه وبين الطرف الآخر، وهنا لا تثار أي صعوبة حيث يعد سببا للفسخ كونه أخل بكافة إلتزاماته، على عكس مما هو الحال عليه في التنفيذ الجزئي.¹

ومن أهم الإلتزامات التي تقع على عاتق الطرفين ما نصت عليه المادة 387 ق م ج " يدفع ثمن البيع من مكان تسليم المبيع ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك. فإذا لم يكن ثمن المبيع مستحقا وقت تسليم المبيع وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن للمشتري وقت إستحقاقه الثمن".

وكذا الإلتزام المنصوص عليه في المادة 388 ق م ج " يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك".
ونص المادة 361 ق م ج " يلتزم البائع أن يقوم بما هو لازم لنقل الحق المبيع إلى المشتري وأن يمتنع عن كل عمل من شأنه أن يجعل نقل الحق عسيرا أو مستحيلا".
وطبيعة العقد هي التي تعتبر معيارا لتحديد الإلتزامات التي تقع على عاتق الأطراف، فعقد البيع العقاري يفرض القيام بالتسجيل والشهر، وإيداع خمس ثمن البيع لدى خزينة الولاية،.....إلخ.

- عدم التنفيذ الجزئي :

ويكون في هذه الحالة تقصير المدين بالوفاء بجزء من إلتزاماته المتفق عليها بموجب التصرف القانوني أو القانون أو ما تفرضه طبيعة العقد، كحالة التنفيذ المعيب، التأخير في التنفيذ،² وتحقق الفسخ هنا أمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي.³

¹ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 35.

² - سلطان أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الرابعة، عمان، 2010، ص 271، مقتبس عن هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 36.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 36.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

فإذا كان التنفيذ ممكناً بالرغم من عدم قيام المدين بذلك ولم يكن الإلتزام ذو إعتبار شخصي، فلا يمكن مطالبة الدائن لمدينه بالتعويض كما هو الحال بالنسبة للمقاول بعد المقابلة فيتم مطالبته بإصلاح العيوب في تنفيذه حتى يصبح التنفيذ مطابق للمواصفات المتفق عليها في العقد، أما لو كان ذلك غير ممكن فيتم مطالبته بالتعويض.¹

ففي حالة الفسخ القضائي والذي يطلق عليه أيضاً بالشرط الفاسخ الضمني فإنه يترتب سلطة تقديرية واسعة للقاضي، والتي يمكن أن يقرر الفسخ من خلالها، أو منح المدين مهلة بناء على طلب المدين لتنفيذ ما لم ينفذه، على حسب جسامته وإخلاله وبشكل لا يلحق ضرراً به للدائن.²

وأما ما ترتبه طبيعة العقد من إلتزامات، فيتم الأخذ بها بعين الإعتبار في حال عدم وجود نص صريح في العقد يتناول الإلتزامات، كما هو الحال في عدم تسليم البائع لملاحقات المبيع، فينظر القاضي إلى أهمية هذه الملاحقات من خلال مدى تحقيقها للفائدة المرجوة من التعاقد أم لا.³

3- الإعدار بالتنفيذ :

تنص المادة 119 ق م ج على أنه " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك." فيعد الإعدار بمثابة دعوة للمدين من قبل دائئه لتنفيذ التزامه، وتنبه على تأخره في الوفاء بإلتزامه وإلا أصبح مسؤولاً عن الضرر الذي يصيبه من جراء إخلاله بتنفيذ التزامه، فالعبرة من الإعدار هي وضع المدين بموضع المقصر بالوفاء بإلتزامه.⁴

¹ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 37.

² - نفس المرجع، ص 37.

³ - سلطان أنور، المرجع السابق، ص 270.

⁴ - نفس المرجع، ص 258.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وهو ما أقرته المحكمة العليا بقولها:

" فإنه في العقود الملزمة، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعدار المدين، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض، إذا اقتضى الحال ذلك.¹

ثانيا- السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الفسخ كأساس لتحقيق التوازن بين الإلتزامات:

متى تم الإخلال بالإلتزام العقدي وتوافرت شروط الفسخ القضائي، فإنه يحق للطرف المتضرر من جراء هذا الإخلال إقامة دعوى قضائية تهدف لفسخ التصرف العقاري، أمام الغرفة العقارية بالمحكمة المختصة إقليميا وهي محكمة موطن العقار، ويشترط أن يتوافر في هذه الدعوى جميع الشروط الشكلية والموضوعية الواجب توافرها قانونا لقبول الدعوى العقارية والتي يعتبر أهمها شهر الدعوى أمام المحافظة العقارية وإلا تم رفض الدعوى لعدم القيام بإجراءات الشهر، غير أن القاضي في هذه الدعوى وبالأخص في حال عدم التنفيذ الجزئي، يتمتع بسلطة تقديرية في ذلك، وهاته السلطة ترتبط ومبدأ حسن النية فهي تهدف لتحقيق التوازن بين الإلتزامات في التصرف العقاري محل الدعوى القضائية.

1- نطاق السلطة التقديرية للقاضي في الفسخ :

إن السلطة التقديرية للقاضي يقصد بها " أن يقوم القاضي بإختيار أثر من بين الآثار القانونية الواردة في النص، والذي يرى بأنه أكثر ملائمة وفقا للظروف المحيطة."، فتكون سلطة القاضي في اختيار الأثر القانوني للفسخ حسب ظروف الدعوى ، وفكرة الملائمة، دون أن ننسى الحالة التي يكون عليها شرط الفسخ ضمنيا كان أو صريحا.²

ونطاق السلطة التقديرية للقاضي تظهر لنا من خلال العديد من الأمور أهمها³:

- مصدر السلطة التقديرية للقاضي في قبول طلب الدائن بالفسخ أو رفضه هو القانون.
- نطاق سلطة القاضي التقديرية بشأن طلب الفسخ ليست بالأمر المطلق وإنما مقيد وحصور بين الإختيار من أحد الآثار القانونية المنصوص عليها.

¹ - العربي بلحاج ، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 200.

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية، 1985/10/30، ملف رقم 34951، م ق 1990، عدد 02، ص 44.

- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، 2002/02/20، ملف رقم 225843، 2002، العدد 02، ص 370.

² - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 48.

³ - نفس المرجع، ص ص 48، 49.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- يكون المعيار المتبع في إختيار القاضي لأي من الآثار القانونية المنصوص عليها، بناء على تقدير جسامة عدم التنفيذ، والأسباب المؤدية لعدم التنفيذ من جانب آخر، بالإضافة إلى ظروف الدعوى.

- في حال كان هناك نظرة ميسرة للمدين جعلته غير قادر على الوفاء، وثبت بأن المدين ليس بالشخص المماثل حينها يمكن أن يمنح المدين حسن النية مهلة للتنفيذ.

- سلطة القاضي تكون مقصورة على دعوى الفسخ .

- يمكن أن تكون سلطة القاضي بالفسخ جوازية.

- ينظر القاضي إلى حسن وسوء نية المخل بالتزامه.

غير أن سلطة القاضي التقديرية تنقيد في حالتين، الحالة الأولى عندما يتفق الطرفان عند إبرام العقد أن مجرد إخلال أي منهما يؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه، فهذا الشرط يسلب المحكمة سلطتها التقديرية، وعندها لا تملك إلا الحكم بالفسخ بعد التحقق من حصول الإخلال، أما الحالة الثانية إذا كان البائع مهتدا أن يضيع عليه المبيع والتمن فعندها يجب عليه القضاء بالفسخ.¹

2- خيارات السلطة التقديرية للقاضي في دعوى فسخ التصرف العقاري:

منح المشرع لجزائري القاضي سلطة تقديرية في دعوى الفسخ، هاته السلطة والتي تتسع وتضيق وفقا لأسباب إقامة الدعوى، وتتمثل هاته الخيارات في :

- عدم الإستجابة لطلب الفسخ و رفض الدعوى:

إن رأى القاضي بأن ما لم يف به الدائن أمرا قليل الأهمية بالنسبة لمجمل الإلتزام، كإمتناع المشتري عن الوفاء بجزء من الثمن ودفع أغلبه ومع أداءه لكل الإلتزامات الأساسية الناجمة عن العقد، إلا أنه لم يتقاعس إلا عن جزء يعد قليل الأهمية ، حينها يقوم القاضي برفض الطلب²، وهو ما أكده المشرع من خلال نص المادة 119 ق م ج بجواز رفض الفسخ إذا كان الإلتزام الذي لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات.

¹ - سليمان براك دايج، المرجع السابق، ص 124.

² - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 50.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- منح المدين أجلا لتنفيذ إلتزامه :

وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من نص المادة 119 ق م ج، وذلك بجواز منح القاضي للمدين أجلا بحسب الظروف، وهو ما يعرف بنظرة الميسرة والتي تعتبر أحد تجسيّدات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

- قبول طلب الفسخ في حال ثبوت سوء النية :

يتم الحكم بالفسخ وقبول الطلب إذا رأى القاضي بأن المدين قد تعمد الإضرار بالدائن، وأن تنفيذ إلتزامه قد أصبح أمرا مستحيلا لسبب يعود للمدين نفسه.¹

- الحكم بالتعويض كجزاء لثبوت سوء النية :

فالأصل في التعويض أنه قضائي، أي أن القاضي هو الذي يحدده وفقا لضوابط وأسس محددة، ويشترط لإستحقاقه توافر شروط قانونية،² وهذا ما أكدته المادة 182 ق م ج " إذا لم يكن التعويض مقدرًا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخير في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في إستطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول."

¹ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 51.

² - العربي بلحاج، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 203.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : الآثار الناجمة عن فسخ التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية.

إن الحكم القاضي بالفسخ في التصرفات العقارية هو حكم منشيء وجب شهره في المحافظة العقارية، والفسخ لا يتقرر إلا في الوقت الذي يصدر فيه القاضي حكمه،¹ وبمجرد صدور حكم الفسخ ينشأ العديد من الآثار وفي هذا الشأن تنص المادة 122 ق م ج " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا إستحال ذلك جاز للمحكمة أن تحكم بالتعويض"، ويظهر من نص المادة أن الفسخ بجميع صورته سواء كان قضائياً، إتفاقياً أو قانونياً يرتب آثاراً بالنسبة للمتعاقدين تتمثل في إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، كما قد تمتد هذه الآثار إلى الغير الذي يكون قد تلقى حقاً من أحد المتعاقدين.²

والقاضي عندما يحكم بالفسخ لما يتمتع به من سلطة تقديرية تتناسب وظروف الدعوى، يترتب عليه إنقطاع العلاقة العقدية التي كانت قائمة بين أطرافها، مما يترتب عليه آثاراً عديدة، كونه من الطبيعي أن العقد الذي تم فسخه قد نتج عنه حقوق و إلتزامات ، فهو بالأصل يعد عقد صحيح نافذ ومنتج لآثاره سواء بين أطراف التصرف أو الغير³ وكل ذلك تجسيدا لمبدأ حسن النية.

¹ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 320.

² - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 463.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 59.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- آثار الفسخ بين المتعاقدين في التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية:
إن التصرف العقاري بمجرد القضاء بفسخه تزول كل آثاره من خلال إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام التصرف، غير أن الأثر يختلف باختلاف طبيعة العقد المبرم ومدى توافر حسن أو سوء نية الأطراف.

1- إعادة المتعاقدين إلى ما كانا عليه قبل التعاقد كقاعدة مجسدة لمقتضيات حسن النية :

يؤدي الفسخ إلى إعتبار العقد كأن لم يكن، أي زواله بأثر رجعي، ومن ثم يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد،¹ فبعد تقرير الفسخ يصبح العقد منعدم الوجود كأنه لم يكن، ويجب عندئذ إزالة ومحو كل الآثار التي رتبها من يوم إنعقاده.²
وحكم القاضي بالفسخ، يجعل العقد ينحل بإعتباره شيئاً لم يكن، فيسقط أثره ليس من وقت الفسخ فحسب، وإنما يمتد لوقت نشأته ووجود القانوني، أي يسقط أثره بشكل رجعي حتى بالنسبة للماضي ليس فقط بين المتعاقدين بل أيضاً بالنسبة للغير، حيث يوجد للفسخ أثر مطلق يحتج به في مواجهة الكافة تجسيدا لحسن النية.³

فالقاعدة أن للفسخ أثر رجعي من خلال إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، ولكن دون أن يمس الآثار التي نتجت وإنتهت قبل الفسخ، غير أنه يشترط لمن أراد الفسخ ألا يكون قد تنازل عنه سواء بشرط صريح أو ضمني، لأنه لا يجوز إعمال الفسخ إذا تم التنازل عنه، إذ يبقى الخيار للدائن دائماً بين اللجوء لخيار الفسخ أو المطالبة بالتنفيذ العيني.⁴

ويترتب على إرجاع كل شيء لأصله عدة أمور وهي :

¹ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 320.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 463.

³ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 60.

⁴ - نفس المرجع، ص ص 60، 61.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- إنقضاء إلتزامات المتعاقدين :

فمجرد أن يتم الفسخ في التصرف القانوني ويصدر الحكم القاضي بذلك، يصبح الطرفان في حل من الإلتزامات التي يرتبها عليهما العقد.¹

- حق الإسترداد :

بمجرد فسخ العقد يتم إسترداد الأدياءات التي أداها كل متعاقد عينا، كأن يرد البائع الثمن الذي قبضه من المشتري، ويرجع له هذا الأخير المبيع الذي تسلمه، وحتى الثمار الطبيعية أو المدنية التي تحصل عليها والتي تعتبر ملكا للبائع.²

- التعويض :

في حال إستحالة الإسترداد العيني، كأن يكون المبيع قد هلك في يد المشتري يعاد الطرفان إلى ما كانا عليه قبل العقد عن طريق التعويض الذي يتولى القاضي تحديده، وهنا لا بد التمييز بين التعويض الذي يتحصل عليه المتعاقد في إطار إعادة المتعاقدين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل العقد طبقا لنص المادة 122 ق م ج، والتعويض الذي يتحصل عليه الدائن بمقتضى نص المادة 119 ق م ج وذلك لجبر الضرر الذي لحقه نتيجة فسخ العقد.³

والهدف من فكرة الأثر الرجعي المترتبة على الفسخ هو:⁴

- إلتزام الأطراف بإعادة الحال لما كانت عليه قبل التعاقد، والمتمثل بإلغاء أي أثر ترتب عن العقد الذي تم فسخه.

- بموجب الأثر الرجعي يعتبر بأن المال لم يخرج أبدا من يد صاحبه.

1 - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 61.

2 - علي فيلاي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 463.

3 - نفس المرجع، ص 464.

4 - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 63.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

2- أثر الفسخ على العقود المترابطة والفسخ الجزئي تجسيدا لتحقيق التوازن العقدي :
العقود المترابطة هي " مجموعة من العقود إرتبطت بتعاقبها على مال واحد و ترابطت بتحقيقها لهدف مشترك دون إتحاد أطرافها"¹، وإمتداد الأثر من عقد لآخر يسري على العقود المترابطة المتصلة بعضها البعض بشكل واضح دون أي غموض، وبشكل غير قابل للتجزئة والانفصال.²

أما بالنسبة للفسخ الجزئي فإنه يمكن تجزئة تنفيذ العقد بشكل يحقق التوازن العقدي، فلا يمس الفسخ إلا الجزء الذي وقع عليه إمكانية اللجوء إلى التعويض إن إقتضى الأمر ذلك، والفسخ الجزئي يحد من تعسف الطرف الدائن ويحقق التوازن في العقد ولا يوجد أي مانع قانوني من المطالبة به.³

3- أثر الفسخ على العقود الفورية⁴ والمستمرة⁵ :

والعقد المفسوخ بإعتباره كأن لم يكن يثير بعض الصعوبات من حيث إنسحاب آثار الفسخ إلى يوم إنعقاده، خاصة بالنسبة للعقود الزمنية، فمن الفقهاء من يرى أن الفسخ يرتب أثرا واحدا بالنسبة لكل العقود ومنه ينصرف الأثر لكل العقود سواء كانت فورية أو زمنية، ومن الفقهاء من يرى بعدم رجعية أثر الفسخ الذي يلحق العقود الزمنية، فيقتصر أثر الفسخ على إنهاء العلاقة العقدية بالنسبة للمستقبل فقط وهذا هو الرأي الراجح وهو ما أخذ به المشرع الجزائري.⁶

¹ - شامل سليمان عسلة، (الأثار القانونية للفسخ القضائي في العقود المتعاقبة (دراسة مقارنة))، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 07، العدد 32، 2016، ص 1001.

² - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 64.

³ - نفس المرجع، ص ص 64، 65.

⁴ - وهي العقود التي لا يعتبر الزمن عنصرا جوهريا فيها فينفذ في الحال.

⁵ - وهي تلك العقود التي يكون بها الزمن مقصودا لذاته، فهو عنصر أساسي وجوهري في العقد. هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 66.

⁶ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 464.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ومنه إذا كان الأثر الرجعي بالنسبة الى العقود الفورية ممكنا، فإن الأمر يختلف بالنسبة إلى العقود المستمرة ففي عقد الإيجار مثلا يستحيل إزالة آثاره بأثر رجعي لأنه يتعذر إزالة ما تم تنفيذه فالمستأجر قد إنقنع بالعين المؤجرة ويترتب على ذلك أن المدة التي إنقضت من عقد الإيجار قبل فسخه تبقى محتفظة بآثارها، ويعتبر العقد مفسوخا من وقت الحكم النهائي بفسخه لا قبل ذلك.¹

ثانيا- آثار الفسخ كحماية قانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية:

لقد إعتنى القانون بحماية الغير حسن النية، حيث ينتج عن الفسخ آثارا بالنسبة للغير، فهم الأجر بالحماية كونهم لا يعلمون ما يهدد العقد من خطورة الفسخ وأثره الذي ينصب على العقد، ولما به من حماية للغير فيعد ذلك مبررا للخروج عن الأصل العام.² فلا يترتب على الفسخ محو الآثار فيما بين المتعاقدين فقط، بل يشمل الغير أيضا ففي عقد البيع مثلا يعتبر المشتري بناء على الأثر الرجعي للفسخ كأن لم يكن مالكا أبدا للمبيع، ولذلك يعود المبيع إلى البائع خاليا من الحقوق التي رتبها المشتري عليه لأنه لا يستطيع أن يعطي الغير ما لا يملك، وعلى ذلك إذا كان المشتري قد تصرف فيه فيحق للبائع أن يسترده من المشتري الثاني وهنا لا يلزم برد الثمار إلا إذا كان سيء النية.³

1- تأثر حق الغير بالفسخ كأصل عام :

لن يقتصر إنسحاب أثر الفسخ على المتعاقدين فقط، بل يسري كذلك في حق الغير، بحيث تسقط كل الحقوق التي إكتسبها الغير من أحد طرفي العقد، فلا يمكن للغير أن يحتج في مواجهة الدائن بالحقوق التي إكتسبها من عقد بيع أبرمه مع المدين، لأن هذا الأخير يعتبر بعد إيقاع الفسخ وبسبب أثره الرجعي كأن لم يكن مالكا أبدا للمبيع وترفع على الغير بصفته أجنبي عن العقد المفسوخ دعوى الإسترداد، فيلزم برد الشيء.⁴

¹ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 321.

² - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 72.

³ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 322.

⁴ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 465.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وبناء على ذلك يكون لأثر الفسخ حجة على الكافة كأثر البطلان مع إختلاف السبب والنطاق والسلطة التقديرية للقاضي، فلا يجوز للغير بأن يحتج أو ينكر انحلال العقد بل عليه التسليم به، وبذلك يكون للفسخ حجة على الكافة ولكن شريطة أن تكون دعوى الفسخ مسجلة.¹

2- عدم تأثر حق الغير حسن النية بالفسخ كإستثناء عن الأصل :

إن القاعدة العامة تؤكد بأن الغير يتأثر من الفسخ بأثر رجعي كما هو الحال بالنسبة للمتعاقدين، ولكن لكل قاعدة إستثناء والتي قد قررها القانون لإعتبارات معينة،² ومن بين هذه الإستثناءات نجد :

- الغير حسن النية الذي إكتسب حقا عينيا :

إذا كان الغير الذي قرر له المشتري حقا عينيا على المبيع حسن النية وشهر حقه وفقا للقانون، فإن الفسخ لا يمس الحقوق التي ترتبت له خاصة وأن قانون إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري في نص المادتين 15 و 16 منه أكد على أن الشهر يعتبر وسيلة للإحتجاج بكل ما يتعلق بالحق العيني، من إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنقضاء فيما بين المتعاقدين (المادة 16) وبالنسبة للغير (المادة 15).³

- عقود الإدارة :

فإن حصل الغير على حق متعلق بعقد من عقود الإدارة مثل عقد الإيجار بإعتباره مالكا للمأجور تحت شرط فاسخ له وهو حق الإدارة، إذ يعتبر المستأجر في هذه الحالة نائبا عن البائع في إدارته للمأجور، وبذلك فإن حق المستأجر يبقى قائما بالرغم من وقوع الفسخ كونه يعد من عقود الإدارة.⁴

¹ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 73.

² - نفس المرجع ، ص 74.

³ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 322.

⁴ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق، ص 75.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إلا أنه يشترط أن تبرم هذه الأعمال وفق الآتي :¹

- بحسن نية، ويقصد بحسن النية ألا يكون هذا الغير عالما بما يهدد العقد من الفسخ.
- دون غش .

- وأن تكون لمدة معقولة ليست بالطويلة.

- إكتساب الغير حقا عينيا على منقول :

إذا كان الغير قد كسب بحسن نية حقا عينيا على منقول، تطبيقا للقاعدة الشهيرة " الحيازة في المنقول بحسن نية سند الملكية"،² وفقا للمادة 835 ق م ج والتي تنص " من حاز بسند صحيح منقولا أو حقا عينيا على المنقول أو سندا لحامله فإنه يصبح مالكا له بحسن النية وقت حيازته."

- الدائن المرتهن حسن النية:

إذا ترتب رهن تأميني لدائن مرتهن حسن النية، أي كان يعتقد عند إنشاء عقد الرهن ملكية المدين الراهن للعين محل الرهن ملكية تامة وغير مهددة بالزوال، وتوافر لديه من الأسباب ما يعتبر عذرا عن هذا الإعتقاد الخاطيء، فإن الفسخ لا يؤثر في حقه.³

ولقد أورد المشرع نصا خاصا لحمايته في المادة 885 ق م ج والتي تنص " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن، الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته، أو فسخه، أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر إذا ثبت أن الدائن كان حسن النية وقت إبرام عقد الرهن"، بشرط أن يكون الرهن قد رتب قبل رفع دعوى الفسخ.⁴

- تملك المبيع بالتقادم :

يكون تملك المبيع بالتقادم في الحالة التي يستطيع فيها الغير أن يدفع دعوى البائع بتملك المبيع بالتقادم، طبقا للمادتين 827 ق م ج والتي تنص " من حاز منقولا أو عقارا

¹ - هبة حازم خضر كوبري، المرجع السابق ، ص 75.

² - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 322.

³ - نفس المرجع ، ص 323.

⁴ - المرجع نفسه، ص 323.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أو حقا عينيا منقولاً كان أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو خاصا به صار له ذلك ملكا إذا إستمرت حيازته له مدة خمسة عشر سنة بدون انقطاع. " ، وكذا نص المادة 828 ق م ج والتي تنص " إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستتدة في الوقت نفسه إلى سند صحيح فإن مدة التقادم المكسب تكون عشر سنوات. "

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

المطلب الثاني: دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

إن التصرفات العقارية هي تلك التصرفات القانونية المرتبطة بالعقارات والتي تهدف لإحداث آثار قانونية، حيث يتطلب القانون لقيامها توافر مجموعة من الأركان والشروط الخاصة كاشهر والتسجيل، هاته الأخيرة والتي تهدف لصحة التصرف والمحافظة على مصلحة الأطراف والغير وفقا لما يتضمنه مبدأ حسن النية.

فالتصرفات العقارية وبما أنها آلية من آليات التعامل بين الأفراد في المجتمع، فقد أقر المشرع قواعد خاصة لتحقيق مصالح أطرافها سواء كانت المصالح العامة أو المصالح الخاصة، ومنه فإن خلو هذه التصرفات من شروطها الأساسية أو إختلال أركانها أو تخلف بعضها يؤدي إلى بطلان التصرف أو قابليته للإبطال.

حيث أن تقرير بطلان التصرفات العقارية أو قابليتها للإبطال يتضمن تكريسا لضمان حماية المتعاقدين أو الغير حسني النية، فهو يعتبر الجزاء الذي أقره المشرع عند مخالفة شروط التكوين أو عند تخلف ركن من أركانه، ومنه يعتبر التصرف غير مشروعاً وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر قانوني.

والبطلان قد يكون بطلانا مطلقا، كما قد يكون نسبيا، وهو يختلف عن العديد من الأنظمة المشابهة له، ولقد أقر المشرع البطلان كحماية قضائية تكريسا لحسن نية المتعاقد الذي تم تقرير البطلان لصالحه، كما رتب عليه المشرع تجسيدا لذلك مجموعة من الآثار القانونية.

إلا أن القاضي عند إستجابته لدعوى البطلان يأخذ بعين الإعتبار بمبدأ حسن النية في المعاملات، والتي يهدف المشرع من خلاله إلى ضرورة المحافظة على الاستقرار في الملكية العقارية.

والضمان في البطلان عموما يقع عند الإخلال بتنفيذ شروط التصرف بحسن نية، أو إختلال ركن من أركانه، ومنه يعتبر إقرار من المشرع على تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، فالمتصرف ملزم بإبرام التصرف و بحسن نية، مع وجوب إتخاذة لجميع ما يلزم لنشوئه صحيا، إما إذا لم يتم بذلك عمدا فإنه يعد سيء النية عموما، مما يحق إقامة دعوى قضائية ضده للمطالبة بالبطلان مع التعويض إن إقتضى الأمر ذلك.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ولتوضيح دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، والتي تعتبر جزءاً ناجماً عن سوء النية، كما تهدف في ذات الوقت إلى تحقيق التوازن في التصرف، تم تقسيم هذا المطلب إلى :

- مفهوم البطلان في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية (الفرع الأول).
- تقرير البطلان كجزء للإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية (الفرع الثاني).
- الآثار الناجمة عن بطلان التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية (الفرع الثالث).

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الأول : مفهوم البطلان في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية.

يعد العقد العقاري من أهم التصرفات القانونية، ونظرا لأنه يعتبر وسيلة أساسية في دائرة التعاملات المالية فقد خصه المشرع بشروط خاصة إضافة إلى الأركان العامة الواجب توافرها في العقد، وهاته الشروط و الأركان أقرها المشرع كتكريس لإستقرار المعاملات وتحقيق مقتضيات حسن النية والتي تقوم على العدالة والتوازن في الإلتزامات. فصحة العقد رهن بصحة مقوماته، فإذا أصابه عيب من العيوب التي نص عليها القانون تعرض للبطلان من المتضرر من هذا العيب، فالبطلان هو جزاء العقد المصاب بعيب، ولكن كي يقضى بالبطلان لا بد من توافر شروط معينة حددها القانون محافظة على سلامة العقود من الإدعاءات غير المبررة قانونا وعلى مصالح المتعاقدين، فلا يتعرضون لدعوى البطلان لأسباب واهية لا تجد لها سندا في القانون.¹

ولقد نص المشرع الجزائري على إبطال العقد وبطلانه في القسم الثاني مكرر، من الفصل الثاني العقد، ضمن مقتضيات الكتاب الثاني الإلتزامات والعقود، وذلك في المواد من نص المادة 99 إلى غاية نص المادة 105 من القانون المدني الجزائري.

¹ - مصطفى العوجي، المرجع السابق، ص 473.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أولاً- تعريف البطلان في التصرفات العقارية :

البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه، أو لم يستوف شروطه، ويعرفه الأستاذ عبد الكريم بليور أنه " إنعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبها المشرع في العقد".¹

وعرفه الأستاذ خليل أحمد حسن قداة أنه " الجزاء الذي يوقعه القانون لعدم توفر أركان العقد وشروط صحتها"، كما عرفه الأستاذ محمد صبري السعدي أنه " الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد وعلى إختلاله"، كما يعرفه الأستاذ الشقاوي أنه " وصف يلحق تصرفا قانونيا معيناً لنشأته مخالفا لقاعدة قانونية، يؤدي إلى عدم نفاذه".² والبطلان هو الجزاء الذي يقرره القانون عند تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، وقد عرفه البعض على أنه الجزاء المقرر على العقد الذي لا تتوافر فيه مقومات وشروط العقد الصحيح، فالعقد لا يقوم صحيحا إلا إذا إستجمع أركانه وشروط صحته.³

والبطلان هو " الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد أو شروطه من تراضي ومحل وسبب وشكل في العقود الشكلية"، ولما كانت الأركان والشروط ليست كلها على درجة واحدة من الأهمية إذ منها ما تغلب عليها المصلحة العامة كوجود الرضا والمحل والسبب والشكل، ومنها ما تغلب عليه المصلحة الخاصة كعيوب الإرادة، لهذا السبب جاء البطلان مراعيًا هذا الوضع.⁴

والمشرع الجزائري أشار إلى البطلان بنوعيه، البطلان المطلق تعبيراً عن حماية المصلحة العامة، البطلان النسبي تعبيراً عن حماية المصلحة الخاصة، وذلك ضمن

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 327.

² - نفس المرجع، ص 327.

³ - هجيرة تومي، سامية بويزري، (نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري)، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، سنة 2021، ص 247.

⁴ - عبد الرزاق دريال ، المرجع السابق، ص 48.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أحكام القانون المدني، كما أنه أشار إليه في قانون الأسرة حيث إستحدث بدوره جزء آخر أطلق عليه وقف التصرف.¹

ومنه فإن البطلان في التصرفات العقارية هو ذلك الجزء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد، أو تخلف شرط من شروط الصحة كتخلف الشهر أو التسجيل.

ثانيا- تمييز البطلان عما يشابهه :

يتشابه البطلان مع ما يقاربه من المفاهيم من حيث الآثار التي تترتب على كل منها بالنسبة للمتعاقدين من جهة، ومن حيث الآثار التي تترتب بالنسبة للغير دون المتعاقدين أي حالة عدم النفاذ من جهة أخرى.²

1- البطلان وعدم النفاذ :

يقصد بعدم النفاذ عدم سريان آثار التصرف في مواجهة الغير مع بقاءه منتجا لآثاره فيما بين طرفيه، وبعبارة أخرى فإن عدم النفاذ هو أن التصرف المبرم ينتج كل الآثار القانونية المقررة له فيما بين طرفيه إلا أنه لا يمكنه أن ينتج آثاره بالنسبة للغير.³ ومنه فإن عدم النفاذ يختلف عن البطلان كون هذا الأخير يعتبر العقد كأن لم يكن سواء بالنسبة لطرفيه أو إتجاه الغير كالعقد الذي يبرمه النائب خارج حدود نيابته، فهو عقد صحيح ومنتج لآثاره بين النائب ومن تعاقد معه، غير أنه لا ينفذ في مواجهة الأصيل إلا إذا أقره.⁴

وبالتالي فإن عدم النفاذ هو حالة قانونية مفادها إعتبار التصرف منتجا لآثاره فيما بين طرفيه، دون أن يكون ساريا في مواجهة الغير، ولعل المشرع أراد بهذا حماية الغير ذوي الحقوق الذين قد يضارون بسبب هذا التصرف كالدائن إذا تصرف مدينه المعسر في

¹ - عبد الرزاق دريال ، المرجع السابق ، ص 48.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 328.

³ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 301، 302.

⁴ - هجيرة تومي، سامية بويصري، المرجع السابق، ص 248.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أمواله تصرفا ينطوي على قصد الإضرار به، فيكون له الحق في رفع الدعوى البوليصة للتوصل إلى عدم نفاذ تصرف مدينه في حقه.¹

والبطلان يختلف عن عدم النفاذ من حيث نطاق كل منهما، ذلك أن البطلان وصف يلحق التصرف ذاته، كما يختلفان من حيث الأثر كون البطلان ينصرف أثره إلى الأطراف والغير بخلاف عدم النفاذ والذي لا ينصرف أثره إلى الغير، كما يختلفان من حيث كيفية زوال كل منهما ، إضافة إلى الإختلاف في تحديد صاحب الحق في التمسك بكل منهما، فالبطلان المطلق حق لكل من له مصلحة، أما البطلان النسبي يقتصر على من شرع لمصلحته، وعدم النفاذ في هذا الشأن يشترك والبطلان المطلق.²

3- البطلان و الإنحلال :

إن الإنحلال يقصد به إنهاء التصرف، والذي قد يكون بإرادة أحد المتعاقدين في بعض الحالات خلافا لنص المادة 106 ق م ج والتي تنص أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين، كما قد يكون الإنحلال بإرادة طرفيه. والبطلان يختلف عن إنهاء التصرف بالإرادة المنفردة كون هذا الأخير ينصرف أثره إلى المستقبل فحسب، بخلاف البطلان والذي يكون بأثر رجعي، كما ن البطلان بنوعيه يسري على التصرفات التي لم تستجمع أركان قيامها أو شروط صحتها، أما الإنهاء فهو يقع على تصرف مستوف لكل أركانه ولشروط صحته.³

أما إختلاف البطلان عن التقابل أي إلغاء التصرف بإرادتي طرفيه، يظهر من خلال أن انحلال التصرف بإرادتي طرفيه يستلزم تطابق إرادتي طرفيه، أما البطلان فلا يستلزم ذلك، كما أن التقابل بإعتباره إتفاقا على إلغاء تصرف يفضي إلى إعفاء كل طرف من

¹ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 304.

² - نفس المرجع، ص ص 306، 307.

³ - المرجع نفسه، ص 314.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إلتزاماته دون حاجة إلى إستصدار حكم قضائي بذلك، أما البطلان فغالبا ما يكون صاحب المصلحة مضطرا لإستصدار حكم قضائي لحسم ما يحدث من نزاع.¹ كما أن الأصل أن لا يكون للتقابل أثر رجعي، وذلك على عكس البطلان النسبي الذي ينصرف أثر إلى الماضي متى صدر الحكم به.²

3- البطلان والفسخ:

يتفق البطلان والفسخ في كون أنهما يؤديان إلى إنحلال الرابطة العقدية، إلا أنهما يختلفان من حيث السبب، فالفسخ هو الجزاء الذي يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد المتعاقدين لإلتزامه، فالعقد ينشأ صحيحا مستوفيا لكل أركانه وشروطه إلا أنه ينحل لعدم قيام أحد الأطراف بإلتزامه، على خلاف البطلان الذي يكون لعلة صاحبت إبرام العقد.³ كما يختلف البطلان عن الفسخ من حيث النطاق، فالفسخ لا يرد إلا على العقود الملزمة لجانبين، في حين أن البطلان أوسع نطاقا فهو يرد على العقود الملزمة للجانبين أو الملزمة لجانب واحد.⁴ إضافة إلى الإختلاف الذي يكمن في السلطة التقديرية للقاضي الذي يكون ليس مجبرا في الحكم بالفسخ فله الحق في القبول أو الرفض، بخلاف البطلان الذي يكون فيه القاضي ملزما بالحكم به، ومنه لا يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحكم بالبطلان.⁵

1 - محمد جبار، المرجع السابق، ص 315.

2 - نفس المرجع، ص 315.

3 - هجيرة تومي، سامية بويزري، 247.

4 - نفس المرجع، ص 247.

5 - المرجع نفسه، ص 247.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثا - صور البطلان في التشريع الجزائري :

يتضح من الأحكام الواردة في المواد 99 إلى 105 ق م ج أن المشرع الجزائري إعتد التقسيم الثنائي للبطلان، حيث يميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي أي قابلية العقد للإبطال، فتناول المشرع أحكام الإبطال أو البطلان النسبي في المواد من 99 إلى 101 ق م ج، ، وعالج في نص المادة 102 ق م ج البطلان المطلق، كما خصص المواد 103 إلى 105 ق م ج لأحكام المشتركة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي.¹

1- البطلان المطلق كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية :

يعتبر العقد في هذه الحالة منعدم الوجود ولا حاجة لتقريره، ويلحق هذا النوع من البطلان العقد الذي لم يستوف أركانه كإنعدام تطابق الإرادتين، أو إنعدام المحل أو السبب أو عدم مشروعية محله أو سببه، أو الإخلال بركن الشكلية.²

" حيث أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرط ضروري لصحته، وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك العقد" قرار رقم 136156، مؤرخ في 1997/02/18.³

" وتتص المادة 206 من قانون الأسرة، أن الهبة تتعد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق بالنسبة للعقارات، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة لعدم إستيفائها الشروط الجوهرية." قرار رقم 103656، مؤرخ في 1994/11/09.⁴

والأركان الواجب توافرها في التصرف العقاري والمتمثلة في الرضا، المحل، والسبب وكتابة العقد في شكل رسمي، إضافة إلى الشروط الخاصة أقرها المشرع للعديد من الإعتبارات أهمها تجسيد حسن النية وتحقيق العدالة العقدية وتحقيق إستقرار المعاملات

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 336، 337.

