الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة يحي فارس بالمدية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة الماستر
تخصص : قانون عقاري

بعنوان :

الملكية العقارية
كوسيلة لدعم الائتمان

من تقديم الطالب :
سعدي زهير.

تحت اشراف الأستاذة :
جيدل كريمة.

السنة الدراسية : 2020/2019

مقدمة :

يعد عقد البيع من العقود الملزمة لجانبين ، وهو يرتب التزامات متقابلة على كل من طرفيه ، والأصل فيه انه من العقود الفورية ، اذ يتم تنفيذ التزامات المتعاقدين بنقل الملكية ، وسداد الثمن فور ابرام العقد ، إلا أنه قد تتجه ارادة المتعاقدين الى ارجاء الوفاء بالثمن كله أو بعضه ، الأمر الذي يدفع الدائن الى البحث عن وسيلة لائتمان مدينه ، وحمله على دفع مقابل الشيء المبيع .

إن إقبال الدائن المتزايد على الائتمان ، ما دل على شيء انما يدل على فقدان الأطراف المتعاقدة للثقة في القوة الملزمة للعقد ، نظرا للعجز الذي ترتب عن الضمانات الممنوحة بموجب نصوص قانونية ، وحتى بموجب اجراءات التنفيذ الجبري ، وهو ما أدى بالدائن الى البحث عن آليات فعالة لتعزيز مركزه القانوني لتفادي خطر عدم استيفاء حقه من مدينه ، وكذا من مزاحمة الدائنين الآخرين ، لاسيما في حالة اعسار المدين أو افلاسه ، ومن هذا المنطلق ظهر توظيف الملكية العقارية على سبيل الضمان ، حيث كان أول توظيف لها في القانون الروماني القديم واليوناني التقليدي ، وكان يتم ذلك عن طريق نقل حق الرقبة من المدين الى الدائن ، أي أنه يمنح للدائن حق الملكية الى غاية استيفاء دينه من المدين ، فكان ذلك يشكل ضمانا فعالا للدائن .

رغم فعالية هذا الضمان إلا أنه كان ينطوي على مساوئ عديدة من شئنها الاضرار بمصالح المدين الذي يحرم من الاستفادة من عقاره ، وذلك بخروجه من حيازته ، هذا نهيكا عن امكانية التصرف فيه من قبل الدائن الذي يكون بمثابة مالك للعقار محل الدين طيلة فترة الاستحقاق .

نظرا لهذه المساوئ تم اعتماد ضمان آخر من شأنه بقاء حق الرقبة لصالح المدين (المالك) ، وانتقال الحيازة الى الدائن ، حيث يكون لهذا الأخير الحق في الاستفادة من العقار والحصول على ثماره ، الى حين استيفاء دينه ، إلا أن هذا لا يمنع الدائن من تبديد

أموال المدين ، وهو ما أدى الى ابتكار ضمان يكفل حق الدائن دون حيازة ، وهو ما يعرف بالرهن الرسمي ، والذي بموجبه لا يكون للدائن لا ملكية المال محل الضمان ولا حيازته ، بينما يخوله أفضلية في استيفاء دينه عن طريق التقدم والتتبع ، إلا أن الحياة العملية أثبتت وجود بعض المخاطر التي تهدد مصلحة الدائن المرتهن في استيفاء دينه ، كحقوق الامتياز العامة مثلا ، أو الدائنين السابقين له في المرتبة ، اضافة الى الحماية الخاصة التي توليها البعض من قوانين الافلاس لبعض المدينين حفاظا على النظام العام الاقتصادي.

ان عجز كل من هذه الضمانات عن تحقيق الحماية اللازمة للدائن ، أدى الى الاعتراف لحق الملكية ، بصفته حقا عينيا أصليا بأداء دور الحقوق العينية التبعية ، وأصبح له وظيفة أخرى ، ألا وهي ضمان الوفاء بالالتزام ، وذلك عن طريق نقل الملكية على سبيل الضمان والذي بموجبه يقوم المدين المتصرف بنقل الملكية الى المتصرف اليه على سبيل الضمان ، لضمان التزامه الشخصي ، فيلتزم هذا الأخير برده الى مالكه الأصلي في حالة استيفائه كامل الثمن ، أما في حالة عدم وفاء المدين بالتزامه فان ملكية الدائن للمال محل الضمان تصبح نهائية ، كما يمكن توظيفها عن طريق الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، حيث يقوم البائع باشتراط عدم انتقال الملكية الى المشتري إلا بعد سداد كامل الثمن ، سواء كان سلمه العقار ام لم يسلمه اياه .

ان توظيف الملكية العقارية على سبيل الضمان أصبح يشكل أهم المواضيع في مجال القانون ، اذ أنه احتل مكانة بارزة في علاقات الأفراد بسبب اتساع وتنوع المعاملات ، خاصة وأنه يجمع بين قانون الالتزامات ، باعتبار أن الدائن والمدين تربطهما علاقة عقدية ، وأحكام قانون الأموال ، باعتبار أن الملكية العقارية وسيلة ضمان وكذلك أحكام الافلاس ، ذلك أن هذا الضمان قد يوظف لضمان دين مدين له صفة التاجر ، وبالتالي تفادي مزاحمة الدائنين الآخرين في حالة افلاسه.

ان موضوع الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان لم يحض في القانون الجزائري بنفس الاهتمام الذي أعطته له التشريعات المقارنة ،لاسيما التشريع الفرنسي ، سواء من حيث

تنظيمه أو حتى من حيث إعماله على أرض الواقع ، فنجد أن المشرع الجزائري اكتفى بمجرد النص عليه في نص المادة 363 من القانون المدني الجزائري ، ولم يتم اعماله الا في مجالات محدودة وضمن عقود خاصة ، والأمر كذلك بالنسبة للدراسات السابقة ، فأغلب المواضيع لم تتطرق الى شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، بل اهتمت بدراسة المنقول في غالبية المواضيع دون الاهتمام بالعقارات ، على الرغم من وجود اختلافات جوهرية بين كل منهما .

اسندا على ما سبق فان موضوع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، يهدف الى حماية الدائن بشكل جلي ، ذلك أنه ينقل الحيازة الى المدين دون حق الرقبة ، التي لا تنقل إلا باستيفاء كامل الثمن ، ومن جهة أخرى هو يحقق الحماية للمدين الذي يتقرر لصالحه كل من سلطتي الاستعمال والاستغلال وبمجرد وفائه بكامل الثمن ينتقل اليه حق الرقبة ، فيصبح مالكا من يوم العقد ، اضافة الى هذا فان الاحتفاظ بالملكية العقارية يمكن الدائن من استرداد ملكيته في حالة امتناع المدين عن الوفاء ، اضافة الى امكانية المطالبة بالتعويض وهذا على عكس الضمانات التقليدية التي قد تهدر حق الدائن في استيفاء دينه ، وربما حتى ضياع الشيء المبيع بسبب تصرف المدين .

وبالتالي هل إستعمال حق الملكية قادر على تغطية العجز الذي يكتنف وسائل الضمان التقليدية ؟

وما مدى فعالية الاحتفاظ بالملكية العقارية في ضمان حق الدائن في الوفاء ؟

وبمعنى آخر هل يكون الدائن في مأمن من تصرفات مدينه ، بتوظيف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية ؟

سنجيب على هذه التساؤلات بنوع من التحليل والتفسير بالاستناد على مجموعة من المصادر والقوانين ، مقارنة بما توصلت اليه التشريعات المقارنة ، وذلك من خلال فكرتين أساسيتين :

الفصل الأول : التوظيف التقليدي للملكية العقارية على سبيل الضمان .

الفصل الثاني : توظيف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان .

الفصل الأول

التوظيف التقليدي للملكية العقارية على سبيل الضمان

يعتبر عقد البيع من بين أهم العقود شيوعا ، وبما أنه عقد ملزم لجانبين ، فهو يرتب التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه ، فيلتزم البائع بنقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري ، وبالمقابل يلتزم المشتري بدفع ثمن المبيع ، إلا أنه قد يتراخى أو يمتنع هذا الأخير في تنفيذ التزامه بالوفاء ، كما قد تغل يد المشتري من التصرف في ملكه ، وقد يتزاحم الدائنون مع البائع في استيفاء حقوقهم ، وهنا يكون البائع في حاجة الى ضمان يمكنه من استيفاء دينه كاملا .

ان المشرع الجزائري منح الدائن جملة من الضمانات والتي من شئنها حمايته في استيفاء حقه من المشتري ، وذلك ضمن نصوص قانونية متفرقة ، حيث أنه بمجرد اخلال المدين بالتزامه بدفع الثمن ، يحق للدائن مطالبته بالوفاء بنص القانون ، دون الحاجة للاتفاق على ذلك ، إلا أن هذا النوع من الضمانات قد لا يكون كافيا فتتجه ارادة المتعاقدان الى تعزيز ائتمان الوفاء بضمانات اتفاقية ، حيث يتفق الطرفان على تقديم المدين لضمان يكفل وفائه بالدين في حالة تخلفه أو امتناعه عن الوفاء.

ان هذه الضمانات قانونية كانت أو اتفاقية تستهدف الملكية العقارية بطريقة غير مباشرة ، فهي تجعل من الملكية العقارية كوسيلة للضمان عن طريق توظيف حق الملكية كمحل للتنفيذ (امتياز بائع العقار ، الضمان العام) ، أو تنقص من سلطاته (الحق في الحبس ، الشرط المانع من التصرف) ، حيث يقوم الدائن بالتنفيذ على أموال المدين بما في ذلك الملكية العقارية واستيفاء دينه منها ، كما قد ينقص من سلطات المدين في تمتعه بملكيته العقارية لأجل ارغامه على الوفاء ، إلا أن هذا لا يمنع من وجود بعض المخاطر التي تهدد البائع من استيفاء حقه كاملا .

فإلى أي مدى تحقق هذه الضمانات الحماية الازمة للدائن في استيفاء حقه كاملا ؟

المبحث الأول :الضمانات القانونية المخولة للدائن في مواجهة المدين .

لقد نص المشرع الجزائري على جملة من الضمانات التي تكفل حق المشتري في استيفاء الدين من مدينه في حالة تعنته ، وذلك ضمن نصوص متفرقة من القانون ، حيث خول البائع (الدائن) حق التنفيذ على الضمان العام للمشتري ، والذي يتساوى فيه البائع مع باقي الدائنين في استيفاء حقه ، إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة ، فقد يمنح القانون للبائع مركزا ممتازا يجعله في مأمن من مزاحمة الدائنين الآخرين له ، كما قد يمارس البائع حقه في الحبس لاستيفاء دينه في حالة تخلف المدين عن تنفيذ التزامه بالدفع **(المطلب الأول)** ، هذا نهيكا عن ممارسة البائع حقه في التحلل من الرابطة العقدية ، والتي تخوله استرجاع الشيء المبيع **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول : الضمانات القانونية لاستيفاء الثمن .

ان تراخي المدين ، أو امتناعه عن تنفيذ التزامه بالوفاء لا يجعله في مأمن من الدائن ، ذلك أنه يحق لذا الأخير التنفيذ على أموال المشتري باعتبارها ضامنة للوفاء بديونه[1]**(الفرع الأول)**، اضافة الى هذا فان المشرع منح للبائع ضمانات خاصة من شأنها حمل المدين على الوفاء [2]**(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول : الضمان العام .

تعتبر الذمة المالية للمدين الضمان العام لحقوق الدائنين كافة[3] ، وبالتالي هي تأمين عام بواسطته يستطيع الدائن الحصول على حقوقه من مدينه ، و هو ما جاء به نص المادة 188 من القانون المدني الجزائري " **أموال المدين جميعها ضامنة لوفاء ديونه** " ، حيث أنه

[1]: محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية ، الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز ، دار الهدى ، الطبعة 2010 ، صفحة 440.

[2] : حمدي عمر باشا ، نقل الملكية العقارية ، دار هومه ، الطبعة 2012 ، صفحة 5 و ما يليها .

[3]: محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، العقد و الارادة المنفردة ، دار الهدى ، الطبعة 2010 ، صفحة 168-188.

في حالة عدم الوفاء من قبل المشتري ، فانه يحق للبائع التنفيذ على أموال المشتري لاستيفاء الثمن جبرا على أي مال من أمواله[1] ، وذلك أن المشتري مسؤول عن الوفاء بالتزامه مسؤولية شخصية غير محدد بمال معين ، وإنما على كافة الأموال التي كان يملكها وقت التنفيذ[2]، حيث يكون الدائنون متساوون أمام هذا الضمان في استيفاء حقوقهم عن طريق اقتسام أموال المدين قسمة غرماء .

اضافة الى هذا فان الضمان العام يقع على كل ما في ذمة الدين من أموال ، فهو يتضمن الأموال التي دخلت في ذمة المشتري بعد نشوء الدين ، أما عن الأموال التي خرجت من ذمة المدين بعد نشوء الدين ، فلا يمكن للدائن أن يتتبعها في يد من انتقلت اليه .

وبالتالي فان الضمان العام ينصب على جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلية [3]، حيث يخول الدائنين نفس المرتبة في قسمة أموال المدين قسمة غرماء ، لذا يطلق على هذا الضمان أحيانا اسم الضمان المشترك ، فلا يتقيد دائن على آخر وفق لأسبقية نشوء دينه ، فإذا لم تكف أموال المدين اقتسموا حاصل التنفيذ فيما بينهم قسمة غرماء ، ومعنى ذلك ، أن يحصل كل دائن على نسبة من دينه ، وهي نفس النسبة التي يحصل عليها باقي الدائنين .

وبالتالي فانه لا يستطيع أي دائن أن يتقدم على باقي الدائنين ، إلا اذا كان مقررا له ضمانا خاصا يخوله ذلك.[4]

ان الضمان العام وفي حالة وجود دائنين اخرين لا يشكل الحماية اللازمة للبائع في استيفاء حقه كاملا ، ذلك أن العقار محل عقد البيع بينه وبين المشتري يدخل في الذمة المالية التي تشكل الضمان العام من جهة ، ومن جهة أخرى فان البائع وبقية الدائنين متساوون في المرتبة لاستيفاء ديونه ، وبالتالي اذا استغرق الدين الذمة المالية للمشتري ، فان

---

[1] : إلا ما استثني بنص خاص مثل ما هو منصوص عليه في المادة 636 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية العدد 21 سنة 2008 صفحة 25.

[2] : بن ناسي شوقي ، احكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي و القوانين الوضعية ، دار هومة ، الطبعة 2009 ، صفحة 9.

[3]: محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 110 .

[4]: محمد صبري السعدي ، المرجع السابق ، صفحة 111.

الدائنين بما في ذلك البائع يقتسمون الذمة المالية للمشتري (المدين) قسمة غرماء[1]، اضافة الى هذا فان البائع لا يستطيع أن يتقدم غيره في استيفاء دينه اذا كان للغير مرتبة تخوله حق التقدم والتتبع ، فيكون البائع مهدد بنفاذ الذمة المالية للمدين (المشتري) ، وبالتالي عدم استيفاء دينه ، اضافة الى هذا ، فان الضمان العام لا يقي الدائن خطر تصرف المدين في ملكه ، فعل الرغم من اتجاه الارادة التشريعية الى حماية حق الدائن في الضمان العام عن طريق جملة من الدعاوى[2] ، إلا أن ذلك لا يضمن استيفاء الدائن لحقه ، لاسيما في حالة افلاس المدين أو اعساره أو في حالة ما اذا غلت يد المدين لأي سبب من الأسباب.

ان فكرة الضمان العام بهذا المفهوم وما يحكمها من القواعد لا تشكل ضمانا فعالا للبائع أو لأي دائن آخر ، وهو ما يدفع بالبائع للبحث عن ضمانات أكثر فعالية.

الفرع الثاني : الضمانات الخاصة .

ان عدم فعالية الضمان العام في تأمين حق بائع العقار في استيفاء دينه دفع بالمشرع الى اعطاء البائع مركزا ممتازا يمكنه من استيفاء دينه بالأولوية على غيره من الدائنين[3] **(أولا)** ، كما يمنحه القانون كذلك الحق في حبس العقار الى غاية وفاء المدين بالثمن [4]**(ثانيا)** .

---

[1] : محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 110 - 111.

[2]: لقد اتجهت الارادة التشريعية الى حماية حق الدائن وذلك عن طريق وسائل وسطى بين التحفظية والتنفيذية والتي تتمثل في :

-قد يمتنع المدين عن مباشرة حقوقه كلها أو بعضها ، مما يؤدي الى أن يضيع على الدائنين فرصة اثراء ضمانهم العام ، وفي هذه الحالة أعطى القانون للدائنين وسيلة لمواجهة تقصير المدين ، وهي ما تسمى بالدعوى غير المباشرة .

- و قد يقوم المدين بالتصرف في أمواله كلها أو بعضها لينتقص من الضمان العام فيضر بدائنيه ، وقد أعطى القانون في هذه الحالة للدائنين حق الطعن في هذه التصرفات حتى لا تنفذ في مواجهتهم ، وهي الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين.

-وقد يقوم المدين بتهريب أمواله كلها أو بعضها بطريق الغش فيتصرف تصرفات صورية ، وفي هذه الحالة خول القانون للدائنين الحق في الطعن عن طريق الدعوى الصورية .

[3] : ارزقي توفيق / أقرور زاهية ، حق امتياز بائع العقار ، مذكرة ماستر ، جامعة بجاية ، 2017 ، صفحة 8 و ما يليها .

[4] : أمازوز لطيفة ، التزام البائع بتسليم المبيع في القانون المدني الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، تيزي وزو ، 2011 ، صفحة 257.

أولا : امتياز بائع العقار:

بالرجوع لنص المادة 999 من القانون المدني الجزائري ، والتي جاء في نصها "**ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته ، يكون له امتياز على العقار المبيع .**
ويجب أن يقيد الامتياز ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من تاريخ البيع اذا وقع التقييد في ظرف شهرين من تاريخ البيع .
فإذا انقضى هذا الأجل ، أصبح الامتياز رهنا رسميا " .

يتضح لنا أن المشرع أعطى بائع العقار مرتبة ممتازة لاستيفاء حقه بالأسبقية على باقي الدائنين ، حيث أن المشرع لم يربط هذه الأولوية بالشخص صاحب الحق ، وإنما بالحق المضمون ذاته[1] ، حيث أنه بمجرد قيد امتياز بائع العقار يكون نافذا في مواجهة الكافة ، وبالتالي فانه يخول البائع استيفاء حقه بالأسبقية بشرط أن يكون هذا القيد في ظرف شهرين من تاريخ البيع وإلا تحول هذا الامتياز الى رهن رسمي يزاحمه فيه الدائنين المرتهنين السابقين له في المرتبة.

ان العلة من تقرير حق الامتياز لبائع العقار تكمن في كونه هو من أدخل المبيع في ذمة المشتري ، و بالتالي كان له الأفضلية في استيفاء حقه على سائر دائني المشتري (المدين) ، حيث يضمن امتياز بائع العقار الثمن وملحقاته من فوائد قانونية أو اتفاقية ، وبالتالي فان هذا الامتياز يضمن ثمن المبيع سواء كان مبلغ ثابت من النقود أو نسبة مئوية محددة [2]، أما عن التعويض المقابل في حالة فسخ العقد فانه غير مضمون بامتياز بائع العقار ، فهو يخضع للسلطة التقديرية للقاضي[3].

---

[1] : محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية ، الرهن الرسمي و حق الاختصاص و الرهن الحيازي و حقوق الامتياز ، مرجع سابق ، صفحة 302.

[2]: جاب الله مريم /سدايرية عايدة ، حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري ، المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 15 ، الجزائر 2007 ، صفحة 60.

[3]: جاب الله مريم /سدايرية عايدة ، المرجع السابق ، صفحة 61.

ان امتياز بائع العقار ، وعلى الرغم من المكانة التي يعطيها لهذا الأخير في استيفاء دينه ، إلا أنه لا يشكل ضمانا فعالا ، لاسيما في الحالات التالية :

أ : في حالة القيد بعد انقضاء مدة شهرين من تاريخ البيع ، فان امتياز البائع يتحول الى رهن رسمي ، حيث يكون البائع مهدد بمزاحمة الدائنين المرتهنين السابقين له في المرتبة ، وكذا أصحاب حقوق الامتياز[1] .

ب : على الرغم من قيد بائع العقار لامتيازه في الآجال المحددة بنص المادة 999 من القانون المدني الجزائري واكتسابه حق امتياز على العقار ، إلا أن ذلك لا يمكنه من استيفاء الثمن من قيمة المبيع في حالة وجود حقوق امتياز عامة ، فهذه الأخيرة تسبقه في المرتبة [2].

ج : في حالة انتقال الملكية بموجب سند مطهر كأن يتم نزع ملكية العقار محل العقد للمنفعة العامة ، ففي هذه الحالة تنتقل الملكية مطهرة من أي رهن ، فينقضي حق التتبع ، بينما يبقي لبائع العقار حق التقدم لاستيفاء حقه من مقابل نزع الملكية[3] .

