



جامعة أم القرى - تبنت -
كلية الحقوق والعلوم الإنسانية
قسم الحقوق



مَنْ لَكَ كَنْزٌ وَمَقْلُكٌ مِنْهُ ضَمِنَ، وَمَنْ لَكَ نَيْلٌ مِنْهَا جَاءَ مِنْهُ سَيْئٌ
بِخِصِّ: قَانُونٌ عَقْدٌ بَرِيٌّ
بِخِصِّ: بَخِيلٌ

بيع العقار المملوك للمفقود في القانون الجزائري

إشراف الدكتور:
صونية بن طيبة

إعداد الطالبة:
سارة عسول

◀ أما لجنة المناقشة المكونة من:

- ◀ كاملة طواهرية أستاذ محاضر ب رئيسا
◀ صونية بن طيبة أستاذ محاضر أ مشرفا ومقرا
◀ ريم مراحي أستاذ محاضر أ ممتحنا

التبنت الجامعة
2022 - 2021

الكلية لا تتحمل
أى مسؤولية على ما يرد
في هذه المذكرة من آراء

من القرآن

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

فَاللَّهُ خَيْرٌ حَافِظًا
وَهُوَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ

سورة يونس - ٦٤

شُكْرٌ وَعِرْفَانٌ

الحمد لله والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم

اشكر الله واحمده حمداً كثيراً مباركاً على هذه النعمة الطيبة والنافعة، نعمة العلم والبصيرة .

اعترافاً مني بالفضل وتقدير الجهود المبذولة، لا يسعني إلا أن أقدم بالشكر وخالص الامتنان إلى أستاذتي الفاضلة الدكتورّة "بن طيبة صوفية" التي تكرمت بالإشراف على عملي هذا والذي كانت فيه نعم الموجه وخير مرشد فشكر اخاصا وامتناذاً، وأدعو الله من هذا المقام أن يجعله في ميزان حسناتها .

كما أشكر الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل .

كما أقدم بالشكر لكل من ساعدني على هذا العمل سواء من قريب أو من بعيد ولو بدعوة في ظهري

غيب

لكم مني كل الشكر والتقدير والعرفان .



إهداء

إلى من جعلها الله سببا في وجودي اللذبان ربياني صغيرا وأدياني وعلماني
كبيراً.

إلى من لا يمكن للكلمات أن توفيهما حقهما، ولا الأرقام أن تحصر
فضائلهما " والذكر العزيز "

إلى أخري وجميع إخوتي وعائلتي الكريمة

إلى روح الغالية جدتي - رحمها الله -

إلى كل من رافقني صيلة فترة دراستي

إلى كل الأساتذة في كلية الحقوق

أهدي هذا العمل المتواضع راجية من الله أن يجعل منه علما نافعا.

سارة



تعتبر الحياة هي البداية الشخصية للإنسان، والموت هو الفاصل لها، إذ أن الموت ينهي الشخصية الطبيعية للإنسان وهذه الشخصية لها حدود زمنية وتاريخ تبدأ به وتنتهي به، وهذا ما يعرف بالموت الحقيقي.

ولكن توجد حالات لا يتأكد فيها من موت الشخص وتكون فيها نسبة موته أكثر من حياته، ويتقرر انتهاء شخصيته رغم عدم التيقن من موته حقيقة، وهذا ما يعرف بالموت الحكمي، وهو الذي يتقرر بناء على حكم القاضي بالنسبة للشخص الذي تحيط به الشكوك حول حياته، وهي حال الشخص الذي يغيب عن أهله غيبة طويلة فيختفي أثره، ويعرف هذا الشخص بالمفقود.

هذا وقد نشأت ظاهرة الفقد منذ القدم، وإن كانت الأسباب التي ساهمت في نشوئها قد اختلفت باختلاف العصور والأزمنة، ففي الماضي انتشرت هذه الظاهرة نتيجة أسباب عدة، لعل أهمها الحروب وإقدام بعض الأشخاص على السفر إلى خارج أوطانهم، سواء أكان ذلك للتجارة وجلب المال أو حبا في المغامرة والاكتشاف.

فيذهب ضحية هذه الأسباب عدد من الأشخاص يكونون في عداد المفقودين، وذلك إذا لم يتبين حياتهم من موتهم لعدم ثبوت دليل على ذلك، فإذا ما وضعنا بلادنا الجزائر موضع الملاحظة، فإننا نرى أن ظاهرة الفقدان قد انتشرت خلال الآونة الأخيرة، وهذا جراء ما مرت به من كوارث طبيعية كزلازل بومرداس وفيضانات باب الواد، والتي خلفت ضحايا، وفقد أشخاص كثر، كما لا ننسى أيضا العشرية السوداء وما نجم عنها كذلك من ضحايا مفقودين والتي سماها المشرع بالظروف الاستثنائية.

وبالتالي هذا الغياب يطرح العديد من المشاكل سواء تعلق الأمر بالمصالح الشخصية للمفقود أو المالية، إذ لا يعقل بقاء زوجته وأولاده بدون معيل، وكذلك لا يعقل ترك أمواله عرضة للضياع بدون استثمار أو إدارة، خاصة إذا لم يترك المفقود وكيلا يسيرها في غيابه.

وقد عالج المشرع الجزائري في قانون الأسرة حالة المفقود، وقد نظم فيه كل ما يتعلق بالمفقود، إلا أنه لم يتطرق لإجراءات بيع عقار مملوك للمفقود، لهذا حاول فك هذا اللبس من خلال

قانون الإجراءات المدنية والإدارية، هادفا لتوفير حماية قضائية لأموال المفقود العقارية، حيث جعل هذا البيع يتم بالمزاد العلني وتحت إشراف القضاء.

وتكمن أهمية هذا الموضوع فيما يلي:

- أن حوادث الفقد متعددة ومختلفة مما أدى إلى انتشار ظاهرة الفقد.
- الحفاظ على أموال المفقود خاصة العقارات، إذ لا بد من معرفة من يديرها وإلى من تؤول، وهذا لا يكون إلا بعد صدور حكم وفق إجراءات معينة تحدد بشكل نهائي وضعه. وترجع أسباب اختيار الموضوع إلى أسباب ذاتية وأخرى موضوعية.

ذاتية:

- علاقة الموضوع بالتخصص الذي أدرسه خاصة ما يتعلق ببيع العقارات.
- محاولة معرفة هذا الموضوع من خلال الحياة التي نعيشها خاصة ما حدث في الجزائر، لأنه توجد عائلات كثيرة تألمت من جراء هذه الواقعة.

موضوعية:

- كثرة الحروب والنزاعات والكوارث التي تؤدي إلى تفشي ظاهرة الفقدان باستمرار، لهذا وجب أن نحيط بهذا الموضوع أكثر علما والتصدي لانعكاساته.
 - عدم وجود دراسات معمقة في أحكام هذا الموضوع، وكذلك الفراغ والغموض الذي يميز بعض المواد القانونية المتعلقة بالعديد من المسائل الخاصة بالمفقود مما أدى إلى طرح العديد من المشاكل عند تطبيقها.
 - حساسية المركز القانوني للمفقود.
- ومن خلال ما سبق يمكن لنا طرح الإشكالية التالية:
- فيما تتمثل الأحكام القانونية التي خص بها المشرع المفقود فيما يخص بيع العقارات المملوكة للمفقود؟
- وكيف عالج المشرع المسائل المالية للمفقود وبالتحديد بيع عقاراته؟

أما فيما يخص الأهداف من البحث تتمثل فيما يلي:

- جمع شتات المعلومات المتعلقة بالمفقود.
- معرفة مدى أهمية المركز القانوني أو وضعية المفقود قانونيا.
- ضبط مفهوم المفقود في القانون الجزائري.
- تناول موضوع المفقود بطرح جديد يركز على مسائل تتعلق بالمسائل المالية للمفقود.
- تحليل مختلف النصوص القانونية التي نظمت أحكام المفقود، وكذلك معرفة مدى تمكنها من معالجة أحكامه.
- تحليل الأحكام والنصوص التي نصت على البيع بالمزاد العلني.

وقد تم الاعتماد على المنهج التحليلي الوصفي، وصفي من خلال وصف حالة المفقود، وتحليلي من خلال تحليل واستنباط مختلف القوانين التي وضعها المشرع لدراسة حالة المفقود وبيع عقاراته.

وقد تم الاعتماد على بعض الدراسات السابقة التي تناولت موضوع المفقود، مثل:

- نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري وهي أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، وقد تم التركيز في هذه الأطروحة على مفهوم المفقود من خلال التشريع الجزائري وكذلك مختلف التشريعات العربية والتشريع الفرنسي وكذلك تم التطرق لتنظيم المسائل الشخصية للمفقود ولكن لم يتم التفصيل في بيع عقارات المفقود وإنما للمسائل المالية بصفة عامة.
- شبايكي نزيهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع العقود والمسؤولية، وبالرغم أن هذه المذكرة تناولت أحكام المفقود بشيء من التفصيل ولكن نصت على بيع عقارات المفقود سطحيا.
- وقد واجهتني بعض الصعوبات خلال إعداد هذا البحث منها:
- نقص المراجع التي تناولت هذا الموضوع.

- قلة المعلومات التي تلم بهذا الموضوع وتناولها من قبل الشراح القانونيين بصفة سطحية وغير معمقة.

- تبعث الأحكام التي يمكن تطبيقها على آثار الفقد بين عدة نصوص قانونية.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا البحث إلى فصلين، الفصل الأول تطرقنا فيه للإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك لمفقود، يحتوي هذا الفصل على مبحثين، المبحث الأول بعنوان مفهوم عقد البيع العقاري أما المبحث الثاني فخصصناه إلى ماهية المفقود في التشريع الجزائري.

وبالنسبة للفصل الثاني تطرقنا فيه لأحكام بيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري، وينقسم بدوره إلى مبحثين، المبحث الأول فخصصناه لتعيين المقدم في التشريع الجزائري، والمبحث الثاني بعنوان إجراءات بيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري.



الفصل الأول



الإطار المفاهيمي لبيع عقار

مملوك للمفقود

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

يعتبر عقد البيع من أهم العقود المسماة التي ترد على الملكية، والكثيرة التداول في الحياة العملية، حيث يلتزم أحد المتعاقدين بنقل ملكية شيء إلى المتعاقد الآخر، وهذا الأخير يلتزم بدوره بدفع المقابل الذي تعهد به في نظير الشيء الذي انتقلت ملكيته إليه.

وبما أنّ عقد بيع العقار هو وجه من أوجه عقود البيع وينقل الملكية فقد اشترط المشرع من البائع أن يكون مالكا للعقار المراد بيعه فلا يجوز للغير بيع شيء ليس ملكا له.

ولكن توجد اشكالية حول ما إذا كان مالكا العقار المراد بيعه مفقودا حيث أنّ حوادث الفقد في المجتمعات مستمرة، واسبابها متعددة، فهي تلزم المشرع ايجاد حلول لذلك، سواء تعلق الأمر بالمفقود ذاته أو تعلق بذوي المصلحة من أسرته وغيرهم.

من خلال ما سبق سنتطرق في الفصل الأول إلى مفهوم عقد البيع العقاري في القانون الجزائري.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

المبحث الأول: مفهوم عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري

عرف المشرع الجزائري العقار بأنه: " كل شيء ثابت مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله من دون تلف فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

الخصوصية عقد بيع العقار وخصوصيته تكوينيه، كان لابد من التطرق إلى مفهومه وخصائصه وكذا أركانه، وعليه سنتناول في هذا المبحث ما يلي:

المطلب الأول: تعريف عقد البيع العقاري وخصائصه في التشريع الجزائري.

المطلب الثاني: أركان عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري.

المطلب الأول: تعريف عقد البيع العقاري وخصائصه في التشريع الجزائري.

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، الفرع الأول نتطرق فيه إلى تعريف عقد البيع العقاري أما الثاني فخصصناه لخصائص عقد البيع العقاري.

الفرع الأول: تعريف عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري:

عرّف عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني الجزائري¹ بأنه " عقد يلتزم بمقتضاه البائع بأن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق مالي آخر في مقابل ثمن نقدي".

نستنتج من هذا التعريف أمرين أولهما أنه قد يقع البيع على حقوق غير الملكية كحق الانتفاع، وقد يقع على حقوق شخصية، كما في حوالة الحق إذا كانت مقابل مبلغ من النقود.

أما بالنسبة للأمر الثاني يتبين لنا وجوب أن يكون الثمن نقديا وهو الوصف الجوهرى في الثمن²

الفرع الثاني: خصائص عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري

نستنتج من خلال نص م 351 ق مدني جزائري أنّ للبيع عدة خصائص وقد قسمنا هذا الفرع إلى قسمين أولا وثانيا بالنسبة لأولا نتطرق فيه إلى خصائص عقد البيع العامة الذي يتميز بها كباقي العقود، أما ثانيا فخصصناه للخصائص الخاصة في عقد البيع الذي تميزه عن باقي العقود.

أولا: الخصائص العامة:

وتتمثل فيما يلي:

¹ الأمر رقم 58.75 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26/09/1975، الجريدة الرسمية رقم 78، الجزائر، الصادرة في 30/09/1975.

² خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري الجديد، عقد البيع، ديوان المطبوعات الجامعية، ج4، دون طبعة، الجزائر، 2001، ص72.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

أ: عقد البيع عقد رضائي:

وهو العقد الذي يكفي لانعقاده تطابق ارادتين أي بتراضي طرفين على العقد، بحيث ينعقد العقد بالتعبير عن رغبتهما في انعقاد العقد أيا كانت طريقة التعبير سواءا كتابة أو شفاهة أو بالإشارة المتداولة عرفاً¹.

لكن يوجد نوع من العقود اشترط فيها المشرع افرغ رضاء أطرافه في شكل معين ويتعلق الامر بالمعاملات العقارية.

ومبدأ رضائية البيع ليس متعلقا بالنظام العام، فيجوز للمتعاقدين ان يتفقا على خلافه، فيجوز لهما الاتفاق على انعقاد البيع بينهما إلا إذا أفرغ رضاهما في شكل معين لتدوينه في ورقة رسمية، فلا ينعقد البيع في هذه الحالة إلا باستيفاء الشكل المتفق عليه، ولكن بما أنّ الأصل أنّ عقد البيع رضائي، فيجب على المتعاقدين إذا أرادوا مخالفة هذا الأصل وتعليق وجود البيع على تحرير العقد أن يظهرها هذه النية صراحة.

كما قد يكون عقد البيع فضائي مثال ذلك في العقارات المحجوزة.

ب: عقد البيع ملزم للجانبين:

أو عقد تبادلي، لأنه يولد التزامات متقابلة على عاتق المتعاقدين، بحيث يصبح كل منهما دائنا ومدينا للآخر في آن واحد، ويترتب على ذلك خضوع البيع لأحكام العقود الملزمة للجانبين من ناحية تطبيق أحكام الفسخ،

والدفع بعدم التنفيذ وتبعية استحالة التنفيذ.²

ج: عقد البيع عقد معاوضة:

لأن كل طرفيه يأخذ مقابلا لما يعطيه، فالبايع يحصل على الثمن مقابل المبيع، والمشتري يحصل على المبيع مقابل الثمن، فإذا انعدم المقابل أصبح العقد هبة لا بيعا وتعبن خضوعه للأحكام الخاص بالهبة لا البيع.³

ثانيا: الخصائص الخاصة:

تميز عقد البيع عن باقي العقود، بخاصيتين أساسيتين هما:

أ: عقد البيع ناقل للملكية:

وهو الخاصية الحقيقية لعقد البيع، ونقل الملكية وهو الغرض الأساسي الذي يميز عقد البيع عن سائر العقود، وحتى يمكن نقل الملكية خاصة في العقار فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير يجب أن يكون البائع

¹ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري. مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة. الجزائر. ج 1، ط 2، 2004، ص 83.

² خليل أحمد حسن ققادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق. ص 12.

³ محمد يوسف الزغبى، شرح عقد البيع في القانون المدني، دار الثقافة، عمان. الأردن، ط 1، 2004، ص 20.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

مالكا للعقار، كما يجب القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية من تبجيل وشهر.¹ ويعتبر نقل الملكية كأثر مترتب على عقد البيع العقاري، وهو يعد أساسا كالاتزام واقع على البائع، وذلك خلافا لعقد البيع في الفقه الإسلامي حيث ينقل عقد البيع بذاته، ولا يقتصر على إنشاء التزام بنقل الملكية.² ب: عقد البيع المقابل فيه يكون نقديا:

فهو عقد معاوضة يحصل فيه البائع على الثمن المقابل لنقل ملكية المبيع للمشتري، وهذا الثمن يجب أن يكون نقدا وفقا لنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر، وبالتالي لا يمكن أن يكون المقابل شيئا آخر وإلا كنا بصدد عقد مقايضة وليس عقد بيع.

يرى جانب من الفقه أنه في هذه الحالة لتحديد طبيعة العقد يؤخذ بالعنصر الغالب فإذا كان المبلغ هو العنصر الغالب كان العقد بيعا، أما إذا كان كانت السيارة مثلا في المقابل فإن العقد يعد مقايضة.³ إلا أنه التمييز بين عقد البيع وعقد المقايضة، إن أعطى شخص منزله للآخر مقابل أوراق مالية أو سبائك ذهبية، فهل يعتبر المقابل هنا بمثابة النقد أم لا؟ يرى بعض الفقهاء أنّ الفقه في هذه الحالة هو عقد مقايضة رغم سهولة تحويل الأوراق المالية أو السبائك الذهبية إلى نقد، لأن العبرة هي طبيعة المقابل وقت التعاقد.

المطلب الثاني: أركان عقد البيع في التشريع الجزائري.

يجب لقيام عقد بيع العقار توفر الأركان العامة للعقد من تراخي ومحل والسبب التي تتميز بها جميع العقود اضافة إلى شرط الرسمية، الذي فرضه المشرع على العقود الواردة على العقار كاستثناء فيما أنّ موضوعنا بيع العقار فقد تطرقنا إليه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الأركان العامة لعقد البيع العقاري:

إنّ الأركان التي فرضها المشرع الجزائري في عقد البيع العقاري هي نفسها التي فرضها في عقد بيع المنقول وهي التراضي، السبب والمحل.

أولا: التراضي:

يتوفر ركن الرضائية باقتران الجانب بقبول مطابق له، وإذا كان هذا يكفي لوجود العقد فإنه لا يكفي لصحته، فحتى يكون العقد صحيحا يجب أن تكون الارادتين المتوافقتان صحيحتان.

¹ سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، دون جزء، الطبعة 2، تيزي وزو، الجزائر، 2008، ص.ص 17، 18.

² أنور العمروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، دون جزء، ط1، الإسكندرية، مصر، 2022، ص. ص 82، 83

³ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، منشورات الجلي الحقوقية، ج3، ط3، بيروت، لبنان، 2000، ص28.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

والتراضي لا يكون صحيحا إلا إذا كان صادرا من شخص ذي أهلية أو إذا لم تكن ارادة أحد المتعاقدين مشوبة بعيب من عيوب الإرادة.¹

أ.وجود التراضي:

يشترط لانعقاد عقد البيع العقاري وجود تطابق إرادتين، ولا بد أن يتم الاتفاق على العناصر الثانوية كوقت تسليم المبيع ومكان وزمان دفع الثمن.

لا ينعقد عقد البيع العقاري إلا بتطابق إرادتي البائع والمشتري تطابقا تاما، سواء إن صدر الايجاب من البائع أو المشتري تطابقا تاما، سواء إن صدر الايجاب من البائع أو المشتري، وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين، دون الاخلال بالنصوص القانونية".²

ويكون التعبير عن الارادة باللفظ أو الاشارة أو الكتابة، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع محالا للشك على مقصود صاحبه، ويمكن أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق بين الطرفين يقضي بأن يكون صريحا.³

كما ينبغي الاتفاق على العناصر الجوهرية للبيع، وهي طبيعة العقد المبيع والتمن.

فالتراضي على طبيعة العقد أولى الموضوعات التي لابد للطرفان الاتفاق عليها، مثل أن يقول الطرف الأول أنا أبيعك هذا المنزل فيجب الطرف الثاني بأننا أقبل.

أما في حالة ما قال الطرف الأول أنا أعطيك العقار قاصدا رهنه، فإن قبل الطرف الثاني معتقدا أنّ صاحب يبيعه له، فهنا لا وجود لتطابق الارادتان.

كما يعي الاتفاق على الشيء المبيع أي محل عقد المبيع، وكذلك أن يتم الاتفاق على ثمن المبيع.

هذا ما يتعلق بالعناصر الجوهرية أما بالنسبة للعناصر الثانوية كمكان وزمان دفع الثمن ووقت تسليم المبيع، فلا يجب أن يتم الاتفاق عليها بل يكفي ألا يحصل خلاف بين الطرفين بشأنها، فقد تكفل المشرع الجزائري بتنظيم عقد البيع وبيان أحكامه وتحديد التزامات البائع والمشتري، وهذا عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين في هذا الصدد.⁴

¹ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 26.

² المادة 59 من القانون رقم 75-58 السالف الذكر.

³ حسين بن الشيخ ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون جزء، ط3، 2008، ص232.

⁴ سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، المرجع السابق، ص32.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ب. صحة التراضي:

حتى ينتج التراضي آثاره القانونية المراد تحقيقها، يتعين عليه أن يكون صحيحا، وصحته تشترط تمتع طرفاه بالأهلية، وأن تكون ارادة كل منهما سليمة من كل العيوب التي قد تشوبها، كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال.

1. الأهلية:

أنّ المقصود بالأهلية في نطاق ركن التراضي هو أهلية الأداء¹، وهي لا تثبت لكل شخص مهما بلغ من العمر كما هو الحال بالنسبة إلى أهلية الوجوب، وإنما ترتبط بقدرة الشخص على التمييز، هذه القدرة تختلف من شخص لآخر، ويرجع ذلك إلى صغر السن، أو إلى التأثر بعوارض الأهلية، كالجنون والعتة والسفه والغفلة، فالجنون والعتة عادمان للأهلية تماما، أما السفه والغفلة فمن شأنها الإنقاص من الأهلية². كما ربط المشرع الجزائري أهلية الأفراد بسنهم، فالفرد الذي سنّه من عمره يعد عديما للتمييز، في حالة قيامه بأي تصرف كان هذا التصرف في حكم الباطل.

ومع ذلك فقد أجاز المشرع الجزائري للصبى المميز الذي بلغ سن الثالثة عشرة ولم يكمل التاسعة عشرة حق التصرف في أمواله لكن في حدود شروط معينة، فقد نصت المادة 83 من قانون الأسرة³ على: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43⁴ من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الوالي أو الوحي فيما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر للقضاء"، وبما أنّ عقد البيع من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فيجوز له إبرامه إذا أجازها القاصر بعد بلوغه سن الرشد أو من الوالي أو من المحكمة وإلا كان قابلا للإبطال.

2: خلو الإرادة من العيوب:

يشترط لصحة البيع خلو الإرادة من العيوب التي قد تشوبها كالتدليس أو الإكراه أو الغلط أو الاستغلال فإن تعرضت ارادة أحد الطرفين لعيب من هذه العيوب جاز للطرف المتضرر طلب ابطال عقد البيع⁵، فإذا وقع أحد أطراف عقد البيع في احتيال أدى إلى أن يتوهم الشيء على غير حقيقته، فإن القانون منح له الحق

¹ خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص55

² خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص55.

³ الأمر رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404 الموافق ل 09 يونيو سنة 1984، المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، جريدة رسمية رقم 31.

⁴ تنص المادة 43 على ما يلي: "كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفها أو ذا غفلة، يكون ناقص أهلية وفقا لما يقرره القانون".

⁵ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نفس المرجع السابق، ص97-98.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

في طلب ابطال العقد، وهذا ما جاء في المادة 86 من القانون المدني¹ بقولها: "يجوز ابطال العقد للتدليس، اذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ويعتبر تدليساً، السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا أثبت أنّ المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة."

وإذا أبرم أحد المتعاقدين عقد بيع في ظروف لم يملك فيها كل إرادته، نتيجة خوف أو رهبة بعثها فيه المتعاقد الآخر، أجاز له المشرع أيضاً طلب إبطال العقد بقوله في المادة 88 من القانون المدني السالف الذكر: "يجوز ابطال العقد للإكراه، إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق، وتعتبر الرهبة قائمة على بينة، إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أنّ خطراً جسيماً محدقاً يهدده هو أو أحد أقاربه، في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ويراعى في تقدير الإكراه، جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في سلامة الإكراه".

يمكن كذلك للمتعاقد طلب ابطال العقد في حال وقوعه في الغلط خاصة إذا اتصل هذا الأخير بأمر جوهري في العقد، وقد نظم المشرع الجزائري هذا العيب في المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني السالف الذكر.

إنّ الاستغلال والغبن يعدان العيب الأخير الذي يمكن أن يشوب الإرادة، وللاستغلال عنصران عنصر مادي وآخر معنوي، فالعنصر المادي هو عدم التعادل أو عدم التكافؤ بين التزام المغبون من جهة والتزام الطرف الآخر الذي استغله من جهة أخرى، ويجب أن يكون فادحاً أو فاحشاً، وتقرير ذلك يرجع لقاضي الموضوع، أما العنصر المعنوي أو النفسي هو استغلال ما لدى المتعاقد الآخر من طيش أو هواء للتحصيل على التعاقد معه،² ويمكن القول أنّ هذا العنصر المعنوي يتكون بدوره من ثلاث عناصر مشار إليهما في المادة 90 من القانون المدني السالف ذكره، وهي:

أولاً: وجود طيش أو هوى عند أحد المتعاقدين، فالطيش هو الخفة التي تتضمن التسرع وسوء التقدير ويعرف الهواء بأنه الميل الذي يتضمن غلبة العاطفة وضعف الإرادة وهكذا فإن كان المعتقد يجهل بقيام شيء من ذلك الطيش أو الهوى لدى المتعاقد الآخر فالعقد يكون صحيحاً لعدم توفر الاستغلال.

ثانياً: ما لدى المتعاقد الآخر فالعقد يكون صحيحاً لعدم توفر الاستغلال، استغلال ما لدى المتعاقد من طيش أو هوى.

ثالثاً: أ، يكون الاستغلال هو الذي دفع المغبون إلى التعاقد.

¹ القانون رقم 58-75 السالف الذكر.

² خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 99-100.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

إنّ من مقتضى القواعد العامة في الاستغلال أن يخوّل الطرف المغبون الطعن في العقد بمجرد عدم تعادل الالتزامات فيه، ولكن يجب توفر ركن نفسي إلى جانب هذا الركن المادي، والركن النفسي المقصود هنا هو استغلال طيش أو الهوء لدى العاقد المغبون.¹

أما الغبن فيمكن اعتباره المظهر المادي للاستغلال، وهو يمس محل عقد نفسه، في حين أنّ الاستغلال يمتد تأثيره إلى إرادة إحدى الطرفين.²

ويلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط توافر شروط ثلاثا بقبول دعوى الغبن في بيع العقار الجزائري وهي كالتالي:

• أن يكون المبيع عقارا، فإن كان منقولاً فلا يحق للبائع رفع دعوى الغبن، وهذا الشرط اقتضته المادة 358 من القانون المدني.

• ألا يكون البيع قد تمّ بطريق المزاد العلني ينتج المجال لأن يصل ثمن العقار إلى أعلى قيمة ممكنة، ففي حالة رسو المزاد بثمن يقل عن قيمة العقار بأكثر من الخمس فهذا يعني عدم وجود مشتري مناسب للعقار.³

• أن يصل الغبن إلى أكثر من خمس ثمن العقار، وهذا الشرط اقتضته المادة 358 من القانون المدني السالف الذكر.⁴

وتجدر الإشارة أنّ المشرع الجزائري اتفق على تقدير الغبن بما يزيد عن الخمس، بينما المشرع الفرنسي فقد

قدره ب 12/7 واتفق القانون الجزائري كذلك مع القانون المصري في الهدف من رفع دعوى الغبن ومدة

تقادمهما مختلفتين في ذلك من نظيرهما الفرنسي، إذا اعتبر أنّ الهدف من رفع الدعوى تكملة الثمن إلى 5/4،

وإذا لم يتم ذلك جاز للبائع المطالبة بالفسخ وأنّ مدة تقادم هذه الدعوى تقدر ب 3 سنوات، في حين يرى

المشرع الفرنسي أنّ الهدف من رفع الدعوى هو فسخ العقد، وللمشتري أنّ يتقي الفسخ بتكملة الثمن إلى

10/9 وأنّ مدة التقادم هي سنتين.⁵

ثانيا: المحل.