² - نفس المرجع، ص 332، 333.

³ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 374.

- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 01، ص 10..

⁴ - حمدي باشا عمر، القضاء العقاري، المرجع السابق، ص 374.

- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 51، ص 67.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

العقارية في المجتمع كعملية الشهر والتي تجعل من التصرف العقاري ذا حجية في مواجهة الكافة، ومنه فإن تقرير البطلان المطلق لتخلفها يعتبر حماية من المشرع لهذا المبدأ، خصوصا وأن البطلان المطلق أقره المشرع حماية للمصلحة العامة.

" ولما كان ثابتا في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين، بتعمد من المدعين، فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع ومن ثم فإن قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم تسببا كافيا، ومن ثم يستوجب رفض الطعن....."، قرار رقم 148561، مؤرخ في 1997/04/30.¹

2- البطلان النسبي كحماية قضائية جزئية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية :

إن البطلان النسبي هو ذلك البطلان الذي يجعل العقد ينعقد صحيحا، ويظل كذلك ما لم يطعن المتعاقد في صحته، ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال إذا كان رضاء المتعاقد مشوبا بعيب من عيوب الرضاء كالغلط والتدليس، والإكراه والإستغلال، أو كان ناقص الأهلية.²

وبما أن البطلان النسبي يرتبط بعيوب الإرادة والتي ترتبط إرتباطا وثيقا بحسن أو سوء النية، ففي غالب الأحيان يكون أساسها الغش والخداع ومنه توافر سوء النية كحالة العلم بالغلط، وعلى هذا الأساس فقد أقر المشرع هذا النوع من البطلان كحماية للمصلحة الخاصة.

¹ - جمال سايس ، الاجتهاد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 152.

المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 02، ص 42.

² - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 333.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

3- أساس التفرقة بين البطلان المطلق والبطلان النسبي :

وفقا لنص المادة 102 ق م ج فإن البطلان المطلق يجوز لكل ذي مصلحة التمسك به، كما يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها لإرتباطه من النظام العام، إضافة إلا أنه لا يزول بالإجازة ويتقدم دعوى البطلان بمرور 15 سنة من وقت إبرام العقد، بخلاف البطلان النسبي والذي يتمسك به المتعاقد المتضرر، كما أنه يزول بالإجازة سواء كانت صريحة أو ضمنية ، ويسقط الحق في إبطال العقد بمرور 05 سنوات من اليوم الذي يزول فيه السبب بالنسبة لنقص الأهلية، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا إنقضت عشر سنوات من وقت تمام العقد، وفقا للمواد من 99 إلى 101 ق م ج والمرتبطة بالبطلان النسبي.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثاني : تقرير البطلان كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.
إن البطلان قد يكون بطلانا مطلقا كما قد يكون بطلاقا نسبيا، وهذا ما أدى لوجود العديد من الإختلافات بينهما، ويظهر ذلك من خلال دعوى البطلان ومن له الحق في إقامتها، إضافة إلى مدى تدخل القاضي لتقرير البطلان، على إعتبار أن التصرف الباطل بطلانا مطلقا يعتبر منعدم الوجود أصلا ومنه لا حاجة لأن يتدخل القاضي في ذلك لإرتباطه بالنظام العام، إلا أنه قد يتدخل القاضي في حال إدعاء أحد الأطراف بصحة التصرف العقاري.

أولا- إقامة دعوى البطلان في التصرفات العقارية كنتيجة للإخلال بمبدأ حسن النية:

لينعقد التصرف العقاري صحيحا وجب أن تتوافر جميع أركانه من رضا ومحل وسبب وشكلية، مع وجوب أن تكون سليمة من الخلل الذي يصيبها، كعدم مراعاة بعض القواعد القانونية التي يوجبها المشرع عند تكوين العقد.¹

والمشرع الجزائري نظم القواعد والشروط لإعتبار العقد صحيحا ضمن نصوص القانون المدني بموجب المواد من 59 إلى 98 ق م ج، كما تطرق في نصوص المواد من 99 إلى 105 إلى الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد أو شرط من شروط صحته، فالبطلان هو عبارة عن جزاء صارم أقره المشرع بالنسبة لجميع العقود، بصرف النظر عن كونها ملزمة لجانب واحد أو جانبيين، غير أن الجزا يختلف من حيث القوة والصرامة باختلاف نوع القاعدة التي أوجبها المشرع.²

حيث أنه إذا تم الإخلال بمبدأ حسن النية ولم تراعى عند تكوين التصرف العقاري الأركان الواجب توافرها بحسن نية، أو شاب التصرف العقاري أي عيب من عيوب الإرادة نتيجة لسوء نية المتصرف، كان التصرف العقاري قابلا للإبطال أو باطلا بطلانا مطلقا

¹ - ليلي لبيض ، شهر الدعوى القضائية في القانون الجزائري (قراءة في نص المادة 11، 519 ق م ج رقم 09/08)، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 08، العدد 01، ص 318.

² - نفس المرجع، ص 319.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

حماية للمصلحتين العامة والخاصة، ومنه يحق لمن له مصلحة أو يدعي بصحة التصرف إقامة دعوى بطلان أمام المحكمة المختصة.

ودعوى الطعن ببطلان التصرف العقاري يكون الغرض منها الطعن في وجود التصرف ذاته ومنه إعتبار التصرف منعما منذ إبرامه، وهذا الإنعدام ينال من وجوده أصلا ويكون عن طريق دعوى البطلان المطلق أو دعوى البطلان النسبي وهي التي أشارت إليها المادة 85 من المرسوم 63-76 بوجوب شهر دعاوى القضاء الرامية إلى النطق بإبطال حقوق ناتجة عن وثائق تم إشهارها.¹

ونص المادة 85 يرمي إلى الحفاظ على الحقوق الثابتة بالشهر تفاديا للفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات العقارية، وتجسيدها لمبدأ حسن النية كونه يجعل المتعامل في العقار عالما بحالته علما يقينيا، فمن يقدم على شراء حق متنازع فيه من المحتمل أن ينزع منه بعد صدور الحكم القضائي وإعادته إلى من صدر الحكم لفائدته له أن يتمسك بسوء نية الغير الحائز للعقار، وهو ما يفهم من نص المادة 86 من المرسوم 63-76.²

فالبطلان يتقرر عن طريق إقامة دعوى قضائية، والتي يشترط فيها ذات الشروط الواجب توافرها في الدعاوى العقارية والتي من بينها ضرورة شهر المذكرة الإفتتاحية للدعوى أمام المحافظة العقارية المختصة، وإلا تم صدور حكم بعدم قبول الدعوى.

والبطلان المطلق تتم إثارته بموجب دعوى قضائية أو بموجب دفع فقط، فيستطيع إثارته كل من له مصلحة وفقا لنص المادة 102 ق م ج ، ويجب التمسك به خلال 15 سنة من تاريخ إبرام التصرف العقاري وإلا سقطت الدعوى بالتقادم.³

أما دعوى البطلان النسبي فيثيرها المتعاقد المعني بالبطلان، وخلال المدة المحددة قانونا، وتخضع أيضا لنفس إجراءات وشروط إقامة الدعاوى القضائية العقارية.

¹ - ليلي لبيض ، شهر الدعوى القضائية في القانون الجزائري (قراءة في نص المادة 11 ، 519 ق م ج رقم 09/08)، المرجع السابق ، ص 319.

² - مجيد خلفوني، المرجع السابق، ص 43.

³ - عبد الرزاق دربال ، المرجع السابق، ص 50.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

وفي العديد من المرات لا يبادر المتعاقد بالطعن في صحة العقد ظانا أن المتعاقد معه لا ينازعه في بطلان أو إبطال العقد، لكن إذا إتضح بعد ذلك أن المتعاقد معه يدعي صحة العقد ويطالب قضائيا بتنفيذه فللمتعاقد الآخر في هذه الحالة أن يكتفي بالدفع بالبطلان أو إبطال العقد.¹

فالدعوى القضائية تستعمل عن طريق الطلبات والد فوع، فإذا أبدى شخصا ادعاء أمام المحكمة بصحة التصرف العقاري في مواجهة الخصم، يكون قد إستعمل دعواه بطريق الطلب، وإذا رد الخصم الإدعاء الموجه إليه والطلب المقدم ضده لتفادي الحكم به للمدعي، أو لمنع المحكمة من الفصل في الدعوى أو القضاء فيها يكون قد استعمل دعواه بطريق الدفع.²

والدفع ليس مجرد إنكار للدعوى، أو موقف سلبي ممن يتمسك به، وإنما هو إدعاء كالطلب، فمن يبدي دفعا ببطلان التصرفات القانونية أمام المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا يتقدم إليها بإدعاء للحصول على حكم بميزة خاصة.³

وقد نص قانون الإجراءات المدنية الفرنسي على الطلبات والدفع في المواد من 53 حتى 72، وعرف الدفاع على انه "يعد دفاعا في الموضوع كل وسيلة ترمي إلى رد مزاعم الخصم باعتبارها غير مؤسسة بعد فحص أصل الحق"⁴، وذلك وفقا لنص المادة 71 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.⁵

ومنه فإنه إذا قام متعاقد برفع دعوى أمام المحكمة مطالبا بالتنفيذ، يكتفي المتعاقد المدعى عليه بالإحتجاج ببطلان العقد في دفاعه، وإذا تبين للقاضي أن العقد باطل أو قابل للإبطال فإنه سيقضي بذلك ويرفض دعوى المدعي.⁶

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 339.

² - أمينة مصطفى النمر، الدعوى وإجراءاتها، توزيع دار الكتاب الحديث، مصر، 1990، ص 125.

³ - نفس المرجع، ص ص 162-163.

⁴ - ومنه فإن إعتقاد المشرع الفرنسي في تعريف الدعوى على مصطلح صاحب الإدعاء يفهم منه أن الدعوى حق للمدعي أو المدعي عليه، يطبق عليها مبدأ قاضي الدعوى هو نفسه قاضي الدفاع.

⁵ - Art 71 :

« constitue une défense au fond tout moyen qui tend à faire rejeter comme non justifiée, après examen au fond du droit la prétention de l'adversaire »

⁶ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 339.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- حق التمسك بالبطان وإرتباطه بحسن وسوء النية :

إذا كان القانون قد أقر لكل ذي مصلحة التمسك بدعوى البطان فإن حق الإبطال يقتصر على المتعاقد الذي يقرر لصالحه هذا الحق.¹

1- إرتباط دعوى البطان بالنظام العام :

تنص المادة 102 ق م ج " إذا كان العقد باطلا بطلا مطلقا جاز لكل ذي مصلحة أن يتمسك بهذا البطان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها....."، ومنه فالمصلحة قوام التمسك بالبطان، فالتصرف العقاري الباطل هو في الواقع عقد منعدم الوجود قانونا، لتخلف ركن من أركانه أو لعدم مشروعية سببه أو محله، فمعيار البطان المطلق هو المصلحة العامة.²

والمصلحة يقصد بها المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، وهذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها، فلا دعوى من دون مصلحة تنزيها للقضاء عن الانشغال بدعاوى لا فائدة عملية منها كالدعاوى غير المنتجة³، و المصلحة هي الفائدة العملية المشروعة التي يجب ان تتوافر فيها شروط ثلاثة وهي ان تكون قانونية قائمة حالة وشخصية مباشرة⁴.

والمصلحة المطلوبة في هاته الحالة هي المصلحة القانونية والتي يقصد بها أن رفع الدعوى بما يطلبه المدعي يؤدي إلى تحقيق مصلحة له بصيانة حق أو مركز قانوني يخصه⁵ ومثال ذلك أن الدعوى ببطلان وصية لا يجوز رفعها من غير وارث لأن الوارث هو الذي يستفيد قانونيا من الحكم ببطلان الوصية .

ويرى الدكتور حسن علام في كتابه موجز القانون القضائي الجزائري، أن المصلحة القانونية تأخذ ثلاث صور صورة المصلحة في صدور الحكم بثبوت حق للمدعي يلزم المدعى عليه باحترامه أو بأدائه، أو صورة الحكم بنفي حق يزعمه المدعي عليه بما يضر

¹ - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 339.

² - نفس المرجع، ص 339.

³ - عبد الرحمن بربارة، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. منشورات بغدادي، الطبعة الاولى، سنة 2009، ص 38.

⁴ - الهادي دالي، قانون الإجراءات المدنية. منشورات بغدادي، طبعة 01، 2003، ص 12 .

⁵ - حسن علام، موجز القانون القضائي الجزائري . الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1972، ص 68.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

قانونا بصاحب الدعوى، أو الحكم بثبوت أو قيام مركز قانوني له أثاره لمصلحة المدعي في مواجهة المدعى عليه¹.

ومنه لا يقتصر طلب البطلان على المتعاقدين أو من يقوم مقامهما، بل يتقرر أيضا للخلف الخاص، والخلف العام وللدائنين، لكن بشرط أن تستند هذه المصلحة إلى حق يتأثر بصحة العقد أو بطلانه، فمثلا يجوز لمشتري العقار التخلص من دعوى الشفعة التي يرفعها عليه الجار عن طريق التمسك ببطلان سند الملكية.²

كما أنه يجوز للمحكمة أن تقضي ببطلان التصرف العقاري في أي مرحلة من مراحل الدعوى لإرتباط دعوى بطلان التصرف بالنظام العام.

2- حق التمسك بإبطال العقد لصاحب المصلحة حسن النية:

تنص المادة 99 ق م ج " إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقا في إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق."، ومنه فإن حق التمسك بإبطال العقد يكون لصالح صاحب المصلحة أو من يقوم مقامه بشرط إثبات سوء نية المتعاقد الآخر.

فحق الإبطال هو حق مقرر للمتعاقد الذي تقرر الإبطال لصالحه دون المتعاقد معه ولا الغير، فإذا كنا بصدد تدليس أو غلط أو إكراه أو إستغلال، فحق التمسك بإبطال العقد هو حق للمدلس عليه أو لمن وقع في الغلط أو للمكروه أو للمغبون المستغل فقط، وإعتبرت المحكمة تطبيقا لهذه القاعدة أن الشخص الذي شارك في مزيدة لا ينشئ له أي حق على العقار، محل المزيدة وملك للمؤسسة الاقتصادية، يسمح له طلب إبطال عقد بيع ذلك العقار الذي تصرف فيه المؤسسة الاقتصادية بعد فشل عملية المزيدة لفائدة شخص آخر بعقد توثيقي مشهلا "....."³، وحيث أن إبطال العقد هو حق مقرر لطرفيه طبقا لما تنص عليه المادة 99 ولا يثبت هذا الحق إلى الغير "....."⁴.

كما أنه يحق للقائم مقام المتعاقد المطالبة بإبطال التصرف، فيحق للخلف العام ذلك على إعتبار أنه يعتبر طرفا في العقد مثل السلف تماما وله نفس الحقوق بما فيها حق

1 - حسن علام، المرجع السابق، ص70.

2 - هجيرة تومي، سامية بويزري، المرجع السابق، ص 251.

3 - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 341.

4 - نفس المرجع ، ص 342.

- الغرفة المدنية، ملف رقم 606876، بتاريخ 2010/10/21.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

التمسك بإبطال العقد، غير أن المشرع يشترط في نص المادة 108 ق م ج مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث¹.

كما يحق للخلف الخاص المطالبة بإبطال العقد، غير أن الفقهاء اختلفوا حول أساس هذا الحق، فهناك من يرى أن الخلف يستطيع التمسك بإبطال العقد عن طريق الدعوى الغير مباشرة طبقا لنص المادة 189 ق م ج، حيث ترفع الدعوى باسم السلف، وهناك من يرى أن للخلف الخاص الحق في التمسك بإبطال العقد عن طريق الدعوى المباشرة على أساس أن المتعاقد الذي عابت إرادته نقل حقه في طلب الإبطال للخلف الخاص، ويرى الأستاذ علي فيلالي أن الرأي الأول هو الأصح لأن الخلف الخاص يعد من الغير².

كما أنه وفقا لنص المادة 189 ق م ج والتي تنص " لكل دائن ولو لم يحل أجل دينه أن يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين، إلا ما كان منها خاصا بشخص أو غير قابل للحجز " يجوز للدائن العادي عند توفر الشروط المقررة قانونا أن يتمسك بحق إبطال العقد عن طريق الدعوى الغير مباشرة، فهو يستعمل في هذا الشأن حق مدينه بإعتباره نائبا عنه، ولا تخرج هذه الحالة عن المبدأ العام لكون الدائن العادي يقوم مقام المتعاقد الذي تقرر لصالحه البطلان³.

ومنه فإن الخلف العام والخلف الخاص وكذا الدائن العادي تم إقرار حق طلب الإبطال من طرف المشرع لصالحهم تجسيدا لمقتضيات مبدأ حسن النية والتي تقتضي العدالة والنزاهة في التعامل وتهدف لتحقيق التوازن العقدي .

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص ص 343، 344.

² - نفس المرجع، ص ص 343، 344.

³ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ، ص 344.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثالثا- إنقضاء حق البطلان :

تنص المادة 100 ق م ج " يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد، دون إخلال بحقوق الغير "، والإجازة تعرف على أنه عمل قانوني يتم بإرادة منفردة يصدر من جانب من تقرر البطلان لمصلحته، ويهدف أساسا إلى التنازل عن حق إبطال العقد، وقد تكون الإجازة صريحة أو ضمنية.¹ ويترتب على الإجازة زوال حق المجيز في التمسك بإبطال العقد، فيستقر العقد صحيحا غير مهدد بالزوال ومرتبئا لكل آثاره، فتزول الإجازة الخطر الذي كان يهدد العقد، فيصبح باتا في مواجهة طرفيه بصفة نهائية، وترتب الإجازة آثارها بمقتضى أحكام نص المادة 100 ق م ج من يوم إبرام العقد أي بأثر رجعي.²

وتجسيدا لحماية الغير حسن النية أقر المشرع في نص المادة 100 أن الإجازة لا تؤدي إلى الإخلال بحقوق الغير، والمقصود هنا هو الغير حسن النية.

كما تنص المادة 101 ق م ج على أنه " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال خمس (5) سنوات، ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذي يزول فيه هذا السبب، وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم الذي يكشف فيه، وفي حالة الإكراه من يوم إنقطاعه، غير أنه لا يجوز التمسك بحق الإبطال لغلط أو تدليس أو إكراه إذا انقضت عشر (10) سنوات من وقت تمام العقد ."

