

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية - أدرار

كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية والعلوم الإسلامية

قسم العلوم الإسلامية

# الحقوق العينية الأصلية للعقار ومدى جواز التصرف فيها

## " دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري "

مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية

التخصص: شريعة وقانون

إشراف الأستاذ:

د. بلعتروس محمد

إعداد الطالب:

نعيمي عبد الرحمان

لجنة المناقشة

د. محمد فتاحي	أستاذ محاضر «أ»	رئيسا	جامعة أحمد دراية. أدرار
د. محمد بلعتروس	أستاذ محاضر «أ»	مشرفا ومقررا	جامعة أحمد دراية. أدرار
د. إدريس باخويا	أستاذ محاضر «أ»	مناقشا	جامعة أحمد دراية. أدرار
د. موفق طيب شريف	أستاذ محاضر «أ»	مناقشا	جامعة أحمد دراية. أدرار

السنة الجامعية: 1435-1436 هـ / 2014-2015م

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

## شكر وعرّفان

" رب أوزعني أن اشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن اعمل صالحا ترضاه

وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين "

النمل - 19 -

نتوجه إلى الله سبحانه وتعالى بالشكر على ما أنعم علينا

وبالشكر والتقدير إلى من أعانني على البحث العلمي

الأستاذ الدكتور بلعتروس محمد الذي أشرف علي هذا البحث فكان

نعم الموجه والمرشد والناصح والداعم بالمراجع الخاصة

مصلحة الشؤون القانونية والمنازعات بولاية ورقلة

كلية الحقوق بجامعة ورقلة

جامعة أحمد دراية - أدرار

أساتذة وإداريين وعمال

## الإهداء

إلى من كان لهما الفضل لما وصلت إليه،

أبي أمي،

إلى زوجتي التي كانت نعم الرفيق ونعم العون

إلى أبنائي وبناتي: هبة الرحمن، مالك أنس

أحمد فاروق، أروى، بارك الله لي فيهم

إلى الزميل الدكتور سبوكر إسماعيل

الذي دفعني إلى البحث العلمي

إلى أخوتي وأخواتي في الله.

# المقدمة

## المقدمة

الحمد لله وحده و الصلاة و السلام على سيدنا محمد و اله و صحبه و من سار على هديه، و بعد:

فالملكية كما تعكس علاقة الإنسان ببيئته، تترجم واقع حضارته كذلك، كما يناط الاستقرار و السلم الاجتماعيان، إلى حد كبير، بطبيعة نظام الملكية السائدة في المجتمع.

لذلك اعتنى الفكر الإنساني بالملكية عناية كبرى، و تناولها في عدد من فروع المعرفة. و قد حفل تاريخها بالاختلاف و التباين في وجهات النظر بين رجال التشريع ، بين مؤيد للملكية الخاصة، و مدافع عن الملكية العامة. و ما يزال البحث جاريا عن التنظيم الأفضل للملكية، و الذي يتماشى مع مصلحة الفرد و المجتمع معا، و يضمن لها أداء وظيفتها الاجتماعية بفاعلية و أمان.

و سعيا منها لتحقيق هذا الغرض، دأبت الدول على سن تشريعات خاصة بموضوع الملكية، لا سيما الحقوق العينية المتعلقة بالعقار، قاصدة بذلك تنظيمها و حمايتها من الاعتداء عليها و على حقوق أصحابها، و بيان مدى سلطاتهم في التصرف فيها.

و في هذا الصدد، أصدرت الدولة الجزائرية عددا من القوانين و المراسيم تنظم المجال العقاري، من ذلك القانون رقم 11-04 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، و القانون رقم 10-03 الذي يحدد شروط و كفاءات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، و المرسوم التنفيذي رقم 01-105 المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفاءات ذلك، و غيرها من القوانين و المراسيم.

و كان مما هدف إليه المشرع من خلال هذه المنظومة من التشريعات، حماية الأملاك العقارية التي تخصصها الدولة إلى فئة معينة من الاتجار فيها و جعلها وسيلة للاغتناء بغير وجه حق.

## 1- أهمية الموضوع:

و قد اخترت هذا البحث المعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية للعقار ومدى جواز التصرف فيها": دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون الجزائري" نظرا لأهمية موضوعه التي تتجلى فيما يلي:

أ- تتبع أهمية هذه الدراسة من أهمية موضوعها "الملكية"، و ذلك لما يخول حق الملكية للمالك من سلطات تمكنه من استعمال حقه و استغلاله و التصرف فيه على النحو الذي يراه مناسبا لتحقيق ما يريد من أهداف.

و لحقوق الملكية عامة، و الحقوق العينية العقارية الأصلية منها خاصة، وظيفة اجتماعية هامة و حساسة في آن واحد، الأمر الذي يحتاج إلى انتهاج خطة تشريعية رشيدة لتنظيم هذه الحقوق، و توجيه التمتع بها و ممارستها، و جهة بناءة، تجمع بين تحقيق المصلحتين العامة و الخاصة.

و لعل أبرز جانب في هذه الحقوق و أهمه هو رسم حدود بينة للتصرف فيها، مما يعكس دقة البحث النظري و أهميته في هذه الجوانب المعقدة.

ب- و مما يكسب هذا البحث طابع الجدة، هو عدم اقتضاره على الجانب النظري للموضوع، بل تعدى ذلك إلى الدراسة التطبيقية لأنماط الملكية العقارية - الاجتماعية و الفلاحية - و صيغ التخصص الحديثة، مثل: السكن الترقوي، و الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة، و المساكن الاجتماعية بشتى صيغها، و ذلك للوقوف على كيفية تنظم المشرع الجزائري لجانب التصرف فيها، مع إبراز موقف الشريعة الإسلامية من هذا التنظيم، و هو الأمر الذي يساهم و لا ريب في إثراء المبادرة التشريعية في هذا الخصوص.

ج- و لا يخفى ما لهذا الموضوع من حيوية، و ذلك بالنظر إلى حدائته و ارتباطه بالواقع المعيش، و إلى معالجته بطريقة مقارنة بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي.

## 2- أسباب اختيار الموضوع:

إن مما دفعني لبحث هذا الموضوع، هو ما رأيت من الأسئلة الكثيرة والمتكررة، الموجهة للعلماء و خريجي الجامعات و المعاهد الإسلامية، و التي تستفسر عن مدى جواز التصرف في هذه الحقوق المتعلقة بال عقار، و حكم الشريعة الإسلامية في البيوع الجديدة المتعلقة بالأراضي الممنوحة و السكنات المدعمة من طرف الدولة كإعانة للمواطنين، و غير ذلك من الأسئلة. فكانت هذه هي الإثارة و السبب الخاص الباعث على التصدي لهذا البحث.

و بالتأمل في تلك الأسئلة و ما تحمل من إشكالات، بدا لي أنها ذات أغوار معرفية دقيقة و معقدة، فاكتملت قناعاتي بأنها تستحق البحث فيها و سبر مختلف جوانبها في نطاق من الدراسة الأكاديمية المتعمقة و المتكاملة.

## 3- أهداف البحث:

يرمي هذا البحث إلى إبراز اهتمام الشريعة الإسلامية بالحقوق العينية الأصلية من خلال حماية هذه الحقوق و تنظيم أوضاعها، بما يكفل تحقيق المصالح المشروعة و صيانة قواعد العدالة، و حماية مسيرة التقدم الإنساني من كل مظاهر الاستغلال و التلاعب.

و إذا لم تكن المسألة قد بلغت على عهد فقهاء الإسلام القدامى هذا الوضع المعقد و المتطور، فإنهم تناولوا كثيرا من هذه الحقوق و قيود التصرف فيها، حسب ما كان موجودا أو متصورا في عصرهم. و قد كونت تلك الأحكام التي أخرجوها لنا منطلقا هاما للأبحاث المعاصرة في الموضوع، التي تصدى لها فقهاء الإسلام المحدثون، فارتبط قديم الفقه الإسلامي بحديثه. و كان هدف البحث في هذه الدراسة إبراز الاجتهادات الفقهية المتكاملة ومقارنتها بأحكام القانون الوضعي، في هذا الموضوع الذي ما فتئ يعرف أبعادا جديدة و صيغا مستحدثة، تأثرا بالتطورات الاجتماعية و الاقتصادية و السياسية الحاصلة في المجتمع.



#### 4- إشكالية البحث:

يتعرض العقار في كثير من الأحيان إلى بعض الممارسات غير المشروعة، و إتباع طرق من سوء الاستغلال و التلاعب بهذه الثروة القومية الهامة، و قد تلتبس بعض الأوضاع على من يريد التعامل في مجال العقار السكني أو الفلاحي أو سواه، فلا يعرف الوجه الصحيح و الشرعي من هذا التصرف أو ذاك، فيثور مشكل مدى مشروعية التصرف في الحقوق العينية الأصلية للعقار من جهتي الشريعة و القانون، و التي تعد الإشكالية الرئيسية لهذا البحث.

لذلك جاءت هذه الدراسة لبحث حدود جواز التصرف في تلك الحقوق، و رسم معالم مشروعية هذه التصرفات منعا لبعض أشكال المضاربات السائدة في سوق التصرفات العقارية التي تسيء إلى الثروة العقارية الوطنية.

#### 5- منهج البحث:

يعتمد هذا البحث - بحكم طبيعة التخصص - على المنهج المقارن، و ذلك للموازنة بين موقف القانون الجزائري و موقف الشريعة الإسلامية في الموضوع محل الدراسة. و تهدف المقارنة إلى ترشيد و إثراء التشريعات القانونية ذات الصلة. و المقارنة تفرضها حتميتان: الأولى كوننا متعبدين بالشريعة الإسلامية الغراء، و ضرورة أن تتطابق سائر الأحكام و الأوضاع التشريعية لها. و الحتمية الثانية هي خضوعنا لأحكام القانون في المعاملات اليومية.

و إلى جانب ذلك، تعتمد الدراسة أيضا على المنهج التحليلي، لأنه الأنسب لبحث الحقوق المدروسة و حدود التصرف فيها.

#### 6- الدراسات السابقة:

لم أقف - حسب اطلاعي المتواضع - على دراسة شاملة و متخصصة في هذا الموضوع، تتناول كل جزئياته نظرية و تطبيقا، عدا ما أشارت إليه بعض المؤلفات، منها:

- "الحقوق المالية و مدى جواز الاعتياض عنها مع تطبيقاتها المعاصرة: دراسة فقهية مقارنة" للدكتور علي محي الدين القره داغي. و هي دراسة مفيدة في موضوعها، حيث عرف الحق و أقسامه، و عرج على الحقوق المالية و درس مدى جواز الاعتياض عن هذه الحقوق، و خاصة حق التنازل لمدة طويلة، و هو الحق الذي أخذ به المشرع الجزائري بالنسبة لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة.

- البحوث المقدمة لمجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، و التي عالجت جملة من المسائل المتصلة بهذا البحث، لا سيما ما تعلق ببيع الخلوات، و الإجارة المنتهية بالتملك، و انتزاع الملكية الخاصة للمصلحة العامة، و التمويل العقاري لبناء المساكن و شرائها، و غيرها.

و تجدر الإشارة إلى قلة الدراسات الشرعية الأكاديمية الحديثة، و كذا الأبحاث القانونية الخاصة بالقوانين و المراسيم الجزائرية المستحدثة في هذا الشأن.

## 7- خطة البحث:

و لتحقيق الأهداف المرجوة من هذا البحث، اتبعت الخطة الإجمالية الآتية:

### المقدمة

### الفصل الأول: حق الملكية و مدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري

#### و الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: نطاق الملكية العقارية و وظيفتها في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: القيود الواردة على حق التصرف في الملكية العقارية في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

## الفصل الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية و مدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: حق الانتفاع و مدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني: حق الاستعمال و مدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

المبحث الثالث: حقوق التملك المشروط و مدى جواز التصرف فيها في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

## الفصل الثالث: نماذج تطبيقية لمدى جواز التصرف في الحقوق العينية الأصلية بين القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية

المبحث الأول: السكنات المقتناة عن طريق البيع بالإيجار

المبحث الثاني: الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة و مدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري و الشريعة

المبحث الثالث: السكنات المقتناة في إطار الترقية العقارية.

و أخيرا: الخاتمة

## الفصل الأول: حق الملكية ومدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري والشريعة

\*المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية في القانون الجزائري و الشريعة

\*المبحث الثاني: نطاق الملكية العقارية و وظيفتها في القانون الجزائري و  
الشريعة

\*المبحث الثالث: القيود الواردة على حق التصرف في الملكية العقارية في  
القانون الجزائري و الشريعة

## الفصل الأول: حق الملكية ومدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري والشريعة

يتناول هذا الفصل حق الملكية العقارية بوجه عام، مع الإشارة إلى وظيفة الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، والقيود الواردة على الملكية العقارية، و موقف القانون والشريعة من هذه القيود التي تحقق الوظيفة الاجتماعية للملكية العقارية، لذلك فقد قسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، خصص المبحث الأول لدراسة ماهية الملكية العقارية، والثاني لدراسة نطاق الملكية العقارية ووظيفتها؛ أما الثالث فخصص لمبحث القيود الواردة على حق التصرف في الملكية العقارية.

### المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

إن حق الملكية العقارية يتطلب عقارا يمارس عليه هذا الحق؛ لهذا يشتمل هذا المبحث تعريف الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة، وطبيعة الملكية العقارية فيهما، وخصائصها في كل من القانون الجزائري والشريعة.

#### المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية

إن مصطلح الملكية العقارية مكون من لفظتين؛ لا يتم فهمه إلا بفهم هاتين اللفظتين، وهما لفظة العقار، ولفظة الملكية، وهذا ما يبينه الفرعان التاليان:

#### الفرع الأول: تعريف العقار

لابد قبل التطرق لتعريف العقار في القانون الجزائري والشريعة من معرفة معناه لغة.

#### أولاً: تعريف العقار لغة<sup>1</sup>

يدور معني لفظ عقر في اللغة على السكون والاستقرار والثبات والحبس ومنه قيل: عقر الإبل: إذا قطع قوائمها بالسيف لتسكن فيسهل ذبحها. عقر عقرا به: حبسه عن السير.

<sup>1</sup> - ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، سنة 1414هـ، ج 4 ص 529، الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، (بدون طبعة)، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، سنة 2008م، ص 218، مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1972م، ص 645، دار المشرق، المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الثالثة والأربعون، دار المشرق، بيروت، سنة 2008، ص 519.

- عقرت المرأة والناقة: صارت عاقرا: أي حبس رحمها لم تلد, ومنه المثل « الحركة ولود والسكون عاقر». ومنها قوله تعالى على لسان زكرياء ﴿ وَكَانَتْ إِمْرَأَةً كَافِرًا ﴾ (سورة مريم الآية 07).

- عقر الأمر: لم ينتج عاقبة.

- عقر (بكسر القاف) الرجل: بقي مكانه لم يتقدم أو يتأخر لفرع أصابه, كأنه مقطوع الرجل. ومنه سميت الأرض والدار والنخيل عقارا, للثبات والسكون والاستقرار. فالعقار في اللغة إذن هو: « كل ملك ثابت له أصل, كالأرض والدار».

### ثانيا: تعريف العقار في القانون الجزائري

نصت المادة 683 من القانون المدني الجزائري<sup>1</sup>, على: «أن كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار», والذي يهمننا هو العقار بطبيعته<sup>2</sup> المتمثل في العقار غير المبني بالأرض, والعقار المبني كالمباني.

### ثالثا: تعريف العقار في الشريعة:

هناك في الشريعة الإسلامية اتجاهان في تعريف العقار<sup>3</sup>:

الاتجاه الأول: اتجاه الأحناف, فالعقار عندهم هو ما لا يمكن نقله وتحويله أصلا, وهذا لا يصدق إلا على الأرض خاصة.

الاتجاه الثاني: اتجاه المالكية, فالعقار عندهم ما يمكن نقله مع بقاء هيئة وصورته الأولى, فيدخل الشجر بأنواعه والبناء:

<sup>1</sup> - الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975, والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم, الجريدة الرسمية 87 مؤرخة في 13 رمضان 1395 هـ الموافق ل19 سبتمبر 1975م.

<sup>2</sup> - قسم القانون المدني العقار إلى نوعين حسب المادة 683, عقار بطبيعته: وهو كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فيشمل الأراضي والأبنية والأشجار والنباتات, وعقار بالتخصيص: وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه, رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله مثل آلة الري ومولد الكهرباء وغيرها.

<sup>3</sup> - مصطفى شلبي, المدخل في الفقه الإسلامي, الطبعة العاشرة, الدار الجامعية, بيروت, سنة 1985م, ص335.

من خلال ما تقدم يلاحظ؛ أن القانون الجزائري يتطابق مع الفقه المالكي، في تعريف العقار، بأنه كل مالا يمكن نقله مع بقاء صورته وهيئته الأولى.

### الفرع الثاني: تعريف الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

يتناول هذا الفرع تعريف الملكية العقارية في كل من القانون الجزائري والشريعة، ويبرز نقاط الاتفاق ونقاط الاختلاف إن وجدت.

#### أولاً: تعريف الملكية العقارية في القانون الجزائري

نصت المادة 27 من قانون التوجيه العقاري<sup>1</sup>. على مفهوم الملكية العقارية الخاصة، فجاء فيها: «الملكية العقارية الخاصة، هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفق طبيعتها أو غرضها».

من خلال ما تقدم يتبين أن الملكية العقارية هي سلطة مباشرة يقرها القانون لشخص معين على عقاره، أو حق عيني عقاري، بحيث تخول له سلطة التصرف عينا ومنفعة واستغلالا، وأن لفظ التمتع يشمل الاستغلال والاستعمال.

#### ثانياً: تعريف الملكية العقارية في الشريعة

الملكية أو الملك: علاقة بين الإنسان والمال، أقرها الشرع تجعله مختصا به، ويتصرف فيه بكل التصرفات، ما لم يوجد مانع من التصرف.

والملك كما يطلق على هذه العلاقة، يطلق أيضا على الشيء المملوك، نقول: هذا الشيء ملكي أي مملوك لي<sup>2</sup>.

يلاحظ أن القانون الجزائري والشريعة اتفقتا في تعريف الملكية العقارية، بأنها سلطة تمكن الشخص من التصرف في العين واستغلال واستعمال منفعتها.

<sup>1</sup> - قانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، يتضمن التوجيه العقاري معدل ومتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 مؤرخة في 01 جمادى الأولى 1411 هـ الموافق لـ 18 نوفمبر 1990م.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سنة 1991 م، ج 4 ص 56 .

## المطلب الثاني: طبيعة الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

للملكية العقارية طبيعة تميزها، وذلك في كل من القانون الجزائري والشريعة، فما هي هذه الطبيعة؟. هذا ما تحاول النقطتان الآتيتان الإجابة عليه.

### أولاً: طبيعة الملكية العقارية في القانون الجزائري

طبيعة الملكية العقارية في القانون الجزائري هي عبارة عن حق عيني مقصور على صاحبه؛ إذن هو اختصاص بالشيء، يكون لصاحب هذا الاختصاص دون غيره حق استغلال هذا الشيء وحق استعماله والتصرف فيه في حدود القانون، وقد جاء هذا التعريف لطبيعة الملكية العقارية الخاصة في المادة 28 من قانون التوجيه العقاري، حيث نصت على أن «الملكية الخاصة للأموال العقارية والحقوق العينية العقارية يضمنها الدستور وتخضع للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المذكور أعلاه.

ويجب أن يوافق استغلال الخصائص المرتبطة بها الفائدة العامة التي أقرها القانون».

ونصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري، على أن «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين والأنظمة».

فمن خلال ما تقدم يتضح أن الملكية العقارية الخاصة حق خاص، فالمالك له أن يمارس سلطاته على عقار في حدود القانون، فالقانون الجزائري ساير الاتجاهات التشريعية الحديثة، التي تعتبر أن الملكية العقارية حق خاص<sup>1</sup>.

### ثانياً: طبيعة الملكية العقارية في الشريعة

أما في الشريعة الإسلامية، فإن حق الملكية يعبر عنه عند الفقهاء باسم "المالك" ويعرفونه بأنه: «اختصاص شرعاً يسوغ صاحبه التصرف إلا لمانع»<sup>2</sup>.

و المانع قد يكون :

- نقص الأهلية

<sup>1</sup> - خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية الخاصة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 2008/2007، ص 12.

<sup>2</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة، دار الفكر، بيروت، سنة 1968، ج1، ص 241.



## - أو حق الغير<sup>1</sup>

فيما تقدم يظهر، أن القانون والشريعة قد اتفقتا على أن طبيعة الملكية العقارية غير مطلقة بل هي مقيدة، و هذا ما يتفق مع الاتجاهات التشريعية الحديثة<sup>2</sup>.

### المطلب الثالث: خصائص الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

يقول رجال القانون إن حق الملكية له خصائص ثلاث، فهو حق جامع، وهو حق دائم، وهو حق مانع.

#### أولاً: حق جامع

أي يشمل جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء موضوع هذا الحق، فقد نصت المادة 674 من القانون المدني الجزائري على أن: «الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط أن لا يستعمل استعمالاً تحرمه القوانين».

فقد دلت هذه المادة على أن مالك العقار له جميع السلطات الممكنة، من سلطة الاستعمال والاستغلال والتصرف، ولا يحد من سلطاته إلا ما يفرضه القانون.

أما في الشريعة الإسلامية فإن الفقهاء وإن لم يعنوا بذكر هذه العناصر الثلاثة جميعها في تعريفهم للملك؛ إلا أنهم يسلّمون بها، ويعتبرونها مظهر للملك التام في الخارج<sup>3</sup>، بل ويمكن القول أن ذكرهم للتصرف في التعريف يغني عن ذكر الاستعمال والاستغلال؛ لأن لفظ التصرف بمدلوله الواسع يشملهما.

#### ثانياً: حق دائم

الأصل أن حق الملكية حق دائم مادام العقار قائماً، ولا ينقض هذا الحق إلا بهلاكه، وتعاقب الأملاك على العقار لا يترتب عليه انقضاء حق الملكية، فيبقى الحق نفسه مع تغير

<sup>1</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ص241.

<sup>2</sup> - السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، طبعة دار النهضة، القاهرة، ج8، ص492 - 494.

<sup>3</sup> - عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، سنة1402هـ، ص 14.

شخص صاحبه؛ إلا أنه توجد حالات تحد من هذا الدوام وإن لم يهلك العقار كنزع العقار من صاحبه للمنفعة العامة<sup>1</sup>.

فقد نصت المادة 677 من القانون المدني الجزائري على أن: « للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة مقابل تعويض منصف عادل». «.

هذا وقد تطابقت الشريعة مع القانون حول هذه الخاصية، وهي خاصية الدوام وعدم السقوط بعدم استعمال الشيء المملوك، وهذا هو الأصل فيه، وإن كان الفقهاء يختلفون في مدى سقوط هذا الحق بالترك وعدم الاستعمال والرغبة فيه<sup>2</sup>.

### ثالثاً: حق مانع

ومعنى أن الملكية حق مانع هو أنها حق مقصور على المالك دون غيره، فلا يجوز لأحد أن يشاركه في ملكة، أو أن يتدخل في شؤون ملكيته<sup>3</sup>.

فقد نصت المادة 675 من القانون المدني الجزائري، على أن: «مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية».

ونصت المادة 676 على أن: «لمالك الشيء الحق في كل ثماره منتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».

فمن خلال نص المادتين يتبين أن حق الملكية حق مقصور على صاحبه، وليس لغيره أن يشاركه فيه إلا في الحالات التي يحددها القانون.

والشريعة الإسلامية من حيث المبدأ تقر هذا، ولكنها قيدته بما شرعته من حق المشاركة في بعض المنافع لغير صاحبه؛ إذا ما اشتدت حاجته إلى ذلك، ولم يلحق صاحبه ضرر من هذه المشاركة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج8، ص 330.

<sup>2</sup> - عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، ص15.

<sup>3</sup> - السنهوري، الوسيط، ج8، ص 530.

<sup>4</sup> - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، (بدون طبعة)، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1996م، ص 67.

مما تقدم يثور تساؤل لا بد من الإجابة عليه، وهو هل حق الملكية حق مطلق أم لا ؟. إن صفة الإطلاق في حق الملكية نعنى بها أن لصاحبه حق الاستعمال على النحو الذي يريده، كما أن له الحق في عدم استعماله، غير أن هذه الخاصية ترد عليها قيود مراعاة للمصلحة العامة والخاصة، فقد نصت المادة 690 من القانون المدني الجزائري، على أنه: «يجب على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضى به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة»، ونصت المادة 691 منه على أنه: «يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

إذن فحق الملكية حق مقيد بمراعاة المصلحة العامة والخاصة وعدم الإضرار بالغير. والشريعة الإسلامية لم تخرج على هذا الإطار حيث يقول الشيخ علي الخفيف<sup>1</sup>: «إنه (حق الملكية) مطلق في هذه الحدود، وذلك هو الأصل فيه، غير أن ذلك لم يسلم له في الشريعة الإسلامية، فهو فيها مقيد بعدم الإضرار بغير المالك، فشأنه شأن جميع الحقوق فيها من جهة أنها جميعها مقيدة بذلك»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - هو: «علي الخفيف (1891-1978م)، عالم وفقه مصري، ولد في المنوفية بمصر، التحق بالأزهر سنة 1904، انتقل إلى مدرسة القضاء الشرعي 1907، نال الشهادة العالية سنة 1915م، تولى عدة مناصب آخرها، مدير لشؤون المساجد ومشرف عليها حتى سنة 1939، وانتقل إلى التدريس في جامعة الأزهر»، محمد عثمان شبير، كتاب الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدد، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1423هـ - 2002م، (بتصرف).

<sup>2</sup> - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 67.

## المبحث الثاني: نطاق الملكية العقارية ووظيفتها في القانون الجزائري والشريعة

### المطلب الأول: نطاق الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

إن النطاق المادي لحق الملكية العقارية ينصب على الشيء المملوك، فمالك البناء يملك العقار المبني وجميع الأجزاء المكونة له، بحيث لا يمكن فصل أي جزء دون المساس بكيانه أو التغيير فيه، وإذا كان محل الملكية أرضا بحكم كونها ثابتة، فما هو نطاقها المادي؟ وما هي حدود هذا النطاق؟.

### الفرع الأول: محل حق الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

يعالج هذا الفرع محل حق الملكية من حيث حدود امتداداته في القانون الجزائري والشريعة في نقطتين.

#### أولاً: محل حق الملكية العقارية في القانون الجزائري

إن وجود الأرض يفترض فضاء من فوقها وعمقا من تحتها، كما أنه يمتد نطاقها إلى الملحقات والثمار والمنتجات، والقانون الجزائري لم يترك هذا الحق دون تحديد، فأحده بالحد المفيد للتمتع به علوا وعمقا، فقد نصت المادة 675 من القانون المدني الجزائري، على أن: «مالك الشيء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية، بحيث لا يمكن فصله عنه، دون أن يفسد أو يتلف أو يتغير، وتشمل ملكية الأرض ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا، ويجوز بمقتضى القانون أو الاتفاق أن تكون ملكية سطح الأرض منفصلة عن ملكية ما فوقها أو ما تحتها».

ونصت المادة 676، منه على أن: « لمالك الشيء الحق في كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك».

من خلال ما تقدم يظهر أن القانون الجزائري قد حدد محل حق الملكية العقارية بالحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا، ولم يتركه مطلقا دون تحديد.

#### ثانياً: محل حق الملكية العقارية في الشريعة

أما في الشريعة فإنها لم تقيد حق الملكية العقارية بحد معين، فللمالك الحق في التمتع بالعقار إلى المدى المستطاع، يقول الشيخ على الخفيف، متحدثا عن مدى حق الملكية :

« وفي العقار يمتد إلى علوه وأسفله ومنافعه، فكان لمالك الأرض البناء عليها والاستعلاء به أي حيث يستطيع أن يعلو به وينتفع، وكان له من الانتفاع بسفلها ما يستطيع أن يصل إليه بالحفر في ذلك السبيل»<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: حدود الأرض في القانون الجزائري والشريعة

يتحدث هذا الفرع عن حدود الأرض في كل من القانون الجزائري والشريعة مع المقارنة بينهما، كل ذلك في البندين الآتيين:

#### البند الأول: حدود الأرض في القانون الجزائري

لقد حصر القانون الجزائري ملكية العلو والعمق إلى القدر المفيد للتمتع بالملكية في المادة 675 من القانون المدني، فالمالك لا سلطان له على ما يجاوز الحد المفيد من العلو أو العمق، فهو لا يملك منع الغير من ممارسة أي نشاط كان فوق هذا النطاق؛ إذا كان النشاط يقع فيما وراء دائرة التمتع المفيد بالملكية، وليس للمالك أن يعارض على ما يقام من عمل على مسافة من العلو والعمق، إذا لم تكن له مصلحة جدية.

فلملكية العلو حدودها، فهي تثبت لمالك الأرض إلى الحد المفيد للتمتع به، فهو لا يملك من الفضاء الذي يعلو الأرض إلا ما يستطيع أن يستخدمه، ويجوز للغير القيام بأعمال على مسافة من العلو، لا يكون له الحق في الاعتراض عليها، ومن بين الأعمال والنشاطات التي يمارس في ملكية العلو ما يلي:

#### 1- الملاحة الجوية

فقد أكد المشرع الجزائري، في المادة 15 من قانون الأملاك الوطنية؛ أن المجال الجوي الإقليمي تحت سيادة الدولة، ومن أجل أمن وسلامة الملاحة الجوية قيد المشروع الجزائري المالك بعدم جواز إقامة أسلاك ووضع سياج في أرضه؛ أو إنجاز بنايات تفوق العلو المحدد في مخطط الارتفاقات<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 43.

<sup>2</sup> - المادة 60 من القانون 06/98 المؤرخ في 1998/06/27، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، الجريدة الرسمية رقم 48 مؤرخة في 04 ربيع الأول 1419 هـ الموافق لـ 28 يونيو 1998م، مخطط الارتفاقات هو المخطط الذي يبين حدود حقوق البناء والتهيئة واستغلال ملكية معينة وشبكات الخدمة كهرباء، غاز، مطلات، نوافذ... إلخ.

## 2- الكثافة القصوى للبناء

فلا يجوز للمالك أن يتجاوز حدا معيناً من العلو، وهو ما يسمى بالكثافة القصوى للبناء، فقد نصت المادة 26 من المرسوم التنفيذي المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء<sup>1</sup>، نسبة الكثافة القصوى في البناء الخاصة بالمناطق الحضرية على ما يلي: «أن الكثافة القصوى للبناءات في أجزاء البلدية الحضرية أي المعمورة، بالتعبير عنها بالتناسب بين المساحة الأرضية خارج البناء الصافي ومساحة قطعة الأرض (أو معامل شغل الأرض) تساوي واحد».

أي أنه في قطعة أرضية مساحتها 350 م لا يجوز أن تتعدى المساحة الصافية للبناء المزمع تشييد 350 م؛ إن من أهم الأهداف المرجوة من وضع حد الكثافة القصوى للبناء، هو تجنب ازدحام واختناق المراكز الحضرية، ووضع حد للبنىات العالية<sup>2</sup>.

أما بالنسبة لملكية العمق، فلها حدودها هي تثبت لمالك الأرض إلى الحد المفيد؛ إلا أنه ليس لمالك الأرض الحق في المواد المعدنية المتحجرة ولا الآثار المدفونة المتواجدة في أرضه، وهذا ما سنبينه في الفقرات الموالية:

### 1- المواد المعدنية ومواد المناجم والمحاجر

لا يجوز لمالك الأرض استغلال مواد المناجم والمحاجر؛ لأن المشرع اعتبرها ملكية عمومية وملكا للمجموعة الوطنية، فقد نصت المادة 20 من قانون المناجم<sup>3</sup> طبقاً لأحكام المادة 17 من الدستور على أنه: «تعد ملكية عمومية وملكا للمجموعة الوطنية المواد المعدنية أو المتحجرة المكتشفة أو غير المكتشفة، المتواجدة في المجال السطحي أو الباطني أو المجال البحري التابع لسيادة الدولة الجزائرية أو للفضاء الجزائري، كما حددها التشريع المعمول به».

<sup>1</sup> المرسوم التنفيذي 175/91 المؤرخ في 28/05/1991، المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، الجريدة الرسمية رقم 26 مؤرخة في 18 ذو القعدة 1411 هـ الموافق ل 01 يونيو 1991م.

<sup>2</sup> خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 20.

<sup>3</sup> قانون المناجم رقم 07/2001 المؤرخ في 04/07/2001، الجريدة الرسمية رقم 35 مؤرخ في 12 ربيع الثاني 1422 هـ الموافق ل 4 يوليو 2001م.

لذلك المياه المعدنية المتواجدة في أرض الخواص هي أملاك عمومية بمختلف أنواعها، فقد نصت المادة 17/15 من قانون الأملاك الوطنية على مايلي: « تشمل الأملاك الوطنية العمومية الطبيعية خصوصا على ما يأتي ...

الثروات والمواد الطبيعية السطحية والجوفية المتمثلة في المواد المائية بمختلف أنواعها ».

## 2- الآثار والكنز المدفون

إن المشروع وضع استثناء لاستغلال المالك لباطن أرضه، فأكد في المادة 57 من قانون الأملاك الوطنية، بأن: «الكنز أو الآثار المدفون وجميع الأشياء المنقولة والعقارية تدخل في نطاق أملاك الدولة، ولا يحق لصاحب الأرض تملكها».

من خلال ما تقدم، يتبين أن حق الملكية العقارية الخاصة ونطاقه لا يمثلان ميزة للمالك؛ لأن القيود القانونية تحد من إطلاقه.

## البند الثاني: حدود الأرض في الشريعة

الذي تقدم عن حدود الأرض، هو فيما يخص القانون الجزائري، ولكن ما هو حدود الأرض في الشريعة الإسلامية؟.

لقد ذكرنا سابقا أن الشريعة الإسلامية لم تقيد حق الملكية العقارية بحد معين، فللمالك الحق في التمتع بالعقار إلى المدى المستطاع علوا وسفلا، ولكن لولى الأمر الحق في تقيد المباح، فله أن يحد حدا معيناً، علوا وسفلا، أما بالنسبة إلى المعادن والكنوز فإن لها أحكاما خاصة، و فيما يخص المعادن فقد اختلف فيها الفقهاء في موضعين:

الأول: هل تعتبر من الأموال المباحة التي تملك بالاستيلاء عليها أم لا؟.

