المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي – تيسمسيلت –
معهد العلوم القانونية والإدارية
قسم القانون الخاص

البيوع العقارية للمفقود

وناقص الأهلية

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر
تخصص : قانون عقاري

من إعداد الطلبة
1 – بلباهي جيلالي
2 – بوسيف الحاجة

إشراف الأستاذ
علاق عبد القادر

السنة الجامعية 2018 /2019

دعـــــــــاء

اللهم افتح علينا حكمتك

انشر علينا أبواب رحمتك

يا أرحم الراحمين

اللهم علمني مما ينفع وينفعني

بما علمتني وزدني علما

يا أرحم الراحمين

اللهم ارزقنا علما واسعا وشفاء

من كل داء وسقم برحمتك

يا أرحم الراحمين

اللهم انا نسألك علما نافعا

وعملا متقبلا ورزقا طيبا

يا أرحم الراحمين

أمين

شكـر وتقـديـر

"كن عالما .... فإن لم تستطع فكن متعلماً، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم "

بعد رحلة بحث وجهد واجتهاد تكللت بإنجاز هذا البحث، نحمد الله عز وجل على نعمه التي مّنا بها علينا فهو العلي القدير، كما لا يسعنا إلا أن نخص بأسمى عبارات الشكر والتقدير إلى أستاذي المشرف الدكتور "علاق عبد القادر " لمجهوداته تقديرا وتوجيهاته القيمة وحسن المعاملةً والبشاشة المرسومة دائماً على وجهه، مما جعلني لا أتردد في طرح سؤال يخص إعداد هذه المذكرة .

كما أشكر جميع أساتذة معهد العلوم القانونية والإدارية في المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي الذين يسعون إلى إنارة درب الطلبة في هذا الصرح الكبير.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى كل عمال المكتبة والموظفين في المركز الجامعي على مساعدتنا طيلة فترة دراستنا وإلى كل من قدم لنا يد العون في إنجاز هذا العمل" .فجزاهم الله عني خير الجزاء وثقل الله ميزان حسناتهم" .

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين، وزوجتي، وأبنائي إياد عبد الودود، وزياد عبد المجيد، وكل إخوتي وأخواتي، وأبناء أخي إبراهيم، ريان، وديمة، وكل زملائي في الدراسة، وكل الأصدقاء .

جيلالي بلباهي

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الولدين الكريمين حفظهم الله، وإلى من سيكمل معي درب حياتي زوجي، وإلى من هم النور الذي يضيئ حياتي زياد، وإياد، وإلى كل إخوتي وأخواتي وكل أبنائهم .

الحاجة بوسيف

قائمة المختصرات

- ج. ر.ج .ج. د. ش: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.

- ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

- ق.إ.م.إ: قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

- ق.م.ج: قانون المدني الجزائري.

- د.ت.ن: دون تاريخ النشر

- ج: الجزء.

- ط: الطبعة.

- ص: صفحة.

مقدمـة

مقدمة:

يعتبر العقار أهم الأموال التي يمتلكها الإنسان، لذلك خصّه المشرع الجزائري على غرار كل التشريعات بترسانة من القوانين تنظمه، سواء التصرفات الواردة عليه، أو حمايته من مختلف الإنتهاكات التي تقع عليه كما أخضع هذه التصرفات لإجراءات خاصة، تعتبر من النظام العام لا يمكن الإتفاق على مخالفتها، وهذا ما جاءت به الفقرة الأولى من المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بنصها " زيادة عن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي، يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية العقارية أو حقوق عقارية ...ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد "[1]. وهذا فيما يخص الأشخاص البالغين والمتمتعين بكامل قواهم العقلية وغير محجور عليهم.

غير أنه خصّ بعض الفئات بحماية أشد وإجراءات خاصة، سواء من خلال قانون الأسرة وقانون الاجراءات المدنية والإدارية، أورد كتابا كاملا لهذه الفئة، وهو الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية كما جاء فيه بخمس فصول نتطرق لها بالتفصيل في دراستنا هذه، كما أخضع تصرفات هذه الفئة الى الرقابة القضائية، أما قانون الإجراءات المدنية والإدارية، قد أخضع بعض تصرفات هذه الفئة إلى إجراءات خاصة وذلك في الباب الخامس تحت عنوان في الحجوز، الفصل الثامن بعنوان في بعض البيوع العقارية الخاصة، القسم الأول منه بعنوان في البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية والمفلس من خلال المواد 783، 784، 785 والمادة 789 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وقد حددت المادة 88 من قانون الأسرة كيفية اجراء هذا التصرف وشروطه، حيث جاء فيه على أن البيع الذي يتم على الأملاك العقارية لهؤلاء يكون بالمزاد العلني[2]. ويحتوي المزاد على إجراءات عديدة يتم من خلاله ابرام بعض العقود، هذه العقود تتم وفق ضوابط وقواعد قانونية وشروط خاصة.

كما يتطلب هذا الموضوع دراسة من جوانب مختلفة، سواء من حيث النيابة في التعاقد التي تعتبر أهم محور في دراستنا، وينبني عليها هذا التصرف ألا وهو البيع وخاصة الإجراءات السابقة، لقد عرف المشرع الجزائري البيع من خلال المادة 351 ق.م.ج[3] غير أن هذا البيع بمفهومه الواسع لا يطبق على هذه البيوع وإذا قام به الشخص يعتبر باطلا لذلك يرجع إلى إستصدار الترخيص أي الترخيص المسبق من القضاء للقيام بهذا التصرف

[1]- المادة 324 مكرر1 من الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج د ش عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

[2] – المادة 109 من القانون رقم 84.11 مؤرخ في 9 يونيو 1984 ، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج د ش عدد 24، صادر في 12 جوان 1984، المعدل و المتمم بالأمر رقم 02/05 مؤرخ في 27 فيفري 2005 ،ج ر ج ج د ش عدد 15، صادر في 27 فيفري 2005.

[3] – المادة 351 من الأمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

وفق إجراءات خاصة نص عليها المشرع كما يكون البيع بالمزاد العلني، بحيث يعتبر هذا البيع ذا خصوصيات تميزه عن البيع الرضائي كما عرفه الفقه القانوني بعدة تعريفات نذكر منها تعريف جمال الدين عوض بقوله "بأنه البيع بالتنافس بين عدة أشخاص بحيث تعطى الصفقة لمن يقدم أعلى ثمن ويكون المزاد علنيا إذا كان مفتوحا للجمهور أو على الأقل لطائفة من الأشخاص دون أن يقتصر على أشخاص معينين مقصودين بذواتهم مهما كثر عددهم "[1].

أما أهمية الموضوع فتكمن في أنه يعتبر إثراء للمعارف، وإضافة بحث يُستند إليه في البحوث اللاحقة سواء من الناحية العلمية والعملية كون هذا الموضوع يعالج قضايا إجتماعية واقتصادية، وذلك من خلال معالجة البيوع العقارية الواردة على ممتلكات المفقودين وناقصي الأهلية.

وفيما يخص أسباب اختيار الموضوع فيمكن تلخيصها في أسباب ذاتية وأخرى موضوعية، فالأسباب الذاتية هي أن هذا الموضوع عند دراستنا في السنة الأولى حقوق كانت أول مرة نتعرف فيها أنه هناك طريقة أخرى تنتهي بها الشخصية القانونية للإنسان وهو الموت الحكمي كما بلغ منا الفضول لمعرفة إجراءات استصدار حكم الفقد، وكذلك عرفنا مراحل الأهلية، وعلى هذا قمنا بإختيار هذا الموضوع، وهذا ما مكننا من الإطلاع عليه والغوص في تفصيلها مما جعل لنا ملكت فكرية يمكن الإنفراد بها عن باقي زملائنا، أما الأسباب الموضوعية فتعود إلى أن هذا الموضوع ورغم صدور قانون الأسرة الذي نظمها سنة 1984 إلى أنه لم تريد فيه الكثير من الدراسات التي تعالج هذا الموضوع، وبذلك يكون إنجاز هذا البحث بمثابة بحث جديد.

إن الهدف من هذا البحث هو إيصال بعض المعلومات يجهلها الكثير من طلبة الحقوق، خاصة أنه يعالج موضوع إجتماعي يتعلق بفئة من فئات المجتمع المتمثلة في المفقودين وناقصي الأهلية، وموضوع آخر وهو العقار وكذلك التصرفات الواردة عليه، كما يجهل الكثير أن البيع العقار الذي يمتلكه المفقود وناقص الأهلية يتم بيعه عن طريق المزاد العلني، ولذلك كان ولابد من التطرق إليه من خلال الإجراءات الواردة على هذا التصرف، وتبيان إجراءات وشروط البيع بالمزاد العلني.

إن موضوع البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية، يعتبر كغيره من المواضيع يثير عدة إشكالات قانونية وعملية التي تطرح على مستوى القضائي والإجتماعي، وعلى هذا الأساس طرحنا إشكالية رئيسية وإشكالات

[1] – زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر، 2009، ص24.نقلا عن مسعي محمد يونس، البيع بالمزاد العلني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر "شعبة الحقوق – تخصص : قانون الشركات، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2017/2016، ص1.

فرعية : **ما ماهية المفقود وناقص الأهلية ؟ وماهي الأحكام القانونية المنظمة للبيوع العقارية الواردة على أموال هذه الفئة ؟**

وهذه الإشكالية تتفرع عنها تساؤلات فرعية.

كيف عالج الفقه والقانون أحكام المفقود وناقصي الأهلية ؟

فيما تتمثل إجراءات وشروط الحماية القانونية لهذه الفئة ؟

وما الشروط والإجراءات الشكلية والموضوعية في البيوع العقارية الواردة على أموالهم ؟

وللإجابة على هذه الإشكاليات إعتمدنا المنهج الوصفي كونه المنهج الأصلح لهذا الموضوع، والمنهج التحليلي كون هذا الموضوع لا توجد فيه دراسات كثيرة، ذلك من خلال تحليل المواد القانونية التي خصها المشرع في قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث أن المشرع عالجها من خلال هذين النصين بالإضافة إلى القانون المدني.

وعلى ما سبق قد قسمنا هذا البحث إلى فصلين، تناولنا في الفصل الأول الإطار المفاهيمي للمفقود وناقص الأهلية وذلك من خلال مبحثين، أما في الفصل الثاني فقد تناولنا فيه أحكام البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية وهو الآخر تطرقنا فيه إلى مبحثين.

الفصل الأول

ماهية المفقود وناقص الأهلية

الفصل الأول

ماهية المفقود وناقص الأهلية

إن الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بتمام ولادته حيا وتنتهي بموته، سواء كان الموت حقيقيا أو حكميا، غير أنه في هذه الحالة الأخيرة تتحدد وفقا لحالة نص عليها المشرع الجزائري ونظم أحكامها في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، وهي حالة الغيبة وحالة الفقد.

وهذه الأخيرة تعتبر محل دراستنا في هذا الفصل، بحيث نتطرق لها من خلال مفهومها وإجراءات صدور حكم الفقد الذي تنتج عنه آثار، كما نتناول الأهلية ومراحلها، حيث عالج المشرع الجزائري أحكامه هي الآخرى، من خلال القانون المدني وقانون الأسرة، وكذلك العوارض التي تعتري شخصية الإنسان القانونية، التي بعضها يدخل الشخص في حالة انعدام الأهلية أو ضمن العوارض المنقصة لها، وهذا ما جعل المشرع الجزائري ينظم أحكام خاصة ضمن قانون الأسرة، وقانون إجراءات المدنية والإدارية، وهذا ما نتطرق إليه في هذا الفصل.

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين تناولنا في المبحث الأول مفهوم المفقود وشروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد والموت الحكمي، والآثار المترتبة عنه، أما في المبحث الثاني فقد تناولنا فيه مفهوم الأهلية وناقصي الأهلية والحجر وإجراءاته.

المبحث الاول

مفهوم المفقود، شروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد والموت الحكمي

إن الأصل إنتهاء شخصية الإنسان بالموت الحقيقي، غير أنه هناك حالات تستوجب استصدار حكم بالموت الحكمي التي رتبها القانون للغائب والمفقود، ذلك من أجل تحديد مصير بعض الأشخاص المرتبطة بهم وهي الزوجة والدائنين، كما يتم تحديد مصالحهم خلال إدارة أموالهم و ممتلكاتهم التي تركوها، كما يجب أن تتوفر فيهم شروط حتى يتم إستصدار حكم الفقد وفق إجراءات خاصة نظمها القانون[1]. وعلى هذا قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، تناولنا في المطلب الأول تعريف المفقود وحكم الفقد وتمييز المفقود عن الغائب والأسير، وشروط وإجراءات استصدار حكم الفقد وآثاره في المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث شروط وإجراءات إستصدار حكم موت المفقود وآثاره.

المطلب الأول: مفهوم المفقود.

لبيان مفهوم المفقود نتطرق إلى تعريف المفقود في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني تمييز المفقود عن بعض المفاهيم المشابهة له كما يلي.

الفرع الأول: تعريف المفقود.

إن تعريف المفقود يستوجب علينا أن نتطرق إليه من الناحية اللغوية والناحية الفقهية والقانونية، والتعريف الأخير يكون حسب ما جاء به المشرع الجزائري في النصوص الخاصة وقانون الأسرة ، نتطرق كمايلي.

أولا: التعريف اللغوي للمفقود.

هو الضائع والمعدوم، يقال فقد الشيئ يفقده فقدا، وفقدانا وفقودا، ضله ضاع منه وفقد المال ونحوه خسره وعدمه[2].

ويقال: فقد الشيئ افقده إذا غاب عنه ولم يجده، وتطلق كلمة المفقود أيضا في اللغة على الأضداد فيقال: فقدت الشيئ إذا ضللته وفقد له أي طلبه ، وكلا المعنيين متحقق في المفقود، قد ظل عن أهله، وهم في طلبه أما التفقد فهو طلب ما فقدته، طلبه عند الغيبة، ولهذا يطلق المفقود عن الضائع.
كما أن فقدان الشيئ إذا عدمته أو أضعته، كقول العرب " فاقد الشيئ لا يعطيه "[3].

---

[1] – محمد حسين منصور، نظرية الحق " ماهية الحق، انواع الحق، الاشياء محل الحق ، ميلاد الحق وحمايته واثباته الشخصية القانونية: الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009، ص326.

[2] – مرزوق جيلالي وخفيف محمد ياسين، البيوع العقارية القضائية " البيع بالمزاد العلني نموذجا "، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة ابن خلدون، ملحق قصر الشلالة تيارت، سنة الجامعية 2016 – 2017، ص7.

[3] – دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2009، ص190.نقلا عن أزرو مريم وعتيق زينة، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري وقانون المصالحة الوطنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق " فرع القانون الخاص " تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2015 – 2016، ص7.

ثانيا: تعريف المفقود حسب الفقه الإسبلمي.

لم يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف محدد للمفقود، إنما ذهبت كل طائفة منهم إلى تعريف مغاير لما ذهب إليه الأخرون[1]. نتطرق له كما يلي.

1 – عند الحنفية.

المفقود هو الذي غاب عن أهله وبلده، أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت؟ ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان، فهو معدوم بهذا الاعتبار.

فعرفه السرخسي بقوله: إسم لموجود، هو حي بإعتبار أول حاله ولكنه خفي الأثر كالميت باعتبار ماله، وأهله في طلبه يجدون ولخفاء أثره مستقره لا يجدون، قد إنقطع عليهم خبره وإستتر عليهم أثره، وبالجد ربما يصلون إلى إمراد وربما يتاخر اللقاء إلى يوم التناد[2].

2 – عند المالكية.

المفقود هو الذي لا يبلغه سلطان، ولا كتاب سلطان فيه قد أضله أهله وإمامه في الارض لا يدري أين هو وقد تلوموا الطلبه والمسألة عنه فلم يوجد، فذلك هو المفقود الذي يضرب له الإمام (أي ضرب له مدة) فيما بلغنا.

3 – عند الشافعية.

هو من إنقطع خبره وجهل حاله في سفره أو حضر في قتال أو عند نكسار سفينة أو غيره، في معناه الأسير الذي إنقطع خبره.

4 – عند الحنابلة.

من لا تعلم له حياة ولا موتا لإنقطاع خبره، وقالوا أيضا : هو من خفى خبره بأسر أو سفر، ويدخل في ضمن تعريفهم الأسير [3].

---

[1] – العربي بلحاج، أحكام التركة والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الثانية، دار الثقافة، الجزائر، 2012، ص372. نقلا عن شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2014 – 2015، ص8.

[2] – عبد الله محمد ربابعة، الاثار المترتبة على عودة المفقود بعد حكم باعتباره ميتا في الفقه الاسلامي والقانون الاردني، دورية علمية محكمة، مجلة جامعة الشارقة، اربد الاردن، يونيو 2015، ص 299.

[3] – يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية، اطروحة لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2003، ص 18.

ثالثا: التعريف التشريعي للمفقود.

إن التعريف التشريعي هو الذي جاء به المشرع الجزائري في قانون الأسرة والقوانين الخاصة، نتطرق لها كما يلي.

1 – تعريف المفقود وفق القوانين الخاصة (الإستثنائية)*.

أ) – تعريف المفقود وفق الامر 02 – 03 المتعلق بأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001.

لقد جاء في المادة 02 الفقرة 1 تعريف المفقود " يصرح بموجب حكم كل شخص ثبت وجوده في مكان وقوع فيضانات 10 نوفمبر 2001 ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية [1].

ب) – تنص المادة 1/02 من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003 على أنه: " ...يصرح متوفى، بموجب حكم، كل شخص ثبت وجوده في أماكن وقوع هذا ألزلازل ولم يظهر له أي أثر ولم يعثر على جثته بعد التحري بجميع الطرق القانونية[2].

ج) –كما تنص المادة 30 من الأمر 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية على أنه: " يصرح بموجب حكم قضائي بوفاة كل شخص إنقطعت أخباره، ولم يعثر على جثته بعد التحريات بكل الوسائل القانونية التي بقيت دون جدوى[3].

2 – تعريف المفقود في قانون الأسرة الجزائري.

عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 109 من قانون الأسرة الجزائري "أنه الشخص الغائب الذي لا يعرف مكانه ولا يعرف حياته أو موته ولا يعتبر مفقودا إلا بحكم"[4].

---

[1] – المادة 2 من الأمر 02 – 03 المؤرخ في 25 فبراير 2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، ج ر ج ج د ش عدد 15 صادرة في 28 فبراير 2002.

[2] – من المادة 2 من الأمر 03 – 06 المؤرخ في 4 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، ج ر ج ج د ش عدد 37 صادرة في 15 يونيو 2003 .

[3] – المادة 30 من الأمر 06 –01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ، ج ر ج ج د ش عدد 11 صادرة في 28 فيفري 2006.

* – (الإستثنائية) هي قوانين خاصة جاء بها المشرع الجزائري لمعالجة حالات الفقد الخاصة، وخرج بها عن المبادئ العامة الموجودة في قانون الأسرة، حيث خفف فيها من الإجراءات.

[4]– المادة 109 من القانون رقم 84-11 يتضمن قانون الأسرة، مرجع سابق ذكره.

الفرع الثاني: تمييز المفقود عن بعض المفاهيم المشابهة له.

إن مفهوم المفقود يتداخل مع بعض المفاهيم الأخرى المقاربة له، غير أنهم يختلفون معه في بعض الميزات وهم الغائب والأسير نتطرق إليهم في هذا الفرع، ذلك من خلال تعريفهما وتمييزهم عن المفقود.

أولا: تعريف الغائب وتمييزه عن المفقود.

يستلزم لتمييز المفقود عن الغائب التطرق إلى تعريف الغائب ومن ثم تمييزه عنه وتبيان أوجه الشبه وأوجه الاختلاف.

1 – تعريف الغائب.

تعتبر الغيبة حالة أخرى تطرق لها المشرع الجزائري في قانون الأسرة لتي يمكن أن يطالب فيها حالة الموت لذا نتناوله تعريف الغائب في اللغة والفقه والقانون كما يلي.

أ) – تعريف الغائب لغة.

الغيبة من غاب يغيب غيبا وغيبة وغيبوبة وغيابا، فهو خالف حضر يقال: غاب فلان أي بعد، وغابت الشمس أي استترت عن العين وغاب الشيء عن الشيء أي توارى عنه واغيبت المرأة أي غاب عنها زوجها فهي مغيب. ومنه قوله تعالى: " يؤمنون بالغيب "، أي يؤمنون بما غاب عنهم مما أخبرهم به النبي صلى الله عليه وسلم، والغيب أيضا ما غاب عن العيون وإن كان محصال في القلوب، ويقال أيضا سمعت صوتا من وراء الغيب أي من موضع لا أراه[1]

ب) – تعريف الغائب شرعا.

عرف الفقهاء الغائب بأنه : هو من ترك وطنه راضيا أو مرغما، وستحال عليه إدارة شؤونه بنفسه أو الإشراف على من يديرها نيابة عنه، مما يترتب عليه تعطيل مصالحه أو مصالح غيره، ويستوي في ذلك أن يكون حياته محققة أو غير محققة [2].

[1] – عبد الجواد خلف، الغائب من انقطعت أخباره لعدة سنوات وأحكام القضائية، ط1 ، الدار الدولية للإستثمار الثقافي ، القاهرة، 2008، ص26. نقلا عن شبايكي نزهة ، مرجع سابق ، ص 18.

[2] – علي السيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، مصر، 1984، ص17. نقلا عن حميش فاطيمة وحميش صحرة، ميراث المفقود بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري "دراسة مقارنة " مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص : القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة 2017/06/21، ص12.

