

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة ابن خلدون - تيارت

كلية الحقوق و العلوم السياسية



مذكرة لنيل شهادة الماستر في شعبة الحقوق

التخصص: القانون العقاري

بعنوان:

حسن النية في المعاملات العقارية

إشراف الدكتور:

- شامي أحمد

من إعداد الطالبين:

- بوشيبة نور الدين

- دريزي صابرين

لجنة المناقشة

رئيسا	أستاذ التعليم العالي	د/ حساني علي
مشرفا و مقرا	أستاذ التعليم العالي	د/ شامي أحمد
عضوا مناقشا	أستاذ محاضر. " أ "	د/ حمر العين عبد القادر
عضوا مدعوا	أستاذة محاضر. " أ "	د/ عياد خيرة

السنة الجامعية: 2024/2023



شكر و تقدير

الحمد لله و الصلاة و السلام على رسول الله و على آله و صحبه
و من اتبعه بإحسان إلى يوم الدين.

نحمد الله و نشكره الذي وفقنا في إنجاز هذا العمل المتواضع الذي نتمنى
من خلاله أن نكون قد وفقنا و لو بالشئ القليل في إعطاء إضافة للبحث
العلمي عامة والجامعة خاصة.

أتقدم بجزيل الشكر للأستاذ المؤطر شامي أحمد الذي ذلل لنا الصعاب و
كان لنا سنداً منيراً طيلة فترة إنجاز المذكرة، كما أشكر الأساتذة الأفاضل
أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم و تكريمهم لمناقشة هذا العمل الذي يظل في
حاجة إلى تصويب، و إلى كافة أساتذة كلية الحقوق خاصة و أساتذة جامعة
تيارت عامة، و إلى كل من مدّ لنا يد العون من أجل التحصيل العلمي و المعرفي
و ذلك منذ أن وطأت أقدامنا الجامعة ، حيث كان للأساتذة الكرام القسط
الكبير في نجاحنا .

كما لا ننسى كل من ساهم معنا من قريب أو بعيد في إثراء موضوع بحثنا
هذا.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا إلى من قال فيهما سبحانه و تعالى

(و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا)

إلى والدتي الكريمة أطل الله في عمرها.

إلى والدي الكريم رحمة الله عليه.

إلى كل إخوتي، حفظهم الله عز وجل.

إلى زوجتي الكريمة حفظها الله و رعاها.

إلى ابنتي الحبيبة حفظها الله و رعاها.

إلى كل من ساندني خلال مساري الدراسي في الجامعة.

إلى كل أساتذتي و رفقاء دربي في الدراسة .

إلى كل من ساعدنا و دعمنا في إنجاز هذا العمل البسيط.

بوشية نور الدين.

إهداء

أهدي ثمرة جهدي المتواضع هذا إلى من قال فيهما سبحانه و تعالى

(و قل ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا)

إلى والدتي الكريمة أطال الله في عمرها.

إلى والدي الكريم حفظه و رعاه الله.

إلى كل إخوتي، و أخواتي حفظهم الله عزّ وجل.

إلى أختي الحبيبة خيرة.

إلى كل من ساندني خلال مساري الدراسي في الجامعة.

إلى كل أساتذتي و رفقاء دربي في الدراسة

إلى كل من ساعدنا و دعمنا في إنجاز هذا العمل البسيط.

دريزي صابرين.

مقدمة

يعتبر مبدأ حسن النية إحدى المبادئ الأساسية للقانون المدني، و تحظر العديد من القوانين الأفعال أو الإغفالات التي تنتهك مبدأ حسن النية، وهو أيضاً السبب وراء العديد من العقود التي يبرمها الأشخاص مع بعضهم البعض في الأمور المالية أو المعاملات التجارية تنطوي على التزامات. يجب على طرفي العقد أن يؤديا حسن النية، وإذا لم يشترط ذلك يمكن الاستدلال على مظهره، مثل الالتزام بنطاق القانون و عدم ارتكاب أفعال مخالفة للقانون، مثل الغش أو الاحتيال، التواطؤ في تنفيذ العقد، حيث أن ذلك من مظاهر سوء النية.¹

و بما أن أساس العقد هو قانون المتعاقدين أي شريعتهم، فإن مبدأ حسن النية عنصر مهم في هذه القاعدة تشير النزاهة إلى الحفاظ على الثقة والصدق في العلاقات التجارية وتتطلب الصدق و النزاهة في أداء الالتزامات، ويتحملها كل طرف في العقد، كما يتم النظر في الطعون المقدمة للطرفين. وهذا المبدأ قد يقلل بشكل كبير من دقة بعض النصوص القانونية، وقد يؤدي تطبيقه الحرفي إلى نتائج تتعارض مع روح وجوهر العدالة.

و لذلك فإن مبدأ حسن النية شامل و فعال لدرجة أنه لا يحتاج إلى ذكره صراحة بل يطبقه القضاء من خلال مظهره و من خلال الأنظمة القانونية المقابلة له، مثل فكرة عدم التعسف في التشريع، بحيث أن تطبيق القانون و غياب المخالفات يدل على أهميته و هو أيضاً مصدر هذا المبدأ مثل مبادئ القانون العام الأخرى، و هو مفيد لظهور القواعد القانونية، و قد نشأت الحاجة إلى القواعد القانونية و الاهتمام بها من المجتمع ككل، و هذا نتيجة للنمو السريع الذي شهدته معظم النظم القانونية، و أن مبدأ حسن النية يراعى في جميع الأحوال ويشكل أساس جميع المعاملات و هو الأصل فيها.²

و عليه فقد أولى المشرع الجزائري أهمية كبيرة لهذه المعاملات و أصدر عدداً من القوانين في هذا الشأن بهدف تنظيمها بما يتوافق مع مقتضيات استقرار المعاملات العقارية في المجتمع و تحقيق التوازن في هذا الشكل بالذات و في هذا الصدد فقد اشترط المشرع أن تتم المعاملات العقارية بشكل رسمي، وهو ما قد يبدو لنا قيدياً على مبدأ حسن النية، لأن هذا المبدأ يتعلق بالتعبير عن الإرادة و تعتبر الشكلية قيدياً، إلا أن الشكلية في المعاملات العقارية

¹ بركان فضيلة، مبدأ حسن النية في العقود في القانون المدني الجزائري، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، العدد 02، المجلد 09، جامعة خنشلة، سنة 2022، ص 664.

² المرجع نفسه، ص 665.

تتضمن العديد من المتطلبات التي تؤكد ارتباطها بمبدأ حسن النية حيث أن الغرض منها هو غرس الثقة و الاطمئنان في نفوس أطراف العقد و هذا يكفي أيضاً لحماية إرادة طرفي العقد.¹

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

و منه وجب القيام بعملية الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية و التي تعتبر من الضمانات الأساسية لحفظ وحماية حقوق كل من له علاقة بالعقار أو الحق العيني وفقاً لما يتطلبه حسن النية، كما أن الشهر العقاري يمنح التصرفات المشهورة القوة والحجية في مواجهة الغير ، هذا الأخير الذي منحه القانون حماية خاصة جداً في هذه التصرفات، وذلك بالنظر إلى حسن أو سوء نيته ، إذ أن كل من عمليتي التسجيل و الشهر تعتبران حماية قانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية.²

كما أن مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية يتمتع بحماية قضائية خاصة، و التي تتمثل في ذلك الحق القانوني المكفول لكل من تضرر من ذلك التصرف العقاري، سواء المتصرف، الغير وكذا الدولة، وكل من له علاقة بذلك التعامل العقاري، و يظهر ذلك من خلال الدعاوى القضائية و المتمثلة في دعاوى الفسخ وبطلان المعاملات العقارية كونهما يهدفان إلى تحقيق التوازن و يجسدان حماية فعلية لمبدأ حسن النية.

أهمية الدراسة:

- يعد مبدأ حسن النية نبض العقد الذي يسود جميع مراحله و كذلك في تكريسه من قبل جل التشريعات، و هذا من خلال التطور الحاصل و السريع التي تنمو به المجتمعات و حماية لأطراف المعاملات من الإضرار ببعضهم البعض .

- أن مبدأ حسن النية يقوم على العديد من الاعتبارات الاقتصادية و الاجتماعية إذ يجب توافره في العديد من المعاملات العقارية.

¹ بن يوب هدى، "مبدأ حسن النية في العقود"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أ البواقي، 2012/2013، ص12.

² ليلي لبيض ، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2012، ص26.

- يهدف مبدأ حسن النية إلى توازن و استقرار المعاملات العقارية، مما ينتج عنه تحقيق التنمية الاقتصادية في هذا المجال

- و أن ضمان المعاملات العقارية في نفس الوقت يعزز الحماية القانونية والقضائية المكفولة للمتصرفين ذوي النية الحسنة إضافة إلى تكريس حماية الغير حسن النية في نفس الوقت¹.

أهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى:

- التعريف بمبدأ حسن النية و التعريف بالمعاملات العقارية و ما مدى ارتباط هذا المبدأ بها.
- دراسة نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاللات العقارية من خلا توضيحنا لمكانة هذا المبدأ.
- توضيح الشكليات في المعاملات العقارية و المتمثلة في عمليتي التسجيل لدى مصلحة الطابع و التسجيل، و عملية الشهر في المحافظة العقارية لكونها يمثلان حماية قانونية، و توضيح الحماية القضائية المتمثلة في دعاوى الفسخ و البطلان.²

أسباب اختيار الموضوع: يعود أسباب اختياري لهذا الموضوع لأسباب ذاتية و أخرى موضوعية بحيث

تكمّن:

الأسباب الذاتية:

- الرغبة في التعرف على مفاصل و جزئيات مبدأ حسن النية خاصة في المجال العقاري.
- رغبتنا في البحث في موضوع مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية و الغوص في غموضه للوصول إلى الحلول الممكنة.
- إضافة إلى تناسب هذا الموضوع مع رغبتني و ميولي مع التخصص الذي اخترناه و هو القانون العقاري.

أما الأسباب الموضوعية:

- التعرف على دور و مكانة مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية و استمرارية العقود و حماية أطرافها.

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004، ص 03.

² المرجع نفسه، ص 04.

الإشكالية: ما مدى نجاعة مبدأ حسن النية في تحقيق التوازن و استقرار المعاملات العقارية في التشريع الجزائري؟

لهذا تطرح الإشكالية عدة تساؤلات فرعية تتمثل فيما يلي:

- ما المقصود بمبدأ حسن النية و المعاملات العقارية ؟
 - ماهي مكانة مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية ؟
 - في ماذا تتمثل الحماية التي أقرها المشرع الجزائري لهذا المبدأ ؟
- للإجابة على هاته الإشكالية في دراستنا هذه اعتمدنا على المنهج الوصفي ثم المنهج التحليلي و تحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالدراسة.
- لهذا اعتمدنا تقسيم موضوع الدراسة إلى:
- خصصنا **الفصل الأول** للحديث عن مبدأ حسن النية في العقود، حيث تناولنا الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في العقود (المبحث الأول)، أما المبحث الثاني فتناولنا فيه نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاملات العقارية.

- أما فيما يخص **الفصل الثاني** فخصصناه للحديث عن الحماية القانونية و القضائية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية، المبحث الأول تناولنا فيه الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية، أما المبحث الثاني تناولنا فيه الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية.

الفصل الأول

مبدأ حسن النية في العقود

تمهيد:

إن العقود من بين الأمور الضرورية في حياة الإنسان، وذلك لحاجة الإنسان لها فيما يبرمه يوميا من العديد من التصرفات القانونية التي جعلته في احتكاك مع أطراف مختلفة، إذ أنّ معظم الأطراف تسعى إلى تحقيق مصالحها الشخصية فضلا عن اصطباغ الحياة بالمادية في عصرنا الحالي، والذي أدى إلى تفشي العديد من السلوكيات الخاطئة و للأخلاقية، و هذا ما تطلب تحديد ضوابط و قيود تخص هذه العلاقات و هو ما سنحاول التعرف عليه و التوسع فيه من خلال هذا الفصل وذلك قصد التوصل إلى معرفة المفاهيم المتعلقة بمبدأ حسن النية وبالتالي فإننا سنتطرق في هذا الفصل إلى الإطار المفاهيمي لكل من مبدأ حسن النية في العقود أما المبحث الثاني تناولنا فيه نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاملات العقارية .

المبحث الأول:

الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في العقود

على الرغم من كثرة النصوص التي تتناول أثر حسن النية في المعاملات المدنية، فإن المشرع لم يضع تعريفاً للمبدأ فاتجه جانب من الفقه إلى استخدام تعابير عامة براقية، من صدق و أمانة و نزاهة واستقامة في محاولة لوضع تعريف قانوني لمبدأ حسن النية، و هو ما تطرقنا إليه من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول:

ماهية مبدأ حسن النية

إن المشرع الجزائري تطرق لمبدأ حسن النية من خلال أحكام القانون المدني و قانون حماية المستهلك، إلا أن المشرع لم يعطي لنا تعريفاً دقيقاً لهذا المبدأ "حسن النية" تاركاً ذلك للفقه والقضاء الذي يهتم بتحديد و تدقيق المصطلحات القانونية، و بالرجوع إلى أحكام القانون المدني الجزائري في المادة 107 في فقرتها الأولى بقولها: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن النية".¹

فالملاحظ من خلال هذا النص أن المشرع لم يعطي لنا تعريفاً لمبدأ حسن النية إلا أنه ألزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بما ورد فيه و حسن النية الذي أصبح يسود جميع أنواع العقود في الوقت الحالي.

لهذا حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين ليقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي Le Bon Père De Famille.²

و هو ما أخذ به المشرع الجزائري بالرغم من عدم وضع تعريف خاص بهذا المبدأ و هو ما تجسد في القضاء الجزائري، حيث صدر قرار المجلس الأعلى بتاريخ 21 مارس 1983 يخص حسن النية في حق عقد.

و بناءً على ذلك قسمنا هذا المطلب إلى:

-تعريف مبدأ حسن النية في العقود الفرع الأول)، والطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في (الفرع الثاني).

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

² حمزة بن خدة، قراءة في أهم مستجدات القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، المجلد الثالث، العدد 18 لسنة 2018، ص 417.

الفرع الأول:

تعريف مبدأ حسن النية في العقود.

سنتطرق خلال هذا الفرع إلى تعريف مبدأ حسن النية من خلال التعريفات الفقهية المختلفة، إضافة إلى تعريفه كمبدأ قانوني لنصل لتحديد تعريف مبدأ حسن النية في التصرفات.

أولاً- التعريف الفقهي لمبدأ حسن النية:

رغم محاولة الفقه وضع تعريف لمبدأ حسن النية إلا أنه لم يستطع وضع تعريف موحد ومحدد لأنه أمر يصعب تحقيقه، وذلك راجع لعدة عوامل نذكر منها بإيجاز:

- مرونة المفهوم وتغير المضمون من حيث الزمان والمكان.
- اختلاط مضمون فكرة حسن النية في القانون بالأخلاق.
- تشابه حسن النية بالكثير من المفاهيم و النظريات القانونية الأخرى.
- وعليه من خلال ما سبق فقد تعددت تعاريف مبدأ حسن النية نجلها فيما يلي:
- عرفه (عبد المنعم موسى إبراهيم) بقوله: حسن النية هو أن تحترم ما قام بينك وبين الطرف الآخر من أوضاع وأن تنفذها وفقاً لذلك وليس كما تريد.¹
- كما عرفه الدكتور (عبد الحميد الشواربي) بقوله: " حسن النية هو انتفاء الخطأ العمد و انتفاء الغش و انتفاء التعسف في استعمال الحق بسوء النية و انتفاء الخطأ الجسيم.²
- و عرفه بادفونان بأنه: " حالة ذهنية يمكن بمقتضاها إعفاء الشخص الذي يعتقد خطأ أن تصرفه وفق القانون من آثار عدم المشروعية التي رتبها".³

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004، ص 83.

² عبد الحميد الشواربي، "المشكلات العملية في تنفيذ العقد"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988، ص 5.

³ Basdevant Jules, **Dictionnaire De La Terminologie De Droit International**, Pedon, 1960, P91.

- و هناك من الفقهاء من رأى أنّه يقصد بحسن النية: " الجهل المبرر بواقعة معينة أو بظرف محدد من الظروف التي تكون مناط ترتيب الأثر القانوني".¹
- ومن الفقه ما يفرق بين النية و بين وصف الحسن و السوء عند تعريفه لحسن النية، وفقا لهذا الرأي فالنية هي: " اتجاه فكري غائي مبعوث جال في النفس أضغاث خواطر انتظم في حيز التصور الذهني ما تبرر منها و بلغ حد العزم ما وقر في يقين التعامل على وجه الاستقرار عليه". أمّا الحسن فهو وصف يلحق النية، وحسن النية له معان ثلاثة، ذاتي و شخصي و قانوني.²
- كما أنه هناك مفهوم آخر بأنّ حسن النية هو: " الغلط المبرر للمشروع".
- كما يمكن أن نساهم بتعريف حسن النية طبقا لقاعدة لا ضرر ولا ضرار على أنه: "هو الاستقامة في التعامل و عد الإضرار بالغير".

ثانيا - تعريف مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني:

- على الرغم من أن أغلب التشريعات اعتمدت مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات العقدية أو تكوين العقد وتنفيذه، إلا أنها لم تضع تعريفا محددا لهذا المبدأ، حيث أنه ليس من مهام المشرع التعريف، كما أن مبدأ حسن النية يعد مبدأ عام ومنه لا يوجد تعريف ثابت لهذا الأخير، كما أنه يأخذ معناه من الوقائع الخاصة بكل قضية، ومنه فإن مفهومه ليس بالأمر اليسير فهو يختلف من تصرف لآخر ووفقا للمجال القانوني الذي يتمحور حوله.³
- وعلى الرغم أيضا من وجود النقص في تعريف المبدأ في القانون المدني، وصعوبة تعريف الفكرة ، إلا أن هذا المبدأ يتمتع بميزة التطور في التطبيق على المواقف والتطورات الجديدة.
- ومنه اتجه جانب من الفقه إلى محاولة تعريف مبدأ حسن النية وذلك بالاعتماد على العديد من المقتضيات التي يفرضها مبدأ حسن النية، كالأمانة والصدق والنزاهة والاستقامة، ومن بين هاته التعريفات نجد :

¹ بن يوب هدى، "مبدأ حسن النية في العقود"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أ البواقي، 2012 / 2013 ، ص 39 .

² حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة من مرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 22 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، 2006، ص 58.

³ عهود أحمد حسين خليفات، (مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية، دراسة تحليلية)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد الأول، مارس 2020، ص 579.

- يرى الفقيه ريبار **Ripert** أن مبدأ حسن النية هو إحدى الوسائل التي أعتمدها المشرع، لإدخال القاعدة الأخلاقية إلى المجال القانوني، فالقواعد القانونية لا تنشأ إن لم ترعها الأخلاق.¹
- كما يرى جانب من الفقه بأنه (اليقين القائم على اعتقاد غير صحيح في أن تصرفا ما يطابق ما يتطلبه القانون فيه، فتترتب على ذلك آثار قانونية، من شأنها حماية كل ذي مصلحة من الأضرار التي يسببها التطبيق الجامد للقواعد القانونية) ، ويرى آخرون أنه (تصوير لتلك النوايا الممتدة الخالية من الصرامة والعنف، وذلك الاتجاه الرصين المقترن بالاعتدال والعطف.
- كما يرى البعض أن مبدأ حسن النية هو الجهل المبرر بواقعة أو حادثة معينة، تكون مناط ترتيب آثار قانونية لازمة، ومنه يختلف الحكم القانوني الناتج عن ذلك إما بتحقيق الجهل أو تحقق العلم بتلك الواقعة، وبالمقابل فإن سوء النية ينجم عند تحقق العلم بتلك الواقعة أو ذلك الحادث أو الظرف على وجه الحقيقة واليقين ، وسوء النية هو عبارة عن الغش وسوء القصد فهو يشبه الخطأ وفقا لقواعد الأخلاق، وهو الذي يتمحور في تعمد الإضرار بالغير، فسوء النية هو تحقق يقين العلم بتلك الواقعة على وجه الحقيقة، أي معرفة كل عناصر الواقعة القانونية أو التصرف وما ينجر عنه من نتائج بالإضافة لإرادة الفعل و النتيجة.²
- وهناك من يرى من الفقهاء الوضعيين في مصر وفرنسا أن حسن النية في التصرفات القانونية هو الجهل المبرر بواقعة معينة يرتب عليها الشارع أثرا قانونيا، ومنه فإنه وفقا لهذا الرأي يعتبر حسن النية حالة سلبية في الشخص ولا يمثل موقفا إراديا عمديا.³
- . - كما يمكن تعريف مبدأ حسن النية باعتباره نوعا من الجهل أو عدم العلم يرتب عليه القانون أثرا قانونيا، يختلف بتغير تحقق الجهل أو العلم بواقعة معينة، إلا أن الإشكال يقع حول طبيعة العلم بالواقعة هل يقصد به العلم العادي البسيط أم العلم المؤكد المبني على أسس صحيحة لا يحوم الشك حولها، فالعلم العادي قد يؤدي إلا وجود اضطراب في العلاقات بين الأفراد، ومنه يفترض توفر العلم الأكيد المبني على معلومات أكيدة .

¹ فاطمة الزهراء زيتوني ،(بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد)، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة أحمد بلقايد، تلمسان، العدد الرابع، جوان 2016، ص426.

² زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع نفسه، ص426.

³ هدى بن يوب ، مبدأ حسن النية في العقود ، المرجع السابق ، ص39.

لهذا يمكن القول بأن مبدأ حسن النية هو مبدأ أخلاقي فرضته مبادئ الشريعة الإسلامية قبل أن تفرضه القواعد القانونية، هذا الأخير الذي لا نجد له تعريفاً ضمن النصوص القانونية التي تطرقت لمقتضياته فحسب، ومنه حاول العديد من الفقهاء تعريفه معتمدين على العديد من المعايير والمقاييس و المتمثلة في النزاهة و الأمانة والشرف و الاستقامة، إلا أن تعريفه يختلف من تصرف قانوني لآخر فهو يختلف باختلاف طبيعة المعاملات، إلا أنه عموماً ذلك المبدأ الأخلاقي القانوني الذي يهدف إلى الأخذ بصدق الفرد ونزاهته مع الغير في التصرفات القانونية المبرمة من طرفه وكذا الوقائع القانونية، وهو أيضاً ذلك المبدأ الذي يشمل العديد من القواعد الأخلاقية الأساسية غايتها الأساسية تنظيم المعاملات والتصرفات القانونية بين أفراد المجتمع، ومنه فإن خرقها يعدّ مساساً بمبدأ قانوني ألا وهو مبدأ حسن النية.

و التصرفات القانونية المدنية تختلف وتتعدد باختلاف محل التصرف وطبيعتها القانونية، فقد ترتبط بمنقول كما قد ترتبط بعقار أو أحد الحقوق العينية العقارية فتصبح تصرفات عقارية، ومنه فتعريف المبدأ يختلف ويتنوع أيضاً بحسب طبيعة التصرف، فتعريف مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يختلف نوعاً ما عن التعريف العام لمبدأ حسن النية، وهذا ما سنحاول توضيحه والتطرق إليه من خلال العنصر التالي.¹

¹ زيتوني فاطمة الزهراء، مبدأ حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 27.

ثالثا- محاولة إيجاد تعريف لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية:

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

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

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

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

- مثل ما هو منصوص على تعريفه في المادة 824 ق م ج¹، و كان هذا المبدأ القانوني يقوم على الجهل المشروع بوقائع محددة في إطار القواعد العامة للملكية، وقد ألغي هذا المبدأ لأن المشرع الجزائري ربط الجهل بالأخطاء الجسيمة.

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

و مبدأ حسن النية نجده في التصرفات العقارية يرتبط بالجهل في العديد من النصوص القانونية، كنص المادة 714 و المتعلقة بالملكية الشائعة والتي تنص في فقرتها الثانية على أنه: و إذا كان التصرف منصبا على جزء مفرز من المال الشائع ولم يقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب المتصرف انتقل حق المتصرف إليه من وقت التصرف إلى

¹ حيث نصت المادة 824 من القانون المدني الجزائري "يفرض حسن النية لمن يجوز حقا وهو يجهل أنه يتعدى على حق الغير إلا إذا كان هذا الجهل جسيما"

الجزء الذي آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه الحق في إبطال التصرف إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة، فمن خلال نص هاته المادة يظهر أن مبدأ حسن النية هو ذلك المبدأ المبني على الجهل بواقعة معينة وهي جهل المشتري بأن البائع لا يملك العين المتصرف فيها مفرزة ، ومنه وبمفهوم المخالفة يعتبر المشتري حسن النية إذا كان يجهل وقت البيع أن الملك المشاع المتصرف فيه مفرزا.

- و بالنسبة للبناء على أرض الغير وبناء على نص المادة 785 ق م ج التي نصت¹: إذا كان من أقام المنشآت المشار إليها في المادة 784 يعتقد بحسن نية أن له الحق في إقامتها فليس لصاحب الأرض أن يطلب الإزالة وإنما يخير بين أن يدفع قيمة المواد أو أجره العمل أو مبلغا يساوي ما زاد في قيمة الأرض بسبب هذه المنشآت هذا ما لم يطلب صاحب المنشآت نزعها ، يمكن تعريف مبدأ حسن النية أنه ذلك المبدأ الذي بناء عليه يعتبر حسن النية كل من قام بالتشييد على أرض الغير وهو يعتقد انه له الحق في ذلك.

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

- ووفقا لنص المادة 469 مكرر ق م ج هو ذلك المبدأ الذي يكون فيه المستأجر غير عالما بأن المؤجر السابق لم يعد مالكا للإيجار أثناء الدفع المسبق له، وهو يعتقد أنه يدفع للمالك، فحسن النية هو ذلك المبدأ الذي يتدخل في هذه الحالة بسبب عدم علم المستأجر وقت الدفع بانتقال الملكية، كما يتدخل من أجل عدم إرهاب المؤجر السابق الذي تسلم غير المستحق وهو يعتقد أن ما تسلمه حق له إذ لا يطالب إلا برد ما تسلم، دون الفوائد التي جناها طبقا لنص المادة 147 ق م ج.²

- وفي مجال الملكية العقارية يمكن تعريف مبدأ حسن النية على أنه قصد الالتزام بالحدود التي يفرضها القانون كما يمكن تعريفه أنه (إرادة مطاوعة القانون)، فالالتزام البائع بنقل الملكية إذا كان محلها عقارا لا ينفذ إلا بتسجيل العقد ، ومن ثم يكون الشخص حسن النية إذا قصد الالتزام بحدود ما يفرضه القانون من تسجيل العقار محل العقد فانتقال الملكية العقارية تقتضي إتمام عمليات الشهر والتسجيل فإذا لم يقوم المتصرف بذلك يعتبر سيء النية لتقصيره في القيام بذلك. بالإضافة إلى العديد من النصوص القانونية الأخرى والمرتبطة بالتصرفات العقارية، مبدأ حسن النية يختلف من نص لآخر، إلا أن غرضه الأساسي يكمن في حماية جميع الأطراف في التصرفات .

¹ زيتوني فاطمة الزهراء، المرجع السابق، ص28.

² المرجع نفسه، ص29.

الفرع الثاني:

الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية

إن مبدأ حسن النية قد يكون التزاما قانونيا (أولا) أو قاعدة قانونية واردة ضمن النظام القانوني (ثانيا) كما أنه هناك من يعتبره مبدأ قانونيا عاما (ثالثا).¹

أولا- حسن النية بوصفه التزاما قانونيا :

إنّ حسن النية لا يتطلب فقط السلوك بل يتطلب الامتناع عن السلوك، والالتزام قد يكون عمل أو امتناع عن عمل ، ولذلك يرى أغلبية فقهاء القانون أن الالتزام بمبدأ حسن النية العقود رغم أنه ذو طبيعة أخلاقية إلا أنّ ذلك لا يحول دون أن يكون التزاما حقيقيا في الحياة التعاقدية يترتب عنه التزامات لا تقل في العموم وفي التجريد وفي الإلزامية عن أي من الالتزامات التعاقدية أو القانونية الأخرى.²

و بالتالي هذا الالتزام القانوني هو التزام بالمعنى الضيق وليس مجرد واجب عام فهو التزام حقيقي له دائن ومدين ومحل سبب، كما أنّه يقابله حق شخصي من جانب الطرف الآخر وله عناصره المحددة وتمثل هذه العناصر في العنصر المادي المتمثل في مراعاة مقتضيات حسن النية التي تستجمع في مراعاة المصالح الخاصة المبررة المشروعة للطرف المقابل، وبالتالي يستوجب توافر الإدراك والتمييز لدى من توجهه إرادته فلا يمكن وصف شخص بأنه حسن النية إذا كان هذا الشخص مجنون أو عديم التمييز أو سكران أو نائم أو مغمى عليه.³

و حسن النية بوصفه التزاما قانونيا له كذلك خصائص معينة تتمثل في أنه التزام مفروض على أطراف العملية التعاقدية، أي أنّه التزام متبادل مفروض على كلا الطرفين معا فيكون كل منهما دائنا ومدينا في الوقت نفسه بهذا الالتزام كما أنّه التزام وقائي لأنه يفرض الوقاية من وقوع الضرر ، وهو أيضا التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية إذ على كلا الطرفين التزام حسن النية وليس محاولة الالتزام به وإلا يعد الطرف الذي لم يتحقق حسن النية من جانبه مخرلا به ، وهو أيضا التزام جوهري أو أساسي لا يستقيم بدونه العقد كما أنه التزام ذو طبيعة ذاتية لأنّ

¹ عبد المنعم موسى إبراهيم ، حسن النية في العقود، المرجع السابق، ص 94 .

² سفيان القرقي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة المنار، تونس، السنة الدراسية ، 2011 ، ص 04 .

³ عزيز سليمان شيرزاد ، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ، دار دجلة عمان، الأردن، 2008، ص ص 183، 182.

الحسن وصف يلحق بالنية في تحركها الإرادي والنية خفية محلها مكامن الإنسان (القلب) أين لا يمكن الاطلاع عليها من قبل الغير، كذلك التزام حسن النية قد يكون التزاما سابقا على التعاقد وذلك عندما يفرض والعقد لم يتم بعد، أي أنه قد يكون التزاما قبل التعاقد أي قبل إبرام العقد.

الالتزام بحسن النية في العقد رغم أنه لا يختلف عن فكرة النظام العام والآداب العامة من حيث أن كلاهما يقتضي مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها، إلا أنه في نفس الوقت يختلف معها من حيث أن جزاء مخالفة النظام العام والآداب العامة هو البطلان الحالات أما جزاء الإخلال بمقتضات حسن النية هو أساسا التعويض، كما يختلفان من حيث أنّ القانون من خلال حسن النية في العقد يرمي إلى تحقيق مصلحة مباشرة وأخرى غير مباشرة، فالمصلحة المباشرة هي تحقيق المصالح الخاصة للطرف المقابل في العقد، لأنّ الإخلال بالتزام حسن النية من قبل المتعاقد يؤدي مباشرة إلى زعزعة مصالح المتعاقد الآخر والمصلحة غير المباشرة هي تحقيق المصلحة العامة للمجتمع.¹

قليل أيضا عن التزام المتعاقد طبقا لحسن النية بأنّه التزام تعاقدى فإذا ما حاد عن هذا المبدأ في المطالبة بحقه فيكون مسؤول على أساس المسؤولية العقدية لإخلاله بالتزام عقدي، هو وجوب مراعاة حسن النية في التنفيذ وبذلك لا حاجة المسؤولية على أنها تقصيرية لتعسفه في استعمال حقه، ونلاحظ هنا أن من ذهب إلى هذا القول الذي نحن بصددده كان يقصد به ما يسمى بالتزام حسن النية التعاقدى أي التزام حسن في تنفيذ العقد.²

ثانيا- حسن النية بوصفه قاعدة قانونية في المعاملات العقارية:

القاعدة بوجه عام هي أمر كلي ينطبق على جزئيات ويقول الجرجاني: "القاعدة هي قضية كلية منطقية على جميع جزئياتها"، أما القاعدة بوجه خاص فهي صفة تنظم سلوكا وعملا فكريا وبحثا ومنها قواعد السلوك وقواعد المنهج . ويقول الفقيه بولنجي أنّ القاعدة القانونية هي عامة لأنّها وضعت من أجل عدد غير محدد من الأعمال والوقائع لكنها من زاوية أخرى تعتبر خاصة إذا ما تعلق الأمر بأعمال أو وقائع محددة والمبدأ بعكس ذلك يكون عاما إذا ما تضمن سلسلة غير محدودة من التطبيقات.³

¹ عزيز سليمان شيرزاد ، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ، المرجع السابق، ص 211، 212.

² محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام-التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة، ج

1، ط2 ، عين مليلة، الجزائر، 2004 ، ص314.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 93، 94.

و حسب غالبية فقهاء القانون فإن حسن النية في العقود رغم أنه ذو طبيعة أخلاقية إلا أن ذلك لا يحول دون أن يكون قاعدة قانونية تامة الشروط وكاملة الخصائص في النظام الوضعي.¹

و خصائص حسن النية في العقود باعتباره قاعدة قانونية تتمثل في أنه قاعدة سلوك اجتماعية تفرض على الأطراف المقبلة على التعاقد سلوكا معينا، يتجلى في تنفيذ التزامات ايجابية وأخرى سلبية في علاقتهم بالطرف المقابل ومراعاة مصلحة هذا الطرف كما يرى أغلب الفقهاء بأن حسن النية من القواعد الآمرة وهذا يعني بأنه من النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفه.²

فقد ورد في القانون المدني الفرنسي والمصري عبارة حسن النية في تنفيذ العقود مسبقة بعبارة (يجب) وينطبق ذلك أيضا على القانون المدني الجزائري وهذا يؤدي إلى القول بأن حسن النية يعد في ظل هذه القوانين من النظام العام أيضا لأنه ليس هناك ما يدل على كونه من القواعد المفسرة.

و لأن وجود حسن النية بوصفه قاعدة قانونية يؤدي إلى حماية المصلحة العليا للمجتمع أي حماية النظام العام و الآداب العامة وكذلك حسن النية في العقود يقتضي كل منهما مراعاة الجوانب الأخلاقية التي لا يجوز انتهاكها و الإخلال بها ، وبالتالي هنا سلطة القضاة هي تقديرية وليست مطلقة ويستمد القاضي ذلك من القاعدة القانونية المرنة التي يقوم بتطبيقها لأن مباشرة هذه السلطة تخضع لرقابة المحكمة العليا التي تراقب حسن تطبيق القانون.

و بسبب هذه السلطة التقديرية للقضاة وصف حسن النية من حيث الطبيعة التقديرية بأنه مفهوم إطارى يفرض على القاضي من قبل المشرع أمر تحديد مضمونه وضبط نظامه القانوني.

ثالثا- حسن النية في العقود بوصفه مبدأ قانونيا:

حسن النية مبدأ قانونيا عاما ويؤكد ذلك ما يلي:

- أن قائمة المبادئ القانونية العامة غير محددة حصرا.

- هناك عدة تطبيقات في القانون المدني أخذ المشرع عند وضعه لهذا القانون حسن النية باعتبار الكثير من الفقهاء يعتبرون أن حسن النية مبدأ قانوني عام.

¹ سفيان القرقي، واجب حسن النية في تنفيذ العقود في القانون التونسي والقانون المقارن، المرجع السابق، ص 21.

