

شرط المنع من التصرف -دراسة مقارنة-

The Restraint on Alienation Clause -a comparative study-

محمود كربوب

Mahmoud Kerboub

¹ طالب دكتوراه، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أحمد زبانه غليزان

عضو باحث بمخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر

PhD student, Faculty of legal and administrative sciences, university centre of ahmed zabana relizane

A member researcher of international seas legislation laboratory and its impact on the maritime legal system in Algeria

Mahmoud.kerboub@cu-relizane.dz

عدة عليان

Aliane Adda

² أستاذ محاضر قسم أ، كلية العلوم القانونية والإدارية، جامعة أحمد زبانه غليزان

عضو باحث بمخبر التشريعات الدولية للبحار وأثرها على المنظومة القانونية البحرية في الجزائر

Lecturer A, Faculty of legal and administrative sciences, university centre of ahmed zabana relizane

A member researcher of international seas legislation laboratory and its impact on the maritime legal system in Algeria

adda.aliane@cu-relizane.dz

تاريخ النشر: 2021/06/28

تاريخ القبول: 2021/02/13

تاريخ إرسال المقال: 2020/11/03

ملخص:

إنطلاقاً من وصف حق الملكية بالحق الجامع والمانع، وهذا بالنظر لما يحوله للمالك من سلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف، فإن الأصل هو أن يتقرر للمالك جميع هذه السلطات وتحديدًا حق التصرف بإعتباره السمة الأساسية والبارزة في حق الملكية وإستثناءً تُقيّد سلطات المالك بقيود قانونية وأخرى إتفاقية.

تمثل هذه الورقة البحثية دراسة لأهم هذه القيود الإتفاقية الواردة على الملكية التي تحد من سلطة المالك في التصرف في المال الذي آل إليه بطريق العقد أو الوصية، المتمثل في شرط المنع من التصرف بداية من حيث مضمونه ومدى شرعيته -خصوصاً في غياب التنظيم القانوني له في القانون المدني مقارنة بالقوانين المدنية المقارنة كالفرنسي والمصري-، وكذا من

حيث نطاقه ومدى صحة التصرفات القانونية المخالفة لهذا الشرط، وأخيرا الوقوف على تطبيقاته وتحديدًا في المعاملات العقارية، وكذا في إطار السكنات الاجتماعية الممولة من قبل الدولة.

كلمات مفتاحية:

شرط المنع من التصرف، حق الملكية، القيود الإتفاقية، بيع عقاري، السكنات الاجتماعية.

Abstract:

On the basis of describing the right of ownership as a collective and prohibitive right, considering the power it grants to the owner: power to use, operate and act. The principle is that the owner has all these powers and in particular on the right to act as the fundamental and prominent feature of ownership right and exceptionally the owner's powers can be limited by legal and other conventional restrictions.

This research paper is a study of the most important of these conventional restrictions: those on property, which limit the owner's power to act on money transferred to them by contract or will, and which are the condition of preventing them from acting on the content and the extent of its legitimacy - especially in the absence of a legal regulation in the civil law, compared with civil laws such as the French and Egyptian laws - as well as its scope and the validity of legal actions in violation of this condition and finally to explore its applications, particularly in real estate transactions, and in the framework of state-funded social housing.

Keywords:

Restraint on Alienation Clause; Ownership Rights; Agreement Restrictions; Sale of Real State; Social Housing.

المقدمة:

إن الأصل في حق التملك أن يخول لصاحبه المزايا والخصائص الكاملة لهذا الحق، فله بمقتضى حق الملكية سلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف في المال المملوك على النحو الشرعي، وهو ما تؤكدته الإرادة التشريعية بموجب نص المادة 674 من القانون المدني الجزائري¹ التي تصف حق الملكية بالحق الجامع والمانع². على أن حق التملك المقرر للمالك يرد عليه ضوابط تُعرف بالقيود التي تحد من سلطاته، والتي تندرج في طائفتين بالنظر إلى مصدرها، بين قيود قانونية وأخرى إتفاقية.

وإن كانت القيود القانونية لا تثير خلاف كبيرا، فعلى العكس من ذلك أثارت القيود الإتفاقية وعلى رأسها شرط المنع من التصرف كقيد يحد من سلطات المالك، العديد من الآراء الفقهية المتناقضة بمناسبة إستقراء النصوص القانونية -بالنسبة للتشريعات التي تأخذ بهذا الشرط صراحة- أو بمناسبة التأصيل لهذا الشرط -بالنسبة للتشريعات التي لا تنظمه-

وقد طُرحت العديد من التعريفات لشرط المنع من التصرف، أو ما يصطلح عليه أيضا إشتراط عدم التصرف في الملكية أو شرط الإستحواذ على التصرف بأنه: "قيد إرادي يرد في تصرف قانوني لا يجوز بمقتضاه للمتصرف إليه التصرف في المال الذي إنتقلت إليه ملكيته بموجب هذا التصرف مدة من الزمن حماية لمصلحة مشروعة"³. أو هو إلتزام قانوني أو

إشتراط عقدي يقع بين طرفي التصرف القانوني، مفاده تقييد حرية المتصرف إليه الذي آل إليه مال معين من التصرف في هذا المال لمدة معينة، ولغرض تحقيق مصلحة شخصية خاصة مشروعة.

تتجلى أهمية هذه الورقة البحثية في كونها تمثل إستقصاءً لأهم قيد إتفاقي يرد على الملكية، من خلال الوقوف على أهم المسائل التي إختلفت فيها التحليلات الفقهية وقرارات القضاء، ومن جهة أخرى لقلّة أوراق بحثية تناولت هذا الموضوع وإشكالاته العملية - التطبيقية -.

ولا تمثل هذه الورقة البحثية عرضاً لأحكام شرط المنع من التصرف، بالقدر التي تعرض فيه أهم النقاط والمسائل الخلافية على ضوء آراء الفقه في صياغة أحكام الشرط وفي إستقراء النصوص القانونية المقارنة، وكذا مدى توافق العمل القضائي مع هذه النصوص.

ونظراً للأهمية التي يكتسبها شرط المنع من التصرف بإعتباره إشتراطاً لتحقيق المصلحة الخاصة وقيدا لحرية التصرف بالنسبة للمالك، في مقابل مكانة هذا الشرط في ظل المنظومة التشريعية الجزائرية. يُطرح الإشكال التالي: ما مكانة النظام القانوني لشرط المنع من التصرف في القانون الجزائري بين غياب تنظيم أحكامه العامة والإعمال التشريعي لتطبيقاته؟

لضرورة الإجابة على الإشكالية المطروحة تم إعتداد المنهج المقارن، والذي يتجلى من خلال الوقوف على أحكام شرط المنع من التصرف على ضوء موقف التشريعات المقارنة كالتشريع الفرنسي والمصري، إضافة لقضاء النقض لهذه التشريعات. إضافة إلى المنهج الإستقرائي، والذي تم تطبيقه من خلال إستقراء النصوص القانونية وتتبع الآراء الفقهية والوقوف على موقف القضاء منها.

وللجواب على هذه الإشكالية سيتم إبتداءً تفصيل أحكام الشرط المانع من التصرف (المبحث الأول) وذلك بالاقصر على الوقوف على الأحكام الخلافية التي أثارها الفقه وقرارات القضاء، وفي مرحلة ثانية التعرض إلى محل الشرط المانع من التصرف في المنظومة التشريعية الجزائرية، بالتنويه لمدى تأثير غياب التأطير التشريعي لأحكام هذا الشرط في القواعد العامة على تطبيقاته في مختلف النصوص التشريعية والتنظيمية (المبحث الثاني).

المبحث الأول: أحكام شرط المنع من التصرف

إن السعي إلى إبرام المعاملات والعمليات التعاقدية وخصوصاً منها العقود الناقلة للملكية، يكون الهدف منها الاستئثار بالمال والتصرف فيه على نحو شرعي، سواء بإبرام تصرفات قانونية أو إحداث تصرفات مادية عليه، وعلى هذا الأساس يعتبر أي تقييد لحقوق المالك الذي يؤول إليه المال إستثناءً يخضع لضوابط قانونية.

يعتبر شرط المنع من التصرف من القبيل هذه الإستثناءات التي حرصت القوانين المدنية على تحديد ضوابطه بصرامة من خلال صياغة شروط مشروعيتها (المطلب الأول) وكذا بيان حدود آثار هذا الشرط (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مشروعية شرط المنع من التصرف

على إعتبار أن شرط المنع من التصرف يندرج ضمن القيود الإتفاقية الواردة على الملكية، فإن الأصل أن يتم تنظيم أحكامه في التشريع المدني، غير أنه ما يلاحظ على التشريع الجزائري في هذا الشأن هو خلوه أحكامه عامة والنصوص

المتعلقة بالملكية والقيود الواردة عليها خاصة من مثل هذا الإشتراط. وبالتالي فإنه ولغرض الوقوف على مشروعية شرط المنع من التصرف يحتم الأمر إستطلاع أحكام المشروعية من النصوص المقارنة.

تشتت التشريعات المقارنة إلى جانب الفقه ضرورة تحقق جملة من الشروط الأساسية لصحة الشرط الإنفاقي المتضمن منع المتصرف له من التصرف في المال الذي آل إليه. ونظرا لعدم التنظيم التشريعي لهذا الشرط من قبل المشرع المدني الجزائري، فإن دراسة شروط صحة الشرط المانع من التصرف ستكون على ضوء التشريعات المقارنة، وما إنتهى إليه الفقه من إنتقادات لهذه النصوص القانونية، وهو ما سيتم تناوله تباعا.

الفرع الأول: شروط صحة شرط المنع من التصرف

تقترب التشريعات المقارنة -التشريع الفرنسي والمصري- من حصر شروط صحة الشرط المانع من التصرف في شروط ثلاث، مع إختلاف في تفاصيل هذه الشروط وأحكامها. وسيتم الوقوف على هذه الشروط تباعا على نحو الترتيب المنطقي لهذه الشروط، إبتداءً بالشرط المتعلق بالتصرف القانوني (أولا) وشرط المصلحة (ثانيا) وشرط التأقيت (ثالثا).

أولا: أن يرد في تصرف قانوني ناقل للحق العيني

يشترط طبقا للقانون المدني المقارن -الفرنسي والمصري- أن يكون الشرط المانع من التصرف وارد في تصرف قانوني ناقل للملكية حق عيني. وسيتم التطرق لهذا الشرط من خلال الوقوف على النقاط الخلافية بين التشريعات المقارنة.

أ-إشتراط التصرف القانوني:

إعتبارا على تقسيم مصادر الإلتزام إلى تصرفات قانونية ووقائع قانونية، فإن ورود شرط المنع من التصرف لا يكون إلا في التصرف القانوني بإعتباره مصدرا من مصادر الإلتزام، وتحديد الحالة التي يكون فيها التصرف القانوني في صورة إلتزام من جانبين⁴، وهذا ما يتبين من خلال إستقراء نص المادة 823-1 من القانون المدني المصري التي تحصر الشرط في العقد أو الوصية⁵. فلا يُتصور أن يرد شرط المنع من التصرف في مصادر الإلتزام الأخرى كالفعل الضار -المسؤولية التقصيرية-.