ج) – تعريف الغائب في قانون الأسرة الجزائري.

الغائب وفقا لنص المادة 110 [1]. هو الشخص الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته وإدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة نائبه مدة سنة، على أن يتسبب غيابه هذا في ضرر للغير ، ففي هذه الحالة يعتبر كالمفقود[2].

ما يلاحظ أن المشرع الجزائري في حقيقة الأمر لم يضع تعريفا للغائب من خلال المادة 110 ق . أ ،وإنما ذكر شروط اعتبار الغائب مفقودا ، فلو كانت نيته وضع تعريف للغائب لجاء نص المادة "الغائب هو ..." على غرار ما فعل مع المفقود[3].

2– تمييز المفقود عن الغائب.

لتمييز المفقود عن الغائب يستوجب علينا التطرق لأوجه الشبه والاختلاف كما يلي.

أ) أوجه الشبه.

*كلا من المفقود، والغائب يغيبان عن موطنهما، وعن محل إقامته.

*يجوز صدور الحكم بالفقدان كل من الغائب، والمفقود كما يجوز صدور الحكم بالوفاة عليه.

*الآثار المترتبة عن صدور الحكم هي نفسها، سواء بالنسبة للأموال أو لزوجة[4].

ب) أوجه الاختلاف.

المفقود يختلف عن الغائب الذي تكون حياته محققة و لكنه لا يوجد في موطنه أو محل إقامته، وقد يكون مجهول الإقامة أو له عنوان معلوم بالخارج، ولهذا فانه لا يعد مفقودا وتظل شخصيته القانونية قائمة وكل ما هنالك أن غيابه يؤدي أحيانا إلى عرقلة مصالحه و إستحالة مباشرتها، لذا يجوز بناء على طلب ذوي الشأن، للمحكمة أن تقيم وكيلا عنه يتولى إدارة شؤونه أثناء غيابه[5].

[1] – المادة 110 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون "النظرية العامة للحق"، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع الجزائر، 2011، ص94.

[3] – شوقي بناسي، نظرية الحق" في القانون الوضعي الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، القبة الجزائر، 2009، ص239.

[4] – شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص20.

[5] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص326.

ثانيا: تمييز المفقود عن الأسير.

لتمييز المفقود عن الأسير يستوجب علينا أن نعرف الأسير و من ثم نتطرق إلى تمييزه عن المفقود.

1 – تعريف الأسير.

إن تعريف الأسير يلزمنا بأن نتطرق له من الناحية اللغوية، ثم من الناحية الفقهية وفق فقهاء الشريعة الإسلامية وأخيرا من الناحية القانونية.

أ) – تعريف الأسير لغة.

الأسر في اللغة أصل واحد وقياس مطرد هو حبس والإمساك، أو هو الشد بالقيد مأخوذ من قولهم: أسرت القتب، بمعنى شددته، ومنه سمى الأسير لأنهم كانوا يشدونه بالقيد وهو الأسار.

والأسير: الأخيذ والمقيد والمسجون. وتجمع كلمة "أسير " على أسار، وأسار، وأسرى، وأسراء والأسار هم الذين جاؤوا بالوثاق والسجن. ويقال: أسير للرجل والمرأة، لأن ما كان على وزن فعيل بمعنى مفعول، يستوي فيه المذكر والمؤنث ما دام جاريا على الإسم، فان لم يذكر الموصوف ألحقت به علامة التأنيث فقيل أسيرة [1].

ب) – تعريف الأسرى في الفقه الاسلامي.

يقصد بالأسرى في الفقه الإسلامي: المقاتلون من الكفار الذين ظفر بهم في الحرب ، وأعني بهم أولئك القادرون على القتال من الرجال الذين اشتركوا بالفعل في الأعمال العدائية ضد الدولة الإسلامية، وبالتالي يخرج من عداد الأسرى المدنيون من الرجال والشباب الذين لا يقاتلون وكذلك النساء والأطفال ورجال الدين ممن لا يشتركون في المعركة[2].

ج) – تعريف الأسير في الفقه القانوني.

والأسير هو المقاتل المنتمي لأحد طرفي النزاع الذي يقع في قبضة الطرف الآخر وهو معلوم الحياة، ومن الممكن أن يصبح الأسير مفقودا إذا انقطعت أخباره، وجهل مصيره من الحياة أو الممات[3].

---

[1] – ميلود بن عبد العزيز، حماية ضحايا النزاعات المسلحة " في الفقه الاسلامي الدولي و القانون الدولي الانساني "، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 282.

[2] – المرجع نفسه، ص283.

[3] – الهادي محمد عبد الله، أحكام المفقود " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي"، ط1، دار دجلة، عمان، 2010، ص7. نقلا عن شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص22.

2 – تمييز المفقود عن الأسير.

إن تمييز المفقود عن الأسير يتطلب التطرق إلى أوجه الشبه ومن ثم أوجه الاختلاف.

أ) – أوجه الشبه.

*كلا من المفقود، والأسير يغيبان عن موطنهما، وعن محل إقامة.

*الأسير أن تنقطع أخباره ويجهل مصيره فلا تعلم حياته من مماته، ولا مكان إقامته، فهنا يأخذ حكم المفقود.

*الآثار المترتبة عن صدور الحكم هي نفسها، سواء بالنسبة للأموال أو للزوجة.

ب) – أوجه الاختلاف.

الأسير معلوم الحياة في حين المفقود تجهل حياته من مماته.

الأسير لا تنقطع أخباره عن الأهل.

الأسير لم يعرفه لا قانون الأسرة ولا القوانين الأخرى في حين المفقود تم تعريفه في قانون الأسرة.

المطلب الثاني: شروط وإجراءات استصدار حكم الفقد وآثاره.

لا يصدر الحكم بالفقدان إلا إذا سبقته مجموعة من الإجراءات نص عليها القانون ورتب على مخالفتها بطلان التصرف سواء فيما يخص أطراف الدعوى، شروط قبولها، إضافة إلى الإختصاص النوعي والإقليمي[1].

نحاول في هذا المطلب أن تطرق إلى شروط وإجراءت إستصدار حكم الفقد في قانون الأسرة والقوانين الإستثنائية في الفرع الأول، والآثار المترتبة على صدور حكم الفقد في الفرع الثاني.

الفرع الأول: شروط و إجراءات إستصدار حكم الفقد وفق القوانين الإستثنائية وقانون الأسرة.

إن شروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد تختلف بحسب القانون المنظم لها لذا سنتناولها بالتفصيل في هذا الفرع وهي كالأتي.

أولا – شروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد في ظل القوانين الإستثنائية.

إن إستصدار حكم الفقد وفقا للقوانين الإستثنائية هي أيضا تختلف عن بعضها سواء في الإجراءات والشروط وهذ ما نتاوله فيما يلي.

[1] – شبايكي نزهة، مرجع سابق ، ص23.

1) إستصدار حكم الفقد وفق الأمر 02 – 03 والقانون 03 – 06.

أ) إستصدار حكم الفقد وفق للأمر 02 – 03.

أصدر المشرع الجزائري الأمر رقم 02 – 03 المؤرخ في 25 /02 /2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001 وهذا الأمر مؤقت وخاص تم تطبيقه بأثر رجعي بدءا من تاريخ وقوع حادثة الفيضان وقد شرع هذا الأمر إجراءات خاصة لإثبات الفقد تتمثل فيما يلي[1].

***إجراءات إستصدار حكم الفقد.**

- تقديم الطلب.

وهو ما نصت عليه المادة 114 ق أ "يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة أو من له مصلحة ، أو النيابة العامة "[2].

- تكليف ضابط الشرطة القضائية بالتحقيق في حالة الشخص المفقود والبحث فيما إذا كان على قيد الحياة أم توفي جراء الفيضان والتأكد من وجوده وقت حدوث الفيضان، وتقدر فترة التحقيق بأربعة أشهر.
- تحرير محضر بعد نهاية الأربعة أشهر يتضمن إعلان حالة الفقد[3].
- ما يمكن ملاحظته أن المحضر الذي يعده ضابط الشرطة القضائية يحل محل الحكم الفقد.

ب) إستصدار حكم الفقد وفق القانون 03 – 06.

تعتبر حالة الفقدان بسبب الزلزال الذي ضرب مدينة بومرداس في 21 ماي 2003 حالة فقدان خاصة، لكونها جاءت لفترة وجيزة ترتب عنها فقدان للعديد من الأشخاص، بحيث لا تعرف حياتهم من مماتهم وهو الأمر الذي دفع بالمشرع الجزائري إلى سن قانون رقم 06/03 المؤرخ في 14جوان 2003 والذي تضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو سنة 2003.

تعد الضبطية القضائية محضر معاينة بفقدان الشخص المعني عند انتهاء الابحاث، ويسلم هذا المحضر لذوي حقوق المفقود، أو لكل شخص له مصلحة، في أجل لا يتعدى ثمانية(8) أشهر من تاريخ وقوع الكارثة[4].

---

[1] – عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية " نظرية الحق "، ج 2، برتي للنشر، الجزائر، 2009، ص85.

[2] – المادة 114 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[3] – عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص85.

[4] – أزرو مريم و عتيق زينة، مرجع سابق، ص13.

2 – إستصدار حكم الفقد وفق للأمر 06 – 01.

إن المشرع من خلال الأمر 06 -01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية إشترط لإثبات الفقد تقديم بطاقة إثبات ومعاينة محررة من طرف الضبطية القضائية التي تقوم بتحريرها بعد مدة من البحث والتحري، وتقديم هذه الوثيقة إلى نيابة الجمهورية التي تتولى مهمة تثبيت حالة الفقد بمعرفة رئيس المحكمة وضمن آجال قصيرة تسمح لأصحاب المصلحة من تحصيل حقوقهم المترتبة جراء الفقد سواء كانت مالية أو غير مالية [1].

ثانيا: شروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد وفقا لقانون الأسرة الجزائري.

لإستصدار حكم الفقدان المنصوص عليه في قانون الأسرة يستوجب رفع دعوى وفق شروط وإجراءات، نتطرق لها كما يلي.

1 – أصحاب الحق في تقديم حكم الفقد وتقديمه.

حسب نص المادة 114 من ق.أ.ج بقولها " يصدر الحكم بفقدان أو موت المفقود بناء على طلب أحد الورثة، أو من له مصلحة، أو النيابة العامة ". لقد جاءت هذه المادة بالإجراءات والشروط الأولية لإستصدار حكم الفقدان، نتطرق لها فيما يلي.

أ) – أصحاب الحق في تقديم طلب حكم الفقدان.

– الورثة: هو كل قريب للشخص، سواء بسبب الرابطة الزوجية أو الدم وجعل له القانون نصيب محدد في التركة، وتكمن مصلحته في تقسيم التركة وأخذ نصيبه منها وبناء على نص المادة 114 ق.أ يجوز لكل وارث اللجوء إلى القضاء للمطالبة بصدور الحكم بالفقدان[2].

– من له مصلحة: عبر المشرع الجزائري في نص المادة 114 ق.أ عن الفئة الثانية التي يحق لها رفع دعوى الفقدان بعبارة " من له مصلحة " وعليه يدخل في مفهوم هذه العبارة كل شخص يهدف إلى تحصيل منفعة من وراء دعوى تكون مستندة إلى حق أو مركز قانوني سواء كانت حالة أو محتملة[3].

[1] – عجة الجيلالي ، مرجع سابق ، ص85، ص86.

[2] – المادة 114 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[3] – نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، اطروحة لنيل شهادة الدكتوره في القانون الخاص، جامعة الجزائر – 1–، السنة الجامعية 2013/2012، ص69

ويدخل تحت هذا كل من تربطه علاقة عقدية أو قانونية، سواء كان دائنا أو شريك في الشركة مادامت مرتبطة بالمفقود مصلحة[1].

– **النيابة العامة**: حسب نص المادة 114 من ق.أ السابق ذكرها يتضح أن النيابة العامة تعتبر الفئة الثالثة في رفع دعو الفقدان ، أي تقديم طلب إستصدار حكم الفقد، وذلك كونها تهدف إلى حماية الحق العام، أي المصلحة العامة، كما أن قانون الأسرة من خلال نص المادة 3 مكرر جعل منها طرفا أصليا، جاء نصها .

" تعد النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذا القانون "[2].

وبشأن دعوى الفقد فهي تهدف إلى تقرير مركز قانوني هو مركز المفقود وحماية مصالحه ومصالح الغير المرتبطة به [3]. فيمكنها أن ترفع دعوى وصفتها في الدعوى أنها ممثلة للمجتمع، وأهليتها في تمثيلها من طرف وكيل الجمهورية أو مساعديه[4].

ب) – تقديم الطلب.

لقد حددت المادة 114 سالفة الذكر الأشخاص المخول لهم تقديم الطلب ورفع دعوى الفقدان وفق أحكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث ترفع الدعوى بموجب عريضة مكتوبة من المدعي أو وكيله مؤرخة وموقعة منه، تودع لدى كتابة ضبط المحكمة بقسم الأحوال الشخصية يلتمس فيها المدعى الحكم بفقدان أو وفاة المدعى عليه مع تقديم وسائل إثبات حالة الفقد كشهادة الشهود أو محضر إبلاغ الشرطة، على أن يثبت في المحضر تاريخ الفقد و ظروفه بالتفصيل[5].

2 – الإختصاص القضائي في دعوى الفقد.

لقد عالج المشرع الجزائري الإختصاص القضائي من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية،ولهذ نتطرق للإختصاص النوعي والإقليمي كما يلي.

---

[1] – عثمان دشيشة، أحكام المفقود في الفقه الاسلامي والقانون الجزائري "دراسة مقارنة "، اطروحة لنيل شهادة الدكتوره في العلوم – تخصص قانون، جامعة الجزائر – 1 – ، السنة الجامعية 2016/2015، ص63.

[2] – المادة 3 مكرر من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[3] – نوي عبد النور ، مرجع سابق ، ص71.

[4] – عثمان دشيشة، مرجع سابق، ص63،ص64.

[5] – عبد السلام مريم، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق "تخصص :قانون الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2017/2016، ص21.

أ) الإختصاص النوعي.

لقد حدد المشرع الجزائري الإختصاص النوعي في دعوى الفقد من خلال الفقرة الخامسة في المادة 423 بقولها ." ينظر قسم شؤون الاسرة ، على الخصوص في الدعاوى الآتية : ... 5 – الدعاوى المتعلقة بالولاية و سقوطها والحجر والغياب والفقدان و التقديم "[1].

ب) الإختصاص الإقليمي.

لم يحدد المشرع الجزائري الإختصاص الإقليمي في دعوى الفقدان لا في قانون الأسرة ولا في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية في المادة 426 منه المتعلقة بالإختصاص الإقليمي لقسم شؤون الأسرة، وعلى هذا يمكن أن يتحدد الإختصاص وفق للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية بموجب المادة 37 التي تنص على." يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة إختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف فيعود الإختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له وفي حالة إختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار ما لم ينص القانون على خلاف ذلك " [2].

3 – الإجراءات القضائية.

لقد نصت المادة 111 من ق.أ.ج على شرطين أساسيين قبل صدور حكم الفقدان حيث ألزمت القاضي على القيام بهم وجاء كالآتي " على القاضي عندما يحكم بالفقد أن يحصر أموال المفقود وأن يعين في حكمه مقدما من الأقارب أو غيرهم لتسيير أموال المفقود ويتسلم ما إستحقه من ميراث أو تبرع مع مراعاة أحكام المادة (99) من هذا القانون " [3].

ومن خلال إستقراء نص المادة أعلاه يتضح أن منطوق الحكم يجب أن يكون متضمن كل أموال المفقود ويتضمن أيضا إسم المقدم الذي يتولي إدارة شؤونه.

[1] – المادة 423 من القانون 08 – 09 متضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريد الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.

[2] – المادة 37 من القانون 08 – 09 متضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، مرجع سابق ذكره.

[3] – المادة 111 من قانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على صدور حكم الفقد.

هناك عدة أثار تترتب على صدور حكم سنطرق إلى أهمها في هذا الفرع.

لقد نص المشرع على الآثار المترتبة على أموال المفقود في المادة 115 ق.أ.ج بالقول " لا يورث المفقود ولا تقسم أمواله إلا بعد صدور الحكم بموته ..."[1].

وبالنسبة لهذا الأثر يعتبر المفقود حيا في حق الأحكام التي تضره وتترتب على ثبوت موته، وميتا في حق الأحكام التي تنفعه وتضر غيره وتترتب على ثبوت حياته.

توضيحا لذلك أن المفقود لم يحكم بموته بعد، ويحتمل أن يكون حيا، فإن أمواله لا تقسم على ورثته ولا ترفع عنه النفقة الواجبة عليه في ماله لمن يعوله كزوجته وأولاده، ولا يفرق بينه وبين زوجته.

ومن ناحية آخرى فإن المفقود لا يرث أحدا ممن مات من أقاربه، ولا يستحق بالفعل ما يوصى به له، لأنه يعتبر ميتا بالنسبة لهذه الأحكام التي يشترط فيها التحقق من حياة صاحبها وقت وجوبها ومع ذلك وعلى سبيل الإحتياط يوقف للمفقود من التركة التي خلفها مورثه نصيبه الذي كان يستحقه لو كان حيا وكذلك يحفظ ما أوصي به له.

لقد عالج المشرع الجزائري الآثار المترتبة بالنسبة لزوجة المفقود في المادة 112 ق.أ بقولها " لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناء على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون "[2] وبالرجوع إلى الفقرة الخامسة من المادة 53 التي تنص "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية ...5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة ...".

ومن خلال استقراء هذه الفقرة يتضح أن المشرع أورد 3 شروط وهي.

– الغياب لمدة سنة فأكثر والتي تبدأ سريانها من يوم غيابه إلى غاية رفع الدعوى عليه.

– أن تكون الغيبة دون عذر شرعي.

– أن يترك زوجته بدون نفقة[3].

غير أن هذه الشروط لا تنطبق على المفقود ذلك كون هذه الشروط أوردها للغائب الذي تكون حياته معلومة في حين أن المفقود يكون مجهول حياته من مماته، لذى كان على المشرع الإحالة الى الفقرة العاشرة من

[1] – المادة 115 من قانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 112 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[3] – المادة 53 من القانون 84- 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

نفس المادة، الذي جاء نصها " كل ضرر معتبر شرعا ". بذلك يكون الضرر معتبر شرعا بالنسبة لزوجة المفقود هو الغياب أكثر من سنة وخوفها من الوقوع في الفاحشة.

المطلب الثالث: شروط وإجراءات الحكم بموت المفقود وآثاره.

بعد صدور حكم الفقد الذي تطرقنا إليه سابقا ، والذي يعتبر إجراء تمهيدي لمرحلة أخري وهي مرحلة رفع دعوى الحكم بموت المفقود، وهذه المرحلة هي أيضا لا تخلو من الإجراءات يجب مراعاتها قبل صدور حكم موت المفقود، وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، حيث سنتناول شروط وإجراءات الحكم بموت المفقود في الفرع الأول، وفي الفرع الثاني الأثار المترتبة على صدور حكم الموت ورجوعه بعد صدور حكم الموت.

الفرع الأول : شروط وإجراءات الحكم بموت المفقود.

نتناول في هذا الفرع أهم الشروط والإجراءات وذلك منذ رفع الدعوى إلى غاية صدور حكم الموت وتسجيله في سجل الحالة المدنية، سواء في قانون الأسرة أو في القونين الخاصة (الإستثنائية).

أولا: الشروط والإجراءات المشتركة في رفع دعوى موت المفقود.

هناك بعض الشروط والإجراءات المشتركة في جميع الدعاوى التي ترفع في هذا الشأن بالنسبة لقانون الأسرة والقوانين الأستثنائية نتطرق لها كما يلي.

1 – عريضة الدعوى : وهي تحتوي على طلبات من شخص صاحب الطلب ويتعلق الأمر بطلب حكم بوفاة الشخص المفقود، وتقديم المرفقات مع عريضة تدل على إثبات واقعة الفقد سواء تم ذلك بموجب حكم قضائي أو بموجب محضر معاينة والإثبات إذا كانت حالة الفقد من بين الحالات المنظمة بموجب نصوص خاصة، ومختلف المستندات التي تثبت صفة المدعي[1].

2 – السندات المرفقة.

لا يمكن تقديم عريضة دعوى الموت الحكمي وحدها بل ألزم المشرع مقدم الطلب بإرفاقها بسندات، سواء بالسندات المحررة من قبل المحكمة أو ضباط الشرطة وكذلك السندات إثبات صفة المدعي.

[1] – نوي عبد النور، مرجع سابق، ص237.

أ)– حكم الفقد أو محضر المعاينة والإثبات.

إن هذا السند تعتمد عليه المحكمة في إثبات واقعة الفقد، وحساب الآجال الذي بعد إنقضائه يتم الحكم بوفاة المفقود، وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها في الملف رقم 118621 رقم الذي جاء فيه " لا يجوز بأي صفة من الصفات الحكم بالفقد والموت في أن واحد " فيتوجب على القاضي بناءا على هذا التآكد من وجود حكم الفقد خلال نظره في دعوى الوفاة الحكمية"[1].

ب)– مستندات أخرى.

يستطيع المدعي أن يقدم مستندات أخرى أو أدلة تثبت البحث عن المفقود دون جدوى كإعلانات علّقها في أماكن كثيرة أو صور أو طلب إعلانات على موجات الآثير ... إذا كان الشخص فقد داخل الوطن أو تقديم اثباتات تدل على أنه سافر خارج الوطن منذ تاريخ معين إنقطعت أخباره، وكل هذه الإثباتات يستند اليها القاضي للحكم بالوفاة[2].