إنّ البيع عقد ملزم للجانبين، فهو عقد يرتب التزاما على عاتق كل من البائع والمشتري، وأهم التزام يقع

على البائع هو نقل ملكية المبيع، ولذلك يعتبر المبيع محلا في عقد البيع، أما أهم التزام يقع على المشتري هو

¹ محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دون جزء، ط 4، 2005، ص 68.

² حبار محمد (الأب)، محاضرات في مقياس الالتزامات، السنة الثانية ليسانس، كلية الحقوق، جامعة وهران، السنة الجامعية: 2002-2003.

³ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 100.

⁴ محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري "مصادر الالتزام"، مرجع سابق، ص 208.

⁵ محمد حسنين، مرجع سابق، ص 69-70.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

دفع الثمن ولهذا يعتبر الثمن محل ثاني في عقد البيع، فالمحل في عقد البيع العقاري إذن مزدوج يتكون من العقار والثمن.¹

اشترط المشرع الجزائري في المادة 397 من القانون المدني الذكر وجوب امتلاك البائع للمبيع، وإلا وقع العقد تحت طائلة البطلان بسبب بيع ملك الغير.²

كما يجب أن يكون موجودا ومعينا ومشروعا، وهي ذات الشروط التي يتطلبها في محل الالتزام بصفة عامة.³

1- العقار:

أ- أن يكون العقار موجودا أو قابل للوجود مستقبلا:

يجب أن يكون المبيع موجودا أو قابلا للوجود وقت إبرام العقد، وإلا أعتبر العقد باطلا بطلانا مطلقا لتخلف ركن من أركانه، فإذا تعاقد الطرفان على اعتبار أن العقار موجود وقت إبرام العقد، ثم تبين أن المبيع قد هلك قبل إبرام العقد بقوة قاهرة، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا⁴، وذلك طبقا لنص المادة 92.93 من القانون المدني الجزائري، فقد جاء في المادة 93 "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا بطلانا مطلقا".

ونصت المادة 92 من نفس القانون على أنه: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"، ومن الأمثلة على بيع الأشياء المستقبلية بيع شخص لمنزل قبل بنائه، وهذا البيع يطلق عليه المشرع الجزائري تسمية البيع على التصاميم، وقد شاع هذا البيع في الوقت الحاضر ذلك للفوائد الكثيرة التي يحققها المشتري و المرقى العقاري، لذلك اهتم المشرع الجزائري بهذا البيع ونظمه بأحكام خاصة بمقتضى القانون 04-11 المتعلق بالترقية العقارية.

ولم يتناول المشرع الجزائري حكم الهلاك الجزئي للمبيع قبل إبرام العقد أو أثناء إبرامه، بينما تطرق لذلك المشرع الفرنسي في المادة 1601 قانون المدني والذي أقر من خلالها للمشتري الحق في الخيار بين المطالبة بإبطال العقد أو أخذ الباقي من المبيع مع دفع ما يتناسب مع ما يبقى من المبيع.⁵

¹ سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، مرجع سابق، ص 65.

² تنص المادة 397 من القانون المدني الجزائري على: "إذا باع شخص شيئا معينا بالذات وهو لا يملكه، فللمشتري الحق في طلب إبطال البيع ويكون الأمر كذلك، ولو وقع البيع على عقار أعلنه أو لم يعلن بيعته في كل حالة، لا يكون هذا البيع ناجزا في حق مالك الشيء المبيع ولو أجازته المشتري"

³ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 76.

⁴ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 77.

⁵ عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع السابق، ص 377.376.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ب- ان يكون المبيع معين أو قابل للتعيين:

تنص المادة 94 من القانون المدني الجزائري على "إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً"، وعليه يجب أن يكون العقار المبيع معيناً حتى يمكن أن يرد على الاتفاق، ويعتبر من الأشياء القيمة أي الأشياء المعينة بذاتها، وهي التي تتميز عن غيرها بصفات خاصة تعينه تعييناً ذاتياً يجعل غيره لا يقوم مقامه في الوفاء. وتعيين العقار يكون بذكر موقعه، حدوده، مساحته، ورقمه، وذلك إذا شمله المسح العام للأراضي فيجب أن يكون التعيين واضحاً نافياً للجهالة¹.

ج- أن يكون المبيع مشروعاً:

توجد عقارات تخرج عن التعامل بحكم القانون كالعقارات الموقوفة، والعقار الموقوف هو المال المحبوس عن تملكه والتصرف فيه، وجعله على وجه من وجوه البر والإحسان، كما لا يجوز التعامل في التركات المستقبلية، فالتصرف الذي يصدر من أحد الورثة سواء وقع على التركة كلها أو جزء منها، فإن هذا التصرف يعد في جميع أنواعه باطلاً بطلاناً مطلقاً، لمخالفته للنظام العام والآداب العامة، ويبطل التصرف حتى لو تم برضا الموروث وأياً كان الطرفان.²

وذلك وفقاً للمادة 92 من القانون المدني فقد جاء فيها "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً ومحققاً، غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل برضاه، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون". ولا يجوز التعامل كذلك في الحقوق المتنازع فيها والتعامل في أملاك الدولة العامة، حيث ورد في المادة 689 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر أنه: "لا يجوز التصرف في أموال الدولة وحجزها أو تملكها بالتقادم" وقد تم تعريف أملاك الدولة في نص المادة 688 من القانون المدني الجزائري³

2- الثمن:

حسب نص المادة 381 من القانون المدني يجب أن يكون الثمن في عقد البيع نقدياً، يلتزم المشتري بدفعه للبايع مقابل التزام هذا الأخير بنقل ملكية العقار المبيع للمشتري والاتفاق على الثمن يقتضي تعيينه أو بيان الأسس التي تؤدي إلى تقديره، وهذا ما نصت عليه المادة 356 من القانون المدني.⁴

¹ خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 81.

² عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 380.

³ تنص المادة 688 على: "تعتبر أموالاً للدولة العقارات والمنقولات التي تخصص بالفعل أو بمقتضى نص قانوني، لمصلحة عامة أو الإدارة أو المؤسسة العمومية أو لهيئة لها طابع إداري أو مؤسسة اشتراكية أو لوحدة مسيرة ذاتياً، أو تعاونية داخلية في نطاق الثورة الزراعية".

⁴ تنص المادة 356 على: "يجوز أن يقتصر تقدير ثمن البيع على بيان الأسس التي يحدد بمقتضاها فيما بعد، وإذا وقع الاتفاق على أن الثمن هو سعر السوق، وجب عند الشك الرجوع إلى سعر السوق الذي يقع فيه تسليم المبيع للمشتري في الزمان والمكان.....".

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

كما يجب أن يكون الثمن حقيقيا أي جديا، وهو الذي يكون مقابلا حقيقيا للمبيع، ويعتبر الثمن غير حقيقي إذا كان صوريا أو تافها، فالثمن الصوري هو الثمن الذي لا يطابق حقيقة ما اتفق عليه الطرفان، كأن يكون هبة مستترة في صورة بيع، أما الثمن التافه فهو الذي يكون قليلا إلى درجة انعدام التناسب بينه وبين قيمة المبيع الحقيقية، أما الثمن البخس فهو الثمن الحقيقي الذي ينعقد به البيع وإن كان يخول لبائع العقار حق طلب تكملة الثمن إلى 5/4 ثمن المثل طبقا لنص المادة 358 من القانون المدني أو طلب فسخ عقد البيع إذا رفض المشتري تكملة الثمن إلى 5/4 قيمة العقار وقت البيع¹

ثالثا: السبب.

اختلف الفقهاء في تعريف السبب، وتوجد في هذا الصدد نظريتان أساسيتان، النظرية الأولى تعرف بالنظرية التقليدية التي يتزعمها الفقيه domat دوما، ويرى أنصار هذه النظرية أن سبب التزام كل متعاقد في العقود التبادلية كعقد البيع، هو التزام المتعاقد الآخر، فسبب التزام البائع بتسليم المبيع هو التزام المشتري بدفع الثمن. أما النظرية الثانية فهي النظرية الحديثة، ويرى أنصار هذه النظرية أن سبب العقد أمر ذاتي خارج عن العقد، وتختلف باختلاف الشخص المتعاقد وهو الدافع إلى التعاقد كأن يكون الدافع لإبرام العقد رغبة البائع في سداد ما عليه من ديون.²

وتنص المادة 97 من القانون المدني إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا وبناء على هذا النص فإن عقد البيع الذي يكون سببه غير مشروع أو مخالف للنظام العام والآداب يكون باطلا بطلانا مطلقا، كسواء منزل لاستعماله كمكان للقمار أو الدعارة.

الفرع الثاني: الرسمية في عقد البيع العقاري.

إن أهم فرق يسجل بين عقد بيع العقار وعقد بيع المنقول هو وجوب إفراغ العقد الناقل للملكية العقارية. وكما كان عقد البيع العقاري أكثر التصرفات القانونية، اشترط المشرع ضرورة احتوائه على كافة العناصر والمعلومات الضرورية³ وباعتبار البيع العقاري من العقود التي أخضعها المشرع لشكلية معينة لإبرامها، هذه الشكلية المتمثلة في إلزامية تحرير العقد في ورقة رسمية من طرف أشخاص مؤهلين قانونا لذلك.⁴

¹ سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 90.88

² سي يوسف زاهية، المرجع السابق، ص 98.97.

³ ببيع إلهام، حماية الملكية العقارية الخاصة المدنية والجنائية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2007.2006، ص 54.

⁴ عويطي فريد وعشوري عبد العزيز، الشكلية في التصرفات القانونية، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 16، 2008.2007، ص 6.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

وللتفصيل أكثر في موضوع الشكل الرسمي قسمنا هذا الفرع الى قسمين القسم الأول نتحدث فيه عن تعريف الشكل الرسمي وتمييزه عن الشكل العرفي، أما القسم الثاني سنتطرق فيه الى شروط صحة الشكل الرسمي وجزءا تخلفها في التشريع الجزائري.

أولاً: تعريف الشكل الرسمي وتمييزه عن الشكل العرفي في القانون الجزائري.

في هذا القسم سنتناول فيه تعريف الشكل الرسمي (أ)، والقسم الثاني نميز فيه الشكل الرسمي عن الشكل العرفي (ب).

أ- تعريف الشكل الرسمي.

سبق القول إن التصرفات والعقود الواردة على العقار أضاف القانون وجوباً ركناً آخر، هو الشكلية، وجعل وسيلة ذلك العقد الرسمي المبرم أمام الموثق، فكل العقود والتصرفات الواردة على العقار يجب أن تصاغ في شكل رسمي.¹

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني الجزائري "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"²

نشير إلى أن المشرع الجزائري قد أورد المادة 324 في الأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني سالف الذكر المؤرخ في

1975/09/26 أي قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 14-88 المؤرخ في 1988/05/03، كما يلي: "الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه".

ما يلاحظ من المادتين هو أن المشرع الجزائري استبدل مصطلح الورقة الرسمية بمصطلح "العقد الرسمي" وهو تعديل في غير محله، ومرد ذلك الى اللبس الواقع عند تسميته للورقة المثبتة للتصرف القانوني، والتي كثيراً ما يصطلح عليها بلفظ العقد، والذي يقصد به في الاصل كل تصرف قانوني يتم باتفاق ارادتين بغض

¹ عمار نكاح، انتقال الملكية العقارية في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، 2007.

² الغوثي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، مطبوعات الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط1، 2001، ص 20.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

النظر عن وسيلة إثباته، أي بغض النظر عن الورقة المكتوبة التي يدون فيها ذوو الشأن ما تم الاتفاق بينهم، فقد يكون التصرف القانوني صحيحا والورقة الرسمية غير صحيحة أوقد يحصل العكس.¹

وعليه يمكن القول إن المشرع الجزائري قد جانب الصواب حين استعمل عبارة العقد الرسمي فالأصح هو الورقة الرسمية، لأن مصطلح الورقة الرسمية أهم من العقد، فالورقة تشتمل العقد كما تشمل التصرفات بالإرادة المنفردة، فمن الأجدر أن يستعمل لفظ محرر كما هو وارد في النص باللغة الفرنسية *acte authentique* فذلك أشمل وأوسع في المعنى.²

وما تجدر الإشارة إليه هنا أن هناك فرق بين الكتابة الرسمية كشرط لانعقاد التصرف القانوني.³ فالكتابة الرسمية التي يقضيها القانون ضرورية وملزمة لإنشاء عقد البيع العقاري، وهذا تحت طائلة البطلان المطلق، فبدونها لا ينعقد العقد، ولا يجوز لأطراف العقد الاتفاق على ما يخالف ذلك.⁴

ب- تمييز الشكل الرسمي عن الشكل العرفي:

تطرق المشرع الجزائري إلى الشكل الرسمي والشكل العرفي في الباب السادس "إثبات الالتزام" الفصل الأول "الإثبات بالكتابة"، إلا أنه عند تعريفه للكتابة الرسمية والعرفية استعمل مصطلح "عقد"، والذي اعتبرنا أن استعماله في غير محله، وعليه سنستعمل في ضرب هذه المفارقة بين الكتابة الرسمية والكتابة العرفية مصطلح "محرر"⁵.

لقد نصت المادة 324 من القانون المدني الجزائري على أن: "العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

ونصت المادة 327 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن وقعه ما لم يذكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط وإمضاء، أما ورثته أي خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم يعلمون أنّ الخط أو الإمضاء هو من تلقوا منه هذا الحق".

¹ الهادي سليبي، إجراءات نقل الملكية العقارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي العربي التبسي، تبسة، الجزائر، 2007، ص 53.

² حسين بطيبي، أنواع الأوراق أو الكتابات -المحركات- مجلة الموثق، دورية متخصصة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 12، 2005، ص 39.

³ الهادي سليبي، إجراءات نقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 54.

⁴ حسين بطيبي، أنواع الأوراق أو الكتابات -المحركات- مجلة الموثق، العدد 12، دورية متخصصة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2005، ص 39.

⁵ الهادي سليبي، المرجع السابق، ص 54.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

يتبين لنا من خلال هاتين المادتين أن كل من الكتابة الرسمية والفردية تشكلان شكلا من أشكال العقود والتصرفات القانونية، إلا أن هناك اختلاف فيما بينهما من عدة أوجه وهو ما سنوضحه فيما يلي:

1- الفرق من حيث الشكل:

إنّ الكتابة الرسمية تختص بإصباغها على المحررات الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة، وهذا في حدود سلطتهم واختصاصهم ووفقا لما هو مقرر قانونا.¹ أما الكتابة العرفية فيحررها الأطراف فيما بينهم بصفتهم الخاصة خارج نطاق تدخل أي موظف مختص، إلا أن العنصر الوحيد الذي يهم صحة المحرر العرفي هو توقيع كل طرف أو من يمثله.²

2- الفرق من حيث الحجية في الإثبات:

تشكل المحررات الرسمية أو المحررات العرفية حجته على الكافة، من حيث صدورها ومن حيث موقعها، ولكن محتوى المحرر الرسمي لا يمكن الطعن فيه إلا عن طريق الطعن بالتزوير وهذا بالنسبة لما جاء على لسان محرر العقد فيما علمه بنفسه، أمّا ما صدر رواية عن الأفراد فيمكن دحضه بإثبات عكسه وفقا للقواعد المقررة في الإثبات. أمّا المحررات العرفية فيجوز طعن ما جاء فيها بإثبات العكس، ويستوي الأمر بين ما قرر موقع المحرر العرفي وما قرره رواية عن الغير.³

يضاف إلى ذلك أنّ تاريخ المحررات الرسمية يعتبر صحيحا إلى حين الطعن فيه بالتزوير، أما المحررات العرفية تكون حجة على موقعها، أما على الغير فلا تكون كذلك إلا ابتداء من يوم تسجيلها أو من يوم ثبوت مضمونها في عقد آخر حرّره ضابط عمومي، أو من يوم التأشير⁴ وعلى السند من طرف ضابط عمومي أو من يوم وفاة أحد أطراف العقد طبقا لنص المادة 328 من القانون المدني سالف الذكر.

ولا يفوتنا في هذا الصدد أن نشير إلى أنّ هناك عقود عرفية تقبل كدليل لإثبات الملكية العقارية ويتعلق الأمر بالعقود العرفية المسجلة بعد 1961/03/01 إلى غاية 1971/01/01.⁵

3- من حيث القوة في التنفيذ.

المحررات الرسمية لها الحجية لا تقبل مواجهتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير، وهذا ما نصت عليه المادة

179 من قانون

¹ بوغازي عبد السلام وولد المالك بصيري وبوخريسي فاروق، الاثبات بالكتابة في المواد المدنية، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 15، 2006-2007، ص 24.

² عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، دار هومة، دون جزء، الطبعة 4، الجزائر، 2006، ص 146.

³ الهادي سليبي، المرجع السابق، ص 56.

⁴ راجع: الغوثي بن ملحّة، المرجع السابق، ص 47-48.

بربارة عبد الرحمان، طرق التنفيذ من الناحيتين المدنية والجزائية، منشورات بغداددي، دون جزء، ط 1، الجزائر، 2009، ص 85.

⁵ عمار علوي، نفس المرجع السابق، ص 146.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

الإجراءات المدنية والإدارية " الادعاء بالتزوير ضد العقود الرسمية هو الدعوى التي تهدف إلى إثبات تزيف أو تغيير عقد سبق تحريره أو إضافة معلومات ضرورة إليه. وقد تهدف أيضا إلى إثبات الطابع المصطنع لهذا العقد، ويقام الادعاء بالتزوير بطلب فرعي أو بدعوى أصلية¹

أما المحررات العرفية لا تحوز القوة التنفيذية، تخضع إلى إجراء آخر هو اللجوء إلى القضاء، ودعوى التزوير توقع على الشكل والموضوع لأنها ليست لها صفة الرسمية، وتكسب هذه الأخيرة من خلال حكم قضائي حسب نص المادة 175 من قانون الإجراءات المدنية والادارية السابق الذكر.

ثانيا شروط صحة الشكل الرسمي وجزاء تخلفها في القانون الجزائري:

حتى يأخذ الشكل الرسمي الصبغة الرسمية ويكون له أثر قانوني، لا بد من توفر مجموعة من الشروط الأساسية وحتى يستمد وجوده القانوني، وفيما يلي نعرض هذه الشروط، ثم نبين أثر تخلفها والجزاء المترتب عليه.

أ- شروط صحة الشكل الرسمي في القانون الجزائري.

من خلال نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر يمكن أن نستخلص الأسس التي من خلالها تستمد المحررات الناقلة للملكية العقارية الصبغة الرسمية،² والتي يمكن إجمالها في النقاط الآتية:

1- صدور المحرر من موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة.

حتى نفصل في هذا الصدد لا بد من التعريف لكل من الموظف العام والضابط العمومي والشخص المكلف بخدمة عامة كما يلي:

الموظف العام:

عرفت المادة 04 من الأمر رقم 03-06 المؤرخ في 15 جويلية 2006 المتضمن القانون الأساسي للتوظيف العامة، حيث جاء فيها: " يعتبر موظفا كل عون عيّن في وظيفة عمومية دائمة ورسم في رتبة السلم الإداري ". من خلال استقراءنا لنص هذه المادة يتبين لنا أنّ الموظف شخص عين في وظيفة دائمة ورسم فيها بناء على التدرج التسلسلي في إدارات مركزية تابعة للدولة والمصالح الخارجية التابعة لهذه الإدارات والجماعات المحلية، وكذلك المؤسسات والهيئات العمومية.³

¹ القانون، رقم 09-08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريدة الرسمية رقم 21، الجزائر، الصادرة في 23 أبريل 2008.

² بوغازي عبد السلام وآخرون، المرجع السابق، ص 24.

³ دحدوح محمد، واجب الطاعة في الوظيفة العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، الجزائر، 2008-2009، ص 47-48.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

فالموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بإدارة شؤونها في مجال معين مثل: مدير أملاك الدولة، الوالي، إلى آخره.¹

الضابط العمومي:

هو شخص يتمتع بمؤهلات قانونية استنادا للشهادة الجامعية المتحصل عليها، يكلف بمهمة تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، مثاله المترجم والمحضر القضائي والموثق، هذا الأخير له دور في تحرير المحررات الناقلة للملكية العقارية.²

الشخص المكلف بخدمة عامة:

لم يعرف الفقهاء الشخص المكلف بخدمة عامة، وإنما اكتفى بإعطاء أمثلة عنه كالخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة، ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون.³

2- سلطة الموظف والضابط العمومي واختصاصاته في تحرير العقد الرسمي:

المحررات التي تصدر من الموظف أو الضابط العمومي لا تحمل طابعا رسميا، ولا تكون بينا ذات حجية ملزمة، وما لم تكن لهم السلطة في إصدارها، وأصحاب اختصاص في ذلك.

وهذا حسب ما جاء في المادة 324 من القانون المدني "..... في حدود سلطته واختصاصه"⁴

أ- سلطة الموظف أو الضابط العمومي في تحرير العقد الرسمي.

المقصود بالسلطة هي ولاية الموظف أو الضابط العمومي وأهليته في تحرير العقد الرسمي التي يجب أن تكون قائمة وقت تحرير العقد الرسمي.⁵

الولاية:

والتي يجب أن تكون قائمة وقت تحرير المحرر الرسمي، فلو قام الموظف أو الضابط العمومي قبل تعيينهما أو قبل أداءهما لليمين القانونية، أو بعد توقيفهما أو عزلهما عن العمل بتحرير أي محرر فإنه يقع باطلا.⁶

¹ حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، دون جزء، دون طبعة، الجزائر، 2009، ص 107.

² أحمد خليفة شرقاوي أحمد، القوة التنفيذية للمحررات الموثقة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، دون جزء، دون طبعة، الاسكندرية، مصر، 2007، ص 156.

³ حمدي باشا عمر، منازعات حول إثبات ونقل الملكية العقارية، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 1، 2001، ص 20.

⁴ يعي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دون جزء، ط2، 1988، ص 93.94.

⁵ وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، دون جزء، دون طبعة، الجزائر، 2009، ص 95.

⁶ حيث نجد نص المادة 10 من القانون رقم 88-27 المتضمن تنظيم التوثيق المؤرخ في 12/07/1988 ما يلي: "يؤدي الموثق قبل الشروع في ممارسة مهنته أمام المجلس القضائي لمحل إقامته المهنية اليمين الاتية" الجريدة ر، العدد 28، الصادرة في 13/07/1988.

الأهلية:

يعتبر الموظف العام أو الضابط العمومي أهل لتحرير جميع المحررات التي تدخل ضمن اختصاصيهما، لكن هناك حالات منع وتنافي يمتنع فيها الموظف العام أو الضابط العمومي عن ممارسة مهامهما.

_ حالات المنع المنصوص عليها بموجب المواد 19 إلى 22 من القانون رقم 02-06 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم التوثيق.

_ حالات التنافي منصوص عليها في المواد من 23 إلى 25 من القانون رقم 02-06 السالف الذكر.

_ كما نص المشرع على حالات التنافي بالمواد 15 إلى 17 من القانون رقم 27-88 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن تنظيم التوثيق.

من خلال الاطلاع على هذه النصوص نجد أن المشرع وقع في خلط بين حالات المنع والتنافي حيث نص على حالات التنافي بموجب القانون رقم 27-88 وهي في الواقع حالات المنع،¹ ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 15 من نفس القانون " لا يمكن أن يستلم الموثق قانون العقد الذي:

1- يكون طرفاً معيناً ممثلاً أو مرخصاً له بأية صفة كانت.

2- يتضمن تدابير لفائدته".

وقد استدرك المشرع الأمر بموجب القانون رقم 06-02 المتضمن تنظيم التوثيق، وبذلك من خلال تحديد حالات المنع بموجب المواد من 19 إلى 22 حيث تنص في المادة 19 من القانون نفسه ما يلي: " لا يجوز للموثق أن يتلقى العقد الذي:

1- يكون فيه طرفاً معيناً أو ممثلاً أو مرخصاً له بأية صفة كانت.

2- يتضمن التدابير لفائدته".²

كما حدد المشرع حالات التنافي في المواد من 23 إلى 25 من القانون رقم 02-06 ومن بين حالات التنافي ما نصت عليه المادة 23 فيما يتعلق بالحالات التي تتنافى وممارسة مهنة التوثيق والتي من بينها العضوية في البرلمان أو رئاسة أحد المجالس الشعبية المنتخبة والى آخره.³

ب- اختصاص الموظف أو الضابط العمومي في تحرير العقد الرسمي:

سبق القول إن العقد الرسمي حتى يكون صحيحاً ورسمياً، لا بد أن يصدر عن موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، لكن القانون رقم 02-06 المتضمن تنظيم التوثيق أضفى على الموثق صفة

¹ الهادي سليبي، المرجع السابق، ص 59.

² وسيلة وزاني، المرجع السابق، ص 98.

³ عبد الرحمان دحمان صبايحية، مهنة التوثيق، مجلة الموثق، دورية متخصصة صادرة عن الفرقة الوطنية للموثقين، العدد 01، 2001، ص 42، 43.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

الضابط العمومي،¹ وخوله تحرير العقود التي فرض فيها المشرع الشكلية وحدد القانون صيغتها الرسمية،² ومنه يكون الموثق هو الشخص المؤهل لتحرير عقد البيع العقاري، ولهذا يجب أن يكون الموثق مختصا من حيث المكان، نوع العمل الذي سيقوم به.

ب 1- الاختصاص النوعي:

لقد منحت المادة 03 من قانون التوثيق رقم 02-06 السالف الذكر الاختصاص النوعي للموثق في تحريره للعقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية.

فالموثق لا يستطيع مباشرة مهامه إلا بعد حصوله على قرار التعيين، وتأدية اليمين المنصوص عليها في المادة 08 من القانون رقم 02-06 وكذا إيداع توقيعه بكتابه شطب المحكمة، فاذا عزل عن مهامه أو أوقف، ولو مؤقتا أو نقل من مكان اختصاصه إلى مكان آخر، وكان المعني بالأمر عالما بالعزل والتوقيف والنقل كانت العقود التي يحررها باطلة من وقف العزل أو التوقيف أو النقل وتأخذ مرتبة العقود العرفية لأن الشخص الذي قام بتحريرها غير مختص من حيث المكان والنوع.³

ب 2- الاختصاص المكاني:

كان للموثق في ظل الأمر المتضمن مهنة التوثيق،⁴ اختصاص إقليمي، يتحدد بدائرة اختصاص المحكمة التي يباشر فيها عمله، إلا أن القانون رقم 02-06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق⁵ نص صراحة على أن اختصاص مكتب التوثيق يمتد إلى كامل التراب الوطني، حيث جاء في المادة 02 منه ما يلي: " تنشأ مكاتب عمومية للتوثيق تسري عليها أحكام هذا القانون والتشريع المعمول به، ويمتد اختصاصها الإقليمي إلى كامل التراب الوطني".

يتضح من خلال هذه المادة أنّ الاختصاص الإقليمي للموثق يمتد إلى كامل التراب الوطني لكن ليس معنى ذلك أن يباشر الموثق نشاطه في أي مكان شاء عبر التراب الوطني، وأن يقوم بنقل مكتبه حيثما شاء، بل هو مقيد بالعمل في مكتبه، فلا يجوز له التنقل وتلقي العقود خارج مكتبه إلا للضرورة المبررة قانونا، كما هو مقيد بدائرة اختصاص المحكمة التي يوجد فيها مكتب التوثيق الذي يباشر عمله به، فلا يجوز له نقل مكتبه خارج

¹ عرفته المادة 03 من القانون رقم 02-06 على أنه: "الموثق ضابط عمومي، مفوض، من قبل السلطة العمومية يتولى تحرير العقود التي يشترط فيها القانون الصيغة الرسمية وكذا العقود التي يرغب الأشخاص اعطاءها هذه الصيغة".

² عمار نكاح، المرجع السابق، ص 52-54.

³ وسيلة وزاني، المرجع السابق، ص 98.

⁴ الأمر، رقم 70-91 المتضمن مهنة التوثيق، المؤرخ في: 15/12/1970.

⁵ الأمر رقم 02-06 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، المؤرخ في 20/02/2006، الجريدة الرسمية، الجزائر، رقم 14 الصادرة في

08/03/2006، الجريدة الرسمية، الجزائر، رقم 14 الصادرة في 08/03/2006.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

اختصاص المحكمة الواقع بها، مع أنه يجوز له نقل مقر المكتب إلى أي مكان يختاره على أن يكون هذا المكان واقعا في دائرة اختصاص المحكمة التابعة لها مكتبه.¹

3- وجوب تحرير العقد الرسمي وفقا للأشكال القانونية:

يقصد بذلك أنه يجب تحرير المحررات الرسمية وفقا لشكليات محددة بموجب التشريع المعمول به، لأن هذه الشكليات هي التي تضي على المحررات طابعا رسميا، فتكون بذلك صحيحة، ولا مجال للارتياح حول صحة مضمونها مما يوحى بالثقة والاطمئنان إليها.²

وبالتالي يعتبر البيع العقاري صحيحا إذا تم وفقا للأشكال القانونية طبقا لما نصت عليه المادة 324 من القانون المدني، وتبيان هذه الأشكال يقتضي منا:³

أ- تحديد البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد.