ثانيا: هل يجب فيها حق للدولة إذا وجدها شخص في أرض ليست مملوكة، وما هو هذا الحق؟.

بالنسبة للتساؤل الأول، فإن الفقهاء متفقون على أن المعادن جزء من الأرض، لكنهم مختلفون في مساواة هذا الجزء لأجزائها الأخرى، بحيث يأخذ أحكامها، فالمالكية يرون أنه جزء منفرد عن أجزاءها الأخرى، فلا يتبع الأرض في ملكيتها ولا إباحتها ( أي أن ملكيتها للدولة للأمام "ولي الأمر" أن يتصرف فيه حسبما تقضى به مصلحة الدولة ).

والجمهور ينظرون إليه على أنه جزء كبقية الأجزاء, فيأخذ حكمها, ملكا وإباحة, وعلى ذلك يكون الاستيلاء على المعادن سببا من أسباب الملك التام, إذا كانت أرض غير مملوكة أما بالنسبة للحق الذي يجب فيها- الكلام في هذا مع القائلين بأنها تملك بالاستيلاء-

الخلاف في هذا الموضوع في وجوب الخمس للدولة, فغير الحنفية يرون أنه لا يجب فيها الخمس, بل يجب فيها الزكاة فقط, والحنفية أوجبوا في المعادن الخمس, لأن الركاز عندهم يشمل المعادن والكنوز.

أما فيما يخص الكنز, فهو ما دفنه بنو آدم سواء أكان في الجاهلية أم في الإسلام باتفاق الفقهاء, وهو نوعان إسلامي وجاهلي .

فالإسلامي لا يزال على ملك صاحبه, وليس مالا مباحا, فلا يخمس بل يأخذ حكم اللقطة.

وأما الجاهلي, فقد اتفق الأئمة على خمسه لبيت المال على اختلافهم في بعض التفصيلات<sup>1</sup>.

من خلال ما تقدم يثور تساؤل, وهو ما هي وظيفة الملكية العقارية ؟.

وهذا ما يجيب عليه المطلب التالي:

### المطلب الثاني: وظيفة الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

لمعرفة وظيفة الملكية العقارية لابد من معرفة مفهوم الملكية العقارية, ونظريات وظيفة الملكية العقارية, وهذا ما يتحدث عنه الفرعان الآتيان:

#### الفرع الأول: مفهوم وظيفة الملكية العقارية

إن اصطلاح الملكية, كان ومازال يثير اهتمام المفكرين على اختلاف مشاربهم واتجاهاتهم, كما أنه موضوع ينفرد بميزة دراساته المتعددة في عدد من فروع المعرفة.

فإذا كان موضوع الملكية يبدو في ظاهره موضوعا قانونيا واقتصاديا واجتماعيا؛ إلا أنه في جوهره يعتبر موضوعا سياسيا, وأنه يكفي لمعرفة وصفة النظام الاقتصادي السائد في بلد

<sup>1</sup> - مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 389-396، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص71.



ما، الإطلاع على التنظيم القانوني لهذه الملكية باعتبار أن عناصر النظام الاقتصادي قائمة بالدرجة الأولى على ملكيات من جهة، وكذا فيما إذا كانت هذه الملكية في نهاية الأمر أداة مصخرة للمصلحة الفردية أو لمصلحة المجتمع كله، من جهة أخرى إن العلاقة التي تلعبها الملكية بصفة عامة وفي الميدان العقاري بصفة خاصة، تعكس بصدق علاقة الإنسان مع بيئته من الناحية الاجتماعية<sup>1</sup>، فإن التناقض الذي يترتب عن تضخم الملكيات يؤدي بالضرورة إلى الانقسام الطبقي للمجتمع، الذي ينشأ عنه التعارض والتصادم بين طبقة تملك ولا تعمل، وطبقة تعمل ولا تملك ويترتب على ذلك تدهور واختلال في المجتمع.

ولا يزال ذلك الخطر إلا بإعادة التوازن للجميع، وبالقضاء على استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، وبتذويب الفوارق بين الطبقات، فإن تاريخ الملكية تاريخ حافل بالاختلاف والتباين في وجهات النظر ما بين مؤيد للملكية الخاصة ومدافع لإبقائها وتقديسها، باعتبارها ظاهرة أسبق إلى الوجود من القوانين التي تنظمها، ومن منكر لها، ومطالب بإلغائها بل هي عنده السرقة، وأنها ظاهرة لا يفرضها القانون الطبيعي، وقد انقسم منكروها بدورهم إلى منادي بإلغائها تماما، وبين منادي بالإبقاء عليها والعمل على إصلاحها.

ومن هذا كله يبرر أهمية معرفة مفهوم وظيفة الملكية العقارية، وهل هي أداة لإشباع حاجات الفرد والحفاظ على كيانه واستمرار وجوده، وتضخم ثروته؟؛ أوهي أداة لخدمة المجتمع وترقيته وتطويره؟.

أمام هذا كله يبرز لنا مفهوم وظيفة الملكية العقارية جليا، فهو يبدو في كونه خاضع للنظام الاقتصادي المتبع، فإن كان النظام الاقتصادي المتبع رأسماليا كانت وظيفة الملكية العقارية هي تحقيق إشباع حاجات الفرد وتضخيم ثروته، وإن كان النظام الاقتصادي المتبع اشتراكيا كانت وظيفة الملكية العقارية هي تحقيق تنمية اجتماعية واستقرار ورفق.

إذن فمفهوم وظيفة الملكية العقارية هو « الدور الذي تؤديه هذه الملكية وتسعى إلى تحقيقه، هل هو مقصد شخصي فردي؟؛ أو هو مقصد جماعي كلي؟»، و هذا لا يمكن أن

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، نظام الملكية وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، (بدون طبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009-2010، ص 3.

يفهم دون دراسة وظيفة الحق، وحق الملكية بصفة خاصة، لهذا يتناول الفرع القادم نظريات ووظيفة الملكية ومنها الملكية العقارية.

### الفرع الثاني: نظريات وظيفة الملكية العقارية

لقد تميز العصر الحديث في مجال الملكية باستعادة حق الملكية لوحده، وتجمع كل السلطات التي يمنحها هذا الحق للمالك، وتميز كذلك بصدور الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أكد على النزعة الفردية للملكية من جهة، ومن جهة أخرى أقر على أن حق الملكية حق طبيعي غير قابل للانتهاك مع الحرية والأمن.

وتميز هذا العصر كذلك بظهور الثورة الاشتراكية التي تهدف إلى إعادة توزيع الملكية بما يخدم المجتمع، ويقضي على الطبقة فيه، بناء على هذا كله تدرس نظريات وظيفة الملكية العقارية بالتزامن مع التطورات الاقتصادية التي ظهرت في أوربا على وجه الخصوص، ويمكن أن ينظر إليها من خلال ثلاثة اتجاهات .

#### البند الأول: نظرية المذهب الفردي<sup>1</sup>

اتجه أصحاب هذا المذهب وأنصار هذه النظرية إلى النظر إلى الملكية العقارية الخاصة نظرة تقديس، فكل إنسان من حقه أن يملك ما يشاء بحرية تامة، ولا يحق للدولة التدخل للحد من هذه الحرية، وانطلق أصحاب هذه النظرية في البحث عن أسس وأساليب تبرر شرعية الملكية الفردية للإبقاء عليها كتنظيم أفضل، وأكثر ملائمة من الناحية الاجتماعية في تحقيق العدالة والمساواة .

وتتمثل أهم الأسس الذي يسعى المجتمع إلى تحقيقه.

• أولاً: الفرد هو نقطة البداية في التنظيم الاجتماعي، ومصلحته هي الغاية الأولى والهدف الأساسي الذي يسعى إلى تحقيقه.

• ثانياً: الفرد له مجموعة من الحقوق: أطلق عليها الحقوق الطبيعية مثل: حق العمل وحق التملك، وهذه الحقوق الفردية مصدرها الحالة الطبيعية التي عاشها الإنسان قبل الدخول في الحياة الاجتماعية ولذلك لا يحق للجميع سلبها منه.

<sup>1</sup> - عبد الله المصلح، قيود الملكية الخاصة، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، سنة 2008م، ص21، فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 97، خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص22.

- ثالثا: لا تعارض بين مصالح الفرد ومصالح المجتمع، لأن مصالح المجتمع عبارة عن مجموعة المصالح الفردية، فإذا سعد الفرد سعد المجتمع.
- رابعا: التفاوت الطبقي في الثراء والملكية أمر طبيعي يتفق مع الفطرة نتيجة تفاوت الناس في الذكاء والقدرات الخاصة والميول والاستعدادات.
- خامسا: إن التفاوت في الملكية والثراء بين الناس، يدفع الفقراء منهم إلى بذل الجهد حتى يكونوا مثل الأثرياء، فهو يشدذ همهم من أجل التفوق.
- سادسا: حافظا الريح والمصلحة الشخصية والمنفعة الذاتية هي الأمور المحركة للنشاط الاقتصادي والباعث له.
- سابعا: مبدأ المنافسة بين الناس مبدأ مشروع، فكل إنسان يسعى للحصول على أكبر قدر من المنفعة، بأقل من الجهد، وبهذا تتحقق المصلحة العامة.
- ثامنا: عدم تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي، حتى يتنافس فيه الأفراد دون قيد.

هذه أهم الأسس التي استند إليها أصحاب هذه النظرية، فهي تقدر الملكية على أساس أن الإنسان لا يستطيع أن يعيش بدونها لأنها غريزة، ولا قيمة للجماعة إلا بقدر الحرية التي يحصل عليها الفرد، ومصالح الجماعة مكونه من مصلحة الأفراد، ولذلك يجب تمكينهم من المأكل والملبس والسكن والثروات مع الحفاظ على هذه المصالح .

### البند الثاني: نظرية المذهب الاشتراكي ( الشيوعية )

أصحاب هذه النظرية عادوا الملكية الخاصة وألغوها تماما، ويعتبرون أن الدولة هي المالك الوحيد لوسائل الإنتاج والعقارات، ويزعمون أنهم يهدفون إلى القضاء على استغلال الإنسان لأخيه الإنسان، وإقامة مجتمع يخلو من الطبقات والفروق الاقتصادية بين الناس، ومما هو معلوم لدى الباحثين أن النظم الملقبة بالجماعية المعاصرة قد ظهرت كرد فعل عنيف في مواجهة المشكلات الاقتصادية والاجتماعية والمحلية والعالمية، التي تمخضت عنها تجربة النظام الرأسمالي في أوروبا خلال القرنين الثامن والتاسع عشر الميلاديين، ويرفض العديد من المفكرين الاشتراكيين تعريف الاشتراكية على أساس تحويل الملكية الخاصة إلى ملكية عامة أو التأميم وتخطيط الدولة؛ لكنهم يفضلون تعريفها في إطار

الرفاهية والعدالة الاجتماعية والتعاون والتخلص من سلبيات النظام الرأسمالي<sup>1</sup>، والاتجاه الشيوعي حاول تشخص كل سلبيات النظام الرأسمالي بردها إلى وجود نظام الملكية الخاصة (الفردية)، فهو في نظره أساس كل الشرور، ولهذا يجب القضاء عليها وإحلال الملكية العامة محلها، فهي حسب زعمهم السبيل الوحيد لكل الصراعات والتناقضات الأساسية بين طبقات المجتمع وتحرير المجتمع من الاستغلال والصراع والطبقية، والحل الوحيد هو إلغاء الملكية الفردية بكافة صورها وإحلال الملكية العامة محلها.

وهم يفرقون بين صنفين من الملكية، الملكية الفردية والملكية الشخصية.

### الصنف الأول

الملكية الشخصية، وهي الملكية التي يكون محلها تلك الأموال المخصصة لإشباع الحاجات الشخصية للإنسان، ومنها الملكية العقارية الخاصة بالسكن.

### الصنف الثاني

الملكية الفردية لوسائل الإنتاج والعقارات التي تستخدم في إنتاج أموال أخرى، ولا يمكن استغلالها بدون الاستعانة بعمل الغير المأجور، بالنسبة لهذا الصنف من الملكية طالبت الماركسية بإلغائها ونقلها من مجال الملكية الخاصة إلى ملكية الدولة؛ لأن بقاءها بين أيدي الأشخاص سيؤدي إلى استغلال الأقلية للأغلبية<sup>2</sup>، فنادت بنظام التأميم لوسائل الإنتاج والثورة الزراعية بالنسبة للأرض الفلاحية.

### البند الثالث: نظرية المذهب الاشتراكي الاجتماعية<sup>3</sup>

ويدعى هذا المذهب بالاشتراكية الإصلاحية وهو ينادى بإبقاء الملكية الخاصة، وإحاطتها بمجموعة من الضمانات والقيود، التي تخلصها من عيوبها، مع الاعتراف بنوع من التنظيم الجماعي، للنهوض بإنتاجيتها ومن رواد ومفكري المذهب الفرنسي برودون<sup>4</sup>، الذي اعتمد أسلوب هيجل الجدلي، فانقد الملكية في بادئ أمره ثم دافع عنها واقترح إصلاحها بما

<sup>1</sup> - عبد الله المصلح، المرجع السابق، ص 77.

<sup>2</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 105.

<sup>3</sup> - خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 23.

<sup>4</sup> - هو: «برودون (بيار جوزف) (1809-1865) فيلسوف اشتراكي فرنسي، ولد في بيزانسون؛ اشتهر بنظرياته المناصرة للعمال والاتحادات العمالية، من كتبه: (ما هي الملكية؟)؛ اهتم بالمسائل الاجتماعية والاقتصادية»، المنجد في الأعلام، الطبعة التاسعة والعشرون، دار المشرق، بيروت، سنة 2008م، ص 120.

يحد من إطلاقها، ويخلصها من عيوبها، فبين من جهة موضوع الملكية باعتبارها السرقة، وبين من جهة أخرى ضرورتها وأهميتها للحد من التعسف السياسي للدولة واتجاهها نحو الاستبداد.

إن البديل عند الفقيه برودون هي فكرة الحيابة، التي تعني الملكية المقيدة المحدودة والمجردة من حق استغلال المالك للغير، أو حق الحصول على دخل بلا عمل. وقد عرف الملكية بأنها: الملكية المقيدة والمنظمة والمشروعة بواسطة المجتمع<sup>1</sup>.

وفكرة الحيابة مقتصرة على ملكية الأراضي الزراعية فقط، فبرودون دافع عن الملكية الزراعية الصغيرة التي يعمل فيها المالك بنفسه، دون استعمال الغير، وكان يطمح إلى أمة من المزارعين الأحرار يتصرفون في منتجاتهم التي زرعوها مع أقاربهم دون تقييد.

نظرية برودون في الملكية نظرية عامة وشاملة، حيث تناولتها من جميع جوانبها، فهي حق مقيد من الناحية القانونية، ومن الناحية الاجتماعية تنظم ذو آثار وروابط اجتماعية، ومن الناحية الاقتصادية فهي شديدة التأثير على النظام الاقتصادي للجميع كله. فالحيابة عند برودون هي الحافز على العمل للمصلحة الشخصية والمصلحة الاجتماعية، وأخيرا هي الملكية المقيدة والمنظمة والمشروعة بواسطة المجتمع، وهي الحق في استعمال الشيء واستغلاله بدون إساءة وتعسف.

### الفرع الثالث: وظيفة الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية

بعد ما عرفنا مفهوم وظيفة الملكية العقارية ونظرياتها، يحاول هذا الفرع أن يبين ما هي النظرية المعتمدة في القانون الجزائري، وما هي نظرة الشريعة مع المقارنة بينهما.

### البند الأول: وظيفة الملكية العقارية في القانون الجزائري

لقد سائر المشرع الجزائري الاتجاه الحديث، في رفضه للفكرة التقليدية لحق الملكية باعتباره حقا مطلقا، وعليه فطبيعة الملكية الفردية طبقا لنص المادة 674 من القانون المدني الجزائري، تعتبر وظيفة اجتماعية يطلب للمالك أن يقوم بها، ويستعملها استعمالا لا تحرمه القوانين والأنظمة؛ إذا فالملكية والحالة هذه حق خاص، له وظيفة اجتماعية، حق خاص بطبيعتها ومقتصرة على صاحبها بالدرجة الأولى، محاطة بقيود وحدود قانونية، وضعها المشرع على عاتق المالك خدمة للصالح العام، ومن ثمة فإن حق الملكية بهذا المنظور

<sup>1</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 179.

يصبح له وظيفة اجتماعية، ويبقى قائماً مضمون حق الملكية وجوهره كما نظّمته أحكام القانون المدني، وفي جميع الحالات يبقى هذا الحق مقروناً بمراعاة المصالح الأخرى المحددة قانوناً.

والأساس الذي تستند عليه الوظيفة الاجتماعية في القانون الجزائري مستمد من أحكام النظام الاشتراكي؛ التي تدعو كلها إلى التضامن، والعدالة والمساواة ونبذ الاستغلال والإثراء غير المستحق والتعسف، كما تدعو هذه المبادئ إلى التعاون والاشتراك بين أفراد المجتمع، وهذا ما يظهر جلياً في فرض قيود على الملكية الخاصة من أجل المصلحة العامة والمصلحة الخاصة؛ إبرازاً للوظيفة الاجتماعية الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة، وذلك ما سيتناوله المبحث الثالث.

### البند الثاني: وظيفة الملكية العقارية في الشريعة

أما في الشريعة الإسلامية فقد تأثر بعض الباحثين الإسلاميين بمصطلح الوظيفة الاجتماعية، فأطلقوه على الملكية في الإسلام، وهذا المصطلح ليس دقيقاً في التعبير عن أبعاد الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية؛ لأن الأمر لا يقف فيها عند حدود تقرير أن المجتمع أسهم في الملكية فله فيها حق يجب أن يعتبر، بل إن الأمر يتجاوز ذلك؛ إلى أن الله تعالى هو المالك الحقيقي لكل شيء، قال الله تعالى ﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾ (سورة آل عمران الآية 189)، وهو الذي أعطى المالك ما يملكه، واستخلفه فيه في صورة ملكية مقيدة بقيود متعددة، بأن جعل للجماعة فيها حقاً، وليس حق الجماعة هذا صادر في علة الأولى عن أنها أسهمت في كسبه الملكية، كما هو المنطق في الفقه الوضعي؛ بل لأن المالك الحقيقي للأشياء هو الذي أوجبها، ضمن حقوق أخرى، منها حقه هو تعالى؛ إذ أن في المال حقوقاً لله، فحقوق المجتمع في الملكية الخاصة لم تثبت إلا بإثبات الشارع لها، ولولا أنه أثبتها ما ثبتت، لأن كل ما لم يثبت فهو مهدر، وإن أثبتته عقول بعض الناس.

وعلى ضوء هذا، قد يبدو شيء من التقارب بين بعض قيود الملكية في الشريعة الإسلامية وبعض قيودها في النظرة الجماعية الوضعية، التي تنتظر إليها كوظيفة اجتماعية، لكن هذا التقارب ليس هو المطابقة بأبعادها الحقيقية، للاختلاف الجذري في المنطلقات الأساسية بينهما، اختلافاً يبنى عليه اختلاف التكيف الفقهي لهذه القيود من حيث مصدر الإلزام بها وطبيعتها، وغايتها المستهدفة.

وصف الملكية الخاصة في الإسلام, هو أنها ( ملكية استخلاف )؛ أخذاً من قوله تعالى ﴿وَأَنِفُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾ (سورة الحديد الآية 07), بمعنى استخلاف الله تعالى للإنسان في ملكه.

وليس هذا الوصف مطابقاً لوصف الملكية بأنها وظيفة اجتماعية؛ لأن البعد الاجتماعي لهذه الملكية, لا يعدو أن يكون أحد أبعاد معنى الاستخلاف. ثم إن البعد الاجتماعي ( أو حق المجتمع ) في التشريع الإسلامي غير مطابق لما يقابله في الفقه الوضعي, مع ملاحظة أن الذي يقابله اتجاهات متعددة, تتبع كلها من الفلسفة الاشتراكية الوضعية التي ليس فيها ما يطابق في الإسلام مطابقة كاملة, لا من حيث قيود الملكية لذاتها, ولا من حيث تكييفها وعلّة الإلزام فيها.

فعلى ضوء ما تقدم فإن الملكية الخاصة في الإسلام هي: ما أثبتته الشارع من حق للفرد في الاختصاص الحاجز بالشيء, من حيث استعماله واستغلاله والتصرف فيه في نطاق القيود الشرعية التي قررها, ونخلص من ذلك كله إلى أن الشريعة الإسلامية استجابت للفترة البشرية في حب التملك والاختصاص بشيء من الأموال فشرعت الملكية الخاصة, وسنت التشريعات لحمايتها, لكن حق الملكية فيها حق مقيد بقيود, وهذه القيود مختلفة لما عليه في الفقه الوضعي لاختلاف المنطلق والغايات<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - محمد البلتاجي, الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي, الطبعة الأولى, دار السلام, مصر, سنة 1428هـ- 2007م, ص 56-68, (بتصرف).

## المبحث الثالث: القيود الواردة على حق التصرف في الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

لابد قبل الوصول لمعرفة القيود والموقف منها قانونا وشريعة، من التطرق إلى ماهية القيود وذكر أنواعها خاصة الشرط المانع من التصرف، وهذا ما نتناوله المطالب التالية.

### المطلب الأول: ماهية القيود على حق التصرف في الملكية العقارية والموقف منها في القانون الجزائري والشريعة

إن إدراك ماهية القيود والموقف منا يتطلب إدراك مفهوم القيود لغة واصطلاحا، ثم إدراك الموقف قانونا وشريعة، وهذا ما يعالجه الفرعان الآتيان:

#### الفرع الأول: مفهوم القيود

##### أولا: لغة

يعرف القيد لغويا بفتح القاف وسكون الياء، بأنه حبل ونحوه يجعل في رجل الدابة وغيرها فيمسكها<sup>1</sup>.

##### ثانيا: اصطلاحا

لقد سبق أن حق الملكية ليس حقا مطلقا. وأصبح لا ينظر إلى الملكية على أنها ميزة للفرد فحسب، بل كذلك باعتبار أن لها وظيفة اجتماعية<sup>2</sup>، ولذلك كثرت في القوانين الحديثة القيود التي تحد من سلطات المالك لمصلحة الجماعة أو لمصلحة غيره من الأفراد<sup>3</sup>، لذلك عنيت القوانين الحديثة بالنص على القيود القانونية التي ترد على حق الملكية، وقد نص القانون المدني الجزائري في المادة 690، على أنه: «يجب على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضي به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة وعليه أيضا مراعاة الأحكام الآتية... الخ».

<sup>1</sup> - مجمع اللغة العربية، المرجع السابق، ص 804.

<sup>2</sup> - خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص 24.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد الله، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010م، ص 56.



ويتضح مما سبق أن القيود القانونية؛ إما أن تكون قيود قانونية تتعلق بالمصلحة العامة؛ أو قيود قانونية تتعلق بالمصلحة الخاصة.  
ولهذا يمكن تعريف القيود بالقول إنها «الحدود العامة المفروضة على حق الملكية الخاصة التي لا يجوز للمالك تجاوزها، هدفها تحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة»<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: الموقف من القيود في القانون الجزائري والشريعة

لكل من القانون الجزائري والشريعة موقف من القيود الواردة على حق الملكية، فما هو موقف كل منهما؟، هذا ما يعالجه البنود الآتيان:

#### البند الأول: موقف القانون الجزائري من القيود

لقد لاحظنا من قبل أن للملكية وظيفة اجتماعية، وهذا يتحقق عن طريق القيود والحدود الواردة في القوانين والأنظمة التي تقيد من حق الملكية، سواء من أجل المصلحة العامة، أو المصلحة الخاصة كما ورد في نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري، والقيود القانونية تشترك مع حقوق الارتفاق في الحد من منفعة العقار، لكن الاختلاف يظهر في أن القيود القانونية تمثل الوضع العادي لحق الملكية بينما حقوق الارتفاق تمثل قيود خاصة لبعض الملكيات، وللتمييز بينهما فإن القيود القانونية مصدرها القانون بينما حقوق الارتفاق مصدرها إرادة الإنسان، كما إن القيود القانونية لا تزول بعدم الاستعمال، ويتعذر فيها التفرقة بين العقار الخادم والمخدوم، في حين أن حقوق الارتفاق تسقط بعدم الاستعمال، إن القيود يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الجميع دون حاجة لتسجيلها أو شهرها في السجل العقاري ويفترض العلم بها من قبل الجميع، أما حقوق الارتفاق فيجب شهرها في السجل العقاري.

لقد حرص المشرع الجزائري على التمييز ووضع القيود القانونية الواردة على الملكية وحقوق الارتفاق في مجالها الطبيعي؛ إذ عرض القيود في الباب الأول المتعلق بحق الملكية، القسم الثالث بعنوان القيود التي تلحق الملكية، من المواد 690 إلى 712 من القانون المدني الجزائري، بينما نظم حق الارتفاق في الباب الثاني، المتعلق بتجزئة حق

<sup>1</sup> - مصطفى الجمال، نظام الملكية، (بدون طبعة)، دار الفتح الإسكندرية، سنة 2000م، ص 32-33.

الملكية، وبذلك حسم النزاع في مسألة التفريق بين القيود وحق الارتفاق<sup>1</sup>.

### البند الثاني: موقف الشريعة من القيود

فيما يخص موقف الشريعة من القيود فيقول الشيخ محمد أبو زهرة<sup>2</sup> في كتابة التكافل الاجتماعي في الإسلام: « قد قررنا في أثناء بحثنا؛ أن كل حق في الإسلام مقيد بمنع الضرر، وقد شرع لجلب مصلحة للناس، فأحكام الشريعة كلها قامت لتحقيق مصالح العباد، وكل حق ثابت مقيد بعدم الضرر، والمتتبع لأحكام الشريعة الثابتة بالنصوص يرى أنها محققة لمصالح العباد ودفع المضار عنهم... الخ»<sup>3</sup>.

ولكن يلاحظ أن الحقوق ما تقررت إلا لجلب المصلحة، فالملكية ما تثبت للأحاد إلا أنها تحقق مصلحة لصاحبها وللمجموعة، فإذا كان منها ضرر وجبت الموازنة بين المصلحة التي شرع لأجلها الحق والمضرة التي تترتب على استعماله، فيوازن بين مصلحة صاحب الحق من حيث كمها وأثرها وما تعود عليه، والمضرة التي تصل إلى غيره خاصة أو إلى المجموعة، فإن رجحت مصلحة صاحب الحق لا يمس حقه، وإن رجحت مضرة غيره قيد ليدفع ذلك الضرر<sup>4</sup>.

إذن الشريعة تؤيد وضع القيود، وتجعل معيار وضع هذه القيود هو تحقيق المصلحة للفرد أو الجماعة أو دفع الضرر عنها.

### المطلب الثاني: أنواع قيود الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة

تباينت آراء الكتاب والفقهاء على تقسيم أنواع قيود الملكية العقارية الخاصة؛ لكن أغلبهم أجمعوا على تقسيمها على أساس هدف الوظيفة في تحقيق المصلحة العامة أو الخاصة، كما قسمت القيود إلى قيود قانونية وقيود إرادية، فالأولى تنشأ بموجب نص تشريعي؛ أما الثانية فموجب الإرادة<sup>5</sup>، وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري في وصفه للقيود في القانون المدني .

<sup>1</sup> - خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص26.

<sup>2</sup> - هو: «محمد أبو زهرة (1316-1394هـ/ 1898-1974م)، أكبر علماء الشريعة الإسلامية في عصره، ولد في مصر تعلم في مدرسة القضاء الشرعي، اتجه إلى البحث العلمي في كلية أصول الدين، وعين أستاذا للدراسات العليا في الجامعة، عضو المجلس الأعلى للبحوث العلمية، ووكيلا لكلية الحقوق بجامعة القاهرة، ووكيلا لمعهد الدراسات الإسلامية، أصدر أكثر من 40 مؤلفاً»، الزركلي خير الدين بن محمد الدمشقي، الأعلام، الطبعة الخامسة، دار العلوم للمليين، سنة 2002م، ج6، ص 25.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، (بدون طبعة)، دار الفكر العربي، (بدون سنة طبع)، ص 52.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، ص 53.

<sup>5</sup> - خوادجية سميحة حنان، المرجع السابق، ص25.

## الفرع الأول: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة العامة في القانون الجزائري والشريعة

لقد وضع كل من القانون الجزائري والشريعة قيودا على حق الملكية العقارية خدمة للمصلحة العامة، وهذه القيود قد تتفق وقد تختلف لاختلاف المنطلقات والغايات، فما هي القيود الواردة خدمة للصالح العام في كل من القانون الجزائري والشريعة؟. هذا ما يوضحه البنود التاليين:

### البند الأول: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة العامة في القانون الجزائري

تنص المادة 690 من القانون المدني الجزائري، بأنه: «يجب على المالك أن يراعى في استعمال حقه ما تقضى به التشريعات الجاري بها العمل والمتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة».

فقد تقضى المصلحة العامة بالإبقاء على حق الملكية الخاصة في إطار محدد على تقييد سلطة المالك في استعماله، وفي سبيل تحقيق المصلحة العامة أجاز المشرع في المادة 677 من القانون المدني الجزائري، للإدارة نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها، أو نزع الحقوق العينية العقارية للمنفعة العامة، أو الاستيلاء المؤقت على العقارات غير السكنية ثم صدر القانون رقم 11/91، الذي يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العمومية<sup>1</sup>.

وتنص المادة الثانية من هذا القانون على أنه: «يعد نزع الملكية من أجل المنفعة العمومية، طريقة استثنائية لاكتتاب أملاك أو حقوق عقارية، ولا يتم إلا إذا أدي انتهاج كل الوسائل الأخرى إلى نتيجة سلبية».

وزيادة على ذلك، لا يكون نزع الملكية ممكنا؛ إلا إذا جاء تنفيذها لعمليات ناتجة عن تطبيق إجراءات نظامية، مثل التعمير والتهيئة العمرانية والتخطيط، تتعلق بإنشاء تجهيزات جماعية، ومنشآت وأعمال كبرى ذات منفعة عمومية.

و المشرع الجزائري لم يذكر كل القيود المتعلقة بالمصلحة العامة في القانون المدني،

<sup>1</sup> القانون رقم 91-11، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23 شوال 1411 هـ الموافق لـ 08 مايو 1991م.

وإنما نجدها في التشريعات الخاصة مثل قوانين التهيئة والتعمير<sup>1</sup>، التي تقيد سلطة التصرف المادي للمالك في عقاره.

### البند الثاني: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة العامة في الشريعة

أما فيما يخص نظرة الشريعة الإسلامية لهذه القيود، فيقول الشيخ على الخفيف: «وليس في الشريعة الإسلامية ما يحول دون وضع هذه الحدود متى تحققت الضرورة أو الحاجة الملحة إلى وضعها، ولم يستقم أمر الناس إلا عليها، فإن التملك ليس إلا مكنة أو إباحة شرعها الله للناس في حدود ما بيناه، فلا يجوز أن تكون سبيلا إلى الضرر الفاحش الذي يطغى على ما للناس من حقوق»<sup>2</sup>، وعلى العموم فإن قيود المصلحة العامة التي ترد على الملكية في الشريعة الإسلامية، تخول لولى الأمر اتخاذ التدابير لدرء المفسد أو تحقيق المصالح، كالاستيلاء على جزء ما يملكه الأفراد لغرض اجتماعي، وهذا عملا بمبدأ الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام، أو بمبدأ الضرورات تتبع المحظورات<sup>3</sup>. كما جاء في السنة بجواز نزع الملكية الخاصة من أجل المصلحة العامة، ومن ذلك نزع ملكية يتيمين في المدينة في أرض يقال لها "المريد"، وكذلك ما قام به عمر بن الخطاب حين حمى "الربذة والشرف"، وهما موضعان بين مكة والمدينة، وجعلهما مرعى لجميع المسلمين<sup>4</sup>.

إذن فالقانون يتوافق والشريعة الإسلامية في وضع قيود وحدود على الملكية العقارية الخاصة، وذلك من أجل المصلحة العامة؛ ولكنه يختلف في المنطلق والغايات.

### الفرع الثاني: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة الخاصة في القانون الجزائري والشريعة

يدرس هذا الفرع أسس وضع القيود المتعلقة بالمصلحة الخاصة، وذكرها في كل من القانون الجزائري والشريعة مع المقارنة بينهما وذلك في البندين التاليين:

<sup>1</sup> - قانون 90-30 المؤرخ في 01/09/1990 المتعلق بالتهيئة والتعمير، الجريدة الرسمية رقم 52 مؤرخة في 15 جمادى الأولى 1411هـ الموافق ل 02 ديسمبر 1990م.

<sup>2</sup> - علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 88.

<sup>3</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة العاشرة، دار العلم، دمشق، سنة 1433هـ - 2012م، ص 185.

<sup>4</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 82.

## البند الأول: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة الخاصة في القانون الجزائري

إن المصلحة الخاصة للغير حماها أيضا المشرع بتقييد استعمال حق الملكية، وذلك متى كانت هذه المصلحة أولى بالرعاية من مصلحة المالك، وترجع هذه القيود بوجه عام إلى الجوار ما بين الملاك، وهناك حالات خاصة في الجوار<sup>1</sup>.

والوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة التي سعى المشرع إلى تحقيقها بتقييد حق الملكية العقارية لفائدة المصلحة الخاصة للغير، تتمثل على وجه الخصوص في حق المرور الممنوح لمالك أرض مجاورة محصورة لاستغلال أرضه مقابل تعويض مناسب. فقد نصت المادة 693 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «يجوز لمالك الأرض المحصورة التي ليس لها أي ممر يصلها بالطريق العام؛ أو كان لها ممر ولكنه غير كاف للمرور؛ أن يطلب حق المرور على الأملاك المجاورة مقابل تعويض يتناسب مع الأضرار، التي يمكن أن تحدث من جراء ذلك».

ومن القيود على الملكية العقارية لفائدة المصلحة الخاصة للغير كذلك، تقييد حق الملكية بقيود الاستعمال التعسفي، الذي نصت عليه المادة 691 من القانون المدني الجزائري، التي تقضي: «يجب على المالك ألا يتعسف في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار».