ج)– إثبات صفة المدعي.

قد حدد القانون أصحاب الحق في رفع دعوى الموت الحكمي من خلال قانون الأسرة والقوانين الإستثنائية، وهم نفس الأشخاص الذين لهم الحق في رفع دعوى الفقدان المشار إليهم سابقا، وبذلك يجب على من يرفع الدعوى أن يقدم ما يثبت صلته بالشخص المفقود محل دعوى الموت الحكمي، وهذا بالنسبة للورثة أو من له مصلحة، أما النيابة العامة فتعتبر طرفا أصليا وذلك بموجب المادة 3مكرر السالف ذكرها

كما تجدر الإشارة أنه يمكن لوزير المالية، عقب إنقضاء آجال التحري والإنتظار أن يطلب حكم يثبت موت المفقود، وهذا بناء على الفقرة الثانية من المادة 177 من المرسوم التنفيذي رقم 12-427[3].

[1] – نوي عبد النور، مرجع سابق، ص238.

[2] – عثمان دشيشة ، مرجع سابق ، ص178.

[3] – المادة 177 من المرسوم التنفيذي رقم 12 – 427 المتضمن تحديد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة لدولة، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 ، ج.ر عدد 69 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2012.

3 – الاختصاص القضائي.

دعوى الموت الحكمي كغيرها من الدعوى تستوجب مراعاة الاختصاص القضائي نتطرق له كما يلي.

أ)– **الاختصاص النوعي:** إن هذه الدعوى ترفع أمام قسم شؤون الأسرة، لأن مسألة الحكم بوفاة المفقود من وسائل الأحوال الشخصية، وذلك لكونها تتعلق بإنهاء شخصية وما يترتب عنه من أثار. بينما يرى آخرون أن إثبات وفاة المفقود يكون عن طريق توجيه طلب مكتوب من وكيل الجمهورية أو الأطراف المعنية إلى رئيس المحكمة لاستصدار الحكم في هذا الأمر بعد إجراء التحقيقات التي يراها لازمة وضرورية لإثبات حالة الفقدان النهائي والحكم بالوفاة قضائيا[1].

ب) الاختصاص الاقليمي : لقد حدد المشرع الجزائري من خلال المادة 91 من الأمر رقم 70-20 المتضمن قانون الحالة المدنية، وجاء نصها كما يلي.

"– يقدم الطلب إلى محكمة مكان الولادة.

– إلا أنه بالنسبة للجزائريين المولودين في الخارج وكذا بالنسبة للأجانب فإن الطلب يقدم إلى محكمة المسكن أو الإقامة الإعتيادية.

– إذا لم يتوفر غير ذلك فتكون محكمة مدينة الجزائر هي المختصة.

– إذا فقد عدة أشخاص خلال نفس الحادث فيجوز تقديم طلب جماعي إلى محكمة مكان وقوع الفقدان أو إذا لم توجد فيه محكمة فإلى محكمة مدينة الجزائر"[2].

ثانيا: الأحكام الخاصة المميزة بالنسبة لقانون الأسرة والقوانين الاستثنائية.

يختلف قانون الأسرة عن القوانين الخاصة في بعض الأحكام نتطرق لها كمايلي.

1 – من حيث الآجال.

إن الآجال المحددة في قانون الأسرة والقوانين الإستثنائية تختلف وعلى هذا سنتطرق إليها كل على حدا.

أ) بالنسبة للمدة بعد صدور حكم الفقد.

لقد حدد المشرع الجزائري المدة الازمة للحكم بموت المفقود وفق حالتين، وهو ما جاء في نص المادة 113 ق.أ بقولها ." يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الإستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري

[1]– عبد السلام مريم ، مرجع سابق، ص23، ص24.

[2] – المادة 91 من الامر 70 – 20 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970، ج ر ج ج د ش عدد 21 صادرة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14 – 08 المؤرخ في 9 أوت 2014 ج ر ج ج د ش عدد 49 صادرة في 2014.

وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر إلى القاضي في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات "[1].

أما بالنسبة الأمر 06 -01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية سابق ذكره. يرفع طلب الحكم بالوفاة في أجل ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقدان، وهذا ما قضت به المادة 31 من الأمر رقم 06-01 التي تنص: "يجب على الأشخاص المذكورين في المادة 30 أعلاه رفع دعوى أمام الجهة القضائية المختصة في أجل لا يتجاوز ستة أشهر ابتداء من تاريخ تسليم محضر معاينة الفقد "[2].

ب) بالنسبة لأجال الفصل في الدعوى.

لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة أجال تلزم القاضي في الفصل في دعوى الموت الحكمي من تاريخ رفع الدعوى، على خلاف القوانين الاستثنائية التي حددت أجال الفصل في الدعوى، بالنسبة لقانون 02-03 من خلال الفقرة الثالثة من المادة الثانية نصت على ذلك بالقول " يتم التصريح بوفاة المفقود في آجل لا يتعدى شهرا واحدا ابتداء من تاريخ رفع الدعوى " [3]. وكذلك القانون 03-06 جاء بنفس الحكم من خلال المادة 3/2.

غير أنه بالنسبة للأمر 06-01 حدد أجال الفصل في الدعوى من خلال المادة 2/32 بقولها "... ويفصل القاضي المختص ابتدائيا ونهائيا في أجل لا يتجاوز الشهرين ابتداءا من تاريخ رفع الدعوى "[4].

وما يمكن ملاحظته أن هذا الأجل الممنوح للقضاء قصير جدا مقارنة بالقواعد العامة، وهذا ما يجعل سلطات القاضي مقيدة من حيث الفصل في دعوى الموت الحكمي.

2 – تسجيل الحكم في سجل الحالة المدنية.

يتم تسجيل منطوق الحكم المصرح بالوفاة في سجلات الحالة المدنية لمكان الولادة، وعند الاقتضاء في سجلات آخرى مكان أقام فيه المصرح بوفاته، ويشار إلى ذلك في هامش هذه السجلات، حيث يتم تقييد بيانات الوفاة، وتاريخها في هامش الوثيقة الأصلية المدونة في هذا السجل، وفي نفس الهامش يتم تقييد أي تصحيح يطرأ على الحكم القاضي بالوفاة وذلك تطبيقا لنص المادة 93 من الأمر 70-20 المتعلق بالحالة المدنية ، وإذا كان حكم الفقد جماعيا كأن يكون خاص بأفراد عائلة فقدوا في حادث واحد، أو جماعة من العمال فقدوا إثر وقوع حادث معين ففي هذه الحالة ترسل ملخصات فردية من منطوق الحكم إلى ضابط

[1] – المادة 113 من قانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 31 من 06-01 المتعلق بتنفيذ ميثاق السلم والمصالحة الوطنية، مرجع سابق ذكره.

[3] – شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص46.

[4] – أزرو مريم وعتيق زينة، مرجع سابق، ص50.

الحالة المدنية لمكان الولادة أو لضابط الحالة المدنية لآخر مكان سكن كل واحد من المفقودين على حدا قصد التسجيل[1].

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على صدور حكم موت المفقود و رجوعه حيا.

نتناول في هذا الفرع الآثار المترتبة على صدور الحكم بموت المفقود أولا، والآثار المترتبة في حالة رجوعه حيا ثانيا.

أولا: الآثار المترتبة على صدور حكم الموت الحكمي.

هناك عدة أثار تترتب على صدور حكم موت المفقود نتطرق لها فيما يلي.

1 – بالنسبة لأمواله.

بعد صدور حكم بإثبات موت المفقود، يعتبر ميتا في نظر القانون وتنتهي الشخصية القانونية، ومن ثم توزع تركته على ورثته الموجودين وقت صدور حكم الموت، وهذا ما يفهم من نص المادة 115 ق.أ.ج ويطابقها نص المادة 127 من نفس القانون، التي تقضي بأن الإرث يستحق بموت المورث حقيقة أو بإعتباره ميتا بحكم قضائي، ومن باب المخالفة فإنه من مات من ورثته قبل صدور الحكم أو أثناء نظر طلب الحكم بموته لا يرث منه شيئا، لأنه حسب المادة 128 ق.أ.ج يشترط لإستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا وقت موت المورث، وفي حالتنا هذه مات الوارث قبل الحكم بموت المورث أي المفقود[2].

ويمكن الإشارة إليه أن المشرع الجزائري اعتبر المفقود حيا بعد صدور الحكم بفقدانه ، دون تفرقة بين ما ينفعه وما يضره ، واعتبره ميتا بعد صدور الحكم بموته دون التفرقة أيضا بين ما ينفعه وما يضره[3].

2 – بالنسبة لزوجته.

اعتبار زوجة المفقود أرملة تعتد من وقت صدور الحكم القضائي البات بموت المفقود[4]. وهذا ما نصت عليه المادة 59 ق.أ.ج بقولها " إن زوجة المفقود تعتد بمضي أربعة أشهر وعشرة أيام من تاريخ الطلاق أو الوفاة أما إذا كانت حامل من المفقود فعدتها وضع حملها وأقصى مدة عشر أشهر من تاريخ الطلاق أو الوفاة، ولا تخرج زوجة المفقود المحكوم بوفاته من بيت زوجها مادمت في عدتها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في نفقت العدة "[5].

---

[1] – المادة 93 من الأمر 70 – 20 المتعلق بالحالة المدنية المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص247.

[3] – المرجع نفسه، ص248.

[4] – عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص89.

[5] – المادة 59 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

ثانيا: الآثار المترتبة على ظهور المفقود حي بعد صدور حكم الموت.

كما أنه هناك أثار تترتب على ظهور المفقود حي بعد صدور حكم الموت، نتاولها فيما يلي.

1 – بالنسبة لأمواله.

لقد نص المشرع الجزائري على هذه الآثار في المادة 115 ق.أ بقولها " ... وفي حالة رجوعه أو ظهوره حيا يسترجع ما بقي عينا من أمواله أو قيمة ما بيع منها " [1]. إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فإنه يسترد أمواله التي تم توزيعها على ورثته بعد الحكم بموته ، كما يسترد الأموال التي كانت قد حجزت له من تركة مورثه، والتي تم ردها بعد الحكم بعتباره ميتا إلى ورثة المورث[2].

غير أنه إذا تصرف الورثة في أموال المفقود يمكن أن يسترد قيمة ما بيع من التركة، وهو ما نصت عليه المادة 115 السابق ذكرها. أما ما استهلكه هؤلاء من أموال فهم غير مسؤولين عنه، أي أنهم لا يسألون في مواجهة العائد عن أي تعويض من قيمة ما هلك بفعلهم ، وذلك أن يدهم كانت يدا شرعية تستند إلى حكم قضائي سليم، كذلك الحكم إذا تصرفوا في المال بالشراء ونحوه ولا سبيل للرجوع عليهم ولا على المشتري[3].

2 – بالنسبة لزوجته.

لم يتناول المشرع الجزائري في المادة 115 ق.أ حكم في هذه المسالة [4]. غير أنه من خلال نص المادة 222 من نفس القانون أحالة صراحة إلى الشريعة الإسلامية بقولها " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"[5].

وبما أن المذهب الذي يأخذ به المشرع الجزائري هو المذهب المالكي، فإنه إذا عاد المفقود المحكوم بموته وكانت زوجته لم تتزوج بعد، فإنها تعود إليه دون عقد جديد لبطلان الحكم بالموت، وهذا الحكم يسري على الزوجة التي تم العقد عليها أما إذا تزوجت غيره وهي في عدة الأول فإن زواجها من الثاني وهو يعلم بحياة زوجها الأول فيكون زواجه حينئذ زواجا باطلا، لأنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج مرأة لا تزال على عصمة رجل آخر وهو يعلم بذلك[6]. وإذا كان الثاني قد تزوجها ودخل بها، فهي له شريطة أن لا يكون عالما بحياة المفقود[7].

---

[1] المادة 115 من القانون 84 – 11المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – شبايكي نزهة، مرجع سابق، ص79.

[3] – عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية "مبادئ القانون – النظرية العامة للحق "، الطبعة الخامسة عشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2015، ص159.

[4] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص250.

[5] – المادة 222 من القانون 84-11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[6] – أزرو مريم وعتيق زينة، مرجع سابق، ص80.

[7] – حميش فاطيمة وحميش صحرة، مرجع سابق، ص45.

المبحث الثاني

مفهوم الأهلية وناقصي الأهلية والإجراءات المتعلقة بها

إن معظم التصرفات التي يقوم بها الإنسان لها ضوابط تحكمها منظمة قانونا، غير أن هذه الضوابط تكون وفق معايير يستند إليها، ذلك من أجل توفير الحماية اللازمة للأفراد، وهذه الحماية قد تكون نسبية لبعض الأشخاص، في حين تكون حماية أشد لأشخاص آخرين.

وتعتبرالأهلية أحد المعايير التي يستند إليها في توفير الحماية القانونية وذلك للقيام ببعض التصرفات فالمشرع الجزائري وعلى غرار كل التشريعات خصّ الأهلية بمواد تحددها وتحدد مراحلها، كما وضع أحكام تحكمها وتبين حكم التصرفات في مراحلها، وكذلك بين أحكام الحماية لبعض الأشخاص . ويعتبر الإنسان أيضا كامل الأهلية إذا كان متمتعا بقواه العقلية، ولم يعتريه أي عارض من عوارضها ويستطيع أن يتصرف بكافة أمواله وتجعل إرادته صحيحة من حيث التعبير بالإيجاب والقبول[1].

على هذا قسّمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب تناولنا في المطلب الأول : مفهوم الأهلية وأنواعها ومراحلها، ومفهوم الصبي المميز ومن في حكمه في المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث مفهوم الحجر وإجراءاته وآثاره.

[1] – أيت وعلي سميحة، تصرفات ناقص الاهلية " دراسة مقارنة بين القانون و الفقه الاسلامي "، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – شعبة القانون الخاص / تخصص: قانون خاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2015/2014، ص1.

المطلب الأول: مفهوم الأهلية وأنواعها، مراحلها والعوارض المعدمة لها.

تكتسي الأهلية مكانة هامة في دراسة موضوع، وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين تناولنا في الفرع الأول تعريف الأهلية وأنواعها، وفي الفرع الثاني مراحل الأهلية و العوارض المعدمة لها.

الفرع الأول: تعريف الأهلية وأنواعها.

نتناول في هذا الفرع تعريف الأهلية أولا وأنواعها ثانيا كما يلي.

أولا: تعريف الأهلية.

نتطرق في هذه النقطة إلى تعريف الأهلية من الجانب اللغوي والإصطلاحي.

1 – التعريف اللغوي.

الأهلية من مادة أهل وهي ذات معان متعددة حسب وضعها في الجملة، ومن أهم معانيها الأقارب والعشيرة والزوجة.

وأهل الشيئ أصحابه، وأهل الأمر ولاته ،وأهل الدار سكانها، وتأهيل الرجل بمعنى تزوج، أو يقال هو أهل لكذا أي مستحق له أو مستوجب له[1].

ويقال أهله لذلك الأمر تأهيلا وأهله رآه لها أهلا، وإستأهل إستوجبه[2]، ومنه قوله تعالى { **هُوَ أَهْلُ التَّقْوَىٰ وَأَهْلُ الْمَغْفِرَةِ** } الأية 56 من سورة المدثر[3].

وتأهل للأمر أي صار أهلا له، والأهلية الصلاحية للأمر وتستعمل بمعنى الجدارة والكفاية للأمر[4].

2 – التعريف الاصطلاحي.

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لإكتساب حقوق وتحمل الإلتزامات، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية المتعلقة بهذه الحقوق[5].

وقد عرفت بأنها صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه إلتزامات، وصدور الأعمال والتصرفات القانونية منه على وجه يعتد به القانون ويحميه عند مباشرتها وإستعماله هذه الحقوق والإلتزامات[6].

---

[1] – الهادي معيفي، سلطات الولي على اموال القاصر في الشريعة الاسلامية وقانون الاسرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص – فرع قانون الاسرة، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر -1-، السنة الجامعية 2013 – 2014، ص36.

[2] – بن منصور أبو الفضل جمال الدين بن كرم، لسان العرب، ج2، دار الجبل، بيروت، 1988، ص163. نقلا عن نواري منصف، الوصاية على القاصر في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2014-2015، ص3.

[3] –سورة المدثر الأية 56.

[4] _ الهادي معيفي، مرجع سابق، ص36.

[5] – عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري، ط1، جسور للنشر والتوزيع ، المحمدية – الجزائر، 2010، ص56.

[6] – عوض احمد الزغبي، المدخل الى علم القانون، ط1 ، اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، 2010، ص257.

ثانيا : أنواع الأهلية.

هناك نوعان من الأهلية النوع الأول هي أهلية الوجوب والنوع الثاني أهلية الأداء، وعليه نتناول معيار التفرقة بينهما في هذه النقطة كما يلي.

1 – أهلية الوجوب.

أهلية الوجوب في الأصل يتساوى فيها الناس جميعا، وذلك أن الناس كقاعدة عامة متساوون في التمتع بالحقوق، ولكن إستثناء قد تكون مقيدة بالنسبة لبعض الحقوق، فالجنين ليس له إلا أهلية وجوب ناقصة[1]. لأنه لا يصلح إلا لكسب بعض الحقوق، وهي تلك التي لا تحتاج ثبوتها إلى قبول والتي نص عليها القانون، ومن ذلك أيضا تقييد المشرع أهلية الوجوب بالنسبة لبعض الحقوق السياسية حسب الجنس والسن أو في حالة الحكم على بعض الأشخاص بعقوبات معينة، وكذلك حرمان الأجانب من بعض الحقوق المدنية أو حق الملكية العقارية أحيانا[2].

2 – أهلية الأداء.

هي صلاحية الشخص للتعبير عن إرادته تعبيرا يرتب عليه القانون آثار قانونية، فهي تتعلق بالنشاط الإرادي للشخصية، أي قدرة الشخص على إنتاج الآثار القانونية في حق نفسه[3].

ومن هنا فإن أهلية الأداء لا تثبت للجميع، ولا توجد بمجرد توافر الشخصية القانونية كما هو الحال بالنسبة لأهلية الوجوب، بل يراعى في الإعتراف بها جملة مسائل كالسن والحالة العقلية وحرية التصرف وخلو الإرادة من كل عيب يعتريها[4].

3 – الفرق بين أهلية الوجوب و أهلية الأداء.

أ) – تكتسب أهلية الوجوب بمجرد ولادة الإنسان أو قبل ذلك ، أما أهلية الأداء فلا يكتسبها الإنسان إلا إذا بلغ سنا معينا.

ب) – أهلية الوجوب لا علاقة لها بإرادة الإنسان ، أما أهلية الأداء فترتبط بهذه الإرادة وتتوقف عليها.

---

[1] – عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص172.

[2] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص364.

[3] – المرجع نفسه، ص364.

[4] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص57.

ج) – أهلية الوجوب لا تتأثر بأي عارض من عوارض الأهلية ، ولا تختلف في الصغير عنه في الكبير وذلك إلى حين الوفاة ، أما أهلية الأداء فتتأثر بعوارض الأهلية وترتبط بعدة أدوار في حياة الإنسان[1].

الفرع الثاني: مراحل الاهلية والعوارض المعدمة لها.

لقد حدد المشرع الجزائري مراحل الأهلية من خلال ق.م وق .أ، وهي تختلف من مرحلة إلى أخرى كما حدد العوارض المعدمة للأهلية، وهو ما نتطرق إليه فيما يلي.

أولا: مراحل الأهلية.

قسم المشرع الجزائري مراحل الأهلية إلى ثلاث مراحل أو أدوار يمكن التطرق لها كما يلي.

1 – مرحلة إنعدام التمييز.

لقد حدد المشرع الجزائري هذه المرحلة في الفقرة الثانية من المادة 42 ق.م.ج بقولها " يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة "[2].

وتمتد مرحلة إنعدام التمييز من الولادة إلى دون ثلاثة عشرة سنة، ولا يستطيع الشخص الطبيعي في مرحلة إنعدام التمييز القيام بالتصرفات القانونية بنفسه، وإن قام بها تعد باطلة بطلانا مطلقا، ويستوي في ذلك ان تكون هذه التصرفات نافعة له نفعا محضا أو ضارة به ضررا بينا، أو دائرة بين النفع والضرر وهذا ما نصت عليه المادة 82 من قانون الأسرة[3].

2 – مرحلة التمييز.

تمتد مرحلة التمييز من ثلاثة عشرة إلى دون التاسعة عشرة، نتطرق إليها لاحقا.

3 – مرحلة كمال الأهلية.

وهي المرحلة التي يبلغ فيها الشخص سن الرشد، فيكتمل لديه الإدراك والتمييز، ثم تكون له أهلية أداء كاملة تشمل أهلية الإغتناء وأهلية الإرادة وأهلية التصرف وأهلية التبرع.

وهو ما يجعله أهلا لمباشرة كل الحقوق المدنية، بمعنى أنه يملك القيام بنفسه ولحسابه كل التصرفات القانونية أيا كان نوعها، سواء كانت ضارة ضررا محضا أو نافعة نفعا محضا أو دائرة بين النفع والضرر[4]. وسن الرشد حسب نص المادة 2/40 هو 19 سنة كاملة.

---

[1] – عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص173.

[2] – المادة 42 من القانون رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني الجزائري، مرجع سابق ذكره.

[3] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص59.

[4] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص344.

ثانيا : العوارض المعدمة للأهلية.