ب- البيانات الخاصة بشكل العقد.

ج- البيانات الخاصة بموضوع العقد

أ- تحديد البيانات الخاصة بالأشخاص المتدخلين في تحرير العقد:

وهم الموثق، البائع والمشتري، الشهود، وأحيانا المترجم إذا كان أحد أطراف العقد أو كلامها لا يتكلم اللغة العربية.

الموثق:

باعتباره ضابط عمومي يتولى تحرير العقود الرسمية المتعلقة بالعقار، طبقا للبيانات التي حددها القانون،⁴ يجب أن يذكر اسمه ولقبه ومقر إقامته، وفي الحالة التي ينوب فيه عند أحد زملائه فإنه يجب أن يشار إلى ذلك على كل عقد وقعه الموثق أو النائب، ويبقى الموثق الأول مسؤولاً من حيث الموضوع عن العقد الذي حرره نائبه.⁵

¹ الهادي سليبي، المرجع السابق، ص 61.

² يحي بكوش، المرجع السابق، ص 61.

³ عمار بوحلاسة، تقنيات تحرير العقد الرسمي، مجلة الموثق، دورية متخصصة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 01، الجزائر، 2001، ص 35-36.

⁴ بوشامة كريمة وزينب جعيلب، شهر التصرفات العقارية، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 16، الجزائر، 2007-2008، ص 31.

⁵ المادتين 33-34 من القانون رقم 27-88، السابق الذكر.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

البائع والمشتري:

يجب على طرفي العقد في البيع العقاري ذكر الاسم واللقب والصفة بانعا كان أو مشتريا والمسكن وتاريخ الميلاد، وإذا كان أحد أطراف أو كلاهما موكلا لإبرام العقد فيجب أن يقدم الوكالة في شكل رسمي.¹

الشهود:

يجب ذكر الاسم واللقب والصفة، المسكن، وإذا لم يكن شهود كان العقد باطلا، وهذا ما قضت به 324 مكرر 03 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر ولا بد أن نشير إلى أن شهود العقد الرسمي 03 أنواع وهي:

1- شهود التعريف (شهود الإثبات، شهود التأكيد):

أجاز القانون للموثقين والقضاة وغيرهم الاستعانة بما يعرف بشهود التعريف، وهذا حال جهلهم لحالة وأسماء وألقاب وإقامة الأطراف المتعاقدة أو المتنازعة.²

وعليه يمكن القول إن شهود التعريف يساهمون في الكشف عن هوية الأطراف، ويشترط في شهود التعريف أن يكونوا معروفين، وبالغين، ويتمتعون بالأهلية المدنية الكاملة، وأن يحسنوا التوقيع.³

2- شهود العدل (شهود العقد):

وهم الذين يساهمون في إنشاء العقد وتكوينه، وشهادتهم واجبة في العقود الاحتفالية تحت طائلة البطلان عمالا لنص المادة 324 مكرر 03 من القانون المدني ومثالها الهبة، التنزيل، الوصية، الوقف، الزواج، فهذه الأنواع من العقود يكون حضور شهود العدل ضروري.⁴

3- شهود التعريف:

ليس لهم أية قيمة قانونية في العقد وإنما يحضرون على سبيل التشريف ليس إلا كحضور إخوة الزوجة في عقد الزواج وتوقيعهم مع شاهدي العقد والأطراف الآخرين.⁵

المترجم:

وفي بعض الأحيان يكون أحد الأطراف أو كلاهما لا يعرف اللغة العربية، ففي هذه الحالة يجب اللجوء إلى مترجم باعتباره يلعب دورا في تحرير هذا العقد، فإنه يجب لزوما ذكر اسمه ولقبه وموطنه.⁶

¹ عبد الرزاق السنهوري، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 109.

² الهادي سليبي، المرجع السابق، ص 64.

³ يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، دار هومة، دون جزء، دون طبعة، الجزائر، 2004، ص 51، 52.

⁴ حمدي باشا عمر، منازعات حول إثبات ونقل الملكية العقارية، المرجع السابق، ص 21.

⁵ يحي بكوش، المرجع السابق، ص 106.

⁶ جودي عمر، الترجمة عمل نبيل وعلى المترجم أن يكون حافظا للأسرار وحيادي، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الفرقة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 13، 2005، ص 32.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ب- البيانات الخاصة بشكل العقد:

نجد أنّ المادة 18 من القانون رقم 88-27 من قانون التوثيق السالف الذكر تشترط شروط شكلية لا بد من توافرها في العقد التوثيقي المتعلقة بعملية البيع العقاري. وفي كل الحالات تحرر العقود باللغة العربية، وفي شكل واحد تستعمل قراءته ودون اختصار أو نقص أو كتابة بين الأسطر، وتكتب المبالغ والشهر والسنة واليوم.¹

وعليه يجب أن يحتوي العقد الرسمي على بيانات معينة حتى يكون رسمياً وهي:²

- _ وجوب تحرير العقد باللغة العربية بطريقه واضحة.
- _ يجب ألا يستعمل الاختصار، بل يجب كتابة الكلمات والأسماء كاملة.
- _ يجب ألا يترك بياض، إذ يجب ملء البياض بخط مستقيم.
- _ يجب أن يكتب تاريخ تحرير العقد بالأحرف كذلك (السنة، الشهر، اليوم).
- _ يجب أن يكتب الثمن بالأحرف، ولا مانع من كتابته بالأرقام إلى جانب الأحرف.
- _ يجب كتابة الإحالات في حالة وجودها على هامش الصفحة، أو في نهايتها، ويجب أن يوقع على ذلك كل من الموثق، الأطراف والشهود في الأحرف الأولى من أسمائهم.
- _ يجب حصر عدد الكلمات المشطوبة إن وجدت في النهاية ويجب أن يتم المصادقة عليها من طرف الموثق، الأطراف، الشهود.

ج- البيانات الخاصة بموضوع العقد:

وهي التي تتعلق بالتصرف القانوني الثابت في العقد، ففي عقد البيع العقاري يجب أن يذكر في العقد تاريخ إبرامه، ويحدد هذا التاريخ باليوم والشهر والسنة ومكان إبرامه.³ كما يتعين ذكر طبيعة وحالة ومضمون وحدود العقار، وذكر أصل الملكية⁴ بالنسبة لبائع العقار أي ذكر المالك السابق وذكر اكتساب البائع لهذا العقار، وهذا ما يتضح من نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري سالف الذكر.

¹ حسين بطيحي، برهان القاضي والمتقاضى، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الفرقة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 13، 2005، ص 35.

² عمر بوحلاسة، المرجع السابق، ص 38.

³ وسيلة وزاني، المرجع السابق، ص 99.

⁴ المقصود بأصل الملكية: هي المصادر والمراجع التي اكتسب بها المالك أصل الملكية خصوصاً في العقارات والحقوق العقارية الأخرى كالرهن الرسمي، وحق الانتفاع، وحق الاختصاص والامتيازات بشكل عام.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ويذكر إلى جانب ذلك الثمن الذي تلقاه الموثق من المشتري طبقا لما تقتضي به المادة 324 من القانون المدني الجزائري.¹

فإذا تم ذكر جميع البيانات وجب على الموثق قبل أن يوقع ذوو الشأن على العقد أن يتلو عليهم الأحكام التشريعية الخاصة بالضرائب ليبين لهم الأثر القانوني المترتب على التصرف الذي يقدمون عليه. وقد جرت العادة، بل يشترط القانون أن يقرأ الموثق أيضا النص الكامل للعقد الذي حرره حتى يكونوا على دراية كاملة بمحتواه، فإذا تم ذلك وقع الموثق على العقد ووقع معه الأطراف والشهود وفقا لما تقتضي به المادة 324 مكرر 02 من القانون المدني الجزائري السالف الذكر، ووقع معهم المترجم إن وجد بالنسبة للأطراف والشهود، ويمكن أن يكتفي الموثق ببصماتهما إذا كان أحدهما أو كلاهما لا يعرفون القراءة، ولا يستطيع التوقيع.²

بل ويمكن الاستغناء عن البصمات إذا كان هناك مانع قاهر كما تنص عليه المادة السالفة الذكر، وفضل عن ذلك، إذا كان الضابط العمومي يجهل الاسم والحالة والسكن والأهلية المدنية للأطراف يشهد على ذلك شاهدان بالغان.

ب- جزاء تخلف شروط صحة الشكل الرسمي في القانون الجزائري:

إذا توافرت الشروط الشكلية المنصوص عليها قانونا في المحررات الرسمية، فإن هذه الأخيرة تعتبر صحيحة ومنتجة لأثارها باستثناء الأثر الناقل للملكية العقارية الذي يتم بعد شهر المحرر على مستوى المحافظة العقارية.³

لكن إذا اختل شرط من تلك الشروط أو كلها اعتبر المحرر باطلا، كأن يتم تحرير المحرر المتضمن نقل ملكية عقار من طرف أشخاص غير أولئك المنصوص عليهم في المادة 324 من القانون المدني الجزائري، أو يكون القائم بتحرير المحرر غير مختص من حيث الزمان أو من حيث الموضوع أو لم يتم مراعاة الأوضاع المنصوص عنها قانونا.⁴

وما تجدر إليه الإشارة في هذا الصدد وهو التفريق بين البيانات القانونية الجوهرية التي يترتب عنها البطلان، وبين البيانات الغير جوهرية والتي يترتب عنها البطلان.⁵

¹ عمر بوحلاسة، المرجع السابق، ص 36.

² عمر بوحلاسة، المقال السابق، ص 38.

³ بن حركات اسمهان، ملكي زرفة، أدلة الاثبات ذات الحجية المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة تخرج، المدرسة العليا للقضاء، دفعة 16، 2006، 2007، ص 21.

⁴ الهادي سليبي، المرجع السابق، ص 63.

⁵ الهادي سليبي، المرجع نفسه، ص 63.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

حيث تعتبر بيانات جوهريّة في المحرر الرسمي، اسم ولقب الموثق وأصحاب الشأن والشهود والمترجم عند الاستعانة به وتوقيعاتهم، كما يجب أن يتم التحرير باللغة العربية، إثبات حضور الشاهدين أثناء توقيعهم، ذكر مكان وتاريخ تحرير المحرر باليوم والشهر والسنة، وتبيان المحرر قد تلي وشرح جميع الآثار والالتزامات التي على الأطراف الخضوع لها، ويجب وضع الختم الخاص بالموثق على الصور التنفيذية والنسخ والخلاصات، وفي حالة الإنابة لا بد من الإشارة على ذلك على كل أصل عقد، ثم ... يوقع المحرر من قبل الموثق الذي ينوب زميله.¹

المبحث الثاني: ماهية المفقود.

تعتبر حالة الفقد إحدى الحالات الشائعة قديما وحديثا، وتختلف أسبابها باختلاف الظروف فمنها ما هو متصل بالحروب والكوارث الطبيعية كالزلازل والفيضانات وغيرها، ومنها ما يتعلق بالغيبة في ظروف عادية، وسبب حالات الفقد هاته توجب على المشرع ضبط قواعد قانونية تحتوي من مستهم هذه الظروف سواء بالنسبة للمفقود ذاته أو ذوي المصلحة من أهله وغيرهم، وسنحاول من خلال هذا المبحث تحديد ماهية المفقود وذلك بتحديد مفهومه من خلال تعريفه وتمييزه عن ما يشابهه من مفاهيم وكذلك من خلال التطرق للقواعد الاجرائية للتصريح بالفقد والوفاة وذلك بالترتيب التالي:

المطلب الأول: مفهوم المفقود.

المطلب الثاني: الإجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالفقد والوفاة.

المطلب الأول: مفهوم المفقود.

لدراسة مسألة المفقود لا بد أن نعطي لمحة عليه وذلك بالتطرق بالفرع الأول إلى تعريفه من خلال الجانب الفقهي والقانوني وفي الفرق الثاني سنتناول فيه التمييز بينه وبين ما يشابهه من مفاهيم.

الفرع الأول: تعريف المفقود:

من خلال هذا الفرع سنتكلم عن تعريف المفقود لغة، وفقهيا، وقانونيا، كالتالي:

أولا: تعريف المفقود لغة:

المفقود لغة من الفعل فقد وهو من القول فقد الشيء يفقده فقدا وفقدانا وفقودا، فهو: مفقود وفقيد، عدمه وأفقده الله إياه.

والفاقد من النساء التي يموت زوجها وحميمها.

والعرب تقول: تزوجت فاقدًا وتزوج مطلقًا.

¹ حسين بطيحي، صدور المحرر أو الورقة من طرف الموثق، مجلة الموثق، دورية متخصصة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر. العدد 13، 2005، ص35.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

والتفقد: تطلب ما غاب من الشيء.¹

وفي التنزيل قوله تعالى: "وتفقد الطير فقال مالي لا أرى الهدهد أو كان من الغائبين."²

وتفاقد القوم أي فقد بعضهم بعضاً.³

ثانياً: تعريف المفقود اصطلاحاً:

أ- في الفقه الإسلامي:

1- عند الأحناف

عرّف الفقهاء الحنفية المفقود بأنه: "اسم لموجود هو حي باعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله وأهله في طلبه يجدون لخباء أثر مستقرة لا يجدون فقد انقطع عليهم خبره واستتر عليهم أثره وبالجد ربما يصلون إلى المراد وربما يتأخر اللقاء إلى يوم الثناء"⁴. "وعرف الكاساني المفقود بأنه: "اسم لشخص غاب عن بلده ولا يعرف خبره أنه حي أم ميت"⁵

وعرف ابن عابدين المفقود بأنه: "غائب لم يدر أحي هو فيتوقع قدومه أم ميت أودع اللحد البلقع أي: القبر."⁶ ومن خلال هذه التعاريف نجد أنّ فقهاء المذهب الحنفي قد اختلفوا في تعريف المفقود في أمر جهل مكانه، فممنهم من حصر الجهل في جهل الحياة والموت، وهذا يدخل في حكمه الأسير الذي هو معلوم مكانه، لكن مجهول أمر حياته من وفاته، أما البعض الآخر فإنه عمم الجهل على الحياة والوفاة والمكان، وهنا الأسير لا يدخل في حكم المفقود لأن مكانه معروف.

2- عند المالكية:

عرّف المالكية المفقود: "هو الذي يغيب ويقطع أثره، ولا يعلم خبره."⁷

وعرفه ابن عرفة أيضاً بقوله: "المفقود من انقطع خبره غير ممكن الكشف عنه فيخرج الأسير والمحبوس الذي لا يستطيع الكشف عنه."⁸

¹ ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، المجلد 05، ص. 3443، 3444.

² سورة النمل، الآية 20.

³ ابن منظور، المرجع السابق، ص. 3444.

⁴ السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، الجزء 11، دون طبعة، ص. 34.

⁵ الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، لبنان، الجزء 8، دون طبعة، ص. 313.

⁶ ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الكتب العلمية، الجزء 6، ط 6، بيروت، لبنان، 1994، ص. 456.

⁷ الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقد المالكي وأدلته، مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء 3، دون طبعة، لبنان، دون سنة النشر، ص. 101.

⁸ أبي عبد الرحمان بن محمد بن عبد الرحمان الغرياني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، الجزء 5، 1995، ص. 495.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

فالمالكية يعتبرون المفقود هو الشخص الذي انقطع خبره نهائياً، ولكن بالبحث يمكن أن نكشف مكانه ونجده، حيث يشترط المالكية جهل مكان المفقود بالإضافة إلى جهل الحياة أو الوفاة، وبالتالي فإن الأسير يخرج من حكم المفقود لأن مكانه معروف.

3- عند الشافعية:

المفقود عند الشافعية هو: "الذي انقطع خبره وجهل حاله في سفر أو حضر في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرها، وله مال، وفي معناه: الأسير الذي انقطع خبره، فإن قامت بينة على موته قسم ميراثه."¹ من خلال هذا التعريف نجد أنّ الشافعية اعتبروا أن المفقود هو كل شخص انقطع خبره وجهل حاله، أي لم يعلم أهله بحياته أو مماته وإن كان مكان فقده معلوم، كما أنهم يعتبرون الأسير أيضاً مفقود، فهم لا يشترطون جهل المكان لاعتبار الشخص مفقود، بل يكفي انقطاع خبره وجهل حياته أو مماته، على خلاف المالكية، وبعض الحنفية الذين يعتبرون جهل المكان ضرورياً لاعتبار الشخص مفقود.

4- عند الحنابلة:

عرف فقهاء المذهب الحنبلي المفقود بأنه: "من لا تعلم له حياة وموت لانقطاع خبره، وقد اعتبر كل من الأسير الذي هو معلوم من حاله أنه غير ممكن المجيد إلى أهله والتاجر الذي خرج للتجارة والسائح الذي قد يختار المقام ببعض البلاد النائية عن بلده، وطلب العلم، يغلب الظن في هذه الأحوال ونحوها السلامة مفقوداً."² ويعرف المفقود كذلك بأنه: "من غرق مركبه فسلم قوم دون قوم، أو فقد من بين أهله كمن خرج إلى الصلاة فلا يعود، أو يخرج إلى حاجة قريبة غلا بعود، أو فقد في مغازه مهلكة كمغازه الحجاز، أو فقد بيت الصفيين حال التحام القتال."³

من خلال هذه التعريفات نجد أن الحنابلة قد اعتبروا أن المفقود هو الشخص الذي تجهل حياته أو وفاته، كما أنهم اعتبروا الأسير أيضاً مفقود، حيث لا يرون أن الجهل المكان شرطاً ضرورياً لاعتبار الشخص مفقود، وبذلك فقد وافق الحنابلة الشافعية في ضرورة جهل الحياة أو الوفاة لكي يعتبر الشخص مفقود، واختلفوا مع المالكية في أمر جهل المكان، فالحنابلة لا يشترطون الجهل بمكان المفقود، أما المالكية فيشترطون ذلك.

¹ الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، الجزء 6، الطبعة 3، دون بلد، 1991، ص 34.

² المرادوي دمشقي الصالحي الحنبلي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف عن مذهب الامام أحمد بن حنبل، دار احياء التراث العربي، الجزء 9، ط 1، بيروت، لبنان، 1998، ص 11.

³ المهوتي، كشاف القناع على فسخ الإقناع، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الجزء 1، طبعة خاصة، الرياض، السعودية،

2003، ص 22.49.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

وبالمقارنة بين تعريفات المذاهب الفقهية الأربعة للمفقود نجد أنها تصب في مصب واحد، لكن هناك اختلافات قليلة بينها، فقهاء الشافعية والحنابلة وبعض من الحنفية اعتبروا الجهل بالحياة أو الوفاة كافيا لاعتبار الشخص مفقودا وادخلوا الأسير ضمن ذلك واعتبروه مفقودا كذلك، أما فقهاء المالكية والبعض الآخر من الحنفية اشترطوا جهل المكان بالإضافة لجهل الحياة أو الوفاة لاعتبار الشخص مفقود، وبالتالي فالأسير عند هؤلاء يخرج من حكم المفقود.

5- عند بعض الفقهاء المعاصرين:

عرف الدكتور عبد الكريم بن محمد اللاحم المفقود بأنه: "الآدمي الذي يختفي وينقطع خبره فلا يعلم له حياة ولا موت."¹

كما عرفه الصابوني بأنه: "هو الغائب الذي انقطع خبره وخفي أثره، فلا يدري أحي هو أم ميت."² وعرفته الدكتورة مريم أحمد الداغستاني بأنه: "هو الغائب الذي انقطع خبره، فلا يدري أحي هو أم ميت."³ وبالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها اتخذت نفس المعايير لاعتبار الشخص مفقوداً، فقد اعتبرت أن الشخص الذي ينقطع خبره عن أهله ولا تعرف حياته من موته هو شخص مفقود تجري عليه الأحكام المتعلقة بالمفقودين، وهذه التعريفات طبعا قد استسقاها الدكاترة من التعريفات والأحكام الفقهية التي تضبط المفقود في الفقه الإسلامي.

ب- تعريف المفقود قانونا:

لقد نص القانون المدني الجزائري على المفقود وذلك في المادة 31 منه وجاء فيها: "تجري على المفقود والغائب الأحكام المقررة في التشريع العائلي."⁴

ومن مفهوم المادة نجد أن القانون المدني الجزائري قد أحال مسألة المفقود إلى قانون الأسرة الجزائري، حيث نظم قانون الأسرة أحكام المفقود والغائب في الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية في الفصل السادس من المواد 109 إلى 115 قانون الأسرة الجزائرية.

¹ عبد الكريم بن محمد اللاحم، الفرائض، مكتبة المعارف، دون جزء، ط 1، الرياض، السعودية، 1976، ص 169.

² محمد علي الصابوني، المواثيق في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الحديث خلف الجامع الأزهر، دون جزء، دون طبعة، مصر، دون سنة نشر، ص 205.

³ مريم أحمد الداغستاني، المواثيق في الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة والعمل عليه في المحاكم المصرية، دون جزء، طبعة 2007، القاهرة، مصر، ص 104.

⁴ الأمر رقم 58-75 السالف الذكر، المادة 31.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

1- تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائرية:

وقد عرفت المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري المفقود بأنه: "المفقود هو الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"¹. ويستفاد من هذا النص أن الشخص لا يعد مفقودا إلا بعد توافر شرطين الأول موضوعي وهو عدم معرفة مكانه وحياته من موته، الشرط الثاني وهو صدور حكم قضائي يعلن حالة الفقد.²

2- تعريف المفقود في القوانين الاستثنائية:

لقد نصت المادة 02 من الأمر 03-02 على أنه: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001.

_ يصبح متوفي بوجود حكم على شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية، وتعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث."³ كما نصت المادة 02 من قانون 06-03 على أنه: "بغض النظر عن أحكام قانون الأسرة تسري الأحكام الواردة أدناه على مفقودي الزلزال المذكور في المادة أعلاه".

متوفي بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا الزلزال ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية. تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الأبحاث."⁴

ويتضح من مفهوم المفقود في القوانين الاستثنائية من خلال هاتين المادتين أنه يجب توافر مجموعة من الشروط لاكتسابه صفة المفقود وهي كما يلي:

- 1- أن يكون موجودا أثناء وقوع الزلزال والفيضانات و يثبت ذلك.
- 2- ألا يظهر عليه أثر ولم يعثر على جثته بعد عمليات البحث والتحري يجريه الأمن.
- 3- أن تقوم الضبطية القضائية بإعداد محضر معاينة بفقدان الشخص بعد انتهاء عملية البحث والتحري.⁵

¹ المادة 109 من الأمر رقم 84-11 السابق الذكر.

² شوقي بناسي، نظرية الحق في القانون الوطني الجزائري، دون طبعة، دون جزء، دون بلد، دون سنة نشر، ص 238.

³ الأمر، رقم 03-02، المؤرخ في 25 فبراير 2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، الجريدة الرسمية عدد 15، 2002، ص 26.

⁴ قانون رقم، 06-03 المؤرخ في 14 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، الجريدة الرسمية، عدد 37، 2003، ص 09.

⁵ شبياكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

كما جاء أيضا في تعريف المفقود في القوانين الاستثنائية تعريفه أثناء ضحية المأساة الوطنية والذي في المادة 29 من الأمر 01-06 والذي جاء فيها: "بغض النظر عن الأحكام المنصوص عليها في قانون الأسرة، تطبيق الأحكام الواردة في هذا القسم على المفقودين المذكورين في المادة 28 أعلاه."

وجاء في المادة 30 من هذا الأمر: "كل شخص انقطعت أخباره ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى، تعد الشرطة القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني على إثر عمليات البحث."

وجاء في المادة 27 من هذا الأمر: "يعتبر ضحية المأساة الوطنية الشخص الذي يصرح بوفاته في الظرف الخاص الذي نجم عن المأساة الوطنية التي فصل الشعب فيها بكل سيادة من خلال الموافقة على الميثاق من أجل السلم والمصالحة الوطنية."¹

ومن خلال هذه المواد لاعتبار الشخص مفقودا في الأمر المتعلق بميثاق السلم والمصالحة الوطنية يجب:

- 1- انقطاع أخبار الشخص المفقود وعدم العثور على جثته بعد عمليات بحث وتحري بكل الوسائل والطرق.
- 2- إعداد محضر معاينة من قبل الشرطة القضائية في حق الشخص المفقود بعد البحث عليه والتحري.
- 3- أن تكون حالة الفقدان قد تمت إثر ظروف المأساة الوطنية.

3- تعريف المفقود في بعض التشريعات العربية:

المفقود في القانون العراقي:

"المفقود هو الغائب الذي انقطعت أخباره ولا تعرف حياته أو مماته."²

المفقود في القانون السوري:

"المفقود هو كل شخص لا تعرف حياته أو مماته أو تكون حياته محققة ولكن لا يعرف له مكان، ويعتبر كالمفقود الغائب الذي منعت ظروف قاهرة من الرجوع إلى مقامه أو إدارة شؤونه بنفسه، أو بوكيل عند أكثر من سنة وتعطلت بذلك مصالحة أو مصالح غيره."³

المفقود في القانون المصري:

تقيم المحكمة وكيلا عن الغائب كامل الأهلية في الأحوال الآتية: متى كانت قد انقضت مدة سنة أو أكثر على غيابه ويترتب على ذلك تعطيل مصالحه.
أولا: إذا كان مفقودا لا تعرف حياته أو مماته.

¹ الأمر رقم 01-06 المؤرخ في 27 فبراير 2006، يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، الجريدة الرسمية عدد 11، 2006، ص 06.

² المادة 67 من القانون المدني العراقي.

³ المادة 202 من قانون الأحوال الشخصية التونسي.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ثانيا: إذا لم يكن له محل إقامة ولا موطن معلوم أو كان له محل إقامة أو موطن معلوم خارج المملكة المصرية واستحال عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو أن يشرف على من ينيبه في إدارتها.¹

المفقود في مجلة الأحوال الشخصية التونسية:

"عرفت المادة 81: المفقود كل من انقطع خبره ولا يمكن الكشف عنه ميتا."

ملاحظة: تتفق جل التشريعات العربية مع المشرع الجزائري في كون المفقود هو كل من انقطعت أخباره فلم تعلم حياته من مماته، وتتفق أيضا في مسألة صدور حكم قضائي يعلن وفاته.²

الفرع الثاني: تمييز المفقود عن ما يشابهه من مفاهيم:

يتداخل مفهوم المفقود مع مفاهيم أخرى على غرار الغائب والأسير والسجين والمحبوس، وهذا ما جعل الفقه والقانون يختلفان بشأن التمييز عن كل هذه المفاهيم، لذا سنحاول من خلال هذا الفرع الوقوف على ضبط مفهوم المفقود من خلال تمييزه عن الغائب من جهة وتمييزه عن الأسير والمحبوس من جهة أخرى.

أ- تمييز المفقود عن الغائب:

لقد عرّف القانون الجزائري الغائب في المادة 110 من قانون الأسرة كما يلي: "الغائب الذي منعه الظروف القاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة، وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود."

ما يمكن استنتاجه من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري قد وضع ثلاثة شروط لاعتبار الشخص في حكم الغائب وهي:

1- الغيبة: ويقصد بها مغادرة محل الإقامة المعتاد.

2- الظرف القاهر: الظرف القاهر يقصد به في هذا المقام القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهو حادث أجنبي عن الشخص لا بد له فيه غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، وعليه يجب أن يتوفر فيه شرطين لاعتباره كذلك.³

عدم إمكانية التوقع: يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي غير ممكن التوقع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى ولو استحال دفعه لم يكن قوة القاهرة أو حادثا فجائيا.⁴

¹ المادة 74 من قانون الولاية المصري على المال المصري.

² المادة 81 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية.

³ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، الجزء 1، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2004، ص 234.

⁴ Christian la parya de Deschamps. Droit des obligations ; paris, édition marketing S. A 1998. P : 114.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ويجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمر، فالمعيار هنا موضوعي لا ذاتي بل هو معيار لا يكتفي فيه بالشخص العادي ويتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقا لا نسبيا. ولا يكون الحادث ممكن التوقع لمجرد أنه سبق وقوعه فيما مضى، فقد يقع حادث في الماضي ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل، إذا كان من القدرة بحيث لا يقوم سبب خاص لتوقع حدوثه.

استحالة الدفع:

ويجب أيضا أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإذا أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن قوة القاهرة أو حادثا فجائيا، كذلك يجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وأن تكون الاستحالة مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة إلى المدين وحده، بل استحالة بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين.¹

3- المدة:

لا بد من مرور سنة على غياب الشخص لاعتباره غائبا، وهذا يعني أنّ انقطاع الظرف القاهر قبل مرور سنة لا يضع الشخص في مركز الغائب.