بحكم عدم النص التشريعي على أحكام الشرط وشروطه في القانون المدني الجزائري، فإن القيام بعملية الإسقاط والقياس تنتهي إلى حصر تطبيق وإعمال شرط المنع من التصرف على التصرف القانوني دون الواقعة القانونية، حيث يتقرر للبائع أو الموصي أو المقايض (طرف عقد المقايضة) إشتراط عدم التصرف في المال المتصرف فيه.

وعلى العكس من ذلك لا يتقرر إعمال شرط المنع من التصرف في إطار أحكام المسؤولية التقصيرية⁶ أو في إطار تطبيقات الإلتزام بلا سبب⁷، لكون الإشتراط في عدم التصرف في الملكية لا يكون إلا في التصرفات القانونية الإرادية.

ب-حكم شرط المنع من التصرف في التصرفات الإنفرادية:

لما كان شرط المنع من التصرف شرطا مندرجا في العقد يخضع لتراضي الأطراف المتعاقدة، أي أنه يفترض وجود طرفين، وهما المتصرف -المشترط- والمتصرف إليه -المشترط عليه-، فإن الإشكال يُطرح فيما يتعلق بالتصرفات الإنفرادية -أي تلك التصرفات التي يكفي لقيامها صحیحَةً توافر إرادة طرف واحد دونما حاجة لقبول الطرف الآخر-. على أن

التشريعات المقارنة - المشرع المدني المصري والفرنسي - ذهبت لإدخال الوصية من قبيل التصرفات التي يكون فيها شرط المنع من التصرف صحيحا رغم كونها من قبيل التصرفات الإنفرادية.

وتأسيسا على تضمين الوصية في التصرفات التي تكون محلا للشرط المانع، فقد طُرح التساؤل حول مدى إنسحاب هذا الحكم على التصرفات الإنفرادية الأخرى كالوعد بجائزة مثلا. وهو الموضوع الذي تنازعه إجتاهين، يرى الأولى بأن محل شرط المنع من التصرف المنصوص عليه في التشريعات المقارنة وارد على سبيل الإستثناء ولا مجال للقياس فيها، بينما ذهب الرأي المخالف إلى أن هذه الأحكام لم ترد إلا على سبيل المثال، ولا مانع من تضمين الشرط في أي تصرفا إنفراديا آخر.

ومن قبيل أنصار الإتجاه الرفض لفكرة إنسحاب الشرط لمختلف صور التصرفات الإنفرادية، رأي الدكتور محمد لبيب شنب الذي قال بجوازية ورود شرط المنع من التصرف في العقود التبرعية والمعاوضة والوصايا على سبيل الحصر، وترتيب بطلان الشرط المانع من التصرف حال وروده في تصرف إنفرادي غير الوصية.⁸

وعلى العكس منه يرى الدكتور أحمد سلامة أن ذكر الوصية ليس إلا مثالا للتصرف الإنفرادي وأنها ليست المثال الوحيد، ومن ثم فليس هناك ما يمنع من إيراد الشرط المانع من التصرف في أي صورة من صور التصرفات الإنفرادية كالوعد بجائزة.⁹ وهو موقف بعض الفقه الجزائري، حيث يذهب الدكتور بلحاج العربي إلى القول بصحة الشرط المانع من التصرف في الوعد بجائزة الموجه للجمهور، بإشتراط أن تكون الجائزة عقارا معينا.¹⁰

على أنه تم إنتقاد هذا الرأي من منطلق تعارضه مع قواعد التفسير التي تقضي بأن الأحكام التي تنقرر على سبيل الإستثناء من القواعد العامة لا يجوز التوسع في تفسيرها والقياس عليها، ومن ثم فلا يجوز القياس على الوصية بإعتبارها تصرفا إنفرادي، وإعمال الشرط المانع على التصرف في مختلف صور التصرفات القانونية المنفردة.

وفي الأخير فإن الراجح هو صحة الشرط المانع من التصرف في التصرفات القانونية التي تتم بإرادة منفردة، وعدم حصره على العقد والوصية، طالما كان الغرض من شرط المنع من التصرف تحقيق مصلحة مشروعة.

وفي ظل التشريع الجزائري، وعلى رغم عدم الإشارة لمثل هذه الأحكام في القانون المدني، غير أنه يتقرر للأطراف المتعاقدة إشتراط عدم التصرف في المال في مختلف التصرفات التي توقع بالإرادة المنفردة، ومثال هذا الوصية أو الوعد بجائزة، وهذا تأسيسا على إعتبار العقد شريعة المتعاقدين، فللمتعاقدين إشتراط عدم التصرف في المال الموصى به أو في الجائزة الموعود بتقديمها.

ت- طبيعة التصرف القانوني:

يُطرح النقاش حول طبيعة التصرف القانوني خصوصا لدى الفقه الفرنسي، وهذا لكون المشرع الفرنسي بموجب المادة 900-1 من القانون المدني الفرنسي، نص على أنه: "لا يكون صحيحا شرط المنع من التصرف المقترن بالهبات أو الوصايا ما لم يكن مؤقتا ويهدف لتحقيق مصلحة جدية ومشروعة"¹¹. فجعل المشرع الفرنسي تطبيق شرط المنع من التصرف حكرا على عقود التبرعات دون المعاوضات، وهو ما يفهم من نصه على الهبة والوصية دون البيع أو المقايضة، أو أي تصرف قانوني آخر.

ويؤسس البعض¹² رأيهم هذا لكون الغالب في العمل أن يرد شرط المنع من التصرف في عقود التبرع - الهبات والوصايا - وذلك لكون مركز المتبرع يسمح له بإملاء شروطه على المتبرع له - الموهوب له أو الموصى له -، إعتبارا لكون التصرف تم بدون عوض.

وعلى العكس من هذا، ذهب القضاء الفرنسي إلى الحكم بأنه: "يجوز إشتراط المنع من التصرف في عقود المعاوضات كما في عقود التبرع، وبالتالي يعد صحيحا شرط المنع من التصرف في الأسهم المتنازل عليها في الشركة طيلة مدة حياة الواهب، مع أيلولة أرباح الأسهم للواهب طوال حياته"¹³.
والراجح هو صحة الشرط المانع من التصرف في عقود المعاوضات كما يصح في عقود التبرع، إذ لا طائل من طرح هذا التمايز، بل قد تعتبر المصلحة التي تستدعي المعوض من إشتراط المنع من التصرف أكبر نفعاً وقيمة من مصلحة المتبرع.

وهو ذات الرأي المستخلص من إستقراء نص المادة 823-1 من القانون المدني المصري، التي جاءت بلفظ الإطلاق والعموم فأشارت إلى العقد على عمومته، فيستوي أن يكون من عقود المعاوضة أو التبرع.
لا يختلف الحكم في حالة التشريع الجزائري، فلا يؤثر عدم إيراد أحكام الشرط في القانون المدني من العمل بما ذهب إليه القانون المدني المصري (وعكس ما قال به المشرع المدني الفرنسي)، فيُتصور تضمين العقود الناقلة للملكية سواء التبرعية (الهبة أو الوصية) منها أو عقود المعاوضة (كالبيع أو المقايضة)، لما لإرادة الأطراف المتعاقدة من سلطانٍ في ترتيب الإلتزامات وتوقيع الإشتراطات.

ث- مدى جوازية إشتراط عدم التصرف في المنقولات:

من خلال الوقوف على النصوص المنظمة لشرط المنع من التصرف في التشريع الفرنسي¹⁴ وكذا المصري¹⁵، يظهر أن النصوص القانونية جاءت على إطلاقها فيما يتعلق بطبيعة ونوع المال محل شرط المنع من التصرف، إذ لم يتم تخصيص الحقوق العينية أو إستثناء المنقولات، فظاهر النصوص يوحي بأنه يتقرر للمتعاقدين إرتضاء المنع من التصرف في كل وصية أو عقد ناقل لحق عيني.

على أنه إعتبارا لما تختص به المنقولات من قواعد وأحكام خاصة عن العقارات، وتحديد القاعدة التي تقضي بأن الحياة في المنقول سند الملكية¹⁶، فإن هذا يجعل من تطبيق شرط المنع من التصرف بشأنها - وإن كان قانونيا-، إلا أنه يخلف إشكالات عملية من الناحية القضائية. حيث سيؤدي الإحتجاج بشرط المنع من التصرف قبل المشتري الذي آلت إليه ملكية المال، أن يتمسك بحسن نيته من جهة، وبقاعدة الحياة سند للملكية في المنقولات من جهة أخرى، كون أن التصرفات في المنقولات لا تخضع لعملية التدوين كالعقارات، الأمر الذي يجعل من التحقق من شرط المنع من التصرف غير ممكن.

إن ما يترتب من تناقضات في الأحكام والقرارات القضائية في هذا الشأن، بين من يرحح تطبيق الشرط على الحياة وبين من يجعل حسن النية محل إعتبار. يحتم ضرورة حصر تطبيق هذا الشرط على المعاملات العقارية الناقلة للملكية بعوض أو بدون عوض دون المنقولات، وخصوصا من قبل الموثق بتقديم النصح والمشورة للأطراف المتعاقدة¹⁷،

دون إمتناعه عن إبرام العقد¹⁸ أو من قبل الكاتب العمومي - إعتبار لكون التعامل في المنقولات لا يلزم الأطراف بوجود توثيق تصرفاتهم القانونية-.

فإن كان من المتصور أن يرد شرط المنع من التصرف في التصرفات الواردة على العقارات والمنقولات، فإن قيمته ستعتمد في المنقولات، كون أن المتصرف له يستطيع نقله لشخص آخر حسن النية يجهل هذا الشرط، مع حقه في التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية.

وعليه وبمفهوم المخالفة، فإنه يشترط لصحة الشرط أن يرد في التصرفات الناقلة للملكية العقارية أو الحق العيني الأصلي كحق الإرتفاق أو الإنتفاع، بأن يشترط المتصرف على المنتفع عدم التصرف في هذا الشيء، أو إشتراط الإنتفاع بالعين طوال حياة المتصرف إليه.

ثانيا: المصلحة المشروعة والجديّة

تتفق التشريعات المقارنة وتحديدًا التشريع الفرنسي والمصري في إشتراط وجوب توافر المصلحة المشروعة في شرط المنع من التصرف، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية¹⁹، وسواء إنصرفت لصالح المتصرف أو المتصرف له أو لصالح الغير. مع سلطة القضاء الكاملة في تقدير مدى توافر هذه المصلحة ومشروعيتها.

على أن هذه التشريعات قد إختلفت في وصف هذا الشرط، فبينما إعتد القانون المدني الفرنسي فكرة (المصلحة)، إعتد القانون المدني المصري فكرة (الباعث). ويتجلى الفرق بينهما في كون فكرة المصلحة تقوم على إعتبرات موضوعية، على عكس فكرة الباعث التي تنبني على أسس ذاتية وشخصية.