لقد نص المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 42 ق.م.ج على العوارض المعدمة للأهلية بقوله . " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فقد لتمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون "[1].

1 – العته.

المقصود بالعته ضعف في العقل يجعل صاحبه قليل الفهم مختلط الكلام وتدبيره فاسد، فالعته خلل يعتري العقل دون أن يبلغ مبلغ الجنون، بحيث يصبح معه المريض مشوش الفكر غير قادر على تدبير أموره أو تقديرها التقدير السليم، ويقتصر العته غالبا على انتقاص من الإدراك والتمييز دون أن يعدمه[2].

2 – الجنون.

يقصد بالجنون ذلك المرض الذي يصيب العقل فيؤدي إلى ذهابه، ومن ثم يؤدي إلى تعطيل إرادته ويعدم صاحبه التمييز، والجنون حكمه الصغير غير المميز، أي تصرفاته جميعها باطلة[3].

3 – الإجراء القانوني الواجب إتباعه لحماية المجنون والمعتوه.

إذا كان كل من المجنون والمعتوه يعاني من مرض أصاب العقل فأدى إلى زواله بالنسبة للأول وضعفه بالنسبة لثاني، ولحماية هؤلاء فتح المشرع سبيل قانوني لأصحاب الشأن تتمثل في نظام أو إجراء الحجر[4]. والذي سيتم بيانه لاحقا من حيث المفهوم والإجراءات.

المطلب الثاني: مفهوم الصبي المميز ومن هم في حكمه.

لقد نص المشرع الجزائري من خلال نص المادة 43 ق.م.ج على الأشخاص الذين يدخلون ضمن مفهوم ناقص الأهلية وذلك بقوله " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيه أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون[5].

ومن خلال استقراء نص المادة أعلاه يكون المشرع الجزائري حدد الأشخاص الذين يدخلون ضمن مفهوم ناقص الأهلية وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق في الفرع الأول إلى الصبي المميز وحكم تصرفاته، ومن في حكم الصبي المميز في الفرع الثاني.

---

[1] – المادة 42 من القانون 75 – 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص349.

[3] – عبد القادر الفار، مرجع سابق، ص176.

[4] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص62.

[5] – المادة 43 من الامر 75 – 58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

الفرع الأول: الصبي المميز وحكم تصرفاته

نتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الصبي المميز أولا وحكم تصرفاته ثانيا وهي كالأتي.

أولا: تعريف الصبي المميز.

نحاول في هذه النقطة تعريف الصبي المميز وفقا لم ورد عند فقهاء الشريعة الإسلامية، ومن ثم عند فقهاء القانون.

1 – تعريف الصبي المميز في الفقه الإسلامي.

يعرف الصبي المميز حسب فقهاء الشريعة الإسلامية: بانه هو الذي يعرف أن البيع يسلب ملكية المبيع من البائع، والشراء يدخل المبيع في ملك المشتري، بمعنى أن البيع سالب للملك والشراء جالب له، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير[1].

2 – تعريف الصبي المميز في الفقه القانوني.

يقصد بكون الشخص مميز في القانون: أن الإدراك والتمييز قد بدأ يتوافر لديه تدريجيا، فهو أن توافرت له بعض أسباب التمييز إلا أنه لا يزال ناقص العقل، فهو في مرحلة وسطى بين الإدراك التام وعدم الإدراك المطلق، فالإدراك والتمييز لديه ناقص، ولا تثبت له إلا أهلية أداء ناقصة[2]. وتمتد مرحلة نقص الأهلية أو التمييز من الثلاثة عشرة(13) سنة إلى دون التاسعة عشرة(19)[3].

ثانيا: حكم تصرفات الصبي المميز.

إن حكم تصرفات الصبي المميز أوردها المشرع الجزائري في المادة 83 ق.أ.ج وجاء نصها كما يلي. " من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة (43) من قانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الوالي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القاضي"[4].

[1] – أيت وعلي سميحة، مرجع سابق، ص4.

[2] – عوض احمد الزغبي، مرجع سابق، ص261.

[3] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص59.

[4] – المادة 83 من القانون رقم 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

الفرع الثاني: من هم في حكم الصبي المميز.

من خلال المادة 43 ق.م.ج سابق ذكرها أوردة عارضين من عوارض الأهلية، وجعلتهما في حكم الصبي المميز، هما السفيه وذا الغفلة.

غير أن القانون لم تضع تعريف للسفه والغفلة، لهذا تولى هذه المهمة رجال القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية على النحو الأتي.

أولا: السفه.

يعتبر السفه أحد عوارض المنقصة للأهلية لذا نتناوله من خلال المقصود به عند الفقه الإسلامي وعند رجال القانون.

1 – المقصود بالسفه عندالفقه الإسلامي.

عرفه الإمام السرخسي بقوله : السفه هو عمل بخلاف موجب الشرع، وهو إتباع الهوى وترك ما يدل على العقل والحجر، وعرف الإمام إبن جزي المالكي السفه بقوله : السفيه فهو المبذر لماله إما لإنفاقه بإتباع الشهوات، وإما لقلة معرفته بمصالحه وإن كان صالحا في دينه[1].

2 – المقصود بالسفه عند رجال القانون.

عّرف الفقه القانوني السفه على أنه تبذير المال على غير مقتضى العقل أو الشرع فالسفه لا يصيب العقل كالجنون والعته، وإنما يصيب الشخص في تدبيره، فلا يقدر عواقب تصرفاته ويستمر في تبذير ماله، وهذا وضع غير عادي ومن شأنه الإضرار بحقوق الأخرين، لذا وجب تدخل المشرع للحكم على تصرفات هذا الشخص، وتحديد مركزه القانوني بدقة حماية له ولغيره[2].

أو هو الخفة التي تحمل على تبذير المال والتصرف فيه على غير ما يقضي به العقل، ولا يعتبر السفه خللا في عقل السفيه بل في خفة تعتري الإنسان نتيجة ضعف بعض ملكات النفس، فهو يلحق بحسن التدبير فيفسده، ولذلك فإنه لا يعدم الإدراك والتمييز بل يؤدي إلى إنقاصهما، ولا يجعل الشخص عديم الأهلية وإنما يجعله ناقص الأهلية، وينتج عن السفيه إنفاق أمواله في غير طريق الشرع[3].

---

[1] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص356.

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص64.

[3] – مرتوس نصيرة ومحلبي صبرينة، الحماية القانونية للقاصر من مخاطر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة 23 جوان 2018، ص12.

ثانيا: الغفلة.

تعتبر الغفلة عارضا من العوارض المنقصة للأهلية، نتناوله من خلال المقصود عند فقهاء الشريعة الإسلامية، وعند فقهاء القانون.

1 – المقصود بالغفلة عند الفقه الإسلامي.

عّرف الإمام إبن عابدين ذا الغفلة بقوله : إنه ليس بمفسد – أي مبذر – ولا يقصد الفساد ولكنه لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه[1].

2 – المقصود بالغفلة عند فقهاء القانون.

يمكن تعريف الغفلة على أنه سذاجة لا يعرف صاحبها ما ينفعه وما يضره، فهي وضعية لها علاقة بالتدبير والتصرف لا بالحالة العقلية للشخص، وإذا كان المعني يعاني من خلل أصاب تدبيره وتصرفه فمن المؤكد أنه سيقع في غبن الغير فيستغل هؤلاء وضعيته بما يلحق به هو أولا أضرار كبيرة وبما يمتد أيضا إلى ذوي الحقوق[2].

وكذلك يقصد بها سلامة النية والسذاجة التي تؤدي بالشخص إلى سهولة الوقوع في الغبن، فهي كل ضعف في الإدراك وبساطة العقل وعدم التمييز بين التصرف المفيد والتصرف الضار [3]. ويستدل على الغفلة من إقبال الشخص على التصرف دون أن يهتدي إلى الربح منها أو قبوله الفاحش الغبن فيه عادة أو بأيسر وسائل الإنخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع[4].

ثالثا: تمييز السفه عن الغفلة.

يشترك السفه والغفلة في معنى عام واحد وهو ضعف الملكات الضابطة في النفس إلا أن ذا الغفلة يختلف عن السفيه في أن الأول ضعيف الإدراك لا يقدر التمييز الكافي بين النافع والضار فيغبن في معاملاته ويسري في فساده على طوية وحسن نية، بينما الثاني كامل الإرادة مبصر بعواقب فساده، ولكنه يتعمده ويقدم عليه غير أبه بنتيجة نظرا لتسلط شهوة الإتلاف على إرادته[5].

---

[1] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص 356.

[2] – عمار بوضياف، مرجع سابق، ص 65.

[3] –مصطفى محمد الجمال ومحمد حسن قاسم ، النظرية العامة للقانون "القاعدة القانونية – الحقوق "، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دون تاريخ النشر، ص191. نقلا عن مرتوس نصيرة ومحلبي صبرينة، مرجع سابق، ص12.

[4] – محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 389.

[5] – المرجع نفسه، ص 387، ص388.

رابعا: حكم تصرفات السفيه وذا الغفلة.

1 – قبل الحجر: تكون فيها تصرفاتهم صحيحة إلا إذا كانت حالة السفه والغفلة ظاهرة وفاحشة[1].

2 – بعد الحجر: حسب نص المادة 43 ق. م.ج و المادتين 85 و 107 من ق.أ.ج فان السفيه وذا الغفلة يعتبران في حكم الصبي المميز، وبذلك تكون أحكام تصرفاتهم نفس أحكام الصبي المميز السابق ذكرها.

المطلب الثالث: مفهوم الحجر وإجراءاته وآثاره.

لقد نظم المشرع الجزائري أحكام الحجر في قانون الأسرة في الكتاب الثاني : النيابة الشرعية الفصل الخامس في المواد من 101 إلى 108 تناول فيها بيان أسبابه وتوقيعه وحقوق المحجور عليه وآثاره[2]. نتطرق لها كما يلي.

الفرع الأول: تعريف الحجر وأسبابه.

نحاول التطرق في هدا الفرع إلى تعريف الحجر أولا، وأسبابه ثانيا كما يلي.

أولا : تعريف الحجر.

نتطرق لتعريف الحجر من خلال التعريف اللغوي والإصطلاحي والقانوني.

1 – تعريف الحجر لغة.

الحجر بفتح الحاء في اللغة هو المنع، يقال حجر عليه أي منعه من التصرف في ماله، وهو ضد الإباحة ومعناها أن تحجر على الإنسان ماله فتمنعه أن يفسده، وحجر عليه الأمر منعه منه وحجر العقل[3].

2 – تعريف الحجر إصطلاحا في الفقه الإسلامي.

عبارة عن منع مخصوص بشخص مخصوص من تصرف مخصوص أو نفاذه، وقد جاء في عبارة المتن " منع من تصرف قولي لا فعلي لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رده، فلا يتصور الحجر عليه والمنع من التصرف قولا لشخص مخصوص وهو المستحق للحجر وتقييده بالقولي، لأن التصرف الفعلي تترتب عليه أثار قانونية مهمة.

---

[1] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص360.

[2] – المرجع نفسه، ص362.

[3] – مقراني وردة ومهوبي سعاد، النيابة الشرعية في التشريع الجزائري: (الولاية ، الوصاية ، التقديم ، الحجر)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، السنة الجامعية 2015 / 2016، ص64.

والحجر على المحجور عليه إنما يكون في الأقوال التي تتردد بين النفع والضرر أما ما تتمحض نفعا له فلا حجر فيها، وأما ما تتمحض ضرر به فهو محجور عليه من الاصل[1].

3 – تعريف الحجر قانونا.

لم يعرف المشرع الجزائري الحجر لا في قانون الأسرة ولا في القانون المدني وإنما أقتصر على ذكر عوارض الأهلية جملة[2]. من خلال المواد 42 و 43 من القانون المدني و المادة 85 من قانون الأسرة، كما ذكر أحكامه في قانون الأسرة في المواد من 101 الى 108.

ثانيا: أسباب الحجر.

لقد أورد المشرع الجزائري أسباب الحجر في المادة 101 ق.أ بقولها." من بلغ سن الرشد وهو مجنون أو معتوه أو سفيه أو طرأت عليه إحد الحالات المذكورة بعد رشده يحجر عليه"[3]. إلا أنه يلاحظ أن المشرع قد أغفل ذكر الغفلة كسبب من أسبب الحجر، إلا أنه بالرجوع للمادة 43 من القانون المدني نجد أن الغفلة مقترن ذكرها إلى جانب السفه ، لذا كان على المشرع إضافتها في المادة 101 سابق ذكرها ، غير أنه لا يثار أي لبس بالنسبة له كونه ذكرها في المادة 43 ق.م وبذلك تكون الغفلة سبب من أسباب الحجر[4].

الفرع الثاني: إجراءات توقيع الحجر.

لم يحدد المشرع الجزائري الإجراءات الواجب إتباعها لرفع دعوى الحجر في القانون الأسرة لذا إستوجب علينا الرجوع إلى قواعد رفع الدعوى وفقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية.

أولا: الإجراءات الأولية لرفع دعوى توقيع الحجر.

إن الإجراءات الأولية لرفع دعوى توقيع الحجر تكون وفقا للمواد 08، 13، 14، 15، 16،17،18، 19 و37 و423 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

[1] – ربحي محمود القصراوي التميمي، الحجر واجراءات المتابعة في دعوى الحجر، ديوان قاضي القضاة، القدس فلسطين، 2017، ص7.

[2] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص362.

[3] – المادة 101 من الامر 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[4] – المادة 43 من القانون رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

1 – أصحاب الحق في رفع دعوى توقيع الحجر.

حيث تنص المادة 13 ق.إ.م.إ في فقرتها الأولى شروط قبول الدعوى بقولها " لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون "[1].

وبهذا تكون متطابقة مع المادة 102 من ق.أ .ج التي جاء نصها ." يكون الحجر بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة، أو من النيابة العامة "[2].

من خلال استقراء نص المادة 102 السابق ذكرها يكون المشرع قد حدد أصحاب الحق في رفع الدعوى.

2 – الإختصاص القضائي.

نتناول الإختصاص القضائي من جانبيه النوعي و الإقليمي وفقا لما حدده المشرع الجزائري.

أ) الاختصاص النوعي.

إن الإختصاص النوعي لا يثير أي إشكال وذلك كون المشرع الجزائري قد حدده في هذه الدعوى من خلال الفقرة الخامسة من المادة 423 ق.إ.م.إ بقولها " ينظر قسم شؤون الأسرة، على الخصوص في الدعاوى الأتية ...5 الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر ..."[3].

ب) الإختصاص الاقليمي.

يتحدد الإختصاص الإقليمي في دعوى الحجر بموطن المدعى عليه، والمدعى عليه في دعوى الحجر هو من يراد التحجير عليه، وبذلك تكون المادة 37 ق.إ.م.إ فصلت في الإختصاص الاقليمي.

ثانيا : تقييد الدعوى واجراءاتها.

حدد المشرع الجزائري الإجراءات الواجب إتباعها من خلال المواد 14، 15، 16، 17 من ق.إ .م.إ، تنص المادة 14 على قيد الدعوى وشروطها أما المادة 15 حددت البيانات الواجب توافرها في عريضة افتتاح الدعوى، أما المادة 16 ألزمت أمين الضبط بتقييد عريضة افتتاح الدعوى في سجل خاص، إلى أن المادة 17 أوجبت على رافع الدعوى دفع رسوم محددة وفقا للقانون.

ثالثا : الإجراءات اللاحقة لقيد الدعوى والسير فيها.

لقد حدد المشرع الإجراءات اللاحقة لقيد دعوى الحجر والسير فيها من خلال قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية كما يلي.

---

[1]– المادة 13 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 102 من الأمر84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[3] – المادة 423 القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

1 – تبليغ من يراد التحجير عليه.

وهو ما يفهم من خلال استقراء نص المادة 105 ق.أ.ج التي جاء نصها " يجب أن يمكن الشخص الذي يراد التحجير عليه من الدفاع عن حقوقه وللمحكمة أن تعين له مساعد إذا رأت في ذلك مصلحة "[1].

وبذلك يكون التبليغ الرسمي وفق اقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد 18 و19 والمواد من 406 الى 416 .

2 – إجراءات السير في الدعوى.

أ) تمكين الشخص الذي يراد التحجير عليه في حق الدفاع.

ب) تعين له المحكمة محامي إذا لم يستطع أن يوكل محامي، وهذا ما نصت عليه المادة 483 من ق.إ.م.إ.

ج) تعيين خبير وهو ما نصت عليه المادة 103 من ق.أ بقولها " يجب أن يكون الحجر بحكم وللقاضي أن يستعين بأهل الخبرة في إثبات أسباب الحجر "[2].

ومن خلال استقراء هذه المادة يلاحظ أن المشرع الجزائري ألزم القاضي بالاستعانة بأهل الخبرة قبل توقيع الحجر أي قيد سلطة القاضي وذلك كون هذه الدعوى تهدف إلى الطعن في أهلية الشخص ومركزه القانوني.

الفرع الثالث: إصدار حكم الحجر والإجراءات اللاحقة له وآثاره.

في هذا الفرع نتناول صدور الحكم بالحجر أولا، وإجراءات اللاحقة لصدور حكم الحجر ثانيا، وآثار حكم الحجر ثالثا كما يلي.

أولا: إصدار حكم الحجر.

لا يصدر حكم الحجر إلا بعد أن يستوفي الإجراءات التي تم ذكرها سابقا، كما ألزم المشرع القاضي بأن يعين مقدما للمحجور عليه في الحكم، وذلك في حالة عدم وجود والولي أو الوصي من أجل حماية مصالحه وإدارة شؤونه، وهذا ما نصت عليه المادة 104 ق.أ.ج.

تسبيب الحكم حيث ألزم المشرع القاضي بأن يكون حكمه مسبب وهذا ما نصت عليه المادة 11 من ق.إ.م.إ جاء نصها " يجب أن تكون الأوامر والأحكام والقرارات مسببة "[3].

---

[1] – المادة 105 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 104 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[3] – المادة 11 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

ثانيا: الإجراءات اللاحقة لصدور حكم توقيع الحجر.

لقد حدد المشرع إجراءات لاحقة لصدور حكم بالحجر على الشخص المحجور عليه، وذلك لإعلام الغير وحماية مصالحهم ومصالح المحجور عليه، كما مكن المشرع الجزائري هذا الأخير من الطعن الصادر ضده كما تناولنا آثار المترتبة على صدور حكم بالحجر وفقا للقانون.

1 – نشر الحكم وتأشير في سجل الحالة المدنية.

يعتبر نشر الحكم والتأشير في سجل الحالة المدنية من أهم الإجراءات اللاحقة لصدور حكم بالحجر وذلك حماية للغير وإعلامه بذلك، ويتم وفقا لإجراءات محددة قانونا.

أ) نشر الحكم.

هذا الإجراء أورده المشرع الجزائري في المادة 106 من قانون الاسرة حيث جاء نصها. " الحكم بالحجر قابل لكل طرق الطعن ويجب نشره للإعلام"[1].

أوجبت هذه المادة نشر حكم الحجر والحكمة من ذلك تمكين الغير من العلم به لمنع الإدعاء مستقبلا بالجهل إن تعاملوا مع المحجور عليه، ولا يسر في حق الغير إلا من وقت نشر الحكم وفقا للمادة 106ق.أ.ج ووفقا للمبادئ العامة في القانون فلا يستطيع الغير أن يحتج بعدم علمه بالحجر متى كان هذا الأخير قد تم نشره[2].

ب) تأشير الحكم في سجل الحالة المدنية.

أن هذا الاجراء لم يتطرق له المشرع في قانون الأسرة، غير أنه من استقراء نص المادة 489 ق.إ.م.إ يتضح أن المشرع الجزائري أشار إلى هذا الإجراء، حيث جاء نص المادة كما يلي . " يؤشر على هامش عقد الميلاد المعني في سجلات الحالة المدنية، بمنطوق الأمر القاضي بافتتاح أو تعديل أو رفع التقديم بأمر من النيابة العامة، ويعد هذا التأشير إشهارا "[3].

2 – إمكانية الطعن في حكم الحجر.

هي مكنة جاءت بها المادة 106 ق.أ.ج السابق ذكرها، والتي أجاز المشرع للمحجور عليه الطعن في حكم القاضي ضده بالحجر بجميع طرق الطعن العادية وغير العادية، وذلك كون حكم الحجر يمتد إلى الطعن في الشخصية القانونية، والتي له الحق في إستردادها من خلال هذا الإجراء المكفول قانونا.

[1] – المادة 106 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – مقراني وردة وموهب سعاد، مرجع سابق، ص70.

[3] – المادة 489 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

ثالثا: آثار الحكم بتوقيع الحجر.

تناول المشرع الجزائري آثار صدور حكم الحجر في المادة 107 من ق.أ .ج بقولها " تعتبر تصرفات المحجور عليه بعد الحكم باطلة ، وقبل الحكم إذا كانت أسباب الحجر ظاهرة وفاحشة وقت صدورها"[1].

ومن خلال استقراء نص المادة يلاحظ أن المشرع أورد ثلاث أحكام ، الحكم الأول عند صدور حكم بالحجر، وفي هذه الحالة تكون تصرفاته باطلة غير أنه بطلان نسبي وتتوقف تصرفاته على إجازة المقدم المعين لنيابة عنه، وقبل الحجر تعتبر تصرفاته صحيحة، غير أنه أورد استثناء ألا وهو الحكم الثالث الذي يعتبر تصرفاته باطلة، وذلك إذا كانت أسباب الحجر ظهر وفاشية قبل الحجر وكانت السبب في رفع دعو الحجر.