باستقراء المواد 109 و110 من قانون الأسرة الجزائري نستنتج ما يلي:

1- كل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود، ودليل ذلك أنّ المشرع الجزائري استخدم في تعريفه للمفقود مصطلح الغائب بقوله: "المفقود هو الشخص الغائب" وبالتالي فإن مفهوم الغائب يستغرق مفهوم المفقود والعكس غير صحيح.

2- الشخص المفقود هو الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته ولا موته، في حين أنّ الغائب حياته مؤكدة ومكانه معروف وهذا يكون المشرع الجزائري قد تبنى التمييز المعتمد في الفقه الإسلامي بين الغائب والمفقود والقائم على أساس الشك الذي يكتشف حياة الشخص.

3- حالة الفقد تنتهي إما بالموت الحقيقي أو الحكي، وذلك بعد مرور أربع سنوات من صدور الحكم بالفقد في الحروب والحالات الاستثنائية، ويترك في ظل الحالات العادية أمر تقدير المدة للسلطة التقديرية للقاضي بعد مرور نفس المدة، في حين أنّ الغائب حياته مؤكدة وبالتالي فلا يمكن استصدار حكم بموته بعد مدة معينة من الغياب.

4- يشترط لاعتبار الشخص غائبا من الناحية القانونية إثبات الظرف القاهر، غير أنّ اعتبار الشخص مفقودا غير مرهون بهذا الشرط.

¹ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نفس المرجع السابق، 336-337.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

5- اعتبار الشخص غائبا من الناحية القانونية يتوقف على إثبات الضرر من طرف صاحب المصلحة الذي يهيمه استصدار حكم بالغياب، في حين أن استصدار حكم بالعقد غير مرهون بإثبات الضرر، وإنما يتوقف ذلك على تقديم وسيلة الإثبات على واقعة الفقد.

6- توفر الشروط القانونية الخاصة باستصدار الحكم باعتبار الشخص غائب يلحق الغائب بالمفقود، حسب نص المادة 110¹ التي تقضي بما يلي: "... وتسبب غيابه في ضرر للغير يعتبر كالمفقود".
ب- تمييز المفقود عن الأسير:

الأسير هو الشخص الذي يقع في يد الأعداء ويبقونه عندهم، فالمرجع الجزائري لم يتكلم عن الأسير إلا أن فقهاء الشريعة ميزوا بين المفقود عن الأسير وذلك في:

_ إذا كان الأسير مجهول الحياة لا تعلم حياته ولا موته ولا رده، فحكمه في الفقه الإسلامي هو حكم المفقود لا تتزوج امرأته حتى ينكشف خبره ولا يقسم ماله أيضا حتى ينكشف خبره أو يحكم بموته كما في المفقود،² لأنه يطبق حكم المفقود من الجهل بالحياة أو الموت.³

_ إذا كان الأسير معلوم الحياة فيرث من غيره ولا يورث ماله لأنه حي فيعامل معاملة الأحياء ولهذا فإنه يرث ممن مات في حال أسرته ولا يورث عنه ماله إجماعا،⁴ فهو لا يأخذ حكم المفقود.
ج- تمييز المفقود عن المحبوس والسجين:

تم تعريف المفقود من طرف عدة فقهاء للقانون منهم: الدكتور رمضان علي السيد الشرنباصي الذي عرفه بأنه: "من قبض عليه وأودع السجن بسبب تهمة أو جناية".⁵

وعرفت الأستاذة ابتسام القرام في كتاب المصطلحات القانونية في التشريع الجزائري السجن بأنه: "المكان الذي تنفذ فيه العقوبات السالبة للحرية مع تدابير الحبس الاحتياطي".
وبالنسبة للقانون الجزائري فإن نص المادة 07 من القانون 04-05 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين في الجريدة الرسمية العدد 12 الصادرة في 13/02/2005،

¹ قانون الأسرة الجزائري السالف الذكر.

² بلحاج العربي، الوجيز في التركات والموارث وفقا لقانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة للنشر والطباعة والتوزيع، دون طبعة، دون جزء، الجزائر، ص 527.

³ جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، دون جزء، الاسكندرية، مصر، 2003، ص 108.

⁴ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، ط 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 210.

⁵ رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة، لينات، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة، دون جزء، 2002، ص

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

تقضي ما يلي: "يقصد بكلمة محبوس في مفهوم هذا القانون كل شخص تم إيداعه بمؤسسة عقابية تنفيذًا لأمر أو حكم أو قرار قضائي، ويصنف المحبوسين إلى:

1- محبوسين مؤقتًا، وهم الأشخاص المتابعون جزائياً والذين لم يصدر بشأنهم أمراً أو حكم أو قرار قضائي نهائي.

2- محبوسين محكوم عليهم، وهم الأشخاص الذين صدر في حقهم حكم أو قرار أصبح نهائياً.

3- محبوسين تنفيذًا لإكراه بدني.

أما بالنسبة للتفريق بين المحبوس والسجين والمفقود فقد نص المرسوم التنفيذي 430/05 المؤرخ في 08/11/2005 والمتضمن تحديد وسائل الاتصال عن بعد وكيفية استعمالها من المحبوسين تطبيقاً لنص المادة 72 من القانون 04-05¹ في المادة 03 منه على ما يلي: "يمكن أن يرخص للمحبوسين الاتصال عن بعد باستعمال الوسائل التي توفرها لهم المؤسسة العقابية."

وتنص المادة 04 من نفس المرسوم على ما يلي: "تجهز المؤسسات العقابية بخطوط هاتفية بغرض وضعها تحت تصرف المحبوسين المرخص لهم باستعمالها."

باستقراء هذه المواد نستنتج أن المحبوس أو السجين يخرج تماماً من تعريف المفقود في القانون الجزائري على أساس أن المفقود يجهل حاله في حين أن المحبوس أو السجين يخول له القانون الاتصال بأهله وإطلاعهم على حاله، ويبقى هذا الكلام مرهون بمدى احترام تطبيق نصوص هذه المواد، ذلك أن و في ظل ظروف أمنية استثنائية قد لا يمكن الاطلاع على أحوال المحبوسين والاستخبار عنهم فيبقى مصيرهم مجهول وعندئذ يدخلون في دائرة المفقود، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المحبوس قد يمتد حبسه لأكثر من سنة، وهذا يدفعنا إلى التساؤل حول ما إذا كان في هذا المقام يدخل في دائرة الغيب؟

وللإجابة عن هذا السؤال نجد في نص المادة 78 من القانون 04-05 المتضمن تنظيم السجون وإعادة الإدماج الاجتماعي للمحبوسين السالف الذكر، والتي تقضي ما يلي: "يحتفظ المحبوس بحق التصرف في أمواله في حدود أهليته القانونية وبترخيص من القاضي المختص، لا يصح أي إجراء أو تصرف من المحبوس إلا بمعرفة موثق أو محضر قضائي أو موظف مؤهل لذلك قانوناً ويتم وجوباً داخل المؤسسة العقابية بعد استصدار رخصة للزيارة طبقاً لأحكام الفتوتين 1 و2 من المادة 68 أعلاه.

حيث نستخلص من هذه المادة أن شرط عدم القدرة الغائب على التصرف في شؤونه لمدة سنة الوارد في نص المادة 111 من قانون الأسرة لا ينطبق على المحبوس الذي يمكنه إدارة أمواله والتصرف فيها، كما أن الحبس لا يشكل ظرفاً قاهراً، وذلك أن هذا الأخير يستلزم ألا يكون للشخص يد فيه، في حين أن المحبوس بفعله

¹ المرسوم التنفيذي 430-05 المؤرخ في 08/11/2005 والمتضمن تحديد وسائل الاتصال عن بعد وكيفية استعمالها من المحبوسين تطبيقاً لنص المادة 72 من القانون 04-05 الجريدة الرسمية، العدد 74، الصادرة في 13/11/2005.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

الإجرامي هو من ساهم في وجوده في السجن وأمكنه توقع هذا الظرف، وبالتالي في حالة عدم الرجوع إلى محل الإقامة المنصوص عليها في المادة 111 من قانون الأسرة السالف الذكر لا يمكن تطبيقها في هذا المقام لارتباطها بالظرف القاهر.

المطلب الثاني: الإجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالعقد والوفاة:

بعد مرور مدة من غياب الشخص عن أهله وفقدانه بحيث لا تعلم حياته من مماته أجاز المشرع الجزائري ضمن أحكام قانون الأسرة نصا يتماشى مع موقف الفقه الإسلامي للجوء إلى القضاء لإصدار حكم يقضي بالفقدان. وذلك بأن يقوم كل من له مصلحة في رفع دعوى الفقدان، وذلك لحماية مصالح كل من له علاقة بالمفقود وحماية أيضا للمصلحة العامة.

ولقد جاء نص المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري مقررا لمن لهم الحق في رفع الدعوى للفقدان لكل من زوجة المفقود أو ورثته كذلك كل من له مصلحة كالدائنين للمفقود مثلا كما أعطى أيضا الحق للنيابة العامة.

والمفقود لا يعتبر مفقودا إلا بعد صدور الحكم بفقدانه، ولا يأتي هذا إلا بعد إتباع مجموعة من الإجراءات المنصوص عليها في المادة 13 ق.إ.م.إ.

وهذه الإجراءات تختلف عما هو مقرر في الحالات العادية والحالات الاستثنائية كحالة المأساة الوطنية، كما سنتطرق كذلك في هذا المطلب إلى إجراءات دعوى الحكم بالفقد وقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين سنتطرق إليهما كالتالي:

الفرع الأول: الإجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالفقد.

الفرع الثاني: الإجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالوفاة.

الفرع 1: الإجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالفقد:

يقصد بالدعوى المطالبة باستعادة حق أو حمايته وهي وسيلة من بين الوسائل المشروعة من أجل تعبير الشخص عن رغبته في الدفاع عن حقوقه¹، وسنتطرق من خلال هذا الفرع إلى الإجراءات اللازمة لرفع دعوى الفقد، حيث نبين أطراف دعوى الفقد، والشروط الواجب توفرها لقبول الدعوى، وتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في الدعوى، وكذلك العريضة الافتتاحية للدعوى، وكذلك إثبات الفقدان وصدور الحكم بالفقدان.

¹ بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار بغداد للطباعة والنشر والتوزيع، ط2، دون جزء، الجزائر، دون سنة نشر، ص 32.

أولاً: أطراف دعوى الفقد:

أطراف دعوى الفقد هم من يوجه الادعاء باسمهم بناء على مالهم من صفة ومصحة بالنسبة للحق أو المركز القانوني للمدعي به، ودعوى الفقد مثل باقي الدعاوى الأخرى تستلزم أن يكون فيها طرفان متخاصمان مدعي ومدعى عليه، مع امكانية إدخال طرف ثالث إلى جانب أحد الطرفين الأصليين أو تدخله بإرادته في الخصومة¹، وهذا ما نبينه فيما يلي بالتفصيل.

أ- المدعي في دعوى الفقد:

هو من له صفة إيجابية في الدعوى، وهي عادة ما تكون صفة صاحب الحق أو المركز القانوني²، والدعوى تعني لهذا الأخير حقه في طرح ادعاءاته القانونية أمام القضاء من أجل إثبات هذا الحق وتأكيداه في مواجهة شخص آخر بناء على واقعة قانونية معينة³.

والادعاء في دعوى الفقد يهدف إلى استصدار حكم يقضي بفقد شخص معين للمحافظة على مصالح هذا الأخير والمصالح الغير مرتبطة به⁴.

وحسب ما ورد في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه: "يصدر الحكم بالفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة". ومن خلال ما نصت عليه هذه المادة فإن من لهم الحق في الادعاء في دعوى الفقد هم: الورثة، من له مصلحة، النيابة العامة، وسنقوم بتوضيح كل عنصر على حدى.

1- الورثة:

والوارث هو الشخص الحي مع موت مورثه أو الملحق بالأحياء كالجنين⁵، وقد نصت المادة 126 من قانون الأسرة الجزائري على أنه: "أسباب الإرث القرابة والزوجية".

وبالتالي فإن من له صفة وارث يملك الحق في رفع دعوى الفقد، حسب ما ورد في المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري، والورثة هم الأقارب والمتمثلين في فروع الشخص المفقود وأصوله وحواشهم كما تم تحديدهم في قانون الأسرة، وكذلك زوج الشخص المفقود هو أحد الورثة، حيث أن هؤلاء هم من لهم الحق في رفع دعوى الفقد على الشخص المفقود.

¹ نوى عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، جامعة الجزائر، سنة 2013/2012، ص 65.

² عوض أحمد الزغبي، أصول المحاكمات المدنية، دار وائل للنشر والتوزيع، ط 2، ج 2، الاردن، 2006، ص 391.

³ بو بشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، ط 3، دون جزء، الجزائر، 2008، ص 27.

⁴ نوى عبد النور، المرجع السابق، ص 66.

⁵ مصطفى مسلم، مباحث في علم المواريث، دار المنارة للنشر والتوزيع، جدة، السعودية، ط 5، دون جزء، 2004، ص 11.

2- من له مصلحة:

بالإضافة إلى الورثة فإن المادة 114 من قانون الأسرة نصت على أن كل من له مصلحة يمكنه رفع الدعوى الخاصة بالفقد، والمقصود بالمصلحة المنفعة العامة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت لجوئه للقضاء سواء كانت هذه المصلحة قائمة أو محتملة.¹

وهو ما أشارت إليه المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في فقرتها الأولى بقولها: "لا يجوز لأي شخص التقاضي، ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون"²، وبالتالي فإن أي شخص تكون له مصلحة قائمة كانت أو محتملة من رفع دعوى الفقدان فإن له الحق في رفعها بقوة القانون.

3- النيابة العامة:

وحسب ما جاء في المادة 03 مكرر من قانون الأسرة على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون"، كما نصت المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو بتدخل كطرف منظم".

وبعض النظر عن المادة 03 مكرر من قانون الأسرة والتي قامت بإثارة جدل كبير بعد صياغتها، فإن النيابة العامة تكون طرفا أصليا في الدعوى عندما تقوم مباشرة رفع الدعوى بنفسها، أما فيما يتعلق بالحالات الأخرى فإنها تكون طرفا منظمًا، وذلك لأن القانون يوجب إبلاغها بالدعوى المرفوعة.³

ونصت المادة 257 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "تدخل النيابة العامة تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون، أو للدفاع عن النظام العام."؛ وفي جميع الحالات فإن كل من المادتين 257-260 من القانون نفسه أجازت للنيابة العامة أن تتدخل تلقائيا في القضايا التي يحددها القانون أو من أجل الدفاع عن النظام العام، أو القضايا التي ترى في تدخلها أمرا ضروريا لذلك.⁴

فالدعوى التي ترفع من طرف النيابة العامة كأصل عام الهدف منها الحصول على حكم إيجابي من القضاء، ويشترط لصحة رفع الدعوى المطالبة بالحق توفر عنصري المصلحة والصفة، حيث أن المصلحة هي الفائدة التي يتحصل عليها رافع الدعوى من رفع دعواه، سواء كانت فائدة مادية أو معنوية، ومصلحة النيابة العامة في مسائل الأسرة هي الحفاظ على النظام العام، ولها صفة في الدعوى باعتبارها ممثلة عن المجتمع، كما أنّ بها أهلية مباشرة الإجراءات أمام الهيئة القضائية عن طريق ممثلها المجسد في شخص وكيل الجمهورية أو

¹ بربارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 38.

² القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25/02/2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الصادر في 23/04/2008، الجريدة الرسمية، العدد 21.

³ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 195.

⁴ بربارة عبد الرحمن، المرجع نفسه، ص 194.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

أحد مساعديه، وإذا أخذنا بعين الاعتبار مركز النيابة العامة كطرف مدعي في المسائل التي تتعلق بالأسرة، فقد تهدف إنا لإثبات حق أو مركز جديد أو تعزيره أو إنكاره، وبشأن دعوى الفقد فإن الهدف منها هو تقرير المركز القانوني للمفقود وحماية مصالحه، وكذا مصالح الغير المرتبطة به.¹

ب- المدعى عليه في دعوى الفقد:

المدعى عليه هو من له صفة سلبية في الدعوى كصفة المدين،² أو هو الشخص المسؤول قانونا عن الحق المدعى به، والدعوى بالنسبة للمدعى عليه، تعني حقه في مناقشة مدى صحة ما يدعيه الطرف المدعي والرد عليه،³ غير أن القانون لم يحدد المدعى عليه في دعوى الفقد، حيث يطرح السؤال: هل ترفع هذه الدعوى ضد المفقود أو ضد أحد أقاربه؟

وبرجعنا إلى القواعد العامة للإجراءات فإننا نجد بأنها تقضي بأن المدعى عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات الطرف المدعي، وتطبيق هذا المبدأ فإن المدعى عليه في دعوى الفقد هو الشخص المفقود،⁴ غير أن عدم إمكانية المفقود من مباشرة الدعوى المرفوعة ضده بنفسه تقتضي مباشرتها من طرف من ينوب عنها قانونا، وهو ما يستشف من نص المادة 38 من القانون المدني في فقرتها الأولى بقولها: "مواطن القاصر والمجهر عليه والمفقود والغائب هو مواطن من ينوب عن هؤلاء قانونا."⁵

حيث أنه ومن خلال ما تنص عليه هذه المادة فإن مواطن المفقود هو مواطن من ينوب عنه قانونا، ونائبه أو وكيله القانوني هو من يدير أمواله وينوب عنه في كافة تصرفاته القانونية بما فيها الدعاوي المرفوعة ضده.

ثانيا: شروط قبول دعوى الفقد:

نصت المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون، يثير القاضي تلقائيا انعدام الصفة في المدعي أو المدعى عليه، كما يثير تلقائيا انعدام الإذن إذا ما اشترطه القانون"، ومن خلال نص هذه المادة فإنه يتوجب لقبول أي دعوى أمام القضاء توفر شرطين هما: الصفة والمصلحة.

¹ نوى عبد النور، مرجع سابق، ص 70-71

² عوض أحمد الزعبي، مرجع سابق، ص 392

³ بو بشير محند أمقران، المرجع السابق، ص 27.

⁴ نوى عبد النور، مرجع سابق، ص 71.

⁵ القانون رقم 05-10 السابق ذكره

أ- الصفة:

الصفة هي الحق في المطالبة أمام القضاء وتقوم على المصلحة المباشرة والشخصية في التقاضي¹، والصفة في الرأي الغالب للفقهاء فيما يتعلق برفع الدعوى الزامية إلى حماية الحق المتنازع فيه تكون لصاحب الحق وحده، فصاحب الصفة في الدعوى هو صاحب الحق². ويقصد بالصفة أيضا تلك العلاقة التي تربط أطراف الدعوى سواء مدعي أو مدعي عليه بموضوع النزاع³. وعند رجوعنا إلى المادة 114 من قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع قد منح الصفة في دعوى الفقد للورثة أو من له مصلحة أو للنيابة العامة، هذا بالنسبة للمدعي، أما بالنسبة للمدعي عليه فإن القانون لم يحدد له الصفة في دعوى الفقدان، وهذا ما سنحاول أن نوضحه فيما سيأتي من شرح لصفة المدعي في دعوى الفقد، وصفة المدعي عليه على التوالي.

أ-1: صفة المدعي في دعوى العقد:

يجب التمييز بين الصفة في الدعوى والصفة في التقاضي، فقد يستحيل على صاحب الصفة في الدعوى أن يقوم بمباشرتها بنفسه وذلك لأجل عذر المشروع، في هذه الحالة يعطي له القانون الحق في أن يمثله في الإجراءات شخص آخر، كان يحضر محامي نيابة عنه، أو يحضر شخص آخر بموجب وكالة خاصة، في هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتأكد أولا من صحة التمثيل، ثم بعد ذلك يقوم بالبحث في مدى توفر عنصر الصفة لدى صاحب الحق⁴.

وبناء على ما نصت عليه المادة 114 من قانون الأسرة بقولها: "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو النيابة العامة"، فإنها تعطي لهؤلاء الثلاثة صفة المدعي في دعوى الفقد.

الورثة:

والورثة هم من ينتمون إلى الميت بسبب من أسباب الإرث كالقربة والزوجية، فالقربة هي الصلة السببية بين المورث والمورث، وتشمل القربة الفروع والأصول والحواشي وهي: الأخوة، والعمومة، والخؤولة، وفروعها لا فرق بين الذكور والإناث في كل ذلك⁵.

¹ بربارة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 34.

² نبيل صقر، الوسيط في شرح القانون الإجراءات المدنية والإدارية، دار الهدى، دون طبعة، دون جزء، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 38.

³ سائح سنقوفه، قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، دار الهدى، ج 1، طبعة 2011، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 45.

⁴ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 34-35.

⁵ حسين محمد مخلوف، الموارث في ؟؟؟؟

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

والزوجية هي أحد أسباب التوارث للزوج الحي بعد وفاة الزوج الآخر، حيث يرث الزوج زوجته إذا توفيت، وارث الزوجة زوجها إذا توفي، ومرجع قوة الرابطة بين الزوجين هي أن كل منهما قرين الآخر وشريكه في متاعب الحياة وهمومها، والزوجية التي يترتب عليها الميراث هي الزوجية الناشئة عن عقد زواج صحيح، سواء تم الدخول أم لم يتم ذلك.¹

من له مصلحة:

بالإضافة إلى الورثة يستطيع كل من له مصلحة أن يطلب صدور حكم بالفقد، أي يكون هو المدعي في هذه الدعوى، وكقاعدة عامة يشترط فيمن يوقع الدعوة القضائية أن تكون له مصلحة، ويشترط في هذه المصلحة أن تكون قانونية أي تستند على حق قانوني سواء كان مادي أو ادبي أو مركز قانوني، وأن تكون قائمة وحالة، أي يكون الحق والمركز القانوني المراد الدفاع عنه قائما فعلا، ولا يعتد بالمصلحة المحتملة، وأن تكون المصلحة شخصية مباشرة أي أن رافع الدعوى هو صاحب الحق، باستثناء من ينوب عن غيره كالوكيل والوصي والقيم.²

النيابة العامة:

لقد نظم المشرع الجزائري وجود النيابة أمام القضاء المدني، حيث تكون إما مدعية كطرف أصلي عندما تقوم برفع الدعوى بطريق مستقل، وأما أن تكون طرفا منظما في القضايا التي يتوجب إبلاغها بها أثناء سير الخصومة.³

وهذا ما جسده المادة 03 مكرر من قانون الأسرة التي نصت على أنه: "تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق هذا القانون"، حيث أعطت هذه المادة صفة المدعي للنيابة العامة في دعوى الفقد. ونصت المادة 256 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأنه: "يمكن لممثل النيابة العامة أن يكون مدعيا كطرف أصلي أو يتدخل كطرف منظم"، ونجد أن المشرع قد فصل بين حالتين محل جدل فقهي وقانوني، تتعلقان بمعيار التمييز صفة الطرف الأصلي وصفة الطرف المنظم لدى النيابة العامة في القضايا المدنية، فقام المشرع بتأسيس فاصل بينهما يجعل من النيابة العامة طرفا أصليا عندما تكون مدعية، وطرفا منظما عندما تكون متداخلة.⁴

¹ محمد الشحات الجندي، المواثيق في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، دون طبعة، دون جزء، دون سنة نشر، مصر، ص 63.

² شرابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري بالفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الحقوق في إطار مدرسة الدكتوراه، فرع: عقود ومسؤولية، جامعة بومرداس، سنة 2009-2010، ص 43-44.

³ بريارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 193.

⁴ بريارة عبد الرحمان، المرجع نفسه، ص 194.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ومن بين الدعاوى التي يحق للنيابة العامة أن ترفعها أمام القضاء المدني، دعوى استصدار حكم يقضي بفقدان الشخص طبقا لنص المادة 114 من قانون الأسرة، فبالرغم من أن النيابة العامة في هذه الحالة لا تدعي فيها بحق ذاتي خاص به، وطبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 13 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فلا صفة لها، إلا أن نص المادة 114 من قانون الأسرة أقر بها الصفة في هذه الدعوى، وعليه يمكن للنيابة العامة رفع دعوى استصدار حكم بفقدان الشخص ولها الصفة في ذلك بنص القانون.¹

أ- 2: صفة المدعي عليه في دعوى الفقد:

من المبادئ العامة للدعوى أنها لا تصح إلا إذا قام برفعها شخص ذو صفة على شخص ذي صفة، فمثلما يشترط توفر عنصر الصفة لدى المدعي لقبول دعواه، يشترط كذلك قيام عنصر الصفة لدى الشخص المدعي عليه.²

والمادة 114 من قانون الأسرة الجزائري قد بينت الأشخاص الذين يملكون الصفة في رفع دعوى الفقد وحددتهم وهم الورثة وكل من له مصلحة والنيابة العامة، غير أنها لم تحدد صفة المدعي عليه الذي ترفع عليه دعوى الفقد، وبالرجوع للقواعد العامة للإجراءات نجد أنها تقضي بأن المدعي عليه هو الشخص المطلوب الحكم في مواجهته بطلبات المدعي، أي أنه في هذه الحالة هو الشخص المراد الحكم بفقدانه، وبالنظر للشخص المفقود نجد أنه قد اعتراه مانع وهو الغياب، فلا يمكنه مباشرة أعماله القانونية بنفسه، وقد طرح هذا الإشكال أمام الجهات القضائية مما دفعها إلى الاجتهاد من أجل إيجاد حل لذلك، حيث قبلت دعوى الفقد التي ترفع ضد النيابة العامة.³

غير أن الإشكال يقع عندما تكون النيابة العامة طرفا أصليا في الدعوى أي تكون طرف مدعي، خاصة أن المادة 03 مكرر من قانون الأسرة نصت على أن النيابة تعد طرفا أصليا في كافة القضايا التي تهدف إلى تطبيق أحكام هذا القانون، إلا أن المادة 38 من القانون المدني قد أزالته هذا الإشكال الواقع بنصها على إمكانية النيابة عن الشخص المفقود.

وبالتالي يمكن للأشخاص الذين أعطاهم القانون الحق في رفع دعوى الفقد أن يطلبوا تعيين وكيل قضائي عن الشخص المفقود من أجل أن يقوم بتمثيله أمام الجهات القضائية.⁴

¹ شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 45

² بريارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 36

³ شراين ابتسام، مرجع سابق، ص 45

⁴ شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 46

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ب: المصلحة:

يقصد بالمصلحة المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء، وهذه المنفعة هي التي تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها.¹

والمصلحة لها معنيين:

المعنى الأول: هو المنفعة التي تعود على الشخص صاحب الحق الذي رفع الدعوى من الحكم بطلبه، سواء كانت المنفعة مادية أو معنوية، فلا تقبل دعوى دائن مرتين ببطان إجراءات التوزيع، إذا كان من الثابت أن ديون الدائنين السابقين به في المرتبة تستغرق كامل المبلغ الذي هو محل التوزيع.

أما المعنى الثاني فهو الحاجة إلى الحماية القضائية، فإذا تم الاعتداء على حق شخص ما، أو كان هذا الحق مهدداً بالاعتداء عليه تحققت مصلحة صاحب الحق في قبول الدعوى التي قام برفعها.²

كما أن للمصلحة نوعان، مصلحة قائمة ومصلحة محتملة التحقق، حيث تكون المصلحة قائمة حينما تستند إلى حق أو مركز قانوني، فيكون الغرض من هذه الدعوى حماية هذا الحق أو المركز القانوني من الاعتداء عليه أو التعويض عن الأضرار التي لحقت به، وإذا لم يقع الاعتداء ولم يتحقق بذلك أي ضرر لصاحب الحق فإن المصلحة هنا تكون محتملة الوقوع، قد تنشأ مستقبلاً وقد لا تنشأ أبداً.³

واتفق فقهاء القانون وشراحه على أن المصلحة تعتبر شرطاً أساسياً لرفع الدعوى القضائية، حيث يجب أن تكون المصلحة قانونية وشرعية وقائمة إيجابية ملموسة، و المدعي في دعوى الحكم بالفقد يجب عليه أن يبرر مصلحته في رفع الدعوى القضائية، حيث يجب أن تستند دعواه على القانون، أي أن يدعي بحق يعترف به القانون ويقره، وهو في دعوى الحال ما نصت عليه المادة 109 من قانون الأسرة بوجوب استصدار حكم بالفقدان، كما يجب أن يكون الشخص الذي رفعت ضده الدعوى قد فقد فعلاً لكي تقوم مصلحة الشخص المدعي في هذه الدعوة، لأن المصلحة المحتملة لا تكفي لتأسيس الدعوى مبدئياً، ولعل شرط توفر المصلحة يجد تطبيقه بالنسبة للمدعي المتمثل في الورثة، وهو مسلم به عندما يرفع الدعوى من له مصلحة، إلا أن حالة كون المدعي هو النيابة العامة فهنا لا وجود لهذا الشرط لأن النيابة طرف بقوة القانون.⁴

¹ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 38

² بو بشير محند أمقارن، المرجع السابق، ص 36-37

³ بربارة عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 38-39

⁴ شراين ابتسام، المرجع السابق، ص 47.