ففي القانون المدني الجزائري وفيما يتعلق بشرط مشروعية الشرط المانع من التصرف، فإنه ورغم غياب النصوص المتعلقة بشروط صحة هذا الشرط، فإنه يمكن إستقصاء موقف المشرع المدني من مشروعية شرط المنع من التصرف بين الأخذ بفكرة المصلحة والباعث، وهذا على ضوء موقفه من نظرية السبب كمصدر للإلتزام.

يستخلص من الأحكام المتعلقة بالسبب في الإلتزام، أن المشرع المدني قد أخذ بالنظرية الحديثة في السبب، التي مفادها الإعتداد بالسبب بإعتبره الباعث الدافع للتعاقد.²⁰ ومنه فإنه يمكن القول أن مشروعية الشرط المانع من التصرف في ظل فلسفة القانون المدني الجزائري، تقوم على فكرة الباعث الدافع لإشتراط عدم التصرف أكثر من فكرة المصلحة.

وعليه يعتبر موقف المشرع الجزائري فيما يتعلق بمشروعية الشرط المانع من التصرف مطابق لموقف التشريع المصري (من حيث اخذ بفكرة الباعث) على عكس التشريع المدني الفرنسي الذي يأخذ بفكرة المصلحة.

وللخروج من هذا الخلاف بين المشروعية والمصلحة فإن المشرع الكويتي قد فضل استعمال مصطلح الباعث القوي، ولم يكتف بأن يكون الباعث مشروعًا كما ذهب إليه المشرع المصري، على إعتبار أن مشروعية الباعث لا تعد شرطًا خاصًا بشرط المنع فقط، إذ تشترك فيه جميع التصرفات القانونية.²¹

وفي هذا الصدد فإن الأستاذ وحيد الدين محمد سوار يؤثر أن يقال: " مصلحة جديّة لا مصلحة مشروعة، لأنها مصلحة خاصة بالأفراد ولا تتصل بالنظام العام ".²²

كما يختلف دور القاضي الجزائري عن القاضي الفرنسي فيما يتعلق بالبحث في مدى مشروعية الشرط المانع من التصرف، فالقاضي الجزائري يستقصي صحة الشرط من خلال الوقوف على الإعتبارات الذاتية والنفسية للمتعاقد، على عكس القاضي الفرنسي الذي يتقيد بفكرة المصلحة، بحيث يؤسس حكمه على مدى كون المصلحة مخالفة للنظام العام والآداب الحميدة من عدمها.

وإن كان شرط المصلحة لا يثير أي إشكالات قضائية، فإنه على النقيض من ذلك يثير إعتقاد الباحث كشرط صحة في الشرط المانع من التصرف بعض الإشكالات، وخصوصا إذا تم النظر إلى الآراء الفقهية التي تشترط إتصال وعلم المتعاقد الآخر بهذا الباعث، وهذا إضافة إلى التمييز الذي يقع في حالة القضاء ببطالان الشرط بين بقاء الإلتزام والتصرف صحيحا، وبطلانه إذا ما كان الشرط يعتبر الباعث الدافع للتعاقد.

كما ثار خلاف فقهي طال أحكام القضاء المقارن²³، فيما يتعلق ببعض تطبيقات الشرط المانع من التصرف في إطار الحقوق العينية التبعية وتحديدًا في عقد الرهن الرسمي، فإتجه البعض إلى القول بعدم صحة إشتراط الدائن المرتهن على المدين الراهن التصرف في العقار المرهون، لإستطاعة التنفيذ وإستيفاء الدين تجنبًا لإجراءات التتبع والتنفيذ بطريق البيع بالمزاد العلني، وكذا إجراءات التطهير لعدم مشروعية المصلحة المتبغاة، ومن جهة أخرى لمساس مثل هذا الإشتراط بمزايا وخصائص عقد الرهن الرسمي المكرسة قانونًا.²⁴

حيث أنه وفي المثال السالف، فإذا تم النظر إلى الإشتراط فإنه يكون مشروعًا في ذاته، غير أن المصلحة المقررة للدائن المرتهن هنا تتعارض وتجاوز الغاية من الإشتراط، لكون حق الدائن المرتهن محمي عن طريق حق التتبع والأولية، ومن جهة أخرى فإن هذا الإشتراط يجعل عقد الرهن الرسمي غير متوازن ومختلا في شروطه لصالح الدائن.

إن البحث في مدى مشروعية إشتراط عدم التصرف في الملكية في عقد الرهن الرسمي على ضوء أحكام القانوني المدني الجزائري -ولو في غياب الأحكام العامة لشرط المنع من التصرف- يؤدي للقول بعدم مشروعية مثل هذا الإشتراط، وهذا لتعارض مثل هذا الإشتراط مع جوهر عقد الرهن الرسمي، فرغم مشروعية الشرط في ذاته إلا أنه يتعارض مع مقتضيات نص المادة 894 من القانون المدني الجزائري التي تمنح الحق للمدين الراهن في التصرف في العقار المرهون. ذلك أن حق الدائن المرتهن محمي بإجراءات التتبع والأفضلية ومن ثم البيع بالمزاد العلني، فليس له تقرير حماية أوسع بتقييد حرية المدين الراهن من التصرف في العقار المرهون.

ثالثا: شرط التأقيت

على الرغم من أن المشرع الجزائري لم ينظم الأحكام العامة لشرط المنع من التصرف، إلا أن شرط التأقيت يعتبر الإستثناء الوحيد الذي أشار إليه المشرع الجزائري، وهذا من خلال المرسوم رقم 63-76²⁵، حيث أشار لشرط التأقيت من خلال نص المادة 87 منه، التي نصت على عدم التأسيس القانوني للإعتراض الصادر من الخلف الخاص على شرط عدم القابلية للتصرف المؤقت الوارد على حق عيني عقاري من قبل صاحب هذا الحق المشهر مسبقًا. كما أشار المشرع الجزائري لشرط تأقيت عدم القابلية للتصرف فيما يتعلق ببيع بعض السكنات.²⁶

أما بخصوص التشريعات المقارنة فإنها تشترط لصحة شرط المنع من التصرف أن يكون محدد المدة، وقد أشار إلى هذا الشرط كل من القانون المدني الفرنسي والمصري على السواء. على أن وجه الإختلاف بينهما هو تصريح المشرع المصري بمعقولية المدة ولو إستغرقت مدى حياة المتصرف أو المتصرف عليه أو الغير²⁷. بينما سكت المشرع الفرنسي عن تحديد مدى معقولية المدة مكتفياً بوجود تأقيتها²⁸.

على أنه تجدر الإشارة إلى أنه لا تناقض بين النص الفرنسي والمصري، فسكوت المشرع الفرنسي لا يعني بالضرورة عدم إعتباره الإشتراط طوال الحياة مخالفا للنظام العام، ومن جهة أخرى فإن المشرع المصري جعل من الإشتراط طوال الحياة أمراً جوازياً لا يلزم قضاة الموضوع عند نظرهم في دعوى مخالفة أحكام هذا الإشتراط. غير أن مركز القاضي الفرنسي يعتبر ذا سلطة واسعة مقارنة بالقاضي المصري، إذ لا يتقيد القاضي الفرنسي بأي نص في هذا السباق.

وبمفهوم المخالفة لشرط التأقيت، لا يصح الشرط المؤبد المانع من التصرف لكونه إلتزام سلبى بالإمتناع عن عمل مجرد المالك من سلطته في التصرف كما ينقص من أهلية أدائه ويجبس العقارت والأموال عن التداول، وهو ما يخالف مقتضيات المادة 204 من القانون المدني الجزائري، تحت طائلة بطلان الشرط مع بقاء التصرف صحيحاً مرتباً لكافة آثاره القانونية ما لم يكن الشرط هو الدافع لإبرام التصرف فيبطل قانوناً كل من الشرط والتصرف طبقاً لنص المادة 104 من القانون المدني²⁹.

المطلب الثاني: آثار شرط المنع من التصرف

في الحالة التي يقوم فيها الشرط المانع من التصرف صحيحاً من حيث شروط صحته فإنه يرتب جملة من الآثار القانونية، فيصبح المال المتصرف فيه يخضع لأحكام قانونية خاصة تقارب في بعض الصور المال العام (الفرع الأول). وإعتباراً لهذه الخصوصية فقد حولت بعض التشريعات المقارنة إمكانية مراجعة الشرط أمام القضاء (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حصانة المال المتصرف فيه

يقصد بحصانة المال المتصرف فيه خضوعه لأحكام قانونية تختلف عن الأصل العام، فمن حيث إمكانية التصرف فيها تصبح الأموال المشترط عدم التصرف فيها غير قابلة للتداول بمقتضى الشرط. وكأصل عام تكون هذه الأموال مستثناة من التصرف فيها سواء بعوض -بيع أو معاوضة- أو بغير عوض -هبة أو وصية-، ما لم يتم الاتفاق على تحديد نطاق الشرط المانع من التصرف في التبرعات دون المعاوضات.

كما لا تقوم حالة التناهي مع الشرط المانع من التصرف في الحالة التي يقوم فيها المتصرف إليه من ترتيب حق إرتفاق على العقار، أو إتخاذ عملاً من أعمال الإدارة كتأجير العقار لمدة لا تزيد عن الثلاث سنوات³⁰، كون هذه الأخيرة لا تدخل في نطاق الشرط المانع من التصرف كما لا تندرج في معنى التصرف قانوناً³¹.

تحدد حصانة المال المشترط عدم التصرف فيه في التشريع الجزائري وفق ما إنتهت إليه الأطراف المتعاقدة -على رغم عدم النص التشريعي على أحكام الشرط-، إعتباراً لسلطان إرادة الأطراف المتعاقدين من جهة ومن جهة أخرى لكون العقد شريعة للمتعاقدين المنصوص عليها في نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، فمتى تم إرتضاء عدم التصرف

يتحصن المال المتصرف فيه من ويستثنى من تطبيق القواعد العامة عليه، فلا يكون محلاً للتصرف فيه معاوضة أو تبرعاً ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك.

ومن حيث قابلية المال للحجز عليه، فإنه ورغم عدم النص الصريح عليه قانوناً - بالنسبة للتشريعات المقارنة -، إلا أنه أثر مسلم به وبديهي وتحصيل حاصل للمنع من التصرف، فيستثنى المال من الحجز عليه ويسري هذا المنع على جميع دائنين المتصرف إليه، بغض النظر عن تاريخ نشوء الدين أو رتبة الدائن عادياً كان أو ممتازاً.