² عزيز سليمان شيرزاد، المرجع السابق، ص 190.

حيث يعرف أحد الفقهاء الغربيين أنّ حسن النية هو مبدأ تنفيذ وليس التزام خاص إذا قد يكون جزاء الإخلال بهذا المبدأ هو مسؤولية عقدية أو تقصيرية.¹

و بذلك يرى فقيه آخر بأنة من المنطقي أن يتم معاقبة التعسف في استعمال الحق الذي ينتج عن العقد على أساس التقصير، وهذا ما يعطي شرعية للمسؤولية التقصيرية بين المتعاقدين وبالتالي التخلي عن فكرة وجود التزام خاص بحسن النية لتفضيل وجود مبدأ حسن النية.

و بما أنّ حسن النية في مجال التعامل هو مبدأ قانوني فهو بالتالي يتميز بصفات المبادئ القانونية المتمثلة في المرونة، وعدم التحديد، والانطباق على فروض وحالات عدة مما يفسح المجال أمام القاضي للاجتهاد فيها، وإيجاد الحلول القانونية الواقعية للوقائع المعروضة أمامه، هذه الأخيرة التي يصعب حصرها وعدّها لأنّها متباينة الجوانب، متشعبة النواحي، متعددة المظاهر.²

و بالتالي مبدأ حسن النية لا يلجأ إلى حلوله المادية الفنية إلا بعد انتفاء النص القانوني الخاص تم القياس وهو بذلك يشكل مبدأ من المبادئ الجامعة.

و يمكن للقضاء أن يكرسه حتى ولو لم يتم النص عليه صراحة في القانون، وهو أيضا مبدأ ذو طابع ذاتي وموضوعي شامل، كما يعد من المبادئ الأخلاقية بحسب الأصل حيث تغلغل في نطاق القانون وصار جزء منه.

و حسن النية كمبدأ قانوني يكون مستمدا من الفكرة العامة للوجود في مجتمع معين كما يمكن استقراؤه من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع وتأتي القواعد القانونية لتعبر جزئيا عن الأفكار التي تتضمنها هذه المبادئ وهي تساهم في تحديد هذه القوانين كما في النظام العام والآداب العامة والتي بدورها تفيد الحرية التعاقدية للأفراد.

و على هذا الأساس بالذات يرى عبد المنعم موسى إبراهيم أنّه لا يمكن إلحاق حسن النية كمبدأ قانوني بالنظام العام وهذا ما يفهم من قوله ما يلي: "فكيف لهذا النظام العام والذي يستوحي من المبادئ العامة للقانون والتي بدورها مستوحاة من الفكرة العامة للوجود أن تحتوي حسن النية كمبدأ قانوني".³

¹ عزيز سليمان شيرزاد، المرجع السابق، ص 194.

² عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع السابق، ص 63.

³ عبد المنعم موسى إبراهيم، المرجع نفسه، ص 90.

المطلب الثاني:

التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية

عالجنا من خلال هذا المطلب مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، تطور مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية في التشريع الجزائري (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي

إن الأصل في المعاملات الرضائية في الفقه الإسلامي لقوله تعالى : { إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم } ¹ ، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم { إنما البيع عن تراض منكم } رواه أبو سعيد الخدري. ²

و المعاملات العقارية كغيرها من التصرفات الأخرى الأصل فيها التراضي في الشريعة الإسلامية، إلا أن التمسك بحرفية الاتفاق قد يؤدي إلى الإجحاف في حق أحد الأطراف، ومنه وجوب تنفيذ التصرف وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية دون الإضرار بأي من طرف أطراف التصرف ، و مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يفرض الإفصاح عن جميع العيوب في العقار أو الحق العيني محل المفاوضة، فالكتمان وعدم الصدق أو عدم الإفصاح يخل بمبدأ حسن النية في المعاملات.

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

و من مظاهر حسن النية التعاون بين الطرفين وعدم التعسف في استعمال الحق والوفاء بالحقائق وتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، كما لا يمكن لأحد المتعاقدين أن يعدل في بنود العقد بإرادته المنفردة وعلى الدائن إمهال المدين المعسر.

¹ سورة النساء، الآية 29.

² صحيح ابن ماجه، أبو سعيد الخدري، رقم الحديث، 1792.

³ سعد بن سعيد الزيادي، (مبدأ حسن النية في النظام السعودي والأنظمة المقارنة)، مجلة الشريعة والقانون و الدراسات الإسلامية، جامعة تبوك، المملكة العربية السعودية، العدد 23 ، ربيع الآخر 1435 هـ، فبراير 2014 ، ص22.

لقوله تعالى: " وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ " ¹.

و عليه فالفقه الإسلامي أنّ العمل وإن وافق بنية حسنة لم يصح إلا إذا وقع على وفق الشرع".

كما بين العلماء أنّه يحرم عليه الدخول في عقد محرم ابتداء ولو كانت بنية حسنة، فإنّ النية الحسنة لا تبيح الدخول في الحرام" ².

و نصوا على جواز طائفة من الخيارات في العقد وهو أن يكون للمتعاقد الحق أو الاختيار بين إمضاء العقد و فسخه وإبطاله، ويكون العقد غير لازم مع أن الأصل في العقود أن تكون لازمة لا يجوز فسخها، وأجيز الخيار للحاجة الماسة حتى لا يطغى أحد على مصلحة أحد بدون تحقق رضاه، ولا يستغل عاقده حسن نية العاقد لآخر فيهيئه وليتمكن كل عاقد من تفحص المعقود عليه، أو اكتشافه أثناء الخبرة والتجربة، أو لتهيأ له فرصة للتروي والتثبت لموازنة وفقا مع التزامه. ³

الفرع الثاني:

تطور مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية في التشريع الجزائري

أولاً- قبل صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975:

قبل صدور القانون المدني الجزائري مر مبدأ حسن النية في التشريع الجزائري بمرحلتين أساسيتين، فبداية بقي القانون المدني الفرنسي ساري المفعول ومنه فإن مبدأ حسن النية كما تطرقنا في الفرع السابق أن القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 كان متأثراً بنظرية القانون الطبيعي، حيث كان مبدأ حسن النية موضع اعتبار لدى واضعي هذا القانون باعتباره مفهوماً أساسياً، حيث يرى الفقهاء أنه يجب الاعتداد بحسن النية في المعاملات وصحة العقد، ولقد نص القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1134 على أنه يجب أن تنفذ الاتفاقات بحسن النية. و منه يلاحظ أن القانون الفرنسي اعتد بمبدأ حسن النية في جميع التصرفات حتى العقارية، وجعله مفهوم أساسياً لقانون العقد في فرنسا.

¹ سورة البقرة، الآية 280.

² فتوى الشبكة الإسلامية، <http://www.isiam web.net>

³ مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط2، 1992، ص342.

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

و مبدأ حسن النية من المبادئ التي تقوم على العدالة الاجتماعية و حماية الفئات الضعيفة ومنع الاستغلال ومنه فإنه كان يعتبر من المبادئ الأساسية بالنسبة للجماعة دون الفرد.

و ما يلاحظ على هاته الفترة تلك المفارقة العجيبة بين الخطاب السياسي الذي يقوم على التوجه الاشتراكي القائم على تقديس الجماعة على حساب الفرد، والقانون المدني الفرنسي الساري المفعول والذي كان مجسدا للتوجه الليبرالي القائم على النقيض أي تقديس الفرد على حساب الجماعة، وأحكام الشريعة الإسلامية والتي تقيم توازنا محكما بين الأمرين.

و منه فإن مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية تضارب خلال هاته الفترة بين النهجين الاشتراكي والليبرالي وكذا أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

ثانيا- قبل صدور القانون المدني الجزائري لسنة 1975 و صدور الأمر 70-91²:

خلال سنة 1970 صدر قانون التوثيق 70-91 المؤرخ في 15/12/1970، والذي بدأ سريانه من تاريخ 01/01/1971، إذ ألزمت المادة 12 منه إضفاء الطابع الرسمي على جملة من العقود، مما يعد إعادة نظر في مبدأ الرضائية، أي المساس بمبدأ الحرية التعاقدية، كما أن السلطة الجزائرية آنذاك أصدرت العديد من القوانين تعمل على تشييد المجتمع الاشتراكي، و في ذات الوقت لا تتماشى و القانون المدني الفرنسي أهمها قانون الثورة الزراعية 71-73.³

¹ شوقي بناسي، (تأثير القانون الفرنسي والمصري على القانون المدني الجزائري، الالتزامات نموذجاً)، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 30، العدد 03، ص ص 147، 148.

² الأمر 70-91، المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 107، سنة 1970.

³ الأمر 71-73، المؤرخ في 08/11/1971، المتضمن قانون الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية العدد 97، سنة 1971، المؤرخة في 30/11/1971.

و الأمر -71-74¹ المتعلق بالتسيير الاشتراكي للمؤسسات فنجد المادة 12 من قانون التوثيق تنص على أنه " زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها أو التخلي عن أسهم من شركة أو جزء منها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسات الصناعية، يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقود في شكل رسمي مع دفع الثمن إلى الموثق".

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

يعتبر مبدأ حسن النية مبدأ عالميا تأخذ به كافة النظم القانونية دون استثناء، كما يلعب دورا بارزا في مجال العقد سواء عند تنفيذه أو في المرحلة السابقة عليه، وهو ما أشار إليه بصفة صريحة المشرع الجزائري في المادة 107 ق . م . ج، و بالتالي مبدأ حسن النية في العقود له وجود ودور في القانون الجزائري، إذ رغم أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه ليس هناك عقود تحكم فيها المباني دون المعاني.²

و قد استمد المشرع الجزائري مبدأ حسن النية من القانون الفرنسي ويؤكد ذلك الدكتور "علي علي سليمان" عند قوله بأن (حسن النية معيار شخصي مستمد من القانون الفرنسي يرجع فيه القاضي إلى سلوك كل من المتعاقدين يقرر هل سلك فيه سلوك الرجل العادي).³

كما أن القانون المدني المصري في نظرنا له الفضل في الصياغة القانونية باللغة العربية التي جاءت بها النصوص المتعلقة بحسن النية في القانون المدني الجزائري، ولذلك يعتبر كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي مصدرا تاريخيا بالنسبة إلى الكثير من مسائل الأحوال العينية التي تتضمنها نصوص القانون المدني الجزائري.⁴

كما لا ننسى أيضا تأثير الشريعة الإسلامية التي يستمد منها القانون المدني الجزائري أحكامه طبقا لنص المادة الأولى منه، فالشريعة الإسلامية تهتم هي أيضا بالبيان والمقاصد وسنؤكد ذلك عند التطرق لمبدأ حسن النية في

¹ الأمر -71-74، المؤرخ في 1971/11/16، المتضمن قانون التسيير الاشتراكي، المؤرخ في 1971/11/16، ج ر ع 78 لسنة 1971.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار النشر و التوزيع، ج 1، ط 2، 2005، ص 369.

³ علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 97.

⁴ محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة الجزائر، 1999، ص 30.

الشريعة الإسلامية، بالإضافة إلى ذلك، ورد حسن النية أيضا في القضاء الجزائري¹، وبالرجوع إلى النصوص والأحكام الخاصة المتناثرة في ثنايا القانون المدني الجزائري نلاحظ أنّ مصطلح حسن النية تكرر عدة مرات فيه، وهذا دليل على الأهمية التي أعطاها القانون والقضاء الجزائري إلى مبدأ حسن النية في العقود.

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

و المشرع الجزائري نص على مبدأ حسن النية صراحة ضمن نص المادة 107 من القانون المدني، على الرغم من نصه في المادة 106 على أن العقد شريعة المتعاقدين إلا أنه ليس هناك عقود تحكم فيها المباني دون المعاني²

¹ قرار المحكمة العليا 52061، الغرفة المدنية، بتاريخ 15/01/1990، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 01، ص113.

² علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار النشر و التوزيع، المرجع السابق، ص370.

المبحث الثاني:

نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاملات العقارية

تم التطرق في هذا المبحث إلى نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاملات العقارية (العقود بصفة عامة) و ذلك من خلال المطلب الأول، أما المطلب الثاني خصصناه للحديث مفهوم المعاملات العقارية كون أنّ مبدأ حسن النية يقع عليها.

المطلب الأول:

نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاملات العقارية (العقود بصفة عامة)

حيث تناولنا في هذا المطلب:

الفرع الأول:

نطاق مبدأ حسن النية

يعم مبدأ حسن النية تنفيذ الالتزامات كافة أياً كانت مصدرها و لا يقتصر على تنفيذ الالتزامات العقدية على الرغم من ذلك إلا أنّ معظم تطبيقاته تتجلى في نطاق نظرية العقد، و ذلك ما نصت عليه المادة فقط، و 107 من ق.م.ج في الفقرة الأولى: " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية".¹ و عليه فإن المشرع الجزائري أكد على مراعاة حسن النية أثناء تنفيذ العقد²، أما بالنسبة للفقهاء الجزائريين، فهما أيضاً يؤيدان ما ذهب إليه المشرع في القانون المدني الجزائري كون وجوب تنفيذ العقد بحسن النية له أهمية بالغة في العقد و خاصة في تحقيق التوازن العقدي.

هناك تساؤل يثور أكثر حول نص المادة 107 من ق.م.ج، و المتعلق بحسن النية في إبرام العقود، وكذلك الشأن بالنسبة لمرحلة تفسير العقد، فهل يمكننا القول بوجود هذا المبدأ في هاتين المرحلتين أيضاً في القانون المدني الجزائري؟ و هذا ما سنتطرق للإجابة عليه فيما يلي:

و للإجابة على التساؤل يجدر الإشارة أولاً إلى صعوبة الحصول على مذكرة الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزائري أو أنها لا توجد أصلاً، و الإشارة أيضاً إلى أنّ القانون المدني الجزائري يعتبر من بين معظم القوانين المدنية

¹ محمد طه البشير، و آخرون، " القانون المدني و أحكام الالتزام"، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، العراق، الجزء الثاني، د.س.ن، ص 13 .

² بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 62.

العربية المتأثرة بموقف المشرع الفرنسي الذي لم يورد هو أيضا نصا صريحا يقرّر فيه مبدأ حسن النية في إبرام العقود و اقتصر ذكره في مرحلة التنفيذ فقط.

رغم ذلك قال الدكتور شيرزاد عزيز سليمان بأنه: " ليس من الضروري ورود المبادئ القانونية ضمن النصوص و القواعد القانونية، فقد يحصل أن يوجد مبدأ ولم ينص عليه صراحة، أي أنّ عدم ورود النص صراحة حول مراعاة حسن النية في إبرام العقود لا يسد أمامنا الباب في البحث و التقصي حول وجوده.¹

بينما في حال الرجوع إلى القضاء و الفقه الفرنسي، نجد أنهما مستقران اليوم على أن حسن النية في إبرام مبدأ عام يشمل مجال تطبيقه مرحلة التفاوض و الإبرام، رغم عدم وجود النص الصريح في القانون الفرنسي بصده، في حين اتبع أغلب الفقهاء في الدول العربية ما اقتنع به القضاء و الفقه في فرنسا، و أكدوا أيضا على القول أن مبدأ حسن النية المفروض من قبل المشرع في مرحلة تنفيذ العقد لا يقتصر على هذه المرحلة فقط بل يشمل أيضا المراحل السابقة على التعاقد، إلا أنهم يختلفون حول الأساس الذي تقوم عليه آراؤهم.²

بينما في الجزائر و بالإضافة إلى سكوت الفقه عن التحليل القانوني الدقيق لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة على التعاقد، فإنّه يمكن القول بأنه ليس هناك ما يمنع الأخذ بما ذهب إليه الفقه و القضاء المقارن و الاسترشاد بهما حول تقبل مبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد مثل مرحلة تنفيذه حتى ولو القانون لم ينص على هذا المبدأ في المرحلة السابقة للعقد، لأن تنفيذ العقد بحسن نية يجب أن يكون مبنيا على حسن النية من بدايته، أما إن كان العقد غير مستقيم من بدايته فإنه لا يمكنه ان يستقيم

كما أنّ بعض النصوص القانونية المتناثرة في القانون المدني الجزائري، تم التوصل إلى أنّ هناك تطبيقات لمبدأ حسن النية في المرحلة السابقة للعقد، بحيث أنه هناك نصوص متعلقة بعيوب الإرادة الإيجاب و القبول، الوكالة و النيابة في التعاقد و عليه فإنه يمكن القول بأنّ المشرع الجزائري يقر ضمنا بوجود المبدأ في المرحلة السابقة للعقد إلى جانب ما نص عليه صراحة في المادة 107 من ق.م.ج³، المتعلقة بوجود المبدأ في مرحلة تنفيذ العقد.

من خلال ما سبق فإنّ مبدأ حسن النية ليس قاصرا على تنفيذ العقد، لأن نطاقه أوسع من ذلك بكثير، و إذا كان قد نص عليه صراحة بخصوص تنفيذ العقد، إلا أن المبدأ مطلوب أيضا أثناء تكوينه، و تفسيره، و يمكن أن

¹ شيرزاد عزيز سليمان، المرجع السابق، ص 86.

² بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 64.

³ المادة 107 من ق.م.ج، مصدر سابق.

نخلص كل ذلك بالقول القاضي بأن: " العقد يشكل بالتأكيد جسماً وحيداً، ومن الحيوي أن يرويه حسن النية تماماً".

الفرع الثاني:

دور مبدأ حسن النية في العقود

يلعب حسن النية دور المحرك في العلاقة العقدية، وهذا ما زاد من أهمية تحلي المتعاقد بحسن النية في تنفيذ التزاماته أثناء العقد، حيث يكسب ذلك المبدأ قوة ملزمة تنفرغ عنها أصول قانونية و أخلاقية يجب على المتعاقد الالتزام بها، ويكون تنفيذ العقد قانونياً و بحسن النية،¹ كون هذا المبدأ من أهم المبادئ القانونية على الإطلاق سواء كان ذلك على مستوى القانون العام، أو الخاص، و سواء عند تنفيذ العقد أو خلال المرحلة السابقة على تنفيذه. فمبدأ حسن النية فسيح المدى واسع النطاق ليشمل جميع التصرفات و العقود.