ومدة التقادم قابلة للإنقطاع والوقوف، ويترتب على تقادم حق الإبطال سقوطه، بحيث لا يمكن الطعن في العقد بالإبطال، فيبقى العقد صحيحا ملزما للمتعاقد، وبالنسبة لعبع الإستغلال فإذا كان للمتعاقد المغبون بسبب إستغلال ضعفه الحق في التمسك بإبطال العقد طبقا لنص المادة 90 ق م ج، فيجب عليه أن يقوم برفع الدعوى الخاصة بالإبطال خلال مدة سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة.³

أما بالنسبة للعقد الباطل بطلانا مطلقا فلا تلحقه الإجازة، ولا ينقلب صحيحا مع مرور الزمن، فإذا مضى على إبرام العقد مدة 15 سنة فلا يمكن التمسك بدعوى البطلان بسبب سقوطها بالتقادم، ولكن هذا لا يعني أن العقد الباطل ينقلب صحيحا، بل يبقى لكل

¹ - هجيرة تومي، سامية بويصري، المرجع السابق، ص 252.

² - علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 348.

³ - نفس المرجع، ص 352.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ذي مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد عن طريق الدفع به عوض الدعوى الرئيسية، وهذا هو موقف الغرفة المدنية للمحكمة العليا بخلاف موقف الغرفة العقارية والتي لم تمنع حائز العقار بموجب عقد باطل من الإستفادة من التقادم المكسب.¹

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق ، ص ص 353، 354.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

الفرع الثالث : الآثار الناجمة عن بطلان التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية.

إن الآثار التي تترتب على البطلان نجدها مشتركة بين كل من البطلان المطلق والبطلان النسبي أو القابلية للإبطال، بالرغم من أن أسباب كل منهما تختلف عن الأخرى، لأن البطلان متى صدر حكم به يصبح باطلاً من حيث آثاره أياً كانت الأسباب التي أدت إلى الحكم به، وينجم عن ذلك أنه متى صدر حكم من القضاء بالبطلان فإن النتيجة التي تترتب عليه تتمثل في إعادة الطرفين إلى الوضع الذي كانا عليه قبل إجراء التصرف الباطل أو القابل للإبطال، وقبل تنفيذه.¹

وآثار بطلان التصرفات العقارية ترتبط بحسن أو سوء نية الأطراف وكذا الغير، ومنه فإنه يترتب آثاراً في مواجهة المتعاقدين، واثاراً أخرى في مواجهة الغير.

أولاً- آثار البطلان فيما بين أطراف التصرف العقاري ومبدأ حسن النية :

تنص المادة 103 ق م ج " يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله، فإن كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل. غير أنه لا يلزم ناقص الأهلية، إذا أبطل العقد لنقص أهليته، إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد.

يحرم من الاسترداد في حالة بطلان العقد من تسبب في عدم مشروعيته أو كان عالماً به."

كما تنص المادة 104 ق م ج " إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال، فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً، أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله."

كما تنص المادة 105 ق م ج على أنه " إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً بإعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد."

¹ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 338.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

1- الأثر الرجعي للبطلان تجسيدا لمبدأ حسن النية :

يفيد تقرير الإبطال أو البطلان إنعدام التصرف العقاري ليس مستقبلا فقط، بل من يوم إبرامه أي بأثر رجعي، ويقتضي في بعض الأحيان إنسحاب آثار تقرير البطلان إلى يوم إبرام العقد إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد.¹ وتقرير فكرة رجعية البطلان يؤدي إلى نتيجتين هامتين، أولهما أن كلا من طرفي التصرف يكون ملزما بأن يعيد إلى الطرف الآخر ما أخذه منه، وذلك في حال ما إذا كان العقد قد تم تنفيذه قبل تقرير البطلان، ويشترط في ذلك أن يكون أطراف العقد حسني النية، أما الثانية أنه قد تتقرر مسؤولية أحد طرفي التصرف مما يجيز للطرف المتضرر أن يطالبه بتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية.²

2- الإسترداد في البطلان كتجسيد فعلي لحسن النية في التصرف العقاري :

إن النتيجة الحتمية التي تترتب على البطلان هي أن التصرف الباطل يصبح كأن لم يكن، وبذلك فإن إلتزام كل من طرفيه يصبح بدون سبب، ومنه فإن كل متصرف يلزم بأن يرد إلى الآخر ما أخذه منه بسبب هذا التصرف الباطل، فإذا إستحال الرد كما إذا كان المبيع قد هلك في يد المشتري بخطأ منه طبق القاضي قواعد المسؤولية التقصيرية، والقاضي لا يلجأ إلى الحكم بالتعويض إلا إذا كان الرد مستحيلا، فإذا كان ممكنا فلا يجوز العدول عنه إلى غيره.³

- الإسترداد العيني والمتصرف حسن النية :

إن أفضل طريقة لإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل إبرام العقد هي أن يسترد كل منهما ما أدها عينا، فللبائع أن يسترد المبيع وثماره منذ إبرام العقد، وللمشتري

¹ - علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 355.

² - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 341.

³ - نفس المرجع، ص ص 341، 342.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

أن يسترد الثمن الذي دفعه وكذلك المصاريف التي أنفقها لحفظ المبيع، ويشترط في ذلك ضرورة توافر حسن النية.¹

" حيث أنه من المبدأ قانوناً أن المشتري ذا النية الحسنة الذي يعطي زيادة مهمة في القيمة للملك المكتسب، إثر المصاريف البالغة التي قدمها، له الحق في المطالبة بتعويض مناسب للتحسينات التي أتى بها في الأصل، في حال إبطال البيع."²

إلا أن الإسترداد قد يتعارض وحسن النية في العديد من الحالات، حيث أن حسن النية يكون هو الحائل دون حدوث ذلك كالحالة التي نص عليها المشرع في نص المادة 837 ق م ج " يكسب الحائز ما يقبضه من الثمار مادام حسن النية"، ومنه فإن حائز العقار يستطيع أن يتمسك بالثمار إذا كان حسن النية.

إلا أن نص المادة 838 ق م ج يجعل الحائز سيء النية مسؤولاً عن الثمار التي قبضها أو قصر في قبضها من الوقت الذي يصبح فيه سيء النية، إلا أنه يستطيع أن يسترد ما أنفقه في إنتاجها.

- الإسترداد بمقابل :

إذا إستحال إسترداد ما أداه المتعاقد عينا بسبب هلاك الشيء أو لطبيعة المعاملة، يكون الإسترداد عن طريق التعويض، فإذا تقرر إبطال عقد الإيجار فلا يمكن أن يسترد المؤجر المنفعة التي تحصل عليها المستأجر منذ إبرام العقد، وفي مثل هذه الحالة وعند غياب اتفاق بين المتعاقدين يحدد القاضي مبلغ التعويض الذي يحل محل الإسترداد العيني.³

¹ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 356.

² - نفس المرجع، ص 357.

- نشرة القضاة، 1972، العدد الأول، ص 45.

³ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص 357.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

3- القيدان الوردان على المبدأ العام كحماية للمتصرف حسن النية:

إذا كان المبدأ العام يقتضي إعادة الطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل تنفيذ التصرف العقاري الباطل أو الذي حكم بإبطاله، أو متى بدأ في تنفيذه، ومنه يصبح كل طرف ملزماً بأن يعيد إلى الطرف الآخر ما تلقاه منه، فإنه يرد على هذا المبدأ قيدان أساسيان وهما:¹

- القيد المتعلق بناقص الأهلية :

ويتعلق هذا القيد بحماية ناقص الأهلية إذ أقر له المشرع حكماً خاصاً، مفاده أنه إذا أبطل عقد بيع بسبب نقص أهلية البائع مثلاً، إلّتم هذا الأخير برد ما عليه من منفعة فقط من الثمن الذي تلقاه، والسبب من وراء ذلك يرجع إلى حماية القصر لأن القول بغير ذلك يؤدي إلى تعجيز القاصر عن طلب الإبطال، وهذا من شأنه أن يجعل الحماية المقررة له قانوناً مجرد حماية صورية.²

- القيد المتعلق بمخالفة الإلتزام للآداب :

ويتعلق هذا القيد بالطرف الملوّث سيء النية الذي لا يجوز له أن يسترد ما دفعه إعمالاً للمبدأ المستقر عليه من أنه " لا يجوز للآثم أن يستفيد من إثمه"، وبناء على ذلك لو رفع أحد طرفي التصرف دعوى بطلان وطالب بالإسترداد إستناداً إلى تلوّثه، فدعوى الإسترداد تكون مرفوضة، أما الطرف الآخر الغير ملوّث ليس هناك ما يمنعه من أن يتمتع بالآثار المقررة للبطلان، ومن حقه الإمتناع عن تنفيذ التصرف، وإسترداد ما دفعه إلى الطرف الملوّث.³

¹ - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 343.

² - نفس المرجع، ص 348.

³ - المرجع نفسه، ص 350، 351.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

إلا أن هذا القيد غير منصوص عليه في القانون الجزائري خلافا لبعض الأنظمة المقارنة، ولكن ذلك لا يمنع القضاء من تطبيق هذا القيد، ولقد إعتد القضاء الفرنسي هذا القيد فإستجاب لطلب الإسترداد كون العقد كان باطلا لمخالفته الآداب العامة.¹

4- الآثار العرضية للتصرف الباطل كإنفاذ بعض التصرفات من فكرة الرجعية :

من المقرر أن التصرف لا يترتب الإلتزامات في ذمة طرفيه إلا إذا كان صحيحا، غير أن هناك حالات لا يترتب فيها التصرف بعض الآثار بالرغم من كونه باطلا، على أن هذه الآثار لا تترتب عليه بصفته تصرفا قانونيا بل بإعتباره مجرد واقعة مادية، وذلك سعيا إلى الحيلولة دون تطبيق آثار البطلان بصفة صارمة وإنفاذ بعض التصرفات من فكرة الرجعية التي تتقرر عادة بالبطلان²، كحالة البطلان الجزئي الذي يشوب بعض أجزاء التصرف فقط دون التصرف بكامله ولقد تعرض المشرع الجزائري لحالتين من البطلان الجزئي تتمثل في إنقاص العقد أو تحويله³.

¹ - محمد جبار، المرجع السابق، ص ص 352، 355.

- المشرع الجزائري أوجب أن لا يكون محل العقد وسببه مخالفا للنظام العام والآداب العامة، وإلا كان باطلا.

² - محمد جبار، المرجع السابق، ص 355.

³ - نفس المرجع، ص 371.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

ثانيا- آثار البطلان في مواجهة الغير حسن النية :

ويقصد بالغير الأشخاص الذين تتأثر حقوقهم ببطلان التصرف وإرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها، ويترتب على بطلان التصرف زوال كل الآثار التي تترتب عليه ولو كان من تصرف له أحد العاقدين حسن النية، بحيث لا يعلم بسبب البطلان.¹

1- المبدأ العام :

إن الأصل أن البطلان يؤدي إلى زوال الآثار التي تترتب على التصرف بأثر رجعي، ومنطق ذلك يستلزم القول بأن البطلان يجب ألا يقتصر أثره على طرفي التصرف فقط، بل يتعين أن يتعداها إلى الغير أيضا، أي أولئك الأشخاص الذين تعاملوا مع أحد طرفي التصرف الباطل فإكتسبوا بذلك حقوقا على الشيء موضوع التصرف،² وترتبا على ذلك إذا إشتري شخص منزلا بمقتضى عقد باطل نتيجة إكراه استعمله في مواجهة البائع وتصرف المشتري في هذا المنزل للغير، فاذا زال الإكراه ورفع المكروه دعوى الإبطال وصدر حكم قضائي بإبطال عقد المشتري للعيب فإن الحكم يؤدي حتما إلى القول بأن التصرف الصادر منه للغير يعتبر باطلا أيضا.³

2- الإستثناءات الواردة على المبدأ العام كضمان للغير حسن النية :

إذا كان منطق البطلان يقتضي أن لا ينتج التصرف الباطل أي أثر سواء بالنسبة إلى أطراف التصرف الباطل أو بالنسبة للغير الذين تلقوا حقا بمقتضى هذا التصرف، فإن السعي نحو إستقرار الأوضاع القانونية وحماية الوضع الظاهر خاصة بالنسبة للغير حسن النية قد إستدعى وضع قيود على مبدأ الرجعية، وتتقسم هذه القيود إلى قيود تعتبر تطبيقا لواجب الضمان، وقيود مقررة لتحقيق فكرة سلامة المعاملات و إستقرارها.⁴

¹ - عبد الرزاق دريال ، المرجع السابق، ص ص 51، 52.

² - محمد جبار ، المرجع السابق، ص 376.

³ - نفس المرجع، ص 377.

⁴ - المرجع نفسه، ص 377، 378.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

- القيد المؤسس على واجب الضمان في التصرفات العقارية:

إعمال هذا المبدأ في إطار الحقوق العينية يبقى مرهونا بضرورة إحترام القواعد الواردة بقانون التوثيق والشهر، ومثال ذلك (لو أن " أ " باع عقارا إلى " ب " ثم تصرف " ب " في هذا العقار إلى " ج "، فلو أن " ب " رفع دعوى بطلان ضد " أ " لأحد أسباب البطلان، وصدر حكم ببطلان التصرف الأصلي المبرم بين " أ و ب "، فهل هذا البطلان يؤثر على التصرف الذي تم بين " ب و ج " ؟ أو بتعبير آخر فهل من حق " ب " أن يتمسك في مواجهة " ج " بالبطلان المقضي به بينه وبين " أ " ؟

ان الإجابة تكون بالنفي، ذلك أن " ب " بإعتباره بائعا يقع على عاتقه إلتزام بالضمان في مواجهة " ج " ، والمقرر بهذا الصدد أن من وجب عليه الضمان لا يملك التعرض¹.

والحل المنطقي والعاقل والمتوافق ومبدأ حسن النية لهذا الإشكال هو تحقيق مبدأ الإسترداد بمقابل بين البائع والمشتري، عوض الاسترداد العيني، وبناء على ذلك فإن المشتري لا يعيد العقار موضوع التصرف الباطل إلى البائع لأنه لا يمكن نزعه من الغير حسن النية وأنه يعيد إليه ثمن العقار، هنا يتم إجراء مقاصة بينهما².

- القيود المقررة على إعتبار ضمان إستقرار المعاملات :

إن فكرة الرجعية تؤدي إلى خطر جسيم بالنسبة إلى الغير، إذ كيف يمكن لمن تعاقد مع شخص ما أن يتأكد من أن هذا الشخص (المتعاقد معه) قد إكتسب الشيء موضوع التصرف بموجب تصرف صحيح ؟ ثم إن تطبيق مبدأ الرجعية على إطلاقه يمس مبدأ إستقرار الأوضاع القانونية، ولذلك فإن هذه الاعترافات ومشتملاتها قد أدت إلى وضع قيود أخرى للحد من مبدأ الرجعية، فبالنسبة لأعمال الإدارة من المقرر أنها وخاصة

¹ - محمد جبار، المرجع السابق ، ص378.

² - نفس المرجع، ص 378.

الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

عقد الايجار إذا كانت قد أبرمت بحسن نية تبقى قائمة حماية لإستقرار المعاملات على الرغم من تقرير بطلان سند ملكية المؤجر.¹

أما بالنسبة للعقارات فإن مبدأ الرجعية المقرر كأثر للبطلان يرد عليه قيدان، الأول يتعلق بالتقادم المكسب والذي بمقتضاه يصبح حائز العقار مالكا له متى مرت على حيازته خمس عشرة (15) سنة تطبيقا لأحكام المادة 827 ق م ج، أو بتقصير هذه المدة إلى عشر (10) سنوات إذا كان الحائز يتوافر فيه حسن النية طبقا للمادة 828 ق م ج وذلك حماية للحائز حسن النية.²

أما القيد الثاني تطبيقا لنظرية الوضع الظاهر ومؤدى هذه النظرية أن شخصا ما قد يتصرف بحسن نية مع آخر إعتقادا منه من أنه مالكا للشيء موضوع التصرف ثم يتضح أنه كان غير مالك، والمقرر في هذا التصرف أنه متى ثبت أن المتصرف إليه كان حسن النية و إستند إلى ظاهر الأمور، واعتقد أن المتصرف لصالحه هو المالك فإنه تجب حمايته من آثار البطلان، ومنه لا يلزم بالرد ولا يتأثر بالبطلان الذي لحق التصرف السابق على تصرفه.³

¹ - محمد جبار، نفس المرجع، ص 379.

² - نفس المرجع، ص 380.

³ - المرجع نفسه، ص 380، 381.

الخطمة

مبدأ حسن النية يعتبر أحد المبادئ الأساسية ذات الأهمية البالغة والتي تشهد إنتعاشا ملحوظا في الآونة الأخيرة، خصوصا في حال إرتباطه بتصرف قانوني عقاري، كون هذا الأخير يرتبط وتطور الميادين الاقتصادية، فهو بهذا الشأن ذلك المبدأ الأخلاقي الذي تطور مع تطور الأنظمة القانونية ليصبح مبدأ عام يشمل جميع التصرفات القانونية بما فيها العقارية.

والتصرفات العقارية تتعدد صورها فقد تكون بيعا، أو تصرف بالوصية، كما قد تكون بموجب قرار إداري إلى غير ذلك، وفي جميع صورها يفترض مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية والتي تقوم على دعائم أخلاقية ثابتة، يؤمن بها جميع أفراد المجتمع كالوفاء بالعهد، الأمانة، الثقة المشروعة، التعاون، الإعلام، النزاهة، الإخلاص إلخ، فكلما كان التصرف العقاري يتوافق وهذه المقتضيات كان المتصرف حسن النية، كما أنه قد يكون سيء النية في الحالة التي يكون فيها التصرف مخالفا لهذه المقتضيات.

وحسن أو سوء النية يعتبر أمر داخلي نفسي ليس للقانون أي علاقة به، فكل شخص قد يكون حسن النية كما قد يكون سيء النية بشأن أي تصرف قانوني عقاري، إلا أنه في اللحظة التي تظهر فيها النية في التصرف يتدخل القانون لتحقيق التوازن بين جميع أطراف التصرف، خصوصا إذا ظهرت النية بشقها السلبي أي تهدف إلى الإضرار بأحد الأطراف ومنه تأثر مصالح الأطراف وكذا الغير، فالغرض الأصلي من أي تصرف قانوني هو السعي لتنفيذه وفقا للغرض الذي يهدف إليه أطرافه، فيلتزم كل طرف بإحترام بنود التصرف وتنفيذه بحسن نية.