[1] – المادة 107 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

الفصل الثاني

أحكام البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية

الفصل الثاني

أحكام البيوع العقارية للمفقود وناقصي الأهلية

إن بيع العقار أو الحقوق العينية العقارية للمفقود وناقصي الأهلية تتم وفق إجراءات ومراحل نظم المشرع الجزائري أحكامها في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم هذا البيع عن طريق المزاد العلني ، حيث جعل هذه المراحل وفق ضوابط قانونية مرتبطة ومتسلسلة يجب مراعاتها قبل عملية البيع، كما أنه لا تتم عملية البيع إلا إذا كانت الإجراءات صحيحة ، وذلك كون البيع يرد على عقارات هاتين الفئتين خصهما المشرع بحماية خاصة، كما حدد الأشخاص الذين لهم الحق في طلب القيام بعمليه البيع، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين، نتطرق في المبحث الأول الأحكام التمهيدية للبيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية، وبيع العقار بالمزاد العلني والإجراءات النهائية في المبحث الثاني

المبحث الأول

الأحكام التمهيدية للبيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية

الأحكام التمهيدية للبيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية هي الإجراءات السابقة التي ألزم المشرع الجزائري الولي القيام بها قبل عملية البيع، حيث تم النص عليها في المادة 88 ق.أ بقولها. " على الولي أن يتصرف في أموال القاصر تصرف الرجل الحريص، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام. وعليه أن يستأذن القاضي في التصرفات التالية:

1 – بيع العقار، وقسمته، ورهنه، وإجراء المصالحة.

2 – بيع المنقولات ذات الأهمية الخاصة.

3 – استثمار أموال القاصر بالإقراض، أو الإقتراض أو المساهمة في الشركة.

4 – إيجار عقار القاصر لمدة تزيد على ثلاث سنوات أو تمتد لأكثر من سنة بعد بلوغه سن الرشد"[1].

بذلك يكون المشرع قّيد سلطات الولي بإذن في هذا التصرف، وكذلك حدّد الأشخاص الذين يمكن لهم تقديم الطلب إذن البيع، وذلك من خلال المادة 81 من ق.أ بنصها " من كان فاقدا للأهلية وناقصها لصغر السن، أو جنون، أو عته، أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي، أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون "[2].

كما أن هناك إجراءات لاحقة لصدور إذن البيع يجب مراعاتها قبل المرور إلى المراحل النهائية لبيع العقار، على هذا الأساس قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، تناولنا في المطلب الأول إذن البيع وإجراءات إستصداره، وفي المطلب الثاني أصحاب الحق في إستصدار إذن البيع، والإجراءات الاحقة لصدور إذن البيع في المطلب الثالث.

[1] – المادة 88 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 81 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

المطلب الأول: إستصدار إذن البيع الشروطه وإجراءاته.

إن استصدار إذن البيع يعد أول إجراء لبيع العقارات و/أو الحقوق العينية العقارية للمفقودين وناقصي الأهلية بالمزاد العلني، وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين، نتطرق إلى إجراءات وشروط إستصدار إذن البيع في الفرع الأول، والبيانات الواجب توافرها فيه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: إجراءات وشروط إستصدار إذن البيع.

لقد نص المشرع الجزائري على شروط وإجراءات استصدار إذن البيع في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية نتطرق لها في هذا الفرع كما يلي.

أولا: تقديم الطلب.

لم يحدد المشرع الجزائري في قانون الأسرة كيفية تقديم طلب إذن بالبيع في قانون الأسرة، كما لم يحدد إجراءاته ولا البيانات الواجب توافرها فيه، غير أنه من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية أشار إلى كيفية تقديم هذا الطلب، وتنص المادة 479 منه على ما يلي: "يمنح الترخيص المسبق المنصوص عليه قانونا والمتعلق ببعض تصرفات الولي، من قبل قاضي شؤون الأسرة بموجب أمر على عريضة "[1].

1 – الإختصاص القضائي.

إن الإختصاص النوعي لا يثير أي إشكال، وذلك أن نص المادة 479 السابق ذكرها حددت الإختصاص، كما أكدت أن قاضي شؤون الأسرة هو المختص في منح الإذن بالبيع، غير أنه يثور الإشكال في الإختصاص الإقليمي هل يكون في موطن المدعى عليه (أي المفقود أو ناقص الأهلية) أو يكون في مكان تواجد العقار ؟ لذا يستوجب علينا تحليل المادتين 37 و40 من ق.إ.م.إ للإجابة على هذا التساؤل.

كما تنص المادة 37 ق.إ.م.إ "يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطنا معروفا فيعود الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الإختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "[2].

وفقا لهذا المادة يعتبر الإختصاص الإقليمي لاستصدار إذن البيع هو موطن المدعى عليه، غير أن المادة 40 من نفس القانون أوردت استثناء على القاعدة العامة من خلال الفقرة الأولى كون أن إستصدار إذن البيع

[1] – المادة 479 من القانون 08 _09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 37 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق ذكره.

ينصب على عقار وهو ما جاء في نصها. " فضلا عما ورد في المواد 37 و38 و46 من هذا القانون ترفع الدعاوى أمام الجهة القضائية المبينة أدناه دون سواها:

– في المواد العقارية، أو الأشغال المتعلقة بالعقار، أو دعاوى الإيجارات بما فيها التجارية المتعلقة بالعقارات، والدعاوى المتعلقة بالأشغال العمومية، أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها العقار، أو المحكمة التي يقع في دائرة اختصاصها مكان تنفيذ الأشغال" [1].

ومن خلال إستقراء هذين النصين، يلاحظ أنه يتحدد الإختصاص الإقليمي لتقديم الطلب لمكان تواجد العقار، وذلك كون التصرف ينصب على عقار، وتعتبر المادة 40 المحددة للإختصاص الإقليمي.

ثانيا –كيفية تقديم الطلب.

لم يحدد المشرع الجزائري كيفية تقديم الطلب في قانون الأسرة، غير أنه من خلال المادة 479 ق.إ.م.إ السابق ذكرها يلاحظ أن المشرع الجزائري بيّن كيفية تقديم الطلب، وذلك بموجب أمر على ذيل عريضة، وعلى هذا يستوجب علينا التطرق إلى مفهوم الأمر على عريضة حسب ما تطرق إليه المشرع الجزائري في القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

1 – تعريف الأمر على عريضة.

لقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 310 من ق.إ.م.إ بنصها " الأمر على عريضة أمر مؤقت، يصدر دون حضور الخصم، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك "[2].

ومن خلال هذه المادة نستنتج أن الأمر على ذيل عريضة يتوفر على خصائص تميزه عن باقي العرائض سنتطرق لها فيما يلي.

2 – خصائص الأمر على عريضة.

من خلال استقراء نص المادة أعلاه يمكننا إستخلاص خصائص الأمر على عريضة.

* **ذو طبيعة مؤقتة** : لقد نص المشرع على هذه الخاصية في بداية الفقرة الأولى من المادة 310 من ق.إ.م.إ، غير أن الفقرة الثالثة وضحت المقصود بنصها " كل أمر على عريضة لم ينفذ خلال أجل ثلاث (3) أشهر من تاريخ صدوره يسقط ولا يرتب أي أثر "[3].

[1] _ المادة 40 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 310 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق ذكره.

[3] – المادة 311 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والادارية، مرجع سابق ذكره.

* **ذو طابع إنفرادي:** لم يلزم القانون مقدم الطلب إخطار الخصم، وكذلك القاضي يفصل فيه دون حضور الخصوم .

الفرع الثاني: البيانات الواجب توافرها فيه وأجال إصداره.

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على شكل ومضمون الأمر على عريضة غير أنه حدد الأجال التي يتم فيها الرد، وعلى هذا نتطرق في هذا الفرع أولا إلى بيانات الواجب توافرها فيه وثانيا أجال صدوره

أولا: البيانات الوجب توافرها في طلب إذن البيع.

لم يحدد المشرع الجزائري البيانات الواجب توافرها في طلب إستصدار إذن البيع، وبما أنه حدد أنه يجب أن يكون بأمر على عريضة بموجب المادة 479 من ق.إ.م.إ فيستنتج أن البيانات الواجب توافرها في طلب إذن البيع تكون وفقا للقواعد العامة، أي وفقا للمواد 14، 15، 16، 17 من نفس القانون.

ثانيا: آجال إصدار إذن البيع.

لقد ألزم المشرع القاضي بأن يفصل في طلب في آجال ثلاث (03) أيام من تاريخ تقديمه، وهذا ما نصت الفقرة الثانية من المادة 310 من ق.إ.م.إ .

المطلب الثاني: أصحاب الحق في تقديم طلب إذن بالبيع.

لقد حدد القانون أصحاب الحق في تقديم طلب من أجل استصدار الإذن بالبيع، بالنسبة لصبي المميز فقد حددهم في الولي والوصي والمقدم، أما بالنسبة للمفقود فقد حدده بالمقدم وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع كالأتي.

الفرع الأول: الولي.

عالج المشرع الجزائري أحكام الولاية في الفصل الأول من الكتاب الثاني من المواد 87 إلى 91 من قانون الأسرة، غير أن الولاية قسمها المشرع إلى قسمين، وهي الولاية على نفس القاصر التي نظم المشرع الجزائري أحكامها في المواد من 453 الى 463 من ق.إ.م.إ، أما الثانية هي الولاية على أموال القاصر، والتي نظم أحكامها من خلال المواد من 464 إلى 480 من ق.إ.م.إ، ويمكننا أن نتطرق لها في هذا الفرع كمايلي.

أولا: تعريف الولاية.

نتناول في هذه النقطة تعريف الولاية من الجانب اللغوي والإصطلاحي والقانوني كما يلي.

1 – تعريف الولاية لغة.

الولاية بفتح الواو وكسرها مصدر، بمعنى النصرة وبمعنى السلطة وتولي الأمر، وولي الرجل إذا أعانه ونصره أو قام بأمره وتولى شؤونه[1].

والولي بالسكون يعني اللم والقرب والدنو، والولي من أسماء الله الحسنى وهو الناصر المتولي بأمور الخلائق كلها وملك الأشياء جميعها المتصرف فيها، والولي من الناس التابع والمحب والصديق والناصر[2].

2 – تعريف الولاية اصطلاحا.

إختلفت تعريفات الولاية إصطلاحا، وعلى هذا نتطرق إلى بعض التعريفات وفق فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

أ) تعريف الولاية شرعا.

عّرف فقهاء الحنفية الولاية بأنها: تنفيذ القول على الغير شاء أم أبى، أما المالكية والحنابلة عرفها بأنها: توكيل شرعي يخول من قامت به صفة موجبة للولاية شرعا التصرف في نفس الغير وماله موجبة، أما الشافعية فقد عرفها بأنها القدرة الشرعية على التصرف الصحيح النافذ، سواء تصرف الإنسان لنفسه أو لغيره نيابة من الشارع أو من غير الإنسان مع إقرار الوصاية والوكالة[3].

ب) تعريف الولاية لدى الفقه القانوني.

الولاية هي سلطة يمنحها الشرع لشخص على آخر تجعل تصرفاته المالية نافذة في حقه دون رضاه، ونفاذ التصرفات يعنى ترتيب الأحكام بحكم الشرع سواء في مواجه الولي والمولى عليه أو الكافة[4].

---

[1] – الهادي معيفي، مرجع سابق، ص10.

[2] – ديلمي باديس، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون "تخصص قانون الاسرة "، جامعة العقيد أكلي محند ولحاج، البويرة، 2015، ص13.

[3] – موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجيستير في القانون "فرع العقود والمسؤولية جامعة أمحمد بوقرة، البويرة، تاريخ المناقشة 12 جوان 2006، ص11، ص12.

[4] – ديلمي باديس، مرجع سابق، ص33.

وفي تعريف آخر الولاية هي سلطة شرعية تجعل لصاحبها القدرة على مباشرة وإنشاء العقود والتصرفات ونفاذها، سواء في حق نفسه أو في حق الغير[1].

3 – تعريف الولاية قانونا.

لم يعرف المشرع الجزائري الولاية وإنما بين أحكامها من خلال المواد من 81 الى 91 من قانون الأسرة غير أن القانون النموذجي العربي الموحد لرعاية القاصرين فقد عرفها في المادة 47 منه " الولاية على المال هي حفظ مال القاصر ، وكل ما له علاقة بهذا المال والعناية به وتنميته "[2].

ثانيا : ترتيب الأولياء والشروط الواجب توافرها في الولي والسلطات المخولة لهم.

نتطرق في هذه النقطة إلى ترتيب الأولياء وسلطات الولي حسب ما جاء به قانون الأسرة.

1 – ترتيب الأولياء.

حدد المشرع الجزائري ترتيب الأولياء في المادة 87 من ق.أ.ج بنصها " يكون الأب وليا على أولاده القصر ، وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا.

وفي حالة غياب الأب أو حصول مانع له، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد.

وفي حالة الطلاق، يمنح القاضي الولاية لمن أسندت له حضانة الأولاد "[3].

وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يعطي الولاية للجد على مال القاصر بل حصرها في شخصين وهم الأب والأم، غير أنه أورد الترتيب وفق حالتين.

حددت الفقرتين 01 و02 الحالة التي يكون الأب هو في المرتبة الأولى، والأم في المرتبة الثانية أما الفقرة الثالثة فقد اوردت استثناء وجعلت المرتبة الأولى لمن أسندت له الحضانة في حالة الطلاق، وما هو معمول به في الواقع أن الحضانة دائما للأم وبذلك تحل هي أولا.

2 – الشروط الواجب توافرها في الولي.

لم يحدد المشرع الجزائري الشروط الواجب توافرها في الولي من خلال الأحكام الخاصة به في قانون الأسرة، غير أنه ما يلاحظ أن المشرع أدرج الشروط من خلال المادة 91 التي حددت أسباب التي تنتهي بها مهام الولي، وعلى هذا يمكن أن تكون الشروط كما يلي.

أ – القدرة : هي عكس العجز، أي القدرة البدنية والعقلية.

---

[1] – ديلمي باديس، مرجع سابق، ص 13.

[2] – الهادي معيفي، مرجع سابق، ص10.

[3] – المادة 87 من القانون 84 –11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

ب _ أن يكون كامل الأهلية : هي أن يكون غير محجور عليه.

ج – أن يكون حسن التصرف : وذلك بأن لا يكون مبذرا من أجل المحافظة على مال القاصر.

3 – سلطات الولي.

إن سلطات الولي تختلف بحسب التصرف المراد القيام به، بعض التصرفات أعطى فيها المشرع سلطة مطلقة للولي، غير أنه قيده في بعض التصرفات، وهي التصرفات التي نص عليها في المادتين 88 و90 من قانون الأسرة بالنسبة للمادة 88 لقد تطرقنا إليها سابقا أما المادة 90 فقد جاء نصها كما يلي " إذا تعارضت مصالح الولي ومصالح القاصر يعين القاضي متصرفا خاصا تلقائيا أو بناء على من له مصلحة "[1]. على هذا يمكن القول أن سلطات الولي مقيدة تقيدا مطلقا في بعض التصرفات.

ثالثا: إنتهاء مهام الولي.

إن أسباب إنتهاء مهام الولي حددها المشرع من خلال المادة 91 ق.أ.ج حيث جاء نصها على أنه " تنتهي وظيفة الولي : بعجزه ، بموته ، بالحجر عليه ، بإسقاط الولاية عنه "[2].

ما يلاحظ على هذه المادة أن أسباب إنتهاء الولاية كلها متعلقة بالولي وذلك على خلاف الوصي والقيم التي سنتطرق لها لاحقا.

الفرع الثاني: الوصاية.

إن الوصاية هي نيابة شرعية تتم وفق شروط وإجراءات لقد حددها المشرع من خلال قانون الأسرة في المواد من 92 إلى 98 ، نتطرق لها في هذا الفرع من حيث تعريفها، إجراءاتها وإنتهائها.

أولا : تعريف الوصاية.

لقد سبق القول أن الوصاية هي نيابة شرعية، استوجب علينا قبل التطرق لأحكامها وتبيان مفهومها من خلال التعريف اللغوي والإصطلاحي والقانوني.

1 – التعريف اللغوي للوصاية.

الوصاية من فعل وصى يوصي توصية، أي جعله له، ووصى فلانا إليه عهد إليه، وجعل فلانا وصيته يتصرف في أمره وماله بعد موته، ووصى فلانا بالشيئ أي فرضه عليه، وأمره به لقوله تعالى " {ووصينا الإنسان بوالديه إحسانا} [1].

[1] – المادة 90 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 91 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

2 – التعريف الاصطلاحي للوصاية.

أن التعريف الإصطلاحي هو التعريف المعتمد عند فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون.

أ) التعريف الشرعي.

عرف الحنفية الوصية بقولهم: طلب شيئ من غيره ليفعله بعد وفاته أو غيبته كقضاء ديونه فعندهم هي بعد الموت والغيبة. أما المالكية فعرفوها بأنها عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته[2].

ب) تعريف الفقه القانوني للوصاية.

الوصاية هي تلك النيابة التي يعين فيها القانون أشخاصا لهم حق اختيار آخرين لإدارة أموال عديمي الأهلية وناقصيها [3].

أما الوصي: هو كل شخص غير الولي الشرعي يعهد إليه بالمحافظة على حقوق القاصر وإدارة أمواله نيابة عنه[4].

وفي تعريف آخر الوصي أنه كل شخص ليس أبا أو جدا وتثبت له سلطة على مال القاصر، فالشخص إذا أقام غيره مقامه ليتصرف في شؤون تركته وأولاده بعد وفاته يقال للشخص المقام موصى إليه، وإذا ملك شخص شيئ من أمواله بعد وفاته يقال للمملك موصى له[5].

3 – التعريف القانوني للوصاية.

لم يعرف المشرع الجزائري الوصاية، غير أنه حدد أحكامها في قانون الأسرة في المواد من 92 إلى 98.

ثانيا: تعيين الوصي وشروط الواجب توافرها فيه وإجراءات تثبيتها.

لقد حدد المشرع الجزائري في الفقرة الأولى من المادة 92 ق.أ أصحاب الحق في تعيين الوصي، التي جاء نصها " يجوز للأب أو الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره أو تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية"[6].

---

[1] – موسوس جميلة، مرجع سابق، ص92.

[2] – أيت وعلي سميحة، مرجع سابق، ص43.

[3] – محمد صبري السعدي، النيابة في التصرفات القانونية " الدراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012، ص70. نقلا عن أيت وعلي سميحة ، مرجع سابق، ص43.

[4] – شوقي بناسي، مرجع سابق، ص377.

[5] – نواري منصف، مرجع سابق، ص33.

[6] – المادة 92 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الاسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

باستقراء نص المادة أعلاه يلاحظ أن المشرع الجزائري حدد أصحاب الحق في تعيين الوصي، وبذلك لا يمكن للوصي المعين أو أي شخص آخر تعيين الوصي سواء من الأقارب أو غيرهم.

كما فرض المشرع شروط يجب أن تتوافر في الوصي وذلك ما نص عليه في المادة 93 من ق.أ.ج حيث جاء نصها " يشترط في الوصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة".

ما يلاحظ أن المشرع أعطى للقاضي حق عزل الوصي إذا لم تتوفر فيه الشروط، وعلى هذا لا يمكن عزل الوصي إلا بحكم قضائي.

قد ألزم المشرع الوصي بتثبيت الوصية، هذا ما نصت عليه المادة 94 ق.أ.ج " يجب عرض الوصية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها "[1].

لذا حدد المشرع إجراءات تثبيت الوصاية في المادة 472 من ق.إ.م.إ، حيث جاء نصها: " يخطر القاضي من قبل الوصي أو ممثل النيابة العامة أو القاصر الذي بلغ سن التمييز أو كل شخص تهمه مصلحة القاصر بتثبيت الوصاية أو رفضها بعد وفات الأب، في حالة رفض الوصاية يعين القاضي مقدما طبقا للمادة 471 أعلاه أو يتخذ جميع الإجراءات التحفظية في انتظار تعيين المقدم.

يجوز للقاضي وضع القاصر تحت وصاية الوصي المختار عندما تتوفر فيه الشروط المقررة قانونا.

يفصل في جميع المنازعات الخاصة بتعيين الوصي بأمر استعجالي قابل لجميع طرق الطعن "[2].

من خلال إستقراء نص هذه المادة يلاحظ أن المشرع حدد أصحاب الحق في تقديم طلب تثبيت الوصاية، وذلك في الفقرة الأولى، كما أخضع إجراءات تقديمه إلى القواعد العامة في رفع الدعوى المنصوص عليها في نفس القانون، ويظهر ذلك من خلال الفقرة الرابعة، كما حددت هذه الفقرة شكل عريضة الدعوى، أما الفقرة الثانية فقد عالجت حالة رفض الوصاية، و ألزمت القاضي بتعيين مقدم واتخاذ كل التدابير اللازمة في حالة تعذر ذلك، أما الفقرة الثالثة التي حددت حالة القبول وإحالة إلى الشروط المنصوص عليها في المادة 93 من ق.أ.ج .

[1] – المادة 93 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 472 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

رابعا : إنتهاء مهام الوصي وإجراءات تسليم أموال المفقود أو ناقص الأهلية.

تنتهي مهام الوصي بالأسباب المذكورة في المادة 96 ق.أ.ج حيث جاء نصها " تنتهي مهام الوصي:

1 – بموت القاصر ، أو زوال أهلية الوصي أو موته.

2 – ببلوغ القاصر سن الرشد ما لم يصدر حكم من القضاء بالحجر عليه.