ومن صورة تقييد الملكية للمنفعة الخاصة وتقادي الضرر البليغ للجار كذلك، نص المادة 705 من القانون المدني الجزائري: «للمالك إذا كانت له مصلحة جدية في تلبية الحائط المشترك أن يعليه، بشرط أن لا يلحق بشريكة ضررا بليغا...».

وعلى العموم فبعض هذه القيود تنظم التزامات الجوار، وبعضها تنظم حق المرور على أراضي الجار، والبعض الآخر خصص للحائط المشترك، وكذلك لحق المظل والنور وغيرهم<sup>2</sup>، وأغلب هذه القيود هي قيود ثابتة غير متغيرة وتوجد في القانون المدني.

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 8، ص 682.

<sup>2</sup> - فاضلي إدريس، المرجع السابق، ص 269.

## البند الثاني: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة الخاصة في الشريعة

بالنسبة للشريعة الإسلامية فقد راعت مصلحة الغير، يقول الدكتور فتحي الديني<sup>1</sup>: « تبدو هذه القيود ظاهرة في أبرر الحقوق الشخصية، وأبلغها أثرا في الحياة الاجتماعية والاقتصادية، وهي حق الملكية، فترى بعض الأصوليين وأئمة المذهب لا يقصرون تقييد هذا الحق على حالة تمحض قصد الأضرار بالغير، بحيث لا يكون للمالك من غرض سوى الأضرار بالغير في استعماله بحقه، بل يقيدون هذا الحق أيضا، ولو كان للمالك غرض صحيح، وسلك في سبيل تحقيقه الطريق المعتاد، إذا تعدى ضرره إلى الغير...»<sup>2</sup>.

والفقه الإسلامي يوجب على المالك السماح لغيره بالارتفاع بملكه؛ إذا لم يعد على الأول ضرر، ويعتبر امتناعه على ذلك تعسفا في استعمال الحق؛ لأنه يخل بمبدأ المعنى الاجتماعي الذي ينطوي عليه مفهوم الحق في الإسلام، والذي يلزم المالك مراعاته في استعماله لحقه.

والملاحظ أن الأسباب في تقييد الملكية الخاصة عدم جواز التعسف في استعمال الحق، ومنع الضرر عن الغير وبخاصة الجار؛ أو حق الانتفاع بها.

ومن التطبيقات لهذه القيود في الشريعة الإسلامية:

1. قيود التعسف: يمنع المالك عند استعماله لحقه ولم يقصد من هذا الاستعمال سوى الإضرار بالغير<sup>3</sup>.

2. قيود الجوار: اتفق الفقهاء على أنه ليس لأحد ما التصرف في ملكه بما يضر بالآخر، كأن يهدم صاحب السفلى بناءه؛ أو يفتح فتحات تضعف تحمل البناء، وكأن يبني صاحب العلو طبقة أو طبقات توهم السفلى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - هو: فتحي عبد القادر الدريني، ولد في الناصرة بفلسطين سنة 1923م، درس بفلسطين ثم بالقاهرة، حصل على الدكتوراه في كلية الشريعة بجامعة القاهرة، درّس بدمشق والقاهرة والجزائر وعمان، له عدة مؤلفات، توفي بسوريا سنة 1434هـ/2013م.

<sup>2</sup> - فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1984م، ص212.

<sup>3</sup> - فاضلي إدريس. المرجع السابق. ص84

<sup>4</sup> - مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الطبعة العاشرة، الدار الجامعية، بيروت، سنة 1985م، ص365.

3. قيود الارتفاق: وهي قيود شرعية ترد على حق الملكية العقارية الخاصة، وبعبارة أخرى هي حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر، وهذه الحقوق في الشريعة ما يلي<sup>1</sup>:

4. حق الشرب: وهو النصيب من الماء لسقي الزرع والشجر.

5. حق المجرى أو الإجراء: وهو يكون لعقار حق مرور الماء الصالح لسقي زرعه؛ أو شجره على عقار آخر مالكة غير مالك الأول.

6. حق المسيل: وهو مجرى على سطح الأرض؛ أو أنابيب تتشأ لتصريف المياه الزائدة؛ أو غير الصالحة.

7. حق المرور: وهو حق الوصول إلى عقار معين من طريق ليس مملوكا لصاحبه سواء أكان الطريق عاما؛ أو خاصا مملوكا للغير.

### الفرع الثالث: قيود الملكية العقارية الإرادية (أو الشرط المانع من التصرف)<sup>2</sup>

سلطة التصرف تعد من جوهر حق الملكية، فهي التي تعطي هذا الحق قيمة اقتصادية، وكذلك فإنه لا يقصد بهذه السلطة فحسب حماية مصلحة المالك بتمكينه من الحصول على أقصى منافع ملكه، وإنما تهدف أيضا إلى تحقيق المصلحة العامة، حيث أنها تسمح بتداول الأموال، والذي يعد من ضرورات الحياة الاقتصادية المعاصرة<sup>3</sup>.

في هذا الإطار، يثور تساؤل وهو: هل يجوز حرمان المالك ولو مؤقتا من سلطة التصرف فيما يملك بمقتضى شرط إرادي؟.

حصل خلاف حول مشروعية شرط المنع من التصرف، غير أن كثرة إيراد شرط المنع من التصرف في الحياة العملية جعلت القضاء الفرنسي يقر بقبوله والأخذ بصحته؛ إذا كان المنع مؤقتا، ويهدف إلى مصلحة جديدة، وتبعه على ذلك القانون المدني المصري.

### البند الأول: شروط صحة الشرط المانع من التصرف

لا يصح شرط المنع من التصرف إلا إذا كان قائما على:

<sup>1</sup> - مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 356-361.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 42، السنهوري، الوسيط، ج8، ص501.

<sup>3</sup> - إبراهيم سيد أحمد، المنع من التصرف في الأموال (فقها وقضاء)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، ص

- الباعث المشروع .

- معقولية مدة المنع.

### أولاً: الباعث المشروع

يكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف إليه أو للغير، وعلى ذلك يكفي أن تكون هناك مصلحة جدية تدعو إلى هذا الشرط، وهذه المصلحة يقدرها القاضي بحسب ظروف الحال، والمهم أن يثبت لديه أن هناك أسباباً تهض في نظره مبرراً كافياً لتقييد سلطة المالك في التصرف في ملكه خلافاً للأصل العام، ويستوي أن تكون المصلحة المراد حمايتها بمقتضى هذا الشرط هي مصلحة المتصرف أو مصلحة المتصرف إليه أو مصلحة الغير، فالباعث المشروع لمصلحة المتصرف كأن يشترط البائع على المشتري عدم التصرف في العقار إلى حين الوفاء بالثمن، والباعث المشروع لمصلحة المتصرف إليه كان يشترط الواهب عدم تصرف الموهوب له في العقار إلى حين بلوغه سناً معيناً نظراً لطيشه أو إسرافه أو عدم خبرته؛ أما الباعث المشروع لمصلحة الغير كاشتراط الواهب أو الموصي على الموهوب له أو الموصي له أن يؤدي مرتباً دورياً لشخص ثالث مدى حياته، ويشترط عليه في نفس الوقت عدم التصرف في الشيء الموهوب أو الموصى به، حتى يؤمن لمن تقرر له المرتب استمرار استيفاء هذا المرتب<sup>1</sup>.

### ثانياً: معقولية مدة المنع

لما كانت الضرورات تقدر بقدرها، وكان المنع يأتي على خلاف المقتضى لمصلحة أولى بالاعتبار اقتضته فإن مدته لا بد أن تكون في الحدود التي تقضيها هذه المصلحة ولا يتجاوزها، وعلى ذلك لا يجوز أن يكون المنع من التصرف مؤبداً، حيث أن ذلك سيؤدي إلى تجريد المالك من سلطة التصرف التي تعتبر عنصراً جوهرياً لحق الملكية، كما أنه لا يجوز أن يكون المنع لمدة طويلة بحيث يتجاوز الحاجة التي دعت إليه؛ فيما وراء ذلك فالأمر

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 45، هامم محمد محمود زهران، الحقوق العينية ( حق الملكية )، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ص 142.



متروك لتقدير القاضي في كل حالة على حدة بالنظر لمقتضيات المصلحة المشروعة والجدية المبررة للشرط المانع، وليس هناك ما يمنع من اعتبار مدة حياة شخص معين، وليكن المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، مدة معقولة طالما كانت ظروف الحال تبرر ذلك، فتقدير ذلك متروك للقاضي وقد نصت المادة 3/823 مدني مصري على ذلك صراحة بقولها أن: «المدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدة حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير»<sup>1</sup>.

### البند الثاني: موقف القانون الجزائري من الشرط المانع من التصرف

المشرع الجزائري أغفل النص في القانون المدني على الشرط المانع من التصرف؛ إلا أنه توجد المادة 104 من المرسوم<sup>2</sup> المتعلق بتأسيس السجل العقاري حيث تنص على أنه: «يحق للمحافظ بأن البطاقة غير مؤثر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير». وهو ما يدل على أن المشرع أخذ بالشرط المانع من التصرف.

### المطلب الثالث: موقف الشريعة من الشرط المانع من التصرف

لمعرفة موقف الشريعة من الشرط المانع من التصرف لا بد من التطرق إلى كل آراء المذاهب الإسلامية، وإدراك أدلة كل مذهب وبهذا جاء الفرعان الآتيان:

### الفرع الأول: آراء المذاهب الإسلامية من الشرط المانع من التصرف

اختلف الفقهاء المسلمون في تحديد مدى مشروعية هذا النوع من الشروط، ولعل الرواية التي أوردها السرخسي<sup>3</sup> توضح ذلك قال: «إذا اشترى عبدا على أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يتصدق به فالبيع فاسد عندنا وقال ابن أبي ليلى: البيع جائز والشرط باطل، وقال ابن سيرين البيع جائز والشرط صحيح، وحكي عن عبد الوارث بن سعيد، قال: حجبت فدخلت بمكة على أبي حنيفة، وسألته عن ذلك فقال: البيع جائز والشرط باطل، فدخلت على ابن

<sup>1</sup>- السنهوري، الوسيط، ج8، ص505.

<sup>2</sup>- المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 30 مؤرخة في 13 ربيع الأول 1396 هـ الموافق ل 13 أبريل 1976م.

<sup>3</sup>- هو: «محمد بن محمد، رضي الدين السرخسي ( 517 - 1175 ) فقيه من أكابر الحنفية؛ أقام مدة في حلب، وتعصب عليه بعض أهلها فسار إلى دمشق وتوفي فيها؛ له كتاب المحيط الرضوي في الفقه»، الزركلي خير الدين بن محمود الدمشقي، الأعلام، الطبعة 15 دار العلم للملايين سنة 2002، ج 7، ص 24

أبي ليلى وسألته عن ذلك فقال : البيع جائز والشرط جائز, فقلت هؤلاء من فقهاء الكوفة وقد اختلفوا في هذه المسألة كل هذا الاختلاف فعجزني أن أسأل كل واحد منهم عن حجته»<sup>1</sup>.

ويمكن أن نستخلص من هذه الرواية مدى الاختلافات التي قال بها كل مذهب, ولكن من خلال عرض مواقف الفقهاء المسلمين الأربعة على اختلاف مذاهبهم وآرائهم في مدى الشرط المانع من التصرف.

### أولاً: المذهب الحنفي

يرون بطلان هذا الشرط, وصحة العقد الذي اقترن به, يقول صاحب بدائع الصنائع: « ومنها شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع؛ أو للمشتري أو للمبيع؛ إن كان من بني آدم كالرقيق, وليس بملائم للعقد ولا مما جرى به التعامل بين الناس, فالبيع في هذا كله فاسد...»<sup>2</sup>, والعقد الفاسد عند الحنفية عقد صحيح مرتبط بشرط فاسد, فيصح العقد ويبطل الشرط.

### ثانياً: المذهب المالكي

يفرق المالكية بين الشرط الذي يمنع التصرف المطلق, والذي يمنع من التصرف اليسير كالآتي:

#### 1- المنع من التصرف المطلق

ويرون إن المنع من التصرف المطلق شرط يناقض المقصود من العقد فحكمه بطلان الشرط وبطلان العقد الذي اقترن به, كمن باع داراً و اشترط على المشتري ألا يبيعها؛ أو أن يهبها<sup>3</sup>.

#### 2- المنع من التصرف اليسير

كأن يمنع المشتري من تصرف جزئي يسير في المعقود عليه, مثل منع المشتري من البيع لشخص أو أشخاص معينين, فيقولون بجواز هذا الشرط<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - السرخسي، المبسوط، (بدون طبعة)، دار المعرفة بيروت، لبنان، (بدون تاريخ طبع)، ج 13 ص 13.

<sup>2</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع، (بدون طبعة)، شركة المطبوعات العلمية، القاهرة، سنة 1328هـ، ج 5، ص 170.

<sup>3</sup> - الدسوقي شمس الدين، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، (بدون طبعة)، دار الفكر، بيروت، (بدون سنة طبع)، ج 3، ص 68.

وقد جوز بعض المالكية اشتراط المنع من التصرف في عقود التبرعات, حتى وإن كان المنع من التصرف مطلقاً<sup>2</sup>.

### ثالثاً: المذهب الشافعي

يرون بطلان هذا الشرط, وبطلان العقد الذي اقترن به, قال في المهذب: «فإن شرط ما سوى ذلك من الشروط التي تنافي مقتضى العقد, بأن باع عبدا بشرط أن لا يبيعه ولا يعتقه بطل البيع»<sup>3</sup>.

### رابعاً: المذهب الحنبلي

يرى أغلب فقهاء المذهب إن شرط المنع من التصرف لا يقتضيه العقد, وهو ينافي مقتضاه, ويرجح الفقهاء الحنابلة أن كل شرط ينافي مقتضى العقد يكون باطلاً غير مبطل للعقد<sup>4</sup>.

ولكن مجتهد المذهب الحنبلي المتأخرين كان لهم رأي آخر في هذا الموضوع, وسنعرض لأراء كل من ابن تيمية وابن القيم.

### رأي ابن تيمية<sup>5</sup>

يمكن أن نستنتج من أقوال ابن تيمية أنه يجوز هذا الشرط, يقول ابن تيمية: «وجماع ذلك أن الملك يستفاد به تصرفات معينة, فكما جاز بالإجماع استثناء بعض المبيع, وجوز أحمد وغيره استثناء بعض منافعه, جوز أيضاً استثناء بعض التصرفات, وجعل هذا الشرط غير مناف لمقتضى العقد»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الخطاب محمد بن عبد الرحمن, مواهب الجليل شرح مختصر خليل, (بدون طبعة), دار السعادة القاهرة, (بدون سنة طبع), ج 4, ص 334.

<sup>2</sup> - حسن علي الشاذلي, نظرية الشرط في الفقه الإسلامي, دار الاتحاد العربي للطباعة, القاهرة, (بدون سنة طبع), ص 569.

<sup>3</sup> - الشيرازي أبو إسحاق, المهذب, طبعة مصطفى الحلبي, مصر, سنة 1955م, ج 1, ص 268.

<sup>4</sup> - ابن قدامة, المغني, (بدون طبعة), مكتبة القاهرة, القاهرة, سنة 1970م, ج 4, ص 282.

<sup>5</sup> - هو: «أحمد بن عبد الحلیم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني الدمشقي الحنبلي, ولد بحران, سنة 661هـ, عني بالحديث وعلمه وفقهه وعلم الكلام, مات سجينا في قلعة دمشق سنة 728هـ», ابن العماد عبد الحي بن أحمد, شذرات الذهب في أخبار من ذهب, الطبعة الأولى, دار ابن كثير, دمشق, سنة 1993م, ج 8, ص 142.

<sup>6</sup> - ابن تيمية, الفتاوى الكبرى, (بدون طبعة), مطبعة كردستان, القاهرة, سنة 1951م, ج 3, ص 329.

## رأي ابن القيم<sup>1</sup>

ذهب ابن القيم إلى ما ذهب إليه ابن تيمية، في أن الأصل في الشروط والعقود الصحة؛ إلا ما نهى عنه الشارع، يقول ابن القيم: «الأصل في العقود والشروط الصحة؛ إلا ما أبطله الشارع؛ أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح، فإن الحكم ببطانها حكم بالتحريم والتأثيم، ومعلوم أنه لا حرام إلا ما حرمه الله ورسوله، ولا تأثيم إلا ما أثم الله ورسوله به فاعله، كما أنه لا واجب إلا ما أوجبه الله ولا حرام إلا ما حرمه الله، ولا دين إلا بما شرع الله ... وما سكت عنه الله فهو عفو، فكل شرط وعقد معاملة سكت عنها فإنها لا يجوز القول بتحريمها، فإنه سكت عنها رحمة منه غير نسيان وإهمال...»<sup>2</sup>.

## الفرع الثاني: الأدلة الشرعية للمذاهب الفقهية

يتناول هذا الفرع أدلة كل من القائلين بعدم الجواز مطلقا، وأدلة القائلين بالجواز، وأدلة القائلين بالتفريق، كل ذلك في البنود الثلاثة الآتية:

## البند الأول: أدلة القائلين بعدم الجواز مطلقا

استدلوا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا»<sup>3</sup>، فقالوا هذا شرط حرم حلالا فهو منهي عنه، واستدلوا كذلك بحديث «نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط»<sup>4</sup>، قالوا وهذا شرط في البيع فهو غير جائز، وكذلك استدلوا بحديث «الولاء لمن اعتق... كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - هو: «ابن القيم (691-751هـ/1292-1350م) محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، أبو عبد الله، أحد كبار العلماء، تتلمذ لابن تيمية حتى كان لا يخرج عن أقواله، له عدة كتب، منها إعلام الموقعين عن رب العالمين وغيرها»، الزركلي، المرجع السابق، ج6، ص56.

<sup>2</sup> - ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى، المكتبة التجارية، سنة 1955م، ج3، ص34.

<sup>3</sup> - أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، سنة 1430هـ - 2009م، ج3، ص446، البيهقي أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1424هـ - 2003م، ج6، ص131، الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق، المصنف، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1403هـ، ج8، ص377.

<sup>4</sup> - الطبراني سليمان بن أحمد، المعجم الأوسط، (بدون طبعة)، دار الحرمين، القاهرة، (بدون سنة طبع)، ج4، ص334.

<sup>5</sup> - البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع المسند، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، سنة 1422هـ، ج1، ص98، الترمذي الترمذي محمد بن عيسى، سنن الترمذي، الطبعة الثانية، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر سنة

قالوا كذلك أن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد الذي يقضي التصرف المطلق في المعقود عليه، وكذا قالوا إن هذا الشرط يفرض إلى تحجير السلعة، وعدم التصرف فيها وتداول الانتفاع بها، وقالوا أن فيه شبهة ربا لأنه يعتبر زيادة منفعة مشروطة في العقد، وهي زيادة لا يقابلها عوض في عقد البيع، وكل زيادة لا يقابلها عوض تكون ربا، والربا يفسد العقد<sup>1</sup>.

وقد تصدى بعض الفقهاء من المذاهب الأخرى لهذه الأدلة بالتحقيق والتمحيص، قال الإمام النووي<sup>2</sup> في شرح المهذب عن حديث نهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط: أنه حديث غريب<sup>3</sup>.

وأما عن قولهم إن هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، فيقول الشيخ علي الخفيف: «من الفقهاء من منع اشتراط أي شرط يخالف مقتضى العقد، ومخالفة مقتضى العقد عند هؤلاء تختلف باختلاف أنظارهم، فمنهم من يراها مخالفة للغرض الأصلي الذي من أجله شرع العقد، ومنهم من يراها مخالفة لكل حكم يرتبه الشارع على العقد»<sup>4</sup>.

فابن تيمية وابن القيم ذهبوا إلى أن الشرط الذي ينافي مقتضى العقد هو ذلك الشرط الذي يمنع ما لم يجعل العقد إلا لأجله، كانتقال العوضين في عقود المعاوضات.

---

1395هـ- 1975م، ج3، ص527، الإمام مالك، الموطأ، (بدون طبعة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ- 1985م، ج2، ص562، الدارمي أبو محمد عبد الله، سنن الدارمي، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت، 1434هـ- 2013م، ج1، ص614، ابن أبي شيبة أبو بكر، المصنف في الأحاديث والآثار، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، الرياض، سنة 1409هـ، ج4، ص307، الصنعاني، المرجع السابق، ج8، ص39، الطبراني، المرجع السابق، ج2، ص154.

<sup>1</sup> الكمال بن الهمام، فتح القدير، (بدون طبعة) المكتبة التجارية، سنة 1356هـ، ج5، ص316.

<sup>2</sup> هو: «النووي (631-676هـ/ 1233-1277م) هو يحيى بن شرف الدين بن مري بن حسن النووي الشافعي، أبو زكرياء محي الدين، علامة بالفقه والحديث، مولده ووفاته في نوا قرية سورية، وإليها نسبتها»، الزركلي، المرجع السابق، ج8، ص149.

<sup>3</sup> النووي محي الدين، المجموع شرح المهذب، (بدون طبعة)، مطبعة الإمام، القاهرة، (بدون سنة طبع)، ج9، ص367.

<sup>4</sup> علي الخفيف، المرجع السابق، ص154.

وفي هذا المعنى يقول الدكتور حسن الشاذلي<sup>1</sup>: «أما الشرط الذي ينافي المقصود من العقد فابن تيمية يرى أن المراد بهذه المناقاة هو أن يثبت العقد مقصودا، وينفي الشرط هذا المقصود، كاشتراط الطلاق في النكاح والفسخ في العقد» وبضيف «وبناء على هذا المعنى يصح للمتعاقد أن يشترط أن لا يبيع، وأن لا يهب، أو غير ذلك من الشروط التي لا تتنافى مع المقصود الأصلي للعقد»<sup>2</sup>.

### البند الثاني: أدلة المجيزين للشرط المانع من التصرف

استدل المجيزون لشرط المانع من التصرف بمجموعة من الأدلة منها، قوله تعالى ﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ءَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (سورة المائدة الآية 01)، وقوله تعالى ﴿وَءَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ ءَ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾ (سورة الإسراء الآية 34)، وقوله صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما»<sup>3</sup>، وكذا استدلووا بحديث: «نهى صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع»<sup>4</sup>، وهذا شرط واحد، وكذلك حديث: «نهى صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم»<sup>5</sup>، وقالوا أن هذا الشرط معلوم.

### البند الثالث: أدلة القائلين بالتفريق في الشرط المانع من التصرف

استند القائلون بالتفريق بين منع التصرف اليسير ومنعه مطلقا، حيث أجازوه في الحالة الأولى ومنعوه في الحالة الثانية إلى الأدلة التالية:

أ- قياسا على جواز استثناء بعض منفعة المبيع، يقول ابن تيمية: «وجماع ذلك أن الملك يستفاد به تصرفات متنوعة، كما جاز بالإجماع استثناء بعض المبيع، وجوز أحمد وغيره

<sup>1</sup> - هو: «الدكتور حسن علي الشاذلي ولد في مصر سنة 1924م، درس بالأزهر في جميع المراحل، حصل على الشهادة العليا ثم العالمية، ثم الماجستير في الفقه المقارن 1965م، فالدكتوراه في الفقه المقارن سنة 1968، شغل عدة وظائف، وحاليا خبير في الموسوعة الفقهية الكويتية، وعضو في هيئة الإفتاء لوزارة الأوقاف الكويتية».

<sup>2</sup> - حسن علي الشاذلي، المرجع السابق، ص 331.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه.

<sup>4</sup> - الترمذي، المرجع السابق، ج 3، ص 527، الدارمي، المرجع السابق، ج 1، ص 614، الصنعاني، المرجع السابق، ج 8، ص 39، ابن أبي شيبة، المرجع السابق، ج 4، ص 307، الطبراني، المرجع السابق، ج 2، ص 154.

<sup>5</sup> - مسلم ابن الحجاج أبو الحسين، صحيح مسلم، (بدون طبعة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ج 3، ص 1175، أبو داود، مرجع سابق، ج 5، ص 284، النسائي أبو عبد الرحمن، السنن الصغرى، الطبعة الثانية، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سنة 1406هـ-1986م، ج 7، ص 37، أحمد بن حنبل أبو عبد الله، المسند، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 2001م، ج 23، ص 188، الهيثمي أبو الحسن، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية، دمشق، سنة 1990م، ج 3، ص 449.

استثناء بعض منافع، جوز أيضا استثناء بعض التصرفات»<sup>1</sup>.

ب- قالوا أن هذا الشرط إذا كان يمنع التصرف اليسير، فإنه لا يؤدي إلى تحجير السلع ومنع تداولها بين الناس، كالشرط الذي يمنع التصرف مطلقا؛ كما أنه لا يلحق الضرر بالمشتري عليه، ذلك أن له الحرية بالتصرف كما يشاء، خارج حدود هذا الشرط<sup>2</sup>.

من خلال هذا العرض لآراء المذاهب الإسلامية في الشرط المانع من التصرف، فإننا نخلص إلى النتيجة التالية:

لقد ذهب أغلب الفقهاء المسلمين إلى عدم مشروعية هذا الشرط، فيما ذهب بعضهم إلى جواز اشتراطه، وذهب آخرون إلى القول بالتفصيل، إجازته في حالات، ومنعه في حالات أخرى؛ ويمكن القول أن شرط المنع من التصرف الوارد ذكره في القانون يكون مقبولا في الشريعة الإسلامية لأنه ليس مطلقا؛ بل مقيدا بالباعث المشروع الذي يحقق مصلحة راجحة والمدة المعقولة؛ أما المدة غير المعقولة والمطلقة فغير مقبولة شرعا وقانونا.

<sup>1</sup> - ابن تيمية، المرجع السابق، ص ج3، ص 339.

<sup>2</sup> - عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الأقصى، عمان، (بدون سنة طبع)، ص 319.

## الفصل الثاني: الحقوق المنفردة عن حق الملكية ومدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري والشريعة

\*المبحث الأول: حق الانتفاع و مدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري و  
الشريعة

\*المبحث الثاني: حق الاستعمال و مدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري  
و الشريعة

\*المبحث الثالث: حقوق التملك المشروط ومدى جواز التصرف فيها في القانون  
الجزائري و الشريعة



## الفصل الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ومدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري والشريعة

يتناول في هذا الفصل الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، التي تحدث عنها القانون الجزائري، بالقدر الذي يثير الموضوع ويسهل فهمه، كما يجدر التعرض فيه إلى حقوق التملك المشروط، وحق التنازل لمدة طويلة الذي اعتمده السياسة الزراعية الجزائرية، لهذا جاءت المباحث الثلاثة التالية:

### المبحث الأول: حق الانتفاع ومدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري والشريعة

قبل معرفة مدى جواز التصرف في حق الانتفاع لابد من تعريفه في القانون الجزائري والشريعة، ثم التطرق لمسألة التصرف، وذلك ما يتناوله المطلبان الآتيان:

#### المطلب الأول: تعريف حق الانتفاع في القانون الجزائري والشريعة

إن القانون الجزائري له نظره في التعاريف؛ وكذلك الشريعة لها نظرتها، فما هي نظرة كل منهما؟، هذا ما يجيب عليه الفرعان المواليان.

#### الفرع الأول: تعريف حق الانتفاع في القانون الجزائري

لم يرد في التقنين المدني الجزائري تعريف لحق الانتفاع، لكن يمكن القول بأن حق الانتفاع هو الحق العيني الذي يخول صاحبه سلطة استعمال شيء مملوك للغير واستغلاله في مقابل المحافظة عليه ورده إلى صاحبة عند نهاية حق الانتفاع، والذي ينتهي حتما بموت المنتفع<sup>1</sup>.

والحق هو ثبوت قيمة معينة لشخص بمقتضى القانون، فيمكن لهذا الشخص أن يمارس سلطات معينة يكفلها القانون، بغية تحقيق مصلحة جديرة بالرعاية<sup>2</sup>. يتميز حق الانتفاع في كونه حقا متفرعا عن حق الملكية، فهو يقطع من عناصرها

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 237، ندين محمد مشوشي، حق الانتفاع دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2006، ص 29.

<sup>2</sup> - اسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1990م، ص 210.

ويجزئها، فيكون لمالك الرقبة التصرف في الشيء؛ أما المنتفع فيكون له الاستعمال والاستغلال فقط، وقد تحدث القانون المدني الجزائري عن حق الانتفاع في المادة 844 منه، حيث بين كيف ينشأ حق الانتفاع ولمن يوصى به إليه.

حق الانتفاع حسب القانون ينشأ بالتعاقد والشفعة والتقادم أو بمقتضى القانون، ويجوز أن يوصى بحق الانتفاع لأشخاص متعاقبين إذا كانوا موجودين على قيد الحياة وقت الوصية، كما يجوز أن يوصى للحمل المستكن.

### الفرع الثاني: تعريف حق الانتفاع في الشريعة<sup>1</sup>

إن الشريعة الإسلامية قسمت الملك ( الملكية ) بعدة اعتبارات، ومن بين هذا الاعتبار اعتبار المحل، وبهذا الاعتبار ينقسم الملك إلى ملك عين وملك منفعة، وفي هذين يدخل حق الانتفاع، يقول الشيخ علي الحفيف: « يستعمل حق الانتفاع في الفقه الإسلامي في الدلالة على ما يثبت لكل من المالك والمباح له من الحق في الانتفاع بما يملك أثرا ونتيجة لملكه؛ أو لإذنه بالانتفاع بما لا يملك، سواء أكان ملكه ملك عين أباح له الانتفاع بتلك العين؛ كالدار إذا ملكها إنسان كان له بناء على ذلك حق الانتفاع بها سكنا؛ أم كان ملك منفعة أباح له الانتفاع بتلك المنفعة، كالدار إذا أوصى بسكناها لإنسان كان له بناء على تملك منفعة السكنى بالوصية حق الانتفاع بسكناها، كما يثبت له الحق في الانتفاع بما أبيع له أثرا ونتيجة للإباحة والإذن، كالدار يباح لشخص أن يسكنها فيكون له حق الانتفاع بسكناها نتيجة لهذه الإباحة.

وعلى ذلك يثبت حق الانتفاع لصاحبه إما أثرا لذلك، سواء أكان ملك عين أم ملك منفعة وإما أثرا للإباحة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (بدون طبعة)، دار الفكر العربي، (بدون سنة طبع)، ص 76.

<sup>2</sup> - علي الحفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 26، مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام ج 1 ص 257، محمد مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي ص 343، عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، ص 32، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 61، محمد كمال الدين أمام و جابر عبد الهادي، المخل لدراسة الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، منشورات بابي الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2006م، ص 372.

وحق الانتفاع يختلف من مذهب لآخر، فالحنيفة لا فرق عندهم بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، وهما شيء واحد، وللمنتفع أن ينتفع بنفسه أو أن يملك غيره المنفعة؛ إلا إذا وجد مانع صريح من قبل مالك العين؛ أو وجد مانع يقتضيه العرف والعادة، فمن وقف داره لسكن الطلاب الغرباء كان للطالب حق السكن فقط، وحق الانتفاع بالمرافق العامة كالمدارس والجامعات والمشافي مقيد بالمنتفع فقط، وليس له تمليك غيره، وهذا الرأي هو المعمول به قانوناً، وقال المالكية هناك فرق بين ملك المنفعة وحق الانتفاع، فملك المنفعة اختصاص يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه، وأن يملكها لغيره بعوض أو بغير عوض؛ وأما حق الانتفاع فهو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي، بناء على إذن عام كحق الانتفاع بالمنافع العامة كالطرق والأنهار والمدارس والمصحات وغيرها؛ أو إذن خاص كحق الانتفاع بملك شخص أذن له به كركوب سيارته، والمبيت في منزله، وقراءة كتبه ونحو ذلك فليس للمنتفع أن يملك المنفعة لغيره.

فتمليك الانتفاع: هو أن يباشر المنتفع بنفسه، وتمليك المنفعة أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة وبغير عوض كالإعارة<sup>1</sup>.

يقول القرافي<sup>2</sup>: « فتمليك الانتفاع نريد به أن يباشر هو بنفسه فقط، وتمليك المنفعة هو أعم وأشمل، فيباشر بنفسه ويمكن غيره من الانتفاع بعوض كالإجارة، وبغير عوض كالعارية»<sup>3</sup>.

### المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في حق الانتفاع في القانون الجزائري والشريعة

إن مدى جواز التصرف في حق الانتفاع يرتبط أساساً بالأسباب المنشئة له، ولكل من القانون الجزائري والشريعة أسباب لإنشاء هذا الحق، قد يتفقان فيها وقد يختلفان، و ذلك ما يظهر في الفرعين التاليين:

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 60.

<sup>2</sup> - هو: «أحمد بن إدريس بن عبد الرحمان، أبو العباس، شهاب الدين القرافي، توفي سنة 684هـ - 1285م، من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة وإلى القرافة بالقاهرة، مصري المولد والمنشأ والوفاء، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول». الزركلي، المرجع السابق، ج 1 ص 95.

<sup>3</sup> - الإمام القرافي أحمد بن إدريس، الفروق، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1998، ج1، ص331.

## الفرع الأول: مدى جواز التصرف في حق الانتفاع في القانون الجزائري

يثبت للمنتفع حق استعمال الشيء الذي يرد عليه حقه واستغلاله دون أن يملك التصرف فيه، نتيجة لترتب حق عيني له عليه هو حق الانتفاع، وتثار هنا المسألة التالية وهي: هل يمكن للمنتفع التصرف بحقه هذا؟.

لاشك في أن المنتفع يعتبر صاحب حق تتحصر سلطاته في الاستعمال والاستغلال، ولهذا يمكنه أن يتصرف في حدود ماله من سلطات فقط.

يقول السنهوري<sup>1</sup>: «القاعدة العامة: للمنتفع حق عيني على الشيء المنتفع به هو حق الانتفاع، فهو يملك هذا الحق دون أن يملك الرقبة، وعلى ذلك يجوز له التصرف في حق الانتفاع بجميع أنواع التصرفات، ولا يجوز له أن يتصرف في الرقبة.

والتصرف في حق الانتفاع يكون بوجه خاص بالنزول عنه للغير، أو برهنه، أو بترتيب حق عيني أصلى عليه، فيرتب المنتفع مثلا حق انتفاع على نفس حق انتفاعه»<sup>2</sup>.