غير أن العديد يعتقد أن التصرفات العقارية تخلو من مبدأ حسن النية، كونها تقوم على مجموعة من الشكليات تعتبر ظاهريا قيد على مبدأ حسن النية والتي تتمثل في التوثيق والتسجيل والشهر، إلا أن هذا المعتقد غير مؤسس، كون هاته الإجراءات الشكلية والمفروضة على هذا النوع الخاص من التصرفات تهدف ضمنا إلى تحقيق تجسيد فعلي لمبدأ حسن النية، ويتمثل هذا التجسيد في أن التصرف القانوني العقاري مبني على مجموعة من المقتضيات المرتبطة بمبدأ حسن النية، ويظهر ذلك من خلال العديد من النقاط:

- الشكليات المفروضة على التصرفات العقارية، تؤدي وظيفة إجتماعية للأفراد والملكية العقارية، فهي تحمي العقارات وحدودها من جميع حالات الإستغلال والغش.

- كما تهدف الشكليات المفروضة على التصرفات العقارية إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات العقارية وذلك من أجل تحقيق الإئتمان العقاري.

- إستقرار المعاملات العقارية يضمنه أساسا التصرف العقاري، والذي يكون مبنيا على مقتضيات تهدف لتحقيق العدالة والتوازن عن طريق مبدأ حسن النية.

فجوهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، هو ضمان إستقرار المعاملات العقارية وتحقيق الأمن العقاري، وذلك من خلال حماية مالك العقار أو المنتفع منه أو الغير وكل من له علاقة، فهو يهدف لحماية المصالح المشروعة للأطراف في التصرف العقاري، مع محاولة تجنب الإضرار بأي طرف، وجوهر حسن النية في التصرفات العقارية يختلف من تصرف لآخر، إلا أن غرضه الأساسي حماية جميع الأطراف في التصرفات العقارية، كما أن تطبيقات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية لا تخرج عن حدود مراعاة عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في التصرف والغير.

والمشرع الجزائري على الرغم من أنه لم يجعل من المبدأ مبدء عاما يغطي جميع مراحل التصرف أو العقد فقد عبر عنه ضمن نص المادة 01/107 ق م ج، والتي تمثل القاعدة العامة التي تسري على تنفيذ جميع التصرفات القانونية، إلا أن العديد من التطبيقات وخاصة في مجال التصرفات العقارية وكذا العديد من النصوص القانونية تؤكد وجوده ضمنا عبر جميع المراحل التي يمر بها إبرام التصرف، كونه من المبادئ الأساسية والتي تهدف بالدرجة الأولى لتحقيق التوازن في الإلتزامات بين جميع أطراف التصرف، إضافة إلى أنه من المبادئ التي تحقق العدالة والإستقرار في المعاملات ، وهذا ما يفرض تجسيده عبر جميع المراحل بدء من مرحلة المفاوضات إلى مرحلة التنفيذ.

ففي تكوين التصرف العقاري نجد أن التراضي والمحل التصرف وسببه يقومون على أسس أخلاقية مرتبطة بحسن النية، إضافة إلى عيوب الرضا والمتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال والتي تم فرضها من طرف المشرع إعمالا لمبدأ حسن النية وتحقيق التوازن في التصرف خصوصا في حالة الغبن الإستغلالي والذي يهدف من خلاله المشرع إلى إزالة التفاوت في البيوع العقارية وتحقيق التوازن بين إلتزامات الأطراف. ونفس الشيء بالنسبة لتنفيذ التصرف العقاري فنجد العديد من الحالات التي يتدخل فيها القاضي لمنع الغش والتعسف في إستعمال الحقوق، فالقاضي في هذه الحالة يرتبط

بالعديد من الإعتبارات والتي ترجع لحسن النية وسوئها، فالغش يؤدي في أغلب الحالات لبطلان التصرف القانوني العقاري.

وحتى في حالة التنفيذ في الحالات الإستثنائية فوجد تطبيق لنظرية الظروف الطارئة، وكذا إدخال المرونة على الشرط الجزائي أو تخفيفه، إضافة لنظرية الميسرة، كونه يهدف لتحقيق العدل والإنصاف وتحقيق التوازن.

وهو ما أقره المشرع الفرنسي صراحة سنة 2016، حيث جعل من المبدأ إلزاما شاملا لجميع مراحل التصرف من المفاوضات إلى التنفيذ، وهو ما نأمل من المشرع الجزائري تكريسه من خلال تعديل القانون المدني الجزائري وجعل المبدأ يشمل جميع مراحل إبرام أي تصرف قانوني.

و مبدأ حسن النية يعتبر عنصرا مؤثرا في التصرفات العقارية، هذا العنصر الذي يهدف إلى حماية المالك و الحائز و الغير وكل من له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالعقار أو الحق العيني المرتبط به، فيكون مثلا عنصرا مؤثرا على الملكية العقارية بصفة واضحة، ويظهر لنا ذلك من خلال إمكانية إكتساب العقارات عن طريق التقادم المكسب والذي يستمد قوته من خلال مدى توافر حسن النية في الحائز، والذي يقوم على الأمانة والنزاهة وعدم الغش أو الإحتيال.

ولقد إعتنى المشرع الجزائري بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، وسن العديد من النصوص القانونية في هذا الشأن، والتي تهتم بتنظيمه وفقا لما يتطلبه إستقرار المعاملات العقارية في المجتمع، وتحقيق التوازن وذلك حماية لأطراف التصرف، فأوجب المشرع في إطار ذلك وجوب إخضاع التصرفات العقارية للرسمية، والتي تتضمن العديد من المقنضيات التي تؤكد إرتباطها بمبدأ حسن النية، فهي تهدف لبعث الطمأنينة والثقة في المتعاملين ، كما أنها كفيلة بحماية إرادة المتعاقد وسلامة رضاه.

والمشرع الجزائري كفل حماية المبدأ ضمن التصرفات العقارية، فأولى عناية كبيرة بأطراف التصرف وكذا الغير ذوي النية الحسنة، فأعطى مبدأ حسن النية حماية قانونية وقضائية لأطراف التصرف والغير، فأوجب القيام بعملية تسجيل المعاملات العقارية ، كما أوجب القيام بعملية الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية، و التي تعتبر من الضمانات الأساسية لحفظ وحماية حقوق كل من له علاقة بالعقار وفقا لما يتطلبه حسن النية.

والمشرع الجزائري إهتم أيضا في هذا الإطار بحماية كل من ليس طرفا في التصرف العقاري، والحماية المقررة للغير حسن النية هي تلك الحماية التي تكون في مواجهة صاحب الحق الأصلي، هذا الأخير الذي إكتسبه الغير حسن النية .

والقانون يفرض على القاضي ضرورة التقيد بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عند نشوء أي نزاع بين أطرافه، فقد رجح المشرع مصلحة المتصرف حسن النية وإعتبرها أولى بالحماية، من خلال العديد من النصوص القانونية، إضافة إلى إعتناؤه بحقوق الغير حسن النية، من خلال الدعاوى القضائية سواء المرتبطة بالتعويض أو الضمان.

ودعاوى الضمان ترتبط إرتباطا وثيقا ومبدأ حسن النية، كون هذا النوع من الإلتزام سواء ضمان عدم التعرض، أو الإستحقاق، أو ضمان العيوب الخفية من أهم الإلتزامات التي ترتبط بحسن أو سوء النية، وتعتبر مظهر من مظاهره و الحكم القضائي وكذا سلطة القاضي التقديرية ترتبط بمدى كون طرف التصرف حسن أو سيء النية ونفس الحكم بالنسبة للغير.

و المشرع أقر دعوى الفسخ و دعوى البطلان كحماية قضائية أيضا تجسد التكريس الضمني لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية ، والتي تهدف بالدرجة الأولى لتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف والغير أيضا، عن طريق إقرار العديد من الحقوق.

وعموما مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تظهر لنا أهميته وكذا خصوصيته التي يتمتع بها من ناحية الوظيفية التي يقوم بها، فالمشرع يتطلب ضرورة توفر حسن النية من أجل تحقيق العديد من الوظائف والتي تتنوع، ويعتبر أهمها الحماية التي يقرها المبدأ لصالح الغير حسن النية والذي يكتسب حقوقا على عقار، كما أن المبدأ يهدف لحماية حقوق الملاك، ومن هنا تظهر إزدواجية الوظيفة التي تهدف لحماية أطراف التصرف والغير، مع تكريسه لإستقرار المعاملات الاقتصادية.

النتائج :

- إن مبدأ حسن النية يعتبر عموما من المبادئ العامة ذات الأهمية البالغة الواجب توافرها في جميع التصرفات القانونية، وعبر جميع المراحل التي تمر بها.
- أن مبدأ حسن النية يجد مكانته في التصرفات القانونية المرتبطة بالبائع المشروع، والمشرع الجزائري نص على فكرة الباعث في نص المادة 97 ق م ج.

- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو ذلك المبدأ الذي يقوم على مجموعة من المقتضيات الأخلاقية والتي تجعل منه قاعدة قانونية تهدف لضمان إستقرار المعاملات العقارية، وتحقيق الأمن العقاري من خلال حماية أطراف التصرف والغير.

- إن المتأمل في التصرفات العقارية و كذا في الشكليات القانونية المفروضة على هذا النوع الخاص من التصرفات، يظهر له أن هاته الأخيرة تخلوا من هذا المبدأ وأن الشكليات المفروضة تعتبر قيودا على حسن النية، إلا أن الواقع لا يؤكد ذلك ، فضمنيا يظهر أن التصرفات العقارية لا يمكن أن تخلوا من هذا المبدأ، كما أن هاته الشكليات تعتبر تجسيدا فعليا لمبدأ حسن النية.

- يظهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية من خلال العديد من النصوص القانونية من بينها: المواد 82، 85، 359، 373، 399، 408، 409، 501، 785، 788، 791، 814، 824، 825، 842، 885، 996، و 933 من القانون المدني إضافة إلى العديد من النصوص القانونية ضمن قوانين خاصة كقانون حماية المستهلك، القانون 04-11.

- كما يظهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية من خلال العديد من التطبيقات أيضا من بينها: بيع ملك الغير، إكتساب الملكية العقارية بالتقادم المكسب، البيع في مرض الموت، المستأجر حسن النية، الرهن الرسمي، التقادم المسقط.

- مبدأ حسن النية يعتبر قيد على حق الملكية في التصرفات العقارية، بفرض العديد من الإلتزامات كعدم التعسف في إستعمال الحق.

- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يقوم على عدة أسس تتمثل في الأخلاق والواقع، التشريع، عدم الغش، عدم التعسف في إستعمال الحق و عدم الإخلال بالتوازن العقدي.

- مظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تتمثل في واجب النزاهة والإستقامة، واجب الصدق، واجب الثقة المشروعة، واجب الأمانة والإخلاص، واجب التعاون.

- مبررات تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تتمثل في أن مبدأ حسن النية يعتبر عنصرا مكملا للقواعد القانونية المرتبطة بالتصرفات العقارية، كما أنه يعتبر عنصرا مهذبا للقاعدة القانونية.

- وظائف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تنقسم إلى وظيفة تفسيرية، ووظيفة تكميلية، ووظيفة تحديدية، ووظيفة تكيفية، ووظيفة مكملة.
- نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يظهر من خلال مجال تطبيقه إضافة إلى تكريس المبدأ عبر جميع المراحل التي يمر بها التصرف، فنجد المبدأ مجسد ضمن المرحلة السابقة على إبرام التصرف، وكذا ضمن مرحلة إبرام التصرف إضافة إلى تنفيذ وما بعد تنفيذ التصرف العقاري.
- يتمتع مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية بحماية قانونية تتمثل في علانية التصرفات والتي تكمن في التسجيل والشهر والتي تهدف لحماية أطراف التصرف والغير، فمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يحتاج إلى الوقاية والحفظ والصيانة من كل ما يتعارض ومقتضياته، وهذا لا يكمن إلا من خلال الحماية القانونية والتي تكمن في علانية التصرفات العقارية على اختلاف أنواعها.
- إن جوهر الحماية القانونية للغير حسن النية يتحقق أساسا من خلال التوفيق بين مصالح الأطراف ومصالح الغير على نحو لا يهدر معه أي حق من الحقوق وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية.
- كما يتمتع مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية بحماية قضائية تظهر من خلال دعاوى التعويض، دعاوى الضمان، ودعاوى الفسخ و البطلان.
- إن التعويض والضمان يمثلان آلية مجسدة لمبدأ حسن النية وتهدف لتحقيق التوازن في التصرفات العقارية.

الإقتراحات :

- إن المشرع الجزائري لم ينص صراحة على تكريس هذا المبدأ ضمن هذا النوع الخاص من التصرفات القانونية، وكون أنه يفترض في التصرفات العقارية أن تتسم بالإستقرار، إضافة إلى وجوب ضمان سلامتها وحسن إبرامها وتنفيذها، وجب على المشرع ضرورة النص صراحة على الإلتزام بمبدأ حسن النية كإلتزام قانوني مفروض يشمل جميع مراحل التصرفات العقارية على اختلاف أنواعها.

- مسابقة المشرع الجزائري للمشرع الفرنسي، وتعديل نص المادة 107 ق م ج، بجعل مبدأ حسن النية يشمل جميع مراحل التعاقد، كون أن حسن النية يجب توافره في جميع المراحل التي تمر بها العقود على إختلاف أنواعها.
- ربط مبدأ حسن النية بالإجراءات الشكلية الواجب توافرها لصحة التصرفات العقارية، ومنه جعل المبدأ كقيد على ممارسة التصرفات العقارية.
- إضافة نصوص قانونية خاصة ضمن القانون المدني تنص على الإلتزامات الفرعية المنبثقة عن مبدأ حسن النية، والتي تجسده ضمناً كوجوب الإلتزام بالإعلام، الإلتزام بالإستعلام ، الإلتزام بالتعاون، إحترام الثقة المشروعة، التحذير، الإنصاف.....إلخ، والنص على هذه الإلتزامات أيضاً ضمن القوانين الخاصة والمرتبطة بالتصرفات العقارية، كقانون الترقية العقارية، كون هاته الإلتزامات في مجملها إلتزامات قانونية يقتضيها حسن النية.
- توضيح المشرع أن الشكلية في التصرفات العقارية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة والمتمثلة في الرسمية والشهر بالمحافظة العقارية والتسجيل بمفتشية التسجيل والطابع، تعتبر تجسيد أو مقتضى من مقتضيات مبدأ حسن النية، وذلك بالنص عليها صراحة عن طريق ربط هاته الشكليات بوجوب توافر حسن النية.
- تأكيد المشرع إلى أن تطبيقات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية لا تخرج عن حدود مراعاة عدم الإضرار بمصلحة أطراف التصرف المبررة والمشروعة، وكذا الغير.

قائمة المراجع

قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية :

- القرآن الكريم

- السنة النبوية

أولا - النصوص القانونية

أ- دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية:

دستور الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 76 بتاريخ 1996/12/08، المعدل بموجب القانون 02-03 المؤرخ في 2002/04/10، المنشور بالجريدة الرسمية رقم 25 بتاريخ 2002/04/14، وكذا القانون 08-19 المؤرخ في 2008/11/15، منشور بالجريدة الرسمية عدد 63 بتاريخ 2008/11/16، والمعدل بموجب الإستفتاء الدستوري بتاريخ 2020/11/01.

ب- النصوص التشريعية :

1- الأمر 70-91 ، المؤرخ في 1970/12/15، المتضمن تنظيم التوثيق، جريدة رسمية العدد 107، لسنة 1970.

2- الأمر 71-73، المؤرخ في 1971/11/08، المتضمن قانون الثورة الزراعية، جريدة رسمية عدد 97 لسنة 1971، المؤرخة في 1971/11/30.

3- الأمر 74-71، المؤرخ في 1971/11/16، المتضمن قانون التسيير الإشتراكي.

4- الأمر 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 بتاريخ: 1975/09/30 المعدل والمتمم بموجب قانون 07-05 جريدة رسمية عدد 31 بتاريخ: 2007/05/13 .

5- الأمر رقم 75-74، المؤرخ في 12 نوفمبر 1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، منشور بالجريدة الرسمية عدد 92 لسنة 1975.

6- الأمر رقم 76-105، المؤرخ في 09 ديسمبر 1976، المتضمن قانون التسجيل المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 81 لسنة 1976.

قائمة المصادر والمراجع :

- 7- قانون 84-11، مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة ، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 بتاريخ 04/05/2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05-02 بتاريخ 27/02/2005.
- 8- القانون 90-25 المؤرخ في 18 نوفمبر 1990 ، المتضمن قانون التوجيه العقاري ، الجريدة الرسمية رقم 49 ، المعدل و المتمم بموجب الامر 95-26 بتاريخ 25 سبتمبر 1995 الجريدة الرسمية رقم 55 .
- 9- قانون رقم 91-10 المؤرخ في 27/04/1991 المتعلق بالأوقاف المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية 1991 ، العدد 08 .
- 10- القانون 91-11 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، متمم بالقانون 04-21 المؤرخ في 29 ديسمبر 2004، المتضمن قانون المالية لسنة 2005.
- 11- الأمر رقم 95-07، المؤرخ في 25/01/1995 والمتعلق بالتأمينات، منشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 25/01/1995، عدد 13، المعدل والمتمم بموجب القانون 06-04 المؤرخ في 20/02/2006.
- 12- الأمر 95-27، المؤرخ في 30 ديسمبر 1995، المتضمن قانون المالية لسنة 1996.
- 13- قانون 98-19، بتاريخ 08/12/1987 ، المتضمن ضبط استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم ، الجريدة الرسمية رقم 50 لسنة 1998
- 14- القانون 07-02، المؤرخ في 27 فيفري 2007، والمتضمن تأسيس إجراء لمعاينة حق الملكية العقارية وتسليم سندات الملكية عن طريق تحقيق عقاري، منشور بالجريدة الرسمية عدد 15، بتاريخ 28 فيفري 2007.
- 15- الأمر 08-04 ، المؤرخ في 01/09/2008، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع استثمارية المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 03/09/2008.