د : في حالة ما اذا تخلف البائع عن قيد امتيازه في المدة المحددة ، وصدر حكم بشهر الافلاس قبل قيد بائع العقار لامتيازه ، فانه في هذه الحالة لا يكون له الحق في الاحتجاج بامتيازه قبل جماعة الدائنين [4].

ثانيا : الحق في الحبس :

انطلاقا من نص المادة 123 من القانون المدني الجزائري و التي جاء في نصها " **في العقود الملزمة للجانبين ، اذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه اذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به** ".

---

[1] : انظر في ذلك نص المادة 999 الفقرة 2 و 3 من القانون المدني الجزائري .
[2] : انظر في ذلك نص المادة 986 الفقرة 3 من القانون المدني الجزائري .
[3] : بن ناسي شوقي ، احكام عقد الرهن الرسمي ، مرجع سابق ، صفحة 310.
[4] : بن ناسي شوقي ، احكام عقد الرهن الرسمي ، مرجع سابق ، صفحة 310.

يتضح لنا أنه يحق لكل من المتعاقدين الامتناع عن تنفيذ التزاماتهما في حالة ما اذا امتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه المقابل طبقا للقواعد العامة المتعلقة بالدفع بعدم التنفيذ. هذا اضافة الى تقرير الحق في الحبس لصالح البائع بنص المادة 200 من القانون المدني الجزائري ، حيث يحق للبائع أن يحبس العقار عن المشتري حتى يستوفي منه الثمن وملحقاته المستحقة ، فالحق في الحبس لا يتجزأ و من ثمة لا يجوز للمشتري المطالبة بتسليم بعض المبيع مقابل الجزء الذي تم سداده من الثمن ، كما أنه لا يسقط الحق في الحبس حتى ولو قدم المشتري رهنا أو كفالة لأن حق البائع في استيفاء الثمن حق واجب الوفاء في الحال ، وبالتالي فان الحق في الحبس لا ينقضي إلا بالوفاء أو بنزول البائع ضمنا أو صراحة عن حقه ، كأن يمنح للمشتري أجل آخر للوفاء[1] .

كما أن المشرع لم يكتفي بهذه النصوص ، فقد نص على الحق في الحبس بوجه خاص في الأحكام المتعلقة بعقد البيع ، وذلك من خلال نص المادة 390 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها " **اذا كان تعجيل الثمن كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال ، جاز للبائع أن يمسك المبيع الى أن يقبض الثمن المستحق ولو قدم له المشتري رهنا أو كفالة ، هذا ما لم يمنحه البائع أجلا بعد انعقاد البيع .**

يجوز كذلك للبائع ان يمسك المبيع و لو لم يحل الاجل المتفق عليه لدفع الثمن اذا سقط حق المشتري في الاجل طبقا لمقتضيات المادة 212 ". وبالتالي فان حق البائع في حبس المبيع يثبت في حالة ما اذا كان دفع الثمن واجبا وقت تسليم المبيع أو بعده ولم يوف المشتري به ، وكان هذا المبيع في يد البائع ، حيث أنه اذا توافرت هذه الشروط ، كان لهذا الأخير أن يمتنع عن تسليم المبيع أو حبسه ، اما اذا كان دفع الثمن واجب بعد تسليم المبيع ، فلا يحق للبائع أن يحبس المبيع إلا اذا سقط حق المشتري في الأجل لسبب من الأسباب الذكورة في المادة 211 من القانون المدني الجزائري[2] .

---

[1] ، محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 168.

[2] : نص المادة 211 من القانون المدني الجزائري .

يسقط حق المدين في الاجل :

من خلال ما سبق ، فان الضمان الذي يحققه الحق في الحبس لبائع العقار يكون قاصرا ، وذلك لأسباب عديدة ألا وهي :

أ : مجال اعمال الحق في الحبس هو البيع المنجز ، حيث يجوز للبائع الامتناع عن تسليم المبيع في حالة تقاعس المشتري عن دفع الثمن الواجب الأداء ، وبالتالي فان الحق في الحبس يتقرر في حالة ما اذا كان دفع الثمن واجب وقت تسليم المبيع ، أو في حالة استحقاق الثمن قبل حلول موعد التسليم ، وعليه ينعدم دور الحق في الحبس في البيع الائتماني الذي يكون فيه الثمن مؤجلا الى وقت لاحق على تسليم المبيع ، ومن ثمة لا يستطيع البائع حبس المبيع في البيع المؤجل مثلا[1] .

ب: بما أن ملكية العقار تنتقل الى المشتري (الانتقال القانوني)، فانه يحق لهذا الأخير أن يتصرف في الشيء المبيع ، كأن يرتب عليه رهن ، وبالتالي في هذه الحالة يكون البائع مهددا بخطر مزاحمة الدائنين الآخرين ، لاسيما في حالة تخلفه عن قيد امتيازه طبقا لأحكام المادة 999 من القانون المدني الجزائري ، أو في حالة وجود حقوق امتياز عامة .....الخ.

كما أنه يمكن للمشتري أن يتصرف في العقار ببيعه ، وبالتالي اذا انتقلت الملكية للغير فانه لا يمكن للبائع تتبعه ولا التنفيذ عليه لأنه لا يملك ميزة التتبع التي تمنحها له التأمينات العينية ، فهو في هذه الحالة مجرد دائن عادي وليس ممتازا باعتباره حابسا للعقار محل البيع [2]، وهو ما أكده نص المادة 1/201 من القانون المدني الجزائري والتي جاء في نصها: "**مجرد الحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه** ". وبالتالي فان الحق في الحبس لا يمنح صاحبه لا ميزة التقدم ولا ميزة التتبع ، فإذا نفذ البائع على العين المحبوسة لاستيفاء حقه ، فانه لا يتمتع بامتياز على ثمنها ، بل يزاحمه فيها سائر الدائنين.

اذا شهر افلاسه وفقا لنصوص القانون .

اذا انقص بفعله الى حد كبير ما اعطى الدائن من تامين خاص ، و لو كان هذا التأمين قد اعطي بعقد لاحق او بمقتضى القانون ، هذا ما لم يفضل الدائن ان يطالب بتكملة التامين . اما اذا كان انقاص التأمين يرجع الى سبب لا دخل للمدين فيه فان الاجل يسقط ، ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا .

اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات .

[1] : محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة ، الطبعة 2007 ، صفحة 69.

[2] : محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، صفحة 71.

ج : الحق في الحبس يلقي على عاتق البائع التزاما بالمحافظة على الشيء المبيع وصيانته ، وهذا لا يخدم مصلحته [1].

د: اذا لم يكن المشتري في حاجة ماسة الى الشيء المبيع ، فان الحبس لا يؤدي دوره كوسيلة ضغط على المشتري لحمله على الوفاء .

من خلال ما سبق ، فان الحق في الحبس لا يؤدي دورا فعالا في الائتمان ، كما أنه لا يتماشى مع البيع الائتماني الذي يسلم فيه المبيع دون قبض الثمن ، وبالتالي فهو لا يعد كضمان فعال لحماية البائع من استيفاء حقه كاملا[2].

المطلب الثاني : الفسخ كضمان قانوني لاسترجاع الشيء المبيع .

لقد أعطى المشرع الجزائري للبائع جملة من الضمانات التي من شئنها استيفاء الثمن من المدين ، كما أنه منحه ضمانا لاسترجاع الشيء المبيع ، وذلك عن طريق المطالبة بحل الرابطة العقدية .

الفرع الأول : الحق في الفسخ .

انطلاقا من نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري في فقرتها الاولى و التي جاء في نصها " **في العقود الملزمة لجانبين ، اذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه ، مع التعويض في الحالتين اذا اقتضى الحال ذلك** ". يتضح لنا أن مجال اعمال الفسخ هو العقود الملزمة لجانبين ذلك أن الفسخ مبني على فكرة الارتباط التي تكون بين الالتزامات المتقابلة[3] ، حيث يكون لكل متعاقد

---

[1] : محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، صفحة 71.

[2] : محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، صفحة 71.

[3] : اما عن العقود الملزمة لجانب واحد كالوديعة بغير اجر او الهبة بدون عوض و التي لا يوجد فيها إلا مدين دون دائن ، فإذا ما أخل المدين بالتزامه فانه لا يمكن للطرف الاخر ان يطلب الفسخ ، و انما مصلحته تكمن في تنفيذ العقد لا في فسخه .

الحق في طلب الفسخ في حالة ما لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه ، فتزول الرابطة العقدية بأثر رجعي[1] .

ان الدائن في العقد الملزم لجانبين يكون في نفس الوقت مدين ، وطالما بقيت العلاقة العقدية قائمة ، فهو مطالب بتنفيذ ما عليه من التزامات بموجب العقد ، حيث لا يمكنه التخلص منها إلا عن طريق الفسخ [2].

ولا يمكن للمتعاقد المطالبة بفسخ العقد إلا اذا امتنع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته ، سواء امتنع عن تنفيذها كليا أو جزئيا ، أو تأخر عن تنفيذها ، أو لم يتم تنفيذها طبقا للاتفاق رغم أن طالب الفسخ قد بادر بتنفيذ ما عليه من التزام ، أي قد وفى بما تعهد به ، أو أعلن عن رغبته في الوفاء .

وبالتالي فانه اذا توافرت الشروط السابقة جاز للمتعاقد بعد اعذار المدين أن يطالب بفسخ العقد ، نتيجة لعم تنفيذ هذا الأخير لالتزاماته طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري ، حيث يكون للقاضي السلطة التقديرية في ذلك ، فله أن يحكم بفسخ العقد أو بإلزام المتعاقد على تنفيذ التزامه ، لكن هذه السلطة تنعدم [3]، وذلك في حالة وجود اتفاق صريح بين المتعاقدين يقضي بفسخ العقد في حالة عدم تنفيذ أحدهما لالتزاماته ، ويقتصر دور القاضي في البحث على مدى توافر الشروط التي وضعها المتعاقدان من أجل تحقق الفسخ[4]، وعليه فإذا فسخ العقد يعيد الأطراف للحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فتزول أثاره من يوم انعقاده ، فيرد كل متعاقد ما تلقاه من الآخر تنفيذا للعقد المفسوخ وإذا استحال ذلك

---

[1] : بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الاول ، العقد والإرادة المنفردة ، دار هومة ، طبعة 2014، صفحة 429.

[2] : علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر 2008 ، صفحة 431.

[3] : و ذلك ما جاء في قرار المحكمة العليا ، رقم 225843 الصادر بتاريخ 20 فيفري 2002 قضية (ب- ب) ضد (م – د) " ان القضاء بفسخ العقد مع منح التعويض دون أن يطالب بذلك الطاعن الذي تمسك بتنفيذ العقد ، هو تطبيق سيئ لنص المادة 119 من القانون المدني ، اذ كان يتعين على قضاة الموضوع التقيد بالدعوى و طلباتها ."

[4] : علي فيلالي ، مرجع سابق ، صفحة 435.

يحدد القاضي تعويضا مناسبا ، اضافة الى التعويض الذي قد حكم به جبرا للضرر الذي أصاب المتعاقد جراء عدم تنفيذ العقد[1].

ان الفسخ وبهذا المفهوم يعد بمثابة ضمان يلجأ اليه البائع احتياطا في حالة امتناع المدين (المشتري) عن تنفيذ التزامه بالوفاء ، فإذا امتنع هذا الأخير عن الوفاء بعد استيفاء الاجراءات القانونية (الاعذار طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري) ، جاز للبائع أن يطلب فسخ العقد لاسترداد المبيع .

الفرع الثاني : تقدير فعالية الفسخ في تحقيق الضمان .

ان المطالبة بتنفيذ العقد أو فسخه لا يمكن اعتبارها ضمانا لاستيفاء الثمن في عقد البيع ، وإنما هي ضمان لاسترداد الشيء المبيع الذي يكون البائع قد نقل ملكيته للمشتري ، بينما الاعذار المنصوص عليه في نص المادة 119 من القانون المدني الجزائري هو الوسيلة التي من خلالها يهدد بها البائع المشتري لحمله على دفع الثمن خشية من انهاء الرابطة العقدية عن طريق الفسخ ، فإلى أي مدى يكون هذا الأخير ضامنا لحق البائع في استيفاء دينه ؟

على الرغم من أن الفسخ يمنح البائع استرداد الشيء المبيع بالإضافة الى التعويض ، إلا أن هذا لا يعد ضمانا كافيا ، ذلك أن:

اولا : لا يمكن للبائع أن يطالب بالفسخ إلا بعد ثبوت اخلال المشتري بالتزامه بالوفاء كليا أو جزئيا ، حيث لا يمكن اعمال هذا إلا اذا كان الثمن مستحق الأداء ، و بالتالي لا يمكن المطالبة بالفسخ في حالة ما اذا كان الثمن مؤجلا أو مقسطا [2].

ثانيا : طلب الفسخ في بيع العقارات لا يكون في الاصل إلا بحكم من القضاء ، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية في توقيع الفسخ من خلال البحث عن مدى توافر الشروط التي من خلالها يمكن توقيع الفسخ ، وكذا في مدى قيام المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهما[3].

---

[1]: محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 353 – 354 .

[2] : محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، صفحة 77 – 78.

[3] : محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 355.

ثالثا : بما أن ملكية المبيع ستنتقل إلى المشتري (انتقال حق الرقبة) فإنه يمكن للمشتري أن يتصرف فيه ، و بالتالي فإنه يصعب على البائع استرداد الشيء المبيع في حالة توقيع الفسخ لاسيما في الحالات التالية :

أ : كأن يقوم المشتري بالتصرف المادي ، فيقوم بهدم المبنى مثلا لغرض ما.

ب : كما قد يقوم المشتري بالتصرف القانوني في العقار قبل أن يتقرر الفسخ ، فإذا كان المتصرف إليه حسن النية ، فإنه يحتج به قبل البائع الأصلي طالما كان قد سجل عقده قبل شهر دعوى الفسخ ، الأمر كذلك إذا قام المشتري بتوقيع رهن إلى دائن مرتهن حسن النية ، و قام هذا الأخير بشهر حقه قبل تسجيل دعوى الفسخ ، فإن الفسخ في هذه الحالة لا يؤثر في حق الدائن المرتهن . و بالتالي فإن حق البائع في استرداد المبيع غير ممكن في هذه الحالات[1] .

رابعا: يسقط حق البائع في طلب الفسخ إذا قام دائنو المشتري بالحجز على العقار المبيع و بيعه بالمزاد العلني حيث يؤدي ذلك إلى تطهير العقار من دعوى الفسخ [2].

خامسا: يسقط حق البائع في طلب الفسخ ، بمجرد الحكم بإفلاس المدين أو إعساره ، و لا يبقى للبائع سوى اللجوء للضمان العام ، حيث يخضع لقسمة الغرماء[3] .

ما يمكننا قوله في الأخير أن الضمانات القانونية المقررة للبائع من اجل استيفاء حقه في الثمن غير كافية ، و لا تحقق الغاية المرجوة منها في عدة حالات ، فالبائع قد يفقد حق الرقبة على المبيع ، كما قد يفقد الحيازة المادية تنفيذا لالتزاماته التعاقدية في ظل وجود مثل هذه الضمانات ، فيجد حقه في استيفاء الثمن من المشتري مهدورا نظرا لجملة من

---

[1] : انظر في ذلك نص المادة 86 من المرسوم 63/76 ، الجريدة الرسمية العدد 30 المؤرخ في 13 أفريل 1976 ، المتعلق بتأسيس السجل العقاري و التي جاء فيها " ان فسخ الحقوق العينية العقارية او ابطالها او الغائها او نقضها عندما ينتج اثرا رجعيا لا يحتج به على الخلف الخاص لصاحب الحق المهدر ، إلا اذا كان الشرط الذي بمقتضاه حصل ذلك الفسخ او الابطال او الالغاء او النقض قد تم اشهاره مسبقا ، او كان هذا الفسخ او الابطال او الالغاء او النقض بحكم القانون ، تطبيقا للقانون " .

[2] : محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، صفحة 79.

[3] : محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، صفحة 80.

الصعوبات و المخاطر التي تمت الإشارة إليها سلفاً ، لذا عادة ما يلجأ البائع إلى ضمانات أكثر فعالية فيتجه إلى الضمانات الاتفاقية.

المبحث الثاني : الضمانات الاتفاقية المخولة للدائن في مواجهة المدين .

في ظل قصور الضمانات القانونية ، و في ظل تعدد روابط الالتزام و خاصة المؤجلة الوفاء منها ، يضل الدائن في بحث مستمر على وسائل للضمان بأكثر فعالية و أقل تكلفة ، و هو ما أدى بالمتعاقد إلى الإقبال على توظيف بعض الآليات التعاقدية في سبيل تحقيق الضمان ، و ذلك بالاعتماد على التأمينات ، سواء الشخصية أو العينية ، تعزيزا لعنصر الثقة التي فقدت ، و التي كان يفترض وجودها (المطلب الأول) ، إلا أن الحياة العملية أثبتت أن مثل هذه التأمينات لاسيما العينية منها ، قد تؤدي إلى عرقلة المعاملات ، و يصعب توظيفها ، و هو ما أدى إلى إيجاد ضمانات أخرى من شأنها تعزيز الائتمان ، و بالتالي حمل المدين على الدفع ، و ذلك عن طريق نقل ملكية المبيع للمدين (المشتري) مع تقييدها بشروط خاصة (المطلب الثاني).

المطلب الأول : قصور التأمينات في تحقيق الضمان .

لقد منح المشرع للمتعاقدين الحرية في إضافة التزامات على عاتق المدين لأجل ضمان ما عليه من دين كلما اتجهت ارادة الأطراف إلى إرجاء الوفاء ، حيث تضاف ذمة الغير إلى ذمة المدين لضمان حق الدائن[1] ، و هو ما يعرف بالضمانات الشخصية التي من خلالها يتعهد الغير بسداد دين المدين في حالة عدم قدرته على الوفاء حين حلول الأجل (**الفرع الأول**) ، و هنا نكون بحاجة إلى وجود شخص ثالث يضمن الوفاء ، إلا أنه قد لا نكون في حاجة إلى ذلك و إنما لا يتعدى الضمان أطراف العقد ، فيلجأ المشتري إلى تقديم تأمين عيني لغرض ائتمان دين البائع (الدائن) (**الفرع الثاني**) .

[1] :نبيل ابراهيم السعد ، التأمينات الشخصية ، التبعية وغير التبعية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، طبعة 2000 ، صفحة 3.

الفرع الأول : التأمينات الشخصية .

إن المقصود بالتأمينات الشخصية كما هو متعارف عليها فقها و قانونا ، هو تعدد المسؤولين على تنفيذ الالتزام ، حيث يتحقق ضمان الدائن فيها بضم ذمم مالية أخرى إلى ذمة المدين ، أي التزام شخص آخر مع المدين بالوفاء بالدين فيكون للدائن أكثر من مدين على نفس الدين في نفس الوقت ، حيث أنه إذا أعسر أو أفلس أحدهم ، كان يسر المدين الآخر ضمانا للوفاء بحق الدائن[1] .

و بالتالي فإن فكرة التأمينات الشخصية تقوم على تعدد الضمان العام للدائن ، فبدلا أن يكون للدائن ضمانا عاما واحدا كافلا للوفاء بدينه ، يتعدى ذلك إلى وجود ضمانيين اثنين أو أكثر لدينه ، و لعل ان أهم صور تعدد الضمان ، لضمان دين واحد (التأمينات الشخصية)[2] ، نجد الكفالة (**أولا**) ؛ و التضامن بين المدينين (**ثانيا**).

أولا : الكفالة .

بالرجوع لنص المادة 644 من القانون المدني الجزائري ، و التي جاء في نصها "**الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يفي به المدين نفسه** ". يتضح لنا أن الكفالة تنشأ بوجود علاقة مديونية بين الدائن و المدين ، و بوجود الطرف الثالث المتمثل في الكفيل ، و الذي بدوره يكفل الوفاء بالدين الواقع على ذمة المدين ، حيث يبرم عقد الكفالة بين الدائن والكفيل في الالتزام الأصلي ، بينما لا يكون المدين طرفا فيه على الرغم من أنه يلعب دورا هاما في انعقادها ، فهي ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل ليصبح للدائن أكثر من مدين ، بل و أكثر من ذلك فإن إرادة المدين لا يؤخذ بها في انعقاد الكفالة ، حيث يمكن أن تنعقد الكفالة دون علمه ، و حتى بمعارضته[3] .

---

[1] : محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، صفحة 88.

[2] : صور التأمينات الشخصية متعددة نذكر منها : الاشتراط لمصلحة الغير والتي نصت عليها المادة 116 من القانون المدني الجزائري ، والانابة الناقصة في نص المادة 294 من القانون المدني الجزائري .

[3]: وذلك طبقا لنص المادة 647 من القانون المدني الجزائري .