وبصفة عامة فإن للمنتفع أن يقوم بأعمال الإدارة التي يتطلبها الانتفاع بالشيء، وله أيضا أن يقوم بأعمال التصرف بالنسبة إلى حقه في الانتفاع؛ كما له أخيرا أن يباشر الدعاوى اللازمة لحماية حقوقه<sup>3</sup>.

### أولا: أعمال الإدارة

للمنتفع أن يقوم بكل ما يلزم لإدارة الشيء المنتفع به وبما يتفق مع طبيعته، في الحدود التي تمكنه من ممارسة حقه، حيث أن للمنتفع أن يؤجر حقه في الانتفاع لاستثماره والحصول على أجرته، وقد نصت المادة 469 من القانون المدني الجزائري، على أنه: «ينتهي بقوة القانون الإيجار الصادر من المنتفع بانقضاء الانتفاع»، للمنتفع أن يؤجر

<sup>1</sup> - هو: «السنهوري (1312-1391هـ/ 1895-1971م)، عبد الرزاق بن أحمد، كبير علماء القانون المدني في عصره، مصري، ولد في الإسكندرية، تخرج بالحقوق من القاهرة (1917م)، اختير في بعثة إلى فرنسا (1921م)، تحصل على الدكتوراه في القانون والاقتصاد والسياسة (1926)، تولى وزارة المعارف بمصر، اختير عضو في مجمع اللغة العربية (1946)، وعين رئيسا لمجلس الدولة بمصر، وضع قوانين مدنية كثيرة، توفي بالقاهرة»، الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص 350.

<sup>2</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1240.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 247.

الشيء المنتفع به ولا حد لمدة الإيجار إلا المدة التي يبقى فيها حق الانتفاع قائما، فإذا كانت مدة حق الانتفاع اثنتي عشرة سنة مثلا، جاز للمنتفع أن يؤجر الشيء لأية مدة بشرط ألا تتجاوز اثنتي عشرة سنة، وألا تتجاوز في الوقت ذاته حياة المنتفع، فيؤجرها لسبع سنوات مثلا، أو عشر سنوات أو اثنتي عشرة سنة<sup>1</sup>، فلا يتقيد بمدة ثلاث سنوات هي الحد الأقصى لمدة الإيجار الذي يعقده من يدير مال غير ( المادة 468 من قانون الإيجار )؛ ذلك أن المنتفع لا يدير الشيء المنتفع به نائبا عن الغير، وإنما يستعمل حقه الأصيل في الانتفاع.

### **ثانيا: أعمال التصرف**

إذا كان حق الانتفاع يخول لصاحبه سلطة استعمال واستغلال الشيء؛ إلا أنه لا يملك سلطة التصرف في هذا الشيء، حيث أن هذه السلطة تثبت لمالك الرقبة، كما لا يجوز أن يتصرف في حق ارتفاق مقرر لمصلحة العقار المنتفع به، ولكن بما أن المنتفع يملك حق الانتفاع فإنه يستطيع أن يتصرف فيه، بأن ينزل عنه للغير، وهو في هذا لا يستطيع أن يعطي للمتصرف إليه أكثر مما يملك هو نفسه، فلا يكون للمتصرف إليه إلا سلطة الاستعمال والاستغلال.

ويستوي أن يكون تصرف المنتفع في حقه معاوضة أو تبرعا، فله أن يبيع حقه، كما له أن يهب هذا الحق، ويؤدي هذا التصرف إلى انتقال حق الانتفاع في الحدود التي كانت له إلى الغير، ومقتضى هذا أن ينقضي حق الانتفاع بموت المنتفع الأصلي، وليس بموت المتصرف له.

وكما يجوز للمنتفع أن ينزل عن حقه في الانتفاع، فإنه يجوز لدائنيه أن يحجزوا على حقه، وذلك ما لم يشترط في السند المنشئ للانتفاع عدم جواز التصرف فيه، ويجوز للمنتفع أن يرتب على حقه في الانتفاع تأمينا عينيا كرهن أو حق اختصاص، والدائن صاحب التأمين العيني يجوز له أن يحجز على حق الانتفاع<sup>2</sup>.

### **ثالثا: حماية حق الانتفاع**

للمنتفع أن يرفع الدعاوي اللازمة لحماية حق الانتفاع ذاته، فله أن يرفع الدعوى

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1237.

<sup>2</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 249.

العينية التي يحمى بها حق الانتفاع ذاته، وهي دعوى الإقرار بحق الانتفاع؛ كما أن له أن يرفع دعاوى الحيازة لحماية حيازته للعقار المنتفع به، ولو كانت ضد المالك نفسه؛ إذا تعرض له في حيازته أو انتزع الحيازة منه، ويجوز للمنتفع أن يرفع دعوى تعيين الحدود، ودعوى القسمة إذا كان الانتفاع شائعاً بينه وبين الغير؛ كما له أن يطالب بحق المرور القانوني في حالة انحباس الشيء المنتفع به عن الطريق العام<sup>1</sup>.

وخلاصة القول أن حقوق المنتفع بصفة عامة تتلخص في ما يلي:

1- حق الاستعمال: ويشمل حينئذ الشيء المنتفع به وتوابعه، كالأرض المنتفع بها مع حقوق الارتفاق.

2- حق الاستغلال: وهو الحصول على ثمار الشيء وغلته مدة انتفاعه به،

3- حق التصرف: فللمنتفع أن يتصرف في حقه بمقابل أو بدون مقابل، فله أن ينقل حقه إلى شخص آخر بالبيع أو التنازل، وله أن يؤجر العين محل الانتفاع.

### الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في حق الانتفاع في الشريعة<sup>2</sup>

إن جواز التصرف في حق الانتفاع في الشريعة الإسلامية، مرتبط أساساً بالسبب المنشئ لهذا الحق، لذلك سنعالج كل سبب على حدة، ونبين مدى جواز التصرف في حق الانتفاع الناشئ عن هذا السبب.

هناك أربعة أسباب لإنشاء حق الانتفاع في الشريعة الإسلامية، فقد ينشأ عن عقد بين الأحياء كالإجارة والإعارة، أو عن وصية أو وقف.

#### أولاً: الإجارة

وهي تملك منفعة بعوض، والأصل النظري أن من ملك الشيء حق له تملكه<sup>3</sup>، فيحق للمستأجر أن يتصرف في الإجارة، وذلك بأن يملك المنفعة لغيره بعوض وبغير عوض،

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1241.

<sup>2</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، ص 32. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 60، محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، ص 79، علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 27، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 286.

<sup>3</sup> - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 3، ص 34.

بشرط أن تكون المنفعة مما لا تختلف باختلاف المنتفع، وإن اختلف نوع المنفعة كان لا بد من إذن المالك المؤجر، وهذا الحكم في الشريعة لا يتفق مع القانون المدني الجزائري الذي يمنع المستأجر من التنازل عن حقه في الإجارة، وكذا إجراء إيجار من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا أو وجود نص قانوني، تنص المادة 505 من القانون المدني الجزائري، على أنه: «لا يجوز للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإجارة أو يجري إيجارا من الباطن دون موافقة المؤجر كتابيا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك».

### ثانيا: الإعارة

وهي تبرع بغير عوض عند جمهور الحنفية والمالكية، وللمستعير أن ينتفع بنفسه، وله إعارة الشيء لغيره، لكن ليس له إجارته، لأن الإعارة عقد غير لازم (يجوز الرجوع عنه في أي وقت)، والإجارة عقد لازم، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه، وفي إجارة المستعار إضرار بالمالك الأصلي.

وعند الشافعية والحنابلة هي إباحة المنفعة بلا عوض، فليس للمستعير إعارة المستعار إلى غيره.

والقانون المدني الجزائري يتفق مع الشافعية والحنابلة في منع المستعير من التصرف في الشيء المستعار بيعا أو تبرعا إلا بإذن المعير، حيث نصت المادة 542 على أنه: «ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد وذلك طبقا لما يبينه العقد أو تقتضيه طبيعة الشيء أو يجري به العرف، ولا يجوز له دون إذن المعير أن يتنازل عن الاستعمال للغير ولو تبرعا...».

### ثالثا: الوصية بالمنفعة

فهي تفيد ملك المنفعة فقط في الموصى، وله استيفاء المنفعة بنفسه؛ أو بغيره بعوض إن أجاز له الموصى الاستغلال<sup>1</sup>.

### رابعا: الوقف

هو حبس العين عن تملكها لأحد من الناس وصرف منفعتها إلى الموقوف عليه،

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 60.

فالوقف يفيد تملك المنفعة للموقوف عليه، وله استيفاء المنفعة بنفسه، أو بغيره إن أجاز له الواقف الاستثمار، فإن نص على عدم الاستغلال؛ أو منعه العرف من ذلك فليس له الاستغلال، وهذا يتفق تماما مع قانون الأوقاف الجزائري حيث جعل حق الموقوف عليه حق انتفاع، وجعل شروط الواقف هي التي تنظم الوقف ما لم يرد في الشريعة نهى عنها، كما نصت عليه المادة 6 مكرر والمادة 17 و18<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> - قانون رقم 10/91 المعدل، مؤرخ في 12 شوال عام 1411 هـ الموافق 27 أبريل سنة 1991م، يتعلق بالأوقاف،  
الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23 شوال 1411 هـ الموافق ل 08 مايو 1991م.



## المبحث الثاني: حق الاستعمال ومدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري والشريعة

يتناول هذا المبحث في مطلبين التعريف بحق الاستعمال في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية، وكذا مدى جواز التصرف فيه.

### المطلب الأول: تعريف حق الاستعمال في القانون الجزائري والشريعة

يتناول هذا المطلب التعريف بحق الاستعمال وحق السكن، لأن حق السكن هو نوع من أنواع الاستعمال، وذلك وفق ما سار عليه القانون المدني الجزائري في المواد (855، 856، 857).

### الفرع الأول: تعريف حق الاستعمال في القانون الجزائري

حق الاستعمال هو الحق العيني الذي يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره، ويخول لصاحبه استعمال الشيء لنفسه ولأسرته، وإذا كان استعمال الشيء لا يكون إلا بسكناه كان الحق حقا للسكن<sup>1</sup>، فحق الاستعمال إذن هو القدرة على الاستفادة من الشيء وتحصيل منافعه، وهو يرد على عقار أو على منقول؛ لكن حق السكن لا يرد إلا على عقار، حيث أن محله محصور في بناء للسكن، وإذا كان استعمال الشيء يؤدي إلى الحصول على ثماره كما هو الشأن في الأرض الزراعية، فإن صاحبه يستحق من هذه الثمار بمقدار ما يسد حاجته هو وأسرته، ويقصد بالأسرة كل من يعولهم صاحب الحق من زوجة وأولاد وأقارب وخدم، وذلك ما لم يقرر السند المنشئ للحق خلاف ذلك، فقد نصت المادة 855 من القانون المدني الجزائري، على أن: «نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته الخاصة أنفسهم، وذلك دون الإخلال بالأحكام التي يقررها السند المنشئ للحق»، ومما يلاحظ أن حق الاستعمال فرع عن الانتفاع؛ إذ أن حق الانتفاع يخول صاحبة حق الاستغلال وحق الاستعمال، بينما هذا الحق لا يخول صاحبة إلا حق الاستعمال، وحق الاستعمال محدود بحاجته الشخصية هو وأسرته، وحق السكن فرع عن الاستعمال، وعلى ذلك يكون حق الانتفاع هو أعم الحقوق الثلاثة، فإذا تخصص للاستعمال

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1275، نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 262، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 40.

دون الاستغلال، كان حق استعمال، وإذا تخصص الاستعمال للسكن دون غيرها من ضروب الاستعمال، كان هذا هو حق السكن<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: تعريف حق الاستعمال في الشريعة

إن الفقه الإسلامي لم يعن بذكر هذه الأنواع للحقوق، ومنها حق الاستعمال وحق السكن، ولكنه ذكرها ضمن تعريفه للملك الناقص، وبخاصة ملك المنفعة الشخصي، يقول الدكتور السنهوري في كتابه مصادر الحق في الفقه الإسلامي عند تعريفه لحق المنفعة: « تعرفه المادة 13 من مرشد الحيران على الوجه الآتي: الانتفاع الجائز هو حق المنتفع في استعمال العين واستغلالها مادامت قائمة على حالها إن لم تكن رقبته مملوكة، فحق المنفعة يختص بعنصرين من عناصر الملكية الثلاثة (الاستعمال والاستغلال)، وقد يقصر على الاستعمال فتسمى المنفعة بحق الاستعمال، وقد يقتصر الاستعمال على السكن فيسمى ذلك بحق السكن، ومن ثم يفترن عادة بحق المنفعة الاستعمال وحق السكن»<sup>2</sup>.

ويبين لنا الشيخ على الخفيف في كتابه الملكية في الشريعة الإسلامية نظرة الشريعة الإسلامية في عدم ذكر الحقوق المتفرعة عن حق الملكية فيقول: « وعلى أية حال فليس في إغفال فقهاء الشريعة لذكر هذه العناصر في تعريف الملك دلالة على أنهم لا يرونها مظهر الملك في الخارج، وأن بها قيامه فليس لذلك في الفقهاء قيام إلا بها، وإذا كان الفقه الغربي فقها واقعيًا في نظره فلا يرى حق الملكية إلا في واقعه، حيث يتمثل في هذه العناصر الثلاثة في الخارج، فإن الفقه الإسلامي حين يرى الملك حكمًا شرعيًا أو قدرة شرعية يمنحها الشارع للشخص فإنه يجعلها أساسًا وسببًا لما هو واقع في الخارج من ثبوت هذه العناصر لصاحبها، فيجعلها مسببة عنه وأثرًا لازمًا له، بحيث يكون وجود أحدهما لازمًا لوجود الآخر فلا ينفكان ولا ينفصلان أحدهما عن الآخر، غير أن الوضع في الفقه الغربي يخالف عنه في الفقه الإسلامي، فالفقه الغربي حين يعرض للملك إنما يعرض له ممثلًا في حق الملكية الذي يتعلق بالعين المبنية على صورة شاملة، وذلك ما يتحقق في الملك التام عند فقهاء

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1276.

<sup>2</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 1، ص 33.

الشريعة، أما الفقه الإسلامي فحين يعرض للملك يعرض له بصورة عامة مختلفة الصور والأوضاع على ما بينا من قبل، فمنه الملك التام الذي يتعلق بالعين ومنفعتها جميعا، ومنه الملك الناقص الذي يتعلق بالعين وحدها أو بالمنفعة وحدها ... ومن هذا يرى أن الملك في الشريعة أعم منه في الفقه الغربي، كان ذلك أساس اختلافهما إلى عناصره، إذا كان التصرف عنصرا جوهريا لازما بالنسبة لحق الملكية، ولم يكن كذلك بالنسبة لما يسمى ملكا في الفقه الإسلامي»<sup>1</sup>.

بناء على ما مر يلاحظ أن الشريعة الإسلامية تتناول ضمنا كل الحقوق المتفرعة عن الملكية بما فيها حق الاستعمال وحق السكن، ويبدو ذلك جليا في الحديث عن حق المنفعة الشخصي، وكذلك في الحديث عن حق الانتفاع الذي هو مجرد رخصة بالانتفاع الشخصي، بناء على إذن عام أو إذن خاص.

### المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في حق الاستعمال في القانون الجزائري والشريعة

ويتناول ذلك في فرعين، الأول مخصص للحديث عن الجهة القانونية، والثاني عن الجهة الشرعية.

#### الفرع الأول: مدى جواز التصرف في حق الاستعمال في القانون الجزائري

تنص المادة 855 من القانون المدني الجزائري، على أن: «نطاق حق الاستعمال وحق السكن يتحدد بقدر ما يحتاج إليه صاحب الحق وأسرته الخاصة أنفسهم، وذلك دون الإخلال بالإحكام التي يقررها السند المنشئ للحق».

وتنص المادة، 856 على أنه: «لا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال وحق السكن إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي».

وتنص المادة 857 على أنه: «تسري القواعد الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكن متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين، وذلك مع مراعاة الأحكام المتقدمة».

<sup>1</sup> - على الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية، ص 83.

من خلال هذه المواد المتقدمة، يظهر لنا أهم ما يختص به حق الاستعمال وحق السكن من أحكام فرضتها طبيعتهما الخاصة، ويختلف فيها هذان الحقان على حق الانتفاع، وأهم هذه الأحكام أنه لا يجوز النزول عن حق الاستعمال أو حق السكن؛ إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوي، وهذا يرجع إلى الطابع الشخصي الملحوظ في تقرير حق الاستعمال وحق السكن لصاحبه<sup>1</sup>، ويقاس على عدم جواز النزول عدم جواز الإيجار، فالأصل إذن أن كلا من حق الاستعمال وحق السكن مقصور على صاحب الحق نفسه هو وأسرته، وبمقدار حاجتهم الشخصية، فلا يجوز لصاحب الحق أن ينزل عنه للغير بمقابل أو بغير مقابل، ولا يجوز له أن يؤجره، وإذا نزل عنه للغير أو آجره؛ كان النزول أو الإيجار باطلا، لأنه إنما ينزل عن حقه أو يؤجره وهو حق غير قابل للنزول عنه ولا الإيجار<sup>2</sup>.

لكن يجوز استثناء أن ينزل صاحب الاستعمال أو حق السكن عنه؛ أو يؤجره بناء على شرط صريح يرد في السند المنشئ للحق يخوله هذه السلطة؛ أو إذا وجد مبرر قوي يدعو إلى ذلك، فقد يوصى شخص بسكنى منزل لأولاده، ويستدير الزمن فإذا البيت أصبح لا يليق بسكناهم، وقد ينتقلون من بلد إلى بلد آخر فلا يستطيعون سكن المنزل، ولا يستطيعون إيجاره لغيرهم ولا الانتفاع بالأجرة في استئجار مسكن لهم في البلد الذي يقيمون فيه، من أجل هذه كله أجازت المادة 856 النزول عن حق الاستعمال وحق السكن؛ إذا وجد شرط صريح أو مبرر قوي لذلك، والحكمة من تقرير هذا الاستثناء هي المرونة والتخفيف من حدة المبدأ الذي يقضي بعدم جواز النزول عن الحق أو تأجيره<sup>3</sup>.

وفيما عدا هذه الأحكام الخاصة بالحقين، فإنه يسرى عليهما الأحكام المتعلقة بحق الانتفاع متى كانت لا تتعارض مع طبيعتهما<sup>4</sup>، فأسباب كسبهما هي العقد والوصية والتقادم والحيازة، أما الشفعة فلا تصلح سببا لكسبهما؛ لأنها تتطلب التصرف في الحق الوارد على عقار بالبيع ولا يجوز بيعهما، وأسباب الانقضاء هي ذاتها أسباب انقضاء حق الانتفاع، والتزامات صاحب حق الاستعمال وحق السكن هي التزامات المنتفع.

<sup>1</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 263.

<sup>2</sup> - للسنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1276.

<sup>3</sup> - نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص 264.

<sup>4</sup> - السنهوري، الوسيط، المجلد 9، ص 1278، همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص 264.

ولكن طبيعة حق الاستعمال وحق السكن قد تؤدي إلى تطويع أحكام حق الانتفاع بما يتفق مع هذه الطبيعة، فحيث حق الاستعمال لا يستغرق كل منافع الشيء فإن صاحبه لا يتحمل إذن من نفقات الصيانة والتكاليف المعتادة إلا بنسبة ما يحصل عليه من منفعة؛ كما أن هذه الطبيعة قد تؤدي إلى استبعاد بعض الأحكام؛ كالحكم الخاص بتسليم العين إلى أمين يتولى إدارتها ويعطى أجرتها لصاحب الحق بمقتضى حكم من القضاء على إثر الاستعمال غير المشروع لحق الانتفاع؛ كما تنص عليه المادة 847 من القانون المدني، وأخيرا لا يجوز للدائنين أن يحجزوا على حق الاستعمال والسكن حيث أنه لا يجوز النزول عنهما<sup>1</sup>.

### الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في حق الاستعمال في الشريعة

إن جواز التصرف في حق الاستعمال وحق السكن في الشريعة يتحدد من خلال حصر مجالات تواجده، فهو يوجد في الوصية والوقف والإعارة والإباحة والإعطاء لصفة والإجارة بشرط، ففي الوصية بالمنفعة إذا اشترط الموصي على الموصى له أن يستعملها في مجال معين، كسكنى دار؛ أو استغلال أرض كمخزن أو غيرها، فلا يجوز له شرعا أن يخالف الشرط ويستغلها في غير ذلك<sup>2</sup>.

أما في الوقف، فإن الواقف إذا اشترط عدم الاستغلال، أو منع العرف من ذلك فليس للموقوف له التصرف في الوقف إلا بالاستعمال المحدد في الشرط<sup>3</sup>.

وأما في الإعارة فقد اختلف الفقهاء في تحديدها هل هي تملك منفعة؛ أو إباحة منفعة؟.

فالذين قالوا أنها تملك منفعة؛ أجازوا للمستعير أن يعير الشيء المستعار إلى من يستعمله كاستعماله، وهذا مذهب الحنفية والمالكية، والذين قالوا أنها إباحة منفعة منعوا المستعير أن يعير الشيء المستعار مطلقا، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة، والكل متفقون

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 9، ص 1278.

<sup>2</sup> - عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 1421هـ - 2000م، ص 343، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 4، ص 61.

<sup>3</sup> - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 1، ص 287.

على أنه ليس للمستعير إجارة الشيء المستعار، لأن الإعارة عقد غير لازم والإجارة عقد لازم، والضعيف لا يتحمل الأقوى منه<sup>1</sup>.

وأما الإباحة، وهي الإذن باستهلاك الشيء أو باستعماله، كالإذن العام بالانتفاع بالمنافع العامة كالمرور في الطرقات ودخول المدارس والمشافي، والإذن الخاص باستعمال ملك شخص معين كركوب سيارته أو السكن في داره، وسواء كانت الإباحة مفيدة ملك الانتفاع بالشيء بالفعل، أو بإحرازه كما يرى الحنفية، أو مجرد الانتفاع الشخصي كما يرى المالكية، فإن الفقهاء متفقون على أنه ليس للمنتفع إجابة غيره في الانتفاع بالمباح له، لا بالإعارة ولا بالإباحة لغيره<sup>2</sup>.

وأما الإعطاء لصفة كعامل في شركة؛ أو مؤسسة أعطيت له دار للسكن مثلا، فإنه لا يجوز له التصرف فيها استغلالا؛ بل استعمالا فقط<sup>3</sup>.

وأما الإجارة بشرط، كإجارة دار للسكن واشترط عليه صاحبها عدم إيجارها، أو أن يستعملها استعمالا شخصيا، أو كان القانون يمنع ذلك، فإنه لا يجوز للمستأجر التصرف في الدار.

<sup>1</sup> - وزارة الأوقاف الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، ذات السلاسل، الكويت، سنة 1406هـ، ج 5، ص18، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 60.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص 61 .

<sup>3</sup> -الصادق عبد الرحمن الغرياني، فتاوى المعاملات الشائعة، الطبعة الثانية، دار السلام، القاهرة، سنة 1423هـ - 2003م، ص 81.

## المبحث الثالث: حقوق التملك المشروط ومدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري

### والشريعة

يعالج هذا المبحث نوعين من هذه الحقوق, وهما الوعد بالبيع وحق الامتياز في المطلبين التاليين:

### المطلب الأول: الوعد بالبيع ومدى جواز التصرف فيه في القانون الجزائري و الشريعة

يتناول هذا المطلب التعريف بالوعد بالبيع وصوره, في كل من القانون الجزائري والشريعة الإسلامية, وذلك في فرعين.

### الفرع الأول: مفهوم الوعد بالبيع وصوره في القانون والشريعة

في بندين يتناول هذا الفرع مفهوم الوعد بالبيع وصوره في كل من القانون الجزائري والشريعة, ففي البند الأول الحديث عن الناحية القانونية, وفي البند الثاني الحديث عن الناحية الشرعية.

### البند الأول: مفهوم الوعد بالبيع وصوره في القانون<sup>1</sup>

يتناول هذا البند الحديث عن الناحية القانونية من خلال نقطتين.

### أولاً: مفهوم الوعد بالبيع في القانون

البيع ينشئ بمجرد انعقاده التزامات في ذمه كل من البائع والمشتري, فيلتزم الأول بنقل الملكية إن لم ينقلها فعلاً, ويتسلم المبيع وضمانه, ويلتزم الثاني بدفع الثمن وملحقاته ويتسلم المبيع.

غير أنه قد يحدث أن البائع يعلن للمشتري, أنه يرضى بالبيع بشروط محددة, ويترك له مدة معينة يقبل الشراء إذا أراد, فيعلن المشتري أنه يوافق على ما التزم به البائع, وأنه سيخطر برغبته في الشراء خلال المدة التي عينها البائع, ففي هذه الحالة لا تكون بصدد بيع

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني(التأمينات العينية), دار الهدى, الجزائر, سنة 2010م, ص 99, السنهوري, الوسيط, ج 4, ص56, السنهوري, نظرية العقد, الطبعة الثانية, منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, سنة 1998م, ج1, ص262.

ولكن يوجد وعد بالبيع؛ إذ أن الآثار التي تترتب على البيع لا تنشأ في الحال، والاتفاق الذي قام بين البائع والمشتري لا يعني إلا أنه قد يتحمل أن تنشأ آثار البيع في المستقبل.

والوعد بالبيع يحقق في الحياة فوائد عملية، فقد تتضمن عقود الإيجار الصادرة من شركات البناء العقارية وعدا ببيع العين إلى المستأجر خلال مدة معينة إذا رغب في الشراء، وقد تكون هذه المدة مدة الإيجار، وقد يريد شخص إنشاء مصنع أو منزل بجواره أرض هو الآن في حاجة إليها، ولكن لا يستطيع شراءها فورا فيكتفي بالتعاقد مع صاحب هذه الأرض، على أن يتعهد هذا ببيع الأرض له إذا أبدى رغبته في الشراء في مدة معينة.

### ثانيا: صوره الوعد بالبيع في القانون

للوعد بالبيع في القانون ثلاث صور هن:

#### الصورة الأولى: الوعد بالبيع من جانب واحد<sup>1</sup>

وصورته فيها يعد صاحب الشيء المتعاقد الآخر أن يبيع له هذا الشيء إذا رغب الآخر في شرائه في مدة معينة، فيكون صاحب الشيء هو الملتزم وحده بالبيع إذا أظهر الطرف الآخر رغبته في الشراء، أما الطرف الآخر فلا يلزمه الشراء، بل هو حر، إن شاء أعلن رغبته في الشراء فيتم البيع النهائي، وإذا امتنع عن الرغبة لا يتم البيع ويسقط الوعد به.

والوعد بالبيع من جانب واحد ليس إيجابا من الواعد، بل هو عقد يجب أن يتوافر فيه إيجاب من الواعد وقبول من الموعود له، فإذا قبل الموعود له انعقد الوعد ملزما الواعد وحده بالبيع، أما الموعود له فلا يلتزم بالشراء.

#### الصورة الثانية: الوعد بالشراء من جانب واحد<sup>2</sup>

وفي هذه الصورة يعد المتعاقد الآخر صاحب الشيء أن يشتري هذا الشيء إذا أراد بيعه بثمن معين وفي خلال مدة معينة، فهي صورة عكسية للصورة الأولى، فالمتعاقد الآخر هو الملتزم بالشراء إذا رغب صاحب الشيء في بيعه، وهذا الأخير لا يكون ملزما بالبيع بل

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، ص 100، السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 56.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح ص 101، السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 71.



هو حر؛ إن شاء أظهر رغبته خلال المدة المعينة في البيع فينعقد عقد البيع، وإن شاء فلا يظهر رغبته في البيع، ومن ثم فلا يبرم عقد البيع ويترتب على ذلك سقوط الوعد بالشراء.

### الصورة الثالثة: الوعد بالبيع والشراء أو الوعد المتبادل

وهذه الصورة تجمع الحالتين السابقتين، حالة الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد، وحالة الوعد بالبيع والشراء من الجانبين، ويسمى الوعد المتبادل، وفي هذه الصورة يلتزم كل من الطرفين بإبرام العقد إذا أعلن الطرف الآخر رغبته في ذلك.

مثاله أن يعد شخص آخر ببيع شيء له ( دار مثلا) بثمن معين، إذا هو رغب في شرائه في المستقبل خلال فترة معينة، ويعدده الشخص الآخر بشراء ذلك الشيء منه، إذا هو أظهر رغبته في بيعه خلال تلك المدة، ففي هذا المثال يكون كل من طرفي العقد واعدًا وموعودًا له، فالأول واعدًا بالبيع، وموعودًا له بالشراء، الثاني واعدًا بالشراء وموعودًا له بالبيع<sup>1</sup>.

وصورة الوعد المتبادل والشراء نادرة الحصول، والصورة الغالبة عملا هي الوعد بالبيع من جانب واحد<sup>2</sup>.

والقانون المدني الجزائري لم يتعرض للوعد بالبيع اكتفاء بتنظيمه للوعد بالتعاقد بوجه عام في النظرية العامة للعقد بنص المادتين 71 و72، حيث بينت المادة 71 شروط الوعد بالتعاقد بوجه عام؛ إذ تنص على أنه: «الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا يكون له أثر؛ إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها.

وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين، فهذا الشكل يطبق أيضا على الاتفاق المتضمن الوعد بالتعاقد»، ثم نصت المادة 72 على أنه: «إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم مقام العقد».

<sup>1</sup> محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، ج1، ص124.

<sup>2</sup> محمد صبري السعدي، الواضح، ص 102.

من خلال المادتين السابقتين يجب أن يتوافر في الوعد الأركان الثلاثة الآتية (وهي مستخلصة من نص المادة 71 من القانون المدني الجزائري):

أولاً: حصول الاتفاق على طبيعة الوعد.

ثانياً: تعيين جميع المسائل الجوهرية لعقد البيع وهي المبيع والثمن.

ثالثاً: تعيين المدة التي يجب فيها إبرام البيع.

ولما كانت الفقرة الثانية من المادة 71 من القانون المدني الجزائري، تنص على أنه في حالة اشتراط القانون لتمام العقد الموعود به استيفاء شكل معين، فيطبق هذا الشكل أيضاً على الوعد بالتعاقد، ولذلك يجب أن يتم الوعد ببيع العقار أمام الموثق في الشكل الرسمي، فإذا تم ذلك ونكل الواعد ببيع العقار، فالموعود له يستطيع الحصول على حكم يقوم مقام العقد الموعود به، وذلك طبقاً لنص المادة 72 من القانون المدني الجزائري؛ إذن فالوعد ببيع العقار في التشريع الجزائري عقد شكلي، وفي حالة عدم توافر الشكلية فيه فإنه يتحول إلى عقد صحيح غير مسمى<sup>1</sup>، طبقاً للمادة 105 من القانون المدني الجزائري، والتي تنص على أنه: «إذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوفرت فيه أركان عقد آخر فإن العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توفرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تتصرف إلى إبرام هذا العقد».

### البند الثاني: مفهوم الوعد بالبيع وصوره في الشريعة

يخصص هذا البند للناحية الشرعية مع المقارنة بالقانون الجزائري، وذلك وفق النقطتين التاليتين:

#### أولاً: مفهوم الوعد بالبيع في الشريعة

كل ما ذكر من تعريفات يجري وفق القانون، ولكن هل عرفت الشريعة الإسلامية الوعد بالبيع؟

لقد تطرق الفقهاء إلى مسألة الوعد الملزم في حديثهم عن "الوعد" و"العدة" و"المواعدة"

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح، ص 100 .

و"الالتزام"، فالوعد والعدة في اصطلاحهم هي «إنباء الإنسان غيره بأنه سيفعل أمرا في المستقبل مرغوبا له»<sup>1</sup>.

وأما المواعدة فتطلق في اصطلاحهم على «إعلان شخصين عن رغبتها في إنشاء عقد أو إيقاع تصرف في المستقبل تعود آثاره عليهما»<sup>2</sup>.

وأما الالتزام فيطلق بمعناه العام على إيجاب الإنسان على نفسه أمرا؛ إما باختياره وإرادته من تلقاء نفسه؛ وإما بالزام الشرع إياه، فيلتزمه امتثالا وطاعة لأمره.

### ثانيا: صور الوعد بالبيع في الشريعة

للوعد بالبيع في الشريعة الإسلامية صورتان تستوعب الصور القانونية، وهما كالآتي:

#### الصورة الأولى: الوعد من طرف واحد

وينقسم الوعد من طرف واحد من حيث القوة الإلزامية: أي اقتضاؤه إلزام الواعد بإنجاز ما وعد به عند امتناعه بقوة القضاء إلى قسمين، وعد مجرد، ووعد ملزم (الالتزام)، فالوعد المجرد وهو الخالي من تعهد صراحة أو ضمنا غير ملزم لصاحبه.

وأما الوعد الملزم، وهو المقترن بما يفيد التعهد والالتزام بإنجازه صراحة أو دلالة أو المتضمن تغريرا بالموعد، سواء كان بمعروف أو بمعاوضة أو بتوثيق دين أو غير ذلك، يوجب التزام الواعد بمقتضاه، ويجبر على تنفيذه بقوة القضاء إن امتنع<sup>3</sup>، وهذا ما يعادل الوعد بالبيع من جانب واحد، والوعد بالشراء من جانب واحد في القانون.

ويلتحق بالوعد الملزم في الحكم الوعد المجرد، إذا جرى اتفاق مسبق بين طرفيه على

أنه ملزم للواعد، أو جرى العرف على ذلك، وبناء على ما سبق يتخرج لنا ما يلي:

1- إذا وعد شخص آخر بعقد من عقود المبادلات المالية (كالبيع مثلا) بصيغة تحمل معنى التعهد والالتزام، فإن هذا الوعد يكون ملزما له؛ أما الموعد فهو بالخيار إن شاء أبرم العقد وإن شاء ترك.

<sup>1</sup> - نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سنة 2007، ص 154.

<sup>2</sup> - الخطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة 1404هـ، ص 217.

<sup>3</sup> - نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية، ص 155.

2 - إذا وعد شخص آخر بعقد من عقود المبادلات المالية وعدا معلقا على حصول شيء أو عدم حصوله، فإن هذا الوعد يكون ملزما له إذا حصل الشرط المعلق عليه، إذ" المواعيد بصور التعاليق لازمة"<sup>1</sup>؛ أما الموعد فهو بالخيار.