على أن عدم القابلية للحجز يطرح مسألة خلافية، تتمثل في مدى إمكانية الحجز على المال المشترط عدم التصرف فيه بعد زوال الشرط وإنقضاء مدته المتفق عليها، خصوصاً في الحالة التي يكون فيها الباعث أو المصلحة المبتغاة من الشرط حماية المتصرف له من رعونته وعدم خبرته وتوقي تنفيذ الدائنين عليه. فبينما ذهب البعض إلى القول بعدم جوازية الحجز بالنسبة للدائنين الذي نشأ حقهم أثناء المنع حتى بعد إنتهاء مدة الشرط المانع وإنقضائه، ذهب إتجاه آخر إلى القول بصحة الحجز والتنفيذ بمجرد زوال الشرط وإنقضاء مدته.³²

فبالنسبة لتشريعنا الوطني، يتم الإحتكام إلى الباعث الدافع لإشترط عدم التصرف، من حيث البحث في الأسباب النفسية والذاتية وغاية المشترط من إقرار الشرط، فإذا تبين أن باعث إشترط عدم التصرف يهدف إلى حماية المال المتصرف فيه ولمدة معقولة غير مؤبدة من التنفيذ عليه من قبل الدائنين الذين نشأ حقهم أثناء تقرير الشرط، يكون هذا الباعث أحق بالإعتبار والأخذ به، دون أن يكون المشترط متعسفاً في إستعمال الإشترط كإقراره على سبيل التأييد في مواجهة دائنين معينين.

وقد تأثر القضاء الفرنسي بهذا الخلاف فجاءت قراراته متناقضة في هذا المجال، حيث قضت في قرار بخالف ما ذهبت إليه سابقاً بأنه إذا مضت المدة المعينة من قبل المتصرف التي لا يجوز التصرف أثناءها، فإنه يجوز للدائنين الذين نشأ حقهم أثناء مدة المنع، الحجز والتنفيذ على مدينهم كون المتصرف المشترط أراد حماية المتصرف إليه في مدة معينة.³³ أما من حيث قابلية الأموال المشترط عدم التصرف فيها لتملكها بطريق التقادم، فيتجه أغلب الفقه إلى القول بجوازية الإحتجاج بالتقادم المكسب من قبل الحائز للعقار قبل المتصرف -المشترط- طالما أثبت حسن نيته³⁴، فليس هناك ما يمنع الغير من تملك العقار بالتقادم رغم إرادة صاحبه، فالشرط المانع من التصرف لا يقتضي بالضرورة عدم جواز تملك الشيء محل حق الملكية بالتقادم.³⁵

يعتبر التقادم في التشريع الجزائري نظام عاماً يسري على الحقوق العينية العقارية والمنقولات وكذا العلاقة الدائنية، إلا ما إستثنى بنص صريح³⁶، ولما كان شرط عدم التصرف يندرج ضمن القيود الإتفاقية التي تهدف لتحقيق مصلحة خاصة للمشترط أو المشترط عليه، ولما كانت هذه الأموال لا ترد بشأنها نص قانوني يحصنها من تطبيق نظام التقادم بشأنها، فإنه يتقرر التمسك بالتقادم المكسب في العقارات المشترط عدم التصرف فيها.

الفرع الثاني: مراجعة الشرط المانع من التصرف

نظراً لمساس الشرط المانع من التصرف بأهم ميزة في حق الملكية، والمتمثلة في حق من آلت إليه ملكية المال في التصرف فيه، فقد إنفرد التشريع الفرنسي منذ سنوات وذلك من خلال تعديله لأحكام القانون المدني³⁷، بتمكين

المتصرف إليه بدون عوض -الموهوب له أو الموصى له- في طلب الإذن القضائي له للتصرف في المال المشترط عدم التصرف فيه، بإثباته زوال المصلحة التي بررت الإشتراط أو نشوء مصلحة جديدة تقتضي الإعتبار أكثر من مصلحة الإشتراط.³⁸

وطلب مراجعة الشرط المانع من التصرف إما أن يكون بدعوى أصلية، أو من خلال دفع مقابل يتمسك به المشتري عليه في مواجهة الطلب القضائي للمشتري أو ورثته التنفيذ العيني للشرط أو إبطال التصرف المخالف له.³⁹ على أن المشرع الفرنسي نص على أن طلب المراجعة لا يكون جائز القبول إلا بعد إنقضاء عشر (10) سنوات من وفاة المشتري أو بعد إنقضاء نفس المدة من صدور الحكم القاضي بآخر مراجعة للشرط⁴⁰، وهذا بموجب نص المادة 900-5 من القانون المدني الفرنسي. وإن كان مثل هذا الإشتراط يثير التساؤل من حيث غايته، والذي تعارض مع أهم قواعد قانون الإجراءات المدنية الفرنسي وتحديدًا نص المادة 31 منه التي تجعل من الدعوى حقا متقرا لكل شخص تتوافر لديه المصلحة المشروعة من رفعها.⁴¹

ويستند القاضي في مراجعته للشرط على عدة أسس تتمثل أساسا في المتغيرات الطارئة وزوال المصلحة المبررة للمنع أو الإرهاق أو الغبن أو الضرر اللاحق بالمشتري عليه، كل هذا في حدود الطلب القضائي مع الأخذ بعين الإعتبار مراعاة الشرط بقدر الإمكان، وقد نص المشرع الفرنسي على هذه الأحكام بموجب المادة 900-4 من القانون المدني. وعلى العكس من ذلك، يخلو التشريع المدني المصري من أحكام مراجعة الشرط المانع التصرف، وهو ما يجعل من قبول مثل هذه الدعاوى الأصلية أو الدفع المقابلة محل خلاف بين رافض لها لعدم التأسيس ومعتزف بها. إن المراجعة القضائية للعقد تعد من السلطات الأساسية المخولة للقاضي في العديد من الظروف والحالات الواردة في القانون المدني، فللقاضي تعديل العقد بمناسبة الجوائح التي قد ترتب إستنزافا كبيرا لذمة المتعاقد، كما له الرفع أو إلغاء البنود التعسفية في إطار ما يعرف بعقود الإذعان، ويتقرر للقاضي الجزائري أيضا -ولو في غياب تنظيم أحكام شرط المنع من التصرف- التدخل بتعديل مدة الشرط الإتفاقي المتضمن تقييد الحق في التصرف في الملكية، بناءً على الطلب القضائي لأحد أطراف العقد.

تتمثل مشروعية تدخل القاضي في تعديل مدة شرط المنع من التصرف في فكرة العدالة العقدية وضبط التوازن العقدي، فللقاضي مراجعة مدة الإشتراط بخفض مدته، بشرط تأسيس طلب مراجعة الشرط المانع من التصرف إما لزوال الغاية التي أوجبت هذا الإشتراط أو لتوقي الغبن الفاحش الذي سيقع فيه المتصرف له من جراء طول مدة الشرط.

المبحث الثاني: تطبيقات شرط المنع من التصرف

إن إجراء عملية إستقصائية للمنظومة التشريعية في الجزائر بشأن مدى تبني الإرادة التشريعية لشرط المانع من التصرف، تنتهي بالوقوف على ملاحظتين تتمثل أولهما في غياب التأطير التشريعي لشرط عدم القابلية للتصرف في القواعد العامة في القانون المدني (المطلب الأول) في مقابل إعتراف تشريعي صريح لهذا الشرط في القوانين أخرى، وتطبيقات له في مختلف فروع القانون الخاص منه والعام على السواء (المطلب الثاني)

المطلب الأول: شرط المنع من التصرف في القواعد العامة

يقصد بالقواعد العامة في ظل التشريعات المقارنة القانون المدني أساسا، وهو القانون الذي يعرف تنظيم الشرط المانع من التصرف بإعتبار تعلق الشرط بالمصلحة الخاصة للأطراف المتعاقدة، وخصوصا إذا ما تعلق الأمر بالتشريعات المقارنة.

وعلى النقيض من هذا سلكت الإرادة التشريعية الجزائرية مسلكا مناقضا فيما يتعلق بتنظيم الشرط المانع من التصرف (الفرع الأول). على أن هذا لا يعني بالضرورة غياب تصورات وتطبيقات لهذا الشرط في إطار مختلف العقود (الفرع الثاني)، وفي الأخير يوجب الأمر التحدث عن الطبيعة القانونية لجزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف (الفرع الثالث).

الفرع الأول: موقف المشرع المدني من شرط المنع من التصرف

على الرغم من تنظيم المشرع المدني لمختلف القيود الواردة على سلطة المالك في قسم خاص لها، سواء ما تعلق منها بالصالح العام أو المصلحة الخاصة، -حيث تم تخصيص القسم الثالث لمختلف القيود التي تحد من الإنتفاع الكامل بالمال المملوك المعنون بـ "القيود التي تلحق حق الملكية" من الفصل الأول المعنون بـ "حق الملكية بوجه عام" من الكتاب الثالث المعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية" من القانون المدني-. إلا أنه أغفل تنظيم شرط المنع من التصرف والذي يندرج كصورة أساسية للإتفاقات الإرادية التي تحد من حق الملكية، التي تقيد سلطة المالك في التصرف في المال المملوك الذي آل إليه بموجب عقد أو وصية.

وقد إعتبر إغفال المشرع المدني الجزائري أو تحاشيه تناول هذا الشرط وتنظيمه مسألة مهمة، وهذا للعديد من الإعتبارات أهمها التعديلات المتتالية للقانون المدني⁴²، وخصوصا آخر تعديلين في الألفية الأخيرة (2005 و 2007) والتي كان الكثير يتأمل فيها إدخال أحكام شرط المنع من التصرف ضمن نصوص القانون المدني لتعلقهما بقانون العقود والإلتزامات.

ومن الإعتبارات التي جعلت من هذا السكوت التشريعي إهمالا في تنظيم شرط المنع من التصرف، هو موقف القوانين المدنية المقارنة والتي تعتبر بمثابة المادة الخام والمرجع الأساسي في تحرير القانون المدني الجزائري، وإبتداءً بالقانون المدني الفرنسي فقد ضمّن المشرع الفرنسي هذا الشرط في أحكام القانون المدني سنة 1971 -أي قبل صدور القانون المدني الجزائري بأربع سنوات-، وهذا في تعديله للقانون المدني بموجب القانون رقم 526-71⁴³ المتعلق بشرط المنع من التصرف في عقود التبرع والوصية، والذي عدل أحكام المادة 900 من القانون المدني الفرنسي التي أصبحت تنص على أنه: "لا تصح شروط المنع من التصرف المقترنة بالهبات أو الوصايا، ما لم تكن مؤقتة وتهدف لتحقيق مصلحة وجدية"⁴⁴.

وكذلك نص على شرط المنع من التصرف القانون المدني المصري، وهذا بموجب المادة 823 التي نصت على الأحكام العامة لهذا الشرط، المتمثلة في مجاله وشرط صحة الباعث ومشروعيته ومحدودية مدة الشرط، والمادة 824 التي نصت على الجزاء المترتب للتصرف المخالف للشرط.