إن الكفيل يكون ملزما بالوفاء بالدين بصفة احتياطية [1]، أي أن الدائن ملزم بالمطالبة بالدين من المدين أولا[2] ، فإذا كان هذا الأخير معسرا أو مفلسا ، فانه على الدائن أن يستوفي دينه من الكفيل .

إن الكفالة و استنادا على ما سبق ، فهي تتميز بجملة من الخصائص و هي :

أ: عقد الكفالة عقد رضائي :

لم يشترط القانون أي شكل خاص لانعقاد الكفالة[3] ، و لذلك فهي تخضع للقواعد العامة في ابرام العقود ، و هي قاعدة الرضائية[4] ، أي بمجرد تبادل التراضي ما بين الدائن و الكفيل ، و بما أننا بصدد دراسة العقارات فإن الجدير بالذكر أن المشرع خرج عن القاعدة العامة ، و بمفهوم المخالفة فإن الكفالة المتضمنة التزاما بالوفاء بدين ناتج عن نقل حق عيني عقاري ، فإنه استوجب أن تكون الكفالة في قالب رسمي ، بما أن نقل الملكية العقارية يفرغ في شكل رسمي ، و هذا طبقا لقواعد الاثبات في نص المواد 333 و 334 إضافة إلى المادة 645 من القانون المدني الجزائري ، حيث أن الكتابة في هذه الحالة وسيلة للإثبات لا للانعقاد[5] .

ب:عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد:

الأصل أن عقد الكفالة عقد ملزم لجانب واحد ، ذلك أن الكفيل وحده الذي يلتزم في عقد الكفالة ، أما الدائن و هو الطرف الثاني فلا يلتزم عادة بشيء نحو كفيله ، إلا أنه يمكن أن تكون الكفالة ملزمة لجانبين ، و ذلك إذا التزم الدائن مقابل التزام الكفيل بموجب عقد الكفالة بالتزام ما ، كأن يلتزم الدائن بمنح أجل آخر للمدين لأجل الوفاء[6] .

---

[1]: وذلك طبقا لنص المادة 647 السالفة الذكر من القانون المدني الجزائري.

[2]: وذلك طبقا لنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري .

[3]: زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، طبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة ، الجزائر ، دون سنة نشر ، صفحة 19.

[4]: سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز)، منشأة المعارف للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، الطبعة 1999 ، صفحة 28.

[5]: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحقوق الحلبية ، لبنان ، 2005 ، صفحة 24.

[6]: محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، عقد الكفالة ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر 2005 ، صفحة 20.

ج: عقد الكفالة من عقود الضمان :

تعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الكفالة باعتبارها ضمانا للدين ، و تستمد ميزتها من ميزة الائتمان الذي يشترط وجود ثقة متبادلة بين الأطراف ، حيث تعتبر الكفالة التزاما شخصيا للكفيل يضاف إلى التزام المدين ، أي أنها تمنح الدائن ضمانا شخصيا بالتزام الكفيل بالوفاء ، بما التزم به المدين عند عدم وفاء هذا الأخير بالتزامه ، و بذلك يكون كل من المدين و الكفيل مسئول مسؤولية شخصية في جميع أمواله عند الوفاء بالتزام المدين مع مراعاة أحكام المسؤولية الاحتياطية(الكفيل يكون مسؤولا بعد ثبوت اعسار أو إفلاس المدين)[1].

د:عقد الكفالة عقد تبعي :

بما أن التزام الكفيل هو الوفاء بالتزام المدين الأصلي ، عند عدم وفاء هذا الأخير له ، فإن التزام الكفيل يتبع مباشرة الالتزام المكفول[2] . و عليه إذا عدنا إلى موضوع ضمانات البائع في استيفاء ثمن العقار ، حيث أنه إذا اتجهت ارادة الأطراف إلى إرجاء الوفاء ، فإنه يمكن للبائع أن يشترط على المشتري تقديم كفيل يضمن الوفاء بالثمن ، و بالتالي عوض أن يكون للبائع مدين واحد و هو المشتري ، يكون له مدين آخر مسؤول و بكامل ذمته المالية عن دفع الدين في حالة إعسار أو إفلاس المشتري و هو ما يسمى بالكفيل ، حيث يظهر مبدئيا أن البائع في مأمن ، فإذا لم يستوف من المشتري فإنه يستوفي حتما من الكفيل ، إلا أن الحياة العملية أثبتت غير ذلك ، نظرا لوجود بعض الصعوبات و المخاطر والتي نذكر منها:

1: الكفالة مرتبطة بمدى يسر الكفيل ، حيث يشترط على المدين أن يقدم كفيلا قادرا على الوفاء بالالتزام الأصلي ، أي أن يكون الكفيل ميسور الحال وقت إبرام عقد الكفالة ، إلا أنه

---

[1]: صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر 2010 ، صفحة 37.

[2]: أنظر في ذلك نص المادة 648 من القانون المدني الجزائري .

قد يواجه الدائن عسر مدينه عند حلول الأجل ، و عسر الكفيل كذلك بعدما كان ميسورا عند ابرامه لعقد الكفالة ، وبالتالي لا سبيل للدائن في استيفاء دينه في هذه الحالة[1] .

2 : عقد الكفالة لا يرتب للدائن أية أفضلية في استيفاء دينه اذا كان للكفيل دائنين آخرين ، و بالتالي فانه يتساوى معهم في قسمة أموال الكفيل ، فيتقاسم معهم قسمة غرماء ، والأمر كذلك في حالة تصرف الكفيل في أمواله ، أو في حالة وجود حقوق امتياز ، حيث أنه اذا استغرقت هذه الأخيرة ذمة الكفيل ، فانه لا يمكن للدائن (البائع) استيفاء دينه[2] .

3: نظرا لاضطراب الذمم المالية للأشخاص في الوقت الحاضر ، فقلما يجد المدين شخصا يكفله ، وبالتالي نادرا ما يمكن تصور مثل هذه العقود في الوقت الحاضر .

4 : بما أن عقد الكفالة عقد تبعي طبقا لنص المادة 648 من القانون المدني الجزائري ، فانه ينقضي بانقضاء الالتزام الأصلي لأي سبب من الأسباب ، وبالتالي فان حق الدائن يكون مهددا بذلك .

5 : يمكن للكفيل أن يواجه البائع (الدائن) بمجموعة من الدفوع التي من شئنها اعفاء الكفيل من الوفاء [3]، كأن يدفع بالرجوع على المدين وتجريده من أمواله مثلا ، وبالتالي فان المشتري في ظل هذه المخاطر لا يمكنه الاعتماد على الكفالة كضمان لقصورها على تأمين حقه في الوفاء .

---

[1]: أنظر في ذلك نص المادة 646 من القانون المدني الجزائري .

[2]: بن ناسي شوقي ، أحكام عقد الرهن الرسمي ، مرجع سابق ، صفحة 28.

[3]: للكفيل مجموعة من الدفوع تمكنه من التحلل من الرابطة العقدية :

1- الدفع بالرجوع على المدين قبل الكفيل .
2- الدفع بالتنفيذ على أموال المدين ، طبقا لنص المادة 663 من القانون المدني الجزائري .
3- الدفع بالتجريد ، طبقا لنص المادة 660 من القانون المدني الجزائري.
4- الدفع بالتقسيم ، طبقا لنص المادة 664 من القانون المدني الجزائري .
5- التمسك بالدفوع المتعلقة بالكفالة ذاتها ، طبقا لنص المادة 656، 657، 658 من القانون المدني الجزائري .

ثانيا : التضامن بين المدينين (التضامن السلبي):

التضامن بين المدنين ، أو ما يعرف بالتضامن السلبي[1] ، هو تعهد مجموعة من المدنين للوفاء بدين واحد ، حيث يكون كل واحد منهم ملزم بكل هذا الدين في علاقته بالدائن ، حيث قد يكون مصدر هذا التضامن الاتفاق ، أو القانون ، أو القضاء[2] .

يعد التضامن بين المدنين من حث الضمان أقوى من الكفالة ، فإذا كان يتعذر الرجوع على الكفيل مباشرة في عقد الكفالة إلا بعد الرجوع على المدين الأصلي ، فانه يمكن الرجوع مباشرة على أي مدين من المدنين المتضامنين بكل الدين[3] ، فإذا قام البائع ببيع عقار مثلا لمجموعة من المشترين في الشيوع ، وتم تحديد نصاب كل واحد منهم في العقد صراحة سواء في العقد ذاته أو في عقد لاحق ، فانه في هذه الحالة يعد المشترون متضامنين في الوفاء بالثمن[4] .

وبالتالي يحق للبائع الرجوع على أي منهم بالثمن طبقا لنص المادة 223 من القانون المدني الجزائري ، حيث أنه اذا وفى أحد المتضامنين بالدين كاملا ، فانه قد برأ باقي المدينين طبقا لنص المادة 222 من القانون المدني الجزائري ، أما اذا طالب الدائن بدينه من أحد المدنين وكان هذا الأخير مفلسا أو معسرا ، فيمكنه المطالبة بنفس الدين في ذمة مدين متضامن آخر ، ولا يمكن لذا الأخير الدفع بالرجوع أو عدم التنفيذ طبقا لنص المادة 2/223 من القانون المدني الجزائري.

من خلال ما تقدم بيانه فان التضامن بين المدينين يشكل ضمانا للدائن أكثر من الضمان الذي تحققه الكفالة وبعض الضمانات الاخرى (الضمان العام للمدين) ، إلا أن هذا التضامن

---

[1]: محمد صبري السعدي ، النظرية العامة للالتزام ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 230.

[2]: أنظر في ذلك محمد صبري السعدي ، مرجع سابق ، صفحة 230.

[3]: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الواضح في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار احياء التراث العربي ، دون سنة نشر ، صفحة 200.

[4]: إلا أنه اذا تم هذا البيع في الشيوع ولم يتم تحديد نصاب كل واحد من الشركاء صراحة في العقد ، أو في عقد لاحق ، فان ذلك لا يعد تضامنا في الوفاء بالثمن ، وإنما لابد أن يشترط ذلك صراحة في العقد حتى يتمكن البائع من مطالبة أي منهم بالثمن ، وإلا فسر العقد لصالح المدينين (عدم تضامنهم) . أنظر في ذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الواضح في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مرجع سابق ، صفحة 262.

بين المدينين لا يحقق ضمانا فعالا بالنسبة للدائن لأنه وعلى الرغم من اعتبار المدين المتضامن مسؤولا أصليا عن الدين يمكنه مطالبته أولا وبكل الدين ، إلا أنه يبقى مسؤولا مسؤولية شخصية ، وذلك في ظل وجود مخاطر تهدده والتي سبق وأن تطرقنا اليها في دراستنا بصدد الحديث عن الكفيل ، فهي نفس المخاطر التي قد يواجهها الدائن في حالة التضامن بين المدينين كون أن الدائن قد يقع في خطر اعسارهم حين المطالبة بالدين ، وهو ما قد يخضعه لقسمة الغرماء في حالة وجود دائنين آخرين ، وإذا قلنا أنه يصعب الحصول على كفيل واحد لكفالة الدين بصدد الحديث على عقد الكفالة ، فان الحصول على عدة مدنين متضامنين للوفاء بالدين يكون أصعب بكثير .

الفرع الثاني : التأمينات العينية .

نظرا لقصور التأمينات الشخصية على تحقيق الضمان للدائن في استيفاء دينه من المدين فانه عادة ما يلجأ الى ضمانات أكثر فعالية لضمان استيفاء دينه من المدين عند حلول الأجل ، فيتجه المدين الى توقيع رهن لصالح الدائن على عقار يملكه ، حيث قد يكون رهنا رسميا أو رهنا حيازيا **(أولا)** ، حيث ان كل منهما يمنح الدائن الحق في التتبع والتقدم على باقي الدائنين التالين له في المرتبة من أجل استيفاء دينه **(ثانيا)**.

أولا : تحديد مفهوم الرهن .

ان الرهن يمنح للدائن لضمان استيفاء دينه ، لا على سبيل نقل الملكية وبالتالي فهو يحمل المدين الراهن على الوفاء بما عليه من دين تجاه الدائن المرتهن عند حلول الأجل ، حيث أن الرهن يأخذ أحد الشكلين :

أ: الرهن الرسمي :

يعتبر الرهن الرسمي الضمان الأكثر تقدما من الضمانات التي يمكن اعمالها لدعم الائتمان[1] ، بتوظيفه على الملكية العقارية ، نظرا لما يوفره للدائن المرتهن من حماية ، وأيضا ما يتميز به من مزايا ، والتي لم نجدها في باقي الضمانات التي سبق وأن تطرقنا اليها ، ذلك أن الرهن الرسمي وطبقا لنص المادة 882 من القانون المدني الجزائري ، هو عقد يكسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه ، حيث يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد كان .

وبالتالي فان الرهن الرسمي يبرم بين الدائن ومالك العقار سواء كان هذا المالك هو المدين نفسه أو شخص آخر ، يترتب بمقتضاه للدائن حقا عينيا على عقار مخصص للوفاء بدينه ، حيث يتقدم الدائن بموجب هذا الحق على الدائنين العاديين ، والدائنين الآخرين ذوي الحقوق العينية على هذا العقار التالين له في المرتبة ، فيستوفي دينه من ثمن ذلك العقار ، ولو انتقلت ملكيته لشخص آخر ، وحتى يتمتع المرتهن بحق التقدم والتتبع ، أي الاحتجاج بالرهن الرسمي في مواجهة الغير[2] ، فلا بد من قيد الرهن طبقا للمادة 1/904 من القانون المدني الجزائري[3] .

ب : الرهن الحيازي :

انطلاقا من نص المادة 948 من القانون المدني الجزائري والتي جاء في نصها " **الرهن الحيازي عقد يلتزم به شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه الدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى أن يستوفي الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أن يتقاضى حقه من ثمن هذا اشيء في اي يد يكون** ". فان الرهن الحيازي هو حق عيني

---

[1]: شلغوم رحيمة ، ضمانات القرض ، مذكرة ماجستير ، 2008/2007 ، جامعة الجزائر ، صفحة 60.

[2]: الغير في الرهن الرسمي هو كل شخص يضار من وجود الرهن ، والمقصود بالغير الدائنين العاديين وكل شخص كسب حقا عينيا أصليا أو تبعيا وقام بشهره عن طريق الشهر أو القيد ، انظر في ذلك صداقي عمار ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 1984 ، صفحة 21 وما بعدها .

[3]: بن ناسي شوقي ، أحكام الرهن الرسمي ، مرجع سابق ، صفحة 39.

تبعي يتولد للدائن بمقتضى عقد الرهن على شيء مملوك للمدين ، أو لغيره ضمانا للوفاء بالالتزام ، وهو يخوله حبس الشيء الى حين استيفاء دينه ، كما أنه يخوله حق التقدم في استيفاء الدين ، والأولوية على جميع الدائنين الآخرين[1] .

كما أن هذا النوع من الرهن يرد على عقار أو منقول ، وهو ما يميزه عن الرهن الرسمي ، الذي لا يرد إلا على العقارات وحتى يكون الرهن الحيازي نافذ في مواجهة الغير، فلا بد أن تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن ، او الأجنبي ، الذي عينه المتعاقدان ، وإذا انتقلت الحيازة بهذا الشكل فانه يقع على من تلقاها المحافظة على الشيء المرهون بإرادته واستثماره ، وما نتج عن ذلك أو نقص من أصل الشيء يخصم من الدين المضمون بالرهن[2] .

ثانيا : تقدير فعالية الرهن في تحقيق الضمان .

انطلاقا مما سبق ، فان التأمينات العينية تعطي الدائن جملة من الامتيازات ، والتي من شئنها تمكين الدائن من الحصول على دينه كاملا ، إلا أن ذلك لا يخلو من بعض الصعوبات والمخاطر والتي تحول دون استيفاء الدائن لدينه ، ولعل أهمها ما يلي :

أ: على الرغم من أن الرهن الرسمي يعطي الدائن المرتهن الأولوية في استيفاء دينه ، إلا أن ذلك لا يمكن تصوره في ظل وجود حقوق الامتياز العامة وذلك بنص المادة 3/986 من القانون المدني الجزائري ، كما أن مرتبة الدائن المرتهن تكون بعد أصحاب الحقوق العينية التبعية الأخرى المقيدة قبله ، حيث أنه اذا لم تكف الذمة المالية للمدين الراهن في الوفاء بالدين ، فانه لا يمكن للدائن إلا التنفيذ على الأموال الأخرى للمدين ان وجدت ، وبصفته دائنا عاديا[3].

---

[1]: شلغوم رحيمة ، ضمانات القرض ، مرجع سابق ، صفحة 84.

[2]: أنظر في ذلك نص المادة 955 ، 956 ، 957 ، 958 ،959 من القانون المدني الجزائري .

[3]: أنظر في ذلك القرار الصادر عن المحكمة العليا بين الصندوق الوطني للتأمينات ، ضد (ز-ب) والذي قضى أن لإدارة الضرائب حق امتياز في استيفاء المبالغ المستحقة للخزينة العامة من الأموال المثقلة بهذا الامتياز في أي يد كانت وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي .أنظر في ذلك قرار المحكمة العليا ، الغرفة المدنية ، الملف رقم 257484 ، الصادر بتاريخ 2002/07/24 ، المجلة القضائية لسنة 2003 ، العدد الثاني ، صفحة 91.

ب: اذا كان الرهن الحيازي يعطي الدائن الحق في حبس العقار محل عقد الرهن ، فهو بالمقابل يرتب على عاتقه جملة من الالتزامات والمتمثلة في المحافظة على العقار وصيانته ، وذلك بنص المادة 955 من القانون المدني الجزائري وما بعدها[1] .

ج: ان الرهن الوارد على العقارات يمتاز بجملة من الصعوبات سواء عند توقيعه ، أو عند التنفيذ على المدين ، فهو يخضع لاجراءات شكلية عديدة[2] ، كالرسمية والتقييد والتجديد ، هذا نهيكا عن مشقة التنفيذ والبيع عن طريق المزاد العلني[3] .

د:اذا رجعنا الى نص المادة 247 و 251 من القانون التجاري الجزائري ، نجد أن المشرع الجزائري يفضل مصلحة جماعة الدائنين على أصحاب الرهون والامتيازات ،اذا تم تسجيلها بعد صدور الحكم الذي يقضي بالتسوية القضائية أو شهر الافلاس[4] .

وبالتالي فان الدائن المرتهن سواء كان الرهن رسميا أو حيازيا لن يكون في مأمن من مزاحمة بعض الفئات الخاصة ، وبالتالي قد يستوفي جزء من الدين ، كما قد لا يستوفيه أصلا في حالة ما اذا استغرق دين الغير الذمة المالية للمدين المرتهن ، ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد ، بل يتعدى ذلك الى الغاء بعض الامتيازات التي يستفيد منها الدائن المرتهن وذلك لأجل الحفاظ على استمرار نشاط المدين المرتهن ، اذا كان لهذا الأخير دورا فعالا في المجتمع كالمؤسسات التي تواجه صعوبات مالية مثلا[5] .

وبالتالي فان مثل هذه القوانين أصبحت تعطي الدائنين المساهمين في استمرارية وبقاء المؤسسات أفضلية عن الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية ، حتى وان كانوا تاليين لهم

---

[1]: شلغوم رحيمة ، ضمانات القروض ، مرجع سابق ، صفحة 107.

[2]: أنظر في ذلك نص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري .

[3]: أنظر في ذلك نص المادة 904 ،905 ،906 من القانون المدني الجزائري .

[4]: شلغوم رحيمة ، ضمانات القروض ، مرجع سابق ، صفحة 79-80.

[5]: هذا في ظل بعض قوانين الافلاس الحديثة ، كالقانون الفرنسي المؤرخ في 13 جويلية 1967 ، والمتعلق بتصفية الأموال والافلاس . نقلا عن محمد العلواني ، توظيف الملكية كضمان في عقود الائتمان ، دار الأمان ، الطبعة الأولى ، الرباط 2012 ، صفحة 18.

في المرتبة ، بل و حتى وان كانوا دائنين عاديين ، بشرط أن يكونوا مساهمين في بقاء المؤسسات واستمرارها[1] .

وبناءا على ما سبق فان التأمينات العينية لا تكفل الحماية اللازمة للدائن المرتهن ، في ظل وجود مثل هذه القواعد وفي ظل المخاطر السابق ذكرها ، وهو ما يجعل الدائن في بحث مستمر على ضمانات أكثر فعالية.

المطلب الثاني : قصور الشرط المانع من التصرف و الشرط الجزائي في تحقيق الضمان .