ثالثا: الاختصاص القضائي في دعوى الفقد:

بعد الاختصاص من المسائل الجوهرية في سير الدعوى القضائية، ويقصد به ولاية القضاء بالفصل في القضايا المطروحة أمامه وفقا لمعايير النوع والإقليم¹. وتعتبر دعوى الفقد كباقي دعاوى الأخرى، إذ يجب تحديد الجهة القضائية المختصة نوعيا وإقليميا بالنظر والفصل فيها، وهذا ما سنتناوله فيما يلي بالتفصيل.

أ- الاختصاص النوعي في دعوى الفقد:

يقصد بالاختصاص النوعي للمحاكم سلطة الفصل في المنازعات بحسب نوعها أو طبيعتها، حيث أن ضابط إسناد الاختصاص لمحكمة ما وفقا للمعيار النوعي يستند على نوع النزاع²، حيث أن الاختصاص النوعي هو توزيع القضايا على الجهات القضائية المختلفة بحسب نوع الدعوى، وبعبارة أخرى هو نطاق القضايا التي يمكن أن تباشر ولايتها جهة قضائية معينة وفقا لنوع الدعوى المطروحة³. وبالنسبة لدعوى الفقد فإن الاختصاص النوعي فيها يمكننا أن نستنتج من خلال نصي المادتين 32 و 423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تنص المادة 32 على أن: "المحكمة هي الجهة القضائية ذات الاختصاص العام وتتشكل من أقسام، ويمكن أيضا أن تتشكل من أقطاب متخصصة، تفصل المحكمة في جميع القضايا لاسيما المدنية والتجارية والبحرية والاجتماعية والعقارية و قضايا شؤون الأسرة والتي تختص بها إقليميا، تتم جدولة القضايا أمام الأقسام حسب طبيعة النزاع، غير أنه في المحاكم التي لم تنشأ فيها الأقسام يبقى القسم المدني هو الذي ينظر في جميع النزاعات باستثناء القضايا الاجتماعية، ففي حالة جدولة القضية أمام القسم المعني بالنظر فيها يحال الملف إلى القسم المعني عن طريق أمانة الضبط بعد إخبار رئيس المحكمة مسبقا".

وتنص المادة 423 من نفس القانون على أنه: "ينظم قسم شؤون الأسرة على الخصوص في دعاوى الآتية:.. 5-الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجز والغياب والفقدان والتقديم".

ومن خلال ما ورد في نص المادتين نستنتج أن الاختصاص النوعي في دعوى الفقد ينعقد قسم شؤون الأسرة بالمحاكم العادية، باعتبار أن المحاكم هي صاحبة الولاية بالنظر في دعاوى القضائية، وفي حالة عدم وجود قسم شؤون الأسرة في المحكمة يتم رفع الدعوى أمام القسم المدني، وإذا وقع خطأ في توجيه الدعوى إلى القسم المختص بالفصل فيها يتم إحالتها على القسم المختص من طرف كتابة الضبط ولا ترفض لعدم

¹ بربرة عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 74.

² نبيل صقر، مرجع سابق، ص 56.

³ بربرة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 74.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

الاختصاص النوعي، وإنما هو مجرد تقسيم إداري الهدف منه ضمان حسن سير مرفق القضاء والفصل في الدعاوى من طرف قضاة متخصصين.¹

ب- الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقد:

يقصد بالاختصاص الإقليمي تحديد المحكمة المختصة بالنظر إلى علاقة النزاع بحدود سلطتها الإقليمية والمكانية،² أو هو ولاية الجهة القضائية بالنظر في الدعاوى المرفوعة أمامها استنادا إلى معيار جغرافي يخضع للتقسيم القضائي.³

وفيما يخص دعاوى الفقد فالمادة 426 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المتعلقة بتحديد الاختصاص الإقليمي للمحكمة لم تنص على تحديد الاختصاص الإقليمي والتي تنص عليها المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك."

حيث أن القاعدة العامة والتي بموجبها ينعقد الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية، يكون للمحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها موطن الشخص المدعى عليه، وإن كان موطنه غير معروف فالاختصاص يعود لمحكمة آخر موطن له، أما في حالة اختيار موطن فإن محكمة الموطن المختار هي التي تكون مختصة إقليميا.

وعليه ينعقد الاختصاص الإقليمي في دعوى الفقد للجهة القضائية التي يقع فيها موطن الشخص المفقود، فإن لم يكن له موطن معروف فينعقد الاختصاص لمحكمة آخر موطن له، وفي حالة اختيار المفقود لموطن معين قبل فقده يؤول الاختصاص إلى الجهة القضائية التي تقع في دائرة اختصاصها هذا الموطن المختار.⁴

رابعا: العريضة الافتتاحية لدعوى الفقد:

نصت المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة، موقعة ومؤرخة، تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه، بعدد من المخ يساوي عدد الأطراف."

ومن خلال ما ورد في هذه المادة، فإنه يتعين على من يرغب في التقاضي تحرير عريضة باللغة العربية تتضمن موضوع النزاع بشيء من الوضوح والاختصار، وتكون بحسب عدد المدعى عليهم دون نسيان النسخة الأصلية

¹ نوى عبد النور، مرجع سابق، ص 78.

² عوض أحمد الزغبي، المرجع السابق، ص 311-312.

³ بريارة عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 83.

⁴ نوى عبد النور، مرجع سابق، ص 79.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

التي يتعين أن تبقى بملف الدعوى بالمحكمة، على أن تودع هذه العريضة لدى أمانة ضبط المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا.¹

ولا يختلف الأمر في دعاوى الفقد، حيث يجوز لكل صاحب صفة ومصالحة من ورثة أو ذي مصلحة أو النيابة العامة، أن يرفعها بموجب عريضة افتتاحية مستوفية للشروط المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري.²

ويجب أن تتضمن العريضة الافتتاحية بيانات حددتها المادة 15 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وتتمثل هذه البيانات في:

_ الجهة القضائية التي يحب أن ترفع أمامها الدعوى والمقصود هنا المحكمة المختصة نوعيا وإقليميا.

_ اسم ولقب المدعي وموطنه ومتى كان المدعي مستعينا بوكيل تعين الإشارة إلى الوكالة.

_ اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فإن لم يكن له موطن معلوم تعين ذلك آخر موطن كان المدعى عليه يقيم فيه.

_ يتعين أن تتضمن العريضة تسمية وطبيعة الشخص المعنوي أي شخص عادي أو إداري، ويستوي أن يكون ذلك مدعي أو مدعى عليه، وكذا مقره الاجتماعي.

خامسا: إثبات الفقدان:

الإثبات في اللغة هو تأكيد أمر معين بالدليل والحجة.

وبالمعنى القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون وبالقيود التي رسمها على وجود واقعة قانونية متنازع عليها، أو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي يجيزها القانون على واقعة قانونية تؤثر في الفصل، في الدعوى، وللإثبات أهمية لا تخفى إذن لا يمكن التمتع بحق ما دون إقامة الدليل عليه عند النزاع، فإن ثبت العجز عن تقديم الدليل الموسوم تعذر التمسك بالحق أو المركز القانوني الذي يدعيه الشخص.³

وللإثبات في مسألة الفقدان هو إقامة الدليل على أن الشخص الغائب يعتبر مفقودا في القانون وهذا ما جاء في نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري بأنه لا يعتبر الشخص المفقود غائبا قضائي يقضي بالفقدان على الشخص الغائب ولكن لاستصدار حكم قضائي يقضي بالفقدان يجب أن يرفع المدعي دعوى قضائية تبين فيها غياب الشخص، وفي هذه الحالة تكون أمام إثبات واقعة مادية والتي تثبت بجميع طرق الإثبات.

¹ سائح سنقوقة، مرجع سابق، ص 49.

² نوى عبد النور، مرجع سابق، ص 80.

³ نبيل صقر، مرجع سابق، ص 161.

إيداع نموذج عن محضر إثبات:

وقد يكون الفقدان باختفاء الشخص لأسباب غير عادية وظروف غامضة، كان يكون تم اختطافه، ففي هذه الحالة تقوم الجهات المعنية بتحرير بطاقة معاينة والإثبات التي تتضمن شهادة هذه الجهات، بأن هذا الشخص المفقود تم اختطافه، وتحتوي البطاقة على بعض البيانات الخاصة بالمفقود كاسمه ولقبه وتاريخ ومكان ميلاده ويتم ذكر موضوع وتاريخ المحضر والجهة المرسله إليه مع تبيان طالب تحرير هذه البطاقة والغرض من هذا الطلب لتنتهي هذه الوثيقة بتوقيع محررها.

إضافة إلى هذه الوثيقة الرسمية لا يمكن إنكار الدور الرئيسي التي تلعبه شهادة الشهود في إثبات واقعة الفقدان، وشهادة الشهود كوسيلة للإثبات القضائي، هي إخبار المحرر أمام القضاء بصدور واقعة من غير الشاهد. اثبت حقا لشخص آخر، وإثبات حالة الفقدان تعتبر من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود، فإذا حضر الشاهد للإدلاء بشهادته فعليه أن يذكر اسمه وعنوانه وعلاقته بموضوع الدعوى والواقعة التي يستدل بشهادته عليها.

ويؤدي الشاهد اليمين بأن يقول الحقيقة وإلا كانت شهادته قابلة للإبطال، ويؤدي شهادته دون قراءة لأي نص مكتوب، وتتلى على الشاهد أقواله من طرف أمين الضبط فور الإدلاء بها حسب نص المادة 161 ق. إ. م.¹

وتدون أقوال الشاهد في محضر حسب المادة 160 ق. إ. م. إ. يتضمن المحضر البيانات الآتية:

- _ مكان ويوم وساعة سماع الشاهد.
- _ حضور أو غياب الخصوم.
- _ اسم ولقب ومهنة وموطن الشاهد.
- _ أداء اليمين من طرف الشاهد، ودرجة قرابته أو مصاهرته مع الخصوم أو تبعيته لهم أو جهة التجريح المقدمة ضد الشاهد عند الاقتضاء.
- _ أقوال الشاهد والتنويه بتلاوتها عليه.²

سادسا: صدور الحكم بالفقدان:

وبعد إثبات حالة الفقدان ويثبت للقاضي أن الشخص الغائب المراد استصدار حكم بفقده بوسائل الإثبات فإنه يصدر حكم قضائي يقضي بفقده، وعلى هذا نص قانون الأسرة الجزائري في المادة 111 بأنه: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدا من الأقارب أو غيرهم

¹ دليلة براف، أحكام المفقود، رسالة مسجد، العدد 5، 2003، ص 38.

² المادة 161 من القانون رقم 09-08 السابق الذكر.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

لتسيير أموال المفقود ويستلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون." وسنقوم بالتفصيل في موضوع المقدم في الفصل الثاني.

الفرع 2: الإجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالوفاة:

سوف نتعرض في هذا الفرع إلى أطراف رفع الدعوى، وكذلك إلى الجهات المختصة القضائية في رفعها كالتالي:
أولاً: أطراف الدّعى:

إن إجراءات رفع دعوى فقدان لا تختلف عن إجراءات دعوى موت المفقود، حيث أعطى المشرع الحق لنفس الأطراف التي لها حق رفع دعوى فقدان في رفع دعوى موت المفقود وهذا طبقاً لنص المادة 114 ق. أ. ج: "والتي تقضي بأنه يصدر الحكم بموت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة أو من النيابة العامة، ولم تشترط المادة 114 ق. أ. ج. من أن ترفع دعوى الحكم بموت المفقود من نفس الشخص الذي رفع دعوى الحكم بالفقدان بل أعطت الصفة في الدعوى للورثة ولكل من له مصلحة ومن النيابة العامة"¹ ولقد جاء في المادة 89 من قانون الحالة المدنية الجزائري²: "على أنه يجوز التصريح قضائياً بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو من الأطراف المعنيين." ويجوز كذلك التصريح قضائياً بوفاة كل أبي أو عديم الجنسية سواء فقد في الجزائر أو على متن سفينة أو طائرة جزائرية أو فقد في الخارج إذا كان له مسكت أو محل إقامة معتادة في الجزائر.

فمن تحليل هذا النص يتضح لنا أن الطريق الوحيد لإثبات وفاة المفقود عن طريق القضاء ينحصر في توجيه طلب مكتوب إلى وكيل الجمهورية لاستصدار حكم في هذا الأمر بعد إجراء التحقيقات التي يراها لازمة وضرورية لإثبات حالة الفقدان النهائي والحكم بالوفاة قضائياً.³

ثانياً: الاختصاص المحلي والإقليمي:

أ- الاختصاص المحلي:

إن اختصاص دعوى موت المفقود يكون أمام قسم شؤون الأسرة لأن هذه المسألة من مسائل الأحوال الشخصية وذلك بكونها تتعلق بإنهاء شخصية المفقود وما يترتب عليه من آثار بينما يرى البعض أن إثبات وفاة المفقود يكون عن طريق توجيه طلب مكتوب إلى وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنية إلى رئيس المحكمة لاستصدار حكم في هذا الأمر بعد إجراء التحقيقات التي يراها لازمة وضرورية لإثبات حالة الفقدان النهائي والحكم بالوفاة قضائياً وهذا ما نصت عليه المادة 89 قانون الحالة المدنية: "يجوز التصريح قضائياً بوفاة كل جزائري فقد في الجزائر أو خارج الجزائر بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنيين."

¹ شبيكي نزهة، مرجع سابق، ص 32.

² الأمر، رقم 20/70 المؤرخ في 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

³ عبد العزيز سعد، نظام الحالة المدنية في الجزائر، دون طبعة، ج 2، دار هومة، الجزائر، 2011، ص 131.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري

ب- الاختصاص الإقليمي:

خروجا عن القواعد العامة التي تحكم الاختصاص المحلي في قانون الإجراءات المدنية حدد نص المادة 91 من قانون الحالة المدنية الجهة القضائية التي تختص إقليميا بنظر دعوى موت المفقود وتنص على: يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة.

إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة إلى الأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الاعترافية.

إذا لم يتوفر ذلك فتكون محكمة مدنية الجزائر¹ هي المختصة.

إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي للمحكمة، مكان وقوع الفقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة، فإلى محكمة مدنية الجزائر.

ومن خلال نص المادة يتضح أن الاختصاص الإقليمي يتحدد بصفة الأشخاص المفقودين.

ب 1: الأشخاص المفقودين المولودين في الجزائر:

إذا كان المفقود جزائري سواء حصل الفقدان داخل الجزائر أو خارجها فإن طلب الحكم بوفاته يقدم ممن له مصلحة أو من وكيل الجمهورية إلى رئيس المحكمة التي يوجد اختصاصها مكان ولادة المفقود.

ب 2: الأشخاص المفقودين من جنسية جزائرية ولدوا في الخارج وكذا الأجانب:

إذا كان الشخص المفقود أجنبيا فإن الاختصاص بنظر دعواه ينعقد في المحكمة الواقع اختصاصها مسكن أو محل إقامة المفقود الأجنبي. أو إلى محكمة مدنية الجزائر العاصمة إذا لم يكن له مسكن أو محل إقامة معروف بالجزائر

ب 3: الأشخاص المفقودين في نفس الحادث:

إذا كان الفقدان شمل أشخاصا كثيرين في حادث واحد مثل: حوادث الحرب والكوارث البحرية أو الجوية أو الزلازل فإن المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها هو مكان وقوع الفقدان، فإذا لم توجد فإلى محكمة مدينة الجزائر العاصمة التي ستتولى التحقيق في ظروف هذا الحادث وأثاره.²

¹ المادة 91 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية.

² عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 132-133.

خلاصة الفصل الأول:

من خلال ما تطرقنا إليه في هذا الفصل نصل إلى:

_ أن عقد البيع العقاري هو عقد ناقل للملكية العقارية بالإشهار العقاري، فقد كرس المشرع بالإضافة إلى الأركان العامة من رضا ومحل وسبب وجوب إفراغ التصرفات الواردة على العقارات في الشكل الرسمي، غير معتمد في ذلك بأي تصرف يختل فيه هذا الركن، باعتبار أن توافر قاعدة الرسمية في المعاملات العقارية من شأنها ترقية السوق العقارية كما أنها تعد بمثابة ضمانات قوية لاستقرارها.

_ أما بالنسبة للمفقود فيعرف وفقا للقانون الجزائري هو: "الغائب الذي لا يعرف حياته ولا موته، ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم أو محضر صادر عن السلطة المختصة"، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد استوحى تعريفه من الفقه الإسلامي عن طريق اعتماده معيار للشك الذي يكتنف حياة الشخص سواء في القواعد العامة الموجودة في قانون الأسرة، أو ما هو معتمد في النصوص الخاصة التي أضافت بمعيار الشك معيار عدم العثور عن الجثة عند غلبة الظن بالهلاك، وهو نفس المعيار المعتمد في القانون الفرنسي الموافق بدوره للعقد المالك مع تسجيل أن الشخص لا يعتبر مفقودا قانونا إلا بحكم قضائي، فدعوى الفقد مثلها مثل أي دعوى عادية تستوجب توافر شروط رفع الدعوى، وإجراءاتها المقررة طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنها تتمتع بنوع من الخصوصية باعتبارها لا تشكل نزاعا حقيقيا في غالب الأحيان، لأن المدعي والمدعى عليه لهما نفس الطلبات وهي استصدار حكم بالعقد.

_ ومن خلال صدور حكم بالعقد يترتب عليه عدة آثار منها: التصرف في ممتلكات المفقود وخصوصا بيع العقارات المملوكة للمفقود، وهو ما سنتطرق إليه في الفصل الثاني.

الفصل الثاني

إجراءات بيع عقار مملوك للمفقود

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

قد يترك المفقود أموالاً منقولة أو عقارية لا يمكن التصرف فيها إلا من طرف الممثل القانوني له، يتم تعيينه وفق شروط وإجراءات حددها المشرع الجزائري، بالإضافة لذلك يحدد مجال تصرفاته، وهو المقدم. وهو ما تم التطرق إليه في قانون الأسرة، الذي نظم كل ما يتعلق بالمفقود إلا أنه لم يتطرق لإجراءات بيع عقار المفقود، ولم تضبط هذه الإجراءات إلا بعد صدور القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية فقد أقر أن العقار المملوك للمفقود لا يمكن بيعه إلا من طرف المقدم، وهو ما تم التطرق إليه في المبحث الأول، ولا يتم بيع العقار إلا من خلال المزاد العلني وتحت إشراف القضاء، ضمن إجراءات معينة سنفصل فيها في المبحث الثاني.

المبحث الأول: تعيين المقدم

المبحث الثاني: إجراءات بيع عقار مملوك للمفقود

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

المبحث الأول: تعيين المقدم

بالرجوع إلى نص المادة 111 من قانون الأسرة نجد أن: "على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما استحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة 99 من هذا القانون".

وللتفصيل في تعيين المقدم قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين المطلب الأول سنتحدث فيه عن مفهوم المقدم، أما المطلب الثاني فخصصناه لطبيعة العلاقة بين المقدم والمفقود.

المطلب الأول: مفهوم المقدم

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين كالتالي:

الفرع الأول: تعريف المقدم

الفرع الثاني: علاقة المقدم بالمفقود

الفرع الأول: تعريف المقدم

تنص المادة 99 من قانون الأسرة على: "المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه أو من له مصلحة أو النيابة العامة"¹ وتنص المادة 100 من نفس القانون على ما يلي: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس أحكامه".

ويستخلص من هذه النصوص النتائج التالية:

- أن الشخص الذي يقوم على مصالح المفقود هو المقدم إذا كان هذا الأخير كامل الأهلية، وهو الولي أو المقدم أو الوصي إذا كان المفقود ناقص الأهلية أو فاقدتها.
- أن المقدم لا يتم تعيينه إلا بموجب حكم.
- أن المقدم يخضع لنفس أحكام الوصي.

¹ - المادة 99 من الأمر 11-84 من قانون الأسرة.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

الفرع الثاني: طبيعة العلاقة بين المقدم والمفقود

إن المقدم في مركز من يقوم على شؤون فاقد الأهلية أو ناقصها في حالة عدم وجود الولي أو الوصي في حين أن المقدم المعين بموجب حكم الفقد، هو في مركز من يقوم على شؤون المفقود الذي قد يكون كامل الأهلية، غاية ما في الأمر أنه اعتراه مانع مادي منعه من مباشرة شؤونه.

ومنه نطرح السؤال التالي: هل جعل المشرع المفقود في مركز ناقص الأهلية أو فاقدها عندما نص على تعيين مقدم له؟

إن المشرع وضع المفقود في نفس مركز ناقص الأهلية أو فاقدها من حيث أن القاسم المشترك بينهما هو الحاجة إلى من يعبر عن إرادتهم ويدير شؤونهم ويرعاها، فالقاضي عندما يأمر بتعيين مقدم، لا يعتبر بذلك أنه مسير بأهلية الشخص وإنما اعتباراً ومراعاة لعدم وجود من يسير المال، فيكون المقدم بذلك هو الشخص الذي يعينه القاضي لتسيير الأموال في حالة عدم قدرة مالكها على القيام بذلك¹، وهذا يتماشى مع فكرة موانع الأهلية التي تعرف بأنها الظروف التي تمنع كامل الأهلية من مباشرة التصرفات القانونية²، وتعد الموانع المادية التي تتصل بغياب الشخص أو فقد إحداها³. بحيث يقف المانع المادي حائلاً بين الشخص وبين مباشرة شؤونه بنفسه، الأمر الذي يعطل مصالحه ومصالح غيره وذويه مما يستوجب تعيين من يقوم على رعاية هذه الشؤون المتعلقة على وجه الخصوص بأمواله، ومما لا شك فيه أن المقدم فيما يباشره من أعمال وفيما يبرمه من تصرفات يمثل المفقود فيها ولمصلحته، وبالتالي آثارها تنصرف إلى المفقود لا إلا المقدم باعتباره نائباً عنه.

والسؤال المطروح في هذا الخصوص، حول طبيعة هذه النيابة؟

والإجابة على هذا السؤال يقودنا إلى التطرق إلى جميع النظريات التي تناولت الطبيعة القانونية للنيابة.

أ- نظرية الافتراض: يرى الفقيه الفرنسي "بوتيه" أن تصرف النائب يعود على الأصيل وله، وذلك على أساس افتراض أن الأصيل هو الذي قام بالتصرف القانوني موضع الانابة وإن كان النائب هو الذي قام به، وفي نظر هذا المذهب يعتبر الأصيل دائن ومدين بتصرف النائب.

¹- أديب استانبولي، سعدي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء 02، سوريا، دار الأنوار للطباعة، دون طبعة، 1989، ص 754.

²- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مصر، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون طبعة، دون سنة نشر، ص 9.

³- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، ليبيا، الجامعة المفتوحة، الطبعة 1، 2002، ص 279-280.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

ومن بين الانتقادات التي وجهت إلى هذه النظرية أنه لا يمكن تطبيقها على جميع أنواع النيابة، فإن طبقت على أنواع النيابة الاتفاقية فلا يمكن تطبيقها على النيابة التي تكون بموجب القانون، فكيف تعتبر أن القاصر أو المحجور عليه هو من تعاقد في حين أن إرادتها ناقصة كلياً أو جزئياً.¹

ب- نظرية إرادة الأصيل: يرى صافيني "أن طبيعة النيابة تقوم على إرادة الأصيل ولا تكون إلا نقلاً لهذه الأخيرة، فالنائب لا يعد وأن يكون رسولاً، وعلى هذا يكون المتعاقد هو الأصيل وليس النائب، لأن هذا الأخير ما هو إلا أداة لنقل إرادة الأصيل إلى الغير. وقد وجهت لهذه النظرية نفس الانتقاد السابق²، وعليه نسقط نفس الحكم المتعلق بعدم صلاحية هذه النظرية لتكييف نيابة المفقود على المقدم.

ج- نظرية إرادة النائب: تبنى هذه النظرية الفقيه الألماني "برنج"، ومؤداها أن إرادة النائب هي المعول عليها في التصرفات التي يعقدها هذا الأخير وإن عاد الأثر القانوني على الأصيل.³

وقد وضع ذلك الفقيه السنهوري بقوله: "إن النائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل وإرادته وحدها ينعقد العقد دون أن تشترك مع إرادة الأصيل، لكن النائب مع ذلك يكسب الأصيل حقاً أو يرتب في ذمته التزاماً، فالإرادة هي التي ترتب الأثر وهي هنا ترتب أثراً بعيد المدى يتعدى صاحبه إلى غيره.⁴

وفي اعتقادنا أن تكييف نيابة المقدم على المفقود تجد تفسيرها إلى هذا بالحد في هذه النظرية، ذلك أن المفقود غائب ولم تتدخل إرادته في تعيين هذا المقدم بل هذا الأخير هو الذي سعى بإرادته إلى تعيينه كذلك، عندما رفع دعوى الفقد أو عندما قبل تعيينه من قبل القاضي بموجب الحكم الصادر، وفي الحالتين تكون العبرة بإرادته هو لا بإرادة المفقود.

¹ - ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2004، ص 22.

² - ماجدة مصطفى شبانة، المرجع السابق، ص 25.

³ - سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2009، ص 571.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، مصر، دار النهضة العربية، ط 3، دون سنة نشر، ص 237.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

د- نظرية اشتراك الإرادتين: يرى أنصار هذه النظرية أن التصرف القانوني الذي يتم بطريق النيابة يكون نتاج تعاون بين إرادتين إحداهما إرادة للأصيل والأخرى إرادة النائب، وعليه يلزم النظر إلى إرادة كل منهما لمعرفة نصيب كل إرادة في التصرف القانوني الذي تم بطريق النيابة، فينظر إلى إرادة النائب باعتبارها هي التي باشرت التصرف القانوني ويعقد بإرادة الأصيل في حدود التعليمات الموجهة له من النائب.

ورغم أن هذه النظرية قد حازت على موافقة العديد من الفقهاء لاتخاذها منها وسطا بين باقي النظريات إلا أنها انتقدت على أساس أنه إذا كان الأصيل فاقد الأهلية أو ناقصها فلا يمكن الاعتداد بإرادته فتكون بالتالي أمام إرادة من جهة واحدة.¹

وبشأن تكييف نيابة المقدم، نجد أن هذا الأخير لا يتصرف بموجب تعليمات من المفقود، وبالتالي لا مجال لتطبيق هذه النظرية حتى في الحالة التي يكون فيها هذا الأخير قد وكل قبل فقده شخص لإدارة أعماله وثبت القاضي الوكيل كمقدم، ففي هذه الحالة وإن تدخلت إرادة المفقود في اختيار المقدم فإنها لا تتدخل في التصرفات لأن هذا الأخير لا يمكن أن يتلقى أي تعليمات منه.

هـ- نظرية القانون الوضعي: يرى "دوجي" أن القانون الوضعي هو الذي يرتب نتائج معينة على التصرف القانوني الذي يبرمه النائب، فلا حاجة إلى اللجوء إلى فكرة النيابة لتفسير إرجاع آثار التصرف القانوني إلى الأصيل، بل يكفي في تفسير ذلك القول بأن القانون الوضعي يرتب في هذا التصرف القانوني تلك الآثار التي وقعت في ذمة الأصيل.

وقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنها بالغت في إلغاء دور الإرادة في تكييف طبيعة النيابة، ففي كثير من الأحيان تتدخل إرادة الأصيل في تعيين من ينوبه في إبرام التصرفات القانونية.²

وبشأن تكييف نيابة المقدم على المفقود فإن هذه الأخيرة تجد تفسيرها في نظرية "دوجي"، حيث أن تعيين المقدم يخضع للشروط المنصوص عليها قانونا، كما أن صلاحياته وسلطاته يحددها القانون ولا دخل لإرادة المفقود في ذلك، بل إن القاضي هو الذي يطبق القانون في هذا الشأن فيقوم بتعيين المقدم الذي توافرت فيه الشروط المنصوص عليها قانونا، وهي بالتالي نيابة قانونية من حيث تنظيم أحكامها

¹ - ماجدة مصطفى شبانة، مرجع سابق، ص 29.

² - سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مصر، الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2009، ص 575.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

وحدودها، وهي نيابة قضائية من حيث مصدر تعيين المقدم على المفقود، إذ أن القاضي هو الذي يقوم بتعيينه متى ثبت له غيبة هذا الأخير كما أنه يعمل تحت إشرافه ورقابته¹.