وفي موقف الفقه الجزائري، فإن السكوت التشريعي عن تنظيم شرط المنع من التصرف لا ينفي عدم إعتداد الإرادة التشريعية به، وفي هذا يرى الأستاذ بلحاج العربي أنه في مقابل عدم إيراد القانون المدني لنص ينظم شروط وأحكام شرط

المنع من التصرف، فإنه بالرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، بموجب الإحالة الواردة في المادة الأولى من القانون المدني، يجعل من شرط المنع من التصرف شرطا قابلا للتطبيق ومشروعا في التشريع الجزائري، وهذا إستنادا لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم قوله: "المسلمون عند شروطهم"⁴⁵ وإعتبارا لكون الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون المدني.⁴⁶ ويرى بهذا الرأي الأستاذ علي سليمان معتبرا أن خلو القانون المدني من نصوص مماثلة لنصوص القانون المدني المصري لا يعني حرمان المتعاقدين من إمكانية إدراج شرط المنع من التصرف في العقود والوصايا التي يبرمونها.⁴⁷ وعلى غرار الإحالة الواردة في الأحكام العامة من القانون المدني، تعتبر القاعدة المكرسة في المادة 106 من ذات القانون - التي تعتبر هي الأخرى أحد إرهاصات مبدأ سلطان الإرادة - مصدرا قانونيا للشرط المانع من التصرف، فإعتبارا لكون العقد شريعة المتعاقدين فإن لهما إرتضاء ما يشاؤون من الشروط كبنود في التصرف القانوني المبرم، طالما كانت هذه الشروط غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة. فيكون العقد المقيد يمثل هذا الشرط قانونا للمتعاقدين وشريعة لا يتقرر للمتصرف له نقضها ومخالفة أحكامها إلا برضاء المتصرف، تحت طائلة إبطال التصرف المخالف للشرط من قبل من تتقرر له المصلحة.

الفرع الثاني: تصورات شرط المنع من التصرف في مختلف العقود

من أمثلة وتطبيقات شرط المنع من التصرف في مجال البيوع، إشتراط البائع الإحتفاظ لنفسه بحق الإنقاع بالمبيع مدى الحياة ومنع المشتري من التصرف فيه ضمنا لحقه، ومن جهة أخرى لتوقي وتجنب التعامل مع مالك رقبه لا يعرفه ولا يأمن مضايقته. كما قد يتخذ شرط المنع من التصرف صورة إمتياز لصالح المشتري، ومثال هذا إشتراط البائع على المشتري عدم التصرف في المبيع لحين الوفاء بكامل الثمن، تأكيدا لحق البائع في الإمتياز على الثمن ولغرض تجنب إجراءات التتبع في مواجهة الغير.

كما يؤثر شرط المنع من التصرف على الطبيعة القانونية لعقد البيع، فبيع الشخص لعين بأقل من ثمن المثل في مقابل الإشتراط على المشتري عدم التصرف في العين طوال مدة حياة البائع، لا يجعل من التصرف وصية كون تملك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع والتصرف صريح في نقل الملكية من تاريخ صدوره.⁴⁸

وإعتبارا للتقارب في الأحكام بين عقد البيع والمقايضة، وتأسيسا لحكم الإحالة المشار إليه في نص المادة 415 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه: "تسري على المقايضة أحكام البيع بالقدر التي تسمح به طبيعة المقايضة ويعتبر كل من المتقايضين بائعا للشيء ومشتري للشيء الذي قايض عليه"، فإنه يتصور إشتراط أحد المتقايضين على الطرف الآخر عدم التصرف في المال محل المقايضة، وخصوصا في الحالة التي لا تتساوى فيها قيمة الأشياء محل المقايضة.

ومن أمثلة شرط المنع من التصرف في العقود التبرعية، إشتراط الواهب على الموهوب له ناقص الأهلية، عدم التصرف في المال الموهوب لحين بلوغه سن الرشد أو سنا متأخرة عن سن الرشد، وهذا لغرض حمايته من سوء تدبيره أو لطيشه أو هواه الجامح تجاه شخص أو شيء معين.

وعلى الرغم من عدم التنظيم التشريعي لشرط المنع من التصرف، إلا أن هذا لم يمنع المحكمة العليا بإعتبارها الجهة المخولة بتقويم العمل القضائي وتوحيده من الإعتراف بهذا الشرط، فصاغت مبدأ في أحد قراراتها بأنه: "من المقرر قانوناً أنه يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بإلتزام يتوقف تمام الهبة على إنجاز الشرط. ومتى تبين - في قضية الحال - أن عقد الهبة لا يتضمن أي شرط للعناية بالواهب أو أي إلتزام نحوها من طرف الطاعن، فإن القضاة بقضائهم بإلغاء عقد الهبة عرضوا قرارهم لإعدام الأساس القانوني. ومتى كان ذلك إستوجب نقض القرار المطعون فيه."⁴⁹

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لجزاء مخالفة الشرط المانع من التصرف

يصبح الشرط المانع من التصرف المتوفر شروط صحته ملزماً، فلا يتقرر للمتصرف له -المشترط عليه- الذي إنتقل إليه المال مخالفة مضمون شرط عدم القابلية للتصرف. على أن طبيعة هذا الجزاء كانت محل جدل فقهي واسع، حيث ذهب إتحاد فقهي في بداية تأسيس الشرط وإقراره في فرنسا إلى القول بترتيب جزاء الفسخ فيما يتعلق بالتصرف الأصلي المقترن بالشرط المانع، تأسيساً على كون المشترط عليه قد خالف الاتفاق العقدي مما يمنح المشترط المطالبة القضائية بفسخ العقد، وتبعاً لفسخ الإلتزام الأصلي يزول معه بالضرورة التصرف المخالف للشرط المانع.⁵⁰

في فلسفة التشريع الجزائري، إن البحث في طبيعة الجزاء المترتب على مخالفة شرط المنع من التصرف، توجب الإشارة إلى إن التمييز بالنسبة لجزاء البطلان بين البطلان -وهو ما يُصطلح عليه في الفقه البطلان المطلق وبين- القابلية للإبطال - المعروف في الفقه بالبطلان النسبي- إنما يكون على أساس المصلحة المتبعة، بحيث كلما تعلق الأمر بالمصلحة العامة وبمسألة من النظام العامة والآداب الحميدة أو مخالفة صريحة لنص قانوني، يتم ترتيب البطلان الذي لا يكون محلاً للإجازة والذي لهيئة المحكمة إثارته من تلقاء نفسها ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا، على عكس البطلان النسبي الذي يتعلق بالمصلحة الشخصية الخاصة، والذي يكون محلاً للإجازة.

ولما كانت المصلحة المتبعة من إشتراط عدم التصرف في المال المتصرف فيه شخصية بحتة، فإن الجزاء المترتب عن مخالفة مضمون الشرط، يتمثل في القابلية للإبطال.

أما بالنسبة للقانون الفرنسي فلم يتعرض له المشرع صراحة، على عكس القضاء الفرنسي الذي قرر سابقاً الحق في رفع دعوى فسخ التصرف الأصلي⁵¹، وهو الموقف الذي برره الأستاذ السنهوري بقوله "لو أن القضاء الفرنسي إقتصر على تطبيق القواعد العامة مادام لا يوجد نص خاص، لوجب أن يقضي بفسخ التصرف الأصلي الذي تضمن الشرط المانع، على أساس أن المتصرف له لم يقر بإلتزامه بالإمتناع عن التصرف المعين".⁵² على أن القضاء الفرنسي تحول عن هذا الموقف ليستقر على ترتيب جزاء بطلان التصرف المخالف للشرط المانع، وهو ذات الموقف الذي أخذ به صراحة المشرع المدني المصري، وهذا بموجب المادة 824 منه. غير أنه وقع خلاف فقهي⁵³ يتعلق بطبيعة البطلان المقرر بين قائل بإعتباره بطلاناً متعلقاً بالنظام العام، وبين من يعتبره بطلاناً يتعلق بالمصلحة الخاصة.⁵⁴

على أن الراجح هو إعتبار بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من طبيعة قانونية خاصة، تدور أحكامه حول فكرة الغرض المستهدف والمتمثل في المصلحة الخاصة، وتتجلى هذه الخصوصية في عدم تحويل المشتراط عليه المطالبة بإبطال التصرف المخالف للشرط رغم كونه المستفيد من الشرط المانع، ليس لشيء إلا لمخالفة هذا الفرض للمنطق. أما بالنسبة للحق في التعويض، فقد رفضت محكمة النقض الفرنسية فكرة التعويض كجزاء لمخالفة الشرط المانع، وهو الموقف الذي أشاد به الفقيهان فرونسوا تيري وسيميلير بقولهما بتعارض إستحقاق التعويض مع نية المتبرع أو الموصي بالتصرف التبرعي.⁵⁵

المطلب الثاني: التطبيقات الخاصة لشرط المنع من التصرف

إن غياب إطار قانوني لشرط عدم القابلية للتصرف لم يمنع المشرع من إقراره وإعتماد تطبيقات له في مختلف النصوص القانونية على اختلاف تدرجاتها، ويتجلى هذا من خلال إعتداد الشرط المانع من التصرف في قواعد القانون الخاص في إطار التشريع المتعلق بتنظيم الوعاء العقاري (الفرع الأول). وكذا من خلال أحد فروع القانون العام وهو قانون المالية (الفرع الثاني)

الفرع الأول: شرط المنع من التصرف في التشريع العقاري

يعتبر التشريع والتنظيم العقاري⁵⁶ أول تشريع ضمّنته الإرادة التشريعية بشرط المنع من التصرف، إذ ورغم عدم تضمن القانون المدني الجزائري الذي كان سابقا في صدوره على التشريع المتضمن الشرط المانع من التصرف، إلا أن هذا لم يمنع من تبنيه في تشريع خاص يقل رتبةً عن درجة القانون والأمر. وعليه يعتبر أول إقرار تشريعي بشرط المنع من التصرف وارد في المرسوم المتعلق بتأسيس السجل العقاري⁵⁷، وهذا بموجب المادة 87 منه التي تضمنت حكما مفاده عدم جوازية وتأسيس إهداء وطلب الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري - سواء كان هذا الحق أصليا كحق الملكية أو تبعا كترتيب رهن حيازي-، إستبعاد أو رفض أو الإعتراض على العقود المبرمة بين الأحياء والتمسك بعد نفاذ الشرط المانع من التصرف في حقه، طالما تحققت أسبقية شهر العقد المتضمن الشرط على حق هذا الخلف الخاص.

حيث تنص المادة 87 على أن: "الخلف الخاص لصاحب حق عيني عقاري الذي أشهر العقد أو القرار القضائي الذي يثبت فيه حقه الخاص لا يمكنه الإعتراض على العقود بين الأحياء التي تم إعدادها بصفة متميزة من أجل إثبات شروط عدم قابلية التصرف المؤقت وجميع التقييدات الأخرى لحق التصرف، أو على القرارات القضائية المثبتة أو المطالبات القضائية التي ترمي إلى الحصول على القرارات المذكورة والتي قد تم إشهارها مسبقا عن الإشهار المعطى لحقه الخاص".
لم يفصل المشرع شروط صحة الشرط المانع من التصرف مكتفيا بشرط واحد والمتمثل بشرط التأقيت، دون أن يحدد مدة معينة ودون تحديد طبيعة العقود التي يصح فيها، مما يجعل الشرط يصح في عقود المعاوضة أو التبرع عكس ما ذهب إليه التشريع الفرنسي.