### الصورة الثانية: المواعدة من الطرفين

تنقسم المواعدة من الطرفين على عقد من العقود بالنظر إلى قوتها الإلزامية إلى قسمين، ملزمة وغير ملزمة.

فالمواعدة غير الملزمة: وهي المجردة عما يفيد صراحة أو دلالة تعهد طرفيها والتزامهم بإتمام عقدها وإنجاز مقتضاه؛ لا يترتب عليها التزام طرفيها في قول جمهور الفقهاء.

والمواعدة الملزمة: هي المقترنة بما يفيد صراحة أو دلالة تعهد طرفيها والتزامهم بإتمام عقدها وإنجاز مقتضاه، تعتبر في حكم العقد الذي تواعدا عليه، وإن جرت بلفظ الوعد أو بصفته اعتبارا للمعنى المقصود منها وتقديما له على اللفظ على الراجح من مذاهب العلماء، وهذا ما يعادل الوعد بالبيع من الجانبين، أو الوعد المتبادل في القانون.

وعليه يتخرج أن المواعدة الملزمة للطرفين على البيع في بداية العام القادم مثلا بيع مضاف إلى المستقبل.

(حكما) تترتب عليها آثاره الشرعية، إذ هو بيع صحيح لازم على الراجح من مذاهب الفقهاء؛ إذا كانت العين مأمونة الهلاك، ولا يتحمل مصيرها على غير الصفة التي كانت عليها وقت المواعدة عند حلول الأجل الذي أضيفت إليه.

وحكم ذلك البيع ( وهو نقل ملكية المبيع إلى المشتري والثمن إلى البائع) لا يترتب عليه فور انعقاده، بل يتراخى إلى مجيء الزمن المضاف إليه، ولكنه يكون لازما في حق الطرفين بمجرد انعقاده، فلا يستطيع أحدهما فسخه قبل حلول أجله لأنه بيع مضاف إلى المستقبل<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، سنة 1302هـ، ص32، مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص 1029.

<sup>2</sup> - نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية، ص 156-158، (بتصرف).

## الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في الوعد بالبيع في القانون الجزائري والشريعة

لكل من القانون الجزائري والشريعة أحكامهما الخاصة في مدى جواز التصرف في الوعد بالبيع، فما هي أحكام كل منهما؟ هذا ما يتناوله البنود الآتيان:

### البند الأول: مدى جواز التصرف في الوعد بالبيع في القانون الجزائري<sup>1</sup>

إذا تم الوعد بالبيع صحيحا ترتبت عليه آثاره، فينشئ التزاما في ذمة الواعد بإبرام البيع إذا ما أظهر الموعد رغبته في المدة المتفق عليها، ويقابل هذا الالتزام حق شخصي للموعد له، يستطيع بمقتضاه أن يطالب الواعد بإبرام العقد، فليس للموعد له حق عيني على المال الموعد ببيعه، ويترتب على ذلك أن ملكية المال المذكور تبقى للواعد، وبناء على هذا تكون التصرفات الصادرة من الواعد للغير في المال الموعد به صحيحة، وتنفذ في حق الموعد له، وله أن يؤجر وأن يحصل على غلته وذلك إلى وقت إبرام البيع النهائي، ويسرى بوجه عام تصرف الواعد في حق الموعد له، فإذا كان الشيء الموعد ببيعه عقارا، وباع الواعد العقار من آخر، وسجل البيع قبل ظهور رغبته الموعد له في الشراء، بل وبعد ظهور هذا الرغبة إذا لم يتمكن الموعد له من تسجيل البيع النهائي الذي تم بظهور رغبته في الشراء قبل تسجيل البيع الأول، فإن تصرف الواعد يسرى في حق الموعد له<sup>2</sup>.

ويترتب على أن للموعد له في هذه المرحلة حق شخصي لا حق عيني؛ أنه يجوز له أن يتصرف للغير في حقه الشخصي، وفقا لأحكام حوالة الحق أي بقبول الواعد الحوالة أو بإعلانه بها (المادة 241 من القانون المدني جزائري)؛ إلا إذا ثبت أن للشخص الموعد له اعتبار في عقد الوعد؛ أو أن نية الطرفين انصرفت إلى عدم جواز النزول عن حق الموعد له إلى الغير، ويجوز له القيام بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقه، كاستعمال حق الواعد بطريق الدعوى غير المباشرة، والمطالبة بمنع الواعد نفسه من إتلاف الموعد ببيعه، وله أن يرفع باسم الواعد دعاوى الحيازة وقطع التقادم المكسب الذي يسري لمصلحة

<sup>1</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 63-68، (بتصرف)، ونظرية العقد، ج 1، ص 266-267، محمد صبري السعدي،

شرح القانون المدني الجزائري، ج 1، ص 138، و الواضح في شرح القانون المدني، ص 106.

<sup>2</sup> - السنهوري، الوسيط، ج 4، ص 63.

الغير، وطلب تعيين حارس على الدار الموعود ببيعها إذا شرع في هدمها<sup>1</sup>، وينتقل حق الموعود له إلى ورثته.

أما في حالة الوعد بالشراء من جانب واحد، فإن ملكية الشيء تبقى للموعود له، ويستطيع هذا أن يتصرف فيه كما يشاء، ويسرى تصرفه على حق الواعد بالشراء.

### البند الثاني: مدى جواز التصرف في الوعد بالبيع في الشريعة

إن الوعد بالبيع هو مجرد حق شخصي لا عيني، وبناء عليه فإنه لا ينقل ملكية الشيء الموعود به من الواعد إلى الموعود له، فلا يحق لهذا الأخير أن يتصرف في المبيع لأنه تصرف فيما لا يملك، وهذا غير جائز شرعا كما هو معلوم، يقول الدكتور القره داغي<sup>2</sup> مناقشا لقضية بيع حق التملك بوعد والتنازل عليه ما يلي:

« وكذلك لا يجوز بيع حق التملك (بوعد) وهو مجرد الإمكان والصلاحيية للملك شرعا؛ أي أن الشخص له حق التملك في شيء، ولكنه لم يملك بعد، مثل أن يعده آخر ببيع سيارته أو أسهمه (أو عقاره) له، ولكنه لم يتم العقد بعد لوجود الغرر البين في هذا البيع، وهو الغرر في الحصول إضافة إلى أنه بيع ما لم يملك، لأن الوعد لا يكون محلا للبيع، ولذلك صدر قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي بمنع بيع الاختيارات، وهل يجوز التنازل عنه بعوض؟ هذا محل خلاف بين الفقهاء والذي يظهر لي رجحانه هو التفرقة بين ما يلي :

أ- إن كان حق التملك (بوعد) قد ثبت بمجرد وعد أو نحوه، فهذا لا يجوز بيعه ولا أخذ العوض عنه، لأنه حق مجرد ضعيف لا يرقى أن يكون مالا.

ب- أن يصحب هذا الحق صدور قرار - مثلا- من الدولة - بتخصيص قطعة أرض (أو منزل) أو نحو ذلك لأشخاص تتوافر فيهم الشروط المطلوبة، ففي هذه الحالة لو أن شخصا تتوافر الشروط المطلوبة تنازل عن هذا الحق لشخص آخر في مقابل مبلغ من المال، فلا أرى مانعا شرعيا، بشرط أن لا يكون ذلك ممنوعا بحكم القانون، بأن يكون القرار الصادر لم

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح، ص 107.

<sup>2</sup> - فقيه معاصر، أستاذ متفرغ بجامعة قطر، عضو المجلس الأوربي للافتاء والبحوث، والأمين العام للإتحاد العالمي لعلماء المسلمين (حاليا).

يمنع التنازل لأي أحد، وأما إذا صدر قرار أو قانون بمنعه فحينئذ يصبح الحق شخصياً<sup>1</sup> بحكم القانون فلا يجوز بيعه»<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: حق الامتياز ومدى الجواز التصرف فيه في القانون الجزائري والشريعة

يتناول هذا المبحث حق الامتياز بمفهومه الواسع في القانون، ويتحدث عن الامتياز المذكور في القانون الجزائري، و الامتياز الموجود في الشريعة؟، وما مدى جواز التصرف فيه في القانون الجزائري والشريعة؟، كل ذلك في الفرعين المواليين:

#### الفرع الأول: مفهوم حق الامتياز في القانون الجزائري والشريعة

إن حق الامتياز مصطلح قانوني له مفهومه الخاص في القانون، فما هو مفهومه في القانون الجزائري؟ وهل عرفته الشريعة؟ هذا ما يجيب عليه البنود التالية:

#### البند الأول: مفهوم حق الامتياز في القانون الجزائري

إن مصطلح الامتياز مصطلح واسع النطاق في النظام القانوني ومتنوع، فهو يشمل وفق التشريعات، والمذاهب المعاصرة أموراً كثيرة.

فيمكن أن نعرفه باعتبار المعنى العام على أن «الامتياز في حقيقته جعل حق التصرف لشخص أو هيئة في الاتجار أو الإنتاج لنوع من أنواع اقتصاديات البلد، أو في منطقة معينة يمارس فيها العمل، ويكون له الحق في منع غيره من مشاركته في نفس عمله»<sup>3</sup>.

أما تعريفه باعتبار نوع معين فلذلك أمثلة:

#### أولاً: امتياز الديون

نصت المادة 982 من القانون المدني الجزائري، على أنه: «الامتياز أولوية يقرها القانون لدين مراعاة منه لصفته ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص قانوني».

<sup>1</sup> - أي من الحقوق المتعلقة بشخصية الإنسان.

<sup>2</sup> - علي محي الدين القره داغي، الحقوق المالية ومدى جواز الاعتياض عنها، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت، سنة 1432هـ - 2011م، ص 134-135.

<sup>3</sup> - إبراهيم التتم، الامتياز في المعاملات المالية وأحكامه في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار بن الجوزي، المملكة العربية السعودية، سنة 1430هـ، ص 55.

ويتضح من هذا التعريف أن الإرادة التشريعية جعلت من الأولوية أي التقدم، الصيغة الجوهرية لحق الامتياز وعنصره الأساسي، وعلى ذلك فإن صاحب حق الامتياز يتقدم جميع الدائنين العاديين، ويتزاحم مع الدائنين المتمتعين بضمان عيني عند بيع المال المحمل بحق الامتياز، ويستوفي حقه طبقاً لمرتبته بالنسبة لهؤلاء الدائنين<sup>1</sup>، والقانون المدني الجزائري لم يتحدث عن حق الامتياز إلا بهذا الاعتبار المذكور أي حق عيني تبعي، ويعنون به حق الامتياز في الديون خاصة.

### ثانياً: امتياز العقود والاتفاقيات

وهو عقد إداري يتولى الملتزم - فرداً كان أو شركة- بمقتضاه وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة<sup>2</sup>.

### ثالثاً: امتياز الأشخاص

وهو ما يتعلق بالتمثيل السياسي، حيث يعرف الامتياز الممنوح للممثل السياسي، بأنه إعفاء الممثل السياسي من جميع الضرائب والرسوم المباشرة، وإعطائه حقوقاً تمكنه من أداء عمله، على نحو يرتفع به عن مستوى ما يتمتع به الفرد العادي من حرية فيما يقوم به من تصرفات<sup>3</sup>.

### البند الثاني: مفهوم حق الامتياز في الشريعة

لا يعهد للفقهاء استعمال لهذه الكلمة بغير المدلول اللغوي<sup>4</sup>، ولكن يمكن وضع تعريف شامل لحق الامتياز من الوجهة الشرعية يكون بمثابة الضابط لجزيئات الموضوع، فيمكن صياغته على النحو الآتي:

<sup>1</sup> - محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ص 302 .

<sup>2</sup> - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 1984، ص 96.

<sup>3</sup> - نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، الطبعة الرابعة، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، سنة 1415هـ - 1995م، ص 80.

<sup>4</sup> - نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، ص 80.



الامتياز هو « أولوية مستحقة شرعا لحق معين مراعاة منه لصفة تمنع غيره منه»<sup>1</sup>.

### شرح التعريف:

أولوية: أي الأسبقية والتقدم.

مستحقة شرعا: بيان للجهة المخولة لمنح حق الامتياز.

الحق معين: بيان لمحل الامتياز سواء كان سلعة معينة، أم منفعة معينة، أم دينا معيناً، أم عملاً معيناً.

مراعاة منه لصفته: بيان لصفة من يمنح له الامتياز.

تمنع غيره منه: هذا قيد في التعريف، يفيد أن حق الامتياز لا يكون إلا إذا اختص الممنوح بهذا الحق دون غيره، ولم يزاحمه فيه أحد، وهذا التعريف تدخل فيه ثلاثة أقسام رئيسية هي: امتياز الديون، وامتياز المنافع، وعقود الامتياز، والذي يهمنا من هذه الأقسام في بحثنا هذا هو امتياز المنافع الذي يكون فيه شبيها بحق التملك، وهو الامتياز بإحياء الموات بالإقطاع.

والإقطاع: هو ما يخص به الإمام بعض الرعية من الأرض الموات، فيختص به ويصير أولى بإحيائه ممن لم يسبق إلى إحيائه<sup>2</sup>.

وحكى عياض: أن الإقطاع تسويغ الإمام من مال الله شيئاً لمن يراه أهلاً لذلك، قال وأكثر ما يستعمل في الأرض، وهو أن يخرج منها لمن يراه ما يحوزه؛ إما بأن يملكه إياه فيعمره؛ وإما بأن يجعل له غلته مدة<sup>3</sup>، وينقسم إلى ثلاثة: إقطاع التملك وإقطاع الاستغلال وإقطاع الإرفاق.

### أولاً: إقطاع التملك، ويشمل على أنواع

#### 1- إقطاع الموات

وهو ما لم يعمر ولم يملك وما لم يزل مواتاً على قديم الدهر، وهذا للإمام أن يقطعه لمن يحييه ويعمره، ويكون للمقطع امتياز بما أقطعه الإمام.

<sup>1</sup> - إبراهيم التتم، المرجع السابق، ص 62.

<sup>2</sup> - إبراهيم التتم، المرجع السابق، ص 63.

<sup>3</sup> - ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، الناشر دار المعرفة، بيروت، سنة 1379هـ، ج 5، ص 47.

## 2- إقطاع العامر

فإن عامر دار الحرب جاز للإمام أن يقطعها ليملكها المقطع عند الظفر بها، وإن كان عامرا لم يتعين مالكة ولم يتميز مستحقه، ومنه ما اصطفاه الإمام لبيت المال، ومنه ما مات عنه أربابه ولم يستحقه وارث بفرض ولا تعصيب، فينتقل إلى بيت المال، فالملكية والشافعية وقول عند الحنابلة أنه لا يجوز منح امتياز إقطاعه لأنه صار ملكا للمسلمين كافة، أما أبو يوسف من الحنفية، وهو قول عند الحنابلة، فقالوا أنه يجوز منح امتياز الإقطاع إذا كان هذا الامتياز يحقق المصلحة<sup>1</sup>.

### ثانيا: إقطاع الاستغلال

وهو «إقطاع منفعة الأرض لمن يستغلها، إن شاء أن يزرعها، وإن شاء أن يؤجرها، وإن شاء أن يزارع عليها»<sup>2</sup>، ويتصور امتياز إقطاع الاستغلال في إقطاع الإمام للأراضي التابعة للدولة لمن يستغلها دون تملك رقبتها.

### ثالثا: إقطاع الإرفاق

ويكون في المعادن وذلك بالعمل على استخراجها، ويكون كذلك إقطاع الطرق الواسعة والشوارع، ومقاعد السوق التي ليست ملكا لأحد، ورحاب المساجد، فلإمام إقطاعها ومنحها امتياز لمن يجلس فيها.

## الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في حق الامتياز في القانون الجزائري والشريعة

يتناول هذا الفرع بالدراسة مدى جواز التصرف في حق الامتياز في القانون الجزائري والشريعة؛ وذلك من خلال البندين المواليين:

### البند الأول: مدى جواز التصرف في حق الامتياز في القانون الجزائري

إن حقوق الامتياز التي تحدث عنها القانون المدني الجزائري، تحدث عنها ضمن الحقوق العينية التبعية لا الأصلية فهي بهذا الاعتبار لا يشملها موضوع البحث، وأما حق

<sup>1</sup> - إبراهيم التتم، المرجع السابق، ص 258، (بتصرف).

<sup>2</sup> - إبراهيم التتم، المرجع السابق، ص 259 .

الامتياز الذي تحت عنه القانون رقم 10/03<sup>1</sup> الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، ففيه شبه بالحق العيني، وهذا نؤجل دراسة التصرف فيه إلى الفصل الثالث التطبيقي، حيث نفحص الشروط ومن ضمنها شروط حق التصرف.

### البند الثاني: مدى جواز التصرف في حق الامتياز في الشريعة

إن حق الامتياز الوارد على العقار، هو عبارة عن ملكية مؤقتة محدودة بمدة معينة، فهذه الملكية لا تختلف عن الملكية التامة الدائمة سوى الزمن، حيث أنها مرتبطة ومحددة بزمن طويل، وبناء على هذا يختلف تكيفها وعليه يختلف حق التصرف، فإذا نظرنا إلى أن الأرض ليست مملوكة رقبته للمتازل له فإنها ملكية ناقصة داخلة في عقد الإجارة، وقد تحدثنا عن حق التصرف في الإجارة في المباحث السابقة، وإذا نظرنا إلى أن المتازل له قد اشترى جميع حقوق الأرض، وله الحق في كل شيء، فإنها تقترب من البيع، وبالتالي فهي ملكية تامة، ولكنها مؤقتة، وقد ذكر ابن رجب<sup>2</sup> أن بعض الفقهاء لا يشترطون في الملكية التامة التأييد<sup>3</sup>، وحينئذ يكون المعيار لها هو كمال التصرف فيها، فإن الشخص الذي ملك العقار يملك جميع التصرفات المشروعة، حاله حال المالك الذي يملك العقار على سبيل التأييد<sup>4</sup>.

يقول الدكتور علي محي الدين القره داغي مبينا هذا المبدأ: «والذي يظهر لي رجحانه هو أن هذا العقد جديد وقديم، فالقديم فيه هو أن العقد يقوم على بيع المنافع لمدة طويلة مع حق جميع التصرفات المشروعة المتاحة من البناء والهدم، والتصرفات المادية والمعنوية طوال المدة.

ففي ضوء ذلك يدخل في عقد الإجارة، وحينئذ لا يضر أن يسمى بعض عقود البيع، لأن الإجارة في حقيقتها: بيع للمنافع، وبالتالي فما يسمى بالثمن فهو الأجرة المتجمعة لتلك المدة.

<sup>1</sup> - القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15/08/2008، يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك

الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 08 رمضان 1431 هـ الموافق ل 18 غشت 2010م.

<sup>2</sup> - هو: «عبد الرحمن ابن أحمد بن رجب السلمي البغدادي ثم الدمشقي، (736- 795 هـ/1335-1393م)، حافظ من العلماء ولد ببغداد ونشأ وتوفي بدمشق، له عدة مؤلفات»، الزركلي، المرجع السابق، ج3، ص295.

<sup>3</sup> - ابن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 2008م، ص209.

<sup>4</sup> - على محي الدين القره داغي، المرجع السابق، ص 192 .

وإذا كيفناه على هذا الأساس فإن ملكية الشخص المشتري (المستأجر) ليست ملكية تامة، لأن ملكية الرقبة لم تنتقل إليه، وإنما ظلت للمالك الأول، وبالتالي لم يتوافر في محل العقد عنصر الملكية التامة.

وأما الجديد في هذا العقد فهو أن مالك العقار قد تنازل عن كل ما يتعلق بهذا العقار لمدة (99) سنة مثلا وباعه بثمن محدد، دون النظر إلى المنفعة ولا إلى الهلاك أو الصيانة أو الهدم والبناء، وأن الملكية تامة؛ سوى أن الملكية محددة بهذا الزمن الطويل، وبناء على ذلك فهل يمكن أن ندخله في الملكية التامة؟، الذي يظهر لي هو أن ذلك يعتمد على نوعية المعيار في الملكية التامة، فإذا كان المعيار هو الملكية المؤبدة للرقبة والمنفعة، فإن هذا النوع لا يدخل فيها.

ولكن إذا كان المعيار هو شمولية التصرف، بحيث إذا كان التصرف شاملا وعماما، فإنه يدخل في الملكية التامة، علما بأن بعض الفقهاء ذهبوا إلى عدم اشتراط التأبيد. ويمكننا القول أيضا بأنها ملكية تامة من حيث التصرفات، وملكية ناقصة من حيث إنها مؤقتة وليست مؤبدة»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - على محي الدين القره داغي ، المرجع السابق، ص 192-193.

## الفصل الثالث : نماذج تطبيقية لمدى جواز التصرف في الحقوق العينية الأصلية

### بين القانون الجزائري و الشريعة

\*المبحث الأول: السكنات المقتناة عن طريق البيع بالإيجار

\*المبحث الثاني: الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة و مدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري و الشريعة

\*المبحث الثالث: السكنات المقتناة في إطار الترقية العقارية

## الفصل الثالث: نماذج تطبيقية لمدى جواز التصرف في الحقوق العينية الأصلية بين القانون الجزائري والشريعة

يتناول هذا الفصل بالدراسة السكنات المقتناة عن طريق البيع بالإيجار، وكذا الأراضي الفلاحية الممنوحة في إطار الامتياز، وفي الأخير سكنات الترقية العقارية، من حيث التعريف والشروط المقترنة بالعقد ومدى جواز التصرف، بين القانون الجزائري والشريعة، كل ذلك في المباحث الثلاثة الآتية:

### المبحث الأول: السكنات المقتناة عن طريق البيع بالإيجار

لقد اعتمدت الدولة حولا وسياسات من أجل القضاء على أزمة السكن، ومن بين هذه الحلول المعتمدة صيغة البيع بالإيجار، التي نظمها المشرع الجزائري بموجب أحكام المرسوم التنفيذي رقم 35/97<sup>1</sup>، المحدد شروط وكيفيات بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار، وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري والمهني وغيرها التي أنجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري.

غير أن معالجة المرسوم التنفيذي لعقد البيع بالإيجار لم تكن دقيقة ومفصلة، فلم يتطرق هذا الأخير للأحكام التفصيلية المنظمة لهذا العقد، مما دفع بالمشرع الجزائري إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 105/01<sup>2</sup>، المعدل والمتمم بموجب المرسوم التنفيذي رقم 35/03<sup>3</sup>، والذي جاء لتكريس المبادئ التي تضمنها المرسوم التنفيذي 35/97، وسد الثغرات التي تضمنتها أحكامه، والتي أثرت سلبا على الهدف من إصداره؛ إذن فما هو البيع بالإيجار؟ وما شروطه؟ ومدى جواز التصرف فيه؟، هذا ما يجيب عليه المطلبان الآتيان:

<sup>1</sup> - من المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14/01/1997 الذي يتعلق ببيع والبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والتابعة لدواوين الترقية العقارية والتسيير العقاري، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 06 رمضان 1417 هـ الموافق لـ 15 يناير 1997م.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23/04/2001، الذي يحدد شروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية رقم 25 مؤرخة في 05 صفر 1422 هـ الموافق لـ 29 أبريل 2001م، المعدل والمتمم.

<sup>3</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 35/03 المؤرخ في 13/01/2003، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 105/01، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 20 ذو القعدة 1423 هـ الموافق لـ 22 يناير 2003م.

## المطلب الأول: تعريف البيع بالإيجار وفحص شروطه في القانون الجزائري

يتناول هذا المطلب التعريف بالبيع بالإيجار، ويفحص الشروط المترتبة به، وفق ما جاء في المرسوم التنفيذي السابق الذكر؛ كل ذلك في الفرعين المواليين:

### الفرع الأول: مفهوم البيع بالإيجار وخصائصه في القانون الجزائري

للبيع بالإيجار مفهومه الخاص في القانون الجزائري، وكذلك له خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى يتناولها البنود الآتية:

### البند الأول: تعريف البيع بالإيجار في القانون الجزائري

عرفته المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01 بأنه: «هو الصيغة التي تسمح بالحصول على مسكن بعد إقرار شرائه بملكية تامة بعد انقضاء مدة الإيجار المحددة في إطار عقد مكتوب».

وقد عرفته المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 35/97<sup>1</sup>، بنصها «هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني لأي مشتر إثر فترة تحدد باتفاق مشترك حسب شروط هذا المرسوم».

إذن فهو العقد الذي يرد فيه العاقدان الإيجار والبيع معا، فهو إيجار إلى أن يتم الوفاء بالثمن كاملا، وبيع حين يتم الوفاء بالثمن، وفي هذا العقد يتفق الطرفان على أن يسلم البائع العين المبيعة في مقابل مبلغ دوري متجدد، على أن يعتبر هذا المبلغ أجرة عن الانتفاع بالعين المبيعة، حتى إذا أتم الطرف الآخر (المشتري) الوفاء بها جميعا في نهاية المدة المحددة انتقلت إليه الملكية، فإذا تخلف عن دفع أي مبلغ منها عند حلول أجل استحقاقها فيوجب عليه أن يرد العين المبيعة، ويعتبر ما دفع أجرة مقابل الانتفاع به طوال المدة التي بقي فيها تحت يده، والغرض من ذلك هو ضمان عدم التصرف في العين المبيعة قبل الوفاء بكافة الأقساط باعتبار أن الإيجار من عقود الأمانة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14/01/1997، الذي يتعلق ببيع والبيع بالإيجار والإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والتابعة لدواوين الترقية العقارية والتسيير العقاري، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 06 رمضان 1417 هـ الموافق لـ 15 يناير 1997م.

<sup>2</sup> محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000م، ص 15.

## البند الثاني: خصائص البيع بالإيجار في القانون الجزائري

وهذا البيع يتميز بخصائص هي:

### 1- أنه عقد ملزم للجانبين

يلتزم فيه المؤجر بوضع العين المؤجرة تحت تصرف المستأجر، ويلتزم المستأجر بدفع بدل الإيجار المحدد في العقد.

### 2- عقد يرد على عقار

فمحل هذا العقد هو بيع بالإيجار لشقة ذات استعمال سكني، وذلك بصريح المادة 04 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01، التي تنص على ما يلي: «تطبق هذه الأحكام على المساكن المنجزة من ميزانية الدولة؛ أو الجماعات المحلية وفقا لمعايير المساحة والرفاهية المحددة سلفا»<sup>1</sup>.

### 3- عقد شكلي

جاء التأكيد على ذلك بموجب المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 105/01، التي تنص على ما يلي: «يحرر عقد البيع بالإيجار المذكور في المادة 11 أعلاه لدى مكتب موثق...».

### 4- عقد مشهر

فكونه طويل المدة فلا يكون نافذا في مواجهة الغير؛ إلا بعد إشهاره في المحافظة العقارية، طبقا لنص المادة 17 من الأمر 74/75<sup>2</sup>، التي تنص على ما يلي: «إن الإيجارات لمدة 12 سنة لا يكون لها أي أثر بين الأطراف ولا يحتج بها تجاه الغير في حالة عدم إشهارها».

### 5- هو عقد من العقود المركب

<sup>1</sup> - عدلت هذه المادة بموجب المادة 05 من المرسوم التنفيذي رقم 35/03 المؤرخ في 13/01/2003، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 20 ذو القعدة 1423 هـ الموافق ل 22 يناير 2003م، و صار نصها كما يلي: «تطبق هذه الأحكام على المساكن المنجزة بواسطة ميزانية الدولة أو الجماعات المحلية أو بواسطة مصادر بنكية أو تمويلات أخرى...».

<sup>2</sup> - الأمر 74/75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 52 مؤرخة في 14 ذو القعدة 1395 هـ الموافق ل 18 نوفمبر 1975م.



فهو مزيج بين عمليتي الإيجار والبيع، فهو يبدأ بإيجار ينتهي ببيع عند تسديد المستأجر لكل الأقساط وتنتقل إليه الملكية خالصة.

### الفرع الثاني: فحص شروط عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري

لكي يكون البيع بالإيجار صحيحا في القانون الجزائري لا بد من أن توافر مجموعة من الشروط الخاصة تلخصها البنود الأربعة التالية:

#### البند الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية

إن الاحتفاظ بالملكية يعد شرطا موضوعيا خاصا في عقد البيع بالإيجار، حتى وإن لم ينص عليه المشرع صراحة عند تنظيمه لهذا العقد؛ إلا أنه يفهم ضمنا من المادة 19 من المرسوم التنفيذي 105/01، السالف الذكر، والتي تنص على ما يلي: «تنتقل ملكية السكن المعني وفقا للقواعد المعمول بها بعد تسديد ثمن المسكن بكامله». وكذا نص المادة 16 من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، التي تنص على أنه: «يكتسي هذا العقد طابعا موقفا ولا يقَرّ نقل ملكية المسكن موضوع البيع بالإيجار للمستأجر المستفيد».

يستفاد من نص المادتين أن لشرط الاحتفاظ بالملكية دورا تأمينيا، فهو يعد كضمان عيني، يكفل للبائع المؤجر إمكانية الاحتفاظ بملكية المسكن إلى غاية تسديد المشتري المستأجر كامل الثمن، رغم انتقاعه به فور إبرام عقد البيع بالإيجار.

ويظهر جليا أن لهذا الشرط دورا تأمينيا، فهو من جهة يجعل انتقال الملكية إلى المشتري المستأجر معلقا على شرط واقف، وهو وفاؤه بجميع أقساط الثمن في مواعيدها، ومتى لم يوف المشتري بكل الأقساط الدورية المتفق عليها في الميعاد المحدد، عادت الملكية إلى البائع المؤجر بأثر رجعي من وقت البيع، وأمكنه طلب فسخ العقد واسترداد المبيع، ومن جهة أخرى يجنب البائع المؤجر خطر إفلاس أو إعسار المستأجر المشتري، ويحفظ حقه في مواجهة الغير، ذلك أنه يحول دون تنفيذ دائني المستفيد المفلس على السكن محل التعاقد<sup>1</sup>. فوجود شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع بالإيجار يجعل البائع المؤجر يؤمن نفسه من

<sup>1</sup> - سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة، الطبعة الرابعة منقحة ومزودة بأحكام محكمة النقض الحديثة، عالم الكتاب للنشر، القاهرة، سنة 1970، ج1، ص 81.

مخاطر هذا الإفلاس، كونه لا يزال مالكا للمسكن محل التعاقد ملكية تامة، ويمكنه بذلك استرداده من التفليسة دون مزاحمة من دائني المشتري المستأجر<sup>1</sup>.

### البند الثاني: الشرط الصريح الفاسخ في عقد البيع بالإيجار

تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة السادسة<sup>2</sup> من المرسوم التنفيذي 35/03، على ما يلي: «و في حالة عدم تسديد ثلاثة أقساط شهرية مجمعة يفسخ عقد البيع بالإيجار على حساب المستفيد دون سواه».

وتنص الفقرة الأولى من المادة التاسعة، من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، على ما يلي: «يترتب على عدم تسديد ثلاثة أقساط شهرية بعد تبليغ إعدارين مدة كل منهما خمسة عشر يوما فسخ هذا العقد على مسؤولية المستأجر المستفيد وحده».

يستفاد من هذه المواد أن الشرط الصريح الفاسخ الذي يتضمنه عقد البيع بالإيجار، يجعل العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، متى لم يتم المستأجر المشتري بتنفيذ التزامه المتمثل في دفع ثلاثة أقساط شهرية مجمعة، دون الحاجة للجوء إلى القضاء من أجل فسخ العقد؛ إلا أن هذا لا يمنع البائع المؤجر من حق اللجوء إلى المحكمة من أجل طلب فسخ عقد البيع بالإيجار، واستصدار أمر استعجالي بطرد المشتري المستأجر من السكن محل التعاقد.

هذا وإن الشرط الصريح الفاسخ لا يغني عن ضرورة إعدار المشتري المستأجر مرتين، وإمهال هذا الأخير مهلة 15 يوما في كل إعدار من أجل تسديد الأقساط غير المدفوعة، فإذا وفي المستأجر بالمبالغ المستحقة خلال المدة التي تضمنها الإعدار، يكون هذا الأخير قد توفى الفسخ بتنفيذ التزامه، وبظل العقد قائما ولو كان هناك إخلال بالتزام، ومن ثم لم يجز للبائع المؤجر طلب فسخ البيع بالإيجار، وإذا ما تقرر فسخ العقد عند عدم الوفاء بالأقساط الشهرية، أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فينحل العقد بأثر رجعي ويعتبر كأن لم يكن، ويسترد بذلك البائع المؤجر المسكن محل العقد، ويقوم في المقابل برد

<sup>1</sup> - حمدي أحمد سعد أحمد، البيع بالإيجار دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة، سنة 2007، ص 35.

<sup>2</sup> - المرسوم التنفيذي 35/03 المؤرخ في 13 جانفي 2003، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 20 ذو القعدة 1423 هـ الموافق ل 22 يناير 2003م.

مبلغ الدفع الأولي الذي دفعه المستأجر المستفيد بعد خصم الأقساط الشهرية غير المدفوعة والتكاليف المختلفة المتعلقة بشغل المسكن, ونفقات إصلاح الإلتافات؛ التي تكون قد ألحقت بالمسكن<sup>1</sup>, وكذا تكاليف القضاء.

### البند الثالث: شرط المنع من التصرف في المسكن محل عقد البيع بالإيجار

إذا كان يمكن للبائع أن يشترط على المشتري عدم التصرف في الشيء المبيع قبل الوفاء بكامل الثمن، وهذا ما يعرف بالشرط المانع من التصرف متى كان هذا الشرط مبنيا على باعث مشروع ومقصورا على مدة زمنية معينة<sup>2</sup>، فإن المشرع الجزائري أوجب هذا الشرط في عقد البيع بالإيجار، فنص في المادة 21 من المرسوم التنفيذي 105/01 السالف الذكر، على أنه: «لا يمكن للمستفيد من البيع بالإيجار أن يتنازل عن مسكنه قبل نقل الملكية بصفة شرعية لفائدته».

ونص في المادة 15 من القرار المتضمن نموذج البيع بالإيجار، على ما يلي: «يمنع منعا باتا على المستأجر المستفيد أن يؤجر مسكنه موضوع هذا العقد بصفة كلية أو جزئية أو يمارس فيه أي نشاط حر أو تجاري».