قائمة المصادر والمراجع :

- 16- الأمر 04-08 ، المؤرخ في 01/09/2008، يحدد شروط وكيفيات منح الإمتياز على الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة والموجهة لإنجاز مشاريع إستثمارية المعدل والمتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 49 بتاريخ 03/09/2008.
- 17- القانون رقم 08-09، المؤرخ في 23 فيفري 2008، المتضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 21 لسنة 2008
- 18- قانون 03-10 ، بتاريخ 15/08/2010، المحدد لشروط و كيفيات إستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة ، جريدة رسمية رقم 46 لسنة 2010 .
- 19- قانون رقم 04-11، مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1423 الموافق لـ 17 فبراير سنة 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، منشور بتاريخ 06 مارس 2011، جريدة رسمية عدد 14.
- 20- الأمر 12-12 ، المؤرخ في 26 ديسمبر 2012، والمتضمن قانون المالية لسنة 2013.
- 21- القانون 04-15 المؤرخ في 01 فيفري 2015، المحدد للقواعد العامة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 06 لسنة 2015.
- 22- القانون 09-16، المؤرخ في 03 غشت 2016، يتعلق بترقية الإستثمار، يتعلق بترقية الإستثمار، منشور بالجريدة الرسمية عدد 46 بتاريخ 03/08/2016.
- 23- القانون رقم 05-18، المؤرخ في 10/05/2018، والمتضمن قانون التجارة الإلكترونية الجزائرية، منشور بالجريدة الرسمية عدد 28 بتاريخ 16/05/2018.
- 24- القانون 09-18 ، المؤرخ في 10 يونيو 2018، المعدل والمتمم للقانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، منشور بالجريدة الرسمية عدد 35 لسنة 2018.
- 25- القانون رقم 18-18، المؤرخ في 27 ديسمبر 2018 ، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 79، بتاريخ 30 ديسمبر 2018.
- 26- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، المعدل والمتمم.
- 27- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل والمتمم.
- 28- قانون المعاملات المدنية الإماراتي، الصادر بالقانون الإتحادي رقم 05 لسنة 1985 م، والمعدل بالقانون الاتحادي رقم 01 لسنة 1987.

قائمة المصادر والمراجع :

ج- النصوص التنظيمية :

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 76-62، المؤرخ في 25 مارس 1976 ،المتعلق بمسح الأراضي المعدل و المتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 30 لسنة 1976 .
- 2- المرسوم التنفيذي رقم 76-63، المؤرخ في 25 مارس 1976 ،المتعلق بتأسيس السجل العقاري المعدل و المتمم، منشور بالجريدة الرسمية عدد 30 لسنة 1976 .

ثانيا- الكتب :

أ- الكتب العامة :

- 1- أبو زهرة محمد ، شرح قانون الوصية ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1988.
- 2- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير ، بيروت، 2002.
- 3- البنيه محسن عبد الحميد ، نظرية الوارث الظاهر، دراسة تحليلية مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة 1993.
- 4- الجندي أحمد نصر ، شرح قانون الأسرة الجزائري، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، طبعة 2014.
- 5- الحاج هني جوهر، الحيازة فقها وتطبيقا، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2015.
- 6- الرفاعي أحمد محمد ، الإلتزام بالتسامح، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة 1996.
- 7- السروي محمد محمد، الغش في المعاملات المدنية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2004.
- 8- السنباطي محمد عماد عبد الوهاب ، الإصلاح الضريبي مع التطبيق على الإدارة الضريبية ، دراسة تحليلية مقارنة، ط 01، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية 2014.
- 9- الصعدي عبد الله ، دور الضرائب في تحقيق التنمية، دار النهضة العربية، 2006.
- 10- السنهوري أحمد عبد الرزاق ، نظرية العقد، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.
- 11- السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني في نظرية الإلتزام بوجه عام، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، مصر، 1981.

قائمة المصادر والمراجع :

- 12 - السنهوري أحمد عبد الرزاق ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998.
- 13- الغار عبد القادر ، المدخل لدراسة العلوم القانونية، النظرية العامة للحق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، الأردن، 2006.
- 14- القرام إبتسام ، المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري، قاموس باللغتين العربية والفرنسية، قصر الكتاب، البليدة، 1998.
- 15- العوجي مصطفى ، القانون المدني ، الجزء الأول، العقد، مع مقدمة في الموجبات المدنية، الطبعة الرابعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
- 16- الفاضل خمار، الجرائم الواقعة على العقار، الطبعة الثالثة، دار هومة، 2008.
- 17- الفتلاوي صاحب عبيد ، تاريخ القانون، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة 01، عمان الأردن 1998.
- 18- المنجي محمد ، موسوعة الشهر العقاري، (أوراق متفرقة واجبة الشهر)، المجلد الخامس، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، 2007.
- 19- الهادي دالي، قانون الإجراءات المدنية. منشورات بغدادي، طبعة 01، 2003.
- 20- بارش سليمان ، شرح قانون الإجراءات المدنية الجزائري- ا لخصومة القضائية أمام المحاكمة- الجزء الأول . دار الهدى ، عين مليلة الجزائر .
- 21- بريارة عبد الرحمن ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية .منشورات بغدادي، الطبعة الاولى، سنة 2009.
- 22- بعلي محمد الصغير ، العقود الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005 .
- 23- بعلي محمد الصغير ، القرارات الإدارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2005.
- 24- بعلي محمد الصغير ، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار، عنابة، 2004.
- 25- بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث إجتهاادات المحكمة العليا ، دراسة مقارنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.

قائمة المصادر والمراجع :

- 26- بلحاج العربي، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، 2014.
- 27- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء الثاني، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة، 2004.
- 28- بلحاج العربي، الجوانب القانونية للمرحلة قبل التعاقدية، دراسة فقهية وقضائية مقارنة في ضوء القانون المدني الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 29- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، في ضوء القانون المدني وأحدث إجتهدات المحكمة العليا، دراسة مقارنة، طبعة جديدة ، مزيدة ومنقحة وفق آخر التعديلات 2017، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2017.
- 30- بن ملحة الغوثي ، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2001.
- 31- بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، الطبعة 01، مكتبة دار الوفاء، الإسكندرية ، مصر، 2018.
- 32- بوشنافة جمال ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، طبعة 2006، دار الخلدونية، الجزائر.
- 33- بوضياف عمار ، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية، الجزائر، 2007.
- 34- بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، (دون طبعة)، الجزائر، 2015.
- 35- تناغو سمير عبد السيد ، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 1986.
- 36- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2000.
- 37- حسنين محمد ، الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية في القانون المدني الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.

قائمة المصادر والمراجع :

- 38- حسنين محمد ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994.
- 39- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، دار هومة، طبعة ثانية، 2008.
- 40- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، الطبعة الثامنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر.
- 41- حمدي باشا عمر، محررات شهر الحيازة، (عقد الشهرة وشهادة الحيازة)، دار هومة، طبعة 2004.
- 42- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية الخاصة، طبعة جديدة في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام، الطبعة 10، دار هومة ، 2014.
- 43- حمدي باشا عمر، طرق التنفيذ وفقا للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 44- خلفوني مجيد ، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، 2002.
- 45- دربال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة، 2014.
- 46- دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني والتنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة ، 2011.
- 47- ذهني عبد السلام ، في الغش التواطؤ التدليسي والتسجيل في نقد النقض، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، 1944.
- 48- زايدي جميلة، إجراءات نقل الملكية في عقد بيع العقار في التشريع الجزائري، دار الهدى، (دون طبعة)، عين مليلة، الجزائر، 2014.
- 49- زروقي ليلي ، حمدي باشا عمر، المتازعات العقارية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، 2002.
- 50- زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون النظرية العامة للحق، الطبعة الثانية، الجزائر، 2007.

قائمة المصادر والمراجع :

- 51- زكي زكي حسين زيدان، حق المجني عليه في التعويض عن ضرر النفس، ط 01، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- 52- سوار محمد وحيد الدين، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة 3، مطبعة الداودي، دمشق 1980.
- 53- سايس جمال ، الإجتهااد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013.
- 54- سايس جمال ، الإجتهااد الجزائري في القضاء العقاري، الجزء الثاني، الطبعة الثانية، منشورات كليك، المحمدية، الجزائر، 2013.
- 55- سعيد سليمان جبر، العقود المسماة (البيع والإيجار)، الطبعة الأولى ، 2007، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 56- سلطان أنور، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة 04، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.
- 57- سنقوقة سائح ، شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، الجزء الأول، دار الهدى، الجزائر، 2011.
- 58- شوقي محمد صلاح، نظرية الظاهر في القانون المدني، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة في النظامين القانونيين المصري والفرنسي، دار الفكر العربي ، القاهرة 2002.
- 59- شيخ نسيمة، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري، الهبة، الوصية، الوقف، دار هومة، الجزائر.
- 60- صالح علي أحمد ، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، دار هومة ، الجزائر، 2011.
- 61- صبري حمد خاطر، الغير عن العقد، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2001.
- 62- صقر نبيل ، الوسيط في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية . دار الهدى ، عين مليلة الجزائر، 2008.
- 63- علام حسن ، موجز القانون القضائي الجزائري . الشركة الوطنية للنشر والتوزيع ، الجزائر .

قائمة المصادر والمراجع :

- 64- علي بن عزان بن علي الهشامى، الآثار القانونية للتسجيل العقاري، دراسة مقارنة بين القانونين المصري والعماني، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2010.
- 65- علي علي سليمان، النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- 66- عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الجزء الأول المقدمة التاريخية، الأشخاص، الملكية، الحقوق العينية المقررة على مال الغير، الطبعة الثانية، مطابع البصير، الإسكندرية، جمهورية مصر العربية، 1954.
- 67- عوابدي عمار ، القانون الإداري، الجزء الثاني : النشاط الإداري، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر، 2000.
- 68- فركوس صالح ، تاريخ النظم القانونية والإسلامية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الحجار ، عنابة، 2001.
- 69- فيلاي علي ، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، 2013.
- 70- فيلاي علي ، نظرية الحق، موفم للنشر، الجوائر، 2011.
- 71- فيلاي علي ، الإلتزامات ، الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثالثة، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- 72- قدارة خليل أحمد حسن ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجزائرية، بن عكنون ، الجزائر، 2005.
- 73- لشعب محفوظ ، المبادئ العامة للقانون المدني الجزائري، الطبعة 4، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2007.
- 74- مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية في ضوء التشريع المغربي، الجزء الأول، التحفيظ العقاري، الطبعة الثانية، شركة الهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط، المغرب، 1987.
- 75- محمد حسن قاسم، الوسيط في عقد البيع، في ضوء التوجهات القضائية والتشريعية الحديثة وتشريعات حماية المستهلك، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

قائمة المصادر والمراجع :

- 76- محمد حسين منصور، سمير عبد السيد تتاغو، القانون والإلتزام، نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية العقد، أحكام الإلتزام، الكتاب الأول، نظرية العقد وأحكام الإلتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1997.
- 77- محمد كامل مرسي باشا، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية ، شهر التصرفات العقارية، العقد كسبب لكسب الملكية، الجزء السابع، تنقيح محمد علي سكيكر، معنز كامل مرسي، لمواكبة أحدث ما توصلت إليه التشريعات والفقهاء والقضاء وأحكام المحكمة العليا، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- 78- محمود جمال الدين زكي، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، مصادر الإلتزام، ج1، ط2، مطبعة فائق القاهرة، 1976.
- 79- محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني في الأموال، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، مصر 1938.
- 80- مراحي ريم ، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغدادية، الجزائر، 2009.
- 81- مرقس سليمان ، العقود المسماة، عقد البيع، الطبعة الرابعة، عالم الكتب، القاهرة، 1980.
- 82- مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، الطبعة 09، مطابع ألف باء، الأديب دمشق، 1968.
- 83- مصطفى النمر أمينة ، الدعوى وإجراءاتها ، توزيع دار الكتاب الحديث ، مصر ، 1990،
- 84- منذر الفضل ، تأريخ القانون، الطبعة الثانية، منشورات آراس، مكتبة المديرية العامة للثقافة والفنون ، أربيل ، 2005.
- 85- منصور إسحاق إبراهيم ، نظريتا القانون والحق، وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون ، الجزائر، 2005.
- 86- نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد الدراسات والبحوث العربية، القاهرة، 1977.

قائمة المصادر والمراجع :

87- ياسين محمد الجبوري، في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، الطبعة 01، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2006.

88- يوسف سنيه، غش الخصوم كسبب للطعن بإلتماس إعادة النظر، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002.

ب- الكتب المتخصصة :

1- العدوي محمد شكري الجميل ، سوء النية وأثره في عقود المعاوضات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.

2- القوني عبد الحليم عبد اللطيف ، حسن النية وأثرها في التصرفات في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 01، سنة 2004.

3- حسن بن هندي بن محمد العماري، حسن النية وأثره في العقوبة التعزيرية، سلسلة الرسائل الجامعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1429 هـ، 2008 .

4- شير زاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، الطبعة 1، دار دجلة، الأردن 2008.

6- عبد الجبار ناجي صالح الملا، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، الطبعة الأولى، بغداد، مطبعة اليرموك، 1974.

6- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2006.

7- وائل حمدي أحمد، حسن النية في البيوع الدولية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر ، 2012.

ثالثا - الرسائل الجامعية

أ- أطروحات الدكتوراه

1- الدحدوح سالم حماد شعبان ، الطبيعة القانونية للتسجيل وأثر تخلفه في البيع العقاري دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1997.

قائمة المصادر والمراجع :

- 2- القرجي سفيان ، واجب حسن النية في تنفيذ العقود، في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية تونس، جامعة المنار، تونس، 2010/2011.
- 3- بدوي السيد، نحو نظرية عامة لمبدأ حسن النية في المعاملات المدنية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة ، 1989.
- 4- بريشي عبد الكريم ، دور الضريبة في إعادة توزيع الدخل الوطني، دراسة حالة الجزائر خلال الفترة (1988-2011)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية، التسيير والعلوم التجارية، جامعة أوبكر بلقايد، تلمسان، 2013/2014.
- 5- بن ددوش نضرة، إنقضاء الإلتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2010/2011.
- 6- بن غريب رابح ، النزعة الخلقية وأثرها في التصرفات العقدية، في الفقہ الإسلامي مقارنة بالقانون الوضعي، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2011/2012.
- 7- بني طه يحي أحمد، مبدأ حسن النية في مرحلة تنفيذ العقود، دراسة مقارنة مع القانون المصري والقانون الإنجليزي، أطروحة دكتوراه، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، عمان، الأردن.
- 8- جبار سماح، القيمة القانونية للعنصر الأخلاقي في العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2018.
- 9- جبار محمد، نظرية بطلان التصرف القانوني، في القانون المدني الجزائري وفي الفقہ الإسلامي (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه الدولة في القانون الخاص، معهد الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بن عكنون، جامعة الجزائر، 1986.
- 10- جمعة زمام، العدالة العقدية في القانون المدني الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013/2014.

قائمة المصادر والمراجع :

- 11- حللمي ربيعة، الغير في العقد دراسة في القانون المدني وبعض القوانين الخاصة، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017/2016.
- 12- درماش بن عزوز ، التوازن العقدي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2014/2013.
- 13- حليس لخضر، مكانة الإرادة في ظل تطور تطور العقد، دراسة لبعض العقود الخاصة، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2016/2015.
- 14- زكري إيمان، حماية الغير المتعاملين مع الشركات التجارية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2017/2016.
- 15- زيتوني فاطة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، 2018/2017.
- 16- عثمانى بلال، أطراف العقد المدني، بين الحق في تحقيق المصلحة الشخصية والإلتزام بحسن النية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2019/2018.
- 17- عسالي عرعار، التوازن العقدي عند نشأة العقد، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015/2014.
- 18- لبيض ليلي، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2012/2011.
- 19- نسير رفيق، محاولة من أجل نظرية التصرف القانوني الثلاثي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

قائمة المصادر والمراجع :

20- ويس فتحي، الشهر العقاري وآثاره في مجال التصرفات العقارية - دراسة مقارنة - رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة وهران، 2010/2011.

ب- رسائل الماجستير :

1- أرشيدات خضر سارة ، البيع في مرض الموت، مذكرة مقدمة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2014.

2- السويطي روزان طالب محمود ، مبدأ حسن النية في إبرام العقد وفق أحكام مشروع القانون المدني الفلسطيني بالمقارنة مع مجلة الأحكام العدلية، رسالة ماجستير، جامعة القدس، فلسطين، 1439 هـ/2018 م .

3- باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير ، في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.

4- بن طاطة عتيقة، النظام الضريبي في كل سوريا والجزائر، مذكرة ماجستير تخصص إقتصاد، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، سوريا، 2008/2009.

5- بن يوب هدى، مبدأ حسن النية في العقود، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2012/2013.

6- بيطار صابرينة، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية أدرار، 2015.

7- تركي وليد، ضمان التعرض والإستحقاق في عقدي البيع والإيجار، طبقاً لأحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة تتخرج لنيل شهادة الماجستير، شعبة العقود المدنية والتجارية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة باجي مختار، عنابة، 2010/2011.

قائمة المصادر والمراجع :

8- جاسم مجبل الماضي القعود، أثر مبدأ حسن النية على أحكام عقد التأمين، رسالة مقدمة إكمالاً لمتطلبات منح درجة الماجستير في القانون الخاص، ملية القانون، جامعة عمان العربية، 2011.

9- جنان عيسى ، حسن النية في التعاقد، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون، مذكرة لنيل شهادة الماجستير تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان، الجزائر، 2018/2017.

10- حسان مجلي فارس المجالي، حماية الغير حسن النية في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة إكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون المدني، كلية الدراسات العليا، جامعة آل البيت،الأردن، آب 2003.

11-علاق عبد القادر، أساس القوة الملزمة للعقد وحدودها، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2008/2007.

12- لبنان فريدة، مبدأ حسن النية في الإنعقاد، مذكرة ماجستير، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009/2008.

13- محمد هادي فرج الفهداوي، الأهلية القانونية للتعاقد في البيئة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة إكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان ، الأردن، حزيران 2020.

14- هبة حازم خضر كوبري، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، رسالة مقدمة لإستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2021.

رابعا- مقالات ومدخلات علمية

1- أبو ديل ريمة، تحليل نورة، القيمة القانونية للسند الصحيح في مجال كسب الملكية بالتقادم القصير، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 11، العدد 02، عدد خاص، 2020.