في الأخير يخلص إلى القول بأن عدم النص على الشرط المانع من التصرف ضمن الشريعة العامة للقوانين الخاصة لا يؤدي إلى إنكار أعمال الشرط، خصوصا بعد تنظيمه في تشريع خاص مما يؤدي إلى إعمال قاعدة تقييد الخاص للعام.

يعتبر نص المادة 87 من المرسوم سالف الذكر مأخوذ من نص المادة 28-2 من المرسوم الفرنسي الصادر بتاريخ 4 يناير 1955 الخاص بالشهر العقاري⁵⁸، حيث يعتبر هذا الأخير أول إقرار تشريعي صريح في فرنسا بشرط المنع من التصرف، الذي ألزمت من خلاله الإرادة التشريعية في فرنسا بوجود تسجيل التصرفات فيما بن الأحياء التي تتضمن شروطا مانعة مؤقتة من التصرف.⁵⁹

كما أكد المشرع على شرط المنع من التصرف في ذات المرسوم، من خلال الإشارة إليه في النصوص المتعلقة بمهمة المحافظ العقاري في مراقبة ورفض عملية الإيداع لغرض الشهر، حيث نص بموجب المادة 104 منه على أنه: "يحق للمحافظ بأن البطاقة غير مؤثر عليها بأي سبب يقيد حرية التصرف في الحق من قبل صاحبه الأخير".

كما يرتبط نص المادة 105 من ذات المرسوم بشرط المنع من التصرف التي تنص على أن تحقق المحافظ العقاري من البيانات الموجودة في الوثيقة المودعة وكذا التحقق من مشروعية العقد وعدم مخالفته للنظام العام والأخلاق.

إن مثل هذه النصوص القانونية وموضعها من المرسوم المتعلق بالسجل العقاري، تؤكد على أن المشرع قد منح للمحافظ العقاري بصفته القائم بعملية الشهر سلطة رفض إيداع العقد وشهره، وهذا في الحالة التي يتبين فيها وجود تأثير على البطاقة العقارية المتعلقة العقار تفيد بتقييد حرية التصرف.

الفرع الثاني: شرط المنع من التصرف في السكنات الاجتماعية

يمتاز النظام الإقتصادي الجزائري بوصف خاص به، إذ ورغم إنتهاج الدولة لإقتصاد السوق إلا أنه يغلب عليه الطابع الاجتماعي، ويتجلى هذا الطابع من خلال دعم الدولة للحياة الاجتماعية في العديد من المجالات أهمها مجال السكن، الذي أصبحت الدولة تتدخل فيه بمنح إعانات لفئات محددة من المواطنين لغرض إقتناء مسكن.

ويعتبر برنامج السكن في الجزائر غني بصيغ متعددة تتعدد مسمياتها وأطرها القانونية والتنظيمية، كالسكنات الاجتماعية التي عرفها المرسوم التنفيذي رقم 08-196، المحدد لشروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لإكتساب الملكية، في المادة 2 منه على أنها: "المحلات ذات الإستعمال السكني الممولة من الدولة والتي تم التنازل عنها لفائدة شاغليها الشرعيين في إطار المرسوم التنفيذي رقم 03-269⁶⁰ والسكنات الاجتماعية التساهمية، التي تعرف بأنها: "سكنات موجهة للطبقات ذات الدخل المتوسط، تم إنجازها أو شراؤها عن طريق إعانة تمنحها الدولة للحصول على الملكية"⁶¹، والسكن الريفي المدعم بإعتباره صيغة سكن إنتهجتها الدولة لتقليل ظاهرة النزوح الريفي بتقديم إعانات مالية للأشخاص المقيمين في الريف، وكذا السكنات المنجزة في إطار البيع بالإيجار. التي دل عليها التنظيم بإعتبارها صيغة جديدة تم تأسيسها سنة 2001 وهي صيغة موجهة لصالح الطبقات المتوسطة من المواطنين الذين لا يتعدى مدخولهم خمس (5) مرات الأجر الوطني الأدنى المضمون.⁶²

ونظرا للمضاربة والمتاجرة في السكنات والتي زادت من أزمة السكن، وأمام تفشي ظاهرة إعادة بيع السكنات الاجتماعية المتنازل عنها من طرف الدولة التي تكلف هذه الأخيرة نفقات كبيرة، ذهب الإرادة التشريعية ولأول مرة سنة 2008 إلى إعمال تطبيق جديد لشرط المنع من التصرف، وهذا بموجب قانون المالية لسنة 2008 وذلك بنص على عدم إمكانية التنازل عن السكنات الاجتماعية الممولة من قبل الدولة، وكذا السكنات المستفيدة من الإعانات العمومية

المتعلقة بالمساعدة المقدمة من طرف الدولة من أجل التمليك خلال مدة عشر (10) سنوات.⁶³ وبموجب قانون المالية التكميلي لسنة 2011 استتت الإرادة التشريعية السكن الاجتماعي التساهمي من شرط المنع من التصرف، شريطة تسديد المالك لقيمة الإعانات المالية لفائدة الخزينة العمومية.⁶⁴

وتطبيقا لهذه الأحكام ألزمت المشرع بموجب المرسوم التنفيذي رقم 08-196 الموثقين بوجوب إدراج بند يتضمن شرط المنع من التصرف بعدم التنازل لمدة 10 سنوات مهما كان تاريخ التسديد الكلي أو الجزئي لسعر التنازل. وهو ما نصت عليه المادة 6 المرسوم التنفيذي رقم 08-196 على أنه: "يجب أن تتضمن العقود التوثيقية التي عد بعد تاريخ 31 ديسمبر 2007 والتي تخص التنازل عن السكنات التي تدخل ضمن أحد الفئات المنصوص عليها في المادة 5 أعلاه بندا بعدم إعادة التنازل لمدة عشر (10) سنوات مهما كان تاريخ التسديد الكلي أو الجزئي لسعر التنازل".

وبموجب قانون المالية لسنة 2012 خفض المشرع من مدة شرط المنع من التصرف، ليتقرر للمالك المستفيد من السكنات الاجتماعية التساهمية المسماة السكنات الترقية المدعمة، وكذا كل السكنات التي استفادت من دعم الدولة، التصرف فيها بإنقضاء خمس (5) سنوات تحتسب من تاريخ إعداد عقود التنازل.⁶⁵ لينتهج المشرع بعدها نسقا آخر في كيفية تطبيق المنع من التصرف في السكنات، بحيث ربط المنع بتاريخ الوضع للاستغلال.⁶⁶

وبموجب قانون المالية لسنة 2019 ونتيجة للأوضاع الاقتصادية أعاد المشرع إعادة النظر في مدة شرط المنع من التصرف، ليخفضها إلى سنتين (2) ابتداء من تاريخ إعداد العقود التي تخص السكنات الاجتماعية التساهمية والسكنات ذات صيغة البيع بالإيجار، وكذا السكنات الاجتماعية العمومية.⁶⁷ وعليه يظهر جليا منع المشرع وتقييده لإرادة مالكي السكنات الاجتماعية من التنازل عنها بنقل ملكيتها بطريق البيع أو الهبة.

وبخصوص احتساب مدة السنتين (02) أصدرت وزارة المالية تعليمتين وزاريتين، حددت بموجب التعليم الأولى المؤرخة في 05 فيفري 2019 المرجعية في احتساب المدة، ففيما يخص السكنات الترقية المدعمة وسكنات البيع بالإيجار، يُبتدأ في احتساب مدة السنتين (02) من تاريخ إعداد العقود التوثيقية المتضمنة بند عدم القابلية للتنازل، ومن تاريخ إعداد العقد الإداري من طرف مصالح أملاك الدولة بالنسبة للسكنات العمومية الإيجارية.⁶⁸

كما أشارت الوزارة الوصية إلى أن تخفيض المدة من عشرة (10) سنوات أو من خمسة (05) سنوات المقررة بموجب المادة 57 من قانون مالية سنة 2008 المعدلة، إلى سنتين (02) سواء تعلق الأمر بالسكنات الاجتماعية التساهمية أو السكنات الترقية أو سكنات البيع بالإيجار أو السكنات العمومية الإيجارية، تكون بقوة القانون دونما حاجة لتعديل العقود التوثيقية المتضمنة بند عدم القابلية للتصرف مع إلزام المحافظين العقاريين بعدم الاعتراض على عقود التصرف المبرمة بعد مرور سنتين (02).⁶⁹

بينما استدركت ذات الوزارة في تعليمة لاحقة، التاريخ واجب الاعتداد به في حساب مدة البند المتعلقة بعدم القابلية للتصرف والتنازل بالنسبة للسكنات الترقية المدعمة (LPA) محل عقد البيع على التصاميم، وهو سنتين (02) تسري من تاريخ إعداد محضر معاينة الحيازة الفعلية وتسليم البناء، وليس من تاريخ إعداد عقد البيع على التصاميم،⁷⁰

وهذا إعتباراً لخصوصية البيع على التصاميم من جهة، ومن جهة أخرى لكون استغلال المكتتب للسكن الترقوي المدعم لا يكون إلا بعد إتمام عقده بمحضر معاينة الحيازة الفعلية وتسليم البناية المنجزة، تكملة لعملية البيع على التصاميم.

خاتمة:

يتضح من خلال ما سبق أن مدى مشروعية الشرط المانع من التصرف ترتبط بضرورة توافر الشروط المتطلبة قانوناً، وخصوصاً ما يتعلق بشرط التأقيت والمشروعية، بينما يبقى نطاق الشرط المانع من التصرف من حيث التصرفات القانونية مجالاً للاجتهاد القضائي، وإن كان الأنسب هو صحته في التصرفات بعوض كما يصح في التبرعات، استناداً لاعتبار العقد شريعة المتعاقدين ما لم تخالف هذه الشريعة النظام العام وحسن الآداب. كما لا يثور شك فيما انتهى إليه القضاء المقارن من طبيعة الجزاء المدني المترتب على مخالفة الشرط المانع من التصرف.

كما يتبين أن عدم وضع إطار قانوني عام لشرط عدم القابلية للتصرف، لا ينفي عدم الاعتراف التشريعي به بالمطلق إذ تتعدد تطبيقاته في مختلف فروع القانون العام والخاص.

وفي الأخير لا يطرح شرط المنع من التصرف كقيد اتفاقي لحق الملكية في ظل التشريع الجزائري توصيات متعددة، بالقدر الذي تعتبر ضرورة الإعتبار التشريعي له مسألة قانونية وقضائية ملحة، نظراً لتوجه إرادة الأطراف المتعاقدة إلى تضمين تصرفاتهم القانونية مثل هذا الشرط. وكنتيجة لهذه الورقة البحثية يستخلص في الأخير مايلي:

1- ضرورة تنظيم شرط المنع من التصرف ضمن أحكام القانون المدني، وأحسن موضع له -مقارنة بالتشريعات المدنية المقارنة كالمصري- ضمن القسم الثالث المعنون بـ "القيود التي تلحق حق الملكية" من الفصل الأول المعنون بـ "حق الملكية بوجه عام" من الكتاب الثالث المعنون بـ "الحقوق العينية الأصلية". بحيث يتم النص على نطاق الشرط المانع من التصرف والذي يكون صياغته مقارنةً للآتي:

"يصح شرط المنع من التصرف في العقود الناقلة للحق العيني، وفي الوصية طالما كان لمدة معقولة ولدافع مشروع.