ان عدم ائتمان الدائن لمدينه بالوفاء بالتزامه سواء بتأخره أو عدم تنفيذه أصلا ، يدفع الدائن الى الاتفاق مع مدينه على تعويض يتقرر لصالحه (الدائن) في حالة اخلال مدينه بالتزامه ، أو بجزء منه ، وهو ما يعرف بالشرط الجزائي أو التعويض الاتفاقي **(الفرع الأول)** ، كما أنه قد يلجأ الدائن الى تفادي التصرفات التي قد تزعزع التصرف المالي للمدين ، فيلجأ الى تعزيز ضمانه عن طريق اشتراط الدائن على مدينه عدم التصرف في العقار المبيع الى غاية الوفاء بكامل الثمن ، وهو ما يعرف بالشرط المانع من التصرف **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول : الشرط الجزائي .

يقصد بالشرط الجزائي ذلك التعويض الذي يتفق عليه المتعاقدان، حيث يتقرر للدائن إذا اخل المدين بالتزامه، سواء بالتأخر أو عدم التنفيذ و هذا الشرط إما أن يدرج في العقد الأصلي و إما أن يدرج في عقد لاحق ، و هو ما جاء في نص المادة 183 من القانون المدني الجزائري[2] .

---

[1]: نبيل ابراهيم سعد ، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الالتزامات وقانون الأموال ، دراسة مقارنة ، منشأة المعارف ،الطبعة 2000 ، الاسكندرية ، صفحة 144.

[2]: محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 79 .

حيث يشترط في الشرط الجزائي أن يكون قد تم الاتفاق عليه ، قبل عدم التنفيذ أو قبل التأخر عن تنفيذ الالتزام ، أما إذا كان قد تم الاتفاق عليه بعد الاخلال بالالتزام فيعد ذلك صلحا لا يرقى إلى شرط جزائي[1] .

إن العلة في وجود الشرط الجزائي ، قد تكون من الاتفاق عليه خشية المتعاقدين من اخلال أحدهما بتنفيذ التزامه ، و قد تكون العلة منه هي تعديل أحكام المسؤولية ، و ذلك إما بالتشديد في مبلغ التعويض الإتفاقي[2] ، بالمقارنة بالضرر الذي يصيب الدائن ، أو بالتخفيف منه ، كما قد تكون العلة منه تجنب المتعاقدين اللجوء إلى القضاء لطلب التعويض ، لان ذلك يشمل شروط و إجراءات طويلة كما قد تكون العلة منه نقل عبئ الإثبات من الدائن إلى المدين ، و هذا خروجا عن القواعد العامة[3] .

إن الشرط الجزائي يكون تابعا للالتزام الأصلي سواء كان مصدره العقد ، أو العمل غير المشروع ، و بالتالي مهما كان مصدر العقد فالتعويض الاتفاقي يتبع الأصل ، أي الالتزام الأصلي في صحته و انقضائه ، حيث يتقرر وجوده من عدمه حسب موقف المدين ، فإما أن ينفذ المدين التزامه ، و حينئذ لا حاجة للمطالبة بالشرط الجزائي ، و إما أن يتخذ المدين موقفا سلبيا عن طريق امتناعه عن تنفيذ التزامه سواء كان بالتأخر عن الوفاء أو بالتنفيذ الجزئي و حينئذ يستحق التعويض المتفق عليه لصالح الدائن[4] .

و بناءا على ما سبق، يمكننا استخلاص جملة من الخصائص ، تتمثل فيما يلي :

أولا : الشرط الجزائي يتبع الأصل و ليس العكس ، فإذا أبطل الأصل ، أبطل الشرط تبعا له ، أما إذا أبطل الشرط الجزئي ، فلا يبطل الالتزام الأصلي ، و الأمر كذلك إذا فسخ العقد و سقط الالتزام الأصلي ، فان الشرط الجزئي يسقط أيضا.

---

[1]: منير قزمان ، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، 2002 ، صفحة 105.

[2]: نجاري عبد الله ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر 1983 ، صفحة 9.

[3]: نجاري عبد الله ، المرجع السابق ، صفحة 15.

[4]: محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 82.

اضافة الى هذا فانه اذا سقط الالتزام الأصلي نتيجة استحالة التنفيذ بقوة قاهرة مثلا فان الالتزام بالشرط الجزائي يسقط ايضا، والأمر كذلك اذا كان الالتزام الأصلي موصوفا ، كما اذا كان معلقا على شرط أو مضافا الى أجل ، فان هذه الأوصاف تلحق الشرط الجزائي بالتبعية [1].

ثانيا : الشرط الجزائي التزام احتياطي لا اختياري ، و لا بدلي ، و معنى ذلك أن الدائن ليس له الحق في الاختيار بين المطالبة بالوفاء و التعويض الاتفاقي ، فلا يمكنه المطالبة بالتعويض الاتفاقي مادام أن المدين أعلن عن رغبته في الوفاء ، و كان ذلك ممكنا ، لأن الأصل هو الوفاء و احتياطا اللجوء إلى التعويض الاتفاقي ، كما أنه لا يجوز العدول عن المطالبة باستيفاء دينه (الدين الأصلي) ، و التمسك بالشرط الجزائي ، بل يكون لزاما عليه مطالبة المدين بالوفاء إذا كان ذلك ممكنا ، أما اذا تعذر ذلك ، فله أن يطالب بالتعويض الاتفاقي[2] .

بالرجوع الى أحكام عقد البيع ، و بالذات لنص المادة 363 /2 من القانون المدني الجزائري و التي جاء في نصها :" **فإذا كان الثمن يدفع اقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما اذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط . ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224** ". يتضح لنا أنه يمكن للبائع أن يشترط على المشتري الاحتفاظ بجزء من الأقساط المدفوعة في حالة ما إذا امتنع المدين (المشتري) عن دفع باقي الأقساط ، فاشتراط البائع لهذا الشرط في مثل هذه البيوع ، سيضمن له الحصول على التعويض من هذه الأقساط التي يكون قد قبضها من المشتري ، نتيجة لإخلاله بالتزامه بالوفاء بكامل الثمن .

[1] : محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، أحكام الالتزام ، مرجع سابق ، صفحة 82.
[2]: نجاري عبد الله ، الشرط الجزائي في القانون المدني ، مرجع سابق ، صفحة 47.

ومن جهة أخرى فان الشرط الجزائي يعد بمثابة ضمان للوفاء بالدين ، فهو يحمل المدين على دفع الثمن خشية خسارة الأقساط المدفوعة و المبيع معا .

من خلال ما سبق يتضح لنا من الوهلة الأولى أن الشرط الجزائي ، أو التعويض الاتفاقي يمنح الدائن ميزتين ، فهو ضمان للحصول على الدين من جهة ، ووسيلة تهديديه للمشتري (المدين) على دفع الثمن من جهة اخرى ، إلا أن فعالية هذا الضمان تتقلص بسبب السلطة التقديرية للقاضي ، و ذلك طبقا لنص المادة 2/184 و المادة 2/363 من القانون المدني الجزائري ، حيث أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض من قيمة التعويض المتفق عليه من قبل الأطراف[1] ، هذا نهيكا عن حالة ما إذا كانت الأقساط المدفوعة قليلة جدا لا تتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن من جراء اخلال المدين بالتزامه بالوفاء ، و بالتالي فان الدائن مهدد بفقدان ملكيته من جهة ، و حقه في استيفاء الثمن كاملا من جهة أخرى .

الفرع الثاني : الشرط المانع من التصرف .

الشرط المانع من التصرف هو الشرط الوارد في تصرف ما كعقد نقل الملكية مثلا[2] ، حيث يمنع المتصرف اليه ، من التصرف في العقار محل البيع ، أو يقيد من سلطاته في التصرف في هذا العقار لأسباب معينة ، وذلك يعد خروجا عن القاعدة العامة ، ذلك أن

---

[1]: حيث أنه يجوز للقاضي تخفيض الشرط الجزائي في حالتين :

- اذا أثبت المدين أن الشرط الجزائي مبالغ فيه مقارنة بالضرر الذي أصاب الدائن ، فيجوز للقاضي أن يتدخل لخفض التعويض ، وجعله يتناسب مع الضرر الذي أصاب الدائن .

- اذا أثبت المدين أنه نفذ التزامه جزئيا فلا حاجة لبقاء التعويض المتفق عليه ، وعلى القاضي أن يخفضه الى أن يصبح مناسب للضرر الذي أصاب الدائن من جراء ما لم يلتزم به المدين.

كما أنه يمكن للقاضي أيضا الغاء التعويض الاتفاقي في حالتين :

-اذا أثبت المدين أن الدائن لم يصبه أي ضرر من عدم تنفيذه لالتزامه

- اذا أطال الدائن وبسوء نية في أمد النزاع حين مطالبته بحقه

أما عن الزيادة في قيمة الشرط الجزائي فلا يجوز للقاضي الحكم بالزيادة فيه ، ذلك أنه لا يمكن للقاضي الحكم بأكثر مما طلبه المتعاقدين

أنظر في ذلك ، خلوفي لعموري ، تنفيذ العقد في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الأولى ، الجزائر 2015 ، صفحة 19 وما يليها .

[2] : كما قد يكون المنع من التصرف بنص من القانون مباشرة ، كاشتراط عدم التصرف في الاموال العامة . انظر في ذلك نص المادة 689 من القانون المدني الجزائري .

القانون في الأصل لا يجيز شرط المنع من التصرف ، لما فيه من تقييد لحرية المالك من التصرف ، ولما فيه من مساس بحقوق المتصرف اليه ، ذلك أن المالك يحق له أن يتصرف في ملكه والتمتع به كما يشاء مع مراعاة أحكام القانون (المادة 674 من القانون المدني الجزائري) ، ذلك أن خاصية التصرف هي جوهر حق الملكية .

إلا أنه وكاستثناء على القاعدة العامة ، أجاز القانون شرط المنع من التصرف لمدة محددة[1] ، وذلك لحماية مصلحة مشروعة يقرها القانون ، بشرط ان لا تكون منافية لأحكام العقد وغير مخالفة للنظام العام .

فالشرط المانع من التصرف اذن هو قيد يحد من سلطات المالك ارتضاه بإرادته ، حيث يمتنع عليه بمقتضاه أن يبرم تصرفا مخالفا للشرط المتفق عليه (الشرط المانع من التصرف) فهو اذن من القيود الاتفاقية والإرادية ، حيث أجاز القانون لإرادة الأطراف المتعاقدة التقييد من السلطات المخولة للمالك ، بشرط عدم المساس بجوهر حق الملكية ذاته ، ذلك أن بقاء سلطة التصرف للمالك هو أمر يتعلق بالنظام العام (المادة 674 من القانون المدني الجزائري) .

بالرجوع لأحكام القانون المدني الجزائري نجد أن المشرع الجزائري لم ينضم الشرط المانع من التصرف ، وذلك على غرار بعض التشريعات المقارنة كالقانون المدني المصري الذي أخذ به في نص المادة 823 بصريح العبارة [2].

---

[1] : فلا يجوز قانونا تقييد سلطات المالك في التصرف في ملكيته بصفة مؤبدة ، و يترك تقدير مدى مشروعية مدة المنع و المصلحة المراد تحقيقها ، و الجدية في ذلك للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع .

[2] : حيث جاء فيها :

"1- اذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبني على باعث مشروع ، ومقصور على مدة معقولة

2- ويكون الباعث مشروعا متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف اليه أو للغير .

3- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف اليه أو الغير ".

إلا أنه وبالرجوع الى المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/04/13 والمتعلق بتأسيس السجل العقاري ، يتضح لنا أن المشرع أخذ بالشرط المانع من التصرف وبالذات في نص المادة 104 والتي جاء في نصها " يحقق المحافظ بأن البطاقة غير مؤشر عليها بأي سبب **يقيد حرية التصرف في العقد** من قبل صاحبه الأخير " ، وكذا نص المادة 87 من نفس المرسوم والتي جاء فيها " ان الخلف لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص لا يمكنه الاعتراض على العقود بين الأحياء ، والتي تم اعدادها بصفة مميزة من أجل اثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لجميع التصرف ..... " .

ان إعمال الشرط المانع من التصرف يستلزم جملة من الشروط و التي تتمثل في :

الشرط الاول : أن يكون شرط المنع وارد على عقد ناقل للملكية أو منشأ لحق عيني أصلي ، فلا يتصور الشرط من الناحية العملية إلا ضمن التصرف الناقل أو المنشأ للحق بأن يكون شرط المنع من التصرف وارد على عقد ناقل للملكية .[1]

الشرط الثاني : أن يكون الشرط مبني على باعث مشروع ، أي لحماية مصلحة مادية أو أدبية مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو الغير ، بأن تكون ثمة مصلحة مشروعة يقرها القانون تدفع إلى اشتراط المنع (المواد 48 ، 97 ، 204 من القانون المدني الجزائري) ، ويعود تقدير مشروعية المصلحة الى القضاء ، فلا يمكن لشخص أن يبيع عقار لآخر مثلا ، ويشترط عليه عدم التصرف فيه لغير مصلحة ظاهرة .

ومن هذا المنطلق يجب أن لا يخالف شرط المنع من التصرف النظام والآداب العامة طبقا لنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري[2] .

الشرط الثالث : أن يكون شرط المنع من التصرف مقصور على مدة معينة ، فلا يجوز أن يكون منع التصرف منعا دائما ، بحيث يخرج المال محل التصرف من دائرة التعامل بتاتا ،

---

[1] : بلحاج العربي ، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري ، مرجع سابق ، صفحة 147.

[2]: محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، صفحة 93.

اذ لا يجوز قانونا أن يكون الشرط المانع من التصرف مؤبدا ، ولا يجعله لمدة طويلة تتجاوز الضرورة التي دعت اليه ، فالأصل في القانون المدني الجزائري هو تحريم الشرط المانع لكونه ماسا بحق المالك في التصرف بماله ، وتبعا لذلك فهو أمر مخالف للنظام العام طبقا لنص المادة 204 من القانون المدني الجزائري[1] .

ان توفر الشروط السالفة الذكر تجعل من الشرط المانع من التصرف شرطا صريحا ومنتجا لآثاره القانونية ، ومن خلاله يصبح الدائن في مأمن من مدينه ، حيث يترتب على صحة شرط المنع ، عدم جواز التصرف في المال المتفق عليه في العقد ، وبالتالي فانه لا يمكن للمتصرف اليه نقل ملكية العقار الى الغير .

اضافة الى هذا ، فانه وفي حالة ما اذا أخل المدين بالتزامه ، فانه يحق للدائن طلب الفسخ لاسترداد المبيع ، والحصول على تعويض اذا أصابه ضرر من امتناع المدين عن تنفيذ التزامه [2].

إلا أنه يعاب على الشرط المانع من التصرف بكونه يضمن دين الدائن خلال المنع من التصرف فقط ، وبالتالي فانه بمجرد انقضاء فترة المنع من التصرف ، وفي حالة ما اذا لم يوف المدين بما علية من دين ، فانه يمكن للمدين أن يتصرف في الشيء المبيع ، وهو ما يجعل الدائن مهدد بخطر اعسار او إفلاس المدين وكذا مزاحمة باقي الدانيين في حالة التنفيذ على أمواله بصفة عامة ، وعلى العقار بصفة خاصة ، وبالتالي فان الدائن (البائع) يفقد حقه في استيفاء الثمن من الشيء المبيع ، إلا اذا تمسك بحقه في الامتياز (امتياز بائع العقار) ومنه فان الشرط المانع من التصرف لا يحقق الضمان الكافي للدائن لأجل استيفاء حقه من مدينه [3].

---

[1]: محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، صفحة 93،94 .

[2]: : محمد حسين منصور ، نفس المرجع. صفحة 95.

[3]: بلحاج العربي : الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا ، دار هومة ، الطبعة الثانية ، 2017 ، صفحة 153.

الفصل الثاني

توظيف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان

إن العجز الذي ترتب عن الضمانات التقليدية والتي لم تحقق الحماية اللازمة للشخص الدائن ، أدي بالضرورة الى تعزيز مرتبة هذا الأخير عن طريق توظيف حق الملكية العقارية لاستفاء الدين كاملا .

ان توظيف الملكية العقارية كضمان ليس بمستحدث ، وإنما يرجع الى العهد الروماني (القانون الروماني)،حيث كان الراهن ينقل ملكية أمواله الى الدائن الذي يلتزم بإرجاعها وهو ما كان معروف فاسم[1](fiducie)، إلا أن هذه التقنية لم تتجسد في القانون المدني (قانون نابليون 1804).ذلك لأن الرهن الرسمي و الحيازي كانا يشكلان تأمينات فعالة و كافية لكل من الدائن و المدين[2] .

ان اتساع نطاق الائتمان وتزايد أهميته في الوقت الراهن أدى بالضرورة الى الاقبال المتزايد على التأمينات واستحداث صورة جديدة للضمان ، وذلك بتطور المعاملات الاقتصادية والمصرفية والعلاقات التعاقدية وهذا أمام عجز التأمينات التقليدية ، وهو ما أدى بالممارسة الى توظيف حق الملكية في مجال الضمان ، فأصبح البائع يشترط الاحتفاظ بملكية الشيء المبيع الى أن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن كاملا ، وهوما جاء به المشرع الجزائري في المادة 363 من القانون المدني الجزائري و التي جاء فيها "**اذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع .**

فإذا كان الثمن يدفع أقساط ،جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزء منه على سبيل التعويض في حالة ما اذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط .

---

[1]:حسن الماحي :أثار شرط الإحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الإئتماني، دار أم القرى، المنصورة، الطبعة الأولى ، 1995، ص 05.

[2] :DOMINIQUE, legeais ;suretés et garantes du crédit ; paris ; librairie générale de droit et de jurisprudence ; 2006 ;p 122.

ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة 224.

وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع"

وعليه نلاحظ أن بند الاحتفاظ بالملكية سببه تأجيل الوفاء بالثمن ، وبالتالي هل اعتماد تعليق نقل الملكية على الوفاء بالثمن غايته احداث التوازن بين المراكز القانونية للطرفين أم أن الدائن يسعى الى الضغط على المدين لأجل الوفاء بالدين ؟

للإجابة عن هذا التساؤل سنحاول البحث في مفهوم بند الاحتفاظ بالملكية العقارية **(المبحث الأول)** ، ومن ثمة فعالية الاحتفاظ بالملكية العقارية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول : ماهية بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

الأصل في عقد البيع أنه من العقود الفورية ،حيث يتم فيه تنفيذ الالتزام بنقل الملكية ودفع الثمن بمجرد ابرام العقد[1] ،إلا أنه قد يترتب على ذلك استحالة طبيعية في بيع الأشياء المعينة بالذات والتي لا تنتقل إلا بالفرز [2]، والأمر كذلك بالنسبة للعقارات والتي لا تنتقل الملكية فيها إلا بعد استكمال اجراءات الشهر طبقا للمادة 165 من القانون المدني الجزائري والتي تنص "**الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني اخر ،من شأنه أن ينقل بحكم القانون الملكية أو الحق العيني ، اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه الملتزم وذلك مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإشهار العقاري** " . كما تنص المادة 793 من القانون المدني الجزائري على أنه "**لا تنتقل الملكية و الحقوق العينية الأخرى في العقار سواء كان ذلك بين المتعاقدان أو في حق الغير إلا اذا روعيت الاجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة شهر العقار** " . وبما أن نقل الملكية ليس من النظام العام فانه يمكن للمتعاقدين الاتفاق على مخالفته لظروف معينة[3] ، كجعل انتقال الملكية مرتبط بوقت تسليم المبيع أو ربطه بدفع الثمن كاملا ، كما هو الأمر بالنسبة لبند الاحتفاظ بالملكية .

وعليه سنحاول البحث في مضمون بند الاحتفاظ بالملكية **(المطلب الأول)** ، وكذا تبيان الطبيعة القانونية لهذا الأخير **(المطلب الثاني)**

المطلب الأول : مضمون بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية من أهم الشروط الاتفاقية التي أقرها مبدأ الحرية التعاقدية ، الذي يعطي للمتعاقدين حرية ادراج الشروط التي يرونها مناسبة في العقود التي يبرمونها ،

---

[1]: محمد حسين منصور:شرط الإحتفاظ بالملكية ، ص 11.

[2]:إستحالة نقل الملكية فور إنعقاد العقد قد تكون إستحالة طبيعية ، و قد تكون إستحالة قانونية و مثال ذلك أن يكون المبيع شيئا غير معين بالذات بل بنوعه ، فلا تنتقل الملكية بمجرد إنعقاد العقد و إنما تنتقل بفرز المبيع، كذلك لا تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري فور إنعقاد العقد إذ علق القانون إنتقالها على إجراءات معينة كما هو الحال بالنسبة للعقارات، حيث لا تنتقل الملكية فيها إلا بعد إستكمال إجراءات الشهر.

[3]: حسن الماحي : أثار شرط الإحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الإئتماني، مرجع سابق ص05.

الأمر الذي يستدعي تعريف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية **(الفرع الأول)** ، ومن ثمة تحديد الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية **(الفرع الثاني)** .

الفرع الاول : تعريف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

لقد تطرق المشرع الجزائري الى شرط الاحتفاظ بالملكية بمناسبة الحديث عن التزامات البائع وذلك بنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري .

وبالتالي ، من خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري أعطى للبائع مجموعة من الضمانات في حالة ما اذا كان تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن مؤجلا[1] ، ويتعلق الأمر أساسا بشرط الاحتفاظ بملكية المبيع الى غاية استيفاء كامل الثمن ، فالبائع هنا يأتمن المشتري على الثمن ، ويأتمن المشتري البائع على الملكية .

بالرجوع للقانون المقارن نجد أن القانون المصري مثله مثل القانون الجزائري فقد جاء في نص المادة 1/430منه على أن "**اذا كان البيع مؤجل الثمن ،جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على استبقاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع** "

من خلال المادة يتضح أن موقف المشرع المصري يوافق المشرع الجزائري ، فللمتعاقدان الحق في الاتفاق على اشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية العقارية الى غاية تسديد المشتري ثمن المبيع كله ، كمن يبيع محلا تجاريا مثلا مع الاحتفاظ بملكيته لمدة معينة حتى يضمن عدم تصرف المشتري في المحل لشخص أجنبي يخشى منافسته ، وكذا الهبة المستترة في صورة بيع في العقار ، حيث يحتفظ الواهب بملكيته للعين لمدة يخشى فيها سوء تصرف الموهوب له فيها .

أما في القانون المدني الفرنسي فقد جاء في نص المادتين 1583 و 1138 منه ، واللتان تقران بارتباط نقل الملكية بانعقاد البيع ، ليس من القواعد الامرة ، حيث أنه و بانتشار شرط

[1]: نبيل إبراهيم سعد: الضمانات غير المسماة في القانون الخاص و قانون الإلتزامات و قانون الأموال ، مرجع سابق ، ص 32.

الاحتفاظ بالملكية في العمل اضطر المشرع الفرنسي الى التدخل لتنظيم آثار الشرط بقانون 12 ماي 1980.

كما أنه و بالرجوع للفقه نجده يعرف شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه "**اتفاق بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية الشيء المبيع ولو تم تسليمه الى المشتري الى أن يستوفي الثمن كاملا** "[1].

وهناك من يعرفه على أنه "**اتفاق على ارجاء نقل الملكية الى المشترى الى أجل محدد ،ويكون هذا الأجل غالبا سداد كامل الثمن** "[2].

كما يعرف على أنه " **اتفاق بين طرفي العلاقة العقدية على تراخي انتقال الملكية على الرغم من انعقاد البيع وقيام المشتري بتسليم المبيع وحيازته .ويتمثل بصورة أجل يعطيه البائع الى المشتري لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، ويحتفظ بالملكية ضمانا لذلك** " [3].

وعرف ايضا انه " **بند من البنود التي يمكن ادراجها داخل عقد البيع ،ويتم من خلاله احتفاظ البائع بملكية المبيع حتى يتم الوفاء بثمنه كاملا ،وعادة ما يحدث ذلك في البيع المؤجل الثمن أو البيع بالتقسيط ، فشرط الاحتفاظ بالملكية آلية اتفاقية لنقل الملكية المؤجلة لما بعد ابرام العقد ، تهدف الى حماية ناقل الملكية ضد عجز المتعاقد معه ، وبصفة خاصة ضد خطر اعسار هذا الأخير وإفلاسه** " [4].

وبالتالي يمكننا استخلاص تعريف لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية على أنه"شرط في عقد البيع يتم بموجبه الاتفاق بين البائع و المشتري على احتفاظ بائع العقار بملكية الرقبة على الرغم من تسليمه المادي له ،حتى يقوم المشتري بدفع كامل الثمن ."

---

[1]: بن شنوف فيروز : شرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة لتوظيف الملكية على سبيل الضمان، دراسة مقارنة، مقال منشور بمجلة معهد العلوم القانونية و الإدارية ، المركز الجامعي تيسمسيلت، ص 300.

[2]: لوزي خالد: الملكية كوسيلة لدعم الإئتمان ، مقال منشور بمجلة كلية الحقوق و العلوم السياسية الجيلالي إلياس ، سيدي بلعباس،دون سنة نشر، ص 251.

[3] : هادي حسين عبد علي الكعبي ، احتفاظ البائع بملكية المبيع ، دراسة مقارنة ،منشورات الحلبي الحقوقية ،الطبعة1، بيروت ، 2001، ص 32.

[4] : السيد عبد المنعم حافظ السيد ، عقد التأجير التمويلي ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الخاص ، دار الفكر الجامعي ،الاسكندرية ، 2010، ص373.

من خلال ما سبق يمكننا القول أن لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية مجموعة من الخصائص تتمثل في :

1: أنه اتفاق جوازي [1] بين أطراف العقد بتضمينه في العقد أو الاستغناء عنه [2].

2: اتفاق صحيح وغير مخالف للقواعد القانونية حسب نص المادة 363 من القانون المدني الجزائري ،وهو يلعب دورا تأمينيا هاما لاستيفاء ثمن المبيع ، فيكون بهذا له دور ائتماني لطرفي العقد [3].

3: عام التطبيق ،فلا يشمل العقارات دون المنقولات ، كما أنه يتعداه الى البيوع الدولية فلا يقتصر فقط على البيوع الوطنية [4].

4: غير قابل للتجزئة ، فلا يستطيع المشتري التخلص من هذا الشرط وتملك العقار اذا دفع معظم الأقساط ، حيث أنه يسري بأثره من اخر قسط من الثمن ، كما أن الملكية لا تنتقل مجزأة بعدد الأقساط ،فلا يستطيع المشتري تملك نصف المبيع اذا دفع نصف الثمن[5] .

الفرع الثاني : شروط صحة بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

ان توظيف البائع لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان يستوجب أن يستوفي جملة من الشروط لصحته والتي تتمثل في[6] :

[1] : ان جوازية الاتفاق على ادراج بند الاحتفاظ بالملكية العقارية ضمن البيوع الواقعة على لعقارات يمكن تصورها في العقود التي يمكن فيها للمشتري مناقشة مضمون العقد ، بينما في العقود النموذجية المبرمة في اطار الترقية العقارية يكون فيها بند الاحتفاظ بالملكية العقارية مدرج ضمن العقد ، وبالتالي لا يمكن للمشتري مناقشة مضمون العقد ، فيكون أمام خيارين اما التوقيع على العقد ، وبالتالي قبول مضمونه كاملا بما في ذلك بند الاحتفاظ بالملكية ، واما الامتناع عن التوقيع ومثال ذلك البيع بالايجار الذي جاء في شكل نموذج بموجب القرار المؤرخ في 23 يوليو 2004 .، الجريدة الرسمية العدد 43 ، سنة 2004.

[2]: شرابن حمزة : دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الإئتمان، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2017/2016، ص 134.

[3]: بن شنوف فيروز : شرط الإحتفاظ بالملكية كوسيلة لتوظيف الملكية على سبيل الضمان ، مرجع سابق ، ص 300.

[4]: هناء بونعامة/ رندة يونسي: الضمانات غير المسماة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية ، مذكرة ماستر ، جامعة سوق أهراس ، 2019، ص 53.

[5]: هناء بونعامة / رندة يونسي : المرجع السابق ، ص 53.

[6]: شرابن حمزة: دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الإئتمان ، مرجع سابق ، ص 137-140.

اولا :القبول:

لصحة شرط الاحتفاظ بالملكية وجب أن يكون هذا الأخير محل الاتفاق بين الطرفين، وعليه فانه لا أثر لهذا الشرط دون ايجاب صريح وقاطع الدلالة من المشتري[1] .

وبما أننا بصدد توظيف شرط الاحتفاظ بالملكية في العقارات بالتحديد فان القبول هنا يكون بشكل صريح وفي قالب رسمي مدرج ضمن العقد طبقا للمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري ، وعليه فلا أثر لهذا البند عندما يكون معلنا عنه بشكل انفرادي ، أو كان إتفاق لاحق للعقد الأصلي. ويجب أن يأخذ هذا التعبير عن الارادة مضمون خارجي حتى يعرف كل طرف ارادة الآخر، وأن تكون خالية من أي عيب يشوبها طبقا للقواعد العامة بنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية** " وبالتالي فان هذا الشرط لا يكون صحيحا إلا اذا كان صريحا وقاطع الدلالة .

ثانيا:العلم ببند الاحتفاظ بالملكية العقارية :

حتى يكون بند الاحتفاظ بالملكية صحيح ومنتج لآثاره لابد أن يكون المشترى عالما به[2].

اذا كان ادراج بند الاحتفاظ بالملكية ضمن العقد بشكل صريح وبعبارات واضحة ،فان ذلك لا يثير مشكل ،لكن المشكل يثور عندما يرد هذا الشرط ضمن الشروط العامة للعقد أو بدلالة غامضة.

وبالتالي فالسؤال المطروح في بهذا الصدد , هل يشترط أن يعلم المشتري علما حقيقيا بشرط الاحتفاظ بالملكية ،أم يكفي العلم المفترض به ؟

---

[1]: علي علي سليمان : مصادر الإلتزامات في القانون المدني الجزائري، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الطبعة 05، 2003، ص 29.

[2]: حسن الماحي:أثار شرط الإحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الإئتماني ، مرجع سابق ، ص 12.
أنظر أيضا : شرابن حمزة :دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الإئتمان، مرجع سابق، ص 138.

بالرجوع الى القانون المدني الجزائري وبالذات لنص المادة 363 منه نجد أن النص قد جاء عاما ، لم يعطي أي تفصيل حول ذلك , و الأمر كذلك بالنسبة للأحكام القضائية وهو ما يدفعنا الى البحث في المسألة ضمن القانون المقارن.

فبالرجوع الى الأنظمة القانونية المقارنة نجدها قد اختلفت بهذا الصدد فمنها من يكتفي بالعلم المفترض بالبند حتى ولو لم يعلم به فعليا . فيكفي أن يثبت البائع أن المشتري كان من المفروض أن يعلم بالشرط لو بذل عناية الرجل العادي وهناك أنظمة قانونية اخرى تشترط لصحة البند أن يكون المشتري عالما به فعيا .وهو ما أخذ به القانون والقضاء الفرنسي اللذان اشترطا ضرورة العلم الفعلي من قبل المشتري ، فلا مجال لإعمال نظرية العلم المفترض في هذا المجال نظرا لخطورة هذا البند.

ثالثا : وقت الاتفاق على بند الاحتفاظ بالملكية العقارية[1] :

انطلاقا من نص المادة 1/363 من القانون المدني الجزائري التي تنص " **اذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع**".فعل هذا الأساس فانه في حالة اشتمال العقد على بند الاحتفاظ بالملكية العقارية ،فانه يمكن للأطراف أن يتفقوا على أن نقل الملكية لا يكون الا بعد دفع المشتري لكل الثمن بغض النظر عن تسليم العقار من عدمه .

لكن السؤال الذي يتبادر في الذهن بهذا الصدد ما هو الوقت الذي يجب أن يتم فيه الاتفاق على مثل هذا الشرط ؟

ان الاجابة عن هذا السؤال مرتبطة بالمبيع ذاته ،وبما أننا بصدد دراسة الملكية العقارية فبالاستناد على نص المادة 106 والمادة 107 من القانون المدني الجزائري .فان هذا الاتفاق يجب أن يكون وقت انعقاد العقد ليرتب اثاره القانونية ،ويكون له حجة بين المتعاقدين .أما

[1]:حسن الماحي: :أثار شرط الإحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الإئتماني ، مرجع سابق ، ص 08 ،09.

اذا كان الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية العقارية بعد انعقاد العقد ، فانه لا يرتب اي اثار قانونية حتى لو تم ادراجه ضمن محرر مكتوب[1] .

المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

إن تحديد الطبيعة القانونية للاتفاق الذي يبقي حق الرقبة للملكية العقارية تحت يد البائع حتى يستوفي الثمن من المشتري مسألة تتسم بكثير من الغموض والتعقيد نظرا لتضارب واختلاف الاتجاهات دون الوصول لنتيجة حاسمة في هذا الشأن ، وهذا ما ينعكس سلبا على النتائج العملية التي تترتب عن الأخذ بإحدى هذه الاتجاهات (تحمل تبعة الهلاك ،سلطات كل من طرفي العقد .....الخ)خصوصا في ظل القصور الكبير الذي يعرفه التشريع الجزائري في هذا المجال .

لتحديد الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية سنحاول ابراز مختلف هذه الاتجاهات **(الفرع الأول)**،ثم دراسة هذه المسألة في ظل التشريعات المختلفة **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول : الاتجاهات الفقهية في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

اختلف الفقه حول مسألة تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية وانقسم الى اتجاهين [2]:

اولا : نظرية الشرط في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

الشرط عبارة عن عارض مستقل غير محقق الوقوع ، يترتب على تحققه وجود الالتزام أو زواله فإذا كان وجود الالتزام متوقف على الشرط فانه اذا تحقق الشرط وجد الالتزام وهو ما

---

[1] :Joseph servo ;la vente sous réserve de propriété en droit allemand, revue internationale de droit compare ; 1965,vol 17, n2 p 396 .

- نقلا عن شرابي دليلة: الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، أطروحة دكتراه ، قانون خاص ، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق ، 2019/2018 ، ص 96.

[2]: حسن عبد الله رضا: الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية و السياسية، العدد 13، المجلد 02، بغداد، 2018 ، ص 145 و ما يليها.

يعرف بالشرط الواقف ، أما اذا كان زوال الالتزام هو المتوقف على تحقق الشرط ، فان الشرط في هذه الحالة يكون فاسخا .

وفي هذا السياق اختلف الفقه ، فهناك من يرى أن البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية العقارية معلق على شرط واقف ، في حين هناك من يرى انه معلق على شرط فاسخ.

في ظل هذه النظرية ظهرت عدة أراء :

الرأي الأول : البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية العقارية بيع معلق على شرط واقف :

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن بند الاحتفاظ بالملكية العقارية هو بيع معلق على شرط واقف يتمثل في وفاء المشتري بالثمن[1] ،حيث أنه بالرجوع للقواعد العامة للشرط نجد أن الالتزام المعلق على شرط واقف هو التزام غير كامل الوجود ، اذ أن وجوده موقوف على تحقق الشرط ، وبالتالي لا يكون للدائن حق مؤكد ، ذلك أنه لا يعلم اذا كان هذا الاخير يتحقق أم لا، لكن من ناحية أخرى فانه توجد رابطة قانونية بين البائع والمشتري وبالتالي لا يمكنه الرجوع على ما تعهد به[2] ، فإذا اعتبرنا أن شرط الوفاء بالثمن من طرف المشتري شرط واقف يتوقف على تحققه نقل الملكية وفقا لهذا الاتجاه ، فانه لا ينعقد البيع قبل الوفاء بكامل الثمن فيظل البائع مالك للمبيع ولا تنتقل الملكية الى المشتري قبل أن يقوم هذا الأخير بالوفاء بكامل الثمن[3]، وبالتالي لا يمكن للبائع التصرف في المبيع في هذه الفترة وليس له أن يقوم بأي عمل من شأنه أن يعيق المشتري في إستعمال حقوقه المتعلقة بالملكية العقارية محل العقد ،وكذا يمكن القول أن المشتري قبل تحقق الشرط ما هو إلا صاحب حق احتمالي ولا ينتقل اليه حق الرقبة إلا اذا تحقق الشرط فيعتبر مالكا بأثر رجعي من يوم ابرام العقد[4].

---

[1]: إبراهيم دسوقي أبو الليل : البيع بالتقسيط و البيوع الإئتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت ، 1984، ص46.

[2]: عبد المنعم البدراوي: النظرية العامة للإلتزام ، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، الجزء 02 -أحكام الإلتزام -، بيروت، دون سنة نشر ، ص 26.

[3]: محمد حسين منصور: شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق، ص 295.

[4]: عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني الجديد – العقود التي تقع على الملكية البيع و المقاصة-، منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء 04، الطبعة 03، 2000، ص 174.

إلا أن هذا الاتجاه قد تعرض للنقد ذلك أنه لا يمكن القول أن الوفاء بالثمن والذي يعتبر احدى الالتزامات الناتجة عن عقد البيع يعد شرطا لانعقاده ،اذ يؤدي هذا التناقض الى احداث عيب في ارادة الأطراف التي تتجه فقط الى تحصين البائع ضد عدم تنفيذ التزام المشتري بدفع الثمن ، أي أنه يجوز اختيار تنفيذ احدي الالتزامات المترتبة عن العقد وهو الوفاء بالثمن ليكون شرط لصحة العقد ،ومن جهة اخرى فان القول بأن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع معلق على شرط واقف يعجز عن تفسير امكانية تسليم المبيع للمشتري ، ذلك أن البائع في أغلب الأحوال يقوم بالتسليم المادي للعقار دون التسليم ، فإذا اعتبرنا أن هذا البيع معلق على شرط واقف فما هو الأساس الذي يقوم عليه هذا العقد [1]،كما أن القول بأن تنفيذ أحد طرفي العقد للالتزام يعد شرط واقف لانعقاد العقد ذاته وهو شرط ارادي محض ، أمر يحظره القانون صراحة [2].

الرأي الثاني :البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية العقارية بيع معلق على شرط فاسخ :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن البيع الذي يحتفظ فيه البائع بملكية المبيع على سبيل الضمان هو بيع معلق على شرط فاسخ [3]،وهو عدم وفاء المشتري بالثمن في الميعاد المتفق عليه ،أي أنه وفي هذه الحالة الملكية تنتقل إلى المشتري انتقالا ماديا دون الانتقال القانوني الذي يبقى لصالح البائع ، فإذا تحقق الشرط الفاسخ تعود الملكية الى البائع من جديد ،وبالتالي فان الالتزام المعلق على شرط فاسخ هو التزام موجود ونافذ ،وبالتالي يحق للمشتري في حالة تسديده لكامل الدين المطالبة بالنقل القانوني للملكية العقارية (نقل حق الرقبة) .أما اذا تحقق الشرط الفاسخ فيكون نقل الملكية مهدد بالزوال ،فإذا امتنع المشتري عن التسديد كان من حق البائع المطالبة بفسخ العقد واسترجاع المبيع [4].

---

[1]: محمد حسين منصور: شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق ، ص 297.

[2]: أنظر في هذا الشأن نص المادة 205 من القانون المدني الجزائري.

[3]: محمد حسين منصور: النظرية العامة للإئتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،2004 ، ص 301.

[4]: هادي حسين عبد العلي الكعبي: إحتفاظ البائع بملكية المبيع، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية ، طبعة 01، بيروت ، 2001، ص 54.

يرى أنصار هذا الاتجاه أن هذا التكييف أنسب لشرط الاحتفاظ بالملكية كون أن كل من الطرفين أبرما عقد البيع ، ونفذا جزء من التزاماتهما المتمثلة في التسليم المادي للعقار من جانب البائع وتسديد جزء من الثمن من جانب المشتري دون إنتظار تحقق الشرط ، فلا يمكن تفسير هذه الوقائع حسبهم إلا في ظل الشرط الفاسخ .إضافة الى ذلك فان إعتبار الاحتفاظ بالملكية شرط فاسخ يمكن البائع من استرجاع ملكيته بأثر رجعي عند عدم وفاء المدين بالثمن .و هو ما اكدته محكمة إستئناف اميان "Amiens" عندما قضت في حكمها المؤرخ في 10 جانفي 1974 بأن البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية عقد نهائي ونافذ وأن بند الاحتفاظ بالملكية يشتبه بالشرط الفاسخ الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام و اعادة الحال إلى ما كان عليه كما لو كان هذا الالتزام لا وجود له أصلا ، كما ذهبت محكمة الإستئناف كولمار "COLMAR" في نفس التحليل في حكمها المؤرخ في 14 أكتوبر 1977، إذ قررت أن ملكية الأشياء في البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية تنتقل إلى المشتري معلقة على شرط فاسخ وهو عدم الوفاء بكل أقساط الثمن ، ومن ثمة فان هذا الأخير يتحمل تبعة هلاكها قبل تحقق الشرط الفاسخ[1].

ما يعاب على هذا الاتجاه هو أن نقل الملكية من البائع للمشتري ثم استردادها يتنافى مع جوهر بند الاحتفاظ بالملكية الذي يقضي إستيفاء الأشياء المبيعة تحت ملكية البائع فلا تنتقل ملكيتها الى المشترى حتى ينفذ التزامه بدفع كامل الثمن ، كما أن نقل الملكية من البائع الى المشتري ثم اعادة نقلها من هذا الأخير الى البائع عند تحقق الشرط أمر يتنافى مع ما يقوم عليه بند الاحتفاظ بالملكية ، فاسترداد البائع للشيء المبيع تحت بند الاحتفاظ بالملكية عند تخلف المشتري عن الوفاء بالثمن لا يؤثر في وجود عقد البيع ، وبالتالي وجب فسخ العقد طبقا للقواعد العامة[2].