قائمة المصادر والمراجع :

- 2- أسيد سليمان فطائر، عبد الناصر موسى أبو البصل، الدلالات التحوطية لضوابط العقود في المعاملات المالية، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة اليرموك، أريد، الأردن.
- 3- العشي نورة، دور القاضي في حفظ الآداب العامة، حوليات جامعة الجزائر 1، العدد 31، الجزء الثاني، 2017.
- 4- السباعي حكيمة ، التعسف في إستعمال الحق في القوانين العربية، مجلة دراسات إسلامية، المجلد 12، العدد 01، السنة 2017.
- 5- الصادق عبد القادر، خليل إيمان، المركز القانوني للغير في العلاقة التعاقدية ، مجلة المستقبل للدراسات القانونية والسياسية، المركز الجامعي آفلو، المجلد الرابع، العدد 02، ديسمبر 2020.
- 6- أمير طالب هادي، فعالية مبدأ حسن النية في إتفاقية فينا عام 1980، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 26، العدد 7، سنة 2018.
- 7- أو كيد نبيل، الإلتصاق بالعقار كطريق لإكتساب الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، المجلد 05، العدد 02، ديسمبر (2020)، ص 29 ص 46.
- 8- باحماوي عبد الله، الشهر العقاري كآلية لحفظ وحماية الملكية العقارية في الجزائر، مجلة الحقيقة، العدد 32.
- 9- باقر محمد عدنان ، قواعد الأخلاق في تحديد مضمون العقد، مجلة جامعة بابل، كلية العلوم الإنسانية،العراق، المجلد 22، العدد 04، 2014.
- 10- بلاوي عبد القادر، أقصاصي عبد القادر، النظام القانوني للمفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 08، العدد 01، السنة 2020.
- 11- بلباقي بومدين، المركز القانوني للغير في إتفاق التحكيم التجاري، دراسة في ضوء فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، مجلة القانون والتنمية المحلية، مخبر القانون والتنمية المحلية، أدرار، المجلد 02، العدد 01، جانفي 2020.
- 12- بناسي شوقي ، تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الإلتزامات أنموذجا، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 30، العدد 3.

قائمة المصادر والمراجع :

- 13- بناسي شوقي ، المبادئ التوجيهية للعقد، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 06، العدد 02.
- 14- بن خدة حمزة، قراءة في أهم مستجدات القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الثالث، الرقم 03، العدد 18 لسنة 2018.
- 15- بغني الشريف، حقوق التسجيل المطيقة على التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 04 لسنة 2020.
- 16- بن عامر بواب ، هنان علي، الحق في التوقع المشروع (الثقة المشروعة) كأحد ركائز الأمن القانوني، مجلة الدراسات الحقوقية ، المجلد 07، العدد 01، مارس 2020.
- 17- بن عمارة محمد، المعيار الذاتي والموضوعي في القانون المدني الجزائري، مجلة دراسات وأبحاث، المجلد 05، العدد 11.
- 18- بن عمار مقني ، القواعد المتعلقة بتسجيل التصرفات العقارية في ضوء القانون الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 03، العدد 01.
- 19- بن عيسى عبد الحكيم ، مبدأ حسن النية في العقد، مجلة الميدان للعلوم الإنسانية والإجتماعية ، المجلد 04، العدد 01، 2021.
- 20- بن قدور آمال، عسالي صباح، مظاهر الإخلال بمبدأ حسن النية في الإيجاب والقبول للعقد الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، كلية الحقوق والعلوم السيلسية، جامعة ورقة، المجلد 13، العدد 03، سنة 2021.
- 21- بن يمينة أمينة، فراحي كوثر، زهدور السهلي، إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري طبقا للتشريع الجزائري، مجلة آفاق للبحوث والدراسات، العدد الخاص ماي 2018.
- 22- بوراس لطيفة، نظرية العقد في مواجهة التحديات الاقتصادية، مجلة بحوث جامعة الجزائر 1، الجزء الأول، العدد 14-2020.
- 23- بورنان العيد، الرقابة القضائية على الشرط الجزائي، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 02 ، العدد 01.

قائمة المصادر والمراجع :

- 24- بورنان العيد ، ضامن عبد القادر ، التكييف القانوني للغير والتعهد عن الغير، مجلة التراث، جامعة زيان عاشور الجلفة، المجلد الثاني، العدد 26.
- 25- بوزيد صبرينة، الأمن القانوني لأحكام قانون المنافسة، الطبعة 01، مكتبة دار الوفاء، الإسكندرية ، مصر، 2018.
- 26- بوضياف عبد الرزاق ، مفهوم التقادم المكسب للملكية العقارية في القانون الجزائري، مجلة المعيار، المجلد 07، العدد 14، سنة 2007.
- 27- بوعريوة منصف، الحرية العقدية في ظل النظام العام الاقتصادي، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، العدد الخامس، ديسمبر 2018.
- 28- تومي هجيرة ، بوزير سامية ، نظرية البطلان في القانون المدني الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، سنة 2021.
- 29- حاتم مولود، إدراج الإلتزام بالتبصير في إصلاح القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 وأثره على نظرية الإلتزام في القانون المدني الجزائري، المجلة الدولية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 02، أكتوبر 2019.
- 30- حميداني محمد ، مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض وفقا لأحكام الأمر 2016-131 المعدل للقانون المدني الفرنسي، حوليات جامعة قالمة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 26، جوان 2019.
- 31- خمار نريمان، لشهب حورية، تحول تصرفات المريض مرض الموت إلى وصية، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 20، العدد 02، 2020.
- 32- خويرة محمد بن قادة، النظام القانوني للعقارات ذات الطبيعة الخاصة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، ديسمبر 2016.
- 33- دراجي سعيداني، بن عمارة محمد، حسن النية وأثره على الحق في الضمان في بعض العقود، المجلة الجزائرية للأمن الإنساني، المجلد 05، العدد 02، 2020.
- 34- درباله ياسر محمد إبراهيم ، أثر الغش في الإعلان التجاري في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد العاشر، جانفي 2018.
- 35- رغد عبد الأمير مظلوم حميد الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، مقال منشور بمجلة ديالي، جامعة ديالي، كلية القانون والعلوم السياسية، العدد 64، السنة 2014.

قائمة المصادر والمراجع :

- 36- زروق يوسف، حماية الإعتبار الشخصي في العقود الإلكترونية، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، الجزائر، العدد 06، جوان 2016.
- 37- زعين حمد جمال، خالد محمد ورود، قراءة جديدة لسوء النية وأثرها في البناء على أرض الغير، (دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والجزائري)، مجلة القانون والمجتمع، المجلد 05، العدد 02، ص 41-69.
- 38- زهدور إنجي هند، التصرفات الخاضعة للشهر العقاري الحقوق العينية والحقوق الشخصية، حوليات كلية الحقوق، المجلد السادس، العدد 01، ص 166-203.
- 39- زيتوني فاطمة الزهراء، بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد، مجلة القانون والعلوم السياسية، العدد الرابع، جوان 2016.
- 40- زيتوني فاطمة الزهراء، أثر مبدأ حسن النية في الأخذ بالوكالة الظاهرة، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 03، العدد 02، سنة 2016.
- 41- سعد بن سعيد ذيابي، مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، المملكة العربية السعودية، العدد 23، ربيع الآخر 1435 هـ، فبراير 2014.
- 42- سليمان براك دايج، الفسخ بوصفه ضمانا للتنفيذ، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، كلية القانون، الفلوجة.
- 43- شامل سليمان عسلة، الآثار القانونية للفسخ القضائي في العقود المتعاقبة (دراسة مقارنة)، حولية كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات بالإسكندرية، المجلد 07، العدد 32، 2016.
- 44- شندي يوسف، دور القضاء الفرنسي في الإصلاحات التشريعية الحديثة في مجال العقود: المرحلة السابقة على التعاقد والإلتزام بالإعلام، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، كلية القانون الكويتية، المجلد 05، ملحق خاص، العدد 02، الجزء الثاني، نوفمبر 2017.
- 45- شيخ سناء، شكل الوصية في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري، مجلة الدراسات الإسلامية، العدد 02، جوان 2013.

قائمة المصادر والمراجع :

- 46- صم بوعافية محمد، تسجيل التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، مجلة القانون العقاري والبيئة، المجلد 06، العدد 2018، 02.
- 47- ضحى مثنى داود، فسخ العقد في القانون المدني، مجلة كلية الرافدين الجامعة، قسم القانون، منشور على الموقع الإلكتروني : <https://www.iasj.net> ، تاريخ الإطلاع : 2021/11/16، ساعة الإطلاع : 22:20.
- 48- طرطاق نورية، سلطة القاضي في منح نظرة الميسرة، مجلة الإجتهد للدراسات القانونية والإقتصادية، تامنغست، المجلد 03، العدد 01.
- 49- علي خوجة خيرة، بيع العقار المملوك للغير في ظل نظام الشهر العيني في التشريع الجزائري، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 11، العدد 02، سنة 2018.
- 50- علي شاكور عبد القادر البديري ، حماية المتعاقد جراء وفاة المتعاقد المعتبر الشخصية، دراسة مقارنة، مجلة العلوم الاجتماعية، كلية القانون، جامعة كربلاء، المجلد (5)6، ماي 2019.
- 51- علياتي محمد، فعالية نظام التوثيق ودوره في تحقيق إستقرار المعاملات العقارية، دفاثر البحوث العلمية، المجلد 09، العدد 01، السنة 2021.
- 52- عهود أحمد حسين خليفات، مدى إنسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية، دراسة تحليلية، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، مارس 2020.
- 53- غزوان عبد الحميد شويش، سوء النية ودوره في سريان أثر العقد على الخلف العام والدائنين العاديين، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد 01، العدد 01، الجزء 02، أيلول 2016، ذو الحجة 1437.
- 54- فريجة محمد هشام، المجني عليه ودعوى جبر الضرر في القانون الجزائري، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، جامعة المسيلة ، العدد 09، المجلد 02، مارس 2018.
- 55- فياض محمود، مدى إلتزام الأنظمة القانونية بمبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض في العقد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 54، سنة 2013.

قائمة المصادر والمراجع :

- 56- قادري عبد المجيد ، مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة، الجزائر، المجلد 34، العدد 02، السنة 2020.
- 57- قادري عبد المجيد ، عمرانى مراد ، إلتزامات الأطراف في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، المجلد 04، العدد 02، 2019.
- 58- قروج مصطفى، إلتزامية القاعدة القانونية على صعيد العلاقات الدولية، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البليدة، الجزائر، المجلد، الخامس، العدد التاسع، رقم 1.
- 59- كربوب محمود، شرط المنع من التصرف، دراسة مقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 07، العدد 01 (2021).
- 60- لبيض ليلي ، شهر الدعوى القضائية في القانون الجزائري (قراءة في نص المادة 11، 519 ق إ م إ رقم 09/08)، مجلة الفكر، جامعة محمد خيضر بسكرة، المجلد 08، العدد 01.
- 61- مراحي ريم ، السندات والحقوق الواجب شهرها حسب القوانين الخاصة، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المركز الجامعي آفلو، المجلد 01، العدد 02.
- 62- مروان عضيت عزت حمد، إلتزام البائع بضمان العيوب الخفية في القانون المدني العرقي، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد الخامس، العدد الرابع، ديسمبر 2020، ص 180-203.
- 63- مستاري محمد الأمين، ضامن عبد القادر، الشهر العقاري كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 03، سبتمبر 2018.
- 64- مطالبى بسمة، شودار أمينة، أحكام بيع ملك الغير - دراسة مقارنة بين القانون المدني الجزائري والفقہ الإسلامي .، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، 2020.
- 65- معامير حسيبة، رحموني محمد، دور ومجال كلا من التعويض الإصلاحي والعقابي في نظام المسؤولية المدنية، مداخلة في إطار الملتقى الوطني الخامس حول حماية

قائمة المصادر والمراجع :

المستهلك ، مشكلات المسؤولية المدنية، مخبر القانون والمجتمع، جامعة أدرار، يومي 09، 10 ديسمبر 2015.

66- معزوز دليلة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، السنة 2020.

67- نساخ بولقان فطيمة، أخلة العلاقة العقدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، المجلد 52، العدد 04.

68- نسير رفيق، الإرادة في التصرفات القانونية، المجلة النقدية.

69- نعمان محمد خليل جمعة، أركان الظاهر كمصدر للحق، التنازع بين القانون والواقع المستقر، المنظمة العربية للتربية والثقافة، معهد الدراسات والبحوث العربية، القاهرة، 1977.

70- نكاع عمار ، الشروط القانونية في إنتقال التركة العقارية، (في التشريع الجزائري)، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد ب، عدد 44، ديسمبر 2015.

71- نوري حمد خاطر، وظائف حسن النية في قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (5) لسنة 1985- دراسة مقارنة - ، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 1، السنة الحامسة، العدد التسلسلي (17)، جمادى الآخرة 1438 هـ، مارس 2017 م .

72- ويس فتحي، أثر حسن النية على حجية الحقوق المشهورة، دراسة مقارنة، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد 02 (العدد التسلسلي 24)، أكتوبر 2020.

73- يوسف كهيبة، سلام عبد الله، التمييز بين مفهوم الطرف في العقد ومفهوم الغير في ظل مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01، 2019.

خامسا- المجلات القضائية

1- نشرة القضاة، 1972، العدد الأول.

2- مجلة الإجتهد القضائي لسنة 1987.

3- المجلة القضائية لسنة 1989، العدد 01.

4- المجلة القضائية لسنة 1990 ، العدد 02.

5- المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 02.

قائمة المصادر والمراجع :

- 6- المجلة القضائية لسنة 1996، عدد 02.
- 7- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 01.
- 8- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 02.
- 9- المجلة القضائية لسنة 1997، العدد 51.
- 10- مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص 2001.
- 11- المجلة القضائية لسنة 2001، العدد 02.
- 12- مجلة الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص ، سنة 2001.
- 13- المجلة القضائية لسنة 2002، العدد 02.
- 14- مجلة الإجتهد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني، 2004.
- 15- مجلة المحكمة العليا لسنة 2011.

سادسا- المجلات الإلكترونية :

- 1- الرويني نجوى ، مقارنة في أسس تكوين العقد، المجلة الإلكترونية للأبحاث القانونية، العدد 03، 2019، ر د م د 2605-7476.
- 2- راتب مصطفى ، قواعد العدالة والقانون الطبيعي، مقال منشور بمجلة الرؤية الإلكترونية، على الموقع الإلكتروني : <https://alroya.om> ، تاريخ الإطلاع : 2021/09/01، ساعة الإطلاع: 20:38.
- 3- فتوخ حسن ، إثبات سوء النية في دعاوى إبطال التصرفات العقارية، مجلة مغرب القانون ، على الموقع الإلكتروني : www.maroclaw.com : // https : ، تاريخ الإطلاع : 2021/10/15، ساعة الإطلاع : 15:01.

سابعا - المواقع الإلكترونية

- 1-الموقع الإلكتروني: www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid
- 2- الموقع الإلكتروني : <https://www.cc.gov.eg>،
- 3- الموقع الإلكتروني للمعهد المصري للدراسات: <https://eipss-eg.org>
- 4- الموقع الإلكتروني : <https://ar.m.wikipedia.org>،
- 5- الموقع الإلكتروني : <https://alroya.om>،

قائمة المصادر والمراجع :

6- الموقع الإلكتروني : [https:// www.maroclaw.com](https://www.maroclaw.com) ،

7- الموقع الإلكتروني : [https:// www.iasj.net](https://www.iasj.net) ،

8- الموقع الإلكتروني : <http://www.mohamah.net/answer/78821/k>

ثامنا - وثائق مختلفة:

1- الهيئة العامة للزكاة والدخل، الدليل التفصيلي لضريبة التصرفات العقارية، النسخة الأولى، نوفمبر 2020، المملكة العربية السعودية .

2- دليل تنمية النزاهة، مصلحة الجمارك المصرية، 2014.

3- مسودة مشروع نظام ضريبة التصرفات العقارية، الهيئة العامة للزكاة والدخل، 2020/11/26.

4- وزارة المالية، المديرية العامة للضرائب، مديرية العلاقات العمومية، الدليل الجبائي للتسجيل لسنة 2017.

المصادر والمراجع باللغة الفرنسية :

1- Ouvrages

- 1- Béatrice Jaluzot, la bonne foi dans les contrats étude comparative des droits français, allemand et japonais ; édition Dalloz, 2001 , n 41 .
- 2- CABRILLAC Rémy, l'acte juridique conjonctif en droit privé français, L.G.D.J ,PARIS, 1990.
- 3- DUGUIT Léon , traité de droit constitutionnel , 3 eme éd,FONTEMOIG ,PARIS, 1927.
- 4- FABRE-MAGNAN Muriel, de l'obligation d'information dans les contrats essai d'une théorie, LGDJ-Lexetenso édition , Paris, 2015.
- 5- FAGES Bertrand,droit des obligation ; 6eme éd, LGDJ-Lextenso éditions , Paris,2016.
- 6- Georges Ripert, la règle morale dans les obligations civiles, 4 eme édition, LGDJ, Paris, 1949.
- 7- Josserand L , cours de droit positif français , T2,2ED , sirey, Paris, 1933.
- 8- LEGIER G, droit civil, les obligations, DALLOZ , PARIS, France, 17 éd, 2001.
- 9- Le Tourneau Philippe, la responsabilité des vendeurs et des fabricants, 5 eme éd, Dalloz, PARIS ,2016.
- 10- Milan A , études de droit romain public et privé, Guiffre editore, 1966, vol 01.

- 11- N'Diaye (f), faut – il introduire un principe de confiance dans le livre III du titre du code civile ? acte de coll univ de versailles, Dalloz , Paris ; 2008.
- 12- TERRE F , SIMILER Ph, et LEQUETTE Y , droit civil, les obligations , D09 éd , PARIS , France .

2- Thèse de doctoral

- 1- Martinez-Cardens Betty Mercedes, la responsabilité précontractuelle ; étude comparative des régimes colombien et francais, thèse de doctorat en droit, université Paris II Panthéon Assas, 2013.
- 2- Néret (J), le sous – contrat , thèse ,L.G.E.J, 1979.
- 3- Teyssié Bernard, les groupes de contrats , thèse , L.G.D.J , Paris , 1957.

3- Mémoire

- 1- Romain Loir, les fondements de l'exigence de bonne foi en droit francais des contrats , mémoire DEA, 2001/2002, Lille 2.

4- Articles

- 1- Baud (J-P) , la bonne foi depuis le moyen âge , conférence a l'école doctorale des sciences juridiques de l'université de paris 5, NANTERRE, année 2001, .
- 2- Brigitte LEFEBVRE , la bonne foi : Notion protéiforme, R.D.U.S (1996).
- 3- Charprentier Elise, le rôle de la bonne foi dans l'élaboration de la théorie du contrat , revue de droit de l'université de Sherbrooke, n 2 , vol 26, 1996, .
- 4- Cattalano-Cloarec Garance, la validité du contrat , AJ contrat , n 6, 16/06/2018.
- 5- Jean Carbonnier, droit civil, les obligations , Tome 4, 22 eme édition refondue, Collection thémis, droit privé, presses universitaires de France (PUF) , Paris, 2000.
- 6- Jean Van Zuylen, fautes , bonne foi et abus de droit ; convergences et divergences, annales de droit de louvain , vol 71, n 03 , année 2011.
- 7- Tisseyre Sandrine, le rôle de la bonne foi en droit des contrat(essai d'analyse a la lumière du droit anglais et du droit européen) , P.U.A.M , Marseille,2012.