إن المشرع بنصه على هذا الشرط المانع من التصرف قبل تسديد المستفيد كامل الأقساط وانتقال الملكية إليه، يكون قد حفظ حق البائع المؤجر في الحصول على ثمن المبيع، لأن يد المستفيد تظل مغلولة عن التصرف في المسكن محل التعاقد إلى حين الوفاء بكامل الثمن، والخلاصة أن شرط المنع من التصرف في عقد البيع بالإيجار يبقى قائما طالما لم يسدد المستفيد ثمن المسكن كاملا، ولم تنتقل الملكية بصفة شرعية.

### البند الرابع: الشرط الجزائي في عقد البيع بالإيجار

يعرف الشرط الجزائي بأنه التعويض المسبق الذي يتفق عليه المتعاقدان، إما في العقد أو في اتفاق لاحق، فيتم الاتفاق مسبقا على مقدار التعويض المستحق للدائن في حالة ما إذا

<sup>1</sup> - الفقرة الثالثة من المادة التاسعة، من القرار المؤرخ في 04 مايو 2004، و المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية رقم 43 مؤرخة في 16 جمادى الأولى 1425 هـ الموافق ل 4 يوليو 2004م.

<sup>2</sup> - كما هو مبين في الفصل الأول من هذا البحث، ص 28.

لم يرق المدين بتنفيذ التزامه أو تأخر في تنفيذه<sup>1</sup>، ولقد نص المشرع الجزائري في عقد البيع بالإيجار على الشرط الجزائي في المادة السابعة من القرار المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، والتي جرى نصها كالآتي: «يتعهد المستأجر المستفيد بتسديد منتظم لكل قسط شهري خلال الأيام الخمسة عشر الأولى من الشهر حسب الرزنامة المتفق عليها، وكل تأخر في الدفع لمدة تفوق شهر يعرض المستأجر المستفيد إلى دفع غرامة 2% على كل شهر من التأخر»، كما تنص المادة السادسة من المرسوم التنفيذي 35/03 السالف الذكر على أنه: «يترتب على عدم تسديد كل قسط شهري بعد إعفاء شهر من حلوله تطبيق زيادة 2% من مبلغ القسط الشهري».

يستفاد من المادتين السالفتي الذكر، أنه متى تأخر المستفيد من دفع القسط الشهري المتفق عليه خلال الأيام الخمسة عشر الأولى من الشهر لمدة تفوق شهراً، فإنه يتعرض لدفع غرامة تأخيرية قدرها 2% عن كل شهر من التأخر، وهذا ما يعرف بالشرط الجزائي في عقد البيع بالإيجار، وعليه فإن البائع المؤجر يستفيد من قيمة الشرط الجزائي متى توفرت شروطه، المتمثلة في خطأ المستفيد المتمثل في تأخره عن دفع القسط الشهري في الآجال المحددة في المادة السابعة المنوه عنها أعلاه، وإلحاقه ضرراً بالبائع المؤجر نتيجة هذا التأخير في الدفع، على أن يكون الضرر ناتجاً عن خطأ المستفيد من البيع بالإيجار، ومتى انتفت علاقة السببية لم يجرز أعمال الشرط الجزائي<sup>2</sup>.

تجدر الإشارة إلى أن البائع المؤجر لا يستحق التعويض؛ إلا إذا أعذر المستفيد من أجل الدفع<sup>3</sup>، ومتى لم يعذره فإنه لا يمكنه الاستفادة من غرامة التأخير.

### المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في سكنات البيع بالإيجار بين القانون الجزائري والشريعة

يتحدث هذا المطلب عن مدى جواز التصرف في سكنات البيع بالإيجار، من حيث البيع والإيجار والهبة والتنازل في كل من القانون الجزائري والشريعة؛ كما يظهر في الفرعين الآتيين:

1 - المادة 183 من القانون المدني الجزائري.

2 - المادة 176 من القانون المدني الجزائري.

3 - المادة 179 من القانون المدني الجزائري.

## الفرع الأول: مدى جواز التصرف في سكنات البيع بالإيجار في القانون الجزائري

من خلال فحص شروط البيع بالإيجار يتضح مدى سلطة المشتري على العقار، ففي شرط الاحتفاظ بالملكية في يد البائع إلى غاية تسديد المشتري المستأجر كامل الثمن، يمنع هذا الأخير من القيام بأي تصرف يخص السكن موضوع عقد البيع بالإيجار، سواء بالبيع أو الهبة أو التنازل، ولكن ما هو مصير شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع بالإيجار؟

للإجابة على هذا التساؤل يجدر التفرقة بين فترتين، الفترة التي تسبق موعد الوفاء بالثمن، والفترة اللاحقة للسداد، وذلك كالآتي:

### 1- قبل حلول موعد الوفاء

في هذه الفترة يحتفظ البائع المؤجر بملكية السكن، رغم تسليمه للمشتري المستأجر إلى حين الوفاء بجميع الإقساط المتفق عليها، فيكون المشتري المستفيد مجرد مستأجر للعين محل التعاقد، وبالتالي يخوله القانون حق الاستعمال فقط<sup>1</sup>، وحق الاستعمال حق عيني يتقرر لشخص على شيء مملوك لغيره، ويخول صاحب هذا الحق استعمال الشيء لنفسه ولأسرته، وهو بهذا المعنى يخول صاحبه حق السكني، فلا يجوز للمشتري المستأجر أن ينزل عن هذا الحق للغير بمقابل أو بدون مقابل، ولا يجوز له أن يؤجره، ومتى تنازل عنه للغير أو أجره، كان هذا التنازل أو الإيجار باطلا<sup>2</sup>.

### 2- وفاء المشتري المستأجر بالثمن

إذا كان للمشتري المستأجر حق استعمال المسكن فقط قبل تسديد كامل الثمن بسبب احتفاظ المؤجر البائع بالملكية في هذه الفترة؛ إلا أن الأمر يختلف بعد تسديد المشتري المستأجر كل الثمن المتفق عليه؛ إذ يزول شرط الاحتفاظ بالملكية، فتنقل الملكية إلى

<sup>1</sup> - نص المادة 19 من المرسوم التنفيذي 105/01، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار و كفاءات ذلك، الجريدة الرسمية رقم 25 مؤرخة في 05 صفر 1422 هـ الموافق ل 29 أبريل 2001م.

<sup>2</sup> - المادة 16 من القرار المؤرخ في 04 مايو 2004 و المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، الجريدة الرسمية 43 رقم مؤرخة في 16 جمادى الأولى 1425 هـ الموافق ل 4 يوليو 2004م.

المشتري المستأجر بموجب عقد رسمي مستوفى للشروط والإجراءات الشكلية المقررة قانوناً، الأمر الذي يخوله إمكانية استعمال الشيء واستغلاله والتصرف فيه بالبيع أو الهبة أو أي تصرف آخر ناقل للملكية، هذا من الناحية النظرية، ولكن المشرع الجزائري منع التصرف في سكنات البيع بالإيجار، حتى بعد سداد الثمن لمدة عشر سنوات؛ كما نصت عليه المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008<sup>1</sup>، المعدل والمتمم، وبناء عليه أصدرت مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي تعليمة<sup>2</sup> موضوعها إرجاء شهر كل عقد يتضمن وعد بالبيع أو هبة يتعلق بسكن معني بأحكام المادة 57 المذكورة ريثما يتم إستشارة السلطة العليا، وذلك من أجل حماية الحظيرة العقارية المعتبرة، ووضع حد لعمليات المضاربة المحتملة على حساب الجماعة الوطنية، التي تحطم المجهودات المبذولة في ميدان السكن.

هذا من ناحية النظر إلى شرط الاحتفاظ بالملكية، أما من ناحية النظر إلى شرط المنع من التصرف، يستفاد منه منع المستفيد من البيع بالإيجار نقل ملكية المبيع إليه بصفة مشروعة؛ أو أن يتنازل عنه، سواء ثم ذلك بمقابل أو بدون مقابل، وكذا تأجيره كلياً أو جزئياً، واشترط عليه أن يستعمله للسكن، وفقاً لما هو مقرر قانوناً، وأن أي تصرف صادر عن المستفيد قبل انتقال الملكية إليه بصفة مشروعة لا يكون نافذاً في حق البائع المؤجر، الأمر الذي يسمح له بإبطال هذا التصرف غير المشروع مع إبقاء عقد البيع بالإيجار قائماً؛ أو فسخ العقد وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل التعاقد.

### الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في سكنات البيع بالإيجار في الشريعة

بالنظر إلى شرط الاحتفاظ بالملكية في يد البائع المؤجر في هذا البيع يستلزم أن المشتري المستأجر لا يملك حق التصرف في السكن موضوع العقد شرعاً؛ لأنه غير مالك

<sup>1</sup> - القانون 12/07 المؤرخ في 30/09/2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2008، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 82 مؤرخة في 22 ذو الحجة 1428 هـ الموافق ل 31 ديسمبر 2007م.

<sup>2</sup> - مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي، التعليمة رقم 8277 المؤرخة في 11/10/2010، المتضمنة تطبيق أحكام المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008.

للسكن، قال صلى الله عليه وسلم لحكيم بن حزام<sup>1</sup>: « لا تتبع ما ليس عندك»<sup>2</sup>.

و لكن ما مدى جواز البيع، والاحتفاظ بالملكية للبائع شرعا في عقد البيع؟.

اختلف الفقهاء في حكم البيع مع اشتراط عدم نقل الملكية إلا بعد الوفاء بالثمن؛ إلى

قولين<sup>3</sup>:

### القول الأول

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز اشتراط عدم نقل الملكية في المبيع إلا بعد الوفاء بجميع الثمن؛ لأنه ينافي مقتضى العقد، فالبيع يقتضي نقل ملكية المبيع إلى المشتري.

### القول الثاني

ذهب المالكية والحنابلة وابن شبرمة إلى جواز هذا الشرط؛ لأن الأصل في العقود والشروط الإباحة، عملا بقوله صلى الله عليه وسلم: « المسلمون عند شروطهم...»<sup>4</sup>.

وهذا ما أدى إلى نقاش كبير دار حول شرط الاحتفاظ بالملكية، وكذا الشروط الأخرى المقترنة بعقد البيع بالإيجار، في مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الثانية عشرة، وقد مال إلى حلول تتجنب شرط الاحتفاظ بالملكية في يد البائع، مما يدل على أنه أخذ برأي الجمهور في عدم جواز هذا الشرط، واقترح الحلول التالية<sup>5</sup>:

<sup>1</sup> - هو: « حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى القرشي، أبو خالد ابن أخ خديجة رضي الله عنها، أسلم يوم الفتح وحسن إسلامه وغزا حنين والطائف، توفي سنة 50هـ وقيل غير ذلك »، ابن عبد البر، الإستيعاب في معرفة الأصحاب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1415هـ - 1995م، ج1، ص 418.

<sup>2</sup> - أبو داود، المرجع السابق، ج5، ص 362، النسائي، المرجع السابق، ج7، ص 286، ابن ماجه أبو عبد الله محمد، سنن ابن ماجه، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، سنة 1430هـ - 2009م، ج3، ص 308، أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج 24، ص 26.

<sup>3</sup> - محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، دار النفائس، سنة 2008م، ص 325.

<sup>4</sup> - سبق تخريجه ص 32.

<sup>5</sup> - في دورته الثانية عشرة بالرياض في المملكة العربية السعودية، من 25 جمادى الآخرة 1421هـ إلى غرة رجب 1421هـ (23-28 سبتمبر 2000م). مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، ج 1، ص 648-681.

« أ- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجر معلومة في مدة معلومة، اقترن به عقد هبة العين للمستأجر، معلقا على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة (قرار المجمع بالنسبة للهبة رقم 3/1/13).

ب- عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة (و ذلك وفق قرار المجمع رقم 44 (5/6) في دورته الخامسة).

ج- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجر معلومة في مدة معلومة، وأقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

د- عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجر معلومة، في مدة معلومة، ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق (و ذلك وفق قرار المجمع السابق رقم 44 (5/6) ) أو حسب الاتفاق في وقته»<sup>1</sup>.

وبالنظر كذلك إلى شرط المنع من التصرف مدة الشراء، فهذا الشرط يحول هذا البيع إلى حق سكني فقط للمشتري، فلا يستطيع التصرف في السكن تأجيرا أو تنازلا بمقابل أو بدون بمقابل، وهذا الشرط كما تحدثت الدراسة النظرية اختلف فيه فقهاء الشريعة، وممن أجازة المالكية، يقول الدكتور السنهوري نسا على مذهب مالك في قبول الشرط الذي فيه منفعة معقولة لأحد المتعاقدين ولو لم يكن العقد يقتضيه أو يلائمة ما دام الشرط نفسه لا يناقض مقتضى العقد: « ويصح في مذهب مالك...»

<sup>1</sup> عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه المعاملات الحديثة، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، سنة 1426 هـ، ص 327 و 328.



هـ- أن يشترط البائع على المشتري ألا يبيع ما اشتراه أو يهبه أو يعتقه حتى يعطي الثمن المؤجل، وفي هذا إيقاع معنى في المبيع لضمان حق البائع»<sup>1</sup>.

يقول الخرشي<sup>2</sup> ناصا على قبول شرط منع التصرف إلى سداد الثمن المؤجل ما يلي: « وشرط لا يقتضيه ولا ينافيه وهو من مصلحته، جائز لازم بالشرط ساقط بدونه، كالأجل والخيار والرهن، ولا بأس بالبيع بثمن إلى أجل على أن لا يتصرف ببيع ولا هبة ولا عتق حتى يعطي الثمن؛ لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى»<sup>3</sup>.

وبهذا يتضح أن القانون الجزائري في نصه على هذا الشرط موافق للشريعة من وجهة نظر المذهب المالكي، فيجب الوفاء بهذا الشرط شرعا<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 3، ص 156.

<sup>2</sup> - هو: «محمد بن عبد الله الخراشي المالكي (1010-1101هـ=1601-1690م)، أول من تولى مشيخة الأزهر، نسبته إلى قرية خراش من البحيرة بمصر، كان فقيها فاضلا ورعا، أقام وتوفي بالقاهرة، من كتبه (الشرح الكبير على متن خليل)»، الزركلي، المرجع السابق، ج 6، ص 241.

<sup>3</sup> - الخرشي أبو عبد الله، الخرشي على مختصر خليل، (بدون طبعة)، دار الفكر، بيروت، (دون سنة طبع)، جزء 5 ص 80.

<sup>4</sup> - يتحايّل بعض المواطنين على هذا الشرط و شرط الاحتفاظ بملكية السكن في يد البائع، بأن يقوم المستأجر المشتري ببيع هذا السكن إلى آخر مع تحرير وعد بالبيع و اعتراف بدين للمشتري الجديد و تمكينه من السكن، و حجتهم أنهم يملكون هذه البيوت و هذا مخالف لما بينا في القانون و الشريعة، مما يؤدي إلى ظهور نزاعات، خاصة عند تغيير قيمة السكن؛ أو إخلال المشتري الأول ببعض الشروط، مما يعرضه إلى بطلان أو فسخ البيع بالإيجار.

## المبحث الثاني: الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة ومدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري والشريعة

إلى غاية أواخر سنة 2010 وتطبيقا لأحكام القانون رقم 19/87<sup>1</sup> المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، كانت هذه الأراضي والتي تقع في أحسن المناطق، تستغل من قبل المنتجين الفلاحين في شكل حق انتفاع دائم قابل للتنازل والنقل والحجز عليه، إلى جانب التنازل الكلي عن مجمل الأملاك العقارية العينية والمنقولة المخصصة لاستغلال هذه الأراضي.

ونظرا لعدم نجاعة هذا الأسلوب في تحقيق الاستثمار للأراضي الفلاحية، الأمر الذي استدعى إلى سياسية فلاحية جديدة، تقوم أسسها على استقرار واستمرارية الاستثمار الفلاحي تماشيا مع اقتصاد السوق، فصدر القانون 16/08 المتضمن التوجيه الفلاحي<sup>2</sup>، إذ بينت المادة 17 منه، على أن الامتياز سيكون النمط الوحيد لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة، بمعنى أن استغلال هذا الأخير يستوجب الحصول على عقد امتياز تمنحه السلطة المختصة في ذلك.

ومن أجل هذا صدر القانون رقم 03/10<sup>3</sup> الذين يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الذي أكد بصفة قاطعة على إبقاء الأراضي الفلاحية ملكا للدولة، واعتبر طريقة الامتياز أسلوبا لاستغلال هذه الأراضي، مما يتعين معه إلغاء القانون رقم 19/87 المنوه عنه أعلا.

فما تعريف وطبيعة عقد الامتياز؟ وما هي شروطه؟ وما مدى جواز التصرف فيه؟.

هذا ما يجب عليه المطلبان الآتيان:

---

1- القانون 19/87 المؤرخ في 1987/12/08، والمتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية و يحد حقوق المنتجين و واجباتهم، الجريدة الرسمية رقم 50 مؤرخة في 01 جمادى الأولى 1411 هـ الموافق ل 18 نوفمبر 1990م.

2 - القانون 16/08 المؤرخ في 2008/08/03، المتضمن التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 08 شعبان 1429 هـ الموافق ل 10 غشت 2008م.

3 - القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، الذين يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 08 رمضان 1431 هـ الموافق ل 18 غشت 2010م.

### المطلب الأول: الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة

يتناول هذا المطلب تعريف الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وطبيعتها القانونية، وفق ما جاء في القانون الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة المذكور سابقا؛ وبهذا جاء الفرعان الآتيان:

#### الفرع الأول: تعريف الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وطبيعتها القانونية

عرفته المادة الرابعة من القانون رقم 03/10 التي نصت: على أن «الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى في صلب النص "المستثمر صاحب الامتياز"، حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم، لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابل للتجديد و مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كيفيات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية».

فالعقد الامتياز المنصوص عليه في القانون 03/10، هو عقد إداري محض ذو طبيعة خاصة، طرفاه شخص من أشخاص القانون الخاص، وشخص من أشخاص القانون العام، تحكمه نصوص قانونية خاصة، قصد به حماية الأراضي الفلاحية لما لها من أهمية اقتصادية واجتماعية وإستراتيجية، ترتب حق عيني عقاري قابل للتنازل والحجز والتوريث، ويمنح لمدة 40 سنة كحد أقصى قابلة للتجديد، مقابل دفع إتاوة سنوية يحدد وعاءها قانون المالية لسنة 2010.

#### الفرع الثاني: فحص شروط الاستغلال

تناول هذا الفرع بالتبيان الشروط الخاصة بصاحب الامتياز، وبالأراضي محل عقد الامتياز، وبموضوع العقد.

#### البند الأول: الشروط الخاصة بصاحب الامتياز

الشروط التي يجب توافرها في صاحب الامتياز وفق القانون 03/10، قد حددتها المواد 04 و 05 و 07 و 19 منه، والمتمثلة في أن يكون صاحب الامتياز شخصا طبيعيا، من جنسية جزائرية يحوز عقدا رسميا مسجلا ومشهرا في المحافظة العقارية، أو قرار من

الوالي، ومعنى هذا أن المشرع قد استثنى من تطبيق هذا القانون الأشخاص المعنوية مهما كانت طبيعتهم، وهذا ما يميزه عن الامتياز<sup>1</sup> في مجال الأراضي الاستصلاحية الذي يمنح أيضا إلى الأشخاص المعنوية، ولعل السبب في ذلك هو الالتزام بالاستغلال المباشر والشخصي للأراضي الفلاحية الشيء الذي لا يتماشى مع طبيعة الشخص المعنوي<sup>2</sup>.

### البند الثاني: الشروط الخاصة بالأراضي

إن تطبيق عقد الامتياز وفق نص المادة 02 من القانون 03/10، ينص على الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة، والتي كانت سابقا خاضعة للقانون 19/87 والتي تقدر مساحتها 2,5 مليون هكتار، وهي أراضي خصبة جدا أو خصبة، وبمفهوم المادة 04 من القانون 19/87، تستبعد من مجال تطبيق هذا العقد الأراضي الفلاحية التابعة للمزارع النموذجية؛ أو التابعة لهيئات البحث والتعليم العالي، والأراضي الخاصة بالاستصلاح وفقا للقانون 18/83، والأراضي الرعوية الغابية<sup>3</sup>.

### البند الثالث: الشروط الخاصة بموضوع العقد

#### 1- الإتاوة

إن منح الامتياز يكون مقابل دفع إتاوة سنوية، وقد حددها الأمر رقم 01/10 بموجب المادة 41 منه، وتحدد حسب المناطق ذات الإمكانيات الفلاحية وأصناف الأراضي، مسقية أو غير مسقية؛ أو بالهكتار، تقدر بـ 15000 دج، كأقصى حد في المناطق غير المسقية (أ) وتقدر بـ 3000 دج كأقصى حد في المناطق غير المسقية (أ)<sup>4</sup>.

#### 2- تسجيل وشهر عقد الامتياز

إن عقد الامتياز وفق القانون 03/10 والمرسوم التنفيذي له، بمجرد إعداده وشهره من

<sup>1</sup> - المرسوم التنفيذي رقم 483/97، الجريدة الرسمية رقم 83 مؤرخة في 17 شعبان 1418هـ الموافق لـ 17 ديسمبر 1997م.

<sup>2</sup> - كيجل حكيمة، تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز، دار هومة، الجزائر، سنة 2013، ص 213.

<sup>3</sup> - بن رقية بن يوسف، محاضرة بعنوان «كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة طبقا للقانون 03/10»، وزعت على الطلبة القضاة، الدفعة 2010/2011، ص 03.

<sup>4</sup> - بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001، ص 217.

طرف إدارة أملاك الدولة يتم تسجيله من طرف الديوان الوطني للأراضي الفلاحية في بطاقيات المستثمرات الفلاحية، وهو الإجراء الذي ينفرد به هذا العقد ويميزه عن عقد الامتياز المنصوص عليه في المرسوم التنفيذي رقم 1483/97<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة بين القانون الجزائري والشريعة

يتناول ذلك في فرعين، الأول مخصص للناحية القانونية الجزائرية، والثاني مخصص للناحية الشرعية.

### الفرع الأول: مدى جواز التصرف في الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة في القانون الجزائري

تمنح الدولة بموجب المادة 40 من القانون 03/10 للمستثمر صاحب الامتياز حق امتياز على الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية المتصلة بها، والمتمثل في حق الاستغلال، ومن خصائص حق الاستغلال التي يمكن استنتاجها من خلال نص المادة 13 من القانون 03/10 أنه قابل للتنازل والرهن والتوريث، مما يستدعي معرفة كل خاصية على حدة.

### البند الأول: التنازل عن حق الاستغلال

يمكن التنازل عن حق استغلال الأرض الفلاحية والأملاك السطحية المتصلة بها للغير<sup>2</sup>، شريطة أن لا يكون التنازل إليه من الأشخاص الذين سبق وأن تم إسقاط حقوقهم؛ أو الذين كان لهم سلوك غير مشرف أثناء ثورة التحرير الوطني<sup>3</sup>.

ويكون التنازل عن هذا الحق بمقابل أو بدونه، فهو يشمل حالتين:

### أولاً: التنازل بدون مقابل

<sup>1</sup> - بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، ص 217.

<sup>2</sup> - المادة 13 من القانون رقم 03/10، و المادة 2 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 326/10 المؤرخ في 23 ديسمبر 2010، يحدد كليات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية رقم 79 مؤرخة في 23 محرم 1432 هـ الموافق ل 29 ديسمبر 2010م.

<sup>3</sup> - المادة 07 من القانون رقم 03/10.

تنص المادة 14 على مايلي: «يمكن التنازل مجانا لأحد ذوي حقوق المستفيد للمدة المتبقية من الامتياز في حالة العجز و/ أو بلوغ سن الرشد».

وبهذا نقول أن التنازل بدون مقابل يتم فقط لأحد ذوي حقوق المستفيد، ويقصد بهم الخلف أو ذوي القربى، ويقصد بهؤلاء في مفهوم المادتين 32 و33 من القانون المدني المعدل والمتمم، كل من له علاقة قرابة مباشرة بالمستفيد التي تربط الأصول بالفروع، ويتم التنازل مجانا من طرف المستثمر إلى أحد ذوي الحقوق في إطار رسمي، ولا يتم إلا في حالتين حددهما المشرع على سبيل الحصر وهما:

- حالة عجز المستفيد الذي يحول دون استغلال الأراضي الفلاحية وممارسة نشاطه الفلاحي بصفة شخصية ومباشرة.

- حالة بلوغ سن التقاعد<sup>1</sup>، وقد حدد سن التقاعد ببلوغ سن 60 سنة من العمر على الأقل، وعليه فالمستفيد الذي بلغ سن التقاعد؛ أو كان به عجز يمنعه من القيام بنشاطاته الفلاحية، ويرغب في التنازل عن حق لأحد من ذوي الحقوق، فعليه إرسال طلب إلى المدير الولائي للديوان الوطني للأراضي الفلاحية مرفق بشهادة الحالة العائلية.

ويجب احترام مقتضيات المادة 18 من القانون 03/10، التي تستوجب إثبات كل تغيير لصاحب حق الامتياز بموجب عقد امتياز جديد يشهر في المحافظة العقارية.

#### ثانيا: التنازل بمقابل

إعمالا لنص المادة 15 من القانون 03/10، فإنه في حالة إبداء الرغبة في التنازل عن حق الامتياز من طرف عضو المستثمرة الجماعية، يمكن لباقي أعضاء المستثمرة الفلاحية الواحدة ممارسة حق الشفعة بالأولوية.

كما يمكن للدولة بصفتها مالكة لحق الرقبة ومسؤولة عن المحافظة على الوجهة الفلاحية للأراضي استعمال صلاحياتها المخولة لها قانونا، والمتمثلة في التدخل عند رغبة أحد المستثمرين في التنازل عن حق الامتياز<sup>2</sup>، وهذا لممارسة حق الشفعة عن طريق الديوان

<sup>1</sup> - المادة 06 من القانون 12/83 المؤرخ في 02/07/1983 المتعلق بالتقاعد، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/99 المؤرخ في 22/03/1999، الجريدة الرسمية رقم 20 مؤرخة في 07 ذو الحجة 1419 هـ الموافق ل 24 مايو 1999م.

<sup>2</sup> - ليلي زروقي و حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، ص 118.

الوطني للأراضي، بعد التنازل عن حق ممارسة حق الشفعة من طرف باقي أعضاء المستثمرة الفلاحية.

وفي إطار التنازل بمقابل عن حق الامتياز من طرف عضو المستثمرة الفلاحية الجماعية، يجب عليه إعلام الديوان برغبته عن التنازل، مع توضيح مبلغ التنازل، وكذا هوية المرشح لاقتناء حق الامتياز، بعدها يقوم الديوان بإخطار باقي أعضاء المستثمرة الفلاحية الواحدة بواسطة رسالة معللة مع وصل الاستلام، قصد الممارسة لحقهم في الشفعة، لأن الأولوية تكون لهم بمقتضى المادة 15، ويتعين عليه الإفصاح عن ردهم للديوان الوطني للأراضي الفلاحية في أجل 30 يوما.

وفي حالة ما إذا كان الرد بالرفض من طرف باقي أعضاء المستثمرة الفلاحية الواحدة، أو في حالة غياب الرد في أجل 30 يوما، فإن حق هؤلاء في ممارسة الشفعة يسقط، وبالتالي يمكن للديوان ممارسة الشفعة، بعد إعلام المستثمر صاحب الامتياز المتنازل بهذا كتابة، حسب نص المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 326/10.

وفي حالة ما إذا لم يختار الديوان الوطني للأراضي الفلاحية ولا الأعضاء الآخرون للمستثمرة ممارسة الشفعة، يرخّص الديوان الوطني للأراضي الفلاحية للمستثمر صاحب الامتياز بعد موافقة الوالي مواصلة التنازل عن حقه في الامتياز للغير.

ومهما يكن وفي إطار عملية التنازل عن حق الامتياز لا يمكن أن يضفي اكتساب شخص لعدة حقوق امتياز؛ إلا لتشكيل مستثمرة فلاحية من قطعة واحدة.

### البند الثاني: الرهن

بينت المادة 12 من القانون 03/10، والمادة 2 من دفتر الشروط الملحق بالمرسوم التنفيذي رقم 326/10، بأن حق الامتياز المتمثل في حق استغلال الأراضي الفلاحية والأمولاك السطحية، يخول لصاحبه حق تأسيس رهن يتقل الحق العيني العقاري الناتج عن هذا الحق لفائدة هيئات القروض، التي تشمل كل من البنوك والمؤسسات المالية، وبهذا يستبعد تأسيس الرهن لدى الأشخاص العاديين.

والرهن القانوني لحق الامتياز يتم بالاتفاق بين هيئة القرض والمستثمر صاحب الامتياز، وذلك بإبرام عقد القرض العقاري، الذي يكون محله رهن حق امتياز مقابل مبلغ مالي، فينقل المقرض إلى المقرض ملكية الشيء المقرض على أن يرد مثله في نهاية القرض، ويسرى على هذا الأخير القواعد العامة في نظرية العقد المنصوص عليها في القانون المدني، وليس له أحكام خاصة.

وعند حلول أجل التسديد للمبالغ المقرضة، مع عدم الالتزام بدفعها من طرف المستثمر، فللهيئة المقرضة حق التنفيذ الجبري على الحق العيني العقاري المرهون، تطبيقاً لنص المادة 902 من القانون المدني، التي تنص على أنه: «يمكن للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ حقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في الآجال ووفقاً للأوضاع المقررة في قانون الإجراءات المدنية...».

#### البند الثالث: انتقال الحق إلى الورثة

قد خول القانون 03/10 لصاحب حق الامتياز، الحق في توريث حق استغلال الأراضي الفلاحية والأماكن السطحية المتصلة بها، بصريح نص المادة 13 منه، وعلى الورثة اختيار أحد الحلول المنوه لها في المادة 25 من القانون 03/10، ومهما يكن الاختيار فإن توريث حق الامتياز لا يكون إلا للمدة المتبقية منه، ويخضع عقد الامتياز المورث إلى الإجراءات المنصوص عليها في المادة 18 من القانون نفسه، ومفادها أن كل تغيير لصاحب حق الامتياز يثبت بناء على دفتر شروط بعقد امتياز جديد تعده إدارة أملاك الدولة، ويشهر في المحافظة العقارية.

#### البند الرابع: الإجارة من الباطن

لا يمكن للمستثمر صاحب حق الامتياز وبأية صفة كانت، أن يؤجر الأراضي الفلاحية والأماكن السطحية المتصلة بها من الباطن، وإذا ما تم ذلك فيعد إخلالاً من طرف المستثمر بالتزاماته، مما يترتب عن ذلك فسخ عقد الامتياز، تطبيقاً لنص المادتين 29 و28 من القانون نفسه.



## الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في الأراضي الفلاحية التابعة لأمالك الدولة في الشريعة

بالنظر إلى طبيعة حق الامتياز فهو حق عيني عقاري، يمنح لمدة 40 سنة كحد أقصى قابل للتمديد، فهو عقد إجارة لمدة طويلة مع حق جميع التصرفات المشروعة المتاحة، وبناء على هذا فإن للمالك حق التصرف في العقار؛ تتازلا بعوض وبغير عوض؛ أو رهنا ويورث؛ إذ قد بينا في الفصل الثاني من هذا البحث، أن الإجارة من أسباب حق الانتفاع<sup>1</sup>، الذي يستطيع مالكة أن يتصرف فيه، بأن ينزل عنه للغير شرعا، وبيننا في المطلب الثاني<sup>2</sup> من المبحث الأخير من الفصل الثاني أن حق الامتياز يجوز التصرف فيه شرعا؛ سواء كيفناه على أنه إجارة طويلة المدى أو ملكية تامة مؤقتة، وهو نوع من الملك الذي يجوز بيعه، قال تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ (سورة البقرة الآية 275).

و أما الإجارة من الباطن فقد نص القانون رقم 03/10 على عدم جوازها، ومادام المستثمر قد وافق على هذا الشرط فيجب عدم مخالفته شرعا، قال صلى الله عليه وسلم: «المسلمون عند شروطهم...»<sup>3</sup>.

1 - ص 43 من هذه البحث.

2 - ص 64 من هذه البحث.

3 - سبق تخريجه ص 32.

### المبحث الثالث: السكنات المقتناة في إطار الترقية العقارية<sup>1</sup>

قد شكلت الترقية العقارية بمبادرة الخواص أحد المحاور الجوهرية لقانون 07/86<sup>2</sup> المتعلق بالترقية العقارية، الذي تضمن إجراءات تحفيزية للمرقي العقاري (شراء العقارات من البلديات، قروض تغطي 50% من مبلغ المشروع، وتخفيضات ضريبية...)، لم يعرف لها وجودا في الواقع، للتعقيدات الإدارية التعجيزية التي كانت تفرض عليه.

لذلك أعاد المشرع تنظيم القطاع العقاري على أسس دستور 1989، الذي كرس مبدأ الملكية الخاصة فعلا بصدور قانون 25/90 المتضمن التوجيه العقاري، ثم القانون 29/90 المتعلق بالتهيئة العمران، وصولا إلى المرسوم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، الذي أعطي بعثا جديدا للقطاع الخاص في مجال البناء والسكن، ملغيا في طريقه أحكام القانون 07/86 بموجب المادة 30 منه، والجدير بالذكر أن هذا المرسوم وضع تنظيما خاصا ومستقلا لنشاط عقاري كان يمارس قبل صدوره؛ ألا وهو البيع على التصاميم؛ أو الشقق قيد الإنجاز، ثم جدد المشروع الجزائري اهتمامه بوضعية المقتني للعقار بناء على التصاميم، من خلال إصداره القانون رقم 04/11، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، وقد استهدف ضبط المركز القانوني للمرقي العقاري.

#### المطلب الأول: مفهوم نشاط الترقية العقارية ومهام المرقي العقاري وكيفيات البيع

يتطرق هذا المطلب في فرعين لمفهوم الترقية العقارية وكيفيات البيع، وفقا لما جاء في القانون الذي يحدد القواعد التي تنظم ضبط نشاط الترقية العقارية.

#### الفرع الأول: مفهوم الترقية العقارية ومهام المرقي العقاري

يتفرع هذا الفرع إلي بندين، الأول يتحدث عن مفهوم الترقية العقارية، والثاني عن مهام المرقي العقاري.