ويكون الدافع مشروعاً إذا كان يرمي لتحقيق مصلحة خاصة مشروعة لأحد المتعاقدين.

وتكون المدة معقولة ولو استغرقت حياة المتصرف أو المتصرف إليه.

وفي حالة عدم النص على المدة يعود للقاضي سلطة تقديرها.

يصح العقد ويقع باطلاً كل شرط يخالف الأحكام السابقة".

2- يستحسن على المشرع حصر شرط المنع من التصرف على الحقوق العينية دون المنقولات، بحكم خضوع هذه الأخيرة للقاعدة التي مفادها أن الحيازة في المنقولات سند الملكية، مما يتعذر تطبيق الشرط المانع من التصرف من جهة وكذا إغراق الأقسام المدنية والعقارية للجهات القضائية بقضايا وملفات يُدفع فيها بحسن النية وبقاعدة الحيازة، الأمر الذي يخلف تناقضات في الأحكام القضائية.

3- الأخذ بعين الاعتبار الانتقادات الفقهية الموجهة للتشريعات المقارنة، وكذا الاعتماد على أحكام القضاء

المقارن وذلك من خلال النص على صحة الشرط في عقود المعاوضة والتبرع ومختلف التصرفات الإنفرادية.

4-التحديد الصريح لنوع البطلان المقرر للتصرف المخالف للشرط المانع من التصرف، وهو القابلية للإبطال تجاوزا للخلافات الواقعة في التشريعات المقارنة.

5-منح المتصرف له مكنة المطالبة القضائية بمراجعة الشرط المانع من التصرف بتخفيض القاضي لمدته أو إلغاءه حسب الظروف.

قائمة المراجع:

I. اللغة العربية:

أولا: النصوص التشريعية والتنظيمية

1- القوانين:

1-القانون رقم 48-131، المتضمن القانون المدني المصري، الصادر بتاريخ 29 يوليو 1948.

2-القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المؤرخ في أول ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008، الجريدة الرسمية، عدد 52، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 1990.

3-القانون رقم 06-02، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية، عدد 14، الصادر بتاريخ 8 مارس 2006.

4-القانون رقم 07-12، المتضمن قانون المالية لسنة 2008، المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، الجريدة الرسمية، عدد 82، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 2007.

5-القانون رقم 11-11، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، المؤرخ في 18 يوليو 2011، الجريدة الرسمية، عدد 40، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2011.

6-القانون رقم 11-16، المتضمن قانون المالية لسنة 2012، المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، الجريدة الرسمية، عدد 72، الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2011.

7-القانون رقم 17-11، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، المؤرخ في 27 ديسمبر 2017، الجريدة الرسمية، عدد 76، الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

8-القانون رقم 18-18، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، المؤرخ في 27 ديسمبر 2018، الجريدة الرسمية، عدد 79، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2018.

2- الأوامر:

9-الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 58، لسنة 1975، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

3-المراسيم:

10-المرسوم رقم 76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25 مارس 1976، الجريدة الرسمية، عدد 30، الصادر بتاريخ 13 أبريل 1976.

- 11- المرسوم التنفيذي رقم 01-105، المحدد لشروط شراء المساكن المنحزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، المؤرخ في 23 أبريل 2001، الجريدة الرسمية، عدد 25، الصادر بتاريخ 29 أبريل 2001.
- 12- المرسوم التنفيذي رقم 08-196، المحدد لشروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لإكتساب الملكية، المؤرخ في 6 يوليو 2008، الجريدة الرسمية، عدد 38، الصادر بتاريخ 9 يوليو 2008.

4- التعليمات:

- 13- التعليمات رقم 1651، المؤرخة في 05 فيفري 2019، الصادرة عن وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديريةية تميمين الأملاك التابعة للدولة.
- 14- التعليمات رقم 3560، المؤرخة في 31 مارس 2019، الصادرة عن وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديريةية المحافظة العقارية ومسح الأراضي.

ثانيا: الكتب (ترتيب هجائي)

- 15- أحمد خالدي، حق الملكية القود الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، الطبعة الأولى، 2018.
- 16- أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1970.
- 17- إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2016.
- 18- بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجهادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، دار هومه، الجزائر، الطبعة الأولى، 2016.
- 19- بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015.
- 20- حمزة شرابن، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، دار هومه، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011.
- 21- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن، دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000.
- 22- عبد المنعم البدرابي، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، الطبعة 2، 1956.
- 23- محجوب جابر علي والهندياني خالد، حق الملكية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 2003.
- 24- محمد لبيب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 1977.

25- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، المجلد السادس، القسم الأول، مكتبة المعارف، السعودية، الطبعة الأولى، 1996.

26- وحيد الدين محمد سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013.

ثالثا: المجالات القضائية

27- الإجتهد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001.

رابعا: المقالات

28- آسيا دوة، الشرط المانع من التصرف كقيد من قيود الملكية العقارية، مجلة التحلي، المنظمة الجهوية للمحامين بالبلدية، العدد الأول، 2013.

29- جمال بوشنافة، الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة، مجلة حوليات جامعة بشار، كلية الآداب واللغات، جامعة طاهري محمد بشار، المجلد 11، العدد 11، 2011.

خامسا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ-رسائل الدكتوراه:

30- سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1978.

31- غازي مبارك الذنبيات، الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 1994.

ثالثا: المقالات والمدخلات

II. باللغة الأجنبية:

A-Les Textes Juridiques:

•Lois

32-Loi n°71-526, relative aux clauses d'inaliénabilité dans une donation ou un testament, du 3 juillet 1971, journal officiel de la Polynésie française n°155, publié le 6 juillet 1971.

33-Loi n°2006-728, portant réforme des successions et des libérâtes, du 23 juin 2006, journal officiel de la Polynésie française n°145, publié le 24 juin 2006.

34-Code civil française, Dernière modification le 01 septembre 2020.

35-Code de procédure civile française, Dernière modification le 01 octobre 2020.

•Décrets:

36-Décret n°55-22, portant réformez de la publicité foncière, du 4 Janvier 1955, journal officiel de la Polynésie française n°7, publié le 7 Janvier 1955.

B-Les ouvrages: (Alphabétique)

37-Bartin Etienne, «Théorie des condition impossibles, Illicites ou contraires aux mœurs», A. Rousseau, France, 1ere Edition, 1887.

38-François Terre, Philippe Simler, «Droit Civil, Les Biens», Dalloz, France, 8eme Edition, 2010.

39-Nicolas Cayrol, Procédure Civil, Dalloz, France, 3eme édition, 2020.

40-Philippe Malaurie et Laurent Aynés et Pierre-Yves Gautier, «Droit Des Contrats Spéciaux», LGDJ, France, 8 -ème édition, 2016.

•Décisions judiciaires:

41-Cour de cassation, chambre civile 1, 31 octobre 2007, N° de pourvoi : 05-14238

الهوامش:

¹ تنص المادة 674 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، المؤرخ 26 في سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية، عدد 58، الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975. على أنه: "الملكية هي حق التمتع والتصرف في الأشياء بشرط ألا يستعمل إستعمالا تحرمه القوانين والأنظمة".

² يقصد بوصف حق الملكية بأنه حق جامع لما يحوله لصاحبه جميع المزايا التي يمكن الحصول عليها من الشيء، فهو يجمع السلطات الثلاث من سلطة الإستعمال والإستغلال والتصرف. بينما دلالة وصف حق الملكية بأنه حق مانع مرده لإستثناء المالك بمذه المزايا وعدم مشاركة الغير له فيها. أحمد خالدي، حق الملكية القود الواردة عليه في القانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، الطبعة الأولى، 2018، ص.23.

³ غازي مبارك الذبيبات، الشرط المانع من التصرف في القانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه، الجامعة الأردنية، 1994، ص.52. نقلا عن: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، مركز الدراسات العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2016، ص.68.

⁴ تقسم مصادر الإلتزام وفق التقسيم الحديث إلى: التصرف القانوني والذي يقصد به إنصراف الإرادة لإحداث أثر قانوني ملزم من جانبين أو من جانب واحد. والوقائع القانونية والتي تكون في صورة فعل ضار أو نافع. راجع للإستزادة في هذا الموضوع: بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، دراسة مقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2015، ص.49.

⁵ تنص المادة 823-1 من القانون رقم 48-131، المتضمن القانون المدني المصري، الصادر بتاريخ 29 يوليو 1948 على أنه: "إذا تضمن العقد أو الوصية شرطا يقضي بمنع التصرف..."

⁶ أنظر مختلف صور المسؤولية التقصيرية: إبتداء من نص المادة 124 لغاية المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري.

⁷ أنظر المواد: 143 و 150 من نفس القانون.

⁸ محمد ليبب شنب، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الثانية، 1977، ص.291. نقلا عن: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.127.

⁹ أحمد سلامة، الملكية الفردية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 1970، ص.118. نقلا عن: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.127.

¹⁰ أنظر: بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهاادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، المرجع السابق، ص.148.

¹¹ **Article 900-1: "Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime".** Loi n° 2006-728, portant réforme des successions et des liberates, du 23 juin 2006, journal officiel de la Polynésie française n°145, publié le 24 juin 2006.

¹² إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.127.

¹³ Cour de cassation, chambre civile 1, 31 octobre 2007, N° de pourvoi: 05-14238.

نقلا عن: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.85.

¹⁴ المادتين 900 و 900-1 من القانون المدني الفرنسي.

¹⁵ المادتين 823 و 824 من القانون المدني المصري.

¹⁶ تنص المادة 835 من القانون المدني على أنه: "من حاز بسند صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على المنقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته".

¹⁷ تنص المادة 12 من القانون رقم 06-02، المتضمن تنظيم مهنة الموثق، المؤرخ في 20 فبراير 2006، الجريدة الرسمية، عدد 14، الصادر بتاريخ 8 مارس 2006. على أنه: "يجب على الموثق أن يتأكد من صحة العقود الموثقة وأن يقدم نصائحها إلى الأطراف قصد إنسجام إتفاقاتهم مع القوانين التي تسري عليها وتضمن تنفيذها.

كما يعلم الأطراف بمدى إلتزاماتهم وحقوقهم ويبين لهم الآثار والإلتزامات التي يخضعون لها والإحتياجات والوسائل التي يتطلبها أو يمنحها لهم القانون لضمان نفاذ إرادتهم".

¹⁸ تنص المادة 15 من ذات القانون على أنه: "لا يجوز للموثق أن يمتنع عن تحرير أي عقد يطلب منه إلا إذا كان العقد المطلوب تحريره مخالفا للقوانين والأنظمة المعمول بها".