يستخدم المشرع والمحاكم حسن النية وذلك لإدخال القاعدة الأخلاقية في القانون الوضعي، كما أنه هناك من أن القاعدة الأخلاقية أسمى من القاعدة القانونية حيث لعب مبدأ حسن النية دوراً مهماً في تطوير قواعد القانون المنظمة للمعاملات، في حين تم ترك جزءاً عدم احترام حسن النية لتقدير القضاء ليقرره بالكيفية المناسبة مع الظروف الخاصة بكل قضية بما يحقق قدراً من المرونة التي تعد من ضرورات العمل القضائي و تسهيله لإيجاد الحلول الواقعية للوقائع المعروضة أمام القاضي بالتفصيل و التي لا تتلائم مع حكم القواعد الجامدة للقانون، و هذا يعني أن حسن النية يحقق وظيفة مؤسسية و التخفيف من شدة تنفيذ الاتفاقات تنفيذاً حرفياً، و مبدأ حسن النية يؤدي إلى الموازنة بين تنفيذ العقود طبقاً لما تقتضي به قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، كما يهدف إلى حماية الثقة و الائتمان و حماية الأوضاع الظاهرة و بالتالي المحافظة على استقرار التعامل و عدم الإضرار بالغير في التصرفات، و تحقيق العدالة بين أطراف العقد و بالتالي ضمان المحافظة على التوازن بين الحقوق و الالتزامات الناشئة عن العقد. و أيضاً يهدف إلى حماية الحقوق خ اصة حماية الضعفاء و التخفيف من المخاطر الاقتصادية التي تصيب الأطراف في علاقاتهم.²

و عليه نستخلص أن لحسن النية دور في تحقيق العدالة العقدية فهو يتمثل بالاستقامة في العقود التي تعتبر

¹ بن يوب هدى، المرجع السابق، ص 69.

² المرجع نفسه، ص 70.

التكاملة الضرورية للعدالة العقدية، لذا فإن التوفيق بين مبادئ كل من العدالة و حسن النية و الحرية التعاقدية أمر لا بد منه، إذ أن عد التوازن بين المبادلات متوقع كون أحد الطرفين لم يكن في وضع يتيح له التقدير أو الدفاع عن مصالحه، و هذا ما يؤدي لتدخل القضاء لتحقيق العدالة العقدية، و ذلك باحترام حسن النية لضمان عدم إعاقاة التبادلات التي لا غنى عنها للعلاقات الاجتماعية، و عليه الاعتماد على مبدأ حسن النية لدعم الترابط بين القانون و الأخلاق و لغرض ديمومة العقد و الإبقاء عليه فإنّ حسن النية يلعب دوراً أساسياً في تكملة النقص في العقد و سد فجواته.¹

و بالتالي فإن مبدأ حسن النية له دور مهم:

- يشمل كل مراحل العقد بحيث لا يقدم المتعاقدان على التنفيذ إلا ما تم الاتفاق عليه عند الإبرام، بحيث وجب على الطرفين مراعاة مبدأ حسن النية من استقامة و نزاهة في حال بدأ حالة المفاوضات و المباحثات وكذا انتقاء الغش والتحايل.
- يعتبر مبدأ حسن النية الجسر الرابط بين الأخلاق و القانون: حيث أنه نابع من الأخلاق و يحتاج الاندماج في القانون، ليصبح مبدأ عام يمكن من خلاله معالجة كل انحراف للسلوك خلال مختلف مراحل العقد، حيث أصبح هذا الاندماج ضمن قواعد القانون ضروريا نتيجة التطور الحاصل في المجتمع.
- مبدأ حسن النية ينبغي أن يكون كل من المتعاقدين في تكوين العقد، و في تفسيره و في تنفيذه، ملتزمين بالالتزام التعاقدي الذي يفرضه العقد، و يجب على المتعاقد أن يلتزم بحسن النية في تنفيذه لالتزامه، و في مطالبته بحقه، فإن أحل بها فإنه يسأل عنه بالمسؤولية العقدية.
- العقد شريعة المتعاقدين: فقد نصت المادة 106 من ق.م.ج²: " أنّ العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، و هذا يعني أنّ ما تم الاتفاق عليه و ما يدخل في نطاق العقد تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي ينطبق على المتعاقدين من حيث ما ينشأ للمتعاقد من حقوق و ما ينشأ عليهم من التزامات.

¹ القرشي سفيان ، المرجع السابق، ص 249.

² المادة 106 من ق.م.ج.

المطلب الثاني:

مفهوم المعاملات العقارية

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

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

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

على سبيل المثال لا الحصر:

- الهبة أو التنازل، المقايضة، التأجير التمويلي، الإيجارات المنتهية بالتمليك، نقل حصص في شركات عقارية ومنه ومن خلال التعاريف المذكورة فإن التصرف القانوني ليتصف بأنه تصرفاً عقارياً يجب أن يرتبط أو يكون محله عقاراً أو أحد الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، وهذا ما يدفعنا لضرورة التطرق لمفهوم العقار والحقوق العينية ومنه ومن خلال التعاريف المذكورة فإن التصرف القانوني ليتصف بأنه تصرفاً عقارياً يجب أن يرتبط أو يكون محله عقاراً أو أحد الحقوق العينية الأصلية أو التبعية، وهذا ما يدفعنا لضرورة التطرق لمفهوم العقار والحقوق العينية.

¹ مسودة مشروع نظام ضريبة التصرفات العقارية، الهيئة العامة للزكاة والدخل بالمملكة العربية السعودية، 2020/11/26، ص 01.

الفرع الأول:

العقار كأساس لاعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا

تنص المادة 1/683 ق م ج " كل شيء مستقر بجيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول "، ومنه فإن العقار هو كل شيء مستقر في مكانه ولا يمكن نقله دون تلف كالمباني والأراضي، و العقارات 03 أنواع :

أولاً- عقارات بطبيعتها: و تشمل:¹

- الأراضي أيا كان نوعها فلاحية أو صناعية أو عمرانية أو ريفية أو حضرية، وينصرف مدلول الأرض إلى سطحها دون ما وجد عليه من مباني وجسور الخ.

- الأبنية والتي يقصد بها مختلف المنشآت التي تقام على سطح الأرض من عمارات وجسور وآبار وخزانات للمياه وسدود وطرق أيا كان حجمها وطريقة تشييدها أو الشخص الذي شيدها.

- المقالع والمناجم والتي هي عبارة عن أماكن طبيعية.

ثانيا- عقارات بالتخصيص:

وفقا لنص المادة 2/683 ق م ج يعتبر عقارا بالتخصيص كل منقول وضعه صاحبه في عقار يملكه رسدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله، ومنه ولكي يعتبر المنقول عقارا بالتخصيص يشترط فيه أن يكون مالك العقار والمنقول واحد، وأن يرصد المنقول لخدمة العقار.

و المنقول يجب أن يرصد بغرض خدمة هذا العقار أو استغلاله و ليس لخدمة صاحب العقار، فالمنقول يصبح عقارا بالتخصيص ومن ثمة يخضع للأحكام التي تسري على العقار لأنه تابع.²

و منه فالعقار بالتخصيص هو عبارة عن منقول مرتبط ارتباطا وثيقا بعقار بطبيعته، لأن مالكه قام بتخصيصه لهذا العقار، من أجل خدمته أو المساعدة في استغلاله.

¹ علي فيلاي، نظرية الحق، دار النشر، الجزائر، 2011، ص 48.

² علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 353.

ثالثا- الأموال العقارية:

تنص المادة 684 ق م ج على أنه يعتبر مالا عقاريا كل حق عيني يقع على عقار، بما في ذلك حق الملكية وكذلك كل دعوى تتعلق بحق عيني على عقار.

الفرع الثاني:

الحقوق العينية كأساس لاعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا

و الحق العيني يعرفه الفقهاء على أنه الحق الذي يخول صاحبه سلطة مباشرة على شيء من الأشياء كحق الملكية أو حق الانتفاع".¹

كما عرفه الدكتور عبد الرزاق السنهوري على أنه سلطة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين وبموجبها يستطيع الشخص أن يستخلص لنفسه ما للشيء من فوائد اقتصادية".²

فالحق العيني سلطة قانونية معترف بها للشخص صاحبه، تنصب مباشرة على شيء معين، ومثاله النموذجي حق الملكية، ويثبت الحق العيني لصاحبه في مواجهة الكافة، وهذا هو المقصود بالطابع المطلق للحق العيني.

و لقد نظم المشرع الجزائري الحقوق العينية في الكتابين الثالث والرابع من القانون المدني بعد تقسيمها إلى حقوق عينية أصلية وأخرى تبعية.

يمكن تعريفها على أنها تلك الحقوق التي تكون مستقلة من حيث وجودها، فهي حقوق قائمة بذاتها ولا تستند أو تتبع حق آخر، كما هو الأمر بالنسبة للحقوق العينية التبعية.

و لقد تضمن الكتاب الثالث من القانون المدني هاته الحقوق، فذكر في الباب الأول حق الملكية المنصوص عليه في قانون التوجيه العقاري 25/90³، وخصص الباب الثاني للحقوق المترتبة على تجزئة الملكية من حق الانتفاع، الاستعمال، السكن وحق الارتفاق.

و يقصد بالحقوق العينية التبعية الحقوق العينية التي تهدف إلى تأمين أو ضمان الوفاء بحق شخصي ضمانا خاصا.

¹ علي فيلاي، نظرية الحق، المرجع السابق، ص 59.

² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، ص 182.

³ القانون 90-25، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر 49.

و قد سميت بالحقوق العينية التبعية ، كونها تابعة لحق شخصي محل الضمان حيث لا يمكن تصور وجود حق عيني تبعي بصفة مستقلة من دون حق شخصي يضمّنه، وتعتبر الحقوق العينية التبعية ضمانا خاصا للدائن لاستفاء حقه، وما لم يكن للدائن مثل هذا الحقوق.¹

فيعتبر حقا عقاريا كل حق تبعي يقع على عقار بطبيعته أو عقار بالتخصيص، ومن هذه الحقوق ما لا يقع إلا عقار كحق الرهن الرسمي، ومنها ما يقع على عقار أو منقول كرهن الحيازة.²

لقد نص المشرع الجزائري في الكتاب الرابع من القانون المدني تحت عنوان الحقوق العينية التبعية أو التأمينات العينية على الحقوق العينية التبعية وهي ما يلي:

- الرهن الرسمي المادة 882 الرهن الرسمي عقد يكسب به الدائن حق عيني على عقار لوفاء دينه....".
- حق التخصيص المادة 937 يجوز لكل دائن بيده حكم واجب التنفيذ صادر في أصل الدعوى يلزم المدين بشيء معين أن يحصل على حق تخصيص بعقارات مدينه ضمانا لأصل الدين والمصاريف".
- الرهن الحيازي المادة 966 ، وما يهمن الرهن الحيازي الوارد على العقار.
- حقوق الامتياز المادة 982 وما يليها "الامتياز أولوية يقرها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته و لا يكون للدين إمتياز إلا بمقتضى نص "القانون" ، و كما تنص المادة 984 ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول و عقار"

و في الأخير فإنه متى ارتبط التصرف القانوني بعقار أو حق عيني مرتبط به اعتبر تصرفا قانونيا عقاريا، يخضع للإجراءات والشروط الواجب مراعاتها في هذا النوع من التصرفات وذلك نظرا لطبيعة العقارات و خصوصيتها.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 118.

² سليمان بوقندورة، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون، الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة الجزائر، 2015، ص 62.

خلاصة الفصل:

ما نستخلصه من هذا الفصل أن المشرع لم يضع تعريف لحسن النية إلا أنه ألزم المتعاقدان بتنفيذ العقد بأمانة و حسن النية الذي أصبح يسود جميع أنواع العقود في الوقت المعاصر وتم التطرق إلى إبراز مفهومهما فقهما وقانونيا لتمييزها عن المفاهيم الأخرى، ثم تمت اكتشاف خصائص مبدأ حسن النية، و تم التطرق إلى نطاق حسن النية و دوره، و هذا ضمانا لاستقرار المعاملات و تحقيق التوازن لها.

الفصل الثاني

الحماية القانونية و القضائية لمبدأ حسن النية

في المعاملات العقارية

تمهيد:

لقد أقر المشرع عمليتي التسجيل والشهر نظرا للعديد من الاعتبارات المرتبطة بالعدالة في المعاملات العقارية وكذا مقتضيات النظام العام، والمتمثلة في تحقيق الاستقرار القانوني العقاري و حماية أطراف التصرف العقاري والغير، و يجسدان حماية فعلية قانونية.

إن الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية فرضها القانون عموما لتنظيم هاته الأخيرة، حيث أنه بمقتضى هاته الحماية يمكن تنظيم التصرفات العقارية خدمة للمصالح التي بحاجة للحماية حيث و بناء على ما سبق تم تقسيم الفصل إلى مبحثين:

– المبحث الأول: تناولنا فيه الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية.

– المبحث الثاني: تناولنا فيه الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية.

المبحث الأول:

الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية

نتطرق من خلال هذا المبحث لتسجيل التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية ضمن متطلبات المطلب الأول، لتتطرق في المطلب الثاني لشهر التصرفات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية.

المطلب الأول:

التسجيل كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية

إن تسجيل التصرفات العقارية يعتبر شكلية غير مباشرة تنجز من طرف الموظف العمومي المكلف بالتسجيل، وتطبق على العقود وكذا التحويلات الغير ناتجة عن العقد، يسمح بالحصول على رسم التسجيل والذي وفقا لنص المادة 02 من قانون التسجيل قد يكون ثابتا أو نسبيا أو تصاعديا، وذلك وفقا لطبيعة التصرف العقاري، والتسجيل يختلف مفهومه عن مفهوم العديد من المصطلحات المشابهة له.

الفرع الأول:

تعريف و خصائص تسجيل التصرفات العقارية وفقا لمبدأ حسن النية:

حيث خصصنا هذا الفرع للحديث عن التعريف أولا و الخصائص ثانيا.

أولا- تعريف تسجيل التصرفات العقارية وفقا لمبدأ حسن النية:

إن المشرع الجزائري وإن كان قد خص التسجيل بقانون خاص¹، وضمنه مختلف المسائل القانونية الخاصة بالملكية العقارية، إلا أنه لم يعرف التسجيل كإجراء عام أو خاص، وهذا في الحقيقة لا يعد عيبا أو قصورا، لأن مسألة تعريف المصطلحات القانونية هي من اختصاص الفقهاء.

يعتبر التسجيل إجراء قانوني يفرضه القانون على كل التصرفات الرسمية، لا سيما الواردة على العقارات والحقوق العينية العقارية، كما يفرض التسجيل على العقود والاتفاقات الرسمية، وتستوفي بموجبه ضريبة تسمى رسم التسجيل والذي يعتبر مبلغ مالي يدفع لصالح الخزينة العمومية، فهو إجراء ضريبي يتمثل في إدراج بعض الإجراءات والتصريحات في سجلات رسمية بشرط دفع حقوق ملائمة للإدارة المكلفة بهذه المهمة.²

¹ الأمر رقم 76-175 المؤرخ في ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، 1976، عدد 81.

² توفيق زيدان، الجباية العقارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة 2015، 2016، ص 72.

ويمكن تعريفه على أنه عملية أو إجراء إداري يقوم به الموظف العام في هيئة عمومية، بواسطته يحفظ أو لا يحفظ أثر العملية القانونية التي تقوم بها الأشخاص الطبيعية أو المعنوية، والتي ينجم عنها دفع ضريبة إلى الموظف، هذه الضريبة تسمى بحق التسجيل".¹

كما يمكن تعريفه على أنه " إجراء يتمثل في تدوين عقد سجل رسمي يمسه موظفوا التسجيل الذين يقبضون من جراء ذلك رسما جبائيا".²

وتسجيل العقارات هو ذلك الإجراء الذي يقوم به مفتش التسجيل عند تلقيه المحررات أو التصرفات القانونية الواردة على العقار، حيث يقبض من جراء هذه العملية حقوق التسجيل، وهو إجراء ملزم وفي حالته مخالفته يخضع المكلف بحقوق التسجيل لغرامة جبائية".

و التسجيل كمقتضى من مقتضيات مبدأ حسن النية أو كحماية قانونية مقررة لهذا المبدأ يمكن تعريفه على أنه ذلك الإجراء القانوني الإداري الذي يقع على التصرفات العقارية، ويقوم به موظف عمومي (مفتش التسجيل بإدارة الضرائب (مفتشية التسجيل والطابع)، ويهدف لحماية التصرف القانوني وإعلانه، إضافة إلى حماية حقوق الخزينة العامة عن طريق رسم التسجيل أو الإشهار الذي يودع في هذا الإطار، فإذا قام به المتصرف يعتبر حسن النية.

ثانيا- خصائص تسجيل المعاملات العقارية وفقا لمبدأ حسن النية:

إن تسجيل المعاملات العقارية يمتاز بالعديد من الخصائص منها ما يرتبط بمبدأ حسن النية والمتمثلة في: يعتبر التسجيل عنصرا مجسدا لحسن نية أطراف التصرف، بمجرد قيام الأطراف بإجراءات تسجيل التصرف العقاري.

- يعتبر التسجيل إجراء إداري، يتم على مستوى مفتشية التسجيل التابعة للمديرية الولائية للضرائب
- إجراء يقوم به موظف عمومي، ومنه فإن عملية التسجيل وفقا لنص المادة 180 من قانون التسجيل، لا يجوز لأي موظف آخر ليست له صفة مفتش التسجيل القيام بها، ويقع في هذه الحالة التسجيل

¹ دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011، ص20.

² دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص19.

تحت طائلة البطلان¹، وهذا البطلان يعتبر تطبيقاً ضمناً لمبدأ حسن النية.

- يعتبر التسجيل إجراءً بمقابل، فمفتش التسجيل بمفتشية التسجيل والطابع يقتطع الحقوق شكل نقدي، وهذا تجسيدا لمبدأ العدالة القانونية والمساهمة في تغطية الأعباء العامة للدولة.

- يمتاز التسجيل وتطبيقاً لمبدأ حسن النية وفقاً لنص المادة 6 من قانون التسجيل بعدم تعدد الرسوم فتتضمن المادة على أنه " عندما يتضمن عقد تدبيرين يختلفان في التعريف ولكن، نظراً لارتباطهما، ليس من طبيعتهما أن يترتب عنهما الحق في تعدد الرسوم، فإن التدبير الذي يكون أساساً لتحصيل الرسم هو التدبير الذي يتضمن التعريف القصوى".

- تجسيدا لمبدأ حسن النية ووفقاً لنص المادة 91 من قانون التسجيل توزع الرسوم بالتضامن بين أطراف العقد توزيع عادل ومنصف، فتتضمن المادة على أنه " يتحمل الرسوم المفروضة على العقود المدنية والقضائية التي تتضمن نقل الملكية أو حق الانتفاع بالمنقولات أو العقارات كما هي محددة بموجب هذا القانون، بالتضامن مع أطراف العقد التي يتعين عليها إجراء توزيع عادل ومنصف.²

غير أنه عندما يستفيد أحد طرفي العقد، المشتري أو البائع من إعفاء بموجب حكم هذا القانون لا يتحمل إلا نصف حق الملكية الذي يتحمله الطرف الآخر".

الفرع الثاني:

وظيفة التسجيل

إضافة إلى تحرير العقد على الشكل الرسمي الذي اشترطه القانون للتعبير عن الإرادة، أوجب قانون التسجيل على الموثق تسجيل مختلف العقود التي يبرمها لدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتب التوثيق إقليمياً في أجل شهر واحد تحت طائلة المتابعة التأديبية، ومن هنا تظهر وظيفة وأهمية التسجيل، وذلك من زاويتين:

¹ دوة آسيا، رمول خالد المرجع السابق، ص20.

² المرجع نفسه، ص21.

أولاً- الدور الجبائي للتسجيل:

إن الهدف الأساسي للتسجيل يتمثل في حصول الدولة على المداخل التي تغطي بها نفقاتها و حاجاتها عن طريق فرض ضرائب و رسوم و حقوق على الأفراد بمناسبة معاملاتهم العقارية¹، و هذا ما يساهم في تحقيق إيرادات الدولة.

فمفهوم الضريبة لم يعد كما كان في السابق بل تطور مفهومها و لا سيما مع تبني الجزائر نظام توجيه السوق العقارية، و هذا من أجل المساهمة في تمويل الخزينة العمومية و ذلك عن طريق فرض ضرائب ثقيلة. و هذا ما نصت عليه المادة 58 من قانون التسجيل²، و كذا المادة 93 من نفس القانون، فهذه المهمة المفروضة على الموثق تتجسد من خلال هذه المادة بواسطة تسجيل العقود المحررة من طرفه.

و هذا ما يعني أن الجباية العقارية عموماً ورسوم التسجيل خصوصاً تعد من ضمن المصادر الأساسية لتمويل ميزانية الدولة، و ما دامت تلك الرسوم مخصصة في توزيعها على الحساب المعد لتمويل الميزانية، فأثناء تحرير هذه المحررات أمام الموثقين فإن الزبون غالباً هو من يقوم بدفع رسوم التسجيل التي قد تكون إما ثابتة أو نسبية أو تصاعدية تبعاً لنوع العقد و لا سيما ما يتعلق بالمعاملات العقارية.³

و جدير بالملاحظة أن المشرع الجبائي في مادة حقوق التسجيل لا تهمه صحة المعاملة من عدم رسميتها، و من صحتها أو بطلانها.

إذ أن الهدف المالي للتسجيل يظهر بوضوح من خلال التعديلات المتكررة للقانون المنظم له، فهو يعدل و يتمم مرتين في السنة بموجب قانوني المالية الأول و التكميلي.⁴

و مهما يكن من أمر لا يستهدف تسجيل العقارات مقابل اقتطاع رسوم التسجيل هذه مالي فقط المتمثل في تمويل صناديق الخزينة العمومية فهو يمكن أن يستعمل لتحقيق أغراض اقتصادية، كما يعمل على تجسيد أهداف اجتماعية.⁵

¹ زيدان بوريس، الطرق و الإجراءات لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، 2002، العدد 08، ص 38.

² المادة 58 و 93 من الأمر رقم 76-175 المؤرخ في ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، السابق الذكر.

³ زاويدي جميلة إجراءات نقل الملكية في عقد البيع العقاري في التشريع الجزائري، كلية الحقوق، جامعة أم البواقي، 2011، 2012، ص 61.

⁴ دوة آسيا، رمول خالد، المرجع السابق، ص 29.

⁵ دوة آسيا، المرجع نفسه، ص 29.

ثم إن رؤوس الأموال هي من أهم أساسيات التنمية الاقتصادية، أين تسعى الدولة لتوفيرها بجميع السبل، و تعتبر رسوم التسجيل من بين تلك الطرق التي توفر الخزينة الدولة رؤوس أموال معتبرة، و هذا يظهر من خلال تشجيع الادخار، الاستثمار، توسيع الإعفاءات الجبائية، وتقرير بعض الامتيازات كما هو الحال بالنسبة للدولة التي تعفى من جميع رسوم التسجيل.

غير أن هذا لا يعني ، أن الدولة في تطبيقها لهذه السياسة أنها لا تسعى إلى تحقيق العدالة الاجتماعية، فهي تستعمل هذه المداخل في تحسين وضعية أفراد المجتمع.

و في مقابل ذلك فإنه يضاف إلى الدور الجبائي الذي يلعبه تسجيل العقارات - و هو دور أساسي - أهمية أخرى قانونية و هو ما سنتناوله في النقطة الموالية.

ثانيا- الدور الإثباتي للتسجيل:

إن إجراء التسجيل هو إجراء إلزامي باعتبار أن رسوم العقود تستخلص قبل إتمام إجراء التسجيل، و هذا ما نصت عليه المادة 82 من قانون التسجيل،¹ وكذا التقنين المدني الجزائري في المادة 593 منه.² مما لا شك فيه أن القفزة النوعية للمشرع من الرضائية إلى الرسمية قد خلقت فراغا بالنسبة للعقود المحررة قبل تاريخ العمل بمبدأ الرسمية، فلمنع التحايل على الغير، قد تدخل المشرع و وضع قرائن تدل على صحة التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية غير ثابتة التاريخ، و ذلك عن طريق تسجيلها و هذا ما يدل على أنه تاريخ ثابت و أكيد و قد أيرم قبل ذلك التاريخ حتما.

فيكتسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا إما بنقل صورة كاملة منه في سجل عام معد لذلك أو عن طريق إعادة مضمونه أو ملخصه في سجل معد لذلك أو عن طريق التصديق على التوثيق.

¹ تنص المادة 82 من قانون التسجيل: "إن رسوم العقود التي يجب تسجيلها تستخلص قبل إتمام الإجراءات.."

² تنص المادة 593 من التقنين المدني الجزائري "نفقات التسجيل و الطابع و رسوم الإعلان العقاري و التوثيق وغيرها تكون على المشتري ما لم تكن هناك نصوص قانونية تقضي بغير ذلك"

و يتم التسجيل هنا بمعنى **LA TRANSCRIPTION** عن طريق إيداع نسختين أصليتين من الورقة العرفية لدى موظف التسجيل بمصلحة الضرائب، و هذا شرط لازم لانتقال الحقوق العينية الأصلية العقارية، و بهذا يصبح للورقة العرفية المثبتة للتصرف العقاري تاريخا ثابتا، و هو تاريخ التسجيل و ليس تاريخ تحريرها.¹

و في هذا الإطار، فإن التصديق على توقيعات الأطراف من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي لا يعد من قبيل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصادق عليه، ذلك أن التصديق لا يستهدف إثبات شرعية أو صحة العقد أو الوثيقة، إنما يثبت فقط هوية الموقع هنا.²

المطلب الثاني:

شهر المعاملات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية

إن شهر التصرفات العقارية يعتبر خير ضمان لتدعيم استقرار الملكية العقارية والائتمان العقاري معا، فالاستقرار والائتمان يوجدان حيث توجد الثقة، وهاته الأخيرة لا تتحقق إلا عن طريق علانية التصرفات وفقا لحسن النية والتي تعتبر أفضل وسيلة لبعث الثقة بين أطراف المعاملات العقارية وكذا الغير .

ومبدأ حسن النية في التصرفات العقارية هو الآخر يرتبط ارتباطا وثيقا بالثقة، فوفقا لطبيعته القانونية والمقتضيات التي يقوم عليها والمتمثلة في النزاهة، الاستقامة والثقة المشروعة، يحتاج إلى سند قانوني أو حماية قانونية تهدف لحماية هاته الثقة وتكريسها، وهذا لا يتحقق إلا عن طريق الشهر العقاري.

و عليه خصصنا هذا المطلب للحديث عن الشهر بصفة عامة نظرا لارتباط مبدأ حسن النية به و حماية له من خلال الفروع التالية:

¹ المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

² زهدور إنجي هند، حماية التصرفات القانونية و إثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2015، 2016، ص 82.

الفرع الأول:

تعريف الشهر العقاري وفقا لمبدأ حسن النية

الشهر العقاري مصطلح مركب من كلمتين الشهر والعقار فيقصد بكلمة الشهر الإعلام والنشر، أما العقار فقد عرفته المادة 683 من القانون المدني الجزائري هو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف.¹

قصد بكلمتي الشهر العقاري ذلك لإجراء القانوني المتميز الذي يقضي بإخضاع التصرفات القانونية الواقعة على العقار بمجموعة من الإجراءات القانونية المعينة وباعتماد على جملة من القوانين والمراسيم المنظمة للشهر العقاري نجد أن المشرع لم يضع تعريفا محدداً للشهر العقاري ، وذلك تكفل به الفقه وقد تباينت التعريفات :

حيث عرفه الدكتور حسين عبد اللطيف حمدان بأنه ذلك النظام الذي يرمي إلى شهر التصرفات القانونية التي ترمي إلى إنشاء الحقوق العينية العقارية أو نقلها أو تعديلها و إسقاطها.²

هناك من عرفه على أنه عمل فني يهدف إلى تسجيل مختلف التصرفات الواردة على العقارات بإدارة الشهر العقاري لإعلام الكافة بها إظهارا بوجودها ليكون الجميع على بينة من أمرها.³

عرف أيضا على أنه مجموعة القواعد والإجراءات التي تهدف إلى تثبيت ملكية عقار أو حقوق عينية عقارية لشخص معين أو أشخاص معينين اتجاه الغير، ومن شأن هذه القواعد والإجراءات تنظيم شهر حق الملكية أو الحقوق العينية العقارية الأخرى الواردة عليها سجلات معدة لإطلاع الكافة.⁴

كما يعرف الشهر العقاري بأنه مجموعة من القواعد والإجراءات المعينة لتحديد هوية العقار وشهره. فهو إذن يهدف إلى تنظيم هوية كل عقار بطريقة تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية لأشخاص، كذلك نجد معظم تشريعات أوجبت قوانين خاصة بشهر التصرفات والعقود القائمة في الأفراد ذلك بغية تأمين استقرار المعاملات و حفظ الحقوق.

¹ المادة 683 من الأمر 58-75 المتضمن القانون المدني، السابق الذكر.

² حسين عبد اللطيف، أحكام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دون طبعة، دون سنة النشر، ص 11.

³ مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011 ص 13.

⁴ جمال بوشناق، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006، ص 14.

كما يعرف على أنه ذلك النظام القانوني له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية.¹

و من خلال هاته التعريفات يظهر ارتباط الشهر العقاري بمبدأ حسن النية، فكل التعريفات أكدت على أن الشهر العقاري يهدف إلى إحاطة الكافة وعلى الأخص من له مصلحة علما بالوضع القانوني للعقار والحقوق التي ترد عليه، وبالتالي تنظيم هوية لكل عقار ، وكل ذلك وفقا لمقتضيات مبدأ حسن النية والذي يعتبر الالتزام بالإعلام من أهم الالتزامات المتفرعة والمنبثقة عنه، ومنه فالشهر العقاري يعتبر مقتضى من مقتضيات حسن النية باعتباره يهدف للإعلام، كما أنه حماية قانونية للمبدأ وذلك عن طريق التأكد من مدى توافر المبدأ في جميع المراحل التي يمر بها التصرف العقاري وإلا اعتبر باطلا.

الفرع الثاني:

أنظمة الشهر العقاري و مبدأ حسن النية

إن أنظمة الشهر العقاري تنقسم إلى نظام الشهر الشخصي، ونظام الشهر العيني، إضافة إلى النظام المختلط والذي يجمع بين النظامين وهو ما أخذ به المشرع الجزائري، ودور الشهر العقاري في حماية مبدأ حسن النية يختلف باختلاف النظام المحدد، فهناك من يتعارض ومبدأ حسن النية، وهناك من يتفق والمبدأ، وهناك من يجمع بينهما أي أنه قد يكون قيدا على المبدأ وفي ذات الوقت حماية .

و منه فتحقيق الشهر العقاري لاستقرار المعاملات العقارية وتدعيمه للائتمان و تحقيق الأمن العقاري يجعل حمايته القانونية تتفاوت من حيث نوع الشهر شخصيا كان أو عينيا أو النظام المعمول به في شهر التصرفات العقارية.²

أولا- التعارض النسبي لنظام الشهر الشخصي و أطراف التصرف حسني النية في المعاملات العقارية:

هو ذلك النظام الذي يعتمد في إعلان التصرفات العقارية على أسماء الأشخاص القائمين بها، وليس طبقا للعقار ومن هنا جاءت تسميته، والشخص في هذا النظام يعد محل اعتبار في التصرفات العقارية، إذ يتخذ من

¹ محدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام، دار هومة، 2003، ص8.

² أمينة بن يمينة، كوثر بن فراحي، سهلي زهدور، إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات، العدد الخاص ، ماي 2018، ص147.

اسم الشخص أساسا لشهر التصرفات العقارية التي تصدر عنه¹، وهذا ما يؤكد اعتماد هذا النظام على مبدأ حسن النية إلا أنه لا يوفر الحماية القانونية اللازمة له على الرغم من تكريسه.

و نظام الشهر الشخصي يتعارض نسبيا والحماية القانونية لمبدأ حسن النية، ويظهر ذلك من خلال العديد من العيوب الناجمة عنه والتي تتعارض وحسن النية وهي:

- إن نظام الشهر الشخصي عاجز عن تحقيق الغرض الذي من أجله تأسس الشهر العقاري، وهو تحقيق الاستقرار العقاري وتقوية الائتمان

- صعوبة معرفة المالك الحقيقي للعقار.²

- خطر تعارض سندات ملكية عقار معين أو خطر ضياع الملكية بالتقادم المكسب، وقابلية التصرفات المسجلة للطعن.

ومنه فإن نظام الشهر الشخصي يقر حسن النية في التصرفات إلا أن الحماية القانونية للتصرفات المبنية على حسن النية منعدمة تماما لانعدام الحجية المطلقة للشهر ضمن هذا النظام، وبالتالي تنعدم الحماية القانونية لأطراف التصرف.

ثانيا- التقارب النسبي لنظام الشهر العيني لأطراف التصرف دون الغير في المعاملات العقارية:

ويعتبر ضمن هذا النظام العقار محل اعتبار، فيقتصر على إشهار بيانات العقار، وهو نظام ييسر للمستفيد أو المتصرف إليه معرفة حقيقة العقار أو الملاك الذين تعاقبوا عليه، بحيث لا يتم إجراء الإشهار العقاري إلا بعد التحري عن صحة السند المراد إشهاره، ومراقبة مدى استيفاءه لشروطه الشكلية والموضوعية، ويظهر تقارب هذا النظام نسبيا والحماية القانونية لمبدأ حسن النية بالنسبة لأطراف التصرف العقاري، من خلال المزايا التي يتمتع بها وهي:³

- توفير الحماية القانونية للمتعاملين.

- تفادي وعدم تأثير العيوب والأخطار الناجمة عن تشابه الأسماء.

¹ جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 15.

² جمال بوشنافة، المرجع نفسه، ص ص 20، 21.

³ المرجع نفسه، ص ص 35، 36.

- سهولة معرفة المالك الحقيقي للعقارات، و تجنب خطر التقادم.
- عدم تعارض سندات الملكية.
- تحقيق استقرار الملكية وتوفير الثقة في صحة الحقوق المشهورة وسلامتها، الأمر الذي يسهل الحصول على الائتمان المطلوب.
- و نظام الشهر العيني يحقق الحجية المطلقة في مواجهة طرفي العقد وكذا الغير، وحتى يحقق هذه الحجية يشترط في التصرف أن لا يكون مشوبا بعيب يتعلق بوجوده، صحته، مع ضرورة حسن نية أطرافه.
- إلا أن هذا النظام قد يتعارض وحماية مبدأ حسن النية من خلال اغتصاب حقوق المالك الحقيقي، حيث يمكن لشخص تقييد حق عيني لا يملكه حقيقة فيصبح هو المالك له ولا يمكن للمالك الحقيقي منازعته، ومنه على الرغم من استبعاد حسن النية ضمن هذا النظام إلا أنه بيجسد حماية قانونية فعلية للتصرف العقاري المبرم وفقا لحسن النية.