[1]: علي سيد قاسم: شرط الإحتفاظ بالملكية و نظام الإفلاس دار النهضة العربية ، دون طبعة ، 1997، ص 27.
[2]: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 04، مرجع سابق، بند 39، ص 52.

ثانيا : نظرية الأجل في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية.

إتجه جانب من الفقه إلى فكرة الأجل لتحديد الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية[1] ، حيث إعتبر أن البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مضاف إلى أجل، حيث يتفق الأطراف الى ارجاء نقل الملكية الى حين حلول الأجل وهو الموعد المحدد لدفع الثمن، فتنتقل ملكية المبيع في هذه الحالة الى المشتري عند الوفاء بكامل الثمن ودون أثر رجعي ولا يمنع ذلك من إمكانية إتفاق الأطراف على مخالفة تلك الآثار ، أي جعل إنتقال الملكية يكون بأثر رجعي[2] .

ان اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية موقوفا على أجل كان هو رأي أغلبية الفقه الفرنسي قبل صدور قانون 12 ماي 1980 وقد أخذ بهذا الرأي كذلك جانب من الفقه الفرنسي الحديث حتى بعد صدور هذا القانون معتبرين أن المادة 1184 من قانون 12ماي 1980 اذ أن المقصود من سياق المادة هو الأجل وليس الشرط [3].

في الحقيقة إن الأخذ بفكرة الأجل تعرضت للنقد من جانب من الفقه ذلك أن دفع الثمن واقعة غير مؤكدة فيسر المشتري أمر غير يقيني وصعب التقدير ومن ثمة يصعب القول بأن نقل الملكية مضاف الى أجل غير مؤكد[4] ، ومن جهة أخرى لا يمكن تطبيق هذه النظرية على البيع الذي لا يتضمن تحديد لسلطات المشتري لاسيما في بيع العقارات والتي تشترط تحديدا دقيقا لالتزامات كل من طرفي العقد خاصة وأن هذا النوع من البيوع في غالبها يتم تسليم المبيع فيها الى المشترى مع ارجاء نقل الملكية عند سداد كامل الدين ، كما أن اعتبار

---

[1]: عبد المنعم البدراوي : النظرية العامة للإلتزام، مرجع سابق ، بند 389، ص 573.

- أنظر أيضا: عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء 04، مرجع سابق ، بند 154، ص 234.

[2]:أسيل ناظم محمد:الطبيعة القانونية لشرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية و السياسية ، العراق ، العدد 13 ، 2017، ص 161.

[3] :Jacque ghestin ;la clause de réserve de propriété ; rapport de droit civil , actualités de droit d l'entreprise , librairies technique, paris, 1980 ;n 12, p 50.

[4]: محمد حسين منصور : شرط الإحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق ، ص 328.

الملكية لا تنتقل عند الوفاء بالثمن بأثر رجعي طبقا لنظرية الأجل[1] الذي لا يتوافق مع ما جاء به المشرع في المادة 363 من القانون المدني الجزائري والتي نصت صراحة على الأثر الرجعي .

الفرع الثاني : موقف التشريعات في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

بناءا على ما تقدم نجد أن النظريات لم توفق في تحديد طبيعة شرط الاحتفاظ بالملكية العقارية ،وهذا ما أدى بنا الى الوقوف على النصوص القانونية والبحث في نية التشريعات في هذا الموضوع.

أولا: موقف المشرع الجزائري من بند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان .

من خلال نص المادة 363 من القانون المدني الجزائري والتي تنصب على أنه "**اذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على دفع الثمن كله ولو تم تسليم الشيء المبيع** ".

فإذا كان الثمن يدفع اقساطا جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه على سبيل التعويض في حالة ما اذا وقع فسخ البيع بسبب عدم استيفاء جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا لأحكام الفقرة الثانية من المادة 224 .

وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع .

تسري أحكام الفقرات الثلاثة السابقة حتى لو أعطى المتعاقدان للبيع صفة الايجار ".

من خلال نص المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري أعطى الأطراف المتعاقدة حرية إدراج بند الاحتفاظ بالملكية العقارية ضمن العقود المبرمة بينهم ، حيث يحق لأطراف العقد

[1]: هادي حسين عبد الهاني الكعبي: إحتفاظ البائع بملكية المبيع، مرجع سابق ، ص 56.

الاتفاق على إرجاء نقل الملكية إلى غاية دفع آخر قسط من الثمن ، ذلك أن قواعد نقل الملكية هي قواعد مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها.

بالرجوع لنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري و بالاستناد إلى الآراء الفقهية السابق ذكرها ، يتضح لنا من الوهلة الأولى أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو شرط واقف ، لاسيما و أن المشرع الجزائري استعمل عبارة "**موقوفا على دفع الثمن**"، إلا أنه لا يمكن اعتبار الاحتفاظ بالملكية العقارية معلقا على شرط واقف و لا فاسخ . و ذلك لاعتبارات عديدة ألا و هي [1]:

1: بالرجوع لنص المادة 205 من القانون المدني الجزائري و التي جاء في نصها " **لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط واقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة الملتزم** " . يتضح لنا أن مسألة دفع الثمن من عدمه متوقفة على إرادة المشتري وحده ، فله أن يدفع أو أن يمتنع عن ذلك ، و بالتالي فإن تعليق الشرط الواقف على إرادة المدين المحضة لا يتفق مع أحكام القانون المدني ، و يعد شرطا باطلا ، **ولا يقوم الالتزام أصلا** في ظل وجود أحكام نص المادة 205 من القانون المدني الجزائري المذكورة سابقا .

2: بالرجوع لنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري ، نجد أن حكم تخلف المشتري عن تنفيذ التزامه بدفع الثمن هو فسخ الرابطة العقدية ، حيث أنه لو كان قصد المشرع تعليق الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان على الشرط الواقف لما كان بحاجة إلى النص على الفسخ ضمن أحكام المادة 2/363 من القانون المدني الجزائري [2]، ذلك أن عدم تحقق الشرط الواقف يرتب زوال الالتزام بقوة القانون طبقا للأحكام العامة المقررة في الشرط .

3: لو كان قصد المشرع أن الاحتفاظ بالملكية العقارية معلق على شرط واقف ، لما نص في المادة 3/363 من القانون المدني الجزائري على تملك المشتري للمبيع بأثر رجعي ، ذلك أن القواعد العامة تتضمن ذلك بنص المادة 208 من القانون المدني الجزائري و التي جاء

[1] : شرابي دليلة ، الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، مرجع سابق ، ص108-109.

[2] : الأمر كذلك بالنسبة للبيع بالايجار، حيث نص المشرع صراحة على فسخ العقد في حالة تخلف المشتري عن دفع 6 أقساط شهرية بنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي 105/01 ، الجريدة الرسمية العدد 25، 2001.

فيها " **إذا تحقق الشرط ، يرجع أثره إلى اليوم الذي نشأ فيه الالتزام ، إلا اذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله إنما يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط غير أنه لا يكون للشرط أثر رجعي ، إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب لا يد للمدين فيه** ".

و بالتالي ما يمكننا قوله بهذا الصدد ، أن شرط الاحتفاظ بالملكية ليس وصفا للالتزام لعدم توافر شروطه ، وفي هذا الشأن يميز الدكتور عبد المنعم البدراوي بين الشرط كوصف يلحق الالتزام و الشروط الاخرى بقوله "الشرط كوصف يختلف عن الشروط أو البنود التي يتفق عليها المتعاقدان بتنظيم علاقاتهما التعاقدية كأن يشترط دفع الثمن في زمن معين أو في مكان معين أو اشتراطهما بندا جزائيا ،**أو منع التصرف في المبيع لمدة معينة** وهكذا فهذه الاشتراطات **هي بنود في الاتفاق وليست أوصاف للالتزام** وتسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة شروط التقييد تميزا لها عن شرط التعليق ، وهو الشرط المعتبر وصفا للالتزام ".

وعليه فان شرط الاحتفاظ بالملكية ليس وصفا للالتزام ، وإنما هو بند من البنود الاتفاقية التي يمكن للأطراف الاتفاق عيها في عقد البيع مثلها مثل اي بند آخر يتفق عليه الأطراف.

ثانيا:موقف التشريعات المقارنة من بند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان .

أ:موقف المشرع الفرنسي من الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

ذهب المشرع الفرنسي قبل صدور قانون 12 ماي 1980 المتعلق بتنظيم الاحتفاظ بالملكية في عقود البيع الى تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية على أنه شرط واقف يرد على العقد كله ، وهناك أحكاما أخرى لقضاة الموضوع توحي بتحليل هذا الشرط على أنه شرط فاسخ وذلك حتى يتفق مع السلطات التي يمارسها المشتري في الواقع على الملكية التي لم يتم دفع ثمنها بعد[1] ، لكن بعد صدور قانون 12 ماي 1980 وبالذات في نص المادة الأولى التي جاء فيها **(وقف نقل الملكية الى أن يتم الوفاء بكامل الثمن).** فذهب جانب من الفقه

[1] : Rudloff et Dubanchet ; présentation générale de la loi du 12 mai 1980 , la clause de réserve de propriété ; actualité du droit de l'entreprise, tome 12, p 11,12.

الى القول أن المشرع بتبنيه هذه الصياغة يكون قد إنحاز الى الاتجاه القائل بالأثر الواقف لشرط الاحتفاظ بالملكية دون الأثر الفاسخ وطبقا للاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي فان عبارات قانون 12 ماي 1980 وأعماله التحضيرية تكشف عن اتجاه المشرع الفرنسي الى الأخذ بالنظرية التي سبق أن تبنتها محكمة النقض ، حيث تري أن شرط الاحتفاظ بالملكية يوقف نقل الملكية لحين الوفاء بالثمن ، فيقر الفقه المعارض بتلك النتيجة رغم انتقاده لها ومحاولته الوصول الى تكييف آخر من خلال البحث عن النية المفترضة غير الصريحة للمشرع التي تدل على أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية هو بيع مقترن بشرط فاسخ صريح ، والواقع أن محكمة النقض قد تعرضت لتلك النقطة ورفضت بوضوح فكرة الشرط الفاسخ [1].

وبالنظر إلى النص ذاته الوارد في القانون آنف الذكر فانه يقصد صراحة اشتراط عدم نقل الملكية حتى الوفاء بكامل الثمن ، والشرط الذي جعله القانون نافذا في حق جماعة الدائنين هو شرط واقف وليس شرط فاسخ وتنحصر فائدة القانون المذكورة في طائفة الشروط التي توقف نقل الملكية مع استبعاد الشروط الفاسخة في حالة عدم الوفاء بالثمن[2] .

ب: موقف المشرع المصري من الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

يظهر موقف المشرع المصري بالرجوع لنص المادة 430 من القانون المدني المصري و التي تنص " **اذا كان المبيع مؤجل الثمن ، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله ولو تم التسليم** " . و قد جاء في المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي في هذا الصدد اعطاء الخيار للبائع اذا كان الثمن مؤجلا أن يحتفظ بالملكية الى أن يستوفي كل الثمن حيث ولو تسلم المبيع قبل ذلك ، و هذا الضمان

[1]: عادل أحمد الجسمي : مدى ملائمة شرط الإحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، مذكرة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الإمارات العربية ، 2018،ص 52، 53.

[2]: هناء بونعامة /رندة يونسي : الضمانات غير المسماة في تنفيذ الإلتزامات التعاقدية: مرجع سابق، ص 60، 61.

تلجأ اليه عادة الشركات التي تبيع العقارات والأراضي التي تباع بأثمان مقسطة ، فاحتفاظ البائع بملكية المبيع أكثر ضمانا من فسخ البيع بعد أن تكون الملكية قد إنتقلت[1] .

نلاحظ من خلال المادة أن المشرع المصري قد تأثر بالمشرع الفرنسي و ذلك من خلال أنه قد أخذ بالاتجاه الذي يقضي باعتبار البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية بيعا تاما يكون فيه إنتقال الملكية موقوفا على الوفاء بالثمن .

ما يمكن قوله بعد دراسة مختلف الاتجاهات الفقهية و موقف القضاء المقارن و كذا التشريع الوطني و المقارن أنه لا يمكن في الحقيقة الجزم بوجود تكييف قانوني موحد للبيع مع بند الاحتفاظ بالملكية ، وذلك راجع الى التطور و المرونة التي تتسم بها العقود التي تتضمن مثل هذه البنود و هي ذات طابع تجاري في الغالب ، كما أن المسألة لا تتعلق بالنظام العام و من ثم فان الأطراف المتعاقدة لها كامل الحرية في تنظيم علاقاتهم ، فقد يتفق الأطراف على نقل كل أو بعض سلطات الملكية كالاستعمال و الاستغلال الى المشتري ، و ظهر من خلال بنود العقد المبرم بينهما أن البيع مع شرط الاحتفاظ بالملكية معلق على شرط فاسخ أو أنه مضاف الي أجل كما هو الحال في الحالة التي يحظر البائع على المشتري استعمال المبيع قبل الوفاء بالثمن ، و هنا يكون الامر متروكا للقضاء لإعطاء التكييف القانوني الصحيح للعقد بمناسبة الفصل في الدعوى في حالة وجود نزاع [2].

و هذا ما يجعلنا نقول أن البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية هو بيع ذو طبيعة خاصة يخضع تكييفه الى ما تضمنه العقد في حد ذاته من أحكام تعاقدية تعكس ارادة الأطراف ، و

---

[1]: محمد حسين منصور: شرط الإحتفاظ بالملكية ، مرجع سابق، ص 353.

[2] :حيث يقوم القاضي من تلقاء نفسه بالتكييف حتى يمكن تطبيق أحكام العقد محل التصرف ، سواء ما كان من هذه الأحكام أمرا يطبق على الرغم من ارادة المتعاقدين ، أو ما كان تكميلا لإرادتهما في حالة عدم تنظيم اتفاقهما مسألة من المسائل سواء عن قصد أو عن غير قصد . و القاضي في قيامه بتكييف العقد يخضع لرقابة محكمة النقض اذ أننا بصدد مسألة قانونية ، لأنه يترتب على هذا التكييف اثاره القانونية ، اذ أنه يطبق القانون على الواقع ، وتطبيق القانون يعد من المسائل القانونية ، حيث أن التكييف دائما مسألة قانونية في فروع القانون المختلفة ،ومن هنا فان التكييف وسيلة لتحديد مضمون العقد ، اذ يضعه في الاطار القانوني الذي يسمح ببيان آثاره في جملتها ، بل ان جواز بعض آثار العقد أو عدم جوازها ، يرتبط بالوصف القانوني للعقد ، فالتكييف لازم لتقدير الصحة والبطلان أيضا .
أنظر في ذلك : محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى ، 2007 ، ص 291- 292.

يبقى بند الاحتفاظ بالملكية يشكل نوعا من الجزاء يفرضه البائع على المشتري المتقاعس عن دفع الثمن ، كما أنه يشكل ضمانا لأحد المتعاقدين من عدم التنفيذ .

نخلص من كل ما سبق ، الى أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو بند بمقتضاه يحتفظ البائع بملكية المبيع حتى دفع الثمن بكامله ، بمعنى أنه يؤخر انتقال الملكية الى حين اداء الثمن ، و أن هذا البند قد حظيت طبيعته القانونية بدراسات عديدة في القوانين المقارنة ، حيث انتهينا الى اعتباره بندا من البنود الاتفاقية التي يمكن للأطراف الاتفاق على ادراجها ضمن العقد .

المبحث الثاني : فعالية بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

يعتبر شرط الاحتفاظ بالملكية العقارية من بين أهم الضمانات التي أقرها القانون للبائع لاستيفاء دينه من المشتري ، كلما إتفق الطرفان على إرجاء الوفاء بالثمن كله أو بعضه لوقت لاحق وذلك لاعتبارات عدة سواء المتعلقة بمرونة الشرط ذاته أو من خلال بساطة انشائه وبلوغه الأهداف المراد الوصول إليها في حماية الائتمان من خلال توظيف الملكية العقارية.

فخلال الفترة الممتدة بين ابرام العقد وحلول أجل الوفاء المتفق عليه قد تعرف المراكز القانونية للأطراف تغيرات من حيث الذمم المالية ، فقد يعسر المشتري أو يفلس فيتوقف عن دفع ديونه ،كما قد تغل يد المشتري عن التصرف في أمواله ، وقد يحدث أن يقوم المشتري بالتصرف في العين إلى الغير ، كما قد يهلك العقار .

وبالتالي هل يمكن إدراج هذا الشرط ضمن كل العقود المتضمنة تأجيل الوفاء بالثمن ، وهل يكفل هذا الشرط ضمان المراكز القانونية لكل من الطرفين ؟

سنجيب عن هذه التساؤلات من خلال البحث في مرونة بند الاحتفاظ بالملكية العقارية من جهة(**المطلب الأول**) ، والبحث عن الاثار المترتبة عن هذا الأخير من جهة ثانية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول : مرونة بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

إن استقراء أحكام بند الاحتفاظ بالملكية توحي بصفة مبدئية أن هذا الأخير بند سهل الادراج **(الفرع الأول)** ، جوهري الضمان ، كما يظهر من الوهلة الأولى أنه لا يحقق الضمان إلا بين طرفي العقد فقط ، لاسيما البائع الذي يظل محتفظا بالملكية إلى غاية دفع الثمن كاملا من قبل المشتري ، إلا أن هذا لا يمنع من إستفادة الغير من هذا الضمان طالما لا وجود لعبارات دالة على غير ذلك **(الفرع الثاني)**

الفرع الأول : بساطة إدراج بند الاحتفاظ بالملكة العقارية .

بالرجوع لنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري ، يتضح أن المشرع إكتفى بالنص على شرط الاحتفاظ بالملكية ضمن بنود العقد ، وبالتالي لم يشترط شكل معين أو إجراءا خاصا [1]، حيث يمكن تصور اعمال بند الاحتفاظ بالملكية في المحلات التجارية أو السكنية أو الأراضي [2]، فنجد تطبيقه في الواقع العملي يتميز بالبساطة والسهولة في جملة من العقود سواء تلك المتعلقة بالترقية العقارية (البيع بالإيجار) ،أو العقود بين أشخاص القانون الخاص ، فبما أنه تعطى الحرية للمتعاقين في ادراج هذا الشرط ولا وجود لنص يمنع ذلك فانه يمكن لكل المتعاقدين ادراج مثل هذا الشرط بكل سهولة ضمن العقود المتضمنة بيع الملكية العقارية كلما اتجهت ارادتهما الى ارجاء نقل الملكية الى غاية الوفاء بكامل الثمن .

[1]: حيث أنه في بيع العقارات يشترط المشرع استيفاء إجراءات معينة سواء لنقل الملكية أو للإثبات فنظم الشهر العقاري بموجب الأمر 74/75 المؤرخ في 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري ، جريدة رسمية عدد 92 مؤرخة في 1975/11/18 و المراسيم التنفيذية التالية:
المرسوم التنفيذي رقم 62/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام، جريدة رسمية عدد 30 الصادرة في 1976/04/13. المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، جريدة رسمية عدد 30 المؤرخة في 1976/04/13.

[2]:أنظر في هذا الشأن: نص المادة 324مكرر 1 ، وكذا نص المادة 165 و 793 من القانون المدني الجزائري.

وبالتالي فانه يمكن إدراج هذا الشرط ضمن بنود العقد مع مراعاة بعض الشروط والتي سبق وأن تطرقنا إليها (الاتفاق على الشرط ، وقت الاتفاق ، والعلم بالشرط) .

إن ضرورة إدراج هذا البند ضمن العقد لا يؤثر في صحة العقد ، وإنما إدراجه يعد شرطا للإثبات في حالة عدم الوفاء من قبل أحد الأطراف[1] .

الفرع الثاني : إنتقال الاستفادة من بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

يظهر من خلال الاطلاع على عقد البيع المقترن بشرط الاحتفاظ بالملكية أنه ضمان الالتزامات المتقابلة لكل من البائع و المشتري، فهو يضمن الوفاء بسداد الدين الواقع على عاتق المشتري، و من جهة أخرى فهو يضمن نقل الملكية من البائع الى المشتري، إلا أن هذا لا يمنع بأن يكون هذا العقد ضمان لدين آخر[2] . فكيف يمكن تصور ذلك ؟

بمجرد إبرام العقد قد تطرأ تغيرات في الذمم المالية لكل من طرفي العقد ، فقد يلجأ أحد الأطراف إلى الاقتراض من المؤسسات المالية فيحتاج الى تقديم ضمان مقابل الحصول على مقابل مالي من هذه الأخيرة ، فتحل هذه الأخيرة محل المقترض سواء كان البائع أو المشتري أما إذا كان الدائن بحاجة إلى الاقتراض ، فيمكنه اللجوء إلى البنك و طلب الحلول محله من قبل البنك في حقوقه و ضماناته قبل المدين (المشتري) و لا يشترط في ذلك قبول هذا الأخير أو رفضه لهذا الدين ، بشرط أن يكون هذا الاتفاق قبل حلول أجل الدين طبقا لنص المادة 262 من القانون المدني الجزائري ، و عليه فان البنك الذي يوفي للبائع ثمن الشيء المبيع ، له الحق بأن يحل محله في بند الاحتفاظ بالملكية ، و بالتالي في حقوقه قبل المشتري و دائنيه ، فإنه بموجب بند الاحتفاظ بالملكية يبقى الدائن الجديد (البنك) محتفظ بالملكية طيلة المدة التي لم يستوفي فيها حقه ، و ذلك دون أي اجراء جديد لنقل الملكية ،

[1]: شرابن حمزة : الملكية كوسيلة لدعم الإئتمان، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر، 2008/2007، ص 78، 79.
[2] : شرابن حمزة ، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان ، مرجع سابق ، ص158.