¹⁹ Philippe Malaurie et Laurent Aynés et Pierre-Yves Gautier, « Droit Des Contrats Spéciaux », LGDJ, France, 8ème Edition, 2016. p.139.

²⁰ أنظر المواد: 96 و 97 و 98 من القانون المدني الجزائري. وفيما يتعلق بتطبيقات النظرية الحديثة (الباعث الدافع للتعاقد): المادة 82-3 من ذات القانون.

²¹ محجوب جابر علي والهندياني خالد، حق الملكية في القانون الكويتي، دراسة مقارنة، منشورات جامعة الكويت، 2003، ص.80.

²² وحيد الدين محمد سوار، حق الملكية في ذاته في القانون المدني الأردني، عمان، الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2013، ص.98.

²³ أنظر في عرض هذا الخلاف: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.136.

²⁴ نظم المشرع المدني أحكام عقد الرهن الرسمي ابتداءً من المادة 882 إلى غاية المادة 936.

²⁵ المرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25 مارس 1976، الجريدة الرسمية، عدد 30، الصادر بتاريخ 13 أبريل 1976.

²⁶ أنظر الفرع الثاني من المطلب الثاني من المبحث الثاني.

²⁷ المادة 823-3 من القانون المدني المصري: "والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير"

²⁸ **Article 900-1: "Les clauses d'inaliénabilité affectant un bien donné ou légué ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées..."**

²⁹ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهاادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، المرجع السابق، ص.150.

³⁰ المادة 571-2 من القانون المدني الجزائري.

³¹ عبد المنعم البدرأوي، شرح القانون المدني الحقوق العينية الأصلية، مطابع دار الكتاب العربي، مصر، الطبعة 2، 1956، ص.87.

³² أنظر في عرض هذا الخلاف: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.259.

³³ سمير كامل، ملكية الراهن للمال المرهون في الرهن العقاري، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1978، ص.277. نقلا عن: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.262.

³⁴ إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الإسلامي، المرجع السابق، ص.272.

³⁵ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهاادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، المرجع السابق، ص.153.

³⁶ أنظر: المادة 4 من القانون رقم 90-30 المتضمن قانون الأملاك الوطنية، المؤرخ في أول ديسمبر 1990، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-14 المؤرخ في 20 يوليو 2008، الجريدة الرسمية، عدد 52، الصادر بتاريخ 2 ديسمبر 1990. التي تنص على أنه: "الأملاك الوطنية العمومية غير قابلة للتصرف ولا للتقادم ولا للحجز".

³⁷ Loi n° 2006-728, portant réforme des successions et des liberates, du 23 juin 2006, journal officiel de la Polynésie française n°145, publié le 24 juin 2006.

³⁸ **Article 900-1: "Même dans ce cas, le donataire ou le légataire peut être judiciairement autorisé à disposer bien si l'intérêt plus important l'exige".**

³⁹ **Article 900-3: "La demande en révision est formée par voie principale, elle peut l'être aussi par voie reconventionnelle, en réponse à l'action en exécution ou en révocation que les héritiers du disposant ont introduite".**

⁴⁰ Article 900-5: "La demande n'est recevable que dix années après la mort du disposant, ou en cas de demandes successives, dix années après le jugement qui a ordonné la précédente révision".

⁴¹ Article 31: "L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé". Code de procédure civile française, Dernière modification le 01 octobre 2020.

"L'idée selon laquelle celui qui soumet une prétention à un juge doit poursuivre un intérêt direct et personnel est en soi assez simple". Nicolas Cayrol, « Procédure Civile », Dalloz, France, 3eme édition, 2020, p.74.

⁴² عرف القانون المدني الجزائري ثمانية (8) تعديلات مست أحكاما جوهرية.

⁴³ Loi n° 71-526, relative aux clauses d'inaliénabilité dans une donation ou un testament, du 3 juillet 1971, journal officiel de la Polynésie française n°155, publié le 6 juillet 1971.

⁴⁴ Article 900: "Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites".

⁴⁵ بلحاج العربي، الحقوق العينية في القانون المدني الجزائري في ضوء أحدث الإجتهاادات القضائية المشهورة للمحكمة العليا، المرجع السابق، ص.145.

⁴⁶ صححه: محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها، المجلد السادس؛ القسم الأول؛ مكتبة المعارف، السعودية، الطبعة الأولى، 1996، الحديث رقم 2915، ص.992.

للتفصيل أكثر في موقف الفقه الإسلامي من الشرط المانع من التصرف، راجع: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.95.

⁴⁷ همزة شرابن، الملكية كوسيلة لدعم الإئتمان، دار هوم، الجزائر، الطبعة الأولى، 2011، ص.62. نقلا عن: آسيا دوة، الشرط المانع من التصرف كفيد من قيود الملكية العقارية، مجلة التحلي، المنظمة الجهوية للمحامين بالبلدية، العدد الأول، 2013، الجزائر، ص.77.

⁴⁸ أنظر في أمثلة أخرى: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.61.

⁴⁹ المحكمة العليا، ملف رقم 197336، القرار الصادر بتاريخ 16-06-1998، الإجتهااد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، 2001، ص.284.

⁵⁰ قال بهذا الرأي:

Bartin Etienne, «Théorie des condition impossibles, Illicites ou contraires aux mœurs», A. Rousseau, France, 1ere Edition, 1887, p.16.

نقلا عن: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.295.

⁵¹ إنْتَقِدَ هذا الموقف إعتبارا لكون الفسخ كجزاء مدني لا يكون إلا في العقود الملزمة لجانبين. أنظر: محمود جمال الدين زكي، الحقوق العينية الأصلية، مطبعة جامعة القاهرة، مصر، بدون طبعة، 1978، ص.99. نقلا عن: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.305.

⁵² عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، حق الملكية، الجزء الثامن؛ دار إحياء التراث العربي، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، ص.523.

⁵³ أنظر في عرض هذا الخلاف: إيناس محمد إبراهيم جاد الحق، الشرط المانع من التصرف دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.302.

⁵⁴ جرى الفقه القانوني على التمييز بين البطلان والقابلية للإبطال من خلال وصف البطلان المتعلق بالنظام العام بالبطلان المطلق، وهو الذي يثيره القاضي من تلقاء نفسه وفي أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام المحكمة العليا والذي يتقرر لأي شخص إثارته. وبين القابلية للإبطال بوصفه بالبطلان النسبي والذي لا يتعلق بالنظام العام وبالتالي لا يتقرر إثارته إلا لمن له مصلحة. أنظر للإستزادة في الفرق بين أنواع البطلان: بلحاج العربي، نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص.329.

⁵⁵ François Terre, Philippe Simler, Droit Civil, Les Biens, Dalloz, France, 8eme Edition, 2010, p.p.137-138.

⁵⁶ يقصد بالتشريع العقاري في ظل المنظومة التشريعية الجزائرية؛ مجموعة النصوص القانونية التشريعية منها والتنظيمية التي تنظم الوعاء العقاري، إذ ورغم عدم وجود تقنين مجمع للتشريع العقاري كالقانون المدني والتجاري وغيره، إلا أن خصوصية هذا التشريع جعلت من عملية تقنينه أمراً عسيراً نظراً لحركيته المستمرة وتنقيحاته الدورية وتعلقه بمختلف قوانين المالية والتكميلية.

⁵⁷ المرسوم رقم 76-63، المتعلق بتأسيس السجل العقاري، المؤرخ في 25 مارس 1976، الجريدة الرسمية، عدد 30، الصادر بتاريخ 13 أبريل 1976.

⁵⁸ Décret n° 55-22, portant réformes de la publicité foncière, du 4 Janvier 1955, journal officiel de la Polynésie française n°7, publié le 7 Janvier 1955.

⁵⁹ **Article 28-2: "Sont obligatoirement publiés au service chargé de la publicité foncière de la situation des immeubles :**

2° Les actes entre vifs dressés distinctement pour constater des clauses d'inaliénabilité temporaire et toutes autres restrictions au droit de disposer, ainsi que des clauses susceptibles d'entraîner la résolution ou la révocation d'actes soumis à publicité en vertu du 1° ; de même, les décisions judiciaires constatant l'existence de telles clauses".

⁶⁰ المرسوم التنفيذي رقم 08-196، المحدد لشروط إعادة التنازل عن المساكن الاجتماعية الممولة من طرف الدولة والسكنات المستفيدة من إعانات الدولة لإكتساب الملكية، المؤرخ في 6 يوليو 2008، الجريدة الرسمية، عدد 38، الصادر بتاريخ 9 يوليو 2008.

⁶¹ جمال بوشنافة، الشرط المانع من التصرف في السكنات المستفيدة من إعانة الدولة، مجلة حوليات جامعة بشار، كلية الآداب واللغات، جامعة طاهري محمد بشار، المجلد 11، العدد 11، 2011، ص.133.

⁶² راجع أحكام المرسوم التنفيذي رقم 01-105، المحدد لشروط شراء المساكن المنجزة بأموال عمومية في إطار البيع بالإيجار وكيفيات ذلك، المؤرخ في 23 أبريل 2001، الجريدة الرسمية، عدد 25، الصادر بتاريخ 29 أبريل 2001.

⁶³ **المادة 57** من القانون رقم 07-12، المتضمن قانون المالية لسنة 2008، المؤرخ في 30 ديسمبر 2007، الجريدة الرسمية، عدد 82، الصادر بتاريخ 31 ديسمبر 2007.

⁶⁴ **المادة 22** من القانون رقم 11-11، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2011، المؤرخ في 18 يوليو 2011، الجريدة الرسمية، عدد 40، الصادر بتاريخ 20 يوليو 2011.

⁶⁵ **المادة 58** من القانون رقم 11-16، المتضمن قانون المالية لسنة 2012، المؤرخ في 28 ديسمبر 2011، الجريدة الرسمية، عدد 72، الصادر بتاريخ 29 ديسمبر 2011.

⁶⁶ **المادة 91** من القانون رقم 17-11، المتضمن قانون المالية لسنة 2018، المؤرخ في 27 ديسمبر 2017، الجريدة الرسمية، عدد 76، الصادر بتاريخ 28 ديسمبر 2017.

⁶⁷ **المادة 36** من القانون رقم 18-18، المتضمن قانون المالية لسنة 2019، المؤرخ في 27 ديسمبر 2018، الجريدة الرسمية، عدد 79، الصادر بتاريخ 30 ديسمبر 2018.

⁶⁸ التعليم رقم 1651، المؤرخة في 05 فيفري 2019، الصادرة عن وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية تميمين الأملاك التابعة للدولة.

⁶⁹ أنظر: التعليم رقم 1651، المشار إليها سابقاً.

⁷⁰ التعليم رقم 3560، المؤرخة في 31 مارس 2019، الصادرة عن وزارة المالية، المديرية العامة للأموال الوطنية، مديرية المحافظة العقارية ومسح الأراضي.