3 – بإنتهاء المهام التي أقيم الوصي من أجلها.

4 – بقبول عذره في التخلي عن مهمته.

5 – بعزل بناء على طلب من له مصلحة إذا ثبت من تصرفات الوصي ما يهدد مصلحة القاصر"[1].

وعند إنتهاء مهام الوصي ألزم المشرع الجزائري تسليم أموال القاصر وحدد له أجال، وهذا ما نصت عليه المادة 97 ق.أ بنصها ." على الوصي الذي انتهت مهمته أن يسلم الأموال التي في عهدته، ويقدم عنها حسابا بالمستندات إلى من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو إلى ورثته في مدة لا تتجاوز شهرين من تاريخ إنتهاء مهمته.

وأن يقدم صورة عن حساب المذكور إلى القضاء، وفي حالة وفاة الوصي أو فقده فعلى ورثته تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء إلى المعني بالأمر"[2].

إلا أنه ما يلاحظ على نص المادة أعلاه قد أوردت حالتين نحاول التطرق لها:

الحالة الأولى: عندما يتم التسليم من طرف الوصي المنتهية مهمته، حيث حددت الفقرتين الأولى والثانية طريقة تسليم أموال القاصر، وذلك أنه في هذه الحالة يتم تسليم الأموال من يخلفه أو إلى القاصر الذي رشد أو على ورثة القاصر في حالة موت القاصر في مدة لا تتجاوز الشهرين، كما ألزمه بالقيام بإجراء آخر وهو تقديم الحساب إلى القضاء، أي إلى قاضي شؤون الأسرة ليطلع عليه وحفظها.

أما الحالة الثانية: في حالة إنتهاء مهمة الوصي بالوفاة أو الفقد أو بالحجر عليه فقد جاء حكم مخالف للأول حيث يتم تسليم أموال القاصر بواسطة القضاء، غير أن المشرع حصر تسليم إلا على الورثة إلا أنه كان بالأحر ذكر المقدم في تسليم مال من طرف المقدم أو وصي التركة حتى يرفع كل لبس، إلا أنه أحسن في جعل تسليم مال القاصر في هذه الحالة عن طريق القضاء.

[1] – المادة 96 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 97 من القانون 84 – 11 المتضمن قانو الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

الفرع الثالث: التقديم (القوامة).

إن التقديم أحد صور النيابة الشرعية يلجأ إليه في حالة عدم وجود الأب أو الجد أو الأم أو إذا تثبت عدم أهليتها بالطرق القانونية، وكذلك عدم وجود الوصي، فتنتقل الولاية للقاضي لما له من ولاية عامة، الذي بدوره يعين شخص يتولى شؤون القاصر نيابة عنه، ويتم التعيين وفقا لشروط وإجراءات خاصة نظمها المشرع الجزائري في قانون الاسرة وقانون الاجراءات المدنية والإدارية، حيث نحاول في هذا الفرع التطرق إلى بعض أحكامه ومفهوم التقديم.

أولا: تعريف التقديم

القيم هو من تعينه المحكمة لإدارة أموال المحجور عليه بسبب الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة، ولا تعين المحكمة قيما على الشخص إلا إذا طرأت أحد عوارض الأهلية المذكورة سابقا بعد بلوغه سن الرشد، أما إذا طرأت هذه العوارض قبل بلوغه سن الرشد، فإنه تستمر الولاية والوصاية عليه حسب المادة 99 ق.أ.ج «المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد أقاربه، أو ممن له مصلحة أو من النيابة العام[1].

ثانيا: أحكام التقديم

لقد نظم المشرع أحكام التقديم في المادة 100 من قانون الأسرة الجزائري حيث جاء نصها "يقوم المقدم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام "[2]. ومن خلال هذه المادة يكون المشرع الجزائري قد أحال صراحة إلى أحكام الوصي كما تطرقنا إليها سابقا.

المطلب الثالث: الإجراءات اللاحقة لصدور إذن البيع.

إن الإجراءات اللاحقة لصدور إذن البيع هي ما تضمنتها قائمة شروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 783 ق.إ.م.إ، والمادة 785 من نفس القانون، وهذا ما نتطرق إليه في هذا المطلب حيث نتناول إلى الإجراءات الأولية لإعداد قائمة شروط البيع في الفرع الأول، ومضمون قائمة شروط البيع وإجراءات الإعتراض عليها في الفرع الثاني، وفي الفرع الثالث الفصل في الإعتراضات وتعليق ونشر قائمة شروط البيع.

[1] – مقراني وردة وموهوبي سعاد، مرجع سابق، ص53.

[2] – المادة 100 من القانون 84 – 11 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم، مرجع سابق ذكره.

الفرع الأول: الإجراءات الأولية لإعداد قائمة شروط البيع.

لم يحدد المشرع الجزائري كيفية إعداد قائمة شروط البيع في المواد الخاصة بالبيوع القضائية بل إكتفى بذكر مضمونها الذي نتناوله من خلال الإجراءات الخاصة بأحكام البيوع الجبرية.

أولا: تعيين العقار.

لقد نصت الفقرة الثانية / 2 من المادة 783 على هذا الإجراء وبينت ما يجب مراعاته في تعيين العقار بنصها " تعيين العقار و/أو الحق العيني العقاري، تعيينا دقيقا لاسيما موقعه وحدوده ونوعه ومشتملاته ومساحته ورقم القطعة الأرضية وإسمها عند الاقتضاء، مفرزا أو مشاع، وغيرها من البيانات التي تفيد في التعيين وإن كان العقار بناية، يبين الشارع ورقمه وأجزاء العقارات "[1].

وما يلاحظ على هذه الفقرة أنها جاءت مطابقة للفقرة الثالث /4 من المادة 737 من نفس القانون

كما أن المشرع لم يحدد الشخص المكلف قانون تعيين العقار، غير أنه ما يفهم ضمنا فإن المحضر القضائي هو المكلف بتعيين العقار، وذلك كون هذا التعيين يكون وفق وثيقة رسمية تكون من شخص مكلف قانونا.

ثانيا: تحديد الثمن الأساسي.

لم يحدد المشرع الجزائري من خلال المادة 783 كيفية تحديد الثمن الأساسي لذا يجب علينا الإحالة إلى نص المادة 739 وفقا لتحديد الثمن الأساسي الخاص بعقارات المفقود أو ناقص الأهلية.

يحدد الثمن الأساسي الذي يبدأ به البيع بالمزاد العلني والقيمة التقريبية له في السوق للعقار و/أو الحق العيني العقاري المأذون ببيعه، جملة أو على أجزاء من طرف خبير عقاري، يعين بأمر على عريضة، بناء على طلب المحضر القضائي أو الدائن الحاجز، إيداع أتعاب الخبير بأمانة الضبط والمحددة مسبقا من طرف رئيس المحكمة [2].

وفي حالة البيوع العقارية و / أو الحقوق العينية العقارية للمفقود وناقص الأهلية فإن المحضر القضائي أو الولي أو الوصي أو المقدم هم أصحاب الإختصاص في تقديم الطلب.

[1] – المادة 783 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 739 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

من خلال استقراء نص المادة يلاحظ أن المشرع ألزم القاضي بتعيين خبير يقوم بتحديد الثمن الأساسي حسب ما هو وارد في نص المادة 739 لكن ربما يحتاج العقار المأذون ببيعه إلى تجزئته إلى عدت أجزاء كذلك تضاف هذه المهمة إلى الخبير.

كما حددت الفقرة الثانية من المادة 739 أجال إيداع الخبرة المنجزة من طرف الخبير حيث جاء نصها "يجب على الخبير إيداع التقرير التقييم بأمانة الضبط خلال أجل الذي يحدده رئيس المحكمة، على أن لا يتجاوز هذا الأجل عشرة (10)أيام من تاريخ تعيينه وإلا استبدل بغيره.

وما يلاحظ على هذه الفقرة أن ألزمت الخبير بإيداع التقرير التقييم في أجال عشرة أيام من تاريخ تعيينه ومن الأحسن أن تبدأ حساب العشرة أيام من تاريخ الإخطار الخبير لا من تاريخ التعيين، وذلك حتى يتسنى له إعداد تقرير التقييم.

الفرع الثاني: مضمون قائمة شروط البيع والإجراءات اللاحقة لها.

لقد حدد المشرع مضمون قائمة شروط البيع كما حدد الإجراءات اللاحقة لإعدادها.

أولا: مضمون قائمة شروط البيع.

لقد حدد المشرع مضمون قائمة شروط البيع في المادتين 783، 784 من ق.إ.م.إ حيث جاء في الفقرة الثانية من المادة 783 بنصها. " تتضمن قائمة شروط البيع البيانات الأتية:

1 – الإذن الصادر بالبيع.

2 – تعيين العقار و / أو الحق العيني العقاري.

3 – شروط البيع والثمن الأساسي.

4 – تجزئة العقار إلى أجزاء إذا اقتضت الضرورة ذلك ، مع ذكر الثمن الاساسي لكل جزء.

5 – بيان سندات الملكية "[1].

ومن خلال هذه المادة يكون المشرع حدد ما يجب أن يتوفر في قائمة شروط البيع.

كما أضافة المادة 784 مستندات اخرى ترفق مع قائمة شروط البيع حيث جاء نصها." ترفق مع قائمة شروط البيع المستندات الأتية:

1- مستخرج جدول الضريبة العقارية.

[1] – المادة 783 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

2 – مستخرج من عقد الملكية ، والأذن بالبيع عند الاقتضاء.

3 – الشهادة العقارية[1].

ثانيا: الإجراءات اللاحقة لإعداد قائمة شروط البيع.

إن الإجراءات اللاحقة لإعداد قائمة شروط البيع حددها المشرع من خلال الفقرة الأولى من المادة 783 والمادة 785 ق.إ.م.إ ، وعلى هذا يمكن حصر هذه الإجراءات فيما يلي:

1 – إيداع قائمة شروط البيع.

يعتبر الإيداع أول إجراء بعد إعداد قائمة شروط البيع، لذلك حدد المشرع الجزائري كيفية الأداء من خلال الفقرة الأولى من المادة 783 ق.إ.م.إ بنصها. " ... تودع بأمانة ضبط المحكمة ..."، غير أنه لم يحدد الشخص المكلف بإيداعه، وما يمكن فهمه أن المحضر القضائي هو المكلف قانون بإيداعها، ويظهر ذلك من عدة جوانب، إما من خلال الإعداد ومن خلال القيام بالتبليغ الرسمي لها.

2 – التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع.

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الإجراء في المادة 785 من ق.إ.م.إ بقولها " يقوم المحضر القضائي بالتبليغ الرسمي عن إيداع قائمة شروط البيع، إلى الدائنين أصحاب التأمينات العينية، وإخطار النيابة العامة ولهؤلاء حق طلب إلغاء قائمة شروط البيع عن طريق الإعتراض عليها عند الإقتضاء، طبقا لأحكام هذا القانون ".

ما يمكن ملاحظته في هذه المادة أن المشرع قد أغفل ذكر بعض الأشخاص الذين كان يمكن تبلغهم مثلا لو كان العقار مشاعا كون أنه تطرق إلى ذلك في الفقرة الخاصة بتعيين العقار بقوله مفرزا أو مشاع أو مالك الرقبة، وذلك في حالة بيع حق العيني العقاري، أو صاحب حق الإنتفاع، وهؤلاء الأشخاص يعرفون بأصحاب حق الشفعة.

3 – آجال التبليغ الرسمي والفصل في الإعتراضات.

لم يحدد المشرع أجال التبليغ الرسمي في القواعد الخاصة لذا إستوجب علينا الرجوع إلى القواعد الخاصة بالإجراءات في البيوع الجبرية كما أن تسجيل الإعتراضات والفصل فيها لم يحددها المشرع بل اكتفى بذكرها وكذلك هي الأخرى.

[1] – المادة 784 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

أ) **بالنسبة لآجال:** لم يحدد المشرع الجزائري آجال التبليغ الرسمي في القواعد الخاصة، وبالرجوع إلى القواعد الخاصة بالبيوع الجبرية نجد أن المشرع قد حدد أجال التبليغ الرسمي لإيداع قائمة شروط البيع في الفقرة الأولى من المادة 740 ق.إ.م.إ التي جاء نصها " يجب على المحضر القضائي خلال خمسة عشر (15) يوم الموالية لايداع قائمة شروط البيع بأمانة الضبط ، أن يبلغ رسميا..." [1] . أما بالنسبة للأشخاص الواجب تبليغهم فقد حددتهم المادة 785 السابق ذكرها.

أما مضمون التبليغ فقد حددته المادة 741 ق.إ.م.إ بنصها " يتضمن محضر التبليغ الرسمي لقائمة شروط البيع فضلا عن البيانات المعتادة ما يأتي:

1 – تاريخ إيداع قائمة شروط البيع.

2 _ تعيين العقار و/أو الحقوق العينية العقارية المأذون ببيعه.

3 – الثمن الأساسي المحدد جملة أو لكل جزء.

4 – تاريخ وساعة الجلسة المحددة للنظر في الإعتراضات المحتملة وتاريخ وساعة جلسة البيع بالمزاد العلني.

5- إنذار المبلغ لهم بالإطلاع على قائمة شروط البيع لإبداء الملاحظات والإعتراضات المحتملة، وإلا سقط حقهم في التمسك بها "[2].

ب) بالنسبة لتسجيل الإعتراضات والفصل فيها.

لم يحدد المشرع الجزائري كيفية تسجيل الإعتراض ولا كيفية الفصل، غير أنه من خلال أخر فقرة من المادة ق.إ.م.إ 785 أحال إلى تطبيق أحكام التسجيل الإعتراضات والفصل الخاص بالبيوع الجبرية، حيث نظمها في المادة 742 من نفس القانون، غير أن الفقرة الأولى فقد يستوجب علينا إعادة صياغتها وفقا لما يتطلبه بيع العقار الخاص بالمفقود وناقص الأهلية، حيث يمكن القول تقدم الإعتراضات بعريضة من طرف الأشخاص المشار إليهم في المادة 785 من هذا القانون أو من ورثتهم إلى قاضي شؤون الأسرة، قبل جلسة الإعتراضات بثلاث (3) أيام على الأقل، وإلا سقط حقهم في التمسك بها.

تسجل العريضة في سجل خاص بعد دفع الرسوم حسب تاريخ ورودها، وتعقد جلسة الإعتراضات في غرفة المشورة بحضور المعترض والحاجز والمحضر القضائي.

[1] – المادة 740 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 741 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

يفصل رئيس المحكمة في الاعتراضات، بأمر غير قابل لأي طعن في أجل أقصاه ثمانية (8) أيام

إذا لم يقدم أي إعتراض بالجلسة، يؤشر أمين الضبط بذلك في السجل الخاص به، ويشرع المحضر القضائي في إجراءات الإعلان عن البيع بالمزاد العلني "[1].

وما يلاحظ على هذه المادة أن المشرع لم يتطرق إلى حالة تم إلغاء قائمة شروط البيع لذا توجب علينا أن نرجع إلى أحكام الفقرة الأخيرة من المادة 737 من هذا القانون، التي جعلت حالة إلغاء قائمة شروط البيع يتم تجديدها على نفقات المحضر القضائي. وإعادة السير فيها كما تطرقنا إليه سابقا.

كما أن المادة 742 قد وردت على البيوع الجبرية، وبما أن المشرع لم يحدد إجراءات خاصة وأحال إلى البيوع الجبرية بموجب المادة 789 من نفس القانون، فيمكن القول أن في الفقرة الثانية منها بحضور المعترض والوالي أو الوصي أو المقدم، أما بخصوص الفصل في الإعترض، فإنه من اختصاص قاضي شؤون الأسرة كونه صاحب الإختصاص في مثل هذه البيوع.

الفرع الثالث: نشر وتعليق إعلان البيع والبيانات الواجب توافرها فيه.

يعتبر النشر والتعليق آخر إجراء تمهيدي لبيع العقار المفقود وناقص الأهلية، لذا يتطلب تحديد طريقة نشر والتعليق وفق ما صاغه المشرع في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ومضمون هذا الإعلان، كما أن المادة 789 من ق.إ.م.إ، أحالت إلى تطبيق الإجراءات الخاصة بالعقار المحجوز، حيث جاء نصها " تطبق على البيوع المشار إليها في المواد 783 و 786 و 788 أعلاه، إجراءات النشر والتعليق الخاصة ببيع العقارات المحجوزة المنصوص عليها في هذا القانون "[2]. على هذا يستوجب علينا الرجوع إلى تطبيق المواد الخاصة بإجراءات النشر والتعليق بالعقار المحجوز.

أولا: التعليق والنشر إعلان البيع بالمزاد العلني وآجالها.

يتم التعليق والنشر وفق لما نصت عليه المادة 750 ق.إ.م.إ حيث جاءت كما يلي

" يتم تعليق ونشر الإعلان عن البيع بالمزاد العلني وفق ما يأتي:

1 – في باب أو مدخل كل عقار من العقارات المأذون ببيعه أرضا أو مباني.

2 – في جريدة يومية وطنية أو أكثر حسب أهمية العقار المأذون ببيعه.

3 – في لوحة الإعلانات بالمحكمة التي يتم فيها البيع.

[1] – المادة 742 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 789 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

4 – في لوحة الإعلانات بقباضة الضرائب والبلدية التي يوجد فيها العقار.

5 – في الساحات والأماكن العمومية.

6 – وفي أي مكان آخر يحتمل أن يضمن جلب أكبر عدد من المزايدين.

يثبت نشر وتعليق الإعلان بتقديم صورة من الجريدة ، أو تأشيرة الموظف المؤهل على هامش الإعلان المنشور ويرفق مع ملف التنفيذ "[1].

وبهذا تكون المادة 750 قد حددت أماكن النشر والتعليق والإجراءات اللاحقة لها.

ثانيا: أجال نشر وتعليق إعلان البيع ومضمونه.

إن أجال ومضمون إعلان البيع بالمزاد العلني نظمها المشرع الجزائري في المادة 749 ق.إ.م.إ.

1 – مضمون مستخرج إعلان البيع بالمزاد العلني.

حدد المشرع البيانات الواجب ذكرها في إعلان البيع بموجب الفقرة الثانية من المادة 749 حيث جاءت كما يلي:

– إسم ولقب الولي أو الوصي أو المقدم، وإسم ولقب المفقود أو ناقص الأهلية، وحائز العقار إن وجد وموطن كل منهما.

– تعيين العقار كما ورد في قائمة شروط البيع.

– الثمن الأساسي للعقار أو الحق العيني العقاري أو لكل جزء من أجزائه.

– تاريخ وساعة البيع بالمزاد العلني.

– تعيين المحكمة التي يجري فيها البيع أو أي مكان آخر للبيع[2].

2 – الأجال المحددة لتعليق ونشر إعلان البيع.

أما الفقرة الأولى من المادة 749 فقد حددت الأجال التي يجب على المحضر القضائي نشر وتعليق إعلان البيع بالمزاد العلني، حيث حددت الحد الأدنى بعشرين (20) يوما والحد الأقصى بثلاثين يوما قبل جلسة البيع.بعد أن يقوم بتحريره.

[1] – المادة 750 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 749 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

المبحث الثاني

بيع العقار بالمزاد العلني و الإجراءات النهائية

بعد الإنتهاء من المراحل الأولى في إعداد العقار أو الحق العيني العقاري وتهيئته تأتي المرحلة الأخيرة وهي مرحلة البيع التي إشترط فيها المشرع أن يكون عن طريق المزاد العلني، والذي هو الأخر لا يخلو من الإجراءات والشروط، كما أن هناك إجراءات وشروط أخرى تأتي بعده حددها المشرع، وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب، حيث تناولنا في المطلب الأول افتتاح المزاد العلني وشروط وإجراءات الجلسات، والمقصود بحكم رسو المزاد وخصائصه وطبيعته القانونية في المطلب الثاني، وفي المطلب الثالث آثار حكم رسو المزاد والإجراءات اللاحقة له .

المطلب الأول: افتتاح المزاد العلني وشروط وإجراءات الجلسات.

يعتبر إفتتاح المزاد العلني أول إجراء لعملية بيع العقار أو الحق العيني العقاري، وهو كذلك يحتوي على شروط وإجراءات يجب مراعاتها وعلى هذا قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، حيث تناولنا في الفرع الأول إفتتاح المزاد العلني وحالات تأجيل وإجراءاتها، أما في الفرع الثاني فتناولنا فيه الجلسات اللاحقة بعد التأجيل .

الفرع الأول: إفتتاح المزاد العلني وحالات تأجيل وإجراءاتها.

في هذا الفرع نتناول افتتاح المزاد العلني أولا، وحالات تأجيل المزاد ثانيا.

أولا: في افتتاح المزاد العلني.

بعد التأكد من إجراءات التبليغ ونشر والتعليق الإعلان صحيح، يأمر الرئيس بإفتتاح المزاد العلني ويذكر بنوع العقار و/أو الحق العيني العقاري المعروض للبيع، والثمن الأساسي والرسوم ومصاريف إجراءات البيع بما فيها أتعاب المحضر القضائي بناء على أمر تقدير المصاريف الذي يصدره رئيس الجلسة، ثم يحدد مبلغ التدرج في المزايدة حسب أهمية العقار أو الحق العيني العقاري المعروض، وفي جميع الأحوال لا يقل عن عشرة ألاف دينار جزائري في كل عرض[1].

بعدها يفتح المجال للأشخاص الراغبين في المشاركة في المزاد، حيث يتأكد رئيس الجلسة من هويتهم من الوثائق الرسمية ويسجلها أمين الضبط في سجل الجلسة من أجل تدوين عرض أو عطاء كل شخص أمام إسمه والمبلغ الذي عرضه إنطلاقا من الثمن الأساسي الذي تم ذكره[2].