ثالثا- موقف المشرع الجزائري من أنظمة الشهر العقاري:

- بصدور الأمر رقم 74/75 المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري ، إذ يكون المشرع الجزائري قد أعلن صراحة عن الانتقال من نظام الشهر الشخصي إلى نظام الشهر العيني.
- إن تفحص المواد الواردة في الأمر السالف الذكر والمرسومين التنفيذيين 62/76¹ المتعلق بإعداد مسح الأراضي العام و 63/76² المتعلق بتأسيس السجل العقاري، يظهر جليا انتهاج المشرع الجزائري لنظام الشهر العيني الذي يعتمد على مسح الأراضي كأساس له وهذا يظهر جليا من خلال المواد 01 و 02 و 03 من الأمر 74/75.

¹ المرسوم رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية، العدد 30 ، المؤرخة في 13/04/1976 معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي 92/134 المؤرخ في 07/04/1992 ، الجريدة الرسمية ، العدد 26 المؤرخة في 08 أبريل 1992.

² المرسوم رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 30 ، المؤرخة في 13/04/1976 معدل ومتمم بالمرسوم التنفيذي 93/123 المؤرخ في 19/05/1993 ، الجريدة الرسمية، العدد 34 المؤرخة في 23 ماي 1993.

بالتالي فإن نظام الشهر العقاري في الجزائر بعد صدور الأمر 174/75¹ هو نظام مزدوج إلى غاية الانتهاء من عملية المسح الأراضي عبر كامل التراب الوطني، فنظام الشهر العيني كأصل عام، وكاستثناء وكمرحلة انتقالية ومؤقتة أخذ بنظام الشهر الشخصي في المناطق الغير المسوحة.

هذا ما يفيد أن نظام الشهر الحالي يشمل في أن واحد نظام الشهر الشخصي ونظام الشهر العيني، أي أنه نظام مختلط.

الفرع الثالث:

أهداف الشهر العقاري المرتبطة بمبدأ حسن النية

يهدف الشهر العقاري إلى حماية التصرفات العقارية وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية عن طريق تحقيق الثقة العامة حماية المتعامل في العقار، سهولة تداول العقارات، ضبط الملكية العقارية، واستقرار الملكية العقارية، وكل ذلك تفاديا لحدوث أو نشوء أي حالة من حالات سوء النية والتي تؤدي إلى عدم استقرار الملكية العقارية وبالتالي حدوث العديد من المنازعات العقارية في هذا الشأن، وتتمثل هاته الأهداف في :

أولا- تحقيق الثقة العامة وفقا لمقتضيات حسن النية :

إن تحقيق الثقة العامة وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية يقتضي من الشهر العقاري أن يعمل على تأمين كل مالك ضد أي مضايقة وهو يستعمل حقه، وتثبيت حق الملكية باعتباره شرطا أساسيا لكل استغلال مثمر للعقار الذي ينصب عليه، كما أنه يهدف من أجل تأمين الاستقرار القانوني والثقة في المعاملات العقارية على اختلاف أنواعها، فتتظيم الشهر العقاري يجب أن يأخذ في الاعتبار الأوضاع الظاهرة ويسمح بالاعتداد بها فيما يتعلق بالغير.²

¹ الأمر 7574 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92 المؤرخة في 18/11/1975.

² ليلي لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2012، ص 25.

ثانيا- حماية المتعامل في العقار حسن النية:

إن التصرفات العقارية التي تقيد في ظل نظام الشهر العيني، يصبح قيدها قرينة قاطعة على ملكية الحق العيني أو العقار للمتصرف إليه، وأن هذا التصرف يصبح سليما خاليا من كل العيوب التي تلحق التصرف العقاري ، فالشخص الذي يؤول إليه العقار بعد تسجيله بإدارة الشهر العقاري يكون مطمئنا كون الملكية تصبح ثابتة ومستقرة لا يمكن زعزعتها كون العقار قد تظهر من كل حالات العيوب وسوء النية وذلك لدقة الإجراءات المتبعة في الشهر.¹

ثالثا- تسهيل تداول العقارات:

لقد عنيت العديد من الدول بوضع نظم تكفل ثبوت الملكية العقارية وما يرد عليها من قيود وما يترتب عليها من حقوق لصالح الغير ثبوتاً أكيدا يبعث الثقة في نفس المالك ذاته ويوفر الطمأنينة لمن يتعاملون معه، و سلكت في ذلك وجوب شهر التصرفات التي تترتب عليها، بحيث يتاح لكل ذي مصلحة في عقار معين أن يحيط علما بكافة التصرفات التي تناولت هذا العقار والحقوق المترتبة عليه، فيستطيع أن يرتب تعامله مع صاحبه وهو على بينة تامة بحقيقة مركزه المالي فيما يتعلق بهذا العقار.²

و منه فإن هدف الشهر العقاري هو إحاطة الكافة، وعلى الأخص من له مصلحة قانونية من قريب أو من بعيد، علما بالوضع القانوني للعقار وكذا الحقوق التي ترد عليه، إذ يتمكن من الوقوف على مالك العقار ومساحته وحدوده والحقوق العينية الواردة عليه وأصحاب هذه الحقوق وتواريخ نشوئها وكل ما يتعلق به، ومنه فهو يهدف إلى إحداث تنظيم قانوني للعقارات عن طريق وضع هوية لكل عقار تشبه إلى حد كبير بطاقة الحالة المدنية للأشخاص.³

¹ رن مراحى، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، منشورات بغدادى، الجزائر، 2009، ص 78.

² لىلى لبيض، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص26.

³ المرجع نفسه، ص26.

رابعاً- ضبط الملكية العقارية بناء على أسس حماية حسن النية :

إن الشهر العقاري يضبط حالة العقار باسم مالكة بصفة حقيقية، على أسس وقواعد سليمة متينة تقضي بإسناد الملك العقاري إلى مالكة الحقيقي، فالبيانات الواردة بالسجل العقاري تعتبر حجة على ما تضمنته وهي الحقيقة التي لا يكتنفها غموض أو شك، وهي الحقيقة التي لا يكتنفها غموض أو شك، فمن يقدم إلى إبرام عقد مع صاحب الحق العيني يكون على يقين منذ البداية بأنه هو مالكة الحقيقي، وهو على علم بخلو العقار من الأعباء العالقة به.¹

خامساً- استقرار الملكية العقارية تكريسا لمبدأ حسن النية :

يضمن الشهر العقاري عدم تعارض سندات الملكية، وذلك على أساس أنها تستخير من مصدر واحد وهو البطاقة العقارية والتي يتم إنشاؤها بعد التحري عن صحة المعلومات المقدمة تحرياً دقيقاً ، وذلك حتى لا يقيد أي حق عقاري إلا بعد تنقيته من كل شائبة، ليكون مطابقاً للمعلومات الحقيقية وعنواناً لها، وهو ما يؤكد الثقة في صحة الحقوق المشهورة وسلامتها ويرفع من قيمة العقارات، ومنه ينجم تنشيط الائتمان العقاري وبالتالي تحقيق استقرار الملكية.²

سادساً- حماية التصرفات العقارية و حماية الغير :

إن الشهر العقاري يهدف لحماية التصرفات العقارية وحماية الغيرية حتى تستقر الثقة العقارية استقرارها السليم الذي يتعاصر مع الطمأنينة وتتعاصر معه ، وحتى يطمأن المشتري إلى ملكية يرضاها سليمة لا تشوبها شائبة معينة أو يعترضها العديد من الحالات التي تتنافى وحسن النية.³

¹ ريم مراحى، دور المسح العقاري في إثبات الملكية العقارية في التشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 89.

² ريم مراحى، المرجع السابق، ص 90.

³ ليلي لبيض، المرجع السابق، ص 27.

المبحث الثاني:

الحماية القضائية لحسن النية في المعاملات العقارية

لقد أقر المشرع دعوى التعويض ودعاوى أحكام الضمان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية تهدف لتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف والغير أيضا، كما أنهما يجسدان حماية فعلية قانونية لهذا المبدأ، عن طريق إقرار العديد من الحقوق، و بناء على ذلك تم تقسيم المبحث إلى مطلبين التاليين:

- المطلب الأول: دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية
- المطلب الثاني: دعوى الفسخ و البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية

المطلب الأول:

دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية

- لتوضيح دعوى التعويض الناجمة عن الإخلال بمقتضيات حسن النية في المعاملات العقارية، والتي تهدف أساسا لجبر الضرر عموما وتحقيق التوازن في التصرف، تم تقسيم هذا المطلب إلى:
- مفهوم التعويض و شروط استحقاقه كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية (الفرع الأول).
 - حسن النية وتقدير التعويض في التصرفات العقارية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول:

التعويض و شروط استحقاقه

يعتبر التعويض أساس المسؤولية المدنية و أثرها، و منه فإنه يشترط لاستحقاقه توافر الشروط العامة الواجب توافرها في المسؤولية المدنية ألا وهي الخطأ ، الضرر و العلاقة السببية، إضافة إلى الشرط الخاص المتمثل في وجوب الإعذار بالنسبة للمسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية.¹

¹ صابرينه بيطار ، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، 2015، ص 10.

أولاً- تعريف التعويض

لم يعرف المشرع الجزائري التعويض وإنما اقتصر على توضيح الوسائل التي يمكن للمدين أو المتضرر اعتمادها للمطالبة به، فنص المادة 124 ق م ج اعتبر التعويض أثراً ناتجاً عن الضرر المرتكب من طرف الغير .

أما الفقه فقد ذهب إلى أن مفهوم التعويض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالضرر باعتباره مجرد وسيلة لجبره، وقام بتعريف التعويض بأنه " مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل ما لحق المضرور من خسارة وما فاتته من كسب كان نتيجة طبيعية لوقوع الضرر.¹

كما يمكن تعريف التعويض على أنه " مبلغ من النقود يساوي المنفعة التي كان سيحصل عليها المتعاقد لو أن المتعاقد الآخر نفذ التزامه على النحو المتفق عليه، أو على النحو الذي يقضي به حسن النية والثقة المتبادلة بين الناس."، إلا أنه ما يعاب على هذا التعريف أنه اعتبر التعويض مبلغاً من النقود يساوي المنفعة أي أنه ربط التعويض بالنقود، إلا أن التعويض قد لا يكون نقوداً في العديد من الحالات التي يكون فيها عينياً أي غير نقدي.

كما عرفه بعض الفقه على أنه " وسيلة القضاء لجبر الضرر سواء بمحوه أو التخفيف من وطأته إذا لم يمكن محوه، وهو يدور مع الضرر وجوداً وعدماً، ولا تأثير لجسامة الخطأ فيه ، فينبغي أن يتكافأ مع الضرر دون زيادة أو نقصان."، غير أنه ما يعاب على هذا التعريف أنه على الرغم من إشارته إلى طرق التعويض إلا أنه ركز على جهة التقدير ، فالتعويض وإن كان في الأصل يتولى القاضي تقديره إلا أنه أحياناً قد يتولى القانون أو الأطراف تقديره.²

ومن الفقهاء من ربط فكرة التعويض بأركان المسؤولية المدنية بنوعيتها، بقولهم أن التعويض هو جزاء توافر أركان المسؤولية سواء كانت مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية، وأن المقصود من التعويض هو إعادة التوازن الذي اختل التصرف القانوني بسبب الضرر الذي وقع، وذلك بإعادة المضرور إلى الحالة التي من المفترض والمتوقع أن يكون عليها لولا وقوع الضرر ، فالتعويض هو " كل ما يلتزم به المسؤول في المسؤولية المدنية تجاه من أصابه ضرر.³

ومنه فإن التعويض عموماً هو الجزاء الذي ينجم عن المسؤولية التقصيرية كحالة الشخص الذي يتضرر من وقوع مبنى تكون فيه معايير البناء مخالفة للمقاييس المعتمدة، أو الذي ينجم عن الإخلال بالتزام عقدي أي المسؤولية

¹ صابرينه بيطار ، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص10

² المرجع نفسه، ص11.

³ المرجع نفسه، ص10.

العقدية، وفي كلتا الحالتين يعتبر جبرا للضرر الذي أصاب المدعي، وقد يكون التعويض نقدا أو عينا، وفي جميع الحالات يعتبر نتيجة حتمية للضرر الذي نجم عن الإخلال بمقتضيات حسن النية الواجب مراعاتها في التصرفات العقارية.

ثانيا- شروط استحقاق التعويض الناجم عن الإخلال بمقتضيات حسن النية :

يعتبر التعويض أساس المسؤولية المدنية، و أثرها ، ومنه فإنه يشترط لاستحقاقه توافر الشروط العامة الواجب توافرها في المسؤولية المدنية ألا وهي الخطأ ، الضرر والعلاقة السببية، إضافة إلى الشرط الخاص المتمثل في وجوب الإعذار بالنسبة للمسؤولية العقدية دون المسؤولية التقصيرية .

1-الخطأ الناجم عن الإخلال بحسن النية:

إن المشرع اتخذ من غش المتعاقدين أو خطئه الجسيم دلالة أو قرينة واضحة على سوء نيته في الإضرار بالمتعاقدين الآخرين ، بالالتزام ، ومنه فإن المتعاقد في هاتين الحالتين ليس جديرا بأي رعاية أو حماية يقررها القانون للمتعاقدين حسن النية جزاء له على سوء نيته.

و الخطأ عموما هو شرط أساسي لاستحقاق التعويض، ويتمثل الخطأ المسؤولية العقدية بالإخلال بالتزام عقدي، أما في المسؤولية التقصيرية فيتمثل في الإخلال بقاعدة أخلاقية أو التزام قانوني.¹ و منه فإن الخطأ يقوم على عنصرين أساسيين، الأول مادي، أما الثاني فهو العنصر المعنوي .

أ- العنصر المادي للخطأ والإخلال بمقتضيات حسن النية :

إن العنصر المادي للخطأ يتمثل في التعدي أو الانحراف، والتعدي هو الإخلال بالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي، فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، ذلك أن القانون يفرض واجبات معينة تلزم المكلف بالقيام بأعمال محددة أو بالامتناع عن أعمال معينة، كالالتزام بمبدأ حسن النية في التصرفات القانونية بأنواعها.

¹ علي فيلاي، الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الطبعة الثالثة، الجزائر، 2012، ص 53.

و تتمثل مجالات التعدي المرتبطة بالخطأ في الإخلال بواجب أو بقاعدة قانونية كالإخلال بالنصوص القانونية الآمرة والمتعلقة بسلوك الفرد والتصرفات القانونية بمختلف أنواعها مصدرا للواجبات القانونية كالالتزامات التي يتحملها بائع العقار، أو الشريك في عقد الشركة، أو المستأجر بمقتضى عقد الإيجار.¹

كما أن التعدي قد يكون ناجما عن التعسف في استعمال الحق، و الذي يعتبر خطأ عمدي باعتبار أن القصد الوحيد الذي انصرفت إليه نية صاحب هذا الحق هو الإضرار بالغير.²

ب- العنصر المعنوي للخطأ :

ويتمثل العنصر المعنوي للخطأ في الإدراك، أي ضرورة القصد أو على الأقل التمييز، فيجب لقيام الخطأ أن يكون من وقع منه التعدي مدركا، أي قادرا على التمييز بين الخير والشر، فلا مسؤولية لعدم التمييز أيا كان نوع المسؤولية.³

إن الضرر يعتبر من القواعد العامة الواجب توافرها لاستحقاق التعويض الناجم عن الخطأ في المسؤولية المدنية، ومنه يشترط توافره مع بقية الشروط الأخرى .

2-الضرر الناجم عن سوء النية:

إن الضرر يعتبر من القواعد العامة الواجب توافرها لاستحقاق التعويض الناجم عن الخطأ في المسؤولية المدنية، ومنه يشترط توافره مع بقية الشروط الأخرى.

يرتبط التعويض وجودا وعدما وزيادة ونقصانا بالضرر، فلا يتقرر ولا ينشأ الحق فيه إلا إذا تحقق الضرر ، فلا يكفي لاستحقاق التعويض إخلال المدين بالتزامه بل يتعين إلى جانب ذلك أن يلحق الضرر بالمضروب نتيجة الإخلال بالتزام أو نتيجة فعل ضار.⁴

¹ علي فيلاي، الالتزامات ، الفعل المستحق للتعويض ، المرجع السابق، ص53.

² المرجع نفسه، ص ص53،54.

³ بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، 2014، ص73.

⁴ صابرينة بيطار، المرجع السابق، ص21.

والضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة أو هو بمعنى آخر إخلال بمصلحة مشروعة سواء كانت مصلحة مادية أو معنوية.¹

كما يمكن تعريفه على أنه ذلك الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له، سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن، و للضرر أنواع معنوي و مادي و مرتد.

3- العلاقة السببية بين الخطأ والضرر:

إضافة إلى الخطأ و الضرر لا بد من توافر العلاقة السببية التي تربط بين الخطأ والضرر في المسؤولية المدنية عموماً.

4- الإعذار كشرط خاص لاستحقاق التعويض في بعض الحالات :

تنص المادة 179 ق م ج " لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين مالم يوجد نص مخالف لذلك"، كما تنص المادة 180 ق م ج² على أنه " يكون إعذار المدين بإنذاره، أو بما يقوم الإنذار، ويجوز أن يتم الإعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في هذا القانون، كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضي بأن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أي إجراء آخر .".

و منه الإعذار يعتبر إجراء يقصد به وضع المدين موضع المتأخر في تنفيذ التزامه، إن لم يوف به فوراً، وذلك عن طريق مطالبته رسمياً بتنفيذ التزامه، أي بمعنى إنذاره وإخطاره، والتنبيه عليه إلى أنه مقصر في الوفاء بالتزامه، وأنه سيصبح مسؤولاً قانوناً عن عدم التنفيذ أو التأخير فيه، غير أنه لا محل للإعذار في المسؤولية التقصيرية وهو واجب لاستحقاق التعويض في حالة المسؤولية العقدية، ويظهر لنا ذلك من خلال الحالات المنصوص عليها في نص المادة 181 ق م ج والتي تقضي أنه " لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

- إذا تعذر تنفيذ الالتزام أو أصبح غير مجد بفعل المدين .
- إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب عن عمل مضر .
- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق، أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك
- إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه."