<sup>1</sup> - القانون رقم 04/11، مؤرخ في 14 ربيع الأول عام 1432 الموافق 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 01 ربيع الثاني 1432 هـ الموافق ل 06 مارس 2011م.

<sup>2</sup> - قانون 07/86 المؤرخ في 04/03/1986، المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 10 مؤرخة في 24 جمادى الثانية 1406 هـ الموافق ل 05 مارس 1986م، الملغى بموجب المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 09 رمضان 1413 هـ الموافق ل 03 مارس 1993م.

## البند الأول: مفهوم الترقية العقارية

عرفت المادة 14 من القانون 04/11 الترقية العقارية بمايلي: « يشمل نشاط الترقية العقارية مجموعة العمليات التي تساهم في إنجاز المشاريع العقارية المخصصة للبيع؛ أو الإيجار أو تلبية الحاجات الخاصة، يمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني أو مهني، وعرضيا يمكن أن تكون محلات ذات استعمال حرفي أو تجاري». حاول المشرع إعطاء تعريف لنشاط الترقية العقارية، بالرغم من أنها مهمة الفقه والقضاء، وقد حاول تفاعلي نقص التعريف في ظل المرسوم التشريعي 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، حيث تنص المادة 02 منه على أنه: «يشمل النشاط العقاري على مجموعة الأعمال المخصصة للبيع؛ أو الإيجار أو تلبية حاجات خاصة، يمكن أن تكون الأملاك العقارية المعنية محال ذات استعمال سكني أو محال مخصصة لإيواء نشاط حرفي أو صناعي أو تجاري».

من خلال نص المادتين يستنتج أن المشرع قد فتح المجال للمرقي العقاري، بحيث أصبحت برامج الترقية العقارية تشمل ثلاثة أهداف<sup>1</sup>، البيع والإيجار وتلبية الحاجات الخاصة، غير أنها لم تعد تقتصر فقط على الإنجاز وتجديد الأملاك العقارية، بل جميع المشاريع الترقية، التي تضم التصرفات والأعمال المادية المحددة في المادة 03، وبالتالي حصر هذه الأعمال وحدد مقصودها.

فنشاط الترقية الذي يقوم به شخص طبيعي أو معنوي تتوفر فيه شروط وصفة المرقي العقاري، المحددة في المواد 18 إلى 23، يشمل العمليات التي تساهم بصفة رئيسية في إنجاز المشاريع العقارية، مع أخذ زمام المبادرة والعناية من طرف المرقي العقاري، والمخصصة للبيع أو الإيجار أو تلبية الحاجيات الخاصة، التي تهدف لتحقيق الربح. ويمكن أن تكون هذه المشاريع العقارية محلات ذات استعمال سكني، أساسا يمكن أن تشمل معها محلات ذات استعمال مهني أو حرفي أو تجاري<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - المادة 03 من القانون 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 في 01 ربيع الثاني 1432 هـ الموافق ل 06 مارس 2011م.

<sup>2</sup> - مسكر سهام، دور نشاط الترقية العقارية، بحث مقدم للملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، ( كتاب الملتقى)، ص 92.

## البند الثاني: مهام المرقى العقاري

المرقى العقاري هو كل شخص طبيعي؛ أو معنوي يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة؛ أو ترميم أو إعادة تأهيل أو تجديد أو إعادة هيكلة أو تدعيم بنايات، تتطلب أحد هذه التدخلات؛ أو تهيئة وتأهيل الشبكات قصد بيعها، أو تأجيرها دون الاستعمال الخاص. ويستوي أن يكون المتعامل في الترقية العقارية تابع للقطاع الخاص أو القطاع العام، كما هو الشأن في ديوان الترقية والتسيير العقاري (O.P.G.I).<sup>1</sup>

والمشروع الجزائري قد وسع من مهام المرقى العقاري بموجب القانون رقم 04/11، من البناء والتجديد، إلى الهيكلة وتدعيم البنايات المخصصة للبيع؛ أو الإيجار بما فيها تهيئة الأرضيات لاستقبال البنايات؛ أي كل عمليات الإنجاز أو البناء أو التشييد ذات الاستعمال السكني أو التجاري أو الحرفي، والمعدة للبيع أو الإيجار، وكذا الاستعمال الشخصي، لذلك اشترط القانون في القائمين بهذه الأعمال أن يكونوا محترفين يمتلكون مهارات في هذا المجال؛ إضافة إلى الإمكانيات المالية التي تمكنهم من ممارسة مهامهم، ويتولى المرقى العقاري في هذا الإطار مهمة تنسيق جميع العمليات، التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل، وكذا تنفيذ إنجاز المشروع العقاري وفقا للتشريع المعمول به.<sup>2</sup>

## الفرع الثاني: كفيات البيع

يعالج هذا الفرع نوعين من كفيات البيع قبل إنجاز البناية أو لجزء من البناية في طور الإنجاز؛ لأن بعد الإنجاز وإتمام البناية يبرم عقد البيع كامل الأركان يمكن للمشتري التصرف فيه؛ إلا أن القانون يوقف التصرف لمدة معينة.<sup>3</sup>

و بالرجوع لنص المادة 25 من القانون 04/11، فإنها تسمح للمرقى العقاري

<sup>1</sup> - صالحى الواسعة، دور المرقى العقاري في حل أزمة السكن في الجزائر، بحث مقدم الملتقى الوطني للترقية العقارية، (كتاب الملتقى)، ص 225.

<sup>2</sup> - صالحى الواسعة، المرجع السابق، ص 227.

<sup>3</sup> - نصت المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008 بعد التعديل على أنه: «تعد غير قابلة للتنازل من طرف المستفيدين منها، السكنات الاجتماعية التساهمية المسماة حاليا السكنات الترقية المدعمة، وكل السكنات التي استفادت من دعم الدولة، وذلك لمدة (5) سنوات ابتداء من تاريخ إعداد عقود التنازل لصالحهم باستثناء انتقال الملكية بسبب الوفاة...»، عدلت بنص المادة 58 من القانون رقم 16/11 المؤرخ في 28/12/2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، الجريدة الرسمية رقم 72 مؤرخة في 04 صفر 1433 هـ الموافق لـ 29 ديسمبر 2011م.

بالبيع قبل الإنجاز أو في طور الإنجاز، بشرط أن يفرغ العقد في عقد حفظ الحق أو في شكل عقد بيع بناء على التصاميم، وهذا ما يوضحه البنود التاليان:

### البند الأول: عقد حفظ الحق

قد عرّف المشرع الجزائري عقد حفظ الحق بموجب القانون 07/86، المتعلق بالترقية العقارية، بمناسبة أخذه بنمط البيع الآجل، فنصت المادة 29 من القانون رقم 07/86 على مايلي: « يمكن للهيئة العمومية التي يخولها قانونها الأساسي إنجاز عمليات الترقية العقارية أن تقترح البيع بناء على مخططات تمت الموافقة عليها، طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير، كما يمكن المكتب لإنجاز إحدى عمليات الترقية العقارية التي يستوفي قانونا جميع الحقوق والالتزامات المتعلقة بها، أن يقترح البيع بناء على تصاميم تمت الموافقة عليها، طبقا لقواعد البناء التي تأمر بها المصالح المكلفة بالتعمير، والمستخلصة من دفتر الشروط<sup>1</sup>. ونصت المادة 30 من القانون نفسه على أنه: «يجب أن يسبق كل تنازل في إطار البيع الآجل تحرير عقد حفظ الحق، الذي يحدد منواله النموذجي بالطرق التنظيمية».

وبصدور المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري، الذي ألغى القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، لم يتضمن صيغة البيع الآجل الذي يجب أن يسبقه عقد حفظ الحق، وجاء بصيغة جديدة للبيع عرف بعقد البيع بناء على التصاميم الذي له أحكام خاصة.

غير أنه وبصدور القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، عاد ونص على عقد حفظ الحق من جديد، وعرفه في المادة 27 بأنه: «عقد حفظ الحق هو العقد الذي يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه؛ أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجازه مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير، يودع مبلغ التسبيق المدفوع في حساب مفتوح باسم هذا الأخير لدى هيئة ضمان عمليات الترقية العقارية

<sup>1</sup> - البيع بالآجل هو الذي أخذ به المشرع الجزائري بموجب القانون رقم 07/86 المتعلق بالترقية العقارية، والذي يسبقه عقد حفظ الحق، وهو نفس نمط البيع الذي اعتمده بموجب القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية في المادة 27 و ما يليها، والذي يكرس بعقد نهائي بما في ذلك نص المادتين 31 و 33 من هذا الأخير مع بعض الاختلافات.

المنصوص عليها في المادة 56 من هذا القانون، يحدد نموذج عقد حفظ الحق عن طريق التنظيم، ويتعين على المرقي العقاري بعد ثلاثة أشهر كحد أقصى على أثر الاستلام المؤقت للبناء أو الجزء منه، بإعداد عقد بيع البناء أو جزء من البناء المحفوظة أمام موثق، مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق، طبقا لنص المادة 33 من نفس القانون».

### البند الثاني: عقد البيع بناء على التصاميم

عقد البيع هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية الشيء، أو أي حق مالي آخر للمشتري مقابل ثمن نقدي، وقد نص المشرع الجزائري على أنواع العقود، ولكنه لم يشير إلى عقد البيع بناء على تصاميم، بل تناوله المرسوم التشريعي 03/93، المتعلق بالنشاط العقاري، ولم يعرف في الساحة العقارية لا من حيث التنظيم ولا الممارسة؛ إلا بصدور المرسوم السابق الذكر، وبالرجوع إلى نص المادة 09 من المرسوم التشريعي 03/93 التي تنص على أنه: «يمكن للمتعامل في الترقية العقارية أن يبيع لأحد المشتريين بناء؛ أو جزء من بناء قبل إتمام الانجاز، شريطة تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية، كما تنص على ذلك المواد 10،11،17،18 أدناه، وفي هذه الحالة تستكمل صيغة المعاملة التجارية بعقد البيع بناء على التصاميم وتكون خاضعة للأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل».

من خلال نص المادة، يلاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف عقد البيع بناء على التصاميم، بل ترك الأمر للفقهاء والقضاء<sup>1</sup>؛ لذا ذهب بعض الفقهاء إلى تعريفه بأنه بيع لعقار لم يشيد بعد، فيلتزم البائع بتشييده ونقل ملكيته إلى المشرع بأشكال مختلفة حسب نوع البيع<sup>2</sup>. يلاحظ من خلال هذا التعريف، إبراز التزامات البائع، دون مراعاة التزامات المشتري؛ التي تعتبر عنصر جوهريا في عقد البيع بناء على التصاميم، ويرى البعض أنه العقد المسمى المسجل والمشهر الذي يتم فيه تمليك لعقار لم يشيد بعد؛ أو ما زال في طور الإنجاز للمشتري؛ أو لجزء من البناء بمجرد شهر العقد؛ سواء كانت محال استعمال سكني؛ أو

<sup>1</sup> - قايشي علال، التزامات المرقي العقاري وجزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم، بحث مقدم للملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، جامعة ورقلة، (كتاب الملتقى)، ص 274.

<sup>2</sup> - أويس فتحي، المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، في القانون العقاري الزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2000، ص 49.

تجاري أو حرفي، ويلتزم بمقتضاه البائع بصفته مرقي عقاري بالإنجاز، وإتمامه خلال الأجل المحدد في العقد وبالمواصفات المطلوبة والمطابقة لقواعد البناء والتعمير، مع تقديم ضمانات تقنية ومالية كافية، وأخيرا تسليم البناية للمشتري، بالمقابل يلتزم هذا الأخير بصفته المستفيد من البناية بدفع تسبيقات ودفعات مجزأة على مراحل التشييد، مخصومة من ثمن البيع، بحسب الاتفاق الذي يوافق السعر التقديري المنصوص عليه في العقد، مع إمكانية مراجعة الاتفاق، ويتسلم البناية<sup>1</sup>.

من خلال التعاريف يستنتج أن عقد البيع بناء على التصاميم هو عقد بيع لعقار يشترط فيه عدم الوجود، ولكنه قابل للوجود مستقبلا؛ أو عقار مازال في طور الإنجاز، وأن يقوم به المرقي العقاري دون سواه، فيلتزم البائع بالبناء وفق المواصفات المطلوبة، والآجال المحددة في الاتفاق، مع تقديم ضمانات تقنية ومالية، وتحمله المسؤولية العشرية بعد التسليم النهائي للمشتري، وهذا الأخير يلتزم بدفع الثمن وفق الآجال والطريقة المحددة في العقد وتسلم العقار محل الانجاز<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في السكنات المقتناة في إطار الترقية العقارية بين القانون الجزائري والشريعة

يدرس هذا المطلب مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق، وعقد البيع بناء على التصاميم، في كل من القانون الجزائري والشريعة، كل ذلك في الفرعين القادمين:

#### الفرع الأول: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق وعقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري

هذا الفرع مخصص للدراسة القانونية، البند الأول لدراسة مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق، والبند الثاني لدراسة مدى جواز التصرف في البيع بناء على التصاميم.

<sup>1</sup> - سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم، (رسالة ماجستير غير منشورة)، في القانون العقاري و الزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2006، ص 15.

<sup>2</sup> - قاشي علال، المرجع السابق، ص 276.

## البند الأول: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق في القانون الجزائري

التصرف القانوني هو اتجاه الإرادة إلى إحداث نتائج قانونية معينة، والتصرفات القانونية الناقلة للملكية منها ما يصدر عن إرادتين ولا يتم تكوينه إلا باتفاقهما، ومنها ما يصدر بإرادة منفردة، وعقد حفظ الحق من التصرفات الملزمة للجانبين، ومحله عقار مقرر بناؤه؛ أو في طور البناء.

وبالرجوع للقواعد العامة لنقل الملكية العقارية، لا بد من إتباع إجراءات شكلية دقيقة، في تحرير العقود التي تتضمن نقل أو تغيير أو تعديل ملكية عقار؛ أو حقوق عينية عقارية، وأن كل عقد لا يتم وفقا للإجراءات المقررة يكون باطلا بطلانا مطلقا، وهذا ما تضمنته المادة 324 مكرر من القانون المدني الجزائري التي تقضي أنه: «زيادة على العقود التي يأمر القانون إخضاعها لشكل رسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار؛ أو حقوق عقارية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد».

وقد أوجب المشرع على محرري العقود القيام بإجراءات تسجيلها وشهرها بالمحافظة العقارية قبل تسليم العقود لأصحابها، ومن بين النصوص الآمرة بذلك المادة 793 من القانون المدني، التي تنص على أنه: «لا تنتقل الملكية والحقوق العينية الأخرى في العقار؛ سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير؛ إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير الشهر العقاري»<sup>1</sup>.

وعقد حفظ الحق لا يخضع لإجراءات الشهر العقاري، بحيث أنه يرتب بين أطراف العقد أي المرقي العقاري وصاحب حفظ الحق فقط التزامات شخصية تحكمها القواعد العامة، وكذا القواعد الخاصة المنصوص عليها في القانون رقم 04/11، المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، فيبقى المرقي العقاري مالكا للعقار محل حفظ الحق، والعقد الناقل للملكية هو ذلك العقد النهائي الذي يلتزم المرقي بإعداده أمام الموثق مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق، هذا الأخير هو الذي يشترط فيه أن يكون في

<sup>1</sup> - عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، البلدة، سنة 2004، ص 58-59.



قالب رسمي لدى الموثق، مقابل التسديد الكلي لسعر البيع من طرف صاحب حفظ الحق، طبقا لنص المادة 33 من القانون السالف الذكر؛ إذن فعقد حفظ الحق يعتبر عقد غير ناقل لملكية العقار محل حفظ الحق، فهو عقد يرتب فقط التزامات شخصية بين طرفيه.

فنص المشرع على إمكانية فسخه في أي وقت خلال إنجاز المشروع العقاري، إما باتفاق الطرفين؛ أو بطلب من أحد أطرافه، سواء كان صاحب حفظ الحق أو المرقي العقاري، طبقا لنص المادة 32 من القانون، وعليه فلا يمكن لصاحب حفظ الحق التصرف في هذا العقد لأنه لا يملك البناية، وإنما ملكيتها للمرقي العقاري.

### البند الثاني: مدى جواز التصرف في عقد البيع على التصاميم في القانون الجزائري

إن عقد البيع بصفة عامة كما عرفه الفقه، هو عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية الشيء إلى المشتري، وعقد البيع بناء على التصاميم وبالرغم من الخصوصية التي ينفرد بها إلا أنه يبقى عقدا ناقلا للملكية شأنه في ذلك شأن باقي العقود<sup>1</sup>.

ونقل الملكية عموما، هو كما عرفته المادة 361 من القانون المدني، هو أن «يقوم البائع بما هو لازم لنقل الشيء المبيع إلى المشتري، وأن يمتنع عن أي عمل يعسر نقل هذا الشيء»، وكأصل عام فالتصرفات العقارية لا تنتقل فيها الملكية، سواء كان ذلك بين المتعاقدين أو في حق الغير؛ إلا إذا روعيت الأحكام المنصوص عليها في قانون تنظيم الشهر العقاري، وفي قانون السجل العيني بحسب الأحوال<sup>2</sup>.

ولما كان عقد البيع بناء على التصاميم واردا على عقار، فإن انتقال الملكية فيه لا يتم إلا بإتمام إجراءات الشهر العقاري، طبقا لما نصت عليه المادة 793 من القانون المدني الجزائري.

لذلك فإن عقد البيع بناء على التصاميم الذي لا يتم فيه إجراءات الشهر العقاري لا يرتب سوى التزاما شخصيا في ذمة البائع والمشتري، فالبائع ملزم بالقيام بكل الإجراءات الضرورية لنقل الملكية إلى المشتري، انطلاقا من اكتتاب العقد وتسجيله وشهره، ونهاية بتوثيقه أمام الموثق الذي يقوم بإجراء الشهر.

1 - أوييس فتحي، المرجع السابق، ص 86.

2 - قاشي علال، المرجع السابق، ص 284.

من خلال ما سبق يطرح سؤال، وهو هل تنتقل الملكية دفعة واحدة أو بمجرد الشهر؛ أو بعد تسلم المبيع؟.

للإجابة على هذا السؤال نرجع إلى تعريف الملكية العقارية الواردة في المادة 27 من القانون 125/90<sup>1</sup> المتضمن قانون التوجيه العقاري المعدل والمتمم بالأمر 26/95<sup>2</sup> : «الملكية العقارية الخاصة هي حق التمتع والتصرف في المال العقاري و/ أو الحقوق العينية من أجل استعمال الأملاك وفقا لطبيعتها وغرضها».

فمن خلال نص المادة يستشف أن المالك له حق الانتفاع والتصرف، وهذا خلافا لعقد البيع بناء على التصاميم، الذي لا يعتبر فيه المشتري مالكا لحق الملكية بمجرد توقيع العقد، فهو يملك حق الرقبة دون حق الانتفاع والتصرف، فلا يستطيع بيع العقار مثلا.

وخلاصة القول أن انتقال الملكية في عقد البيع بناء على التصاميم لا يكون دفعة واحدة؛ إنما يتم تبعا لمرحلتين، مرحلة التوقيع، والتي يتم فيها نقل ملكية الرقبة فقط، ومرحلة ما بعد إتمام الإنجاز ودفع القسط الأخير من الثمن وتحريره في محضر التسليم النهائي الذي يخول للمشتري باقي الحقوق أي حق الانتفاع وحق الملكية، وهذا خلافا لما عليه نقل الملكية في أحكام القواعد العامة الذي يكون دفعة واحدة<sup>3</sup>.

### الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق وعقد البيع بناء على التصاميم في الشريعة

هذا الفرع مخصص للدراسة الشرعية، البند الأول لدراسة مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق، والبند الثاني لدراسة مدى جواز التصرف في البيع بناء على التصاميم

#### البند الأول: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق في الشريعة

بالرجوع إلى تعريف عقد حفظ الحق يتبين أنه عقد يلتزم بموجبه المرقي العقاري بتسليم العقار المقرر بناؤه أو في طور البناء لصاحب حفظ الحق فور إنجائه، مقابل تسبيق يدفعه هذا الأخير، فهو إذن عقد غير ناقل للملكية، بل يرتب التزامات شخصية بين طرفيه،

<sup>1</sup> - الجريدة الرسمية رقم 49 مؤرخة في 01 جمادى الأولى 1411هـ الموافق ل 18 نوفمبر 1995م.

<sup>2</sup> - الجريدة الرسمية رقم 55 مؤرخة في 02 جمادى الأولى 1416هـ الموافق ل 27 سبتمبر 1995م.

<sup>3</sup> - قاشي علال، المرجع السابق، ص 285.

وبناء عليه فهو من الناحية الشرعية تتشابه أحكامه مع أحكام الوعد بالبيع<sup>1</sup>, فهو مجرد الإمكان والصلاحيية للملك ولكنه لم يملك بعد، وبهذا فلا يمكن لصاحب عقد حفظ الحق التصرف فيه، وهو أيضا من بيع الاختيارات التي نص مجمع الفقه الإسلامي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي على عدم جوازه في مؤتمره السابع المنعقد بجده في 07 ذي القعدة عام 1412 هـ في القرار رقم 63 (07/01) بشأن الأسواق المالية بالفقرة التالية.

«الاختيارات:

أ-صورة عقود الاختيارات:

إن المقصود بعقود الاختيارات الاعتياض عن الالتزام ببيع شيء محدد موصوف؛ أو شرائه بسعر محدد خلال فترة زمنية معين؛ أو في وقت محدد إما مباشرة أو من خلال هيئة ضامنة لحقوق الطرفين.

ب-حكمها الشرعي:

إن عقود الاختيارات - كما تجري اليوم في الأسواق المالية العالمية- هي عقود مستحدثة لا تنضوي تحت أي عقد من العقود الشرعية المسماة.

وبما أن المعقود عليه ليس مالا ولا منفعة ولاحقا ماليا يجوز الاعتياض عنه، فإنه عقد غير جائز شرعا.

وبما أن هذه العقود لا تجوز ابتداء، فلا يجوز تداولها<sup>2</sup>.

### البند الثاني: مدى جواز التصرف في عقد البيع على التصاميم في الشريعة

إن عقد البيع بناء على التصاميم، هو بيع لعقار يشترط فيه عدم الوجود، ولكنه قابل للوجود مستقبلا؛ أو عقار مازال في طور الإنجاز، ويلتزم المشتري بدفع الثمن وفق الآجال والطريقة المحددة في العقد، وتسلم العقار محل الإنجاز.

فصاحب عقد البيع على التصاميم ليس مالكا للعقار، بل مالكا للرقبة فقط دون الانتفاع والتصرف، فحق الرقبة يتم بالتوقيع، وحق الانتفاع يتم بعد إتمام الانجاز ودفع القسط

1 - المبحث الثالث من الفصل الثاني من هذا البحث ص59.

2 - عبد الوهاب أبو إبراهيم سليمان، المرجع السابق، ص 148.

الأخير من الثمن وتحريره في محضر التسليم النهائي<sup>1</sup>، الذي يخول للمشتري باقي الحقوق، فهو بهذا ملك ناقص يشبه في أحكامه عقد الاستصناع<sup>2</sup> ( وهو إبرام عقد على شراء شيء مصنوع يلتزم البائع بتقديمه بمواد من عنده، بأوصاف معينة)<sup>3</sup>، فهو إذن عقد في الذمة، فالمشتري لم يتسلم السكن فلا يستطيع التصرف فيه بالبيع شرعا، ولكن يستطيع المشتري من الناحية الشرعية أن يتنازل عن حقه لآخر بمقابل خاصة بعد صدور الرخصة الرسمية من الحكومة لأن الحق أصبح ثابتا بها، إلا أن القانون يمنع مثل هذا التنازل بل يرجىء حتى إجراء إشهار وعد بالبيع بعقد البناء على التصاميم<sup>4</sup>، ومادام صاحب الحق قد وافق على هذا الشرط فيجب احترامه شرعا وعدم مخالفته.

<sup>1</sup>- نصّ المنشور الوزاري المشترك بين (وزارة المالية ووزارة السكن والعمران)، رقم 007/2013 المؤرخ في 13 أبريل 2013م، المتعلق بعدم قابلية التنازل عن السكنات الاجتماعية والسكنات المستفيدة من الإعانات العمومية على أنه: «يجب أن لا يكون تاريخ بداية حساب مدة عدم قابلية التنازل من يوم إعداد عقد البيع على التصاميم بل ابتداء من تاريخ إعداد محضر دخول حيز الاستغلال، فهي الوثيقة التي تجعل البيع على التصاميم نهائيا و بالتالي تأكيد المطابقة و ترخص دخول حيز الانتفاع».

<sup>2</sup>- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سنة 1426هـ - 2006م، ص 308.

<sup>3</sup>- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سنة 2008م، ص 129.

<sup>4</sup>- تعليمة مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي رقم 8277 المؤرخة في 2010/10/11 الموجهة إلى مدراء الحفظ العقاري.

الخطاتمة

## الخاتمة

إن موضوع الحقوق العينية الأصلية للعقار في القانون موضوع واسع، تناولناه من حيث التعاريف وحق التصرف، مقارنة بما هو موجود في الشريعة الإسلامية، فكانت النتائج التالية:

ففي تعريف العقار وصلنا إلى أن القانون يتفق في تعريفه للعقار مع نظرة الشريعة من خلال المذهب المالكي.

ولاحظنا أن القانون يوافق الشريعة، في اعتبار الملكية العقارية غير مطلقة، بل هي مقيدة، وذلك ما يساير الاتجاهات التشريعية الحديثة التي تعتبر الملكية العقارية الخاصة حق خاص، فالمالك له أن يمارس سلطاته على عقاره في حدود القانون.

هذا من حيث التعاريف، أما من حيث الخصائص فقد كانت النتائج الآتية:

فخاصية أنه حق جامع، أي أنه جمع حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف في القانون، فإن الشريعة لم تذكر هذه العناصر الثلاثة، ولكنها سلمت بها واعتبرتها مظهر للملك التام، واستغنت بذكر التصرف الذي يشمل الاستعمال والاستغلال.

وفي خاصية الديمومة تطابقت الشريعة مع القانون حول هذه الخاصية، وهذا هو الأصل، وإن كان الفقهاء يختلفون في مدى سقوط هذا الحق بالترك وعدم الاستعمال والرغبة عنه.

ومن حيث أنه حق مانع في القانون، أي حق مقصور على صاحبه وليس لغيره أن يشاركه فيه إلا في الحالات التي يحددها القانون، فالشريعة من حيث المبدأ تقر هذا، ولكنها تتيح للغير أن يشاركه إذا اشتدت الحاجة إليه ولم يلحقه ضرر.

حق الملكية إذن في القانون والشريعة حق مقيد بمراعاة المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وعدم الإضرار بالغير.

أما من حيث تحديد محل الملكية العقارية فالقانون حددها بالحد المفيد في التمتع بها علوا وعمقا، ولم يتركه مطلقا دون تحديد، وذلك بعكس الشريعة التي لم تحدد ذلك.

ففي حدود الأرض من حيث العلو حده القانون بالحد المفيد للتمتع، والقانون في العمق اعتبر المناجم والمحاجر والمياه المعدنية والكنز والآثار ملكا للدولة، والشريعة اختلفت في ذلك؛ إلا أن المالكية اعتبروا المعادن ملك للدولة، لولي الأمر أن يتصرف فيها حسب ما تقتضيه المصلحة عكس الجمهور.

أما الكنز فالشريعة قسمته إلى جاهلي وفيه الخمس للدولة، وإسلامي وله حكم اللقطة. وتحدثنا عن وظيفة الملكية العقارية الخاصة في القانون، ورأينا أنها وظيفة اجتماعية تحقق المصلحة الخاصة وتقدم المصلحة العامة، والشريعة ترى أنها حق ملكية استخلاف. وانطلاقا من هذه النظرة والوظيفة فرضت قيودا قانونية تتعلق بالمصلحة العامة، وقيودا قانونية تتعلق بالمصلحة الخاصة، والشريعة تؤيد وضع القيود، وتجعل معيار وضعها هو تحقيق المصلحة للفرد أو الجماعة أو دفع الضرر عنها.

وبناء على هذا تنوعت القيود، إلى قيود تحقيق المصلحة العامة، مثل نزع الملكية من أجل المنفعة العامة، وهذا ما اتفق فيه القانون مع الشريعة، وقيود تحقق المصلحة الخاصة، كقيود حق المرور وقيود الاستعمال التعسفي.

وقيود إرادية مثل الشرط المانع من التصرف، الذي يشترط فيه الباعث المشروع والمدة المعقولة، فتحدثنا عن مدى مشروعيته في الفقه الإسلامي، وبيننا أنه على خلاف ما يقول أغلب الكتاب، فإن هذا الشرط ليس محظورا في الفقه الإسلامي بإجماع الفقهاء، بل هو محل خلاف، فمنهم من أجازة مطلقا، ومنهم من أجازة في حالات معينة، لكن أغلبهم قال بعدم جوازها.

وفي الفصل الثاني تحدثنا عن الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، ووصلنا إلى أن حق الانتفاع لم يعرفه القانون الجزائري، وأن الشريعة تحدثت عنه عندما قسمت الملك من حيث المحل، ورأينا أن القانون يوافق المذهب الحنفي حيث لا فرق عندهم بين ملك المنفعة وحق الانتفاع.

ومن حيث التصرف فيه فيجوز التصرف فيه بمقابل أو بدون مقابل، والشريعة تختلف مع القانون في إباحتها الإيجار من الباطن دون إعلام المؤجر؛ إلا إذا اشترط ذلك.

والقانون في الإعارة يتفق مع المذهب الشافعي والحنبلي، في منع المستعير من التصرف في الشيء المعار، أما في الوقف فالقانون يتفق مع الشريعة فيه.

وفي حق الاستعمال وحق السكن فالشريعة لم تعن بذكر هذه الأنواع، ولكنها ذكرتها ضمن تعريف الملك الناقص، في ذكر المنفعة الشخصية، وتناولنا في هذا الفصل حقوق التملك المشروط، فذكرنا الوعد بالبيع، ووصلنا إلى أنه حق شخصي لا عيني لا يجوز التصرف فيه قانونا وشرعا.

وأما حق الامتياز، فالشريعة والقانون يتفقان من حيث جواز التصرف فيه بالتنازل.

والفصل الثالث كان عبارة عن نماذج تطبيقية، حيث تناولنا بالدراسة البيع بالإيجار، وتحدثنا عن شرط الاحتفاظ بالملكية في يد البائع، وشرط المنع من التصرف إلى حين سداد كل الأقساط وقلنا إن القانون يتفق مع المذهب المالكي في هذه الجزئية.

وتحدثنا كذلك عن الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وفحصنا شروط منح الامتياز وذكرنا مدى جواز التصرف، ورأينا أن القانون يتفق مع الشريعة في جواز التصرف في حق الامتياز.

وفي دراسة السكنات المقتناة عن طريق الترقية العقارية، وصلنا إلى أن عقد حفظ الحق عبارة عن وعد بالبيع، وعقد البيع على التصاميم شبيه بعقد الاستصناع، حيث الإنسان يملك حق الرقبة لا حق الاستعمال وحق الاستغلال، فلا يستطيع التصرف فيه.

وفي الختام فإنني أضع هذه المقترحات والتوصيات التي أتمنى أن تجد لها مكان في حالة مراجعة القوانين التي عالجاها أو تعديلها.

1- تعديل قانون البيع بالإيجار للسكنات بما يوافق الشريعة، وذلك باختيار إحدى الحلول التي ذكرها قرار المجمع الفقهي.

2- محاولة النص في قانون الامتياز على إمكان تملك الأرض بعد فترة الامتياز المحددة بأربعين سنة، وذلك من أجل تحفيز المستثمر وبعث النشاط فيه؛ لأن الجزائر جربت قانون الثورة الزراعية الذي لا يملك، وإنما يعطي حق الانتفاع، فكان له الأثر السلبي على الأراضي الزراعية.



3- توجيه طلاب الدراسات العليا في كليات الشريعة والقانون إلى دراسة القوانين الحديثة التي يصدرها المشرع الجزائري، بحيث يكون لها الأثر الإيجابي في مواكبة الشريعة الإسلامية للواقع والأمور المستجدة.

4- تعميق الثقافة القانونية والاقتصادية للأئمة، وذلك بإدراج مواد قانونية واقتصادية مثل مادة الالتزامات والبنوك والمالية وغيرها في منهاج تكوين الأئمة في المعاهد الوطنية لتكوين الإطارات الدينية.

5- ربط معاهد تكوين الإطارات الدينية بكليات الشريعة والقانون، ومحاولة تدريس الأئمة خاصة الخطباء والمدرسين الدراسات التي تجريها الكليات، وذلك من أجل منح الأئمة ثقافة قانونية وشرعية جديدة تواكب جميع مناحي الحياة وتطوراتها، وتدفع عنهم الحرج عند طرح هذه المسائل عليهم.

# الفهارس

\*فهرس الآيات

\*فهرس الأحاديث

\*فهرس الأعلام

## فهرس الآيات

الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
﴿وَاحِلَ اللَّهِ الْبَيْعَ﴾	البقرة	275	86
﴿وَلِلَّهِ مُلْكُ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾	آل عمران	189	19
﴿يَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	المائدة	1	35
﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا﴾	الإسراء	34	35
﴿وَكَانَ إِمْرَأَتِي عَافِرًا﴾	مريم	7	03
﴿وَأَنْهِفُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلِفِينَ فِيهِ﴾	الحديد	7	20

فهرس الأحاديث

الصفحة	الحديث
76	لا تبع ما ليس عندك
86,76,35,33	المسلمون عند شروطهم.....
35	نهى صلى الله عليه وسلم عن الثنيا إلا أن تعلم
33	نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشروط
35	نهى صلى الله عليه وسلم عن شرطين في البيع
33	الولاء لمن اعتق... كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط

## فهرس الأعلام

الصفحة	الأعلام والشخصيات
34,33,32	ابن القيم
34,32	ابن تيمية
64	ابن رجب
23	أبو زهرة
35,32	الإمام أحمد
77	الإمام مالك
18,17	برودون
34	حسن الشاذلي
76	حكيم بن حزام
78	الخرشي
29	السرخسي
77,47,41	السنهوري
25	عمر بن الخطاب
47,38,34,25,09,08	على الخفيف
64,59	علي القره داغي
27	فتحي الدريني
34	النووي

## قائمة المصادر والمراجع

1- القرآن الكريم برواية ورش.