فبمجرد قبول البنك لضمان التسديد محل المشتري (المدين) ، فإنه يعد موافقا على عقد البيع المتضمن بند الاحتفاظ بالملكية ، و بالتالي بمجرد وفائه للبائع يعد البنك مالكا للعقار .

أما اذا كان المشتري في حاجة الى الاقتراض من البنك لأجل تسديد ثمن المبيع ، و كان العقد مقترن ببند الاحتفاظ بالملكية يمكن للبنك أن يحل محل البائع (الدائن) ، فيصبح المشتري مدين للبنك بالثمن المتبقي ، بالطبع هذا بعد اتفاق بين المدين و البنك على أن يحل البنك محل الدائن في حقوقه و ضماناته قبل المدين (المشتري) ، بشرط أن يكون هذا الاتفاق قبل حلول أجل الدين [1]، و هذا ما جاء به نص المادة 263 من القانون المدني الجزائري .

وهذا ما أكده القرار الصادر عن المحكمة العليا بتاريخ 18 فيفري 1991 والذي جاء فيه :

"حيث بالرجوع الى القرار المنتقد و الوثائق المرفقة به و خاصة العقد المؤرخ في 17 مارس 1998 المحرر من طرف الموثق نواري حسين بسكيكدة يتضمن عنوانه اعترافا بدين ، و ذلك أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة الوفاء القائم في حقها السيد (د-ع) اعتراف لها الطاعن بأنه مدين لها بمبلغ ثلاثة ملايين و مئة ألف دينار ، و أن مدة هذا الدين تنتهي في 30 أبريل 1998 أي 43 يوما ، و أن سبب الدين منح قرض للطاعن دون فوائد لأجل شراء مسكن يوجد بسكسكدة 03 نهج محمد بوزبرة و اشترط الطرفان أربعة شروط :

1/في حالة عدم تسديد الطاعن لذلك الدين في الأجل للشركة الحق في تحويل ملكية العقار موضوع القرض باسمها .

2/ تلتزم الشركة في هذه الحالة أن تدفع مبلغ 800.000 دج الى الطاعن أي في حالة تحويل الملكية .

3/في حالة عدم تمكن المدين من الدفع له خيارين ، رهن العقار أو التنازل عن العقار لفائدة الشركة و ترك الشركة لتقوم بإجراءات نقل الملكية .

[1] :Michel Mathieu ;l exploitation bancaire et risque crédit , la revue banque éditeur ; 1995, p 252.

4/ و أنه اتفق الطرفان على أن يكون لهما بعد موافقة الشركة تمديد مدة هذا الدين .

حيث من قراءتنا لهذا العقد و الشروط الخاصة به فان هذا القرض في حالة عدم التسديد و حسب الشرط الأول فان العقار ينتقل الى المطعون ضدها بقوة القانون .

حيث طبقا لهذه الشروط و طبقا لمبدأ حسن النية في العقود ، فان ذلك العقد هو قرض مقابل رهن العقار .

حيث عملا بالمواد 882 و 903 من القانون المدني ، فانه يبطل كل اتفاق يخول للدائن الحق عند عدم استفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون نظير ثمن معلوم مثل قضية الحال في البند الثاني من عقد القرض ، و أن الرهن لا يعد طريقا من طرق التملك و لا يمكن صاحبه من تملك الشيء المرهون و غاية ما هناك أنه يتخذه كضمان لاستفاء دينه في حالة امتناع المدين عن ذلك و ذلك ببيع العقار المرهون بالمزاد العلني مما يجعل قضاة الموضوع قصروا في التسبيب و أساءوا تطبيق القانون و عليه يتعين نقض القرار "[1].

وبالتالي فان بند الاحتفاظ بالملكية يمكن ادراجه بكل بساطة في العقد و يبقى الدائن (البنك الموفي) محتفظا بالملكية طيلة المدة التي لم يستوف فيها حقه ، و أبعد من ذلك فانه وفي حالة عدم قيام المشتري بتسديد الثمن في أجل استحقاقه فان البائع (البائع الأصلي) المحتفظ بالملكية لن يبقى مالكا للمبيع و دون حاجة لأي إجراء آخر بل أن بلوغ هذا الضمان لن يكلفه أي مصاريف ، في حين يكون استفاء الدين في الرهن الرسمي بعد بيع العقار المرهون بالمزاد العلني.

[1]: قرار صادر عن المحكمة العليا ،الغرفة المدنية ،بتاريخ 2007/03/21، ملف رقم 347927 ،قضية (م.ب) ضد شركة الوفاء، مجلة المحكمة العليا العدد 01 ،سنة ،2008 ،ص 75.

المطلب الثاني: أثار بند الاحتفاظ بالملكية العقارية .

إن البيع المتضمن بند الاحتفاظ بالملكية هو بيع ملزم لجانبين، وبالتالي فهو يرتب إلتزامات متقابلة بين طرفيه.

ولما كان نقل الملكية فيه مؤجل الى غاية دفع الثمن ، فانه قد تطرأ تغيرات في الذمم المالية للطرفين ، فقد يعسر أو يفلس أحد المتعاقدين ، كما قد تغل يد أحدهما و هو الأمر الذي قد يحدث اختلال في الالتزامات التعاقدية .

كما أنه قد يتصرف المالك في الشيء المبيع أو قد يهلك هذا الأخير خلال الفترة الممتدة بين إبرام العقد و الوفاء .

فإلى أي مدى يمكن لبند الاحتفاظ بالملكية الحفاظ على هذه المراكز ؟

للإجابة عن هذا التساؤل استلزم علينا البحث في الالتزامات المتقابلة لكل من طرفي العقد (**الفرع الأول**) وكذا نفاذ العقد في مواجهة الغير (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول : أثار بند الاحتفاظ بالملكية العقارية بين المتعاقدين .

يكفل عقد البيع المتضمن بند الاحتفاظ بالملكية العقارية جملة من الحقوق والالتزامات المتقابلة لكل من طرفيه ، والتي سنعالجها من خلال ما يلي :

أولا:حقوق والتزامات البائع .

حيث تتمثل هذه الحقوق والالتزامات فيما يلي:

أ:حقوق البائع.

من خلال استقراءنا لأحكام بند الاحتفاظ بالملكية يتضح لنا من الوهلة الأولى ، أن المشرع منح الدائن ضمانا أكثر ، و ذلك كون أن حق الرقبة يبقى لصالح هذا الأخير، وبالتالي فان المبيع يبقى ملكية خالصة له .ذلك أنها لا تنتقل الى المشتري إلا بالوفاء بكامل الدين ، وبمعنى آخر فان السلطات الثلاث (استعمال واستغلال وتصرف) قد تبقى مشتملة

بيد الدائن في حالة ما إذا إحتفظ البائع بالسلطات الثلاث الى غاية دفع قيمة العقار كاملا من قبل المشتري ، فيتم كل من التسليم المادي والقانوني معا[1] ، وقد تتفرق هذه السلطات فيحتفظ البائع بحق الرقبة (التصرف) ويمنح للمشتري حق الاستعمال والاستغلال[2] ، بالطبع هذا يكون باتفاق الطرفين .

وبما أنه في كلتا الحالتين يبقي حق الرقبة لصالح البائع فان هذا الأخير قد يتصرف في العقار محل العقد سواء كان التصرف مادي أو قانوني ، وفي كلتا الحالتين فان تصرفه يعد صحيحا لأنه يتصرف في شيء مملوك له طالما أن المشتري لم يوف بالتزامه بدفع الثمن كاملا و الذي يعد حق من حقوق البائع في ذمة المشتري ، حيث يكون ذلك (الوفاء) في الزمان والمكان المتفق عليهما.

ب: **إلتزامات البائع:**

إنطلاقا من نص المادة 1/363 من القانون المدني الجزائري والتي جاء في نصها "اذا كان ثمن البيع مؤجلا جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية الى المشتري موقوفا على دفع الثمن **ولو تم تسليم الشيء المبيع**".فان المشرع ترك حرية التسليم لإرادة الطرفين[3] ، فقد يحتفظ البائع بكل السلطات ولا يكون التسليم (المادي والقانوني) إلا عند سداد الدين كاملا من قبل المدين ، كما قد يتفق الطرفان على إحتفاظ البائع بحق الرقبة ، بينما يقوم بالتسليم

---

[1]: و المقصود بالتسليم في بند الإحتفاظ بالملكية العقارية هو التسليم القانوني و الذي يتوافق مع تسديد أخر قسط من الثمن حسب إتفاق الطرفين ، حيث يلتزم البائع بنقل ملكية العقار إلى المشتري بعد دفع كامل الثمن و هو ما جاء به نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي 105/01 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك مؤرخ في 2001/04/23 جريد رسمية رقم 25 المؤرخ في 2001/04/29.

[2] : بالرجوع الى القرار المؤرخ في 4 ماي 2004 والمتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار ، وبالذات لنص المادة 15 فانه لا يمكن تصور استغلال العقار من قبل المستفيد أو المتعهد في الترقية العقارية ، إلا أنه يمكن استغلال العقار محل البيع المتضمن بند الاحتفاظ الملكية العقارية اذا كان هذا الأخير بين أشخاص القانون الخاص ما لم يوجد نص يمنع ذلك ، فقد يقوم البائع بتسليم العقار للمشتري فيقوم هذا الأخير باستغلال العقار لغرض تجاري لا لغرض السكن ، كأن يقوم باستغلاله كمكتب محاسبة أو محاماة أو عيادة طبية ...الخ ، وهذا يعد بمثابة استغلال وليس استعمال لأن المشتري قام بتغيير الغرض االذي أعد له العقار من غرض السكنى الى غرض تجاري . أنظر في ذلك :بلحاج العربي ، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا ، مرجع سابق ،ص 80-86.

[3]: لطيفة أمازوز : إلتزامات البائع بتسليم المبيع في القانون الجزائري، رسالة دكتوراه ، مرجع سابق ، ص 08 و ما يليها.

المادي فيمكن المدين من إستعمال العقار وإستغلاله[1] أما عن التسليم القانوني في هذه الحالة فلا يكون إلا عند سداد كامل الدين[2] .

إضافة إلى هذا فانه يقع على عاتق البائع خلو المبيع من العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق وفق القواعد العامة[3] ، اضافة الى بعض الضمانات الخاصة في اطار الترقية العقارية .

ثانيا: حقوق وإلتزامات المشتري.

بمجرد إتمام إجراءات عقد البيع المتضمن بند الاحتفاظ بالملكية العقارية تترتب جملة من الحقوق والواجبات على عاتق المشتري.

أ: حقوق المشتري.

بمجرد إستيفاء البائع ثمن العقار، فإنه يحق للمشتري المطالبة بإستلام الشيء المبيع في الحالة المتفق عليها، وفي الزمان والمكان المتفق عليهما، والمقصود هنا بالتسليم هو القانوني (حق الرقبة) ، ناهيك عن التسليم المادي الذي قد يكون قبل الوفاء بكامل الثمن أو في آن واحد مع التسليم القانوني (حسب إتفاق الطرفين) ، حيث يصبح المشتري مالكا بأثر رجعي من وقت ابرام العقد حسب المادة 3/363 من القانون المدني الجزائري التي تنص "**وإذا وفى المشتري جميع الأقساط يعتبر أنه تملك الشيء المبيع من يوم البيع**"

إلا أنه اذا تصرف البائع في المبيع قبل سداد الدين كاملا فإنه يحق للمشتري المطالبة بالفسخ أو التعويض أو كلاهما[1]، أما اذا تصرف البائع في المحل بعد سداد الدين كاملا فإن تصرفه في المحل يأخذ حكم التصرف في ملك الغير[2].

---

[1]: لا يعد المدين في هذه الحالة سوى واضع يد أو مجرد حائز عرضي
أنظر في ذلك محمد حسن منصور ، شرط الإحتفاظ بالملكية، مرجع سابق ،ص 124.

[2]: قرار صادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، بتاريخ 1991/02/18 ملف رقم 64984، قضية (ش.ل) ضد (ف.ش)، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 1993 ، ص 23.
و أنظر أيضا قرار صادر عن المحكمة العليا ، الغرفة المدنية، بتاريخ 2007/03/21 ، ملف رقم 347927، قضية (م.ب) ضد شركة الوفاء، مجلة المحكمة العليا ، العدد 01، 2008 ، ص 75.

[3]: أنظر في هذا الشأن نص المادة 371 و ما يليها من القانون المدني.

إضافة إلى ما سبق و تبعا لإتفاق الطرفين فإنه يحق للمشتري إستعمال واستغلال العقار دون سلطة التصرف التي تبقى لصالح مالك الرقبة .

ان الفترة الممتدة ما بين ابرام العقد وتسليم العقار قد تطرأ خلالها ظروف من شأنها المساس بحق المشتري في الانتفاع بالعقار على أكمل وجه ، وذلك بسبب هلاك محل العقد هلاكا جزئيا أو كليا .

بالرجوع لنص المادة 363 من القانون المدني الجزائري يتضح لنا بأن المشرع لم يحدد المسؤولية من جراء هلاك المبيع ، سواء كان ذلك كليا أو جزئيا ، فبالرجوع للقواعد العامة ونص المادة 369 من القانون المدني الجزائري ، فان تحمل تبعة الهلاك مرتبط بالتسليم ، وبالتالي فان تحمل تبعة الهلاك يقع على عاتق البائع قبل التسليم بينما تقع على عاتق المشتري بعد تسليم المبيع .فهل يكون الأمر كذلك في العقد المتضمن بند الاحتفاظ بالملكية العقارية ؟

1: بالنسبة للبيع العقاري المؤجل في القواعد العامة .

بما أن المشرع الجزائري ربط تحمل تبعة الهلاك بالتسليم دون الملكية فان تطبيق هذا المبدأ لا يثير أي صعوبة في حالة البيع مع بند الاحتفاظ بالملكية العقارية ، فإذا هلك المبيع الذي يحتفظ البائع بملكيته قبل تسليمه للمشتري يتحمل البائع تبعة هذا الهلاك وينفسخ العقد ويسقط التزام المشتري بدفع الثمن ، وبالتالي يحق له استرداد ما دفعه .

بينما إذا كان البائع قد سلم المبيع الى المشتري ، فعلى الرغم من احتفاظ البائع بملكيته ، فانه يهلك على المشتري ، أي أن هذا الأخير يتحمل تبعة الهلاك ويظل المشتري ملتزما بدفع كامل الثمن ولا يحق له استرداد ما دفعه .

---

[1]: عبد القادر البابا : التعويض الإتفاقي أو الشرط الجزائي: مجلة المحامون السورية، العدد01 ، دمشق، 1991، ص 40 و ما يليها.

[2]: حيث أنه يتعرض للجزاء المدني (الفسخ أو التعويض أو كلاها) دون إمكانية تعرضه للجزاء الجنائي- جريمة خيانة الأمانة -لأن عقد البيع لا يعد من قبيل عقود الأمانة.

أنظر بخصوص ذلك: سعدي زهية: التكييف القانوني للبيع بالتقسيط ، مذكرة ماستر ، جامعة الجزائر ، 2012/2011، ص20.

2: بالنسبة للبيع المتضمن بند الاحتفاظ بالملكية في اطار الترقية العقارية .

خلافا للقواعد العامة ، فان تبعة الهلاك لا تقع على المشتري أو المستفيد في اطار الترقية العقارية اذا كان لا يد له فيه ، وانما تقع على المرقي العقاري وجملة من المتدخلين في انجاز المشروع ، حيث أن المشرع احاط المستفيد بحماية من جراء الهلاك الجزئي أو الكلي للعقار ، وذلك بنص المادة 46 من القانون 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية [1]، حيث يضمن المرقي العقاري وجملة من المتدخلين سلامة ومتانة البناء طيلة عشرة سنوات من التسليم .

بالطبع هذا موقف المشرع الجزائري[2].

أما عن المشرع الفرنسي فهو يربط تبعة الهلاك بالملكية لا بالتسليم[3]، وبالتالي فان البائع هو من يتحمل تبعة هلاك المبيع طوال فترة الاحتفاظ بالملكية سواء قبل تسليم المبيع للمشتري أو بعده ، أي أن تحمل البائع لتبعة هلاك المبيع لا يتأثر بانتقال الحيازة للمشتري ، إلا أن هناك من انتقد هذا الموقف ذلك أن البائع قد وفى بالتزامه بنقل الملكية فكيف له أن يتحمل تبعة هلاك المبيع وهو قد صار ملكا للمشتري ؟

وبالتالي كان على المشرع تنظيم هذه المسألة في بند الاحتفاظ بالملكية ، كما أنه كان من مصلحة المتعاقدين الاتفاق على تحمل تبعة الهلاك خلال الفترة الممتدة من الاتفاق الى غاية الوفاء بكامل الثمن .

---

[1] : قانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، جريدة رسمية عدد 14 ، سنة 2011 ، ص4.

[2]: إن الإختلاف الفقهي حول تكييف بند الإحتفاظ بالملكية قد يثير إشكالا لاسيما عند تكييفه على أنه معلق على شرط واقف و هو دفع الثمن ، حيث أن تطبيق قواعد الشرط المنصوص عليها في المواد من 203 إلى 208 من القانون المدني خاصة ما تعلق منها بتبعة الهلاك، إذ أن تطبيق نص المادة 02/208 قد يغير من قواعد تبعة الهلاك ، إلا أن القواعد القانونية المتعلقة بالشرط لا يمكن تطبيقها لأن الشرط الواقف لا يمكن أن يكون عبارة عن إلتزام خاضع لمحض إرادة المتعاقدين و هو دفع الثمن من طرف المشتري و هو ما يبرر الطبيعة الخاصة لبند الإحتفاظ بالملكية.
أنظر في ذلك : شرابن حمزة :دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الإئتمان، مرجع سابق ، ص 172.

[3]: و هو ما جاء به نص المادة 1138 من القانون المدني الفرنسي و التي تنص على أن المشتري يتحمل تبعة هلاك المبيع منذ اللحظة التي تنتقل فيه إليه ملكيته و لو لم يتسلمه بعد.

ب: التزامات المشتري.

إن واقعة إنتقال الملكية في العقد المتضمن بند الاحتفاظ بالملكية العقارية لا تكون إلا بعد سداد ثمن المبيع كاملا طبقا لما تم الاتفاق عليه في العقد ، وبالتالي فانه يقع على عاتق المشتري دفع الثمن طبقا للشروط التي يقرها الاتفاق ، كما أنه يقع على عاتقه تحمل كل النفقات والمصاريف وذلك طبقا لنص المادة 393 من القانون المدني الجزائري التي تنص"**أن نفقات التسجيل والطابع ورسوم الاعلان العقاري والتوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك** ".

الفرع الثاني : أثار بند الاحتفاظ بالملكية العقارية في مواجهة الغير.

إن الدور التأميني الذي يلعبه شرط الاحتفاظ بالملكية العقارية لا ينحصر في العلاقة بين البائع والمشتري بل يتعداه غلى الغير سواء الى الورثة أو الدائنين.

أولا: بالنسبة للورثة.

إن الورثة طبقا للقاعة العامة لا تنتقل اليهم سوى حقوق مورثهم، في حين أن بند الاحتفاظ بالملكية يشكل خروجا عن هذه القاعدة العامة، حيث تنتقل إليهم كل من الحقوق والالتزامات[1]، فيكون الورثة في العقود المتضمنة بند الاحتفاظ بالملكية ملتزمون بكل ما إلتزم به مورثهم سواء كان البائع أو المشتري، فإذا هلك البائع فانه يقع على عاتق ورثته كل ما كان واقع على عاتقه من إلتزامات، كما يحق لهم مطالبة المشتري أو ورثته بالوفاء بما بقي من ثمن المبيع .

والأمر كذلك في حالة هلاك المشتري أو المدين، فيتحمل ورثته كل ما كان واقع على عاتقه من التزامات، هذا إضافة إلى حقهم في المطالبة بحقوق مورثهم التي آلت إليهم من

[1]: شرابن حمزة: دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الإئتمان، مرجع سابق ، ص 175.

جراء واقعة الوفاة، هذا طبقا لما جاء في نص المادة 20 من المرسوم التنفيذي 105/01 المتضمن شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار.

ثانيا :نفاذ بند الاحتفاظ بالملكية العقارية في مواجهة دائني المشتري .