لكن هذا لا يعفي تجاهل إرادة النائب كلية حيث أنه بالرغم من أن القانون هو الذي يضع الشروط ويحدد صلاحيات المقدم ألا أنه يبقى الأمر موقوف على رضائه بقبول هذه المهمة، وما يؤكد هذا الطرح ما نصت عليه المادة 1/471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقضي بما يلي: "يعين القاضي المقدم..... بعد التأكد من رضائه"، ولهذا نرى أن النظرية الأقرب في تكييف نيابة المقدم على المفقود تجد تفسيرها في المزج بين نظرية إرادة النائب ونظرية القانون الوضعي، ذلك أن تعيين المقدم يتوقف على إرادته، في حين أن الأحكام المنظمة لصلاحياته وشروطه ومسؤولياته تخضع للقانون.

وعليه نستنتج بشأن تكييف طبيعة هذه العلاقة أنها نيابة قضائية ومصدرها القانون، تقوم على رضا المقدم وتستهدف إدارة أموال المفقود الكامل الأهلية الذي منعت الظروف المادية المتعلقة بالفقد من ذلك، أو المفقود الناقص الأهلية الموجود في نفس الظروف والذي ليس له ولي أو وصي.

المطلب الثاني: إجراءات تعيين المقدم وصلاحياته

يتم تعيين المقدم وفق شروط وإجراءات حددها المشرع الجزائري بالإضافة لذلك يحدد مجال تصرفاته، ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى إجراءات تعيين المقدم وحدود سلطته وقد قسمناه إلى فرعين

الفرع الأول: إجراءات تعيين المقدم

الفرع الثاني: صلاحيات المقدم

الفرع الأول: إجراءات تعيين المقدم

قبل الحديث عن إجراءات تعيين المقدم لابد من التعرض لشروط تعيين المقدم.

¹ - عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء 03، مصر، المكتب الجامعي الحديث، الطبعة الأولى، 2005، ص 103-104.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

1- شروط تعيين المقدم:

يشترط في المقدم نفس الشروط الواجب توافرها في الوصي، وذلك حسب المادة 100 السابق ذكرها، ولقد حددت المادة 93 من نفس القانون هذه الشروط حيث نصت على أنه: " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً قادراً أميناً حسن التصرف، وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

وعليه تتمثل الشروط الواجب توافرها في المقدم فيما يلي:

أ- وجوب أن يكون المقدم مسلماً: فإذا كان المفقود المراد إخضاعه للتقديم مسلماً، لأنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم¹، لقوله تعالى: " ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً"² والحكمة من ذلك ألا يكون لاختلاف الدين بين المقدم والمفقود أي أثر من حيث الحالة الدينية للمفقود، وينتفي هذا الشرط في حالة ما إذا كان المفقود غير مسلم، إذ يجوز حينها أن يكون المقدم غير مسلم.³

ولقد اتفق الفقهاء على جواز قيمومة المسلم على المفقود غير المسلم، لأنه أهل الولاية على الكافر.⁴

أن يكون عاقلاً بالغاً: وهذا معناه أن يكون المقدم بالغاً سن الرشد، متمتعاً بقواه العقلية، ذا أهلية أداء كاملة ولم يحجر عليه لأحد أسباب الحجر، فكل من كان ناقص الأهلية أو عديمها لصغر سنه أو سفهه أو غفلة أو جنون أو عته، لا يصلح أن يكون مقديماً، فكل من هؤلاء هو بحاجة إلى الرعاية فلا يعقل أن تناط به رعاية غيره.⁵

ج- أن يكون قادراً: يفهم من هذا الشرط وجوب كون المقدم ميسور الحال وذا وسيلة مشروعة للكسب والعيش، فلا يمكن في هذا الصدد أن يكون الشخص الذي تم اختياره أو تعيينه محكوماً عليه بالإفلاس إلا إذا رد إليه اعتباره.⁶

¹ - بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، الجزائر، الطبعة الأولى، 2012، ص 464.

² - سورة النساء، الآية 140.

³ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 613.

⁴ - هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون العراقي، دار دجلة، عمان، الطبعة الأولى، 2010، ص 154.

⁵ - محمد سعيد جعفرور، المرجع السابق، ص 614.

⁶ - محمد سعيد جعفرور، المرجع نفسه، ص 614.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

د- أن يكون أميناً وحسن التصرف: وهذا يعني أن يكون المقدم الذي يختاره القاضي من بين الأشخاص الذين يشهد لهم بالأمانة والثقة وحسن التصرف¹، لتضمن عدم تبديد أموال المفقود، فلا يجوز مثلاً تعيين:

- من صدر في حقه حكماً نهائياً في جريمة من الجرائم المخلة بالأداب أو الماسة بالشرف والنزاهة والأمانة.²

- من كان مشهوراً بسوء السيرة.

- من لم يكن له وسيلة مشروعة للعيش.

- من شهر إفلاسه وذلك لاضطراب أشغاله وارتباك أحواله وملاحقة دائنين له، مما قد يعرض مال المفقود إلى الخطر.

- من سبق عزله عن ولاية قاصر بموجب حكم قضائي لأن من لم تصلح ولايته على قاصر لا يصلح تعيينه مقدماً على مفقود.

- من كان بينه وبين أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين المفقود نزاع قضائي أو عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة المفقود.³

كما تضيف المادة 1/471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية إلى هذه الشروط شرط رضا المقدم بهذه المهمة، حيث نصت على ما يلي: "يعين القاضي المقدم..... بعد التأكد من رضائه".

فإذا توافرت هذه الشروط عين القاضي مقدماً من بين أقارب المفقود أو أي شخص آخر يختاره وعادة ما يكون هو المدعي نفسه.

وهذا وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن شروط المقدم هي شروط ابتداء وبقاء، ويعني ذلك أنها يجب أن تتوفر فيه عند تعيينه وطوال فترة بقاءه مقدماً، فإذا تبين أن سبباً من أسباب عدم الصلاحية كان قائماً وقت تعيينه أو لحق به بعد ذلك، يكون هذا موجب لعزله وإنهاء مهامه، حيث أن نص المادة 1/96 من قانون الأسرة، نقضي بما يلي: "تنتهي مهمة الوصي بموت القاصر أو زوال أهلية الوصي أو موته..... بعزله بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر".

¹- أحمد حجي الكرودي، الأحوال الشخصية، سوريا، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دون طبعة، 1998، ص 95

²- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مصر، دار الكتب القانونية، دون طبعة، 2004، ص 103

³- كمال حمدي، الولاية على المال، مصر، منشأة المعارف، دون طبعة، 2003، ص 104

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

فستنتج بالتالي أن المقدم الذي إعتراه عارض من عوارض الأهلية بعد تعيينه تنهي مهامه، معنى ذلك أن شرط الأهلية هو شرط ابتداء لتعيينه وشرط بقاء لاستمراره في أداء مهامه، كما يتم عزله إذا ثبت من تصرفاته ما يهدد مصلحة المفقود، ومعنى أيضا ذلك أن شرط الأمانة وحسن التصرف كما سبق الإشارة إليه هو شرط ابتداء عند تعيينه وشرط بقاء لاستمراره في أداء مهامه.

2- إجراءات تعيين مقدم:

جاءت المادة 99 من قانون الأسرة الجزائري السابق ذكرها، يقدم طلب تعيين المقدم، إلى المحكمة المختصة بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة قانونية أو من النيابة العامة .. باعتبارها الطرف الأصلي المادة 03 مكرر من قانون الأسرة الجزائري.¹

وبالنظر لأحكام المادة 470 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية: "يقدم طلب تعيين المقدم في شكل عريضة، من قبل الأشخاص المؤهلين لهذا الغرض حسب قانون الأسرة أو على شكل طلبات تقدمها النيابة العامة"²، وعليه من هذا النص يمكن القول بأنه يمكن تقديم الطلب بواسطة عريضة افتتاحية، ومنه يمكن للنيابة العامة أيضا تقديمه بشكل عادي شريطة أن تتوافر في هذا الطلب الافتتاحي الشروط القانونية المنصوص عليها من ذات القانون³، ويقوم القاضي بدوره تعيين المقدم في نفس الحكم المتوج بالفقدان.

الفرع الثاني: صلاحيات المقدم في إدارة أموال المفقود

بمقتضى نص المادة 100 من قانون الأسرة التي تحيلنا في شأن التقديم إلى الأحكام المتعلقة بالوصاية نجد أن المادة 95 من نفس القانون تقضي بما يلي: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد 88-89-90 من هذا القانون"

وبالرجوع إلى نص المادة 88 من القانون نفسه نجدها تنص على ما يلي: "على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام، وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

¹ - القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة السابق الذكر

² - القانون رقم 08-09 المتضمن الإجراءات المدنية والإدارية، السابق الذكر

³ - عادل بوضياف، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الطبعة 1، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص 464.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

- 1- بيع العقار.
- 2- قسمة العقار.
- 3- رهن العقار.
- 4- إجراء المصالحة.
- 5- استثمار أموال القاصر بالإقراض أو الإفتراض أو المساهمة في شركة.
- 6- إيجار عقار القاصر لمدة تزيد عن 3 سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد.

ما يمكن استنتاجه من نص هذه المادة أنه يوجد نوعين من الأعمال التي يباشرها المقدم: أعمال لا يباشرها إلا بموجب إذن من المحكمة وهي مذكورة على سبيل الحصر، وفيما عداها تعد أعمالا يباشرها دون حاجة إلى الإذن، وندرس فيما يلي كل نوع على حدا:

أولاً: أعمال المقدم التي تحتاج إلى إذن من المحكمة

حصرت المادة 88 من قانون الأسرة أعمالاً لا يمكن للمقدم مباشرتها إلا بعد الحصول على إذن من القاضي وهو ليس شرطاً للتعاقد أو التصرف وإنما قصد به رعاية مصلحة المفقود والمحافظة على أموال بالنسبة لتصرفات معينة، رأى المشرع لخطورتها أن لا يستقل المقدم بالرأي فيها.¹ فنصب قاضي الأسرة رقيباً عليه فيها.² وفيما يلي يبين هذه الأعمال:

- 1- البيع: بما أن عنوان المذكرة بيع عقار مملوك للمفقود فسنفصل في هذه النقطة في المبحث الثاني من هذا الفصل.
- 2- القسمة: قياساً على نص المادة 723 من القانون المدني والمتعلقة بقسمة المال الشائع لا يستطيع المقدم قسمة العقار أو العقارات المملوكة للمفقود على الشيوع إلا بعد الحصول على إذن من القاضي، ويستوي في ذلك أن يكون رافع دعوى القسمة هو المقدم أو الشركاء على الشيوع.

أما عن كيفية تمامها فقد حددتها المادة 786 قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث تتم عن طريق المزاد العلني بناءً على قائمة شروط البيع التي يعدها المحضر القضائي لتودع بأمانة ضبط المحكمة التي يقع العقار في دائرة اختصاصها الإقليمي وذلك بموجب يقدمه الطرف المستعجل على

¹ - أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص 123

² - توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 288

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

التنفيذ من المالكين على الشيوع، وتشمل قائمة الشروط البيع فضلا عن البيانات والوثائق نفسها في بيع العقار، ذكر أسماء جميع المالكين وموطن كل منهم ونسخة من الحكم أو القرار الصادر بإجراء البيع بالمزاد العلني¹.

3- الرهن: بإسقاط مقتضى نص المادة 882 من القانون المدني نجد أن الرهن المراد في هذا المقام هو ذلك العقد الذي يكسب به المقدم حقا على عقار أو عقارات المفقود ضمانا لوفاء ديونه، ويكون بمقتضاه للمرتهن الحق في أن يتقدم على الدائنين التاليين في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان.

4- المصالحة: بإسقاط نص المادة 459 من القانون المدني نجد أن الصلح هو العقد الذي يبرهن المقدم بشن نزاع قائم أو لاتقاء نزاع محتمل يخص عقارات المفقود، وذلك بأن يتنازل هو والطرف الآخر للعقد كل منهما على حقه على وجه التبادل، وعليه لا يستطيع المقدم أن يقوم بهذا الصلح إلا بناء على إذن من القاضي لأنطواء هذا التصرف على خطوة واضحة تتمثل في إنقاص الذمة المالية للمفقود.

5- بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة:

المنقول هو كل شيء غير مستقر ويمكن نقله بلا تلق سواء كانت القابلية للنقل مصدرها القدرة الطبيعية للشيء، أم كانت هذه القابلية ترجع إلى قوة خارجية كالسيارات والسفن، ويدخل ضمن هذه المنقولات القيم المنقولة كأسهم البورصة، والحقوق المعنوية كحقوق الملكية الصناعية والتجارية والأدبية والفنية، والتصرف في المحلات التجارية التي تدخل ضمن الأموال المنقولة وليس العقارية، وعليه لا يستطيع المقدم بيع هذه منقولات المفقود أو الغائب بناء على إذن من القاضي.

6- استثمار أموال الغائب والمفقود بالإقراض أو الاقتراض أو المساهمة في شركة:

يقصد باستثمار الأموال توظيف المال بقصد الحصول على الربح، ويمكن أن يكون هذا الاستثمار بإقراض أموال الغائب والمفقود أو الاقتراض لمصلحته فالمقدم يمكن أن يكون في مركز المقرض أو في مركز المقرض لمصلحة المفقود والغائب².

¹ - سائح سنقوفة، المرجع السابق، ص 1010

1- تنص المادة 450 من القانون المدني على ما يلي: "قرض الاستهلاك عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض نظيره في النوع والقدرة، والصفة"

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

كما يمكن أن يكون بالمساهمة بأموال المفقود والغائب في شركة، وهذا ما نستخلصه من نص المادة 416 من القانون المدني.

ونظرا لخطورة الاستثمار لأنه يمكن أن يعود على أموال المفقود والغائب بأرباح، كما يمكن أن يعود بخسائر تنتقص من الذمة المالية لهذين الأخيرين، رأى المشرع الجزائري ضرورة تقييد هذه التصرفات بإذن القاضي.

7- إيجار عقار الغائب أو المفقود لمدة تزيد عن ثلاث سنوات:

بالرجوع إلى نص المادة 467 من القانون المدني فالإيجار هو العقد الذي يبرمه المقدم بصفته مؤجرا بمقتضاه يمكن المستأجر من الانتفاع بعقار مملوك للمفقود لمدة أكثر من ثلاث سنوات.¹

ونظرا لطول مدة الإيجار التي تتنافى ومصالح المفقود والغائب على اعتبار أن بدل الإيجار قيد يرتفع بمرور الوقت، دون أن يكون بإمكان المقدم مراجعته، لهذا وحماية لمصالح المفقود والغائب يتوجب الحصول على إذن من القاضي إذا تعلق الأمر بإيجار عقاراته لمدة أكثر من ثلاث سنوات.

نستخلص في الأخير أن المادة 88 من قانون الأسرة حددت على سبيل الحصر التصرفات التي تحتاج إلى إذن من القاضي بموجب أمر على عريضة أمام قاضي شؤون الأسرة حسب المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وإذا تصرف المقدم دون إذن فيكون تصرفه قابلا للإبطال لمصلحة المفقود والغائب.

ب- أعمال المقدم التي لا تحتاج إلى إذن من المحكمة:

كل ما يخرج عن هذه التصرفات فهي لا تحتاج إلى إذن من المحكمة ومنها نفقة الزوجة والأولاد والأقارب.

فيقوم المقدم بجميع الأعمال اللازمة لحفظ أموال المفقود والغائب كجمع الغلات وحفظها، ودفع زكاتها والمطالبة بحقه لدى الغير إذا حل أجلها وتسديد ما على المفقود والغائب كأقساط التأمين على ممتلكاته وإدارة المحلات التجارية والمشاريع..... إلخ.²

¹ - المادة 467 من القانون المدني.

² - يوسف عطا محمد الحلو، مرجع سابق، ص. 131.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

ويلتزم المقدم بتقديم تقارير دورية تتضمن عرض عن هذه الإدارة وهذا تطبيق لنص المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.¹

هذا بالنسبة لإدارة أموال المفقود، أما عن سلطات المقدم بشأن حقوق المفقود المتنازع فيها، فإنه يباشر الدعاوى المالية نيابة عنه دون الدعاوى الشخصية كالطلاق كما لا يستطيع أن يحل محله في الدعاوى الجزائية لتعلقها بمبدأ شخصية العقوبات.

المبحث الثاني: إجراءات بيع عقار مملوك للمفقود

حماية للعقار المملوك للمفقود أوجب المشرع الجزائري بيعه من طرف القضاء وفق مجموعة من الإجراءات، تتمحور هذه الإجراءات حول نقطة واحدة ألا وهي إعداد العقار من جميع النواحي لبيعه، وبهذا نجد أن هناك جزء كبير من هذه الإجراءات يدور فحواها حول قائمة شروط البيع، وهو ما سنتناوله في المطلب الأول، في حين المطلب الثاني يدور حول البيع بالمزاد العلني.

المطلب الأول: قائمة شروط البيع

يتولى المحضر القضائي إعداد قائمة شروط البيع، ومن أجل إعداد قائمة شروط بيع العقار يقبل على اتخاذ مجموعة من الإجراءات، فيقوم بتحرير قائمة شروط البيع ثم يباشر عملية إيداعها بأمانة ضبط المحكمة المختصة، ويقبل بعد ذلك على تبليغ هذه القائمة إلى مجموعة من الأشخاص أطراف في عملية البيع، أوجب القانون تبليغهم بها، وهذا ليقدموا اعتراضاتهم التي تكون بشأنها² وتبعاً لهذا قسمنا هذا المطلب إلى 3 فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: إعداد قائمة شروط البيع

الفرع الثاني: التبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع والهدف منها

الفرع الثالث: إجراءات النشر والتعليق الخاصة بالبيع العقارية للمفقود

2- تنص المادة 471 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: " يجب على المقدم أن يقدم دورياً وطبقاً لما يحدده القاضي، عرض عن إدارة أموال القاصر وعن أي إشكال أو طارئ له علاقة بهذه الإدارة"

²- بلقاسم سلماني، الحجز التنفيذي على العقارات وفق قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع القانون العقاري، الجزائر، 2011-2012، ص 56.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

الفرع الأول: إعداد قائمة شروط البيع

سنتعرض في هذا الفرع إلى تعريف قائمة شروط البيع وكذلك إلى البيانات التي تحتويها هذه القائمة.

أولاً: تعريف قائمة شروط البيع:

إعداد قائمة شروط بيع عقار للمفقود من اختصاص المحضر القضائي كما أشرنا سابقاً، بناءً على طلب المقدم أو الوصي أو الولي في شكل محرر معد من طرف المحضر القضائي، يتضمن مشروع بيع عقار بالمزاد العلني.¹

وتعرف قائمة شروط البيع على أنها ورقة من أوراق المحضرين تتضمن مجموعة من البيانات، منها ما يؤدي إلى التعريف الكامل والدقيق بالعقار المراد بيعه ومنها ما يتعلق ببيان أهم الإجراءات والوثائق التي بني عليها البيع، فتفيد رئيس المحكمة وأطراف البيع في التحقق من مدى صحة الإجراءات، ومن بين بيناتها نجد أيضاً ما يتعلق بالشروط التي يقوم أيضاً عليها بيع العقار في المزاد العلني وكذا بيان الحقوق العالقة والمقيدة على العقار وأصحابها، كما أن عملية إعداد قائمة شروط البيع تتم بواسطة المحضر القضائي لا غير، فيتعين على هذا الأخير تحريرها خلال الأجل المحدد وباللغة العربية والتوقيع عليها، وكذا دمجها بخاتم الدولة الخاص به وإلا كانت باطلة على حسب ما أشارت له المادة 14 من قانون تنظيم مهنة المحضر القضائي.²

ثانياً: بيانات قائمة شروط البيع:

حددت الفقرة 2 من نص المادة 783 من القانون 08-09 مشتملات شروط البيع كما يلي:

- 1- الإذن الصادر بالبيع.
- 2- تعيين العقار تعييناً دقيقاً، لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، مقرراً أو مشاعاً.
- 3- شروط البيع.

¹ - القروي بشير سرحان، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2014، ص 588.

² - القانون رقم 03/06، المؤرخ في 20 فبراير 2006 الموافق 19 صفر عام 1430 هـ، والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، الجريدة الرسمية رقم 11.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

- 4- الثمن الأساسي.
- 5- جواز وعدم جواز تجزئة العقار.
- 6- بيان سندات الملكية.
- 7- بيان المحكمة التي سيتم البيع أمامها.
- 8- تحديد تاريخ ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني.

من خلال نص المادة يتضح أن قائمة شروط البيع تشتمل البيانات التالية:

- 1- الإذن الصادر بالبيع: تنص المادة 479 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السابق ذكره: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا، والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة، بموجب أمر على عريضة".
والمادة 95 من القانون 11-84 المعدل والمتمم السابق ذكره: "للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و89 و90) من هذا القانون".
المادة 100 من القانون 11-84 السابق ذكره: "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام".
من خلال استقراء النصوص السابقة يتضح أن الإذن ببيع أموال المفقود يمنح للمقدم من طرف قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة، ويرجع ذلك لكون المشرع الجزائري منح للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقا لأحكام المواد (88 و89 و90) من القانون 11-84 المعدل والمتمم السابق ذكره، وفي نفس الوقت ساوى بين المقدم والوصي وأخضع المقدم لنفس أحكام الوصي، وبالنتيجة للمقدم نفس سلطة الولي في التصرف في أموال المفقود وفق أحكام المواد المذكورة أعلاه.
- 2- تعيين العقار: يجب تعيين العقار تعيينا دقيقا، يشمل على العموم موقعه وحدوده ونوعه ومشمولاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية واسمها عند الاقتضاء، مقررًا أو مشاعًا، وكل البيانات التي تقيد في التعيين، وإن كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

لقد اعتمد المشرع الجزائري نظام الشهر العيني بموجب الأمر 74-75 المعدل والمتمم المتضمن إعداد مسح الأراضي وتأسيس السجل العقاري،¹ وجسده بمراسيم تنفيذية، وكان يفضل اعتماد المشرع التعيين المنصوص عليه في المادة 66 من المرسوم 63-76 المعدل والمتمم المتضمن تأسيس السجل العقاري² كون قانون الإجراءات المدنية والإدارية صدر سنة 2008.

3- شروط البيع: هي مجموعة شروط تندرج في قائمة شروط البيع، وتبلغ للأطراف لإبداء ملاحظاتهم عليها ومن بينها شرط نفاذ الإيجار.³

4- الثمن الأساسي: يعتبر كشرط أساسي من شروط البيع، لكن رغم ذلك نجد أن المشرع قام بذكره صراحة وعلى وجه الخصوص، وهذا نظرا لماله من أهمية خاصة وما يترتب على تحديده من آثار حيث تبدأ المزايدة منه، وتخضع العقارات غير المشهورة لأحكام العقارات المشهورة في تحديد هذا الثمن، استنادا لنص الفقرة الثانية من المادة 770 ق.إ.م.إ، التي أحالتها على تطبيق مضمون المادة 739 ق.إ.م.إ بحيث ومن أجل تقويم العقار بالثمن العادل الذي يحقق مصلحة كل من أطراف البيع، لذا نص المشرع على كيفية تحديد هذا الثمن.

فوفقا لمضمون نص المادة 739 ق.إ.م.إ يتم تحديد الثمن الأساسي من طرف خبير عقاري، معين من طرف رئيس المحكمة بناء على طلب المحضر القضائي أو المقدم، حيث يقوم هذا الأخير بإيداع مبلغ يغطي أتعاب الخبير بأمانة ضبط المحكمة، يقوم باستصدار أمر على عريضة من رئيس المحكمة يتضمن تعيين الخبير العقاري الذي يحدد الثمن الأساسي للعقار جملة واحدة أو على أجزاء.

ووفقا لنص المادة 739 ق.إ.م.إ الفقرة الثانية يكون الخبير العقاري المعين ملزما بإيداع تقرير التقييم بأمانة الضبط خلال الأجل الذي يحدده له رئيس المحكمة، والذي يجب أن لا يتجاوز

¹- الأمر رقم 74-75 المؤرخ في 12/11/1975 والمتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، (ج.ر عدد 92 الصادرة في 18/11/1975، ص 1206-1207)، المعدل والمتمم بالقانون رقم 17-11 مؤرخ في 27/12/2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، (ج.ر عدد 76، الصادرة في 28/12/2017)، ص 41.

²- المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 25/03/1976 المتضمن تأسيس السجل العقاري، (ج.ر. العدد 30 الصادرة في 13 أفريل 1976، ص 498-512)، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 93/123 المؤرخ في 19/05/1993، (ج.ر العدد 34، الصادرة في 23/05/1993، ص 14-16).

³- بلقاسم سلماني، المرجع السابق، ص 57.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

عشرة أيام من تاريخ تعيينه، فإذا تجاوز هذا الأخير الأجل المحدد تم استبداله بغيره.¹

5- جواز وعدم جواز تجزئة العقار:

أ- تجزئة العقار: نص المشرع على جواز تجزئة العقار في حالة ما اقتضت المصلحة ذلك، كزيادة حاصل بيع العقار كما بيع صفقة واحدة، أو سهولة وسرعة عملية البيع بالإقبال الكبير للمزايدين بسبب التجزئة، وغير ذلك.²

ب- عدم جواز تجزئة العقار: مراعاة من المشرع للمصلحة العامة قام بمنع تجزئة محل البيع إذا كان وحدة استغلال اقتصادية أو مجموعة فلاحية.³

6- بيان سندات الملكية: يتوجب ذكر في قائمة شروط البيع مراجع شهر الوثائق الرسمية التي تثبت ملكية العقار.

7- بيان المحكمة التي سيتم البيع أمامها: من الأفضل أن تكون المحكمة التي تم إيداع قائمة شروط البيع على مستواها، وهذا حتى مباشر كل الإجراءات أمام محكمة واحدة، وهذا البيان يقوم رئيس المحكمة بتحديدته كما سنرى.

8- تحديد تاريخ ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني: لم يشر المشرع الجزائري في نص المادة 783 لتحديد تاريخ ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني في قائمة شروط البيع على خلاف ما أشار له في المادة 737 الفقرة الثامنة من نفس القانون، وفي حال لم يذكر تاريخ ومكان جلسة البيع بالمزاد العلني في المادة السابقة يتم تحديده من طرف رئيس المحكمة بأمر على عريضة بناء على طلب المحضر القضائي أو من له مصلحة، وهذا ما أشارت له المادة 747 من القانون نفسه.⁴

وتذكر البيانات السابقة وجوباً، بحيث يترتب على عدم ذكر أي منها قابلية القائمة للإبطال، أي ترتب البطلان النسبي لها، الذي يكون بناء على طلب كل ذي مصلحة قبل انعقاد جلسة الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل، بحيث إذا لم يقدم طلب إبطال القائمة في هذا الأجل، فإن حق التمسك به يسقط أما إذا ألغيت القائمة بسبب خلوها من أحد هذه البيانات فإن المحضر القضائي هو من يتحمل نفقات إعادة تجديدها ولا تدخل بذلك في مصاريف الإجراءات.

¹- بلقاسم سلماني، المرجع السابق، ص 58.

²- أحمد أبو الوفا، إجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، الطبعة العاشرة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 1991، ص 685-686

³- بربارة عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 240

⁴- القانون رقم 09-08 السابق الذكر المتضمن ق.إ.م.إ.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

- السندات المرفقة بقائمة شروط البيع:

حدد المشرع في نص المادة 784 من القانون 08-09 السابق ذكره المستندات المرفقة بقائمة شروط البيع وهي تشمل ما يلي:

- 1- مستخرج جدول الضريبة العقارية.
- 2- مستخرج من عقد الملكية.
- 3- الإذن بالبيع عند الاقتضاء.
- 4- الشهادة العقارية.

الفرع الثاني: التبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع والهدف منها

قسمنا هذا الفرع إلى قسمين أولاً خصصناه للتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع أما ثانياً فسنحدث فيه عن الهدف من التبليغ.

أولاً: التبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع

بعد تحرير قائمة شروط البيع وإيداعها مع المرفقات اللازمة في أمانة وضبط المحكمة المختصة، سيتوجب الأمر على المحضر القضائي مباشرة إجراء آخر الغرض منه تبليغ كل من يهمه الأمر بإيداع القائمة والبيانات الواردة فيها، وهذا لكي يبدي ما لديه من ملاحظات واعتراضات في الجلسة المحددة.