---

[1] – بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية "إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية (على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة)"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص168.

[2] – عزوق صونية وعبد الحق كهينة، بيع العقار المحجوز بالمزاد العلني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق – فرع القانون الخاص – تخصص: قانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة 2017/07/02، ص49.

ثانيا: في حالة تأجيل بيع العقار.

هناك عدة حالات يستوجب القانون تأجيل بيع العقار بالمزاد العلني، وهذا ما حدده المشرع من خلال المادة 753 و 754 من ق.إ.م.إ.

1 – تأجيل البيع بطلب من الأطراف.

تأجيل البيع من الأطراف هي مكنة جاءت بها الفقرة الثانية من المادة 753، إذ يجوز لأطراف البيع (الجبري و القضائي) طلب تأجيل البيع بالمزاد العلني، إذا كان للتأجيل أسباب جدية لاسيما قلة المزايدين وضعف العروض[1].

أما نفقات إعادة النشر والتعليق فهي على عاتق طالب التأجيل، ويجب التنويه عنها في أمر التأجيل، فإذا أعاد المحضر القضائي تقديم طلب استصدار أمر تقدير المصاريف عن النفقات اللاحقة، فإن أمر التقدير يقتصر على تحميل النفقات اللاحقة على نفقة طالب التأجيل، ولا يكون أمر التقدير بالمصاريف الإجمالية أي السابقة واللاحقة، فهي على عاتق طالب التأجيل، ويجب تحديدها بصفة مستقلة حتى يتم تصفيتها في حكم رسو المزاد ماعدا أن كانت قد دفعت مسبقا للمحضر القضائي[2].

2 – تأجيل البيع التلقائي بأمر من الرئيس.

يكون التأجيل التلقائي بسبب عدم صحة الإجراءات نشر والتعليق وإعلان البيع، هذه الحالة مستخلصة بمفهوم المخالفة لنص المادة 754 من ق.إ.م.إ بإعتبار أن رئيس جلسة البيوع العقارية بعد افتتاح جلسة البيع يتحقق من حضور أو غياب أطراف (الجبري أو القضائي) وإتمام إجراءات التبليغ الرسمي للأطراف والنشر والتعليق إذا كانت هذه الإجراءات صحيحة أمر بإفتتاح المزاد العلني، وبمفهوم المخالفة إذا كانت هذه الإجراءات غير صحيحة كعدم حضور الأطراف بسبب عدم التبليغ أو القيام بإجراءات النشر والتعليق في مهلة أقل من عشرين (20) يوم الحد الادنى المحدد قانونا، أو كان التعليق في وقت قريب من اليوم المقرر لجلسة البيع، فإنه يأمر بتأجيل البيع وإعادة التبليغ والنشر والتعليق على نفقة المحضر القضائي، وهذا لتفادي أن يقتصر البيع على أشخاص معنيين أغلبهم من المضاربين والمحتكرين للبيوع العقارية [3].

[1] – بوقندورة سليمان، مرجع سابق، ص165.

[2] – مرجع نفسه، ص166.

[3] – بوقندورة سليمان، مرجع سابق، ص 166، ص167.

3 – إجراءات تأجيل الجلسة وأجال الجلسة اللاحقة .

في حالة التأجيل، يقوم الرئيس بإثبات ذلك في سجل الجلسة ويقرر تأجيل البيع إلى جلسة لاحقة بذات الثمن الأساسي، ويجب أن يكون هذا التأجيل بموجب أمر مكتوب يتضمن تحديد جلسة لاحقة للبيع خلال فترة لا تقل عن ثلاثين (30) يوما ولا تزيد عن خمسة وأربعين (45) يوما من تاريخ التأجيل[1].

الفرع الثاني: في الجلسات اللاحقة بعد التأجيل.

في حالة عدم بيع العقار في الجلسة الأولى، وتم التأجيل لأي سبب من الأسباب المنصوص عليها قانونا، فإن شروط الجلسات اللاحقة تختلف عن شروط الجلسة الأولى لذا نتطرق للجلسات اللاحقة في هذا الفرع.

أولا: شروط وإجراءات الجلسة الثانية .

لقد نظم المشرع الجزائري شروط وإجراءات الجلسة الثانية في الفقرة الرابعة من المادة 754 ق.إ.م.إ بنصها: " في الجلسة الجديدة وبغض النظر عن عدد المزايدين إذا كانت العروض أقل من قيمة الثمن الأساسي وغير كافية لقيمة الدين والمصاريف، قرر الرئيس تأجيل البيع وإنقاص عشر الثمن الأساسي مع إعادة النشر والتعليق وفقا للمادة 750 أعلاه "[2].

والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري لم يورد إحتمال عدم تقدم أي أحد بأي عرض خلال خمسة عشر دقيقة كما في الفرض الأول، ولهذا فإن القاضي في هذه الحالة لا يمكنه إنقاص عشر (10/1) الثمن الأساسي ويتحتم عليه تأجيل الجلسة لتاريخ لاحق، غير أن هذا يؤدي للإضرار بمصالح الأطراف سواء الدائنين لأصحاب التأمينات العينية، وكذلك بالنسبة للمفقود أو ناقص الأهلية، لأنه يمكن تصور أنه ولعدة جلسات قد لا يتقدم أي مزايد لإبداء أي عرض، هذا ما جعل الثمن الأساسي ثابتا في حين أن قيمة العقار تزداد بالوقت خاصة إذا تصورنا أن الملفات تبقى عالقة لمدة طويلة، وبهذا كان من الأجدر أن إضافة إحتمال عدم تقديم أي عرض في هذا الفرض حتى يتمكن الرئيس من إنقاص عشر الثمن الأساسي والتأجيل [3].

[1] – عزوق صونية وعبد الحق كهينة، مرجع سابق، ص 50.

[2] – المادة 754 من القانون رقم 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[3] – مسعي محمد يونس، مرجع سابق، ص36، ص37.

وما يلاحظ أيضا أن المشرع في التأجيل الثاني أشار إلى إعادة النشر والتعليق، أنه أغفل ذكر على عاتق من تقع مصاريف إعادة النشر والتعليق في هذه الحالة على خلاف التأجيل الأول الذي حدد فيه على عاتق من يقع القيام بهذا الإجراء.

كما تجدر الإشارة إلى أنه في الجلسة الجديدة، وبغض النظر عن عدد المزايدين ، أي إذا حضر مزايد واحد وعرض شراء العقار و / أو الحق العيني العقاري بالثمن الأساسي دون زيادة ولم يتقدم معه أي مزايد فإن الأفضل أن يباع له العقار عن تأجيل البيع وإنقاص عشر (10/1) الثمن الأساسي لأن الأول أفضل وهذا جلي[1].

ثانيا: في الجلسة الثالثة بعد إنقاص عشر الثمن الأساسي.

فإذا حضر مزايد واحد وعرض شراء العقار و / أو الحق العيني العقاري بنقصان عشر الثمن الأساسي دون زيادة ولم يتقدم معه أي مزايد، فإن الأفضل ومن المنطقي أن أن يباع له العقار عن تأجيل البيع بنفس الشروط لأن العشر 10/1 نسبة قليلة، وغير بعيدة عن القيمة الحقيقة للعقار بثمنه الأساسي، وأفضل من التأجيل مع البيع بسعر حر وفي التأجيل مع توسيع النشر والتعليق مغامرة فإما أن تكون لها صدى إيجابي ويحضر أكبر عدد من المزايدين وتكون العروض تنافسية، وإما أن لا يحضر أي مزايد بما فيهم المزايد الذي حضر الجلسة السابقة وعرض الثمن الأساسي منقوص منه العشر، وهنا يضطر الرئيس للتأجيل مع البيع لمن تقدم بأعلى عرض ولو كان أقل من الثمن الأساسي فيحتج أحد الأطراف بأن الجلسة السابقة كان العرض فيها أحسن وهو الثمن الأساسي منقوص منه العشر[2].

المطلب الثاني: المقصود بحكم رسو المزاد، خصائصه وطبيعته القانونية.

بعد الإنتهاء من المراحل الأولى في بيع بالمزاد العلني، وإتمام جميع المراحل يأتي حكم رسو المزاد الذي يعد الثمرة المرجوة من هذا البيع، وعلى هذا الأساس نتطرق في هذا المطلب إلى ثلاث فروع، حيث سنتناول في الفرع الأول المقصود بحكم رسو المزاد وخصائصه، والطبيعة القانونية لحكم رسو المزاد وفقا للقانون الجزائري في الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث أوردنا البيانات الواجب توافرها في حكم رسو المزاد.

[1] – بوقندورة سليمان، مرجع سابق، ص169.

[2] – المرجع نفسه، ص169.

الفرع الأول: المقصود بحكم رسو المزاد وخصائصه.

لقد سبق القول بأن حكم رسو المزاد هو النتيجة المرجوة من الإجراءات السابقة له، لذا نتناول في هذا الفرع مفهوم وخصائص حكم رسو المزاد كالاتي.

أولا: المقصود بحكم رسو المزاد.

هو ذلك الحكم الذي يصدره قاضي البيوع العقارية في جلسة المزايدة الخاصة ببيع العقار، وبموجب هذا الحكم يتم ترسيم البيع القضائي على الشخص الذي قدم آخر عرض بعد النداء به ثلاث مرات متتالية تفصل بين كل نداء دقيقة واحدة، ويعتبر حكم مرسي المزاد بأنه خاتمة لسلسلة من الإجراءات القانونية، وهو الهدف الذي يصبوا إليه كل دائن حاجز بغرض إستيفاء دينه من ثمن بيع العقار[1].

أو هو ذلك القرار الولائي الصادر في شكل حكم قضائي، وتبعا لذلك يجوز لصاحب المصلحة أن يتظلم من هذا الحكم بدعوى البطلان المبتدأة أمام المحكمة التي وقع فيها البيع بالمزاد، ومن ثم فلا يجوز أن يطعن فيه بالنقض مباشرة[2].

ثانيا: خصائص حكم رسو المزاد.

لحكم رسو المزاد ثلاث خصائص، هي أنه سند ملكية، وينفذ جبرا، وغير قابل لأي طعن نتطرق لها كما يلي.

1 – حكم رسو المزاد سند ملكية.

يعتبر حكم رسو المزاد سند ملكية، وتنتقل بموجبه إلى الراسي عليه المزاد كل الحقوق التي كانت على العقار و / أو الحقوق العينية العقارية ، وكذلك كل الإرتفاقات العالقة بها[3]. سواء كانت إيجابية أو سلبية وهذا ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 762 ق.إ.م.إ.

2 – حكم رسو المزاد ينفذ جبرا.

أن حكم رسو المزاد هو سند تنفيذي، وهذا ما نصت عليه المادة 600 –13 من ق.إ.م.إ [1]. كما أضافت الفقرة الأولى من المادة 764 من نفس القانون بنصها." لا يبلغ حكم رسو المزاد لأطراف الحجز ويتم تنفيذه جبرا ..."[2].

---

[1] – مسعي محمد يونس، مرجع سابق، ص39.

[2] – حمدي باشا عمر، القضاء العقاري "في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع "، ط 15، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015، ص68.

[3] – بوقندورة سليمان، مرجع سابق، ص182.

3 – حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن.

أن هذه الخاصية جاءت بها المادة 765 ق.إ.م.إ بنصها. " حكم رسو المزاد غير قابل لأي طعن "[3].

ومن خلال استقراء نص المادة يلاحظ أن المشرع لم يخضع حكم رسو المزاد لأي طعن سواء طرق الطعن العادية أو غير العادية، غير أن المحكمة العليا أجازت التظلم أمام المحكمة التي تم فيها البيع بدعوى البطلان المبتدأة، وهذا من خلال قرارها رقم 292327 المؤرخ في 2003/01/29 م.ق 2003 العدد01 ص141 [4].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية وفقا للقانون الجزائري.

طبقا للمادة 600 ق.إم.إ فإن الحكم برسو المزاد يعد من بين السندات التنفيذية، والواقع أن إيقاع وطبقا البيع الراسي عليه المزاد بيع عادي ينعقد تحت إشراف القضاء، وهو بيع لا يختلف عن البيع الإختياري إنما ينطق به القاضي بإيقاع البيع جبرا لحكم بعد، إلا في أنه لا يتم بإيجاب وقبول البائع أو عنه ويتحول هذا الحكم بعد مشهده كسند ملكية بالنسبة للراسي عليه المزاد[5]. كما ذهبت المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 2003/01/29 رقم 292327 إلى القول أن حكم رسو المزاد العلني لا يعد حكما قضائيا بل قرارا ولائيا صادرا في شكل حكم قضائي[6].

أما في القانون المدني فقد تم إدراجه في الكتاب الثاني : الإلتزامات والعقود وذلك في نص المادة 69 منه حيث جاءت " لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا [7]. ومن خلال هذه المادة يلاحظ أن المشرع جعل حكم رسو المزاد عقدا.

ما يفهم أن حكم رسو المزاد لا يختلف في البيوع القضائية عن الجبرية، ذلك كون المشرع أحال ضمنا إلى إجراءات الواردة على البيوع المنفذ عليها من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ولو كان هناك اختلاف لا أورد المشرع نصوص خاصة.

---

[1] – بوقندورة سليمان، مرجع سابق، ص 183.

[2] – المادة 764 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[3] – المادة 765 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[4] – حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص68.

[5] – مسعي محمد يونس، مرجع سابق، ص40.

[6] – حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص68.

[7] – المادة 69 من القانون 75 – 58 المتضمن القانون المدني، مرجع سابق ذكره.

الفرع الثالث: بيانات الواجب توافرها في حكم رسو المزاد.

إن بيانات حكم رسو المزاد منها ما هو مألوف في كل الأحكام القضائية وأخرى إضافية في هذا الحكم.

أولا – البيانات المألوفة في الأحكام القضائية.

لقد أورد المشرع الجزائري البيانات المألوفة في الأحكام القضائية المنصوص عليها في الباب الثامن بعنوان في الأحكام والقرارات، الفصل الأول بعنوان أحكام عامة، القسم الثاني منه في إصدار الأحكام في المادتين 275 و276 من ق.إ.م.إ، حيث جاء نص المادة 275 " يجب أن يشتمل الحكم، تحت طائلة البطلان، العبارات الآتية :1 - الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية ، 2 – بإسم الشعب الجزائري "[1].

أما بالنسبة للمادة 276 فقد أوردت بيانات آخرى، غير أنها في البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية يستوجب علينا صياغتها بما يتطابق في مثل هذا الحكم، وعليه يمكن القول أن البيانات الإلزامية هي.

- الجهة القضائية التي أصدرت الحكم.
- إسم وصفة القاضي الذي أصدر الحكم.
- تاريخ منطوق الحكم.
- إسم ولقب ممثل النيابة العامة.
- إسم ولقب أمين الضبط الذي حضر الجلسة البيع.
- إسم ولقب المفقود أو ناقص الأهلية واسم ولقب الولي أو الوصي أو المقدم وموطن كل منهما.
- الإشارة إلى عبارة النطق بالحكم في الجلسة البيع[2].

ثانيا – البيانات الإضافية الخاصة بحكم رسو المزاد.

أما بالنسبة للبيانات حكم رسو المزاد أضاف المشرع بعض البيانات، وذلك من خلال نص المادة 763 ق.إ.م.إ، غير أنه جاءت خاصة بالحجز أي بالبيوع العقارية الجبرية لذلك يتطلب منا القيام صياغتها حسب بيوع العقارية الواردة على عقارات المفقودين وناقصي الأهلية ، ولهذا يمكن القول البيانات الإضافية هي.

- إذن البيع الصادر عن قاضي شؤون الأسرة[1]. الذي بموجبه تم البيع والإجراءات التي تلي استصداره.

[1] – المادة 275 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 276 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

– تعيين العقار و/ أو الحق العيني العقاري المباع ومشتملاته والإرتفاقات العالقة به إن وجدت، كما هو معين في قائمة شروط البيع.

– تحديد الثمن الأساسي للعقار و / أو الحق العيني العقاري المباع.

– إجراءات البيع بالمزاد العلني.

– الهوية الكاملة للراسي عليه المزاد شخصا طبيعيا أو معنويا.

– الثمن الراسي به المزاد وتارخ الدفع "[2].

أما المطة الاخيرة المتعلقة بالمحجوز عليه يمكن القول إلزام الحائز أو الحارس حسب الأحوال، بتسليم العقار و / أو الحق العيني العقاري لمن رسا عليه المزاد.

المطلب الثالث: آثار حكم رسو المزاد والإجراءات اللاحقة له.

تترتب على حكم رسو المزاد آثار تعتبر خاتمة للبيع أما الإجراءات اللاحقة، فهي الإجراءات التي تترتب على حكم رسو المزاد يجب القيام بها حتى يتم البيع سواء في إنتقال الملكية، وكذلك في كيفية المحافظة على أموال المفقود أو ناقص الأهلية، وعلى هذا قسمنا هذا المطلب إلى ثلاث فروع، حيث تطرقنا إلى الآثار المترتبة على حكم رسو المزاد في الفرع الأول، وإيداع حكم رسو المزاد في المحافظة العقارية في الفرع الثاني، أما في الفرع الثالث فقد تطرقنا إلى تسليم أموال المفقود أو ناقص الأهلية وتسييرها.

الفرع الاول: الآثار المترتبة على حكم رسو المزاد.

هناك آثار تترتب على حكم رسو المزاد، نتناولها في هذا الفرع من خلال النقاط التالية .

أولا: الالتزام بدفع الثمن.

ألزمت المادة757 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على الراسي عليه المزاد والمصاريف والرسوم المستحقة، حيث يدفع حال إنعقاد الجلسة خمس الثمن، وعليه أن يدفع المبلغ الباقي في أجل أقصاه ثمانية 08 أيامن تاريخ رسو المزاد بأمانة المحكمة، فإذا تخلف عن ذلك يتم إعذاره بالدفع خلال خمسة 5 أيام تحت طائلة إعادة البيع بالمزاد العلني على ذمته[3].

[1] – بوقندورة سليمان، مرجع سابق، ص181.

[2] – المادة 763 من القانون 08 –09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[3] – عزوق صونية وعبد الحق كهينة، مرجع سابق، ص60.

ثانيا: إنتقال ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد.

حسب نص المادة 762 فقرة 1 فإنها تنقل الملكية بمجرد رسو المزاد أي أن هذا الأخير يعتبر سند ملكية وهذا ما جاء في الفقرة السالف ذكرها، بحيث نصت على: " تنقل إلى الراسي عليه المزاد كل حقوق المدين المحجوز عليه التي كانت له على العقارات و / أو الحقوق العينية العقارية المباعة بالمزاد العلني، وكذلك كل الإرتفاقات العالقة بها، ويعتبر حكم رسو المزاد سندا للملكية "[1].

غير أنه تعتبر القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 793 قانون مدني جزائري " لا تنتقل الملكية والحقوق العينية العقارية الآخرى سواء كان ذلك بين المتعاقدين أم في حق الغير، إلا إذا روعيت الإجراءات التي ينص عليها القانون وبالأخص القوانين التي تدير مصلحة العقار "[2].

وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها رقم 467 68 المؤرخ في 21 / 01 / 1990، مجلة القضاء 1992 العدد 01 ص 86 ، إعتبرت عملية الشهر العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية[3].

وبذلك يكون هذا الاستثناء صريحا في البيع بالمزاد العلني، وعليه يمكن القول أن الخاص يقيد العام ،والخاص في هذه الحالة هو نص المادة 762 قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا: تطهير العقار.

يقصد بتطهير العقار تحرير العقار من حقوق الرهن والتختصيص والإمتياز أي إنقضاء ماتخوله هذه الحقوق لأصحابها من ميزة تتبع العقار في يد مشتريه، بحيث ينحصر حقهم في إستيفاء ديونهم من ثمن العقار ويعتبر من الحقوق التي تتم بقوة القانون، وهذا ما أكدته المادة 764 الفقرة الثانية من ق.إ.م.إ،التي تنص:"يترتب على قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية تطهير العقار و/أو الحق العيني العقاري من كل التأمينات العينية "وكذلك المادة 936 من قانون المدني الجزائري[4].

الغاية من تطهير العقار أولها إرتفاع ثمن العقار فتطهيره يجذب أكبر عدد من المزايدين للتقدم للشراء مما يؤدي إلى إرتفاع ثمنه، ثانيها عدم تضحية بحقوق الدائنين الذي يطهر العقار من حقوقهم بعد تمام التنفيذ، فلا يترتب على تطهير ضياع حقوقهم وحقهم يظل محفوظا إذ ينتقل إلى الثمن ويكون لهم الأولوية عليه.

---

[1] – المادة 762 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[2] – المادة 793 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

[3] – قرار المحكمة العليا رقم 68467 المؤرخ في 21 جانفي 1990، مجلة القضاء عدد 01 لسنة 1992، ص86.

[4] – المادة 764 من القانون 08 – 09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، مرجع سابق ذكره.

الفرع الثاني: آجال إيداع حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية إجراءاته.

قيد رسو حكم المزاد بالمحافظة العقارية نصت على هذه الإلتزام المادة 762 فقرة 2 قانون الإجرءات المدنية والإدارية إذ تنص على أنه يتعين على المحضر القضائي قيد حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية من إشهاره خلال أجل شهرين من تاريخ صدوره[1]. وتضيف المادة 774 من نفس القانون على أنه تتم إجراءات شهر حكم رسو المزاد العلني بالمحافظة العقارية الواقع في دائرة إختصاصها موقع العقار دون مراعاة لأصل الملكية[2].