لا شك أن الهدف من توظيف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان يتمثل بالدرجة الأولى في تمكين مانح الائتمان من استرداد ماله في حالة تخلف المدين عن الوفاء بالثمن في كل الظروف ، تفاديا لمزاحمة الدائنين الآخرين له في إستيفاء حقه ، لكن القول بذلك يعد خروجا عن القواعد العامة لإفلاس والقائمة على حماية الوضع الظاهر ومبدأ المساواة بين الدائنين . فهل لمانح الائتمان الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية العقارية في مواجهة دائني المشتري؟

إن المشرع الجزائري لم يفصل في فكرة نفاذ بند الاحتفاظ بالملكية العقارية في مواجهة دائني المشتري ، و هو الأمر الذي دفعنا للبحث في التشريعات المقارنة ، حيث بالرجوع الى القانون وكذا القضاء الفرنسي نجد أنه كان يمنح البائع صلاحية إسترداد المبيع بشرط أن يكون ذلك قبل الحكم بتصفية أموال المشتري ، وهو ما ثبت في قانون 12 ماي 1980 في نص المادة 65 منه ، كما تم تكريس هذا المبدأ بصور القانون رقم 85/98 المتعلق بالتسوية والتصفية القضائية، إلى أن جاء تعديل القانون المدني الفرنسي في 23 مارس 2006 ، حيث تبنى المشرع الفرنسي فكرة الاحتجاج بشرط الاحتفاظ بالملكية في حالة إفلاس المدين .

الأمر كذلك بالنسبة للقانون المصري ، فبالرجوع للقانون التجاري المصري رقم 1999/17 في المادة 2/106 ، وكذا القانون التجاري المغربي من المادة 672 و 676 ، نجد أن كل هذه القوانين قد تبنت مبدأ إحتجاج البائع بشرط الاحتفاظ بالملكية العقارية في حالة إفلاس المشتري[1].

[1]: هناء بونعامة/رندة يونسي: الضمانات غير المسماة في تنظيم الإلتزامات التعاقدية ، مرجع سابق ، ص 67.

ان الاشكال لا يثور اذا تصرف المشتري في المبيع المحتفظ بملكيته ، ذلك أن تصرفه في هذه الحالة يعد تصرفا في ملك الغير ، اذ يجوز للبائع (مالك الرقبة) الاحتجاج بملكيته في مواجهة المتصرف اليه [1]، ومن جهة اخرى فان دائني المشتري لا يمكنهم التنفيذ على العقار محل بند الاحتفاظ بالملكية ذلك أن ملكيته تعود للبائع وليس للمشتري حتى و ان كان دائن المدين صاحب حق امتياز عام . فكيف لدائني المدين أن ينفذوا على ملكية لا تعود له؟

ما يمكننا قوله بهذا الصدد أنه يكون لدائني المدين خيارين :

أ: في حالة توقف المدين عن الدفع للبائع فان هذا الأخير سيتجه حتما الى فسخ العقد حين حلول الأجل ، مع اقتطاع جزء من الثمن كتعويض (السلطة التقديرية تعود للقاضي) وإرجاع ما تبقى من الثمن الى المدين ، حيث يحق لدائني المدين التنفيذ على ما عاد على المدين من البائع كل حسب مرتبته .

ب: في حالة ما اذا أتم المشتري دفع الأقساط فان الملكية ستنتقل اليه ، وبالتالي يحق لدائنيه التنفيذ عليه لأن الملكية قد انتقلت اليه .

وبالتالي فان بند الاحتفاظ بالملكية يكون نافذا في مواجهة دائني المدين ، سواء كان ذلك قبل أو بعد الحكم بتصفية أمواله ما لم تنقل اليه ملكية العقار محل بند الاحتفاظ بالملكية .

[1] : شرابن حمزة ، دور الضمانات غير المسماة في تدعيم الائتمان ، مرجع سابق ، ص180.

خاتمة :

ختاما يمكننا القول ، أن الضمانات التقليدية تأثرت بالتحولات الاقتصادية ، مما جعلها عاجزة عن حماية الدائن ، وهو الأمر الذي دفع بالتشريعات بما فيها التشريع الجزائري ، إلى إعمال حق الملكية في الضمان (المادة 363 من القانون المدني الجزائري) ، ليس بصفته كحق عيني ، و إنما كضمان للوفاء بالدين من قبل المدين.

حيث يمكن بند الاحتفاظ بالملكية الدائن من احتفاظه بملكية حق الرقبة طيلة فترة التعاقد إلى غاية استيفاء دينه ، أما في حالة تعنت المدين أو امتناعه عن الوفاء ، فللدائن أن يطلب فسخ العقد و استيراد الشيء المبيع ، كما يحق له المطالبة بالتعويض ، إذا لحقه ضرر من جراء إخلال المدين بالتزامه بالوفاء ، كما أن بند الاحتفاظ بالملكية يقي الدائن خطر تصرف المدين في الملكية محل العقد ، ذلك أن حق الرقبة يبقى للدائن ، و بالتالي لا يمكنه التنفيذ عليه .

و من خلال دراستنا لموضوع الملكية العقارية في دعم الائتمان توصلنا إلى مجموعة من النتائج ، والمتمثلة في :

– الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان، لا يمكن اعتباره شرطا بالمعنى الفني للكلمة، ولا أجلا، و إنما هو بند من البنود التي يمكن للأطراف الاتفاق عليها.

– الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان ، لا ينقل حق الرقبة من الدائن (البائع) ، إلى المدين (المشتري).

– الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان ، لا يمنح دائني المدين الحق في التنفيذ على العقار محل الاتفاق (المضمن بشرط الاحتفاظ بالملكية بالملكية).

–الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، يمنح الدائن حق المطالبة بالفسخ ، في حالة ما اذا أخل المدين بالتزامه بالوفاء ، وله أن يطلب التعويض اذا ما أصابه ضرر من جراء هذا الاخلال.

– الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، يمنح الدائن حق التصرف في الشيء المبيع إلى غير المدين ، مادام هذا الأخير لم يوف بالتزامه ، و حتى اذ كان ذلك قبل حلول أجل الوفاء.

– الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان ، يخول المدين حق استعمال العقار محل العقد و استغلاله ، كأن يقوم المدين بتحويل المسكن إلى عيادة طبية أو مكتب محاسبة ، بشرط الاتفاق مع الدائن على ذلك .

و عليه في ظل القانون الجزائري يمكن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية العقارية ، ذو فعالية أكثر من الضمانات التقليدية كلما كنا بصدد توظيفه في المعاملات العقارية ، دون المنقولات التي قد يضعف فيها شرط الاحتفاظ بالملكية في تحقيق الضمان الكافي للدائن .

استنادا إلى ما توصلنا إليه من نتائج ، يمكننا اقتراح بعض التوصيات المتمثلة في :

– نتيجة لإسهاب المشرع الجزائري في تنظيم شرط الاحتفاظ بالملكية العقارية ، كان من المفروض تقرير عقوبات جزائية ، في حالة تبديد المبيع المحتفظ بملكيته ، أو في حالة تصرف الدائن في الملكية ، ما دام أنه لم يثبت اخلال المدين بالتزامه في الوفاء .

– اضافة نصوص قانونية ، ضمن القانون المدني يبين من خلالها مدى نفاذ شرط الاحتفاظ بالملكية قبل جماعة الدائنين.

– كان على المشرع الجزائري التفريق في شرط الاحتفاظ بالملكية ، بين أحكام المنقول و العقار .

– على المشرع مواكبة ما توصلت إليه التشريعات المقارنة ، حول مضمون شرط الاحتفاظ بالملكية ، كما كان عليه التوسيع من نطاق إعمال هذا الشرط خارج العقود النموذجية المتعارف عليها في إطار الترقية العقارية.

قائمة المراجع :

أولا : المراجع باللغة العربية.

أ :الكتب .

1. ابراهيم دسوقي أبو الليل ، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى ، مطبوعات جامعة الكويت ، الطبعة 1984.
2. السيد عبد المنعم حافظ السيد ، عقد التأجير التمويلي ، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الخاص ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية 2010.
3. بلحاج العربي ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، العقد والارادة المنفردة ، دار هومة ، طبعة 2014.
4. بلحاج العربي ،الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الاجتهادلت القضائية المشهورة للمحكمة العليا ، دار هومة ، الطبعة الثانية 2017.
5. بن ناسي شوقي ، أحكام عقد الرهن الرسمي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة بأحكام الفقه الاسلامي والقوانين الوضعية ، دار هومة، طبعة 2009.
6. حسن الماحي ،أثار شرط الاحتفاظ بالملكية في البيع التجاري الائتماني ، دار أم القرى ، المنصورة ، الطبعة الأولى 1995.
7. حمدي عمر باشا ، نقل الملكية العقارية ، دار هومة ، طبعة 2012.
8. خلوفي لعموري ، تنفيذ العقد في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الأولى ، الجزائر 2015.
9. زاهية سي يوسف ،عقد الكفالة ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة ، الجزائر ، دون سنة نشر.
10. زاهية سي يوسف ، عقد الكفالة ، الطبعة الثالثة ، دار الأمل للطباعة ، الجزائر ، دون سنة نشر.

11. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية والعينية (الكفالة ، الرهن الرسمي ، حق الاختصاص ، الرهن الحيازي ، حقوق الامتياز) ، منشأة المعارف للنشر والتوزيع ، الاسكندرية ، طبعة 1999.

12. صابر محمد محمد سيد ، رجوع الدائن على الكفيل ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني ، دار الكتب القانونية ، مصر 2010.

13. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الواضح في شرح القانون المدني ، الجزء الثالث ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار احياء التراث العربي ،دون سنة نشر .

14. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد العقود التي تقع على ملكية البيع والمقاصة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، الجزء الرابع ن الطبعة الثالثة ، 2000

15. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد في التأمينات الشخصية والعينية ، الطبعة الثالثة ، منشورات الحقوق الحلبية ، لبنان ،2005.

16. عبد المنعم البدراوي ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية العربية للطباعة والنشر ، الجزء الثاني ، أحكام الالتزام ، بيروت ، دون سنة نشر.

17. علي سيد قاسم ، شرط الاحتفاظ بالملكية ونظام الافلاس ، دار النهضة العربية ، طبعة 1997.

18. علي فيلالي ،الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، موفم للنشر ، الجزائر 2008.

19. علي علي سليمان ، مصادر الالتزامات في القانون المدني الجزائري ، الدوان الوطني للمطبوعات الجامعية ، الطبعة الخامسة ، 2003.

20. محمد العلواني ، توظيف الملكية كضمان في عقود الائتمان ، دار الأمان الطبعة الأولى ، الرباط 2012.

21. محمد حسين منصور ، النظرية العامة للائتمان ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، طبعة 2004.

22. محمد حسين منصور ، شرط الاحتفاظ بالملكية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، طبعة 2007.

23. محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني ، التأمينات الشخصية والعينية ، عقد الكفالة ، دار الكتاب الحديث ، الجزائر 2005.

24. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، دار الهدى ، 2007.

25. محمد صبري السعدي ،الواضح في شرح القانون المدني الجزائري ، التأمينات العينية ، الرهن الرسمي وحق الاختصاص والرهن الحيازي وحقوق الامتياز ، دار الهدى ، طبعة 2010.

26. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، العقد والارادة المنفردة ، دار الهدى ، طبعة 2010.

27. منير قزمان ، التعويض المدني في ضوء الفقه والقضاء ، دار الفكر الجامعي ، 2002.

28. نبيل ابراهيم السعد ، التأمينات الشخصية التبعية وغير التبعية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، طبعة 2000.

29. نبيل ابراهيم السعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص وقانون الالتزامات وقانون الأموال ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، طبعة 2006.

30. هادي حسين عبد العالي الكعبي ، احتفاظ البائع بملكية المبيع ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلب الحقوقية ، الطبعة الأولى ، بيروت ،2001.

ب : الرسائل الجامعية .

1. أرزقي توفيق /أقرور زاهية ، حق امتياز بائع العقار ، مذكر ماستر ، جامعة بجاية ،2017

2. أمازوز لطيفة ، التزام البائع بتسليم المبيع ، في القانون المدني الجزائري ، أطروحة دكتوراه ، تيزي وزو ، 2011.

3. جاب الله مريم /سدايرية عايدة ، حقوق الامتياز في القانون المدني الجزائري ، المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 15 ، الجزائر 2007 .

4. سعدي زهية ، التكييف القانوني للبيع بالتقسيط ، مذكرة ماستر ، جامعة الجزائر 1، 2012/2011 .

5. شرابن حمزة ، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر ، 2008/2007 .

6. شرابن حمزة ، دور الضمانات غير المسامات في تدعيم الائتمان ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ، 2017/2016 .

7. شرابي دليلة ، الاحتفاظ بالملكية عل سبيل الضمان ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، قانون خاص ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق 2019/2018 .

8. شلغوم رحيمة ، ضمانات القرض ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر 2008/2007

9. صداقي عمار ، شهر التصرفات العقارية في القانون الجزائري ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر 1984 .

10. عادل أحمد الجسمي ، مدى ملائمة شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، مذكرة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة الامارات العربية ، 2018.

11. نجاري عبد الله ، الشرط الجزائي في القانون المدني الجزائري ، دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير ، جامعة الجزائر 1983 .

12. هناء بونعامة /رندة يونسي ، الضمانات غير المسماة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ، مذكرة ماستر ، جامعة سوق أهراس ، 2019.

ج : المقالات .

1. أسيل ناظم محمد ، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان ، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، العراق ، العدد13 ، 2017 .

2. بن شنوف فيروز ، شرط الاحتفاظ بالملكية كوسيلة لتوظيف الملكية على سبيل الضمان ، دراسة مقارنة ، مقال منشور بمجلة معهد العلوم القانونية والادارية ، المركز الجامعي تيسمسيلت ،دون سنة نشر.

3. حسن عبد الله رضا ،الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية ، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد13 ، المجلد 2 ، بغداد 2018 .

4. بعد القادر البابا ، التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي ، مجلة المحامون السورية ، العدد1 ،دمشق 1991 .

5. لوزي خالد ، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان ، مقال منشور بكلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجيلالي الياس ، سيدي بلعباس ، دون سنة نشر .

د: القوانين والتنظيمات .

1. الأمر 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 ، الجريدة الرسمية رقم 13 ، الطبعة 2014/2013 .

2. الأمر 59/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 ، والمتضمن القانون التجاري ، المعدل والمتمم حسب آخر تعديل ، القانون رقم 20/15 المؤرخ في 18 ربيع الأول عام 1437 الموافق 30 ديسمبر 2005 ، جريدة رسمية 71 ، المؤرخة في 30 ديسمبر 2015 .

3.قانون رقم 09/08 المؤرخ في 18 صفر 1429 الموافق 25 فبراير 2008 ، يتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

4. الأمر 74/75 المؤرخ في 12 نوفمبر 1975 المتضمن اعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 92 ، المؤرخ في 18 نوفمبر 1975.

5. القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فيفري 2011 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ، الجريدة الرسمية العدد 14 ، سنة 2011 .

6. المرسوم التنفيذي 62/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام ، الجريدة الرسمية العدد30 ، الصادر في 13 أفريل 1976 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد30 مؤرخ في 13 أفريل 1976 .

7. المرسوم التنفيذي 63/76 المؤرخ في 13 أفريل 1976 المتعلق بتأسيس السجل العقاري ، الجريدة الرسمية ، العدد 30 .

8. المرسوم التنفيذي 105/01 المؤرخ في 29 أفريل 2001 ، المتعلق بشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في اطار البيع بالإيجار و كيفيات ذلك ، الجريدة الرسمية العدد 25 .

هـ: الاجتهادات القضائية .

1 . القرار رقم 64984 الصادر بتاريخ 18 فيفري 1991 ، مجلة المحكة العليا ، العدد1 ،1993 .

2. قرار المحكمة العليا رقم 225843 الصادر بتاريخ 20 فيفري 2002 .

3. قرار المحكمة العليا رقم 257484 الصادر بتاريخ 24 جويلية 2002 ، المجلة القضائية ، العدد2 ،2003 .

4. القرار المؤرخ في 23 يوليو 2004 ، الجريدة الرسمية ، العدد 43 ، سنة 2004 .

5. قرار المحكمة العليا رقم 347927 ، الغرفة المدنية الصادر في 21 مارس 2007 مجلة المحكمة العليا ، العدد 1 ، سنة 2008 .

6. القرار رقم 347927 ، المؤرخ في 2008 ، مجلة المحكمة العليا ، العدد1 .

ثانيا : المراجع باللغة الفرنسية .

1:DOMINIQUE, legeais ;suretés et garantes du crédit ; paris ; librairie générale de droit et de jurisprudence ; 2006 .

2 : Joseph servo ; la vente sous réserve de propriété en droit allemand, revue internationale de droit compare ; 1965,vol 17, n2.

3 : Jacque ghestin ;la clause de réserve de propriété ; rapport de droit civil , actualités de droit d l'entreprise , librairies technique, paris, 1980 ;n 12.

4 : Michel Mathieu ;l exploitation bancaire et risque crédit , la revue banque éditeur ; 1995.

5 : Rudloff et Dubanchet ; présentation générale de la loi du 12 mai 1980 , la clause de réserve de propriété ; actualité du droit de l'entreprise, tome 12.

الفهرس

مقدمة 01

الفصل الأول : التوظيف التقليدي للملكية العقارية على سبيل الضمان.....04

المبحث الأول : الضمانات القانونية المخولة للدائن في مواجهة المدين.....05

المطلب الأول : الضمانات القانونية لاستيفاء الثمن.....05

الفرع الأول : الضمان العام.....05

الفرع الثاني : الضمانات الخاصة 07

اولا : امتياز بائع العقار 08

ثانيا : الحق في الحبس.....09

المطلب الثاني : الفسخ كضمان قانوني لاسترجاع الشيء المبيع 12

الفرع الأول : الحق في الفسخ 12

الفرع الثاني : تقدير فعالية الفسخ في تحقيق الضمان.....14

المبحث الثاني : الضمانات الاتفاقية المخولة للدائن في مواجهة المدين.....16

المطلب الأول : قصور التأمينات في تحقيق الضمان 16

الفرع الأول : التأمينات الشخصية 17

أولا : الكفالة 17

ثانيا : التضامن بين المدينين.....21

الفرع الثاني : التأمينات العينية.....22

أولا : تحديد مفهوم الرهن 22

أ : الرهن الرسمي 23

ب : الرهن الحيازي.....23

ثانيا : تقدير فعالية الرهن في تحقيق الضمان 24
المطلب الثاني : قصور الشرط الجزائي والشرط المانع من التصرف في تحقيق الضمان 26
الفرع الأول : الشرط الجزائي.....26
الفرع الثاني : الشرط المانع من التصرف.....29

الفصل الثاني : توظيف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان 33
المبحث الأول : ماهية بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 35
المطلب الأول : مضمون بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 35
الفرع الأول : تعريف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 36
الفرع الثاني : شروط صحة بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 38
اولا : القبول 39
ثانيا : العلم ببند الاحتفاظ بالملكية العقارية 39
ثالثا : وقت الاتفاق على بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 40
المطلب الثاني : الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية 41
الفرع الأول : الاتجاهات الفقهية في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 41
اولا : نظرية الشرط في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 41
الرأي الاول : البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية العقارية بيع معلق على شرط واقف 42
الرأي الثاني : البيع المقترن ببند الاحتفاظ بالملكية العقارية بيع معلق على شرط فاسخ 43
ثانيا : نظرية الاجل في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 45

الفرع الثاني : موقف التشريعات في تكييف بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 46

اولا : موقف المشرع الجزائري من بند الاحتفاظ بالملكية العقارية على سبيل الضمان 46

ثانيا : موقف التشريعات المقارنة من بند الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان 48

أ: موقف المشرع الفرسي من الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية.....48

ب : موقف المشرع المصري من الطبيعة القانونية لبند الاحتفاظ بالملكية العقارية 49

المبحث الثاني : فعالية بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 51

المطلب الأول : مرونة بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 52

الفرع الأول : بساطة ادراج بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 52

الفرع الثاني: انتقال الاستفادة من بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 53

المطلب الثاني : أثار بند الاحتفاظ بالملكية العقارية 56

الفرع الأول : اثار بند الاحتفاظ بالملكية العقارية بين المتعادين 56

اولا : حقوق و التزامات البائع 56

أ : حقوق البائع 56

ب : التزامات البائع 57

ثانيا : حقوق و التزامات المشتري 58

أ : حقوق المشتري 58

ب : التزامات المشتري 61

الفرع الثاني : أثار بند الاحتفاظ بالملكية العقارية في مواجهة الغير 61

اولا : بالنسبة للورثة 61

ثانيا : نفاذ بند الاحتفاظ بالملكية العقارية في مواجهة دائني المشتري 62
خاتمة 64
قائمة المراجع.....66
الفهرس 73