ويبلغ المحضر القضائي قائمة شروط بيع العقار للمفقود للأطراف الآتية:

- 1- الدائنين أصحاب التأمينات العينية: حيث يجب على المحضر القضائي تبليغ كل دائن له حق مفيد على العقار ظاهر ضمن الشهادة العقارية التي أوجب القانون الجديد إرفاقها مع قائمة شروط البيع، والغرض من هذا التبليغ إلى تمكينهم من تقديم اعتراضاتهم في الوقت المناسب على قائمة شروط البيع، وبالتالي يكون المحضر القضائي ملزماً بتبليغ كل من أصحاب الرهن الرسمي والرهن الحيازة، أصحاب حق التخصيص وحق الامتياز الخاص على العقار.¹

¹ - محمد محمود إبراهيم، أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، دون طبعة، مصر، دون تاريخ، ص 582.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

ويتمدد التبليغ ليشمل أصحاب حق الانتفاع إذا كان محل البيع هو حق الرقبة وكذا تبليغ أصحاب حق الرقبة إذا كان محل البيع هو حق الانتفاع عكس ما يذهب له بعض الفقه، إلا أنه لا يشمل التبليغ أصحاب حق الارتفاق والمستأجرين المقيدين، وهذا لعدم توفر صفة الدائن التي اشتراطها القانون في المبلغ له في هذه الحالة، وهذا بالرغم من ورود حقوق لهم على العقار ضمن الشهادة العقارية، ورغم أن العلم بإجراء الإيداع يهمهم كباقي الأطراف في تقديم ملاحظاتهم واعتراضاتهم على قائمة شروط البيع.¹

وبحسب ما تقدم نقول أن المحضر القضائي غير ملزم أيضا بتبليغ أصحاب الحقوق الذين لهم يقيدوا حقوقهم إطلاقا على العقار²، وكذا أصحاب الامتياز العام أيضا لأن امتيازهم معفي من التسجيل، أي أن حقهم لا يظهر في الشهادة العقارية التي يعرف من خلالها أصحابها الحقوق المفيدة على العقار، لمصلحة الضرائب مثلا.

2- النيابة العامة: تبليغ النيابة العامة يتم عن طريق أخطارها بإيداع قائمة شروط بيع عقار المفقود، وهذا ما نصت عليه المادة 785 من القانون 09-08 التي تضمنت ما يلي: "يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع، إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية، وإخطار النيابة العامة ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع عن طريق الاعتراض عليها، عند الاقتضاء طبقا لأحكام هذا القانون".

يتضح من النص أن المشرع لم يشر لتبليغ المالكين على الشيوع على خلاف ما نصت عليه المادة 740 من نفس القانون لأن المفقود يمكن أن يكون مالكا على الشيوع، وكذلك لم يشرع للأجال المحددة للتبليغ على خلاف ما نصت عليه المادة المذكورة والمحدد وجوبا ب15 يوما الموالية لإيداع قائمة شروط البيع بأمانة الضبط.

¹ - pierre julien et Gilles Taomina ,Voies d'exécution et Procédures de distribution, LGDJ ?paris,p414.

² - فتحي والي، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المراجعات الجديدة، دار النهضة العربية، طبعة 1971، ص 433

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

ثانيا: الهدف من التبليغ الرسمي بإيداع قائمة شروط البيع

يهدف التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع لتمكين الدائنين أصحاب التأمينات العينية إن وجدوا من ممارسة حقهم القانوني في الاعتراض على قائمة شروط البيع، وإتاحة الفرصة لهم لطلب إلغائها قبل جلسة الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل هذا ما نصت عليه المادة 742.¹

اشتراط المشرع الجزائري في المادة السابقة أن يكون التبليغ بطريقة رسمية لإقامة الدليل على علم الدائنين أصحاب التأمينات العينية بإجراءات بيع عقار أو الحق العيني العقاري للمفقود، وغلق باب الاحتجاج على هذا البيع الذي ينتج عن هذه الإجراءات بالنتيجة يتم تطهير العقار من كل التأمينات العينية وهذا ما أشارت إليه المادة 764 ق2 من القانون 09-08.

ويرجع ذلك لكونها تعد الممثل القانوني للحق العام وعلى هذا الأساس منحها المشرع حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع بالاعتراض عليها هذا ما نصت عليه المادة 786 من القانون 09-08 السابق ذكره.

المطلب الثاني: البيع بالمزاد العلني

إن بيع العقار بالمزاد العلني يمر عبر عدد معين من الإجراءات المتعاقبة، بدءا بإجراء الإعلان ولعل المشرع لم يكتف بتنظيم أحكام الإعلان الخاص فلهذا الإعلان غاية محددة كما سبقت الإشارة إليه، وهي تطهير العقار من كل المنازعات المحتملة والتي تؤدي إلى عرقلة عملية البيع، وإذا ما تم الإعلان بالطريقة التي نص عليها القانون، فيتم الشروع في جلسة البيع بالمزاد العلني وفق إجراءات وشكليات معينة، وتتوقف عملية البيع برسو المزاد على أعلى وبدفع الثمن ولا يكون البيع نهائيا في بعض التشريعات إلا بعد مرور مدة زمنية معينة يحددها القانون، وبعد انقضاء هذه المهلة يصبح البيع نهائيا وبالتالي تنتقل ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى 3 فروع كالتالي:

الفرع الأول: إجراءات الإعلان الخاصة بالبيع العقارية للمفقود.

الفرع الثاني: جلسة البيع بالمزاد العلني.

¹ - القانون رقم 09-08 السابق الذكر.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

الفرع الثالث: حكم رسو المزاد.

الفرع الأول: إجراءات الإعلان الخاصة بالبيع العقارية للمفقود

إعلان البيع الموجه للجمهور يكون بعدة وسائل حديثة، فإذا كان من السهل إعلام الجمهور في المدن والقرى الصغيرة عن طريق المناداة في الأسواق وفي الأماكن العامة¹ وقد تحقق هذه الوسيلة غايتها، إلا أن الأمر ليس كذلك في المدن الكبرى، وبالتالي يجب أن تتعدد وسائل الإعلان سواء عن طريق الإطلاع المباشر على قائمة شروط البيع سواء لدى المحكمة، أو لدى الشخص الذي تولى تحرير هذه القائمة.

وقد أمر المشرع الجزائري بأن يكون الإعلان قبل اليوم المحدد للبيع بمدة لا تتجاوز ثلاثين يوماً ولا تقل عن خمسة عشر يوماً، ويكون ذلك باللصق والنشر وهذا ما سنتعرض إليه في التالي.

أولاً: الإعلان عن طريق اللصق

تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تنظيم أحكام اللصق في نص المادة 748: "يقوم المحضر القضائي، بعد إيداع قائمة شروط البيع، بنشر مستخرج من هذه القائمة في جريدة يومية وطنية والتعليق في لوحة الإعلانات بالمحكمة خلال ثمانية أيام التالية لآخر تبليغ رسمي بإيداع القائمة وترفق صورة من الإعلان في الجريدة ونسخة من محضر التعليق مع ملف التنفيذ.

يجوز لكل شخص الإطلاع على قائمة شروط البيع في مكتب المحضر القضائي أو في أمانة ضبط المحكمة".

وعليه يتمثل اللصق في وضع الإعلانات عن البيع في أماكن معينة ذكرها القانون، حيث يقوم المحضر القضائي بتحرير مستخرج يتضمن هذا المستخرج قائمة شروط البيع.²

ويجب أن يتضمن هذا المستخرج وبالأخص البيانات التالية:

1- اسم ولقب المفقود وممثله القانوني وموطن كل منهما.

2- تعيين العقار كما ورد في قائمة شروط البيع.

¹- القروي بشير سرحان، مرجع سابق، ص 544.

²- القروي بشير سرحان، مرجع سابق، ص 556.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

- 3- الثمن الأساسي لكل جزء من العقار.
 - 4- تاريخ وساعة البيع بالمزاد العلني.
 - 5- تعيين المحكمة التي يجري فيها البيع أو أي مكان آخر للبيع.
- وأما بالنسبة للأماكن التي حددها المشرع الجزائري والتي يمكن فيها التعليق فقد تضمنتها المادة 750 ق.إ.م.إ.م. يتم تعليق ونشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي:
- 1- في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المراد بيعها أرضاً أو مباني.
 - 2- في جريدة يومية وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار.
 - 3- في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع.
 - 4- في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها العقار.
 - 5- في الساحات والأماكن العمومية.
 - 6- وفي أي مكان آخر يتحمل أن يضمن جلب أكبر عدد من المزايدين.

يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور.

ونشير في الأخير أن أماكن التعليق جاء ذكرها على سبيل المثال وبالتالي ليس لازماً التعليق في كل هذه الأماكن، إذ يمكن عدم التعليق في بعض الأماكن دون الأخرى متى رأى المحضر القضائي ضرورة لذلك.

ثانياً: الإعلان عن طريق النشر

لاشك في أن الإعلان عن طريق اللصق قد يحقق نتيجة ما، إلا أنها غير كافية وهذا بالمقارنة مع الأهمية التي يحظى بها العقار، وعليه كان من الطبيعي أن يقرر المشرع وسيلة أخرى أكثر فعالية ونجاعة وهي النشر، ونظراً لمكانة ودور الإعلام في حياة الأفراد فإن الإعلان عن البيع ووصوله إلى سبيل أكبر عدد ممكن من الناس يتحقق من خلال الجرائد اليومية.

ويتولى كذلك تحرير المستخرج من قائمة شروط البيع للمحضر القضائي ويجب نشر مستخرج الإعلان في إحدى الجرائد اليومية الوطنية، أو أكثر حسب أهمية العقار، ويثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور.¹

¹ - القروي بشير سرحان، المرجع السابق، ص 560.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

ولم يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية أحكام تتعلق ببطان إجراءات الإعلان في حالة الإخلال أو التقصير، لكنه بالمقابل منح الحق للممثل القانوني للمفقود طلب إلغاء إجراءات النشر والتعليق وذلك تقديم عريضة إلى رئيس المحكمة قبل جلسة البيع بثلاثة أيام على الأقل وإلا سقط حقهم ويترتب على رفع الأمر إلى رئيس المحكمة إحدى الفرضيتين:

الفريضة الأولى: إذا رأى رئيس المحكمة أن إجراءات النشر والتعليق صحيحة، ولا ينوبها أي عيب أو خلل وبالتالي يرفض الطلب، ويأمر بافتتاح البيع بالمزاد.

الفريضة الثانية: في حالة وجود عيب أو خلل في إجراءات الإعلان فيقبل الطلب، ويؤجل البيع إلى جلسة لاحقة، ويأمر بإعادة الإجراءات على نفقة المحضر القضائي الذي أخل بواجب الإعلان.

الفرع الثاني: جلسة البيع بالمزاد العلني

تتضمن جلسة البيع بالمزاد العلني مجموعة من الإجراءات تم التطرق إليها من خلال ما يلي:

أولاً: شروط انعقاد الجلسة

حدد المشرع الجزائري مجموعة شروط لانعقاد جلسة البيع بالمزاد العلني وتمثل في ما يلي:

- تنعقد برئاسة رئيس المحكمة أو يعين القاضي بدلا عنه للقيام بذلك.
- يتم البيع في جلسة علنية.
- تنعقد جلسة البيع بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع في التاريخ والساعة المحددين لها.
- يتوجب حضور جلسة البيع بالمزاد العلني المحضر القضائي وأمين الضبط وعدد من المزايدين لا يقل عن ثلاثة أشخاص.

هذا ما نصت عليه المادة 1753¹ بما يلي: "يجري البيع بالمزاد العلني في جلسة علنية برئاسة رئيس المحكمة أو القاضي الذي يعينه لهذا الغرض بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع، وفي التاريخ والساعة المحددين لذلك وتكون بحضور المحضر القضائي، وأمين الضبط وحضور الدائنين

¹ - القانون رقم 09-08 السابق ذكره.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

المقيدين والمدين المحجوز عليه والحائز والكفيل العيني إن وجد أو بعد إخبارهم بثمانية أيام (08) على الأقل قبل تاريخ الجلسة، وحضور عدد من المزايدين لا يقل عن ثلاثة (3) أشخاص".

يتضح من الشروط المذكورة في نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري لم يشر لحضور الممثل القانوني للمفقود لجلسة البيع بالمزاد العلني.

ثانيا: افتتاح جلسة البيع

تتعقد جلسة البيع بالمزاد العلني بمقر المحكمة التي أودعت فيها قائمة شروط البيع وفي التاريخ والساعة المحددان لها، وتكون علنية، لتمكين المزايدين من الحضور بهدف تحقيق أعلى عرض، بعد افتتاح الجلسة يقوم الرئيس بالتأكد من إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق، أما فيما يخص حضور الممثل القانوني للمفقود المشرع الجزائري لم يشر له في نص المادة 754 من القانون 09-08 السابق الذكر.

ثالثا: افتتاح المزاد العلني

بعد أن يقوم الرئيس بالتحقق من صحة الإجراءات السابقة، والفصل في الاعتراضات والطلبات المقدمة، بحيل الكلمة للمحضر القضائي الذي يبدأ في مباشرة إجراءات البيع¹ وهذا تطبيقا لنص المادة 754 ف 1 من ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي: "بعد افتتاح جلسة البيع يقوم الرئيس بالتحقق من حضور أو غياب أطراف الحجز وإتمام إجراءات التبليغ الرسمي والنشر والتعليق.

إذا كانت هذه الإجراءات صحيحة، يأمر بافتتاح المزاد العلني.....".

يدير المزايدة محضر قضائي تحت سلطة القاضي الرئيس، ورغم أن القانون لم يحدد كيفية ذلك، لكن حسب ما هو معمول به في الواقع التطبيقي فإن المحضر القضائي عندما تحال له الكلمة من طرف الرئيس يقوم بما يلي:

1- سرد الإجراءات القانونية التي اتبعت وصولا إلى البيع العقاري، بحيث يقوم بذكر الإجراءات التي قام بها ليصل إلى جلسة المزايدة.

¹ - عبد العزيز بداوي، الحجز العقاري في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع الإدارة المالية، بن عكنون الجزائر، 2008، ص 140.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

- 2- تحديد العقار الذي يتم بيعه بدقة، بحيث يذكر خامة مساحته وموقفه وعنوانه وحدوده.
- 3- يذكر الحضور من الأطراف، والمزايدين بالإجراءات التي يجب إتباعها في المزايدة، وبالتالي شروط المزايدة.
- 4- ذكر السعر المرجعي.
- 5- ذكر قيمة المصاريف.
- 6- متابعة المزايدة وذكر في كل مرة أين وصل الثمن.¹

جاءت المادة 754 فقرة 02 على هذا النحو بنصها على ما يلي: "إذا كانت هذه الإجراءات الصحيحة، يأمر بافتتاح المزاد العلني، ويذكر بشروط البيع ونوع العقار و/أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع، والثمن الأساسي والرسوم والمصاريف، ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار و/أو الحق العيني العقاري، وفي جميع الأحوال لا يقل عن عشرة (10.000) في كل عرضه"

أ- شروط المزايدة:

بعد أن يقوم القاضي بافتتاح جلسة البيع وبتحقيق من حضور الأطراف، يجب عليه أن يعلم الحضور بشروط المزايدة.²

أ-1- حضور 03 مزايدين على الأقل: لكي تنعقد المزايدة يجب أن يكون على الأقل 03

مزايدين، وإلا فإن رئيس الجلسة لا يمكن له أن يفتح المزايدة، إنما يأمر بتأجيلها وذلك تطبيقاً للمادة 753 ق.إ.م. التي تنص على ما يلي: "..... وحضور عدد من المزايدين لا يقل عن ثلاثة أشخاص"

يجوز تأجيل البيع بالمزاد بطلب من أطراف البيع إذا كان للتأجيل أسباب جديدة لاسيما قلة المزايدين وضعف العروض.³ وتعاد إجراءات النشر والتعليق على نفقة طالب التأجيل.

أ-2- قيمة العروض بالزيادة تكون أكثر من عشرة آلاف 10.000 دج: حددت المشرع من أجل دفع حد للتلاعب داخل الجلسات على أن لا تقل عن 10.000 دج غير أنه بإمكان أن تكون أكثر، طبقاً للمادة

¹ - نور الدين بلقاسمي، حجز وبيع العقارات والحقوق العقارية في النظام القانوني الجزائري، دراسة نظرية تطبيقية، دون طبعة، دون دار نشر، دون سنة نشر، ص 76-77.

² - حمة مرامية، الحجز التنفيذي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة البوني عنابة، ص 146.

³ - المادة 753 ق.إ.م.، السابق الذكر.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

754 ق 2 ق.إ.م.إ التي تنص على ما يلي: "..... وفي جميع الأحوال لا يقل عن عشرة آلاف دينار (10.000) في كل عرض".

أ-3- وقت العرض: تنص المادة 754 فقرة 03 ق.إ.م.إ على ما يلي: "إذا لم يتوفر النصاب من المزايدين، أو كان العرض أقل من الثمن الأساسي للمزايدة، أو لم يتقدم أحد بأي عرض خلال خمسة عشرة (15د) دقيقة، أثبت الرئيس ذلك في سجل الجلسة، وقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي" أي انه في حالة ما إذ تم افتتاح المزايدة، ولاحظ رئيس الجلسة عدم وجود أي عرض ينتظر خمسة عشر (15د) دقيقة للإعلان عن التأجيل.

رابعاً: تأجيل البيع

1- الجلسة الأولى: إذا تبين لرئيس الجلسة بأن العروض المقدمة من المشاركين في المزايدة غير كافية، يجوز تأجيل البيع.¹ بالنسبة لنفقات التأجيل فيتحملها طالب التأجيل حسب نص المادة 753 فقرة 03.² أما فيما يخص انعقادها وكذا التحقق من مختلف المسائل والإجراءات التي يمكن أن تعيق سريان افتتاح المزاد، وبذكر المزايدين بشروط البيع، نوع العقار المعروض للبيع، الثمن الأساسي الذي تنطلق منه المزايدة والرسوم المستحقة للخزينة.

يكون التأجيل تلقائي بأمر من الرئيس بسبب قلة المزايدين، وضعف العروض، ويثبت ذلك في سجل الجلسة ويقرر التأجيل إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي.

2- الجلسة الثانية: حسب المادة 745 فقرة 04 من ق.إ.م.إ بغض النظر عن عدد المزايدين، إذا كانت العروض أقل قيمة من الثمن الأساسي وغير كافية بقيمة الدين، والمصاريف يقرر الرئيس تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة مع إنقاص عشر 10/1 الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق وفقاً لما نصت عليه المادة 750 ق.إ.م.إ.

3- الجلسة الثالثة: بعد أن تم إنقاص السعر المرجعي وتأجيل الجلسة، فإن المحضر القضائي يقوم بإعادة إجراءات النشر حسب الكيفية في المادة 750 ق.إ.م.إ وعند انعقاد الجلسة، فإن القاضي مهما كان عدد المزايدين فإنه بغض النظر عن ذلك بفتح الجلسة فإن كانت العروض

¹- عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ وفقاً للقانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، طبعة 03، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر، 2013، ص 41.

²- المادة 753 فقرة 03، من الأمر رقم 09-08 السابق الذكر المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

أقل من السعر المرجعي بالعشر، أو لم يتقدم أحد بالعرض فإنه يأمر بتأجيل الجلسة إلى وقت آخر¹ أما إذا حضر مزاييد واحد وعرض شراء العقار، و/أو الحق العيني العقاري، ولم يتقدم معه أي مزاييد فإنه من الأفضل والمنطقي أن يباع له العقار على تأجيل البيع بنفس الشروط لأن 10/1 العشر نسبة قليلة وغير بعيدة عن القيمة الحقيقية للعقار بثمنه الأساسي أفضل من التأجيل بعد حد.

4- الجلسات الموالية: حسب المادة 754 فقرة 05 ق.إ.م.إ، نجد أن القانون صريح بالنص في الجلسات الموالية وليس في الجلسة الموالية أي على الرئيس أن يراعي في بيع العقار، وأن يحقق أحسن سعر، ولو كان أقل من الثمن الأساسي، لا بسعر يخوله أن لا يكتفي بجلسة واحدة إذا كانت فيه العروض ضعيفة فعليه التأجيل وتوسيع النشر سواء في الجرائد الوطنية، أو الأماكن العمومية، ولا مانع حتى من استعمال شبكة الانترنت في صفحات الإشهار، كما أن القانون لم يحدد الحد الأدنى الذي يجوز النزول في حالة البيع بسعر حر، وترك السلطة التقديرية للقاضي رئيس الجلسة في ملائمة السعر المعروض مقارنة بالثمن الأساسي.

الفرع الثالث: رسو المزاد

إن الهدف من البيع بالمزاد العلني هو أن تتوالى إلى العروض ويرتفع الثمن إلى أن يرسو المزاد على آخر مزاييد، وقد تضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية تعديلا في كيفية رسو المزاد حيث يرسو المزاد في القانون الجديد بعد أن ينادي الرئيس ثلاث مرات متتالية بين كل نداء دقيقة واحدة، وقد نصت المادة 1/757 ق.إ.م.إ: "يرسو المزاد على من تقدم من المزايدين بأعلى عرض وكان آخر المزايدين.

ويعتمد الرئيس العرض الذي لا يزداد عليه بعد النداء به ثلاث -3- مرات متتالية، تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة."

ويرسو المزاد بموجب حكم، وإن كان إيقاع البيع يصدر في شكل الأحكام، إلا أنه ليس له من معناها سوى الاسم، فهو من الناحية الفنية ليس حكما بالمعنى الدقيق، على اعتبار أن بيع العقار لا بشكل

¹ - سليمان بوقندورة، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص 169.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

خصوصية قضائية بالمعنى الدقيق، وبالتالي فإن هذا الحكم لا يعد فاصلا في خصوصية وبالتالي لا تنطبق عليه قواعد الأحكام وبالأخص أحكام الطعن فيه.¹

وعليه فحكم أيقاع البيع هو صيغة قانونية يصدر عن القاضي المكلف بعملية البيع بإرساء المزاد على صاحب أكبر عرض، هذه الصيغة القانونية ليس من شأنها جعل قرار الإحالة حكما ولا عقدا وان ترتبت بعض آثار الاحكام عليهما، من ناحية وبعض الآثار العقود عليهما من ناحية اخرى.²

وقد نصت المادة 736 ق.إ.م.إ على: "يتضمن حكم رسوا المزاد، فضلا عن بيانات الأحكام المألوفة وأسماء و ألقاب الأطراف ما يأتي:

- 1- السند التنفيذي الذي بموجبه تم الحجز والإجراءات التي تلتها، لا سيما تاريخ كل من التبليغ الرسمي والتكليف بالوفاء و اعلان البيع.
- 2- تعيين العقار و/ او الحق العيني العقاري المباع ومشمولاته والإرتفاقات العالقة به ان وجدت كما هو معين في قائمة شروط البيع.
- 3- تحديد الثمن الاساسي للعقار و/او الحق العيني العقاري المباع.
- 4- اجراءات البيع بالمزاد العلني
- 5- الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخصا طبيعيا او معنويا
- 6- الثمن الراسي به المزاد وتاريخ الدفع
- 7- الزام المحجوز عليه او الحائز او الكفيل العيني او الحارس، حسب الاحوال بتسليم العقار و/او الحق العيني العقاري لمن رسي عليه المزاد.

وعليه نرى من خلال نص السالفة الذكر ان المشرع الجزائري يعتبر حكم رسوا المزاد حكما بصريح العبارة، فضلا عن بيانات الاحكام المألوفة وتشير انه يجب على الراسي عليه المزاد ان يقوم بدفع مقدار معين من ثمن رسوا المزاد بالإضافة الا المصاريف والرسوم المستحقة، وبالرجوع الى نص المادة 757 /2 ق.إ.م.إ: "يجب على الراسي عليه المزاد ان يدفع حال انعقاد الجلسة، خمس الثمن والمصاريف والرسوم المستحقة، ويدفع المبلغ الباقي في اجل اقصاه ثمانية (8) ايام بأمانة ضبط المحكمة.

¹-فتحي الوالي، التنفيذ الجبري وفقا لمجموعة المرافعات الجديدة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 1971، ص 528.

²- طلعت محمد دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوق، لبنان، 2008، ص 738.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

إذا لم يودع الراسي عليه المزاد باقي الثمن كاملاً في المدة المحددة في الفترة اعلاه، يتم اعذاره بالدفع خلال خمسة (5) أيام. ولا أعيد البيع بالمزاد العلني على ذمته".

ويرتب حكم رسو المزاد جملة من الآثار القانونية سواء بالنسبة للراسي عليه المزاد، أو المدين المحجوز عليه، الحائز أو الكفيل العيني، وكذلك بالنسبة للدائن مباشر إجراءات الحجز التنفيذي على العقار، أو بالنسبة للدائنين المتدخلين في الحجز ويمكن ذكر هذه الآثار فيما يلي:

1- دفع الثمن، يترتب على حكم إيقاع البيع وجوب دفع الثمن من طرف الراسي عليه المزاد.
2- انتقال كافة الحقوق التي كانت مقررة للمدين على عقاره إلى الراسي عليه المزاد، وكذلك كل الارتفاقات العالقة به.

3- انتقال الملكية إلى الراسي عليه باعتباره أن حكم إيقاع البيع يعتبر سند للملكية
4- قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من طرف المحضر القضائي، خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره.

5- التزام المحجوز عليه أو الحائز أو الكفيل العيني أو الحارس بتسليم العقار
6- تطهير العقار من كل التأمينات العينية، بعد قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية.¹

أو ثمن الأموال التي تصرفوا فيها ما دامت غير موجودة عينا وكان هذه القيم تحل عينا محل الأموال المتصرف فيها، وهذه التصرفات لا تعدو أن تخرج عن احد الفرضين:

1- الفرض الأول: تصرف الوارث في هذه الأموال تصرفات معاوضة، وهنا الإشكال لا يطرح لان قيمة الأشياء المتصرف فيها يفترض وجودها في ذمة الوارث.

2- الفرض الثاني: تصرف الوارث في هذه الأموال تصرفات تبرعية وهنا بطرح إشكال إلزامه برد قيمة المحل المتبرع به، إذا تصرف الوارث تصرفات من غير البيع كالهبة والوصية باعتبارهما تصرفات ناقلة للملكية وبدون عوض فهل يكون هذا الأخير ملزم برد قيمة الأموال المتصرف فيها؟.

¹- القروي بشير سرحان، مرجع سابق، ص 575.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

بالرجوع إلى نص المادة 115 من قانون الأسرة نجدها قد اقتضت على تصرف البيع فقط مما يثير التساؤل حول نية المشرع من وراء ذلك هل أورده على سبيل المثال أو الحصر.¹

ونرى أن تصرف البيع قد ورد على سبيل المثال بالنسبة للتصرفات بعوض أن يكون الوارث قد تلقى عوضا مقابل نقل ملكية أعيان المفقود التي آلت إليه بالميراث، أما إن كان التصرف بدون عوض ففي هذه الحالة يكون على سبيل الحصر، إذ لا مجال لمطالبة الوارث الذي لم يتلقى مقابلا بتصرفه التبوعي بدفع قيمة العين المتصرف فيها، إلا إذا كان سيئ النية بان كان عالما وقت إبرام التصرف بظهور المفقود حيا، فهنا يكون ملزما بدفع قيمة العين المتصرف فيها.

المطلب الثالث: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة على البيع

إذا ظهر المفقود حيا بعد صدور الحكم بوفاته، فإن هذا الحكم هو اعتباري، وبالتالي يصبح قابلا للإلغاء، ويسقط هذا الحكم وتزول كل آثاره بناء على طلب ذوي الشأن أو النيابة العامة وهذا طبقا لنص المادة 94 من قانون الحالة المدنية والتي تنص على: "إذا ظهر الشخص الذي صرح بوفاته قضائيا مرة أخرى في وقت لاحق لحكم التصريح بالوفاة، فيتابع وكيل الجمهورية أو كل معني بإبطال الحكم فمن الأشكال المنصوص عليها في المواد 46 وما يليها.

ويسجل بيان إبطال حكم التصريح بالوفاة على هامش قيده في السجل".

وبذلك تزول جميع الآثار المترتبة على هذا الحكم، كما يسترد الشخص المفقود شخصيته القانونية بأثر رجعي وكأنه لم يفقدها يوما خاصة بالنسبة لأمواله أو زوجته شريطة عدم الإضرار بحقوق الغير.²

لكن لاستيراد المفقود كل أمواله وإنما يسترد ما لم يهلك منها فقط، ومن ذلك ما بيع من عقارات وبما أن بحثنا موضوعه بيع العقارات فنتحدث فقط عن بيع العقارات وما يسترد منها وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى فرعين كالتالي:

الفرع الأول: استرداد قيمة ما بيع من عقارات المفقود

الفرع الثاني: دعاوى استرداد عقارات المفقود

¹ - القانون رقم 84-11 السابق الذكر.