الفرع الثالث: تسليم أموال المفقود أو ناقص الأهلية وتسييرها.

بما أن قاضي شؤون الأسرة هو المخول قانونا بحماية مصالح القاصر، وهو من يراقب الولاية على أموال القاصر تلقائيا أو بناء على طلب من ممثل النيابة أو بطلب من أي شخص تهمه مصلحة من وضع تحت الولاية، وأن قاضي شؤون الأسرة هو من يمنح الإذن بالتصرف في أموال ناقص الأهلية، فكان من الأولى الرجوع إليه بعد بيع مناب أو عقار القاصر أو البالغ ناقص الأهلية أو المفقود حتى يبسط رقابته على هذه الأموال التي أذن ببيعها فيأذن بتوزيع الثمن الراسي به المزاد إلى مستحقيه وهو ناقص الأهلية أو المفقود ممثلا بنائبه القانوني.

في هذا النوع من الرقابة على الولاية على أموال القاصر فمهما بقيت محفوظة في حساب المحكمة فهي مصلحة القاصر، وإذا أذن بتسليمها فيكون قد راقبها وهو على علم بالأموال التي تحصل عليها ناقص الأهلية وهذا زيادة في ضمان تحصيل أموال اضافية لناقص الأهلية وحمايتها[3].

[1] – دحو أحمد، إجراءات بيع المنقول والعقار بالمزاد العلني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص قانون أساسي خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2016 / 2017، ص112.

[2] – بوقندورة سليمان، مرجع سابق، ص194.

[3] – المرجع نفسه، ص238، ص239.

خاتمة

خاتمة:

وفي الأخير وبعد إتمام دراستنا هذه نخلص إلى القول أن كل من المفقودين وناقصي الأهلية يعجزون عن إدارة شؤونهما والقيام ببعض التصرفات بأنفسهم، ولذلك كفل لهم القانون نظاما من أجل حماية مصالحهم وتولي القيام بالتصرفات الواردة على أموالهم، وذلك كون المفقود يكون بعيدا عن محل إقامته مع الجهل بحياته من مماته، في حين أن ناقصي الأهلية وحتى وإن كانوا في محل إقامتهم إلى أنهم مقيدين قانونا بالقيام ببعض التصرفات.

كل من المفقودين وناقصي الأهلية يخضعون لنظام النيابة الشرعية التي نظم المشرع أحكامها في قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، كما أن هناك حالات يتشابه فيها المفقودين مع مفاهيم أخرى ،تطرقنا إليها من حيث أوجه الشبه وأوجه الإختلاف، أما ناقصي الأهلية فهناك بعض المفاهيم المشبهين لهم، كذلك تطرقنا إليهم من حيث أوجه الشبه و إختلاف.

كما تطرّقنا في دراستنا لهذا الموضوع إلى بعض المفاهيم المتصلة به، سواء النيابة في التعاقد أو الإجراءات والشروط التي أوردها المشرع الجزائري في بعض الحالات، مخلال التشريع الجزائري، أي قانون الأسرة وقانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتبارها من أهم القوانين المنظمة لهذه الفئة من المجتمع، كما أن هناك بعض القوانين الأخرى، كالقانون المدني، وقانون الحالة المدنية.

أما البيوع العقارية الواردة على عقارات المفقودين وناقصي الأهلية، قد نظم المشرع أحكامها هي الأخرى في قانون الأسرة و قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وأخضعها لشروط وإجراءات خاصة، ذلك لحماية مصالحهم ومصالح الغير، كما إشترط المشرع للقيام ببيع عقاراتهم لشروط أوجبها بموجب المادتين 88 و89 من قانون الأسرة، حيث تكون بموجب إذن يصدره قاضي شؤون الأسرة ومراعاة الشروط والإجراءات الخاصة في استصداره، كما إشترط المشرع أن يكون البيع بالمزاد العلني، أورد المشرع نصوص خاصة في هذا الشأن وذلك في الإجراءات الأولية من خلال ثلاث مواد وهذه المواد جاءت في الباب الخامس في الحجوز في فصله الثامن في البيوع العقارية الخاصة، القسم الأول لبيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية في المواد 783، 784 785 والمادة 789 التي أحالة إلى الإجراءات اللاحقة للإجراءات الأولية لبيع العقار و / أو الحق العيني العقاري أما الإجراءات النهائية للبيع فكانت بموجب القواعد الخاصة ببيع العقار المحجوز سواء في إجراءات البيع أو في حكم رسو المزاد، كذلك في الإجراءات اللاحقة لحكم رسو المزاد.

-كما أن الإجراءات النهائية لبيع العقار لا تختلف عن البيوع العقارية الجبرية، لذا يستوجب على المشرع الجزائري صياغة المواد المحال إليها بما يتطابق مع هذا البيع.

- حكم رسو المزاد يعتبر حكما ذا طبيعة خاصة ويختلف عن الأحكام القضائية، ولا يخضع لطرق الطعن غير أنه يمكن التظلم فيه أمام الجهة التي أصدرته، كما أنه ناقل للملكية على خلاف القواعد العامة التي تعتبر إنتقال الملكية في العقار بعد الشهر في المحافظة العقارية.

قائمة المصادر والمراجع

- القرآن الكريم.

أولا: الكتب

1. بن منصور أبو الفضل جمال الدين بن كرم، لسان العرب، ج2، دار الجبل، بيروت، 1988.
2. بوقندورة سليمان، البيوع العقارية الجبرية والقضائية "إجراءاتها وأثرها الناقل للملكية (على ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقوانين ذات الصلة)"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2015.
3. حمدي باشا عمر، القضاء العقاري "في ضوء أحدث القرارات الصادرة عن مجلس الدولة والمحكمة العليا ومحكمة التنازع "، ط 15، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2015 .
4. دغيش أحمد، التنزيل في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة ، الجزائر، 2009.
5. شوقي بناسي، نظرية الحق" في القانون الوضعي الجزائري، ط 1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة الجزائر، 2009 .
6. عبد الجواد خلف، الغائب من انقطعت أخباره لعدة سنوات وأحكام القضائية، ط1 ، الدار الدولية للإستثمار الثقافي ، القاهرة، 2008.
7. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية "مبادئ القانون – النظرية العامة للحق "، الطبعة الخامسة عشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، 2015 .
8. عبد المجيد زعلاني، المدخل لدراسة القانون "النظرية العامة للحق"، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2011 .
9. العربي بلحاج، أحكام التركة والمواريث على ضوء قانون الأسرة الجديد، الطبعة الثانية، دار الثقافة، الجزائر، 2012.
10. علي السيد حسن، الأحكام الخاصة بالمفقود (دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانونين المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، مصر، 1984
11. عمار بوضياف، النظرية العامة للحق وتطبيقاتها في القانون الجزائري ،ط1، جسور للنشر والتوزيع، المحمدية – الجزائر، 2010.
12. عوض أحمد الزغبي، المدخل إلى علم القانون، ط1، اثراء للنشر والتوزيع، الاردن، 2010 .
13. محمد حسين منصور، نظرية الحق " ماهية الحق ، انواع الحق، الاشياء محل الحق، ميلاد الحق وحمايته وإثباته الشخصية القانونية: الشخص الطبيعي، الشخص المعنوي " دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2009.

14. محمد صبري السعدي، النيابة في التصرفات القانونية " الدراسة في التشريعات والفقه الإسلامي من منظور موازن"، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2012.
15. مصطفى محمد الجمال ومحمد حسن قاسم ، النظرية العامة للقانون "القاعدة القانونية – الحقوق "، دار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، دون تاريخ النشر.
16. ميلود بن عبد العزيز، حماية ضحايا النزاعات المسلحة " في الفقه الاسلامي الدولي والقانون الدولي الانساني "، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009. زكي زكي حسين زيدان، البيع بالمزاد العلني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الفكر الجامعي، مصر.
17. الهادي محمد عبد الله، أحكام المفقود " دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون العراقي"، ط1، دار دجلة، عمان، 2010.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية.

أ. رسائل الدكتوراه.

1. نوي عبد النور، أحكام المفقود في ظل القانون والاجتهاد القضائي الجزائري، اطروحة لنيل شهادة الدكتوره في القانون الخاص، جامعة الجزائر -1- ، السنة الجامعية 2013/2012.
2. عثمان دشيشة، أحكام المفقود في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري "دراسة مقارنة "، اطروحة لنيل شهادة الدكتوره في العلوم – تخصص قانون، جامعة الجزائر – 1 - ، السنة الجامعية 2016/2015.

ب. مذكرات الماجستير

1. يوسف عطا محمد حلو، أحكام المفقود في الشريعة الاسلامية، اطروحة لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2003.
2. موسوس جميلة، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقه الاسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجيستير في القانون "فرع العقود والمسؤولية جامعة أمحمد بوقرة ، البويرة، تاريخ المناقشة 12 جوان 2006.
3. الهادي معيفي، سلطات الولي على أموال القاصر في الشريعة الاسلامية وقانون الأسرة، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص– فرع قانون الاسرة ،كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر -1-، السنة الجامعية 2013 – 2014.
4. شبايكي نزهة، أحكام المفقود في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر – 1 -، 2014 – 2015.

ج. مذكرات الماستر

1. أزرو مريم وعتيق زينة، أحكام المفقود في قانون الأسرة الجزائري وقانون المصالحة الوطنية، مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر في الحقوق " فرع القانون الخاص " تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2015 – 2016.

3. أيت وعلي سميحة، تصرفات ناقص الاهلية " دراسة مقارنة بين القانون والفقه الإسلامي "، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – شعبة القانون الخاص / تخصص: قانون خاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، السنة الجامعية 2015/2014.

4. حميش فاطيمة وحميش صحرة، ميراث المفقود بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري "دراسة مقارنة " مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2017/06/21.

5. دحو أحمد، إجراءات بيع المنقول والعقار بالمزاد العلني، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص قانون أساسي خاص، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، السنة الجامعية 2016 / 2017.

6. ديلمي باديس، أحكام الولاية على القاصر في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون "تخصص قانون الاسرة "، جامعة العقيد أكلي محند ولحاج، البويرة، 2015.

7. عبد السلام مريم، المفقود في القانون الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق "تخصص: قانون الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2017/2016.

8. عزوق صونية وعبد الحق كهينة، بيع العقار المحجوز بالمزاد العلني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق – فرع القانون الخاص – تخصص: قانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة 2017/07/02 .

9. مرتوس نضيرة ومحلبي صبرينة، الحماية القانونية للقاصر من مخاطر التصرفات الدائرة بين النفع والضرر، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، تاريخ المناقشة 23 جوان 2018.

10. مرزوق جيلالي وخفيف محمد ياسين، البيوع العقارية القضائية " البيع بالمزاد العلني نموذجا "، مذكرة لنيل شهادة ماستر، جامعة ابن خلدون، ملحق قصر الشلالة تيارت، سنة الجامعية 2016 – 2017.

11. مسعي محمد يونس، البيع بالمزاد العلني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر "شعبة الحقوق – تخصص: قانون الشركات، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، السنة الجامعية 2017/2016.

12. مقراني وردة ومهوبي سعاد، النيابة الشرعية في التشريع الجزائري: (الولاية ، الوصاية ، التقديم ، الحجر)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق – تخصص القانون الخاص الشامل، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية 2015 – 2016.

13. نواري منصف، الوصاية على القاصر في قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الاحوال الشخصية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الموسم الجامعي 2014-2015

ثالثا: المقالات العلمية.

1. عبد الله محمد ربابعة، الاثار المترتبة على عودة المفقود بعد حكم باعتباره ميتا في الفقه الاسلامي والقانون الاردني، دورية علمية محكمة ، مجلة جامعة الشارقة، اربد الاردن، يونيو 2015 .

2. ربحي محمود القصراوي التميمي، الحجر واجراءات المتابعة في دعوى الحجر، ديوان قاضي القضاة، القدس فلسطين، 2017.

رابعا : التشريعات:

أ- الأوامر والقوانين.

1. أمر 02 – 03 المؤرخ في 25 فبراير 2002 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي فيضانات 10 نوفمبر 2001، ج ر ج ج د ش عدد 15 صادرة في 28 فبراير 2002.
2. أمر 03 – 06 المؤرخ في 4 يونيو 2003 المتضمن الأحكام المطبقة على مفقودي زلزال 21 مايو 2003، ج ر ج ج د ش عدد 37 صادرة في 15 يونيو 2003 .
3. أمر 06 – 01 المؤرخ في 27 فبراير 2006 المتضمن ميثاق السلم والمصالحة الوطنية ، ج ر ج ج د ش عدد 11 صادرة في 28 فيفري 2006.
4. أمر رقم 08 – 09 متضمن قانون الاجراءات المدنية و الإدارية، المؤرخ في 25 فبراير 2008، الجريد الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 21، الصادرة في 23 أبريل 2008.
5. أمر 70 – 20 المتضمن قانون الحالة المدنية المؤرخ في 19 فيفري 1970، ج ر ج ج د ش عدد 21 صادرة في 27 فيفري 1970، المعدل والمتمم بالقانون رقم 14 – 08 المؤرخ في 9 أوت 2014 ج ر ج ج د ش عدد 49 صادرة في 2014.
6. أمر رقم 75 – 58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج د ش عدد 78 الصادرة في 30 سبتمبر 1975.

7. أمر رقم 11.84 مؤرخ في 9 يونيو 1984 ، يتضمن قانون الأسرة، ج ر ج ج د ش عدد 24، صادر في 12 جوان 1984.

ب – المراسيم

1. المرسوم التنفيذي رقم 12 – 427 المتضمن تحديد شروط وكيفيات إدارة وتسيير الأملاك العمومية والخاصة التابعة لدولة، المؤرخ في 16 ديسمبر 2012 ، ج.ر عدد 69 الصادر بتاريخ 19 ديسمبر 2012.

الفهرس

الفهرس

دعـــــــــاء

شكـر وتقـدير

الإهداء

مقدمة ..... أ

الفصل الأول: ماهية المفقود وناقص الأهلية 5

المبحث الاول : مفهوم المفقود، شروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد والموت الحكمي..... 6

المطلب الأول: مفهوم المفقود. 6

الفرع الأول: تعريف المفقود. 6

أولا: التعريف اللغوي للمفقود. 6

ثانيا: تعريف المفقود حسب الفقه الإسبلمي. 7

ثالثا: التعريف التشريعي للمفقود. 8

الفرع الثاني: تمييز المفقود عن بعض المفاهيم المشابهة له. 9

أولا: تعريف الغائب وتمييزه عن المفقود. 9

ثانيا: تمييز المفقود عن الأسير. 11

المطلب الثاني: شروط وإجراءات استصدار حكم الفقد وآثاره. 12

الفرع الأول: شروط و إجراءات إستصدار حكم الفقد وفق القوانين الإستثنائية وقانون الأسرة. 12

أولا – شروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد في ظل القوانين الإستثنائية. 12

ثانيا: شروط وإجراءات إستصدار حكم الفقد وفقا لقانون الأسرة الجزائري. 14

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على صدور حكم الفقد. 17

المطلب الثالث: شروط وإجراءات الحكم بموت المفقود وآثاره. 18

الفرع الأول : شروط وإجراءات الحكم بموت المفقود. 18

أولا: الشروط والإجراءات المشتركة في رفع دعوى موت المفقود. 18

ثانيا: الأحكام الخاصة المميزة بالنسبة لقانون الأسرة والقوانين الاستثنائية. 20

الفرع الثاني: الأثار المترتبة على صدور حكم موت المفقود و رجوعه حيا. 22

ثانيا: الآثار المترتبة على ظهور المفقود حي بعد صدور حكم الموت. 23

المبحث الثاني : مفهوم الأهلية وناقصي الأهلية والإجراءات المتعلقة بها 24

المطلب الأول: مفهوم الأهلية وأنواعها، مراحلها والعوارض المعدمة لها. 25

الفرع الأول: تعريف الأهلية وأنواعها. 25
أولا: تعريف الأهلية. 25
ثانيا : أنواع الأهلية. 26
الفرع الثاني: مراحل الاهلية والعوارض المعدمة لها. 27
أولا: مراحل الأهلية. 27
ثانيا : العوارض المعدمة للأهلية. 28
المطلب الثاني: مفهوم الصبي المميز ومن هم في حكمه. 28
الفرع الأول: الصبي المميز وحكم تصرفاته 29
أولا: تعريف الصبي المميز. 29
ثانيا: حكم تصرفات الصبي المميز. 29
الفرع الثاني: من هم في حكم الصبي المميز. 30
أولا: السفه. 30
ثانيا: الغفلة. 31
ثالثا: تمييز السفه عن الغفلة. 31
رابعا: حكم تصرفات السفيه وذا الغفلة. 32
المطلب الثالث: مفهوم الحجر وإجراءاته وآثاره. 32
الفرع الأول: تعريف الحجر وأسبابه. 32
أولا : تعريف الحجر. 32
ثانيا: أسباب الحجر. 33
الفرع الثاني: إجراءات توقيع الحجر. 33
ثانيا : تقييد الدعوى واجراءاتها. 34
ثالثا : الإجراءات اللاحقة لقيد الدعوى والسير فيها. 34
الفرع الثالث: إصدار حكم الحجر والإجراءات اللاحقة له وآثاره. 35
أولا: إصدار حكم الحجر. 35
ثانيا: الإجراءات اللاحقة لصدور حكم توقيع الحجر. 36
ثالثا: آثار الحكم بتوقيع الحجر. 37
الفصل الثاني : أحكام البيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية 38
المبحث الأول : الأحكام التمهيدية للبيوع العقارية للمفقود وناقص الأهلية 40

المطلب الأول: إستصدار إذن البيع الشروطه وإجراءاته. 41
الفرع الأول: إجراءات وشروط إستصدار إذن البيع. 41
أولا: تقديم الطلب. 41
ثانيا – كيفية تقديم الطلب. 42
الفرع الثاني: البيانات الواجب توافرها فيه وأجال إصداره. 43
أولا: البيانات الوجب توافرها في طلب إذن البيع. 43
ثانيا: آجال إصدار إذن البيع. 43
المطلب الثاني: أصحاب الحق في تقديم طلب إذن بالبيع. 43
الفرع الأول: الولي. 43
أولا: تعريف الولاية. 44
ثانيا : ترتيب الأولياء والشروط الواجب توافرها في الولي والسلطات المخولة لهم. 45
ثالثا: إنتهاء مهام الولي. 46
الفرع الثاني: الوصاية. 46
أولا : تعريف الوصاية. 46
ثانيا: تعيين الوصي وشروط الواجب توافرها فيه وإجراءات تثبيتها. 47
رابعا : إنتهاء مهام الوصي وإجراءات تسليم أموال المفقود أو ناقص الأهلية. 49
الفرع الثالث: التقديم (القوامة). 50
أولا: تعريف التقديم 50
ثانيا: أحكام التقديم 50
المطلب الثالث: الإجراءات اللاحقة لصدور إذن البيع. 50
الفرع الأول: الإجراءات الأولية لإعداد قائمة شروط البيع. 51
أولا: تعيين العقار. 51
ثانيا: تحديد الثمن الأساسي. 51
الفرع الثاني: مضمون قائمة شروط البيع والإجراءات اللاحقة لها. 52
أولا: مضمون قائمة شروط البيع. 52
ثانيا: الإجراءات اللاحقة لإعداد قائمة شروط البيع. 53
الفرع الثالث: نشر وتعليق إعلان البيع والبيانات الواجب توافرها فيه. 55
أولا: التعليق والنشر إعلان البيع بالمزاد العلني وآجالها. 55

ثانيا: أجال نشر وتعليق إعلان البيع ومضمونه. 56
المبحث الثاني : بيع العقار بالمزاد العلني و الإجراءات النهائية 57
المطلب الأول: افتتاح المزاد العلني وشروط وإجراءات الجلسات. 57
الفرع الأول: إفتتاح المزاد العلني وحالات تأجيل وإجراءاتها. 57
أولا: في افتتاح المزاد العلني. 57
ثانيا: في حالة تأجيل بيع العقار. 58
الفرع الثاني: في الجلسات اللاحقة بعد التأجيل. 59
أولا: شروط وإجراءات الجلسة الثانية 59
ثانيا: في الجلسة الثالثة بعد إنقاص عشر الثمن الأساسي. 60
المطلب الثاني: المقصود بحكم رسو المزاد، خصائصه وطبيعته القانونية. 60
الفرع الأول: المقصود بحكم رسو المزاد وخصائصه. 61
أولا: المقصود بحكم رسو المزاد. 61
ثانيا: خصائص حكم رسو المزاد. 61
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية وفقا للقانون الجزائري. 62
الفرع الثالث: بيانات الواجب توافرها في حكم رسو المزاد. 63
أولا – البيانات المألوفة في الأحكام القضائية. 63
ثانيا – البيانات الإضافية الخاصة بحكم رسو المزاد. 63
المطلب الثالث: آثار حكم رسو المزاد والإجراءات اللاحقة له. 64
الفرع الاول: الآثار المترتبة على حكم رسو المزاد. 64
أولا: الالتزام بدفع الثمن. 64
ثانيا: إنتقال ملكية العقار إلى الراسي عليه المزاد. 65
ثالثا: تطهير العقار. 65
الفرع الثاني: آجال إيداع حكم رسو المزاد بالمحافظة العقارية إجراءاته. 66
الفرع الثالث: تسليم أموال المفقود أو ناقص الأهلية وتسييرها. 66
خاتمة 67
قائمة المصادر والمراجع 67
الفهرس 77