¹ بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص143.

² المادة 179 و 180 من القانون المدني الجزائري.

و يترتب على الإعذار على العديد من النتائج القانونية الهامة والمتمثلة في استحقاق التعويض عن جميع ما لحق الدائن من ضرر وخسائر من جراء عدم التنفيذ أو التأخير فيه، انتقال تبعة الهلاك في الحالات التي كانت تقع على الدائن وفقا للمواد 1/168 و 2 ، و 270 ق م ج، وفسخ العقد الملزم للجانبين إضافة إلى التعويض.¹

الفرع الثاني:

حسن النية وتقدير التعويض في التصرفات العقارية

قد لا تتوافر شروط إبطال أو فسخ التصرف العقاري، كما أنه قد ينجم الضرر نتيجة فعل شخصي، كما أنه قد يختار المتضرر التعويض مع الإبقاء على التصرف العقاري، ومنه فإن اللجوء لدعوى التعويض أمر ضروري نتيجة لطبيعة الالتزام بحسن نية في التصرفات العقارية، ومنه فإن دعوى التعويض قد تكون نتيجة إخلال بمسؤولية عقدية، كما أنها قد تكون نتيجة لمسؤولية تقصيرية.

والقاضي هو الذي يتولى تقدير التعويض في هذه الحالة، فهو الذي يحدد طبيعته وفقا للضرر، وهذا بناء على ضوابط وأسس محددة قانونا أو ضمنا، ويشترط لاستحقاق التعويض القضائي توافر الشروط القانونية المذكورة أعلاه، أما عن طبيعة التعويض القضائي الناجم عن الإخلال بحسن النية في المعاملات العقارية قد يكون تعويضا عينيا كما قد يكون تعويضا نقديا يراعى فيه قيمة المال مع ما لحق المتضرر من ضرر.²

¹ بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 197..

² المرجع نفسه، ص 206.

المطلب الثاني:

دعوى الفسخ و البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية

و لتوضيح دعوى الفسخ كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، والتي تعتبر جزءا ناجما عن سوء النية، كما تهدف في ذات الوقت إلى تحقيق التوازن في التصرف، تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

- الفرع الأول تطرقنا فيه إلى دعوى الفسخ كحماية قضائية لمبدأ حسن النية.

- الفرع الثاني: تناولنا فيه دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية.

الفرع الأول:

دعوى الفسخ في المعاملات العقارية

إن التصرفات العقارية كغيرها من التصرفات القانونية تلقي على عاتق أطرافها العديد من الالتزامات في التنفيذ مع ضرورة أن يتم تنفيذها وفقا لمبدأ حسن النية، فإذا تبين أثناء التنفيذ أن أحد الأطراف قد أحل بالتزاماته سواء لم يتابع العمل الملتزم بإتمامه أو أساء تنفيذه، حق للمتعاقد الآخر فسخ العقد وإنهاء لعلاقة التعاقدية مع الطرف الآخر المخل بالتزامه، كما يحق له طلب التعويض

أولاً- تعريف و شروطه الفسخ في المعاملات العقارية:

1- التعريف:

الفسخ هو حق المتعاقد في حل الرابطة العقدية إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، فيتحرر بدوره من الالتزامات التي تحملها بموجب العقد محل الفسخ، ويمكن للمتعاقد بمقتضى نص المادة 119 أن يتمسك بتنفيذ العقد وله أن يجبر المتعاقد الآخر على ذلك وفق الطرق المحددة قانونا أو يطالب بفسخ العقد.¹

فالفسخ هو الجزاء المترتب عن عدم قيام أحد طرفي العقد بتنفيذ التزامه في العقود الملزمة للجانبين مع استعداد طالب الفسخ على تنفيذ ذلك الالتزام، فهو زوال العقد بجميع آثاره في الماضي والمستقبل وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ مع التعويض.

من خلال التعاريف السابقة نستنتج أن للفسخ عدة خصائص و هي:

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 457.

-الفسخ يرتبط بالمعاملات العقارية بإرادتين (العقود العقارية بإرادتين).

-ينجم الفسخ عن إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه بحسن نية.

-الفسخ حق للمتعاقد المتضرر من عدم تنفيذ الالتزام.

-قد يرتبط الفسخ بالتعويض كما قد يكون مستقلا عنه.

-الفسخ يعتبر حماية قضائية مجسدة لمقتضيات مبدأ حسن النية.

2- شروط الفسخ:

تنص المادة 119 ق م ج على " في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إذا اقتضى الحال ذلك.

و يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الالتزامات

و من خلال نص المادة يمكن استخلاص شروط الفسخ في ثلاث: أن يكون العقد ملزم لجانبين ، أن يخل أحد المتعاقدين بالتزاماته و يقابله تنفيذ طالب الفسخ لالتزاماته.

أ- **عقد ملزم لجانبين** : يستنبط من نص المادة 119 السالفة الذكر وتحديدًا في فقرتها الأولى أن المشرع الجزائري قد وضع شرطًا أساسيًا لطلب الفسخ و هو أن يكون العقد ملزم لجانبين، أي أن يكون عقدا تبادليًا يلتزم بموجبه كل طرف بمنح فعل أو عدم فعل شيء ما، ومثال ذلك عقد الإيجار حيث يلتزم بموجبه المؤجر بتسليم العين المؤجرة، ويلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار.¹

لهذا فقد أقرت المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 1985/10/30 أنه في العقود الملزمة، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض، إذا اقتضى الحال ذلك.²

¹ أ محمد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلامي - مع التطبيقات القضائية تحكيمي النقض والتمييز بط؛ دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2009، ص 205.

² - مجلة المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1985/10/30، ملف رقم 34951، العدد 02، سنة 1990، ص44

- مجلة المحكمة العليا، الغرفة العقارية، 2002/02/20، ملف رقم 225843، العدد 02، سنة 2002، ص370.

أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد كالعارية الودیعة والهبة بدون عوض فلا يسري عليها الفسخ باعتبار أنها تولد التزاما على طرف دون الطرف الآخر، مما يجعل طلب الفسخ من الطرف المستفيد أمرا مستحيلا نظرا أن مصلحته تكون بطلب التنفيذ.

ب- إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته: يستوجب لطلب الفسخ توافر شرط ثاني إضافة إلى الشرط السالف الذكر، وهو إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته المنصوص عليها في العقد إذ أنه بعد إعذار المدين يتقرر للدائن حق طلب الفسخ.

و مثال ذلك تخلف المستأجر عن دفع بدل الإيجار رغم قيام المؤجر بكل الالتزامات الملقاة على عاتقه.

فإذا كان سبب عدم تنفيذ الالتزام راجعا إلى سبب أجنبي لا بد للمدين فيه كالقوة القاهرة، الحادث الفجائي خطأ المضرور أو فعل الغير، لا يتقرر الفسخ بل يفسخ العقد بقوة القانون .

أما حالة تخلف المدين عن التنفيذ الجزئي لالتزاماته فإن المشرع الجزائري قد منح السلطة التقديرية للقاضي بإيقاع الفسخ من عدمه، وذلك بمراعاة مدى تأثير تخلف المدين عن التنفيذ الجزئي على العقد، فإذا كان خطيرا فإن القاضي يوقع الفسخ، أما إذا كان قليل الأهمية فالقاضي لا يوقع الفسخ.

كما يمكن للقاضي أن يمنح مهلة للمدين لتنفيذ باقي التزاماته ، و قد قضت المحكمة العليا في هذا الشأن بقرار رقم 212782 مؤرخ في 2000/01/12 بمنح أجل للمطعون ضدها لتنفيذ التزاماتها نظرا للظروف الأمنية الاستثنائية السائدة.¹

ج- تنفيذ طالب الفسخ لالتزاماته: من البديهي أنه كي يتقرر حق طلب الفسخ، يجب أن يكون طالبه قد نفذ التزاماته على الأقل قادر و مستعد لتنفيذها، فإذا قصر أو أخل بها لا يمكن له بأي حال من الأحوال أن يطلب بفسخ العقد تطبيقا للعدل وعدم ترجيح الكفة لطرف دون الآخر.²

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 461.

² السعدي محمد صبري، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، د ط، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص 351.

ثانياً- الفسخ كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية و السلطة التقديرية للقاضي فيه:

إذا تم اتخاذ إجراء قانوني حيز التنفيذ، فيجب على الأطراف تنفيذ الإجراء وفقاً للمتطلبات، إلا أن الإخلال يعتبر عقوبة لأنه قد يخالف أحد الطرفين هذا المبدأ. ما هو منصوص عليه قانوناً لمن لا يلتزم بالالتزامات القانونية المفروضة عليه.

1- تعريف الفسخ كجزاء للإخلال بمبدأ حسن النية في عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية :

بمجرد نشوء التصرف القانوني صحيحاً يجب على أطرافه تنفيذه وفقاً لمقتضيات مبدأ حسن النية، إلا أنه قد يخل أحد الأطراف بذلك، ومنه فإن الفسخ يعتبر الجزاء المنصوص عليه قانوناً لمن يخل بتنفيذ الالتزامات القانونية المفروضة عليه.

رر أن الإخلال بالالتزام العقدي عموماً يقصد به عدم الوفاء به، والوفاء قانوناً بمفهوم المخالفة هو تنفيذ الالتزام سواء الالتزام بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، والوفاء تصرف قانوني يجب أن يتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في هذا الأخير، وقد يكون الوفاء بسيطاً وهي الصورة العادية له، كما قد يكون الوفاء مع الحلول. أما عدم تنفيذ المدين لالتزامه يمكن القول بأنه ذلك الفعل أو الامتناع الصادر عنه والذي يجعل التنفيذ غير ممكن، وهو يعني توافر الخطأ العقدي من جانب الطرف المدين.

والإخلال بالالتزام في المعاملات العقارية الناجم عن سوء نية أحد الأطراف والملزم به قانوناً، هو ذلك الامتناع عن تنفيذ الالتزامات الواجبة في التصرفات العقارية نتيجة غش أو خداع مما يؤدي لحدوث خطأ عقدي عمداً، كما امتناع المرقى العقاري في عقود البيع على التصاميم من تنفيذ بعض التزاماته، ويكون هذا الإخلال عمداً أي ناجم عن سوء نيته، وكذا امتناع المستأجر عن دفع بدل الإيجار في السكنات الاجتماعية مما قد ينجم عنه الفسخ مع التعويض.¹

¹ نضرة بن ددوش، انقضاء الالتزام دون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص03.

2- السلطة التقديرية للقاضي في دعوى الفسخ لتحقيق التوازن:

- إن السلطة التقديرية للقاضي يقصد بها " أن يقوم القاضي باختيار أثر من بين الآثار القانونية الواردة في النص، والذي يرى بأنه أكثر ملائمة وفقاً للظروف المحيطة."، فتكون سلطة القاضي في اختيار الأثر القانوني للفسخ حسب ظروف الدعوى، وفكرة الملائمة، دون أن ننسى الحالة التي يكون عليها شرط الفسخ ضمناً كان أو صريحاً، ونطاق السلطة التقديرية للقاضي تظهر لنا من خلال العديد من الأمور أهمها:
- مصدر السلطة التقديرية للقاضي في قبول طلب الدائن بالفسخ أو رفضه هو القانون.
 - نطاق سلطة القاضي التقديرية بشأن طلب الفسخ ليست بالأمر المطلق وإنما مقيد و محصور بين الاختيار من أحد الآثار القانونية المنصوص عليها.
 - يكون المعيار المتبع في اختيار القاضي لأي من الآثار القانونية المنصوص عليها، بناء على تقدير جسامة عدم التنفيذ، والأسباب المؤدية لعدم التنفيذ من جانب آخر، بالإضافة إلى ظروف الدعوى.¹
 - في حال كان هناك نظرة ميسرة للمدين جعلته غير قادر على الوفاء، وثبت بأن المدين ليس بالشخص المماثل حينها يمكن أن يمنح المدين حسن النية مهلة للتنفيذ.²
 - سلطة القاضي تكون مقصورة على دعوى الفسخ .
 - يمكن أن تكون سلطة القاضي بالفسخ جوازية.
 - ينظر القاضي إلى حسن وسوء نية المخل بالتزامه.
 - غير أن سلطة القاضي التقديرية تنقيد في حالتين، الحالة الأولى عندما يتفق الطرفان عند إبرام العقد أن مجرد إخلال أي منهما يؤدي إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه، فهذا الشرط يسلب المحكمة سلطتها التقديرية، وعندها لا تملك إلا الحكم بالفسخ بعد التحقق من حصول الإخلال، أما الحالة الثانية إذا كان البائع مهتداً أن يضيع عليه المبيع والتمن فعندها يجب عليه القضاء بالفسخ.

¹ هبة حازم خضر كوبري، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، رسالة مقدمة لاستكمال الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، عمان، الأردن، 2021، ص

² هبة حازم خضر كوبري، الإطار القانوني لفسخ العقود الملزمة لجانبين، المرجع السابق، ص33.

الفرع الثاني:

دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية

إن خلو هذه التصرفات من شروطها الأساسية أو اختلال أركانها أو تخلف بعضها يؤدي إلى بطلان التصرف أو قابليته للإبطال، حيث أن تقرير بطلان التصرفات العقارية أو قابليتها للإبطال يتضمن تكريسا لضمان حماية المتعاقدين أو الغير حسني النية، فهو يعتبر الجزاء الذي أقره المشرع عند مخالفة شروط التكوين أو عند تخلف ركن من أركانه، ومنه يعتبر التصرف غير مشروعاً و بالتالي لا يترتب عليه أي أثر قانوني.

أولاً- تعريف البطلان المعاملات العقارية:

البطلان هو الجزاء المترتب على العقد الذي لم يستكمل أركانه ، أو لم يستوف شروطه، ويعرفه الأستاذ عبد الكريم بليور أنه "إنعدام الأثر القانوني للعقد الذي لم تحترم فيه القواعد التي أوجبه المشرع في العقد".¹ والبطلان هو "الجزاء المترتب على تخلف أحد أركان العقد أو شروطه من تراضي ومحل وسبب وشكل في العقود الشكلية"، ولما كانت الأركان والشروط ليست كلها على درجة واحدة من الأهمية إذ منها ما تغلب عليها المصلحة العامة كوجود الرضا والمحل والسبب والشكل، ومنها ما تغلب عليه المصلحة الخاصة كعيوب الإرادة، لهذا السبب جاء البطلان مراعيًا هذا الوضع.

والمشرع الجزائري أشار إلى البطلان بنوعيه البطلان المطلق تعبيرا عن حماية المصلحة العامة البطلان النسبي تعبيرا عن حماية المصلحة الخاصة، وذلك ضمن أحكام القانون المدني، كما أنه أشار إليه في قانون الأسرة حيث استحدث بدوره جزاء آخر أطلق عليه وقف التصرف.

ومنه فإن البطلان في التصرفات العقارية هو ذلك الجزاء الذي يترتب على تخلف ركن من أركان العقد، أو تخلف شرط من شروط الصحة كتخلف الشهر أو التسجيل.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 327.

ثانيا- صور البطلان:

اعتمد المشرع الجزائري التقسيم الثنائي للبطلان، حيث يميز بين البطلان المطلق والبطلان النسبي أي قابلية العقد للإبطال.

1- البطلان المطلق كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية:

يعتبر العقد في هذه الحالة منعدم الوجود ولا حاجة لتقريره، ويلحق هذا النوع من البطلان العقد الذي لم يستوف أركانه كإعدام تطابق الإرادتين، أو إنعدام المحل أو السبب أو عدم مشروعية محله أو سببه، أو الإخلال بركن الشكلية.¹

حيث أن الشكل الرسمي في عقد البيع يعد شرط ضروري لصحته،² وأن تحرير عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطلان ذلك "العقد قرار المحكمة العليا رقم 136156، مؤرخ في 18/02/1997.

" وتنص المادة 206 من قانون الأسرة الجزائري³، أن الهبة تنعقد بالإيجاب والقبول مع مراعاة قانون التوثيق بالنسبة للعقارات، لذا فإن الهبة تعتبر باطلة لعدم استيفائها الشروط الجوهرية.

و الأركان الواجب توافرها في التصرف العقاري والمتمثلة في الرضا، المحل، والسبب وكتابة العقد في شكل رسمي، إضافة إلى الشروط الخاصة أقرها المشرع للعديد من الاعتبارات أهمها تجسيد حسن النية وتحقيق العدالة العقدية وتحقيق استقرار المعاملات العقارية في المجتمع كعملية الشهر والتي تجعل من التصرف العقاري ذا حجية في مواجهة الكافة، ومنه فإن تقرير البطلان المطلق لتخلفها يعتبر حماية من المشرع لهذا المبدأ، خصوصا وأن البطلان المطلق أقره المشرع حماية للمصلحة العامة.

و لما كان ثابتا في قضية الحال أن الفريضة التي تم على أساسها البيع أمام الموثق لم تكن تشمل جميع الورثة الشرعيين بتعمد من المدعين، فهذا يشكل غشا من شأنه أن يؤدي إلى بطلان البيع ومن ثم فإن قضاة المجلس كانوا على صواب لما أبطلوا عقد البيع مسببين قرارهم تسبيا كافيا، ومن ثم يستوجب رفض الطعن، قرار رقم 148561، مؤرخ في 30/04/1997.

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 336، 337.

² حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، الطبعة الثامنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 374.

³ القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

2- البطلان النسبي كحماية قضائية جزئية لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية :

إن البطلان النسبي هو ذلك البطلان الذي يجعل العقد ينعقد صحيحا، ويظل كذلك ما لم يطعن المتعاقد في صحته، ويكون العقد باطلا بطلانا نسبيا أو قابلا للإبطال إذا كان رضا المتعاقد مشوبا بعيب من عيوب الرضاء كالغلط والتدليس، والإكراه والاستغلال، أو كان ناقص الأهلية.

و بما أن البطلان النسبي يرتبط بعيوب الإرادة والتي ترتبط ارتباطا وثيقا بحسن أو سوء النية، ففي غالب الأحيان يكون أساسها الغش والخداع ومنه توافر سوء النية كحالة العلم بالغلط، وعلى هذا الأساس فقد أقر المشرع هذا النوع من البطلان كحماية للمصلحة الخاصة.¹

¹ علي فيلاي، المرجع السابق، ص 333.

خلاصة الفصل:

ما يمكن استخلاصه من خلال هذا الفصل أن المشرع الجزائري جسد حماية قانونية و قضائية لمبدأ حسن النية للمعاملات العقارية حيث تمثلت القانونية في عمليتي التسجيل و الشهر لما لهما دليل و حجية قاطعة لحسن النية، أما القضائية فخصصها بكل من دعوى الفسخ و البطلان و ذلك حماية للعقد و المعاملات العقارية الناتجة عنه لتحقيق التوازن و استقرار المعاملات.

خاتمة

في ختام موضوع بحثنا هذا يمكن القول أن مبدأ حسن النية من المبادئ التي عرفت تحولاً جذرياً، فقد كان أول ظهور له في القانون الروماني، حيث أعتبر مبدأ أخلاقي ديني، ومع التطور الذي شهده العالم في كل من الجانب الاقتصادي والاجتماعي، سواء على الصعيد الخارجي أو الداخلي للدول، أدى إلى تطور المنظومة القانونية بدورها بتساعد مكانة نظرية العقد وأهميتها في المعاملات، فإن معظم التشريعات أخذت بمبدأ حسن النية كقاعدة قانونية عامة ومفترضة في إبرام العقود وتنفيذها وجعلت منه أداة فعالة لحماية العلاقة العقدية و منه المعاملات العقارية.

بحيث يعتبر مبدأ حسن النية من المبادئ الأساسية التي تكتسي أهمية البالغة والتي تشهد انتعاشاً ملحوظاً في الآونة الأخيرة، خاصة في حال ما ارتبط بتصرف قانوني عقاري أو معاملة عقارية، كون هذا الأخير يرتبط بتطور الميادين الاقتصادية، فهو بهذا الشأن ذلك المبدأ الأخلاقي الذي تطور مع تطور الأنظمة القانونية ليصبح مبدأ عام يشمل جميع المعاملات القانونية بما فيها العقارية.

غير أن هذه المعاملات العقارية و جميع مراحلها يفترض فيها مراعاة مقتضيات مبدأ حسن النية و التي تقوم على ركائز و دعائم أخلاقية ثابتة مثل الثقة، الأمانة، الوفاء و العهد و غيرها من الصفات الأخلاقية، لما له دور و مكانة في هاته المعاملات و في حمايتها.

غير أن العديد يعتقد أن المعاملات العقارية تخلو من مبدأ حسن النية، كونها تقوم على مجموعة من الشكليات تعتبر ظاهرياً قيد على مبدأ حسن النية والتي تتمثل في التوثيق والتسجيل والشهر، إلا أن هذا المعتقد غير مؤسس، كون هاته الإجراءات الشكلية والمفروضة على هذا النوع الخاص من التصرفات تهدف ضمناً إلى تحقيق تجسيد فعلي لمبدأ حسن النية، كون أن المعاملات العقارية يضمنها التصرف العقاري الذي يكون مبنياً على مقتضيات تهدف إلى تحقيق العدالة و التوازن و استقرار المعاملات عن طريق مبدأ حسن النية.

فجوهر مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية له نجاعة و فعالية فهو يؤدي إلى ضمان استقرار المعاملات العقارية وتحقيق الأمن العقاري، وذلك من خلال حماية مالك العقار أو المنتفع منه أو الغير وكل من له علاقة، فهو يهدف لحماية المصالح المشروعة للأطراف في التصرف العقاري، مع محاولة تجنب الإضرار بأي طرف، و جوهر حسن النية في التصرفات العقارية يختلف من تصرف لآخر، إلا أن غرضه الأساسي حماية جميع الأطراف في التصرفات العقارية، كما أن تطبيقات مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية لا تخرج عن حدود مراعاة عدم الإضرار بالمصلحة المبررة المشروعة للطرف المقابل في التصرف و الغير.

و المشرع أقر دعوى الفسخ و دعوى البطلان كحماية قضائية أيضا تجسد التكريس الضمني لمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، والتي تهدف بالدرجة الأولى لتحقيق التوازن بين حقوق الأطراف والغير أيضا، عن طريق إقرار العديد من الحقوق.

- النتائج المتوصل إليها:

و من خلال دراستنا هذا توصلنا إلى مجموعة من النتائج تتمثل فيما يلي:

- أنّ هذا المبدأ هو أساس الإرادة المنتهجة لبناء الرابطة العقدية و الباعث الحقيقي للهدف المرجو من العقد حيث من الصعب إنكار وجوده، فمهما اختلفت محاولات تعريف مبدأ حسن النية إلا أنها تتفق جميعا في أنّ كل من مفهوم حسن النية و سوء النية مفهوم واسع، وصعب التعريف و الإحاطة بمختلف جوانبه.

- إذ يقتضي مبدأ حسن النية في العقود الأمانة والنزاهة و التعاون والإعلام والاستعلام، واحترام الثقة حيث توجد مقتضيات يجب مراعاتها في مرحلة تكوين العقد كمرحلة المفاوضات و الأخذ بالإرادة الناتجة عن هذه المفاوضات.

- يتمتع مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية بحماية قانونية تتمثل في علانية التصرفات والتي تكمن في التسجيل والشهر والتي تهدف لحماية أطراف التصرف والغير، فمبدأ حسن النية في التصرفات العقارية يحتاج إلى الوقاية والحفظ والصيانة من كل ما يتعارض ومقتضياته، وهذا لا يكمن إلا من خلال الحماية القانونية والتي تكمن في علانية التصرفات العقارية على اختلاف أنواعها.

- إن جوهر الحماية القانونية للغير حسن النية يتحقق أساسا من خلال التوفيق بين مصالح الأطراف ومصالح الغير على نحو لا يهدر معه أي حق من الحقوق وفقا لما يقتضيه مبدأ حسن النية.

- كما يتمتع مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية بحماية قضائية تظهر من خلال دعوى الفسخ و البطلان.

- الاقتراحات و التوصيات:

كما خلصت الدراسة إلى مجموعة من الاقتراحات تتمثل فيما يلي:

- إعطاء مفهوم دقيق لمبدأ حسن النية نظرا لما يترتب عليه من حقوق و واجبات.
- إضافة نصوص قانونية خاصة ضمن القانون المدني تنص على الالتزامات الفرعية المنبثقة عن مبدأ حسن النية، والتي تجسده ضمنا كوجوب الالتزام بالإعلام، الالتزام بالاستعلام، الالتزام بالتعاون احترام الثقة المشروعة، التحذير الإنصاف.....الخ، والنص على هذه الالتزامات أيضا ضمن القوانين الخاصة والمرتبطة بالتصرفات العقارية، كقانون الترقية العقارية، كون هاته الالتزامات في مجملها التزامات قانونية يقتضيها حسن النية.
- إعطاء اهتمام أكبر لمبدأ حسن النية و تحديد المسؤولية القائمة بشكل أكثر وضوحا في حالة الإخلال به و توقيع الجزاء و ذلك لتحديد العدالة و تحقيق التوازن و استقرار المعاملات العقارية.

قائمة المصادر و المراجع

أولاً- المصادر:

- القرآن الكريم:

- السنة النبوية:

- صحيح ابن ماجه ابن الجوزي للنشر و التوزيع ، مدينة جدة السعودية، 2007، ط4.

- النصوص القانونية:

- الأوامر والقوانين:

1- الأوامر:

- الأمر 75-58 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 بتاريخ 30/05/1975 المعدل والمتمم بموجب قانون 07-05 جريدة رسمية عدد 31 بتاريخ 13/05/2007.
- الأمر 70-91، المؤرخ في 15/12/1970، المتضمن تنظيم التوثيق، الجريدة الرسمية العدد 107، سنة 1970، الملغى بموجب القانون 88-14.
- الأمر 71-73، المؤرخ في 08/11/1971، المتضمن قانون الثورة الزراعية، الجريدة الرسمية العدد 97، سنة 1971، المؤرخة في 30/11/1971.
- الأمر 71-74، المؤرخ في 16/11/1971، المتضمن قانون التسيير الاشتراكي، المؤرخ في 16/11/1971، ج ر ع 78 لسنة 1971.
- الأمر رقم 76-105 المؤرخ في ديسمبر 1976 المتضمن قانون التسجيل، الجريدة الرسمية، 1976، عدد 81.
- الأمر 75-74 المؤرخ في 12/11/1975، المتضمن إعداد مسح الأراضي العام و تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 92 المؤرخة في 18/11/1975.

2- القوانين:

- القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09/06/1984، المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.
- القانون 90-25، المؤرخ في 18/11/1990، المتضمن قانون التوجيه العقاري، ج ر 49، المعدل و المتمم بموجب الأمر 95-26 بتاريخ 25 سبتمبر 1995، الجريدة الرسمية العدد 55.

3- المراسيم التنفيذية:

- المرسوم تنفيذي رقم 76-62 المؤرخ في 25 مارس 1976، المتضمن تأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية، العدد 30 ، المؤرخة في 13/04/1976 معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي 93/123 المؤرخ في 19/05/1993 ، الجريدة الرسمية، العدد 34 المؤرخة في 23 ماي 1993.
- المرسوم تنفيذي رقم 76-63 المؤرخ في 25 مارس 1976 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، الجريدة الرسمية، العدد 30 ، المؤرخة في 13/04/1976 معدل و متمم بالمرسوم التنفيذي 92-134 المؤرخ في 07/04/1992 ، الجريدة الرسمية ، العدد 26 المؤرخة في 08 أفريل 1992.

4- قرارات المحكمة العليا:

- المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1985/10/30، ملف رقم 34951 ، 1990 ، عدد 02، ص 44.
- المحكمة العليا، الغرفة العقارية، 2002/02/20، ملف رقم 225843، 2002، العدد 02، ص.370.
- المحكمة العليا 52061، الغرفة المدنية، بتاريخ 15/01/1990، المجلة القضائية لسنة 1993، العدد 01، ص113.

ثانيا- المراجع باللغة العربية:

1- الكتب القانونية:

- بلحاج العربي النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الواقعة القانونية (الفعل غير مشروع، الإثراء بلا سبب، والقانون)، الجزء الثاني، الطبعة السادسة، ديوان المطبوعات الجامعية بن عكنون الجزائر، 2014.
- بلحاج العربي، أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، وفق آخر التعديلات، ومدعم بأحدث اجتهادات المحكمة العليا، دراسة مقارنة دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013.
- جمال بوشناف، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، 2006.
- حسن حسين البراوي، التزام المؤمن بالأمانة من مرحلة إبرام العقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 22 شارع عبد الخالق ثروت، القاهرة، 2006.
- حسين عبد اللطيف، أحكام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دون طبعة، دون سنة النشر .
- حمدي باشا عمر، القضاء العقاري في ضوء أحدث القرارات الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة العليا، الطبعة الثامنة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر .
- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية في ضوء آخر التعديلات و أحدث الأحكام ، دار هومة، 2003.
- دوة آسيا، رمول خالد، الإطار القانوني و التنظيمي لتسجيل العقارات في التشريع الجزائري، الطبعة الثالثة، دار هومة، الجزائر، 2011.
- سليمان بوقندورة، البيوع العقارية الجبرية والقضائية، إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية على ضوء قانون، الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة الجزائر، 2015.
- عبد الحميد الشواربي، "المشكلات العملية في تنفيذ العقد"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988
- عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، بيروت، 2004.

- عزيز سليمان شيرزاد ، حسن النية في إبرام العقود، دراسة في ضوء القوانين الداخلية والاتفاقيات الدولية ، دار دجلة عمان، الأردن، 2008.
- علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ط 7، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
- علي فيلاي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار النشر و التوزيع، ج 1، ط 2، 2005.
- مجيد خلفوني، نظام الشهر العقاري في القانون الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2011.
- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومة الجزائر، 1999.
- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام-التصرف القانوني، العقد والإدارة المنفردة، ج 1 ، ط 2 ، عين مليلة، الجزائر، 2004.
- محمد طه البشير، و آخرون، " القانون المدني و أحكام الالتزام"، وزارة التعليم العالي و البحث العلمي، العراق، الجزء الثاني، د.س.ن.
- مصطفى عبد الحميد عدوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ط 2، 1992.

2- الرسائل و المذكرات الجامعية:

أولاً- رسائل الدكتوراه:

- بن قدور أمال، مبدأ حسن النية في التصرفات العقارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الخلفة، 2023/2022.
- توفيق زيدان، الجباية العقارية في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر باتنة 2015، 2016.
- زهدور إنجي هند، حماية التصرفات القانونية و إثباتها في ظل نظام الشهر العقاري، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2015، 2016.

- ليلي لبيض ، منازعات الشهر العقاري في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، 2011/2012.

ثانيا- رسائل الماجستير:

- بن يوب هدى، "مبدأ حسن النية في العقود"، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، تخصص قانون العقود المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أ البواقي، 2012 / 2013.

- صابرينة بيطار ، التعويض في نطاق المسؤولية المدنية في القانون الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع القانون الخاص الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد درارية أدرار، 2015.

3- المجالات:

- أمينة بن يمينة، كوثر بن فراحي، سهلي زهدور، إجراءات نقل الملكية في البيع العقاري في التشريع الجزائري، مجلة آفاق للبحوث و الدراسات، العدد الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، ماي 2018.

- حمزة بن خدة ، قراءة في أهم مستجدات القانون المدني الفرنسي لسنة 2016 ومدى تأثيرها على القانون المدني الجزائري في ثوبه الحالي، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة المسيلة، المجلد الثالث، العدد 18، 2018، ص 417.

- زيدان بوريس، الطرق و الإجراءات لتحرير عقد توثيقي، مجلة الموثق، الغرفة الوطنية للموثقين، الجزائر، العدد 08، 2002.

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

- عهود أحمد حسين خليفات، "مدى انسحاب ودور مبدأ حسن النية على مراحل ما قبل وأثناء وبعد تنفيذ العقود المدنية، دراسة تحليلية"، مجلة العلوم القانونية و الاجتماعية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر، المجلد الخامس، العدد 01، مارس 2020.

- فاطمة الزهراء زيتوني ، (بحث مضمون مبدأ حسن النية في إطار نظرية العقد)، مجلة القانون والعلوم السياسية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أحمد بلقايد، تلمسان، العدد 04، جوان 2016.

4- المواقع الالكترونية:

- فتوى الشبكة الإسلامية ، <http://www.isiamweb.net>

5- الكتب باللغة الفرنسية:

- Basdevant Jules, Dictionnaire De La Terminologie De Droit international, Pedon, 1960

الفهرس

شكر و عرفان

الإهداء

4-1	 مقدمة
5	 <u>الفصل الأول: مبدأ حسن النية في العقود</u>
6	 تمهيد
7	 <u>المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لمبدأ حسن النية في العقود</u>
7	 المطلب الأول: ماهية مبدأ حسن النية
8	 الفرع الأول: تعريف مبدأ حسن النية
14	 الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية
18	 المطلب الثاني: التطور التاريخي لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية
18	 الفرع الأول: مبدأ حسن النية في الفقه الإسلامي
19	 الفرع الثاني: تطور مبدأ حسن النية في المعاملات العقارية في التشريع الجزائري
23	 المبحث الثاني: نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاملات العقارية
23	 المطلب الأول: نطاق مبدأ حسن النية و دوره في المعاملات العقارية (العقود بصفة عامة)
23	 الفرع الأول: نطاق مبدأ حسن النية
25	 الفرع الثاني: دور مبدأ حسن النية في العقود
27	 المطلب الثاني: مفهوم المعاملات العقارية
28	 الفرع الأول: العقار كأساس لاعتبار التصرف القانوني تصرفا عقاريا

29	الفرع الثاني: الحقوق العينية لاعتبار التصرف القانوني تصرفاً عقارياً
31	خلاصة
32	<u>الفصل الثاني: الحماية القانونية و القضائية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية</u>
33	تمهيد
34	المبحث الأول: الحماية القانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية
34	المطلب الأول: التسجيل كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية
34	الفرع الأول: تعريف و خصائص تسجيل التصرفات القانونية وفقاً لمبدأ حسن النية
36	الفرع الثاني: وظيفة التسجيل
39	المطلب الثاني: شهر المعاملات العقارية كحماية قانونية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية
40	الفرع الأول: تعريف الشهر العقاري وفقاً لمبدأ حسن النية
41	الفرع الثاني: أنظمة الشهر العقاري و مبدأ حسن النية
44	الفرع الثالث: أهداف الشهر العقاري المرتبطة بمبدأ حسن النية
47	المبحث الثاني: الحماية القضائية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية
47	المطلب الأول: دعوى التعويض عن الأضرار الناجمة
47	الفرع الأول: التعويض و شروط استحقاقه
52	الفرع الثاني: حسن النية و تقدير التعويض في التصرفات العقارية
53	المطلب الثاني: دعوى الفسخ و البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية
53	الفرع الأول: دعوى الفسخ في المعاملات العقارية

58	الفرع الثاني: دعوى البطلان كحماية قضائية لمبدأ حسن النية في المعاملات العقارية.....
61	خلاصة
67-62	خاتمة
74-68	قائمة المصادر و المراجع
80-75	الفهرس