² - نبيل ابراهيم سعد، المدخل الى القانون، الجزء الثاني، دون طبعة، نظرية الحق دار المعرفة الجامعية، بيروت، لبنان، 2000، ص 145.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

الفرع الأول: استرداد قيمة ما بيع من عقارات المفقود

إذا تصرف الورثة في الأموال التي آلت إليهم عن طريق الإرث من المفقود ثم ظهر هذا الأخير حيا فباستطاعته أن يطالبهم باسترداد قيمة ما تم التصرف فيه من عقارات، ويؤسس الفقه القانوني لذلك باعتماد نظرية الحلول العيني والتي تقضي بان كل شيء يحول محل غيره يأخذ طبيعته، وان يكسب المال المستبدل صفات المال المبدل،¹ وعلى هذا فان الورثة ملزمون برد قيمة أو ثمن الاموال التي تصرفوا فيها ما دامت غير موجودة عينا و كأن هذه القيم تحل عينا محل الأموال المتصرف فيها، و هذه التصرفات لا تعدو أن تخرج عن أحد الفرضين:

الفرض 1: تصرف الوارث في هذه الأموال تصرفات معاوضة ، وهنا الاشكال لا يطرح لأن قيمة الأشياء المتصرف اليها يفترض وجودها في ذمة الوارث.

الفرض 2: تصرف الوارث في هذه الأموال تصرفات تبرعية، وهنا يطرح اشكال إلزامه برد قيمة المحل المتبرع به، إذا تصرف الوارث تصرفات من غير البيع كالهبة والوصية باعتبارهما تصرفات ناقلات للملكية وبدون عوض فهل يكون هذا الأخير ملزم برد قيمة الأموال المتصرف فيها؟

بالرجوع لنص المادة 115 من قانون الأسرة نجدها قد اقتضت على تصرف البيع فقط مما يثير التساؤل حول نية المشرع من وراء ذلك هل أورده على سبيل المثال أو الحصر.

ونرى أن تصرف البيع قد ورد على سبيل المثال بالنسبة للتصرفات بعوض أين يكون الوارث قد تلقى عوض مقابل نقل ملكية أعيان المفقود التي آلت إليه بالميراث، أما إن كان التصرف بدون عوض ففي هذه الحالة يكون على سبيل الحصر، إذ لا مجال لمطالبة الوارث الذي لم يتلقى مقابلا لتصرفه التبرعي بدفع قيمة العين المتصرف فيها، إلا إذا كان سيء النية بأن كان عالما وقت إبرام التصرف بظهور المفقود حيا، فهنا يكون ملزما بدفع قيمة العين المتصرف فيها.

الفرع الثاني: دعاوى استرداد عقارات المفقود

قرر المشرع في نص المادة 115 من قانون الأسرة حماية لأموال المفقود الذي يظهر حيا بحيثمكنه من المطالبة بقيمة ما بيع منها، ونفرق في شأن هذه الحالة بين فرضين:

¹- رجاء عبد العزيز الطويل، احكام المفقود في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مصر، دار المصطفى، دون طبعة، 1986، ص 199.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

أولاً: الفرض 1: إذا كان الضمان العام للوارث يغطي قيمة الأموال التي تم بيعها ورفض الوارث تسليم المفقود قيمة الأموال العينية التي باعها هذا الأخير، كان له ان يطالبه بها في هذا الضمان كله استناداً لنص المادة 118 من القانون المدني¹، بما فيه من أموال سواء التي كانت في حيازته او لدى الغير باتباع اجراءات التنفيذ الواردة في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ثانياً: الفرض 2: إذا كان الضمان العام للوارث لا يغطي قيمة الأموال التي تم بيعها، ففي هذه الحالة إذا لم يكن هذا الأخير قد تسلم ثمن المبيع فإن المفقود يستطيع رفع الدعوى غير المباشرة² على المشتري بقصد اقتضاء هذا الثمن، وهذه الدعوى نظام قانوني يكفل حق الدائنين في التنفيذ على أموال مدينهم بالمحافظة على الضمان العام للدائن، ومن شروطها توفر شرط الإعسار، فلا حاجة لرفعها إذا كان الضمان كافياً، يكفي فقط أن يكون حق الدائن محقق الوجود لكي يستطيع أن يستعمل حقوق مدينه في هذه الدعوى، وهنا حق المفقود محقق الوجود.³

أما إذا كان الوارث سيء النية بأن كان يعلم بأن المفقود عاد حيا وقام بإبرام عقد البيع، فإن لهذا الأخير رفع دعوى الاستحقاق على المشتري وذلك تأسيساً على أن الوارث قد باع ملك الغير، ذلك أن هذا البيع لا يسري في حق المالك الحقيقي في أي حال من الأحوال¹، تطبيقاً لنص المادة 2/397 من القانون المدني، وبمقتضى هذه الدعوى يستحق المفقود المبيع كلية بنزعه من يد المشتري عن طريق حكم يلزمه بترك المبيع لمدي استحقاقه.²

إذا كان الوارث لم يسلم المبيع بعد إلى المشتري فإن مفقود يعود على الأول بالدعوى نفسها³. أما إذا كان المشتري قد تسلم المبيع واكتسب ملكيته عن طريق الحيازة او بالتقادم ولم يتمكن المفقود من استرداد ماله فله في هذه الحالة الرجوع بالتعويض على أساس دعوى المسؤولية التقصيرية إذا كان الوارث سيء النية.⁴

¹- قانون رقم 75-58 السابق الذكر المتضمن قانون المدني.

²- الرشيد بن شويخ، مرجع سابق، ص 226.

³- فتيحة يوسف، مرجع سابق، ص 189 إلى 191.

¹- لحسين بن الشيخ آث ملويا، مرجع سابق، ص 59.

²- زاهية سي يوسف، مرجع سابق، ص 130 إلى 132.

³- حورية كميح، مرجع سابق ص 145.

⁴- سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 710-711.

الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود

ملخص الفصل الثاني:

نستخلص في نهاية هذا الفصل أن المقدم يتولى إدارة أموال المفقود تحت إشراف القاضي ويتسلم ما يثبت له من حقوق لدى الغير وتنفيذ التزاماته سواء كان مصدرها الفقد أو القانون، وهو في ذلك يمارس نيابة قضائية مصدرها القانون بعد التأكد من رضاه وببذل عناية الرجل الحريص في أدائها.

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة بيع العقار في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث جعل هذا البيع يتم في جلسة قضائية خروجاً عن البيوع العادية التي تتم أمام محرر عقد، سعياً لتوفير حماية لأمالك المفقود العقارية، ولحقوق دائنيه ولحقوق ورثته بعد إثبات وفاته فعلياً أو حكماً.

خاتمة

خاتمة

بعد أن تمت معالجة موضوع بيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري، من خلال قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية نستخلص في النهاية ان المشرع الجزائري حاول حماية أملاك المفقود بصفة عامة وعقاراته بصفة خاصة، من خلال تعيين مقدم يمثله قانونيا ومن خلال ذلك جعل هذه الأملاك تباع فقط من خلال المزاد العلني وفق إجراءات خاصة، ونستنتج منها مجموعة من النتائج والتوصيات تلخصها في ما يلي:

- إن المشرع الجزائري قد فصل في مفهوم عقد البيع العقاري من خلال بيان خصائصه العامة والخاصة وكذلك أركانه العامة والرسمية في عقد البيع العقاري.
- عرف المشرع الجزائري المفقود اعتمادا على معيار الجهل بمكانه وحاله في قانون الأسرة وبالتحديد في المادة 109 حيث جاء فيها: "الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا تعرف حياته او موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم".
- توجد حالات مشابهة للمفقود تتمثل في الأسير والغائب، فأما الأسير فيأخذ حكم المفقود إذا انقطعت أخباره وجهل مصيره ولم يعد معروف حياته من مماته، أما الغائب هو الذي منعه الظروف من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة وكيل لمدة سنة مما أدى إلى الإضرار بالغير، وقد ساوى المشرع بينه وبين المفقود في حين أن الغياب هو أوسع معنى من الفقد، فكل مفقود غائب وليس كل غائب مفقود.
- عين المشرع للمفقود وكيل يسمى مقدم يتصرف بالنيابة عن المفقود في أمواله ويعين وفقا لإجراءات حددها القانون.
- لم يحدد المشرع وقت بيع العقار المملوك للمفقود، هل قبل صدور الحكم بموته أو بعد صدوره.
- أدرج المشرع بيع العقار المملوك للمفقود مع بيوع أخرى مثل العقار المملوك للمفلس.
- لم يشر المشرع الجزائري لحضور الممثل القانوني للمفقود لجلسة البيع بالمزاد العلني.
- البيع بالمزاد العلني يظهر العقار محل البيع من الحقوق العينية التبعية التي تشغله ولا يظهره من الحقوق الشخصية مثل عقود الإيجار الرسمية المبرمة قبل قيد أمر البيع.
- اهتم المشرع في إطار تحضير العقار للبيع بالمزاد العلني بشيء من التفصيل وخاصة البيانات الأساسية التي يتعين تضمينها بقائمة شروط البيع والجزاء المترتب في حالة إغفال بعضها.

خاتمة

- أُلزم المشرع المحضر القضائي بإعداد قائمة شروط البيع وإيداعها لدى أمانة ضبط المحكمة والإنذار بالاطلاع عليها ضمن أجل محددة، حتى لا تطول الإجراءات ولإتاحة الفرصة لذوي الشأن الحق في الاعتراض عليها.

ومن خلال هذه النتائج نتوصل إلى التوصيات التالية:

- يثار إشكال حول صفة المدعى عليه في دعوى الفقد أو دعوى الوفاة حيث أن الدعوى ترفع من ذي مصلحة، وبما أن المدعى عليه مفقود كان من الأجدر أن ينص القانون على وجوب تعيين وكيل عن المفقود لتمثيله قضائياً وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني، وبهذا يحل القانون إشكالا آخر وهو تعيين المقدم، ومع العلم المقدم يعين فقط لمن ليس له ولي أو وصي، وبما أن المفقود ليس فاقد للأهلية أو ناقصها فلا يصح تعيين مقدم عنه بل الأصل هو تعيين وكيل عنه.
- تحديد وقت لبيع عقار مملوك للمفقود بدقة هل قبل صدور الحكم بالوفاة ام بعد صدور الحكم بالوفاة المادة 785.
- إدراج عبارة حضور الممثل القانوني للمفقود من القانون 08-09 في جلسة البيع بالمزاد العلني.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمرجع

أولاً: المصادر

1- القرآن الكريم، برواية ورش

ثانياً: المصادر القانونية

1. النصوص القانونية

1- القوانين والأوامر:

- القانون المعدل والمتمم للأمر رقم 70-20 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1389 الموافق 19 فبراير سنة 1970 المتعلق بالحالة المدنية.

- الأمر رقم 75-74 المؤرخ في 12/11/1975 والمتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية عدد 92 الصادرة في 18/11/1975.

- القانون رقم 84/11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الاسرة الجزائري، جريدة رسمية، عدد 24 صادرة في 22 جوان 1984.

- القانون رقم 88-27 المؤرخ في 12/07/1988 المتضمن تنظيم التوثيق الجريدة الرسمية، العدد 28، الصادرة في 13/07/1988.

- الأمر رقم 02-03 يتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 2001/11/10.

- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية عدد 46.

- القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20 فبراير 2006، الموافق ل 19 صفر 1430 والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، جريدة رسمية، رقم 11.

- القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20/02/2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق، الجريدة الرسمية، العدد 14، الصادرة في 08-03-2006.

- الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 26/9/1975 يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/10 المؤرخ في 13/05/2007.

قائمة المصادر والمرجع

- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 285 فبراير 2008ن المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، جريدة رسمية، عدد 21، صادرة في 23 أفريل 2008.
- المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-17 مؤرخ في 2017/12/27 المتضمن قانون المالية سنة 2018 جريدة رسمية عدد 76، الصادرة في 2017/12/28.
- الأمر رقم 01/06 المؤرخ في 27 فبراير 2006 يتضمن تنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية.

III النصوص التنظيمية:

3- المراسيم

- المرسوم رقم 63-76 المؤرخ في 1976/03/25، المتضمن تأسيس السجل العقاري، جريدة رسمية، العدد 30 الصادرة في 13 أفريل 1976 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 123/93 المؤرخ في 1993/05/19 جريدة رسمية، العدد 34، الصادرة في 23 ماي 1993.
- المرسوم التنفيذي 430-05 المؤرخ في 2005/11/08، المتضمن تحديد وسائل الاتصال عن بعد وكيفيات استعمالها من المحبوسين تطبيقا لنص م72 من القانون 04-05 جريدة رسمية، العدد 74 الصادرة في 2005/11/13.

ثالثا: المراجع

1. الكتب:

أ- الكتب العامة:

- 1- أحمد أبو الوفا، اجراءات التنفيذ في المواد المدنية والتجارية، ط 10، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 1991.
- 2- أحمد حجي الكرودي، الأحوال الشخصية، سوريا، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، دون طبعة، 1998.
- 3- أحمد خليفة شرقاوي أحمد، القوة التنفيذية للمحركات الموثوقة، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، دون طبعة، 2007.
- 4- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، مصر، دار الكتب القانونية، دون طبعة، 2004.
- 5- أديب إستانبولي، سعدي أبو حبيب، المرشد في قانون الأحوال الشخصية، الجزء 02، دون طبعة، دار الأنوار، سوريا، 1989.
- 6- الرشيد بن شويخ، دروس في النظرية العامة للالتزام، الجزائر، دار الخلدونية، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 7- الصادق عبد الرحمان الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، الجزء 03، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، دون طبعة، 2006.
- 8- الغوثي بن ملحمة، القانون القضائي الجزائري، طبع الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة 02، الجزائر، 2000.

قائمة المصادر والمرجع

- 9- أنور العروسي، العقود الواردة على الملكية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، الطبعة 01، 2002.
- 10- بلحاج الغربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الجزء 02، الطبعة 3، الميراث والوصية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- 11- بلحاج العربي، الوجيز في الشركات والمواريث في قانون الأسرة الجزائري الجديد، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2013.
- 12- بوشير محند أمقران، قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجزائر، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة 03، 2008.
- 13- بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، كليك للنشر، الطبعة 01، الجزائر، 2012.
- 14- توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مصر، مؤسسة الثقافة الجامعية، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 15- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، 2009.
- 16- خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء 04، دون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
- 17- سائح سنفوقة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الجزء 01، دون طبعة، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 18- سليمان بوقندورة، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، دون طبعة، دار هومة، للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
- 19- سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والفقهاء، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2009.

قائمة المصادر والمرجع

- 20- سي يوسف زاهية حورية، الوجيز في عقد البيع، دار الأمل، تيزي وزو، الجزائر، دون طبعة، 2008.
- 21- شمس الدين أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، بيروت، دار المعرفة، الطبعة 2، دون سنة نشر، دون بلد.
- 22- طلعت محمد دويدار، النظرية العامة للتنفيذ القضائي، الطبعة 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008.
- 23- عبد الرحمان بريارة، طرق التنفيذ من الناحيتين المدني والجنائي، منشورات بغدادية، الجزائر، الطبعة 1، 2009.
- 24- عبد الرحمان بريارة، شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الطبعة 2، المكتبة القانونية، منشورات بغدادية، دون بلد نشر، 2009.
- 25- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد 1، مصر، دار النهضة العربية، الطبعة 3، دون سنة نشر.
- 26- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (البيع والمقايضة)، الجزء 04، الطبعة 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2000.
- 27- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، الجزء 01، دون طبعة، منشأة المعارف، مصر، 2004.
- 28- علاء الدين، أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، لبنان، دار الكتب العلمية، الطبعة 02، 1986.
- 29- علاء الدين علي أبو الحسن سليمان المرادوي، الانصاف من معرفة الراجح من الخلاف، دار احياء التراث العربي، الطبعة 1، لبنان، 1958.
- 30- عمار علوي، الملكية والنظام العقاري في الجزائر، الطبعة 4، الجزائر، 2006.

قائمة المصادر والمرجع

- 31- عمر حمدي باشا، طرق التنفيذ وفقا للقانون 08-09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، الطبعة 03، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر 2013.
- 32- عمرو عيسى الفقي، الموسوعة الشاملة في الأحوال الشخصية، الجزء 03، مصر، الطبعة 01، المكتب الجامعي الحديث، 2005.
- 33- عوض أحمد الزغبى، أصول المحاكمات المدنية، الجزء 02، الطبعة 2، الأردنن دار وائل، 2006.
- 34- كمال حمدي، الولاية على المال، مصر، منشأة المعارف، دون طبعة، 2003.
- 35- لحسن بن الشيخ آث ملويا، المنتقى في عقد البيع، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2005.
- 36- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، مصر، دار الفكر الجامعي، الطبعة 1، 2004.
- 37- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، ليبيا، الجامعة المفتوحة، الطبعة 1، 2004.
- 38- محمد بن عمر بن عبد العزيز بن أحمد الشهير بابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، مصر، مطبعة البابي الحلبي، طبعة 2، 1966.
- 39- محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، دون سنة نشر.
- 40- محمد صبري السعدي، شرح قانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء 01، طبعة 2، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- 41- محمد علي الصابوني، المواثيق في الشريعة الاسلامية في ضوء الكتاب والسنة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، دون طبعة، دون سنة نشر.

قائمة المصادر والمرجع

- 42- محمد محمود ابراهيم، أصول التنفيذ الجبري على ضوء المنهج القضائي، دار الفكر العربي، دون طبعة، مصر، دون سنة نشر.
- 43- محي الدين بن شرف أبي زكريا النووي، روضة الطالبين وعمرة المفتين، لبنان، دار الفكر، دون طبعة، 1995.
- 44- منصور بن يوسف بن ادريس الميهوتي، كشاف الايقاع على متن الايقاع، مكتبة النشر الحديثة، السعودية، دون طبعة، دون سنة نشر.
- 45- نبيل ابراهيم سعد، المدخل إلى القانون، الجزء 02، دون طبعة، دار المعرفة الجامعية، بيروت، لبنان، 2000.
- 46- نبيل صقر، الوسيط في شرح قانون الاجراءات المدنية والادارية، الخصومة التنفيذ، التحكيم، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، دون طبعة، 2008.
- 47- نور الدين بلقاسمي، حجز بيع العقارات والحقوق العقارية في نظام القانون الجزائري، دراسة نظرية تطبيقية، دون طبعة، دون دار نشر، دون سنة نشر.
- 48- وسيلة وزاني، وظيفة التوثيق في النظام القانوني الجزائري، دار هومة، الجزائر، دون طبعة، 2009.
- 49- يحيى بكوش، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقهاء الاسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 2، 1998.
- 50- يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود، دار هومة، دون طبعة، الجزائر، 2004.
- ب- الكتب المتخصصة:
- 1- جمال عبد الوهاب عبد الغفار، أحكام المفقود فيث الشريعة الاسلامية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، دون طبعة، 2003.

قائمة المصادر والمرجع

2- رجاء عبد العزيز الطويل، أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، مصر، دون طبعة، دار المصطفى، 1986.

3- هادي محمد عبد الله، أحكام المفقود، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون العراقي، دار دجلة، عمان، الطبعة 1، 2010.

II. الرسائل الجامعية:

أ- الأطروحات

1- القروي بشير سرحان، طرق التنفيذ في التشريع الجزائري والتشريع المقارن، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2014.

2- حمة مرامية، الحجز التنفيذي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، قسم قانون خاص، جامعة البوني، عنابة.

3- نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2003.

ب- المذكرات

1- الهادي سليمان، اجراءات نقل الملكية العقارية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، معهد العلوم القانونية والادارية، المركز الجامعي العربي التبسي، الجزائر، 2008/2007.

2- بعبع الهام، حماية الملكية العقارية الخاصة المدنية والجنائية، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، الجزائر، 2001/2000.

3- بلقاسم سليمان، الحجز التنفيذي على العقارات وفق قانون الاجراءات المدنية والادارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع قانون عقاري، بن عكنون، الجزائر، 2012/2011.

قائمة المصادر والمرجع

- 4- بن حركات اسمهان وملكي زرفة، أدلة الاثبات ذات الحجية المطلقة أمام القاضي المدني، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 16، 2007-2008.
- 5- بوشامة كريمة وجعيلب زينب، شهر التصرفات العقارية، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 16، 2007/2008.
- 6- بوغازي عبد السلام وولد المالك بصيري وبوخريسي فاروق، الاثبات بالكتابة في المواد المدنية، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، دفعة 15، 2006/2007.
- 7- حورية كميح، بيع ملك الغير في القانون المدني الجزائري، ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، 1983.
- 8- دحدوح محمد، واجب الطاعة في الوظيفة العامة، مذكرة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2008/2009.
- 9- شر ابن ابتسام، المفقود في القانون الجزائري (دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي)، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، 2010.
- 10- عبد العزيز بداوي، الحجز العقاري في القانون الجزائري، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، فرع الادارة المالية، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2008.
- 11- عويطي فريد وعشوري عبد العزيز، الشكلية في التصرفات القانونية، مذكرة تخرج المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 16، 2007/2008.
- 12- فتيحة يوسف، دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في القانون المدني الجزائري، ماجستير في العقود والمسؤولية المدنية، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 1985.

III. المجالات

- 1- حسين بطيبي، أنواع الأوراق والكتابات، المحررات، مجلة الموثق، مجلة دورية متخصصة تصدر عن الفرقة الوطنية للموثوقين، الجزائر، العدد 13، 2005.

قائمة المصادر والمرجع

- 2- حسين بطيبي، برهان القاضي والمتقاضي، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 13، 2005.
- 3- حسين بطيبي، صدور المحرر أو الورقة من طرف الموثق، مجلة الموثق، الصادرة عنه الفرقة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 13، 2005.
- 4- جودي عمر، الترجمة عمل نبيل وعلى المترجم أن يكون حافظا للأسرار وحيادي، مجلة الموثق الصادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، العدد 12، 2005.
- 5- عبد القادر دحمان صبايحية، مهنة التوثيق، مجلة الموثق، دورية متخصصة صادرة عن الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 01، 2001.
- 6- عمر بوحلاسة، تقنيات تحرير عقد رسمي، مجلة الموثق، مجلة دورية متخصصة صادرة عن الفرقة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 01، 2001.
- 7- عمر حمدي باشان منازعات حول اثبات ونقل الملكية العقارية، مجلة الموثق، دورية متخصصة تصدر عن الفرقة الوطنية للموثقين الجزائر، العدد 01، 2001.

المعاجم والقواميس

- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، مصر، المجلد 05، دون سنة نشر، دون طبعة.

المراجع باللغة الأجنبية:

-Christian la parya de Deschamps. Droit des obligations ; paris, édition marketing S. A 1998.

- pierre julien et Gilles Taomina, Voies dexecution et Brocedures de distribution, LGDJ ?paris.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الصفحة	المحتوى
	آية شكر إهداء
1	مقدمة
6	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لبيع عقار مملوك للمفقود في التشريع الجزائري
7	المبحث الأول: مفهوم عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري
7	المطلب الأول: تعريف عقد البيع العقاري وخصائصه في التشريع الجزائري
7	الفرع الأول: تعريف عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري
7	الفرع الثاني: خصائص عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري
7	أولا: الخصائص العامة
8	ثانيا: الخصائص الخاصة
9	المطلب الثاني: أركان عقد البيع في التشريع الجزائري
9	الفرع الأول: الأركان العامة لعقد البيع العقاري
9	أولا: التراضي
13	ثانيا: المحل
16	ثالثا: السبب
16	الفرع الثاني: الرسمية في عقد البيع العقاري
17	أولا: تعريف الشكل الرسمي وتمييزه عن الشكل العرفي في القانون الجزائري
20	ثانيا: شروط صحة الشكل الرسمي وجزاء تخلفها في القانون الجزائري
28	المبحث الثاني: ماهية المفقود
28	المطلب الأول: مفهوم المفقود
28	الفرع الأول: تعريف المفقود
28	أولا: تعريف المفقود لغة
29	ثانيا: تعريف المفقود اصطلاحا
34	الفرع الثاني: تمييز المفقود عن ما يشابهه من مفاهيم
34	أولا: تمييز المفقود عن الغائب
36	ثانيا: تمييز المفقود عن الأسير
36	ثالثا: تمييز المفقود عن المحبوس والسجين

فهرس المحتويات

38	المطلب الثاني: الاجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالفقد والوفاة
38	الفرع الأول: الاجراءات القانونية المتبعة بالفقد
39	أولاً: أطراف دعوى الفقد
41	ثانياً: شروط قبول دعوى الفقد
46	ثالثاً: الاختصاص القضائي لدعوى الفقد
47	رابعاً: العريضة الافتتاحية لدعوى الفقد
48	خامساً: إثبات الفقدان
49	سادساً: صدور الحكم بالفقدان
50	الفرع الثاني: الاجراءات القانونية المتبعة للتصريح بالوفاة
50	أولاً: اطراف الدعوى
50	ثانياً: الاختصاص المحلي والإقليمي
54	الفصل الثاني: أحكام بيع عقار مملوك للمفقود
55	المبحث الأول: تعيين المقدم
55	المطلب الأول: مفهوم المقدم
55	الفرع الأول: تعريف المقدم
56	الفرع الثاني: طبيعة العلاقة بين المقدم والمفقود
59	المطلب الثاني: إجراءات تعيين المقدم وصلاحياته
59	الفرع الأول: إجراءات تعيين المقدم
62	الفرع الثاني: صلاحيات المقدم في إدارة أموال المفقود
63	أولاً: أعمال المقدم التي تحتاج إلى إذن من المحكمة
65	ثانياً: أعمال المقدم التي لا تحتاج إلى إذن من المحكمة
66	المبحث الثاني: إجراءات بيع عقار مملوك للمفقود
66	المطلب الأول: قائمة شروط البيع
67	الفرع الأول: إعداد قائمة شروط البيع
67	أولاً: تعريف قائمة شروط البيع
67	ثانياً: بيانات قائمة شروط البيع
71	الفرع الثاني: التبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع والهدف منها
71	أولاً: التبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع
73	ثانياً: الهدف من التبليغ الرسمي بإيداع قائمة شروط البيع

فهرس المحتويات

73	المطلب الثاني: البيع بالمزاد العلني
74	الفرع الأول: إجراءات الإعلان الخاصة بالبيع العقارية للمفقود
74	أولاً: الإعلان عن طريق اللصق
75	ثانياً: الإعلان عن طريق النشر
76	الفرع الثاني: جلسة البيع بالمزاد العلني
76	أولاً: شروط انعقاد الجلسة
77	ثانياً: افتتاح جلسة البيع
77	ثالثاً: افتتاح المزاد العلني
79	رابعاً: تأجيل البيع
80	الفرع الثالث: رسو المزاد
83	المطلب الثالث: أثر ظهور المفقود حيا بعد الحكم بالوفاة على البيع
84	الفرع الأول: استرداد قيمة ما بيع من عقارات المفقود
84	الفرع الثاني: دعاوى استرداد عقارات المفقود
88	خاتمة
91	قائمة المصادر والمراجع
	فهرس المحتويات



مُلَخَّصٌ، الدِّرَاسَةِ،



ملخص:

نستخلص في الأخير أن المشرع الجزائري قد عالج موضوع الفقد في قانون الأسرة، فقد عرف المفقود اعتمادا على الجهل بمكانه وحاله من خلال المادة 109، حيث عرف فيها المشرع المفقود والغائب على حد سواء على اعتبار ان الغياب أعم من الفقد، ولا يعتبر الشخص مفقودا إلا بحكم، ويترتب على الحكم بالفقدان أو الموت آثار بالنسبة لزوجة المفقود وورثته وممتلكاته، وخصوصا بيع العقارات المملوكة له، وهو الشيء الذي عالجه المشرع في قانون الاجراءات المدنية والادارية، فقد أقر المشرع ان عقارات المفقود تباع عن طريق المزاد العلني، وعين للمفقود وكيلًا يسمى المقدم يتصرف بالنيابة عنه، وفق اجراءات حددها في قانون الاجراءات المدنية والادارية.

ABSTRACT

Finally, we conclude that the Algerian legislator has dealt with the issue of loss in the family Law

He defined the missing based on ignorance of his laudation and condition through Article 109, where the Algerian legislator has defined the missing and the absentee both, considering that absence is more general than loss, A person is not considered missing except by virtue of a ruling, and the Judgment of loss or death has consequences for the wife of the missing person, his heirs and his property, Especially selling real estate owned by him, this is what the legistor touched on in the civil and Administrative Procedures law, the legistor has recognized that the real estate of the missing person issold through public auction, he appointed for the missing an agent to act on his behalf, according to procedures Specified in the civil and Administrative procedures Law.