### كتب الحديث وشروحه

1- البخاري محمد بن إسماعيل، الجامع المسند، الطبعة الأولى، دار طوق النجاة، سنة 1422هـ.

2- مسلم ابن الحجاج أبو الحسين، صحيح مسلم، (بدون طبعة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

3- أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود، الطبعة الأولى، دار الرسالة العالمية، سنة 1430هـ - 2009م.

4- الترمذي محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ط2، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر سنة 1395هـ، 1975م.

5- النسائي أبو عبد الرحمان، السنن الصغرى، الطبعة الثانية، مكتبة المطبوعات الإسلامية، حلب، سنة 1406هـ - 1986م.

6- ابن ماجه أبو عبد الله محمد، سنن ابن ماجه، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، سنة 1430هـ - 2009م.

7- الإمام مالك، الموطأ، (بدون طبعة)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1406هـ - 1985م.

8- أحمد بن حنبل أبو عبد الله المسند، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 2001م.

9- الدارمي أبو محمد عبد الله، سنن الدارمي، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت، 1434هـ - 2013م.

10- البيهقي أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1424هـ - 2003م.

11- الهيثمي أبو الحسن، موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان، الطبعة الأولى، دار الثقافة العربية، دمشق، سنة 1990م.

- 12- الطبراني سليمان بن احمد، المعجم الأوسط، ( بدون طبعة)، دار الحرمين، القاهرة، (بدون سنة طبع).
- 13- الصنعاني أبو بكر عبد الرزاق، المصنف، الطبعة الثانية، المكتب الإسلامي، بيروت، سنة 1403هـ.
- 14- ابن أبي شيبة أبو بكر، المصنف في الأحاديث والآثار، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، سنة 1409هـ.
- 15- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، الناشر دار المعرفة، بيروت، سنة 1379هـ.
- كتب الفقه والقواعد والدراسات الإسلامية**
- 1- ابن القيم، إعلام الموقعين عن رب العالمين، الطبعة الأولى، مكتبة التجارية، سنة 1955م.
- 2- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، ( بدون طبعة)، مطبعة كردستان، القاهرة، سنة 1951م.
- 3- ابن رجب الحنبلي، القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 2008م.
- 4- ابن قدامة، المغني، ( بدون طبعة)، مكتبة القاهرة، القاهرة، سنة 1970م.
- 5- حسن علي الشاذلي، نظرية الشرط في الفقه الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطباعة، القاهرة، (بدون سنة طبع).
- 6- الحطاب محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، (بدون طبعة)، دار السعادة القاهرة، (بدون سنة طبع).
- 7- الحطاب، تحرير الكلام في مسائل الالتزام، دار الغرب الإسلامي، بيروت، سنة 1404هـ.
- 8- حمدي أحمد سعد أحمد، البيع بالإيجار دراسة قانونية مقارنة بأحكام الإيجار المنتهي بالتمليك في الفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة، 2007.
- 9- الخرشي أبو عبد الله، الخرشي على مختصر خليل، (بدون طبعة)، دار الفكر، بيروت، (دون سنة طبع).
- 10- الدسوقي شمس الدين، حاشية الدسوقي على شرح الكبير، (بدون طبعة)، دار الفكر، بيروت، ( بدون سنة طبع).

- 11- السرخسي، المبسوط، (بدون طبعة)، دار المعرفة بيروت، لبنان، (بدون تاريخ طبع).
- 12- الشيرازي أبو إسحاق، المهذب، طبعة مصطفى الحلبي، مصر، سنة 1955م.
- 13- الصادق عبد الرحمن الغرياني، فتاوى المعاملات الشائعة، الطبعة الثانية، دار السلام، القاهرة، سنة 1423هـ - 2003م.
- 14- عبد السلام العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، مطبعة الأقصى، عمان، (بدون سنة طبع)،
- 15- عبد الكريم زيدان، القيود الواردة على الملكية الفردية للمصلحة العامة في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة ناشرون، بيروت، سنة 1402هـ.
- 16- عبد الكريم زيدان، نظرات في الشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 1421هـ - 2000م.
- 17- عبد الله المصلح، قيود الملكية الخاصة، الطبعة الأولى، مؤسسة الرسالة، بيروت، سنة 2008م
- 18- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه المعاملات الحديثة، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي، الرياض، سنة 1426 هـ.
- 19- علي أحمد السالوس، فقه البيع و الاستيثاق و التطبيق المعاصر، الطبعة السابعة، طبعة مكتبة دار القرآن، سنة 2008.
- 20- علي الخفيف، الملكية في الشريعة الإسلامية مع المقارنة بالشرائع الوضعية، (بدون طبعة)، دار الفكر العربي، مصر، سنة 1996م.
- 21- علي محي الدين القره داعي، الحقوق المالية ومدى جواز الاعتياض عنها، الطبعة الأولى، دار البشائر، بيروت، سنة 1432هـ - 2011م.
- 22- فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، الطبعة الثالثة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، سنة 1984م.
- 23- الكاساني، بدائع الصنائع، ( بدون طبعة )، شركة المطبوعات العلمية، القاهرة، سنة 1328هـ.
- 24- الكمال بن الهمام، فتح القدير، ( بدون طبعة ) المكتبة التجارية، سنة 1356هـ.



- 25- محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، (بدون طبعة)، دار الفكر العربي، (بدون سنة طبع).
- 26- محمد أبو زهرة، التكافل الاجتماعي في الإسلام، (بدون طبعة)، دار الفكر العربي، (بدون سنة طبع).
- 27- محمد البلتاجي، الملكية الفردية في النظام الاقتصادي الإسلامي، الطبعة الأولى، دار السلام، مصر، سنة 1428هـ-2007م.
- 28- محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة فتي الفقه الإسلامي، الطبعة السادسة، دار النفائس، سنة 2008م.
- 29- مصطفى أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، الطبعة العاشرة، دار العلم، دمشق، سنة 1433هـ - 2012م.
- 30- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة 9، دار الفكر، بيروت، سنة 1968.
- 31- مصطفى شلبي، المدخل في الفقه الإسلامي، الطبعة العاشرة، دار الجامعة، بيروت، سنة 1985م.
- 32- نزيه حماد، نظرية الوعد الملزم في المعاملات المالية، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، سنة 2007،
- 33- النووي محي الدين، المجموع شرح المذهب، (بدون طبعة)، مطبعة الإمام، القاهرة، (بدون سنة طبع).
- 34- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سنة 1991م.
- 35- وهبة الزحيلي، قضايا الفقه والفكر المعاصر، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، سنة 2008.
- 36- وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، الطبعة الثالثة، دار الفكر، دمشق، سنة 1426هـ-2006م.

### **كتب اللغة والمعاجم والتراجم**

- 1- ابن عبد البر، الإستيعاب في معرفة الأصحاب، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، سنة 1415هـ.

- 2- ابن منظور جمال الدين، لسان العرب، الطبعة الثالثة، دار صادر، بيروت، سنة 1414هـ.
- 3- الزركلي خير الدين بن محمد الدمشقي، الأعلام، الطبعة الخامسة، دار العلوم للمليين، سنة 2002م.
- 4- الفيومي أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، (بدون طبعة)، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، سنة 2008م.
- 5- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الثانية، القاهرة، سنة 1972م.
- 6- محمد عثمان شبير، كتاب الشيخ علي الخفيف الفقيه المجدد، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1423هـ - 2002م.
- 7- المنجد في اللغة والإعلام، الطبعة الثالثة والأربعون، دار المشرق، بيروت، سنة 2008.
- 8- نزيه حماد، معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، الطبعة الرابعة، الدار العالمية للكتاب الإسلامي، الرياض، سنة 1415هـ - 1995م.

### كتب القانون

- 1- إبراهيم سيد أحمد، المنع من التصرف في الأموال (فقه و قضاء)، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر.
- 2- اسحق إبراهيم منصور، نظريتنا القانون و الحق وتطبيقاتهما في القوانين الجزائرية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1990م.
- 3- بن رقية بن يوسف، شرح قانون المستثمرات الفلاحية، الطبعة الأولى، الديوان الوطني الأشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001.
- 4- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، الطبعة الرابعة، مطبعة جامعة عين شمس، القاهرة، سنة 1984.
- 5- سليمان مرقس، شرح القانون المدني العقود المسماة، الطبعة الرابعة منقحة ومزودة بأحكام محكمة النقض الحديثة، عالم الكتاب للنشر، القاهرة، سنة 1970.
- 6- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط، طبعة دار النهضة، القاهرة.
- 7- عبد الحفيظ بن عبيدة، إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية في التشريع الجزائري، دار هومة، البليدة، سنة 2004.

- 8- فاضلي إدريس، نظام الملكية وظيفتها الاجتماعية في القانون الجزائري، (بدون طبعة)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2009-2010.
- 9- كيجل حكيمة، تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز، دار هومة، الجزائر، سنة 2013.
- 10- ليلي زروقي و حمدي باشا عمر، المنازعات العقارية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر.
- 11- محمد حسين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الأولى، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، سنة 2000.
- 12- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني (التأمينات العينية)، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010م.
- 13- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني، دار الهدى، الجزائر، سنة 2010م.
- 14- مصطفى الجمال، نظام الملكية، (بدون طبعة)، دار الفتح الإسكندرية، سنة 2000م.
- 15- نبيل إبراهيم سعد الله، الحقوق العينية الأصلية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010م.
- 16- ندين محمد مشموشي، حق الانتفاع دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، سنة 2006.
- 17- همام محمد محمود زهران، الحقوق العينية ( حق الملكية )، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر.

### الرسائل والبحوث

- 1- أويس فتحي، المسؤولية المدنية و الضمانات الخاصة في بيع العقار قبل الانجاز، دراسة مقارنة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، في القانون العقاري الزراعي، كلية الحقوق، جامعة البليدة، 2000.
- 2- بن رقية بن يوسف، محاضرة بعنوان «كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية الخاصة طبقا للقانون 03/10»، وزعت على الطلبة القضاة، الدفعة 2010/2011.
- 3- خوادجية سميحة حنان، قيود الملكية الخاصة، (رسالة ماجستير غير منشورة)، تخصص حقوق، جامعة قسنطينة (2007/2008)، ص 12.

- 4- سهام مسكر، بيع العقار بناء على التصاميم، رسالة شهادة (ماجستير غير منشورة) في القانون العقاري و الزراعي، كلية الحقوق جامعة البليدة، 2006.
- 5- صالح الواسعة، دور المرقى العقاري في حل أزمة السكن في الجزائر، بحث مقدم للملتقى الوطني للترقية العقارية، (كتاب الملتقى).
- 6- قايشي علال، التزامات المرقى العقاري و جزاء الإخلال بها في عقد البيع على التصاميم ، بحث مقدم للملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، جامعة ورقلة، (كتاب الملتقى).
- 7- كتاب الملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، جامعة ورقلة، كلية الحقوق، المنظم يومي 27-28 فيفري 2012.
- 8- مسكر سهام، دور نشاط الترقية العقارية، بحث مقدم للملتقى الوطني حول الترقية العقارية في الجزائر، ( كتاب الملتقى).

#### المجلات والموسوعات

- 1- مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، لبنان، سنة 1302هـ.
- 2- منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الثاني عشر، سنة 1421هـ.
- 3- وزارة الأوقاف الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الطبعة الثانية، ذات السلاسل، الكويت، سنة 1406هـ.

#### النصوص التشريعية

- 1- الدستور الجزائري الجريدة الرسمية رقم 76 المؤرخة في 08 ديسمبر 1996 معدل بالقانون رقم 03/02 الممضى في 10 أبريل 2002، والقانون رقم 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008، الجريدة الرسمية رقم 63 مؤرخة في 18 ذو القعدة 1429هـ الموافق ل 16 نوفمبر 2008م.

• الأوامر

1- الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 87 مؤرخة في 13 رمضان 1395هـ الموافق لـ 19 سبتمبر 1975.

2- الأمر 74/75 مؤرخ في 12 نوفمبر 1975، يتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 52 مؤرخة في 14 ذو القعدة 1395هـ الموافق لـ 18 نوفمبر 1975م.

3- الأمر 26/95 المؤرخ في 25/09/1995، المعدل والمتمم لقانون 25/90، المتضمن التوجيه العقاري، الجريدة الرسمية 55 مؤرخة في 02 جمادى الأولى 1416هـ الموافق لـ 27 ديسمبر 1995م.

4- الأمر 01/10 المؤرخ في 25/08/2010، يتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، الجريدة الرسمية رقم 78 مؤرخة في 20 محرم 1432هـ الموافق لـ 26 ديسمبر 2010م.

#### • القوانين

1- القانون رقم 12/83 المؤرخ في 02/07/1983، المتعلق بالتقاعد، الجريدة الرسمية 1983/28، المعدل والمتمم بالقانون رقم 03/99 المؤرخ في 22/03/1999، الجريدة الرسمية 20 مؤرخة في 07 ذو الحجة 1419هـ الموافق لـ 24 مايو 1999م.

2- القانون رقم 18/83 المؤرخ في 13/08/1983، والمتعلق بحياسة الملكية العقارية الفلاحية، الجريدة الرسمية رقم 34 مؤرخة في 16/08/1983م.

3- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986، المتعلق بالترقية العقارية، الجريدة الرسمية 10 مؤرخة في 24 جمادى الثانية 1406هـ الموافق لـ 05 مارس 1986م.

4- القانون رقم 19/87 المؤرخ في 08/12/1986، المتضمن ضبط كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الوطنية ويحدد حقوق المنتجين وواجباتهم، الجريدة الرسمية 49 مؤرخة في 01 جمادى الأولى 1411هـ الموافق لـ 18 نوفمبر 1990م.

5- القانون رقم 25/90 المؤرخ في 18 نوفمبر سنة 1990، يتضمن التوجيه العقاري معدل ومتمم، الجريدة الرسمية رقم 49 مؤرخة في 01 جمادى الأولى 1411هـ الموافق لـ 18 نوفمبر 1990م.

- 6- القانون رقم 30/90 المؤرخ في 01/09/1990، المتضمن قانون الأملاك الوطنية، الجريدة الرسمية 52 مؤرخة في 15 جمادى الأولى 1411هـ الموافق ل 02 ديسمبر 1990م.
- 7- القانون رقم 11/91 المؤرخ في 27 أبريل 1991، يحدد القواعد المتعلقة بنزع الملكية من أجل المنفعة العامة، الجريدة الرسمية رقم 21 مؤرخة في 23 شوال 1411هـ الموافق ل 08 مايو 1991م.
- 8- القانون رقم 06/98 المؤرخ في 27/06/1998، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالطيران المدني، الجريدة الرسمية رقم 48 مؤرخة في 04 ربيع الأول 1419هـ الموافق ل 28 يونيو 1998م.
- 9- القانون رقم 2001/07 المؤرخ في 04/07/2001، المتضمن قانون المناجم، الجريدة الرسمية رقم 35 مؤرخة في 12 ربيع الثاني 1422هـ الموافق ل 4 يوليو 2001م.
- 10- القانون رقم 12/07 المؤرخ في 30/09/2007، يتضمن قانون المالية لسنة 2008، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 82 مؤرخة في 22 ذو الحجة 1428هـ الموافق ل 31 ديسمبر 2007م.
- 11- القانون رقم 16/08 المؤرخ في 03/08/2001، المتضمن التوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 08 شعبان 1429هـ الموافق ل 10 غشت 2008م.
- 12- القانون رقم 03/10 المؤرخ في 15 أوت 2010، الذي يحدد شروط وكيفيات استغلال الأراضي التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية رقم 46 مؤرخة في 08 رمضان 1431هـ الموافق ل 18 غشت 2010م.
- 13- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17 فبراير 2011، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 01 ربيع الثاني 1432هـ الموافق ل 06 مارس 2011م.
- 14- القانون رقم 16/11 المؤرخ في 28/12/2011 المتضمن قانون المالية لسنة 2012، الجريدة الرسمية رقم 72 مؤرخة في 04 صفر 1433هـ الموافق ل 29 ديسمبر 2011م.

• المراسيم والقرارات

- 1- المرسوم التنفيذي 76/63 المؤرخ في 25/03/1976، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، الجريدة الرسمية رقم 30 مؤرخة في 13 أبريل 1976م.
- 2- المرسوم التنفيذي 175/91 المؤرخ في 28/05/1991، المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، الجريدة الرسمية 26 مؤرخة في 18 ذو القعدة 1411هـ الموافق ل 01 يونيو 1991م.
- 3- المرسوم التشريعي 03/93 المؤرخ في 01/03/1993، المتعلق بالنشاط العقاري، الجريدة الرسمية رقم 14 مؤرخة في 09 رمضان 1413هـ الموافق ل 03 مارس 1993م.
- 4- المرسوم التنفيذي 483/97 المؤرخ في 15/12/1997، المحدد لكيفيات منح امتياز قطع أرضية من الأملاك الوطنية الخاصة التابعة للدولة في المساحات الاستصلاحية الجريدة الرسمية 83 مؤرخة في 17 شعبان 1418هـ الموافق ل 17 ديسمبر 1997م، المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي رقم 37/98 المؤرخ في 23/11/1998، الجريدة الرسمية رقم 88 مؤرخة في 06 شعبان 1419هـ الموافق ل 25 نوفمبر 1998م.
- 5- المرسوم التنفيذي رقم 35/97 المؤرخ في 14/01/1997، الذي يتعلق ببيع والبيع بالإيجار وإيجار المساكن والمحلات ذات الاستعمال التجاري والتابعة لدواوين الترقية العقارية والتسيير العقاري، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 06 رمضان 1417هـ الموافق ل 15 يناير 1997م.
- 6- المرسوم التنفيذي رقم 105/01 المؤرخ في 23/04/2001، يحدد شروط المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار الجريدة الرسمية رقم 25 مؤرخة في 05 صفر 1422هـ الموافق ل 29 أبريل 2001م.
- 7- المرسوم التنفيذي رقم 35/03 المؤرخ في 13 جانفي 2003، الجريدة الرسمية رقم 04 مؤرخة في 20 ذو القعدة 1423هـ الموافق ل 22 يناير 2003م.
- 8- المرسوم التنفيذي 326/10 المؤرخ في 23 ديسمبر 2010، يحدد كيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية رقم 79 مؤرخة في 23 محرم 1432هـ الموافق ل 29 ديسمبر 2010م.

9- قرار مؤرخ في 04 مايو 2004, يعدل القرار المؤرخ في 23 يوليو 2001 المتضمن نموذج عقد البيع بالإيجار، الجريد الرسمية رقم 43 مؤرخة في 16 جمادى الأولى 1425هـ الموافق ل 4 يوليو 2004م.

### المناشير والتعليمات

- 1- المنشور الوزاري المشترك بين (وزارة المالية ووزارة السكن والعمران), رقم 007/2013 المؤرخ في 13 أبريل 2013, المتعلق بعدم قابلية التنازل عن السكنات الاجتماعية والسكنات المستفيدة من الإعانات العمومية.
- 2- مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي, التعليمات رقم 8277 المؤرخة في 2010/10/11, المتضمنة تطبيق أحكام المادة 57 من قانون المالية لسنة 2008.



فهرس الموضوعات

أ	المقدمة
2	<b>الفصل الأول: حق الملكية ومدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري والشريعة</b>
2	<b>المبحث الأول: ماهية الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة</b>
2	المطلب الأول: تعريف الملكية العقارية
2	الفرع الأول: تعريف العقار
2	أولاً: تعريف العقار لغة
3	ثانياً: تعريف العقار في القانون الجزائري
3	ثالثاً: تعريف العقار في الشريعة
4	الفرع الثاني: تعريف الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
4	أولاً: تعريف الملكية العقارية في القانون الجزائري
4	ثانياً: تعريف الملكية العقارية في الشريعة
4	المطلب الثاني: طبيعة الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
4	أولاً: طبيعة الملكية العقارية في القانون الجزائري
5	ثانياً: طبيعة الملكية العقارية في الشريعة
6	المطلب الثالث: خصائص الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
6	أولاً: حق جامع
6	ثانياً: حق دائم
7	ثالثاً: حق مانع
9	<b>المبحث الثاني: نطاق الملكية العقارية ووظيفتها في القانون الجزائري والشريعة</b>
9	المطلب الأول: نطاق الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
9	الفرع الأول: محل حق الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
9	أولاً: محل حق الملكية العقارية في القانون الجزائري
9	ثانياً: محل حق الملكية العقارية في الشريعة
10	الفرع الثاني: حدود الأرض في القانون الجزائري والشريعة
10	البند الأول: حدود الأرض في القانون الجزائري
12	البند الثاني: حدود الأرض في القانون في الشريعة

	المطلب الثاني: وظيفة الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
13	الفرع الأول: مفهوم وظيفة الملكية العقارية
15	الفرع الثاني: نظريات وظيفة الملكية العقارية
15	البند الأول: نظرية المذهب الفردي
16	البند الثاني: نظرية المذهب الاشتراكي ( الشيوعية )
17	البند الثالث: نظرية المذهب الاشتراكي الاجتماعية
18	الفرع الثالث: وظيفة الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة الإسلامية
18	البند الأول: وظيفة الملكية العقارية في القانون الجزائري
19	البند الثاني: وظيفة الملكية العقارية في الشريعة
21	المبحث الثالث: القيود الواردة على حق التصرف في الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
21	المطلب الأول: ماهية القيود على حق التصرف في الملكية العقارية والموقف منها في القانون الجزائري والشريعة
21	الفرع الأول: مفهوم القيود
21	أولاً: لغة
21	ثانياً: اصطلاحاً
22	الفرع الثاني: الموقف من القيود في القانون الجزائري والشريعة
22	البند الأول: موقف القانون الجزائري من القيود
23	البند الثاني: موقف الشريعة من القيود
23	المطلب الثاني: أنواع قيود الملكية العقارية في القانون الجزائري والشريعة
24	الفرع الأول: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة العامة في القانون الجزائري والشريعة
24	البند الأول: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة العامة في القانون الجزائري
25	البند الثاني: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة العامة في الشريعة
25	الفرع الثاني: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة الخاصة في القانون الجزائري والشريعة
26	البند الأول: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة الخاصة في القانون الجزائري

27	البند الثاني: قيود الملكية العقارية المتعلقة بالمصلحة الخاصة في الشريعة
28	الفرع الثالث: قيود الملكية العقارية الإرادية ( أو الشرط المانع من التصرف )
28	البند الأول: شروط صحته
29	أولا: الباعث المشروع
29	ثانيا: معقولية مدة المنع
30	البند الثاني: موقف القانون الجزائري من الشرط المانع من التصرف
30	المطلب الثالث: موقف الشريعة من الشرط المانع من التصرف
30	الفرع الأول: آراء المذاهب الإسلامية من الشرط المانع من التصرف
31	أولا: المذهب الحنفي
31	ثانيا: المذهب المالكي
31	1- المنع من التصرف المطلق
31	2- المنع من التصرف اليسير
32	ثالثا: المذهب الشافعي
32	رابعا: المذهب الحنبلي
33	الفرع الثاني: الأدلة الشرعية للمذاهب الفقهية
33	البند الأول: أدلة القائلين بعدم الجواز مطلقا
35	البند الثاني: أدلة المجيزين للشرط المانع من التصرف
35	البند الثالث: أدلة القائلين بالتفريق في الشرط المانع من التصرف
38	<b>الفصل الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية ومدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري والشريعة</b>
38	<b>المبحث الأول: حق الانتفاع ومدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري والشريعة</b>
38	المطلب الأول : تعريف حق الانتفاع في القانون الجزائري والشريعة
38	الفرع الأول: تعريف حق الانتفاع في القانون الجزائري
39	الفرع الثاني: تعريف حق الانتفاع في الشريعة
40	المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في حق الانتفاع في القانون الجزائري والشريعة
41	الفرع الأول: مدى جواز التصرف في حق الانتفاع في القانون الجزائري
41	أولا: أعمال الإدارة
42	ثانيا: أعمال التصرف

42	ثالثا: حماية حق الانتفاع
43	الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في حق الانتفاع في الشريعة
43	أولا: الإجارة
44	ثانيا: الإعارة
44	ثالثا: الوصية بالمنفعة
44	رابعا: الوقف
46	المبحث الثاني: حق الاستعمال ومدى جواز التصرف فيه بين القانون الجزائري والشريعة
46	المطلب الأول: تعريف حق الاستعمال في القانون الجزائري والشريعة
46	الفرع الأول: تعريف حق الاستعمال في القانون الجزائري
47	الفرع الثاني: تعريف حق الاستعمال في الشريعة
48	المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في حق الاستعمال في القانون الجزائري والشريعة
48	الفرع الأول: مدى جواز التصرف في حق الاستعمال في القانون الجزائري
50	الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في حق الاستعمال في الشريعة
52	المبحث الثالث: حقوق التملك المشروط ومدى جواز التصرف فيها في القانون الجزائري والشريعة
52	المطلب الأول: الوعد بالبيع ومدى جواز التصرف فيه في القانون الجزائري و الشريعة
52	الفرع الأول: مفهوم الوعد بالبيع وصوره في القانون والشريعة
52	البند الأول: مفهوم الوعد بالبيع وصوره في القانون
52	أولا: مفهوم الوعد بالبيع في القانون
53	ثانيا: صور الوعد بالبيع في القانون
53	الصورة الأولى: الوعد بالبيع من جانب واحد
53	الصورة الثانية: الوعد بالشراء من جانب واحد
54	الصورة الثالثة: الوعد بالبيع والشراء أو الوعد المتبادل
55	البند الثاني: مفهوم الوعد بالبيع وصوره في الشريعة
55	أولا: مفهوم الوعد بالبيع في الشريعة
56	ثانيا: صور الوعد بالبيع في الشريعة
56	الصورة الأولى: الوعد من طرف واحد

57	الصورة الثانية: المواعدة من الطرفين
58	الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في الوعد بالبيع في القانون الجزائري والشريعة
58	البند الأول: مدى جواز التصرف في الوعد بالبيع في القانون الجزائري
59	البند الثاني: مدى جواز التصرف في الوعد بالبيع في الشريعة
60	المطلب الثاني: حق الامتياز ومدى الجواز التصرف فيه في القانون الجزائري والشريعة
60	الفرع الأول: مفهوم حق الامتياز في القانون الجزائري والشريعة
60	البند الأول: مفهوم حق الامتياز في القانون الجزائري
60	أولاً: امتياز الديون
61	ثانياً: امتياز العقود والاتفاقيات
61	ثالثاً: امتياز الأشخاص
61	البند الثاني: مفهوم حق الامتياز في الشريعة
62	أولاً: إقطاع التمليك
63	ثانياً: إقطاع الاستغلال
63	ثالثاً: إقطاع الإرفاق
63	الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في حق الامتياز في القانون الجزائري والشريعة
63	البند الأول: مدى جواز التصرف في حق الامتياز في القانون الجزائري
64	البند الثاني: مدى جواز التصرف في حق الامتياز في الشريعة
67	<b>الفصل الثالث: نماذج تطبيقية لمدى جواز التصرف في الحقوق العينية الأصلية بين القانون الجزائري والشريعة</b>
67	<b>المبحث الأول: السكنات المقتناة عن طريق البيع بالإيجار</b>
68	المطلب الأول: تعريف البيع بالإيجار وفحص شروطه في القانون الجزائري
68	الفرع الأول: مفهوم البيع بالإيجار وخصائصه في القانون الجزائري
68	البند الأول: تعريف البيع بالإيجار في القانون الجزائري
69	البند الثاني: خصائص البيع بالإيجار في القانون الجزائري
70	الفرع الثاني: فحص شروط عقد البيع بالإيجار في القانون الجزائري
70	البند الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية
71	البند الثاني: الشرط الصريح الفاسخ في عقد البيع بالإيجار

72	البند الثالث: شرط المنع من التصرف في المسكن محل عقد البيع بالإيجار
72	البند الرابع: الشرط الجزائي في عقد البيع بالإيجار
73	المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في سكنات البيع بالإيجار بين القانون الجزائري والشريعة
74	الفرع الأول: مدى جواز التصرف في سكنات البيع بالإيجار في القانون الجزائري
75	الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في سكنات البيع بالإيجار في الشريعة
79	المبحث الثاني: الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة ومدى جواز التصرف فيها بين القانون الجزائري والشريعة
80	المطلب الأول: الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة
80	الفرع الأول: تعريف الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة وطبيعتها القانونية
80	الفرع الثاني: فحص شروط الاستغلال
80	البند الأول: الشروط الخاصة بصاحب الامتياز
81	البند الثاني: الشروط الخاصة بالأراضي
81	البند الثالث: الشروط الخاصة بموضوع العقد
82	المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة في القانون الجزائري والشريعة
82	الفرع الأول: مدى جواز التصرف في الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة في القانون الجزائري
82	البند الأول: التنازل عن حق الاستغلال
82	أولاً: التنازل بدون مقابل
83	ثانياً: التنازل بمقابل
84	البند الثاني: الرهن
85	البند الثالث: انتقال الحق إلى الورثة
85	البند الرابع: الإجارة من الباطن
86	الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في الأراضي الفلاحية التابعة لأملاك الدولة في الشريعة
87	المبحث الثالث: السكنات المقتناة في إطار الترقية العقارية
87	المطلب الأول: مفهوم نشاط الترقية العقارية ومهام المرقي العقاري وكيفية البيع

87	الفرع الأول: مفهوم الترقية العقارية ومهام المرقي العقاري
88	البند الأول: مفهوم الترقية العقارية
89	البند الثاني: مهام المرقي العقاري
89	الفرع الثاني: كفيات البيع
90	البند الأول: عقد حفظ الحق
91	البند الثاني: عقد البيع على التصاميم
92	المطلب الثاني: مدى جواز التصرف في السكنات المقتناة في إطار الترقية العقارية بين القانون الجزائري والشريعة
92	الفرع الأول: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق وعقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري
92	البند الأول: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق في القانون الجزائري
94	البند الثاني: مدى جواز التصرف في عقد البيع بناء على التصاميم في القانون الجزائري
95	الفرع الثاني: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق وعقد البيع بناء على التصاميم في الشريعة
95	البند الأول: مدى جواز التصرف في عقد حفظ الحق في الشريعة
96	البند الثاني: مدى جواز التصرف في عقد البيع على التصاميم في الشريعة
99	الخاتمة
104	فهرس الآيات
105	فهرس الأحاديث
106	فهرس الأعلام
118	قائمة المصادر والمراجع

الملخص



## المخلص

فقد دأبت الدول على سن قوانين تنظم مجال الحقوق، وخاصة الحقوق العينية المتعلقة بالعقار، فقد وضعت قوانين تنظم العقارات في ملكيتها وما يلحق بها من حقوق، قاصدة بذلك تنظيمها وحمايتها من الاعتداء عليها وعلى حقوق أصحابها، وبيان مدى سلطاتهم في التصرف فيها.

ولكن الملاحظ على هذه القوانين أنها حاولت وضع قيود على الحقوق العينية وخاصة حق الملكية، وذلك تضيقا لمجال حرية التصرف، لأن المشرع الجزائري كان يهدف إلى حماية الأملاك العقارية التي تخصصها الدولة إلى فئة معينة من الشعب من الاتجار فيها، وجعلها وسيلة إلى الإثراء بلا سبب.

مما سبق تظهر أهمية هذا الموضوع، حيث يتعلق بحق الملكية الذي هو حق عيني أصلي رئيسي، وذلك لما يخوله للمالك من سلطات تمكنه من التصرف فيه على النحو الذي يراه مناسباً لتحقيق ما يريد من أهداف.

وهذا يجعلنا نقف أمام تساؤل قانوني وشرعي يبرز إشكالية الموضوع، وهو: تخصيص الدولة بعض الأراضي للفلاحين من أجل الاستثمار فيها، وتخصيص سكنات مدعومة بإعانات مالية من أجل البناء لفئة معينة من المجتمع، قصد القضاء على أزمة السكن، هل يسمح لهذه الفئات أن تتصرف في هذه الأراضي والسكنات المدعومة؟، وما موقف القانون الجزائري والشريعة الإسلامية من هذه التصرفات؟.

لمعالجة هذه المسألة، قدمنا هذا البحث و ينقسم إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول يتناول حق الملكية العقارية ومدى جواز التصرف فيه والفصل الثاني تناولنا الحقوق المتفرعة عن حق الملكية، التي تحدث عنها القانون الجزائري، وتعرضنا إلى حقوق التملك المشروط وحق التنازل لمدة طويلة، أما الفصل الثالث فكان عبارة عن دراسة تطبيقية لثلاثة نماذج، حيث تناولنا فيه مدى جواز التصرف في الحقوق المدروسة في القانون الجزائري والشريعة.

---

## RÉSUMÉ:

Les pays dans le monde sont habitués à établir des lois pour organiser les droits et surtout concernant les habitations.

L'objectif de ces pays est l'organisation et la protection de ces habitations et aussi ces maîtres.

Pour cela l'Algérie a établi plusieurs lois et de décrets pour organiser ce domaine.

Mais, on remarque que ces lois donnent des obstacles pour éliminer la liberté en ces habitations. Parce que le but du législateur Algérien est la protection de ces habitations et leurs propriétaires.

A travers ce qui a été avant, on dit que l'importance de ce thème qui traite le droit de prendre la propriété qui un droit original principal et il a le droit de faire tous ce qu'il veut selon ses objectifs.

On pose la problématique suivante de ce sujet: quand le pays précise des logements (des appartements) et des terres à planter pour des gens bien précis. As que ces gens là ont-ils le droits de faire ce qu'ils veulent? Et quel est le point de vue de la loi et la religion à travers ces faits (comme les modifications).

Pour répondre à cette problématique, on a présenté cette recherche et on la divisé en trois chapitres:

Le premier consacre le droit de la propriété. Ensuite, dans le deuxième consacre les droits dérivés du droit de propriétaire et comment il doit les réaliser.

Enfin, dans le dernier chapitre, on a présenté une étude pratique de ces droits à travers trois modèles et qualifiant les actes étudiés et ce à la lumière de droit algérien et la jurisprudence te la islamique.