5- Texte de loi

- 1- Code civil francais..

- 2- nouveau code de procédure civil, quatre vingt huitième Edition-Dalloz-2012.
- 3- Code français de la consommation, 22 édition , dalloz , paris,2018.
- 4- Code français de travail , 80eme édition, dalloz, Paris, 2017-2018.
- 5- Ordonnance n 2016/131, du 10 février 2016, portant réforme du droit de contrat du régime générale et de la preuve des obligations , JORF N 0035 du 11 février 2016. Publier sur le lien : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid>

6- Document

- 1- Mouly Clémence , PUIG Pascal, Seube Jean –Baptiste , travaux dirigé de droit des obligation , 8eme éd, Lexis Nexis , Paris , 2017.

الفهرس

أ	الإهداء
ب	الشكر
ج	قائمة أهم الإختصارات العربية والفرنسية
02	مقدمة
14	الباب الأول : مضمون ونطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
17	الفصل الأول : مضمون مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
19	المبحث الأول : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
20	المطلب الأول : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في ظل بعض التشريعات
21	الفرع الأول : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل القانون الروماني
22	أولاً- مرحلة العصر الأول (في الفترة الممتدة من 754 ق.م إلى غاية 130 ق.م).
25	ثانياً- مرحلة العصر العلمي (في الفترة الممتدة من 27 ق.م إلى غاية 235 م).
28	الفرع الثاني : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل القانون الكنسي
28	أولاً- تأثير القانون الكنسي بعقلية رجال الدين
30	ثانياً- ظهور مبدأ سلطان الإرادة وتخلص مبدأ حسن النية من الشكليات
31	الفرع الثالث: مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل الشريعة الإسلامية.
33	أولاً- مبدأ حسن النية في التصرفات في القرآن الكريم
34	ثانياً- مبدأ حسن النية في التصرفات في السنة النبوية
36	ثالثاً- مبدأ حسن النية في التصرفات في الفقه الإسلامي

38	المطلب الثاني : التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في ظل بعض التشريعات الحديثة.
39	الفرع الأول : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي.
39	أولاً- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الفرنسي
44	ثانياً- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الإنجليزي
48	الفرع الثاني : مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون المصري والقانون الإماراتي.
48	أولاً- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون المصري
51	ثانياً- مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في قانون المعاملات المدنية الإماراتية
54	الفرع الثالث : تطور مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية في القانون الجزائري
55	أولاً- قبل صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975
56	ثانياً- قبل صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975 وصدور الأمر 70-91
57	ثالثاً- صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975 وإقرار مبدأ حسن النية صراحة وضمناً
60	المبحث الثاني : الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
61	المطلب الأول : مفهوم مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
62	الفرع الأول : تعريف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
62	أولاً- تعريف مبدأ حسن النية كمصطلح ثلاثي مركب
67	ثانياً- تعريف مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني
70	ثالثاً- محاولة إيجاد تعريف لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

73	الفرع الثاني : الإتجاهات الفقهية المحددة لمعايير مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
73	أولاً- الإتجاه الأول : التمييز بين ثلاث أنماط لمبدأ حسن النية
77	ثانياً- الإتجاه الثاني : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية الجهل المبرر بواقعة معينة
78	ثالثاً- الإتجاه الثالث : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية هو الغلط المبرر
78	رابعاً- الإتجاه الرابع : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية هو القصد على فعل ما
79	خامساً- الإتجاه الخامس : مضمون حسن النية في التصرفات القانونية هو انتفاء القصد
81	الفرع الثالث : تمييز مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عما يشابهه
81	أولاً- مبدأ حسن النية وقواعد النظام العام في التصرفات العقارية
82	ثانياً- مبدأ حسن النية وقواعد الآداب العامة في التصرفات العقارية
83	ثالثاً- مبدأ حسن النية وقواعد العدالة في التصرفات العقارية
84	رابعاً- مبدأ حسن النية والإرادة في التصرفات العقارية
85	خامساً- مبدأ حسن النية والباعث في التصرفات العقارية
87	المطلب الثاني : خصوصية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
88	الفرع الأول : الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
88	أولاً- مبدأ حسن النية إلتزاماً قانونياً في التصرفات العقارية
90	ثانياً- مبدأ حسن النية قاعدة قانونية في التصرفات العقارية
92	ثالثاً- مبدأ حسن النية مبدأ قانوني توجيهي في التصرفات العقارية
94	رابعاً- مبدأ حسن النية واجب عام في التصرفات العقارية
95	الفرع الثاني : الطابعين الشخصي والموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
94	أولاً- الطابع الشخصي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

98	ثانيا- الطابع الموضوعي لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
101	الفرع الثالث : أساس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
101	أولاً- الأخلاق والواقع كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
103	ثانيا- التشريع كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
104	ثالثا- عدم الغش كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
106	رابعا- عدم التعسف في إستعمال الحق كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
108	خامسا- عدم الإخلال بالتوازن العقدي كأساس لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
111	الفصل الثاني : نطاق مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
113	المبحث الأول : مكانة مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
114	المطلب الأول : الإطار العام للتصرفات العقارية
115	الفرع الأول : مفهوم التصرفات القانونية
115	أولاً- تعريف التصرفات القانونية
117	ثانيا- تمييز التصرفات القانونية عن الوقائع القانونية
119	ثالثا- شروط التصرفات القانونية
122	الفرع الثاني: مفهوم التصرفات العقارية
123	أولاً- العقار كأساس لإعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا
125	ثانيا- الحقوق العينية كأساس لإعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا
129	الفرع الثالث : أنواع التصرفات العقارية وآثارها
129	أولاً- أنواع التصرفات القانونية العقارية
134	ثانيا- آثار التصرفات القانونية العقارية
136	المطلب الثاني : حسن النية كعنصر مؤثر في مجال بعض التصرفات العقارية
137	الفرع الأول : حسن النية كعنصر مؤثر في بعض الوقائع المادية لينشأ عنها تصرفات قانونية عقارية

137	أولاً- الإلتصاق في العقار ومبدأ حسن النية
141	ثانياً- الحيابة في العقار ومبدأ حسن النية
145	الفرع الثاني: حسن النية كعنصر مؤثر في بعض التصرفات العقارية بالإرادة المنفردة
145	أولاً- الوصية في العقار ومبدأ حسن النية
149	ثانياً- الوقف في العقار ومبدأ حسن النية
152	الفرع الثالث : حسن النية كعنصر مؤثر في بعض التصرفات العقارية بإتفاق إرادتين أو أكثر
152	أولاً- بيع عقار مملوك للغير ومبدأ حسن النية
155	ثانياً- بيع عقار في مرض الموت ومبدأ حسن النية
158	المبحث الثاني : فعالية مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
159	المطلب الأول : العوامل المجسدة لتكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
160	الفرع الأول : مظاهر مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
160	أولاً- واجب النزاهة والإستقامة في التصرفات العقارية
162	ثانياً- واجب الصدق في التصرفات العقارية
163	ثالثاً- واجب الثقة المشروعة في التصرفات العقارية
165	رابعاً- واجب الأمانة و الإخلاص في التصرفات العقارية
166	خامساً- واجب التعاون في التصرفات العقارية
168	الفرع الثاني : مبررات تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
169	أولاً - مبدأ حسن النية كعنصر مكمل للقواعد القانونية المرتبطة بالتصرفات العقارية
171	ثانياً- مبدأ حسن النية كعنصر مهذب للقاعدة القانونية
173	الفرع الثالث: وظائف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
173	أولاً - الوظيفة التفسيرية لمبدأ حسن النية
176	ثانياً-الوظيفة التكميلية لمبدأ حسن النية

179	ثالثا - الوظيفة التحديدية لمبدأ حسن النية
180	رابعا - الوظيفة التكيفية لمبدأ حسن النية
180	خامسا - الوظيفة المكملة التحديدية لمبدأ حسن النية
181	المطلب الثاني : تكريس مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية عبر جميع مراحلها
182	الفرع الأول : تكريس مبدأ حسن النية ضمن المرحلة السابقة على إبرام التصرفات العقارية
183	أولاً- المقصود بالمرحلة السابقة على التصرف أو مرحلة التفاوض
184	ثانياً- المقصود بمبدأ حسن النية خلال المرحلة السابقة على التصرف أو مرحلة التفاوض
185	ثالثاً- مظاهر تجسيد مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد
188	رابعا- الإلتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد
192	الفرع الثاني : تكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة إبرام التصرفات العقارية
193	أولاً - مبدأ حسن النية وركن التراضي في إبرام التصرفات العقارية
195	ثانياً - مبدأ حسن النية وعيوب الرضا في إبرام التصرفات العقارية
199	ثالثاً - مبدأ حسن النية والنيابة في إبرام التصرفات العقارية
200	رابعا - مبدأ حسن النية والشكلية في إبرام التصرفات العقارية
202	الفرع الثالث: تكريس مبدأ حسن النية ضمن مرحلة تنفيذ التصرفات العقارية
203	أولاً - مبدأ حسن النية وتنفيذ التصرفات العقارية في الحالات العادية
205	ثانياً- دور حسن النية في مرحلة تنفيذ التصرفات العقارية
207	ثالثاً - مبدأ حسن النية وتنفيذ التصرفات العقارية في الحالات الإستثنائية

213	الباب الثاني : الحماية القانونية والقضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
216	الفصل الأول : الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
218	المبحث الأول : علانية التصرفات العقارية كآلية قانونية لحماية مبدأ حسن النية
220	المطلب الأول : تسجيل التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية
221	الفرع الأول : مفهوم التسجيل كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
221	أولاً - تعريف تسجيل التصرفات العقارية وفقاً لمبدأ حسن النية
224	ثانياً - خصائص تسجيل التصرفات العقارية والمرتبطة بالحماية القانونية لحسن النية
226	ثالثاً - تمييز تسجيل التصرفات العقارية عن الأنظمة المشابهة له
230	الفرع الثاني : إرتباط دور التسجيل بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
230	أولاً- الدور الجبائي لتسجيل التصرفات العقارية وحسن النية
233	ثانياً- الدور القانوني لتسجيل التصرفات العقارية
234	ثالثاً- الدور الإثباتي لتسجيل التصرفات العقارية بالنسبة للعقود العرفية
236	الفرع الثالث : تنفيذ تسجيل التصرفات العقارية وحالات حسن أو سوء النية
236	أولاً- القواعد والشروط المجسدة لمبدأ حسن النية في تسجيل التصرفات العقارية
238	ثانياً- إجراءات تسجيل التصرفات العقارية بحسن نية
241	ثالثاً- جزاء الإخلال بمبدأ حسن النية في تسجيل التصرفات العقارية
245	المطلب الثاني : شهر التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية
246	الفرع الأول : مفهوم الشهر العقاري كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية

246	أولاً- تعريف الشهر العقاري وفقاً لمبدأ حسن النية
249	ثانياً- أنظمة الشهر العقاري ومبدأ حسن النية
252	ثالثاً- أهداف الشهر العقاري والمرتبطة بمبدأ حسن النية
255	الفرع الثاني : الإختلافات الفقهية حول دور حسن النية في مجال الشهر العقاري
255	أولاً- نظرية إستبعاد مبدأ حسن النية من مجال شهر التصرفات العقارية
259	ثانياً- النظرية المؤيدة لدور حسن النية في شهر التصرفات العقارية
261	ثالثاً- محاولة التوفيق بين نظرية إستبعاد حسن النية ونظرية الأخذ بحسن النية في مجال شهر التصرفات العقارية
263	الفرع الثالث : مبدأ حسن النية والشهر العقاري في التشريع الجزائري
264	أولاً- مظاهر التكريس الضمني لمبدأ حسن النية في عملية الشهر العقاري
267	ثانياً- أثر حسن النية في مجال شهر التصرفات العقارية
270	المبحث الثاني : الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية
272	المطلب الأول : مفهوم حماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية
273	الفرع الأول : المقصود بحماية الغير حسن النية وتمييزه عن الغير سيء النية في التصرفات العقارية
274	أولاً- المقصود بحماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية
278	ثانياً - الغير سيء النية في التصرفات العقارية
280	الفرع الثاني : تمييز الغير عن الطرف في التصرفات العقارية والأدوار الوظيفية لحماية الغير
281	أولاً- تمييز الغير عن الطرف في التصرفات العقارية
286	ثانياً - الأدوار الوظيفية لحماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية
289	الفرع الثالث : أشخاص الغير حسن النية في التصرفات العقارية وقوام حماية الغير
289	أولاً- أشخاص الغير حسن النية في التصرفات العقارية
293	ثانياً- قوام حماية الغير حسن النية في التصرفات العقارية

295	ثالثا - حدود الحماية القانونية للغير حسن النية
296	المطلب الثاني : تكريس الحماية القانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية
298	الفرع الأول : إلتزامات الغير حسن النية كأساس لتجسيد الحماية القانونية
299	أولاً- تكريس الأخلاق التعاقدية كمظاهر لحسن نية الغير في التصرفات العقارية
301	ثانيا- إلتزام الغير بإحترام مبدأ حسن النية في تنفيذ التصرفات
306	الفرع الثاني : جواز الإحتجاج على الغير بالحقوق المشهورة كحماية قانونية للغير حسن النية
307	أولاً- التصرفات القانونية والإجراءات الواجبة الشهر لتكون نافذة في حق الغير وفقا للقوانين الخاصة بالشهر
309	ثانيا- التصرفات القانونية والإجراءات الواجبة الشهر لتكون نافذة في حق الغير وفقا للقانون المدني وقانون الإجراءات المدنية والإدارية
314	الفرع الثالث : مظاهر الحماية القانونية للغير حسن النية ذا المركز القانوني في التصرفات العقارية.
315	أولاً- حماية الغير حسن النية الذي إكتسب حقا عينيا على أموال التركة المدينة
317	ثانيا- حماية الغير حسن النية الذي إكتسب حقا على المال المرهون في الفترة مابين إنقضاء الرهن عودته
323	الفصل الثاني : الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
325	المبحث الأول : دعاوى التعويض ومخالفة أحكام الضمان كآلية لتجسيد مبدأ حسن النية وتحقيق التوازن في التصرفات العقارية
327	المطلب الأول : دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية
328	الفرع الأول : مفهوم التعويض كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية.

329	أولاً- تعريف التعويض
330	ثانياً- تمييز التعويض كجزاء عن العقوبة
331	ثالثاً- وظائف التعويض و مبدأ حسن النية
335	الفرع الثاني : شروط إستحقاق التعويض الناجم عن الإخلال بمقتضيات حسن النية
335	أولاً- الخطأ الناجم عن الإخلال بحسن النية
338	ثانياً- الضرر الناجم عن سوء النية
340	ثالثاً- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر
342	رابعاً- الإعذار كشرط خاص لإستحقاق التعويض في بعض الحالات
343	الفرع الثالث : حسن النية وتقدير التعويض في التصرفات العقارية
343	أولاً - طبيعة التعويض القضائي الناجم عن الإخلال بحسن النية
345	ثانياً - مقاييس تقدير التعويض وفقاً لحسن النية
347	ثالثاً- حدود التعويض القضائي طبقاً لحسن وسوء النية
350	المطلب الثاني: دعاوى مخالفة أحكام الضمان الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في التصرفات العقارية
352	الفرع الأول : جزاء مخالفة الإلتزام بضمان التعرض في التصرفات العقارية وحسن النية
353	أولاً- ضمان التعرض الشخصي وحسن النية
357	ثانياً- ضمان تعرض الغير وحسن النية
361	الفرع الثاني : جزاء مخالفة الإلتزام بضمان الإستحقاق في التصرفات العقارية وحسن النية.
361	أولاً- مفهوم ضمان إستحقاق العقار وحسن النية
366	ثانياً- آثار الإخلال بالإلتزام ضمان تعرض الغير وحسن النية
371	الفرع الثالث : جزاء مخالفة الإلتزام بضمان العيوب الخفية في التصرفات العقارية و حسن النية
372	أولاً- مفهوم العيب الخفي في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية

375	ثانيا- أحكام ضمان العيوب الخفية في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية
378	المبحث الثاني : إمكانية فسخ التصرف العقاري وبطلانه لإنتفاء مبدأ حسن النية
380	المطلب الأول : دعوى الفسخ كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
382	الفرع الأول : مفهوم الفسخ في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية
382	أولا- تعريف الفسخ في التصرفات العقارية
384	ثانيا - مبدأ حسن النية كأساس لنظرية الفسخ
385	ثالثا- شروط الفسخ في التصرفات العقارية
388	رابعا- صور الفسخ
390	الفرع الثاني : الفسخ كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية
390	أولا- مفهوم الإخلال بالإلتزام التعاقدية وسوء نية المدين
394	ثانيا- السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الفسخ كأساس لتحقيق التوازن بين الإلتزامات
397	الفرع الثالث : الآثار الناجمة عن فسخ التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية
398	أولا- آثار الفسخ بين المتعاقدين في التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية
401	ثانيا- آثار الفسخ كحماية قانونية للغير حسن النية في التصرفات العقارية
405	المطلب الثاني: دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
407	الفرع الأول : مفهوم البطلان في التصرفات العقارية ومبدأ حسن النية
408	أولا- تعريف البطلان في التصرفات العقارية
409	ثانيا- تمييز البطلان عما يشابهه
412	ثالثا- صور البطلان في التشريع الجزائري

415	الفرع الثاني : تقرير البطلان كجزء للإخلال بمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية
415	أولاً- إقامة دعوى البطلان في التصرفات العقارية كنتيجة للإخلال بمبدأ حسن النية
418	ثانياً- حق التمسك بالبطلان وإرتباطه بحسن وسوء النية
421	ثالثاً- إنقضاء حق البطلان
423	الفرع الثالث : الآثار الناجمة عن بطلان التصرفات العقارية مراعاة لمبدأ حسن النية
423	أولاً- آثار البطلان فيما بين أطراف التصرف العقاري ومبدأ حسن النية
428	ثانياً- آثار البطلان في مواجهة الغير حسن النية
432	الخاتمة
440	قائمة المصادر و المراجع
467	الفهرس